



Gerd Winter

Ökologische Verhältnismäßigkeit

Wie Alternativen und Ziele
umweltbelastender Vorhaben
abgewogen werden



Nomos

Gerd Winter

Ökologische Verhältnismäßigkeit

Wie Alternativen und Ziele
umweltbelastender Vorhaben
abgewogen werden



Nomos

Diese Open-Access-Publikation wurde gefördert durch den Publikationsfonds der Staats- und Universitätsbibliothek Bremen und durch die Winter Stiftung für Rechte der Natur Hamburg.

Abbildung: Paul Klee, Hauptweg und Nebenwege

Foto: Historisches Archiv der Stadt Köln mit Rheinischem Bildarchiv,
Sabrina Walz, rba_d039386_01

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Auflage 2025

© Gerd Winter

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-2481-0

ISBN (ePDF): 978-3-7489-6034-8

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748960348>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

Für Michel, Benjamin, Bruno, Jule, Moritz und Anna

Vorwort

Es wird im Folgenden nichts Geringeres behauptet, als dass die „ökologische Verhältnismäßigkeit“ eine juristische Entdeckung sei. Sie ist keine Erfindung, keine Idee, die im Sinne des „wir müssen ...“ rechtspolitisch empfohlen wird, sondern ein Konzept, das sich in Gesetzgebung und Rechtsprechung bereits angebahnt hat und stärker ins Bewusstsein gehoben werden kann. Denn Neues, das durchsetzungsfähig ist, bereitet sich im Alten vor. Es zeigt sich eben oft, „dass die Welt längst den Traum von einer Sache besitzt, von der sie nur das Bewusstsein besitzen muss, um sie wirklich zu besitzen.“¹ In selbstverständlich kleinerem Maß ist die ökologische Verhältnismäßigkeit ein Grundsatz, der verschiedenen einzelnen Regeln zu Grunde liegt, sich aber noch im Werden befindet. Inhaltlich verkörpert er ein neues Sozialmodell, das dem zwischenmenschlichen Umgang die Rücksicht auf die Natur hinzufügt. Ich habe den Gedanken in einer kleinen Schrift von 1997, betitelt „Alternativen in der administrativen Entscheidungsbildung. Zugleich ein Beitrag zu einer Grundpflicht ökologischer Verhältnismäßigkeit“ (Werner Verlag) bereits einmal zur Diskussion gestellt. Er ist auch hier und da besprochen² und teilweise befürwortet³ worden. Da ich selbst aber noch Klärungsbedarf sehe, habe ich über seine genaue Konfiguration weiter nachgedacht und lege die Früchte hiermit vor. Mindestens erhoffe ich mir: *Se non é vero é ben trovato*.

Sehr zu danken habe ich den Professoren Claudio Franzius, Wolfgang Köck, Ludwig Krämer, Till Markus und Eckard Rehbinder für wertvolle Anregungen und Hinweise. Überflüssig zu betonen, dass die Irrtümer und Irrwege die Meinigen bleiben.

Bremen, im März 2025

Gerd Winter

1 Marx (1972 [1843]) S. 344

2 S. zB Peters/Schaks (2023 S. 202 f.; Aragao (2024); Borràs (2023), Müllerova (2018), Yaremak/Danyliuk/Kobetska (2024).

3 Calliess (2002) S. 555-559, 593-602; Köck (2023) bes. S. 646-647; Reese (2023) S. 32 f.; Reimer (2023) S. 159-161; Jürschik (2023) S. 116.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
Einführung	17
A. Allgemeiner Teil	19
I. Ausprägungen in exemplarischem Überblick	19
II. Alternativen- und Zielprüfung als Sozial- und Rechtsnorm	22
1. Gesellschaftliche Praktiken und Sozialnormen der öV	23
2. Gesetzliche Handlungsdirektiven	28
3. Rechtsverbindliche öV unterschiedlicher Regelungsdichte	31
a) Liberales Modell	31
b) Interventionistisches Modell	32
aa) Gemäßigt interventionistisches Modell	33
bb) Stark interventionistisches Modell	34
c) Gubernative Modelle	34
aa) Ausstieg aus bestimmten Nutzungen	35
bb) Bewirtschaftung	35
cc) Anschub alternativer Vorhaben	36
d) Eigenvornahme der öffentlichen Hand	36
4. Rechtsgrundsatz und Sozialmodell?	37
III. Begrifflichkeit und Rationalitätspotentiale der Alternativen- und Zielprüfung	38
1. Begriffsbildung	38
2. Rationalitätspotential	40
a) Vernunft durch Strukturierung des Denkens	42
aa) Entscheidungstheorie	42
bb) Umgang mit Ungewissheit	44
cc) Juristische Methodenlehre	47
b) Sachlogik	50
IV. Staatsbürgerliche und ökologische Verhältnismäßigkeit	52
V. Weitere Verhältnismäßigkeiten und ihre Koordinierung	56

VI. Ökologische Verhältnismäßigkeit bei unterschiedlichen Akteuren	61
1. Konsumenten	61
2. Private Unternehmen	62
a) Allgemeines	62
b) Regulierung	63
c) Ökologische Opferlage	64
3. Staat als Vorhabenträger und Aufsichtsorgan	65
4. Staat als Landnutzungsplaner	68
VII. Varianten der ökologischen Verhältnismäßigkeit	69
1. Schutzbereich und Umwelteingriff	70
a) Schutzbereich	70
aa) Grundsätzliches	70
bb) Ausformungen	73
b) Umwelteingriff	74
2. Prüfung von Vorhabenalternativen	75
a) Bandbreite	76
aa) Gegenstand	76
bb) Wahlfreiheit des Vorhabenträgers	78
cc) Kompensationen als Alternative	80
b) Untersuchungstiefe	81
aa) Prozedurale vs. Ergebniskontrolle	81
bb) Beibringungslast	83
c) Zumutbarkeit	86
aa) Disponibilität von Alternativen für den Vorhabenträger	86
bb) Kosten der Alternativen	88
3. Prüfung der Vorhabenziele	89
a) Abstraktionshöhe der Ziele und Bandbreite der Alternativen	89
b) Ziel als Bezugspunkt für die Alternativenprüfung	91
c) Ziel als Kriterium der Zulässigkeit des Vorhabens	92
aa) Subjektive oder objektive Zielbestimmung	92
bb) Begründete Ziele und reale Motive	93
cc) Kriterien der Zielbewertung	95
i) Grundsätzliches	96
ii) Zielvergleiche	98
iii) Ziele im öffentlichen Interesse	100

4. Alternativen und Ziele bei besonderer Knappheit	102
a) Ausstieg und Bewirtschaftung	102
b) Anschub erwünschter Alternativen	105
5. Rechtsschutzfragen	106
6. Bürokratische Kosten	109
VIII. Verfassungsrechtliche Grundlagen der öV	110
1. Verfassungsrechtliche Grundlagen für private Akteure	111
a) Ökologische Alternativenprüfung – eine Grundpflicht im Schutzbereich der Grundrechte?	111
aa) Allgemeine Grundpflichten im Grundgesetz	112
bb) Weimarer Ursprünge	115
cc) Deutscher Nationalsozialismus der „zwölf verlorenen Jahre“	119
dd) Deutscher Sozialismus der Nachkriegszeit	120
ee) Deutscher Sozialkapitalismus	121
(i) Grundpflicht statt wohlfahrtsstaatliche Entmündigung?	121
(ii) Grundpflicht gegen Staatsüberlastung?	122
ff) Öffnung der Grundpflicht für die öV	122
gg) Zusammenfassung	126
b) Eingriff in Freiheitsrechte und Rechtfertigungsfähigkeit	126
c) Rechtfertigung des Eingriffs	131
d) Einführung von öV – Schutzpflicht und Grundrecht?	134
2. Verfassungsrechtlicher Rahmen hoheitlicher Daseinsvorsorge und Planung	137
IX. Unionsverfassungsrecht	138
X. Ökologische Verhältnismäßigkeit und andere umweltrechtliche Grundsätze	139
1. Grundrechte auf Umweltschutz	140
2. Suffizienz	141
3. Vorsorge	141
4. Eigenrechte der Natur	142
5. Nachhaltigkeit	143
6. In dubio pro natura	143
7. Kosten – Nutzen – Analyse	144

B. Besonderer Teil	145
I. Umweltverträglichkeitsprüfung und strategische Umweltprüfung	145
1. Deutsches Recht und Unionsrecht	146
2. US-Amerikanisches Recht	149
II. Industrieanlagen	158
1. Technische Verfahren	159
a) Beibringungslast und subjektive oder objektive Auswahl	159
b) Wirksamkeit der Alternativen	162
c) Kosten der Alternativen	162
2. Standortalternativen	164
3. Herstellungskonzept	168
4. Produktionsziel	169
III. Gewässernutzung	171
IV. Öffentliche Infrastruktur	174
1. Planfeststellung als Kontrolltypus	175
2. Anwendungsbereich	176
3. Anforderungsprofil der Planfeststellung	178
4. Planrechtfertigung und Abwägungsgebot	178
a) Gründe für die Anforderung der Planrechtfertigung	179
b) Ebenen der die Planfeststellung rechtfertigenden Vorhabenziele	181
c) Planrechtfertigung und Abwägung	185
5. Alternativenprüfung und Abwägungsgebot	186
6. Adressaten des Fachplanungsrechts	189
a) Private Träger	189
b) Öffentliche Träger	191
7. Spektrum der Alternativen	192
a) Reale Umstände	192
b) Kosten	193
c) Konkrete und allgemeinere Zielsetzungen	194
d) Tiefe des Umwelteingriffs	195
8. Untersuchungstiefe	196
9. Dringlichkeit von Zielen	197

10. Besonderheiten der Errichtung von Flüssiggasterminals	199
11. Grundsatz der Planerhaltung	201
12. Planfeststellung durch Gesetz	202
13. Rechtsschutz	204
a) Rechtswege	204
b) Rügebefugnis	204
c) Verbands- und Kommunalklage	206
c) Kontrolldichte	208
V. Natura 2000	209
VI. Produktrecht, insbesondere Gefahrstoff- und Pflanzenschutzmittelrecht	213
1. Chemikalienrecht	214
a) Überblick	214
b) Regulierung auf dem Markt befindlicher Stoffe	215
c) Zulassung besonders gefährlicher Stoffe	216
aa) Rechtsgrundlagen der Stoffzulassung	216
bb) Alternativen und Abwägung ihrer Risiken und Nutzen	219
cc) Monetarisierung von Risiken und Nutzen	223
2. Pflanzenschutzmittelrecht	226
VII. Gentechnikrecht	228
VIII. Energierecht	230
C. Zusammenfassung	235
Literaturverzeichnis	239
Stichwortverzeichnis	255

Abkürzungsverzeichnis

Abl.	Amtsblatt
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AgrarR	Agrarrecht
AK-GG	Alternativ-Kommentar zum Grundgesetz
AtomG	Atomgesetz
BauGB	Baugesetzbuch
BBergG	Bundesberggesetz
BBPlG	Bundesbedarfsplanungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz
BT-Drucksache	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
C.F.R.	Code of Federal Regulations
ChemG	Chemikaliengesetz
EA	Environmental Assessment
EEG	Erneuerbare Energiengesetz
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EIS	Environmental Impact Statement
EnWiG	Energiewirtschaftsgesetz
EU	Europäische Union
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuG	Europäisches Gericht

Abkürzungsverzeichnis

EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
F.2d	Federal reporter (2d series)
FAA	Federal Aviation Administration
FCKW	Fluor-Chlor-Kohlenwasserstoffe
FFH-Richtlinie	Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie
GenTG	Gentechnikgesetz
GG	Grundgesetz
GHEU	Gerichtshof der Europäischen Union
KrWG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz
NABEG	Netzausbaubeschleunigungsgesetz Übertragungsnetz
NGT	Neue genomische Techniken
NEPA	National Environmental Policy Act
OVG	Oberverwaltungsgericht
PflSchG	Pflanzenschutzgesetz
ROG	Raumordnungsgesetz
SC	U.S. Supreme Court
SUP	Strategische Umweltprüfung
UGB-KomE	Entwurf eines Umweltgesetzbuchs der Unabhängigen Sachverständigenkommission beim Bundesumweltministerium
U.S.	United States Supreme Court
U.S.C.	United States Code
UVP	Umweltverträglichkeitsprüfung
UVPG	Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
WindSeeG	Windenergie-auf-See-Gesetz

Einführung

Die Menschheit treibt auf eine tiefe Krise der natürlichen Lebensbedingungen zu. Wenn sie überleben will, muss sie ihr Verhältnis zur Umwelt besser justieren. Viele Instrumente der Verhaltenssteuerung werden diskutiert und angenommen, solche der Ordnung, der Verpreisung und der Selbststeuerung von Umweltnutzungen. Es ist aber auch erforderlich, die Grundhaltungen der Einzelnen und ihrer Organisationen zur Umwelt zu überdenken. Zu solchen Grundhaltungen gehört, wie ich meine, der Grundsatz der ökologischen Verhältnismäßigkeit.

Woraus dieser besteht, sei vorläufig an einem Beispiel demonstriert. Nehmen wir an, der geplante Neubau einer Autobahntrasse wird durch einen artenreichen Wald führen, der als sog. Natura 2000-Gebiet stark geschützt ist. Nach dem anwendbaren Recht ist das Vorhaben wegen der Versiegelung von Flächen und der Zerschneidung des Gebietes grundsätzlich unzulässig. Ausnahmsweise kann es aber zugelassen werden, wenn es ein überwiegendes öffentliches Interesse verfolgt und eine Alternativlösung nicht vorhanden ist. Drückt man diese Regelung abstrakter aus, so ist ein Vorhaben, das in die Umwelt eingreift, nur zulässig, wenn es einem vorrangigen Interesse dient und Alternativen der Zielverwirklichung nicht vorhanden sind. Wie noch näher zu erläutern ist, werden Alternativen im Hinblick darauf geprüft, ob sie geeignet sind, das Ziel zu verwirklichen, ob der mit ihnen verbundene Eingriff in die Natur erforderlich oder vermeidbar ist, und ob das Gewicht des öffentlichen Interesses das Gewicht des letztlich unvermeidbaren Natureingriffs überwiegt.

Diese Anforderungen lassen sich in einem Konzept zusammenfassen, das ich ökologische Verhältnismäßigkeit (öV) nennen möchte. Der Begriff enthält den oikos, d.h. das „Haus“ natürlicher Lebensbedingungen der Menschen, die Rede (logos) davon und die Relation von Mitteln und Zwecken (Verhältnismäßigkeit). Das Konzept ist im erwähnten Beispiel des Natura 2000-Gebietes voll entwickelt, findet sich in vielen Anwendungsbereichen dagegen nur partiell verwirklicht. Rechtslogisch kann man es als einen werdenden Rechtsgrundsatz bezeichnen und inhaltlich als ein neues Sozialmodell, das die rechts- und sozialstaatlichen Modelle um eine ökologische Komponente anreichert und damit den Weg zu einem umweltstaatlichen Modell weist.

Die Struktur dieses Konzepts gleicht ersichtlich derjenigen des im öffentlichen Recht altbekannten Verhältnismäßigkeitsprinzips, denn auch dieses setzt einen an sich unerwünschten Eingriff (nämlich in Grundrechte) voraus und lässt diesen zu, wenn das Ziel rechtfertigungsfähig ist und das Mittel im Hinblick auf das Ziel geeignet, erforderlich und angemessen ist. Diese Struktur wurde für das Verhältnis zwischen Staat und Bürger entwickelt, um staatliche Eingriffe in gesellschaftliche Freiheiten zu begrenzen. Ich nenne sie zur besseren Abgrenzung die staatsbürgerliche Verhältnismäßigkeit.

Von der staatsbürgerlichen unterscheidet sich die ökologische Verhältnismäßigkeit in drei Hinsichten, die noch näher zu erläutern sind, und zwar im Schutzobjekt, im Adressaten und in der Wirkungsweise:

- Das Schutzobjekt sind nicht die gesellschaftlichen Freiheiten, sondern die Umweltgüter.
- Die Adressatin ist die Gesellschaft, nicht der Staat, außer, wenn dieser selbst als Träger umweltrelevanter Vorhaben tätig wird.
- Die Wirkungsweise ist die Zählung der Eingriffe der Gesellschaft in die Umwelt, nicht der Eingriffe des Staates in die Gesellschaft.

Wenn auf diese Weise das Konzept vom Verhältnis Staat – Gesellschaft auf das Verhältnis Gesellschaft – Umwelt übertragen wird, ist das nicht lediglich ein Spiel mit Ähnlichkeiten, sondern es geht im Grunde um das Prinzip zweckrationalen Handelns, welches für die Moderne charakteristisch ist und trotz aller postmodernen Wende-Narrative auch heute noch vorherrscht.

Ein Rechtsgrundsatz der öV – das steigert seine Bedeutung erheblich – ist nicht nur als rechtliche Anordnung verbreitet, sondern auch als emergente Praxis und Sozialnorm in Gesellschaft und Wirtschaft beobachtbar, wie z. B. in umweltbewusstem Konsum und unternehmerischen Verhaltenskodizes.

Ich werde im Folgenden die Entwicklung der (oft unfertigen) Komponenten der ökologischen Verhältnismäßigkeit nachzeichnen. Dies geschieht zunächst in einem Allgemeinen Teil, der Gemeinsamkeiten im Überblick sektoraler Ausformungen herausstellt sowie grundsätzlicher fragt, ob die öV mit Grundrechten vereinbar ist und sogar eine verfassungsrechtliche Grundpflicht darstellt (A). In einem besonderen Teil gehe ich dann auf Einzelheiten ein, die für bestimmten Sektoren spezifisch und charakteristisch sind. Sie werden einerseits in sich beschrieben und bewertet, andererseits dienen sie als Material und Testfeld für das allgemeine Konzept (B). Ein Résumé fasst die wesentlichen Aussagen zusammen.

A. Allgemeiner Teil

Im allgemeinen Teil sollen folgende Gesichtspunkte behandelt werden:

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

I. Ausprägungen in exemplarischem Überblick

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6 § 3 Abs. 1 Baugesetzbuch (BauGB).

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

8 S. Näheres unten B IV.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

14 § 15 Abs. 5 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG).

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

16 Anlage I des Protokolls.

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

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

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

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

II. Alternativen- und Zielprüfung als Sozial- und Rechtsnorm

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

18 S. im Einzelnen unten B IV.

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

1. Gesellschaftliche Praktiken und Sozialnormen der öV

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

29 OECD (2024) Kap. VI Chapeau.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Gesetzliche Handlungsdirektiven

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

40 § 3 Abs. 1 PflSchG.

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

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

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

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

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

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

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

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

44 EMAS-Verordnung Anhang IV B.

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

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

3. Rechtsverbindliche öV unterschiedlicher Regelungsdichte

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

a) Liberales Modell

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

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

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

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

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

b) Interventionistisches Modell

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

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

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

weilige Maß ihrer Betroffenheit untereinander verschoben und koordiniert werden kann.

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

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

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

aa) Gemäßigt interventionistisches Modell

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

Das Modell lässt sich wie folgt kennzeichnen:

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

49 S. näher unten zu B I.

bb) Stark interventionistisches Modell

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

Die Charakteristika des stark interventionistischen Konzepte sind:

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

c) Gubernative Modelle

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

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

aa) Ausstieg aus bestimmten Nutzungen

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

Die Merkmale dieses Modells sind kurz gefasst die folgenden:

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

bb) Bewirtschaftung

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

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

cc) Anschub alternativer Vorhaben

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

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

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

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

d) Eigenvornahme der öffentlichen Hand

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

⁵⁰ S. näher unten B VIII.

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

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

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

4. Rechtsgrundsatz und Sozialmodell?

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

52 Dazu näher unten zu A VI 3. und 4.

53 Beide Ausdrücke sind synonym.

54 Alexy (1994) S. 75 f.

55 Poscher (2010) S. 370–372.

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

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

III. Begrifflichkeit und Rationalitätspotentiale der Alternativen- und Zielprüfung

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

1. Begriffsbildung

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

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

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

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

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

60 Duden (2024) Wort *Alternative*.

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

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

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

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

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

2. Rationalitätspotential

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

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

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

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

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

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

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

64 § 6 Abs. 4 Satz 1 Nr. 5 UVPG a.F.

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

66 Anhang III Nr. 2.

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

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

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

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

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

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

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

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

a) Vernunft durch Strukturierung des Denkens

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

aa) Entscheidungstheorie

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

76 Bergmann (1994) S. 75 ff.

77 Simon (1997) S. 73–75.

78 Simon (1997) S. 75–76.

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

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

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

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

bb) Umgang mit Ungewissheit

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

79 Luhmann (1993) S. 296 f.

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

81 Simon (1997) S. 79.

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

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

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

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

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

83 Ähnlich Jarass (1987) S. 34.

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

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

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

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

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

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

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

86 Dazu näher unten B VI 1. c).

87 Dazu näher unten B IV 7.

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

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

cc) Juristische Methodenlehre

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

96 Streinz (2023) Rn 496–509.

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

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

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

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

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

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

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

102 Dazu näher unten B IV.

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

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

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

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

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

b) Sachlogik

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

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

106 S. dazu näher unten B IV 5.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

112 S. dazu näher unten B VI. 2.

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

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

IV. Staatsbürgerliche und ökologische Verhältnismäßigkeit

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

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

113 Näheres dazu unten zu B II.

114 Dazu näher unten B VIII.

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

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

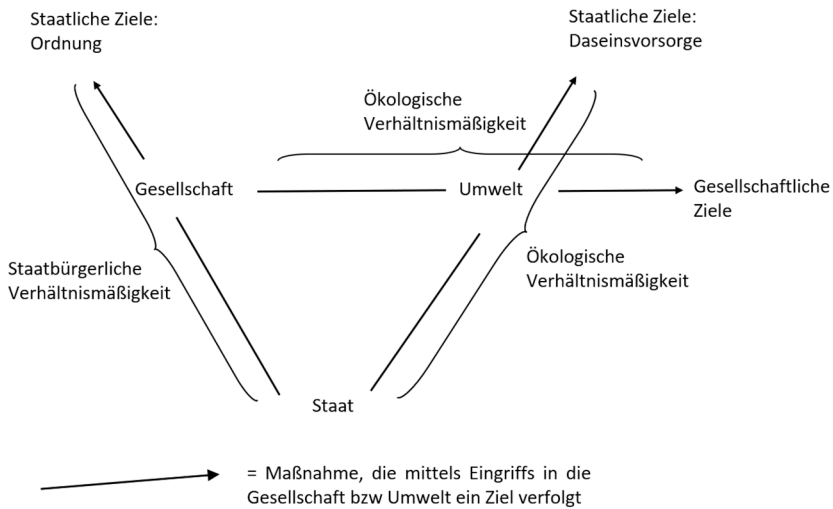
Gesellschaftstheoretisch kann man die staatsbürgerliche Variante als Komponente des **contrat social** zwischen Bürgern zur Errichtung eines Staates betrachten¹¹⁷, während die ökologische Variante auf die Vorstellung eines **contrat naturel** zwischen Bürgern und Natur zur Bewahrung der natürlichen Lebensbedingungen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

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

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

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

118 Serres (1990), S. 67 f.

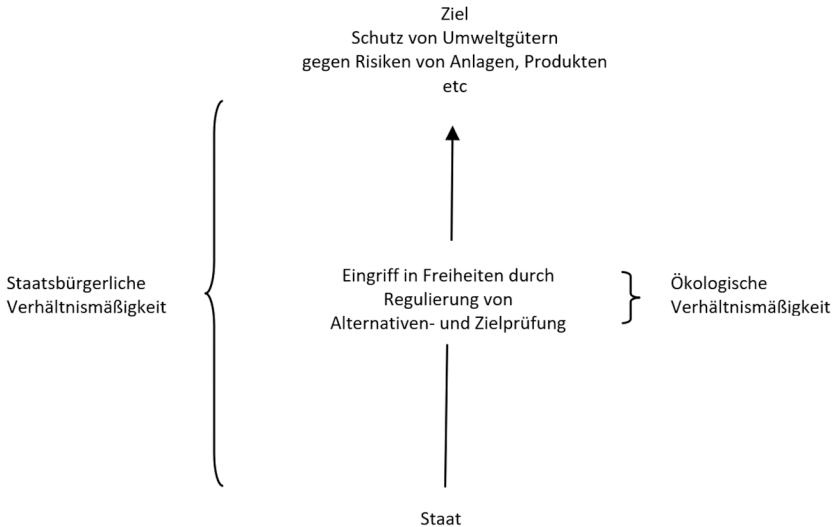


Grafik 1: Staatsbürgerliche und ökologische Verhältnismäßigkeit

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

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

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



Grafik 2: Staatsbürgerliche Verhältnismäßigkeit als Kontrolle der ökologischen Verhältnismäßigkeit

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

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

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

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

V. Weitere Verhältnismäßigkeiten und ihre Koordinierung

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

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

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

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

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

121 EuGH Rs 473/98 Rn 46–49.

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

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

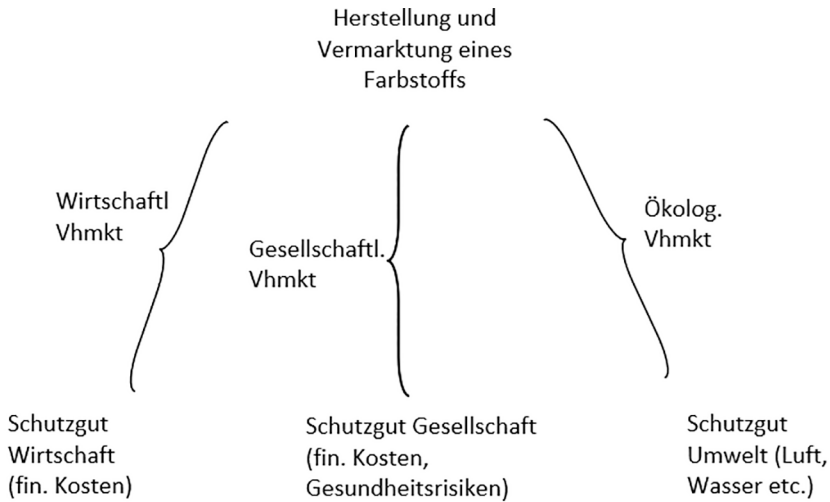
Wenig Probleme treten auf, wenn Vorhaben nach Anwendung aller Konzepte in die gleiche Richtung zeigen, sei dies positiv oder negativ. **Spannungen** treten dagegen dann auf, wenn die Ergebnisse der Anwendung hier positiv und dort negativ ausgehen, zum Beispiel wenn ein Vorhaben wenig in Umweltgüter eingreift,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

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

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

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

123 So auch Simon (1997).



Grafik 3: *Verhältnismäßigkeiten am Beispiel der Vermarktung eines Farbstoffs.*

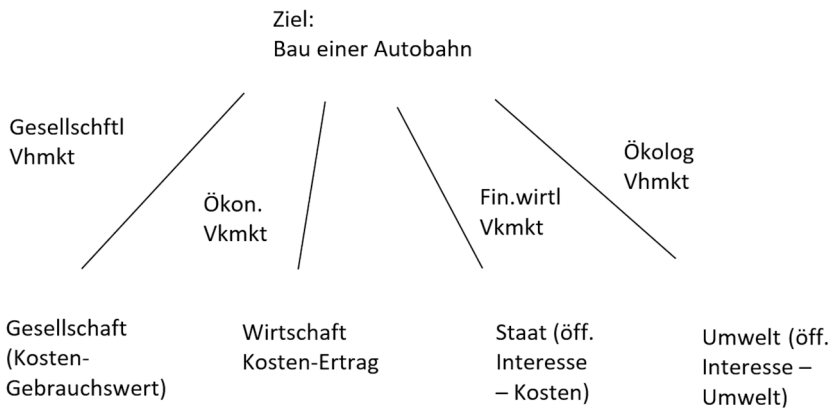
Nehmen wir an, wirtschaftlich ist das Produkt sehr ertragreich, es ist gesundheitsschädlich, wird aber, da es billig ist, trotzdem gekauft, und es ist umwelttoxisch. Dann stehen die positiven wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Bilanzen der negativen ökologischen Bilanz gegenüber. Ob das Produkt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

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

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

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

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



Grafik 4: Verhältnismäßigkeiten im Infrastrukturrecht.

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

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

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

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

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

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

VI. Ökologische Verhältnismäßigkeit bei unterschiedlichen Akteuren

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

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

1. Konsumenten

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

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

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

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

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

125 Oben A II 1.

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

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

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

2. Private Unternehmen

a) Allgemeines

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

127 S. dazu näher oben A II. 2.

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

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

b) Regulierung

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

128 Teubner (1989) S. 79.

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

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

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

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

c) Ökologische Opferlage

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

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

3. Staat als Vorhabenträger und Aufsichtsorgan

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

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

132 Mayer (1917) S. 71–203.

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

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

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

134 Vgl. die umfassende Darstellung von Guglielmi/Koubi (2007). Eine vergleichbare Darstellung fehlt im deutschen Recht. Sie ist verstreut in Lehrbüchern des besonderen Verwaltungsrechts und kompakter in Lehrbüchern der Verwaltungswissenschaft zu finden. S. zB Böhne/Bauer (2023) Kap. 11 und 12.

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

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

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

138 Franzius (2023) S. 508–513.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Staat als Landnutzungsplaner

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

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

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

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

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

VII. Varianten der ökologischen Verhältnismäßigkeit

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

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

146 Schlarmann (1991) S. 42.

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

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

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

150 S. oben zu A IV.

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

1. Schutzbereich und Umwelteingriff

a) Schutzbereich

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

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

aa) Grundsätzliches

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

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

152 Ringel (2021) S. 6.

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

154 Ringel (2021) S. 4.

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

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

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

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

155 TEEB (2010).

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

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

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

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

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

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

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

159 Winter (2000) S. 28–37.

160 S. dazu ausführlicher unten A VIII. 2.

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

bb) Ausformungen

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

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

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

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

161 Dazu näher oben A II. 1.

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

163 S. dazu unten B V.

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

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

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

b) Umwelteingriff

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

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

165 Dazu oben A II. 3. c).

166 Dazu näher unten B II.

167 Dazu näher unten B VI. 2.

168 Dazu näher unten B III.

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

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

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

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

2. Prüfung von Vorhabenalternativen

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

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

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

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

a) Bandbreite

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

aa) Gegenstand

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

bb) Wahlfreiheit des Vorhabenträgers

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

174 S. dazu unten B I.

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

cc) Kompensationen als Alternative

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

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

175 S. §§ 11 und 12 BauGB.

176 Spannowsky (1996) S. 210.

177 BVerwGE 45, 309 321 (Flachglas).

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

179 § 15 BNatSchG.

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

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

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

b) Untersuchungstiefe

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

aa) Prozedurale vs. Ergebniskontrolle

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

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

¹⁸⁰ S. dazu näher unten B V.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

bb) Beibringungslast

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

189 § 52 BImSchG.

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

191 Art. 68 REACH-VO.

192 Art. 69 REACH-VO.

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

194 Art. 69 Abs. 6 REACH-VO.

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

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

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

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

c) Zumutbarkeit

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

aa) Disponibilität von Alternativen für den Vorhabenträger

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

bb) Kosten der Alternativen

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

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

200 S. näher unten B IV. 7. b).

201 S. näher oben A V.

202 S. näher unten zu B IV. 7. b).

3. Prüfung der Vorhabenziele

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

a) Abstraktionshöhe der Ziele und Bandbreite der Alternativen

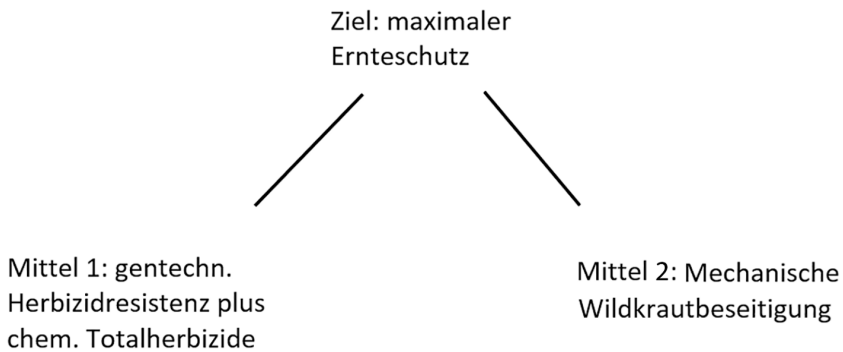
Vorhabenträger pflegen ihre Zielsetzung sehr konkret zu definieren, und möglichst so, dass das Ziel mit dem Vorhaben identisch ist. Dann schrumpfen die denkbaren Alternativen just auf das geplante Vorhaben selbst. Dagegen kann das konkrete Ziel abstrahiert werden, indem es am **Maßstab eines höheren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

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

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

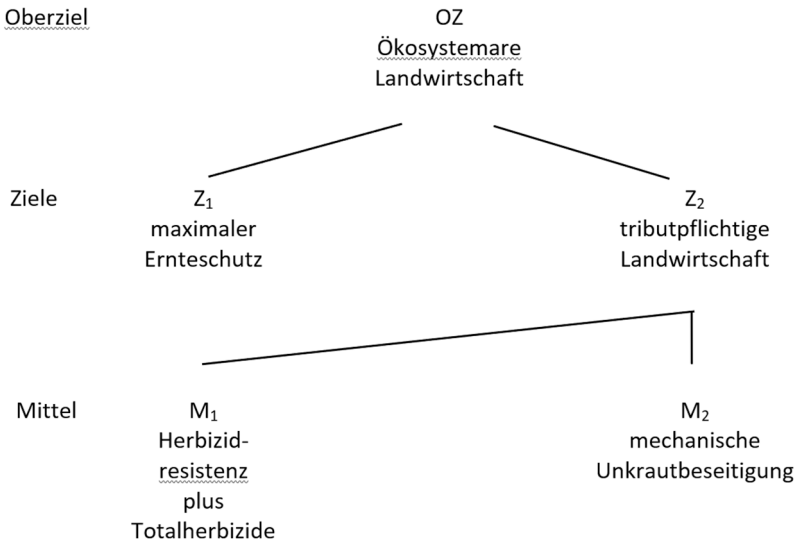
Die Kalkulation ist in Grafik 5 schematisch dargestellt. Im Ergebnis des Beispiels ist Mittel 1 (gentechnisch hergestellte Herbizidresistenz) effektiver als Mittel 2 (mechanische Wildkrautbeseitigung), aber Z (maximaler Ernte-

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



Grafik 5: Angemessenheit von Mittel und Ziel.

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



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

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

b) Ziel als Bezugspunkt für die Alternativenprüfung

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

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

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

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

c) Ziel als Kriterium der Zulässigkeit des Vorhabens

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

aa) Subjektive oder objektive Zielbestimmung

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

203 Dazu Näheres unten zu B II und B VI.

204 Dazu Näheres unten B V. und VI.

bb) Begründete Ziele und reale Motive

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

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

Der Verwaltungsbeamte, der eine neue Kläranlage entwirft, tut dies u. a. in der Absicht, einen Auftrag seines Vorgesetzten zu erfüllen und sich für einen höheren Posten zu empfehlen. Der Vorgesetzte seinerseits möchte mit dem Projekt den Bestand und Ausbau seiner Abteilung sichern. Beide werden ihre Arbeit aber anders darstellen, nämlich als wichtigen Beitrag zur Abwasserreinigung²⁰⁷

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

cc) Kriterien der Zielbewertung

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

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

210 Dazu näher unten B VI. 1. c) cc).

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

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

213 § 15 Abs. 5 BNatSchG.

214 Richterrechtliches Fachplanungsrecht, s. unten B IV 3.

215 § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 WHG.

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

217 § 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG.

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

i) Grundsätzliches

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

223 S. dazu für viele Spießhofer (2017).

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

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

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

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

ii) Zielvergleiche

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

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

226 Dazu näher unten B IV.9.

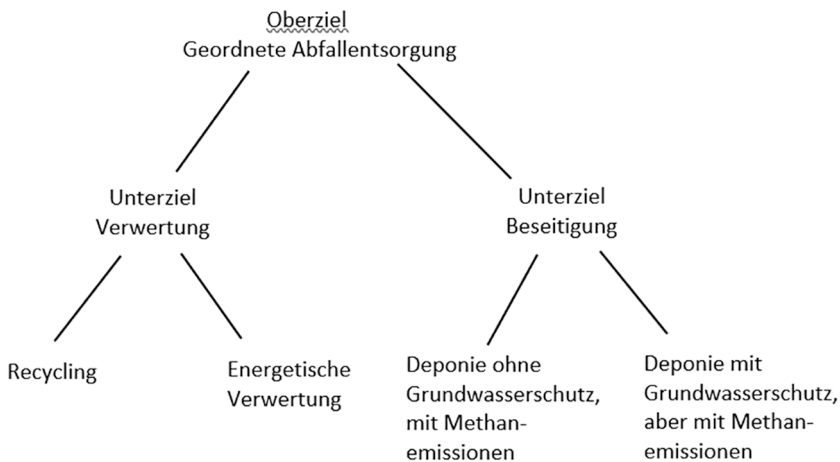
227 Verordnung (EG) Nr. 338/97 des Rates vom 9. Dezember 1996 über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels, Abl. 061 vom 3.3.1997, S. 1, i.d.F. der Verordnung (EU) 2023/966 der Kommission vom 15. Mai 2023, Abl. L 133, 1 v. 17.5.2023, Art. 1 Abs. 1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

228 Zum logischen Aufbau der beiden Varianten s. später.

229 Dazu näher unten B III.

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

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



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

230 S. oben B VII 3. a).

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

iii) Ziele im öffentlichen Interesse

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

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

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

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

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

232 Dazu näher unten B IV.4.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Alternativen und Ziele bei besonderer Knappheit

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

a) Ausstieg und Bewirtschaftung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

240 Markus (2009).

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

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

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

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

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

242 Wollenschläger (2010) 531 ff.

243 Kupfer (2004) 537 f.

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

245 Vgl. § 5 Abs. 2 BImSchG.

246 Winter (2009) S. 297.

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

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

b) Anschub erwünschter Alternativen

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

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

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

247 Zu dieser s. unten A X. 3.

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

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

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

5. Rechtsschutzfragen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

252 S. dazu oben A IV.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

258 Zur Kritik s. unten B IV. 13.

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

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

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

6. Bürokratische Kosten

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

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

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

261 S. dazu noch unten B IV. 9.

262 Endres/Rübbelke (2022) S. 53–66.

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

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

VIII. Verfassungsrechtliche Grundlagen der öV

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

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

264 S. dazu näher unten B VI. 1. c).

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

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen für private Akteure

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

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

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

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

aa) Allgemeine Grundpflichten im Grundgesetz

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

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

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

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

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

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

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

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

269 Szczekalla (2002) S. 904 f.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

274 Isensee (1982) S. 618.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

bb) Weimarer Ursprünge

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

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

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

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

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

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

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

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

283 Anschütz (1930) Art. 153 Nr. 16.

284 Schmitt (1932) S. 597.

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

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

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

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

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

287 Preuß (1979) S. 240.

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

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

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

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

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

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

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

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

cc) Deutscher Nationalsozialismus der „zwölf verlorenen Jahre“

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

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

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

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

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

294 Huber (1937/39) § 34.

295 Huber (1937/39) S. 362.

296 Huber (1937/39) S. 362.

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

dd) Deutscher Sozialismus der Nachkriegszeit

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

297 Larenz (1935) S. 225 ff.

298 Huber (1937/39) S. 365.

299 Huber (1937/39) S. 365.

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

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

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

ee) Deutscher Sozialkapitalismus

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

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

(i) Grundpflicht statt wohlfahrtsstaatliche Entmündigung?

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

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

303 Vgl. Preuß (1979) S. 174 ff.

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

(ii) Grundpflicht gegen Staatsüberlastung?

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

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

ff) Öffnung der Grundpflicht für die öV

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

304 Preuß (1979) S. 248 f.

305 Preuß (1979) S. 206.

306 Preuß (1979) S. 207.

307 Mayntz (1978) S. 45–53.

308 Winter (1975) S. 31–54.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

316 Ridder (1975) S. 91.

317 Serres (1992).

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

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

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

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

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

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

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

gg) Zusammenfassung

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

b) Eingriff in Freiheitsrechte und Rechtfertigungsfähigkeit

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

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

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

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

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

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

Freies / öffentliches Gut:

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

323 Murswiek (1985) S. 248.

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

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

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

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

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

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

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

Staatliche / individuelle Verantwortung:

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

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

Vorteilsabschöpfung:

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

326 Dazu näher Winter (1986).

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

328 § 31 BBergG.

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

Missbrauchsrisiko:

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

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

Tabuzonen:

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

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

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

331 Köck/Gawel (2022) S. 542–544.

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

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

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

c) Rechtfertigung des Eingriffs

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

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

333 S. bereits oben zu A IV.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

337 Groß (1997) S. 89 ff.

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

d) Einführung von öV – Schutzpflicht und Grundrecht?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Verfassungsrechtlicher Rahmen hoheitlicher Daseinsvorsorge und Planung

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

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

347 Vgl. oben zu A VI.3.

348 Franzius (2023) S. 508–513.

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

IX. Unionsverfassungsrecht

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

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

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

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

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

350 Art. 15–17 GR-Charta.

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

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

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

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

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

X. Ökologische Verhältnismäßigkeit und andere umweltrechtliche Grundsätze

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

353 S. näher oben A VIII. 1. a).

354 Art. 11 b) IVU-Richtlinie.

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

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

1. Grundrechte auf Umweltschutz

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

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

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

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

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

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

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

2. Suffizienz

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

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

3. Vorsorge

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

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

360 SRU (2024) S. 21.

361 SRU (2024) S. 47 ff.

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

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

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

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

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

4. Eigenrechte der Natur

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

363 Kloepper (2004) § 4 B I. Rn 8–28.

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

5. Nachhaltigkeit

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

6. In dubio pro natura

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

364 Wesche (2023) S. 149–202.

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

366 Bugge (2008) S. 3–9.

367 Winter (2013).

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

7. Kosten – Nutzen – Analyse

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

368 Borràs (2023).

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

B. Besonderer Teil

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

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

I. Umweltverträglichkeitsprüfung und strategische Umweltprüfung

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

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

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

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

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

1. Deutsches Recht und Unionsrecht

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

371 § 16 Abs. 1 Nr. 2 und 5 UVPG.

372 40 CFR 1502.14.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

384 Kment (2012) Rnr. 25.

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

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

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

2. US-Amerikanisches Recht

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

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

„a detailed statement by the responsible official on

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

...“

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

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

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

389 42 U.S.C. § 4332.

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

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

„Alternatives including the proposed action

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

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

391 40 C. F. R. § 1502.14.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

394 Novick (1996) § 9.01 [2] [b] [i].

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

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

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

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

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

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

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

398 Ibid. p. 666.

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

Der dissentierende Richter wandte ein, wenn das Projektziel so eng definiert werde, dass nur das vorgeschlagene Projekt oder die no action-Variante verbleibe, verkomme die Alternativenprüfung zu einem „**empty exercise**“. Die FAA müsse selbst bestimmen, welches Ziel legitim und welche Alternative „reasonably available“ sei. Das Ziel sei, der Fa. Burlington eine Landebahn für Frachttransporte zur Verfügung zu stellen. Dieses Ziel könne aber möglicherweise auch an anderen Standorten erfüllt werden. Deshalb hätten weitere Standorte untersucht werden müssen. Das heiße nicht, dass sich im Ergebnis eine andere „viable air cargo hub at acceptable cost“ herausgestellt hätte. Jedenfalls habe die FAA gegenüber dem definitiven Ausschluss anderer Varianten „a degree of scepticism in dealing with self-serving statements from a prime beneficiary of the project“ üben müssen.

In der Literatur ist die Mehrheitsmeinung deutlich kritisiert worden.⁴⁰⁰ Auch die frühere Rechtsprechung hatte gefordert, dass die entscheidende Behörde das Ziel des Vorhabens objektiv bestimmen müsse, nicht nach den individuellen Interessen des Antragstellers.⁴⁰¹

Für das deutsche Recht lassen sich aus dem Fall zwei Lehren ziehen. Zum einen bestätigt sich, dass die **Zielsetzung** so **eng** erfolgen kann, dass im Grunde nur das geplante Vorhaben in Betracht kommt. Dies sollte vermieden werden. Allerdings wäre im Kontext des deutschen Rechts wohl zu fragen, ob nicht auch am gewählten Standort noch Alternativen (wie z.B. eine andere Platzierung der Landebahn) zur Verfügung stehen.

Zum anderen verweist die Entscheidung auf das im deutschen Recht kaum thematisierte Problem der **Zuständigkeit für die Zieldefinition**. Paradoxerweise führte im Burlington-Fall das Abstellen auf den Antragsteller (die Port Authority) zu einer engeren Zielbestimmung (Wirtschaftssituation Toledos) als der Durchgriff auf den eigentlichen Betreiber (Verbesserung der Landemöglichkeiten für Burlington). Dies ist aber nicht notwendig so. Entscheidender ist, ob es auf den Antragsteller oder die Genehmigungsbehörde ankommt. M. E. spricht nichts dagegen, soweit wie möglich den Antragsteller zum Zuge kommen zu lassen, sofern der o.g. Grundsatz, eine Identität von Ziel und Mittel zu vermeiden, beachtet wird. Die Kritik der amerikanischen Literatur an der „deference“ (Nachgiebig-

400 Lackey (1992) S.1272; Hartmann (1994) S.734. Zu einem ähnlichen Fall Angel (2002) 1009–1014.

401 Van Abbema v. Fornell, 807 F. 2d 633, S. 638; Sierra Club v. Marsh, 714 F. Supp. 539, S. 574.

keit) gegenüber dem Antragsteller ist dennoch im Ergebnis berechtigt; nur ist sie ihrerseits problematisch, weil sie nicht davor schützt, dass sich die entscheidende Behörde zu weit von dem vom Antragsteller erreichbaren Ziel entfernt. Gesucht ist also ein inhaltlicher Gesichtspunkt, der die „deference“ begrenzt.

Im Rahmen der hier vertretenen Sichtweise, nach der bei der Aufopferung besonders wertvoller Natur auch eine Erwägung von Zielalternativen zu fordern ist, ließe sich der Burlington-Fall auch wie folgt darstellen: Das Ziel der Port Authority, die lokale Wirtschaft zu fördern, wird zunächst als legitim anerkannt. Da der Ausbau des Toledo-Flughafens aber Bestände einer seltenen Eichenart zerstört, muss sich das lokale Ziel anderen Zielvarianten stellen. Zu diesen gehört der infrastrukturelle Ausbau in anderen Regionen als Toledo. Die Erreichung dieser Zielvarianten liegt im Prinzip in der Dispositionsmöglichkeit des Vorhabenträgers, wobei vorbehalten bleibt, dass manche Alternativen wegen mangelnder Rentabilität ausscheiden.⁴⁰² In der UVP ist dann zu untersuchen, welches Ziel mit geringeren Umweltkosten verwirklicht werden kann.

Ein weiterer Streit zur Weite des zu prüfenden **Alternativenspektrums** betrifft die Frage, ob bei Genehmigung von umweltbelastenden Stromerzeugungsanlagen alternativ auch Möglichkeiten der Stromeinsparung zu untersuchen sind. Der Supreme Court hat hierzu eine mittlere Linie vertreten, die gegenüber der kategorischen Ablehnung entsprechender Prüfungen im deutschen Recht den Vorzug verdient. In *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*⁴⁰³ setzt er nicht etwa darauf, dass Maßnahmen der Energieeinsparung gar nicht in der Dispositionsmöglichkeit des Antragstellers liegen. Implizit geht er vielmehr von der Notwendigkeit der **Einbeziehung von für den Vorhabenträger nicht disponiblen Varianten** aus, oder, bei Betrachtung im Rahmen einer Verwendung des Ziel-Mittel-Schemas, von einer **Zielbestimmung höherer Ebene**, nämlich der Erforderlichkeit einer ausreichenden Stromversorgung. Daran gemessen wäre die Stromeinsparung im Prinzip eine relevante Alternative. Das Gericht verwendet dagegen jedoch ein Argument, das aus dem Horizont des zur jeweiligen Zeit verfügbaren Wissens stammt. Es meint,

402 Der Fall gibt zu der Präzisierung Anlass, dass es auf die Disponibilität für denjenigen ankommt, der das Projekt wirtschaftlich betreibt, nicht für eine zwischengeschaltete Behörde (hier: die Port Authority), die nur als Vertretung fungiert.

403 435 U.S. 519; vgl. Schoenbaum/Rosenberg (1991) S. 136 f.

„the concept of ‚alternatives‘ is an evolving one, requiring the agency to explore more or fewer alternatives as they become better known and understood“.⁴⁰⁴

Die Frage nach Alternativen der Energieeinsparung sei erst nach der Ölkrise von 1973 aufgetreten; zur Zeit der Genehmigungserteilung sei sie weitgehend unbekannt gewesen. Zwar hätten Einwender im Genehmigungsverfahren sie aufgeworfen, sich jedoch geweigert, dazu substantiiert vorzutragen. Im Prinzip habe die Behörde aber die Befugnis, Energieeinsparung als Alternative zu erwägen. Dass sie dies nicht getan habe, sei jedoch nicht „arbitrary and capricious“ gewesen, ein Maßstab, auf dessen Prüfung sich die Gerichte beschränken müssten.⁴⁰⁵

Von Interesse für das deutsche Fachplanungsrecht, insbesondere die Frage der **Zielfestlegung durch Gesetz**, ist weiterhin die amerikanische Rechtsprechung zur UVP bei Zustimmung des Kongresses zu einem Vorhaben. Ähnlich wie im deutschen Recht erkennt sie an, dass das Spektrum der zu prüfenden Alternativen eingeengt wird, soweit die Entscheidung des Kongresses verbindliche Aussagen über das Ziel des Vorhabens treffe.⁴⁰⁶

Schließlich ist rechtsvergleichend bedeutsam, dass NEPA zwar auch **materielle Vorgaben** des Umweltschutzes enthält, die Vorschrift über die UVP aber nach ständiger Rechtsprechung des Supreme Court als eine im Wesentlichen **prozedurale** verstanden wird. Zugespitzt bedeutet dies, dass aus den Alternativen die die Umwelt stärker belastende ausgewählt werden darf, vorausgesetzt, sie ist pflichtgemäß untersucht worden. Man vertraut darauf, dass die Behörde sich durch das EIS in ihrem materiellen Ermessen beeinflussen lässt, verpflichtet ist sie dazu jedoch nicht, solange sie sich in den allgemeinen Ermessensgrenzen des „arbitrary and capricious-test“ hält. Dazu heißt es in der Entscheidung *Robertson v. Methow Valley Citizens Council* des Supreme Court:

„Although these procedures are almost certain to affect the agency's substantive decision, it is now well settled that NEPA itself does not mandate particular results, but simply prescribes the necessary process. [...] If the adverse environmental effects of the proposed action are adequately identified and evaluated, the agency is not constrained by

404 435 U.S. 519, 553.

405 *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 435 U.S. 519 (1978), 550–556.

406 Nachweise bei Lackey (1992) S. 1240.

NEPA from deciding that other values outweigh the environmental costs. In this case, for example, it would not have violated NEPA if the Forest Service, after complying with the Act's procedural prerequisites, had decided that the benefits to be derived from downhill skiing at Sandy Butte justified the issuance of a special use permit, notwithstanding the loss of 15 percent, 50 percent, or even 100 percent of the mule deer herd.“⁴⁰⁷

Das Gericht weist allerdings darauf hin, dass andere Gesetze als NEPA – z.B. der Endangered Species Act – präzise materielle Vorgaben enthalten können:

„Other statutes may impose substantive environmental obligations on federal agencies, but NEPA merely prohibits uninformed – rather than unwise – agency action.“⁴⁰⁸

Demgegenüber werden die Environmental Policy Acts einiger US-Staaten so interpretiert, dass das EIS auch materielle Bedeutung hat.⁴⁰⁹

Soweit das Fachrecht eine Untersuchung und Bewertung der **sozio-ökonomischen Wirkungen von Projekten** vorschreibt, stellt sich die Frage, ob diese Prüfung Gegenstand der UVP werden sollte. Jedenfalls wäre dann erforderlich, dass der für UVP übliche geographische und biologische Sachverstand um ökonomische und soziologische Expertise ergänzt wird. Gegen die Erweiterung spricht allerdings, dass die Umweltbelange im Pot-pourri der anderen Belange relativiert werden könnten und die UVP so an Prägnanz verlöre.

Man kann dies an US-amerikanischen Beispielen zeigen. Im Beispiel eines EIA für die Erweiterung eines Skigebiets werden z.B. einerseits mit großer Verve die touristischen Vorteile ausgebreitet, während andererseits die ökologischen Nachteile wie z.B. die Verkleinerung des Lebensraums von Luchsen nur mehr oder weniger lakonisch festgestellt werden. Die UVP mündet nicht in eine Abwägung und zieht keine Schlussfolgerungen.⁴¹⁰ In der Entscheidung der zuständigen Behörde ist dann fachrechtlich eine Abwägung vorgesehen, die sich aber gern den Vorteilen anschließt und für die Luchse nur mit der Absicht aufwartet, dass die Skifahrer zu

407 Robertson v. Methow Valley Citizens, 490 U.S.332 (1989), 351. Diese mittelbar materielle Wirkung des EIS betonen auch Ashford/Caldart (2008) S. 335.

408 Ibid.

409 S. dazu Schoenbaum/Rosenberg (1991) S. 155 ff.

410 USDA Forest Service (2016a).

rücksichtsvoller Nutzung des Gebiets angehalten werden sollen.⁴¹¹ Deshalb dürfte es zweckmäßiger sein, wenn für die Feststellung des Nutzens, oder, im Sinne der öV, der Zielsetzung des Vorhabens ein **eigenes Instrument der Prognose und Bewertung** eingeführt würde.⁴¹²

II. Industrieanlagen

Der **Schutzbereich**, der die umweltrechtliche Zulässigkeit von Industrieanlagen bestimmt, wird für das Umweltmedium Luft⁴¹³ als Vermeidung schädlicher Umwelteinwirkungen umschrieben.⁴¹⁴ Dem liegt die Vorstellung einer für Menschen, Tiere und Pflanzen unschädlichen Luftqualität zu Grunde. Diese wird für bestimmte Schadstoffe durch Immissionswerte, oder, wie sie im Unionsrecht genannt werden, Grenzwerte konkretisiert. Soweit solche Grenzwerte nicht existieren, ist das geforderte Niveau aus dem Begriff „schädliche Umwelteinwirkungen“ abzuleiten.

Grenzwerte sind Obergrenzen für ein normales Verhalten, das sich unterhalb von ihnen abspielt und sie nicht in jedem Fall ausnutzt. In dieser Beziehung unterscheiden sich Grenzwerte von Emissionsberechtigungen. Letztere stellen einen ökonomischen Wert dar, der genutzt und gehandelt wird. Ihn nicht auszunutzen bedeutet, einen Wert zu verschwenden.⁴¹⁵

Die öV kann dazu dienen, zu einer **Unterschreitung der Grenzwerte** anzureizen. Dies kommt in Hinsicht auf vier Vorhabenkomponenten in

411 USDA Forest Service (2016b).

412 Für ein Beispiel, die sozio-ökonomische Analyse im Chemikalienrecht, s. unten B VI. 1. c).

413 Im Hinblick auf Gewässerqualität s. unten B III.

414 Vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 1 mit § 3 Abs. 1, 2 und 4 BImSchG. Die Grenze wird durch verschiedene Differenzierungen zwischen Betroffenen (Mensch, Tier, Pflanzen) und zwischen Intensitäten (Erheblichkeit, Vorbelastungen) komplexer umschrieben (s. dazu die Kommentierung von Jarass (2024) zu §§ 4 und 5). Richtlinie 2010/75/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 über Emissionen aus Industrie und Tierhaltung (integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung) (Neufassung), Abl. L 334 vom 17.12.2010, S. 17 (IVU-RL) spricht in Art. II c) von „keine erheblichen Umweltverschmutzungen“. Richtlinie 2008/50/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über Luftqualität und saubere Luft für Europa, Abl. L 152 vom 11.6.2008, S. 1, zielt in Art. 2 Nr. 5 darauf, „schädliche Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit und/oder die Umwelt insgesamt zu vermeiden, zu verhüten oder zu verringern“. Auf die Interpretation und Systematik der einschlägigen Begriffe kann hier nicht näher eingegangen werden.

415 Winter (2009) S. 396.

Betracht, nämlich die technischen Verfahren (1.), den Standort (2.), das Herstellungskonzept (3.) und die Produktionsziele (4.). In dieser Reihenfolge nimmt auch die Stärke der Einschränkung des Entscheidungsspielraums der Vorhabenträger zu.

1. Technische Verfahren

Anlagen, die wegen ihrer besonderen Umweltgefährlichkeit nicht nur nach dem allgemeinen Baurecht, sondern auch nach den gesteigerten Anforderungen des Immissionsrechts zu beurteilen sind, müssen den **„Stand der Technik“** der Emissionsbegrenzung verwirklichen.⁴¹⁶ Der „Stand der Technik“ wird definiert als

„der Entwicklungsstand fortschrittlicher Verfahren, Einrichtungen oder Betriebsweisen, der die praktische Eignung einer Maßnahme zur Begrenzung von Emissionen [...] als gesichert erscheinen lässt“.⁴¹⁷

Der entsprechende unionsrechtliche, ähnlich definierte Terminus ist **„beste verfügbare Techniken“**.⁴¹⁸

Unter dem Gesichtspunkt der öV erläuterungsbedürftig sind die subjektive oder objektive Auswahl und die Beibringungslast von Alternativen (a), die Beurteilung der Alternativen nach dem Ausmaß ihres Umwelteingriffs oder dessen Verhinderung (b), sowie die Berücksichtigung der Kosten der Umweltschutzmaßnahmen (c).

a) Beibringungslast und subjektive oder objektive Auswahl

Im Genehmigungsverfahren für Anlagen, die den Stand der Technik zu verwirklichen haben, stellt sich die Frage, wer die technischen Verfahrensalternativen einzubringen hat.⁴¹⁹ Die an sich nach allgemeinem Verfahrensrecht geltende Untersuchungsmaxime erlegt die Last der Behörde auf, wobei aber eine Mitwirkungspflicht des Betreibers besteht.⁴²⁰ Diese Pflicht wird durch § 10 Abs. 1 Satz 2 BImSchG verstärkt, nach dem dem Antrag die

416 § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG.

417 § 3 Abs. 6 BImSchG.

418 § 3 Abs. 1 Nr. 10 IVU-RL.

419 S. dazu allgemein oben A VII. 2. a) bb).

420 §§ 24 Abs. 1 und 26 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG).

zur Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen erforderlichen Unterlagen beizufügen sind. Damit wird im Hinblick auf gefährliche Industrieanlagen die **Beibringungslast dem Betreiber zugeschoben**. Die Behörde kann die Genehmigung schon dann verweigern, wenn – nach Abmahnung – die Unterlagen unvollständig bleiben.

Diese gesetzliche Regelung wird durch § 4a Abs.1 Nr. 7 der 9. BImSchV dahin konkretisiert, dass eine Übersicht über „die wichtigsten vom Antragsteller gegebenenfalls geprüften Alternativen“ vorzulegen ist.⁴²¹ Soweit eine UVP erforderlich ist, wird diese Anforderung weiter ausdifferenziert zu einer „Beschreibung der vernünftigen Alternativen zum Schutz vor und zur Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen [...], die [...] von dem Träger des [...] Vorhabens geprüft worden sind, und die Angabe der wesentlichen Gründe für die getroffene Wahl unter Berücksichtigung der jeweiligen Auswirkungen auf die in § 1a genannten Schutzgüter [...]“.

Nach der oben⁴²² vorgeschlagenen Terminologie ist damit eine **subjektive Auswahl** der Alternativen vorgesehen. Andererseits ist der Maßstab „Stand der Technik“ aber ein objektiver. Wenn der Betreiber „mauert“ und Alternativen nicht prüft oder nur vorgibt geprüft zu haben⁴²³, darf und muss die Behörde eigene Alternativen einbringen, trägt dann aber die Darlegungs- und Beweislast. Sie ist dabei nicht auf eine nur nachvollziehende Überprüfung der Unterlagen des Betreibers beschränkt. Besitzt sie allerdings das erforderliche fachkundige Personal nicht, um technische Alternativen zu ermitteln und zu bewerten, wird die Genehmigung erteilt werden, ohne dass die Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen gesichert ist.

Eine Konkretisierung des Spektrums können die Beteiligten dadurch erreichen, dass in den **Vorgesprächen** (bei UVP-pflichtigen Vorhaben im scoping-Termin, im Übrigen aufgrund der Beratungspflicht nach § 25 Abs. 2 und § 71c Abs. 2 VwVfG) eine Abstimmung erfolgt. Auch kann die Behörde entscheiden, dass der Betreiber hinsichtlich der Alternativen, die er selbst ausscheiden möchte, nur eine Übersicht und Angabe der Auswahlgründe vorlegen muss. Der Behörde muss es aber vorbehalten bleiben, ggf. weitere Informationen über die cursorisch beschriebenen Alternativen zu verlangen. Diese Befugnis kann auf § 10 Abs.1 Satz 2 BImSchG gestützt

421 Ebenso Art. 12 (1) (k) IVU-RL.

422 S. oben zu A VII. 2. a) bb).

423 Vgl. Gawel (2009) S. 211.

werden, wonach die Behörde eine Ergänzung der Unterlagen verlangen kann, wenn „die Unterlagen für die Prüfung nicht aus[reichen]“.⁴²⁴

Insgesamt empfiehlt es sich, die behördliche **Prüfung eher prozedural als ergebnisbezogen** anzulegen, denn es kann sein, dass ein Verfahren nach Literaturlage, aber nicht in der Praxis funktioniert. Ein Beispiel bietet der folgende Erfahrungsbericht:

„Wir hatten bei unseren Kraftwerken Nassentschwefelungsverfahren ausgewählt, und die Behörde hat uns gefragt, ob wir denn nicht das Wellmann-Lord-Verfahren einsetzen könnten. Das ist ein Verfahren, von dem man vermutet, dass es leichter verwertbare Reststoffe – nämlich elementaren Schwefel – entstehen lässt und nicht das Gips-Problem aufwirft. Ich kann nur sagen, wir haben uns glücklicherweise verneinend geäußert, und die Behörde hat das auch akzeptiert, nachdem das geprüft worden ist. Das war gut so, denn nicht viel später kamen die Probleme mit dem Kraftwerk Buschhaus, wo sich herausstellte, dass das Verfahren überhaupt nicht funktionierte.“⁴²⁵

Die Prüfung von Alternativen im einzelnen Genehmigungsverfahren wird dadurch entlastet, dass bestimmte Techniken durch untergesetzliche Normierung vorgeschrieben werden, oder dass Emissionsgrenzwerte festgelegt werden, die bestimmte fortschrittliche Techniken repräsentieren, aber einen Spielraum für eine eigene Technikwahl belassen. Solche **Standardsetzung** beruht auf einer Erhebung möglicher Alternativen. In großem Umfang findet dies in nationalen und transnationalen Normungsorganisationen statt, die selbst kein verbindliches Recht setzen können, aber durch staatliche Regulierung in Bezug genommen werden.⁴²⁶ In der EU wurde dafür ein eigener Such- und Beschlussmechanismus eingesetzt, nämlich das Verfahren der Erstellung von **Merkblättern der besten verfügbaren Technik**.⁴²⁷

424 § 7 9. BImSchV verengt diese Voraussetzung auf den Fall, dass die Unterlagen nicht „vollständig“ sind. Auch bei vollständigen Unterlagen, etwa, wenn die nach § 4 e Abs. 5 der 9. BImSchV erforderliche Übersicht über die Alternativen eingereicht worden ist, kann aber die Situation entstehen, dass dies für die Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen nicht ausreicht.

425 Dienes (1991) S. 101.

426 Fluthwedel (2016) S. 513 ff.

427 Art. 13 IVU-RL.

b) Wirksamkeit der Alternativen

Die Definition des Standes der Technik ist so angelegt, dass es nicht jeweils nur ein bestes Verfahren zur Begrenzung von Emissionen gibt. Es muss also ein **Alternativenvergleich** stattfinden. Wenn § 3 Abs. 1 Nr. 6 BImSchG eine „praktische Eignung einer Maßnahme zur Begrenzung von Emissionen“ verlangt, so heißt dies, dass nicht jede Alternative gleichermaßen wirksam sein muss. Art. 3 (1) Nr. 10 c) RL 2010/75 scheint insoweit strenger zu sein, weil er „beste [...] Techniken“ fordert und als diejenigen definiert, die „am wirksamsten zur Erreichung eines allgemein hohen Schutzniveaus für die Umwelt insgesamt sind“. Aber da die Techniken auch „verfügbar“ sein müssen, wird der hohe Anspruch etwas gemildert.

Implizit selbstverständlich ist, dass die technischen Varianten auch zur Erreichung des Unternehmensziels geeignet sein müssen. Denn es macht keinen Sinn, Techniken zu verlangen, die mit dem Unternehmensziel nichts zu tun haben. Allerdings ist es so, dass hinsichtlich der Wirksamkeit schon aus technischen Gründen, aber auch bei Abwägung mit den Umweltbeeinträchtigungen, keine exakte Gleichheit verlangt werden kann. Es geht jedoch zu weit zu fordern, dass das alternative Verfahren nicht zu einer Beeinträchtigung der Anlagenleistung führen dürfe.⁴²⁸

In terms der öV handelt es sich bei dieser zweiten Beziehung um das Erfordernis, dass eine Alternative geeignet sein muss, das Ziel zu erreichen. Die erste Beziehung, nämlich die Umweltschutzrelevanz der Alternativen, hat ihren Platz bei der Bestimmung der Erforderlichkeit des Eingriffs in Umweltgüter.

c) Kosten der Alternativen

Alternative Techniken können unterschiedlich kostspielig sein.⁴²⁹ Dies macht es erforderlich, Kriterien für die Tragbarkeit von Kosten zu finden. Zwei Maßstäbe sind denkbar: eine Relation zwischen Kosten und Umweltnutzen, und eine Relation zwischen Kosten und Unternehmensnutzen.

Die **Relation von Kosten und Umweltnutzen** postuliert das deutsche Recht durch den Maßstab der „Verhältnismäßigkeit zwischen Aufwand und

428 So aber Landmann/Rohmer UmweltR/Thiel (2024) BImSchG § 3 Rn. 108, 109 m.w.N.

429 S. Grundsätzliches dazu oben zu A VII 2. c) bb).

Nutzen möglicher Maßnahmen“.⁴³⁰ In der gleichen Weise schreibt Art. 3 Nr. 10 c) RL 2010/75 vor, dass das Kosten/Nutzen-Verhältnis zu berücksichtigen ist, womit die Relation zwischen dem Aufwand für die Umweltschutzmaßnahmen und dem Nutzen des erzielbaren Umweltschutzes gemeint ist. Je positiver die Relation für den Umweltschutz ist, desto eher ist eine Maßnahme vorzuziehen. Dies bedeutet umgekehrt, dass eine Maßnahme, die sehr teuer ist und nur geringen Nutzen bringt, nicht berücksichtigt wird.

Die **Relation von Kosten und Unternehmensnutzen** wird durch Art. 3 (1) Nr. 10 (b) RL 2010/75/EU statuiert, nach dem die wirtschaftliche und technische Vertretbarkeit der Techniken in dem betreffenden industriellen Sektor zu berücksichtigen ist. Man kann dies so deuten, dass ein Unternehmen eine Variante zurückweisen kann, wenn es wegen deren Kosten unrentabel wird. Dabei kommt es aber auf den Durchschnitt des betroffenen industriellen Sektors an, also nicht auf die spezifische Lage jedes einzelnen Unternehmens. Das deutsche Recht kennt diese Voraussetzung nicht und ist insoweit strenger als das Unionsrecht, was aber nach Art. 193 AEUV zulässig ist.

Die Situation kann einigermaßen brisant werden, wenn es um enorme Umweltschäden geht, deren Vermeidungskosten die betreffende Branche in den Konkurs drängt. Dies gilt z.B. für Unternehmen, die ausschließlich Kohlekraftwerke betreiben. Sie würden, wenn sie wegen der Klimaeffekte stillgelegt werden, insolvent, obwohl für die Stilllegung das Verhältnis von Umweltnutzen und Aufwand vermutlich positiv wäre.

Man kann darin eine **Enteignung** sehen. Das ist nach deutschem Recht jedoch rechtsdogmatisch nicht der Fall, da Enteignung die Übertragung von Eigentumsgegenständen voraussetzt.⁴³¹ Die Aufhebung von Eigentumspositionen fällt dann in die Kategorie der **Nutzungsregulierung** (oder **Inhaltsbestimmung** nach der deutschen Dogmatik), die dem (staatsbürgerlichen) Verhältnismäßigkeitsgebot unterliegt. Dieses ist nicht verletzt, wenn der bezweckte Umweltschutz dringlich ist und Übergangsfristen eingeräumt werden, in denen sich das Unternehmen neu orientieren kann.

430 Anlage 1 zum BImSchG.

431 BVerfG 143, 246 (Ausstieg aus Kernenergienutzung) S. 334–339. Ob der GHEU mit dem EGMR eine Enteignung auch dann annimmt, wenn das Recht nicht entzogen, jedoch seine Nutzung faktisch stark eingeschränkt wird, ist noch nicht klar entschieden. S. dazu Chr. Calliess (2021) Art. 17 GRCh Rn 19 f.

Versucht man, die beiden Relationen auf den Begriff der öV zu bringen, so hilft das oben vorgeschlagene **Matrix-Verfahren** weiter. Die zur Prüfung stehende technische Variante wird im Hinblick auf drei Kriterien untersucht, nämlich im Hinblick auf das Gewicht des Umwelteingriffs (m. a. W. den Nutzen seiner Vermeidung), den Unternehmensnutzen (m. a. W. das Wohlfahrtsziel) und die Investitionskosten für Umweltschutz. Im Vergleich mit anderen technischen Alternativen ergibt sich dann eine Bewertungsmöglichkeit.⁴³²

2. Standortalternativen

Solange der Stand der Technik noch nicht so weit ist, Emissionen von Schadstoffen auf praktisch Null zu reduzieren, ist die Standortwahl ein wichtiges Mittel der Einstellung der Anlage auf die Umwelтанforderungen. Während bei den technischen Alternativen im Maßstab des Standes der Technik eine Ergebniskontrolle deutlich vorgeschrieben ist und das Problem lediglich in der Verteilung der Beibringungslast liegt, ist bei den Standortalternativen zweifelhaft, ob der vom Betreiber beantragte Standort von der Behörde überhaupt im Hinblick auf potentiell bessere Standorte verglichen und womöglich abgelehnt werden darf. Es könnte sein, dass die Behörde nur bestimmte Ausschlusskriterien anwenden darf, die allein in ziemlich eindeutigen Fällen zu einer Ablehnung des Antrags berechtigen, während eine Feineinstellung nur in der Gestalt von Auflagen hinsichtlich der Ausgestaltung der Anlage, nicht aber durch Standortverschiebung zulässig wäre.

Ein solches **Ausschlusskriterium** enthält § 5 Abs.1 Nr.1 BImSchG in Gestalt des Gebots, dass schädliche Umwelteinwirkungen, d. h. Immissionen, die Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen hervorrufen, zu vermeiden sind. Wählt ein Betreiber für seine Anlage einen bestimmten Standort und entstehen trotz der Verwirklichung des Standes der Technik schädliche Umwelteinwirkungen, wie sie etwa durch Immissionsgrenzwerte konkretisiert werden, so muss die Genehmigung abgelehnt werden. Hält sich die Anlage aber in diesem Rahmen, so kann sie nach **diesem** Kriterium nicht im Hinblick darauf in Zweifel gestellt werden, dass es vielleicht einen Standort gibt, der zu noch geringeren Beeinträchtigun-

432 S. dazu oben A IV.

gen führt (z.B., wenn in Umgebung weniger Menschen wohnen, weniger empfindliche Pflanzen wachsen, etc.).

Nun unterliegen die hier behandelten Industrieanlagen aber zusätzlich dem **Vorsorgegebot**. Die Frage ist, ob sich aus diesem eine behördlich kontrollierte Pflicht zur Optimierung des Standorts auch unterhalb der Gefahrengrenze ergibt. Zwei Auffassungen werden dazu vertreten.⁴³³

Die eine Auffassung versteht das Vorsorgegebot als **technisches Gebot**. Nach ihr verlangt dieses die Realisierung des Standes der Technik der Emissionsvermeidung, u. U. auch zusätzliche Maßnahmen, wie die Wahl emissionsarmer Einsatzstoffe oder Betriebsbeschränkungen. Wenn dieses Potential aber ausgeschöpft ist (und zugleich die Gefahrengrenze eingehalten wird), muss die Anlage genehmigt werden.⁴³⁴ Für die räumliche Abstimmung u. U. lästiger Restimmissionen mit unterschiedlichen Nachbarschaften und Umwelten ist auf das Bauplanungsrecht zurückzugreifen. Durch Bebauungspläne können neben verschiedenen Nutzungszonen (z.B. für Gewerbe, für Wohnen) Abstandsflächen, Schutzwälle und technische Vorkehrungen an den Gebäuden und nach – freilich umstrittener – Meinung⁴³⁵ auch flächenbezogene Immissionswerte festgelegt werden.

Die andere Auffassung versteht das Vorsorgegebot dagegen als eine Befugnis und Pflicht zu **planerischer Bewirtschaftung** des Mediums Luft.⁴³⁶ Dementsprechend können hinsichtlich der Immissionsbelastung örtliche Differenzierungen vorgenommen werden, insbesondere derart, dass Gebiete mit Niedrigbelastung für andere Nutzungen vorbehalten werden oder Anforderungen an Anlagen in Belastungsgebieten gestellt werden, die Raum für andere Nutzungen schaffen sollen. Dies impliziert (wird aber nicht von allen Vertretern dieser Auffassung auch offen konzidiert), dass

433 Eine gründliche Aufarbeitung der Diskussion findet sich u. a. bei Schmidt (1992) und Kloepfer (2004) § 4 Rn. 16–25.

434 Breuer (1992) S. 486; Landmann/Rohmer UmweltR/Dietlein (2024) BImSchG § 5 Rn. 139, 140.

435 § 9 Nr. 24 Baugesetzbuch (BauGB) hat die nach h.M. früher zulässige bauplanerische Festsetzung von Immissionsgrenzwerten als solche abgeschafft, aber gleichwohl sind solche Grenzwerte noch zulässig, die die baulichen und technischen Vorkehrungen nur in eine bestimmte Regelungsform gießen, insofern sie also nicht von diesen „isoliert“, sondern mit ihnen verbunden sind (Löhr in Battis/Krautzberger/Löhr (1994), § 9 Rnr. 90–92; anders anscheinend Mitschang/Reidt in Battis/Krautzberger/Löhr (2022), § 9 Rnr. 144.

436 Feldhaus (1980) S. 135; Sellner (1980) S. 1257; Sandler (1983) S. 40 ff. Sympathisierend, aber unentschieden BVerwG v. 18.5.1982, 7 C. 42.80 (schweres Heizöl) BVerwGE 65, 313 (320).

die Behörde auch im Genehmigungsverfahren Standortvarianten prüfen kann und konsequenterweise den Antragsteller ggf. auch auf einen besseren Standort verweisen können muss.⁴³⁷

Man könnte erwarten, der Streit lasse sich durch Heranziehung der Regelungen zur Umweltverträglichkeitsprüfung entscheiden. Aber dies führt nicht oder doch nur nach einigen Umwegen weiter. Obwohl die im Verfahren der Erstellung der UVP vorgesehene Darlegung von Alternativen nicht auf technische Verfahren begrenzt ist und deshalb – jedenfalls bei großen Projekten – auch Standortalternativen mitumfasst⁴³⁸, können sie nach § 12 UVPG letztlich materiell nur berücksichtigt werden, wenn die einzelgesetzlichen Kriterien insoweit offen sind.⁴³⁹ Man ist also wieder auf das immissionsrechtliche Vorsorgeprinzip und damit auf den Streit um dessen Interpretation verwiesen.

Für diese Interpretation kommt aber immerhin eine richtlinienkonforme Orientierung in Betracht. Wenn nämlich Art. 8 der UVP-Richtlinie vorschreibt, dass die eingeholten Angaben zur Umweltverträglichkeit „im Rahmen des Genehmigungsverfahrens zu berücksichtigen“ sind, so ist damit gemeint, dass sie sich materiell auswirken können müssen, soweit **Ermessens- oder Abwägungsspielräume** bestehen.⁴⁴⁰ Zu den Angaben gehören auch Alternativen; folglich müssen auch die Alternativen im Ergebnis berücksichtigungsfähig sein. In Konsequenz dessen sind die fachgesetzlichen Maßstäbe, soweit es ihr Wortlaut zulässt, richtlinienkonform so auszulegen, dass sie für eine Berücksichtigung von Alternativen offen sind.

Dies spricht für die planerische Deutung des Vorsorgeprinzips. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Standortoptimierung auf planerischen Vorstufen der immissionsrechtlichen Genehmigung erfolgen kann, und zwar insbesondere durch **Raumordnungs- und Bauleitplanung**. Aber nicht immer geschieht das auch wirklich. Im Bebauungsplan können zwar nach § 9 Nr. 24 BauGB, wie bereits oben erwähnt, Festsetzungen zur Vermeidung von schädlichen Umwelteinwirkungen getroffen werden, aber davon wird selten Gebrauch gemacht. Oft fehlt es überhaupt an einem Bebauungsplan

437 So in aller Deutlichkeit Hoffmann-Riem (1994) S. 609 r. Sp.

438 Erbguth/Schink (1996) § 2 Rnr. 21 f., 25; Bunge (1986) S. 33; Kloepfer/Rehbinde/Schmidt-Assmann/ Kunig (1990) S. 242 f. Dass mehr als technische Alternativen gemeint sind, ergibt auch eine richtlinienkonforme Auslegung, denn Anhang III Nr. 2 der UVP-Richtlinie benutzt den recht umfassenden Ausdruck „andere Lösungsmöglichkeiten“.

439 Erbguth/Schink (1996) § 12 Rnr. 40.

440 Cupei (1986) S. 172; Winter (1989) S. 203 r. Sp. S. auch Schneider (1991) S. 45 ff.

oder höherstufiger Planung.⁴⁴¹ Zumindest in diesen Fällen ist auf der Genehmigungsstufe ein planerisches Element erforderlich. In Betracht kommt eine entsprechende Auslegung der baurechtlichen Vorschriften für den unbeplanten Innen- und Außenbereich⁴⁴², oder eben die planerische Deutung des Vorsorgeprinzips. Jedenfalls ergäbe sich auf diese Weise, dass bei großen Projekten in der Tat noch im Genehmigungsverfahren Standortalternativen geprüft werden dürfen⁴⁴³, soweit nicht auf planerischen Vorstufen bereits eine Abschtichtung erfolgt ist.

Allerdings stellt sich die Frage, wie berücksichtigt werden kann, dass private Betreiber in der Regel bereits ein Grundstück erworben haben werden, wenn sie den Genehmigungsantrag für die Anlage einreichen. Man macht es sich zu einfach, wenn man schlicht auf die nach h. M. mit dem Grundeigentum verbundene grundsätzliche **Baufreiheit** verweist und daraus einen Anspruch auf Genehmigung ableitet, sofern das Gefahrvermeidungsgebot eingehalten wird.⁴⁴⁴ Denn das planerische Verständnis des Vorsorgegebots modifiziert die Baufreiheit durch Inhaltsbestimmung des Eigentums.⁴⁴⁵

Will der Betreiber hinsichtlich des Standortes sichergehen, hat er die Möglichkeit, einen **Standortvorbescheid** gemäß § 9 BImSchG zu beantragen, in dem über Standortalternativen endgültig entschieden würde. Ein solcher Standortvorbescheid könnte auch die einschlägigen bauplanungsrechtlichen Kriterien abarbeiten, die durch § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG in das immissionschutzrechtliche Anforderungsprofil einbezogen werden. Für den unbeplanten Innenbereich ist vorgeschrieben, dass sich das Vorhaben in die Eigenart der näheren Umgebung einfügen muss, und für den unbeplanten Außenbereich, dass ein besonderer Grund für die Verlagerung in diesen an sich freizuhaltenden Raum vorliegen muss und zudem öffentliche Belange nicht entgegenstehen dürfen.⁴⁴⁶ Sollte das Vorhaben mit einem Eingriff in Natur und Landschaft verbunden sein, ist über § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG

441 Das wird von denjenigen, die auf die planerischen Vorstufen verweisen (s. z.B. Erbguth/Schink (1996) § 12 Rnr. 39 ff. m.w.N.) zu wenig in Rechnung gestellt.

442 §§ 34 und 35 BauGB.

443 Im Ergebnis ebenso Hoffmann-Riem (1994) S. 607, 609.

444 So Schink (1994) S. 253 r. Sp.

445 Vgl. BVerwG v. 23.7.2013, 7 C 10.13 (Bioaerosole von Hähnchenmastanlage), BVerwGE 152, 319 Rn 26. Das Gericht verweist auf eine andere Standortsuche, wenn eine erforderliche Vorsorgemaßnahme über den Stand der Technik hinausgeht, aber für den konkreten Betreiber unwirtschaftlich ist.

446 Zum wertenden Gehalt der im vorliegenden Zusammenhang nächstliegenden Klausel des § 35 Abs. 1 Nr. 4, dass das Vorhaben „nur im Außenbereich ausgeführt werden soll“; s. BVerwG v. 16.6.1994, 4 C 20.93 (Windenergieanlage im Außenbereich)

auch das Gebot der Abwägung zwischen den Vorteilen des Vorhabens mit der Schwere des nach unterstellten Ausgleichsmaßnahmen verbleibenden Eingriffs zu beachten.⁴⁴⁷ In allen Fällen kann ein Standort abgelehnt werden, wenn eine Alternative vorhanden ist, die sich besser in die vorhandene Bebauung einfügt, oder statt im Außenbereich auch im Innenbereich ausführbar ist, oder einen geringeren Natureingriff bzw. ein besseres Verhältnis zwischen Vor- und Nachteilen mit sich bringt. Besonders deutlich wird die bei der Abwägung erforderliche Alternativenprüfung in Art. 6 Abs. 4 der FFH-Richtlinie hervorgehoben, einer Bestimmung, die auch für Industrieanlagen gilt, wenn sie ihren Standort in besonders geschützten Gebieten haben sollen.

Soweit keine Opferlage gegeben ist, die die Zerstörung von Natur unvermeidlich fordert, soweit es vielmehr nur um eine **Optimierung des Standorts** geht, besteht ein größerer Raum für die Berücksichtigung der Interessen des Betreibers, und zwar nicht nur materiell im Sinne der Verfügbarkeit von Alternativstandorten⁴⁴⁸, sondern auch prozedural: Wenn der Betreiber zeigen kann, dass er selbst die relevanten Alternativen untersucht und verglichen hat, hat die von ihm getroffene Auswahl besonderes Gewicht. Insoweit ist das planerische Element sowohl im Vorsorgegebot wie in den baurechtlichen und naturschutzrechtlichen Kriterien bei dem Vergleich von Standortalternativen eher in einem prozeduralen Sinn zu verstehen.

3. Herstellungskonzept

Wie oben⁴⁴⁹ dargelegt, ist denkbar, dass das Recht nicht nur eine Prüfung von einzelnen technischen Verfahrensalternativen, sondern auch von solchen Alternativen vorschreibt, die das Herstellungskonzept betreffen.

Das **Herstellungskonzept** wäre angesprochen, wenn z.B. bei der Zulassung einer Anlage zur Herstellung von Insulin aus Tierleber zu erörtern wäre, ob das Insulin stattdessen aus gentechnisch veränderten Bakterien gewonnen werden kann. Der Übergang zur Prüfung alternativer technischer

BVerwGE 96, 95 S.104. Für Kernkraftwerke enthält § 7 Abs.2 Nr. 6 AtomG eine spezielle Klausel der Standortoptimierung.

447 § 15 Abs. 5 BNatSchG. Zum Abwägungscharakter dieser Vorschrift s. BVerwG v. 27.9.1990, 4 C 44.87 (Fischteiche) BVerwG E 85, 348 (362).

448 Soell/Dirnberger (1990) S. 711 f.

449 A VII. 2. d).

Verfahren ist dabei fließend, aber es ist doch ein Unterschied, ob einzelne Prozessphasen variiert werden, oder ob das ganze Herstellungskonzept betrachtet wird und damit womöglich auch das Produkt selbst andere Eigenschaften erhält. Wie oben geschildert, kann dies so weit gehen, dass das andere Herstellungskonzept für den Betreiber gar nicht realisierbar ist, so zum Beispiel, wenn der Genehmigung eines Kernkraftwerks entgegeng gehalten wird, es gebe weniger gefährliche Techniken der Stromerzeugung ohne Nutzung der Kernenergie. Dies einzubeziehen hat das Bundesverwaltungsgericht aber bereits 1982 abgelehnt.⁴⁵⁰

4. Produktionsziel

Für welche Art Erzeugnis eine Anlage gebaut und betrieben wird, ist im Anlagenrecht nur unter dem Gesichtspunkt möglicher produktionsbedingter Umweltbeeinträchtigungen relevant. Ob das Erzeugnis auf Nachfrage stößt, einen Gebrauchswert hat oder gar selbst gefährlich ist, wird nicht geprüft. Ist es bei seiner Verwendung gefährlich, greift produktbezogenes Recht ein, wie zum Beispiel das Chemikalienrecht bei Gefahrstoffen.

Trotzdem gibt es gewisse **Verbindungen zwischen Anlagenrecht und Produktqualität**. Herstellungsrisiken, die durch ein Produktionsziel beeinflusst werden, entstehen zum Beispiel bei der Herstellung von überdimensionierten SUVs wegen des pro Einheit vergleichsweise hohen Material- und Energieeinsatzes. Insofern stellt sich die Frage, ob die Genehmigung für eine dafür gewidmete Anlage verweigert werden kann, weil es weniger aufwendige Kraftfahrzeuge gibt. Für immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen wäre insoweit § 6 Abs. 2 BImSchG das Einfallstor. Es müsste also Vorschriften geben, die die Materialintensität solcher Produkte regelt – was wohl nicht der Fall ist.

Immerhin gibt es im Anlagenrecht **Anstöße für selbstorganisatorische Mechanismen**. So haben der Betriebsbeauftragte und die Betriebsprüfer im Rahmen des Umweltaudit die Aufgabe, auf umweltfreundliche Produkte hinzuwirken.⁴⁵¹ Vorstellungen von einer ökologischen Unternehmensbilanz

450 BVerwG v. 9.7.1982 (KKW Würgassen), DVBl. 1982, 960; ebenso OVG Münster v. 7.7.1976 (KKW Mülheim), NJW 1976, 2361 (2365); a. A. OVG Lüneburg v. 20.1.1982 (KKW Unterweser), ET 1982, 949 (954).

451 § 54 Abs. 1 Nr. 1 b) und Nr. 2 BImSchG bzw. Anhang I C der VO (EWG) 1836/93.

könnten diese Ansätze verstärken.⁴⁵² Hierbei handelt es sich um zwar freiwillige, aber eben doch rechtlich vorgeformte Maßnahmen.

Einen stärker regulativen Zugriff gibt es im Bereich Energieerzeugung. Denkbar ist zum Beispiel, dass bei Genehmigung einer Biogasanlage geprüft wird, ob es energetisch effizienter ist, das Gas für Stromerzeugung oder zur Einspeisung in ein Gasnetz zu nutzen.⁴⁵³

Möglichkeiten für Zielbewertungen ergeben sich für immissionsrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen zudem dann, wenn die **naturschutzrechtliche Eingriffsregelung** anwendbar ist. Liegt das Vorhaben im Außenbereich und ist es mit Eingriffen in Natur und Landschaft verbunden, die nicht vermeidbar und nicht ausgleichbar sind, so sind die verbleibenden Beeinträchtigungen mit dem Nutzen des Vorhabens abzuwägen.⁴⁵⁴ Überwiegt der Nutzen nicht, ist das Vorhaben abzulehnen. Sind Lebensräume im Sinne der Habitatrichtlinie betroffen, muss das Ziel darüber hinaus im öffentlichen Interesse stehen.⁴⁵⁵

Ein besonderes Problem ist, ob die Genehmigung einer gefährlichen Anlage, die an sich den geltenden Sicherheitsstandards genügt, verweigert werden darf, wenn für das angestrebte Produkt gar kein **Bedarf** besteht. Denn dann würde ein an sich unsinniges Risiko eingegangen. So hat der US Supreme Court im Hinblick auf die Genehmigung eines Kernkraftwerks die zuständige Behörde für ermächtigt gehalten zu berücksichtigen (und letztlich abzulehnen), ob es Energieeinsparungsmöglichkeiten gibt, die den Bau überflüssig machen würden.⁴⁵⁶

Ähnlich könnte bei Zulassung einer Abfallverwertungsanlage geprüft werden, ob die Abfallmenge durch Vermeidungsmaßnahmen reduziert werden kann und die neue Anlage deshalb überflüssig ist. Zu den „sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften“ gemäß § 6 Abs. 2 BImSchG gehören auch Grundpflichten aus anderen Gesetzen. Einschlägig könnte insoweit das Abfallvermeidungsgebot nach § 4 KrW/AbfG sein. Allerdings müssen solche genehmigungsrelevanten Grundpflichten abschließend bestimmt sein und unmittelbar und nicht erst über ausführende Verordnungen gel-

452 Zu diesen s. Corino (1995).

453 Nach § 2 mit § 1 Abs. 4 Nr. 3 EnWiG sind Erzeugungsanlagen in der Tat „effizient“ einzusetzen. Dies ist nach § 6 Abs. 2 BImSchG bei der Anlagengenehmigung zu beachten.

454 § 15 Abs. 5 BNatSchG. Zur Beschränkung auf den Außenbereich vgl. § 18 Abs. 2 S. 2 BNatSchG.

455 S. Art. 6 Abs. 4 Habitatrichtlinie. Vgl. oben A VII 3. c) cc).

456 S. Näheres oben zu B I. 2.

ten. Das **Abfallvermeidungsgebot** gilt aber in der Fassung sowohl von § 1 a AbfG⁴⁵⁷ wie von § 5 KrW-/AbfG nur aufgrund von ausführenden Rechtsverordnungen. Dieses Abschneiden der Prüfung von Zielalternativen ist Folge der Verschiebung der Abfallverwertungsanlagen vom Fachplanungsrecht in das Immissionsrecht.⁴⁵⁸ Unterlägen sie Planfeststellungsrecht, könnte der Bedarf als Anforderung der Planrechtfertigung geprüft werden.

Rechtspolitisch sind Prüfungen alternativer Produktionsziele im Zusammenhang mit der Anlagenzulassung eher skeptisch zu beurteilen, jedenfalls soweit es Ergebniskontrollen angeht. Denn die Behörde wächst hier in einen Entscheidungszusammenhang hinein, in dem vor allem hinsichtlich des Alternativprodukts, auf das sie verweisen könnte, genaue Marktkennntnis erforderlich ist. Der Normalfall ist deshalb, Kontrollen hinsichtlich der Produkte, wenn überhaupt, nicht an der Anlage, sondern am Inverkehrbringen und an der Verwendung anzuknüpfen.

Verfassungsrechtlich betrachtet stellt die Prüfung von alternativen Produktionszielen einen – besonders starken – Eingriff in die unternehmerische Freiheit dar, zumal dann, wenn die Alternativen für das Unternehmen gar nicht disponibel sind. Andererseits sind subjektivierte staatliche Schutzpflichten gegenüber Drittbetroffenen zu beachten. Zudem kommen mit immer stärkerem Gewicht Schutzpflichten gegenüber der Umwelt hinzu. In diesem mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis sind aber starke Eingriffe in die Unternehmensfreiheit, wie eben die Prüfung von Produktionszielen, nicht von vornherein ausgeschlossen. Sie sind jedoch nur zulässig, wenn der Schutz eines überragenden Gemeinschaftsguts dies erforderlich macht und hinreichende Informationen über die Machbarkeit von Alternativzielen vorliegen.⁴⁵⁹

III. Gewässernutzung

Das **Schutzniveau** für Gewässer wird durch die EU-Wasserrahmenrichtlinie und das Wasserhaushaltsgesetz in zwei Richtungen definiert. Gemeinsamer Orientierungspunkt ist zunächst der Zustand der Gewässer, der durch

457 Kritisch Böhm (1991) S. 243.

458 Durch Art. 2 des Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetzes v. 22.4.1993, BGBl. I 466; vgl. § 4 Abs. 1 Satz 1 BImSchG und § 31 Abs. 1 KrW-/AbfG.

459 Chr. Calliess (2009) S. 239. S. auch oben A VIII 1. b).

sog. Bewirtschaftungspläne zu erheben und zu klassifizieren ist.⁴⁶⁰ Für diesen Zustand gilt für Oberflächengewässer einerseits ein Verschlechterungsverbot und, soweit der Zustand nicht ökologisch und chemisch gut ist, ein Erhaltungs- und Verbesserungsgebot. Art. 4 Abs. 1 lit. a) der Richtlinie schreibt vor:

- „i) die Mitgliedstaaten führen [...] die notwendigen Maßnahmen durch, um eine Verschlechterung des Zustands aller Oberflächenwasserkörper zu verhindern;
- ii) die Mitgliedstaaten schützen, verbessern und sanieren alle Oberflächenwasserkörper [...] mit dem Ziel, spätestens 15 Jahre nach Inkrafttreten dieser Richtlinie einen guten Zustand der Oberflächengewässer zu erreichen.“⁴⁶¹

Für sog. künstliche oder durch den Menschen physikalisch erheblich veränderte Wasserkörper gilt ebenfalls sowohl ein Verschlechterungs- wie ein Verbesserungsgebot. Das Schutzniveau des Verbesserungsgebots ist allerdings vom „guten Zustand“ auf ein „gutes ökologisches Potential“ herabgestuft.⁴⁶²

In beide Richtungen sind Ausnahmen vorgesehen, die Elemente der öV enthalten. Die Voraussetzungen sind in § 31 Abs. 2 WHG für beide gleich formuliert.

- „(2) Wird bei einem oberirdischen Gewässer der gute ökologische Zustand nicht erreicht oder verschlechtert sich sein Zustand, verstößt dies nicht gegen die Bewirtschaftungsziele nach den §§ 27 und 30, wenn
 1. dies auf einer neuen Veränderung der physischen Gewässereigenschaften [...] beruht,
 2. die Gründe für die Veränderung von übergeordnetem öffentlichem Interesse sind oder wenn der Nutzen der neuen Veränderung für die Gesundheit oder Sicherheit des Menschen oder für die nachhaltige Entwicklung größer ist als der Nutzen, den die Erreichung der Bewirtschaftungsziele für die Umwelt und die Allgemeinheit hat,

460 Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik (Wasserrahmen-RL), ABl. L 327 vom 22.12.2000, S. 1, Art. 13 mit Anhang VII Ziff. 1. bis 3; § 83 WHG.

461 Ähnlich § 27 Abs. 2 WHG.

462 Art. 4 Abs. 1 lit. a) iii) Wasserrahmen-RL.

3. die Ziele, die mit der Veränderung des Gewässers verfolgt werden, nicht mit anderen geeigneten Maßnahmen erreicht werden können, die wesentlich geringere nachteilige Auswirkungen auf die Umwelt haben, technisch durchführbar und nicht mit unverhältnismäßig hohem Aufwand verbunden sind und
4. alle praktisch geeigneten Maßnahmen ergriffen werden, um die nachteiligen Auswirkungen auf den Gewässerzustand zu verringern.“

Die Formulierung „der gute ökologische Zustand nicht erreicht“ verweist auf das **Verbesserungsgebot**, die Formulierung „verschlechtert sich sein Zustand“ auf das **Verschlechterungsverbot**. Unter dem Gesichtspunkt der öV werden folgende Komponenten angesprochen:

- der Umwelteingriff wird durch die Veränderung der physischen Gewässer-eigenschaften beschrieben,
- Kriterien für die Bewertung des Eingriffsziels sind ein übergeordnetes öffentliches Interesse oder ein Nutzenvergleich zwischen dem Eingriff und dem Bewirtschaftungsziel⁴⁶³,
- Wahl und Vergleich der Alternativen werden in Nr. 3 vorgeschrieben, wobei die Auswahl objektiv gestaltet ist, aber durch technische Durchführbarkeit und den Kostengesichtspunkt qualifiziert wird.

Im Hinblick auf das Verbesserungsgebot sei hervorgehoben, dass es sich hier um den Fall einer Beschreibung des **zukünftigen Schutzniveaus** handelt, von dem aus der Umwelteingriff definiert und bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen ausnahmsweise zugelassen werden kann.⁴⁶⁴ Handelt es sich dagegen um einen Eingriff in den **gegenwärtigen Zustand**, ist dies vorrangig zu prüfen.⁴⁶⁵ Es ist also zunächst zu klären, ob eine Verschlechterung zu erwarten ist. Ist dies nicht der Fall, ist zu prüfen, ob eine Verbesserung erfolgen muss oder deren Unterlassung ausnahmsweise genehmigt werden kann.

Die genannten Vorschriften sind nicht lediglich Vorgaben für die Ausarbeitung von **Bewirtschaftungsplänen und Maßnahmenprogrammen**,

463 Die deutsche Bezugnahme auf Bewirtschaftungsziele ist nicht ganz exakt. Eigentlich müsste für die Ausnahme vom Verschlechterungsverbot auf den faktischen Zustand verwiesen werden, weil dieser in Art. 4 Abs. 1 der Wasserrahmen-RL in Bezug genommen wird.

464 Vgl. dazu oben A VII. 1. a) bb).

465 So auch BVerwG v. 11.8.2016, 7 A 1.15 (Weservertiefung), BVerwGE 156, 20 Rn 169.

m.a.W. für generelle Regelungen, sondern auch für **Entscheidungen im Einzelfall**.⁴⁶⁶ Zwei Beispiele mögen dies illustrieren:

Zum **Verschlechterungsverbot**: Ein Unternehmen beantragt eine Erlaubnis zur Einleitung von Abwasser in ein Gewässer, dessen Zustand als gut klassifiziert ist. Die Einleitung würde den Zustand verschlechtern. Dies ist grundsätzlich nicht zulässig. Eine Ausnahme ist jedoch möglich, wenn keine weniger schädliche Alternative (wie etwa eine bessere Klärung des Abwassers) verfügbar ist, weil sie z.B. enorme Kosten verursachen würde, und die Einleitung im übergeordneten öffentlichen Interesse steht, weil z.B. das Unternehmen andernfalls seinen Standort verlagern würde und die Arbeitsplätze verloren gingen.

Zum **Verbesserungsgebot**: Eine Gemeinde leitet mit Erlaubnis Abwasser in ein Gewässer ein, dessen Zustand als schlecht eingestuft ist. Die Erlaubnis läuft aus. Die Gemeinde beantragt eine neue Einleitungserlaubnis. Diese kann nur erteilt werden, wenn das Abwasser nun weniger Schadstoffe enthält als vorher und deshalb den Zustand des Gewässers verbessert. Ausnahmsweise ist eine Erlaubnis aber zulässig, wenn keine bessere Alternative (wie etwa die vollständige Klärung des Abwassers) verfügbar ist, weil sie z.B. enorme Kosten verursachen würde, und die Einleitung im übergeordneten öffentlichen Interesse steht, weil z. B. die Gemeinde ihr Abwasser mittelfristig in die besser ausgestattete Kläranlage des Landkreises leiten will, so dass die Erlaubnis befristet werden kann.

IV. Öffentliche Infrastruktur

Die öV hat sich im Bereich der Zulassung von Infrastrukturvorhaben in besonders differenzierter Weise entwickelt. Dementsprechend ist eine große Anzahl von Aspekten zu erörtern. Dazu gehören

- der Kontrolltypus Planfeststellung (1.)
- dessen Anwendungsbereich (2.)
- das Anforderungsprofil im Überblick (3.)
- das Verhältnis von Planrechtfertigung und Abwägungsgebot (4.)
- die Stellung der Alternativenprüfung im Abwägungsgebot (5.)
- Ausgestaltungsunterschiede für private und öffentliche Vorhabenträger (6.)

466 EuGH v. 1.7.2015, Rs C-461/13 (Weservertiefung) ECLI:EU:C:2015:433, Rn 47.

- Spektrum und Kosten der Alternativen (7.)
- Untersuchungstiefe hinsichtlich Alternativen (8.)
- Dringlichkeit von Zielen (9.)
- Besonderheiten der Errichtung von Flüssiggasterminals (10.)
- Grundsatz der Planerhaltung (11.)
- Planfeststellung durch Gesetz (12.)
- Rechtsschutz (13.)

1. Planfeststellung als Kontrolltypus

Industrieanlagen unterfallen mit der immissionsrechtlichen Genehmigung einem Kontrolltypus, der sich im Prinzip an einem festen Rahmen orientiert und alles als zulässig definiert, was den Rahmen nicht überschreitet. Wie beschrieben, hat dieser Kontrolltypus sich allerdings mit dem Vorsorgegebot in den Raum diesseits jenes Rahmens vorgetastet und verlangt hier nun die Einstellung des Umweltschutzes in das Optimierungskalkül des Unternehmens, jedoch bei dessen eigener Alternativenwahl und unter Konzentration auf Alternativen, die eher technische Verfahren und nicht oder nur in Maßen auch Standorte, Herstellungskonzepte und Produktionsziele betreffen.

Für Anlagen der öffentlichen Infrastruktur hat sich dagegen mit der Planfeststellung ein Kontrolltypus herausgebildet, der eine regulatorisch weniger umzäunte Abstimmung zwischen dem Vorhaben und seiner Umwelt verfolgt. Er ermöglicht, dass bei Beachtung gewisser äußerster Ausschlusskriterien Beeinträchtigungen mancher Umweltgüter hingenommen werden. Im Gegenzug ist die Prüfung von Vorhabenalternativen und von Zielsetzungen anspruchsvoller ausgestaltet.

Die Planfeststellung hat sich für bestimmte Vorhabenbereiche entwickelt und ist erst langsam zu einem allgemeinen Typus geworden, der schließlich im Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), nämlich in §§ 72 bis 78, kodifiziert wurde. Erste Formen hatten noch mit horizontalen Konflikten zwischen privaten Nutzern von Ressourcen öffentlichen Interesses zu tun, wie insbesondere Landwirten, die ihre Ländereien be- und entwässerten, und Wassermüllern, die Gewässer aufstauten.⁴⁶⁷ In den Verfahren sollten Nutzungsprioritäten und ggf. Entschädigungspflichten festgestellt werden.

467 Fisahn (2002) S. 16–19; Cancik (2007) S. 210 f., 248–256.

Mehr und mehr ging es jedoch um öffentliche Infrastruktur, wie zum Beispiel Eisenbahn- und Straßenbau. Der zu lösende Konflikt verlagerte sich von der **horizontalen Ebene privater Nutzungskonkurrenzen** in die **vertikale Dimension der Priorisierung öffentlicher Projekte gegenüber privaten Interessen**. Auf der einen Seite wurde ein öffentliches Interesse gefordert, auf der anderen eine Abwägung mit anderen Interessen, und insbesondere mit denen betroffener Eigentümer. Dementsprechend galt das Planfeststellungsverfahren auch als Vorstufe von Enteignungen, die für die Durchführung der Vorhaben erforderlich waren und dem Planfeststellungsverfahren nachgeschaltet wurden.⁴⁶⁸

2. Anwendungsbereich

Welche Art von Anlagen dem Kontrolltypus Planfeststellung unterliegen, ist historisch gewachsen. Folgende Anlagen gehören heute dazu⁴⁶⁹: Straßen, Schienenwege, Wasserleitungen, Telekommunikationslinien, Energieversorgungsnetze, Flughäfen, Häfen, Linienführung der Personenbeförderung, Abfalldeponien, Bundeswasserstraßen, Gewässerausbau, Deiche, atomare Zwischen- und Endlager, Flurbereinigung, Bergbau.

Will man die einzelnen Vorhabentypen zusammenfassend charakterisieren, bietet sich der Begriff **„öffentliche Infrastruktur“** an. Er ist nicht als Rechtsbegriff eingeführt, kann aber durch Rückgriff auf ökonomische Begrifflichkeit näher bestimmt werden.

Öffentliche Infrastruktur⁴⁷⁰ wird in der **ökonomischen Literatur** durch eine Vielfalt von Kriterien charakterisiert.⁴⁷¹ Drei Kriterien sind besonders prägend.⁴⁷² Sie beschreiben erstens die Benutzer, zweitens die Erstellung der Leistungen und drittens die Leistungen selbst.

Die **Benutzerseite** ist dadurch gekennzeichnet, dass die Benutzer auf die Infrastrukturleistungen angewiesen sind, und dass auch diejenigen sie nutzen können sollen, die den Kostenpreis nicht bezahlen könnten (sog. social wants), oder die versäumt haben, dafür Geld anzusparen (sog. merit

468 Fisahn (2002) S. 43 f.; Cancik (2007) S. 342–360.

469 Sie werden von Stürer und Probstfeld (2016), Teil B im Einzelnen abgehandelt.

470 Der Ausdruck soll der militärischen Terminologie der NATO entstammen und bedeutet dort „Unterbau der Organisation“. S. Stohler (1977) S. 16.

471 S. die übersichtliche Zusammenstellung bei Stohler (1977) S. 22.

472 Vgl. Stohler (1977) S. 16 ff.; s. auch Kern (2022) S. 181 f. mit Bezug auf den Begriff der Daseinsvorsorge und deren Übernahme durch den Staat.

wants). Für die Seite der **Leistungserstellung** ist wesentlich, dass die Anfangsinvestition besonders kostspielig und nicht in einzelne kleine Einheiten aufteilbar ist. Die **Leistungen selbst** sind so geartet, dass ein **Ausschluss von Nutzern** (insbesondere auch solchen, die nicht zahlen) nicht oder schwer möglich ist, dass die Nutzung der Leistung aber „**rivalisierend**“ ist, d. h. die Leistung durch Nutzung verbraucht wird⁴⁷³, und dass sog. **externe Effekte** auftreten, und zwar positive, d. h. Nutzen, für den die Benefiziarer nichts zahlen, und negative, d.h. Kosten, für die der Träger des Vorhabens nichts zahlt.

Diese Kriterien werden (überwiegend) erfüllt von so unterschiedlichen Leistungen wie Ausbildung, Forschung, Gesundheitspflege, Verteidigung und sozialem Wohnungsbau. Für unseren Zusammenhang, in dem es um die Inanspruchnahme der Umwelt geht, sind die oben aufgezählten planfeststellungsbedürftigen Vorhaben relevant. Straßen, zum Beispiel, sollen allgemein nutzbar sein, sie erfordern hohe, nur begrenzt auf Nutzer umlegbare Kosten, sie sind überwiegend nur so anzulegen, dass Nutzer nicht ausgeschlossen werden können, sie werden durch Gebrauch vernutzt, und sie verursachen externe Vorteile für Unternehmen, deren Kunden die Straße nutzen, sowie externe Kosten z.B. bei den vom Verkehrslärm Betroffenen.

Wegen dieser teils naturgegebenen, teils politisch gesetzten Charakteristika ist der Markt nicht oder nur schlecht in der Lage, solche Infrastruktur von sich aus anzubieten. Infrastruktur wird jedoch politisch für unverzichtbar gehalten, weshalb sie als **Daseinsvorsorge** vorgehalten wird. Herkömmlicherweise geschieht dies im Wege der **Eigenvorname** durch die öffentliche Hand.

Zusammenfassend ist die Qualifizierung als öffentliche Infrastruktur ein gewichtiger Grund dafür, dass die jeweiligen Vorhaben **andere Belange verdrängen** können. Allerdings ist mit dieser Qualifizierung eine Priorisierung nicht auch schon im Einzelfall gegeben. Vielmehr muss das Gewicht des Ausbauzieles im Verhältnis zum Umwelteingriff, einschließlich Alternativenprüfung, jeweils konkret bestimmt werden.

Wenn die **Vorhabenträger privat organisiert** sind, sei es nur der Form nach, sei es in privater Eigentümerhand, ist allerdings fraglich, ob sich dadurch etwas an dem öffentlichen Charakter der entsprechenden Leistungen

473 In der ökonomischen Literatur gelten Nichtausschluss und Rivalität als zentrale Eigenschaften eines Gemeinschaftsgutes („common property resource“, s. Goodwin et al. (2023) S. 447). Infrastruktur ist danach als Gemeinschaftsgut zu kategorisieren. Großen Erkenntniswert hat dies allerdings nicht, weil unklar bleibt, ob die Kriterien vor oder nach einer rechtlichen Verfassung des jeweiligen Gutes gedacht werden.

ändert. Manche Segmente können vielleicht tatsächlich als reine Marktleistungen angeboten werden, z.B. bestimmte vielbefahrene Verkehrsstrecken oder die Verwertung von dafür geeigneten Abfällen. Wenn das private Unternehmen als Leistungsträger aber in bestimmter Weise privilegiert (insbesondere bezuschusst oder zu Eingriffen ermächtigt) wird und andererseits auch zu – womöglich unrentablen – Leistungen verpflichtet wird, ist dies ein Zeichen dafür, dass das Vorhaben der Sache nach dennoch zum Bereich der öffentlichen Infrastruktur gehört.

3. Anforderungsprofil der Planfeststellung

Das Anforderungsprofil der Planfeststellung ist im Wesentlichen richterrechtlich entwickelt worden und besteht aus **vier Hauptanforderungen**:⁴⁷⁴

- (1) Strikte gesetzliche Vorgaben (sog. Planungsleitsätze) sind einzuhalten
- (2) Festlegungen von Raumordnungs- und Bauleitplänen sind zu beachten
- (3) Die Vorhabenalternativen müssen im öffentlichen Interesse erforderlich sein (sog. Planrechtfertigung)
- (4) Die von den Vorhabenalternativen betroffenen Belange müssen gerecht abgewogen werden

Unter dem Gesichtspunkt der öV können die Planungsleitsätze und planerischen Vorgaben als Festlegung des **Schutzbereichs der Umwelt** angesehen werden. Das Vorhaben stellt den **Umwelteingriff** dar, die Planrechtfertigung repräsentiert die **Zielsetzung** und die **Alternativenprüfung** erscheint als eine Komponente des Abwägungsgebots.

4. Planrechtfertigung und Abwägungsgebot

Zu klären sind die Gründe für die Anforderung der Planrechtfertigung (a), das Verhältnis verschiedener Ebenen der die Planfeststellung rechtfertigenden Zielsetzungen (b) sowie das Verhältnis der Planrechtfertigung zum Abwägungsgebot (c).

474 Zuerst im Urteil des BVerwG vom 12.12.1969, IV C 105.66 (Ortsteilerweiterung), BVerwGE 34, 301 ff. für Bebauungspläne aufgestellt und im Urteil BVerwG v. 14.2.1979, IV C 21.54 (B 42) BVerwGE 48, 56 ff. (59) auf Planfeststellungen übertragen.

a) Gründe für die Anforderung der Planrechtfertigung

An sich ist ein öffentliches Interesse an einem Infrastrukturvorhaben schon begrifflich deshalb gegeben, weil das Vorhaben auf dem Markt nicht angeboten würde, aber einem „social want“ entspricht. Diese Eigenschaft ist aber merkwürdigerweise kein Definitionsmerkmal des Anwendungsbereichs der Planfeststellung. Das öffentliche Interesse wird vielmehr als Rechtfertigung für negative Auswirkungen des Vorhabens gefordert. Dabei ging es ursprünglich um **Eigentumsschutz**. Die durch das Projekt möglicherweise erforderliche Enteignung von Grundstücken sollte bereits auf der Stufe der Planfeststellung, also nicht erst im Enteignungsverfahren, geprüft werden.⁴⁷⁵ Bereits auf dieser Stufe sollte deshalb das die Enteignung legitimierende öffentliche Interesse zu untersuchen sein.

Obwohl der Enteignungsschutz als Auslöser der Planrechtfertigung immer noch die herrschende Meinung darstellt⁴⁷⁶, ist der Ansatz meines Erachtens von der Sache her überholt. Es gab immer schon und es gibt heute verstärkt **wesentliche andere Gründe**, für öffentliche Infrastrukturvorhaben das Vorliegen eines öffentlichen Interesses zu fordern. Es sind dies

- (1) der Einsatz öffentlicher Mittel
- (2) die Beeinträchtigung des Eigentums und der Gesundheit Dritter
- (3) die Schädigung der Umwelt

Hinsichtlich des **Einsatzes öffentlicher Mittel** ergibt sich die Notwendigkeit eines öffentlichen Interesses bereits aus dem Haushaltsrecht. Die Finanzierbarkeit des Vorhabens wird aber auch fachplanerisch vorentschieden, oft, wie im Beispiel der Bundesverkehrswegeplanung, im Wege der vorstufigen Bedarfsplanung, die durch Gesetz verbindlich gemacht wird. Diese Praxis widerspricht in gewisser Weise der herrschenden Rechtsprechung, dass die Finanzierbarkeit nicht Gegenstand der Planfeststellung sei und deshalb gerichtlich nicht überprüft werden könne. Andererseits hat das BVerwG aber anerkannt, dass es an der Planrechtfertigung fehle, wenn das Vorhaben aus finanziellen Gründen nicht realisierbar sei, z.B. weil es eine unionsrechtlich nicht genehmigungsfähige Beihilfe darstelle.⁴⁷⁷

475 Zur historischen Entwicklung am Beispiel des preußischen Enteignungsgesetzes Fisahn (2002) S. 43–51.

476 Ziekow (2024) § 5 Rnr. 2.

477 BVerwG v. 3.11.2020, 9 A 12.19 (Fehmarnbeltquerung I), BVerwGE 170, 33 Rn 134–139.

Hinsichtlich der Beeinträchtigung **individueller Eigentumspositionen** derjenigen Personen, die nicht durch Enteignung betroffen sind, ist die Erforderlichkeit eines öffentlichen Interesses weniger evident. Dabei spielt die rechtsdogmatische Einordnung der Betroffenheit eine Rolle. BGH und BVerwG verfolgen insoweit unterschiedliche Ansätze. Der BGH hält die Beeinträchtigungen von einer gewissen Schwere an für Eingriffe mit enteignender Wirkung, mit der Folge, dass (richterrechtlich) Entschädigung auch dann gezahlt werden muss, wenn diese gesetzlich (wie z.B. durch § 74 Abs. 2 Satz 3 VwVfG) nicht vorgesehen ist. Das BVerwG stuft solche Bestimmungen dagegen als (u.U. entschädigungspflichtige) Inhaltsbestimmung des Eigentums ein.⁴⁷⁸ In beiden Konstruktionen wird wenig thematisiert, ist aber naheliegend, dass ähnlich wie bei Enteignungen (und auf sie vorwirkenden Entscheidungen) ein öffentliches Interesse gegeben sein muss.

Soweit es die Beeinträchtigung der **Gesundheit der Anwohner**, z.B. durch Lärm- oder Schadstoffimmissionen, angeht, gilt zunächst ein Ausschlusskriterium: schädliche Umwelteinwirkungen durch Verkehrsgeräusche, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind, sind nach § 41 BImSchG unzulässig. Unterhalb dieses verbindlichen „Planungsleitsatzes“⁴⁷⁹ werden aber dennoch häufig Beeinträchtigungen vorkommen. Die Forderung, dass dann ein öffentliches Interesse vorliegen muss, kann auf zweierlei Weise rechtsdogmatisch begründet werden: entweder, indem die Zumutung, die Beeinträchtigung zu dulden, als Grundrechtseingriff anzusehen ist, der durch ein Gemeinschaftsinteresse gerechtfertigt werden muss, oder indem in der Abwägungsstruktur das öffentliche Interesse als Gegengewicht gegen die betroffenen privaten Interessen angesetzt wird. Dabei ist Art. 20a GG in doppelter Funktion heranzuziehen, nämlich als interpretative Stärkung zum einen des Freiheitsrechts auf Gesundheit und zum anderen der entsprechenden Schutzpflicht des Staates.⁴⁸⁰

Ein dritter Grund sind **Umweltbelastungen**. Für sie zu fordern, dass von einem gewissen Umfang an ein öffentliches Interesse, und bei Eingriff exorbitanten Ausmaßes oder besonderer Tiefe ein gesteigertes öffentliches

478 S. dazu im Einzelnen Ossenbühl/Cornils (2013) S. 325-346.

479 Vgl. BVerwG v. 22.2.1985, 4 C 73.82 (B 16) E 71, 163 (164 f.).

480 Das Erfordernis eines öffentlichen Interesses führt nach hM allerdings nur zu einer Abwägung der eigenen Belange der Betroffenen. St. Rspr., s. zB BVerwG v. 24.2.2021, 9 A 8.20 (A 20 Nord-Westumfahrung Hamburg, Abschnitt 4) BVerwGE 171, 345 (Rn 16). S. dazu – kritisch – noch unten B IV. 13.

Interesse zu fordern ist, ist schon deshalb geboten, weil es Infrastrukturvorhaben gibt, die zu niemandes Enteignung führen und bei denen dennoch eine Planrechtfertigung gefordert wird, wie der Bau einer Fernstraße durch ein in staatlichem Eigentum befindliches Waldgebiet.⁴⁸¹ Signifikante Fälle dieser Art sind die Vertiefung der Weser und der Elbe zu Schifffahrtszwecken, für die das BVerwG eingehend die Planrechtfertigung geprüft hat, obwohl Enteignungen nicht anstanden.⁴⁸² Ein fallübergreifender Beleg ist auch die ausnahmsweise Zulassung einer Beeinträchtigung von Natura 2000-Gebieten: sie ist vom Vorliegen eines überwiegenden öffentlichen Interesses abhängig, nicht aus Gründen des Eigentums-, sondern aus Gründen des Natureingriffs.

Gewichtig ist dabei die Überlegung, dass die zunehmende Verknappung der Umweltgüter es erforderlich macht, nicht jedes private Interesse genügen zu lassen, wenn an diesen Gütern ein Opfer gebracht werden muss. Verfassungsrechtlich lässt sich dies erneut auf Art. 20a GG stützen. Der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen, zu dem der Staat verpflichtet ist, umfasst auch das Klima und die Biodiversität.⁴⁸³

b) Ebenen der die Planfeststellung rechtfertigenden Vorhabenziele

Das öffentliche Interesse ist nicht ein fest umrissener konsentierter Bestand, sondern ein Ergebnis von politischen Entscheidungsprozessen, das gleichwohl einer rechtlichen Bewertung unterworfen ist. Das Ergebnis manifestiert sich vor allem in der Festlegung eines Projektzieles.

Wie bereits erörtert⁴⁸⁴, kann ein **Ziel** bewertet werden, indem es **mit anderen verglichen wird und beide an einem höheren Ziel gemessen** werden. Wenn zum Beispiel eine geplante Autobahn dem Ziel dienen soll, den Autoverkehr zwischen dem Ballungsraum A und dem Randraum B zu erleichtern, so hat dieses konkrete Ziel ein allgemeineres Ziel, nämlich den Verkehr von Personen und Waren zwischen A und B zu verbessern. Dieses ist ein begründbares öffentliches Ziel, zumal wenn es auch durch Raumplanung abgestützt ist. Es lässt sich womöglich aber durch ein ande-

481 Winter (1985) S. 41.

482 BVerwG v. 11.8.2016, 7 A 1.15 (Weservertiefung) BVerwGE 156, 20 Rn 59; BVerwG v. 9.2.2017, 7 A 2.15 (Elbevertiefung) BVerwGE 158, 1 Rn 208–210.

483 Zum Klima s. insbes. BVerfG v. 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, 78, 96, 288/20 (Klimabeschluss) BVerfGE 157, 30, Rn 112, 198.

484 Oben A VII. 3. c) cc) ii).

res konkretes Ziel erreichen, nämlich z.B. durch Ausbau des Bahnverkehrs. Erst wenn sich zeigt, dass diese konkrete Zielvariante und die ihm dienende Vorhabenalternative das Oberziel nicht ausreichend bedient oder ihre Verwirklichung vergleichsweise gewichtige negative Nebenfolgen hat, kann festgestellt werden, dass das gewählte konkrete Ziel einem öffentlichen Interesse entspricht.

Zu einem solchen **Zielevergleich anhand eines Oberzieles** kommt es allerdings in Planfeststellungsverfahren nur selten. Die Prüfung verbleibt meist auf der Ebene des konkreten Ziels. Dies wird rechtsdogmatisch auf vier Weisen begründet.

Erstens hat die Rechtsprechung die Formel statuiert, eine Planrechtfertigung sei schon dann anzunehmen, wenn die Planung „**vernünftigerweise geboten**“ ist. Dafür soll es genügen, wenn nur irgendein sinnvoller Grund vorliegt.⁴⁸⁵ Diese Vorgabe fordert kaum zur Erörterung konkurrierender Begründungen auf.

Zweitens diagnostizieren die Gerichte Projekte, die einem anderen Unterziel entsprechen, meist als **andere Projekte**, nicht als Alternativen innerhalb eines Projekts. Die Berücksichtigung anderer Projekte solle ausscheiden. Diese Haltung blendet jedoch aus, dass die zunehmende Verknappung von Umweltgütern die Einbeziehung grundsätzlicher Alternativen erforderlich macht.

Drittens verweisen die Gerichte oft darauf, dass sich die konkrete Zielsetzung aus den einschlägigen **Fachgesetzen** ergebe. Das trifft jedoch nicht zu, denn die meisten dieser Gesetze schreiben den Ausbau nicht vor, sondern ermöglichen ihn nur durch Bereitstellung eines verfahrens- und materiellrechtlichen Rahmens.⁴⁸⁶ Ob und wie gebaut wird, stellen sie in das planerische Ermessen der zuständigen Organe.

Viertens wird darauf verwiesen, dass die Planrechtfertigung oft durch **gesetzgeberische Vorentscheidung** determiniert werde. In der Tat ist dies für Bundesfernstraßen der Fall, weil deren Ziel durch das Fernstraßenausbaugesetz festgelegt wird. Dieses bindet die Planfeststellungsbehörde bei der

485 St. Rspr. seit BVerwG v. 14.2.1979, IV C 21.54 (B 42) BVerwGE 48, 56 (60); BVerwG v. 7.7.1987, 4 C 79.76 u.a. (Ausbau Flughafen Frankfurt) BVerwGE 56, 110 (119); BVerwG v. 22.3.1985, 4 C 15.83 (B 16) BVerwGE 71, 166 (168).

486 Friedrichsen (2004) S.64; Groß (1997) 95. Anders dagegen die entschiedene Zielsetzung durch § 3 Abs. 2 Satz 1 LNG; dazu s. BVerwGE 179, 226 (Energietransportleitung Brunsbüttel) Rn 24.

Prüfung der Planrechtfertigung⁴⁸⁷, allerdings vorbehaltlich eines Abgleichs mit anderen Belangen im Rahmen des Abwägungsgebots⁴⁸⁸ und einer verfassungsrechtlichen Überprüfung des Ausbaugesetzes.⁴⁸⁹

Trotzdem bleibt ein Raum, der Begründungen erfordert, und zwar dann, wenn es für Vorhaben keine Ausbaugesetzgebung gibt, wenn ein vorhandenes Ausbaugesetz verfassungsrechtlich zweifelhaft ist⁴⁹⁰, und wenn das Ausbauziel im Rahmen des Abwägungsgebots gegen andere Belange abgewogen werden muss.

In diesen Fällen wird meist einfach hingenommen, was der Vorhabenträger festlegt. Dass dies problematisch ist, lässt sich am Straßenrecht zeigen. Bei Planfeststellungen für Straßen wird in ständiger Rechtsprechung die **Leichtigkeit und Sicherheit des Verkehrs** als Ziel akzeptiert. Lange Zeit genügte es zu zeigen, dass das Vorhaben dem Ausbau der Verkehrsverbindungen diene. Der **wirkliche Bedarf** wurde gar nicht oder nur sehr kursorisch geprüft. Später wurde immer häufiger von Ausbaugegnern vorgetragen, dass es gar keinen zusätzlichen Verkehrsbedarf gebe. Dementsprechend gingen die Gerichte hin und wieder dazu über, dies genauer zu untersuchen. Dies führte zu aufwendigen Prognosen über die Verkehrsnachfrage. Für die Überprüfung von Ausbaugesetzen wird das Prüfprogramm allerdings zurückgefahren:

„Anhaltspunkte für eine Überschreitung des weiten Gestaltungs- und Prognoseermessens des Gesetzgebers liegen nur dann vor, wenn die Bedarfsfeststellung evident unsachlich ist, weil es für die Aufnahme des Vorhabens in den Bedarfsplan im Hinblick auf die bestehende oder künftig zu erwartende Verkehrsbelastung oder auf die verkehrliche Erschließung eines zu entwickelnden Raums an jeglicher Notwendigkeit fehlt, oder wenn sich die Verhältnisse seit der Bedarfsentscheidung des

487 So die Ausbaugesetze selbst, s. zB § 1 Abs. 2 Satz 2 des Fernstraßenausbaugesetzes v. 15.11.1993 (BGBl. 1993 I 1878), der lautet: „Die Feststellung des Bedarfs ist für die Linienbestimmung nach § 16 des BFStrG und für die Planfeststellung nach § 17 BFStrG verbindlich.“ Ebenso die st. Rspr., s. zB BVerwG v. 17.1.2007, 9 A 20.05 (A 143 – Westumfahrung Halle) BVerwGE 128, 1 Rn 133; BVerwG v. 11.7.2019 (A 39 Lüneburg) BVerwGE 166, 132 Rn 47.

488 So st Rspr., s. zB BVerwG v. 17.1.2007, 9 A 20.05 (A 143 – Westumfahrung Halle) BVerwGE 128, 1 Rn 133–138; BVerwG v. 3.11.2020, 9 A 12.19 (Fehmarnbeltquerung I) BVerwGE 170, 33 Rn 676; BVerwGE 176, 94 (A 20) Rn 47.

489 Dazu unten B IV. 13.

490 S. dazu BVerwG v. 4.5.2022, 9 A 7.21 (A 14 – Magdeburg-Wittenberge-Schwerin), BVerwGE 175, 312 Rn 17 f.

Gesetzgebers so grundlegend gewandelt haben, dass das angestrebte Planungsziel unter keinen Umständen auch nur annähernd erreicht werden kann (...)⁴⁹¹

M.E. ist diese Fixierung auf die Verkehrsnachfrage grundsätzlich fehlgerichtet. Es gehört zum Stand der verkehrswissenschaftlichen Forschung, dass neue Straßen nicht lediglich eine bestehende Verkehrsnachfrage bedienen, sondern neuen Verkehr generieren.⁴⁹² Für ein paar Jahre mag die Straße genügen, aber bald ist sie wieder voll und es steht ein neuer Ausbau an. Die nackte Schaffung zusätzlichen Verkehrsraums steht deshalb nicht im öffentlichen Interesse. „**Predict and provide**“, m.a.W. die Verkehrsnachfrage zu kalkulieren und zu bedienen, ist kein legitimes Ziel mehr.⁴⁹³ Kurz gesagt: das neue Vorhaben stillt nicht, sondern befeuert die Verkehrsnachfrage. In diesem Sinn hat der UGB-KomE folgenden Planungsgrundsatz vorgeschlagen:

„bei der Ermittlung der Vorteile sind durch das Vorhaben geweckter zusätzlicher Straßen- und Luftverkehr sowie der Umstand, dass infolge des Vorhabens Orte im Nahbereich über die Straße oder auf dem Luftweg besser erreicht werden, außer Betracht zu lassen;“⁴⁹⁴

Es muss folglich weiter gefragt werden, **ob ein öffentliches Interesse über die bloße zusätzliche Transportleistung hinaus besteht**, wie etwa die Schaffung von Raum für den öffentlichen Verkehr, die Beseitigung gefährlicher Stellen oder eine regionalpolitisch begründete Wirtschaftsentwicklung. Im letzteren Fall ist sogar eine Angebotsplanung rechtfertigungsfähig.⁴⁹⁵ Aber es genügt nicht, pauschal auf Entwicklungswünsche hinzuweisen, vielmehr muss eine entsprechende Planung nachgewiesen werden.⁴⁹⁶ Der bloße Hinweis auf eine „Verbesserung der Verkehrsverbindung“ zwi-

491 BVerwGE 175, 312, Rn. 17.

492 Bratzel (2024).

493 S. dazu SRU (2005) Ziff. 134; Winter (2010); Mecklenburg (2003) S. 128. Hinzu kommen die umfangreichen externen Kosten des Verkehrs, die kaum in die konkrete Abwägung anlässlich eines neuen Bauvorhabens einfließen. S. die Zusammenstellung von Friedrich (2024).

494 UGB-KomE § 533 Nr. 3.

495 BVerwG v. 4.5.2022, 9 A 7.21 (A 14 – Madgeburg-Wittenberge-Schwerin), BVerwGE 175, 312 Rn. 18; am Beispiel der Flughafenplanung BVerwGE 114, 364 (Flughafen Bitburg), S. 374–376; BVerwG v. 20.4.2005, 4 C 18.03 (Nachtflugregelung für Flughafen München) BVerwGE 123, 261 (272 f.).

496 So geschehen im Urteil BVerwGE 175, 312 Rn. 17–21.

schen zwei Orten und die „verkehrsmäßige Aufschließung eines unterentwickelten Raumes“⁴⁹⁷ ist mE nicht hinreichend. Eine bloße Vorratsplanung wird auch vom BVerwGE nicht für zulässig gehalten.⁴⁹⁸

c) Planrechtfertigung und Abwägung

Ist eine Planrechtfertigung gegeben, ist im nächsten Schritt das Gebot gerechter Abwägung aller betroffenen öffentlichen und privaten Belange zu prüfen.

Rechtssystematisch fragt sich allerdings, ob es sinnvoll ist daran festzuhalten, dass die Planrechtfertigung ein separates Prüfprogramm neben der Abwägung darstellt. Sie tritt nämlich ein zweites Mal innerhalb der Abwägung wieder in Erscheinung, und zwar selbst dann, wenn das öffentliche Interesse an einem Projekt durch Gesetz, wie etwa durch das Fernstraßenausbaugesetz, bereits entschieden ist.⁴⁹⁹ Für die **Separierung** spricht, dass so die Prüfung des Planungsinteresses differenzierter erfolgen kann als im Einerlei der Abwägungsgesichtspunkte, oder jedenfalls differenzierter erfolgen könnte, wenn die Formel „vernünftigerweise geboten“⁵⁰⁰ anspruchsvoller gefasst würde. Für die **Einbeziehung in die Abwägung** spricht, dass eine Planfeststellungsbehörde einen einmal festgestellten Bedarf in der Abwägung kaum je als nachrangig ansehen wird. Wenn das öffentliche Interesse an dem Projekt in die Abwägung eingestellt wird, wird zudem deutlicher, dass es – neben privaten Belangen – andere öffentliche Interessen gibt, mit denen oder auch gegen die es sich behaupten muss, wie etwa – in zunehmender Dringlichkeit – mit oder gegen die Erfordernisse des Klimas und der Biodiversität. Ich halte deshalb die integrierte Lösung für besser.⁵⁰¹

497 So BVerwG v. 22.3.1985, 4 C 15.83 (B 16), BVerwGE 71, 166 (169 f.).

498 BVerwG v. 20.4.2005, 4 C 18.03 (Nachtflugregelung für Flughafen München) BVerwGE 123, 261 (273).

499 BVerwG v. 17.1.2007, 9 A 20.05 (A 143 – Westumfahrung Halle) BVerwGE 128, 1 Rn 133–138; BVerwG v. 11.7.2019 (A 39 Lüneburg) BVerwGE 166, 132 Rn 47; BVerwGE 170, 33 (Fehmarnbeltquerung I) Rn 676; BVerwGE 176, 94 (A 20) Rn 47.

500 Vgl. oben B IV. 4. a).

501 Im Ergebnis ebenso, aber mit eher formalen Gründen Müller (2005).

5. Alternativenprüfung und Abwägungsgebot

Das Abwägungsgebot beruht auf der Annahme eines Gestaltungsspielraums, den es jedoch durch bestimmte Anforderungen begrenzt. Das in Rechtsprechung und Literatur entwickelte Prüfraster ist in sich bereits sehr differenziert. Da es ursprünglich unterstellt, dass nur eine Variante zu beurteilen ist, wird es durch die Alternativenprüfung noch komplexer. Ich werde zunächst das Abwägungsgebot rekonstruieren und soweit sachgerecht vereinfachen, um es auf die Alternativenprüfung einzustellen.

Das klassische Anforderungsprofil des Abwägungsgebots unterscheidet zwischen dem **Abwägungsvorgang** und dem **Abwägungsergebnis**.⁵⁰² Die Anforderungen lauten:

- 1) Abwägungsvorgang
 - (a) überhaupt abwägen
 - (b) alle betroffenen Belange einstellen
 - (c) die einzelnen Belange angemessen gewichten
 - (d) die Belange im Verhältnis zueinander angemessen zum Ausgleich bringen
- 2) Abwägungsergebnis
 - (a) alle betroffenen Belange müssen berücksichtigt sein
 - (b) die einzelnen Belange müssen in sich angemessen gewichtet sein
 - (c) die Belange müssen im Verhältnis zueinander angemessen gewichtet sein

Diese Anforderungen sind aus rechtspraktischer Perspektive übermäßig differenziert. Folgende Vereinfachung bietet sich an⁵⁰³:

Schritt (1) (a) bedeutet, dass ein planerischer Prozess organisiert werden muss, der verhindert, dass ein Ergebnis dezisionistisch statuiert wird. Insbesondere müssen Vorabbindungen vermieden werden, es sei denn, diese unterliegen selbst einem vorherigen Abwägungsprozess.⁵⁰⁴

Die Schritte (1) (c) und (d) können mit den Schritten (2) (b) und (c) zusammen ausgeführt werden, denn die richtige Gewichtung kann eigentlich nur im Ergebnis nachvollzogen werden. Es ist schwer vorstellbar, dass

502 Begründet durch BVerwG v. 12.12.1969, IV C 105.66 (Ortsteilerweiterung), BVerwGE 34, 302 (309); BVerwG v. 5.7.1974, IV C 50.72 (Flachglas), BVerwGE 45, 309 (321).

503 Über ähnliche Vereinfachungsversuche s. Erbguth (2009) S. 155-175.

504 Ein Beispiel bringt BVerwG v. 5.7.1974, IV C 50.72 (Flachglas), BVerwGE 45, 309 (321).

ein richtiges Ergebnis deshalb abgelehnt wird, weil die Belange im Abwägungsvorgang falsch gewichtet worden sind, oder dass ein falsches Ergebnis aus einer richtigen Gewichtung im Abwägungsvorgang hervorgeht. Allerdings kann eine Separierung des Abwägungsvorgangs dann sinnvoll sein, wenn nur prozedurale Anforderungen gestellt werden sollen und auf eine Inhaltskontrolle ganz verzichtet wird. Da im Fachplanungsrecht aber eine Inhaltskontrolle vorgesehen ist, bleibt es bei der vorgeschlagenen Zusammenführung der Schritte (1) (c) (d) und (2) (b) (c).

Man könnte weiter überlegen, die Schritte (2) (b) und (c) zu einem Schritt zusammenzufassen, weil die Gewichte einzelner Belange sich häufig nicht absolut, sondern besser im Verhältnis zu anderen bestimmen lassen. Es kann aber sein, dass bestimmte Belange durch Gesetzgebung, gesellschaftliche Prioritäten oder die konkrete Fallkonstellationen schon in sich gesehen als mehr oder weniger gewichtig eingestuft werden. Trotzdem können die Schritte zu einem gestuften Schritt zusammengeführt, der die Belange ggf. zunächst in sich und dann vergleichend bewertet.

Weiterhin können die Schritte (2) (a) und (1) (b) miteinander verbunden werden. Dass alle betroffenen Belange identifiziert werden müssen, ist eine typische prozedurale Anforderung. Ist sie erfüllt, kann nicht mehr im Ergebnis gesagt werden, dass Belange nicht gesehen worden sind. Vielmehr sind sie dann womöglich falsch gewichtet worden. Wenn z.B. beim Bau einer Straße zwar prozedural erkannt worden ist, dass die Anliegerzufahrten abgeschnitten werden, es im Ergebnis aber bei der Abschneidung bleibt, ist der Belang der Anlieger u. U. falsch gewichtet worden; eingestellt worden ist er dagegen. Zudem gleichen sich die Schritte (1) (b) und (2) (b), weil sie beide kognitiv orientiert sind, im Unterschied zu den Schritten (1) (b) und (c) sowie 2 (b) und (c), die bewertenden Charakter besitzen.

Diese Vereinfachungen führen zu folgendem Profil des Abwägungsgebots:

- (1) Den planerischen Prozess organisieren
- (2) Alle betroffenen Belange einstellen
- (3) Die Belange in sich und im Verhältnis zueinander angemessen gewichten

Das Gebot der **Alternativenprüfung** bedeutet nun, dass dieses Abwägungsprofil auf alle in Betracht kommenden Alternativen anzuwenden ist.

Das Abwägungsgebot impliziert nach seiner gesetzlichen und richterrechtlichen Fassung, dass zwischen **privaten und öffentlichen Belangen**

unterschieden wird.⁵⁰⁵ Obwohl die Abgrenzung schwierig ist, weil z. B. private Belange zugleich als öffentliche Belange angesehen werden können, lohnt sich doch, an dieser Unterscheidung festzuhalten, weil öffentliche Belange *per se* besonderes Gewicht besitzen. Dies gilt besonders, wenn wie hier vorgeschlagen, die Planrechtfertigung in die Abwägung einbezogen wird.⁵⁰⁶ So ergeben sich folgende Schritte:

- (1) Die in Betracht kommenden Varianten identifizieren
- (2) Die von den Varianten betroffenen öffentlichen und privaten Belange ermitteln
- (3) Die Belange in sich und im Verhältnis zueinander angemessen gewichten

Ein **Beispiel** mag dieses Konzept der Abwägung von Alternativen illustrieren. Dabei füge ich noch die Planungsleitsätze hinzu. Die Planrechtfertigung wird in die Abwägung integriert, und zwar als Komponente der öffentlichen Interessen. Die Belange, gleich ob öffentlich oder privat, können positiv oder negativ betroffen sein. Angenommen werden drei Trassen, A, B, und C, eines Straßenbauvorhabens:

- A: Umgehungsstraße, die am Rande eines Wohngebiets liegt und durch Ackerland führt, aber zur Ansiedlung von Gewerbe geeignet ist
- B: Umgehungsstraße, die ein in Landeseigentum befindliches brachliegendes Natura 2000-Gebiet durchschneidet
- C: Beibehaltung der innerörtlichen Durchgangstraße, die einerseits ständig Immissionswerte für Luftreinhaltung übersteigt, aber andererseits den innerörtlichen Handel bedient

Alternativen	Planungsleitsätze	Abwägungsgebot					
		Öffentliche Belange				Private Belange	
		Ziel (Verkehrsbedarf, Arbeitsplätze)	Menschl. Gesundheit (Luftbelastung)	Umweltgüter (Natura 2000)	Öff. Haushalt	Wirtschaft (Landwirte, Handel)	Gesellschaft (Lärm für Anwohner)
A	+	++++	+	+	--	--	-
B	+	+++	+	---	-	-	+
C	-						

505 Vgl. § 1 Abs. 7 BauGB.

506 S. oben B IV 4 c).

Im Beispiel wird Alternative C schon deshalb ausgeschieden (und folglich nicht weitergeprüft), weil sie wegen Verletzung eines Planungsleitsatzes (Immissionswerte) an einem Ausschlusskriterium scheitert. A und B passieren diese Hürde. Sie bedienen auch das öffentliche Interesse (Verkehrsbedarf) gleichermaßen; ebenso schützen sie die menschliche Gesundheit im Vergleich mit der gegenwärtigen Belastung durch Luftschadstoffe. A liegt hinsichtlich sonstiger öffentlicher Vorteile (Arbeitsplatzschaffung) aber besser als B, andererseits sind die öffentlichen Haushaltskosten höher als bei B (Ankauf von Ackerland). Im Hinblick auf die betroffene private Wirtschaft sind A und B gleich ungünstig für den innerörtlichen Handel, A ist jedoch ungünstiger, weil Landwirte Ackerland verlieren. A ist auch ungünstiger hinsichtlich gesellschaftlicher Belange (Lärm für Wohngebiet). A ist aber weniger umweltschädlich als B (Natura 2000-Gebiet). In der Summe bietet A mehr Vor- als Nachteile (6 zu 5), während sich bei B Vor- und Nachteile die Waage halten (5 zu 5). Die Bewertungen sind hier selbstverständlich nur modellhaft gemeint. In der Realität können sie anders ausgehen. Sie eröffnen schon in sich und mehr noch im Verhältnis der Belange untereinander den planerischen Spielraum, der der projektierenden und der überprüfenden Verwaltung zukommt.

6. Adressaten des Fachplanungsrechts

Zu unterscheiden ist zwischen den Trägern von Vorhaben und der Behörde, die über die Planfeststellung entscheidet. Der Vorhabenträger ist wegen des Infrastrukturcharakters der Vorhaben meist die öffentliche Hand. Er kann aber auch ein Privater sein. Beide werfen Fragen der Anwendung des Planfeststellungsrechts auf. Ich behandle zunächst die privaten (a), dann die öffentlichen Träger (b).

a) Private Träger

Vorhaben von privaten Trägern, die dem Fachplanungsrecht unterfallen, werden meist als privatnützige Vorhaben bezeichnet. Der Ausdruck hat aber eher Verwirrung gestiftet, weil oft nicht geklärt wurde, was privatnützig bedeutet, und dann trotzdem Schlüsse für das Anforderungsprofil und die Wirkungen der Planfeststellung gezogen wurden.

Das zu lösende Problem besteht darin, dass, wie bereits ausgeführt, Infrastrukturvorhaben manchmal auch von privaten Trägern unternommen werden. Die prinzipiell mangelnde Marktgängigkeit der Investition wird dann z.B. durch öffentliche Subventionen oder Ermöglichung von Nutzungsgebühren überwunden. Es kann aber auch sein, dass eine Anlage ganz für einen Kreis finanzkräftiger Nutzer erstellt wird, wie z.B. ein privater Flughafen, eine Teststrecke eines Kraftfahrzeugherstellers oder der Abbau von Kies als wasserbauliche Maßnahme. Im ersten Fall kann man von (nur) formell und im zweiten von formell und materiell privatnützigen Vorhaben sprechen.

Da das Fachplanungsrecht am äußerlichen Erscheinungsbild des Vorhabens – Straße, Flughafen, etc. –, also nicht an dessen sozio-ökonomischer Funktion (wie z.B. Infrastruktur) anknüpft, muss entschieden werden, wie es auf solche Vorhaben, wenn sie privatnützig sind, anzuwenden ist.

Für **formell und materiell privatnützige Vorhaben** hat das BVerwG (mit Bezug auf rein private Flughäfen) entschieden, dass sie in Rechte Dritter nicht eingreifen dürfen, dass deshalb auch keine Planrechtfertigung möglich ist:

„Solche allein privatnützigen Planungen vermögen Eingriffe in Rechte Dritter nicht zu rechtfertigen. Sie müssen vielmehr an entgegenstehenden Rechten Dritter ebenso wie an entgegenstehenden öffentlichen Belangen scheitern und bedürfen deshalb in Richtung auf solche Rechte und Belange keiner Rechtfertigung ...“⁵⁰⁷

Dies bedeutet, dass die formell und materiell privatnützigen Vorhaben ohne Prüfung eines öffentlichen Interesses planfestgestellt werden dürfen. Materiell gilt ein strenger Maßstab, weil in Rechte Dritter nicht eingegriffen werden darf und entgegenstehende öffentliche Belange durchschlagen, ohne dass dies durch ein öffentliches Interesse aufgewogen werden kann. Zum Beispiel bedeutet dies, dass eine Rennstrecke zum Test von Rennwagen eines Autoproduzenten nicht genehmigt werden kann, wenn in den Naturhaushalt eingegriffen und die Gesundheit von Bewohnern beeinträchtigt wird.

Wenn es sich dagegen um **formell privatnützige, aber materiell gemeinnützige Vorhaben** handelt, m.a.W. um solche Vorhaben, die öffentli-

507 BVerwG v. 7.7.1978, 4 V 79.76 u.a. (Startbahn Frankfurter Flughafen) BVerwGE 56, 110 (119). Mit Bezug auf ein Kiesabbauvorhaben ebenso BVerwG v. 10.2.1978, 4 C 25.75 (Kiesabbau) BVerwGE 55, 220 (229).

che Infrastruktur zur Verfügung stellen, kommt in Betracht, dass sie sich gegen entgegenstehende private oder öffentliche Belange durchsetzen und auch zu Enteignung von Grundstücken führen, somit eine enteignungsrechtliche Vorwirkung haben können. Sie müssen dann aber überwiegende öffentliche Interessen verwirklichen⁵⁰⁸, und zwar, meine ich, solche, die sich nicht in der Kategorisierung als Infrastruktur erschöpfen, sondern im konkreten Fall belegt sind. Ob die entsprechende Prüfung als Planrechtfertigung oder im Rahmen des Abwägungsgebots erfolgt, ist dabei m. E. nicht erheblich.

Im vorliegenden Zusammenhang ist bedeutsam, dass Alternativen und Ziele bei nur formell privatnützigen Vorhaben nicht subjektiv zur Disposition des Antragstellers stehen, sondern objektiv bestimmt sind und behördlich überprüft werden. Dies gilt nicht für formell und materiell privatnützige Vorhaben, weil sie aus dem Abwägungsgebot keinen Nutzen ziehen können. Es gilt für sie jedoch insoweit, wie Planungsleitsätze entsprechende Vorgaben machen.

b) Öffentliche Träger

Es wäre eine Verkürzung der rechtsdogmatischen Sichtweise, wenn als Adressaten des Rechts der Infrastrukturverwaltung, z.B. des Fachplanungsrechts, nur die Behörden, die die Projekte genehmigen, in den Blick genommen würden. Dabei würde der **Unterschied zwischen der Leistungs- und der Kontrollbehörde** (z.B. zwischen dem Straßenbauamt und der Planfeststellungsbehörde) vernachlässigt. Fasst man diesen Unterschied stärker ins Auge, müsste deutlich werden, dass das einschlägige Recht auch die Tätigkeit der Leistungsbehörde regelt. Friedrichsen schlägt vor, die Aufgaben so zu teilen, dass die Leistungsbehörde für die Planung und die Planfeststellungsbehörde für die Entscheidung zuständig ist.⁵⁰⁹ Das ist insoweit richtig, als die Planfeststellungsbehörde die planerischen Vorarbeiten nicht selbst übernehmen kann. Aber die Leistungsbehörde muss selbst auch das gesetzliche Programm einschließlich Planrechtfertigung, Abwägung und Alternativenprüfung anwenden. Ihr ist das planerische Ermessen zuzuordnen, das auch von der Planfeststellungsbehörde zu beachten ist. Man

508 So wohl BVerwG v. 24. II. 1994, 7 C 25.93 (Sonderabfallumschlaganlage), BVerwGE 97, 143 (150); ebenso Jarass (2003) S. 27–32; Ramsauer/Bieback (2002) 281.

509 Friedrichsen (2004) S. 103–113.

kann deren Kontrolle als **nachvollziehende Überprüfung** bezeichnen⁵¹⁰, sollte aber die verbleibenden Prüfungskompetenzen konkretisieren. Am Fall Fehmarnbeltquerung hat das BVerwG zum Beispiel ausgeführt, die Planfeststellungsbehörde sei dem Untersuchungsgrundsatz verpflichtet, was bedeute,

„die ihr vorgelegten Planunterlagen einer eigenständigen Prüfung zu unterziehen und ggf. eigene Ermittlungen anzustellen. Indes bedeutet dies nicht, dass sie sich sämtliche in den Antragsunterlagen des Vorhabenträgers erwähnten Dokumente vorlegen lassen muss. Vielmehr darf sie sich auf eine Plausibilitätskontrolle beschränken und muss vor allem (nur) dann Nachermittlungen anstellen, wenn sie die Unterlagen für unvollständig hält oder bestimmte Annahmen als nicht ausreichend begründet ansieht.“⁵¹¹

7. Spektrum der Alternativen

Für die Auswahl der in Betracht zu ziehenden Alternativen werden bestimmte Kriterien herangezogen, von denen einige näher untersucht werden sollen. Hierzu gehören die realen Umstände (a), die Kosten (b), die Zielsetzung (c) und die Tiefe des Umwelteingriffs (d).

a) Reale Umstände

Der Ausgangspunkt der Alternativenauswahl liegt darin, dass

„einerseits alle ernsthaft in Betracht kommenden Alternativlösungen berücksichtigt und mit der ihnen zukommenden Bedeutung in die vergleichende Prüfung der jeweils berührten öffentlichen und privaten Belange eingestellt werden.“⁵¹²

Was „ernsthaft“ bedeutet, bleibt freilich unklar, öffnet aber ein der Sache nach **weites Spektrum von Alternativen**, solange reine Spekulation vermieden wird. Das BVerwG schränkt diesen großzügigen Ansatz aber sogleich wieder ein:

510 So Kodal/Krämer (1996), S. 992; Schneider (1991) S. III f. Vgl. noch oben A VI. 3.

511 BVerwG v. 3.11.2020, 9 A 12.19 (Fehmarnbeltquerung I) BVerwGE 170, 33 Rn 33.

512 BVerwG v. 5.10.2021, 7 A 13.20 (S-Bahnlinie (Ost) Hamburg) BVerwGE 173, 296 Rn 77.

„Eine Planfeststellungsbehörde handelt andererseits nicht schon dann abwägungsfehlerhaft, wenn eine von ihr verworfene Alternative ebenfalls mit guten Gründen vertretbar gewesen wäre. Vielmehr sind die Grenzen der planerischen Gestaltungsfreiheit erst dann überschritten, wenn sich eine andere als die gewählte Lösung unter Berücksichtigung aller abwägungserheblichen Belange eindeutig als die bessere, weil öffentliche und private Belange insgesamt schonendere, hätte aufdrängen müssen, ...“⁵¹³

Wenn das „Sichaufdrängen“ ernst gemeint ist, müsste es auf einer Vertiefung in die Sachlogik des zu lösenden Problems beruhen.⁵¹⁴ Es ist fraglich, ob dies immer geschieht.

b) Kosten

Ein weiterer Gesichtspunkt sind die **Kosten der Alternative**. Es wurde oben bereits⁵¹⁵ dargelegt, dass eine Alternative kostspieliger sein darf als die vom Vorhabenträger bevorzugte. Sie darf aber nicht einen „unverhältnismäßigen Aufwand“ verursachen. Dabei kann eine Relation zwischen den Kosten zweier Varianten und dem erreichbaren Ziel betrachtet werden. Zum Beispiel mag eine Trasse, die ein Naturschutzgebiet umfährt, im Vergleich zu einer das Gebiet durchschneidenden Trasse teurer sein. Die Zusatzkosten sind dann womöglich tragbar, wenn es sich um wertvolle Natur handelt. Das BVerwG hat im Fall der Westumfahrung von Halle einen relativ naturfreundlichen Maßstab genannt:

„Das zumutbare Maß an Vermeidungsanstrengungen darf nicht außerhalb jeden vernünftigen Verhältnisses zu dem damit erzielbaren Gewinn für Natur und Umwelt stehen.“⁵¹⁶

Das Gericht befand dann die Tunnellösung wegen der Mehrkosten in zweistelliger Millionenhöhe für zu teuer, ohne eine genauere Relation mit dem „Gewinn für Natur und Umwelt“ anzustellen. Dieses Ergebnis war von den Klägern allerdings auch nicht bestritten worden.

513 BVerwG v. 5.10.2021, 7 A 13.20 (S-Bahnlinie (Ost) Hamburg) BVerwGE 173, 296 Rn 77.

514 Vgl. dazu oben A III 2.b).

515 Oben zu A VII. 2. c) bb).

516 BVerwG v. 17.1.2007, 9 A 20.05 (A 143 – Westumfahrung Halle) BVerwGE 128, 1 Rn 142.

c) Konkrete und allgemeinere Zielsetzungen

Sehr folgenreich ist die im Fachplanungsrecht vorherrschende Unterscheidung zwischen **Alternativen im Projekt und Alternativen zum Projekt**.⁵¹⁷ Die Unterscheidung wird u.a. damit begründet, dass das Planungsziel oder -konzept die Alternativenwahl steuere, und das Ziel oder Konzept meist nur durch ein relativ genau bestimmtes Projekt zu verwirklichen sei; dann könnten andere Projekte nicht einbezogen werden. Am Beispiel der A 20 und der Varianten Nord- oder Südumgehung der Stadt Lübeck führt das BVerwG aus:⁵¹⁸

„Die Frage nach einer Alternative ist stets abhängig von dem jeweiligen Planungskonzept. Dieses verfolgt stets bestimmte Ziele, die ihrerseits von einem Bewerten und Gewichten anderer Zielsetzungen abhängig sind. Für die Süd-Trassierung ist ein Planungskonzept entwickelt worden, auf dessen Grundlage die Nord-Trassierung nicht (mehr) als eine Planungsalternative in Betracht kam.“

Das Gericht hält die planerischen Erwägungen für die Süd-Trassierung im Ergebnis für begründet. Es meint, die Erwägungen wiesen darauf hin, dass die Nord-Trassierung ein anderes Projekt sei.

„Die Gerichte können nur prüfen, ob die gesetzliche Ermächtigung zur Planung und die mit ihr der Planung gesetzten rechtlichen Schranken beachtet wurden. Sie können dagegen nicht – wie der Kläger möglicherweise annimmt – ihrer Kontrolle die Annahme zugrunde legen, eine bestimmte Verkehrspolitik sei verfehlt und daraus folge auch im Rechtssinne ihre Unbeachtlichkeit.“⁵¹⁹

Indem diese Argumentation das **konkrete Projektziel** zum Ausgangspunkt macht, verweigert sie sich einer Bewertung dieses Zieles am **Maßstab höherer Ziele**. Es steht aber nirgends im Gesetz, dass dem so sein muss. Die Unterstellung, dass sonst im Gerichtssaal die allgemeine Verkehrspolitik diskutiert werde, ist unfair, weil es um sehr viel konkretere Vorhabenalternativen geht. Eine **mittlere Abstraktionshöhe** wäre hinreichend, wie etwa die lokale Netzverknüpfung, Auflösung von Staus, Entlastung des innerstädtischen Verkehrs, Erreichbarkeit von Gewerbegebieten, etc., Ziele, die

517 St. Rspr., s. z.B. BVerwGE 128, 1 (A 143 – Westumfahrung Halle) Rn 142 f.; BVerwG v. 5.10.2021, 7 A 13.20 (S-Bahnlinie (Ost) Hamburg) BVerwGE 173, 296 Rn 77.

518 BVerwG v. 19.5.1998, 4 A 9.97 (A 20 – Wakenitzniederung) BVerwGE 107, 1 (13 f.).

519 Ibid.

wenn (in der Tat) nicht durch die Nord-Trassierung so doch durch andere Mittel wie etwa den Ausbau des öffentlichen Verkehrs erreichbar gewesen wären.

Dass Gerichte – anscheinend gedrängt von in der Öffentlichkeit diskutierten grundsätzlichen Zweifeln an einem Projekt – trotzdem hin und wieder auf **Alternativen des Projekts** eingehen, zeigt sich am Beispiel der Planfeststellung zur Elbevertiefung. In dem 1. Ergänzungsbeschluss zur Planfeststellung wird recht ausführlich auf die Alternativen „Anlandung im Tiefseehafen Wilhelmshaven sowie im Ostseeraum wie insbesondere Danzig“ eingegangen⁵²⁰. Dies sind Alternativen zum Projekt, die im Hinblick auf das öffentliche Interesse an einer maximalen Erreichbarkeit des Hamburger Hafens zurückgewiesen wurden. In ähnlicher Weise hat das BVerwG im Urteil zur Erweiterung des Frankfurter Flughafens – wenn auch kursorisch – immerhin die Alternative Verlagerung des Verkehrs auf die Bahn oder auf einen anderen Flughafen geprüft, womit eine allgemeinere Zielsetzung der Bewältigung des überregionalen Verkehrs impliziert wurde.⁵²¹ Im Urteil über einen Abschnitt der A 20 (Westumfahrung Hamburg) hat es den Ausbau einer Stadtautobahn als Alternative erwogen.⁵²² Rechtsvergleichend sei darauf hingewiesen, dass das US-Amerikanische Recht im Kontext der UVP insoweit großzügiger ist.⁵²³

d) Tiefe des Umwelteingriffs

Das Spektrum der zu betrachtenden Alternativen erweitert sich auch je mit der **Tiefe des Umwelteingriffs**. Dies hat nunmehr auch das BVerwG für die Standortsuche für Großvorhaben anerkannt:

„Der Standort insbesondere von Großvorhaben, mit denen Umweltauswirkungen in bedeutendem Ausmaß verbunden sein können, soll nicht auf der Grundlage einer räumlich unangemessen verengten Perspektive festgelegt werden, die die Möglichkeit einer Reduzierung von Umweltbelastungen durch eine optimierte Standortwahl nicht hinreichend

520 Generaldirektion Wasserstraßen und Schifffahrt (2013) 66–69.

521 BVerwG v. 4.4.2012, 4 C 8.09 u.a. (Flughafen Frankfurt/M) BVerwGE 142, 234 Rn 134–138.

522 BVerwG v. 6.11.2013, 9 A 14.12 (A 20 – Seeberger Kalkberghöhle) BVerwGE 148, 373 Rn 78 f.

523 S. näher oben B I. 2.

in den Blick nimmt. Eine so verstandene „je-desto-Formel“, die auf eine Relation zwischen zu erwartenden Umweltauswirkungen und der Bemessung des Untersuchungsraums verweist, begegnet keinen grundsätzlichen Bedenken, sondern bringt eine im Interesse der Effektivierung des Umweltschutzes naheliegende Überlegung zum Ausdruck.“⁵²⁴

Diese Relationierung des Alternativenspektrums mit der Tiefe des Umwelt Eingriffs sollte nicht nur auf die Standortwahl erstreckt werden. Auch alternative Konfigurationen des Vorhabens sollten einbezogen werden, wie im Beispiel der Elbevertiefung die Verkehrsverlagerung auf einen anderen Hafen.

8. Untersuchungstiefe

Es wurde oben bereits erwähnt, dass der **Vergleich von Alternativen geeignet ist, umfangreiche Untersuchungen zu vermeiden**, wenn Alternativen in Betracht kommen, die schon auf den ersten Blick keine oder nur geringfügige Umwelteingriffe mit sich bringen. Auf diese müsste sich das Verfahren im Weiteren konzentrieren. So ist das BVerwG zu verstehen, wenn es sagt:

„Die Planfeststellungsbehörde ist dabei nicht verpflichtet, die Variantenprüfung bis zuletzt offenzuhalten und alle von ihr zu einem bestimmten Zeitpunkt erwogenen oder von dritter Seite vorgeschlagenen Alternativen gleichermaßen detailliert und umfassend zu untersuchen.“⁵²⁵

Allerdings wird der Spieß in der weiteren Argumentation dann umgekehrt. Alternativen, die der Behörde aufgrund einer Grobanalyse als weniger geeignet erscheinen, dürfen schon **in einem frühen Verfahrensstadium ausgeschieden** werden.“⁵²⁶ Das geht mE zu weit, weil der Untersuchungsstopp bereits einsetzen soll, wenn eine Variante „als weniger geeignet“ „erscheint“. Sie müsste schon erheblich und ersichtlich schlechter geeignet sein, um aus der weiteren Betrachtung auszuschneiden.

524 BVerwG v. 7.12.2023, 4 CN 6.22 (Kohlekraftwerk Datteln 4), BVerwGE 181, 99 (Rn 36).

525 BVerwG v. 5.10.2021, 7 A 13.20 (S-Bahnlinie (Ost) Hamburg) BVerwGE 173, 296 Rn 77.

526 BVerwGE 173, 296 (S-Bahnlinie (Ost) Hamburg) Rn 77.

9. Dringlichkeit von Zielen

Während das Planfeststellungsrecht die Abwägung zwischen Umweltein-
griff und Vorhabenziel grundsätzlich offenhält, kann es sein, dass gesetzlich
für Vorhaben ein Vorrang ausgewiesen wird. Dadurch wird ein Anschub
von politisch als wichtig angesehenen Vorhaben bezweckt.⁵²⁷ Dies ist kürz-
lich im Fernstraßenausbaugesetz geschehen, das für alle gelisteten Vorha-
ben statuiert, dass sie „**im überragenden öffentlichen Interesse**“ stehen.⁵²⁸
Bisher wurde durch das Gesetz nur über den Bedarf entschieden, nicht
auch über dessen Vorrang vor anderen betroffenen Belangen wie etwa dem
Naturschutz. Diese **pauschale Festlegung eines Vorrangs** ist abzulehnen,
weil, wie bereits erwähnt, der immer weitere Ausbau von Fernstraßen letztl-
ich nur immer neuen Verkehr generiert.⁵²⁹

Vorrang sollte m.E. nur für gut begründbare Ziele eingeräumt werden.
Ein Beispiel dafür ist der Stromleitungsbau. Es besteht Dringlichkeit von
Bau und Betrieb von **Höchstspannungsleitungen** als wesentlicher Infra-
struktur für die Erschließung erneuerbarer Energie. Sie hat dazu geführt,
dass die Alternativenwahl und Zielsetzung aktiv und hochrangig erfolgt,
statt wie bei normaler Infrastruktur eher passiv und niederrangig geprüft zu
werden.⁵³⁰

Den Auftakt dieses – top-down angelegten – Prozesses macht die Bun-
desbedarfsplanung. Alle drei Jahre stellt die Bundesnetzagentur einen Netz-
entwicklungsplan und einen Offshore-Netzentwicklungsplan auf, die dann
in Gesetzesform, nämlich als **Bundesbedarfsplangesetz** beschlossen wer-
den. Für die darin ausgewiesenen Vorhaben gilt „die energiewirtschaftliche
Notwendigkeit und der vordringliche Bedarf“ als für die weitere Planung
verbindlich festgestellt. Die Vorhaben sind örtlich in der Weise konkreti-
siert, dass die Orte, die verbunden werden sollen, bereits benannt werden.
Ein Beispiel einer solchen Benennung ist eine Höchstspannungsleitung für
Drehstrom von Stade über Sottrum und Grafschaft Hoya nach Landesber-
gen. Es wird zugleich auch festgelegt, welche Leitungen als Freileitung und
welche als Erdkabel errichtet werden sollen, wobei aber ein Naturschutz-
vorbehalt gilt.⁵³¹

527 Dazu kategorial oben A III. 3. c).

528 § 1 Abs. 3 FStrAG.

529 S. oben zu B IV. 4. b).

530 Franzius (2018) S. 57.

531 § 3 Abs. 2 BBPlG.

Auf einer nächsten Stufe findet die **Bundesfachplanung** statt. Sie legt in einem der Planfeststellung ähnlichen Verfahren Korridore für die Leitungen fest. Unter Alternativaspekten ist § 5 Abs. 4 NABEG relevant, der lautet:

„Gegenstand der Prüfung sind auch etwaige ernsthaft in Betracht kommende Alternativen von Trassenkorridoren. Bei der Durchführung der Bundesfachplanung für Vorhaben im Sinne von § 2 Absatz 6 des Bundesbedarfsplangesetzes zählen zu solchen Alternativen auch die Verläufe von Trassenkorridoren, die sich aus der Berücksichtigung von möglichen Teilverkabelungsabschnitten ergeben und insbesondere zu einer Verkürzung des Trassenkorridors insgesamt führen können.“

Dies wäre ohnehin auch deshalb geboten, weil die Bundesfachplanung der Strategischen Umweltprüfung unterliegt, die per se eine Alternativenprüfung verlangt.

Allerdings darf auf der Stufe der Bundesfachplanung der Bedarf nicht mehr in Frage gestellt werden.

Auf der dritten Stufe findet ein **Planfeststellungsverfahren** statt. Auch auf dieser Stufe darf die Bedarfsfrage nicht erneut aufgeworfen werden.⁵³² Desgleichen bleibt für Alternativen kaum noch Spielraum. Trassen müssen im Rahmen des festgestellten Korridors verbleiben.⁵³³ Ausführungsvarianten kommen nur in Betracht, wenn sie „sich nach den in dem jeweiligen Stadium des Planungsprozesses angestellten Sachverhaltsermittlungen auf Grund einer überschlägigen Prüfung der insoweit abwägungsrelevanten Belange nach § 1 Absatz 2 und § 18 Absatz 4 als eindeutig vorzugswürdig erweisen könnten.“⁵³⁴

Immerhin hat das BVerwG in seinem Urteil zur Höchstspannungsfreileitung Rommerskirchen – Sechtem gerügt, dass die Behörde eine bestimmte Trasse nicht hinreichend in die Abwägung einbezogen habe. Dabei wendet es das übliche Kriterium an, nämlich, dass die Alternativenwahl fehlerhaft ist, wenn sich eine andere Lösung hätte aufdrängen müssen oder wenn einzelne Belange fehlerhaft ermittelt, bewertet oder gewichtet wurden. Es weist

532 BVerwG v. 14.3.2018, 4 A 5.17 (Höchstspannungsfreileitung Rommerskirchen – Sechtem) BVerwGE 161, 263 (Rn 39).

533 § 4 NABEG.

534 § 18 Abs. 4a NABEG.

nach, dass einzelne Belange nicht einbezogen oder fehlgewichtet worden seien.⁵³⁵

Insgesamt handelt es sich bei dem NABEG um einen Regelungsansatz, der als **Anschubprogramm** bezeichnet werden kann und sich als solches vom Konditionalprogramm des Industrieanlagen- und Gefahrstoffrechts sowie vom Zweckprogramm des traditionellen Infrastrukturrechts unterscheidet. Das Anschubprogramm baut auf eindeutigen politischen Prioritäten auf, die hinsichtlich des NABEG aus der Dringlichkeit neuer Infrastruktur in der Energiewende begründet sind.

10. Besonderheiten der Errichtung von Flüssiggasterminals

Eine noch gesteigerte Anschubwirkung wird mit dem **Gesetz zur Beschleunigung des Einsatzes verflüssigten Erdgases** (LNGG) angestrebt. Das Gesetz führt nicht ein eigenständiges Planungsverfahren ein, sondern baut auf den vorhandenen Verfahren insbesondere nach BImSchG, WHG und EnWG auf. Es sorgt aber für deren Beschleunigung, indem es Anlagen von der **UVP-Pflicht** freistellt und dem Entscheidungsprozess einschließlich **Öffentlichkeitsbeteiligung** enge Fristen setzt. Die in Betracht kommenden schwimmenden und landgebundenen Anlagen werden in der LNGG-Anlage örtlich spezifiziert. Dies schließt stark abweichende Standortalternativen aus.⁵³⁶ Zwar besteht keine Verpflichtung zur Errichtung der Anlagen, aber wenn sie auf den Weg gebracht werden, scheiden Nullalternativen aus.⁵³⁷

Das Ziel der Anlagen wird ebenfalls im Gesetz festgelegt, und zwar als „Sicherung der nationalen Energieversorgung durch die zügige Einbindung verflüssigten Erdgases in das bestehende Fernleitungsnetz“. Dies wird durch § 3 bekräftigt:

„Die Vorhaben nach § 2 Absatz 2 sind für die sichere Gasversorgung Deutschlands besonders dringlich. Für diese Vorhaben wird die energiewirtschaftliche Notwendigkeit und der Bedarf zur Gewährleistung der Versorgung der Allgemeinheit mit Gas festgestellt. Die schnellstmögliche Durchführung dieser Vorhaben dient dem zentralen Interesse

535 BVerwG v. 14.3.2018, 4 A 5.17 (Höchstspannungsleitung Rommerskirchen – Sechtem) BVerwGE 161, 263 (Rn 82–102).

536 Vgl. BVerwGE 179, 226 (Energietransportleitung Brunsbüttel – Hetlingen) Rn 30 mit 32.

537 BVerwG v. 22.6.2023, 7 VR 3.23 (Energietransportleitung Brunsbüttel – Hetlingen) BVerwGE 179, 226 (Rn 30).

an einer sicheren und diversifizierten Gasversorgung in Deutschland und ist aus Gründen eines überragenden öffentlichen Interesses und im Interesse der öffentlichen Sicherheit erforderlich.“

Diese Vorgabe ist für die Planrechtfertigung verbindlich. Das BVerwG hält dennoch eine **Abweichung von gesetzlichen Bedarfsfestlegungen** für möglich⁵³⁸:

„Die gesetzliche Bedarfsfeststellung ist für die Planfeststellung und das gerichtliche Verfahren grundsätzlich verbindlich und vom Gericht nur darauf zu überprüfen, ob der Gesetzgeber den ihm insoweit zukommenden weiten Gestaltungs- und Prognosespielraum überschritten hat, weil die Bedarfsfeststellung evident unsachlich ist, es also für das Vorhaben offensichtlich keinerlei Bedarf gibt, der die Annahme des Gesetzgebers rechtfertigen könnte (...).“

Dies ist rechtsdogmatisch wohl so gemeint, dass das Gericht, wenn solche Zweifel zutreffen, das Gesetz nach Art. 100 GG dem BVerfG vorlegen muss. Im vorliegenden Fall verneint das Gericht aber, dass die Voraussetzungen gegeben sind.

Es könnte aber immerhin sein, dass die volle Anzahl der gelisteten Projekte evident nicht erforderlich ist. Hierfür könnte die etwas verräterische Versicherung des § 3 Abs. 2 virulent werden, die lautet: „die schnellstmögliche Durchführung der gelisteten Vorhaben dient dem zentralen Interesse an einer sicheren und diversifizierten Gasversorgung in Deutschland“. Das ist eine faktische und deshalb verifizierbare Aussage. Es kann ja sein, dass die sichere und diversifizierte Gasversorgung nicht auf alle der genannten Vorhaben angewiesen ist. Was dann? Kann man die Aussage als eine Bedingung lesen, die, wenn sie nicht erfüllt ist, den Anordnungsgehalt relativiert?

Jedenfalls **kann das Ausbauziel** – der Dogmatik von Planrechtfertigung und Abwägung entsprechend – im Rahmen der planerischen Abwägung **relativiert** werden. Das führt zu einer merkwürdigen Inkonsistenz der Bedarfsbeurteilung. Wenn der Bedarf auf der Stufe der Planrechtfertigung als überzogen anzusehen ist, muss das BVerfG angerufen werden. Wenn er auf der Abwägungsstufe weggewogen wird, liegt das in der Kompetenz der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Das zeigt einmal mehr, welche Probleme entstehen, wenn der Gesetzgeber sich als Exekutive geriert.

538 BVerwG v. 22.6.2023, 7 VR 3.23 (Energietransportleitung Brunsbüttel – Hetlingen) BVerwGE 179, 226 (Rn 25).

Soweit es die Abwägung selbst angeht, steht der Bedarf an Energieversorgung durch Flüssiggas gegen den Klimaschutz. Im Fall Energietransportleitung Brunsbüttel – Hettingen wurde vorgetragen, dass Treibhausgasemissionen aus dem Verbrauch des Gases in die Abwägung einzustellen seien. Das BVerwG blockt dies ab, indem es nur die Emissionen der Anlage selbst einbezieht. Die Planfeststellung sei auf ein Vorhaben bezogen, deshalb zählten **nur die Emissionen aus dem Bau und Betrieb des Terminals** und der Leitung. Zwar müssten auch mittelbare Auswirkungen betrachtet werden, aber nur wenn sich darin ein „vorhabenspezifisches Risiko realisiert“. „Die bestimmungsgemäße Nutzung der Anbindungsleitung liegt im Gastransport und erschöpft sich darin“.⁵³⁹ Das sind mE nur rhetorische Floskeln. Der Transport dient doch unzweifelhaft der Verbrennung des Gases.

Eher diskutabel als solche begrifflichen Kunstgriffe sind Erwägungen der Abgrenzung von **Anwendungsbereichen verschiedener Rechtsnormen**. Das BVerwG meint, der spätere Verbrauch des Gases unterliege eigenen Rechtsregimen wie dem Anlagenzulassungsrecht, dem Emissionshandel und den Energieregeln für Gebäude. Auch die Emissionskontingente des KSG regelten die Emissionssektoren je für sich, während die Gasleitungen sektorneutral angelegt sei.⁵⁴⁰ Andererseits spricht das Verursacherprinzip dafür, Umweltbeeinträchtigungen am Ursprung zu bekämpfen, und der Ursprung ist – national gesehen – eben die Anlandung und der Weitertransport von Flüssiggas.

11. Grundsatz der Planerhaltung

Angesichts der Komplexität der Kriterien und Verfahren der Planfeststellung ist mit Fehlern zu rechnen. Schrittweise sind deshalb Regeln ersonnen und später kodifiziert worden, die verhindern sollten, dass die mühsam erstellte Planfeststellung aufgehoben wird und alles neu begonnen werden muss. Neben die klassischen Vorschriften über die Heilung und die Unbeachtlichkeit von Fehlern traten Regelungen der Irrelevanz von Fehlern bei der Abwägung und die Ermöglichung der Planergänzung. In der Zu-

539 BVerwGE 179, 226 (Energietransportleitung Brunsbüttel-Hettingen) (Rn 45); ebenso BVerwG v. 22.6.2023, 7 A 9.22 (LNG-Anbindungsleitung Wilhelmshaven – Etzel) BVerwGE 179, 239 (Rn 39).

540 BVerwGE 179, 226 (Energietransportleitung Brunsbüttel-Hettingen) (Rn 46–47); BVerwGE 179, 239 (LNG-Anbindungsleitung Wilhelmshaven – Etzel) Rn. 40–41.

sammenschau der einzelnen Vorkehrungen wurde dann der **Grundsatz der Planerhaltung** entdeckt.⁵⁴¹ Obwohl Planerhaltung eigentlich nur eine Ausnahme von dem Grundsatz rechtmäßigen Handelns darstellt, ist sie inzwischen zur Regel geworden.⁵⁴² Ich kenne kaum ein Urteil des BVerwG, in dem es nicht nach langen, differenzierten und kritischen Ausführungen nur zu der Feststellung der Rechtswidrigkeit kommt und eine Ergänzung ermöglicht. Dies widerspricht mE der sehr abgewogenen Vorstellung von *Sendler*, der vorschlug, das Gericht solle die Gesamtkonzeption der Planung in den Blick nehmen und von dieser her beurteilen, welche Fehler untergeordneten oder bedeutenden Charakter haben. Als Praktiker setzt *Sendler* hinzu:

„Erfahrene Richter werden im allgemeinen zu unterscheiden wissen, wo die Erhaltung des Planes angestrebt werden sollte, wo hingegen nicht; denn sie wissen leider auch ein Lied davon zu singen, dass bei Planungen – natürlich auch sonst – nicht selten mit gezinkten Karten gespielt, Karten gar nicht auf den Tisch gelegt oder Probleme unter den Teppich gekehrt werden, statt sie zu lösen.“⁵⁴³

12. Planfeststellung durch Gesetz

Wenn ein Vorhaben durch Gesetz im Einzelnen beschlossen und dann durch Planfeststellung nur noch formal ratifiziert wird, ist in besonderer Weise der Grundsatz der **Gewaltenteilung** betroffen. Das BVerfG hat hierzu im Fall der **Eisenbahnstrecke Südumfahrung Stendal** Stellung genommen.⁵⁴⁴ Im Prinzip falle dem Parlament als Legislative die Aufgabe der Normsetzung und der Exekutive die Aufgabe der Regierung und Verwaltung zu. Aber staatliche Planung könne weder der einen noch der anderen Gewalt zugeordnet werden. Sie sei weder Vollzug von Gesetzen noch generell-abstrakte Normsetzung, sondern ein komplexer Prozess der Informationssammlung, Zielsetzung und Mittelauswahl. Allerdings müssten sich die Gewalten gegenseitig mäßigen. Dies bedeutet:

541 Maßgeblich vor allem von *Sendler* (1994) S. 32–36.

542 Ebenso *Friedrichsen* (2004) S. 272.

543 *Sendler* (1994) S. 34.

544 BVerfG v. 17.7.1996, 2 BvF 2/93 (Südumfahrung Stendal), BVerfGE 95, 1.

„Eine Entscheidung über eine konkrete Fachplanung ist nach den einschlägigen Fachplanungsgesetzen üblicherweise der Verwaltung vorbehalten, die dafür den erforderlichen Verwaltungsapparat und Sachverstand besitzt. Das Parlament darf durch Gesetz eine solche Entscheidung nur dann an sich ziehen, wenn hierfür im Einzelfall gute Gründe bestehen, etwa weil die schnelle Verwirklichung eines Vorhabens von besonderer Bedeutung für das Gemeinwohl ist. Insofern steht dem Gesetzgeber ein Beurteilungs- und Einschätzungsspielraum zu.“⁵⁴⁵

Im Fall Stendal fand das Gericht solche Gründe in der **Dringlichkeit des wirtschaftlichen Aufschwungs** in den neuen Bundesländern und deren Zusammenwachsen mit den alten Bundesländern. Eine generelle Kompetenz zur Zulassung von Verkehrsvorhaben sei nicht beansprucht.

Inzwischen hat aber der Bundesgesetzgeber im Grunde die generelle Kompetenz für die Bedarfsplanung im Fernstraßen- und Eisenbahnbau an sich gezogen. Es geht aber über die Stendal-Kriterien hinaus, wenn in den Ausbaugesetzen sehr konkrete Festlegungen über Vorhaben erfolgen.⁵⁴⁶ Zudem treten dann **Spannungen mit der Umweltverträglichkeitsprüfung** auf. Zwar ist nach Art. 2 Abs. 5 RL 2011/92 das volle Programm der UVP auf durch Gesetz zugelassene Vorhaben nicht anwendbar. Trotzdem müssen aber die Ziele der UVP-Richtlinie verwirklicht werden. Diese Vorgabe hat der EuGH relativ streng so ausgelegt, dass der Gesetzgeber über folgende Informationen verfügen muss:

„eine Beschreibung des Projekts nach Standort, Art und Umfang, eine Beschreibung der Maßnahmen, mit denen erhebliche nachteilige Auswirkungen vermieden, verringert und soweit möglich ausgeglichen werden sollen, sowie die notwendigen Angaben zur Feststellung und Beurteilung der Hauptauswirkungen, die das Projekt voraussichtlich auf die Umwelt haben wird.“⁵⁴⁷

Der Grundgedanke, **den Gesetzgeber insoweit doch relativ deutlich zu binden**, ist bisher zwar nur für UVP-pflichtige Vorhaben ausgesprochen; er lässt sich aber auch auf die vorstufige gesetzliche Bedarfsplanung übertragen, weil diese das Vorhaben in einem Teilaspekt – dem Bedarf als Kompo-

545 BVerfG v. 17.7.1996, 2 BvF 2/93 (Südmfahrung Stendal), BVerfGE 95, 1 (16 f.).

546 Die Frage wird von Heidmann, die das Problem an sich differenziert erörtert, leider offengelassen. S. Heidmann (2012) S. 112.

547 EuGH Rs C-182/10 (Marie-Noelle Sovay gg Région wallone) ECLI:EU:C:2012:82, Rn 37.

nente öffentlichen Interesses – festlegt. Soweit das den Bedarf feststellende Gesetz auf einem Plan oder Programm beruht, ist nach Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2001/42/EG eine SUP vorgeschrieben.⁵⁴⁸ Dies gilt dagegen nicht für ein Gesetz, dem kein Plan oder Programm vorausgeht. Trotzdem sollte das Gesetz in analoger Interpretation wie im Fall Sovay⁵⁴⁹ den Zielen der SUP genügen müssen.

13. Rechtsschutz

Aus der Fülle von Rechtsschutzfragen sollen nur die Rechtswege (1.), die Rügebefugnis (2.), die Verbands- und Kommunalklage (3.) und die Kontrollklagen (4.) angesprochen werden.

a) Rechtswege

Wenn ein Vorhaben ganz oder hinsichtlich einzelner Aspekte wie insbesondere des öffentlichen Interesses durch Gesetz beschlossen wird, ist Rechtsschutz nur durch verfassungsgerichtliche Entscheidung erreichbar. Als Rechtswege stehen die Vorlage durch ein Gericht oder die Verfassungsbeschwerde gegen ein abschlägiges Urteil zur Verfügung. Das ist jedoch aufwendig und langwierig. Der Rechtsschutz wird so im Vergleich zu verwaltungsgerichtlichen Verfahren erheblich erschwert.

b) Rügebefugnis

Aber auch auf der Ebene des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes gibt es Schwierigkeiten. Dies gilt vor allem für die Rügebefugnis. Wie bereits erwähnt⁵⁵⁰, behandelt die Rechtsprechung die (potentiell) **durch Enteignung Betroffenen** und die **sonstigen Betroffenen** eines Vorhabens unterschiedlich. Die ersteren können eine volle Nachprüfung des Vorhabens verlangen,

548 Paradoxerweise gilt die SUP-Pflicht allerdings nicht, wenn der Gesetzgeber ohne vorherige Planung entscheidet.

549 EuGH Rs C-182/10 (Marie-Noëlle Sovay gg Région wallone) ECLI:EU:C:2012:82, Rn 37.

550 Oben zu A VII 5.

die letzteren nur die Prüfung, ob ihre individuellen Belange angemessen berücksichtigt wurden. Diese Differenzierung hängt mit der älteren Tradition des Rechts der Landnutzungsplanung zusammen, das vor allem Konflikte von Eigentümern wahrnahm und lösen wollte. Mittlerweile sind die Umweltfolgen der Landnutzung einschließlich ihrer Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit jedoch stärker bewusst und Regelungsgegenstand geworden, so dass gute Gründe auch für Rechtsschutz gegen umweltbedingte Beeinträchtigungen sprechen. Denn ein von der Emissionsquelle weit entfernt wohnender Eigentümer, der auch nur einen Quadratmeter Grundstück verliert, hat den vollen Anspruch, während ein unmittelbarer Nachbar, der schwer unter Lärm und Luftverunreinigung leiden wird, nur geltend machen kann, seine Gesundheit sei beeinträchtigt.⁵⁵¹

Das ist m. E. **rechtslogisch falsch**, weil im Abwägungsmodell alle Belange zählen. Eine Beispielsrechnung möge das erläutern:

- Ausgangsannahme ist, dass sich das jeweilige Gewicht der abzuwägenden Belange „absolut“ nur vorläufig, im Ergebnis aber nur in Relation zueinander bestimmen lässt.
- Fallbeispiel: Eine neuzubauende Straßentrasse steigert die Lärmbelastung für die Nachbarn. Es zerstört zugleich ein Biotop.
- Es ist im Fall begründbar, dass der Verkehrsbedarf mehr Gewicht hat als der Lärmschutz.
- Es ist im Fall zudem begründbar, dass die Erhaltung des Biotops mehr Gewicht hat als der Verkehrsbedarf.
- Dadurch wird das Gewicht des Verkehrsbedarfs reduziert.
- Dieses wirkt sich auf die Relation mit dem Lärmschutz so aus, dass dieser einem weniger gewichtigen Verkehrsbedarf gegenübersteht.
- Hierauf muss sich der durch Lärm gestörte Nachbar berufen können.

Über solche rechtlogischen Bedenken hinaus ist die Ungleichbehandlung unionsrechtlich zweifelhaft, weil sie gegen den Grundsatz der **Effektivität des Rechtsschutzes** in den harmonisierten Rechtsbereichen verstoßen dürfte. Sie ist auch im Hinblick auf die Gleichbehandlungsgarantie zweifel-

⁵⁵¹ Immerhin kann der Nachbar sich darauf berufen, dass auch viele andere betroffen sein werden. S. BVerwG v. 16.3.2006, 4 A 1075.04 (Flughafen Berlin-Schönefeld) BVerwGE 125, 116 (Rn 279–288). Das ist dogmatisch eigentlich inkonsequent, weil nach der Schutznormtheorie nur die Betroffenheit des Individuums zählt. Die Rechtsprechung macht damit im Grunde einen Schritt in die hier propagierte Richtung, dass das öffentliche Interesse vor allem mit den Umwelteingriffen und nur akzidentiell mit Eigentumseingriffen abzuwägen ist.

haft, weil schwerwiegende Gesundheitsbeeinträchtigungen im Vergleich zu einer nur marginalen Enteignung ohne vernünftigen Grund benachteiligt werden.

Die Rechtsprechung hat diese Ungleichbehandlung zwar abzumildern versucht, jedoch in die falsche Richtung einer Annäherung an die schlechtere Position der sonstigen Betroffenen. Sie verlangt für die vom Eigentümer geltend zumachenden Belange eine **kausale Beziehung** zwischen diesen Belangen und der Enteignung. Gemeint sind Situationen, in denen der gerügte Abwägungsfehler sich nur auf die Dimensionierung des Vorhabens ausgewirkt, an der Enteignung des Klägergrundstücks aber nichts geändert hätte. Ein Anwendungsfall waren Fehler hinsichtlich des Vermeidungs- und Ausgleichskonzepts im Rahmen der naturschutzrechtliche Eingriffsregelung.⁵⁵²

M.E. verlässt die Rechtsprechung damit den eigentumsrechtlichen Ausgangspunkt der Rügebefugnis des Eigentümers. Eine Enteignung ist nach Art. 14 Abs. 3 GG nur „zum Wohle der Allgemeinheit“ zulässig. Das Wohl der Allgemeinheit wird durch den Gesetzgeber als vorwirkende Planfeststellung und deren Voraussetzungen einschließlich Planrechtfertigung und Abwägungsgebot bestimmt. Dieses Gesetzesprogramm muss eingehalten werden, bevor eine Enteignung erfolgen kann.⁵⁵³ Das Konzept der kausalen Beziehung bedeutet dagegen, dass eine Enteignung erfolgen kann, obwohl der zu Grunde liegende Planfeststellungsbeschluss rechtswidrig ist. Es wäre misslich, wenn dies erst implizit in Klageverfahren gegen den späteren Enteignungsbeschluss geklärt werden könnte und müsste.

c) Verbands- und Kommunalklage

Der Umstand, dass einzelne Betroffene, die nicht Eigentümer sind, kollektive Beeinträchtigungen nicht geltend machen können, kann teilweise durch **Verbandsklagen** ausgeglichen werden. Klagebefugte Verbände müssen aber bestimmte Kriterien erfüllen, insbesondere längerfristig bestehen, sodass sie

552 BVerwG v. 21.3.1996, 4 C 19.94 (Autobahnring München) BVerwGE 100, 370 (382); ähnlich BVerwG v. 12.8.2009, 9 A 64/07 (A 33 zwischen A2 (Bielefeld) und A 44 (Borgholzhausen)) BVerwGE 134, 308 (Rn 24) und BVerwG v. 14.3.2018, 4 A 5.17 (Höchstspannungsleitung Rommerskirchen-Sechtem) BVerwGE 161, 263 (Rn 15).

553 So sehr klar BVerwG v. 18.3.1983, 4 C 80.79 (Landstraße 654 in NRW) BVerwGE 67, 74 (76 f.).

als Kläger gegen kurzfristig realisierte Projekte nicht zur Verfügung stehen. Auch sind Verbände häufig „weiter weg“ von den lokalen Gegebenheiten.

Deshalb kommt jedenfalls für lokale Kollektivinteressen, also für Lärmschutz und Luftreinhaltung, weniger dagegen für überörtlichen Natur- und Klimaschutz die **Gemeinde** in Betracht. Sie ist nach herrschender Rechtsprechung jedoch nicht für das Allgemeininteresse der Bürger klagebefugt. Das BVerwG führt dazu aus:

„Eine Gemeinde ist dagegen nicht befugt, die Lärmschutz- oder Luftreinhalteinteressen der Bewohner in ihren Baugebieten gerichtlich geltend zu machen. Ihre Rügebefugnis umfasst nicht den Belang der Luftreinhaltung ohne Bezug zu einer gemeindlichen Rechtsposition; Art. 28 Abs. 2 GG vermittelt den Kommunen keinen Anspruch auf Lärmsanierung im Einflussbereich von Straßenbauvorhaben in ihrem Gemeindegebiet anlässlich eines solchen Vorhabens [...]. Deshalb kann die Klägerin hier nicht geltend machen, die Verkehrsbelastung auf den über die A 46 hinweggeführten Straßen sei zu gering angesetzt worden und die Bewohner im Geltungsbereich ihrer Bebauungspläne mit Wohnnutzung seien teilweise gesundheitsgefährdenden Lärmbeeinträchtigungen durch den Straßenverkehr ausgesetzt. Entsprechendes gilt für die ohne Bezug zu kommunalen Einrichtungen erhobene Rüge, zusätzliche Schutzmaßnahmen wie die Erhöhung oder Anbringung von Lärmschutzwänden auf dem Mittelstreifen seien zu Unrecht nicht angeordnet worden. Ebenso gilt dies für die generelle Kritik am Prognosezeitpunkt für die Luftschadstoffberechnung und für den Einwand, der Einbau des lärmindernden Fahrbahnbelags mit einem Korrekturwert von -5 dB(A) auf der Brücke Westring sei im Planfeststellungsbeschluss nicht angeordnet.“⁵⁵⁴ (meine Hervorhebungen)

Die Gemeinde als Gebietskörperschaft wird also so konstruiert, dass sie nur institutionelle Eigeninteressen geltend machen kann, wie etwa bereits realisierte Landnutzungsplanungen.⁵⁵⁵ Damit ist die Grundsatzfrage aufgeworfen, ob die gemeindliche Selbstverwaltung „top down“ als **dezentrale Staatsverwaltung** oder „bottom up“ als wirkliche „**Selbstverwaltung**“ konstruiert wird.⁵⁵⁶ Aber selbst wenn man mit der h. M. die erste Variante

554 BVerwG v. 10.4.2019, 9 A 22.18 (A 46 Wuppertal) BVerwGE 165, 185 (Rn 11).

555 BVerwG v. 10.4.2019, 9 A 22.18 (A 46 Wuppertal) BVerwGE 165, 185 (Rn 12).

556 Mit überzeugenden Argumenten für die zweite Auffassung Gönnerwein (1963) S. 59–66.

vertritt, ist mit ihr durchaus vereinbar, dass die Gemeinde auf der unteren staatlichen Stufe Interessen ihrer Bürger gebündelt vertreten darf. Denn die Lärm- und Luftbelastung der Gemeindebürger ist eine typische „Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft“ i.S.v. Art. 28 Abs. 2 GG.

Ein anderer Grund für die Beschneidung der kommunalen Rügebefugnis ist der Umstand, dass die Gemeinde sich nicht auf den **Grundrechtsschutz des Art. 14 GG** berufen kann.

„Dass ein Privater eine umfassende gerichtliche Kontrolle eines Planfeststellungsbeschlusses mit enteignungsrechtlicher Vorwirkung verlangen kann, insbesondere auch eine Überprüfung der Einhaltung des Abwägungsgebots in Bezug auf öffentliche, nicht seinem Schutz dienende Belange, beruht darauf, dass Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG eine Enteignung nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässt und damit eine dem objektiven Recht nicht entsprechende Enteignung ausschließt [...]. Dieser Schutz kommt einer Gemeinde nicht zu, da sie nicht Grundrechtsträger ist, sich damit also auch nicht auf Art. 14 Abs. 1 Satz 3 GG berufen kann.“⁵⁵⁷

Diese Argumentation halte ich für nicht mehr zutreffend, weil das Erfordernis eines öffentlichen Interesses an einem Vorhaben nicht nur auf mögliche Enteignungen gestützt werden kann, sondern auch und oft ausschließlich auf Auswirkungen, die die Umwelt schädigen.⁵⁵⁸

c) Kontrolldichte

Unterscheidet man zwischen einer Handlungs- und einer Kontrollperspektive⁵⁵⁹, wird verstehbar, dass das Handlungsprogramm der projektierenden Verwaltung aus den realen Umständen entwickelt werden sollte, also nicht als reines gesetzliches und gerichtlich konkretisiertes Anforderungsbündel mit Beurteilungs- und Ermessensspielraum. Im Hinblick auf die öV bedeutet dies, dass die projektierende Verwaltung in Auseinandersetzung mit dem Kräftefeld von Interessenten konkrete Ziele an höheren Zielen bewerten und statt Alternativen der Projektgestaltung auch alternative Projekte in Betracht ziehen kann. **Das autonome Handlungsprogramm kann also weitergehen als das Kontrollprogramm.** Dieses wird als nachvollzieh-

557 BVerwG v. 21.3.1996, 4 C 26.94 (A 99 München) BVerwGE 100, 388 (391).

558 Vgl. oben zu B IV. 4. a).

559 Jestaedt (2015) S. 297.

hende Prüfung bezeichnet. Sie führt dazu, dass es als Verstoß gegen das Abwägungsgebot nur angesehen wird, wenn eine naheliegende oder sich aufdrängende Alternative übersehen worden ist, nicht dagegen, wenn eine wenig evidente Alternative unberücksichtigt blieb.

Zu überlegen ist, ob die Unterscheidung zwischen Handlungs- und Kontrollperspektive auch auf das Verhältnis von projektierender und kontrollierender Verwaltung angewendet werden sollte. Doch wäre das wohl ein Zuviel von rechtsdogmatischer Ziselierung. Es genügt vorzuschlagen, dass im Verhältnis der beiden Behörden (oder Behördenteile) die Dynamik der projektierenden Einheit ermutigt und respektiert werden sollte.⁵⁶⁰

V. Natura 2000

Ein Beispiel für eine sehr differenzierte Version der öV hat sich im Schutzregime für sog. Natura 2000-Gebiete ausgeprägt. Die einschlägige Vorschrift, Art. 6 der FFH-Richtlinie⁵⁶¹, lautet in den Absätzen 2 bis 4:

- „(2) Die Mitgliedstaaten treffen die geeigneten Maßnahmen, um in den besonderen Schutzgebieten die Verschlechterung der natürlichen Lebensräume und der Habitate der Arten sowie Störungen von Arten, für die die Gebiete ausgewiesen worden sind, zu vermeiden, sofern solche Störungen sich im Hinblick auf die Ziele dieser Richtlinie erheblich auswirken könnten.
- (3) Pläne oder Projekte, die nicht unmittelbar mit der Verwaltung des Gebietes in Verbindung stehen oder hierfür nicht notwendig sind, die ein solches Gebiet jedoch einzeln oder in Zusammenwirkung mit anderen Plänen und Projekten erheblich beeinträchtigen könnten, erfordern eine Prüfung auf Verträglichkeit mit den für dieses Gebiet festgelegten Erhaltungszielen. Unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Verträglichkeitsprüfung und vorbehaltlich des Absatzes 4 stimmen die zuständigen einzelstaatlichen Behörden dem Plan bzw. Projekt nur zu, wenn sie festgestellt haben, dass das Gebiet als solches nicht beeinträchtigt wird, und nachdem sie gegebenenfalls die Öffentlichkeit angehört haben.

560 In diesem Sinn wohl auch Hoffmann-Riem/Pilniok (2022) § 12 im Zusammenhang mit der Innovationsfunktion der Verwaltung.

561 Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, Abl. L 206 vom 22.7.1992, S. 7 i.d.F. der Richtlinie des Rates v. 13. Mai 2013, Abl. L 158 v. 10.6.2013, S 193.

- (4) Ist trotz negativer Ergebnisse der Verträglichkeitsprüfung aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art ein Plan oder Projekt durchzuführen und ist eine Alternativlösung nicht vorhanden, so ergreift der Mitgliedstaat alle notwendigen Ausgleichsmaßnahmen, um sicherzustellen, dass die globale Kohärenz von Natura 2000 geschützt ist. Der Mitgliedstaat unterrichtet die Kommission über die von ihm ergriffenen Ausgleichsmaßnahmen.

Ist das betreffende Gebiet ein Gebiet, das einen prioritären natürlichen Lebensraumtyp und/oder eine prioritäre Art einschließt, so können nur Erwägungen im Zusammenhang mit der Gesundheit des Menschen und der öffentlichen Sicherheit oder im Zusammenhang mit maßgeblichen günstigen Auswirkungen für die Umwelt oder, nach Stellungnahme der Kommission, andere zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses geltend gemacht werden.“ (meine Hervorhebungen)

In diesem System wird die **Basislinie**, an der die öV ansetzt, mit besonderer Sorgfalt und Strenge identifiziert. Sie besteht aus einem Schutzgebiet mit bestimmten Schutzziele, der Abschätzung, ob ein Plan oder Projekt ein Gebiet erheblich beeinträchtigen kann⁵⁶², der Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung und je nach Feststellung einer Beeinträchtigung der Zulassung oder Ablehnung des Planes oder Projekts.

Ausnahmsweise kann der Plan oder das Projekt aber zugelassen werden,

- wenn er/es „aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses“ „durchzuführen“ ist,
- „eine Alternativlösung nicht vorhanden ist“,
- „der Mitgliedstaat alle notwendigen Ausgleichsmaßnahmen, um sicherzustellen, dass die globale Kohärenz von Natura 2000 geschützt ist“ ergreift, und
- die Kommission über die ergriffenen Ausgleichsmaßnahmen informiert wird.

562 Die Schwelle wird rechtlich recht streng definiert. S. BVerwG v. 17.01.2007, 9 A 20.05 (A 143, Westumfahrung Halle) Rn 41 und EuGH v. 7.9.2004, Rs C-127/02. Sie wird mit Hilfe sog. Fachkonventionen des Naturschutzes konkretisiert. Vgl. Lambrecht/Trautner (2007).

Während die „öffentlichen Interessen“ für normal geschützte Gebietstypen und Arten auch solche sozialer und wirtschaftlicher Art sein können, ist dies für prioritäre Lebensraumtypen oder Arten nur nach Stellungnahme der Kommission zulässig.⁵⁶³ Normalerweise sind dann nur Gründe des Schutzes der menschlichen Gesundheit, der öffentlichen Sicherheit und günstiger Auswirkungen auf die Umwelt maßgeblich.

Nach dem oben gelisteten Schema scheinen das **öffentliche Interesse** und die **Alternativlösungen unabhängig voneinander** zu prüfen zu sein. Alternativen kann man aber nur bestimmen, wenn sie auf ein gemeinsames Ziel bezogen werden, so dass es angebracht ist, zunächst dieses Ziel zu identifizieren und an seinem Maßstab das Spektrum der zu betrachtenden Alternativen zu bestimmen.⁵⁶⁴

Hinsichtlich des zu betrachtenden **Spektrums von Alternativen**⁵⁶⁵ ist festzuhalten, dass nach der FFH-RL und ihr folgend dem § 34 BNatSchG die Alternativen **objektiv**, also nicht nach Wahl des Vorhabenträgers zu bestimmen sind. Es kommt auch nicht darauf an, ob sich eine Alternative „aufdrängt“. Vielmehr ist jeweils der objektive Grad des Natureingriffs ausschlaggebend.⁵⁶⁶

Der EuGH hat weiterhin im Falle einer Trassenvariante für eine Straße entschieden, dass **Kostengesichtspunkte** allein die Auswahl einer Variante nicht determinieren dürfen.⁵⁶⁷

Auch im Hinblick auf die Untersuchungstiefe und Beibringungslast⁵⁶⁸ ist die öV recht streng, denn die Beeinträchtigungslage muss im Einzelnen und vor Genehmigung des Vorhabens untersucht worden sein.⁵⁶⁹ Gleiches gilt

563 Die Praxis der Stellungnahmen der Kommission ist mehrfach als zu projektfreundlich kritisiert worden. S. Garcia Ureta (2020) S. 320–325; Krämer (2024) S. 206; Holder (2004) S. 158–162.

564 In ihren Methodik-Leitlinien startet die Kommission mit einer scheinbar zielunabhängigen Prüfung von Alternativen und beurteilt erst danach die Zielvorgaben. Dies wird jedoch nicht durchgehalten. Vielmehr fließt in die Beurteilung des Spektrums der Alternativen eine Betrachtung der Zielvorgaben ein. S. Europäische Kommission, Prüfung von Plänen und Projekten in Bezug auf Natura-2000-Gebiete - Methodik-Leitlinien zu Artikel 6 Absätze 3 und 4 der FFH-Richtlinie 92/43/EWG, 2021/C 437/01, S. 47, 49 Fn 32, 50 Tabelle 10, 54.

565 S. dazu oben A VII. 2. a) bb).

566 Gellermann (2001) S. 90.

567 EuGH v. 16.7.2020, Rs 411/19 (WWF Italia Onlus) ECLI:EU:C:2020:580 Rn 41.

568 S. dazu oben A VII. 2.b) bb).

569 EuGH v. 16.7.2020, Rs 411/19 (WWF Italia Onlus) ECLI:EU:C:2020:580, Rn 49.

auch für die Alternativen.⁵⁷⁰ Zudem ist die Prüfung der Verträglichkeit mit dem Schutzstatus Sache der Behörde, nicht des Antragstellers. Jedoch kann eine andere Behörde dafür zuständig gemacht und der Antragsteller zur Vorlage geeigneter Studien aufgefordert werden.⁵⁷¹

Zum Gewicht des öffentlichen Interesses⁵⁷² hat der EuGH im Fall der Umleitung des **Acheloos-Flusses** insistiert, dass das **Interesse sowohl ein öffentliches wie ein überwiegendes** sein muss. Das Interesse müsse

„so wichtig sein, dass es gegen das mit dieser Richtlinie verfolgte Ziel der Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere, einschließlich der Vogelwelt, und Pflanzen abgewogen werden kann“.⁵⁷³

Nicht ganz klar wird, ob das Gericht das Gewicht des öffentlichen Interesses zunächst separat oder nur im Verhältnis zum Natureingriff abschätzen will. Klarer wäre es jedenfalls, wenn das Gewicht zunächst im Verhältnis zu anderen öffentlichen Interessen bestimmt und erst dann ins Verhältnis mit dem Natureingriff gesetzt würde. So wird, wie weiter oben geschildert, im Abwägungsgebot der Planfeststellung vorgegangen.⁵⁷⁴

In diesem Sinn sind auch weitere Entscheidungen des EuGH zu verstehen. Was den öffentlichen Charakter des Interesses angeht, hat das Gericht für Bauten für die Ansiedlung oder Erweiterung eines privaten Unternehmens nur in Ausnahmefällen ein öffentliches Interesse angenommen, dann nämlich, wenn ein Vorhaben, obwohl privater Natur, „sowohl seinem Wesen nach als auch aufgrund seines wirtschaftlichen und sozialen Kontextes tatsächlich von überwiegendem öffentlichen Interesse ist“.⁵⁷⁵ Besonders trennscharf ist diese Formulierung allerdings nicht. Im Fall Acheloos hat das Gericht die Bewässerung und die Trinkwasserversorgung als öffentliche Interessen sozialer und wirtschaftlicher Art anerkannt, und dies – vorbehaltlich konkreter Umstände – sogar als maßgeblich günstige Auswirkung auf die Umwelt bzw. als der menschlichen Gesundheit dienend, mit der Folge, dass auch prioritäre Lebensräume oder Arten beeinträchtigt werden

570 Vgl. EuGH v. 16.7.2020, Rs 411/19 (WWF Italia Onlus) ECLI:EU:C:2020:580, Rn 52.

571 EuGH v. 16.7.2020, Rs 411/19 (WWF Italia Onlus) ECLI:EU:C:2020:580, Rn 74.

572 S. dazu oben A VII. 3. c) cc) iii).

573 EuGH v. 11.9.2012 Rs C-43/10 (Acheloos) ECLI:EU:C:2012:560 Rn 121. Vgl. Miron/Cashman (2024) S. 123 f.

574 Vgl. dazu oben B IV. 4. c).

575 EuGH v. 16.2.2012, Rs C-182/10 (Solvay) ECLI:EU:C:2012:82, Rn 77.

durften.⁵⁷⁶ Was in dem Urteil allerdings fehlt, ist eine Erörterung möglicher Alternativlösungen. Aber dies war in den Vorlagefragen auch nicht angesprochen worden.

Bemerkenswert ist bei all diesen Abwägungen von Zielen und Eingriffen, dass die Gerichte nicht im Entferntesten daran denken, die Vor- und Nachteile des Vorhabens im Fall oder auch allgemein **monetär** auszudrücken und zu vergleichen.⁵⁷⁷

Ein besonderes Problem ist die Rolle der **Ausgleichsmaßnahmen**. In manchen Fällen ist versucht worden, Ausgleichsmaßnahmen als Abschwächung der Beeinträchtigung des Schutzgebietes einzustufen und folglich eine Zulassung des Vorhabens nach Art. 6 Abs. 3 FFH-RL zu ermöglichen. Der EuGH hat dies mehrfach zurückgewiesen. Im Fall Briels ging es um die Verbreiterung einer belgischen Autobahn, die durch Stickstoffeinträge benachbarte Pfeifengraswiesen schädigen würde. Zur Abschwächung dieser Folgen sollten die Wiesenflächen erweitert werden. Der EuGH sah dies als Ausgleichsmaßnahme an, die lediglich im Rahmen des Art. 6 Abs. 4 FFH-RL in Betracht gezogen werden könne, wobei aber die weiteren Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 4 vorliegen müssten. Im Rahmen des Art. 6 Abs. 3 könnten nur sog. Schutzmaßnahmen berücksichtigt werden, d.h. solche Maßnahmen, „mit denen die etwaigen unmittelbar verursachten schädlichen Auswirkungen auf das Gebiet verhindert oder verringert werden sollen, um dafür zu sorgen, dass das Gebiet als solches nicht beeinträchtigt wird.“⁵⁷⁸ Diese Einstufung gelte auch dann, wenn die Erweiterung des Schutzgebietes bereits vor Verwirklichung des Vorhabens vorgeschrieben und begonnen werde. Denn zu dem Zeitpunkt der Genehmigung sei nicht mit Sicherheit vorauszusehen, ob die Maßnahme gelingen werde.⁵⁷⁹

VI. Produktrecht, insbesondere Gefahrstoff- und Pflanzenschutzmittelrecht

Ebenso wie das Anlagenrecht nahm auch das umweltbezogene Produktrecht lange Zeit einzelne Gefährdungsursachen, hier also das Inverkehr-

576 EuGH v. 11.9.2012 Rs C-43/10 (Acheloos) ECLI:EU:C:2012:560 Rn 123–126.

577 Über solche Monetarisierung im Chemikalienrecht s. unten B VI. 1. c) cc).

578 EuGH v. 15.5.2014, Rs C-521/12 (Briels) ECLI:EU:C:2014:330 Rn 28–29.

579 EuGH v. 21.7.2016, Rs C-387/15 und C-388/15 (Orléans) ECLI:EU:C:2016:583, Rn 52. M.E. ist dies nicht ganz logisch, weil ja selbst bei Sicherheit des Erfolgs noch eine Schädigung des Gebietes vorliegt. Diese soll ausgeglichen werden, weil sie selbst nicht verhindert wird.

bringen bestimmter einzelner Produkte, in den Blick. Sukzessive ist aber die Prüfung von Alternativen hinzugetreten, und zwar als objektives Gebot, soweit es um besonders gefährliche Produkte geht. In ähnlicher Weise kamen auch die Ziele der Produktherstellung und -vermarktung ins Visier der Gesetzgebung. Während dies unter weitgehender Anerkennung der Autonomie der Betreiber bei der Zielsetzung geschah, wurde für besonders gefährliche Produkte aber auch eine behördliche Zielprüfung eingeführt. Entwicklungen dieser Art gibt es im allgemeinen Chemikalienrecht (1.) und im Pflanzenschutzmittelrecht (2.).

1. Chemikalienrecht

a) Überblick

Ein Beispiel für einen älteren Ansatz ist das deutsche Chemikaliengesetz von 1980⁵⁸⁰, dessen § 17 die Bundesregierung ermächtigte, durch Verordnung die Herstellung und/oder Vermarktung bestimmter für gefährlich befundener Stoffe zu regulieren. 1994 kam dann eine Erweiterung „unter Berücksichtigung der Entwicklung“ von weniger umweltbelastenden Lösungen.⁵⁸¹ § 17 Abs. 2 ChemG besagt seitdem:

„Durch Verordnung nach Absatz 1 können auch Verbote und Beschränkungen unter Berücksichtigung der Entwicklung von Stoffen, Zubereitungen, Erzeugnissen oder Verfahren, deren Herstellung, Verwendung, Entsorgung oder Anwendung mit einem geringeren Risiko für Mensch oder Umwelt verbunden ist, festgesetzt werden.“

Hiermit war beabsichtigt, bei der Setzung von Standards für die Gegenwart anzugeben, wann und wie diese in Zukunft verschärft werden, um **in Entwicklung befindlichen chemischen Innovationen** Rechnung zu tragen.⁵⁸² Umstritten war, ob auf dieser Grundlage eine Stoffbeschränkung bereits angeordnet werden durfte, wenn ein Alternativstoff noch nicht verfügbar war.⁵⁸³

580 BGBl. I 1980, 1718.

581 BGBl. I 1994, 1703.

582 SRU, Umweltgutachten 1994 Nr. 305.

583 Dazu s. Winter (1997) S. 134–136.

Inzwischen ist das deutsche Chemikalienrecht fast gänzlich durch Unionsrecht ersetzt worden, und zwar vor allem durch die **REACH-Verordnung** von 2006.⁵⁸⁴ Diese Verordnung sieht eine Alternativen- und Zielprüfung in zwei Zusammenhängen vor: wenn für einen Stoff, der bereits hergestellt und auf dem Markt angeboten wird, eine Beschränkungsregelung getroffen werden soll⁵⁸⁵, und wenn ein Stoff, weil er besonders gefährliche Eigenschaften hat, einer Zulassungspflicht unterliegt (Art. 55 ff. REACH-VO).⁵⁸⁶ Ich werde beide Zusammenhänge schildern, dabei aber den ersten nur skizzieren (b) und den zweiten ausführlicher darstellen (c).

b) Regulierung auf dem Markt befindlicher Stoffe

Eine Beschränkung der Herstellung und Vermarktung eines bereits im Verkehr befindlichen Stoffes kann erfolgen, wenn er „ein unannehmbares Risiko für die menschliche Gesundheit oder die Umwelt“ mit sich bringt. „Bei einer solchen Entscheidung werden die sozioökonomischen Auswirkungen der Beschränkung einschließlich der Verfügbarkeit von Alternativen berücksichtigt.“⁵⁸⁷

In terms der öV wird der **Schutzbereich der Umwelt** hiernach als Zustand ohne unannehmbare Stoffrisiken angesehen. Ein Eingriff liegt vor, wenn ein Stoff ein unannehmbares Risiko darstellt. Er ist im Prinzip zu untersagen, jedoch vorbehaltlich einer öV.

Die Alternativenprüfung wird relativ eng formuliert, indem nur **verfügbare Varianten** in Betracht kommen.⁵⁸⁸ Das technology forcing, das im deutschen Chemikalienrecht noch angelegt war, ist also entfallen. Im Gegenteil wird die Hinnahme des Risikos ermöglicht, solange keine Alternative verfügbar ist.

Allerdings wird das Risiko noch mit den sozio-ökonomischen Auswirkungen der Regulierung in Beziehung gesetzt. Dies kann in der Terminologie der öV als eine Bewertung der Zielsetzung der Herstellung und des

584 Verordnung (EG) Nr.1907/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH-VO), ABl. L 396 vom 30.12.2006, S. 1 (REACH-VO).

585 Art. 68 ff. REACH-VO.

586 Garnett/van Calster (2021).

587 Art. 68 Abs. 1 UA 1 Satz 2 REACH-VO.

588 Oben zu A VII. 2. b) cc) wurde bereits erörtert, dass hierfür die zuständige Behörde die Beibringungslast trägt.

Inverkehrbringens angesehen werden, und zwar aus negativer Perspektive, indem nämlich gefragt wird, ob die Regulierung die Befriedigung der Nachfrage und deren Profitabilität behindert. Ob dies der Fall ist, wird mittels eines besonderen Instruments untersucht, nämlich der sog. **sozio-ökonomischen Analyse**. Die einschlägige Vorschrift macht nicht explizit, ob die Vermarktungsziele mit den verbleibenden Risiken abgewogen werden müssen, aber dass das Risiko „unannehmbar“ sein soll und die Auswirkungen zu „berücksichtigen“ sind, deutet auf eine solche Relationierung hin. Jedenfalls ist diese in der Praxis verbreitet.⁵⁸⁹

c) Zulassung besonders gefährlicher Stoffe

Wie gesagt, unterliegen besonders gefährliche Stoffe einem Zulassungserfordernis. Ich behandle die einschlägigen Rechtsgrundlagen (aa), die Bestimmung der Alternativen und Zielsetzung (bb) und spezifische Fragen der Monetarisierung von Risiken und Nutzen (cc).

aa) Rechtsgrundlagen der Stoffzulassung

Nach Art. 55 REACH-VO ist es Zweck der Zulassungsregeln

„sicherzustellen, dass der Binnenmarkt reibungslos funktioniert und gleichzeitig die von besonders besorgniserregenden Stoffen ausgehenden Risiken ausreichend beherrscht werden und dass diese Stoffe schrittweise durch geeignete Alternativstoffe oder -technologien ersetzt werden, sofern diese wirtschaftlich und technisch tragfähig sind. Zu diesem Zweck prüfen alle Hersteller, Importeure und nachgeschalteten Anwender, die einen Antrag auf Zulassung stellen, die Verfügbarkeit von Alternativen und deren Risiken sowie die technische und wirtschaftliche Durchführbarkeit der Substitution.“ (Meine Hervorhebungen)

In der Begrifflichkeit der öV wird der **Schutzbereich der Umwelt** hier so definiert, dass besonders besorgniserregende Stoffe vorläufig hingenommen werden, wenn ihr Risiko beherrscht wird, dass aber ein zukünftiger Zustand angestrebt wird, in dem sie durch weniger gefährliche Alternativen ersetzt werden.

589 S. dazu näher unten B VI. I. c) bb).

Die **besonders besorgniserregenden Stoffe**⁵⁹⁰ werden zunächst identifiziert und auf Grund einer Risikobewertung in eine Liste aufgenommen, nämlich **Anhang XIV** der REACH-VO. Dazu gehören Stoffe, die als hochgradig krebserregend, erbgutverändernd, oder fortpflanzungsgefährdend⁵⁹¹, sowie Stoffe, die als persistent, bio-akkumulierbar und toxisch⁵⁹² eingestuft wurden.⁵⁹³ Die Unternehmen müssen eine Zulassung für das Inverkehrbringen solcher Stoffe beantragen und dafür ein Dossier über den Stoff und seine Wirkungen einreichen.⁵⁹⁴ Schon die Erstellung der Liste soll jedoch eine erzieherische Wirkung haben⁵⁹⁵, dies insbesondere, weil dadurch die Chancen der Zulassung⁵⁹⁶ antizipiert werden.

Gemäß Artikel 62 Absatz 4 der REACH-VO muss das mit dem Antrag eingereichte Dossier **Informationen über Alternativen** enthalten, und zwar

- „(e) eine Analyse der Alternativen unter Berücksichtigung ihrer Risiken und der technischen und wirtschaftlichen Durchführbarkeit der Substitution, gegebenenfalls einschließlich Informationen über einschlägige Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten des Antragstellers;
- (f) sofern die unter Buchstabe e genannte Analyse erweist, dass unter Berücksichtigung der in Artikel 60 Absatz 5 genannten Aspekte geeignete Alternativen verfügbar sind, einen Substitutionsplan einschließlich eines Zeitplans für die vom Antragsteller vorgeschlagenen Maßnahmen.“

Gemäß Artikel 64 Absatz 2 der REACH-Verordnung können Informationen über Alternativstoffe oder -technologien auch von **interessierten Dritten** eingereicht werden. Sie werden auf der Website der Chemikalienagentur zugänglich gemacht.

Die Prüfung von Alternativen erfolgt jedoch nicht für jeden Stoff des Anhangs XIV, sondern nur, wenn zusätzliche Voraussetzungen gegeben sind. Art.60 Abs. 4 REACH-VO unterscheidet zwei Situationen:

Wenn „das **Risiko** für die menschliche Gesundheit und Umwelt“ „**beherrscht**“ wird, wird die Zulassung **ohne Alternativenprüfung** erteilt

590 Englisch: substances of very high concern (SVHC).

591 Englisch: cancerogenic, mutagenetic or teratogenetic (CMT).

592 Englisch: persistent, bioaccumulative or toxic (PBT).

593 Artikel 56 bis 59 REACH-VO.

594 Anhang XV, Abschnitt 2 REACH-VO.

595 Hansson/Molander/Rudén (2011) 454–460.

596 Artikel 60 bis 64 REACH-VO.

(Art. 60 Abs. 2 REACH-VO). Dies ist problematisch, weil es eigentlich keine absolute Beherrschung von Risiken gibt und deshalb das Potential von Alternativen ausgeschöpft werden sollte.⁵⁹⁷

Andererseits, wenn das **Risiko** für einen Stoff **nicht beherrscht** wird, oder wenn es sich um einen **besonders gefährlichen Stoff** handelt, für den kein Schwellenwert festgelegt werden kann, ist eine komplexe Abwägung erforderlich, die eine **Alternativenprüfung** einschließt. Eine Zulassung kann dann nur erteilt werden,

„wenn nachgewiesen wird, dass der sozioökonomische Nutzen die Risiken überwiegt, die sich aus der Verwendung des Stoffes für die menschliche Gesundheit oder die Umwelt ergeben, und wenn es keine geeigneten Alternativstoffe oder -technologien gibt.“⁵⁹⁸

Eine Zulassung in der zweiten Situation setzt also voraus, dass der **sozioökonomische Nutzen die Risiken überwiegt** und dass es **keine geeigneten Alternativstoffe oder -technologien** gibt.⁵⁹⁹

597 Die ECHA empfiehlt, Alternativen auch dann vorzulegen, wenn der Fall beherrschten Risikos reklamiert werden. S. ECHA (2011) Ziff. 1.1.

598 Art. 60 Abs. 4 REACH-VO.

599 Zum Vergleich ein Blick in das US-amerikanische System: Unerwünschte Stoffe werden hier schrittweise aus dem Verkehr gezogen, je nachdem, ob es Alternativen gibt. Der Administrator muss innerhalb bestimmter Fristen eine Regelung für solche chemischen Stoffe vorschlagen und verabschieden, die in Bezug auf Persistenz und Bioakkumulation hohe Werte aufweisen. Dabei prüft er, ob bei Inkrafttreten der vorgeschlagenen Beschränkung solche technisch und wirtschaftlich realisierbaren Alternativen, die im Vergleich für die Gesundheit oder die Umwelt von Vorteil sind, in zumutbarer Weise als Ersatz zur Verfügung stehen werden. S. Toxic Substances Control Act (TSCA), 15 USC Ch. 53, Subch. I § 2605(c)(2)(C) Toxic Substances Control Act (TSCA), geändert durch den Frank R. Lautenberg Chemical Safety for the 21st Century Act of 2016, <https://www.epa.gov/sites/production/files/2016-06/documents/bills-114hr2576eah.pdf>. Es gibt jedoch einen Unterschied in der Rechtstechnik. In der EU unterliegt der Hersteller oder Händler der Stoffe einer Zulassungspflicht, während in den USA der Administrator die Regulierungsinitiative ergreifen muss. Dies hat erhebliche Auswirkungen auf die Beweislast, die in der EU beim Hersteller/Händler liegt, während in den USA die Behörde sie trägt und nur berechtigt ist, gegebenenfalls die Vorlage zusätzlicher Informationen zu verlangen. TSCA § 2603(2)(A)(ii) in Verbindung mit § 2605(a). Darüber hinaus schreibt der TSCA nicht vor, dass der Hersteller/Vertreiber Informationen über Alternativen vorlegen muss. Dies hat vermutlich nicht nur dann Auswirkungen, wenn der Administrator ein Verbot eines Stoffes in Erwägung zieht, sondern auch, wenn eine Ausnahme für kritische oder wesentliche Verwendungszwecke gewährt werden soll, was möglich ist, wenn keine wirtschaftlich und technisch machbare sicherere Alternative zur Verfügung steht. TSCA § 2605(g)(1)(A).

bb) Alternativen und Abwägung ihrer Risiken und Nutzen

Hinsichtlich des Spektrums der zu erwägenden Alternativen ist zunächst festzuhalten, dass nicht nur **Alternativstoffe**, sondern auch **Alternativtechnologien** in Betracht kommen. Zum Beispiel ist es möglich, dass ein Stoff nicht zugelassen wird, wenn ein Abnehmer des Stoffes sein Produktionsverfahren so umstellen kann, dass der Stoff verzichtbar wird.

Andererseits muss nach Art. 60 Abs. 4 REACH-VO die **Alternative verfügbar** sein. Dies wird durch lit. c) desselben Absatzes immerhin insofern etwas dynamischer gestaltet, als ein Substitutionsplan des Antragstellers berücksichtigt wird. Unter Innovationsaspekten noch wichtiger ist aber die Vorschrift, dass die Zulassung einer befristeten Überprüfung unterliegt, die dann inzwischen entwickelte Alternativen berücksichtigt.⁶⁰⁰ Darüber hinaus muss der Antragsteller die im Antrag vorzulegende Analyse von Alternativen aktualisieren und ggf. einen Substitutionsplan vorlegen.⁶⁰¹ Zudem kann die Kommission die Zulassung jederzeit überprüfen, wenn neue Informationen über Ersatzstoffe vorliegen.⁶⁰²

Alternativen müssen weiterhin in der Lage sein, die **Funktion** der primären (bestehenden oder beantragten) Variante zu erfüllen. Dies ergibt sich daraus, dass nach Art. 62 Abs. 2 die Alternative „geeignet“ sein muss. Das ist schwierig zu bestimmen, wenn ein Stoff mehrere Funktionen hat und der Alternativstoff nur eine davon erfüllt. Dann muss nach mehreren Alternativstoffen gefragt werden.

Des weiteren kommt es darauf an, ob die Alternative für den Antragsteller **technisch und wirtschaftlich durchführbar** ist.⁶⁰³ Dieser Umstand ist aber keine harte Voraussetzung, sondern von der Kommission nur „zu berücksichtigen“.⁶⁰⁴ Trotzdem scheint er in der Praxis als definitive Schranke angesehen zu werden.⁶⁰⁵

Im Hinblick auf die Feststellung, ob der Nutzen die Risiken überwiegt, ist zu klären, was unter Nutzen und Risiken zu verstehen ist. Als Risiken gelten Risiken, „die sich aus der Verwendung des Stoffes für die menschliche Gesundheit oder die Umwelt ergeben“, und als Nutzen der „sozioöko-

600 Art. 60 Abs. 8 mit Art. 61 REACH-VO.

601 Art. 61 Abs. 1 UA 2 REACH-VO.

602 Art. 61 Abs. 2 REACH-VO.

603 Art. 60 Abs. 5 lit. b) REACH-VO.

604 Art. 60 Abs. 5 lit. b) REACH-VO.

605 ECHA (2011) S. 42 Tabelle 2 Nr. 2: als nicht wirtschaftlich wird angesehen, wenn aus der Verwendung der Alternative „kein oder geringerer Gewinn“ resultiert.

nomische[r] Nutzen seiner [scl. des beantragten Stoffes] Verwendung und die vom Antragsteller oder anderen interessierten Kreisen dargelegten sozioökonomischen Auswirkungen einer Zulassungsversagung;⁶⁰⁶ In terms der öV handelt es sich also um die **Abwägung zwischen Zielen** (m.a.W. dem Nutzen) **und dem Umwelteingriff** (m.a.W. den Risiken für Gesundheit und Umwelt), die jeweils auf die in Betracht kommenden Alternativen anzuwenden ist.

Für die Ermittlung des Nutzens ist ein eigenes Instrument vorgesehen, nämlich die „**sozioökonomische Analyse**“. Deren Parameter werden in Anhang XVI der REACH-VO wie folgt umfänglich konkretisiert:

„Anhang XVI Sozioökonomische Analyse

- Folgen der Erteilung oder der Verweigerung der Zulassung für den/die Antragsteller oder, im Falle einer vorgeschlagenen Beschränkung, Folgen für die Industrie (z.B. Hersteller und Importeure). Folgen für alle übrigen Akteure der Lieferkette, nachgeschaltete Anwender und mit diesen verbundene Betriebe in Form von wirtschaftlichen Folgen wie Auswirkungen auf Investitionen, Forschung und Entwicklung, Innovationen, einmalige Kosten und Betriebskosten (z.B. Erfüllung von Anforderungen; Übergangsregelungen; Änderungen an laufenden Verfahren, Berichts- und Überwachungssystemen; Einführung neuer Technologien; usw.) unter Berücksichtigung allgemeiner Markt- und Technologieentwicklungen.
- Folgen der Erteilung oder der Verweigerung der Zulassung oder einer vorgeschlagenen Beschränkung für die Verbraucher. Beispielsweise Produktpreise, Änderungen der Zusammensetzung oder der Qualität oder der Leistung eines Produkts, Verfügbarkeit der Produkte, Auswahlmöglichkeiten der Verbraucher sowie Folgen für die menschliche Gesundheit und die Umwelt, soweit sie die Verbraucher betreffen.
- Gesellschaftliche Folgen der Erteilung oder der Verweigerung der Zulassung oder einer vorgeschlagenen Beschränkung, beispielsweise hinsichtlich der Sicherheit der Arbeitsplätze und der Beschäftigung.
- Verfügbarkeit, Eignung und technische Durchführbarkeit bei Ersatzstoffen und/oder -technologien und deren wirtschaftliche Folgen, sowie Informationen über die Geschwindigkeit des Technologischen Wandels und das diesbezügliche Potenzial in dem betroffenen Wirtschaftszweig/den betroffenen Wirtschaftszweigen. Im Falle eines Zulassungsan-

606 Art. 60 Abs. 4 Satz 2 lit. b) REACH-VO.

trags sind die gesellschaftlichen und/oder wirtschaftlichen Folgen der Nutzung vorhandener Alternativen anzugeben.

- Weiter reichende Folgen für Handel, Wettbewerb und wirtschaftliche Entwicklung (insbesondere für KMU und in Bezug auf Drittländer) der Erteilung oder der Verweigerung einer Zulassung oder einer vorgeschlagenen Beschränkung. Dabei können lokale, regionale, nationale oder internationale Aspekte berücksichtigt werden.
- Im Falle einer vorgeschlagenen Beschränkung sind Vorschläge für andere regulatorische oder nichtregulatorische Maßnahmen vorzulegen, mit denen das Ziel der vorgeschlagenen Beschränkung erreicht werden könnte (dabei ist das geltende Recht zu berücksichtigen). Dazu gehört auch eine Beurteilung der Wirksamkeit und der Kosten im Zusammenhang mit alternativen Risikomanagementmaßnahmen.
- Im Falle einer vorgeschlagenen Beschränkung oder der Verweigerung einer Zulassung sind der Nutzen für die menschliche Gesundheit und die Umwelt sowie der gesellschaftliche und wirtschaftliche Nutzen der vorgeschlagenen Beschränkung anzugeben, beispielsweise in Bezug auf die Gesundheit der Arbeitnehmer, den Umweltschutz und die Verteilung dieses Nutzens (beispielsweise geografisch oder nach Bevölkerungsgruppen).
- Eine sozioökonomische Analyse kann auch andere Fragen betreffen, die der/die Antragsteller oder der Betroffene für relevant halten.“ (meine Hervorhebungen)

Die ECHA hat diese Liste in eine Struktur gebracht, nach der Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit, die Umwelt und die Wirtschaft unterschieden werden. Hinzu kommen weiterreichende wirtschaftliche Auswirkungen wie auf Innovation und internationale Konkurrenz. Für jeden Bereich stellt sie umfangreiche und detaillierte Fragen, die im Zulassungsantrag zu beantworten sind.⁶⁰⁷

Eine Lektüre der Fragen zeigt, dass die **Parameter praktisch kaum abzudecken** sind.⁶⁰⁸ Es ist illusorisch zu erwarten, dass für alle Parameter die erforderlichen Informationen überhaupt existieren oder, wenn sie existieren, vorgelegt werden.⁶⁰⁹ In der Praxis wird es deshalb nur **partielle**

607 ECHA (2011) Anlage G.

608 Garnett/van Calster (2021) S. 177–179. ECHA (2011) Anlage G.

609 Vgl. Wu/ Zhang/ Zhi/ Yu/ Cao (2024) S. 8–9, die aber trotz dieses Befundes tapfer für weiteren Ausbau der Analysen plädieren.

Analysen geben. So ist an Beispielen festgestellt worden, dass menschliche Mortalität, nicht dagegen Krankheiten im Vordergrund standen, dass sich die Folgen auf die Arbeitskräfte in der Stoffherstellung konzentrierten, und dass Auswirkungen auf die Gesundheit der Konsumenten und auf die Umwelt vernachlässigt wurden.⁶¹⁰ Da sich die Vorteile der Vermarktung des beantragten Stoffes für die Produzenten und nachgeschalteten Verwendern leichter abschätzen lassen, ergibt sich fast durchweg, dass diese die Umwelt-risiken weit überwiegen und der Stoff deshalb zugelassen wird.⁶¹¹

Immerhin kann sich eine Vereinfachung daraus ergeben, dass die Analyse komparativ angelegt wird, nämlich in der Weise, dass der beantragte Stoff mit einem anderen Stoff verglichen wird. Dann genügt es festzustellen, ob der beantragte Stoff besser oder schlechter abschneidet.⁶¹² Eine absolute Bestimmung der Risiken wäre nicht erforderlich. Dies ist allerdings insofern unbefriedigend, als der komparative Ansatz nicht ausschließt, dass ein problematischer Stoff auf dem Markt bleibt.

Zudem fehlt es an einer **Taxonomie der Wertgrößen**. Normalerweise würde man erwarten, dass der Nutzen in Gebrauchswerten dargestellt wird, indem gezeigt wird, dass eine Chemikalie im Vergleich zu einer anderen bessere Leistungen erbringt, wie etwa die bessere Haltbarkeit einer Farbe oder Funktionalität eines Kunststoffes. Stattdessen zählt auch der Tauschwert, also der Absatzerfolg auf dem Markt, gleich, ob der durch einen Gebrauchswert gestützt ist oder nicht. Gleiches gilt für die Auswirkung auf Arbeitsplätze. Auch bei ihnen zählt nur die Quantität, nicht die Qualität.

Als ein Beispiel, in Gebrauchswerten zu denken, sei der Ansatz für die nicht abbaubaren sog. Ewigkeitschemikalien Per- und Polyfluoroalkyl Substanzen (**PFAS**) erwähnt.⁶¹³ Da nicht alle der immerhin etwa 4.700 Substanzen sofort verboten werden können, sollen sie nach ihren Funktionen in drei Kategorien eingeteilt und sukzessive ausgeschieden werden, nämlich non-essential use (z.B. Bratpfannen), substitutable use (z.B. wasserabweisende Kleidung) und essential use (z.B. medizinische Geräte).⁶¹⁴

610 Wu/ Zhang/ Zhi/ Yu/ Cao (2024) S. 5–7.

611 Wirth/Reihlen/Jepsen/Bunke (2021) S. 75.

612 Als ein Beispiel s. ECHA (2011) S. 116 f.

613 Commission Staff Working Document, „Poly- and Perfluoroalkyl Substances (PFAS)“; 14 Oct. 2020, SWD(2020) 249, zugänglich unter https://ec.europa.eu/environment/pdf/chemicals/2020/10/SWD_PFAS.pdf.

614 Garnett/van Calster (2021) 167; Cousins et al. (2019) S. 1805.

cc) Monetarisierung von Risiken und Nutzen

Besonders problematisch ist, dass Risiko und Nutzen monetär kalkuliert werden dürfen und in der Praxis auch tatsächlich kalkuliert werden. Dies sei am **Beispiel** der Bewertung des Stoffes Bis(2-ethylhexyl)phthalate (**DEHP**) demonstriert. Der Stoff ist ein Weichmacher für Plastikmaterial. Er ist als fruchtschädigend klassifiziert. Das RAC (Committee for Risk Assessment) und das SEAC (Committee for Socio-Economic Analysis) haben über den Stoff die folgende Analyse vorgenommen, die eine „socio-economic analysis“ (SEA) mit einer „risk analysis“ (RA) verbindet:⁶¹⁵

„SEAC assessed the social cost of continued use per case of fertility impairment. For that purpose, SEAC used information from the applicant's SEA and other sources of economic information on valuation of fertility impairment. Both tangible (cost of Assisted Reproductive Technology) (ART) and intangible economic issues (intangible value of fertility) are taken into account.

The SEA reported a range of 32 500 € to 77 500 € per fertility impairment case, combining both ART costs and willingness to pay (WTP) for having a baby with ART. SEAC reviewed this assessment and proposes a similar range of 58 200 € to 67 200 € per case. The difference lies in additional indirect costs of ART (Connelly et al., 2010) that were included by SEAC, and also the use of a different upper bound for the range of WTP for having a baby with ART.“

Mit anderen Worten: das **Risiko** für die Arbeiterinnen und sonstigen Personen, die dem Stoff exponiert sind, wurde kalkuliert als der **Wert, ein Kind statt durch normalen Geschlechtsverkehr nur mit assistierter Reproduktionstechnologie zu gebären, plus die realen Kosten dieses Technologieeinsatzes**. Der Wert wird auf Grund von „**willingsness to pay**“ ermittelt. Die Summe wird dann mit 58.200 bis 67.200 € pro Person angenommen. Mangels entsprechender Daten quantifiziert der Bericht nicht, bei wie vielen Personen dieser Fall eintritt.

615 Committee for Risk Assessment (RAC), Committee for Socio-economic Analysis (SEAC), Opinion on an Application for Authorisation for Bis(2-ethylhexyl) phthalate (DEHP) used in formulation of DEHP in compounds, dry-blends and Plastisol formulations. ECHA/RAC/SEAC: AFA-O-0000004274-77-12/D. <https://echa.europa.eu/documents/10162/60f338a5-09ac-423a-b7c1-2511ee2d9b77>.

Der Bericht untersucht weiterhin die Risiken möglicher Alternativprodukte. Von diesen gibt es mindestens 11, die bereits benutzt werden. RAC stellt fest, dass sie geringere Gesundheitsrisiken darstellen.

Den Risiken stellt das SEAC dann den **Nutzen** gegenüber. Dabei wird der Nutzen einer Weiterverwendung von DHEL mit dem Nutzen der Verwendung der Alternativprodukte verglichen. Das SEAC stellt zunächst fest, dass die Umstellung auf Alternativprodukte technisch machbar sei. Es bestimmt dann den ökonomischen Nutzen der Beibehaltung des Stoffes. Dies erfolgt durch Berechnung der Kosten der Umstellung, einschließlich Wegfall von Erträgen aus dem bisher verwendeten DHEL. Dabei blendet es die Folgen für den Antragsteller, insbesondere den Ertragsverlust bei Einstellung der DHEL-Produktion, aus, weil diese nicht hinreichend bewiesen worden seien. Stattdessen konzentriert es sich auf die Situation der „downstream users“, d.h. diejenigen Unternehmen, die DHEL vom antragstellenden Hersteller erwerben. Für die „compounder“ (die mit Hilfe von DHEL weitere Verbindungen herstellen) nimmt es an, dass sie bei Verwendung von Alternativstoffen ihre Produkte um zehn Prozent teurer machen müssen. Für Hersteller von Endprodukten sei die Verteuerung „marginal to significant“. Hieraus schließt das SEAC:

„This suggests that significant economic impacts are likely in the non-use scenario for a proportion of the article manufacturers, especially when they are competing with imported articles manufactured with DEHP.“

Insgesamt stellt es fest:

„Overall, there are consistent indications that to a significant proportion of compounders and article manufacturers alternatives are not economically feasible. SEAC considers that, as a whole, alternatives are not economically feasible.“

Es kommt dann zum sog. **break-even**, d.h. dem Vergleich von Risikokosten und Nutzen. Dazu heißt es:

„Given the limitations in the available information on risks, it was not possible to carry out a realistic assessment of the human health impact of the continued use scenario. However, the benefits (avoided costs in terms of substitution costs for downstream users) and the estimate of the monetary value of infertility cases could be used to carry out a break-even analysis.“

Nach allem ist die Schlussfolgerung:

„Therefore, SEAC concluded that the analysis indicated that the benefits of continued use of DEHP outweigh the risks.“

Dies bedeutet: Das SEAC kann das Risiko nicht abschätzen, nimmt aber trotzdem einen Geldwert je Unfruchtbarkeitsfall an, ohne freilich die Anzahl der Fälle zu quantifizieren. Im Vergleich zu diesen sehr schwammigen Risikokosten hält es den Nutzen, der bei Umstellung auf Alternativprodukte aus der vermiedenen Preiserhöhung um zehn Prozent für die „compound-er“ und in einem nicht quantifizierten Umfang für die Produkthersteller entsteht, für höher, mit der Folge, dass der Stoff wegen einer positiven Nutzen-Risiko-Bilanz auf dem Markt bleiben darf.

Aus dem Beispiel lässt sich vielerlei für die Risiko-Nutzen-Bilanz und Alternativenprüfung lernen:

- Als Alternativen werden nur andere Weichmacher erwogen, nicht – grundsätzlicher – die Ersetzung von PVC in Endprodukten durch anderes Material.
- Die Bewertung einer Nicht- oder Fehlgeburt erfolgt nicht, indem der Wert eines gesunden Kindes, sondern nur, indem der Wert eines mit Hilfe assistierter Reproduktionstechnologie geborenen Lebens geschätzt wird.
- Die Bewertung einer Nicht- oder Fehlgeburt erfolgt nicht qualitativ, sondern durch die „willingness to pay“-Methode.
- Obwohl die Anzahl der zu erwartenden Fälle von Unfruchtbarkeit nicht ermittelt werden kann, wird behauptet, man gehe von einem worst case scenario aus, das aber nicht beschrieben und letztlich als irrelevant angesehen wird.
- Für die Nutzenschätzung wird eine Preissteigerung um zehn Prozent als ökonomisch zu belastend angesehen.
- Der „break even“ mit dem Risiko wird nicht begründet. Es wird einfach postuliert, dass der Nutzen höher sei als das Risiko.

Insgesamt ergibt sich, dass die sozio-ökonomische Analyse **unrealistisch umfassende Parameter** aufstellt und die Verfügbarkeit von zu vielen Informationen voraussetzt. Soweit die Parameter monetarisiert werden, führt die **Analyse von Zahlungsbereitschaften** von (welchen?) Privatpersonen in die Irre, weil der Wert des menschlichen Lebens und der Natur sich

nicht in Geldwerten bestimmen lässt.⁶¹⁶ Dies wäre auch verfassungsrechtlich nicht zulässig.⁶¹⁷ Zwar können Marktpreise und -kosten ermittelt werden (wie z.B. Krankheitskosten bzw. Ertragseinbußen der Naturnutzung) und Präferenzen der Bürger durch Befragungen erhoben werden, aber solche Informationen mögen den qualitativen Diskurs über Werte bereichern, sie füllen ihn aber nicht aus. Im Zusammenhang der öV ist jedenfalls festzuhalten, dass die Suche nach Alternativstoffen und Alternativtechnologien es ermöglicht, solche zu identifizieren, die sich ohne großen Untersuchungs- und Bewertungsaufwand evident als günstiger erweisen.

2. Pflanzenschutzmittelrecht

Auch im Recht der **Zulassung von Pflanzenschutzmitteln**, das durch VO(EG) 1107/2009⁶¹⁸ harmonisiert wurde, ist eine Alternativenprüfung vorgesehen. Sie basiert ähnlich wie im allgemeinen Chemikalienrecht auf einer Liste besonders gefährlicher Stoffe, die im PSM-Recht als Substitutionskandidaten bezeichnet werden. Ein Unterschied besteht darin, dass die fraglichen Stoffe an sich die Zulassungskriterien für PSM nach Art. 4 VO (EG) 1107/2009 erfüllen, insbesondere weil Vorkehrungen zur Vermeidung von Expositionen getroffen werden. Trotzdem sollen sie aber wegen ihrer besonders gefährlichen Eigenschaften sukzessive ausgeschieden werden.⁶¹⁹

616 Ackerman/Heinzerling (2004) S. 94–98, 172–173; Hansjürgens/Lienhoop (2015) S. 95 f.; Ekardt (2018) S. 107–118.

617 Das BVerfG kam in zwei Fällen in die Nähe der Bewertung von Menschenleben, nämlich im Hinblick auf den Abschuss eines Zivilflugzeugs, das als zerstörerische Waffe benutzt wird (BVerfG v. 15.6.2006, 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 118 ff.), und im Hinblick auf die Priorisierung von Kranken bei knapper Verfügbarkeit von Behandlungsmöglichkeiten (sog. triage) (BVerfG v. 16.12.2021, 1 BvR 1541/20, BVerfGE 160, 79 ff.). Das Gericht lehnte quantifizierende Kriterien ab und ging auf Möglichkeiten der Monetarisierung erst recht nicht ein.

618 Verordnung (EG) Nr. 1107/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Oktober 2009 über das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln und zur Aufhebung der Richtlinien 79/117/EWG und 91/414/EWG des Rates, Abl. L 309 v. 24. November 2009, S. 1–50 (PSM-VO).

619 Diese liegen vor, wenn der Stoff besonders toxisch ist, zwei der Kriterien Persistenz, Bioakkumulation und Toxizität erfüllt, auch bei sehr restriktiven Risikomanagementmaßnahmen Anlass zur Besorgnis gibt, als karzinogen oder reproduktionstoxisch eingestuft ist, oder endokrine Eigenschaften besitzt. S. Art. 24 VO 1107/2009.

Sie gelten als sog. **Substitutionskandidaten** und werden nur für 7 Jahre genehmigt, allerdings mit Verlängerungsmöglichkeit.⁶²⁰

Während diese Regelung sich auf die Zulassung von **Wirkstoffen** auf Unionsebene bezieht, bedürfen die einzelnen auf den Wirkstoffen basierenden **Pflanzenschutzmittel** (PSM) einer Zulassung durch mitgliedstaatliche Behörden. Dabei spielen Wirkstoffe, die Substitutionskandidaten sind, insofern eine Rolle, als die zuständige nationale Behörde nach Art. 50 VO 1107/2009 eine vergleichende Bewertung vornehmen muss, wenn das beantragte PSM einen Substitutionskandidaten enthält. Sie erteilt dann keine Genehmigung oder beschränkt die Verwendung des PSM auf eine bestimmte Kulturpflanze

„wenn die vergleichende Bewertung der Risiken und des Nutzens gemäß Anhang IV ergibt, dass

- a) für die im Antrag genannten Verwendungen bereits ein zugelassenes Pflanzenschutzmittel oder eine nichtchemische Bekämpfungs- oder Präventionsmethode besteht, das/die für die Gesundheit von Mensch oder Tier oder für die Umwelt deutlich sicherer ist, und
- b) die Substitution durch die Pflanzenschutzmittel bzw. die nichtchemischen Bekämpfungs- oder Präventionsmethoden gemäß Buchstabe a keine wesentlichen wirtschaftlichen oder praktischen Nachteile aufweist, und
- c) gegebenenfalls die chemische Vielfalt der Wirkstoffe oder die Methoden und Verfahren der Kulturführung und der Schädlingsprävention ausreichend sind, um das Entstehen einer Resistenz beim Zielorganismus zu minimieren, ...“

Es handelt sich also um eine Prüfung des beantragten PSM im Vergleich zu Alternativen, die bereits auf dem Markt sind. Dies bedeutet, dass nicht auch auf mögliche zukünftige Entwicklungen und nicht einmal auf bereits vorhandene, aber noch nicht zugelassene Alternativen geblickt wird. Zudem sind die **Voraussetzungen für die Einbeziehung von Alternativen** („deutlich sicherer“, „keine wesentlichen wirtschaftlichen oder praktischen Nachteile“) recht hoch. Das bedeutet, dass das PSM-Recht im Grunde weniger streng ist als das allgemeine Chemikalienrecht, obwohl es eigentlich mehr Risiken verursacht, weil die Produkte in die Umwelt ausgebracht werden,

620 Als Beispiel für die Genehmigung eines Substitutionskandidaten s. Durchführungs-VO (EU) 2021/2049 der Kommission (Wirkstoff Cypermethrin).

während viele sonstige Chemikalien teilweise in geschlossenen Systemen gehalten werden.⁶²¹

VII. Gentechnikrecht

Ähnlich wie das Chemikalienrecht ist das Gentechnikrecht kaum noch national determiniert, sondern weitgehend auf Unionsebene harmonisiert. Ich konzentriere mich dabei auf die Regulierung der Ausbringung von gentechnisch veränderten Organismen (GVO) in die Umwelt. Zentral sind hierfür die Richtlinie 2001/18/EG⁶²² sowie für Lebensmittel einschließlich Saatgut die Verordnung (EG) 1829/2003.⁶²³ Sie regeln die sog. **Freisetzung** von GMO an einem bestimmten Ort sowie das sog. **Inverkehrbringen** von GMO, d.h. die Vermarktung und anschließende Ausbringung an beliebigen Orten, soweit diese nicht beschränkt werden. Die Freisetzung und das Inverkehrbringen sind zulassungsbedürftig.

Hauptkriterium der Zulassung ist die Vermeidung von schädlichen Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit und Umwelt. So heißt es in Art. 4 Abs. 1 RL 2001/18:

„Die Mitgliedstaaten tragen im Einklang mit dem Vorsorgeprinzip dafür Sorge, dass alle geeigneten Maßnahmen getroffen werden, damit die absichtliche Freisetzung oder das Inverkehrbringen von GMO keine schädlichen Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit und die Umwelt hat.“

Eine **Alternativenprüfung ist nicht vorgesehen**, noch ist zu prüfen, welches Ziel mit der Ausbringung verfolgt wird. Im deutschen Gentechnikgesetz wird zwar vorgeschrieben, dass „im Verhältnis zum Zweck der Freisetzung [bzw. des Inverkehrbringens] unvermeidbare schädliche Einwirkungen“

621 Diese Unterschiedlichkeit der Alternativenprüfung wird in der sonst sehr informativen Studie von Coors/Vollmar (2018) nicht genau genug untersucht.

622 Richtlinie 2001/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. März 2001 über die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt und zur Aufhebung der Richtlinie 90/220/EWG des Rates, Abl. L 106 vom 17.4.2001, S. 1 i.d.F. der Richtlinie (EU) 2015/412 des EP und des Rates, Abl. L 68 vom 13.3.2015, S. 1.

623 Verordnung (EG) Nr. 1829/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. 9. 2003 über genetisch veränderte Lebensmittel und Futtermittel, Abl. L 268 vom 18.10.2003, S. 1, i.d.F. der Verordnung (EU) 2019/1381 des EP und Rates, Abl. L 231 v. 6.9.2019, S. 1.

auf Mensch oder Umwelt nicht eintreten dürfen.⁶²⁴ Aber diese Zweck-Mittel-Relation wird in Praxis und Literatur abgelehnt oder ignoriert.⁶²⁵

Ein neues Kapitel wird nun aber im Hinblick auf **neue genomische Techniken (NGT)** an Pflanzen aufgeschlagen. Grob gesagt, war die ältere Gentechnik auf die Übertragung von genetischem Material von einer Organismenart auf eine nicht kreuzungsfähige andere Art bezogen (sog. **Trans-genese**), während die neuen Techniken Veränderungen innerhalb einer Art (sog. **Gen-Editierung** durch Cisgenese und Intragenese) ermöglichen.

Ein Kommissionsvorschlag dereguliert Veränderungen, die durch die neuen Techniken vorgenommen werden, in bestimmter Weise, und zwar so, dass geringe Veränderungen (NGT 1) von dem Zulassungserfordernis freigestellt werden, während umfänglichere Veränderungen (NGT 2) einer erleichterten Risikoprüfung unterworfen werden.⁶²⁶

Für diese **Deregulierung** gibt es vier Hauptgründe: Erstens wird angenommen, dass die geringfügigen Veränderungen durch NGT auch durch natürliche oder züchterische Mutationen entstehen können, so dass kein Anlass bestehe, sie einer Risikoprüfung zu unterwerfen. Zweitens sei wegen dieser gleichartigen Ergebnisse nicht zu ermitteln, ob eine Veränderung künstlich oder natürlich erfolgt ist.⁶²⁷ Drittens verursachten Cis- und Intragenese weniger Risiken als Transgenese.⁶²⁸ Und viertens sollten NGT freier und aktiver genutzt werden können, um in der Landwirtschaft Nachhaltigkeit zu fördern, so z.B., indem Saatgut erzeugt wird, das gegenüber dem Klimawandel resilient ist.⁶²⁹

Die drei ersten Gründe sind sehr umstritten. Es wird eingewendet, dass bestimmte Bereiche des Genoms natürlicher Veränderung verschlossen sind, von NGT dagegen verändert werden können, dass Methoden existieren oder in Entwicklung begriffen sind, die die künstliche Veränderung entdecken, und dass quantitativ geringfügige genomische Verände-

624 § 16 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 Satz 1 GenTG.

625 Vgl. Jörgensen/Winter (1996) S. 295.

626 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über mit bestimmten neuen genomischen Techniken gewonnene Pflanzen und die aus ihnen gewonnenen Lebens- und Futtermittel sowie zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/625, COM(2023) 411 final; ANHÄNGE des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über mit bestimmten neuen genomischen Techniken gewonnene Pflanzen und die aus ihnen gewonnenen Lebens- und Futtermittel, COM(2023) 411 final.

627 Erwägungsgründe (7) und (14) des Kommissionsvorschlags.

628 Vorschlag der Kommission S. 2 2. Absatz.

629 Vorschlag der Kommission S. 2. 3. Absatz.

rungen erhebliche qualitative Funktionsänderungen bewirken können.⁶³⁰ Unbestritten ist dagegen das Ziel einer **Verknüpfung der Deregulierung mit dem Ziel einer Stärkung landwirtschaftlicher Nachhaltigkeit**. Nur ist dieses Ziel rechtstechnisch gesehen kaum verbindlich ausgestaltet, weil es nicht Voraussetzung der Freistellung der NGT 1-Erzeugnisse vom Zulassungserfordernis ist und hinsichtlich der NGT 2-Verfahren nur Beratungschancen auslöst. Zudem wird sehr weit definiert, was Nachhaltigkeit bedeutet. Zum Beispiel gilt bereits jede Ertragssteigerung als nachhaltig.⁶³¹

Insgesamt kann der NGT-Ansatz als eine **Ermöglichung von Risiken** im Austausch gegen ein **vages Nachhaltigkeitsversprechen** charakterisiert werden. Bezieht man ihn auf das Konzept der öV, so lässt sich Folgendes festhalten: Der Schutzbereich von Gesundheit und Umwelt, der durch Art. 4 der RL 2001/18 wie gezeigt streng formuliert ist, wird leicht abgesenkt, indem NGT 1 – Pflanzen als sicher statuiert werden, obwohl es Anhaltspunkte für Risiken gibt. Für NGT 2 – Pflanzen bleibt es dagegen bei dem strengen Schutzniveau. Sie gelten als potentielle Umwelteingriffe, was im Zulassungsverfahren zu überprüfen ist. Das Nachhaltigkeitsziel kann zwar herangezogen werden, aber nur, wenn der Antragsteller die Beratung und Beschleunigung in Anspruch nehmen will. Alternativen, insbesondere solche konventioneller Züchtung, werden nicht geprüft. Insofern handelt es sich um ein sehr unvollkommenes Konzept der öV.

VIII. Energierecht

Das Energierecht hat lange Zeit die Energieerzeugung und -versorgung als monopolartige öffentliche Wirtschaft organisiert. Es wurde dann unter Einfluss des Gemeinschaftsrechts für den Wettbewerb bei Erzeugung, Leitung und Lieferung zB von Elektrizität geöffnet.⁶³² Dies beruhte auf der Überzeugung, dass der Wettbewerb für das Wohlfahrtsziel – die sichere und unbegrenzte Energieversorgung – solche Varianten sucht, die vergleichsweise geringere Preise fordern. Dabei auftretende Umweltschäden waren und

630 Zusammenfassend Winter (2024).

631 Annex III des Kommissionsvorschlags.

632 Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, Abl. L 27 v. 30.1.1997, S. 20; Verordnung (EU) 2019/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 über den Elektrizitätsbinnenmarkt, Abl. L 158 vom 14.6.2019, p. 54. S. dazu Kühling/Rasbach/ Busch (2022) S. 17–22.

sind je nach dem gesetzlichen einschlägigen Rahmen der Anlagenzulassung zu beachten, insbesondere durch UVP und materielle Vorgaben des Anlagen- und Planfeststellungsrechts. Wie dargelegt, kam und kommt dabei auch die öV zum Zuge.⁶³³

Mit der öffentlichen Wahrnehmung des Klimawandels veränderte sich dann aber die Zielsetzung. Es geht nun nicht mehr nur abstrakt um Energieversorgung, sondern um Versorgung mit einer bestimmten Art von Energie, nämlich solcher aus regenerativen Quellen. Dieses qualitativ aufgeladene Wohlfahrtsziel wird Gegenstand eines sich ausdifferenzierenden Rechts des Klimaschutzes und der erneuerbaren Energie. Während das Klimaschutzrecht sich auf den Ausstieg konzentriert, und zwar vor allem auf die Senkung von Treibhausgasemissionen, sorgt das Recht der erneuerbaren Energie für den Anschub regenerierbarer Quellen, und zwar durch verschiedene Instrumente der Förderung, namentlich durch Subventionen, Freistellung von ordnungsrechtlichen Anforderungen, Priorisierung im Rahmen von Abwägungsgeboten, etc.

Die qualitative Aufladung der Wohlfahrtsziele mit Anforderungen des Klimaschutzes tritt in eine **innerökologische Spannung** mit anderen Umweltbelangen, und insbesondere der Biodiversität. Dies geschieht dadurch, dass einerseits das Ziel absolut gesetzt und so einer Abwägung am Maßstab höherer oder alternativer Ziele (wie Effizienz und Suffizienz) entzogen wird, und andererseits das Spektrum in Betracht kommender Alternativen auf solche Vorhaben, die erneuerbare Energien erzeugen, verengt wird. Dies erhöht den Druck auf den Naturhaushalt. Die *baseline* des Umweltschutzes wird auf diese Weise einerseits, nämlich unter Klimaschutzaspekten, erhöht, andererseits, nämlich unter Biodiversitäts- und anderen Umweltaspekten, verringert.

Ein Beispiel, die Planung des **Ausbaus von Stromleitungsnetzen**, ist bereits geschildert worden.⁶³⁴

Ein weiteres Beispiel ist die Herstellung von **Windenergieanlagen auf See**. Auf Grund des WindSeeG werden durch Flächennutzungsplan Gebiete und Flächen als geeignete Standorte für Windenergieanlagen ausgewiesen⁶³⁵ und in Ausschreibungsverfahren an Vorhabenträger zugeteilt („bezuschlagt“).⁶³⁶ Mit dem Zuschlag wird zugleich ein Recht auf Subventionie-

633 S. oben B II und IV.

634 S. oben B IV 9.

635 § 4 WindSeeG.

636 § 14 Abs. 2 WindSeeG.

rung durch die sog. Marktprämie gewährt.⁶³⁷ Für einzelne bezugschlagte Projekte werden dann Planfeststellungsverfahren durchgeführt.

Im Verfahren der Flächennutzungsplanung gilt das Abwägungsgebot, d.h. alle privaten und öffentlichen Belange sind gerecht abzuwägen. Zu den öffentlichen Belangen zählt selbstverständlich die Erzeugung erneuerbarer Energie. Diesem Ziel wird ein überragendes öffentliches Interesse attestiert⁶³⁸, das sich in Abwägung mit anderen Umwelteingriffen normalerweise durchsetzen wird. Obwohl es sich um eine hochstufige planerische Ebene handelt, findet eine Bewertung mit Hilfe konkurrierender Ziele wie dem Potential von Energieeffizienz und Suffizienz nicht statt. Es ist zudem unklar, inwieweit eine Prüfung von Gebiets- und Flächenalternativen vorgesehen ist. Genannt wird sie nur im Extremfall der Nutzung von Meeresschutzgebieten: Gebiete und Flächen für Windenergieanlagen dürfen dort nur festgelegt werden, wenn die Ausbauziele anderswo nicht erreicht werden können.⁶³⁹

Noch ein drittes Beispiel, diesmal aus dem Produktrecht: Nach der Verordnung (EU) 2024/1735⁶⁴⁰ können die Mitgliedstaaten, um den Ausbau erneuerbarer Energie zu steigern, die Fertigung von sog. **Netto-Null-Technologien**⁶⁴¹ fördern. Dadurch wird eine Ausnahme von dem grundsätzlichen Beihilfeverbot des Art. 107 AEUV geschaffen. Wenn Auktionen für förderungsfähige Projekte erneuerbarer Energie erfolgen, werden die angebotenen Technologien primär nach Kriterien der Effektivität und Preisgestaltung beurteilt, m.a.W. im Hinblick darauf, inwieweit sie der Zielsetzung entsprechen. Zugleich wird aber auch der Beitrag der Vorhaben zu „Nachhaltigkeit und Resilienz“ bewertet. Was diese Maßstäbe im Einzelnen bedeuten, wird von der Kommission durch Durchführungsrechtsakt konkretisiert.⁶⁴² Das Gewicht dieser Kriterien muss mindestens 15 % der gesamten Zuschlagskriterien ausmachen.⁶⁴³ Wenn Maßnahmen wegen der Beachtung

637 § 24 Abs. 1 Nr. 2 WindSeeG.

638 § 5 Abs. 3 WindSeeG.

639 § 5 Abs. 6 WindSeeG.

640 Verordnung (EU) 2024/1735 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 zur Schaffung eines Rahmens für Maßnahmen zur Stärkung des europäischen Ökosystems der Fertigung von Netto-Null-Technologien, Abl. L 2024/1735, 28.6.2024.

641 Mit „Technologie“ sind Endprodukte und zu deren Herstellung verwendetet spezifische Bauteile und Maschinen gemeint. S. VO (EU) 2024/1735 Art. 3 Nr. 1.

642 Art. 26 Abs. 1 lit. b), Abs. 2 und Abs. 3 VO (EU) 2024/1735.

643 Art. 26 Abs. 4 VO (EU) 2024/1735.

der Nachhaltigkeitskriterien jedoch mehr als 15 % der Gesamtkosten des Vorhabens verursachen, können sie zurückgewiesen werden.⁶⁴⁴

Unter dem Gesichtspunkt der öV ergibt sich folgendes Bild: Da die Regelung die Mitgliedstaaten ermächtigt, aber nicht drängt, geht die Anschubwirkung weiter von den Mitgliedstaaten aus, aber eben angestoßen durch die Union. Das Wohlfahrtsziel ist qualitativ aufgewertet durch Orientierung auf erneuerbare Energien. Technologie-Alternativen werden berücksichtigt. Sie werden im Hinblick auf die Eignung zur Zielerreichung bewertet. Weiterhin werden sie im Hinblick auf den mit ihnen verbundenen Umwelteingriff geprüft. Varianten, deren Kosten eine bestimmte Grenze überschreiten, können unberücksichtigt bleiben. Eine Abwägung der verbleibenden Umwelteingriffe mit dem Gewicht des Zieles, erneuerbare Energie zu erzeugen, können die Mitgliedstaaten vornehmen.

Kritisch ist anzumerken, dass eine **Bewertung des Zieles am Maßstab höherer und anderer Ziele ausgeschlossen** ist. Wenn z. B. eine Technologie zugleich Effizienz oder Suffizienz bewirkt, ist das unbeachtlich; es kommt allein auf die Steigerung der Energieerzeugung an. Weiterhin: Es wird wohl erstmals eine Kostengrenze quantifiziert. Deren Angemessenheit ist aber sehr zweifelhaft: Wenn z. B. Technologien der Kernenergie gefördert werden, können die Kosten der Endlagerung radioaktiven Abfalls leicht die 15 %-Grenze übersteigen. Dies kann dann als unbeachtlich angesehen werden. Schließlich: eine Abwägung zwischen dem Gewicht des Zieles und dem des Umwelteingriffs wird nicht vorgeschrieben. Dies dürfte dazu führen, dass der angebotenen Technologie meist der Vorrang eingeräumt wird.

644 Art 26 Abs. 5 VO (EU) 2024/1735.

C. Zusammenfassung

Ich habe zu zeigen versucht, dass – weitgehend unbemerkt von Rechtssoziologie, -dogmatik und -theorie– sich ein neues Konzept des Verhältnisses zwischen Mensch und Umwelt entwickelt, das als ökologische Verhältnismäßigkeit (öV) bezeichnet werden kann. Inhaltlich ist es ein werdendes Sozialmodell und der Form nach ein werdender normativer Grundsatz.

Nach diesem Grundsatz ist ein Vorhaben, das in Umweltgüter eingreift, nur akzeptabel, wenn es einem legitimen Wohlfahrtsziel dient und Alternativen der Zielverwirklichung im Hinblick darauf geprüft werden, ob sie geeignet sind, das Ziel zu verwirklichen, ob sie dafür erforderlich sind und ob der Umwelteingriff unangemessen gewichtiger ist als das Ziel.

Die vorliegende Studie beschreibt in einem allgemeinen Teil die übergreifenden Komponenten der öV und verfolgt diese in einem besonderen Teil in verschiedenen Anwendungsfeldern, nämlich der Umweltverträglichkeitsprüfung, der Infrastrukturplanung, der Gewässernutzung, der öffentlichen Infrastruktur, dem Naturschutz, der Herstellung und Verwendung von Chemikalien und Pflanzenschutzmitteln, der Gentechnik und dem Klimaschutz- und Energierecht.

Anders als der klassische Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der hier als staatsbürgerliche Verhältnismäßigkeit bezeichnet wird, richtet sich die öV nicht an den Staat, sondern an die Gesellschaft, und begrenzt nicht Eingriffe des Staates in Grundrechte, sondern Eingriffe der Gesellschaft in die Umwelt. Er nimmt also die Perspektive des Einzelnen (des Individuums oder der Organisation) ein und leitet sie an.

In der gedanklichen Operation besteht Übereinstimmung, weil in beiden Konzepten nach einem rechtfertigungsfähigen Ziel und geeigneten, erforderlichen und angemessenen Mitteln gefragt wird. Diese methodologische Gleichförmigkeit ist nicht zufällig oder oberflächlich, sondern erklärt sich daraus, dass die genannte Operation im Grunde nichts anderes ist als eine allgemeine Art und Weise vernünftigen Entscheidens: man setzt sich Ziele und sucht Mittel, die geeignet, im Vergleich zu Alternativen kostensparend und im Vergleich zum Ziel angemessen sind.

Das Sozialmodell der öV findet sich nicht allein in gesetzlichen Vorschriften, sondern auch in Verhaltensmustern und Sozialnormen der Ge-

sellschaft und Wirtschaft. Mit diesen steht er in einem Entwicklungsprozess wechselseitiger Anregung.

Der neue Grundsatz ist noch nicht überall voll entwickelt, sondern je nach Anwendungsfeld unterschiedlich und oft nur partiell verwirklicht. Soweit dies gesetzlich erfolgt ist, sind Unionsrecht und nationales Recht maßgeblich. Manchmal wird nur eine Alternativenprüfung verlangt, sei es nach Auswahl des Betreibers oder nach objektiven Kriterien, wobei die Zielsetzung ganz beim Vorhabenträger liegt. Manchmal muss aber auch die Zielsetzung dargelegt werden und – seltener – auch rechtfertigungsfähig sein, ggf. sogar in der Weise, dass das Ziel im öffentlichen Interesse stehen muss. Insgesamt lässt sich beobachten, dass die Anforderungen umso strenger ausgestaltet sind, je wertvoller und knapper die betroffenen Umweltgüter sind und werden.

Während die öV sich vor allem als Instrument der Abwägung von Umwelteingriffen mit Zielen sozio-ökonomischer Wohlfahrt entwickelt hat, wird sie zunehmend dadurch umgestaltet, dass die Wohlfahrtsziele selbst ökologisch ausgeprägt werden. Während traditionell ökologische Belange im Gegensatz zu sozio-ökonomischen Belangen stehen, wandern manche ökologischen Belange nun selbst auf die Seite der sozio-ökonomischen Belange. Das Hauptbeispiel ist der Klimaschutz. Er wird zum neuen Wohlfahrtsziel und durch Ausstieg aus unerwünschten Alternativen, insbesondere der fossilen Energie, sowie durch Förderung erwünschter Alternativen, insbesondere der regenerativen Energie, instrumentiert. Dabei werden Ziele nicht nur überprüft, sondern gefördert und sogar vorgeschrieben, die Alternativen dagegen auf wenige zielführende verengt. Allerdings, während dadurch ein Umweltgut (ein zuträgliches Klima) priorisiert wird, werden andere Umweltgüter (etwa die Biodiversität) geschädigt.

Verfassungsrechtlich betrachtet ist begründbar, dass es ungeschriebene Grundpflichten gibt, und dass die öV als eine solche anzusehen ist. Sie wird aber auch, wie gezeigt, vielfältig gesetzlich vorgeschrieben und stellt insoweit einen Grundrechtseingriff dar, der rechtfertigungsfähig ist, wenn sie (und weil sie meist) im allgemeinen Interesse des Umweltschutzes erforderlich ist. Sie vorzuschreiben kann unter Umständen auch grundrechtlich beansprucht werden, wobei dies freiheitsrechtlich oder über Schutzpflichten konstruiert werden kann.

Für die Grundrechte auf Unionsebene gilt Ähnliches, obwohl nach dem Stand der Rechtsprechung Rechte auf Einführung der öV kaum angenommen werden können. Objektivrechtlich ist aber das Integrationsprinzip des Art. 11 AEUV bedeutsam, nach dem die Erfordernisse des Umweltschutzes

bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken und -maßnahmen einbezogen werden müssen.

Überblickt man den Gedankengang noch einmal in seiner Gänze, hat sich, meine ich, herausgestellt, dass die ökologische Verhältnismäßigkeit in der Tat ein werdender Rechtsgrundsatz ist. Sie erscheint häufig noch in Bruchstücken, aber sie als Konzept systematisch zu erfassen, kann vielleicht rechts- und interpretationspolitisch dazu beitragen zu entscheiden, wo welche Komponenten angebracht sind. Es ist voraussehbar, dass die zunehmende Umweltzerstörung eine Intensivierung von Inhalt und Form der öV notwendig machen wird.

Literaturverzeichnis

- Ackerman, F., L. Heinzerling, Priceless. On knowing the price of everything and the value of nothing, New York, London (The New Press) 2004
- Alexy, R., Theorie der Grundrechte, Frankfurt/M (Suhrkamp) 2. Aufl. 1994
- Anschütz, G., Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Berlin (Georg Stilke) 13. Aufl. 1930
- Ashford, N. A., Ch. C. Caldart, Environmental law, policy, and economics. Reclaiming the environmental agenda, Cambridge, Mass. (The MIT Press) 2008
- Battis, U., M. Krautzberger, R.-P. Löhr, Baugesetzbuch, München (Beck) 4. Aufl. 1994
- Battis, U., M. Krautzberger, R.-P. Löhr, Baugesetzbuch, München (Beck) 15. Aufl. 2022
- Bergmann, G., Umweltgerechtes Produkt-Design, 1994
- Böhm, M., Abfallverbrennung in Industrieanlagen, DVBl. 1991, 242 ff.
- Bohne, E., Chr. Bauer, Verwaltungswissenschaft, Bd. 2: Grundzüge der öffentlichen Verwaltung, Wiesbaden (Springer VS) 2023
- Borràs, S., The advanced proportionality for the Nature justice: The ecological proportionality through the principle of in dubio pro reo, in: R. B. Mathlouthi (Hrsg.), Proportionnalité, droits fondamentaux et juges. Proportionality, fundamental rights and judges, Paris (L'Harmattan) 2023, S. 227–250
- Bratzel, St, Extremes of mobility. Development and consequences of transport policy in Los Angeles, Singapore (World Scientific) 2024
- Breuer, R., Umweltschutzrecht, in: I. v. Münch, E. Schmidt-Assmann, Besonderes Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 1992
- Breuer, R., Öffentliches und privates Wasserrecht, München (Beck) 3. Aufl. 2004
- Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Hrsg.), IPC-Planspiel zur europaeinheitlichen Zulassung von Industrieanlagen am 5. Mai 1994, Dokumentation 1994
- Bryde, B.-O, A. Wallrabenstein, Art. 14 GG, in: I. v. Münch, Ph. Kunig, A. Kämmerer, M. Kotzur (Hrsg.) Grundgesetz. Kommentar München (Beck) 7. Aufl. 2021
- Bugge, H.-Chr., 1987–2007: “Our Common Future” revisited, in: H.-Chr. Bugge and C. Voigt (Hrsg.) Sustainable Development in International and National Law, Groningen (Europa Law Publishing) 2008
- Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Hrsg.), Umweltgesetzbuch. Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission (UGB-KoME), Berlin (Duncker & Humblot) 1998
- Bunge, Th., Die Umweltverträglichkeitsprüfung im Verwaltungsverfahren, Köln (Reguvis) 1986
- Bungenberg, M., Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NVwZ 2002, 314 ff.

- Calliess, Chr., Innovationsförderung durch Koppelung von Genehmigung und Alternativenprüfung? In: M. Eifert, W. Hoffmann-Riem (Hrsg.) *Innovationsfördernde Regulierung*, Berlin (Duncker & Humblot) 2009, S. 231–242
- Calliess, Chr., *Rechtsstaat und Umweltstaat*, Tübingen (Mohr Siebeck) 2002
- Calliess, Chr., in Calliess/Ruffert (Hrsg.) *EUV/AEUV*, München (Beck) 6. Aufl. 2021
- Calliess, G.-P., A. Maurer, *Transnationales Recht – eine Einleitung*, in: G.-P. Calliess (Hrsg.) *Transnationales Recht. Stand und Perspektiven*, Tübingen (Mohr Siebeck) 2014, S. 1–36
- Cançik, P., *Verwaltung und Öffentlichkeit in Preußen. Kommunikation durch Publikation und Beteiligungsverfahren im Recht der Reformzeit*, Tübingen (Mohr Siebeck) 2007
- Coors, A., P. Vollmar, *Substitution of critical biocidal active substances under European law – Development of a comparative assessment concept for the environment*, Texte 80/2018, Umweltbundesamt 2018
- Corino, C., *Ökobilanzen*, Düsseldorf (Werner) 1995
- Cousins, I. et al., *The Concept of Essential Use for Determining When Uses of PFASs Can Be Phased Out*, *Environmental Science: Processes & Impacts* 2019, S. 1803–15.
- Cupei, J., *Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP)*, Köln (Carl Heymanns) 1986
- Czybulka, D., K. Rodi, *Die Eingriffsregelung im Bayrischen Naturschutzgesetz*, BayVBl. 1996, 513 ff.
- Daly, H. E., J. B. Cobb, *For the Common Good*, Boston (Beacon Press) 1989
- Denninger, E., *Verfassungsrecht und Solidarität*, *KritV* 1995, 7–24
- Dienes, K., Beitrag in: *Gebundene Genehmigung oder Quasi-Planfeststellung? Anhörung des Arbeitskreises für Umweltrecht*, Berlin (Erich Schmidt) 1991
- Dilling, O., *Grenzüberschreitende Produktverantwortung*, Baden-Baden (Nomos) 2009
- Dilling, O., M. Herberg, G. Winter (Hrsg.) *Transnational administrative rule-making: Performance, legal effects, and legitimation*, Oxford (Hart) 2011
- Dirnberger BauGB § 1a, in BeckOK BauGB 63. Ed. 1.8.2024, Rn. 39–39.4
- Duden, *Das Herkunftswörterbuch* (Duden), 6. Aufl. 2024
- Ehlers, D., C. F. Germelmann, in: dies. (Hrsg.) *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten* Berlin (de Gruyter) 5. Aufl. 2023
- Ehmke, H., *Wirtschaft und Verfassung*, Karlsruhe (C.F. Müller) 1961
- Ekardt, F., *Theorie der Nachhaltigkeit*, Baden-Baden (Nomos) 2011
- Ekardt, F., *Ökonomische Bewertung – Kosten-Nutzen-Analyse – ökonomische Ethik*, Marburg (Metropolis) 2018
- Enquête-Kommission des Deutschen Bundestages "Schutz des Menschen und der Umwelt" (Hrsg.), *Die Industriegesellschaft gestalten*, 1994
- Erbguth, W., *Öffentliches Baurecht*, München (Beck) 5. Aufl. 2009
- Erbguth, W., A. Schink, *Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung. Kommentar*, München (Beck) 2. Aufl. 1996

- Endres, A., D. Rübbecke, Umweltökonomie, Stuttgart (Kohlhammer) 5. Aufl. 2022
- Esser, J., Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl. 1964
- Europäische Chemikalienagentur (ECHA), Leitlinien zur Erstellung sozio-ökonomischer Analysen für Zulassungsanträge, Version 1 Januar 2011 https://echa.europa.eu/documents/10162/2324906/sea_authorisation_de.pdf/96a0b858-f68d-4f8e-a3c4-e45868b114da
- Faber, H., Verwaltungsrecht, Tübingen (Mohr Siebeck) 2. Aufl. 1989
- Feldhaus, G., Der Vorsorgegrundsatz des Bundes-Immissionsschutzgesetzes, DVBl. 1980, 133 ff.
- Fikentscher, W., Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. IV, Tübingen (Mohr Siebeck) 1977
- Fisahn, A., Der Begriff des öffentlichen Interesses im Fachplanungs- und Naturschutzrecht, in: L. Krämer (Hrsg.) Recht und Um-Welt. Essays in Honour of Prof. Dr. Gerd Winter, Groningen (Europa Law Publishing) 2003, S. 185–205
- Fisahn, A., Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, Tübingen (Mohr Siebeck) 2002
- Fischer-Lescano, A., Globalverfassung. Die Geltungsbegründung der Menschenrechte, Göttingen (Velbrück) 2005
- Fluthwedel, A., Die Rolle des DIN – wie entstehen DIN-Normen, in: R. Friedel, E. A. Spindler (Hrsg.) Zertifizierung als Erfolgsfaktor, Wiesbaden (Springer Gabler) 2016, S. 513–538
- Frenz, W., Zumutbare Alternativen nach § 34 Abs. 3 BNatSchG. Natur und Recht 2015, S. 683–686.
- Forsthooff, E., Anrecht und Aufgabe einer Verwaltungslehre, H. Siedentopf (Hrsg.) Verwaltungswissenschaft, Darmstadt (Wiss. Buchgesellschaft) 1976, S. 288–308
- Franzius, C., Gewährleistung im Recht. Grundlagen eines europäischen Regelungsmodells öffentlicher Dienstleistungen, Tübingen (Mohr Siebeck) 2009
- Franzius, C., Ansätze einer Verfahrensmodellierung der Stromnetzplanung, FEU Research Paper No. 4/2017, Bremen 2017
- Franzius, C., Maßstäbe des Verwaltungshandelns im Umweltrecht, in: W. Kahl, M. Ludwigs (Hrsg.) Handbuch des Verwaltungsrechts. Bd. V Heidelberg (C. F. Müller) 2023, S. 501–536
- Frey, B.S., F. Oberholzer-Gee, Zum Konflikt zwischen intrinsischer Motivation und umweltpolitischer Instrumentenwahl, in: H. Siebert (Hrsg.) Elemente einer rationalen Umweltpolitik, Tübingen (Mohr Siebeck) 1996, 207–238
- Freytag, Chr., Vertretbarkeit von im Rahmen des Zulassungsverfahrens festgestellten Auswirkungen von Pflanzenschutzmitteln auf den Naturhaushalt, AgrarR 1994, 112 ff.
- Friedrich, A., 3. Sustainable Mobility, in: Digitale Bibliothek der Friedrich Ebert Stiftung, Stand 2024, <http://library.fes.de/fulltext/fo-wirtschaft/00357004.htm>
- Friedrichsen, L., Umweltbelastende Vorhaben und Alternativen in der Planfeststellung, Frankfurt/M (Peter Lang) 2004

- Führ, M., *Eigen-Verantwortung im Rechtsstaat*, Berlin (Duncker & Humblot) 2003
- Garcia Ureta, A., *EU biodiversity law: Wild birds and habitats directives*, Groningen (Europa Law Publishing) 2020
- Garnett, K., G. Van Calster, *The Concept of Essential Use: A Novel Approach to Regulating Chemicals in the European Union*, TEL 2021, S. 159 ff.
- Gassner, E., *Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung. Kommentar*, Heidelberg 2006
- Gassner, E., A. Winkelbrandt, D. Bernotat, *UVP und strategische Umweltprüfung. Rechtliche und fachliche Anleitung für die Umweltprüfung*, Heidelberg (C. F. Müller) 5. Aufl. 2010
- Gawel, E., *Technologieförderung durch „Stand der Technik“: Bilanz und Perspektiven*, in: M. Eifert, W. Hoffmann-Riem (Hrsg.) *Innovationsfördernde Regulierung*, Berlin (Duncker & Humblot) 2009, S. 197–220
- Geiger, Th., *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Neuwied (Luchterhand) 1964
- Gellermann, M., *Natura 2000. Europäisches Habitatschutzrecht und seine Durchführung in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin Wien (Blackwell) 2. Aufl. 2001
- Goodwin, N., J. A. Nelson, F. Ackerman, Th. Weiskopf, *Microeconomics in context*, Armonk (M. E. Sharpe) 2. Aufl. 2009
- Greger, R., H. Unberath, *Mediationsgesetz. Recht der alternativen Konfliktlösung*, München (Beck) 2012
- Groß, Th., *Zur Zulässigkeit der Bedarfsprüfung bei der Entscheidung über umweltrelevante Vorhaben*, *Verwaltungsarchiv* 1997, S. 89 ff.
- Groß, Th., *Die Alternativenprüfung in der Umweltverträglichkeitsprüfung*, *NVwZ* 2001, S. 513–519
- Guglielmi, G.J., G. Koubi, *Droit du service public*, Paris (Montchrestien) 2. Aufl. 2007
- Häberle, P., *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, in: ders., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Berlin (Duncker & Humblot) 2. Aufl. 1996, S. 156–224
- Haas, H., R. v. Kienle, *Lateinisch-deutsches Wörterbuch*, Heidelberg (Kerle Verlag) 1952
- Hansjürgens, B., N. Lienhoop, *Was uns die Natur wert ist*, Marburg (Metropolis) 2015
- Hartmann, C., *NEPA: Business as usual: the weaknesses of the National Environmental Policy Act*, *Journal of Air Law and Commerce* 1994, S. 709 ff.
- Hansson, S., L. Molander, C. Rudén, *The substitution principle*, *Regulatory Toxicology and Pharmacology*, 2011, S. 454–460
- Heidmann, M., *Die Alternativenprüfung bei Planungsentscheidungen*, Frankfurt/M (Peter Lang) 2012
- Herberg, M., *Globalisierung und private Selbstregulierung. Umweltschutz in multinationalen Unternehmen*, Frankfurt/M (Campus) 2007
- Hoffmann-Riem, W., *Von der Antragsbindung zum konzertierten Optionenermessen*, *DVBl.* 1994, 605 ff.
- Hoffmann-Riem, W., *Eigenständigkeit der Verwaltung*, in: W. Kahl, M. Ludwigs (Hrsg.) *Handbuch des Verwaltungsrechts. Bd. V* Heidelberg (C. F. Müller) 2023, S. 623–714

- Hoffmann-Riem, W., A. Pilniok, Eigenständigkeit der Verwaltung, in: A. Vosskuhle, M. Eifert, Chr. Möllers (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, München (Beck) 3. Aufl. 2022, § 12 (S. 855–976)
- Hofmann, H., Grundpflichten und Grundrechte, in: J. Isensee, P.Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts, Heidelberg (C.F.Müller) 2. Aufl. 1992, § 114 (S. 321–351)
- Holder, J., Environmental Assessment. The Regulation of Decision-Making, Oxford (OUP) 2004
- Hoppe, W., Das Abwägungsgebot in der Novellierung des Baugesetzbuches, DVBl. 1994, S. 1033 ff.
- Huber, E.R., Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, Hamburg (Hanseatische Verlagsanstalt) 1937/1939
- Iborra, M., M. Riera, (2022) Corporate social irresponsibility: What we know and what we need to know. Corporate Social Responsibility and Environmental Management 2022, S. 1–19. <https://doi.org/10.1002/csr.2428>
- Jarass, H. D., Umweltverträglichkeitsprüfung bei Industrievorhaben, Köln (Carl Heymanns) 1987
- Isensee, J., Die verdrängten Grundpflichten des Bürgers, DÖV 1982, S. 609–618
- Jarass, H. D., Bundesimmissionsschutzgesetz. Kommentar, München (Beck) 2024
- Jarass, H. D., Die Planfeststellung privater Vorhaben: zugleich ein Beitrag zu den Grundlagen der Planrechtfertigung, der Schutzmaßnahmen und der Ausgleichentschädigung, Münster (Zentralinstitut für Raumplanung) 2003
- Jörgensen, M., G. Winter, Rechtliche Probleme der Freisetzung von gentechnisch veränderten Organismen, ZUR 1996, S. 293 ff.
- Jaspersen, Th., Produkt-Controlling, München (Oldenbourg) 2. Aufl. 1995
- Jestaedt, M., Verhältnismäßigkeit als Verhaltensmaß, in: M. Jestaedt, O. Lepsius (Hrsg.) Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, Tübingen (Mohr Siebeck) 2015, S. 293–303
- Jürschik, U., Steuerungsstrategien und Rechtsinstrumente der Suffizienzpolitik, in: M. Reese, W. Köck, T. Markus (Hrsg.) Zukunftsfähiges Umweltrecht II: Suffizienz im Recht, Baden-Baden (Nomos) 2023, S. 87–118
- Jürschik, U., Suffizienz und Recht, Tübingen (Mohr Siebeck) 2024
- Kern, M., Versorgungspflichten in der Europäischen Union. Mitgliedstaatliche Ursprünge und europäische Perspektiven im Telekommunikations-, Post-, Energie- und Eisenbahnbereich, Tübingen (Mohr Siebeck) 2022
- Kersten, J., Das ökologische Grundgesetz, München (Beck) 2022
- Kirchgässner, G., Homo oeconomicus. Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Tübingen (Mohr Siebeck) 4. Aufl. 2013
- Kingreen, T., R. Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, Heidelberg (C. F. Müller) 39. Aufl. 2023

- Kling, A., Klimaverträglichkeitsprüfung vor Gericht. Vorgaben aus dem klimaschutzrechtlichen Berücksichtigungsgebot des § 13 KSG und der Umweltverträglichkeitsprüfung in der gerichtlichen Kontrolle, Baden-Baden (Nomos) 2023
- Kloepfer, M., Umweltschutz als Verfassungsrecht: Zum neuen Art. 20 a GG, DVBl. 1996, 73 ff.
- Kloepfer, M., E. Reh binder, E. Schmidt-Assmann, Ph. Kunig, Umweltgesetzbuch – Allgemeiner Teil -, 1990
- Kloepfer, M., Umweltrecht, München (Beck) 3. Aufl. 2004
- Kment, M., § 14g Umweltbericht. In: Hoppe, W. & M. Beckmann (Hrsg.): Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPg). Kommentar, Köln 4. Aufl. 2012 S. 444–475
- Koch, H. J., Abwägungsvorgang und Abwägungsergebnis als Gegenstände gerichtlicher Planungskontrolle, DVBl. 1989, 399 ff.
- Köck, W., Umweltschutzsichernde Betriebsorganisation als Gegenstand des Umweltrechts: Die EG-"Öko-Audit"-Verordnung, JZ 1995, 643 ff.
- Köck, W., Ökologische Verhältnismäßigkeit und Umweltverfassung, ZUR 2023, S. 643–650
- Köck, W., Verfassungsrechtliche Erfordernisse der Biodiversitätssicherung, EurUP 2024, S. 226–234
- Köck, W., E. Gawel, Grundwasserentnahmeabgaben beim Kohlebergbau – Zur Rechtsprechung des BVerfG und BVerwG, ZUR 2022, S. 541–549
- Kodal, K., H. Krämer, Straßenrecht, München (Beck) 1996
- Korioth, St., Europäische und nationale Identität, VVDStRL 62 (2003) S. 117–155
- Kramer, F., H. G. Appelt, Die neuen Techniken der Produktinnovation, München (Verlag Moderne Industrie) 1974
- Krämer, L., Krämer's EU Environmental Law, Oxford (Hart) 9. Aufl. 2024
- Krämer, L., E. Orlando (Hrsg.) Principles of Environmental Law, Cheltenham (Elgar) 2018
- Krauß, G., Bedarfsprüfung für Energieversorgungsanlagen im immissionsrechtlichen Genehmigungsverfahren, NVwZ 1995, 959 ff.
- Kühling, J., W. Rasbach, C. Busch, Energierecht, Baden-Baden (Nomos) 5. Aufl. 2022
- Kupfer, D., Die Verteilung knapper Ressourcen im Wirtschaftsverwaltungsrecht, Baden-Baden (Nomos) 2005
- Lackey, M. E., Misdirecting NEPA: leaving the definition of reasonable alternatives in the EIS to the applicants, George Washington Law Review 1992, 1232 ff.
- Ladeur, K.-H., Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft, Berlin (Duncker & Humblot) 1995
- Ladeur, K.-H., Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik. Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie, Tübingen (Mohr Siebeck) 2004

- Landmann/Rohmer, Umweltrecht. Bundesimmissionsschutzgesetz, München (Beck) 2024
- Lambrecht, H., T. Trautner et al., Fachinformationssystem und Fachkonventionen zur Bestimmung der Erheblichkeit im Rahmen der FFH-VP – Endbericht zum Teil Fachkonventionen, Schlussstand Juni 2007. – FuE-Vorhaben im Auftrag des Bundesamtes für Naturschutz – FKZ 804 82 004. https://www.bfn.de/sites/default/files/BfN/planung/eingriffsregelung/Dokumente/lambrecht_u_trautner_-2007.pdf
- Langstädtler, S., Effektiver Umweltschutz in Planungskaskaden, Baden-Baden (Nomos) 2021
- Larenz, K., Rechtsperson und subjektives Recht. Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935
- Lavrik, M., Customary Norms, General Principles of International Environmental Law, and Assisted Migration as a Tool for Biodiversity Adaptation to Climate Change, *Jur Cogens* (2022) 4: 99–129. <https://doi.org/10.1007/s42439-022-00055-8>
- Lepenies, Ph., Verbot und Verzicht. Politik aus dem Geiste des Unterlassens, Berlin (Suhrkamp) 2022
- Löhr, R.-P. in U. Battis, M. Krautzberger, R.-P. Löhr (Hrsg), Baugesetzbuch, München (Beck) 12. Aufl. 2014, § 9 BauGB
- Luchterhandt, O., Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, Berlin (Duncker & Humblot) 1988
- Lübbe-Wolff, G., Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen, Baden-Baden (Nomos) 1988
- Lübbe-Wolff, G., Die EG-Verordnung zum Umwelt-Audit, DVBl. 1994, 361 ff.
- Luhmann, N., Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin (Duncker & Humblot) 1965
- Luhmann, N., Die Paradoxie des Entscheidens, *VerwArch* 1993, 287 ff.
- Lyotard, J.-F., Ökonomie des Wunsches. *Economie libidinale* 1974, dt. Ausg. Bremen (Impuls Verlag) 1984
- Mareddy, A.R., *Environmental Impact Assessment : Theory and Practice*, Elsevier Science & Technology, 2017. ProQuest Ebook Central, <https://ebookcentral.proquest.com/lib/suub-shib/detail.action?docID=4882551>.
- Markus, T., *European fisheries law: from promotion to management*, Groningen (Europa Law Publishing) 2009
- Markus, T., *Rechtsvergleichung im Völkerrecht*, Tübingen (Mohr Siebeck) 2021
- Markus, T., *Umweltrechtssoziologie als transformative Wissenschaft*, *ZUR* 2023, S. 664–672
- Marx, K., *Briefe aus den französischen Jahrbüchern*, September 1843, Ausg. MEW, Berlin (Dietz) 1962 Bd. 1, S.343 – 346
- Mayer, O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2. Band, München und Leipzig (Duncker & Humblot) 2. Aufl. 1917

- Mecklenburg, W., Über das Apriorische der Bundesfernstrassen, in: L. Krämer (Hrsg.) *Recht und Um-Welt. Essays in Honour of Prof. Dr. Gerd Winter*, Groningen (Europa Law Publishing) 2003, 113–135
- Meinecke, F., *Die Idee der Staatsräson*, 3. Aufl. 1963
- Mintzberg, H., *The Rise and Fall of Strategic Planning*, 1994
- Miron, N. C., L. Cashman, *European Union Case Law on the Birds and Habitat Directives*, Alphen aan den Rhoijn (Wolters Kluwer) 2024
- Mitschang, St., in: U. Battis, St. Mitschang, R.-P. Löhr (Hrsg.) *Baugesetzbuch*, München (Beck) 15. Aufl. 2022, § 9 BauGB
- Möllers, Th. M. J., *Juristische Methodenlehre*, München (Beck) 6. Aufl. 2025
- Müller, Ph., *Abschied von der Planrechtfertigung*, Berlin (Duncker & Humblot) 2005
- Müllerova, H., Right to environment, balancing of competing interests and proportionality, *The Lawyer Quarterly* 2018, S. 129–141
- Murswiek, D., *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, Berlin (Duncker & Humblot) 1985
- Murswiek, D., Ein Schritt in Richtung auf ein ökologisches Recht, *NVwZ* 1996, 417 ff.
- Murswiek, D., Privater Nutzen und Gemeinwohl im Umweltrecht, *DVBl.* 1994, 81 ff.
- Murswiek, D., Staatsziel Umweltschutz (Art. 20 a GG), *NVwZ* 1996, 222 ff.
- Murswiek, D., Schadensvermeidung – Risikobewältigung – Ressourcenbewirtschaftung
Zum Verhältnis des Schutz-, des Vorsorge- und des Nachhaltigkeitsprinzips als Prinzipien
des Umweltrechts, in: Lerke Osterloh, Karsten Schmidt, Hermann Weber (Hrsg.) *Staat, Wirtschaft, Finanzverfassung: FS für Peter Selmer zum 70. Geburtstag*, Berlin (Duncker & Humblot) 2004, S. 417–442
- Nahamowitz, P., Effektivität wirtschaftsrechtlicher Steuerung: Ein Beitrag zur Autopoiesis-Debatte, *Kritische Justiz* 1987, 411–433
- Novick, Sh. M. (ed.), *Law of Environmental Protection*, Stand 6/96
- OECD 2011, *OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen*, Paris (OECD Publishing) 2011. http://www.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-leitsatze-fur-multinationale-unternehmen_9789264122352-de
- OECD 2024, *OECD-Guidelines for Multinational Enterprises on responsible Business Conduct*, OECD Publishing 2024. <https://doi.org/10.1787/81f92357-en>.
- Ossenbühl, F., M. Cornils, *Staatshaftungsrecht*, München (Beck) 6. Aufl. 2013
- Papier, H.-J., in: Maunz–Dürig, *Grundgesetz. Kommentar*, Erg. Lief. 1994, Art. 14
- Pareto, V., *The Mind and Society*, New York (Harcourt) 1935
- Peel, J. H. M. Osofsky, A Rights Turn in Climate Litigation, *TEL* 2018, 37
- Peters, B., N. Schaks, Die Verhältnismäßigkeit unilateraler, nationaler Maßnahmen zum Schutz globaler Umweltgüter, in: T. Markus, M. Reese, W. Köck (Hrsg.) *Zukunftsfähiges Umweltrecht III: Unilaterale Beiträge zur globalen Nachhaltigkeitsordnung*, Baden-Baden (Nomos) 2023, S. 171–206
- Peters, H.-J., S. Balla, *Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung*.

- Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden (Nomos) 3. Aufl. 2006
- Peters, H. J., E. Weingarten, S. Schicketanz, St. Balla, Th. Bunge, Die Alternativenprüfung in
der Strategischen Umweltprüfung und der Umweltverträglichkeitsprüfung, Texte
83/2020, Dessau (Umweltbundesamt) 2020
- Poscher, R., Theorie eines Phantoms – Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach
ihrem Gegenstand, Rechtswissenschaft 2010 S. 349 – 372
- Preuß, U. K., Die Internalisierung des Subjekts, Frankfurt/M (Suhrkamp) 1979
- Ramsauer, U., Rechtsschutz durch nachvollziehende Kontrolle, in: E. Schmidt-Aß-
mann, D. Sellner, G. Hirsch, G.-H. Kemper, H. Lehmann-Grube (Hrsg.) Festgabe
50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, Köln (Carl Heymanns) 2003, S. 699–726
- Ramsauer, U., K. Bieback, Planfeststellung von privatnützigen Vorhaben, NVwZ 2002,
277 ff.
- Redeker, K., Legislative, Exekutive und Verwaltungsgerichtsbarkeit, NVwZ 1996, 126 ff.
- Reese, M., Suffizienz – Rechtliche Aspekte und Perspektiven, in: M. Reese, W. Köck, T.
Markus (Hrsg.) Zukunftsfähiges Umweltrecht II: Suffizienz im Recht, Baden-Baden
(Nomos) 2023, S. 9–64
- Rehbinder, E., Ziele, Grundsätze, Strategien und Instrumente, in: E. Rehbinder, A.
Schink (Hrsg.) Grundzüge des Umweltrechts, Berlin (E. Schmidt) 5. Aufl. 2018,
S. 149–308
- Rehbinder, E., Stoffrecht, in: E. Rehbinder, A. Schink (Hrsg.) Grundzüge des Umwelt-
rechts, Berlin (E. Schmidt) 5. Aufl. 2018, S. 1203–1292
- Rehbinder, M., Rechtssoziologie, München (Beck) 7. Aufl. 2009
- Rehhausen, A., J. Albrecht, G. Geißler, A. Hoppenstedt, J. Köppel, I. Magel, F. Scholles,
B. Stemmer, B., R.-U. Syrbe, W. Wende, SUP-Qualitätskriterien: Ansprüche an eine
Strategische Umweltprüfung, UVP-report 29 (2) 2014, S. 96–103
- Reimer, F., Verfassungsrechtliche Aspekte der Suffizienz, in: M. Reese, W. Köck, T.
Markus (Hrsg.) Zukunftsfähiges Umweltrecht II: Suffizienz im Recht, Baden-Baden
(Nomos) 2023, S. 119–162
- Reimer, Ph., Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept, in
M. Jestaedt, O. Lepsius (Hrsg.) Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfas-
sungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, Tübingen (Mohr Siebeck) 2015, e-Ausg. 2021
S. 60–77
- Remmert, B., Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Über-
maßverbotes, 1995
- Ridder, H., Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, Opladen (Westdeutscher Verlag)
1975
- Rittstieg, H. in: Kommentar zum Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland (Reihe
Alternativkommentare), 2. Aufl. 1989, Art. 14
- Rödig, J., Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, 1969
- Rose-Ackerman, S., Controlling Environmental Policy. The Limits of Public Law in
Germany and the United States, 1995

- Rubik, F., Integrierte Produktpolitik, Marburg (Metropolis) 2002
- Sachs, W., Suffizienz. Umriss einer Ökonomie des Genug, UmweltWirtschaftsForum 23 (1) 2015, S. 3–9
- Sachverständigenrat für Umweltfragen (SRU), Umwelt und Straßenverkehr. Hohe Mobilität – Umweltverträglicher Verkehr. Sondergutachten 2005, Baden-Baden (Nomos) 2005
- Sachverständigenrat für Umweltfragen (SRU), Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, Berlin (SRU) 2022
- Sachverständigenrat für Umweltfragen (SRU), Suffizienz als „Strategie des Genug“: Eine Einladung zur Diskussion, Berlin (SRU) 2024
- Sand, P., Global environmental change and the nation state: sovereignty bounded? In: G. Winter (ed.) Multilevel governance of global environmental change, Cambridge (CUP) 2006, 519–538
- Sanders, J., J. Heß, K.-J. Hülsbergen, K. Stein-Bachinger, Einführung, in: J. Sanders, J. Heß (Hrsg.) Leistungen des ökologischen Landbaus für Umwelt und Gesellschaft, Thünen Report 65, Braunschweig: Johann Heinrich von Thünen-Institut, 2019.
- Schink, A., Gemeinschaftsrechtliche Fortentwicklung der Umweltverträglichkeitsprüfung, DVBl. 1995, 73 ff.
- Schink, A., Rechtsnormative Anforderungen an Standorte für Abfallentsorgungsanlagen, DVBl. 1994, 245 ff.
- Schlarmann, L., Die Rechtsprechung zur Alternativenprüfung im Planungsrecht, DVBl. 1992, 871 ff.
- Schlarmann, L., Die Alternativenprüfung im Planungsrecht, Münster (Institut für Siedlungs- und Wohnungswesen) 1991
- Schmidt, Chr., Bauleitplanung und Immissionsschutz für gewerbliche Anlagen, 1992
- Schmidt, H. (Hrsg.), Allgemeine Erklärung der Menschenpflichten, Zürich (Piper) 1997
- Schmitt, C., Die Grundrechte und Grundpflichten des deutschen Volkes, in: G. Anschütz, R. Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Tübingen (Mohr) Bd. 2, 1932, S. 572 ff.
- Schmitt, C., Politische Theologie, 2. Ausg. 1934
- Schmitt, C., Verfassungslehre (1928), 4. unveränd. Aufl. 1965
- Schneider, J. P., Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, 1991
- Schoenbaum, Th. J., R. H. Rosenberg, Environmental Policy Law, 2nd edition 1991
- Scholz, R. in Maunz-Dürig, Grundgesetz. Kommentar, München (Beck) Erg. Lief. 1984
- Seifried, D., Gute Argumente: Verkehr, München (Beck) 1990
- Sellner, D., Zum Vorsorgegrundsatz im Bundesimmissionsschutzgesetz, NJW 1980, 1255 ff.
- Sendler, H., Wer gefährdet wen: Eigentum und Bestandsschutz den Umweltschutz – oder umgekehrt?, UPR 1983, 33 ff.

- Sendler, H., Neue Entwicklungen bei Rechtsschutz und gerichtlicher Kontrollrechte im Planfeststellungsrecht, in: J. Kormann (Hrsg.) Aktuelle Fragen der Planfeststellung, München (Jehle) 1994, S. 9–38
- Serres, M., *Le Contrat Naturel*, Paris (Flammarion) 1992, S. 51–84
- Siegel, Th., Mediation in der Planfeststellung, DVBl. 2012, 1003
- Simon, H. A., *Administrative Behavior*, New York (The Free Press) 4. Aufl. 1997
- Simon, H.A., Rational decision-making in business organisations, in: C. Antonelli (ed.) *The economics of innovation*, vol. IV, Oxon (Routledge) 2008, 59–88
- Singer, R., Das Sozialmodell des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Wandel, in: St. Grundmann, M. Klopfer, Chr. Paulus, R. Schröder, G. Werle (Hrsg.) *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt Universität zu Berlin: Geschichte, Gegenwart und Zukunft*, Berlin (De Gruyter) 2018, S. 981–1014
- Smend, R., *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin (Duncker & Humblot) 3. Aufl. 1994, S. 119–276
- Smend, R., *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht* (1933), in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin (Duncker & Humblot) 3. Aufl. 1994, S. 309–325
- Smend, R., Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer und der Richtungsstreit (1973), in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, (Duncker & Humblot) 3. Aufl. 1994, S. 620–635
- Smend, R., *Integrationslehre* (1956), in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin (Duncker & Humblot) 3. Aufl. 1994, S. 475–481
- Soell, H., F. Dirnberger, Wieviel Umweltverträglichkeit garantiert die UVP?, NVwZ 1990, 711 ff.
- Sorgenicht, K., W. Weichert, T. Riemann, H.-J. Semler (Hrsg.) *Verfassung der deutschen Demokratischen Republik. Dokumente. Kommentar*, Bd. 1, Berlin (Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik) 1969
- Spannowsky, W., Städtebauliche Verträge als Instrumente zur Bewältigung komplexer städtebaulicher Entwicklungsaufgaben bei der Wiedernutzung von Brachflächen?, UPR 1996, 201 ff.
- Spießhofer, B., *Unternehmerische Verantwortung. Zur Entstehung einer globalen Wirtschaftsordnung*, Baden-Baden (Nomos) 2017
- Steinberg, R., *Fachplanung*, 1993
- Stirn, B., Y. Aguila, *Droit publique français et européen*, Paris (Presses Sciences Po/Dalloz) 31ème éd. 2020
- Stober, R., *Grundpflichten und Grundgesetz*, Berlin (Duncker & Humblot) 1979
- Stohler, J., Zur rationalen Planung der Infrastruktur, in: U. E. Simonis (Hrsg.), *Infrastruktur*, 1977
- Streinz, R., *Europarecht*, Baden-Baden (Nomos) 12. Aufl. 2023
- Stürer, B., W. Probstfeld, *Planfeststellung*, München (Beck) 2. Aufl. 2016
- Sumner, W. G., *Folkways. A study of the sociological importance of usages, manners, customs, mores and morals*, Boston (Ginn and Company) 1906
- Szczekalla, P., *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, Berlin (Duncker & Humblot) 2022

- TEEB (The Economics of Ecosystems and Biodiversity), The Economics of Ecosystems and Biodiversity: Mainstreaming the Economics of Nature: A synthesis of the approach, conclusions and recommendations of TEEB, 2010. https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/46086/TEEB_Synthesis_Report%202010_EN.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Teubner, G., *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt/M (Suhrkamp) 1989
- Teubner, G. (Hrsg.), *Global Law without a state*, Dartmouth (Aldershot) 1997
- Teubner, G., *Verfassungen ohne Staat? Zur Konstitutionalisierung transnationaler Regimes*, in: St. Kadelbach, K. Günther (Hrsg.) *Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung*, Frankfurt/New York (Campus) 2011. S. 49–100
- Teubner, G., *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Berlin (Suhrkamp) 2012
- Tietje, Chr., *Internationalisiertes Verwaltungshandeln*, Berlin (Duncker & Humblot) 2000
- Toope, St. J., *Formality and informality*, in: D. Bodansky, J. Brunnée, E. Hey (Hrsg.) *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford (OUP) 2007, 107–124
- UN High Commissioner for Human Rights (UNHCHR), UN Environment Programme (UNEP), UN Development Programme (UNDP), *What is the Right to a healthy Environment. Information Note*, 2023. <https://www.undp.org/publications/what-right-healthy-environment>
- Unverzag, K., *Umweltschutz im Grundgesetz. Über die Notwendigkeit eines Umweltgrundrechts*, Baden-Baden (Nomos) 2024
- USDA Forest Service (2016a) *White River National Forest. Dillon Ranger District. Summit County Colorado: Arapahoe River Basin Ski Area Projects. Final Environmental Impact Statement*. <http://www.fs.usda.gov/projects/whiteriver/landmanagement/projects>
- USDA Forest Service (2016b) *White River National Forest. Dillon Ranger District. Summit County Colorado: Arapahoe River Basin Ski Area Projects. Draft Record of Decision*. <http://www.fs.usda.gov/detail/whiteriver/news-events/?cid=FSERD513269>
- Verbeek, B., *The Anthropologie der Umweltzerstörung*, Darmstadt (Wissenschaftliche Buchgesellschaft) 2. Aufl. 1994
- Verschuuren, J., *Principles of environmental law*, Baden-Baden (Nomos) 2003
- Vieweg, Th., *Topik und Jurisprudenz*, 3. Aufl. 1954
- Voigt, R. (Hrsg.) *Gegentendenzen zur Verrechtlichung*, Opladen (Westdeutscher Verlag) 1983
- von Mangoldt, H., *Das Bonner Grundgesetz*, Berlin (Vahlen) 1953
- von Stein, L., *Die Verwaltungslehre. Teil 2 Die Lehre von der Innern Verwaltung* (1865) Ausg. Aalen (Scientia Verlag) 1975
- Vosskuhle, A., *Das Kompensationsprinzip. Grundlagen einer prospektiven Ausgleichsordnung für die Folgen privater Freiheitsbetätigung – Zur Flexibilisierung des Verwaltungsrechts am Beispiel des Umwelt- und Planungsrechts*, Tübingen (Mohr Siebeck) 1999

- Wahl, R., Das Raumordnungsverfahren am Scheideweg, in: Festschrift H. Sendler, 1991, S. 199 ff.
- Warning, M.J., Transnational public governance. Networks, Law and Legitimacy, New York (Palgrave Macmillan) 2009
- Weber, M., Die protestantische Ethik und der "Geist" des Kapitalismus, 1904/1905, Ausg. Frankfurt (Syndikat) 1993
- Weber, M., Rechtssoziologie, 1922, Ausgabe Neuwied (Luchterhand) 1960
- Wendel, M., Leistungsfähigkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips, Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, Berlin (De Gruyter) i. E.
- Wesche, T., Die Rechte der Natur. Vom nachhaltigen Eigentum, Frankfurt/M (Suhrkamp) 20323
- Wickel, M., Bauplanung, in Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht, Heidelberg (C. F. Müller) B. 2, 4. Aufl. 2020, § 40
- Wieacker, F., Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Karlsruhe (C. F. Müller) 1953
- Wieacker, F., Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen (Vandenhoeck & Ruprecht) 1967
- Wiethölter, R., Zur politischen Funktion des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, KJ 1970, 121 ff.
- Winter, Georg, Das umweltbewußte Unternehmen. Die Zukunft beginnt heute, München (Vahlen), 1998
- Winter, G., Das Vollzugsdefizit im Wasserrecht, Berlin (Erich Schmidt) 1975
- Winter, G., Tauschförmiges Recht, zum Beispiel Wohnungsbauförderung und Abwasserabgabe, KJ 1978, S. 254 ff.
- Winter, G., Bartering Rationality in Regulation, in: Law and Society Review 1985, S. 219 ff.
- Winter, G., Bedürfnisprüfung im Fachplanungsrecht, NuR 1985, 41 ff.
- Winter, G., Über Pflöcke im wandernden Rechtsboden. Die Eigentumskonzeption des Bundesverfassungsgerichts und Ferdinand Lassalles Theorie erworbener Rechte, KJ 1986, S. 459 – 470
- Winter, G., Die Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs der Bundesregierung über die UVP vom 29.6.1988 mit der EG-Richtlinie 85/337, NuR 1989, 197 ff.
- Winter, G., Alternativen in der administrativen Entscheidungsbildung. Zugleich ein Beitrag zu einer Grundpflicht ökologischer Verhältnismäßigkeit, Düsseldorf (Werner Verlag) 1997
- Winter, G., Umwelt Ressource Biosphäre. Ansichten von Natur im Recht, Bremen (Manholt) 2000
- Winter, G., Einführung, in: ders. (Hrsg.) Die Umweltverantwortung multinationaler Unternehmen. Selbststeuerung und Recht bei Auslandsinvestitionen, Baden-Baden (Nomos) 2005, S. 3–35
- Winter, G., Rationing the Use of Common Resources: Problems of Design and Constitutionality, in: D. Oliver, T. Prosser, R. Rawlings (Hrsg.), The Regulatory State: Constitutional Implications, Oxford (Oxford University Press) 2010, 129 – 156

- Winter, G., Das Klima ist keine Ware. Eine Zwischenbilanz des Emissionshandelssystems, ZUR 2009, 289 – 298
- Winter, G., Lob des Flaschenhalses. Über Verkehrsbegrenzung durch Straßenplanungsrecht, in: K.-P. Dolde, K. Hansmann, St. Paetow, E. Schmidt-Assmann (Hrsg.) *Verfassung – Umwelt – Wirtschaft. Festschrift für Dieter Sellner zum 75. Geburtstag*, München (Beck) 2010, 193–206
- Winter, G., Ökologische Verhältnismäßigkeit, ZUR 2013, 387–395
- Winter, G., Cultivation Restrictions for Genetically Modified Plants. On Variety of Risk Governance in European and International Trade Law, in: *The European Journal of Risk Regulation* 2016, S. 120 – 143
- Winter, G., International principles of marine environmental protection, in: M. Salomon, T. Markus (Hrsg.) *Handbook of marine environment protection*, Cham (Springer International Publishing) 2018, S. 585–605
- Winter, G., Rechtsprobleme im Anthropozän: Vom Umweltschutz zur Selbstbegrenzung, ZUR 2017, 267–276
- Winter, G., Von der Bewahrung zur Bewirtschaftung – Ein Kommentar zum zweiten Klimabeschluss des BVerfG, ZUR 2022, 215–221
- Winter, G., Plaumann withering: Standing before the EU General Court underway from distinctive to substantial concern, *EJLS* 2023, 85–123
- Winter, G., The European Union's deregulation of plants obtained from new genomic techniques: a critique and an alternative option, *Environmental Sciences Europe* (2024) S. 36–47. <https://doi.org/10.1186/s12302-024-00867-z>
- Wirth, O., A. Reihlen, D. Jepsen, D. Bunke, Assessment of the Authorisation Process under REACH, UBA Texte 41/2021, Dessau (Umweltbundesamt) 2021
- Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung für Globale Umweltveränderungen (WBGU), *Erhaltung und nachhaltige Nutzung der Biosphäre*, Berlin u.a. (Springer) 1999
- Wolff, M., Reichsverfassung und Eigentum, in: *Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum*, Tübingen (Mohr, Siebeck) 1923, S. 2–30
- Wollenschläger, F., *Verteilungsverfahren. Die staatliche Verteilung knapper Güter: verfassungs- und unionsrechtlicher Rahmen, Verfahren im Fachrecht, bereichsspezifische verwaltungsrechtliche Typen- und Systembildung*, Tübingen (Mohr Siebeck) 2010
- Wood, C.; Barker, A.; Jones, C. & Hughes, J. (1996): *Evaluation of the performance of the EIA process. Final report. Vol. 1: Main Report*, Manchester.
<http://ec.europa.eu/environment/archives/eia/eia-studies-and-reports/pdf/eiaperform.pdf>
- Wu, H., Y. Zhang, Y. Zhi, F. Yu, G. Cao, A comprehensive review on the application of socio-economic analyses in chemical management: challenges and opportunities, *Environmental Science and Policy* 154 (2024) 103694
- Wüsthoff, A., *Handbuch des deutschen Wasserrechts*, Berlin (Erich Schmidt) 1949

- Ziekow, J., Handbuch des Fachplanungsrechts, München (Beck) 3. Aufl. 2024
- Yang, T., The Emergence of the Environmental Impact Assessment Duty as a Global Legal Norm and General Principle of Law, 70 Hastings L.J. 525–572 (2019)
- Yaremak, Z., L. Danyliuk, N. Kobetska, Application of the principle of proportionality in regulating environmental conflicts: An experience of Ukraine, Journal of Environmental Law & Policy 04(02) 2024, <https://grassrootsjournals.org/jelp/jelp04.02.09-yaremaketal.pdf>

Stichwortverzeichnis

- Abfallrecht 20
- Abfallvermeidungsgebot 170, 171
- Abschichtungswirkung 108
- Abstraktionshöhe 10, 89, 92, 195
- Abwägungsgebot 12, 33, 40, 47, 48, 68, 83, 174, 178, 186, 187, 188, 191, 206, 209, 212, 232, 243
- Anschub 9, 11, 36, 102, 105, 197, 231, 233
- Anthropologie 97, 250
- Ausgleichsmaßnahmen 81, 168, 211, 213
- Ausstieg 9, 11, 35, 102, 105, 134, 163, 231, 236
- Baufreiheit 167
- Bauleitplanung 68, 166, 248
- Bebauungsplan 80, 166
- Bedarfsplanung 179, 203, 204
- Bedarfsprüfung 100, 133, 242, 244
- Beibringungslast 10, 12, 83, 84, 85, 159, 160, 164, 216
- Benchmarks 104
- Berufsbild 125
- Berufsfreiheit 125, 127, 133
- Bewirtschaftung 9, 11, 20, 35, 102, 104, 134, 165
- Biosphäre 71, 72, 143
- Brundtland-Kommission 143
- Bundesverfassungsgericht 15, 128
- Bürokratische Kosten 11, 109
- CEQ-Regelung 150, 151
- CITES 98
- Chemikalienrecht 13, 20, 46, 62, 85, 95, 107, 110, 158, 169, 213, 214, 215, 216, 226, 228
- Cisgenese 229
- Contrat naturel 53, 24
- Daseinsvorsorge 11, 37, 53, 54, 65, 110, 137, 176, 177
- Disponibilität von Alternativen 10, 86
- Drittbetroffene 32, 107
- Eigenrechte der Natur 11, 140, 142
- Eigentum 108, 112, 113, 115, 116, 119, 120, 123, 126, 135, 138, 181, 248
- Eigenvornahme 9, 36, 177
- Elbevertiefung 46, 91, 110, 181, 195, 196
- Enteignung 65, 67, 163, 179, 180, 181, 191, 205, 206, 208
- Entscheidungstheorie 9, 42
- Environmental Impact Assessment (EIA) 149, 150, 151, 154, 156
- Erforderlichkeitsgebot 132
- Ergebniskontrolle 10, 81, 164
- FFH-Richtlinie 16, 67, 101, 168, 211
- Fachplanungsrecht 20, 50, 67, 79, 82, 95, 156, 187, 189, 190, 194
- Federal Aviation Administration 16
- Fehmarnbeltquerung 179, 183, 185, 192
- Gebietskörperschaften 23, 65
- Gemeinschaftsgut 177
- Gentechnikrecht 13, 228, 229
- Gesetzesvorbehalt 124
- Gewaltenteilung 202
- Grandfathering 103
- Grundpflichten 11, 28, 62, 111, 112, 115, 116, 117, 119, 120, 122, 123, 125, 139, 170, 236, 243, 245, 248, 249
- Grundrechte 11, 18, 87, 96, 111, 115, 116, 119, 120, 122, 123, 126, 134, 135, 137, 138, 140, 235, 236, 239, 240, 243, 245, 248
- Grundwasserabgabe 130
- Gubernative Modelle 9, 34
- Handlungsdirektiven 9, 22, 28, 29
- In dubio pro natura 11, 140, 143
- Industrieanlage 69, 83
- Infrastruktur 12, 24, 56, 59, 64, 65, 75, 96, 174, 176, 178, 187, 190, 201, 235
- Inhaltsbestimmung 163, 167
- Integration 119
- Interventionistisches Modell 9, 32, 33, 34
- Intragenese 229
- Katastrophenrisiken 131
- Klimaschutzrecht 103, 104, 231
- Kollektivgüter 129
- Kompensation 81
- Konsumenten 10, 23, 56, 61, 62, 98, 136, 222
- Kontrollbehörde 33, 34, 191
- Kontrolldichte 13, 86, 208, 249
- Konzeptalternativen 76, 77
- Kreislaufwirtschaft 20, 51
- London Guidelines 21
- Matrix-Verfahren 164
- Monetarisierung 13, 144, 213, 216, 223, 226
- Nachhaltigkeit 11, 140, 143, 230, 240
- Nassentschwefelungsverfahren 161
- Natura 2000 13, 17, 19, 21, 34, 67, 133, 181, 188, 189, 209, 210
- Naturschutzrecht 138, 147
- Neue Genomische Techniken (NGT) 229, 230

- Null-Alternative 78
- Nutzungsregulierung 163
- OECD-Leitsätze 25, 26, 246
- Öffentliche Träger 12, 191
- Öffentliches Gut 71, 72, 111, 126, 127, 130, 131, 135
- Öffentliches Interesse 17, 20, 61, 65, 95, 100, 101, 173, 176, 179, 180, 184, 190, 212, 232
- Öffentlichkeitsbeteiligung 33, 106, 199, 241
- Ökologische Opferlage 10, 64
- Ökonomie 72, 93, 245, 248
- Pflanzenschutzmittelrecht 13, 74, 106, 107, 214, 215, 217, 219, 221, 223, 225, 226, 227
- Planerhaltung 13, 49, 50, 175, 201, 202
- Planfeststellung 12, 13, 77, 92, 108, 145, 174, 175, 176, 178, 179, 181, 183, 189, 195, 198, 200, 201, 202
- Planrechtfertigung 12, 48, 49, 100, 171, 174, 178, 179, 181, 182, 185, 188, 190, 191, 200, 206
- Predict and provide 184
- Prinzipien 37, 41, 53, 139
- Private Träger 12, 189
- Produktalternativen 77
- Produktentwicklung 42
- Produktqualität 61, 169
- Produktrecht 13, 62, 214, 232
- REACH-Verordnung 218
- Rechtfertigungslast 127
- Rechtsschutz 13, 70, 106, 107, 108, 136, 175, 204, 205
- Regulierung 10, 13, 20, 22, 28, 29, 54, 55, 61, 62, 63, 70, 109, 122, 161, 215, 216, 228
- Ressource 35, 70, 71, 103, 104
- Ressourcenbewirtschaftung 246
- Risiko-Nutzen-Bilanz 225
- Schutzbereich 10, 11, 52, 69, 70, 73, 102, 111, 122, 124, 126, 134, 145, 158, 215, 217, 230
- Schutzniveau 31, 32, 33, 34, 35, 36, 73, 74, 75, 146, 171, 172, 230
- Schutzpflcht 11, 134, 138, 180
- Selbstregulierung 27, 28, 29, 109, 242
- Selbstverwaltung 124, 208
- Soft Law 12
- Sonderabgabe 130
- Sozialbindung 112, 114, 115
- Sozialmodell 7, 9, 22, 37, 38, 114, 141, 235, 249
- Sozialnorm 18, 19, 22, 23, 61, 73
- Sozioökonomische Analyse 220, 221
- Staat als Landnutzungsplaner 10, 61, 68
- Staat als Vorhabenträger 10, 61, 65
- Staatszielbestimmung 123
- Staatsüberlastung 11, 122
- Standortalternativen 12, 76, 77, 87, 164, 166, 167, 168, 199
- Standortvorbescheid 167
- Steuerung 122, 246
- Strategische Umweltprüfung 16, 145, 147, 148
- Stufentheorie 48, 133
- Substitutionskandidaten 51, 227
- Suffizienz 11, 51, 140, 141, 231, 232, 233, 243, 247, 248
- Systemtheorie 26, 63
- Südumfahrung Stendal 202, 203
- Technische Verfahrensalternativen 76, 77
- Topik 250
- Transgenese 230
- Trennung von Gesellschaft und Staat 117
- US Supreme Court 16, 155, 156, 170
- UVP-Pflicht 199
- Umweltaudit 169
- Umwelteingriff 10, 52, 55, 69, 70, 74, 80, 87, 91, 92, 131, 144, 148, 173, 177, 178, 220, 235
- Umweltgüter 18, 34, 53, 54, 57, 63, 67, 69, 72, 81, 92, 100, 111, 123, 127, 129, 130, 134, 144, 162, 175, 181, 235, 236
- Umweltkomponenten 21, 84
- Umweltnutzungsrechte 126, 134
- Umweltverträglichkeitsprüfung 12, 19, 145, 147
- Ungewissheit 9, 41, 42, 44, 46
- Unionsverfassungsrecht 11, 138
- Untersuchungstiefe 10, 12, 81, 151, 175, 196, 212
- Verbandsklage 108, 207
- Verbesserungsgebot 74, 172, 173, 174
- Verbraucherinformation 61, 62
- Verfahrensalternativen 76, 77, 168
- Verknappung 98, 102, 129, 134, 139, 181, 182
- Verschlechterungsverbot 73, 173, 174
- Versteigerung 66, 104
- Verwendungsalternativen 77
- Vorsorgegebot 32, 165, 166, 167, 168, 175, 229
- Vorstufen 108, 167
- Vorteilsabschöpfung 127, 129
- Warenverkehrsfreiheit 138
- Wasserrecht 20, 73, 74, 98, 103
- Wellmann-Lord-Verfahren 161
- Windenergieanlagen 232
- Wirtschaftswachstum 97, 143
- Wohlfahrtsziele 24, 97, 131, 134, 144, 231, 236
- Ziel-Mittel-Relation 24, 152, 155
- Zielalternativen 77, 100, 155
- Zielbewertung 10, 77, 91, 95, 99, 100, 146
- Ziele im öffentlichen Interesse 10, 100
- Zuteilung von Nutzungsrechten 102, 104, 128
- Zweckrationalität 18, 124