

Ich habe weiter oben (zu A IV 2 b) dargelegt, warum diese Bezeichnung nicht empfehlenswert ist. Sie legt das an sich theorie neutrale, praxisgeborene Instrument der Alternativenprüfung zu sehr auf eine Theorie tradition fest, nämlich diejenige der Bedürfniskritik als Kritik der entfremdeten Bedürfnisse. Alternativenprüfung kann, wie besprochen, auch "formal" als Instrument der Ressourcenökonomie verstanden werden. Als neutrale Bezeichnung bietet sich etwa an: für die relative Bedarfsprüfung "**Prüfung von instrumentellen Alternativen**" und für die absolute Bedarfsprüfung "**Prüfung von Zielalternativen**".

#### b) 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 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. Ich hatte weiter oben (zu VI 2 und 3) dargelegt, daß solche höheren Anforderungen herkömmlich nur im Hinblick auf Eingriffe in die Rechte einzelner infolge der Projektrealisierung gestellt werden, wobei auch Rechtseingriffe zugunsten von Projekten privater Unternehmen denkbar und folglich in gleicher Weise legitimationsbedürftig sind, und daß darüber hinaus ein öffentliches Interesse auch in Fällen ökologischer Sonderopfer gefordert werden müsse, wiederum gleichgültig, ob es sich um Projekte der öffentlichen Hand oder privater Unternehmen handelt.

Was unter öffentlichen Interessen zu verstehen ist, ist natürlich eine schwierige Frage, die hier nicht vertieft erörtert werden kann. Die dazu vorwiegend im Fachplanungsrecht entwickelte Rechtsdogmatik, die als ausgesprochen konfus bezeichnet werden muß, soll nicht hier, sondern später aufgearbeitet werden. An dieser Stelle, an der es eher um die Entfaltung begrifflicher **Möglichkeiten** als um ihre Begründung geht, sei immerhin ein Entwicklungspotential skizziert.

Es wäre denkbar, daß man zwischen zwei Stufen des öffentlichen Interesses unterscheidet: Die erste, weniger anspruchsvolle Stufe wäre erforderlich und genügend, 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 überragendes öffentliches Interesse verfolgt. Im

Beispiel: Die Schaffung von Arbeitsplätzen wäre im Normalfall als einfaches öffentliches Interesse anzusehen, als 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 im Kontext des Naturschutzes vorfindbar, wenn auch nicht allgemein geläufig.

So wird im deutschen Recht die Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Enteignung, daß diese nämlich zum Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist, so verstanden, daß ein "bloßes" öffentliches Interesse nicht genügt.<sup>97</sup> 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.

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.<sup>98</sup>

#### 8. Zumutbarkeit

Welche Dimensionen von Alternativen in einer gegebenen Fallgruppe erwogen werden sollen, und wie weit oder eng der innerhalb einer Dimension zu betrachtende Alternativenfächer gespreizt werden soll, ist eine schwierige Entscheidung. 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

<sup>97</sup> So Böhmer in seinem Sondervotum zum Fall Dürkheimer Gondelbahn, BVerfG v. 10.3.1981, E 56, 249 (273).

<sup>98</sup> 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.

Genehmigung einer umweltgefährlichen Anlage nur technische Verfahrensalternativen oder auch Standortalternativen zu erwägen? Sollen bei 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. Die behördliche und gerichtliche Praxis sieht sich dann mit einer Aufgabe konfrontiert, die im Kern eine politische ist. Sie entledigt sich dieser Aufgabe recht und schlecht, aber ausführlichere Begründungen, gar solche, die ein Kriteriengerüst erkennen ließen, sind nicht zu finden. Wir müssen uns deshalb selbst auf die Suche begeben. Ein Kriterium, das sich aufdrängt, ist die rechtliche, technische und wirtschaftliche **Disponibilität der Alternative für den Akteur**. Wenn der Akteur eine Alternative gar nicht oder nur zu erheblichen höheren Kosten verwirklichen könnte, wird man sie ihm auch nicht - weder im Sinne des prozeduralen Kalküls noch im Ergebnis - vorschreiben können.

Allerdings bleibt bei diesem Kriterium noch ein recht breites Spektrum im Spiel. So sind für den Erbauer einer Fabrikationsanlage über Verfahrensalternativen hinaus auch Standortalternativen disponibel, wenn er das entsprechende Grundstück erwerben kann und die Kosten sich im Rahmen halten.

In gewisser Weise sind für den Betreiber sogar solche Varianten verfügbar, die eigentlich seinen Horizont übersteigen, in der Weise nämlich, daß er sie im Wege der - ihm natürlich verfügbaren - **Null-Variante**, also des Verzichts auf das Projekt zum Zuge kommen lassen kann. 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 zugelassen wird. Der Hersteller fördert durch Wahl der Null-Variante also die Anwendung mechanischer Verfahren. Andere Beispiele sind: Die Straßenbaubehörde kann mit einem Projekt zurückgewiesen werden, weil vorrangig die Bahnstrecke ausgebaut werden soll. Dem Unternehmen kann die neue Abfalldeponie versagt werden, weil die Instrumente der Abfallvermeidung und -verwertung noch nicht ausgereizt sind.

Die Disponibilität der Alternative für den Projektträger ist demnach zwar ein charakteristisches Kriterium, sie bietet für den Betreiber aber nicht besonders viel Schutz vor Eingriffen in seine Wahlfreiheit, wenn auch die Null-Variante als eine Lösungsmöglichkeit angesehen wird. Soweit bei der Null-Variante aber,

wie in den Beispielfällen, eigentlich an andere, positive Varianten gedacht ist, die auszudenken und zu erwägen dem Betreiber nicht zugemutet wird, ist es begrifflich klarer, diese Fälle nicht der Gruppe der disponiblen Varianten zuzuordnen. In diesen Fällen fügt die kontrollierende Behörde eine Handlungsvariante hinzu, die dem Betreiber nicht zur Verfügung steht, sondern u. U. durch Beseitigung eines Hindernisses nur unterstützt werden kann. Solche **akteursübergreifenden Handlungsvarianten** finden ihre Grenzen dann lediglich im räumlichen und sachlichen Zuständigkeitsbereich der kontrollierenden Behörde.

Häufig wird es an der Disponibilität für den Akteur fehlen, wenn eine Prüfung von Zielvarianten vorgesehen ist. Hierfür noch einige Beispiele: Es soll ein Kohlekraftwerk errichtet werden. Ziel ist die Steigerung der Stromproduktion. Nach geltendem Immissionsrecht ist dieses Ziel ungefragt hinzunehmen. Es wäre de lege ferenda aber auch denkbar, daß das Ziel bewertet werden muß. Dafür wäre ein höhergelegtes Ziel (Oberziel) ins Auge zu fassen, und zwar die Deckung des Elektrizitätsbedarfs. Dieser Bedarf ist aber auch auf andere Weise zu befriedigen, z. B., indem Solardächer gebaut werden oder Strom gespart wird. Für dieses (Unter-)Ziel wäre ein Förderungsprogramm für Solardächer oder Wärmedämmung das geeignetere Mittel, ein Mittel, das dem Unternehmer aber nicht zur Verfügung steht. Oder: 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 herfließt, zu erleichtern. Eine Bewertung am Maßstab eines höheren Ziels, der Befriedigung des Verkehrsbedarfs, führt dazu, daß dieser auch durch die Schaffung von Arbeitsplätzen in der Stadt A oder durch die Schaffung von Wohnungen in der Stadt B befriedigt werden könnte. Diese anderen Ziele wären durch andere Maßnahmen besser erreichbar als durch den Bau der Straße. Aber solche Maßnahmen sind für das Straßenbauamt nicht disponibel.

Die Beispiele zeigen zugleich, daß die rechtliche Einführung von zielbezogener Alternativenprüfung, weil die Alternativen für den Akteur oft sämtlich nicht disponibel sind, zumindest bei privaten Vorhaben besonders problematisch ist.<sup>99</sup> Sie stößt auch auf engere verfassungsrechtliche Grenzen, die noch zu erörtern sind (unten A VIII).

Neben der rechtlichen und technischen Disponibilität gibt es noch weitere Kriterien für die Begrenzung der zumutbaren Alternativen. Denkbar ist, **gleiche**

<sup>99</sup> S. dazu oben A VI 3.

**Eignung** oder **Performanz**<sup>100</sup> der zumutbaren Alternativen zu verlangen. Das Kriterium wäre nicht erfüllt, wenn eine Variante das Ziel weniger effektiv erreicht.

Ob das Recht die Alternativenprüfung auf dispositive Alternativen beschränken oder darüber zu Lasten des Betreibers hinausgehen soll, ist eine Frage der rechtspolitischen Abwägung, bei der natürlich verfassungsrechtliche Grenzen einzuhalten sind. Die Hauptgesichtspunkte dieser Abwägung sind auf der einen Seite die Schwere des Eingriffs in die Freiheit des Akteurs, auf der anderen Seite der Umfang und Charakter des Risikos für die Umwelt und für private Rechtsgüter.<sup>101</sup> Auch wenn das Recht sich aber für Disponibilität der Varianten entscheidet, muß dabei eine gewisse Marge eingerechnet<sup>102</sup> werden, denn eine identische Disponibilität sämtlicher Alternativen zu fordern wäre gleichbedeutend mit dem Ausschluß jeder Alternativenprüfung.

#### 9. *Entscheidungsebenen*

Es liegt in der Eigenart von Einzelentscheidungen, daß das Universum der Möglichkeiten durch äußere Umstände stark begrenzt ist. Bevor der Akteur sich selbst für ein Vorhaben entschieden hat, ist in der Regel eine Reihe von Randbedingungen eingetreten, die weitgehend außerhalb seines Einflusses liegen<sup>103</sup> und für ihn als Ausschlußkriterien<sup>104</sup> gelten oder doch nur unter besonderem Aufwand oder bei besonderen Umständen überwindbar sind.

Zu den Randbedingungen gehören auch Entscheidungen der öffentlichen Hand auf **planerischen Vorstufen**. Rechtlich ist dann zu klären, in welchem Verhältnis die Alternativenwahl auf der Vorstufe zu derjenigen auf der Stufe der Einzelentscheidung stehen soll, insbesondere, ob die Vorselektion verbindlich oder durch die Gegebenheiten des einzelnen Vorhabens mehr oder weniger leicht revidierbar sein soll. Dies hätte auch Auswirkungen auf die Prüfungstiefe: Eine Alternative, die nur ganz vorläufig ausgeschlossen oder ausgewählt worden

<sup>100</sup> In Anlehnung an den im amerikanischen Produktrecht geläufigen Ausdruck "performance".

<sup>101</sup> L. Schlarmann, Die Alternativenprüfung im Planungsrecht, 1991, S. 91 ff.; Erbgruth/Schinck, UVP § 12 Rnr. 86 b.

<sup>102</sup> Ein Beispiel: § 16 Abs. 2 GefahrstoffVO benutzt als Kriterium für die Verpflichtung zur Verwendung alternativer Stoffe oder Verfahren, daß die Verwendung "technisch möglich" und "zumutbar" ist.

<sup>103</sup> Zu selbstverursachten Vorabbindungen s. oben A VII 2.  
<sup>104</sup> Vgl. oben A IV 1 a.

ist und über die erst auf der Ebene des einzelnen Vorhabens verbindlich entschieden wird, müßte auf der Vorstufe nicht gründlich untersucht werden. Im umgekehrten Fall könnte die Vorstufe auch im Hinblick auf die Untersuchung der Alternativen Abschichtungswirkung haben. Die Prüfung der übrigbleibenden Varianten könnte sich auf zusätzliche und Einzelheiten betreffende Aspekte beschränken.<sup>105</sup>

Eine weitere rechtlich zu regelnde Frage ist die des **Rechtsschutzes** der betroffenen einzelnen, d. h. einerseits der Betreiber, andererseits der Drittbetroffenen eines Vorhabens, die sich dagegen wehren wollen, daß die von ihnen gewünschte bzw. notfalls akzeptierte Variante bereits auf der Vorstufe ausgeschlossen wird. Es ist üblich, das Rechtsschutzverfahren nur im Hinblick auf die Stufe der Einzelentscheidung zuzulassen, dabei aber "incidenter" eine Überprüfung der Vorstufe zu ermöglichen.<sup>106</sup> Es ist jedoch auch denkbar, Rechtsschutz bereits im Hinblick auf die Vorstufe zuzulassen, soweit auf dieser bereits mit Abschichtungswirkung entschieden ist.<sup>107</sup> Der Vorteil dieser zweiten Lösung ist, daß anders als bei der ersten der weitere Planungsprozeß und die mit ihm verbundene Schaffung vollendeter Tatsachen leichter aufgehalten werden kann. Ein Nachteil besteht darin, daß im weiteren Verfahren noch von der vorstufigen Auswahl einer Variante auf eine andere Variante umgesattelt werden kann. Sinnvoll dürfte eine auf den Einzelfall abstellende Lösung sein, die danach differenziert, ob im vorstufigen Verfahren wirklich alles Wichtige so ausgelotet worden ist, daß eine grundsätzlich andere Entscheidung ganz unwahrscheinlich ist.

#### VIII. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Alternativenprüfung stellt, soweit sie von staatlicher Seite vorgeschrieben wird, eine Belastung der einzelnen dar und wirft damit die Frage nach ihrer Vereinbarkeit mit den Grundrechten auf. Da sie aber nicht nur in staatlichen Vorschriften auftaucht, sondern, wie gezeigt, im normalen Leben und Wirtschaften ohnedies praktiziert wird, stellt sich daneben die Frage, ob wir es nicht zugleich auch mit einer Grundpflicht zu tun haben.

<sup>105</sup> S. dazu L. Schlarmann, Die Rechtsprechung zur Alternativenprüfung im Planungsrecht, DVBl. 1992, 871 ff.

<sup>106</sup> Schlarmann, DVBl. 1992, 878.

<sup>107</sup> Vgl. am Beispiel des Raumordnungsverfahrens R. Wahl, Das Raumordnungsverfahren am Scheideweg. in: Festschrift H. Sandler, 1991, S. 199 ff. (222).

Diese Frage gewinnt an Gewicht, wenn man sich klarmacht, daß die Alternativenprüfung den Übergang von einem von außen Grenzen setzenden zu einem die Eigenverantwortung mobilisierenden Umweltrecht mitträgt und verstärkt. Indem sie die eigene Suche aller Bürger nach umweltschonendem Verhalten fordert, ist sie im Grunde Bestandteil eines Prinzips der "Verhältnismäßigkeit", wobei die "Verhältnisse" anders als bei dem vertrauten Verhältnismäßigkeitsprinzip aber nicht diejenigen der Gesellschaft, sondern diejenigen der Natur sind. Während der Staat den Verhältnissen der Gesellschaft gemäß agieren soll, soll die Gesellschaft den Verhältnissen der Natur gemäß handeln. Ganz ähnlich wie in der Denkfigur der **"gesellschaftlichen Verhältnismäßigkeit"** soll der Akteur im Rahmen einer gewissermaßen **"ökologischen Verhältnismäßigkeit"** auf den Eingriff verzichten, wenn dieser nicht geeignet ist, das Ziel zu erreichen; er soll unter verschiedenen geeigneten Mitteln das schonendste auswählen; und er soll, wenn das Ziel letztlich einen Eingriff erfordert, abwägen, ob das Ziel gewichtig genug ist. Es wurde bereits oben (A VII 1) ausgeführt, daß in dieser Ähnlichkeit der Denkfiguren nichts Zufälliges oder Gekünsteltes liegt, daß beide vielmehr auf das Denkmuster der Moderne rückführbar sind.

Wenn heute die ökologische Verhältnismäßigkeit gesellschaftlichen Handelns in den Vordergrund tritt und eine ähnliche Prominenz wie die gesellschaftliche Verhältnismäßigkeit des Staates beansprucht, so deshalb, weil ein Gemeinwesen, das die Verhältnismäßigkeit des Staates als Reduktion des Staates auf bestimmte Kernfunktionen organisiert, darauf angewiesen ist, daß die Gesellschaft von selbst und ungezwungen Verantwortung übernimmt. Es liegt auf der Hand, wird hier aber nicht weiter thematisiert, daß dies zunächst für die Solidarität der Bürger und Bürgerinnen untereinander gilt. Aber es gilt, und darauf liegt hier der Schwerpunkt, auch für den Austausch der Gesellschaft mit der Natur.

Dementsprechend wird im folgenden vor der Frage nach der Vereinbarkeit von staatlich vorgeschriebener ökologischer Verhältnismäßigkeit mit den **Grundrechten** die Frage nach der Existenz von **Grundpflichten** gestellt, Grundpflichten, die vor aller einzelnen Gesetzgebung gelten, andererseits aber nicht naturrechtlich zu verstehen sind; denn verfassungsrechtliche Grundpflichten sind nicht vorstaatlich gegeben, sondern gesellschaftliche Konventionen.

### 1. Ökologische Alternativenprüfung - eine Grundpflicht?

Ich werde im folgenden die These vertreten, daß die ökologische Verhältnismäßigkeit in der Tat eine verfassungsrechtliche Grundpflicht ist. Dabei unterstelle ich eine moderate Version, nämlich diejenige, daß jede Person bei der Verwirklichung ihrer Ziele erwägen muß, ob es Wege gibt, die mit geringeren Eingriffen in die natürliche Umwelt auskommen. Moderat ist diese Version, weil in ihr die Zielsetzung und die Bewertung der Varianten der Autonomie des Akteurs überlassen bleiben.

#### a) Grundpflichten im Grundgesetz

Nun sind verfassungsrechtliche Grundpflichten 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. 12 a Abs. 1 GG und die öffentliche Dienstleistungspflicht gemäß Art. 12 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,<sup>108</sup> 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.

<sup>108</sup>

Dies war in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des Grundgesetzes noch selbstverständliche Erkenntnis, s. II. v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, 1953, Art. 14 Nr. 2.

Für diese Auffassung besteht eine merkwürdige Einigkeit eher liberaler und eher demokratischer Positionen. Die Gründe dafür sind jedoch unterschiedlich. Bei historischer Betrachtung sind beide 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 vorerzieren hat - den Schutz des Eigentums zu Lasten der Allgemeinheit zu weit treiben<sup>109</sup>. Sie insistiert, daß die Eigentumsgarantie ganz wesentlich ein Geschöpf der Gesetzgebung, nicht ein vorstaatliches und - funktional gesehen - dann von den Gerichten zu modellierendes Gebilde ist.

Die **liberale Richtung** konstruiert Eigentumspositionen dagegen entweder immer noch als vorstaatliche oder - nolens volens, seit das Bundesverfassungsgericht sich insoweit klar geäußert hat - zwar als prinzipiell gesetzgeberisch geschaffene Positionen, die aber, wenn sie sich in der Realität verwirklicht haben (wenn z. B. ein Gewerbebetrieb aufgebaut worden ist), durch den Gesetzesvorbehalt - und nur diesen - gegen Einschränkungen geschützt sind. In diesem Gebäude haben Grundpflichten keinen Platz, weil und wenn sie neben gesetzlichen noch <sup>110</sup> zusätzliche verfassungsunmittelbare Einschränkungen konstituieren sollen.

Zu Unrecht nimmt die herrschende Meinung auch das Bundesverfassungsgericht für sich in Anspruch. Es gibt m. W. keine Entscheidung, in der das Gericht sich gegen eine den Eigentümer treffende Grundpflicht ausgesprochen hat. Dagegen gibt es mindestens eine, in der es sich dafür erklärt hat. So heißt es in einem Beschluß von 1967:

<sup>109</sup> So ist aus dem Gesamtzusammenhang seiner Kommentierung heraus H. Rittstieg zu verstehen, s. AK-GG-Rittstieg, 2. Aufl. 1989, Art. 14/15 Rz. 152. Rittstieg erkennt widersprüchlicherweise an, daß Art. 14 Abs. 2 bei der Auslegung und Anwendung einfachen Rechts zu beachten ist. Das ist ohne einen Pflichtadressaten - eben den Eigentümer - kaum denkbar.  
<sup>110</sup> H.-J. Papier in Maunz-Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Erg. Lief. 1994, Art. 14 Rz. 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."

"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."<sup>111</sup>

Beides besteht also nebeneinander: eine Anweisung an den Eigentümer und - in erster Linie - eine Richtschnur für den Gesetzgeber. In späteren Entscheidungen hat das Gericht die erste Variante allerdings nicht mehr wiederholt. 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.<sup>112</sup> 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 (scil. 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 (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG), der dabei einen weiten Gestaltungsbereich besitzt..."<sup>113</sup>

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

<sup>111</sup>

BVerfG v. 12.1.1967, E 21, 73 (83).

<sup>112</sup>

Besonders ausführlich: BVerfG v. 23.4.1974, E 37, 132 (140).

<sup>113</sup>

BVerfG v. 6.6.1989, E 80, 137 (150).

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 (...).<sup>114</sup>

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.

#### b) Weimarer Ursprünge

Immerhin ist es bemerkenswert, daß sie dem Gericht nicht mehr erwähnenswert erscheint. Der Grund dafür dürfte darin zu finden sein, daß eine tieferliegende Dimension des Problems nicht mehr bewußt ist. Diese betrifft das Verhältnis von Verfassung und Gesellschaft. Sie führt zu dem Verdikt von Carl Schmitt zurück: "Grundpflichten, welche in ihrer Struktur Grundrechten entsprechen, sind im bürgerlichen Rechtsstaat undenkbar".<sup>115</sup> Diese zur Reichsverfassung getroffene Aussage hält Schmitt auch im Kontext der Weimarer Verfassung aufrecht, um festzustellen, daß diese durch Statuierung von Grundpflichten einen "Mischcharakter" zeige, an dessen interpretatorischem Rückbau sich Schmitt, unter anderem, durch ein Verständnis der Grundpflichten als bloße Aufträge an den Gesetzgeber beteiligt:

"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."<sup>116</sup>

<sup>114</sup> BVerfG v. 26.5.1993, E 89, I (5). Meine Hervorhebung.

<sup>115</sup> C. Schmitt, Die Grundrechte und Grundpflichten des deutschen Volkes, in: G. Anschütz, R. Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, 1932, S. 572 (597).

<sup>116</sup> C. Schmitt, Verfassungslehre (1928), 4. unveränd. Aufl. 1965, S. 174 f.

Eine rabulistische Ableitung, des Tiefschürfenden eigentlich unwürdig? 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 trafe 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 rein 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.<sup>117</sup>

"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."<sup>118</sup>

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 Anliegen der "oppositionellen Gruppe",<sup>119</sup> vor allem das Thema Rudolf Smends. In freilich recht vager Diktion arbeitete er heraus, daß die Verfassung das Gemeinwesen "**integriert**". Den Grundrechten, zu denen er, hätte er das Problem

<sup>117</sup>

Vgl. C. Schmitt, Politische Theologie, 2. Ausg. 1934, S. 11 und passim. Zur Aufnahme dieser Position im Weimarer Methodenstreit ("nur wenig Unterstützung") s. R. Smend, Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer und der Richtungsstreit, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl. 1994, S. 622.

<sup>118</sup>

U. K. Preuß, Die Internalisierung des Subjekts, 1979, S. 240.

<sup>119</sup>

Neben diesem Erich Kaufmann, Hermann Heiler und Gerhard Leibholz.

als getrenntes thematisiert, auch die Grundpflichten gerechnet hätte, kommt die Funktion einer "Sachintegration" zu. Neben ihrer rechtstechnischen Bedeutung als konkrete Garantien normieren sie ein "Kultursystem" und stiften damit zugleich "Volksintegration".<sup>120</sup> 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 bourgeoiser 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."<sup>121</sup>

Man darf dies nicht mißverstehen als Zeugnis für eine Verstaatlichung des Bürgers nach Art des Hegel'schen Staates als Wirklichkeit der sittlichen Idee

120

R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl. 1994, S. 264.

121

R. Smend, Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht, in: a.a.O. S. 316 - 318.

(obwohl auch zu den Deutungsmöglichkeiten dieser Vorstellung Differenzierteres zu sagen wäre), und zutiefst mißverstanden wären Schlüsse, die zum totalen Staat des Nationalsozialismus Verbindungen zögen. Smend geht es (in der Sprache der Zeit) um die Begründung eines politischen Gemeinwesens, das der Weimarer Republik verloren zu gehen drohte.<sup>122</sup> Aus der Vergangenheit standen ihm - und wurden von ihm mehrfach angeführt<sup>123</sup> - Beispiele wie die Steinsche Städteordnung mit ihrem Bild des aktiven Gemeindebürgers vor Augen.

#### c) Selbstverantwortung und staatliche Bevormundung

Die Integrationslehre hat in der Zeit des Grundgesetzes für eine Entwicklung Pate gestanden, die aus den Grundrechten eine objektive Wertordnung, Teilhaberechte gegenüber dem Staat und staatliche Schutzpflichten gegenüber den einzelnen abgeleitet hat. Diese Entwicklung spiegelt auf rechtsdogmatischer Ebene wider, was sich politisch als Wohlfahrtsstaat herausgebildet hat, und es ist wegen der Strukturentsprechung müßig zu fragen, ob das Smend'sche Anliegen damit richtig getroffen war. Die Kritik am Wohlfahrtsstaat - seine Dialektik, zugleich zu helfen und zu bevormunden - ist in wiederum kongruenter Weise auch auf rechtsdogmatischer Ebene vorgetragen worden, und zwar interessanterweise gerade auch von "links". Ulrich K. Preuß meint, der Staat werde zum "Grundrechtsgemeinwesen", dessen innere Logik darin bestehe, die zu Schutzpflichten gesteigerten Abwehrrechte nunmehr um so 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 zuteil geworden.<sup>124</sup>

Ähneln diese Kritik der liberalen Richtung *in thesi*, so aber nicht in *hypothesei*. Denn sie dient als Ausgangspunkt für die Entwicklung einer Grundrechtsinterpretation, die nicht zur autonomen Eigentümerversellschaft im staatlichen Ordnungsrahmen zurückkehrt, sondern sich im Zwischenbereich zwischen Privatheit und gesetzlichem Zwang bewegt. Preuß geht es um eine

122

So ausdrücklich R. Smend, Integrationslehre (1956), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl. 1994, S. 479.

123

Smend, Bürger und Bourgeois, a. a. O. S. 317, 320.

124

Vgl. Preuß, a.a.O. S. 174 ff.

Internalisierung der externalisierten Folgen individuellen Handelns in das Individuum, um ein Gemeinwesen, in dem die soziale Steuerung durch staatliche Herrschaft zugunsten einer Steuerung durch wechselseitiges Vertrauen abgelöst wird, "indem die Individuen einander ihre Zugehörigkeit zu einer sie inhaltlich verbindenden Einheit bestätigen".<sup>125</sup> Die Grundrechte werden in dieser Sicht zu "Organisationsnormen für Sozialbereiche", "impersonale Grundrechte" (Ridder) im Sinne "wechselseitigen freiheitlichen Umgangs", zu "Prozessen institutionalisierter Reflexivität, die individuelle und gesellschaftliche Selbstproduktion ineinander verweben".<sup>126</sup>

Auch dies ist eine mögliche Entwicklungslinie aus der Smend'schen Integrationslehre. Besondere Prägnanz kann man ihr allerdings nicht attestieren. Sie lebt eher von ihren beiden Gegenpolen, dem "appropriations-hungrigen Eigentümer-Individuum"<sup>127</sup> und dem omnipräsent herrschenden "Grundrechtsgemeinwesen", ist aber in eigener Richtung nicht ausgearbeitet.

#### d) Eigenverantwortung und Staatsüberlastung

Inzwischen haben sich die Verhältnisse weiterentwickelt. Ein Umstand, der erneut über Varianten der Entstaatlichung, die den kruden Rückfall in die doppelt freie Appropriationswirtschaft vermeidet, nachdenken läßt, ist die Überlastung des Staates, 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 etc.) und im Bereich der Akteure (Konkurrenzzwänge) zurückgeführt und aus der gegenseitigen Verschlossenheit der Subsysteme Politik / Recht und Wirtschaft erklärt worden.

Ein noch zu wenig gesehener Gesichtspunkt scheint mir dagegen im hier vorgestellten Kontext der Staatslehre deutlich zu werden, nämlich derjenige, daß mit dem Übergang der stationären mittelalterlichen Bedarfsdeckungsgesellschaft zur kapitalistischen Wachstumswirtschaft eine Struktur und "Wirtschaftsgesinnung" dominant wurde, die das Individuum von den sozialen Folgen des Handelns freisprach und diese dem Staat auflud. Dem Staat wird damit eine Stärke aberlangt (was durch Schutzpflichten verfassungsrechtlich untermauert wird), die er aber gerade nicht besitzt und von der man auch nicht

<sup>125</sup> Preuß, a.a.O. S. 248 f.

<sup>126</sup> Preuß, a.a.O. S. 206.

<sup>127</sup> Preuß, a.a.O. S. 207.

wünscht, daß er sie sich nimmt. Das Vollzugsdefizit ist deshalb nur eine sekundäre Erscheinung eines tieferliegenden Problems in der Zuweisung von Aufgaben an den Staat und in der Abwehr von Aufgaben im Bereich der Gesellschaft.<sup>128</sup>

Welcher Ausweg hier gewählt werden wird, ist offen. Einigkeit besteht inzwischen fast durchweg darüber, daß der Staat entlastet werden muß. Aber wir stehen an einem **Scheideweg**, der in manchem der Situation des Weimarer Streits ähnelt: Hier krude **Deregulierung** zur Eröffnung einer neuen Runde freier Appropriation, diesmal verstärkt durch weltwirtschaftliche Extension, dort der Versuch einer Strukturierung von sozialer **Eigenverantwortlichkeit** der Akteure.

Diese zweite Richtung schlägt sich in den bereits oben zu VI 3 geschilderten Einrichtungen nieder wie in den Umweltbeauftragten im Unternehmen, der Eigenüberwachung, der freiwilligen Selbstverpflichtung, dem Umweltaudit. Sie ist es, die hier besonders interessiert. Ihr fehlt noch eine verfassungsrechtliche Fundierung. Diese muß genau in der Zone gesucht werden, von der hier die Rede ist, nämlich in der Konstituierung eines Gemeinwesens der Eigenverantwortung<sup>129</sup> der Individuen und Organisationen. Ein Element dessen könnte die Ergänzung der Grundrechte um eine Grundpflicht der ökologischen Verhältnismäßigkeit sein.

Diese Pflicht wäre ebensowenig wie die anderen Grundpflichten "vorstaatlich" in dem Sinne, den die Naturrechtslehre der Nachkriegszeit manchen Grundrechten und -pflichten geben wollte,<sup>130</sup> in dem Bemühen, wie man vermuten darf, sie, nachdem sie der Diktatur des Führers entrisen worden waren, nun durch Verankerung im Sittengesetz auch weiterhin vor dem demokratischen Zugriff zu sichern. Sie wäre eine Rechtspflicht, durch die Verfassung konstituiert, nicht ein Naturrecht nur anerkennend.

<sup>128</sup>

Vgl. dazu G. Winter, Perspektiven des Umweltrechts, DVBl. 1988, 659 ff.

<sup>129</sup>

Zu diesem Wort und seinem Pendant "Selbstverantwortung" vgl. D. Murswiek,

Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 51 f.

Selbstverantwortung habe zum Richter das Selbst, sie sei ein ethisches Prinzip,

<sup>130</sup>

Eigenverantwortung habe zum Richter das Recht, sie sei ein rechtliches Prinzip.  
S. z. B. Th. Maunz, Deutsches Staatsrecht, 15. Aufl. 1966, III 2.



Ist sie nicht vorstaatlich, so ist sie doch vorstaatsapparatisch, weil sie den Staatsapparat durch Eigenverantwortung der einzelnen in gewissem Umfang überflüssig machen soll.

e) Rechtsdogmatische Ortsbestimmung

Die bisherigen Ausführungen haben - so ist zu hoffen - gezeigt, daß eine Grundpflicht der ökologischen Verhältnismäßigkeit verfassungspolitisch manche Gründe für sich hat. Es fragt sich nun, ob sie im geltenden Verfassungstext ausgemacht werden kann.

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. 20 a GG vermittelt. Die Bestimmung hat zwar unmittelbar nur den Staat, nicht die einzelnen zum Pflichtadressaten, 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.<sup>131</sup>

Dabei ist anzuerkennen, daß Art. 20 a 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. 20 a 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.<sup>132</sup> Sind aber Rechtsgüter vor Eingriffen zu schützen, so liegt es nahe, als sozusagen erste

131

M. Kloepfer, Umweltschutz als Verfassungsrecht: Zum neuen Art. 20 a GG. DVBl. 1996, 73 (74 I. Sp., 78 r. Sp.); D. Murswiek, Staatsziel Umweltschutz (Art. 20 a GG), NVwZ. 1996, 222 (230).

132

Murswiek, NVwZ. 1996, 222 (227 I. Sp.).

Stufe zu fordern, daß vor einem Eingriff erwogen werden muß, ob weniger belastende Alternativen zur Verfügung stehen.

Anschlüsse zwischen Art. 20 a 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 der Allgemeinheit dienen" soll, so gilt dies im Lichte des Art. 20 a 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 um so zurückhaltender sein müssen, je stärker der personale Bezug ist.<sup>133</sup> 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.<sup>134</sup> 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 Regelbefugnisse berufsständischer Selbstverwaltung (bildet ein Beruf eigene Stundesregeln heraus, so kann deren Setzung und Anwendung bei gewissen gesetzlichen Strukturvorgaben der Korporation überlassen werden).

An diese dritte Begriffsdimension des "Berufes" läßt sich eine Grundpflicht ökologischer Verhältnismäßigkeit anschließen. "Beruf" meint dann nicht rücksichtslose Zweckrationalität, sondern **Übernahme von Folgenverantwortung**. Das ist in der ökologischen Richtung noch wichtiger als in der sozialen, weil die sozialen Folgen existentiell Menschen betreffen, die sich

133

R. Scholz in Maunz-Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Erg. Lief. 1984, Art. 12 Rz. 17 - 35, 79, 91 - 105.

134

R. Scholz, a.a.O. Rz. 266 - 272.

selbst wehren können und denen dies mit der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG auch zugestanden wird. Die natürlichen Lebensbedingungen haben solche Anwälte aus existentieller Betroffenheit nicht, sie sind, wenn es nicht hart kommt und dann zu spät ist, auf ideelle Einsicht angewiesen und von ökonomischen Konjunkturen abhängig.

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.

Eine dritte Basis könnte in Art. 2 Abs. 1 GG gefunden werden. Das dort garantierte Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit steht unter dem Vorbehalt, daß nicht Rechte anderer verletzt werden und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstoßen wird. Soweit hierdurch die Beachtung der verfassungsmäßigen Ordnung vorgeschrieben wird, wird das Grundrecht manchmal als Quelle einer Grundpflicht zum Gehorsam gegenüber dem Staat angesehen.<sup>135</sup> Ob eine solche rein rechtstechnisch gebrauchte wird, da doch die Verfassung einschließlich des auf ihrer Grundlage gesetzten Rechts den Befolungsanspruch bereits in sich trägt,<sup>136</sup> mag hier offenbleiben. Immerhin zeigt sich, daß auch andere Autoren es nicht für abwegig halten, einem Grundrecht zugleich eine Grundpflicht zu entnehmen.

Zu fragen ist nun, ob die "verfassungsmäßige Ordnung" auch die Schutzpflicht des Staates gemäß Art. 20 a GG umfaßt. Mit der Entscheidung des BVerfG, den Schutzbereich der "allgemeinen Handlungsfreiheit" fast grenzenlos weit zu fassen, und der daraus folgenden Notwendigkeit, die Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung ebenso weit auf die gesamte mit der Verfassung in Einklang stehende Rechtsordnung, einschließlich der Verfassung selbst, zu

135

R. Stober, Grundpflichten und Grundgesetz, 1979, S. 28 ff.

136

Vermutlich deshalb hat sich der hierfür geschaffene Jellinek'sche vierte status, nämlich der status passivus, neben seinen bekannteren Brüdern, den status negativus, positivus und activus, nicht recht durchsetzen können. Vgl. G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre (3. Auflage. 1922) 7. Neudruck 1960, S. 425 f., und s. dazu R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl. 1994, S. 230 f.

erstrecken,<sup>137</sup> kann die Frage nur bejaht werden. Zur verfassungsmäßigen Ordnung in diesem weiten Sinn gehört heute auch der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen.

Man könnte einwenden, daß diese Begrenzung der Handlungsfreiheit nur so weit reiche, wie der Staat die Schutzgesetze erlassen hat, daß die Begrenzung also nicht im "vorstaatsapparatischen" Feld gelte, insbesondere nicht als Grundpflicht im Verhältnis zu Dritten. Eine einfache Antwort darauf ist, daß der Staat auch als Verfassungsinterpret auftritt und als solcher Art. 20 a GG zu beachten hat, wo immer auslegungsfähige Ausdrücke inhaltlich auszufüllen sind. Allerdings darf dabei dem erklärten Willen des Verfassungsgesetzgebers nicht entgegengewirkt werden, der durch Begründung einer **staatlichen** Schutzpflicht individuelle Grundrechte auf Umweltschutz gerade ausschließen wollte. Eine solche Sinnverkehrung ist im vorliegenden Zusammenhang aber auch nicht zu befürchten, weil nicht von Grundrechten, sondern von Grundpflichten die Rede ist.

Trotzdem bleibt an der vorgestellten Erweiterung der verfassungsmäßigen Ordnung etwas Unbefriedigendes. Dies liegt in der Konstruktion einer Doppelung von weit gestreckter Freiheit und weit gestreckter Begrenzung. Darin kommt nicht zum Ausdruck, daß ein Handeln im Einklang mit der Umwelt häufig nicht als Beschränkung, sondern als Bereicherung erlebt wird. Mir scheint, daß die alte Debatte um Entfaltungsfreiheit oder, grundsätzlichlicher, um eine **verfassungsrechtliche Anthropologie**, die in den fünfziger Jahren geführt und mit dem Elfes-Urteil<sup>138</sup> weitgehend entschieden wurde<sup>139</sup> (und auch mit dem Grimm'schen Sondervotum zum "Reiten im Walde"<sup>140</sup> kaum neu belebt worden ist, eben weil ihr die anthropologische Dimension fehlte), unter dem Aspekt des 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 und das Verhältnismäßigkeitsprinzip anrufbar zu machen, daß die Definition andererseits aber im Kontext einer verfassungsrechtlichen Anthropologie, die das selbstverantwortliche Individuum

137

S. zu diesem Zusammenhang E. Kunig in v. Münch / Kunig (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, 4. Aufl. 1992, Art. 2 Rz. 22.

138

BVerfG v. 16.1.1957, E 6, 32 ff. (36).

139

Vgl. die immer noch beste Darstellung des Streits bei H. Ehmke, Wirtschaft und

140

Verfassung, 1961, S. 29 ff., 56 ff.

BVerfG v. 6.6.1989, E 80, 137 ff. (164 ff.).

konstituiert, eng gefaßt wird. 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 im Rahmen der Entfaltungsfreiheit aus der "**Persönlichkeit**" eine Haltung herauszuschälen, die jene minimale Anforderung auf sich nimmt zu prüfen, ob die jeweiligen Ziele 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.

#### f) Zusammenfassung

Zusammenfassend ergibt sich eine Grundpflicht zu ökologischer Verhältnismäßigkeit in Gestalt einer Alternativenprüfung, 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 gegenüber sich selbst, gegenüber anderen und vor allem gegenüber der Umwelt, die einzelnen nicht zuteilt ist. Inwieweit sie auch auf das staatliche Handeln zum Schutz der Umwelt einwirkt, ist bei Behandlung der Grundrechte zu klären.

### 2. Schutzbereich und Eingriff bei Freiheitsrechten

Ich wende mich nunmehr der Frage zu, inwieweit gegenüber staatlichen Regelungen, die den einzelnen eine Variante von Alternativenprüfung auferlegen, Grundrechte geltend gemacht werden können. Dabei möchte ich mich auf die im vorliegenden Zusammenhang am stärksten berührte Berufsfreiheit beschränken.

#### a) Der Einfluß der Grundpflicht

Bei Untersuchung des Schutzbereichs des Grundrechts ist zunächst zu klären, ob dieser durch die oben begründete Grundpflicht umgeformt wird. Es ist nur konsequent anzunehmen, daß der Schutzbereich endet, wo die Grundpflicht

beginnt, m. a. W., daß die staatliche Ausfüllung der Grundpflicht keinen Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts darstellen kann, weil das Grundrecht im Umfang der Grundpflicht immanent beschränkt ist.

Das ist unter Freiheitsaspekten nicht weiter bedrohlich, solange die Grundpflicht so moderat gehalten wird wie hier vorgeschlagen, d. h. als Aufforderung zu einer Selbstreflexion, nicht als ergebnishaftige Vorgabe. Aber die moderate Fassung hat doch etwas voluntaristisches an sich. Vom Konzept einer ökologischen Anthropologie her könnte sie im Diskurs der "offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten" (W. Häberle) durchaus auch anspruchsvoller formuliert werden. Es muß deshalb etwas in der formalen Konstruktion der Grundpflicht liegendes sein, das rechtsstaatliche Befürchtungen hinsichtlich denkbarer hemmungsfreier staatlicher Ingerenz zu beruhigen vermag.

In der Tat gibt es solche Konstruktionselemente. Dabei handelt es sich einerseits um die semantische Vagheit der Grundpflicht, andererseits um die wesensmäßige Freiwilligkeit, Eigenmotiviertheit, auf die die Grundpflicht angewiesen ist. Diese beiden Charakteristika haben zur Folge, daß staatliche Maßnahmen zur Ausfüllung der Grundpflicht immer konstitutive Bedeutung haben, zum einen, weil sie die vage Verfassungslage konkretisieren, zum anderen, weil sie, indem sie Verbindlichkeit setzen, die Freiwilligkeit beseitigen.

Der Schutzbereich der Berufsfreiheit (für die allgemeine Handlungsfreiheit und die Eigentümerfreiheit gilt Entsprechendes) wird also durch die Grundpflicht nicht beschränkt. Wohl aber wirkt sich die Grundpflicht bei der Rechtfertigung von Eingriffen aus, und zwar derart, daß die Rechtfertigungslast gemindert wird. Hierauf ist noch zurückzukommen (unten zu VIII 3 b).

#### b) Der Einfluß einer ressourcenökonomischen Sichtweise

Es kommen aber noch andere Gründe als die hier entwickelte Grundpflicht in Betracht, aus denen heraus der Schutzbereich der Berufsfreiheit und anderer Freiheitsrechte im umweltrechtlichen Verwendungszusammenhang eingeschränkt werden könnte. Sie könnten sich aus der bereits oben zu A IV 2 a erwähnten **ressourcenökonomischen Sicht** ergeben, die in besonders innovativer Weise von Dietrich Murswiek für die Grundrechtsdogmatik fruchtbar gemacht worden ist. Nach dessen Auffassung ist die Nutzung der Umwelt nicht Ausübung von Freiheitsrechten, sondern Teilhabe an öffentlichen Gütern. Diese Teilhabe sei, soweit es den persönlichen Lebensbereich mit seiner

notwendigen Umweltnutzung (z. B. Atemluft, Emissionen der Heizung, unvermeidbare Abfälle) angehe, als Voraussetzung der Freiheitsrechte von diesen mit umfaßt. Soweit die Umweltnutzung über diesen Bereich aber hinausgehe, nehme sie öffentliche Ressourcen in Anspruch, über die der Staat verfüge.<sup>141</sup>

Konsequenterweise müßte Murswiek insoweit auch den Schutzbereich der Freiheitsrechte einschränken, mit der Folge, daß staatliche Maßnahmen der Ressourcenbewirtschaftung nicht als Eingriff zu qualifizieren wären und folglich auch nicht auf einem parlamentarischen Gesetz beruhen müßten. Diese Konsequenz zieht Murswiek aber nicht. Er will seine ressourcenökonomische Sichtweise vielmehr nur im Rahmen der Rechtfertigung von Eingriffen zur Geltung bringen, und zwar in der Art, daß die Rechtfertigungslast für Eingriffe erleichtert wird. Warum die Teilhabe jenseits des persönlichen Lebensbereichs inhaltlich aber einerseits nicht zum Schutzbereich gehört, andererseits formal (um nämlich Eingriffsabwehrrechte zu erhalten) aber doch, müßte noch klarer durchdacht werden; vorläufig besteht der Eindruck einer strategischen Abmilderung einer an sich erforderlichen, aber ziemlich grundstürzenden Konsequenz.

Ob die ressourcenökonomische Sichtweise nun bereits den Schutzbereich beschränkt oder "erst" die Rechtfertigung von Eingriffen erleichtert, ist letztlich aber weniger wichtig als die Frage, ob die Sichtweise selbst überzeugend ist. Die Frage muß für die hiesigen Zusammenhänge nicht unbedingt entschieden werden, weil ein ökologisches Verhältnismäßigkeitsprinzip auch im Rahmen des herkömmlichen Denkens in Handlungsfreiheiten und ihren Begrenzungen begründbar ist. Da die Rechtfertigungsgründe, wie zu A IV 2 a gezeigt, im Rahmen des ressourcenökonomischen Ansatzes aber besonders überzeugend erscheinen, möchte ich doch Stellung nehmen.

Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Der Ansatz verdient Zustimmung insoweit, wie die Umwelt wirklich als Gut bezeichnet werden kann, als solches knapp ist und deshalb eine öffentliche Bewirtschaftung erforderlich macht. Als fundamentaler Neuansatz im Umweltrecht ist er dagegen mit Skepsis zu betrachten. Jedenfalls darf er den Ansatz der Stärkung der Selbstverantwortlichkeit der einzelnen nicht desavouieren. Auch muß es weiterhin Umwelt- und Menschenschutz mit Absolutheitsanspruch geben können.

Ich habe im wesentlichen vier Einwände, die mit den Stichworten "freies / öffentliches Gut", "staatliche / individuelle Verantwortung", "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 untrennbar sei (Produktion ist untrennbar mit Ressourcenverbrauch und -belastung verbunden), 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 wirtschaftliche Betätigung aus der Freiheitsgarantie herausnimmt (hier bleibt die Unklarheit der dann doch persistierenden bloß formalen Freiheit) oder, vielleicht autorentreuer: indem er die wirtschaftliche Betätigung der Vermutung des Gerechtigkeitseins 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, so ist der Gesetzgeber gefordert, nicht der Verfassungsinterpret. Der Gesetzgeber mag manche Ressourcen als so gefährdet ansehen, daß er sie zum öffentlichen Gut deklariert und entsprechend bewirtschaftet. Aus der Verfassung läßt sich m. E. nicht entnehmen, wo der normale Stoffwechsel zwischen Mensch und Natur in eine Übernutzung umschlägt, die es rechtfertigt, von der Verknappung eines Gutes zu sprechen und es zum öffentlichen zu machen, das der Bewirtschaftung bedarf.

#### **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. So ist der Stand der Wissenschaft sicherlich ein kollektiver Fundus, der dennoch jedermann zur freien Benutzung offensteht. Ähnliches gilt 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 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), und diese Freiheit der Verfügung ist den Kollektivgütern bisher gut bekommen. Es ist allerdings zuzugeben, daß die Dinge bei dem Kollektivgut Umwelt anders liegen können. Aber die selbstverständliche Gleichsetzung von öffentlichem Gut und staatlicher Verfügung würde für den Umweltbereich jedenfalls vernachlässigen, daß es mit der Eigenverantwortlichkeit der einzelnen eine immerhin erwägenswerte und ebenfalls theoretisch fundierte Alternative gibt. Dennoch kann es geboten sein, Kollektivgüter vor übermäßigem Zugriff zu schützen, zu öffentlichen Gütern zu deklarieren und zu bewirtschaften. Nur kann diese Entscheidung schwerlich der Verfassung entnommen werden. Sie ist eine politische, die der Gesetzgebung zukommt.

#### **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. Ein dementsprechendes Denkmuster, das Regal, steht in Gestalt der Fördergabe auf gewonnene Bodenschätze<sup>142</sup> bereit. Es deckt auch die ältere Variante der Abgabe auf die Entnahme von Grund- und Oberflächenwasser. Es ist richtig, daß die neuere Variante der Wasserabgabe - wenn möglich auch beispielgebend für andere ähnliche Abgaben<sup>143</sup> - auch einen Lenkungseffekt haben soll, nämlich den, zu sparsamem Umgang mit dem Wasser anzureizen.<sup>144</sup> Aber es wird immer intensiver Überlegungen und Sicherungen bedürfen, um zu vermeiden, daß das Instrument der Abgabe nicht in das bequeme Muster des Regal abgleitet.<sup>145</sup> Wiederum zeigt sich, daß dies eine Aufgabe der Gesetzgebung und nicht der Verfassungsintegration 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. Grundwasser, Naturgebiete) sehr passend, nämlich für solche, die greifbar und teilbar sind. Für andere kann das Vokabular passend gemacht werden, indem man es eher metaphorisch versteht, so z. B. für die Schadstoffabbaukapazität der Gewässer oder die Speicheringfähigkeit von bestimmtem Erdreich für gefährliche Abfälle. Es gibt aber auch Belastungen,

<sup>142</sup>

§ 31 BBergG.

<sup>143</sup>

So in bezug auf den baden-württembergischen sog. Wasserpfeffig BVerfG v. 7.11.1995, NVwZ 1996, 469 (470 I. Sp.).

<sup>144</sup>

D. Murswiek, Ein Schritt in Richtung auf ein ökologisches Recht, NVwZ 1996, 417 (421).

<sup>145</sup>

Vgl. zu dem Problem aus allgemeiner rechtssoziologischer Sicht G. Winter, Bartering Rationality in Regulation, in Law and Society Review 1985, 219 ff.

deren Besonderheit von der Ressourcenrhetorik 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 rechnenhaft 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 Konstituierung eines Umweltgutes als öffentliches Gut mit dem daran anschließbaren staatlichen Bewirtschaftungsregime eine Option ist, die dem Gesetzgeber offensteht. Für diese Option muß auf verfassungsrechtlicher Ebene Raum geschaffen werden, und zwar auch, wenn sie auf andere Güter als das insoweit bereits konstituierte öffentliche Gut Grundwasser erstreckt werden soll; die Option ist jedoch nicht bereits verfassungsrechtlich ein für allemal verwirklicht.

Dies bedeutet zugleich, daß die Einführung eines solchen Regimes nicht als Konkretisierung eines Teilhaberechts, sondern als Einführung von Teilhaberechten oder -chancen anzusehen ist, die als solche einen Eingriff in den Schutzbereich der betroffenen Freiheitsgrundrechte darstellt. Sie ist folglich auch dem Rechtfertigungserfordernis aller Eingriffe unterworfen, wobei sich die Anforderungen aber - wie auch Murswiek betont - dann vermindern, wenn sich das fragliche Umweltkompartiment als ein Gut fassen läßt und knapp zu werden droht.

Das Rechtfertigungserfordernis wird im übrigen gerade bei den Grundrechten aus Art. 14, 12 und 2 Abs. 1 GG zusätzlich dadurch relativiert, daß dem Gesetzgeber hier statt nur eines Eingriffs in einen vorgegebenen Schutzbereich die weitergehende Befugnis zur Inhaltsbestimmung (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) bzw. Regelung (Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG) bzw. Ausgestaltung (Art. 2 Abs. 1 GG) des Schutzbereichs der Grundrechte zukommt.

### 3. Rechtfertigung von Eingriffen

Nach diesen Vorarbeiten ist nun zu untersuchen, welche grundrechtlichen Anforderungen zu beachten sind, wenn der Gesetzgeber die ökologische Verhältnismäßigkeit, statt sie als Grundpflicht von selbst wirken zu lassen,

normativ konkretisiert, insbesondere in der einen oder anderen Gestalt eine Alternativenprüfung vorschreibt. Für eine solche Regelung wäre einerseits von der Grundpflicht her der Boden schon bereitet. Andererseits wäre sie zugleich ein Eingriff in das Freiheitsrecht und hätte dessen sog. Schranken-Schranken, d. h. dessen Vorgaben für die Zulässigkeit oder, m. a. W., der Rechtfertigungsfähigkeit von Eingriffen zu gehorchen.

#### a) Ökologische und gesellschaftliche Verhältnismäßigkeit

Von diesen Vorgaben soll hier zunächst das allgemeine, hier sog. gesellschaftliche Verhältnismäßigkeitsprinzip herangezogen werden. Nehmen wir an, das fragliche Gesetz schreibt nur die einfache Variante der Prüfung und Auswahl der ökologisch besseren Variante vor. Das Gesetz steht dann im Spannungsverhältnis eines vorwärtsdrängenden und eines hemmenden verfassungsrechtlichen Prinzips, nämlich der Grundpflicht der ökologischen Verhältnismäßigkeit auf der einen und der Eingriffsschranke der gesellschaftlichen Verhältnismäßigkeit auf der anderen Seite. Dieses Spannungsverhältnis läßt sich im Wege der Konkordanz oder, besser, Optimierung auflösen.

Für das private Unternehmen, das ich als Adressat unterstelle, ist eine gesetzliche Vorschrift, die zur Prüfung und Auswahl einer ökologisch günstigeren Alternative verpflichtet, eine Belastung, insbesondere dann, wenn die Alternative mehr Kosten verursacht als die ökologisch weniger verträgliche. Nimmt die Vorschrift auf solche Kosten keine Rücksicht, so ist im Rahmen des gesellschaftlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips das Gebot des geringsten Eingriffs, auch Erforderlichkeitsprinzip genannt, berührt; denn statt der weniger kostspieligen wird sogar die teurere Variante gefordert. Dies würde für die Dimensionierung des ökologischen Verhältnismäßigkeitsprinzips bedeuten, daß nur die Prüfung solcher Alternativen vorgeschrieben werden darf, die keine zusätzlichen Kosten verursachen, bzw., bei Optimierung der beiden Prinzipien, die keine im Verhältnis zum Gewinn an Umweltschonung übermäßigen Kosten verursachen. Die ökologisch erforderliche Variante darf gesellschaftlich nicht unverhältnismäßig viel kosten; das Spektrum der zu prüfenden Alternativen wird dementsprechend begrenzt. Abstrakter gesagt, wird das im Rahmen der gesellschaftlichen Verhältnismäßigkeit sich stellende Erforderlichkeitsproblem im Rahmen der ökologischen Verhältnismäßigkeit durch Begrenzung der als geeignet angesehenen Varianten gelöst, wobei aber die Denkrichtung nicht

einseitig zu Lasten der ökologischen Verhältnismäßigkeit geht, sondern eine Wechselwirkung anzunehmen und Konkordanz herzustellen ist.

#### b) Zielalternativen und nicht disponible Alternativen

Stellt die gesetzliche Regelung sogar die Zielsetzung des Unternehmens in Frage, verlangt sie also eine Bewertung des gesetzten Ziels (indem sie z. B. den Bau eines Kraftwerks nur bei gegebenem Strombedarf zuläßt),<sup>146</sup> oder schreibt sie eine Einbeziehung solcher "nicht disponibler" Alternativen vor, deren Verwirklichung das Tätigkeitsfeld des Unternehmens überschreitet (indem sie z. B. Stromeinsparung statt Stromproduktion verlangt), so ist der Eingriff zu fundamental, um noch über einen Abgleich mit dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzip gerechtfertigt werden zu können, jedenfalls dann, wenn keine weniger eingreifenden Varianten geeignet erscheinen, das Umweltschutzziel zu erreichen. Dann ist über das Erforderlichkeitskriterium kein Freiheitsgewinn herauszuholen; vielmehr ist das Ziel der staatlichen Maßnahme selbst angesprochen.

Dieser Gedanke ist auch in die Struktur der Berufsfreiheit eingelassen: Greift ein Gesetz in die Freiheit der Berufswahl ein, ist sein Eingriff also tiefer als bei bloßer Regelung der Berufsausübung, so ist der Eingriff nach der Stufentheorie des BVerfG nur zu rechtfertigen, wenn er dem Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsgutes dient.

Nun ist nicht mit jedem Fall der Zielalternativen und nicht disponiblen Alternativen auch ein Eingriff in die Berufswahl 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, das das Unternehmen nicht anbieten kann, so ist es nicht gehindert, die anderen Produkte zu verkaufen und weitere zu entwickeln.

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.<sup>147</sup>

Bei der Bestimmung des Gewichts des Umweltschutzzieles, welches mit der unterstellten Regelung verfolgt wird, ist aus dem oben zu VIII 1 und 2 Entwickelten zu berücksichtigen, daß

- wegen des Grundpflichtcharakters der ökologischen Verhältnismäßigkeit die Rechtfertigungsanforderungen allgemein niedriger anzusetzen sind;
- der Schutz knapper kollektiver Ressourcen ein überragend wichtiges Gemeinschaftsinteresse ist;
- ein solches Gemeinschaftsinteresse auch an dem möglichst weitgehenden Schutz der menschlichen Gesundheit besteht.

#### 4. Schutzpflicht des Staates

##### a) Staat als Daseinsvorsorger

Es wurde oben zu VI 2 und 4 dargelegt, daß das Recht die Alternativenprüfung im Bereich der daseinsvorsorgenden und planenden Verwaltung besonders differenziert ausgebildet hat, dies wohl deshalb, weil Gedanken der gesellschaftlichen, finanzwirtschaftlichen und ökologischen Verhältnismäßigkeit zusammenfließen. Auch machen Strukturunterschiede zwischen öffentlicher Hand und privaten Unternehmen, insbesondere hinsichtlich Rentabilität, Organisation und Erwartungsdruck (vgl. zu VI 3 d), den Staat empfänglicher für solche rechtlichen Bindungen.

Es ist nunmehr zu fragen, inwieweit sich dafür auch verfassungsrechtliche Grundlagen oder Grenzen finden.

Vorausgeschieht sei noch einmal eine Vergewisserung über die unterschiedlichen Staatstätigkeiten, auf die sich verfassungsrechtliche Pflichten und Rechte beziehen könnten. Im vorliegenden Zusammenhang ist zwischen der planenden Verwaltung, die die Selektion von Alternativen in den "Räumen" der technischen Verfahren, der Standorte, der Umweltmedien und der Produkte vorstrukturiert, und der auf einzelne Infrastrukturvorhaben bezogenen "daseinsvorsorgenden" Verwaltung unterschieden worden (s. oben zu VI 4). Innerhalb der letzteren gibt es meist noch eine Arbeitsteilung zwischen den die Projekte **managenden** und den sie **kontrollierenden Behörden**, z. B. die Straßenbaubehörde, die eine Straße entwirft, baut und betreibt, auf der einen Seite und die Planfeststellungsbehörde, die die Genehmigung erteilt, auf der anderen.

Von besonderem Interesse für unsere Problemstellung sind die Managementbehörden. Ihnen kommt, ähnlich wie auf dem Markt den Unternehmen, im Bereich der Infrastrukturleistungen die treibende Rolle zu. Sie sind es gewohnt, in Alternativen zu denken, nur beschränkt sich ihr Horizont traditionell darauf, die Performanz verschiedener Mittel und die Optimierung der Performanz mit dem Kostenpunkt zu ventilieren. Ökologische Alternativenprüfung wäre am effektivsten, wenn sie bereits in diese frühe Phase der Entwicklung von Projekten Eingang fände und nicht erst über die kontrollierende Verwaltung aufgezwungen werden müßte.

Auf der einfachgesetzlichen Ebene wird dieses Problem dadurch gelöst, daß gesetzliche Pflichten, einschließlich solcher zur Untersuchung und Darlegung von Alternativen, für private und öffentliche Verursacher von Umweltbelastungen gleichermaßen gelten.<sup>148</sup> Das Problem stellt sich aber auch auf der verfassungsrechtlichen Ebene. Die materiellen Maßstäbe des Fachplanungsrechts - das Abwägungsgebot und mit ihm die Alternativenprüfung - sind aber deutlich an die Managementbehörde gerichtet, denn sie soll es sein, die im Abwägungsvorgang und -ergebnis bestimmte Vorgaben zu beachten hat. Die kontrollierende Behörde hat dies nur nachzuvollziehen.<sup>149</sup>

<sup>148</sup>

Sog. materielle Polizeipflicht der Hoheitsträger. S. dazu BVerwG v. 16.1.1968, E 29, 52 (56); M. Kloepfer, Umweltrecht, 1989, S. 216 f.

<sup>149</sup>

Diese Differenzierung ändert "außenrechtlich" geschehen nichts daran, daß Pflichtadressat der jeweilige Verwaltungsträger ist, gerade auch in dem Fall, daß Management- und Kontrollbehörde einem Träger, etwa einem Land angehören. Dennoch macht es "innenrechtlich" betrachtet Sinn, unterschiedlichen Zuständigkeiten differenzierte Verhaltenspflichten zuzuordnen. Dadurch läßt sich das, was vom Gesetz gewollt ist, effektiver durchsetzen.

Aber es ist Gesetzesrecht, das die Managementbehörde beachten muß. Darüber hinaus drängt sich nun in Parallele zu den verfassungsrechtlichen Grundpflichten der einzelnen der Gedanke auf, ob sich vor aller gesetzlichen Ausformung ein verfassungsrechtliches Gebot zur ökologischen Alternativenprüfung auch für die Verwaltung, und insbesondere eben für deren Projektmanagement, ergibt.

Ein solches Gebot ist in der Tat Art. 20 a GG zu entnehmen. Daneben ist die aus Art. 2 Abs. 2 GG abzuleitende Pflicht des Staates zum Schutz von Gesundheit und Leben zu nennen.

Man zitiert die Schutzpflichten meist im Zusammenhang mit der kontrollierenden Tätigkeit des Staates, bei der es um den Schutz einzelner vor Beeinträchtigungen durch Dritte einschließlich des belastungsverursachenden Staates geht, und auch die Formulierung der neuen Schutzpflicht aus Art. 20 a GG läßt zunächst an diesen Zusammenhang denken. Aber beide Schutzpflichten gelten auch für die managende Tätigkeit des Staates. Das ist juristisch gesehen selbstverständlich, es ist aber nicht sicher, ob dies den Behörden und Abteilungen, die auf das Management der Infrastruktur spezialisiert sind, immer deutlich vor Augen steht.

Die genannten Schutzpflichten werden des weiteren meist als Pflichten zu Grenzsetzungen verstanden, z. B. derart, daß der Staat Überschreitungen der Gefahrenschwelle verhindern muß. Einer solchen verräumlichenden Denkweise entzieht sich das ökologische Verhältnismäßigkeitsprinzip, das eher prozedural, d. h. in Begriffen der Verfertigung von Entscheidungen, zu verstehen ist. Da Art. 20 a GG wie auch die Extrapolation aus Art. 2 Abs. 2 GG die Art und Weise des Schutzes nicht im einzelnen vorgeben, dürfte beides, eine Pflicht zur Setzung von Grenzen und eine Pflicht zur Verhältnismäßigkeit, für eine richterrechtliche Ausfüllung geeignet sein. Das gilt auch für die ressourcenökonomische Verortung der ökologischen Verhältnismäßigkeit, wie sie Murswiek in Art. 20 a GG angelegt sieht: Wie bereits zu oben VIII 1 e berichtet, läßt sich nach seiner Ansicht die Tatsache, daß Art. 20 a GG ein Schutzgut bestimmt und gerade nicht ein Staatsziel (wie etwa den Sozialstaat) umschreibt, für eine Sichtweise fruchtbar machen, nach der der Staat auf eine sparsame und effiziente, d. h. Alternativen erwägende Weise zu bewirtschaften hat.<sup>150</sup>

<sup>150</sup>

D. Murswiek, NVwZ 1996, 222 (227 I. Sp.).