

Gerd Winter

Ökologische Verhältnismäßigkeit*

Ökologische Verhältnismäßigkeit soll hier bedeuten, dass die Gesellschaft, wenn sie Natur vernutzt, ihre Ziele rechtfertigt und Mittel auswählt, die geeignet, erforderlich und angemessen sind. Dieser Maßstab ist ein Spiegelbild des traditionellen Verhältnismäßigkeitsprinzips, welches die Freiheiten der Gesellschaft gegenüber dem Staat verteidigt. Angesichts der fortschreitenden Überlastung der Natur muss die Gesellschaft aber ihre Freiheiten gegenüber der Natur begrenzen, freiwillig im Rahmen von Sozialnormen, aber auch verpflichtend im Rahmen von Rechtsnormen. Der Maßstab ist nicht neu oder gar revolutionär, sondern in vielen Sozial- und Rechtsnormen emergent. Er ist auch verfassungsrechtlich zu verteidigen. Der Autor versteht den Beitrag als Versuch, der, wie er hofft, zu weiterer Diskussion anregt.

A. Einleitung

Wenn man den Blick vom Umfeld hierzulande, in dem die Natur noch einigermaßen zu florieren scheint, auf die weltweite Lage der Natur weitet, ist nicht mehr zu übersehen, dass die Menschen kritische Grenzen überschreiten und dadurch ihre eigene Lebensgrundlage zerstören.¹ Für die Arbeit am Recht folgt daraus, dass der Natur ein größeres Gewicht im Rechtssystem gegeben werden muss. Auf dieser Linie ist vorgeschlagen worden, der Natur subjektive Rechte gegenüber den Menschen einzuräumen. Weithin diskutierte Ausformungen dieses Gedankens sind das Konzept materieller und prozessualer Rechte² sowie das Konstrukt eines *contrat naturel* zwischen Natur und Mensch, der den zwischenmenschlichen *contrat social* ergänzen soll.³ Die Schwierigkeit solcher Vorschläge liegt darin, dass subjektive Rechte nicht absolut sein können, sondern in Konflikt mit gesellschaftlichen Rechten treten und somit Bewertungen und Aushandlungen notwendig werden, für die das Konzept der subjektiven Rechte jedoch keine Anleitung bereitstellt.

Solche Anleitung könnte im Konzept objektiver Pflichten der Menschen gegenüber der Natur gesucht werden. An erster Stelle steht hier das Prinzip des nachhaltigen Umgangs mit der Natur. Es hat die Natur gegenüber Belangen der sozialen Wohlfahrt und der wirtschaftlichen Entwicklung stärker bewusst gemacht. Nach herrschendem Verständnis besteht es aber nur aus einer Abwägungsdirektive, die inhaltlich offen ist.⁴ Ein weiteres ‚objektives‘ Konzept ist die Kosten-Nutzen-Analyse (KNA), d.h. die Feststellung und Abwägung der ökonomischen Kosten und der ökologischen Nutzen von Maßnahmen zum Umweltschutz.⁵ Auch dieses ist aber weitgehend kriterienlos: Soweit gefordert wird, die Kosten und Nutzen müssten auf einen gemeinsamen – möglichst monetarisierten – Nenner gebracht werden, scheidet dies an nicht messbaren gesellschaftlichen und ökologischen

Werten. Soweit dagegen qualitative Abwägungen genügen sollen,⁶ fehlt es wiederum an Differenzierungen innerhalb der allgemeinen Regel, dass diejenige Lösung vorzuziehen ist, die mehr Nutzen als Kosten bringt. In Betracht zu ziehen ist weiterhin das Vorsorgeprinzip. In seiner allgemein anerkannten Fassung gibt es jedoch nur Verhaltenshinweise in Ungewissheitssituationen. Natur steht aber viel häufiger in solchen Situationen zur Abwägung, in denen ihre Schädigung gewiss ist. Man denke nur an die Auswirkungen von Siedlungs- und Infrastrukturbau auf die Biodiversität. So bleibt als greifbare objektive Pflicht nur das Gebot der Gefahrvermeidung. Dieses setzt jedoch nur äußerste Grenzen, die nicht genügend Schutz gewähren.

Mehr materielle Anleitung für Abwägungen im Rahmen sowohl der subjektivrechtlichen wie der objektivrechtlichen Konzepte könnte dagegen aus dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit zu gewinnen sein. Dieses Prinzip hat sich als ein recht differenziertes Instrument zur Beschränkung von Macht innerhalb der menschlichen Gesellschaft herausgebildet. Ich möchte vorschlagen, es als ein Mittel zur Begrenzung der Macht der menschlichen Gesellschaft über die Natur einzusetzen.

B. Von soziologischer zu ökologischer Verhältnismäßigkeit

I. Das klassische Verhältnismäßigkeitsprinzip

Verhältnismäßigkeit ist ein weithin anerkanntes Rechtsprinzip. Es wurde zur Strukturierung der Beziehungen zwischen Ho-

* Erheblich überarbeitete Fassung meines Aufsatzes „Eco-logical proportionality – an emerging principle of law for nature?“, in: C. Voigt/H.-C. Bugge (Hrsg.), *Rule of law for nature*, Cambridge i.E. Ich danke Neyire Akpinarli, Olaf Dilling, Andreas Fisahn, Ulrike Nagel und Michael Stadermann für wichtige Einwände, die mich zur Schärfung, nicht zur Aufgabe des Versuchs veranlasst haben. Der Aufsatz ist Anna, Moritz, Jule, Bruno, Benjamin und Michel gewidmet.

1 UNEP (Hrsg.), *Global Environmental Outlook*, 2012.

2 Als besonders prägnantes Beispiel s. Art. 71 der Verfassung Ekuadors: „Nature, or Pacha Mama, where life is reproduced and occurs, has the right to integral respect for its existence and for the maintenance and regeneration of its life cycles, structure, functions and evolutionary processes.“ Zu prozessualen Rechten Chr. Stone, *Should Trees Have Standing?, Law, Morality, and the Environment*, Oxford 3. Aufl. 2010.

3 M. Serre, *Contrat Naturel*, Paris 1992.

4 Siehe dazu und zum Konzept „starker“ Nachhaltigkeit *Rat von Sachverständigen für Umweltfragen*, Umweltgutachten 2002, Stuttgart 2002, Kap. 1.3; K. Ott/R. Döhring, *Theorie und Praxis starker Nachhaltigkeit*, Marburg 2004, S. 97 ff.; G. Winter, *A fundament and two pillars. The concept of sustainable development 20 Years after the Brundtland Report*, in: H. C. Bugge/C. Voigt (Hrsg.), *Sustainable Development in International and National Law*, Groningen 2008, S. 25 ff.

5 Zum Entwicklungsstand siehe B.C. Field/ K.C. Field, *Environmental Economics*, Boston 5. Aufl. 2009, S. 44 f., 118 ff., 137 ff.; C. Sunstein, *Gesetze der Angst*, Frankfurt 2005, S. 190 ff.; zur Kritik F. Eckardt, *Theorie der Nachhaltigkeit*, Baden-Baden 2011, S. 355 ff.; F. Ackermann/L. Heinzerling, *Priceless. On knowing the price of everything and the value of nothing*, New York 2004.

6 So z.B. der Vorschlag einer pragmatischen Umweltpolitik von S. A. Shapiro/C. H. Schroeder, *Beyond cost-benefit analysis. A pragmatic reorientation*, *Harvard Environmental Law Review* 2008, 434 ff. (469 ff.).

heitsgewalt und Bürgern entwickelt und soll dafür sorgen, dass Eingriffe der öffentlichen Gewalt in individuelle Rechte nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sind:

- Die hoheitliche Maßnahme muss ein legitimes öffentliches Interesse verfolgen (1);
- die Maßnahme muss
 - geeignet, d.h. dem angestrebten öffentlichen Interesse dienlich sein (2),
 - erforderlich sein, d.h. es darf kein alternatives Mittel geben, das gleich effektiv, aber weniger eingreifend ist (3), und
 - angemessen sein in seiner Eingriffsintensität im Verhältnis zum Gewicht des öffentlichen Interesses (4).

Dieses Prinzip wird in Abbildung 1 veranschaulicht. Die Pfeile zeigen an, dass die zur Erreichung eines Ziels getroffenen Maßnahmen in verschiedener Art und Weise individuelle Rechte berühren können. Alternative B, dargestellt durch den dickeren gestrichelten Pfeil, wäre hierbei eingreifender als Alternative A. A ist deshalb B vorzuziehen.

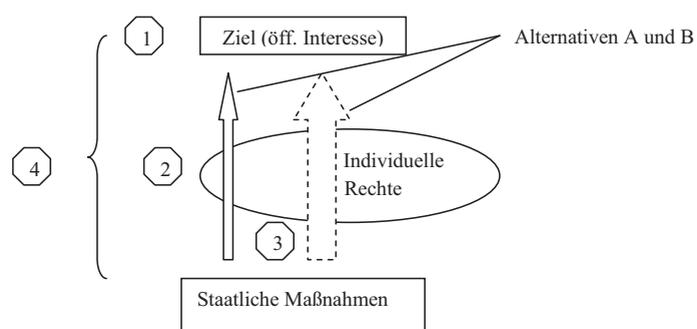


Abb.1: Das klassische Verhältnismäßigkeitsprinzip (Die Zahlen bezeichnen die o.g. Komponenten)

Die Verhältnismäßigkeit hat verschiedene rechtskulturelle Ursprünge, von denen der Deutsche wahrscheinlich der Einflussreichste war. Das Prinzip entstand im deutschen Polizeirecht des 19. Jahrhunderts, als die Gerichte, insbesondere das preussische Oberverwaltungsrecht, die Lehre entwickelten, dass die Polizei in individuelle Rechte nicht stärker eingreifen darf als es zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung „nötig“ ist.⁷ Dies implizierte zwei Prüfungen: Es musste die am wenigsten eingreifende Maßnahme ausgewählt werden, und diese Maßnahme durfte nicht außer Verhältnis zu dem zu lösenden Problem stehen. Mit der Zeit wurde dieses Prinzip weiter ausdifferenziert und entwickelte sich zu einem generellen Test administrativer Ermessensausübung, gewann verfassungsrechtlichen Status und wurde auch auf die Kontrolle von legislativen Eingriffen in Grundrechte erstreckt.⁸ Im französischen Verwaltungsrecht vollzog sich eine ähnliche Entwicklung, die allerdings mehr in sektorspezifischem Verwaltungsrecht stattfand.⁹

Diese Grundlagen im deutschen und französischen Rechtssystem erleichterten die Anerkennung der Verhältnismäßigkeit auch auf europäischer Ebene. Auch das aus dem englischen common law stammende Prinzip der reasonableness könnte als Grundlage dienen. Dieses ist zwar weniger materiell denn prozedural (nämlich auf Begründungspflichten) ausgerichtet und we-

niger systematisch ausgebildet,¹⁰ hat aber mit seinem *Wednesbury-Test*¹¹ möglicherweise Pate dafür gestanden, dass der EuGH in einem *judicial self-restraint* das Verhältnismäßigkeitsprinzip nur bei offensichtlichen Bewertungsfehlern als verletzt ansieht. Der EuGH griff das Verhältnismäßigkeitsprinzip in seiner frühen Rechtsprechung zu den europäischen Grundrechten auf als ein Mittel, Eingriffe zu beschränken,¹² wandte es auf mitgliedstaatliche Einschränkungen der EG/EU-Grundfreiheiten an und unterwarf ihm zudem administrative Ermessensentscheidungen der europäischen Organe, vor allem solche der Kommission.¹³

II. Vorschlag einer Analogie

Ich schlage nun vor, dieses Prinzip von staatlichen Maßnahmen, die in Bürgerrechte eingreifen, auf Handlungen der Bürger, die in die Natur eingreifen, zu übertragen. Diese Analogie ist gerechtfertigt, denn beide Anwendungsbereiche haben einen gemeinsamen Nenner: die Beschränkung von Eingriffen in schützenswerte Sphären. Im ersten Fall sind es staatliche Eingriffe in die Gesellschaft, im zweiten gesellschaftliche Eingriffe in die Natur. Dabei umfassen die letzteren nicht nur das Handeln der Individuen, sondern auch das Handeln der Gesellschaft als Kollektiv, etwa wenn dessen Organe öffentliche Infrastruktur wie Straßen schaffen. Staatliche Organe, die in Natur eingreifen, würden also nicht anders behandelt werden als individuelle Akteure. (Sie würden auf andere Weise dennoch gegenüber Bürgern privilegiert werden, da sie eher öffentliche als private Interessen verfolgen.)

Zur Vereinfachung der Terminologie empfiehlt es sich, die beiden Varianten als soziologische Verhältnismäßigkeit (sV) und ökologische Verhältnismäßigkeit (öV) zu bezeichnen (s. Abb. 2).

Der Grund für die neue Zielrichtung des Prinzips ist die ansteigende Verknappung natürlicher Ressourcen, die für die mo-

- 7 ProVGE 13, 424 f.; 44, 342 f.; 45, 416 (423 f.).
- 8 P. Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit*, Köln 1961, S. 29 ff.
- 9 In Frankreich war das Polizeirecht Lernfeld für den Test des geringsten Eingriffs, während das Recht der Enteignung den Test Abwägung zwischen privaten und öffentlichen Interessen, genannt *bilan coût-avantages*, herausbildete. Siehe G. Dupuis/M.-J. Guédon/P. Chrétien, *Droit Administratif*, Paris, (Dalloz) 12. Aufl. 2011, S. 841.
- 10 H. W. R. Wade/C.F. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford, 7. Aufl. 1994, Kapitel 12. Für Aufnahme des Verhältnismäßigkeitsprinzips in das common law C. Harlow/R. Rawlings, *Law and Administration*, Cambridge 2006, S. 118.
- 11 Der Fall betraf eine municipale Regelung, die Kindern unter 15 Jahren den Besuch von Kinos untersagte. Die berühmte Formel lautet, dass eine Entscheidung „must be proved to be unreasonable in the sense that the court considers it to be a decision that no reasonable body could have come to. It is not what the court considers reasonable, ...“ (*Associated Provincial Picture Houses Ltd vs Wednesbury Corpn* [1948] 1 KB 223).
- 12 EuGH, Urteil vom 17.12.1970, C-11/70 (*Internationale Handelsgesellschaft*), Rdnr. 12 und 14.
- 13 Obwohl dieses Prinzip für Situationen entwickelt wurde, in denen in Grundrechte von Privatpersonen eingegriffen wird, wurde es darauf ausgeweitet, Eingriffe höherer Rängebenen in untergeordnete Kompetenzebenen einzugrenzen. Siehe z.B. Art. 5 (4) TFEU, wo es als Teil des Subsidiaritätsprinzips fungiert. Durch Art. 5 AEUV wurde es sogar als ein selbständiges, von Grundrechten gelöstes Prinzip zur Überprüfung von Befugnissen der EU-Organe etabliert. Damit verliert es allerdings seine Konturen.

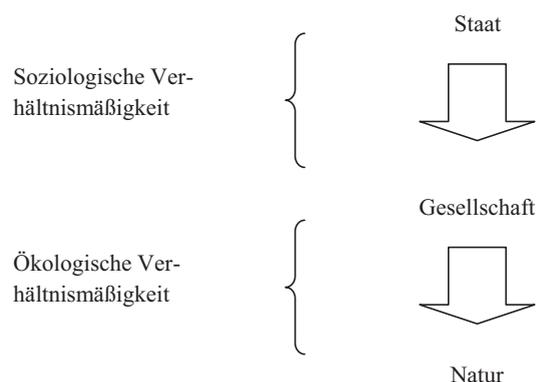


Abb. 2: Die zwei Arten der Verhältnismäßigkeit

derne Gesellschaft verfügbar sind, sei es die Artenvielfalt, Wasser, saubere Luft oder ein lebensfreundliches Klima. Ursache ist die enorme Wachstumsdynamik, die durch die Bürgerrechte freigesetzt worden ist. Die Reaktion darauf sollte sein, dass die Gesellschaft nicht mehr in erster Linie als Rechteinhaberin konzipiert wird, sondern auch als Trägerin von Pflichten. Der Kerngedanke besteht darin, dass die Gesellschaft ihre Interessen mit Blick auf die Natur rechtfertigen sollten. Die Natur ist heute nicht mehr bloß die „Umwelt“ der Menschen, die durch äußere Begrenzung von Handlungsfreiheiten geschützt wird. Sie stellt vielmehr eine fragil gewordene Ressource dar, deren Schonung in die inneren Orientierungsmuster sozialen Handelns eingeschrieben werden sollte.

III. Der Gehalt einer ökologischen Verhältnismäßigkeit

Ökologische Verhältnismäßigkeit würde die folgende vierstufige Prüfung enthalten (s. Abb. 3): Schädigt eine Handlung möglicherweise natürliche Ressourcen,

- muss der Handelnde ein legitimes, gesellschaftliches Ziel verfolgen (1);
- muss die Handlung voraussichtlich
 - geeignet sein, um das Ziel zu verwirklichen (2),
 - erforderlich sein, d.h. nicht durch eine Alternative ersetzt werden können, die weniger in die natürlichen Ressourcen eingreift (3), und
 - angemessen sein, also in die natürlichen Ressourcen im Verhältnis zum Gewicht des gesellschaftlichen Ziels nicht übermäßig eingreifen (4).

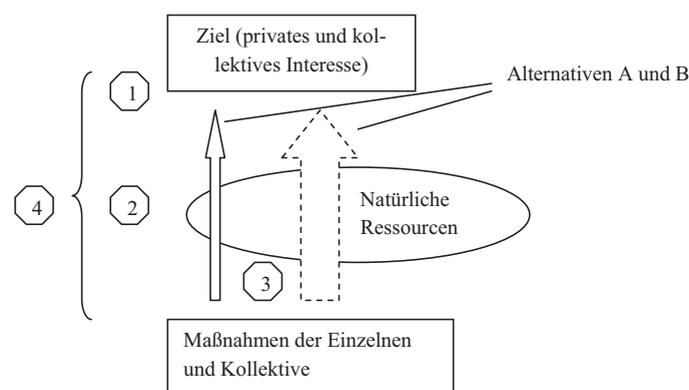


Abb. 3: Ökologische Verhältnismäßigkeit

In detaillierterer Version würde die Prüfung die folgenden vier Anforderungen stellen:

1. Während der Einzelne in der sV das angestrebte Ziel frei wählen kann, ist er in der öV der Pflicht unterworfen, sein Ziel zu begründen. Darin liegt sicherlich ein Skandalon für eine freiheitliche Rechtsordnung, doch drängt sich das Begründungsverlangen angesichts der fortschreitenden Verknappung der natürlichen Ressourcen auf. Es ist beispielsweise nicht gerechtfertigt, landwirtschaftliche Produkte zur Gewinnung von Biokraftstoff zu nutzen, wenn sie für den menschlichen Konsum benötigt werden, oder seltene Tierarten zu fangen, um sie als Haustiere zu halten.
2. Wenn ein Ziel gerechtfertigt werden kann, sollte das Mittel dazu dienen, dieses Ziel zu fördern. Dieser Prüfschritt dient dazu, sinnlose Projekte zu vermeiden. Wenn beispielsweise ein Damm zur Wasserkrafterzeugung gebaut werden soll, sollte erwiesen sein, dass der Fluss ausreichend Wasser in das Reservoir einspeisen wird.
3. Das praktisch wichtigste Mittel der öV ist die Bewertung alternativer Lösungen. Die Alternative, die die geringsten nachteiligen Auswirkungen auf die natürlichen Ressourcen hat, ist zu bevorzugen.
4. Wenn das Ziel gerechtfertigt und das Mittel sowohl geeignet wie erforderlich ist, sollte das Mittel trotzdem verworfen werden, wenn die von ihm ausgehenden Naturschäden außer Verhältnis zu dem Gewicht des Ziels stehen. Wenn beispielsweise die Ausweitung einer Autobahn aufgrund ihrer geographischen Lage nur mittels Durchkreuzung eines Naturschutzgebietes realisiert werden kann, die Transportkapazität aber nur geringfügig erhöht, ist der negative Effekt in Relation zum Ziel übermäßig.

Die zwei wichtigsten Elemente – ein begründetes Ziel und die Prüfung von Alternativen – sollen noch weiter konkretisiert werden.

Denkbare Begründungen von Handlungszielen reichen von privaten Vorlieben und wirtschaftlichem Gewinn bis hin zum Nachweis eines öffentlichen Interesses. Ein öffentliches Interesse ist als Maßstab angebracht, wenn für das Ziel hochwertige Naturgüter geopfert werden sollen. Nimmt man das Ziel als Richtschnur für die Bandbreite der in Erwägung zu ziehenden Alternativen, so ergibt sich, dass je abstrakter das Ziel formuliert ist, desto breiter das Spektrum der Alternativen zu wählen ist. Wenn das Ziel beispielsweise darauf gerichtet ist, die Transportmöglichkeiten zwischen zwei Ballungsgebieten zu steigern, kommen als zwei mögliche Varianten neuer Straßenbau und neuer Schienenbau in Betracht. Wird das Ziel hingegen auf die Bedienung der Nachfrage nach individuellem motorisiertem Verkehr eingengt, kommen nur verschiedene Trassenvarianten einer Straße ins Blickfeld. Ist das Ziel schließlich sehr genau festgelegt, dass beispielsweise eine Autobahn von vier auf sechsspurig ausgebaut werden soll, so sind Varianten kaum noch denkbar. Eine angemessene Lösung wäre, die konkretistische Variante ganz auszuschließen, weil sie die Alternativenprüfung verhindert. Für Projektplanungen sollte das Ziel in mittlerer Abstraktion zu formulieren sein. Die hoch abstrakte Fassung hat ihren Platz dage-

gen auf einer höheren Entscheidungsebene, auf der über grundsätzliche Varianten disponiert werden kann.

Hinsichtlich der Auswahl der zu prüfenden Alternativen ist zu unterscheiden, ob sich diese subjektiv nach dem Willen des Projektträgers oder objektiv nach vorgegebenen Kriterien bestimmen soll. Richtlinie 2011/92/EU über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten begrenzt die Prüfung beispielsweise auf die „wichtigsten anderweitigen vom Projektträger geprüften Lösungsmöglichkeiten“.¹⁴ Im Gegensatz hierzu spricht die Richtlinie 2001/42/EG über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme von „vernünftigen Alternativen“.¹⁵ Dieser objektiverende Maßstab ist weniger anfällig für einen Missbrauch durch den Projektträger. Für das Spektrum der möglichen Alternativen, die zu prüfen sind, sollte, wie bereits erwähnt, das Ziel des Projekts, formuliert auf einer Ebene mittlerer Abstraktion, als Kriterium dienen. Weiterhin: Da die Alternativen in ihrem Grad der Zielerreichung unvermeidbar differieren, müssen gewisse Abstriche von der vollkommenen Realisierung des Ziels hingenommen werden. Besonders bedeutsam ist, dass Alternativen Nebenwirkungen haben und in diesen divergieren können. Dies gilt insbesondere für die Kosten ihrer Realisierung. Die Tunnelung eines Biotops für eine Straße ist sicher teurer als das Durchkreuzen des Biotops auf der Oberfläche. Wenn der Unterschied exorbitant ist, muss die Tunnelung als eine geeignete Alternative ausscheiden. Schließlich empfiehlt es sich, Kompensationsmaßnahmen zu fordern, wenn eine Alternative vorzuziehen ist, aber Natureingriffe mit sich bringt.

C. Ökologische Verhältnismäßigkeit als Sozialnorm

Die genannten Beispiele zeigen, dass die öV dem Recht nicht fremd ist. Gleichwohl sollte das Prinzip zu allererst als Inhalt sozialer Normen identifiziert und propagiert werden.¹⁶ Anders als die sV, die nur als Eingrenzung staatlichen Verhaltens und damit eher als Recht denkbar ist, kann die öV als soziale Norm wirken, weil sie sich nicht an den Staat, sondern an die Gesellschaft wendet. Es soll deshalb gefragt werden, inwieweit Personen, Gebietskörperschaften und Unternehmen bei der Nutzung natürlicher Ressourcen erwägen, ob die Maßnahme einem gerechtfertigten Ziel dient, ob dieses Ziel mit einem weniger eingreifenden Mittel erreichbar ist, und ob die übrigbleibende Beeinträchtigung durch das Gewicht des Ziels aufgewogen wird.

In der Gesellschaft wird öV teilweise von Konsumenten praktiziert. Konsumenten haben Bedürfnisse und suchen Mittel, diese zu befriedigen. Manche von ihnen vergleichen Produkte und Dienstleistungen 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“¹⁷ ermöglicht.

Soweit es Gebietskörperschaften angeht, erfolgt Politikformulierung üblicherweise so, dass Ziele und alternative Mittel erwo-gen werden. Dies gilt zum Beispiel für die Planung öffentlicher

Infrastruktur, die Entwicklungsziele formuliert und Varianten ihrer Umsetzung erwägt. Ursprünglich standen bei der Bewertung 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.

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 zählt zu den Prinzipien seiner „Policy on Corporate Citizenship“ auch das Verhalten hinsichtlich „health, safety and environment“ (HSE) und verstand hierunter bis vor Kurzem Folgendes:¹⁸

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.

Ein weniger anspruchsvolles Beispiel sind 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:¹⁹

[Unternehmen sollten]

6. Auf der Ebene des jeweiligen Unternehmens und gegebenenfalls seiner Zulieferkette ständig um eine Verbesserung ihrer Umweltergebnisse bemüht sein, indem sie Aktivitäten fördern, die darauf abzielen:

14 Richtlinie 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, Abl. EU 2012 L 26/1, Anhang IV Nr. 2.

15 Richtlinie 2001/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.6.2001 über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme, Abl. EG 2001 L 197/33, Art. 5 (1).

16 Bezüglich des Aufkommens und der Rolle von sozialen Normen (oder „Konventionen“) im Unterschied zu rechtlichen Normen siehe den klassischen Text *Max Weber, Rechtssoziologie*, hrsg. v. J. Winkelmann, Neuwied 1960, S. 63 f. Reiches empirisches Material siehe bei *W. G. Sumner, Folkways. A study of the sociological importance of usages, manners, customs, mores and morals*, Boston 1906.

17 Sie rechnet u.a. die Zeiten des Wartens im Stau, der Autopflege und der für die Autokosten aufgewendeten Arbeit mit ein, s. *D. Seifried, Gute Argumente: Verkehr*, München 1990.

18 Bis März 2013 zu finden unter http://www.novartis.de/ueber_novartis/soziale_verantwortung/umweltschutz.shtml. Seit Kurzem wurde die Regel neu formuliert. Sie zielt nun nur noch auf Reduzierung von Emissionen und blendet Ziel-Mittel-Relationen aus (zuletzt am 9.6.2013 aufgerufen).

19 *OECD, OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen*, OECD Publishing. http://www.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-leitsatze-fur-multinationale-unternehmen_9789264122352-de, 2011, Kapitel VI Nr. 6 (zuletzt am 9.3.2013 aufgerufen).

a) in allen Unternehmensteilen Technologien und Betriebsverfahren einzuführen, die den Umweltstandards des Unternehmensteils mit den diesbezüglich besten Ergebnissen entsprechen;

b) Waren bzw. Dienstleistungen zu entwickeln und bereitzustellen, die keine ungebührlichen Auswirkungen auf die Umwelt haben und deren Anwendung zum beabsichtigten Zweck gefahrlos ist, die die Treibhausgasemissionen reduzieren, die im Hinblick auf ihren Verbrauch an Energie und natürlichen Ressourcen effizient sind und die wiederverwendet, recycelt oder gefahrlos entsorgt werden können;

Wenn hiernach Technologien den „Umweltstandards des Unternehmensteils mit den diesbezüglich besten Ergebnissen“ entsprechen sollen, bedeutet dies, 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. Etwas anspruchsvoller formuliert sind die Anforderungen bei Entwicklung und Angebot von Produkten und Dienstleistungen.

Allerdings sind derartige Regeln meist so gefasst, dass Verpflichtungen vermieden werden. Die OECD-Leitsätze sind ein Beispiel dafür, wenn es dort ziemlich redundant heißt, dass die Unternehmen „... bemüht sein [sollen], indem sie Aktivitäten fördern, die darauf abzielen ...“. Es gibt aber auch Beispiele stärkerer Versprechen. Verbindlichkeit erwächst dabei daraus, dass bei den Betroffenen Vertrauen erzeugt wird. Allgemein kann gesagt werden, dass Sozialnormen im gesellschaftlich-wirtschaftlichen Verkehr solches Vertrauen um so eher gewinnen, je konkreter sie formuliert und je verlässlicher sie sanktioniert werden.²⁰

D. Ökologische Verhältnismäßigkeit als Rechtsnorm

ÖV als Inhalt emergenter Sozialnormen entfaltet sich möglicherweise besonders in den Bereichen, die bisher nicht rechtlich reguliert sind. Sie ist aber auch dafür geeignet, Inhalt verbindlicher rechtlicher Regulierung zu werden. Dies wäre nicht revolutionär, denn, wie bereits angedeutet, lässt es sich zeigen, dass die öV in unterschiedlichen Ausprägungen bereits in manchen geltenden Rechtsnormen verwirklicht ist. Einige Beispiele aus dem deutschen, europäischen und internationalen Recht mögen das illustrieren.

Ein ausdifferenziertes Beispiel ist das Kriterienset für die sog. Abweichungsregelung im Regime zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen des Natura-2000-Netzwerks. Wenn ein Projekt realisiert werden soll, das signifikante nachteilige Auswirkungen hat, kann es nur ausnahmsweise erlaubt werden. Art. 6 (4) (1) Richtlinie 92/43/EWG stellt folgende Voraussetzungen auf:

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 Alternativ-

lösung nicht vorhanden, so ergreift der Mitgliedstaat alle notwendigen Ausgleichsmaßnahmen, um sicherzustellen, daß die globale Kohärenz von Natura 2000 geschützt ist. [...]

Vorausgesetzt wird also, dass es keine Alternativlösung gibt, die keine oder weniger nachteilige Effekte hat, und dass aus zwingenden Gründen das öffentliche Interesse überwiegt. Ist dies der Fall, sind kompensierende Maßnahmen zu treffen, die die Kohärenz von Natura 2000 sicherstellen. In diesem Prüfraster finden sich alle vier Elemente der öV wieder: Zielrechtfertigung („öffentliches Interesse“, „zwingende Gründe“), Geeignetheit von Alternativen („Alternativlösung“), Erforderlichkeit („nicht vorhanden“) und Angemessenheit („überwiegend“). Hinzu kommt eine Ausgleichsregelung, die als Rechtsfolge der Bejahung einer Ausnahme formuliert ist, also nicht als Minderung des Eingriffs der gewählten Variante gerechnet werden darf.²¹

Ein ähnlich anspruchsvoller Fall findet sich im deutschen Naturschutzrecht (Bundesnaturschutzgesetz – BNatSchG).²² § 15 BNatSchG schreibt eine Prüfkaskade für Eingriffe in Natur oder Landschaft vor: Zunächst ist abzuschätzen, ob die negativen Effekte des Projekts vermieden werden können.²³ Ist das nicht der Fall, sind Ausgleichsmaßnahmen nahe dem Eingriffsort und, wenn diese nicht möglich sind, auch weiter entfernt liegende Ersatzmaßnahmen zu treffen. Im dritten Schritt sind der verbleibende Schaden und der Vorteil des Projekts abzuwägen; wiegt der Schaden schwerer, ist das Projekt unzulässig, wiegt er leichter, ist eine Ausgleichszahlung zu leisten.

Ein Beispiel mit Anwendungsbereich über den Naturschutz hinaus bietet das Fachplanungsrecht. Dieses gewährt der zuständigen Behörde einen planerischen Abwägungsspielraum, der durch die Rechtsprechung²⁴ ausgeformt worden ist. Hiernach muss die Behörde ein legitimes öffentliches Interesse verfolgen (die sog. Planrechtfertigung) und alternative Lösungen erwägen, die im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf unterschiedliche Belange verglichen werden. Der Kreis dieser Belange ist sehr weit gesteckt, aber zu ihnen gehört wesentlich auch der Umweltschutz.

20 Über Normen von Konzernen s. M. Herberg, Globalisierung und private Selbstregulierung. Umweltschutz in multinationalen Unternehmen, Frankfurt/M. 2007; über Normen von Produktionsnetzwerken s. O. Dilling, Grenzüberschreitende Produktverantwortung, Baden-Baden 2009, S. 142 ff.

21 M. Gellermann, Natura 2000. Europäisches Habitatschutzrecht und seine Durchführung in der BRD, Berlin, 2. Aufl. 2001, S. 94 ff. Anders wohl BVerwG, Urteil vom 6.11.2012, Az 9 A 17/11 (A33), Rdnr. 65.

22 § 15 BNatSchG.

23 Das Projekt kann nach h.M. an dieser Stelle nicht völlig in Frage gestellt werden. Die Bandbreite der Alternativen ist auf diejenigen am selben Ort begrenzt. S. M. Klopfer, Umweltrecht, München, 3. Aufl. 2004, S. 869.

24 Die Rechtsprechung wurde zur bauplanerischen Abwägung (das hier als ein weiteres Beispiel genannt werden könnte) entwickelt (BVerwGE 34, 301 (309)) und auf die fachplanerische Abwägung übertragen (BVerwGE 48, 56 (59 f., 63); 56, 110 (116 f.)), zunächst noch ohne, bald aber mit expliziter Alternativenprüfung (BVerwGE 69, 256 (273); 71, 166 (171); 81, 128 (136)). Das Erfordernis einer Planrechtfertigung wird mit den vom Projekt erwartbaren Eigentumseingriffen begründet. Man kann es aber auch auf den erwartbaren Natureingriff stützen. Der Natureingriff würde einen Grund dafür abgeben, dass die Planrechtfertigung anspruchsvoller als derzeit praktiziert konturiert wird. Vgl. dazu G. Winter, Lob des Flaschenhalses. Über Verkehrsbeschränkung durch Straßenplanungsrecht, in: K.-P. Dolde/K. Hansmann/S. Paetow/E. Schmidt-Assmann (Hrsg.), Verfassung – Umwelt – Wirtschaft. Festschrift für D. Sellner, München 2010, S. 193 ff. (203).

Erwähnt sei schließlich das Beispiel der Ausbauplanung für Höchstspannungsleitungen. Diese erfolgt in einem vielstufigen Prozess, in dem der Bedarf für Netzausbau und alternative Trassenführungen bestimmt werden. In der Bedarfsplanung erarbeiten die Betreiber jährlich einen Szenariorahmen und legen ebenfalls jährlich einen Netzentwicklungsplan vor, welcher der Bestätigung durch die Regulierungsbehörde bedarf und Grundlage des vom Gesetzgeber mindestens dreijährlich zu beschließenden Bundesbedarfsplans ist.²⁵ Dieser ist Richtschnur für die Bundesfachplanung, die Trassenkorridore bestimmt, und die detaillierten Planfeststellungen für einzelne Trassen. Auf allen Ebenen, auch denen der Bedarfsplanung (für die verschiedenen Szenarien zu erarbeiten sind), sind Alternativen zu prüfen.²⁶

Weitere Fälle sollen nur stichwortartig genannt werden, wobei in eckigen Klammern angezeigt wird, welche Elemente der öV aufgegriffen werden.

- Eine Ausnahme von den Verpflichtungen zur Erhaltung wildlebender Vogelarten ist erlaubt im Interesse der Gesundheit und der öffentlichen Sicherheit, im Interesse der Sicherheit der Luftfahrt und zur Abwendung erheblicher Schäden an Kulturen, Viehbeständen, Wäldern, Fischereigebieten und Gewässern, sofern „es keine andere zufriedenstellende Lösung gibt“ (Art. 9 Richtlinie 2009/147/EG). [Zulässige Ziele eingegrenzt; geeignete Alternativen sind zu prüfen]
 - Die Vermarktung von Pflanzenschutzmitteln, die bestimmte gefährliche Substanzen (sog. Substitutionskandidaten) enthalten, ist nicht zuzulassen, wenn für die vorgesehenen 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 sicherer ist (Art. 50 (1) (a) Verordnung (EG) Nr. 1107/09). [Ziel offen („vorgesehene Verwendungen“), Alternativen erstrecken sich auf nichtchemische Methoden]
 - Die Produktion und Vermarktung von bestimmten immanent gefährlichen Chemikalien kann nur zugelassen werden, wenn entweder das Risiko für die Gesundheit oder die Umwelt beherrschbar ist oder der sozioökonomische Nutzen die Risiken überwiegt und es keine geeigneten Alternativstoffe oder -technologien gibt (siehe Art. 60 (2)–(4) Verordnung (EG) Nr. 1907/06). [geeignete Alternativen sind heranzuziehen, die Lösung ist gegen das Ziel („sozioökonomischer Nutzen“) abzuwägen]
 - Ein Betreiber gefährlicher Anlagen hat die besten verfügbaren Techniken einzusetzen, die (sehr verschachtelt) definiert sind als „die Techniken, die in einem Maßstab entwickelt sind, der unter Berücksichtigung des Kosten/Nutzen-Verhältnisses die Anwendung unter in dem betreffenden industriellen Sektor wirtschaftlich und technisch vertretbaren Verhältnissen ermöglicht, gleich, ob diese Techniken innerhalb des betreffenden Mitgliedstaats verwendet oder hergestellt werden, sofern sie zu vertretbaren Bedingungen für den Betreiber zugänglich sind“ (Art. 3 Nr. 10 Richtlinie 2010/75/EU). [umwelteffiziente Alternativen einzubeziehen („unter Berücksichtigung des Kosten/Nutzen-Verhältnisses“), Ziele offen („in dem betreffenden industriellen Sektor“), aber Abwägung der Kosten der Alternativen mit der Ertragsfähigkeit des Ziels („unter ... wirtschaftlich vertretbaren ... Verhältnissen“, „zu vertretbaren Bedingungen zugänglich“)]
- Eine Vielzahl internationaler Abkommen hat ebenfalls Elemente der öV aufgenommen.
- Das Stockholmer Übereinkommen über persistente organische Schadstoffe (POP-Konvention) legt fest: „when considering proposals to construct new facilities or significantly modify existing facilities using processes that release chemicals listed in this Annex, priority consideration should be given to alternative processes, techniques or practices that have similar usefulness but which avoid the formation and release of such chemicals.“ [Ziele offen („usefulness“), geeignete Alternativen zu prüfen]
 - Das Übereinkommen über die Umweltverträglichkeitsprüfung im grenzüberschreitenden Rahmen legt fest, dass die Dokumentation einer UVP mindestens eine Beschreibung vertretbarer („reasonable“) Alternativen (beispielsweise in Bezug auf den Standort oder die Technologie) zu der geplanten Tätigkeit enthalten soll, sowie auch die Möglichkeit, die Tätigkeit zu unterlassen.²⁷ [Ziele offen, vertretbare („reasonable“) Alternativen zu prüfen]
 - Das Wiener Übereinkommen zum Schutz der Ozonschicht schlägt einen Informationsaustausch zwischen den Vertragsparteien vor über: - die Verfügbarkeit und Kosten chemischer Ersatzprodukte und alternativer Technologien zur Verringerung der Emissionen ozonverändernder Stoffe und damit zusammenhängender geplanter und laufender Forschungsarbeiten; - die Grenzen und mögliche Risiken bei der Verwendung chemischer oder anderer Ersatzprodukte und alternativer Technologien, und ebenso sozio-ökonomische Informationen über, unter anderem, die „Kosten, Risiken und Nutzen menschlicher Tätigkeiten, welche die Ozonschicht mittelbar verändern können, und die Einwirkungen getroffener oder erwogener Massnahmen zur Regelung dieser Tätigkeiten.“²⁸ [Alternativen sind zu testen, Ziele („Nutzen“) zu berücksichtigen]
- Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die öV von einer beachtlichen Zahl nationaler, europäischer und internationaler Rechtsakte angenommen wurde, freilich kaum je in voller Ausprägung und meist auf eine Alternativenprüfung beschränkt. Dabei ist eine gewisse Struktur erkennbar: Die Prüfung wird umso anspruchsvoller, je wertvoller die betroffene natürliche

25 §§ 12a–12e EnWG.

26 §§ 4–18 Netzausbaubeschleunigungsgesetz (NABEG). Zu den Alternativen s. § 12a Abs. 1 S. 2, § 12b Abs. 4 EnWG; § 6 S. 5 Nr. 1 u. 2, § 19 S. 1 Nr. 1 u. 2 NABEG.

27 Espoo Konvention über die Umweltverträglichkeitsprüfung im grenzüberschreitenden Rahmen von 1991, Art. 4 i.V.m. Anhang II (b). Die Prüfung vertretbarer Alternativen wird auch vom Kiev Protokoll von 2003 über die strategische Umweltverträglichkeitsprüfung in grenzüberschreitendem Rahmen gefordert, s. dort Art. 7 (c). Die Aarhus Konvention nennt dagegen nur die „wichtigsten vom Antragsteller geprüften Alternativen“ und verlangt auch für sie nur einen Überblick, s. dort Art. 6 (6) (e).

28 Wiener Übereinkommen zum Schutz der Ozonschicht von 1985, Anhang II Nr. 4 und 5.

Ressource ist oder je ernsthafter die nachteiligen Auswirkungen sind. Insbesondere erklärt sich die strenge Version von Natura 2000 aus der Seltenheit der geschützten Ressourcen. Im Gegensatz hierzu folgt die weichere Version für eine UVP wohl aus der Tatsache, dass die UVP viele Auswirkungen und die Umwelt als Ganzes abdecken soll, also nicht nur spezielle Effekte für speziell gefährdete Ressourcen. Auf dieser Struktur aufbauend könnte rechtspolitisch weitergedacht werden.

E. Ökologische Verhältnismäßigkeit und traditionelles Umweltrecht

ÖV zu propagieren bedeutet nicht, dass das klassische Umweltrecht fundamental neu konzipiert werden müsste. Umweltrecht ist ein Mittel der Verfolgung allgemeinerer öffentlicher Interessen. Es setzt sich seinerseits – gewissermaßen einseitig – ein bestimmtes Umweltschutzniveau zum Ziel und verwendet dafür Instrumente, die möglichst wenig in Bürgerrechte eingreifen. Da es meist auf erkennbare und erhebliche Gefahren für die Umwelt reagiert, sind die von den Instrumenten ausgehenden Beschränkungen von Grundrechten normalerweise gerechtfertigt.

Diesseits solcher klaren Grenzziehung gibt es Räume der Abwägung. Sie eröffnen sich aus verschiedenen Beweggründen, wie insbesondere der Ungewissheit von Eintrittswahrscheinlichkeiten und Schadenshöhen, denen klare Nutzungsvorteile gegenüberstehen; der Existenz besonders gewichtiger Nutzen, die das Opfer von Natur erfordern sollen; oder der Regenerationsfähigkeit von Naturkomponenten (wie z.B. einer Pflanzenpopulation oder eines Gewässers), die durch Nutzungen ausgeschöpft werden soll.

In solchen Abwägungsräumen macht es einen Unterschied, ob sie durch sV oder öV strukturiert werden. Herkömmlich wird auch hier die sV eingesetzt. Zum Beispiel räumt das Bundesimmissionsschutzgesetz der zuständigen Behörde Ermessen (d.h. einen Abwägungsspielraum) ein, Betreibern gefährlicher Anlagen gegenüber nachträgliche Umweltschutzmaßnahmen aufzuerlegen, wenn diese verhältnismäßig sind. § 17 Abs. 2 des Gesetzes legt hierzu fest:

Die zuständige Behörde darf eine nachträgliche Anordnung nicht treffen, wenn sie unverhältnismäßig ist, vor allem wenn der mit der Erfüllung der Anordnung verbundene Aufwand außer Verhältnis zu dem mit der Anordnung angestrebten Erfolg steht; dabei sind insbesondere Art, Menge und Gefährlichkeit der von der Anlage ausgehenden Emissionen und der von ihr verursachten Immissionen sowie die Nutzungsdauer und technische Besonderheiten der Anlage zu berücksichtigen.“

Diese Art der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist dadurch geprägt, dass der Aufwand (i.e. die Kosten) für die Betreiber möglichst gering gehalten werden sollen, eine Prüfrichtung, die für das Staat-Bürger-Verhältnis charakteristisch ist. Der Umweltschutz tritt hier als ein öffentliches Interesse auf, bei dessen Verfolgung die Mittel begrenzt werden, um individuelle Rechte zu schützen. Die öV würde dagegen die Fragestellung umkehren und fordern, dass das gesellschaftliche Interesse im Hinblick auf den Umweltschutz zu begrenzen ist. SV geht, selbst im Bereich

der Umweltpolitik, von einer Vermutung zugunsten gesellschaftlicher Interessen aus, öV dagegen von einer Vermutung zugunsten des Umweltschutzes. In der ersten Perspektive tritt die Menschheit als Herrscherin und die Natur als Dienerin auf, in der zweiten dagegen wird die Natur als ein Kreislauf angesehen, in den die Menschheit sich um den Preis ihres Überlebens fügen muss.

Dieser Unterschied wirkt sich rechtstechnisch so aus, dass die öV die gesellschaftlichen Ziele stärker in Frage stellt als die sV. Im traditionellen Umweltrecht werden die gesellschaftlichen Ziele kaum unter Rechtfertigungsdruck gestellt. So sind nach dem zitierten § 17 Abs. 2 BImSchG auf Seiten des unternehmerischen Interesses „der mit der Erfüllung der Anordnung verbundene Aufwand“ sowie „die Nutzungsdauer und technische Besonderheiten der Anlage zu berücksichtigen“. Welchen Nutzen die Anlage für die Gesellschaft bringt, wird nicht gefragt. Ein Beispiel aus dem internationalen Wirtschaftsrecht: Nach Art. 2.2 TBT-Übereinkommen ist, wenn handelsbezogene Umweltschutzmaßnahmen getroffen werden, die am wenigsten handelsbeschränkende Maßnahme auszuwählen. Dementsprechend steht auf der gesellschaftlichen Seite nur der freie internationale Handel. Nicht zu prüfen ist, ob der internationale Handel einen Nutzen für die Gesellschaft generiert.²⁹ Im Gegensatz hierzu würde die öV grundlegender nach Reflexion über und Begründung von Zielen fragen.

Abbildung 4 stellt einen Versuch dar, die Unterschiede zwischen den beiden Verhältnismäßigkeiten im Umweltrecht durch Antworten auf die vier Prüfungsfragen deutlich zu machen.

	Soziologische Verhältnismäßigkeit	Ökologische Verhältnismäßigkeit
Ist das Ziel gerechtfertigt?	Der Naturschutz ist zu rechtfertigen.	Die gesellschaftlichen Ziele sind zu rechtfertigen.
Ist das Mittel geeignet?	Alternativen, die eine überflüssige Belastung für die Gesellschaft mit sich bringen, sind ausgeschlossen.	Alternativen sind ausgeschlossen, die eine überflüssige Belastung für die Natur mit sich bringen.

²⁹ Dies gilt auch in der ausdifferenzierten Prüfkaskade, die der Appellate Body für Art. 2.2 TBT-Übereinkommen entwickelt hat. Danach sind zu prüfen: „(i) the degree of contribution made by the measure to the legitimate objective at issue; (ii) the trade-restrictiveness of the measure; and (iii) the nature of the risks at issue and the gravity of consequences that would arise from non-fulfilment of the objective(s) pursued by the Member through the measure. In most cases, a comparison of the challenged measure and possible alternative measures should be undertaken. In particular, it may be relevant for the purpose of this comparison to consider whether the proposed alternative is less trade restrictive, whether it would make an equivalent contribution to the relevant legitimate objective, taking account of the risks non-fulfilment would create, and whether it is reasonably available.“ (AB Tuna WT/DS381/AB/R, No. 322). Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, dass der freie Handel nach der Präambel des WTO-Vertrages kein Selbstzweck ist, sondern der Hebung des Lebensstandards dienen soll.

	Soziologische Verhältnismäßigkeit	Ökologische Verhältnismäßigkeit
Ist das Mittel erforderlich?	Es ist die Alternative zu wählen, die bei gleicher Eignung zur Naturschonung die Gesellschaft am geringsten belastet.	Es ist die Alternative zu wählen, die bei gleicher Eignung zur Zielerreichung die Natur am geringsten belastet.
Ist das Mittel angemessen?	Natur ist aufzuopfern, wenn die Belastung für die Gesellschaft übermäßig ist.	Gesellschaftlicher Nutzen ist aufzuopfern, wenn die Belastung für die Natur übermäßig ist.

Schema 4: Soziologische und ökologische Verhältnismäßigkeit im Vergleich

Trotz der Unterschiede dürfte es, wenn gesellschaftliche und ökologische Ziele konfliktieren, letztlich sinnvoll sein, beide, sV und öV, in ein übergreifendes Abwägungsmodell einzubringen und der jeweiligen Bedeutung der betroffenen Güter durch angemessene Gewichtungen Rechnung zu tragen.³⁰ Eine der Knappheitssituation Rechnung tragende Gewichtung gelingt aber nur, wenn man nicht von vornherein von der sV ausgeht, sondern sich ebenso sehr auf die Perspektive der öV einlässt. Dies führt zu einer stärkeren Infragestellung gesellschaftlicher Ziele und gründlicheren Suche nach naturverträglichen Lösungen.

F. Ökologische Verhältnismäßigkeit und Kosten-Nutzen-Analyse

Es wurde bereits oben gesagt, dass die öV im Vergleich zur Kosten-Nutzen-Analyse eine stärkere Gewichtung der Naturbelange und eine differenziertere Ausgestaltung der Abwägung von Kosten und Nutzen enthält. Allerdings, soweit die öV nur rudimentär vorgeschrieben und auf die Abwägung von Umweltbeeinträchtigungen mit dem erzielbaren ökonomischen Nutzen reduziert wird, scheinen sich beide Grundsätze zu decken. Es besteht dann sogar die Gefahr, dass die so reduzierte öV dazu ermutigt, Umweltschäden wegen des erzielbaren ökonomischen Nutzens in Kauf zu nehmen. Diese Gefahr ist vermeidbar, wenn insistiert wird, dass der Nutzen nicht nur behauptet, sondern auch bewiesen und begründet wird, und/oder wenn im Rahmen klassischen Umweltrechts feste Grenzwerte gesetzt werden, die durch Abwägung nicht überwindbar sind. Zudem sollte nach der hier vertretenen Meinung die öV nicht auf eine bloße Abwägung von Kosten und Nutzen beschränkt werden, sondern sich auf die Prüfung von Alternativen erstrecken und die zulässigen Ziele eingrenzen, bis hin zu deren Beschränkung auf öffentliche Interessen bei Schädigung besonders wertvoller Natur.

G. Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht

ÖV ist verfassungsrechtlich unproblematisch, soweit sie als Sozialnorm konstituiert ist. Wie gezeigt, ist sie aber auch bereits verrechtlicht worden und wird hier auch für weitere Verrechtlich-

ung empfohlen. Deshalb muss sie sich der Prüfung der Vereinbarkeit mit Grundrechten stellen, von denen hier nur die Berufsfreiheit angesprochen werden soll. Wenn für eine wirtschaftliche Tätigkeit öV vorgeschrieben wird, so liegt darin ein Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung.³¹ Die Suche nach möglichst naturschonenden Alternativen kann als ein legitimes öffentliches Interesse angesehen werden, das den Eingriff rechtfertigt. Wird zugleich auch gefordert, dass der Betreiber seine eigenen Handlungsziele zu rechtfertigen hat, und wird diese Rechtfertigung womöglich nur bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses an seinem Ziel anerkannt, nähert sich die Regelung einem Eingriff in die Berufswahlfreiheit. Ein Beispiel: in einem wertvollen Naturgebiet will ein Betreiber die nur dort (also alternativenlos) vorhandene Kreide abbauen; auf dem Markt gibt es keinen dringenden Bedarf an zusätzlicher Kreide; das Projekt wird deshalb abgelehnt. 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.³² 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.³³ Die öV darf gesetzlich also nur verbindlich gemacht werden, wenn der betroffene Handlungssektor einem Grundverdacht der Naturbelastung ausgesetzt ist. Dabei lässt sich die oben beobachtete Relation verwenden: Je stärker die erwartbare Naturbelastung ist, desto strenger und vollständiger darf die Verhältnismäßigkeit ausgestaltet sein. So erklärt und begründet sich, wie bereits erwähnt, auch die besondere Strenge der Ausnahmeprüfung im Natura 2000-Regime: Wenn dort als Ziele nur öffentliche Interessen akzeptiert werden, ist dies der Tatsache geschuldet, dass die betroffene Natur besonders wertvoll ist und ihre Schädigung sogar feststeht.³⁴

30 Vgl. hierzu meine Vorschläge zu einem Abwägungsmodell des „Balancing Environmental Risks and Socio-Economic Benefits of Alternatives“ (BERSEBA) in I.L. Backer/O.K. Fauchald/C. Voigt (Hrsg.), *Pro Natura – Festschrift til Hans Christian Bugge*, Oslo 2012, S. 585–601.

31 Alternativ ließe sich konstruieren, dass die öV eine Facette der verfassungsrechtlichen Grundpflichten darstellt, vgl. *G. Winter*, Alternativen in der administrativen Entscheidungsbildung. Zugleich ein Beitrag zu einer Grundpflicht ökologischer Verhältnismäßigkeit, *Düsseldorf 1997*, S. 70–80; *M. Führ*, *Eigen-Verantwortung im Rechtsstaat*, Berlin 2003, S. 206 f.; über die staatsrechtliche Geschichte der Mobilisierung der Grundpflichtenkategorie s. *O. Luchterhand*, *Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland*, Berlin 1988. Letztlich setzen Grundpflichten eine politische Anthropologie des Grundgesetzes voraus, die den Bürger nicht als individuellen Nutzenmaximierer, sondern als „Beruf“ konzipiert, vgl. *R. Smend*, *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht*, in: derselbe, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin 1955, S. 309 ff. (318 f.).

32 S. am Beispiel der Bedarfsprüfung bei Zulassung von Apotheken das *Grundlagenurteil BVerfGE 7, 377 (414 f.)*.

33 *Th. Groß*, *Zur Zulässigkeit von Bedarfsprüfungen bei der Entscheidung über umweltrelevante Vorhaben*, *VerwArch 1997*, 89 ff.

34 Es mag als widersprüchlich erscheinen, dass hier einerseits vertreten wird, dass die öV strenger sei als die sV, andererseits aber auch, dass sie mit dieser vereinbar sein müsse. Der Widerspruch besteht jedoch nicht, denn die größere Strenge besteht nur im Vergleich zur einfachgesetzlichen Form der öV. Die verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeit setzt lediglich eine äußere Grenze und lässt dem Gesetzgeber Spielraum, neue Grundsätze einzuführen – eben auch den der öV.

H. Zusammenfassung

In dem Beitrag wird ökologische Verhältnismäßigkeit (öV) als ein Weg vorgeschlagen, wie die Abwägung zwischen der Nutzung und dem Schutz der Natur differenzierter strukturiert werden kann. Sie stellt Kriterien für das weitgehende Ermessen bereit, das Konzepte wie subjektive Rechte der Natur, *contrat naturel*, nachhaltige Entwicklung und Kosten-Nutzen-Analyse eröffnen. Die öV wird als eine Analogie zu dem tradierten Verhältnismäßigkeitsprinzip, hier soziologische Verhältnismäßigkeit (sV) genannt, eingeführt. Beide Prinzipien haben gemeinsam, dass sie Macht begrenzen, Macht des Staates gegenüber der Gesellschaft im einen Fall und Macht der Gesellschaft gegenüber der Natur im anderen. ÖV enthält ähnlich wie die sV vier Prüfungsstufen, nämlich ein zu rechtfertigendes Ziel des naturbeeinträchtigenden Handelns, seine Eignung zur Zielerreichung, seine Ersetzbarkeit durch gleich geeignete Alternativen und seine Angemessenheit im Verhältnis zum Gewicht des Zieles. Das Prinzip ist zunächst als gesellschaftliche Norm gedacht und in manchen seiner Aspekte auch bereits eingeführt. Darüber hinaus ist es, wiederum in manchen Aspekten, Bestandteil von Rechtsnormen und sollte als solcher weiter ausgebaut werden. Es soll das klassische Umweltrecht nicht aushebeln, sondern kommt insbesondere in Abwägungsräumen zum Zuge. Bei solchen Abwägungen unterscheidet sich die öV von der sV durch den Ausgangspunkt bei Naturerfordernissen statt gesellschaftli-

chen Interessen. Letztlich könnte sich empfehlen, öko- und soziologische Verhältnismäßigkeit in einem umfassenderen Modell zusammenzufassen, in dem sozio-ökonomische und ökologische Auswirkungen verschiedener Handlungsalternativen bewertet werden. Verfassungsrechtlich ist gegen die öV nicht überzeugend einzuwenden, dass die Forderung einer Rechtfertigung von Zielen Grundrechte verletze. Die Verknappung der natürlichen Lebensgrundlage des Menschen berechtigt zu einem solchen Eingriff.

*Gerd Winter, Dr. iur., Dr. iur. h.c. (Luzern),
Forschungsprofessor im Sfb 579 „Staatlichkeit im Wandel“
und Leiter der Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht,
Universität Bremen. Neue Veröffentlichungen: Common Pools of Genetic Resources. Equity and Innovation in International Biodiversity Law, London 2013 (Hrsg., mit Evanson Chege Kamau); National Administrative Procedural Law under EU requirements, in: J.H. Jans/R. Macrory/A.-M. Moreno Molina (Hrsg.), National Courts and EU Environmental Law, Groningen 2013, S. 11–35; Agrarrecht zwischen industrieller und nachhaltiger Landwirtschaft, in: U. Meier (Hrsg.), Agrarrecht. Landwirtschaft mit Zukunft, Eisenberg 2012, S. 113–131; Aufstieg und Fall der Kernenergie in Deutschland: Verläufe, Erklärungen und die Rolle des Rechts, ZfU 2012, 209–246.*

Josefine Betensted/René Grandjot/Siegfried Waskow*

Die Umsetzung der Richtlinie 2010/75/EU über Industrieemissionen (IE-Richtlinie) im Immissionsschutzrecht

Das Gesetz sowie die beiden Verordnungen zur Umsetzung der Richtlinie über Industrieemissionen sind am 2.5.2013 in Kraft getreten. Die Neuerungen der Richtlinie über Industrieemissionen, etwa die verstärkte Berücksichtigung europäischer Emissionsstandards bei der Festlegung von Emissionsgrenzwerten, haben einen nicht unerheblichen Änderungsbedarf ausgelöst. Der folgende Beitrag stellt die wesentlichen Änderungen im Immissionsschutzrecht (4. BImSchV, Ausgangszustandsbericht und Rückführungspflicht, Stärkung der BVT, Überwachung und Berichtspflichten) vor und gibt einen Ausblick auf zukünftige Vollzugsfragen.

A. Einleitung

Die Richtlinie 2010/75/EU über Industrieemissionen¹ (im Folgenden IE-RL) ist am 6.1.2011 in Kraft getreten und musste in

den Mitgliedstaaten bis zum 7.1.2013 umgesetzt werden. Mit der IE-RL wird die IVU-Richtlinie² überarbeitet und mit sechs sektoralen Richtlinien³ zusammengefügt, die besondere Anforderungen an einzelne Anlagenarten beinhalten. Inhaltlich wird das europäische Anlagengenehmigungsrecht novelliert und es werden erkannte Vollzugsdefizite behoben. Insbesondere die

* Die Verfasser sind Mitarbeiter im Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit. Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung der Verfasser wieder.

1 Richtlinie 2010/75/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.11.2010 über Industrieemissionen (integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung) (Neufassung) (ABl. L 334 vom 17.12.2010, S. 17).

2 Richtlinie 2008/1/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.1.2008 über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung (ABl. L 24 vom 29.1.2008, S. 8), die durch die Richtlinie 2009/13/EG (ABl. L 140 vom 5.6.2009, S. 114) geändert worden ist.

3 Vgl. Art. 81 der Richtlinie 2010/75/EU.