

WahrnehmungsfILTER des Bundesverwaltungsgerichts – Der Fall Ökologie

I.

Organisationen – wie auch Gerichte – bearbeiten jeweils einen Ausschnitt der Realität und nehmen ihn aus dieser Perspektive wahr. Dabei werden andere Segmente und Wahrnehmungen ausgeblendet. Hin und wieder ist es angebracht zu fragen, ob der gewohnte Teilausschnitt und seine Perzeption noch angemessen sind oder ob wesentliches anderes übersehen wird. Diese Frage soll im Folgenden im Hinblick auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit und im Besonderen das Bundesverwaltungsgericht gestellt werden.

Es liegt nahe, dabei *juristisch* vorzugehen und das Problemfeld der Gerichte nach den Vorgaben höherrangigen Rechts, d. h. des Grundgesetzes, der Europäischen Verträge und der Europäischen Menschenrechtskonvention abzustechen, insbesondere also nach Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 10 EGV und Art. 13 EMRK in Verbindung mit den materiellen Grundrechten. Es wäre dann zum Beispiel zu fragen, ob die einfachrechtlich vorgeschriebene Subjektivierung des Rechtsschutzes – zumindest im Einflussbereich des Gemeinschaftsrechts, aber auch unter rechtsvergleichenden Aspekten¹ – erweitert werden muss, ob Rechtsschutz für Kollektivinteressen etwa im Wege der Verbandsklage geboten ist², in welchem Maße der Suspensiveffekt von Rechtsbehelfen abgebaut werden darf³, wo das Mindestmaß richterlicher Kontrolldichte liegt⁴, wieviel Instanzen gegeben sein müssen und wie der jeweilige Zugang zu ihnen ausgestaltet ist.⁵

Die verfassungsrechtliche Perspektive führt zu einem Abgleich des einfachgesetzlichen Konzepts mit dem verfassungsrechtlichen Konzept der Verwal-

1 Aus jüngerer Zeit umfassend A. Epiney, K. Sollberger, Zugang zu Gerichten und gerichtliche Kontrolle im Umweltrecht, Berlin 2002.

2 Verneinend BVerwGE 101, 73, 81 f.

3 S. dazu BVerfGE 67, 43, 58 f.; 94, 166, 216.

4 Zusammenfassend H. Sendler, Die neue Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Anforderungen an die verwaltungsgerichtliche Kontrolle, DVBl. 1994, 1089 ff.; zu Art. 13 EMRK s. das Urteil des EGMR vom 2. 10. 2001 (Hatton v. U.K.), Nr. 112, das die Kontrolldichte der englischen Gerichte für unzulänglich erklärt.

5 Zusammenfassend zu den neueren Reformen J. Berkemann, Verwaltungsprozessrecht auf »neuen« Wegen?, DVBl. 1998, 446, 451 ff.

tungsgerichtsbarkeit. Beide Konzepte, das einfach- wie das verfassungsrechtliche, entwerfen die Strukturen des Justizapparats, insbesondere seine Zugänge und Entscheidungsmodalitäten. Von den Strukturen lässt sich auch auf Funktionen schließen, also z. B. von den Modalitäten der Klagbefugnis auf die ausgeschlossenen potenziellen Kläger und Streitgegenstände, aber dies geschieht normalerweise doch nur mit begrenzter Tiefenschärfe. Die weiteren Auswirkungen in der Gesellschaft geraten kaum in den Blick, weil sie bei Anwendung der juristischen Methodik nicht interessieren. Will man diese Auswirkungen gründlicher erfassen, ist es aufschlussreicher, wenn man sich gesellschaftswissenschaftlicher Begriffe bedient. Dabei ist es aufschlussreich, die Fragerichtung zugleich gewissermaßen umzukehren und statt von Strukturen zu Funktionen von Funktionen zu Strukturen voranzuschreiten. Man fasst also zunächst gesellschaftliche Probleme ins Auge und fragt dann nach dem Beitrag der Justiz zu deren Lösung.

Zur Beschreibung möglicher und faktischer Problemfelder für die Verwaltungsjustiz könnte man an frühere *rechtssoziologische* Justizforschung anschließen. Sie hat sich in besonderer Intensität mit gesellschaftlicher Ungleichheit befasst und danach gefragt, inwieweit die Justiz Ungleichheit verstärkt oder korrigiert, genauer, wer Zugang zur Justiz erhält bzw. wer ausgeschlossen bleibt, und welches die Barrieren sind, die in dieser Beziehung selektiv wirken. Ein verbreitetes Untersuchungsfeld war (und könnte wieder werden), ob ärmere Bevölkerungsschichten aus Kostengründen oder Gründen sozialer Distanz noch oder wieder geringere Chancen haben, ihre Rechte durchzusetzen.⁶ In ähnlicher verteilungspolitischer Perspektive könnte thematisiert werden, inwieweit und warum manche Bereiche verbreiteter Gesetzesverstöße, z. B. rechtswidriger Begünstigungen im Subventions-, Vergabe-, Steuer- und Sozialrecht von gerichtlicher Überprüfung aus der Sicht der Wähler und Steuerzahler weitgehend freigehalten werden.⁷ Im Zuge der Zunahme innergesellschaftlicher kultureller Disparitäten könnte gefragt werden, welche Migrations- und Integrationsfolgen die ausländer- und asylrechtliche Rechtsprechung hat.

Im Vergleich zum rechtssoziologischen macht sich heute ein *rechtsökonomischer* Ansatz stärker bemerkbar.⁸ Im Hinblick auf die Justiz kommen aus seinem Blickwinkel zwei Varianten in Betracht. Die eine setzt die Kosten der Rechtsgewinnung mit dem Nutzen des »Justizprodukts« in Verhältnis und fragt danach, ob die knappen Rechtsprechungsressourcen effizient eingesetzt

6 Vgl. K. F. Röhl, *Rechtssoziologie*, München 1987, S. 482 ff.; M. Rehbinder, *Rechtssoziologie*, München, 4. Aufl. 2000, S. 172 ff.

7 Vgl. J. Pietzcker, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit als Kontrollinstanz in E. Schmidt-Aßmann, W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Verwaltungskontrolle*, Baden-Baden 2001, S. 89, 101.

8 Eine gut verständliche Einführung in das Instrumentarium der Effizienzanalyse findet sich bei E. Gawel, *Ökonomische Effizienzforderungen und ihre juristische Rezeption in ders.* (Hrsg.), *Effizienz im Umweltrecht*, Baden-Baden 2001, S. 9 ff.

werden. Die Sonde der Effizienz würde aufklären helfen, ob der Nutzen der Schlichtung der von der Justiz aufgegriffenen Streitigkeiten die Kosten des Ressourceneinsatzes übersteigt. In diesem Sinne »ineffiziente« Betätigungen der Justiz wären dann Material für neue Zuschnitte von Zulässigkeitschwellen. Es liegt auf der Hand, dass dieser Ansatz mit dem sich einer Ökonomisierung grundsätzlich entziehenden Rechtsschutzauftrag in Konflikt tritt. Man denke z. B. an den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts von 1963 zur Beantwortung der Frage, ob es einen völkergewohnheitsrechtlichen Satz gibt, nach dem ausländische Staaten nicht der inländischen Gerichtsbarkeit unterworfen sind.⁹ Das Urteil enthält Ergebnisse umfassender Recherchen über die ausländische Gerichtspraxis, die sicherlich Kosten in Höhe von vielen Tausend DM verursacht haben. Der Betrag, um den es im Ausgangsfall ging – eine Forderung eines Klempners gegen das Kaiserreich Iran wegen Heizungsarbeiten in der Botschaft – belief sich auf DM 292,76: ein eklatanter Fall von Ineffizienz? Ökonomen würden natürlich nachsetzen und den Wert der Aufklärung der Rechtsfrage kalkulieren. Nur: bringt das mehr Rationalität als ein auf common sense gestütztes Urteil, das die Bedeutung der Entscheidung in qualitativer Sprache umschreibt?¹⁰

Die zweite Variante rechtsökonomischer Analyse setzt den Nutzen des »Justizprodukts« nicht mit den Kosten der Rechtsgewinnung, sondern mit den Kosten desselben Produkts in Verhältnis. Sie fragt danach, ob die Justiz in manchen Rechtsbereichen mehr gesellschaftliche Kosten als Nutzen stiftet. Dieser Ansatz stand Pate für die jüngeren Reformen zur sog. Investitionserleichterung. Dem Nutzen des Rechtsschutzes für die Gesellschaft – der Verhinderung gesellschaftlicher und individueller Schäden, die aus Rechtsverstößen resultieren – werden nun Kosten gegengerechnet, die daraus entstehen, dass eine Investition solange warten muss, bis ihre Vereinbarkeit mit dem Recht durch alle Instanzen geprüft worden ist. Die Suspensionswirkung von Klagen, die Bedeutung von Verfahren für die Klärung von Risiken, die für die deutsche Gerichtsbarkeit typische erhöhte Kontrolldichte, die Gewähr mehrerer Überprüfungsinstanzen wurden als Investitionshemmnis, d. h. als volkswirtschaftlich zu kostspielig apostrophiert und dementsprechend amputiert. Diese Reduzierung übertrifft bei weitem den Maßstab, den die Rechtsprechung bereits selbst an self-restraint praktiziert hatte, indem sie an die Prognose des Sacherfolgs beim einstweiligen Rechtsschutz hohe Anforderungen stellte, die Verfahren als Diener des materiellen Rechts interpretierte, planerische Gestal-

⁹ BVerfGE 16, 27 ff.

¹⁰ Von einer Effizienzbetrachtung, die den Kosten der Justiz den Nutzen des Produkts entgegenhält, ist eine andere zu unterscheiden, die bei vorgegebener Aufgabe nach möglichst kostensparenden Mitteln, m. a. W. nach einer Rationalisierung der Mittel sucht. Siehe dazu *W. Hoffmann-Riem*, Rationalisierung der Aufbauorganisation und Geschäftsprozesse in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, NordÖR 1998, 324 ff.

tungsspielräume betonte und administrative Ermittlungs- und Bewertungsspielräume anerkannte.

Obwohl sie interessante Aufschlüsse versprechen, sollen die rechtssoziologische und die rechtsökonomische Perspektive hier nicht weiter verfolgt werden. Statt dessen werde ich mich um einen *rechtsökologischen* Ansatz bemühen. Dieser fragt nicht danach, wie die Chancen des justiziellen Zugangs und Erfolgs sich auf soziale bzw. ökonomische Positionen verteilen, sondern danach, inwieweit solche Zugangs- und Erfolgchancen den natürlichen Voraussetzungen des sozialen und ökonomischen Lebens offen stehen. Zur Debatte steht also nicht, wie die Justiz den innergesellschaftlichen Frieden und Wohlstand sichern hilft, sondern wie sie zur Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen der Gesellschaft beiträgt.

Ökologische Probleme heute sind durch vier hervorhebenswerte Merkmale gekennzeichnet, nämlich den komplexen *Systemcharakter* der Umwelt selbst, die *Kumulation* vieler einzelner Nutzungsansprüche, die steigende Ubiquität (oder *Kollektivität*) der schädlichen Auswirkungen und die zur Verbesserung der Verhältnisse notwendige *Kombination* verschiedener Maßnahmen. Zusammenfassend kann man von komplexen Zusammenhängen der Mensch-Umwelt-Interaktion und der Notwendigkeit ganzheitlicher Betrachtung sprechen.

Fragt man nun, inwieweit die Komplexität der Zusammenhänge von den Gerichten wahrgenommen wird, so ist zunächst festzustellen, dass Umweltrechtssachen bei den Verwaltungsgerichten durchaus nicht Mangelware sind, sondern im Gegenteil einen erheblichen Anteil haben. Aber gerade die Ganzheitlichkeit der Umweltprobleme fällt doch weitgehend aus dem Wahrnehmungsraster der Verwaltungsgerichtsbarkeit heraus. Der justizielle Filter lässt eher konkret-individuelle Phänomene passieren.

Dabei sind allerdings gewisse Unterschiedlichkeiten zu berücksichtigen, die mit den verschiedenen Klagekonstellationen zusammenhängen, welche in der Regel zu umweltrechtlichen Entscheidungen veranlassen, nämlich den Klagen der Ressourcennutzer (Betreiberklagen) und den Klagen der Ressourcenschützer¹¹ (Drittklagen).

Die Ressourcennutzer wehren sich gegen behördliche Beschränkungen, die im Interesse des Ressourcenschutzes erlassen worden sind. Solche Beschränkungen orientieren sich meist bereits aus der behördlichen Entscheidung heraus nur am Schutz der konkreten Umwelt, die durch direkte Einwirkung des Nutzers gefährdet wird. Dementsprechend kann die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Verfahren auf Klage der Ressourcennutzer auch nur solche begrenzten Orientierungen sanktionieren, es sei denn sie würde – was sie nicht tut – sich zu einer freieren Praxis der *reformatio in peius* verstehen. Nur wenn die Be-

11 Natürlich nutzen auch diese die Umwelt, aber doch in einer Weise, die auf eine relative Unberührtheit angewiesen ist und sie meist auch nicht erheblich strapaziert. Man denke etwa an die Nachbarin einer Industrieanlage, die an Reinluft interessiert ist.

hörden aus Gründen umfassenderen, ganzheitlich motivierten Umweltschutzes strenger zugreifen, so besteht Gelegenheit für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, sich zugunsten solcher Standards zu engagieren. Es wird sich zeigen, dass sie insoweit einiges mitzutragen bereit ist.

Anders verhält es sich, wenn sich *Ressourcenschützer* gegen behördliche Erlaubnisse oder Duldungen wehren, die im Interesse der Ressourcennutzung (zugunsten entsprechender Nutzer) erlassen worden sind bzw. praktiziert werden und Umweltschutz hintanzustellen scheinen. In Verfahren derartiger Anfechtungsklagen und Leistungsklagen Dritter ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit meist nur durch die Behauptung zu überzeugen, dass die unmittelbare Umwelt dem Ressourcenschützer konkret nicht mehr zur Verfügung stehen wird. Besteht die notwendige behördliche Tätigkeit aus einem ganzen Bündel von Maßnahmen, so kann der Kläger bestenfalls eine ganz bestimmte Maßnahme erwirken, wobei ihm auch insoweit meist ein Handlungsermessen der Behörde entgegengehalten wird. Weder werden also die Ressourcennutzer in ihrer Summationswirkung betrachtet, noch die Ressourcenschützer als Repräsentanten oder Treuhänder der Umwelt, noch die Umwelt als ganzheitliches System, noch die erforderlichen Maßnahmen in ihrer Verzahnung.

Bei der Überprüfung dieser Thesen besteht die Schwierigkeit, dass der Eigenbeitrag der Gerichte von dem abgesetzt werden muss, was ihnen durch Gesetz vorgegeben ist. Denn es macht wenig Sinn, den Gerichten bestimmte WahrnehmungsfILTER vorzuhalten, für die nicht sie, sondern die Gesetze verantwortlich sind. Es kommt im Folgenden also darauf an zu zeigen, ob bestimmte judizielle Auffassungen zwingend vorgegeben waren oder nach vertretbarer anderer Interpretation der gesetzlichen Vorgaben anders hätten ausfallen können.

Die Rechtsprechungsanalyse wird sich auf prozessrechtliche und materiellrechtliche Aspekte erstrecken. Denn die Barrieren, die Umweltprobleme überwinden müssen, um von der Verwaltungsgerichtsbarkeit behandelt und u. U. gelöst zu werden, sind verfahrens- wie materiellrechtlicher Art. Wenn ein Kläger sich fragt, ob er einen Prozess riskieren soll, zählen nicht nur die Zulässigkeitsvoraussetzungen, sondern auch die Erfolgsaussichten in der Sache. Wenn eine bestimmte materiellrechtliche Rechtsfrage von der Rechtsprechung konsequent in einer bestimmten Weise beantwortet wird, lohnt sich die Klage des Andersmeinenden nicht, selbst wenn sie zulässig wäre. Das entsprechende abweichende Argument ist damit nachhaltig »abgewiesen«. Das Problem, zu dessen Lösung es beitragen sollte, bleibt ungelöst, jedenfalls soweit es die Einwirkung durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit angeht.

Das Fallmaterial, das im Folgenden ausgewertet wird, beschränkt sich mit Ausnahme der Rechtsgebiete, in denen vorwiegend die Instanzgerichte tätig geworden sind, auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Der Schwerpunkt liegt auf der Rechtsprechung der letzten zwanzig Jahre, aber hin und wieder wird auch auf prägende ältere Rechtsprechung zurückgegriffen.

Ich gehe zunächst einige Bereiche der Umweltrechtsprechung durch und erörtere dann im Querschnitt, ob sich die Rechtsdogmatik in Richtung auf ganzheitliche Bezüge weiterentwickeln lässt.

II.

1. Das ältere Umweltrecht war Nachbarrecht, und dies, wenn man die Umwelt als Ganzes im Auge hat, in zureichender Weise, weil die Belastungen angesichts geringer Bevölkerungszahlen und durchschnittlich bescheidener Lebensweisen in der Summe gering blieben. Die natürlichen Ressourcen konnten als unbegrenzt erscheinen. In dieser Situation war die Umwelt ausreichend geschützt, wenn die Gerichte sich auf die konkret-individuellen Nachbarschaftsverhältnisse konzentrierten.

Heute liegen die Dinge anders und sind deshalb nur ganzheitlich zu erfassen. Das *Lärmproblem* macht davon jedoch eine Ausnahme, vermutlich die einzige, die aus der älteren Phase übriggeblieben ist. Denn Lärm ist endlich, weil die Schallwellen zeitlich und örtlich auslaufen. Deshalb ist Lärm per se ein Problem der zeitlichen und örtlichen Nachbarschaft. Allerdings beschränkt sich der Konflikt dabei nicht auf die individuellen Verursachungsprozesse zwischen dem einzelnen Anlagenbetreiber und dem einzelnen Lärmbetroffenen. Vielmehr gibt es auf Seiten der Verursachung Summationen aus mehreren Quellen und auf Seiten der Lärmbetroffenen Beeinträchtigungen u. U. großer Kollektive. Dann stellt sich die Frage, inwieweit sich eine hinzutretende Anlage die Vorbelastung zurechnen lassen muss und inwieweit ein Lärmbetroffener mit seiner Klage zugleich die Belange der anderen in die Waagschale legen darf. In beiderlei Hinsicht ist die Rechtsprechung sehr zurückhaltend. Auf der Seite der Verursachungsprozesse werden im anlagenbezogenen Immissionsrecht dem newcomer Vorbelastungen nur in sehr beschränktem Maße zugerechnet, indem angenommen wird, dass es für die Erheblichkeit der Belästigungen auf die geplante oder faktische Gebietsart ankomme; und es wird im verkehrsbezogenen Immissionsrecht der für den Bau oder die wesentliche Änderung von der Straße geltende Immissionswert der 16. BImSchV so berechnet, dass Vorbelastungen außer Betracht bleiben.¹² Auf der Seite der Lärmbetroffenen kann der ein-

12 BVerwGE 88, 210, 215; BVerwGE 101, 1, 3 ff. Bei über Belästigungen hinausgehenden Gesundheitsgefährdungen wird jedoch auch die Vorbelastung eingerechnet. Für genehmigungsbedürftige Anlagen gilt nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 unzweifelhaft auch hinsichtlich Belästigungen eine »akzeptorbezogene« Betrachtungsweise, die von der TA Lärm 1968 nicht beachtet, in der neuen TA Lärm 1998 dagegen besser, wenn auch immer noch unvollkommen umgesetzt wurde. Vgl. G. Feldhaus, 30 Jahre TA-Lärm. Auf dem Wege zu gesetzeskonformem Lärmschutz? in H.-J. Koch (Hrsg.) *aktuelle Probleme des Immissionsschutzes*, Baden-Baden 1998, S. 181 ff.

zelne Kläger nicht beanspruchen, »dass zugunsten eines einzelnen Planbetroffenen auch die gleichartige oder doch vergleichbare Betroffenheit anderer Beteiligter berücksichtigt, dass also gewissermaßen das Gewicht der gegen den Plan vorgebrachten eigenen Belange durch die Summierung mit dem Gewicht entsprechender fremder Belange angereichert werde«. ¹³

2. Anders als der Schall ist die *Atmosphäre* ein komplexes System, das sich nicht in einzelnen und begrenzten Ursachenketten erschöpft. Viele kleine Beiträge können sich summieren und kumulativ wirken, und zwar für eine große Menge unterschiedlicher »endpoints« oder Menschen. Beispiele sind die Versauerung des Bodens durch SO₂ und andere Abgase mit den Folgen für Forst- und Landwirtschaft, der Abbau der Ozonschicht und der durch sog. Klimagase bewirkte Klimawandel.

Im Hinblick auf Klagen von Ressourcenschützern folgt das BVerwG seit langem der Linie, dass sich Dritte nicht auf das Vorsorgegebot berufen dürfen. Damit sind solche Verursachungsprozesse, die erst durch Ferntransport und Summation schädlich wirken, von Drittklagen ausgeschlossen. Dritte können nur ihre eigene Beeinträchtigung als Einzelne geltend machen. Diese muss erheblich sein, denn niemand habe ein Recht darauf, »an sich zumutbare Lebensverhältnisse ... risikoloser oder angenehmer zu machen«. ¹⁴ In einem gewissen (nicht offen thematisiertem) Widerspruch hierzu hat das BVerwG nur für die Immissionsgrenzwerte der Strahlenschutzverordnung, die bei Parallelwertung mit dem sonstigen Umweltrecht als Vorsorgewerte angesehen werden müssen, Drittschutz angenommen. ¹⁵ Desgleichen scheint es bereit zu sein, Emissionsgrenzwerten für krebserregende Stoffe drittschützende Wirkung beizumessen. ¹⁶ Diese Öffnung erfolgt aber nur im Hinblick auf den zusätzlichen Schutz für das Individualrisiko, nicht im Hinblick auf das größere Bevölkerungsgruppen treffende Kollektivrisiko. ¹⁷

Diese die Ferntransporte, Summationseffekte und Kollektivrisiken vernachlässigende Rechtsprechung erwies sich bereits im Zusammenhang mit den durch saure Abgase verursachten Waldschäden als fatal. Das insoweit grundlegende Voerde-Urteil ¹⁸ wies die Kritik an der Hochschornsteinpolitik als uner-

13 BVerGE 48, 56, 66 f.

14 BVerwGE 65, 313, 320.

15 BVerwGE 61, 256, 264 f.; 72, 300, 318 f.

16 BVerwG, Beschluss vom 10. 6. 1998, NVwZ 1998, 1181, 1182.

17 Im Beschluss vom 10. 6. 1998 wurde die individualgerichtete Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG als Maßstab herangezogen, der ebenfalls geltendgemachte Art. 28 Abs. 2 GG dagegen verworfen, vgl. NVwZ 1998, 1182 I. Sp. Zum Atomrecht vgl. BVerwGE 72, 300, 318.

18 BVerwGE 55, 250 ff. S. insbesondere die Auffassung der Vorinstanz: »Das Beru- fungsgericht hält die vorgesehene Ableitung der Abgase über einen 250 m hohen Schornstein deswegen für unerheblich, weil damit die Schadstoffe nur anders verteilt, aber nicht vermindert würden.« (a.a.O., S. 266) und dagegen das BVerwG selbst,

heblich zurück. Kaum war es ergangen, verbreiteten sich wie ein Lauffeuer die Nachrichten über das Waldsterben.

Auf im Ergebnis, nicht in der rechtlichen Konstruktion gleiche Weise hat das BVerwG eine Klage auf Maßnahmen gegen Ozonsmog abgewiesen¹⁹: Einerseits hat es anerkannt, dass nur weiträumige und kombinierte Maßnahmen überhaupt effektiv wären. Andererseits hat es aber die in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen so interpretiert, dass sie nur Maßnahmen gegen räumlich-zeitlich konkrete Verursachungsprozesse zulassen; die nahe liegende Frage, ob diese Beschränkung verfassungsrechtlich tragbar ist, scheiterte dagegen am Verweis auf das gesetzgeberische Ermessen.

Ähnlich wie Bodenversauerung und Ozonsmog fallen auch der Abbau der Ozonschicht und der Klimawandel aus dem Wahrnehmungsraster der Drittklagen heraus, soweit nicht konkrete, den Kläger gefährdende Kausalabläufe gezeigt werden können. Dafür ist neben der Subjektivierung des Rechtsschutzes noch die Deutung der UVP maßgeblich: Indem das BVerwG diese als bloße Verfahrens Anforderung (nämlich als erweiterte Ermittlungspflicht), nicht als Anreicherung des materiellen Anforderungsprogramms ansieht²⁰, geht der hohe Anspruch der UVP, als Schutzgüter Ganzheiten wie Fauna, Flora und Klima sowie als Verursachungsprozesse auch Fern- und Wechselwirkungen zu umfassen²¹, verloren. Auch hinsichtlich der Ermittlungspflicht werden die Anforderungen herabgeschraubt, indem das Gericht deutlich macht, die UVP sei kein »Suchverfahren«, in dem »nur alle erdenklichen Auswirkungen eines Vorhabens ... bis in alle ... feinsten Verästelungen zu untersuchen wären oder gar Antworten auf in der Wissenschaft bisher noch ungeklärte Frage gefunden werden müssten«.²²

Da das BVerwG das Vorsorgeprinzip als ein Gebot wenn nicht im Individual-, so doch im Allgemeininteresse betrachtet, wäre immerhin in Betracht gekommen, Umweltverbände oder Gemeinden als Treuhänder dieses Gemeininteresses anzuerkennen. Doch wird dies auf Grund der konkret-individuellen Betrachtungsweise abgelehnt. Verbände können danach nur (institutionelle) Eigeninteressen geltend machen, es sei denn, eine gesetzliche Regelung befreit von der engen Voraussetzung der Verletzung eines subjektiven Rechts. Die Möglichkeit der »Subjektivierung« eines öffentlichen Teilinteresses erkennt das BVerwG zwar an, doch verlangt es dafür eine ausdrückliche Entscheidung

a.a.O., S. 267: »Entscheidend für die Genehmigungsfähigkeit der Errichtung und des Betriebs einer geplanten Anlage sind die voraussichtlichen Immissionen in *ihrem* (H.i.O.) Einwirkungsbereich; unerheblich ist, wodurch sie veranlasst worden sind.«

19 BVerwGE 109, 29 ff.

20 BVerwGE 98, 339; 100, 238; 100, 370.

21 Vgl. Art. 3 UVP-RL. § 2 Abs. 1 UVPG macht aus Fauna und Flora konkrete Tiere und Pflanzen, wodurch wohl der Artenschutz als Ganzheitsgut verloren geht, und streicht die mittelbaren Auswirkungen ganz.

22 BVerwGE 100, 370, 377.

des Gesetzgebers.²³ Solche Entscheidungen gibt es aber bisher nur im Naturschutzrecht.

Ähnliche Einschränkungen betreffen die Gemeinden. Auch sie gelten nicht als Trägerinnen der Kollektivinteressen ihrer Bürger; sie zählen aus umweltrechtlicher Perspektive nur als Fiskus. Wollte man sie dagegen aus kommunalrechtlicher Sicht als öffentliche Körperschaft ins Spiel bringen, ergibt sich ein neues Hindernis in Gestalt der verfassungstheoretischen und -rechtlichen Einordnung der kommunalen Selbstverwaltung. Gemeinden werden von Rechtsprechung und herrschender Lehre als mittelbare Staatsverwaltung angesehen und nicht »von unten« als Repräsentanten des lokalen Volkes. Sie dürfen deshalb weder die gemeinsamen Belange ihrer Bürger noch eigene Eigentumsgrundrechte geltend machen.²⁴ Ihre öffentliche Funktion befugt sie nur dazu, sich auf institutionelle Eigeninteressen zu berufen, von denen in umweltrechtlichen Verfahren insbesondere die Planungshoheit relevant ist. Diese wird aber auch wieder nur in einem engen Sinne geschützt, nämlich insoweit, als die gemeindliche Planung »hinreichend konkret und verfestigt« ist.²⁵ Dies führt zu der merkwürdigen Konsequenz, dass nur solche Planung geschützt wird, die zur Bebauung (einschließlich in Baugebieten vorgesehener Freiflächen) führt. Will die Gemeinde aus Natur- und Umweltschutzgründen bewusst einen Außenbereich als solchen erhalten, hat sie nicht »konkret und verfestigt« geplant. Eine Fachplanung, die das Gelände zubetoniert, kann dann nicht abgewehrt werden. Der alte Grundsatz, dass sich im Verhältnis von Fach- und Bauleitplanung der zeitliche Vorsprung und nicht die bessere Ausgewogenheit durchsetzt, gilt dem BVerwG immer noch als »wichtiges Abwägungskriterium«, während ein »Freihaltebelang«, der für den Anschluss des lokalen Gebiets an die größeren Naturzusammenhänge sorgen könnte, nicht »abwägungserheblich« sei.²⁶

Nur wenn die Behörde von sich aus das Vorsorgegebot in einer Weise anwendet, die auch den größeren Zusammenhängen gerecht wird, und sich der Ressourcennutzer durch Betreiberklage dagegen wehrt, ist das BVerwG bereit, sich ganzheitlichen Betrachtungen zu öffnen. Es akzeptiert, dass Fernwirkungen von Emissionen als Grund für besonders strenge Emissionsstandards herangezogen werden können, und es stellt bei derart weitreichenden Auswirkungen ein Konzeptgebot für die zu treffenden Maßnahmen auf.²⁷ Liegt ein Konzept vor und mündet es in bestimmte strenge Anforderungen, so kann sich

23 BVerwGE 87, 62, 72.

24 BVerwGE 100, 388, 391, 395.

25 BVerwGE 100, 388, 394.

26 BVerwGE 100, 388, 394, 395. S. aber auch die Andeutungen in Richtung auf eine Freihalteplanung auf S. 394, die aber wiederum nur zum Schutz zukünftiger städtebaulicher Projekte gedacht wird.

27 BVerwGE 69, 37, 43 ff.

der einzelne Betreiber nicht darauf berufen, dass sein eigener Beitrag in der Masse der anderen verschwindet:

»Vorsorge in diesem Sinne ist nicht nur flächenbezogen, sondern auch auf einen langfristigen Zeithorizont hin angelegt und daher nicht mit einer vornehmlich die aktuelle Nutzungssituation in den Blick nehmenden Betrachtungsweise verbunden. Demgemäß ist eine so verstandene Vorsorge auch auf einen gleichmäßigen Vollzug hin angelegt; das ergibt sich übrigens auch aus der Eigenart des Sachbereichs, der sich einer konkret-individuellen Zuordnung von Immissionen zu bestimmten Emittenten weitgehend entzieht.«²⁸

Das sind Ausführungen durchaus ganzheitlichen Denkens, doch kommen sie eben nur zum Zuge, wenn die Behörden sie von sich aus praktizieren. Tun sie dies in der Absicht der Schonung der Investoren nicht, so gibt es keinen Kläger; das Problem bleibt also vor den Toren der Gerichte.

3. Die ganzheitliche Sicht der *Gewässer* würde die Vernetzung der Wasserkreisläufe betonen und im Hinblick auf die Gewässerverschmutzung vor allem auf die letztliche Kumulation der diffusen binnenländischen Emissionen im Meer hinweisen. Als Schadensfolgen ergeben sich vielfältige Auswirkungen auf die Nahrungskette und das Trinkwasser sowie die Bodenqualität und den Artenreichtum.

Die Durchsicht der letzten 20 Bände der amtlichen Sammlung zeigt eine merkwürdige Absenz solcher Überlegungen. Umso intensiver ist die Beschäftigung mit der Abwasserabgabe. Allein sechs Urteile befassen sich mit Einzelfragen der Berechnung dieser Abgabe.²⁹ Damit bestätigen sich frühe Prognosen, dass das Abgabesystem keineswegs wie früher erhofft von allen »regulativen« Problemen befreit; vielmehr scheint nicht weniger an Überwachung und Einzelfallbehandlung zu leisten zu sein als im klassischen Ordnungsrecht.³⁰ Was im vorliegenden Zusammenhang jedoch wichtiger ist: Die Fixierung auf die Abgabeberechnung könnte die Beteiligten darüber hinwegtäuschen, dass mit einer exakt berechneten Abgabe keineswegs auch das Problem der Gewässerreinigung gelöst ist.

Entscheidungen zu dem insoweit ergiebigeren Ordnungsrecht datieren von früher. In ihnen kommt ein Spezifikum des Wasserrechts zum Ausdruck, nämlich die Tatsache, dass hinsichtlich der Gewässer traditionell verschiedene Nutzer konkurrieren. Dies gilt insbesondere für die klassische Konstellation der Konflikte zwischen Oberliegern und Unterliegern im Hinblick auf Wasserableitungen, Abwassereinleitung, etc. Der Konflikt der Nutzung auf der einen Seite und der Bewahrung der Ressource als solcher auf der anderen ist erst

28 BVerwG, Beschluss vom 10. 1. 1995, Buchholz 4 0 6.25 § 48 BImSchG Nr. 4, S. 5.

29 BVerwGE 102, 1; 104, 162; 105, 144; 105, 272; 107, 338; 107, 345.

30 G. Winter, *Das Vollzugsdefizit im Wasserrecht*, Berlin 1975, S. 61 f. A. A. G. Lübbe-Wolff, *Modernisierung des Umweltordnungsrechts*, Bonn 1996, S. 104.

jüngeren Datums. Das BVerwG hat die Klagbefugnis der von einer hinzutretenden Nutzungsgestattung betroffenen Mitnutzer immer bejaht.³¹ In der Tendenz hat es dabei die Nutzer eher entindividualisiert. Zum Beispiel hat es anerkannt, dass Stadtwerke ihre Wassergewinnung gegen eine diese beeinträchtigende Gestattung eines Auskiesungsvorhabens verteidigen können.³² Zugleich wird die Ressource »als solche« geschützt, soweit – wie im Beispielfall – das Nutzungsinteresse und das Interesse an der Schonung der Ressource selbst einen Teil der Strecke parallel laufen.

Diese Entindividualisierung des Rechtsschutzes, die mit einer Kongruenz von Nutzungs- und Schonungsinteressen zusammentrifft, zeigt sich noch deutlicher im Fall des Nordseefischers, dem das BVerwG die Klagbefugnis gegen eine Genehmigung zur Verklappung von Säure in seinem angestammten Fanggebiet zuerkannte. Dem Gericht genügte zur Substantiierung, dass der Gewerbebetrieb des Fischers wegen des begrenzten Aktionsradius des Kutters an die Fanggründe gebunden sei.³³ Die damit gegebene Verbindung zwischen einem subjektiven Recht (nämlich dem Gewerbebetrieb) und einer Naturressource (dem Meeresgebiet) löste das Gericht in seiner Vorgabe zur Begründetheitsprüfung allerdings wieder auf. Es hielt für erheblich und prüfungsbedürftig, ob der Fischer in andere Fanggebiete ausweichen kann.³⁴ Hieran zeigt sich, dass die Öffnung der Klagbefugnis nicht weiterhilft, wenn bei Prüfung der Verletzung eines subjektiven Rechts in der Begründetheitsstation dann doch streng auf den konkret-individuellen Zusammenhang abgestellt wird.

Ein Seitenaspekt des Wasserrechts wurde mit der Entscheidung zur Emscher Genossenschaft aufgeworfen. Das BVerwG meint im Vorlagebeschluss zum BVerfG, in den Genossenschaftsorganen dürften nicht nur die engeren Interessenten, sondern müsste auch die im Weiteren betroffene Bevölkerung repräsentiert sein. Aus der Perspektive einer ganzheitlichen Betrachtung wäre dazu anzumerken, dass die breitere Bevölkerung hier eher als von Belastungen (wie etwa Gebühren) Betroffene wahrgenommen wird, nicht auch als Repräsentantin der gewässerbezogenen Allgemeininteressen.³⁵

4. Eine ganzheitliche Betrachtung des *Kernenergieproblems* würde den Kollektivcharakter der Risiken hervorheben: Die Abgaben an Radioaktivität im Normalbetrieb führen zu niedrigen Körperdosen, die für den konkreten Einzelnen zu vernachlässigen sind, stochastisch auf Bevölkerungsgesamtheiten bezogen aber dennoch sichere Todesfälle erwarten lassen. Der größte anzunehmende Unfall lässt sich sicherheitstechnisch minimieren, bleibt aber selbst

31 Grundlegend BVerwGE 27, 16, 180; 41, 58, 63.

32 BVerwGE 78, 40 ff.

33 BVerwGE 66, 307, 310.

34 BVerwGE 66, 301, 311.

35 BVerwGE 106, 64.

dann ein Stein des Anstoßes, weil die Folgen, wenn er denn doch eintritt, so ungeheuer sind. Die radioaktiven Abfälle sind ein Problem für noch viele zukünftige Generationen.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit hat im Atomrecht den konkret-individuellen Ansatz bis zur Grenze ganzheitlicher Betrachtung ausgereizt. Sie hat Klagen von sehr weit entfernt, sei es auch im Ausland Wohnenden zugelassen³⁶, das Vorsorgeprinzip in den Bereich solcher Dosen ausgedehnt, die niedriger als die Hintergrundstrahlung sind³⁷, sie hat Angriffe auf die wissenschaftliche Basis der herrschenden Grenzwertberechnung gehört³⁸, Nachprüfungen alternder KKW (aus Anlass von Änderungsgenehmigungen und von Drittklagen auf Genehmigungswiderruf) ermöglicht³⁹, unfallauslösende Standortfaktoren (wie Erdbebenrisiken) gewürdigt⁴⁰ und weit ins technische Detail gehende Prüfungen von potentiellen Unfallverläufen vorgenommen.⁴¹ Vieles davon geht deutlich über das hinaus, was in einem normalen verwaltungsgerichtlichen Verfahren individuellen Klägern an zulässigem oder begründetheitsfähigem Vortrag zugestanden würde. Unter der Hand wurden die Kläger als Repräsentanten der Allgemeinheit akzeptiert. Dies erklärt auch die Sonderstellung des Atomrechts im Umweltrecht in Hinsicht auf zahlreiche rechtsdogmatische Fragen wie die Klagebefugnis, die Stufung Vorsorgegebot / Gefahrvermeidungsgebot, etc.

Und doch hat die Rechtsprechung an signifikanten Stellen haltgemacht und auf dem konkret-individuellen Ansatz beharrt. Sämtliche oben genannten Angriffspunkte waren durch Einsatz von viel Technik und Geld letztlich zu bewältigen. Es gab aber auch Angriffspunkte, die auf diese Weise nicht zu bewältigen waren.

Ein Angriffspunkt ist seit je die ungeklärte Entsorgung gewesen. Sie wird als Vortrag von Drittklagen nicht gehört, weil die Anwohner des KKW nicht diejenigen seien, in deren Nähe die Abfälle vergraben würden. Es genügt der sog. Entsorgungsnachweis, nach dem sichergestellt sein muss, dass die abgebrannten Brennelemente aus dem Kraftwerk herausgeschafft werden.⁴² Die Zusam-

36 BVerwGE 70, 365, 389 f.; 75, 285, 286.

37 BVerwGE 61, 256, 264 f.

38 BVerwGE 101, 347, 351, 361 f.

39 BVerwGE 101, 347, 353 ff.; s. demgegenüber BVerwGE 104, 36, 41, wo das Gericht Rügen wegen mangelnder »aufsichtlicher Vorsorge« in die Vorschriften über den Genehmigungswiderruf verweist.

40 Vgl. BVerwGE 92, 185, 194.

41 Jedenfalls in der früheren Gerichtspraxis bis zur Umorientierung der Rechtsprechung auf die bloße Feststellung von Ermittlungs- und Bewertungsdefiziten, die vom VG Schleswig (NJW 1980, 1296 ff.) vorgeschlagen und vom BVerwG (E 72, 300, 316 ff.) sanktioniert worden ist. Als neueres Beispiel der Akzeptanz erhöhter Kontrolldichte vgl. BVerwGE 106, 115, 124; dazu H. Sendler, Vom Nutzen und Nachteil des Bundesverwaltungsgerichts für den Umweltschutz in K.-P. Dolde (Hrsg.), Umweltschutz im Wandel, Berlin 2001, S. 957 ff., 989.

42 BVerwG DVBl. 1982, 960, 961 r. Sp.; BVerwGE 78, 177, 183 f.; 104, 36, 53 f.

menschau des sonst viel beschworenen geschlossenen Kernenergiekreislaufs wurde damit der gerichtlichen Kontrolle im Dittklageverfahren entzogen.

Der andere Angriffspunkt war der Strombedarf. In manchen Verfahren war vorgebracht worden, dass für ein neues Kernkraftwerk ein entsprechender Strombedarf nachzuweisen sei, und dass dabei Einsparpotenziale und regenerative Quellen einzurechnen seien. Mangelnder Strombedarf hätte über eine Nutzen-Risiko-Abwägung durchaus auch eine Aussage über die Zumutbarkeit des Schadensrisikos ermöglicht, die zumindest im Ermessensraum des § 7 Abs. 1 AtG auch ihren Platz hätte finden können. Das BVerwG hat jedoch frühzeitig ausgesprochen, § 7 Abs. 2 AtG knüpfe an die Voraussetzung eines Energiebedarfs nicht an. Damit hält es ein gewissermaßen absolutes Urteil über das gebotene Niveau des Gesundheitsschutzes für möglich und geboten.⁴³

Die Karten sind mit dem Ausstiegsgesetz⁴⁴ nun neu gemischt. Die letzten zehn Bände der amtlichen Sammlung zeigen bereits, dass sich die gerichtlichen Verfahren nun zunehmend auf die Zwischen- und Endlagerprobleme konzentrieren werden. Auch hier wird die Klagbefugnis wieder großzügig definiert, wie etwa bei dem Kläger, der 5 km von der Endlagerstätte entfernt wohnt.⁴⁵ Aber: Das Faktum der vorhandenen Abfälle vor Augen, werden die Gerichte wieder an den kritischen Stellen Abschneidekriterien entwickeln. Z. B. heißt es in dem Urteil zum Endlager Morsleben, der Kläger könne nicht auch den Nachweltschutz geltend machen. Dieser ist zwar objektiv geboten, aber eben nicht durch Drittklagen sanktionierbar.⁴⁶

5. Im *Naturschutzrecht* setzt sich die Verbandsklage mehr und mehr durch. Umweltverbände werden vom BVerwG jedoch nicht als Allgemeininteressen repräsentierende Kollektive konzipiert, sondern als Verwaltungshelfer.⁴⁷ Sie sind Gesetzesgeburten im Rahmen der von § 42 Abs. 2 VwGO vorgesehenen Ausnahme vom Prinzip individuellen Rechtsschutzes, nicht dagegen aus der Gesellschaft heraus wachsende Ausbildungen und Anlagerungen subjektiver Rechte. Staatstheoretisch gesehen, stehen sie nach dieser Sichtweise deshalb auf der Seite des Staates, nicht auf der Seite der Gesellschaft, auf der sie die individuellen Interessen zu einem Raum des Öffentlichen bündeln. Rechtsökologisch gesehen sind sie danach Mitverwalter, nicht Treuhänder der natürlichen

43 BVerwGE DVBl. 1982, 960, 961 r. Sp.

44 Gesetz zur geordneten Beendigung der Kernenergienutzung zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität vom 22. 4. 2002, BGBl. I 1351.

45 BVerwGE 105, 6, 7.

46 BVerwGE 105, 6, 19 f.

47 BVerwGE 102, 358, 361 (4. Senat); s. dagegen die Qualifizierung als »staatsfreie Bürgerbeteiligung« und »außenstehender Anwalt der Natur« durch BVerwGE 104, 367, 370 (11. Senat), die anzeigt, dass das Gericht einer Zuordnung zur Sphäre des Öffentlichen zuneigt. Eine dritte Verortung klingt in BVerwGE 105, 348, 350 an, wo der 11. Senat eine Vorstellung von »Sachverständigenpartizipation« entwickelt.

Ressourcen. Dass viele Bürger sich in ihrer Verantwortung als *citoyens* in den Verbänden organisieren, verleiht deren Stellung im Verfahren kein eigenes Gewicht jenseits dessen, was das Gesetz ihnen als Verbänden zumisst. Allerdings sind sie trotz der Zuordnung als Mitverwalter nicht reine Funktionsträger im administrativen »Innenbereich«, sondern haben von Gesetzes wegen eigene Rechte auf Beteiligung.⁴⁸ Diese Rechte können nicht nur durch Leistungsklage geltend gemacht werden, sondern auch durch Anfechtungsklage gegen die verfahrensfehlerhaft ergangene Entscheidung.⁴⁹ Sie sind sogar insofern »absolut«, als sie dem Erheblichkeitstest des § 46 VwVfG nicht unterliegen.⁵⁰ Aber sie sind eben doch nur formal und nicht materiell unterfüttert, denn ihre Nichtbeachtung kann durch Nachholung der Beteiligung geheilt werden.⁵¹

Materiell gesehen würde eine ganzheitliche Sicht der Natur betonen, dass diese nicht nur aus dem realen Biotop vor Ort besteht, sondern dass die einzelnen Biotope miteinander vernetzt sind, und dass die einzelnen Eingriffe, die je für sich genommen verkräftbar sind, in der Summe und in den Zerschneidungseffekten das größere Ganze gefährden. Im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Mensch und Natur bedeutet eine ganzheitliche Sicht, dass die Natur sich für den Menschen nicht darin erschöpft, ihm den Spaziergang im Grünen zu ermöglichen, sondern dass er auf sie in vielfältigen biologischen, physikalischen und psychischen Beziehungen angewiesen ist.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit hat mit Natur und Landschaft vor allem im Zusammenhang mit der Verwirklichung von Baulanderschließung und von Infrastrukturvorhaben zu tun. Das BVerwG hat hier mehrfach angemahnt, dass Natur und Landschaft nicht eine bloße Spielmasse der Bau- und Fachplanung sind, sondern als gewichtige Belange einzustellen sind. Zugleich hat es gegenüber Tendenzen zur Auflösung des Planens in Einzelentscheidungen die Notwendigkeit übergreifender Konzepte betont.

Aus der jüngeren Rechtsprechung zum Bauplanungsrecht sei genannt⁵²: Es gilt die »Zielvorgabe, den Außenbereich weitestgehend zu schonen«.⁵³ Wenn ein Bebauungsplan zu Eingriffen in Natur und Landschaft führt und dementsprechend nach § 8a Abs. 1 BNatSchG Ausgleichsmaßnahmen vorsehen muss, sollen durch diese »Vorverlagerung der Entscheidung über ein Ausgleichskonzept in die Planungsphase (...) die Belange (scl. von Natur und Landschaft)

48 BVerwGE 102, 358, 361.

49 BVerwGE 87, 62, 69 ff.

50 BVerwG 105, 348, 353 f.

51 BVerwGE 102, 358, 365 für § 17 Abs. 7 c Satz 2 FStr.G; 105, 349, 349 für § 20 Abs. 7 AEG.

52 Vgl. zusammenfassend G. Gaentzsch, Entwicklungslinien des Naturschutzes in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in K.-P. Dolde (Hrsg.), *Umweltschutz im Wandel*, Berlin 2001, S. 273 ff.

53 BVerwGE 96, 95, 99.

nicht geschwächt, sondern vielmehr gestärkt werden«. ⁵⁴ Die Eingriffsregelung gilt auch bei Bauplanungen im Innenbereich. ⁵⁵ Ein rechtlich verbindliches Landschaftsschutzgebiet muss im Flächennutzungsplan beachtet werden. ⁵⁶

Allerdings sind Natur und Landschaft nur ein Belang unter vielen anderen, der zwar über Art. 20 a GG ein gewisses Gewicht hat, dessen Schutz durch die Eingriffsregelung aber in der planerischen Abwägung aufgeht und nicht einmal ein Optimierungsgebot darstellt. ⁵⁷ Einen Vorrang, der mit einer ganzheitlichen Argumentation (Natur als Lebensbedingung) begründbar wäre, genießen sie nicht. ⁵⁸

Ähnlich verhält es sich mit dem Fachplanungsrecht. Auch in der fachplanerischen Abwägung sind Natur und Landschaft nur ein – wenn auch durch Art. 20 a GG gestärkter – Belang unter vielen anderen. Die Eingriffsregelung dient nur der Aussteuerung der Beeinträchtigungen im Einzelnen. Ihr kräftigster Zugriff, das Gebot vermeidbare Beeinträchtigungen zu unterlassen, »zwingt nicht zur Wahl der ökologisch günstigsten Planungsalternative«, sondern überlässt die Zulässigkeit der Infrastrukturmaßnahme als solcher dem planerischen Gestaltungsspielraum und dem ihn strukturierenden Abwägungsgebot. ⁵⁹ Nur die von dem einmal festgelegten Projekt ausgehenden Beeinträchtigungen werden von ihm noch erfasst. Es bleibt dann nicht viel mehr übrig als die Pflicht, dass bei den Bauarbeiten Rücksicht auf Brutzeiten zu nehmen ist.

Wenn das naturschutzrechtliche Vermeidungsgebot somit entschärft wurde, so hat die Rechtsprechung andererseits aus dem Abwägungsgebot ein potenzielles Äquivalent entwickelt, nämlich die Pflicht zur Alternativenprüfung. Zwar hat sie die Möglichkeit ausgeschlagen, ein solches Gebot aus der UVP-Pflicht abzuleiten ⁶⁰, wodurch der Weg zur Alternativenprüfung im Immissions- und Wasserrecht verengt wurde. Für das Fachplanungsrecht ist das planerische Abwägungsgebot, auf das das BVerwG das Gebot zur Alternativenprüfung gestützt hat, jedoch eine adäquate Basis. Das Gericht geht hier sogar über das subjektiv orientierte Kriterium der UVP-Richtlinie (die vom Vorhabenträger selbst geprüften Alternativen) hinaus und verlangt in objektivieren-

54 BVerwGE 104, 68, 73.

55 BVerwGE 112, 41, 43.

56 BVerwGE 109, 371, 378 f.

57 BVerwGE 104, 68, 74 ff.

58 Vgl. dagegen den Vorschlag einer Vorrangregel durch die UGB-Kommission in § 9 Satz 3 UGB-KomE: »Den Umweltbelangen ist Vorrang einzuräumen, sofern eine wesentliche und dauerhafte Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts droht, es sei denn, dass überragend wichtige Belange des Wohls der Allgemeinheit die Beeinträchtigung erfordern.«

59 BVerwGE 100, 370, 381 f.; 104, 144, 147 f.

60 BVerwGE 100, 238, 249; 101, 166, 174 f. mit dem Argument, die UVP-RL zwingt zwar zur Vorlage von (geprüften) Alternativen überhaupt, aber nicht zu deren UV-Prüfung.

der Weise, dass die »sich von der Sache her aufdrängenden« bzw. »ernsthaft sich anbietenden« Alternativen in die Abwägung einzubeziehen sind.⁶¹ Insofern wird der Inanspruchnahme der Natur in Schonungsabsicht ein weiterer Prüfschritt vorgeschaltet. Indem nur wirklich erforderliche Zerstörungen zugelassen werden, wird Natur zu einem eigenen Rechtsgut, dessen Inanspruchnahme einer Art Verhältnismäßigkeitsprüfung unterworfen wird, die an die Seite der traditionellen grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung und tendenziell auch in Spannung zu ihr tritt.

Die Anforderungen an diesen Test »umgekehrter« Verhältnismäßigkeit⁶² werden im Einzelnen dann aber recht bescheiden gehalten: Alternativen können verbindlich bereits auf vorgeschalteten Planungsstufen abgeschichtet werden⁶³, es genügt, wenn sie nur cursorisch untersucht werden, und das Planungsziel, auf das hin die Lösungsvarianten bezogen werden, wird ganz in die Bestimmungsmacht der Planungsbehörde gelegt.⁶⁴ Ist es relativ konkret, wie etwa die Befriedigung eines Autoverkehrsbedarfs zwischen zwei Orten, sind auch die Lösungsvarianten auf die Straße festgelegt und nur über die Verteilung auf verschiedene Trassen zu erfüllen. Die bei einer ganzheitlichen Erwägung des Maßnahmenspektrums so bedeutsame verkehrsträgerübergreifende Betrachtung ist damit ausgeschlossen. U. U. wird sogar die Festlegung einer bestimmten Grobtrasse als Zielfestlegung akzeptiert, so dass die ausgeschlossene Grobtrasse nicht mehr reklamiert werden kann.⁶⁵ Soweit Beeinträchtigungen der Naturbelange zu ermitteln und zu bewerten sind, herrscht eine konkrete Betrachtung vor, d. h. es genügt nicht, die Zerschneidung eines Landschaftsteils festzustellen (die ja bereits als solche die Zusammenhänge der Landschaft zerstört), sondern als Beeinträchtigung gilt es nur, wenn auch in

61 BVerwGE 71, 166, 171 f.; 81, 128, 136 f.

62 Das traditionelle Prinzip verlangt, dass ein staatlicher Eingriff in private Rechte verhältnismäßig sein muss, das hier als »umgekehrt« bezeichnete Prinzip verlangt, dass private und staatliche Eingriffe in die Natur verhältnismäßig sein müssen. S. dazu G. Winter, Alternativen im Prozess administrativer Entscheidungsbildung. Zugleich ein Beitrag zu einem Prinzip ökologischer Verhältnismäßigkeit, Baden-Baden (Nomos) (früher Düsseldorf: Werner) 1997, S. 27 ff.

63 Wenn dabei allerdings Fehler unterlaufen, können sie im Klageverfahren gegen die letzte Planungsstufe gerügt werden, s. BVerwGE 104, 236, 252. Erfolgt die Festlegung wie im FStrG durch Gesetz, muss die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes behauptet und eingeklagt werden, was ein hoffnungsloses Unterfangen ist, weil auf der gesetzlichen Ebene die konkreten Trassen und damit Opfer an Natur noch gar nicht festliegen.

64 BVerwGE 107, 142, 145 f. und st. Rspr. (zuletzt BVerwG vom 11. 7. 2001, NVwZ 2002, 350, 354) zur nur cursorischen gerichtlichen Nachprüfung der Planrechtfertigung.

65 BVerwGE 107, 1, 13 f. hinsichtlich der Trassenführung der A 20 nördlich oder südlich von Lübeck. Die Nordumfahrung wurde als »anderes Projekt« mit ganz anderem Planungskonzept angesehen. Ähnlich BVerwGE 112, 140, 154.

concreto festgestellt werden kann, dass der Schnitt über einen bestimmten Brutplatz oder Pflanzenstandort geht.⁶⁶

Insgesamt scheint das BVerwG Natur und Landschaft eher als konkrete örtliche Gebiete wahrzunehmen, die mit ebenso konkreten örtlichen Projekten in räumliche Konkurrenz treten, mit ihnen abgewogen werden und nach ausreichendem Wägen zurücktreten müssen. Sie kommen nicht zugleich als Systembestandteile des Naturkreislaufs und der biologischen Vielfalt zur Geltung. Sie erscheinen als folgenlos abspaltbare Teile, nicht als Teile, mit denen zugleich das Ganze in Mitleidenschaft gezogen wird.

Dieser dem deutschen Recht eigenen konkret-individuellen Sichtweise setzt nun das europäische Natura 2000-Programm einen umfassenderen Ansatz entgegen. Die lokalen Naturgebiete werden hier explizit als transnationales Netz angesehen, das als Naturerbe der Gemeinschaft bestimmt wird.⁶⁷ Das BVerwG hat sich diesem Ansatz gegenüber offen gezeigt und gegen die Nachlässigkeit der Länderregierungen und der Bundesregierung im Vollzug der Meldepflichten nach Art. 4 FFH-RL ein Konzept der Vorwirkung der Schutzpflichten und Projektbeschränkungen entwickelt.⁶⁸ Es mehren sich allerdings die Anzeichen, dass die Bereitschaft zu einer gesamteuropäischen Sicht sich in der Routine der Projektprüfung letztlich doch abschleift: das fragliche Gebiet erscheint in praxi dann doch naturschutzfachlich als nicht zwingend repräsentativ; die Beeinträchtigung erscheint nicht als erheblich, zumal bei deren konkreter Betrachtung; das mit dem Projekt verfolgte Interesse – obzwar eher privat oder wirtschaftlich – erscheint leicht als öffentlich und zwingend; die Alternativen erscheinen als unzumutbar, etc.: Am Ende ist man dann wieder beim alten Abwägungsgebot angelangt, in dem alle Katzen grau, sprich alle Belange gleichwertig sind. Man sieht es am Ergebnis: An mangelnder Berücksichtigung von Naturbelangen ist m. W. noch kein Infrastrukturprojekt vor dem BVerwG gescheitert.⁶⁹

6. Das *Gefahrstoffrecht* regiert ungleich voluminösere Schadstoffströme als das anlagenbezogene Recht. Während die Vermarktung neuer Chemikalien im Allgemeinen insgesamt angemessen kontrolliert wird, hinken die speziellen Regime für Pflanzenschutzmittel und Biozide hinterher; hinsichtlich der ca. 30.000 auf dem Markt befindlichen Altstoffe sieht es sogar schlicht katastrophal aus. Man sollte meinen, dass dies genug Anlass gewesen wäre, die Verwaltungsgerichte einzuschalten, sei es als Bollwerk gegen übereifrige Eingriffe in Herstellerrechte, sei es als Vehikel zur Beschleunigung des Kontrollprozes-

66 BVerwGE 102, 331, 350.

67 Vierter Erwägungsgrund der FFH-RL.

68 BVerwGE 107, 1, 21 f.; 110, 302, 308 f.; 112, 140, 155 ff.

69 Ein möglicher Kandidat ist ein bestimmter Abschnitt der B 173, vgl. Beschluss des BVerwG vom 21. 11. 2002, ZUR 2001, 225 ff.

ses. Tatsächlich gibt es so gut wie gar keine Gerichtsentscheidungen zum Chemikalienrecht. Das BVerwG hat bisher m. W. erst eine einzige Entscheidung zum Chemikalienrecht⁷⁰ und eine weitere zum Pflanzenschutzrecht⁷¹ erlassen. Fehlanzeige ist also festzustellen, nicht lediglich hinsichtlich bestimmter ganzheitlicher Betrachtungen, sondern viel grundsätzlicher hinsichtlich des Chemikalienrechts überhaupt.

Die beiden entschiedenen Fälle betreffen Klagen von Herstellern von Chemikalien, nicht von solchen Personen, die Umweltinteressen vertreten. In der einen Entscheidung wurde die Frage behandelt, wie stark der Gefahrenverdacht sein muss, um die Behörde zur Nachforderung bestimmter Prüfnachweise zu ermächtigen. Das Gericht insistierte hier auf einer relativ hohen Hürde, die der Gesetzgeber später durch Einbau des Vorsorgeprinzips in § 1 Chemikaliengesetz herabsetzte.

In der anderen Entscheidung, derjenigen zum Pflanzenschutzrecht, verfolgte das BVerwG eine vorsorglichere Linie, indem es Feststellungen darüber forderte, »ob die angegebenen Veränderungen im Naturhaushalt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht eintreten, verneinendenfalls, ob sie nach dem Stande der wissenschaftlichen Erkenntnisse nicht vertretbar sind.«⁷² Den Naturhaushalt will das Gericht durchaus in seinem »komplexen Wirkungsgefüge« erfasst wissen, was einschlieÙe, dass bestimmte Leistungen des Bodens wie seine Adsorptionskapazität durch den Eintrag des Pflanzenschutzmittels nicht ausgeschöpft werden dürften. Solchermaßen auf Funktionen eines Kompartiments des Naturhaushalts, eben des Bodens, abstellend, legt das Gericht einen ganzheitlichen Maßstab an. Diesen ergänzt es – freilich nur in Andeutungen – um eine übergreifende Abwägung der Interessen des Ernteschutzes mit denen des Umweltschutzes. Hierbei stellt es zur Prüfung der Vertretbarkeit nachteiliger Auswirkungen einerseits auf die Wahrscheinlichkeit und Schwere des Nachteils und andererseits auf den Vorteil der Verwendung des Pflanzenschutzmittels und Möglichkeiten seiner Ersetzung ab.⁷³ Hieran zeigt sich wiederum, dass das BVerwG bereit ist, ganzheitliche Betrachtungsweisen mitzutragen, wenn die Behörde sie von sich aus anwendet und sich gegen Angriffe von Betreiberseite verteidigen muss.

Drittklagen, seien es solche gegen behördliche Gestattungen oder solche auf behördliches Einschreiten, scheint es dagegen bisher nicht gegeben zu haben. Hinsichtlich der zulassungsbedürftigen Chemikalien – zur Zeit Pflanzenschutzmittel und Biozide – kommt eine Anfechtungsklage etwa wegen Verletzung der Genehmigungskriterien in Betracht. Sie scheitert jedoch daran, dass die Schutzpflichten aus § 15 PflSchG als nicht ausreichend individualisiert gel-

70 BVerwG NVwZ 1992, 984 ff.

71 BVerwGE 81, 12 ff.

72 BVerwGE 81, 12, 16.

73 BVerwGE 81, 12, 17.

ten. Es ist eben ein weiter Weg von der Vermarktung der Chemikalie über ihre Ausbringung auf dem Acker, das Versickern ins Grundwasser und die Grundwasseraufbereitung bis zum Schluck Trinkwasser, oder von der Ausbringung über die Ablagerung auf der Pflanze und der Verarbeitung der Ernteprodukte bis zum verzehrten Brot. Bei nur anmeldepflichtigen Chemikalien kommt noch hinzu, dass die Anmeldung gar nicht in einen anfechtbaren Verwaltungsakt mündet, sondern nach Ablauf einer Wartefrist die Zulässigkeit des Inverkehrbringens auslöst. In Betracht kommt dann nur eine Feststellungsklage, für die es jedoch an einem individualisierten Rechtsverhältnis fehlt.

Während bei anmelde- und zulassungsbedürftigen Chemikalien ein Vorgehen *gegen* ein behördliches Handeln immerhin denkbar ist, kommt bei den bereits auf dem Markt befindlichen sog. Altstoffen, weil sie nur per nachträglichem Verbot reguliert werden können, lediglich eine Klage in Betracht, die die Behörde zum Handeln verpflichtet. Da für solche Verbote die Form der Rechtsverordnung vorgesehen ist⁷⁴, scheidet eine Verpflichtungsklage aus. Eine allgemeine Leistungsklage wäre denkbar, wird vom BVerwG aus Rücksichtnahme auf die Entscheidungsfreiheit des Ordnungsgebers letztlich aber für unzulässig gehalten.⁷⁵ So bleibt nur eine Feststellungsklage, bei der allerdings – in Analogie zu § 42 Abs. 2 VwGO – ein subjektives Recht vorliegen muss, das der Kläger mit der Feststellung verwirklichen will oder das von dem festzustellenden Rechtsverhältnis abhängt⁷⁶, wobei bei planerischen Abwägungen immerhin ein Recht auf Berücksichtigung der klägerischen Belange für genügend gehalten wird.⁷⁷ Man könnte spekulieren, dass ein solches Recht ganz allgemein auf Verordnungsermessen auch außerhalb planerischer Zusammenhänge bezogen werden müsste, sofern dabei ebenfalls komplexe Abwägungen vorzunehmen sind. Aber der Analogieschritte wäre dies dann doch wohl zu viel: von der Anfechtungsklage zur Feststellungsklage, von der individuellen zur verordnungsbezogenen Feststellungsklage⁷⁸ und vom Recht auf Berücksichtigung im planerischen Abwägungsgebot zum Recht auf Berücksichtigung im allgemeinen Verordnungsermessen. Wie dem auch sei, jedenfalls würde auch für die Altstoffe gelten, dass die Kette zwischen Vermarktung und individuellem Konsum zu lang und bedingungsabhängig ist.

Aus diesen Gründen ist das Chemikalienrecht ein besonders geeigneter Kandidat für Verbandsklagen. Die Rechtsprechung leitet diese jedoch nicht aus dem allgemeinen geltenden Recht, soweit es Kollektivinteressen schützt (und das Chemikalienrecht gehört sicherlich dazu) ab, sondern verlangt eine spezifi-

74 § 17 ChemG.

75 BVerwGE 111, 276, 279.

76 BVerwGE 99, 64, 66.

77 BVerwGE 111, 276, 279 ff.

78 Kritisch bereits zu diesen beiden Analogiestufen *H. H. Rupp*, Fluglärm: Rechtsschutz gegen die Festlegung von An- und Abflugwegen von und zu Flughäfen durch das Luftfahrt-Bundesamt, NVwZ 2002, 286. 288 r. Sp.

sche gesetzliche Regelung. Da der Gesetzgeber aber weit davon entfernt ist, die Verbandsklage zu ermöglichen, bleibt es dabei, dass die Unterlassungssünden des Altstoffregimes an der Verwaltungsgerichtsbarkeit auch weiterhin vorbeigehen werden. Vielleicht kommt Abhilfe aus dem Gemeinschaftsrecht. Zur Zeit wird das Chemikalienrecht der Europäischen Gemeinschaft gründlich umgebaut, und es liegt nahe, das von der EG zeitgleich umzusetzende Verbandsklagenkonzept der Aarhus-Konvention in den neuen Rechtsakt einzubauen.

7. Es ist eine merkwürdige Erscheinung, dass das *Gentechnikrecht* zwar in wesentlichen rechtsdogmatischen Punkten verwaltungsgerichtlich konkretisiert worden ist, dass das BVerwG aber bisher nur in einem einzigen Fall Gelegenheit erhielt einzugreifen, und die Gelegenheit durch Nichtzulassung der Revision auch noch verstreichen ließ.⁷⁹ Fast noch merkwürdiger ist es, dass nahezu sämtliche Entscheidungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit als Beschlüsse im Verfahren einstweiligen Rechtsschutzes ergangen sind.

In allen mir zugänglichen Entscheidungen traten Drittbetroffene als Antragsteller/Kläger auf. Man kann nur spekulieren, warum sie so schnell aufgegeben und nicht einmal das Hauptsacheverfahren, geschweige denn den Instanzenweg bis in die Revision weiterverfolgt haben. Selbst wenn man berücksichtigt, dass es häufig eher grundsätzliche Bedenken gegen die Technologie als solche waren, die die Kläger – häufig Biobauern oder von Verbänden unterstützte Musterkläger – vorbrachten, Bedenken, die im Hinblick auf die gesetzliche Grundentscheidung pro Gentechnik vielleicht in der Tat zurückzuweisen waren, so gab es doch genügend rechtsdogmatische Zweifelsfragen von systemimmanenter Grundsätzlichkeit, die einer höchstrichterlichen Klärung bedurft hätten. Stattdessen haben – in anlagenbezogenen Fällen mehrere Verwaltungsgerichte, in den heute dominierenden Freisetzungsfällen nur noch das Verwaltungsgericht und das Oberverwaltungsgericht Berlin – die Dinge für offensichtlich genug gehalten, um sie im Eilverfahren für aussichtslos zu erklären.

Zu den rechtsdogmatischen Figuren, die zunächst mehrere Verwaltungsgerichte und zunehmend allein die – merkwürdigerweise sich selbst so apostrophierende – Berliner Verwaltungsgerichtsbarkeit⁸⁰ in dieser Weise durchentschieden, gehören durchaus einige, die den Schutzinteressen entgegenkamen, so insbesondere eine großzügige Weite der Klagbefugnis sowohl in Anlagen-

79 BVerwG NVwZ 1999, 1232 (Genehmigung einer gentechnischen Anlage); die Entscheidung BVerwG NJW 1977, 1022 betraf nur eine Frage gerichtlicher Zuständigkeit.

80 So die Selbstbezeichnung durch VG Berlin, Beschluss vom 9. 5. 1997 in *Eberbach/Lange/Ronellenfitsch*, GenTR/BioMedR Bd. 4, Nr. 11 zu § 16 GenTG, S. 5, und VG Berlin, Beschluss vom 30. 5. 1997 in *Eberbach/Lange/Ronellenfitsch*, GenTR/BioMedR Bd. 4, Nr. 9 zu § 16 GenTG Satz 4.

als auch in Freisetzungsfällen⁸¹, eine drittschützende Wirkung der Schutzpflichten des Betreibers nach § 6 Abs. 2 GenTG⁸², die Zurückweisung der Stufung von Gefahr und Vorsorge und die Eröffnung des Vorsorgegebots für den Drittschutz.⁸³ Maßgeblich für die im Ergebnis durchweg klagabweisenden Beschlüsse waren jedoch die folgenden Figuren: die Annahme eines Beurteilungsspielraums der Behörden, dementsprechend die Rücknahme der gerichtlichen Kontrolle auf offensichtliche Ermittlungs- und Bewertungsdefizite⁸⁴, mit der Folge, dass Beweisaufnahmen und -würdigung (wenn überhaupt) im Eilverfahren erfolgten; die Ablehnung eines step-by-step-Verfahrens als Voraussetzung für die Freisetzungsgenehmigung⁸⁵; die Ablehnung der Annahme, die Ausbreitung von modifizierten Genen über das Versuchsfeld hinaus sei per se bereits ein Umweltschaden, dementsprechend also die selbständige Entwicklung von Schädlichkeitsparametern⁸⁶ und der Bezug des Schadensbegriffs auf die unmittelbaren Auswirkungen des modifizierten Organismus selbst (wie Toxizität oder Allergenität), somit die Ablehnung von Folgeschäden daraus, dass »gentechnikfreie« Wirtschaftsweisen verunmöglicht werden.⁸⁷

81 VG Frankfurt, Beschluss vom 3. 2. 1989 in *Eberbach/Lange/Ronellenfitsch*, GenTR/BioMedR Bd. 4, Nr. 1 zu § 5 BImSchG; die Antragstellerin wohnte 8,5 km von der gentechnischen Anlage entfernt; VG Berlin, Beschluss vom 7. 5. 1993 in *Eberbach/Lange/Ronellenfitsch*, GenTR/BioMedR Bd. 4, Nr. 2 zu § 16 GenTG; Der Kläger, ein Biobauer, wirtschaftete 8 km vom Standort der Freisetzung entfernt.

82 OVG Hamburg, Beschluss vom 27. 1. 1997 in *Eberbach/Lange/Ronellenfitsch*, GenTR/BioMedR Bd. 4, Nr. 3 zu § 6 GenTG; VG Gießen, Beschluss vom 2. 9. 1992 in *Eberbach/Lange/Ronellenfitsch*, GenTR/BioMedR Bd. 4, Nr. 2 zu § 1 GenTG, beides auf Anlagen bezogen.

83 VG Neustadt, Beschluss vom 16. 12. 1991, in *Eberbach/Lange/Ronellenfitsch*, GenTR/BioMedR Bd. 4, Nr. 4 zu § 5 BImSchG.

84 Für Anlagenfälle VG Neustadt, Beschluss vom 16. 12. 1991 in *Eberbach/Lange/Ronellenfitsch*, GenTR/BioMedR Bd. 4, Nr. 4 zu § 5 BImSchG; VG Hamburg, Beschluss vom 30. 7. 1994 in *Eberbach/Lange/Ronellenfitsch*, GenTR/BioMedR Bd. 4, Nr. 2 zu § 6 GenTG; OVG Hamburg, Beschluss vom 27. 1. 1997 in *Eberbach/Lange/Ronellenfitsch*, GenTR/BioMedR Bd. 4, Nr. 3 zu § 6 GenTG; VG Gießen, Beschluss vom 2. 9. 1992 in *Eberbach/Lange/Ronellenfitsch*, GenTR/BioMedR Bd. 4, Nr. 4 zu § 6 GenTG; VG Berlin, Beschluss vom 20. 1. 1995 in *Eberbach/Lange/Ronellenfitsch*, GenTR/BioMedR Bd. 4, Nr. 1 zu § 7 GenTG; bestätigend BVerwG NVwZ 1999, 1232, 1233 r. Sp. Zu Freisetzungsfällen VG Berlin, Beschluss vom 12. 9. 1995 in *Eberbach/Lange/Ronellenfitsch*, GenTR/BioMedR Bd. 4, Nr. 4 zu § 16 GenTG; OVG Berlin, Beschluss vom 29. 3. 1994 in *Eberbach/Lange/Ronellenfitsch*, GenTR/BioMedR Bd. 4, Nr. 3 zu § 16 GenTG; OVG Berlin, Beschluss vom 9. 7. 1998 in *Eberbach/Lange/Ronellenfitsch*, GenTR/BioMedR Bd. 4, Nr. 10 zu § 16 GenTG.

85 VG Berlin, Beschluss vom 18. 7. 1995 in *Eberbach/Lange/Ronellenfitsch*, GenTR/BioMedR Bd. 4, Nr. 7 zu § 16 GenTG, Satz 5.

86 VG Berlin, Beschluss vom 12. 9. 1995 in *Eberbach/Lange/Ronellenfitsch*, GenTR/BioMedR Bd. 4, Nr. 4 zu § 16 GenTG.

87 VG Berlin, Beschluss vom 12. 9. 1995 in *Eberbach/Lange/Ronellenfitsch*, GenTR/BioMedR Bd. 4, Nr. 4 zu § 16 GenTG; VG Berlin, Beschluss vom 30. 5. 1997 in

Im Ergebnis ist also ähnlich wie zum Chemikalienrecht festzustellen, dass das BVerwG kaum Gelegenheit erhielt, sich zu dem Rechtsgebiet zu äußern. Deshalb ist es müßig zu fragen, ob es denn auch eine ganzheitliche Sichtweise des Gentechnikproblems verfolgte. Die Frage kann also nur für die Instanzgerichte gestellt werden.

Das ganzheitliche Problem hat exochen der Freisetzung und zukünftig mehr und mehr des Inverkehrbringens von GVO besteht darin, ob ein Raum für gentechnikfreie biologische Landwirtschaft verbleiben soll oder nicht. Man kann kaum behaupten, dass die Frage vom GenTG klar entschieden worden ist. Die Instanzgerichte haben sie wie geschildert beantwortet, doch haben sie dies mit der typischen konkret-individuellen Sonde getan: Sie lassen nur konkrete Schäden für den Konsumenten und die Umwelt gelten wie toxische und allergene Wirkungen auf den Menschen oder das Dominantwerden von genetisch kontaminierten Wildpflanzen in den Ökosystemen, Schäden, die im Einzelfall als nicht gegeben angesehen wurden. Dagegen war ihnen irrelevant, dass biologische Landwirtschaft eine andersgeartete Wirtschaftsweise ist, die bestimmte Grundsätze befolgt und nicht restlos in einzelne Ursachen-Folgen-Konnxen aufgelöst werden kann. In der Perspektive dieser Wirtschaftsweise ist bereits das Vorhandensein von künstlich (d. h. nicht züchterisch) modifizierten Genen im eigenen Genpool ein Schaden, und zwar auch ein »sachbezogener« (den allein die Verwaltungsgerichte gelten lassen), nicht erst ein solcher der sich anschließenden Unverkäuflichkeit der dann nicht mehr »gentechnikfreien« Produkte. Aufgeworfen ist also ein Problem der Pluralität der Wirtschaftsweisen in der Landwirtschaft und, da es gleichermaßen für die Forst- und Fischwirtschaft gilt, in der Primärproduktion überhaupt.

Unterstellt man (was von Biologen teilweise bestritten wird, aber bei Annahme ubiquitärer Verbreitung gäbe es nur ein »entweder-oder« der gentechnischen oder biologischen Landwirtschaft), dass sich gentechnisch modifizierte Pflanzen und Tiere räumlich begrenzen lassen, müssten Maßnahmen der Bodennutzungsplanung (Raumplanung, Landschaftsplanung, Naturschutzgebietsplanung, Landwirtschaftsplanung) getroffen werden, um die konventionelle und die biologische Landwirtschaft voneinander abzugrenzen. Auch diesen Ausweg verbaut die Rechtsprechung jedoch, indem sie § 22 Abs. 2 GenTG so interpretiert, dass er einerseits planerische Maßnahmen unberührt lässt⁸⁸, dass andererseits aber gentechnikspezifische Regelungen von der Genehmigung

Eberbach/Lange/Ronellenfitch, GenTR/BioMedR Bd. 4, Nr. 9 zu § 16 GenTG; OVG Berlin, Beschluss vom 9. 7. 1998 in *Eberbach/Lange/Ronellenfitch*, GenTR/BioMedR Bd. 4, Nr. 10 zu § 16 GenTG.

⁸⁸ VG Berlin, Beschluss vom 9. 5. 1997 in *Eberbach/Lange/Ronellenfitch*, GenTR/BioMedR Bd. 4, Nr. 11 zu § 16 GenTG; OVG Berlin, Beschluss vom 10. 8. 1998 in *Eberbach/Lange/Ronellenfitch*, GenTR/BioMedR Bd. 4, Nr. 12 zu § 16 GenTG.

nach dem GenTG abschließend getroffen werden.⁸⁹ (M. E. regelt § 22 GenTG überhaupt nur das Verhältnis zu anderen Genehmigungen und lässt planerische Maßnahmen unberührt. Diese können deshalb auch unter gentechnikspezifischen Gesichtspunkten getroffen werden. Knüpfen sich an die planerischen Maßnahmen Genehmigungsvorbehalte, so müssen die entsprechenden gentechnik-spezifischen Gesichtspunkte wiederum in der Genehmigung nach GenTG beachtet werden⁹⁰).

III.

Im Folgenden soll im Querschnitt der Figuren untersucht werden, ob die Rechtsdogmatik in Richtung auf eine größere Durchlässigkeit für ganzheitliche Betrachtungen geöffnet werden kann.

1. An prominenter Stelle ist die *Subjektivierung des Rechtsschutzes* zu nennen. Dabei macht es für den hiesigen Zusammenhang keinen Unterschied, ob diese bereits bei der Zulässigkeit von Klagen oder erst in der Begründetheitsprüfung durchschlägt. Sie zwingt zu einer Radizierung des Klagevorbringens auf die konkret-individuelle Betroffenheit des Klägers. Die seit langem anhaltende Kritik an dieser für das deutsche Recht typischen Begrenzung hat inzwischen zu gewissen Lockerungen insbesondere in der Zulässigkeitsstation geführt, ohne dass allerdings bereits ein stimmiges Konzept gefunden worden wäre, das die Schutznormtheorie ablösen könnte.

Im Bauplanungsrecht scheint das BVerwG dazu überzugehen, subjektive Rechte aus dem durch Planung oder Gesetz geschaffenen wechselseitigen Austauschverhältnis statt aus einer häufig spekulativ erschlossenen Schutzzintention der Vorschriften abzuleiten; zugleich wird auf das unstimmmige Kriterium der zahlenmäßigen Begrenzung des Kreises geschützter Personen verzichtet.⁹¹ So sehr das neue Kriterium das Spekulative der Schutznormtheorie

89 VG Berlin, Beschluss vom 22. 4. 1994 in *Eberbach/Lange/Ronellenfitsch*, GenTR/BioMedR Bd. 4, Nr. 15 zu § 16 GenTG.

90 G. Winter, Vermarktungsgenehmigung für gentechnisch verändertes Saatgut und Naturschutzrecht, in: M. Lemke, G. Winter (Hrsg.) *Bewertung von Umweltwirkungen von gentechnisch veränderten Organismen im Zusammenhang mit naturschutzbezogenen Fragestellungen*, Berlin 2001, S. 301, 311.

91 BVerwGE 101, 364, 376: »Liegt bauplanerischen Festsetzungen – wie für Gebietsfestsetzungen typisch – eine Ausgleichsordnung zu Grunde, kommt einer solchen Regelung nach ihrem objektiven Gehalt Schutzfunktion zu Gunsten des an dem Austauschverhältnis beteiligten und damit genügend bestimmten Kreises von Grundeigentümern zu«. Damit scheint das BVerwG an Vorschläge von *Schmidt-Preuß* anzuknüpfen. S. *ders.*, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht*, 1992, zusammenfassend S. 299. Vgl. H.-J. Koch, R. Hendler, *Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht*, 3. Aufl. 2001, S. 420, 427 f.

zu vermeiden scheint, für die Aufnahme ganzheitlicher Betrachtungen ist es wegen seiner ausschließlichen Betonung der konkreten Nachbarschaft wenig geeignet. Besser geeignet unter diesem Gesichtspunkt – und wohl auch von der Rechtsprechung des EuGH gefordert – ist das von manchen vorgeschlagene Doppelkriterium, dass nämlich ein subjektives Recht dann gegeben ist, wenn jemand (faktisch) in einem Interesse beeinträchtigt ist, welches (rechtlich) von der einschlägigen Rechtsnorm geschützt oder geregelt wird; auf eine individualisierende Zielrichtung der Norm kommt es dabei nicht an.⁹² Nach einer solchen Formel könnte z. B. auch eine Verletzung des Vorsorgegebots durch Dritte gerügt werden, denn der gefahrentranszendierende kollektivgerichtete Gesundheitsschutz kommt de facto auch den Dritten individuell zugute. Der Kläger könnte als individuell Betroffener ins Verfahren einsteigen und im Verfahren die Kollektivdimension der Vorsorge aufwerfen.

2. Eine weitere Neuerung liegt darin, dass materielle *subjektive Rechte* um solche *prozeduralen Inhalts* ergänzt worden sind. Der dafür tragende Gedanke ist im Minderheitsvotum zum Mülheim-Kärlich-Beschluss des BVerfG erläutert worden⁹³: Bei poröser materiellrechtlicher Programmierung von Entscheidungen nimmt die Bedeutung von Verfahren zu. Wenn dementsprechend die Grundrechte der Betroffenen nicht mehr eindeutig in materiellen Schutzstandards ausgeformt werden, sind Beteiligungsmöglichkeiten zu eröffnen, die den Grundrechtsschutz vorverlagern. Im eigentlichen Beschluss des BVerfG wird dieser Gesichtspunkt zwar nicht so prägnant ausgedrückt, doch wird man ihn auch der Mehrheit unterstellen können.

Für den hiesigen Zusammenhang ist die Prozeduralisierung des Entscheidungsprogramms insofern von Bedeutung, als die Öffnung des materiellen Programms für Beteiligung auch den Argumentationshaushalt erweitert. Denn wenn Verfahren als Risikodiskurs verstanden wird, müssen sich auch die zulässigen Argumente vom konkret-individuellen Bezug lösen können. Die Eigen-dynamik von Verfahren – dies zeigen die Erfahrungen mit Erörterungsterminen⁹⁴ – bringt es mit sich, dass Argumente, die über den engeren Horizont der Nachbarrechte hinausweisen, schwerer ausgeschlossen werden können.

92 G. Winter, Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, NVwZ 1999, 467, 473.

93 BVerfGE 53, 30, 56 ff.

94 A. Bora, Inklusion und Differenzierung, Bedingungen und Folgen der »Öffentlichkeitsbeteiligung« im Recht in W. van der Daele, F. Neidhardt (Hrsg.), Kommunikation und Entscheidung, Berlin 1996, 371, bes. 386 ff., der die ganzheitlichen Argumente allerdings aus systemtheoretischer Perspektive als für das Rechtssystem entdifferenzierend und letztlich dysfunktional bezeichnet. Bora berücksichtigt m. E. aber zu wenig die Porosität des materiellen Recht und unterstellt deshalb zu Unrecht, dass das Rechtssystem eine genau bestimmbare Grenze besitzt.

Das BVerwG, das die Möglichkeit von Beteiligungsrechten Dritter seit längerem bejaht hatte, reagierte auf den Mülheim-Kärlich-Beschluss des BVerfG mit einer Ausweitung der Voraussetzungen solcher Rechte.⁹⁵ Dies führte zunächst zu einer Öffnung der Klagbefugnis für die Geltendmachung von Verfahrensfehlern.⁹⁶ Für die Sachprüfung hat die prozedurale Aufladung subjektiver Rechte letztlich jedoch wenig Greifbares gebracht. Das BVerwG hat den Ansatz des BVerfG nämlich in spezifischer Weise verkürzt. Seine Formel, dass der Verfahrensbeteiligung eine dem materiellen Recht dienende Funktion zukomme, blendet den Gesichtspunkt aus, dass die Entscheidung materiellrechtlich häufig eben nicht determiniert ist, und unterstellt, dass Beteiligung nur der besseren Auffindung dessen dient, was das materielle Recht ohnehin vorgibt. Zwar könnte die vom BVerwG benutzte Formel, dass eine konkrete Möglichkeit des Durchschlagens des Verfahrensfehlers auf das Ergebnis bestehen muss⁹⁷, auch im Rahmen des Ansatzes des BVerfG verwendet werden. Doch praktiziert das BVerwG die Formel so, als fordere sie den Nachweis, dass ohne den Verfahrensfehler mit Sicherheit eine andere Entscheidung ergangen wäre. Manchmal spricht das BVerwG auch unmittelbar von einem Kausalitätserfordernis⁹⁸ oder davon, dass die Entscheidung nicht allein wegen Verfahrensfehlern aufzuheben sei, »wenn in der Sache den Anforderungen des Gesetzes entsprochen ist.«⁹⁹ Den Anforderungen des Gesetzes wird aber rechtlich bei Beurteilungsspielräumen und Ermessen und faktisch auch bei besonders offenen unbestimmten Rechtsbegriffen bereits dann genügt, wenn eine von mehreren möglichen Ergebnisvarianten ausgewählt worden ist. Bei Zugrundelegung der Rechtsprechung des BVerwG geraten Verfahrensfehler deshalb in eine Schere der Irrelevanz: Sie sind irrelevant entweder deshalb, weil es nach den Umständen tatsächlich keine konkrete Möglichkeit einer anderweitigen Entscheidung gab, oder deshalb, weil, trotz Bestehens einer solchen Möglichkeit, die gerichtliche Sachprüfung im Ergebnis zu einer Bestätigung oder Aufhebung der Verwaltungsentscheidung aus *materiellen* Gründen führte.¹⁰⁰ Dass rechtlich auch andere Entscheidungen tragbar gewesen wären, zählt dann nicht mehr.

95 BVerwGE 62, 243, 246; 64, 325, 331; 98, 39, 359 ff. Dabei hat es sich allerdings nur selten (wie in BVerwGE 61, 265, 275) auf den Mülheim-Kärlich-Beschluss bezogen, sondern seine Rechtsprechung als Kontinuität prästiert. Eine genauere Analyse, die hier nicht geleistet werden kann, würde aber eine gewisse Umorientierung belegen können.

96 S. z. B. BVerwGE 88, 286, 288.

97 BVerwGE 61, 265, 275; 75, 285, 291.

98 BVerwGE 98, 339, 362.

99 BVerwGE 96, 239, 245.

100 Die rechtsdogmatische Chance, die Aufhebungsmöglichkeit nach § 113 Abs. 3 VwGO auf die Feststellung von Verfahrensfehlern zu stützen, wurde nicht ergriffen.

Wenn diese Analyse zutrifft, steht nicht nur die Verfassungsmäßigkeit der Verfahrensfehlerrechtsprechung in Frage¹⁰¹, sondern auch die Vereinbarkeit mit dem EG-Recht, soweit dieses für die entsprechenden Verwaltungszweige Beteiligungsvorschriften enthält. Wenn Verfahrensfehler hinsichtlich der Beteiligungsvorschriften etwa der UVP-Richtlinie und der IVU-Richtlinie nie unabhängig von der materiellen Beurteilung durchschlagen können, wird das gemeinschaftsrechtliche Effektivitätsgebot verletzt.¹⁰² Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich das Gemeinschaftsrecht auch aus solchen Rechtsordnungen speist, die stärker prozedural orientiert sind und Verfahrensfehler ernster nehmen.

3. Neben der Individualklage – und im Grunde besser als sie – ist die *Klage von Kollektiven* geeignet, Gefährdungen der natürlichen Ressourcen als ganzheitliches Problem einzubringen.

Im Vordergrund steht hier die Verbandsklage. Sie wird von der Rechtsprechung, wie geschildert, nur als positivierungsbedürftige Ausnahme von dem Erfordernis subjektiver Rechtsverletzung angesehen. Der Gesetzgeber muss sie also einführen, und er tut sich in Zeiten der Investitionserleichterung schwer damit. Über das Naturschutzrecht ist er nicht hinausgekommen. Insbesondere fehlt die Verbandsklage dort, wo die Risiken einen eher langfristigen und diffusen Charakter aufweisen und sich somit von individuellen Betroffenheiten entfernen, wie im immissionsrechtlichen Vorsorgebereich und im Bereich von Risiken durch Chemikalien und durch gentechnisch modifizierte Organismen.

Es empfiehlt sich m. E., die Frage der Verbandsklage im Anschluss an insofern großzügigere ausländische Modelle auch aus gerichtlicher Perspektive neu zu durchdenken. Spätestens aber im Zuge der anstehenden europäischen und nationalen Ausführung von Art. 9 des Aarhus-Abkommens vom 25. 6. 1998 werden neue Konzepte der Verbandsklage verwirklicht werden müssen. Die deutsche Einordnung der Verbände als Verwaltungshelfer wird dabei wohl verabschiedet werden müssen, denn der Konvention liegt die Vorstellung der Verbände als Repräsentanten gebündelter gesellschaftlicher Interessen bzw. als Treuhänder der Interessen an der Umwelt zu Grunde. Die Kommission hat den Entwurf einer Richtlinie zur Umsetzung der Aarhus-Konvention vorgelegt, die in die UVP-Richtlinie 85/337 und die IVU-Richtlinie 96/61 eine Be-

101 Das BVerfG geht in seinem Beschluss auf eine Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidung BVerwGE 75, 285 ff. zwar ebenfalls von einer »Erheblichkeit für die Sachentscheidung« aus, fordert implizit aber eine genaue Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse, nimmt also den Maßstab der »konkreten Möglichkeit« ernst. S. BVerfG, Beschluss vom 22. 3. 2000, 1 BvR 1370/93. Zur Verfassungsmäßigkeit ausführlich A. Fisahn, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, Tübingen 2002, S. 340 ff.

102 Vgl. z. B. EuGH, Urteil vom 19. 11. 1991, Rs C-6/90 u. C-9/90 (Francovich), Slg. 1991, 5357 (Rn. 43); das BVerwG verneint eine solche Verletzung, s. E 98, 339, 362.

stimmung einfügt, nach der die betroffene Öffentlichkeit Zugang zu Rechtsschutz durch ein Gericht oder ein anderes unabhängiges und unparteiliches Organ haben soll. Dabei sind als Öffentlichkeit auch Verbände anzusehen. Als betroffen gelten sie, wenn das Interesse an dem fraglichen Verwaltungsakt ihrem satzungsmäßigen Umweltschutzziel entspricht.¹⁰³

Ein weiteres Vehikel wäre eine Neukonzeption der Gemeinden als Trägerin und Verteidigerin der lokalen Kollektivinteressen der Einwohner. Insoweit verweise ich auf das oben Gesagte. Gerade in einem neuen Rechtsgebiet wie dem Gentechnikrecht, in dem die Risiken noch weitgehend unbekannt sind und sich jedenfalls schwer konkret-individuell fassen lassen, ist eine Aussage wie die folgende jüngst noch vom OVG Berlin getroffene wenig produktiv: »Der Umstand, dass juristische Personen des öffentlichen Rechts öffentliche Aufgaben im Interesse der Allgemeinheit wahrnehmen, macht sie auch nicht zu grundrechtlich geschützten ›Sachwaltern‹ der einzelnen Bürger bei der Wahrung ihrer Grundrechte.« Man muss die Gemeinden nicht auf einen Grundrechtsstatus stellen, um ihnen dennoch eine Sachwalterschaft »von unten« als einfachgesetzliche Angelegenheit zuzumessen.

4. Wenig erfolgsträchtig unter dem Gesichtspunkt der Berücksichtigung der Umwelt sind bisher die *Leistungsklagen* gewesen, sei es als Verpflichtungsklagen oder als allgemeine Leistungsklagen oder auch als Leistungsbegehren in der Verkleidung einer Feststellungsklage. Solche Klagen scheitern meist an dem von den Gerichten gern sogleich ins Feld geführten Entscheidungsspielraum der planenden oder verordnungsgebenden Verwaltung, der meist schon dann als erfüllt angesehen wird, wenn die Verwaltung irgendwie tätig geworden ist. Hier fehlt es noch an rechtsdogmatischen Differenzierungen, die materiell Wesensgehalte und prozedural Untersuchungs-, Prüfungs- und Begründungspflichten umschreiben.

Ein Beispiel ist die Beweislastverteilung, die das BVerwG bei Leistungsklagen wie selbstverständlich dem Kläger auferlegt hat, weil die Behörde, die er ja antreiben will, für Eingriffe gegenüber dem Betreiber die Beweislast trage.¹⁰⁴ Es kann aber nicht einfach auf die prozessuale Konstellation ankommen, vielmehr verteilt sich die Beweislast nach dem materiellen Recht, das bei Unbestimmtheit grundrechtskonform auszulegen ist. Für Konstellationen mit Drittbetroffenheit sind aber immer auch die Grundrechte der Dritten im Spiel. Der schutzverpflichtete Staat trägt deshalb die Beweislast dafür, dass der Schutz ausreicht, nicht der Dritte dafür, dass er nicht ausreicht.

103 S. Art. 2 (1) und (5) sowie Art. 3 (1) (b) und (4) des Vorschlags für eine RL des EP und des Rates zur Öffentlichkeitsbeteiligung hinsichtlich bestimmter Pläne und Programme mit Umweltbezug sowie zur Änderung der RL 85/337/EWG und 96/61/EG, Kom(2000) 839, teils geändert durch Kommissionsbeschluss ABl. 75 E/370 vom 26. 3. 2002.

104 BVerwGE 104, 36, 43 f.

5. Unerschlossen für die Gewährleistung einer umfassenden Sicht auf den Umweltschutz ist weiterhin die *Beiladung* von Umweltverbänden in Verfahren von Ressourcennutzern. Der Beigeladene könnte in Richtung auf eine ganzheitliche Sicht Tatsachen und rechtliche Argumente einbringen. Hierfür müsste aber ein rechtliches Interesse am Streitgegenstand bestehen. Nach der herrschenden Konstruktion der Verbände käme hierfür allein das institutionelle Eigeninteresse des Verbandes in Betracht. Das Interesse an dem Zweck, zu dessen Verfolgung der Verband gegründet worden ist, gilt dagegen nicht als sein rechtliches Interesse. Dementsprechend wird bereits die Zulässigkeit einfacher Beiladung abgelehnt.¹⁰⁵ Würde man die Verbände dagegen als Repräsentanten oder Treuhänder eines Kollektivinteresses verstehen, wäre der Weg zur Beiladung geebnet, weil sie mit den Umweltschutzinteressen dann eigene Interessen verträten.

6. Zunächst ist festzustellen, dass die *Grundrechte-Rechtsprechung* für ganzheitlichen Umweltschutz offen ist, soweit es um die Befugnis des Gesetzgebers zur Inhaltsbestimmung von Eigentumsrechten geht.¹⁰⁶ Insbesondere hat das BVerwG im anlagenbezogenen Umweltrecht den Bestandsschutz stark eingeschränkt.¹⁰⁷ Zu den legitimen Zielsetzungen der Inhaltsbestimmung gehören auch komplexe und wissenschaftlich noch ungesicherte Anliegen wie der Klimaschutz. Auch Kumulationswirkungen einzelner Nutzer können Eingriffe rechtfertigen, wenn dem ein Konzept zu Grunde liegt, das die willkürliche Belastung Einzelner vermeidet.¹⁰⁸

Die grundrechtliche Position Dritter ist dagegen noch ungeklärt. Die Auffassung, dass umweltrechtliche Genehmigungstatbestände Drittbetroffenen gegenüber einen staatlichen Eingriff darstellen, indem sie ihnen eine entsprechende Duldung auferlegen¹⁰⁹, hat sich nicht durchgesetzt. Der »Eingriff« soll in der Aktivität des Betreibers liegen. Gegenüber solchen »horizontalen« Belastungen gibt es nur staatliche Schutzpflichten, die zwar auch subjektiviert sind, also von Dritten eingeklagt werden können, dies jedoch nur im Hinblick auf die konkrete individuelle Belastung und mit der Beschränkung, dass dem Staat ein weiter Ermessensspielraum zusteht. Gleich, ob nun in abwehrrechtlicher oder schutzbeanspruchender Einrahmung, fragt es sich, wie eng die indi-

105 F. Kopp, R. Schenke, VwGO, 11. Aufl. 1998, § 65 Rn. 12.

106 S. BVerfGE 58, 300 ff., auch als Beispiel einer ganzheitlichen Sicht auf den Wasserhaushalt (a.a.O., S. 338 ff.).

107 Zusammenfassend H. Sandler, Vom Nutzen und Nachteil des Bundesverwaltungsgerichts für den Umweltschutz in K.-P. Dolde (Hrsg.), Umweltschutz im Wandel, Berlin 2001, S. 957 ff., 981 ff.

108 Vgl. oben zu II. 2.

109 D. Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, Berlin 1985, S. 89 ff.

viduelle Stellung des ressourcenschützenden Grundrechtsträgers mit einer ganzheitlichen Betrachtungsweise verbunden werden kann.

Beispielhaft für diese Fragestellung stehen die Grundrechte der schon von Berufs wegen nachhaltigen Umweltnutzer, d. h. derjenigen, die es in der täglichen Nutzung spüren, wenn nicht nachhaltig gewirtschaftet wird. Gemeint sind kleinere Unternehmen der Primärproduktion. Ein Biobauer, der sich gegen Einwirkungen gentechnisch modifizierter Pflanzen wehrt, macht zugleich geltend, dass eine bestimmte angepasste Wirtschaftsweise durch eine neue Technologie überrollt wird. Ein Fischer, der sich gegen die Kanalisierung »seines« Flusses wendet, repräsentiert zugleich das ganzheitliche Interesse des von ihm genutzten Ökosystems. Trotzdem wird sein Eigentum am eigenen Gewerbebetrieb wie jedes andere Eigentum als sein subjektives Individualinteresse angesehen, das der gesetzgeberischen Inhaltsbestimmung offensteht. Er hat also »kein Recht auf Aufrechterhaltung der natürlichen Verhältnisse«. Verletzt ist sein Eigentum erst, wenn »die Fischerei ganz oder zum Teil aufgehoben wird«. ¹¹⁰ Nur wenn sich aus dem Verwaltungshandeln eine enteignungsrechtliche Vorwirkung ergibt wie bei der Planfeststellung, kann der Betroffene die Einhaltung des vollen Umweltschutzprogramms überprüfen lassen. ¹¹¹

Diese begrenzte Erweiterung von gerichtlichen Kontrollbefugnissen wird damit gerechtfertigt, dass Enteignungen nur zum Wohl der Allgemeinheit zulässig seien und eine Maßnahme nicht dem Gemeinwohl diene, wenn sie die einschlägigen Vorschriften einschließlich der nicht unmittelbar einschlägigen Umweltvorschriften wie des Naturschutzrechts nicht einhalte. So überzeugend das ist, so wenig plausibel erscheint es, dass der Verweis auf die Enteignungsvoraussetzungen der allein mögliche Grund für eine »Rundumprüfung« sein soll. Denn auch diejenigen, die durch eine staatliche Maßnahme unterhalb des Niveaus einer Enteignung betroffen sind, also der durch Flusskanalisierung betroffene Fischer oder die durch KfZ-Immissionen betroffene Straßenanliegerin, erleiden (jedenfalls bei Vorhaben der öffentlichen Hand) Eingriffe in ihre Grundrechte (auf Eigentum, körperliche Unversehrtheit, freie Berufsausübung etc.). Auch solche Eingriffe müssen durch öffentliche Interessen legitimiert sein. Sie können zwar weniger gravierend sein als die enteignungslegitimierenden Interessen, sind trotzdem aber jedenfalls dann entwertet, wenn sie die sonstigen Vorschriften (einschließlich des evtl. nicht unmittelbar einschlägigen Naturschutzrechts) verletzen.

7. *Untergesetzliche Normen* – Verordnungen und Verwaltungsvorschriften – sind ein wichtiges Scharnier zwischen der Umwelt als Ganzer und den einzelnen, sie nutzenden Aktivitäten. Während ganzheitliche Betrachtungen bei der einzelnen Anlage oder dem einzelnen Produkt schwierig sind, weil der Einzel-

110 BVerwGE 102, 74, 77 f.

111 BVerwGE 67, 74, 76.

beitragen sich rasch im komplexen Verursachungsgefüge verliert, haben untergesetzliche Standards den Vorteil, dass sie oberhalb der einzelnen belastenden Aktivitäten angesiedelt sind. Sie können das, was für das Ganze tolerabel ist, auf die einzelnen belastenden Handlungen aufteilen, oder, umgekehrt gesehen, die Summe der einzelnen Aktivitäten erfassen und im Hinblick auf das Ganze bewerten und regulieren.

Für Klagen gegen Verordnungen oder gar Verwaltungsvorschriften, die Grenzwerte oder technische Regeln festlegen, ist der verwaltungsrechtliche Klagenkatalog jedoch kaum gerüstet. Die Feststellungsklage, die hierfür hin und wieder eingesetzt wird¹¹², ist kein zureichendes Instrument. Besonders wichtig wären Leistungsklagen, weil sich die Exekutive der schwierigen Arbeit der Standardsetzung nur zu häufig entzieht. Dass Großzügigkeit bei der Klagbefugnis möglich ist, zeigt die Rechtsprechung zu § 47 VwGO, der jedoch Leistungsklagen nicht ermöglicht und Verwaltungsvorschriften schon gar nicht im Visier hat. Besser wäre es, wenn unter Rückgriff auf US-amerikanische Vorbilder ein Neuansatz versucht und durch Gesetz eine Querschnittsregelung für Verfahren der Standardsetzung geschaffen würde¹¹³, die auch Rechtsschutzmöglichkeiten eröffnet.

8. Die *UVP-Richtlinie* hat eine ganzheitliche Betrachtung der Umwelt postuliert, indem sie nicht nur unmittelbare, sondern auch mittelbare Auswirkungen von Vorhaben einbezieht und die Schutzgüter in ihren Wechselwirkungen erfasst. Dieser Anspruch ist allerdings wegen seines Bezugs auf einzelne Vorhaben schwer einzulösen, weil sich deren Verursachungsprozesse, wie oben erwähnt, schnell in Unkenntlichkeit auflösen. Es bedarf also noch rechtsdogmatischer Präzisierung, wie in Abwesenheit von untergesetzlichen Standards Anschlüsse zwischen der einzelnen Aktivität und der Umwelt als Ganzer gefunden werden können. Die Rechtsprechung hat den Weg dahin dadurch verbaut, dass sie die UVP als reines Verfahrenserfordernis einstuft¹¹⁴ und deshalb selten zu Ausführungen über den gebotenen Inhalt einer UVP kommt.

Die *IVU-Richtlinie* verfolgt mit der Formel »Umwelt insgesamt« dagegen einen deutlich materiellrechtlichen Ansatz. Im Hinblick auf den ganzheitlichen Anspruch stimmt er mit dem Ansatz der *UVP-Richtlinie* ungefähr überein.¹¹⁵ Auch hier ist noch rechtsdogmatische Differenzierung erforderlich, insbesondere im Hinblick auf Scharniere zwischen der einzelnen Anlage und der Umwelt als Ganzer.¹¹⁶ Ein hohes Schutzniveau für die »Umwelt insgesamt« ist des

112 Vgl. oben zu II 6.

113 S. den Vorschlag der UGB-Kommission, §§ 11 ff. UBG-KomE.

114 S. oben zu II. 2.

115 So auch D. Sellner, Der integrative Ansatz im Bundes-Immissionsschutzgesetz in K.-P. Dolde (Hrsg.) Umweltschutz im Wandel, Berlin 2001, S. 401 ff., 405.

116 Eine integrative Betrachtung der verschiedenen Emissionen der Anlage selbst zum Zwecke der Vermeidung von Problemverschiebungen ist dagegen besser vorstellbar und wird deshalb auch häufiger erwähnt, ja manchmal geradezu mit dem integri-

weiteren gerade auch Maßstab der Standardsetzung¹¹⁷ und könnte sich hier besonders fruchtbar auswirken. Es bleibt abzuwarten, ob die Standardisierungspraxis diese Vorgaben nutzt, und ob die Rechtsprechung die Ergebnisse akzeptiert und u. U. auch Leistungsklagen Dritter für zulässig und begründet erkennt.

9. Unterentwickelt ist in der Rechtsprechung schließlich ein Gesichtspunkt, der als *ökologische Verhältnismäßigkeit* bezeichnet werden könnte.¹¹⁸ Gemeint ist die aus einer ganzheitlichen Betrachtung des Mensch-Umwelt-Verhältnisses begründbare Notwendigkeit der Selbstbegrenzung des Menschen in der Biosphäre.

Selbstbegrenzung scheint hier und da im Recht auf, so als Erfordernis der Planrechtfertigung und Alternativenprüfung im Fachplanungsrecht, als Gebot der Orientierung am Stand der Umweltschutztechnik im Immissionsrecht, als Eingriffsregelung mit der Abwägung von Nutzungszwecken und Eingriffsfolgen im Naturschutzrecht, als Zweckprüfung bei der gentechnischen und pflanzenschutzrechtlichen Risikobewertung, als Substitutionsprüfung im Chemikalienrecht, ganz allgemein schließlich auch im Konzept der nachhaltigen Wirtschaft.

Aber Rechtsprechung und Rechtswissenschaft haben noch keine schlüssige, die Querverbindungen ins Auge fassende Dogmatik entwickelt. Allenthalben scheint wieder der konkret-individuelle Bezug durch. Planrechtfertigung wird gefordert nur unter dem Gesichtspunkt der potenziellen Enteignung von Individuen, nicht auch deshalb, weil das Vorhaben Natur zerstört; Alternativen werden auf Ziele bezogen, die der Planungsträger beliebig eng begrenzen kann; der Stand der Technik wird durch Kostengesichtspunkte und den Appell »keine Vorsorge ins Blaue hinein« relativiert (obwohl er der deutschen Industrie lange Zeit einen technischen Vorsprung gesichert hat); die Eingriffsregelung wird wie geschildert durch das Bau- und Fachplanungsrecht abgeschwächt; chemikalienrechtliche Marktbeschränkungen setzen im Grunde Gefahrensituationen voraus.

IV.

Betrachtet man die hier entwickelten Vorschläge noch einmal grundsätzlicher, so könnte eingewandt werden, es werde dafür plädiert, dass die Gerichte

ven Ansatz in Eins gesetzt. Dieser reicht aber über die integrierte Anlage hinaus und erstreckt sich auf die integrierte Umwelt.

117 § 7 Abs. 1 Satz 2 und § 48 Satz 2 BImSchG.

118 S. zum Folgenden G. Winter, Brauchen wir das? KJ 1992, 389 ff.; Alternativenprüfung in der administrativen Entscheidungsbildung, Baden-Baden (früher Düsseldorf) 1997, S. 65 ff.; ders., Umwelt-Ressource-Biosphäre. Ansichten der Natur im Recht, Gaia 3/2000, S. 196 ff.

Funktionen der Politik und Gesetzgebung wahrnehmen sollen. Damit werde aber gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung verstoßen.

Darauf ist zunächst zu antworten, dass ganzheitliche Betrachtungen für die Gerichte in der Tat nur reklamiert werden können, wenn sie im Gesetz selbst gefordert oder den Behörden ermöglicht werden und wenn eine gewisse individuelle Beziehung des Klägers zu dem Schutzgut besteht. Es bleibt also bei gerichtlicher Kontrolle der Verwaltung am Maßstab des Gesetzes und in Bezug auf den Schutz individueller Rechte.

Im Streit ist lediglich, ob Gerichte in diesem Rahmen nur konkret-individuell Rechtsschutz gewähren sollen, mit der Folge, dass das Kollektivgut Umwelt nur an seiner Peripherie wahrgenommen wird. Befürwortet man dies, lässt man sich jedoch ein besonderes Problemlösungspotenzial der Gerichtsbarkeit entgehen. Im Vergleich zu den anderen Gewalten steht mit den Gerichten ein Forum zur Verfügung, das weitgehend unabhängig ist von politischen Strömungen und lokalem Problemdruck, deshalb auf Argumente hören kann und Zeit hat, sich Lösungen gründlich zu überlegen. Dieses besondere Forum sollte sich nicht verleugnen, sondern zur Verfügung halten, wenn es um die langfristige Sicherung der Lebensbedingungen des Menschen geht. Das schließt nicht aus, dass die Gerichte weiterhin am individuellen Rechtsschutz ansetzen. Nur sollte das, was als individuelles Recht verstanden wird, die Vernetzung mit den anderen Menschen und der komplexen Biosphäre widerspiegeln. Das »Individuum« ist eben ungeteilt nicht nur in sich selbst, sondern auch im Verhältnis zur Natur insgesamt.