

Umweltverfassungsrecht im deutsch-japanischen Vergleich

**Herausgegeben von Rainer Wahl,
emeritierter Professor an der Universität Freiburg**

Umweltverfassungsrecht im deutsch–japanischen Vergleich: Zwei deutsch-japanische Symposien Tokyo 1998 und Freiburg 2000

Im Rahmen einer längerfristigen Zusammenarbeit fanden 1998 in Tokyo und 2000 in Freiburg zwei Symposien zur Verfassungsvergleichung statt. Beide behandelten zwei Themen, nämlich einmal

- Verfassungsprobleme der Biomedizin und zum anderen
- das Umweltverfassungsrecht.

So fruchtbar es bei den Symposien war, zwei unterschiedliche Problembereiche zu diskutieren – für die Publikation ist es naheliegender, die beiden Themen zu trennen. Der vorliegende Band enthält die Vorträge zum Thema Umweltverfassungsrecht, der andere die Referate zum Thema Verfassungsrecht der Biomedizin. Einige Vorträge, vor allem die grundsätzlichen Eingangsreferate mit übergreifenden Themen, sind in beiden Bänden abgedruckt.

Die Referate zum anderen Thema „Verfassungsrecht der Humangenetik im deutsch-japanischen Vergleich“ sind unter der Adresse <http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/5029> erhältlich, das Inhaltsverzeichnis ist am Ende dieses Bandes (S. 300) abgedruckt.

Verwiesen sei auf die Fortsetzung der Symposien mit zwei Tagungen in Tokyo 2004 und in Freiburg 2005, die dem gemeinsamen Thema „Verfassungsänderung, Verfassungsentwicklung und Verfassungswandel“ gewidmet waren. Der Tagungsband für beide Symposien erscheint 2008 beim Verlag Duncker & Humblot, Berlin unter dem Titel *Rainer Wahl* (Hrsg.): Verfassungsänderung, Verfassungsentwicklung, Verfassungswandel.

Prof. Dr. Rainer Wahl, Freiburg

Vorwort von Prof. Dr. h. c. Hisao Kuriki , Tokyo

Ich begrüße mit aufrichtiger Dankbarkeit alle Anwesenden, besonders die deutschen Teilnehmer an diesem ersten Symposium des japanisch-deutschen gemeinsamen Forschungsprojekts.

Unsere Forschungsgesellschaft für deutsches Verfassungsrechts, die 1992 gegründet wurde, hat sich einerseits in deren regelmäßigen monatlichen Sitzungen mit den neuesten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts beschäftigt, hat andererseits den Verkehr mit den deutschen Staatsrechtslehrern bezweckt und in deren Sondersitzungen die Vorträge der von uns eingeladenen deutschen Kollegen angehört und mit ihnen diskutiert.

Vor zwei Jahren haben wir beabsichtigt, unseren Austausch weiter auszubauen und zu diesem Zweck das japanisch-deutsche gemeinsame Forschungsprojekt zu organisieren, und wir haben dazu als Partner der Zusammenarbeit Herrn Professor Rainer Wahl gewählt. Herr Professor Wahl hat bereitwillig die Rolle des Partners und konsequenterweise die Rolle des Chefs der zu organisierenden deutschen Gruppen übernommen und sehr aktiv Vorschläge zur Gestaltung des Inhalts des gemeinsamen Forschungsprojekts gemacht. Auch unsere Gesellschaft hat eigene Gedanken zur Inhaltsgestaltung des Projekts entwickelt.

Auf solche Weise entstand zwischen unserer Gesellschaft und Herrn Professor Wahl eine Vereinbarung über die Durchführung des langfristigen und systematischen gemeinsamen Forschungsprojekts und wir haben dabei vereinbart, im Rahmen des gemeinsamen Forschungsprojekts wenigstens zweimal, und zwar in Japan und Deutschland, das Symposium abzuhalten. Als das Gesamtthema wurde „Menschen, Technologie und Umwelt“ gewählt und dabei wurde darauf gezielt, die für die gegenwärtige Gesellschaft aktuellsten Probleme aus der Tiefe der Rechts- und Verfassungsidee der Menschenwürde zu ergründen.

Bei unserem Forschungsprojekt verfolgen wir nicht nur das Ziel, durch den Austausch von Informationen über die theoretische und praktische Situation des jeweils eigenen Landes und durch die gegenseitige Anregung gemeinsam zur Lösung des gestellten Problems beizutragen, sondern auch das Ziel, aus der rechtsvergleichenden Perspektive die Verschiedenheit der japanischen und der

deutschen Behandlungs- und Lösungsweise des Problems zu erkennen und ihren Grund zu erklären.

Daß auf der deutschen Seite acht Teilnehmer mit je eigenen Referate nach Japan gekommen sind, daß auch auf der japanischen Seite nicht nur die Mitglieder unserer Gesellschaft, sondern auch die Nichtmitglieder bereitwillig Referate übernommen haben, dafür danke ich verbindlichst.

Ich hoffe und erwarte, daß das erste Symposium in Tokyo einigermaßen zu der Lösung des gestellten Problems beitragen kann und Anstoß zur weiteren Entwicklung der Zusammenarbeit von japanischen und deutschen Staatsrechtslehrern werden kann.

Der Vorsitzende der Forschungsgesellschaft für deutsches Verfassungsrecht

Hisao Kurik

Inhaltsverzeichnis

Rainer WAHL, Vorwort des Herausgebers	2
Hisao KURIKI, Vorwort des Vorsitzenden der Forschungsgesellschaft für deutsches Verfassungsrecht	3
Inhaltsverzeichnis	5
I. Übergreifende Themen der Rechts- und Verfassungsvergleichung	8
Rainer WAHL, Verfassungsvergleichung zwischen Japan und Deutschland	9
Hiroshi SHIONO, Die wissenschaftlich- technische Entwicklung und das Recht	38
Koichi AOYAGI, Japanische Verfassungsrechtslehre und Verfassungsvergleichung	47
II. Umweltschutz als Gegenstand des Verfassungsrechtes	57
Rudolf STEINBERG, Der ökologische Verfassungsstaat	58
Aikimichi IWAMA, Der Umweltschutz und die japanische Verfassung vom 3. November 1946	77
Dietrich MURSWIEK, Umweltschutz als Staatsziel	83

III. Umweltrechtspolitik im Vergleich	101
Kazuhiko MATSUMOTO, Die Entwicklung der Umweltrechtspolitik in Japan	102
Dieter H. SCHEUING, Regulierung und Marktfreiheit im Europäischen Umweltrecht	111
IV. Instrumente des Umweltrechts	140
Eckard REHBINDER, Instrumente des Umweltrechts: Ein aktueller Vergleich zwischen Deutschland und Japan	141
Dietrich MURSWIEK, Das sogenannte Kooperationsprinzip – ein Rechtsprinzip im Umweltrecht?	179
Michael KLOEPFER, Selbstregulierung im Entwurf eines Umweltgesetzbuches (UGB-KomE)	190
Andreas VOßKUHLE, Statement: Abwägung und Kompensation im Umweltrecht	201
V. Sektoren des Umweltrechts: Atomrecht	210
Shigeru TAKAHASHI, Kernenergie in Japan – Politik, Recht, Justiz	211
Georg HERMES, Grundrechtsbeschränkungen und (politische Risikobewertung im Atomrecht)	222
Rudolf STEINBERG, Statement: Rechtsfragen des Atomausstiegs	236

VI. Sektoren des Umweltrechts : Abfallrecht	241
Hikaru TAKAGI, Instrumente des japanischen Abfallrechts – Kooperationsprinzip oder Umweltschutz durch Private?	242
Eckhart REHBINDER, Abschied vom Abfallrecht? Zum Standort des Abfallrechts zwischen medienbezogenem Umweltrecht und Stoffrecht	254
Yasutaka ABE, Rechtsänderungen und fortbestehende Probleme im Abfallrecht	268
Friedrich SCHOCH, Statement: Europarechtliche Probleme der Abfallentsorgung	280
Anhang: Inhaltsverzeichnis des Tagungsbandes „Verfassungsrecht der Humangenetik im deutsch-japanischen Vergleich“	300

I. Übergreifende Themen der Rechts- und Verfassungsvergleichung

Verfassungsvergleichung zwischen Japan und Deutschland

Von Professor Dr. Rainer Wahl, Freiburg i. Br.

I. Grundsätzliches: Verfassungsvergleichung tut not

1. *Besondere Herausforderung(en) der Verfassungsvergleichung*

Rechtsvergleichung generell, Verfassungsvergleichung im besonderen und speziell die Verfassungsvergleichung zwischen zwei unterschiedlichen Kulturkreisen können nicht umstandslos ansetzen, sie können nicht einfach die Texte und die Auslegungsergebnisse vergleichen. Die Verfassungsvergleichung übersteigt die „normalen“ Probleme der ursprünglich vor allem privatrechtlich ausgerichteten Rechtsvergleichung dadurch, daß sie nicht wie das Privatrecht ein wichtiges Teilgebiet innerhalb der Gesamtrechtsordnung (also eines Gebiets innerhalb des vorausgesetzten Rahmens der Gesamtrechtsordnung) betrifft, sondern sich um die Vergleichung der Grundlagen der Gesamtrechtsordnung bemüht. Angesichts der überall gegebenen Anerkennung des Verfassungsrechts als oberster Rechtsquelle zielt die Verfassungsvergleichung in ganz anderer und grundsätzlicher Weise auf die Grundlagen einer Rechtsordnung¹. Weil damit zugleich auch die Frage nach dem tragenden Grund dieser Grundlagen gestellt ist, erweitert sich bei der Verfassungsvergleichung der Raum der Analyse und Reflexion. Verfassungsvergleichung ist umfassender und voraussetzungsvoller als die Rechtsvergleichung in einem Sektor der Rechtsordnung.

Es kommt zusätzlich eine Erweiterung der Perspektive hinzu, wenn sich dieser Vergleich unterschiedlichen Kulturen zuwendet. Zwischen Deutschland als Teil des westlichen Kulturkreises und Japan als einer ostasiatischen Kultur bestehen

¹ Zur Bedeutung der Rechtsvergleichung im Öffentlichen Recht unter anderen Aspekte als im Text jüngst *Ch. Starck*, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, JZ 1997, S. 1021 ff., zu den Ansätzen und den vielfältigen Pionier-Arbeiten zur Rechtsvergleichung im Öffentlichen Recht im Rahmen der Gesellschaft für Rechtsvergleichung. Das im Text verfolgte Konzept einer Rechtsvergleichung als Kulturvergleichung geht einen anderen Weg als zumeist dort verfolgt wurde.

hinreichend große Unterschiede im Gesellschaftssystem, der die Gesellschaft prägenden Kultur und dem Verständnis des Staates, so daß damit gerechnet werden muß, daß diese Unterschiede auch das Rechtsdenken und insbesondere das Verfassungsdenken beeinflusst. Wenn man dies berücksichtigt, kann man in der Verfassungsvergleichung nicht einfach Texte vergleichen. Die Verfassungen der modernen Staaten der Gegenwart verbindet nichts mehr als die Verwendung gleicher Grundbegriffe; die Verfassungen der gegenwärtigen Staaten trennt nichts mehr, als die unterschiedliche Bedeutung der gleichen oder ähnlichen Begriffe.

2. Verfassungsvergleichung zwischen Japan und Deutschland

Aus all dem folgt, daß die Verfassungsvergleichung zwischen Japan und Deutschland mehrere Ebenen der Analyse zu unterscheiden und ihre Themen in mehreren Schritten abzuarbeiten hat. Angesichts der Differenziertheit und Komplexität des Problems der Verfassungsvergleichung empfiehlt es sich, die Vergleichung nicht sozusagen abstrakt und bei allgemeinen Prinzipien vorzunehmen, sondern konkrete gesellschaftliche Sachbereiche, also aktuelle gesellschaftliche Herausforderungen als Kristallisationsfelder herauszugreifen und in das Zentrum der Analyse zu stellen.²

(1) Bei unserer Zusammenarbeit zwischen der japanischen Forschungsgesellschaft für deutsches Verfassungsrecht und der deutschen Forschergruppe haben wir die beiden Problemfelder „Biomedizinische Herausforderungen“ und „Umweltschutz“ als Felder der konkreten Analyse ausgewählt. Beide Sachbereiche, haben eine besondere Bedeutung für die Gegenwart und insbesondere auch für die Zukunft, die Sachprobleme sind - und dies ist ein wichtiger Ausgangspunkt - in unseren beiden Ländern letztlich die gleichen. Beide Gesellschaften müssen die durch neue technisch-wissenschaftliche Entwicklungen entstandenen Probleme am Anfang und am Ende des menschlichen Lebens lösen; beide Gesellschaften sind den regionalen und globalen Gefährdungen der Umwelt ausgesetzt.

(2) Die ausgewählten Sachbereiche sollten, was die damit verbundene (verfassungs-)rechtliche Problematik betrifft, mit der Erörterung grundlegender

² Als Maxime der Verfassungsvergleichung kann man deshalb das Vermeiden abstrakter Vergleichung oder das Vermeiden einer Vergleichung „von oben“ her, die bei den normativen Prinzipien ansetzt und normatives Prinzip und rechtliche Institute nacheinander vergleicht, formulieren.

Verfassungsprinzipien verbunden sein. Sowohl im Bereich der Bioethik wie in den Umweltfragen ist die verfassungsrechtliche Relevanz der Sachbereiche hoch. Die Umweltprobleme werfen das Problem auf, ob es in modernen Verfassungen ein ausdrückliches Umweltverfassungsrecht geben soll. Zu klären ist, ob und warum die Umweltproblematik zu einem Verfassungs- und Legitimationsproblem des Staates der Gegenwart geworden ist. Im weiteren geht es um die nähere verfassungstheoretische und -rechtliche Bestimmung der Kategorie des Staatszielbestimmungen. Und grundsätzlich geht es um die Abgrenzung zwischen der Verantwortung des Staates und der Eigensteuerung der Gesellschaft und der einzelnen. Die Biomedizin stellt prinzipielle Herausforderungen an das Verständnis des Menschenwürdekonzepts und der Bedeutung einzelner Grundrechte für die sich neu stellenden Probleme am Anfang und am Ende des Lebens. Auf dem Prüfstand steht die rechtliche Tragfähigkeit sowohl des Menschenwürdekonzepts als auch des Grundrechts auf Leben und Gesundheit sowie des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

(3) Das überwältigende Problem ist das Verhältnis zwischen technisch-wissenschaftlicher Entwicklung und dem Verfassungsrecht, konkreter die Fragen und Probleme der Steuerbarkeit der technisch-wissenschaftlichen Entwicklung durch das Recht und speziell durch das Verfassungsrecht. Da dieses Problembereich eine der Grundfragen moderner entwickelter Gesellschaften betrifft, ist damit zugleich die Frage der Leistungsfähigkeit von Verfassungen in entwickelten Gesellschaften gestellt.

(4) Für eine Verfassungsvergleichung als Kulturvergleichung sollte die zu diskutierende verfassungsrechtliche Problematik eine nahe Verbindung zu kulturellen Grundeinstellungen der jeweiligen Gesellschaft haben. Das Konzept der Menschenwürde und das Verständnis von Natur und Umwelt (im Verhältnis zum Menschen und zu den Personen) betrifft zweimal Grundfragen des kulturellen Verständnisses in westlichen Gesellschaften einerseits in Japan andererseits. Eines der Ziele der Zusammenarbeit ist es, im fortgeschrittenen Stadium der Diskussionen auch zu einem Vergleich im Hinblick auf diese Grundverständnisse vorzudringen.

3. Vier-Ebenen-Modell als Konzept der Verfassungsvergleichung

Für eine differenzierte Verfassungsvergleichung schlage ich eine Unterscheidung der folgenden vier Ebenen vor (ohne daß ich dies hier an dieser Stelle im einzelnen ausführlich theoretisch begründen möchte)

- Ebene: Die Texte und ihre Auslegung.
- Ebene: Der Systemzusammenhang der jeweiligen Verfassung (Zusammenhang zwischen den einzelnen Normen und ihre Verallgemeinerung = Abstraktion auf einer mittleren Ebene der Prinzipien und Institute des Verfassungsrechts)
- Ebene: Das Staats- und Verfassungsverständnis
- Ebene: Rechtsvergleichung als Kulturvergleichung

II. Die erste Ebene : Die Texte und ihre Auslegung

Der erste Teilschritt, der Blick auf die Verfassungstexte in Japan und Deutschland erweist im Hinblick auf die Konzepte der Menschenwürde, der Grundrechte und der Subjektstellung des einzelnen überraschende Ähnlichkeiten in den Formulierungen; beidesmal ist neben der Fortsetzung eigener Traditionen das Vorbild der westeuropäischen - nordamerikanischen Verfassungstraditionen für die Verfassungsgebung nach 1945 vorbildlich gewesen.

Unterschiede zeigen sich dann im Bereich des Umweltverfassungsrechts; hier gibt es inzwischen in Deutschland mit Art. 20 a GG und vergleichbaren Bestimmungen in den Landesverfassungen Staatszielbestimmungen.

Eine entscheidende Ausweitung erfährt die Ebene der Texte, wenn man zum einen neben den Verfassungsbestimmungen grundlegend Gesetzestexte des Umweltrechts und des Rechts der Bioethik einbezieht. Zum anderen ist der Blick auf supranationale und internationale Texte zu erweitern. Im Hinblick auf die Umwelt gibt es Bestimmungen im Primärrecht der EU und im Hinblick auf bioethische Fragen einschlägige Bestimmungen in der Europäischen Menschenrechtskonvention sowie in der spezifischen Konvention: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarats und in einem Entwurf der UNESCO.

Es geht um die expliziten verfassungsrechtlichen Bestimmungen. Es fragt sich, ob sich in der Bioethik und im Umweltschutz in der Verfassung Prinzipien und Normen

finden oder ob sich aus den obersten Verfassungsprinzipien Ableitungen, mittelbare verfassungsrechtliche Ableitungen für die beiden Bereiche ergeben.

Art. 20 a lautet: „Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung“.

In einem früheren Stadium der Diskussion hat man versucht, aus Art. 20 und 28 GG (Sozialstaatsprinzip) Ableitungen für den Umweltschutz zu entwickeln oder aus Art. 2 II GG ein Grundrecht auf Umweltschutz zu erschließen.

Art. 2 II 1 GG lautet: „Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.“

Beide Überlegungen sind mit der Formulierung von Art. 20 a GG vorläufig zu einem Abschluß und zwar zu einem negativen Abschluß gekommen. Im Hinblick auf das Sozialstaatsprinzip herrscht die Auffassung vor, daß Umweltschutz eine Regelungsdimension zwischen den Menschen und der Natur/Umwelt betrifft und nicht die im Sozialstaatsprinzip enthaltene Regelungsdimension Mensch-Mensch (bzw. gesellschaftliche Gruppen versus gesellschaftliche Gruppen). Und im Hinblick auf ein mögliches Grundrecht auf Umweltschutz läßt sich aus der Entstehungsgeschichte des Art. 20 a GG entnehmen, daß dieser Idee eine Absage erteilt worden ist.

Wichtig ist die rechtsvergleichende Dimension; in einer Anlage habe ich wichtige Texte aus den Verfassungen der deutschen Bundesländer, der anderer Staaten, der Europäischen Union und aus internationalen Deklarationen zusammengestellt³. Dabei gibt es sowohl zum Thema Umweltschutz wie zu den biomedizinischen Problemen in einigen Verfassungen recht ausführliche und substantielle Regelungen, die zum Teile eine Dichte erreichen, daß von einer biomedizinischen Teil-Verfassung gesprochen werden kann. Das deutsche Grundgesetz und die japanische Verfassung gehören zu den Verfassungen und Ländern, die sehr zurückhaltend bei der Formulierung verfassungsrechtlicher Ziele und Prinzipien in diesem Bereich sind.

³ Dazu schon *R. Wahl*, Umweltschutz und Verfassungsrecht: Prävention durch staatliche Kontrolle oder durch das Haftungsrecht, *Ritsumeikan Law Review*, 1995, S. 105, 106 ff (Text der Verfassungen von Spanien, Portugal, deutsche Bundesländer).

Zum deutschen Umweltrecht sei noch kurz vermerkt: Es gibt kein einheitliches Umweltgesetzbuch (auch kein generelles Umweltrahmen- oder Umweltstammgesetz), es sind aber Bestrebungen im Gange, ein solches Umweltgesetzbuch zu formulieren. Es gibt einen sog. Professorenentwurf⁴ und jetzt den Entwurf einer Unabhängigen Sachverständigenkommission⁵ für ein solches Umweltgesetzbuch (UGB). Damit kann eine Zwischenbilanz gezogen werden, daß auf der Ebene von Entwürfen insbesondere auf der Ebene der wissenschaftlichen Diskussion ausgearbeitete und umfassende Vorschläge für ein einheitliches Umweltgesetzbuch vorliegen. Diese Entwürfe präsentieren in einem gewissen Sinne das derzeit geltende Umweltrecht, weil es das Bestreben der beiden Entwürfe ist, das vorhandene Umweltrecht zu harmonisieren und zu systematisieren und nur eine behutsame Fortentwicklung vorzuschlagen. Für jeden, der sich mit dem deutschen Umweltrecht beschäftigt und zunächst wegen des großen Umfangs und der Zersplittertheit Schwierigkeiten haben mag, ist zu empfehlen, die Entwürfe für das UGB als Stand des deutschen Umweltrechts zu nehmen, die Entwürfe des UGB als Repräsentanten des deutschen Umweltrechts zu nehmen.

Wichtig für das deutsche Umweltrecht ist, daß es nur noch zusammen mit dem europäischen Umweltrecht gesehen werden kann. Der Überblick über das europäische Umweltrecht ist noch schwieriger als über das deutsche. Es gibt auf der Ebene des Vertragsrechts, des primären Rechts, einige interessante und deutliche Regelungen der Prinzipien (Art. 130 r-t EGV): das sekundäre Recht, das Richtlinien- und Verordnungsrecht ist sehr zersplittert und auf der Ebene der EG auch häufig nicht in sich abgestimmt. Interessant sind einige grundlegende Richtlinien, die einen eigenen Systemansatz des europäischen Umweltrechts erkennen lassen. Dies ist zum einen die Richtlinie über die Umweltverträglichkeitsprüfung und das daraus abgeleitete deutsche UVPG und jetzt die Richtlinie über die Vermeidung und Verminderung von Umweltverschmutzung (IVU), deren Umsetzung derzeit ansteht⁶.

⁴ *Kloepfer/Rehbinder/Schmidt-Aßmann/Kunig*, Umweltgesetzbuch – Allgemeiner Teil, 1990 (sog. Professoren – Entwurf).

⁵ Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Hrsg.), Umweltgesetzbuch (UGB-KomE), Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch, 1998 (Vorsitzender: Professor *Sendler*, stellvertretender Vorsitzender: Professor *Kloepfer*).

⁶ Diese Umsetzung soll im Zusammenhang mit dem Erlaß eines Umweltgesetzbuchs Teil I geschehen.

Weil das deutsche Verfassungsrecht - anders als etwa die Schweiz oder Portugal - keine bioethischen Prinzipien regelt und die Staatsaufgaben und die Staatsverantwortung in diesem Bereich nicht ausdrücklich regelt, müssen auf der Ebene der Verfassung alle Probleme in Art 1 I und 2 II GG verankert werden⁷; deshalb herrscht in der Interpretation die Perspektive der Ableitung, vor allem der Ableitung aus Art 1 I. Dies ist mit der beträchtlichen Gefahr der Überanstrengung des Art 1 I GG verbunden⁸. Evident dürfte sein, daß nicht alles, was in anderen Verfassungen speziell und differenziert geregelt ist, wie etwa in der Schweiz, im GG im Wege der „bloßen“ Verfassungsinterpretation aus dem einen Menschenwürde-Satz abgeleitet werden kann. Aus dem einfachen Gesetzesrecht ist vor allem das Embryonenschutzgesetz wichtig: dort sind (im internationalen Vergleich einmalig) viele Verbote enthalten und vor allem, was das wichtigste ist, dort findet sich - einmalig für die deutsche Rechtsordnung - absolute Verbote, also Verbote, die nicht durch Ausnahmen abgemildert sind⁹.

Hingewiesen sei auch noch auf supranationale - internationale Deklarationen, zum einen auf das „Menschenrechtsübereinkommen über Biomedizin „ des Europarats¹⁰ und den „Vorläufigen Entwurf“ einer „Allgemeinen Erklärung zum Menschlichen Genom und zu den Menschenrechten“ im Rahmen der UNESCO. In diesem vorläufigen Entwurf heißt es:

Art. 1:

⁷ Wenn man der Prämisse folgt, daß diese Probleme auf der Ebene der Verfassung formuliert und gelöst werden können- eine Prämisse, die im deutschen Staatsrecht meist unbefragt unterstellt wird, die aber natürlich zunächst und zuallererst diskussionsbedürftig ist. Zu den damit zusammenhängenden Fragen das Referat von *H. Dreier*.

⁸ Die umfangreiche ältere Diskussion zu Art. 1 I GG ist in jüngster Zeit durch die große Arbeit von *Ch. Enders*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997, durch die ebenfalls grundsätzliche Kommentierung von *H. Dreier*, in: ders, GG-Kommentar, sowie durch die Berliner Antrittsvorlesung von *H. Hofmann*, Die versprochene Menschenwürde, AöR Bd. 118, 1993, S. 353 ff (jeweils mit umfangreichen Literaturnachweisen) kräftig neubelebt worden; dazu näher *H. Dreier* und *H. Hofmann*, Referate auf dieser Tagung.

⁹ Angesichts der vielen Konflikte, die es zwischen verschiedenen Zielen gibt, kommt die deutsche Rechtsordnung regelmäßig nicht zu absoluten Vorrangentscheidungen oder absoluten Verboten, sondern in der Regel zu Abwägungsentscheidungen, bei denen ein Grundsatz formuliert, aber Ausnahmen nach Abwägung vorgesehen sind. Das Embryonenschutzgesetz ist die einzige Ausnahme davon. Es ist auch weltweit ein Unikat.

¹⁰ Auf der Ebene des Europarat gibt es das: Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde in Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin: Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin; angenommen vom Ministerkomitee am 19. November 1996. Im Rahmen der UNESCO gibt es einen „Vorläufigen Entwurf“ einer „Allgemeinen Erklärung zum Menschlichen Genom und zu den Menschenrechten“.

Das menschliche Genom ist grundlegender Bestandteil des gemeinsamen Erbes der Menschheit.

Art. 2:

Das Genom des / der Einzelnen stellt seine / ihre genetische Identität dar.

Die Persönlichkeit des / der Einzelnen läßt sich nicht allein auf seine / ihre genetischen Eigenschaften reduzieren.

Unabhängig von ihren genetischen Eigenschaften haben alle Menschen das Recht auf die Achtung ihrer Würde und Rechte.

Auf der ersten Ebene der (Verfassungs-)Vergleichung interessieren natürlich nicht nur die - unterschiedlichen oder übereinstimmenden - Texte, sondern viel wichtiger sind die Auslegungsergebnisse durch die jeweilige Staatsrechtswissenschaft und Gerichtspraxis. Es kann vermutet werden, daß sich dabei erste und grundsätzliche Differenzierungen zeigen.

Die konkreten Verfassungsbestimmungen zu bioethischen und Umweltfragen müssen in der jeweiligen Verfassung in unterschiedlich umfassende Zusammenhänge hineingestellt werden. Zunächst ist der systematische Zusammenhang zwischen den betrachteten Einzelvorschriften und Verfassungsprinzipien der jeweiligen Verfassung zu beachten. Es geht dabei um eine systematische Interpretation einzelner Regelungen auf einer mittleren Abstraktionsebene im Hinblick auf wichtige Strukturprinzipien der jeweiligen Verfassung. Hier ist zu vermuten, daß sich erhebliche Unterschiede zeigen.

Eine wichtige Teilüberlegung auf dieser Ebene betrifft die Frage, ob sich die einzelnen Bestimmungen der Verfassung zu Probleme der Bioethik und der Umwelt zu einem Ensemble, also zu einer Teilverfassung zusammenfügen lassen so daß, man von einem Umweltverfassungsrecht oder einem Bioethik-Verfassungsrecht sprechen könnte.

III. Die zweite Ebene: Der systematische Zusammenhang der einzelnen Verfassungsnormen; die mittlere Abstraktionsebene der Prinzipien.

1. Die Verortung des Umweltschutzes im GG als Beispiel

Exemplarisch ist hier die Diskussion um die grundgesetzgemäße Verortung des Umweltschutzes zu diskutieren. Es ging um die Frage, ob der Umweltschutz, der

inzwischen als wichtiger Staatszweck¹¹ anerkannt war, in der rechtstechnischen Norm des Staatsziels oder einer Grundrechtsbestimmung formuliert werden sollte. Bekanntlich ist dies durch den Vorschlag der Gemeinsamen Verfassungskommission¹² im Sinne der Staatszielbestimmung entschieden worden.

Wichtiger und an dieser Stelle interessant ist jedoch, welche Überlegungen dafür wenn nicht ausschlaggebend, dann doch sehr wichtig waren¹³. Es ging darum, welche rechtlichen Wirkungen von einer Grundrechtsbestimmung und welche Wirkungen von einer Staatszielbestimmung ausgehen. Grundrechtsbestimmungen oder Staatszielbestimmungen können als Prinzipien mittlerer Reichweite einer Verfassung bezeichnet werden. Mit Grundrechten ist ein materieller Anspruch des einzelnen verbunden, der in einer Verfassungsordnung wie dem Grundgesetz mit ausgebauter Verfassungsgerichtsbarkeit und Anerkennung der Verfassungsbeschwerde zugleich bedeutet, daß der einzelne gerichtlichen Rechtsschutz und gerichtliche Überprüfung mobilisieren kann. Mit der Formulierung des Umweltschutzes als Grundrecht wäre eine subjektive Position des einzelnen verbunden. Mit der Staatszielformulierung dagegen wird ein objektiver Auftrag für alle Staatsgewalten ausgesprochen, wobei die Umsetzung dieses Auftrages, insbesondere der Umfang und die einzelnen Mittel den politischen Instanzen, also insbesondere der Gesetzgebung überlassen bleibt.

Die Alternative: Grundrecht oder Staatszielbestimmung enthält eine Entscheidung über einen unterschiedlichen Grad und Intensität der Verrechtlichung des Verfassungsleben und der politischen Angelegenheiten. Mit einer Grundrechtsbestimmung werden dem Staat ausdrückliche negative Grenzen gesetzt, die vom einzelnen einforderbar sind. Zusammen mit der Anerkennung der Rechtsfigur des gesetzgeberischen Unterlassens wären auch Ansprüche auf staatliches Tätigwerden dem Grundsatz nach anerkannt. Die Frage des Wieweit und des Wieviel an Umweltschutz wäre verrechtlicht und zugleich justiziabel gemacht. Insofern betrifft die Entscheidung dieser Alternativen notwendigerweise eine Grundfrage der Verfassungsordnung. Deshalb greifen die Überlegungen hier auch

¹¹ Dazu die Referate von *Rauschnig / Hoppe*, Staatsaufgabe Umweltschutz, VVDStRL 38 (1980), S. 167 ff. und 211 ff. sowie insbesondere *Murswiek*, Umweltschutz als Staatszweck. Die ökologischen Legitimitätsgrundlagen des Staates, 1995.

¹² *Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission*, BT-Drs. 12/6000 v. 5.11.1993, S. 65 ff.

auf die dritte Problem-Ebene über, also auf den Zusammenhang konkreter Bestimmungen einer Verfassung mit der grundsätzlichen Struktur der Verfassung über.

2. Einbau des Umweltschutzes in die konkrete Verfassungsstruktur

Rechtsvergleichend kann man feststellen, daß es nicht nur um die Anerkennung des Umweltschutzes als Staatsziel geht, sondern auch um den konkreten Ort (um die konkrete Stelle) in der Verfassung. (die konkrete Art der Verortung). Die jeweilige Verfassungsstruktur spielt eine große Rolle. Hier hängt vieles davon ab, ob ein einer Verfassungsordnung eine ausgebaute und umfangreiche Verfassungsgerichtsbarkeit besteht oder nicht¹⁴. Und wenn es eine Verfassungsgerichtsbarkeit gibt, ist weiterhin wichtig, ob insbesondere der einzelne Bürger die Verfassungsbeschwerde erheben kann und ob er dadurch Teilnehmer und Rechtssubjekt im Verfassungsrechtskreis wird. Dies ist in der Bundesrepublik mit der Anerkennung und umfangreichen Praktizierung der Verfassungsbeschwerde der Fall. In einer solchen Verfassungsstruktur muß bei der Formulierung von materiellem Verfassungsrecht Rücksicht auf den Grundsachverhalt Rücksicht genommen werden, daß in einer solchen Verfassung jeder materielle Gehalt zugleich Gegenstand eines verfassungsgerichtlichen Verfahrens werden kann; deshalb erweitert jeder neue materielle Gehalt zugleich die Überprüfungsbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts.

Deshalb kann man in Deutschland nicht ungezwungen über wünschbare materielle Inhalte diskutieren, sondern man muß jeweils sich darüber im klaren sein, daß damit auch das Verhältnis politische Gestaltbarkeit und rechtliche Kontrolle neu geordnet und zugunsten der gerichtlichen Kontrolle ausgeweitet ist¹⁵.

Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, zeigt sich, daß es eine bewußte Entscheidung war, zum Regelungsinstitut des Staatszieles anstelle des Grundrechts zu greifen. Mit der Staatszielbestimmung war eine dimensional geringere rechtliche

¹³ Dazu oben schon *R. Wahl* (FN.3), S. 106 ff.

¹⁴ Ausführlich dazu *R. Wahl*, *Der Vorrang der Verfassung*, *Der Staat* Bd. 20, 1981, S. 485 ff (499 ff.).

¹⁵ Zum Stil und zur Formtypik des Grundgesetzes, insbesondere auch zur Grundanlage des Grundgesetzes, rein programmatische Aussagen zu vermeiden und nur rechtlich Verbindliches in den Text aufzunehmen, *B.-O. Bryde*, *Verfassungsentwicklung*, 1982, und *Staatszielbestimmungen / Gesetzgebungsaufträge*. Bericht der Sachverständigenkommission, Bonn 1983.

Bedeutung verbunden als mit dem Grundrecht. Und darüber hinaus wurde in der gesamten Diskussion auch nach der Entscheidung zugunsten einer Staatszielbestimmung in einem zweiten Schritt nochmals der Gesamtcharakter des Grundgesetzes beachtet: In der Formulierung des Staatsziels selbst wurde großer - vielleicht ein ängstlicher - Bedacht darauf genommen, daß die rechtliche Wirkungsweise der Staatszielbestimmung möglichst kanalisiert wird. Durch den Wortlaut wurde nämlich besonders hervorgehoben, daß die Umsetzung des Staatsziels in erster Linie dem Gesetzgeber obliegt und daß Verwaltung und Gerichtsbarkeit auf das Staatsziel nur im Rahmen der Gesetze zurückgreifen sollten. Im einzelnen und beinahe ängstlich wurde also darauf Wert gelegt, daß ein direkter Durchgriff von Verwaltung und Gerichtsbarkeit auf das allgemeine Umweltschutzziel möglichst vermieden werden sollte.

Im weiteren Rahmen des Symposiums ist es deshalb von großem Interesse, wie die japanische Diskussion in diesem Zusammenhang verläuft. Vermutlich hat die Diskussion in Japan einen ganz anderen Hintergrund, ist die Diskussion nicht „belastet“ mit der Frage der Justiziabilität und des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Genau solche Unterschiede in der Verfassungsstruktur sind das Spannende an der Verfassungsvergleichung, die wir im Rahmen dieses Symposiums vornehmen wollen. Es interessiert nicht nur, wie der Umweltschutz verfassungsrechtlich anerkannt ist, sondern viel weiter und umfassender die Einbettung einer solchen Anerkennung in den größeren Zusammenhang des Verfassungsrechts insgesamt.

Als Merkposten sei kurz erwähnt, daß hier auch Grundfragen der Grundrechtsinterpretation und damit auch des Verfassungsverständnisses hier einschlägig sind, wenn es in beiden Sachbereichen um die Frage nach der Existenz und der Reichweite von Schutzpflichten¹⁶ geht oder wenn die grundsätzliche Gewichtsverteilung zwischen staatlicher Verantwortung und Eigenverantwortung¹⁷ in Rede steht.

¹⁶ Dazu *G. Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987.

¹⁷ Dazu *Kloepfer/Elsner*, DVBl. 1996, 964.

IV. Die dritte Ebene: Das Staats- und Verfassungsverständnisses

Die auf den Ebenen eins und zwei zutage getretenen Unterschiede bedürfen einer Erklärung. Eine plausible Hypothese ist, daß sich Unterschiede in Einzelregelungen und bei Verfassungsprinzipien aus einem unterschiedlichen und je spezifischen Staats- und Verfassungsverständnis, so wie es sich in der geschichtlichen Entwicklung und in der jeweiligen Rechtstradition herausgebildet hat, ergeben haben. Eine wichtige Variable dürfte dabei die Rolle und Intensität der Verfassungsgerichtsbarkeit spielen. Sie trägt in einem besonderen Maße zur Effektuierung materiell-rechtlicher Verfassungsregelungen bei. Die Dichte der verfassungsgerichtlichen Kontrolle und Rechtsprechung ist zugleich ein Indikator für die Rolle, die das Verfassungsrecht in einer Rechtsordnung spielt. Auf dieser dritten Analyse- und Reflektionsebene sind die spezifische Staatstradition und - darauf antwortend das jeweilige Verfassungsverständnis hinzuzuziehen. Für das Grundgesetz etwa sind die Lehren, die aus der davorliegenden Gewaltherrschaft gezogen worden sind, grundlegend für das neue Konzept eines materiellen Rechtsstaates, eines ausgeprägten Vorrangs des Verfassungsrechts und einer inneren Expansion der Grundrechtsbedeutung geworden. In ähnlicher Weise sind die Besonderheiten des japanischen Verfassungsdenkens nach 1945 zur Erklärung heranzuziehen.

Hier weitet sich die Analyse auf die Gesamtstruktur und Grundanlage der Verfassung aus. Im weiteren geht es um die Alternative, die schlagwortartig mit den Begriffen „Verfassung als Rahmenordnung“ oder Verfassung als „Grundordnung und Grundlegung der Gesellschaft und der Rechtsordnung“ umschrieben werden kann¹⁸. Diese allgemeine Diskussion ist dann auf die beiden Sachthemen unseres Symposiums zu beziehen: Zu fragen ist, ob es nach der Struktur des GG oder der japanischen Verfassung eine Teilverfassung für den Umweltschutz oder die bioethischen Probleme geben soll und kann; ebenso interessiert, ob die beiden Sachproblematiken zu einem gewandelten Verständnis des Staates führen müssen-

¹⁸ Zu dieser allgemeinen Diskussion vorläufig nur *R. Wahl*, Der Vorrang der Verfassung, Der Staat Bd. 20, 1981, S. 502 ff.

die Stichworte Umweltstaat¹⁹ oder bioethische Verantwortung des Staates müssen hier genügen.

Eine weitere Frage, die sich auf der dritten Ebene ergibt, ist die nach der Rolle des Staats und der Verwaltung in der Gesellschaft. Es geht jetzt um die grundsätzliche Frage des Verständnisses über die Rolle der Verfassung in der Rechtsordnung und im Verhältnis zur Gesellschaft. Ist der Staat und seine wichtigste normative Grundlage die Verfassung eine zentrale Steuerungsinstanz oder wird der Staat verstanden viel eher als Moderator gegenüber gesellschaftlichen Kräften. Mit anderen Worten: Welche Stelle nimmt im deutschen und im japanischen Denken der Staat in der möglichen Skala zwischen einer minimalistischen Staatsauffassung und einer maximalistischen Staatsauffassung ein. Herrscht in der Interpretation die Vorstellung vor, daß der Staat die Spitze einer Pyramide ist, die zentrale Steuerungsinstanz, die Gesamtverantwortung für die Gesellschaft und für alle gesellschaftlichen Lebensverhältnisse hat und die von der zentralen Position der Verfassung aus hoheitlich-einseitig die gesellschaftlichen Verhältnisse regelt oder ist der Staat ein Mitspieler unter vielen, insbesondere auch der Moderator zwischen verschiedenen gesellschaftlichen Gruppen. Wenn man diese hier idealtypisch formulierte Alternative weiter verfolgt und weiter detailliert, dann werden Binnenvarianten sichtbar: So gibt es im westlichen Rechtskreis und Verfassungsrechtskreis unterschiedliche und bedeutende unterschiedliche Akzentuierungen zwischen dem kontinental-europäischen Staatsverständnis, das dem Staat eine gewichtige Rolle zuschreibt (wenn auch nicht mehr die maßgebliche und allumfassende Steuerungsrolle); im Unterschied dazu ist das angelsächsische Verständnis von Society and Government, die Vorstellung von der Selbstregulierung durch die Regierung; das Verständnis geht von einer zurückgenommeneren, bescheideneren Rolle des Staates aus. Im umfassenden Maßstab der Verfassungsrechtsvergleiche über die Kulturen hinweg könnte sich zeigen, daß die Varianten innerhalb des westlichen Verfassungsverständnisses relativ kleinere Binnenvarianten eines Types sind, der sich insgesamt nochmals unterscheidet von

¹⁹ Begriff und Sache des Umweltstaates sind durch *M. Kloepfer* in mehreren Arbeiten und in der Initiierung eines Forschungskollegs zum Thema Umweltstaat (an dem u.a. *H. Hofmann*, *D. Murswiek*, *E. Rehbinder* und *R. Wahl* beteiligt waren) bekannt geworden. Zu diesen Grundfragen *R. Steinberg*, *Ökologisches Verfassungsrecht 1998* (im Erscheinen).

etwa der japanischen Aufstellung und der dort verankerten Vorstellung über die Rolle von Staat und Gesellschaft²⁰.

Die möglichen Alternativen zeigen sich auch in der Beschreibung des Staates im Hinblick auf die gesellschaftlichen Verhältnisse, im Hinblick auf den Wohlstand in der Gesellschaft. Ist der Staat eher der Befürworter der nationalen Wirtschaft, der Repräsentant der gesellschaftlichen und nationalen Wettbewerbsinteressen oder spielt er eine eigenständige, auch kritische Rolle gegenüber der eigenen Ökonomie? Wie können im Zeichen der Globalisierung und globalisierten Wettbewerbs die traditionellen Aufgaben, die dem Staat im kontinentaleuropäischen Verständnis zukommt, nämlich Regulator gegenüber der Wirtschaft zu sein und umweltbezogene und sozialstaatliche Ziele der Wirtschaft abzuverlangen, durchgesetzt werden, wenn sich inzwischen die Hauptaufmerksamkeit im internationalen Wettbewerb die Chancen der eigenen Wirtschaft und der eigenen Gesellschaft in diesem Wettbewerb definieren. Wenn man vom Umweltschutz weggeht und zu den möglichen Staatsaufgaben im Bereich der biomedizinischen Entwicklung über geht, dann ergeben sich entsprechende Fragen. Wie verhält sich der Staat gegenüber den Prozessen der Wissenschaft, in dem wissenschaftliche Neugier und Konstruktionslust, auch Schöpferlust von Wissenschaft sich heute zunehmend technisch auslegen mit weitreichenden Folgen über die zukünftige Gestalt von Menschen selbst. Ist der Staat nur Beförderer und Geburtshelfer der neuen Technologien oder hat er eine eigenständige kulturell-ethische Verantwortung für die Menschen, für ein „gutes“ Leben, für ein Bild vom Menschen. Es geht also um etwas, was bislang zuwenig diskutiert wird, um die kulturell-ethische Verantwortung des Staates angesichts der selbstläufigen Prozesse immer weiterer wissenschaftlicher Entdeckungen und Umsetzung dieser wissenschaftlichen Entdeckungen in Technik. In der gesamten Biomedizin und Bioethik geht es um nichts anderes als um die Frage, ob dem Staat eine eigene kulturell-ethische Verantwortung zukommt. Schlagwortartig: Der Staat als Geburtshelfer von weiteren wissenschaftlichen Innovationen, eines neuen Menschens oder als Mitgestalter und Träger einer Verantwortung.

²⁰ Dazu vorläufig nur *Ch. Heath*, Bureaucracy and the Protection of National Interests in Japan, in: Baum (siehe unten bei FN. 31), S. 331 ff.

V. Die vierte Ebene: Rechtsvergleichung als Kulturvergleichung

1. Unterschiedliche Rolle des Rechts in den verschiedenen Kulturen

Eine wichtige und unerläßliche Ebene der Vergleichung, die Kulturgrenzen überschreitet, ist das Verständnis der Rechts- oder Verfassungsvergleichung als Kulturvergleichung. Beim Überschreiten der Kulturgrenzen ist damit zu rechnen, daß die Rolle des Rechts in der Gesellschaft eine unterschiedliche ist. Der Verrechtlichungsgrad variiert zwischen verschiedenen Gesellschaften und verschiedenen Kulturen beträchtlich. Ebenso ist die Rolle von Gerichtsbarkeit, überhaupt die Rolle von Recht, eine unterscheidende Variable²¹. Ähnliches gilt, wenn Probleme im Grenzbereich zwischen Verfassungsrecht, Ethik und gesellschaftlichen Grundauffassungen zu behandeln sind. Zu fragen ist nach den geistesgeschichtlichen Wurzeln von ethischen und gesellschaftlichen Grundauffassungen. Ebenso grundlegend ist die Frage, ob sich die jeweilige Gesellschaft als eine pluralistische Gesellschaft mit recht unterschiedlichen Grundauffassungen versteht oder ob das Leitbild eher das auf einer einheitlichen Grundauffassung beruhenden harmonischen Gesellschaft ist.

2. Kultur und kulturelle Zusammenhänge – Steuerungsfähigkeit von Recht

Im letzten und engsten geht es hier wiederum um die Frage der Rolle des Rechts und des Rechtssystems insgesamt. Zur Frage steht die Steuerungsfähigkeit von Recht und staatlicher Regulierung und staatlichen Instrumenten (im weitesten Sinne). Es geht um die Basis des Rechtsverständnisses, letztlich um die Frage von relativer Autonomie und Eigenständigkeit des Rechts, von Behauptung eigener ethischer Grundlagen, die im Recht normativ werden, um kulturelle Werte als Grundlage von Recht.

²¹ Dazu einige erste Überlegungen bei *R. Wahl*, Die Person im Ständestaat und im Rechtsstaat, in FS Böckenförde, 1995, 81 ff (auch in Pawlowski / Roellecke [Hrsg.], Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaats, 1996, ARSP-Beiheft 65) und ders., Individualismus und Gemeinschaftsgebundenheit. Vorüberlegungen zu einem Kulturvergleich, in: D. Leipold, (Hrsg.), Selbstbestimmung in der modernen Gesellschaft aus deutscher und japanischer Sicht, 1997, S. 47 ff, 53 ff. (auch in japanischer Sprache erschienen).

Die gesamte Frage greift dann auf das Problem der wissenschaftlich-technischen Entwicklung und der Steuerbarkeit durch Recht über²² - auf einen sehr großen und wichtigen Themenbereich, der zu den Grundfragen der Funktion des Rechts, zu den Möglichkeiten und Grenzen der Steuerungsfähigkeit durch Recht führt. Ich kann hier diesen umfassenden Problem- und Themenkreis nur benennen, aber nicht im einzelnen behandeln - schließlich haben wir noch viele Referate auf diesem Symposium und letztlich können auch wichtige Probleme für das nächste Symposium reserviert bleiben.

Beide Themen des Symposiums, der Umweltschutz und die Bioethik haben mit der modernen technischen wissenschaftlichen Entwicklung zu tun. Dabei ist der Schwerpunkt beim Umweltschutz mehr auf der technisch-wirtschaftlichen Entwicklung, bei der Bioethik liegt der Schwerpunkt mehr auf den Eigengesetzlichkeiten und den Folgen wissenschaftlicher Entwicklungen und ihrer Eigentendenz, sie in neue Technologien umzusetzen. In beiden Bereichen geht es um die eigene Entwicklungslogik von Untersystemen, systemtheoretisch gesprochen, und deshalb stellt sich die in der Systemtheorie häufig und grundsätzlich diskutierte Frage, nach den Steuerungschancen des Staates. Zu verwerfen wären hier Luhmanns Systemtheorie, Willkes Ironie des Staates und andere Skeptizismen über die Möglichkeiten des Staats und des Politischen.

Beim Umweltschutz, insbesondere bei den Luftverunreinigungen und Abfällen (bei den vier „A“ bei den Abstoffen, bei Abfällen, Abwasser, Abwärme und Abgasen) zeigt sich ein früher übersehener Zusammenhang. Lange hatte es den Anschein, daß mit der technischen Realisation der Mensch eine Parallelnatur geschaffen habe, die isoliert von den Prozessen der Natur sei, in denen sich die Technik von Naturkreisläufen emanzipiert habe und ihre eigenen Prozeßzusammenhänge geschaffen haben. In der ursprünglich ersten Phase dieser Entwicklung, in den ersten Jahrhunderten der Industrialisierung konnte man glauben, daß sich diese Prozesse von der Natur und ihren Kreisläufen emanzipiert habe. Mit der Umweltproblematik, mit der Thematisierung dieses Themas unter dem neuen Stichwort von Umwelt und Enviroment, wurde offenbar, was eigentlich immer schon gewesen war, war aber übersehen werden konnte, bis die Phänomene in geballter

²² Ein anderes wichtiges Gebiet für diese grundsätzliche Problem der Steuerbarkeit wissenschaftlich-

Form sich zeigten. Der insoweit künstliche technische Prozeß kann sich nicht endgültig von der Natur und der Umwelt befreien. Er ist zwar in seinen Kernprozessen technisch und damit künstlich, parallel zur Natur konstruiert, aber am Anfang braucht man Ressourcen, die grundsätzlich aus der Natur stammen, und am Ende der Prozesse gibt man die vier Abstoffe an die Natur zurück, Abwasser, Abfall, Abwärme und Abgase. Der gesamte Problemzusammenhang des Umweltschutzes ist in dem Augenblick neu wahrgenommen worden, als man die Grundsätzlichkeit dieser vier Abstoffe erkannte und gewahr wurde, daß mit diesen Abstoffen der technische Prozeß unentrinnbar an die Natur und die Umwelt zurückgebunden ist. Indem wir mit den Abstoffen die Natur belasten, die Kreisläufe und das System der Natur verändern, zeigt sich, daß der menschliche technische Prozeß nicht in seine künstlichen Bahnen allein verläuft, bildlich gesprochen nicht nur in der Fabrik stattfindet, sondern daß über Rohstoffe und Abstoffe unvermeidlich und unentrinnbar er mit der Natur verbunden ist.

Umweltpolitik als staatliche Aufgabe definiert dieses Problem zunächst in einer Zwei-Reiche-Vorstellung, auf der einen Seite die Fabrik als privatwirtschaftliche Veranstaltung und der Umweltschutz wegen der Abstoffe als staatliche Veranstaltung (heute geht es im wesentlichen darum, diese Trennung in vielen Teilen zu überwinden; mit dem Kreislaufwirtschaftsgedanken wird versucht, im Bereich der Abfälle, diese Trennung zu überwinden und integrierten Umweltschutz zu betreiben. Der Umweltschutz der zweiten Generation ist der Versuch des integrierten Umweltschutzes²³.

Wenn also Umweltschutz als Politik eine Gegen-Anstrengung gegenüber wirtschaftlichen ökonomischen Prozessen ist, so ist unvermeidbar mit dieser Politik das Grundproblem der Steuerbarkeit von ökonomischen Prozessen durch außerökonomische Zielsetzungen besprochen. In der deutschen und europäischen Diskussion hat man gelernt, daß die Prämisse der umfassenden staatlichen Steuerbarkeit eine Fiktion ist, daß sie Stück für Stück überprüft werden muß. Dieser Abschied von Allmachtsvorstellungen staatlicher Steuerbarkeit muß mehr für die continentaleuropäische Diskussion gesagt werden, als für die angelsächsische Diskussion und noch weniger für die japanische Diskussion. Soweit es für mich zu

technischer Prozesse ist die Telekommunikation.

übersehen ist, ist in Japan die Vorstellung der zentralen Steuerbarkeit hoheitlich durch Verwaltung durch einseitige Instrumente, sehr viel weniger vorhanden als in Europa und die Praxis handelt auch viel anders.

3. *Biomedizin und Bioethik als Herausforderung für die Steuerungsfunktion von Recht*

Deshalb nur einige Bemerkungen zum ersten Themenbereich: Bei der Biomedizin und Bioethik stehen die Entwicklungsprozesse und die Eigenlogik wissenschaftlicher Prozesse im Vordergrund. Es geht nicht so sehr um die Entfaltung ökonomischer Grundrechte und Handlungsimpulse als um die der Wissenschaftsfreiheit und der wissenschaftlichen Neugier des Menschen, die sich einen eigenen institutionellen Zusammenhang im wissenschaftlichen System geschaffen hat. Im europäischen Kontext gesprochen geht es um das Faustische im Menschen. Das daraus entstehende Folgeprobleme ist in diesem Jahrhundert schon häufig formuliert worden: Darf der Mensch tun, was er kann. Was sind die Gegengewichte gegen die Eigendynamik und Eigenlogik des wissenschaftlichen Prozesses. Die Antwort scheint auf der Hand zu liegen: Das Prinzip der Menschenwürde und das Bild vom Menschen. Die drängende Frage ist: Was können die historischen Erfahrungen über Menschenwürde und die daraus abgeleiteten normativen Festlegungen über die Gefährdung des Menschen und seiner Würde angesichts der neuen Herausforderungen aussagen? Gibt es eine einigermaßen sichere Brücke aus den Erfahrungen in der Geschichte zu den Herausforderungen der Zukunft.

4. *Kultur und Verfassungstheorie*

Im deutschen Sprachraum ist Kultur als Thema der Verfassungstheorie und des -rechts von Peter Häberle in großer Nachhaltigkeit und mit breiter und tiefer Wirkung ausgeleuchtet worden.²⁴ Häberle zeigt die große Bedeutung von Kultur am Beispiel des deutschen und europäischen Rechts; mit bedeutsamen Anwendungen im Hinblick auf die Hereinholung Osteuropas in das derzeitige westliche Recht. Häberle

²⁴ Aus seinen zahlreichen grundlegenden Schriften seien hier nur erwähnt *P. Häberle* (Hrsg.), *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, 1981; *ders.*, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982; *ders.*, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992; *ders.*, *Europäische Rechtskultur*, 1994.

geht auch manchen Binnenvarianten - etwa im Hinblick auf die Schweiz als Exempel für einen kleinen Staat oder im Verhältnis zwischen Deutschland einerseits und England und dem angelsächsischen Kulturkreis andererseits - nach.

Welche Konsequenz ist aus der kulturwissenschaftlichen Betrachtung zu ziehen? Ich denke eine, die bislang so nicht im Vordergrund steht. Wenn die Kultur für das Verständnis des westlichen Rechts so wichtig ist, wenn man zum Verständnis nur des deutschen Rechts tief in die deutsche und europäische Geistesgeschichte zurückgehen muß, wenn man so sehr die Verbindung mit philosophischen und allgemeinen kulturellen Strömungen hervorheben muß, wenn man auf die Bedeutung von Klassikertexten usw. eingeht - dann legt sich schlicht die Folgerung nahe, daß das gleiche auch für andere Rechtskreise gelten muß, für ostasiatischen Rechtskreis (oder die ostasiatischen Rechtskreise) oder auch für die islamischen Rechtskreise.

Der eigentliche Ertrag der kulturwissenschaftlichen Betrachtung ist also die Generalisierung und die Analogie: Was für Deutschland und das westliche Recht gilt, wird und muß auch für die anderen Rechtskreise gelten, auch wenn diese Rezeption hinter sich haben. Für die Bedeutung, die ein Prinzip wie die Menschenwürde oder die Menschenrechte im gelebten Recht haben, muß es auch auf die jeweilige Kultur ankommen, muß die Verwurzelung und Einwurzelung, Implantation der westlichen Vorstellung in die eigene Kultur wichtig sein²⁵. Unter diesem Gesichtspunkt sind auch die Grundeinteilungen der Rechtsvergleichung zu überdenken und gegebenenfalls neu zu ordnen. So wichtig die Unterscheidung zwischen „civil law“ und „common law“ für die Binnenvarianten des westlichen Rechts sind, so kann vermutet werden, daß es daneben ebenso wichtige oder wichtigere Alternativen und Unterscheidungen gibt, nämlich dann wenn man das Recht in anderen Kulturkreisen als lebendes Recht untersucht. Dabei muß auch, um der Komplexität und der Grundsätzlichkeit des Vergleichs gerecht zu werden, das Recht nicht nur als professionelles Untersystem der Rechtsnorm, der professionellen Rechtssetzung und des Rechtsstabes interpretiert werden, sondern der Blick muß sehr viel umfassender sein und gerichtet sein auf die Bedeutung von Recht als Konfliktlösungsmechanismus in einer

²⁵ Für ein wichtiges Problemfeld hat dies grundsätzlich untersucht *H. Sasakura*, Das Recht der Selbstbestimmung. Zum Stand der Diskussion in Japan, in: D. Leipold (FN. 23, auch in japanischer Sprache 1996 erschienen).

Gesellschaft. Der Blick fällt dann auf alternative Mechanismen der Konfliktlösung²⁶ und fällt auf Grundvariablen und Grundmuster des menschlichen Zusammenlebens. Wo gesellschaftliche Verhaltensmuster und gelebte Konventionen in großem Umfang Ordnungsleistungen erbringen, sind Rechtsregeln als positiv gesetzte verbindliche Entscheidungen weniger oder nicht notwendig. Der Vergleich geht also auch auf die Grundmuster menschlichen Zusammenlebens, er berührt die Frage, welchen Anteil Konflikte im menschlichen Zusammenleben haben (wieviel Kontakte und Unterschiede als Konflikt und als regelungsbedürftig gedeutet werden). Wenn man die Urmenge der Konflikte in einer Gesellschaft hat, stellt sich die weitere Frage nach den Konfliktlösungsmechanismen, von denen das Recht nur eines ist oder in dem schönen Titel eines Aufsatzes des amerikanischen Rechtswissenschaftlers John O. Haley: "Does Community Count?"²⁷

Das Recht als Kulturvergleichung führt zur These: civilization matters. Kultur ist ein ausschlaggebender Faktor für das Recht, Kultur ist eine ausschlaggebende Dimension²⁸. Dies gilt alles, wenn man was notwendig ist, entschieden abstellt auf das gelebte Recht und nicht auf das Recht in den Büchern. Dies alles führt zur schon angesprochenen wichtigsten Frage für die Rechtsvergleichung als Kulturvergleich: Welche Rolle spielt Recht in der gesellschaftlichen Ebene. Was steuert Recht,

²⁶ Zum großen und vielbehandelten Thema der alternativen Konfliktschlichtung hier nur der Verweis auf *Röhl / Scheer*, (Hrsg.), *Außergerichtliche Streitbeilegung - Effektive Konfliktlösung im Zivil-, Wirtschafts- und Strafrecht* (Bd. 3 der Veröffentlichungen der Deutsch- Japanischen Juristenvereinigung), 1994; *Igarashi*, Einführung in das japanische Recht, 1990, S. 46; *J. Murakami*, Einführung in die Grundlagen des japanischen Rechts, 1974, *M. Ishibe*, Das Schlichtungswesen aus rechtshistorischer und rechtsvergleichender Sicht, in; K. Kroeschell (Hrsg.), *Recht und Verfahren*, 1993, S. 215 ff und *D. Leopold*, Der Schlichtungsgedanke zwischen Realität und Utopie, ebenda S. 237 ff.

²⁷ Der volle Titel lautet: *John O. Haley*, *Relational Contracting: Does Community Count?*, in Baum (unten FN. 31), S. 167 ff.

²⁸ Im weiteren und in der alles entscheidenden konkreten Analyse ergeben sich natürlich sehr viele Probleme. Wie stark die Kulturabhängigkeit und die - geprägtheit des Rechts in den einzelnen Ländern ist, ist eine anspruchsvolle Fragestellung. Vor Vereinfachungen sei ausdrücklich gewarnt. Einen Eindruck von der Komplexität der Probleme gibt etwa *H. Baum*, Aus fremder Quelle. Rechtsdenken, Rechtssystem und Rechtswirklichkeit in Japan – Rechtsvergleichung mit Japan, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 59, 1995, S. 258 – 292. So unbestritten etwa die sehr großen Unterschieden im Gebrauchmachen von gerichtlichen Verfahren zwischen Europa/USA und Japan sind, so kompliziert und strittig ist die Erklärung: es stehen Erklärungsmuster, die auf die kulturspezifische Prägung abstellen, Erklärungen gegenüber, die institutionellen Faktoren (z. B dem bewußten Kleinhalten der Zahl der Rechtsanwälte) betonen.. Zu Recht empfiehlt Baum, zwischen den beiden Polen einer Mystifizierung kulturspezifischer Eigenheiten auf der einen Seite und einem zu stark vereinfachenden Universalismus auf der anderen Seite den Mittelweg zu steuern und institutionellen wie kulturellen Faktoren unvoreingenommen Rechnung zu

wieviel Konflikte und Interessenkonflikte werden in den Wegen des Rechts, des Streits und von juristischen Berufen (von juristischen Berufen als professionalisierte Berufe²⁹) ausgetragen.³⁰

Über die Analyse hinaus ergeben sich normative Fragen: Wie weit sollten Verrechtlichung und Justizialisierung gehen. Gibt es Optima für den Einsatz des Rechts als Steuerungsinstrument, was ist ein falscher Maximalismus und ein ebenso falscher Minimalismus?

VI. Verfassungsvergleich zwischen Japan und Deutschland

Es gibt in der Zivilrechtsvergleichung und in der Rechtssoziologie typische Streitpunkte und Diskussionsthemen, von denen die Verfassungsvergleichung lernen kann bzw die sie in ihrem Feld parallel untersuchen sollte. Es geht um die Fragen der

- Besonderheiten des japanischen Rechtsbewußtsein³¹,
- Besonderheiten beim Umgang mit Verträgen³², sowie
- Besonderheiten im Gebrauchmachen bzw Nicht-Gebrauchmachen von gerichtlichen Verfahren und bei der Bedeutung von Schlichtungsmechanismen innerhalb oder außerhalb des Rechts³³.

tragen. Ergänzend wäre zu sagen, daß institutionelle Faktoren, die sich sehr lange durchhalten, im Ergebnis durchaus zu verfestigten kulturspezifischen Eigenheiten führen können.

²⁹ Die Rolle der juristischen Berufe, insbesondere die sehr stark variierende Rolle der Rechtsanwälte in Ländern wie den USA einerseits, Japan andererseits kann gar nicht hoch genug eingeschätzt werden; dazu gibt es eine reichhaltige Literatur und in der Bewertung auch anhaltende Mißverständnisse zwischen amerikanischen und anderen Autoren, vgl. dazu den Bericht über eine sehr kontroverse Diskussion in: *H. Baum* (ed.), *Japan: Economic Success and Legal System*, 1997, S. 376 f. mit pointierter Kritik von *Dan F. Henderson* (San Francisco). Treffend der Eingangssatz von Henderson (ebenda, S: 28): „If we think of the English common law as built by judges, the German system as made and refined by professors, then, of course, in the American system the key role is the lawyer.“

³⁰ Zu dieser Fragestellung *R. Wahl*, Individualismus und Gemeinschaftsgebundenheit. Vorüberlegungen zu einem Kulturvergleich, in: *D. Leipold* (Hrsg.), *Selbstbestimmung in der modernen Gesellschaft aus deutscher und japanischer Sicht*, 1997, S. 47 ff.

³¹ Zur Diskussion über das Rechtsbewußtsein der Japaner *K. Igarashi*, Einführung in das japanische Recht, 1990, S. 48 ff. Grundlegend *G. Rahn*, Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan, 1990 (dazu ausführlich *Baum* (FN. 30); *Rahn*, Recht und Rechtsmentalität in Japan, in: *Baum / Drobnig* (Hrsg.), *Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, 1994, S. 1 ff.

³² Die bisherige Diskussion fassen zusammen und führen weiter mehrere Beiträge in *Baum* (FN. 31), insbesondere *K. Kitagawa*, Use or Non-Use of Contracts in Japanese Business Relations, S. 145 ff. Vgl. auch *K. Zweigert / J. Puttfarcken*, Zur Vergleichbarkeit analoger Rechtsinstitute in verschiedenen Gesellschaftsordnungen, in: dies. (Hrsg.), *Rechtsvergleichung*, 1980, S. 406 f.

³³ Zum Thema „litigation“ gibt es eine ganze Fülle vor allem amerikanischer Arbeiten mit ausgesprochenen „Klassikern“ wie *Kawashima* (FN 43), *J. O. Haley*, The Myth of the Reluctant

Im Feld des Öffentlichen Rechts werden u. a. die Institute des Gyoso shido³⁴(administrative guidance³⁵ oder Verwaltungsanleitung) diskutiert. Es gibt zwei Lesarten und zwei Grundvorstellungen über das Verhältnis zwischen westlichem und japanischem Recht. Diese beiden Grundannahmen sind in Japan sowohl in derselben Interpretation wie in der Fremdinterpretation durch den Westen bekannt, sie sind ausgearbeitet insbesondere in der zivilrechtlichen und rechtssoziologischen Literatur.

1. Eine traditionelle Selbst- und Fremdinterpretation ist das Grundverständnis, daß im Verlauf großer Rezeptionen auf der ganzen Welt immer zuerst auftaucht³⁶. Bei der Übernahme eines fremden und moderneren Rechts muß es zunächst das Bestreben der aufnehmenden Rechtsordnung Kultur sein, sich diesem überlegenen Recht gegenüber als gelehriger Schüler zu zeigen mit der Absicht, in der Gegenwart oder in der Zukunft gleichberechtigt zu werden, in dem alles voll übernommen wird. In dieser Phase begegnet man dann einem Streben, überall darauf hinzuweisen, daß alles

Litigant, 4 J. Jap. Stud. 359, 364 (1978), *ders.*, Authority without Power, Law and the Japanese Paradox, 1991; *H. Oda*, Japanese Law 1992.

Baum, in: *ders.* (FN. 31), S. 17: A „Non Litigious Society“ and a „Dearth of Lawyer“? (eine „nicht-streitfreudige Gesellschaft“ und „ein Mangel an Rechtsanwälten“); vgl auch zahlreiche Aufsätze von *Mark J. Ramseyer* (nachgewiesen bei *Baum* [FN. 30], in Anm. 7 - Weiterführend und bahnbrechend sind die gründlichen historisch-statistischen Untersuchungen von *Ch. Wollenschläger*, Historical Trends in Civil Litigation in Japan, Arizona, Sweden and Germany: Japanese Legal Culture in the Light of Judicial Studies, in: *Baum* (FN. 31) S. 88 - 142 (mit zahlreichen Tabellen), die die Forschung auf eine neue Grundlage stellen. Treffend stellt *Wollenschläger* im ersten Satz fest: „The avoidance of litigation is a central element of the Japanese legal culture, perhaps its best-known feature“

³⁴ *T. Fujita*, Gyoseishido. Rechtsprobleme eines Hauptmittels der gegenwärtigen Verwaltung in Japan, Die Verwaltung Bd. 15, 1982, S. 262 ff.; *W. Pape*, Gyoseishido und das Anti-Monopol Gesetz in Japan. Eine Untersuchung über Praxis, Hintergrund und rechtliche Problematik von „administrative guidance“, 1980; *H. Shiono*, Verwaltungsrecht und Verwaltungsstil, in: *H. Coing u.a.* (Hrsg.), Japanisierung des westlichen Rechts oder Verwestlichung des japanischen Rechts, 1990, S. 45 ff; bezogen auf Probleme des Umweltschutzes *M. Klopfer*, in: *Coing u. a.* (Hrsg.), Staat und Unternehmen aus der Sicht des Rechts, 1994

³⁵ *L. Ködderitzsch*, Die Rolle der Verwaltungsvorschriften im japanischen Verwaltungsrecht, 1995; *ders.*, Das neue Verwaltungsverfahrensgesetz in Japan - Versuch einer Bilanz, Zeitschrift für Japanisches Recht, 1996, S. 131 - 136 und *Y. Ohashi*, Verwaltungsvorschriften und informelles Verwaltungshandeln: Zum besseren Verständnis der Verwaltungspraxis Japans, VerwArchiv 1991, 220 - 245.

³⁶ Ein großes Forschungsthema der historischen Rechtsvergleichung ist es, die große Zahl von grundsätzlichen Rezeptionen in der Rechtsgeschichte aller Kulturen strukturell-vergleichend zu behandeln. Selten ist Rechtsgeschichte mit ihrem historischen Erkenntnisinteresse zugleich so nahe und unmittelbar für die Gegenwart relevante. Für Europa werden insoweit schon längst die großen Rezeptionsvorgänge im späten Mittelalter bei der Übernahme des römischen Rechts untersucht und als Vergleichsvorgang angesehen. Für Japan sind die große Rezeption des chinesischen Rechts in der Nara- und der Heian-Periode, dann natürlich die moderne Entwicklung in der Meiji-Zeit und im 20. Jahrhundert und in China entsprechende Vorgänge einschlägig und zu untersuchen. Mit diesen Beispielen beginnt die Liste der Parallelfälle erst.

und das wesentliche des fremden Rechts übernommen worden ist. In dieser Sicht gilt die eigene Tradition als rückständig. Man verschweigt sie lieber und stellt sie, wenn man darauf angesprochen wird, als Relikt des früheren und bald zu überwindende Rechts dar.

2. Eine andere Selbst- und Fremdinterpretation gehört einer zweiten Phase von Rezeptionen an. Insbesondere wenn eine eigenständige Kultur fremdes und modernes Recht übernommen hat, zeigt die Geschichte, daß dabei immer etwas Neues, ein eigener Mix herausgekommen ist. Dieser Interpretation begegnet man in den letzten Jahren - naheliegender weise - immer häufiger, bei japanischen Autoren und bei ausländischen Betrachtern. Für diese alternative Verständnis sind dann auch Tagungs- und Buchtitel wie „Das Japanische am japanischen Recht“³⁷ oder „Japanisierung des westlichen Rechts oder Verwestlichung des japanischen Rechts“³⁸ exemplarisch. Als unbefangener Betrachter möchte man beim letzteren Titel nur anfügen: was anderes als die Japanisierung des rezipierten westlichen Rechts könnte man denn erwarten? Eine bloße Übersetzung rezipierten Rechts hat es in der Rechtsgeschichte nie gegeben, sondern immer aktive Aneignung und Anverwandlung. Und dem japanischen Selbstverständnis und Selbstbewußtsein dürfte es in hohem Maße entsprechen zu argumentieren: es wird Fremdes übernommen, dann aber in Japan stark verwandelt - und zwar so stark verwandelt und letztlich auch verbessert, daß dies Fremde erst jetzt in Japan zu seiner eigentlichen Bestimmung und Höhe kommt.

Für den Beobachter des japanischen Rechts stellt sich die derzeitige Situation etwa wie folgt dar: Das Selbstverständnis der Mehrheit der japanischer Praktiker geht offenbar ziemlich unbefangen davon aus, „that they are working within what is basically a Western legal system“³⁹. Dagegen führt der japanische Rechtswissenschaftler Kinoshita – nach meiner Meinung zutreffender – aus: „Japanese Law has been ‚westernized‘, but it was and it is not ‚Western Law‘ It is safer to say that japanese Law is a hybrid and symbiotic of the four legal systems of

³⁷ H. Menkhaus (Hrsg.), Das Japanische im japanischen Recht, 1994.

³⁸ H. Coing u.a. (Hrsg.), Japanisierung des westlichen Rechts oder Verwestlichung des japanischen Rechts, 1990.

³⁹ H. Baum, Aus fremder Quelle. Rechtsdenken, Rechtssystem und Rechtswirklichkeit in Japan – Rechtsvergleichung mit Japan, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 59, 1995, S. 258 – 292.

different legal cultures"⁴⁰. Wenn ich das aus der Entfernung recht einschätze, ist in diesem Punkt die inner-japanische Diskussion zum Teil noch bestimmt durch die früheren bahnbrechenden Arbeiten von Noda⁴¹ und Kawashima.

Erhellend und für sich sprechend ist bereits die Diskussion darüber, welchem Rechtskreis das japanische Recht zuzuordnen sei: Harald Baum spricht - insoweit zurecht - ironisch von einem großen rechtsvergleichenden Mysterium⁴². Ich kann hier nicht das reichhaltige Material zu dieser Frage ausbreiten. Dabei ist es immer noch möglich, daß einem in einem der führenden rechtsvergleichenden Standardwerke naive eurozentristische Positionen begegnen, die in einem 600 Seiten umfassenden Werk für den ostasiatischen Rechtskreis nur wenige Seiten übriglassen. Aber wichtiger ist zu vermerken, daß hier längst auch aufgeklärtere, um differenziertere Positionen bemühte Stellungnahmen und Untersuchungen vorgelegt werden und sich diese Tendenz erfreulicherweise verstärkt.

Für uns ist etwas anderes wichtig: Diese Diskussion ist bisher vor allem in der Rechtssoziologie und in der Zivilrechtsvergleichung geführt worden; insbesondere haben viele amerikanische Rechtssoziologen, die Spezialisten für die Fremdinterpretation japanischen Rechts sind, auf diesem Feld vorgearbeitet⁴³. Diese Diskussion ist, vor allem aus der vergleichenden deutsch-japanischen Perspektive, im Öffentlichen Recht und für das Verfassungsrecht noch nicht geführt worden. Das Symposium könnte ein wichtiger Schritt in die Richtung werden, diese wichtige und unerläßliche Diskussion im Öffentlichen Recht und im Verfassungsrecht zu führen.

Die einschlägige Fragestellung ist unter anderem, welchen Gehalt und welche Wirkungskraft rezipierte Prinzipien annehmen. Die Frage richtet sich darauf, welche

⁴⁰ T. Kinoshita, Japanese and Western law, in: Wege zum japanischen Recht, FS Kitagawa, 1992, S. 199 ff., S. 219.

⁴¹ Y. Noda, The Far Eastern Conception of Law, Int. Enc. Comp L, Vol. II ch. 1, S. 120 ff, 129 ff; ders., Introduction au droit japonais, 1966, S. 12 ff., S. 175 ff.; T. Kawashima, Dispute Resolution in Contemporary Japan, in: von Mehren (ed.), Law in Japan, 1963, S. 41 ff.; ders., The Legal Consciousness of Contract in Japan (Teilübersetzung) in: Law in Japan 7, 1974, S. 1 ff. Dazu H. Baum (FN. 20), Abschnitt III 2.

⁴² H. Baum (FN 30), S. 258 ff.

⁴³ Auch in der us-amerikanischen Literatur begegnen die beiden Sichtweisen: zum einen werden fast alle japanischen Eigenarten im Rechts(leben) einem überholten und zu überwindenden Entwicklungsphase zugeordnet, zum anderen setzt sich bei jüngeren Arbeiten die Auffassung durch, daß diese Besonderheiten des japanischen Rechtslebens und Rechtsdenkens Eigenarten einer auf Dauer anderen und eigenständigen Rechtskultur sind, so daß es wichtig und zukunftssträchtig ist, diese Eigenarten zu verstehen und nicht auf ihr Absterben zu warten.

Gemeinsamkeiten, aber auch welche Unterschiede, in der Interpretation der Menschenrechte (insbesondere der Menschenwürde) entstehen, wenn solche Grundgedanken von einem Kulturkreis in den anderen übernommen werden. Diese Fragestellung ist dann zugleich ein Teilaspekt der großen Frage nach der Universalität oder Nichtuniversalität von Prinzipien wie derjenigen der Menschenrechte und der Grundrechte.

Die Frage ist darüber hinaus, welcher Gehalt von den westlichen Auffassungen über Menschenwürde und Grundrechte, aber auch von Individualismus, generalisierbar ist und welche Gehalte eine rein „kulturspezifische“ Prägung vermitteln. Vermutlich wird es dabei eine Doppelantwort geben, daß gewisse Schichten dieses Verständnisses wohl generalisierbar sind und insbesondere auch von westlicher Seite die These von der Generalisierbarkeit festgehalten wird und werden sollte. Daneben ist zu vermuten, daß es eine zweite Schicht, insbesondere im gelebten Recht gibt und geben wird, in denen sich die verschiedenen Kulturen als verschiedene Rechtskulturen ausgestalten.

Hier wäre das Programm einer „Verfassungs- und Rechtsvergleichung als Kulturvergleichung“ zu entwickeln. Die Grundannahme ist: Wenn sich für die Analyse des eigenen westlichen oder deutschen Rechts - und zwar vor allem vor dem rechtsvergleichenden Hintergrund - ergibt, daß das eigene Recht tiefe Verwurzelungen in der Geschichte, auch in der Philosophie und Religiosität einer Kultur hat, dann kann daraus die These entwickelt werden, daß kulturelle Bedingungen eine große Bedeutung haben⁴⁴. Dann aber verdichtet sich die Vermutung zur Gewißheit, daß ein anderer kultureller Hintergrund so wichtig und erheblich ist, wie die europäische Kultur als Hintergrund europäischen Rechtsdenkens.

Diese Unterschiede zeigen sich - dies ist eine weitere These - nicht unbedingt auf der Ebene der Rechtsnormen, des geschriebenen Rechts, des durch Rezeptionsvorgänge übernommenen Rechts der Bücher, sondern diese Unterschiede werden sich in ihrem ganzen Umfang zeigen, wenn man zum gelebten Recht, zum Recht im Leben übergeht. Dieser Übergang ist nicht nur ein von einer

⁴⁴ Hervorgehoben wird die Relevanz unterschiedlicher religiöser Vorstellungen von *T. Hiramatsu* in seinem Referat bei diesem Symposium.

richtigen Rechtsvergleichung her geforderter Übergang, es ist nicht nur ein theoretisches Postulat, sondern heute ein eminent praktisches und praxisbezogenes Postulat: In dem Maße, in dem die realen Kontakte zwischen den verschiedenen Kulturen, Gesellschaften und Völkern in einem bisher nicht dagewesenen Umfang zunehmen und weiter zunehmen werden⁴⁵. Der entscheidende Faktor ist: Die Zunahme realer Kontakte und grenzüberschreitender Vorgänge ist das entscheidende Datum. Deshalb entsteht das große Interesse am gelebten Recht, weil dies die Ebene ist, in der die realen Kontakte stattfinden und die für die realen Kontakte wichtig sind. Dies bedeutet nichts anderes als eine beträchtliche Ausweitung der traditionellen Rechtsvergleichung. Es interessiert nicht mehr nur, in einem Vergleich des Rechts in den Büchern (law in the books) festzustellen, welche Rechtsfigur die „beste“ ist, sondern es muß interessieren, wie Recht in der gesellschaftlichen Wirklichkeit sich darstellt. Dabei kommt die noch viel größere Frage in den Mittelpunkt der Aufmerksamkeit: Welche Rolle spielt Recht in der jeweiligen Gesellschaft. Welchen Anteil an der Gesamtkultur hat das Recht, die spezifische Rechtskultur eines Landes⁴⁶.

Bezogen auf die Grundfragen des Grundrechtsverständnisses und der Menschenwürde kann man vermuten, daß die Antwort über die Universalisierbarkeit oder nicht zu einer Doppelantwort führt. Ich folge hier Gedanken von Hasso Hofmann⁴⁷. Danach könnte man zwei Schichten unterscheiden:

(1) In den Menschenrechten sind historische Erfahrungen, in Europa und in Nordamerika gemacht worden (die aber in der ganzen Welt generalisierbar sind) rechtlich formuliert, in rechtliche Prinzipien gefaßt worden. Es geht darum die Grenzen der Staatsmacht gegenüber dem verletzlichen Individuum zu ziehen. Ein Grundsachverhalt ist die Tatsache, daß der Körper des Menschen verletzlich ist, daß sein Leben überall bedroht ist durch die Macht. Der Ansatz der Menschenrechte ist es, rechtliche und in diesem Fall verfassungsrechtliche Schutzwälle gegenüber

⁴⁵ Globalisierung ist kein Zustand, sondern ein Prozeß, bei dem wir erst am Anfang stehen. Mag das Ausmaß von Globalisierung heute gegenüber den Verhältnissen vor wenigen Jahrzehnten sehr beträchtlich sein, so ist es hochwahrscheinlich, daß sich in den nächsten Jahrzehnten solche Globalisierungstendenzen noch in beschleunigtem Maße zeigen.

⁴⁶ R. Wahl (siehe oben FN 23).

⁴⁷ H. Hofmann, Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaats, Der Staat Bd. 34 (1995), S. 1 ff (= Pawlowski / Roellecke [FN. 23], S. 9 ff, 27 ff.).

Machtausübung zu setzen⁴⁸. Als generalisierbar muß und kann gelten, daß überall auf der Welt der verletzbare Körper des Menschen und sein verletzbares Leben Schutzwürdigkeiten mit sich bringen. Jede historische Erfahrung zeigt, daß gegenüber dieser Verletzbarkeit Schutzwälle gebaut werden müssen. Es ist in diesem Sinne nicht vorstellbar, daß besondere Werte einer Kultur so beschaffen sein könnten, daß sie die Verletzlichkeit des Körpers und des Lebens als geringwertig zurückstellen könnten, daß die Gemeinschaft über alles zu triumphieren habe. Auch die Berufung auf andere als europäisch/westliche Werte kann nach dieser Auffassung nicht dazu führen oder es rechtfertigen, daß Körper und Leben des Menschen einem unbegrenzten oder unregulierten Zugriff der jeweiligen politischen Macht ausgeliefert sein könnten oder dürften. Folterverbot und Schutz des Lebens und der Gesundheit sind - so jedenfalls die Position des Westens - überall bedroht, müssen überall geschützt werden. Deshalb der große Nachdruck auf den Rechten des Individuums und auf eine individualistische Staatssicht⁴⁹.

(2) In der zweiten Schicht kann man im weiteren darüber nachdenken, ob grundrechtliche Vorstellungen der Meinungsfreiheit, der Versammlungsfreiheit oder auch der Berufsfreiheit in gleicher Weise generalisierbar sind - und ob sie es sein sollten. Soweit wirtschaftliche und wirtschaftsbezogene Freiheiten bedroht sind, muß man darüber wohl nicht weiter nachdenken oder philosophieren. Der Siegeszug von Markt und Marktprinzipien auf der gesamten Welt dürfte hier schon die Antwort gegeben haben. Eine Gesellschaft oder eine Kultur, die wirtschaftlichen und wirtschaftsbezogenen Ansprüchen des einzelnen entgegensteht, dürfte nicht leistungsfähig sein. Anders mag es sich bei den typisch politischen grundrechtlichen Positionen verhalten. Vom Westen wird (und sollte auch weiterhin) geltend gemacht werden, daß die wirkliche Entfaltung des einzelnen auch diese Rechte umfaßt. Aber hier mag es in der Entwicklung und in den Entwicklungsphasen verschiedener Staaten Alternativen und Spielräume geben. Jedenfalls ist die Ableitung dieser Rechte aus der Menschennatur und aus den Grundbedingungen menschlichen

⁴⁸ (Grund-)Rechte als Palladium des einzelnen.

⁴⁹ „Der Staat ist für den Menschen da, nicht der Mensch für den Staat“, so die pathetische Formel und das Fanal des Herrenchiemseer Verfassungskonvents, der Vorläufer-Versammlung des Parlamentarischen Rats im Jahr 1948.

Lebens nicht so eng und so intensiv wie dies bei der Frage der Verletzlichkeit des Lebens ist.⁵⁰

Wenn man noch einmal dem Gedanken nachgeht, wie sich die Lebensansprüche des einzelnen, des Individuums verhalten zur möglichen Stärke von Gesellschaften und Staat: Man kann sich vorstellen, daß für eine gewisse Zeit ein Gemeinwesen, ein Nationalstaat durch Mobilisierung nationaler Werte und Subsumierung des einzelnen unter die Gemeinschaft eine Stärke entfalten kann, die zuletzt gezeigt worden ist von Deutschland und Japan im Zweiten Weltkrieg. Beide Völker haben aber auch den Nachweis erbracht, daß diese Kraftanstrengung und stärkere Kraft nur sehr vorübergehend ist, mobilisiert werden kann. Auf die Dauer hat sich dies nicht durchgesetzt. Natürlich mag man insoweit auch auf das zahlenmäßige Verhältnis Rücksicht nehmen und angesichts von 1,3 Milliarden Zweifel formulieren. Aber vorderhand gilt aus der europäisch-westlichen Geschichte die Erfahrung, daß auf die Dauer der Staat, die Kultur die meisten und dauerhaftesten Reserven mobilisieren können, die auf die Entfaltung des einzelnen setzen, die von unten Impulse auslösen und nicht darauf setzen, daß alles von der Gemeinschaft von oben her formiert wird. Insoweit ist auch die individualistische Staatstheorie, ist der pathetische Satz des Herrenchieser Entwurfs: „Der Staat ist für den einzelnen da, nicht der einzelne für den Staat“ von zentraler Bedeutung, steht dieser Satz doch für eine kopernikanische Wende, die in der Entwicklung des Vernunftsrechts und der Aufklärung im Westen gemacht worden ist, von der sich Deutschland zu seinem eigenen Schaden eine Weile abgewendet hat, aber nach 1945 und 1949 wieder Anschluß gefunden hat. Da aber niemand den Gang der Geschichte kennt und niemand Gesetze der Geschichte formulieren kann, mag es offen bleiben, ob sich diese Auffassung, wenn sie denn bestritten werden sollte

In unserem Zusammenhang, bei biomedizinischen Fragen und bei all den Problemen am Anfang und am Ende des Lebens stellt sich insoweit auch eine unbeantwortete und derzeit unbeantwortbare Frage: Sind die Einstellungen zum Leben, zum verletzbaren und beschädigbaren Menschen kulturunabhängig oder gibt es gerade bei den Problemen am Beginn und Ende des Lebens kulturabhängig

⁵⁰ Dazu *H. Hofmann*, Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaats, in: Pawlowski/Roellecke (Hrsg.), *Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaats*, 1996, ARSP-Beiheft 65.

unterschiedliche Einstellungen. Ist bei den alten und insoweit sogar relativ einfachen Fragen des Schwangerschaftsabbruches mit gleichen Antworten zwischen der japanischen Kultur und den westlichen Kulturen zu rechnen? Was bedeutet in diesem Zusammenhang das Prinzip der Menschenwürde und der Schutz des Lebens. Welche unterschiedlichen Grundlagen und Hintergründe bestehen in den einzelnen Kulturen im Hinblick auf diese Probleme. Bezogen auf das vorher gebrauchte Bild der zwei Schichten wäre zu fragen: Gehören diese Probleme zur ersten und generalisierbaren Schicht oder handelt es sich um kulturabhängige Fragen.

Exemplarisch diskutiert am Problem des Schwangerschaftsabbruchs: Es könnte sein, daß der Riß, der in diesen Fragen durch die westlichen Gesellschaften geht - und der auf dem Hintergrund christlicher Tradition mit ihren absoluten Ansprüchen verständlich und beinahe unvermeidlich ist - in anderen Kulturen nicht in dieser Weise vorhanden ist. Bezogen auf die Generalisierbarkeit läßt sich zwar sagen, daß auf der ganzen Welt ,auch in Japan und China, beim Schwangerschaftsabbruch eine Ausnahmesituation besteht und psychische Belastungen vorhanden sind. Insoweit kann man von einer generellen und gleichen Ausgangssituation sprechen. Wie diese aber wahrgenommen wird und wie darauf geantwortet ist, könnte bei den Kulturen unterschiedlich sein. Die Zuspitzung, die der Vorgang des Schwangerschaftsabbruchs für das Gewissen des einzelnen im westlich-christlichen Kulturbereich bedeutet, muß nicht in anderen Kulturen ähnlich stark sein. Dies ist eine offene Frage. Insoweit kann man diese Überlegung für den gesamten Bereich der Biomedizin generalisieren und fragen, ob bei all dem vielfältigen und in Zukunft noch vielfältigeren Problemen am Anfang und am Beginn des Lebens die gleichen oder unterschiedlichen kulturellen Prägungen vorhanden sind. Wenn Unterschiede vorhanden wären, so müßte dies unvermeidlich Folgen für die rechtlichen Lösungen haben.

VII. Schluß

Damit sind meine Überlegungen am Ende angelangt. Mit dem Vier-Ebenen-Modell und den Überlegungen zur Verfassungsvergleichung als Kulturvergleichung ist ein weites Feld abgeschritten, aber wir stehen ja am Anfang einer Tagung, oder richtiger am Anfang von zwei Tagungen und einer auf längere Dauer angelegten Kooperation.

Die wissenschaftlich-technische Entwicklung und das Recht

Von Hiroshi Shiono, Seikei

I. Recht - Wissenschaft - Technik und Japan

Die Beziehung der in diesem gemeinsamen Forschungsthema implizierten wichtigen Begriffe der Wissenschaft, mit der insbesondere die Naturwissenschaft gemeint ist, und der Technik ist sehr vielschichtig und würde an sich schon das Thema eines Symposiums bilden. Im Japanischen fügte man jedoch einfach die beiden Begriffe der Wissenschaft (Kagaku) und Technik (Gijutsu) zu einem einzigen zusammen und es wurde die Wortbildung „KAGAKU-GIJUTSU“ geschaffen. Diese Terminologie findet auch in den Gesetzen Anwendung. Schon daran läßt sich das Charakteristische der japanischen Situation erkennen. Weil aber eine tiefergehende Diskussion der Beziehung zwischen Wissenschaft und Technik den Rahmen dieses Symposiums sprengen würde, möchten wir uns hier auf die folgenden Hinweise beschränken.

Die Einführung des modernen europäischen Rechtssystems nach Japan erfolgte in der zweiten Hälfte des 19. Jh. (während der sogenannten Meiji-Zeit, 1868-1912). Diese Periode fällt zusammen mit jener der Adaption europäischer Wissenschaft und Technik. Natürlich besaß Japan zuvor eine eigene Gesetzgebung sowie eine eigene Technik. Beide unterscheiden sich aber ihrem Wesen nach von der europäischen Gesetzgebung und Technik, so daß ein klarer Bruch zwischen der traditionellen japanischen Gesetzgebung und Technik und jener der Meiji-Zeit liegt. Im heutigen Japan werden im allgemeinen mit Recht-Wissenschaft-Technik die in Europa entwickelte Rechtswissenschaft, Naturwissenschaft und Technik gemeint; in mehr als einhundert Jahren hat man sich in Japan um die Einführung und die Fortentwicklung europäischen Rechts, europäischer Naturwissenschaft und Technik bemüht. Eigentlich handelte es sich jedoch vielmehr um die Einführung der Technik, die Übernahme des modernen Rechts sollte lediglich das Mittel dazu bilden.

Wie in Europa haben beide bis vor verhältnismäßig kurzer Zeit eine harmonische Entwicklung aufgezeigt. Das Volk profitierte von den Errungenschaften, die dank der Entwicklung von Naturwissenschaft und Technik entstanden, und der Staat förderte den weiteren Fortschritt beider. Gleichzeitig ist es dem modernen Rechtssystem gelungen, die daraus resultierenden Probleme zu bewältigen, und bisher bewegte man sich in diesem Denksystem weiter. Die atemberaubende Entwicklung von Wissenschaft und Technik während der letzten Jahre aber hat unzählige Fragen aufgeworfen, welche das moderne Recht nicht mehr zu bewältigen vermag.

Zu diesem Punkt soll im folgenden - mit Rücksicht auf die Erfahrungen der japanischen Rechtspraxis - Stellung genommen werden.

II. Der Fortschritt von Wissenschaft und Technik und das moderne Recht

Je nach Land ist der Einfluß der wissenschaftlich-technischen Entwicklung auf das Rechtssystem verschieden. So ist in Amerika - dem Land des Common Law - das Verwaltungsrecht in der Folge der Eisenbahn- und Automobil-Technologie des 19. Jh. entstanden. Auf die kontinental-europäischen Staaten und auf Japan, welche ein selbständiges Verwaltungsrechtssystem besitzen, trifft dies jedoch nicht zu.

Die Stärke des Einflusses von Wissenschaft und Technik erweist sich als recht unterschiedlich je nach Gebiet der Rechtswissenschaft. Ein Beispiel für einen äußerst starken Einfluß ist das den Rundfunk einschließende Gebiet des Fernmelderechts. Nun wollen wir uns aber - gemäß dem Thema dieses Symposiums - den Umweltproblemen zuwenden, welche ja ebenfalls stark durch Wissenschaft und Technik bedingt sind.

1. Die Entstehung des Gesetzes für Umweltschutz

Immissionen finden wir auch in Japan sehr früh. Man begegnete ihnen als unerlaubte Handlungen im zivilrechtlichen Sinne. Einer der ersten Fälle, welcher Studenten der Rechtswissenschaft in Japan vorgelegt wird, ist ein Urteil des Reichsgerichtshofes von 1919, welches einen Eisenbahnunternehmer zum Schadenersatz verurteilte. Dabei handelte es sich um folgenden Sachverhalt: ein Kieferbaum, auf welchem laut Überlieferung ein mächtiger Feudalherr (Daimyo) des 17. Jh. seine Fahne aufgestellt haben soll, starb wegen des Rußes der Dampflokomotive ab. Dem Zivilgesetz gemäß entsprach dies einer unerlaubten Handlung. Auf diesem Gebiet spielt das Zivilgesetz immer noch eine große Rolle. Weil aber den Schäden gegenüber dem

Verbraucher - diese Schäden sind gerade ein Ergebnis der Massenproduktion und des Massenkonsums, welche der Fortschritt der Wissenschaft und Technik hervorgebracht hat - nicht angemessen durch das Verschuldungsprinzip im Rahmen der zivilrechtlichen unerlaubten Handlungen entsprochen werden kann, wurde auch in Japan 1994 das Produkthaftungsgesetz geschaffen. Soweit das Gesetz die Culpahaftung verneint, bedeutet dies eine Revision des modernen Rechtssystems, wobei jedoch das Verschuldungsprinzip als solches nicht völlig aufgegeben ist.

Wenn eine Immission klar das öffentliche Wohl verletzt, in dem Sinne, daß eine große Anzahl von Menschen Schaden nimmt, können aufgrund der Exekutivgewalt im voraus präventive Maßnahmen und im nachhinein verbessernde getroffen werden. Solche Maßnahmen betrachtete man in Japan lange als Aufgabe des Polizeirechts.

Auf diese Weise versuchte man eine Verhütung oder eine Verminderung der Schäden, welche Wissenschaft und Technik in unser Leben bringen, mittels des Zivilrechts über unerlaubte Handlungen oder mittels des Polizeirechts zu regeln. Die Wachstumspolitik (der sechziger Jahre) brachte dann einerseits eine große Wirtschaftsblüte, andererseits aber - die sogenannten vier Umweltverschmutzungsprozesse stehen symbolisch dafür - immer ernstere und diffusere Schäden. Damit gewann auch die Ansicht an Einfluß, daß das herkömmliche Recht über unerlaubte Handlungen und die polizeirechtlichen Regelungen nicht mehr ausreicht. Man versuchte schließlich die Probleme in einem vom Polizeirecht unabhängigen Umweltschutzrecht zu erfassen. Anfänglich betrachtete man den Schutz der menschlichen Gesundheit und der Lebensumwelt als Zweck dieses Rechtes. Dann wurde die Notwendigkeit erkannt, umfassende Schutzmaßnahmen zu treffen, welche in globalem Umfang die Natur, sowie die Ökologie von Pflanzen und Tieren beinhalten; denn durch den wissenschaftlich-technischen Fortschritt und die Entwicklung der wirtschaftlichen Aktivitäten vergrößerte sich der menschliche Einfluß auf diese immer mehr. Und auch in Japan wurde begonnen, die Probleme unter dem Blickwinkel eines umfassenderen Umweltrechtes zu sehen und nicht nur vom engeren Standpunkt der Umweltverschmutzung aus. In der Folge wurden bisher verschiedene Gesetze

geschaffen, angefangen mit dem Grundgesetz¹ für Umweltschutz. 1997 entstand auch das Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung, verglichen mit Europa und den Vereinigten Staaten allerdings sehr spät.

Außer dem durch solche Gesetze gesicherten Umweltschutz wird gegenwärtig auf wissenschaftlicher Ebene und im Rahmen von bei Gericht anhängigen Verfahren diskutiert, ob das (subjektive) Umweltrecht, mit dem Anspruch, eine unbeschadete Umwelt verlangen und genießen zu dürfen, als Grundrecht durch die Verfassung gewährleistet sei oder nicht. Viele Autoren berufen sich auf den Artikel 13 der Verfassung, in welchem das Recht auf Glück verankert ist, sowie auf den Artikel 25, im welchem das Grundrecht auf ein Minimum an Lebensqualität verankert ist. Das Gericht aber erkennt das Umweltrecht nicht als ein persönliches, konkretes Recht an und zwar aus folgenden Gründen:

- Artikel 25 der Verfassung stelle einen Programmsatz dar, der einer Privatperson keinen konkreten Anspruch verleihen könne.
- Das Umweltrecht entbehre eines konkreten Inhaltes.
- Der Umfang der Rechtsträgerschaft sei schwer zu bestimmen.

In Bezug auf den Umweltschutz wird auch im Grundgesetz für Umweltschutz, welches die grundlegenden Prinzipien zu definieren hat, der Begriff Umweltrecht nicht gebraucht.

Das Umweltrecht besitzt von seiner Entstehungsgeschichte, sowie seiner Realisierbarkeit her gesehen, den Charakter eines sozialen Grundrechtes und kann deshalb nicht vollständig vom System des modernen Rechts her verstanden werden, welches seine Realisierung dadurch sucht, daß ein Individuum sein konkretes Recht vor Gericht durchsetzt. Das Umweltrecht ist aber insoweit von äußerster Bedeutung, als daß es klarstellt, das eine gesunde Umwelt ein Wert ist, den wir Menschen über Generationen hinaus schützen müssen, und ferner bestimmt, daß dieser Wert durch den Staat positiv gefördert werden muß.

¹ Der entsprechende japanische Begriff „kikon-ho“ wird von den Autoren zum Teil als „Grundgesetz“, zum Teil als „Fundamentalgesetz“ übersetzt.

2. Charakteristische Merkmale des japanischen Umweltrechts

Daß der Rechtsbereich des Umweltschutzes unabhängig von zivilrechtlichen unerlaubten Handlungen und unabhängig vom Polizeirecht entstand, ist ein auch anderen Staaten gemeinsames Rechtsphänomen. Als charakteristisch für das japanische Recht sollten aber die folgenden zwei Merkmale angegeben werden:

Das erste Merkmal liegt in der Existenz von informalem Verwaltungshandeln in Form von Verwaltungsanleitungen für Umweltschutz und bei Umweltverschmutzung. Die Verwaltungsanleitung ist seit langem ein Charakteristikum des japanischen Verwaltungsstils und auf allen Gebieten des Verwaltungshandelns anzutreffen. Vom Rechtsstaatsprinzip und dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aus gesehen, ist die Verwaltungsanleitung kritisiert worden. Bemerkenswert ist allerdings, daß heute nicht nur in Japan, sondern auch in Europa und Amerika zur Lösung neuer Probleme wie die der Verhütung von Umweltverschmutzung und des aktiven Umweltschutzes verstärkt informales Verwaltungshandeln angewendet wird. Es ist notwendig, daß man, unter der Voraussetzung einer Neuwertung der Bedeutung solcher informaler Handlungsformen der Verwaltung, sowie der gleichzeitigen Aufrechterhaltung ihrer Transparenz, deren Grenzen klarmacht. Das japanische Verwaltungsverfahrensgesetz von 1993 hält Vorschriften fest zu den Grenzen und zur Bewahrung der Klarheit von Verwaltungsanleitungen.

Das zweite Merkmal des japanischen Rechts ist die Einführung der im Grundgesetz (Ki-hon-ho) genannten Bestimmungen. Sehr bekannt sind die Grundgesetze für Verbraucherschutz und Bildungswesen - beides Gebiete, für welche das Volk starkes Interesse zeigt. Im Jahr 1993 kam dazu im Bereich des Umweltschutzes das Grundgesetz für Umwelt. Darin wurden zusammen mit einer Definition des Konzepts des Umweltschutzes auch die „Pflichten“ von Staat und Kommunen, jene der Unternehmer und des Volkes aufgenommen, sowie die Grundzüge der staatlichen Maßnahmen, wie beispielsweise die Festlegung eines grundlegenden Umweltvorhabens und Umweltstandards. Die in diesem Gesetz gestellten Aufgaben sollen künftig durch weitere Gesetze, Satzungen und Verwaltungshandlungen konkretisiert werden. Das Grundgesetz ist - anders als in Deutschland - nicht die höchste Normenebene des Staates; auch das Gesetzgebungsverfahren entspricht dem von einfachen Gesetzen. Außerdem werden durch den Inhalt dieses Grundgesetzes weder dem Volk Rechte oder Pflichten, noch der Verwaltungsgewalt

konkrete Zuständigkeiten oder Pflichten zugewiesen. Genauer gesagt besitzt das Gesetz eher den Charakter eines politischen Manifestes. In Japan ist es jedoch so, daß durch die Einkleidung als Gesetz mit einer erhöhten Autorität und Stabilität der Aussage gerechnet werden kann. Folglich mußte das Grundgesetz vom Inhalt her gesehen nicht notwendig die Form eines Gesetzes annehmen, aber diese Form diente als Mittel, für eine Staatsaufgabe einen Konsens im Volk zu schaffen. Auch im Gebiet der Wissenschaft und Technik wurde 1995 das Grundgesetz für Wissenschaft und Technik eingesetzt. Das Gesetz bezweckt die Förderung von Wissenschaft und Technik. Es verdeutlicht darüber hinaus die Interessen der damaligen Regierung und der Betroffenen. Künftige Grundgesetze über Wissenschaft und Technik werden mit Sicherheit Rücksicht nehmen müssen auf neue Konzepte, einschließlich im Bereich der Bio-Ethik.

3. Medizin und Recht

Das problematischste Thema ist in Japan gegenwärtig die Entwicklung der medizinischen Technologie. Der wissenschaftlich-technische Fortschritt auf dem Gebiet der Medizin zeigt sich am deutlichsten in der Entwicklung von Medikamenten. Japan besitzt sehr schmerzliche Erfahrungen mit deren Nebenwirkungen. Die Beispiele von Thalidomid (Contergan), SMON und HIV sind äußerst tragisch. Auch in Japan bemüht man sich nun endlich, unter anderem mittels einer Verbesserung des Gesetzes über das Pharmaziewesen und offener Information um eine Verhinderung erneuter Schäden. Im Verlauf dieses Prozesses ging es eigentlich eher darum, aus dem japanischen Medizinalwesen prämoderne Elemente zu entfernen.

Als ein weiteres Problem entstand jenes des Hirntodes, insbesondere im Zusammenhang mit der Durchführung von Verpflanzungen innerer Organe. In Japan ist in der Folge einer langwierigen Diskussion endlich im Juni 1997 ein Gesetz über die Verpflanzung innerer Organe erlassen worden und somit - wenn auch unter so strengen Voraussetzungen, daß eine wirkliche Durchführung fast nicht denkbar ist - die Möglichkeit eröffnet worden für Organverpflanzungen nach dem Hirntod. Daß eine lange Zeit vergangen ist bis zum Erlaß des Gesetzes, lag nicht an einer Verzögerung der medizinisch-technischen Entwicklung, sondern weil eine große Anzahl Japaner den Hirntod nur mit Zögern als den Tod des Menschen annehmen können. Diese Tatsache zeigt sich auch im Inhalt des Gesetzes. Es verhält sich nämlich so, daß dieses Gesetz festlegt, daß der Hirntod im Falle einer

Transplantation der Tod des Menschen ist, während es aber gesetzlich nicht klar ist, ob andernfalls der bisherige Herztod als Tod des Menschen angesehen werden kann oder nicht. Von einem anderen Standpunkt her gesehen, kann man sagen, daß mit obigem Gesetz über den Hirntod als Tod die Selbstbestimmung der betreffenden Person anerkannt worden ist. So haben die Japaner eigentlich doch keine deutliche Haltung bezeugen können, im Sinne einer allgemeinen Anerkennung des Hirntodes als Tod des Menschen. Der Grund dafür ist weniger bedingt etwa durch eine spezielle Religion wie die des Shintoismus oder des Buddhismus oder etwa durch eine Uneinigkeit in einem wissenschaftlichen Disput über die menschliche Existenz, sondern vielmehr durch das alltägliche Denken und Fühlen und das Brauchtum der Japaner. Mit der Modernisierung der Gesellschaft besteht in Japan die Tendenz einer Mißachtung dieses über eine lange Zeit hinweg gewachsenen Denkens und Fühlens und des Brauchtums. Es ist aber bemerkenswert, daß die Japaner zu dem ganz grundlegenden Problem des menschlichen Todes, konfrontiert mit der äußerst aktuellen Technologie der Transplantation innerer Organe, japanischem Denken, Fühlen und Brauchtum gemäß reagiert haben.

4. Gentechnologie und Recht

Noch schwierigere Probleme im Feld der wissenschaftlich-technischen Entwicklung und des Rechts wirft die Entwicklung der Biotechnik, insbesondere die wirkliche Anwendung der Genmanipulation auf. DNA-Gutachten sind in Japan ebenfalls bei Strafprozessen üblich geworden. Auch wenn das Problem der Anwendung von Zwang bei der Ablehnung einer Blutprobe durch die Betroffenen zwar weiterhin bestehen bleibt, sind Gutachten bei Personenstandsklagen, wie bei einer Feststellungsklage auf Vaterschaft, doch möglich. Auch in diesem Fall stoßen wir auf das Problem der Verletzung der Privatsphäre. Bei der Genterapie, welche auch in Japan bereits praktiziert wird, fällt das Problem an, ob die Menschenwürde dadurch verletzt wird oder nicht. Auch in dieser Beziehung findet der japanische Verwaltungsstil mit seiner Verwaltungsanleitung im Zentrum neue Möglichkeiten. Und zwar nicht im Sinne einer gesetzlichen Regelung, sondern in dem Sinne, daß gemäß den Richtlinien des Gesundheits- und Kultusministeriums von medizinischen und ethischen Gesichtspunkten aus Kontrollen vorgenommen werden.

Die Gentechnologie hat den Klon hervorgebracht, welcher nun Gegenstand der Diskussion ist, insbesondere bezüglich der Frage, ob eine Anwendung beim

Menschen statthaft ist. Hier sind wir konfrontiert mit einem Bruch der bisherigen Harmonie von modernem Recht und Wissenschaft und finden einen Prüfstein dafür, ob in der Frage der Menschenwürde das Recht als letzte Instanz imstande ist, die wissenschaftlich-technische Entwicklung aufzuhalten.

Auch hier nimmt Japan nicht gleich Zuflucht zu Verboten, sondern sucht momentan der Methode der Richtlinien den Vorrang zu geben.

5. Die wissenschaftlich-technische Entwicklung und der Mensch

Gegenwärtig wird vom Blickpunkt des Umweltrechtes aus ein Recht der Natur diskutiert und zwar mit der Begründung, daß nicht nur die Lebensumwelt des Menschen geschützt werden müsse, sondern daß in diesen Umweltbegriff auch die Natur als solche mit Pflanzen und Tieren miteinbezogen werden solle. Wenn man bei der Voraussetzung bleibt, daß der Schutz einer gesunden Natur der menschlichen Wohlfahrt diene, dann existieren Mensch und Natur getrennt voneinander und es ist möglich, im Rahmen des modernen Rechts den Schutz einer gesunden Natur zu erreichen. Das Grundgesetz über die Umwelt nimmt diesen Standpunkt ein. Überschreitet man diesen aber und vertritt die Ansicht, daß die Natur als Wert an sich geschützt werde und daß die menschliche Gesellschaft bloß ein Teil davon sei, muß eine Methode des Schutzes erarbeitet werden, die den Rahmen des modernen Rechts sprengen würde. In Japan gab es ein Verwaltungsstreitverfahren nicht mit einer Person, sondern einem Ryukyu-Hasen als Kläger, welches freilich durch das Gericht abgewiesen worden ist.

Eine Relativierung von Mensch und Natur durch das Umweltrecht ist aber ein ideologisches Problem. Demgegenüber konfrontiert uns die Entwicklung auf dem Gebiet der Gentechnologie mit der wissenschaftlichen Erkenntnis, daß eine Unterscheidung zwischen allen Lebewesen etwas Relatives darstellt. Auch wenn man die Produktion eines Klon-Menschen verbieten kann, so würde ein Verbot der wissenschaftlichen Beschäftigung mit Genen eine Verneinung des Menschseins der Wissenschaftler darstellen. Zu diesem Punkt werden wir Juristen von Seiten der Naturwissenschaft mit der Frage bedrängt, noch einmal genau zu überdenken, worin denn die Daseinsberechtigung der Menschenrechtstheorie liege, welche einen grundsätzlichen Unterschied zwischen den Menschen und anderen Lebewesen konstruiert. Ob östliches Denken, welches Mensch und Natur nicht streng getrennt begreift, zu dieser Frage einen Beitrag leisten kann, muß noch offen bleiben.

III. Zum Schluß

Die Klon-Technologie macht deutlich, daß es ein Charakteristikum der Spitzen-Technologie ist, daß die Bemühungen einer großen Mehrzahl von Staaten um ein Verbot der Anwendung sinnlos wird, wenn auch nur ein Staat sie leichtsinnig freigibt. Japan wie Deutschland nehmen in Wissenschaft und Technologie eine global führende Position ein und begegnen gleichzeitig - die Hintergründe dafür mögen verschieden sein - einer Anwendung in der Gesellschaft mit Vorsicht. In diesem Sinne ergibt sich die Möglichkeit einer gemeinsamen Forschungsarbeit und auch die Notwendigkeit dazu. Zum Schluß meines Berichtes möchte ich der Hoffnung Ausdruck geben, daß eine Frucht unserer Zusammenarbeit das Fortschreiten weltweiter Bemühungen um das gleiche Ziel sein möge.

Japanische Verfassungsrechtslehre und Verfassungsvergleichung

Von Koichi Aoyagi, staatliche Universität Yokohama

I. Einleitung

Das Thema unseres Symposiums betrifft aktuelle Probleme, die der Fortschritt in der wissenschaftlichen Technik mit sich bringt. Diese Probleme stellen sich weltweit, über Staatsgrenzen hinweg, gleichzeitig in vielen Staaten der Welt. Das Tempo des Fortschritts der wissenschaftlichen Technik ist so groß, daß man kaum hinterherschauen kann. Die menschliche Gesellschaft dagegen entwickelt sich nicht mit der gleichen Geschwindigkeit weiter. Deshalb behandelt unser Symposium sozusagen aktuelle Probleme, für die es noch kein Modell gibt. Eine der Eigenheiten der japanischen Kultur ist, wie später ausgeführt wird, die Nachahmung bereits bestehender Modelle. Wie löst Japan diese neuen Probleme, ohne dafür auf ein bereits bestehendes Modell zurückgreifen zu können?

Für die verfassungsrechtliche Lösung dieser neuen Probleme gibt es keine spezifischen Vorschriften im Verfassungsrecht. Gesetze hinken der Wirklichkeit häufig hinterher. Die japanische Verfassung von 1946 enthält einige Vorschriften, die einen Bezug zu diesen neuen Problemen aufweisen, zum Beispiel die Freiheit der Wissenschaft (Art. 23) und das Recht auf das sogenannte menschenwürdige Existenzminimum (Art. 25). Aber weder gibt es eine spezifische Vorschrift zum Umweltschutz wie in Art. 20a GG noch eine spezifische Vorschrift zur Humangenetik wie in Art. 26 Abs. 3 der Portugiesischen Verfassung oder Art. 119 Abs. 1 der neuen Schweizerischen Bundesverfassung.

Fehlen spezifische Vorschriften im Verfassungsrecht, ist als Schlüssel zur Lösung dieser neuen Probleme eine fundamentale Prinzipiennorm der Verfassung heranzuziehen. In der japanischen Verfassung ist dies die „Respekt vor dem Individuum“-Klausel (Art. 13). Nach herrschender Auffassung verankert diese Klausel den Individualismus. Auch klärt die japanische Verfassung in der Präambel, daß sie auf dem universalen Prinzip der Menschheit beruht. Selbstverständlich gewährleistet

sie Menschenrechte (Liberalismus), Demokratie, Gewaltenteilung, Rechtsstaatlichkeit (rule of law) u.s.w.

Demzufolge ist es nicht falsch zu behaupten, daß japanisches Verfassungsrecht und Liberalismus stark miteinander verbunden sind. In den westeuropäischen Ländern und auch in Japan ist Liberalismus ein Grundprinzip, das zum Schlüssel einer Lösung der aktuellen Probleme auch ohne ein bereits bestehendes Modell werden kann.

In diesem Eröffnungsvortrag möchte ich im folgenden über das Verhältnis von japanischem Verfassungsrecht und Liberalismus aus der Sicht der Verfassungsvergleichung sprechen. Nach der methodischen Einteilung der Verfassungsvergleichung von Professor *Wahl* betrifft mein Vortrag die dritte Ebene der Verfassungsvergleichung und die Verbindung mit der vierten Ebene. Professor *Kuriki* wird in seinem Vortrag die theoretischen Beziehungen zwischen Japan und Deutschland erörtern. So möchte ich mich auf die Diskussion um den Liberalismus in der westeuropäischen Rechtsphilosophie, Politikphilosophie, Sozialphilosophie und in den Wirtschaftswissenschaften beschränken.

II. Japanische Verfassungsvergleichung und japanische Kultur

1. Die Eigenheit der Verfassungsvergleichung in Japan

In Japan hat die Verfassungsvergleichung als Kanon der Verfassungsrechtsauslegung Tradition. Es gibt dabei ein zugleich altes wie neues Problem. Es ist das „Übermaß und Untermaß der Verfassungsvergleichung“.

Japanische Verfassungsrechtler haben ausländisches, insbesondere westeuropäisches Verfassungsrecht, die verschiedenen Theorien sowie verfassungsgerichtliche Entscheidungen, intensiv studiert. Aber es ist zu recht darauf hingewiesen worden, daß bislang noch kaum echte Verfassungsvergleichung betrieben worden ist. Das Stichwort vom „Untermaß“ der Verfassungsvergleichung macht dies deutlich. „Echte“ Verfassungsvergleichung heißt Verfassungsvergleichung als „Wissenschaft des Rechts“, die eine Verfassungsvergleichung aufgrund der objektiven Erkenntnis über ausländisches Verfassungsrecht betreibt. Andererseits bedeutet „Übermaß“ der Verfassungsvergleichung, daß die Forschungen zum westeuropäischen Verfassungsrecht als einer Methode der „Auslegung“ des Rechts, die eine

Verfassungsrechtsvorschrift aufgrund des subjektiven Wollens auslegt, umfassend betrieben worden ist und große Bedeutung hat. Es entspricht den Tatsachen zu sagen, daß die westeuropäische Verfassungslehre einen Wertungsmaßstab für die japanische Verfassungslehre darstellt. In Japan wird die westeuropäische Verfassungslehre als Autorität verstanden. Die Verfassungsvergleichung ist notwendig, stellt aber keine Selbstverständlichkeit dar.

2. Die Nachahmung als Eigenheit der japanischen Kultur

Eine der Eigenheiten der japanischen Verfassungsvergleichung war die Nachahmung des westeuropäischen Rechtssystems in der Meiji-Ära. Nachahmung ist im Grunde genommen charakteristisch für die japanische Kultur. Im Mittelalter wurde in Japan das bestehende Modell des Regierungssystems in China nachgeahmt. In der Meiji-Reform wurde seit 1868 das moderne Rechtssystem der westeuropäischen Länder übernommen. Die Meiji-Regierung wollte eine Revision der ungleichen Verträge erreichen, die die Tokugawa-Regierung mit Amerika geschlossen hatte. Dafür mußten sie das japanische Rechtssystem modernisieren. Diese Modernisierung in der Meiji-Reform bedeutete eine Europäisierung des japanischen Rechtssystems. Zunächst orientierte man sich hauptsächlich am französischen Recht. Aber nach der Debatte um ein Zivilgesetzbuch im Jahre 1890 wurde das deutsche Recht zum Hauptmodell für das japanische Rechtssystem. Ein Beispiel dafür ist die Meiji-Verfassung des Jahres 1889, die, wie allgemein bekannt, die Preußische Verfassung von 1850 zum Vorbild hatte. Nach dem Zweiten Weltkrieg orientierte man sich dann in erster Linie an den Vereinigten Staaten von Amerika. Im Zusammenhang mit der Nachahmung als einer Eigenheit der japanischen Kultur und der Modernisierung in der Meiji-Ära möchte ich auf zwei Aspekte hinweisen.

Erstens ist japanische Nachahmung keine völlige Nachahmung. Nachahmung in der japanischen Kultur bedeutet genaugenommen nicht einfach Nachahmung, sondern die „Japanisierung“ eines fremden Modells. Japan versteht es, ausländische Sachen nachzumachen und diese sich dabei gleichzeitig sozusagen zu eigen zu machen. Professor *Bornhak* von der Universität Berlin meinte seinerzeit, die Meiji-Verfassung von 1889 mache dem Preußischen Verfassungsrecht alles nach. Genaugenommen stimmt dies nicht ganz. Zwar weist die Struktur der Meiji-Verfassung große Ähnlichkeiten zur Preußischen Verfassung von 1850 auf. Aber in bezug auf subjektive Rechtsgarantien unterscheiden sich Meiji-Verfassung und Preußische

Verfassung voneinander. Die Meiji-Verfassung enthielt keine Gewährleistung von Grundrechten, nur eine Gewährleistung von Rechten der Untertanen.

Zweitens besteht ein fundamentaler Unterschied zwischen der Nachahmung in Japan und der Nachahmung (oder Rezeption) von Recht in westlichen Ländern untereinander. Die Nachahmung bzw. Rezeption ausländischer Rechtssysteme ist schließlich keine auf Japan beschränkte Erscheinung. Zum Beispiel hatte Professor *Esmein*, ein führender Verfassungsrechtler in der Dritten französischen Republik, das Europa des neunzehnten Jahrhunderts als eine Ära der Nachahmung bezeichnet. Auch Bornhak war der Auffassung, das deutsche Verfassungsrecht habe englisches Verfassungsrecht über die belgische Verfassung aufgenommen. Zwischen den westlichen Ländern gibt es natürlich Unterschiede. Beispiele für einen ganz erheblichen Unterschied sind, wie allgemein bekannt, die Urteile über den Schwangerschaftsabbruch in Deutschland und in den Vereinigten Staaten. Aber den westlichen Ländern liegt eine gemeinsame Basis zugrunde, während zwischen Japan und den westlichen Ländern große Unterschiede in Bezug auf Geschichte, Kultur, Religion, Lebensweise und nationale Eigenheit u.v.a.m. bestehen.

Es wird zwar gesagt, die deutsche und japanische nationale Eigenheit ähnelten sich. Bei der Lektüre der Urteile des Bundesverfassungsgerichts zum Menschenbild des Grundgesetzes gibt es in puncto Betonung der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsverbundenheit des Individuums durchaus Ähnlichkeiten zum japanischen Verfassungsrecht. Aber ich denke, daß beide doch verschieden sind.

III. Diskussion um den Liberalismus

1. Westeuropäische Neuzeit und universelle Geltung

Hat der moderne Konstitutionalismus universelle Geltung? Vom Ergebnis her gesehen lautet meine Antwort auf dieser Frage „ja“. Menschenrechte, Demokratie, Gewaltenteilung und materielle Rechtsstaatlichkeit sind fundamentale Prinzipien und sie gelten universell. Dies bedeutet aber nicht, daß die westeuropäische Neuzeit, die sich zu diesen Prinzipien öffentlich bekennt und diese zuerst formuliert hat, ein Wert an sich ist. Denn sie enthält nicht nur Licht, sondern auch Schatten. Zum Beispiel haben die Worte „jeder hat“ in der Deklaration der Menschenrechte eine ideologische Funktion, die den wirklichen Sachverhalt der Rassen- und Geschlechterdiskriminierung verschleiern. Auch Konstitutionalismus und

Rechtsstaatlichkeit haben eine ideologische Funktion, mit der die wirklichen Sachverhalte der Herrschaft des Reichs und die Befreiung vom Imperialismus kaschiert werden. Deswegen kann ich persönlich die westeuropäische Neuzeit nicht als Wert an sich anerkennen. Wir können auf der Stufe, die die westeuropäische Neuzeit erreicht hat, nicht stehenbleiben, sondern streben nach einer wirklichen Realisierung der Menschenrechte, von Demokratie, Konstitutionalismus und Rechtsstaatlichkeit.

Zur Lösung der Probleme, denen wir jetzt gegenüberstehen, genügt es nicht, sich auf Menschenrechte zu berufen. Der Wirtschaftswissenschaftler *Amartya Sen* behauptet, „ohne Engagement zur Norm oder zur Idee gibt es keine Freiheit“. Jeder Wissenschaftler muß sich entscheiden, für welche Idee er (oder sie) sich engagiert. Selbstverständlich sind menschliche Freiheit und Liberalismus eng miteinander verknüpft. Aber der Liberalismus hat mehrere Bedeutungen. Der Liberalismus wird auch vom *libertarianism* der im Liberalismus im weiteren Sinne enthalten ist, herausgefordert. *Robert Nozick* ist der Auffassung, daß Liberalismus allein für die Gewährleistung der Freiheit noch nicht ausreicht. So muß jeder Wissenschaftler auch entscheiden, für welche Art von Liberalismus er (oder sie) sich engagiert.

2. Der Liberalismus und das Ende des kalten Krieges

Macht das Ende des kalten Krieges im Jahre 1989 die Universalität der westeuropäischen Kulturen unerschütterlich? Zwar könnte man sagen, daß es für den Sieg des Liberalismus und die Niederlage des Sozialismus im Jahre 1989 mitursächlich war, daß ein System des Liberalismus für die Menschen in den sozialistischen Staaten mehr wert ist als ein System des Sozialismus. Aber das Ende des kalten Krieges hat keinesfalls alle Probleme um den Liberalismus gelöst.

Seit der Neuzeit ist der Liberalismus vom Konservatismus, Utilitarismus und Sozialismus herausgefordert worden. Nach 1989 steht der Liberalismus überdies drei neuen Ideen bzw. schwierigen Problemen gegenüber. Der erste Punkt ist der ethnische Nationalismus. Er zielt auf einige Probleme ab, die der Liberalismus mit sich bringt. Der ethnische Nationalismus behauptet, Grundrechtsberechtigter sei nicht das Individuum, sondern die völkische Gemeinschaft. Er verneint sogar die Universalität der westeuropäischen Kultur und behauptet einen Kulturrelativismus. Der zweite Punkt ist der Ökologiegedanke aufgrund der Umweltethik und der dritte Aspekt sind die Probleme um die Bioethik.

Die ersten beiden Aspekte betreffen das Zusammenleben der Völker und das Zusammenleben von Menschen und Natur. Das dritte Problem betrifft fundamental die Beziehung zwischen den Individuen untereinander.

Jeder der Einzelvorträge auf diesem Symposium behandelt konkrete Probleme hinsichtlich des zweiten und dritten Aspekts. So beschränke ich mich bei meinem Thema auf die allgemeinen Beziehungen zwischen der grundsätzlichen Idee des Zusammenlebens und dem Liberalismus, und der Individuen untereinander. Das Problem des letzteren betrifft vor allem die Kultur bzw. die nationale Eigenheit jedes Staates.

Die Idee des Zusammenlebens stimmt grundsätzlich mit einer Denkweise des zweipoligen Gegensatzes nicht überein. Deshalb kann ich mich für einen Liberalismus in starker Verbindung mit einer Denkweise des zweipoligen Gegensatzes nicht engagieren.

IV. Die japanische nationale Eigenheit und der Liberalismus

1. Das isolierte Individuum oder das Individuum in der Gemeinschaft

Auch für die japanische Verfassungsvergleichung wäre eine Diskussion um den moralischen Individualismus einerseits und die Tugenden der Gemeinschaftswerte andererseits wichtig. Diese sehr lebhafteste Diskussion ist, wie allgemein bekannt, vor allem aus Anlaß der Veröffentlichung des Buches „A Theory of Justice“ von *John Rawls* entstanden. Gegenüber dem modernen Liberalismus eines Rawls oder *Ronald Dworkins* hat der Kommunitarismus zur Diskussion herausgefordert. Die These des Kommunitarismus, daß das Individuum nicht ohne jede Belastung geboren wird, und nicht wächst, trifft zu. Insoweit wäre die Theorie des atomistischen Individuums *John Lockes* nicht richtig. Ein Mensch lebt ursprünglich im Verhältnis zu anderen. Aber es fehlt an einem Kern der Gegenüberstellungen zwischen modernem Liberalismus und Kommunitarismus. Ein solcher läge darin, daß entweder die individuelle Selbstbestimmung oder die Tugenden der Gemeinschaftswerte schließlich Vorrang haben.

Schließlich drückt der Kommunitarismus das Gute und die Tugend der gemeinschaftlichen Mehrheit gegen die Minderheit aus. Die heutige Gesellschaft hat diese Qualität nicht nur gesellschaftlich, sondern auch ideologisch verloren. In dieser

Gesellschaft bedeutet diese These des Kommunitarismus, daß wir den Denkweisen und den Zielsetzungen bestimmter Gruppen politisch den Vorzug geben.

Menschen haben verschiedene Wertvorstellungen und Lebensweisen u.s.w. So bedarf es für das Zusammenleben, die Unterschiede der Menschen untereinander zu erkennen und anzuerkennen sowie die Freiheit von der umfassenden Ideologie der Gemeinschaft fest in der Hand zu halten. Dies sind notwendige Bedingungen für ein Zusammenleben. Die Form des Liberalismus, der auch die vom Guten und der Tugend der Mehrheit verschiedenen Lebensweisen anerkennt, ist derjenige, für den ich mich engagiere.

2. Die japanische nationale Eigenheit

Die „Respekt vor dem Individuum“-Klausel macht, wie oben erwähnt, deutlich, daß das japanische Verfassungsrecht auf dem Grundsatz des Liberalismus beruht. Ist die japanische Gesellschaft also eine Gesellschaft, die auf diesem Prinzip aufgebaut ist?

Legt man die japanische nationale Eigenheit zugrunde, lautet die Antwort auf dieses zentrale Problem, daß die Gemeinschaftswerte Vorrang genießen. Nicht wenige Leute behaupten, daß japanische nationale Eigenheit und Liberalismus nicht zueinander passen. Auch neuerdings hat *Koichi Yaguchi*, ehemaliger Präsident des Obersten Gerichts in Japan, im Zusammenhang mit der Diskussion über die Reform des Justizsystems auf den Unterschied der geistigen Kultur in Japan und Westeuropa hingewiesen. Seiner Auffassung nach ist die geistige Kultur in Westeuropa eine Welt des zweipoligen Gegensatzes, zum Beispiel von Kampf und Kooperation, von Krieg und Frieden, von Menschen und Gott. Die geistige Kultur in Japan dagegen sei eine Welt, die nicht der Gegenüberstellung, sondern der Harmonie den Vorzug gebe.

Man hört eine solche Bemerkung wie von Yaguchi häufig. Ich denke, bei der Erforschung der japanischen nationalen Eigenheit gibt es einen Zirkelschluß. Nach dem Zweiten Weltkrieg haben viele Wissenschaftler über die japanische nationale Eigenheit geforscht. Die erste Studie, die die japanische nationale Eigenheit zutreffend beschrieben und Sympathie in Japan geweckt hat, stammt nicht von einem japanischen Wissenschaftler, sondern von der amerikanischen Anthropologin *Ruth Benedict*. Sie weist in ihrem Buch „Chrysantheme und Schwert“ aus dem Jahr 1954 darauf hin, daß die japanische Kultur eine Kultur der Scham ist, während die

westeuropäische Kultur die Kultur der Sünde ist. Ihre These lautet, daß die Handlungsmaxime des Japaners die Erwartungen anderer seien.

Das Forschungsergebnis Benedicts hatte einen sehr starken Einfluß auf japanische Wissenschaftler. Aus Sicht der kulturellen Anthropologie hat Professorin *Chie Nakane* darauf hingewiesen, Japaner hätten die Tendenz, sich die Absichten der Gruppe, der sie angehören, zu eigen zu machen. Sogar in persönlichen Beziehungen teilen Japaner ihre Absicht nicht mit, und die wahre Absicht („Hon-ne“) und das Prinzip („Tatema“) werden passend gebraucht.

Aus psychologischer Sicht hat Professor *Takeo Doi* darauf hingewiesen, daß ein Japaner von seinen Kollegen in der Gruppe, der er angehört, abhängig ist, und daß Japaner eine verwöhnte Natur haben.

Bücher japanischer Wissenschaftler werden aus dem Japanischen ins Englische übersetzt und bilden die Grundlage für Analysen ausländischer Wissenschaftler. In diesem Kreis ist das Modell der japanischen nationalen Eigenheit gestaltet worden. Wenn sich ein ausländischer Wissenschaftler mit seiner von der westeuropäischen Neuzeit geprägten Wertvorstellung mit japanischen Denkweisen und Handlungsmustern beschäftigt, so gewinnt er wahrscheinlich den Eindruck, daß der Unterschied zwischen Japan und Westeuropa sehr groß ist.

Auch im japanischen Wortschatz kommt dieser Unterschied zum Ausdruck, zum Beispiel bei den Begriffen „Kojin“ (Individuum) und „Syakai“ (Gesellschaft). Diese beiden Begriffe wurden erstmals in der Meiji-Ära geschaffen, als Übersetzungen der in Europa existierenden Begriffe für Individuum und Gesellschaft. Bis dahin hatte es keine entsprechenden japanischen Wörter gegeben. Daraus kann man folgern, daß eine Vorstellung von Individuum und Gesellschaft in Japan bis dahin nicht existiert hatte, und daß ein Japaner nicht als ein atomistisches Individuum, sondern als ein Kollege in einer Welt, „Sseken“ auf japanisch, gelebt hatte.

Die Unterschiede zwischen Westeuropa und Japan sind insofern also sehr groß. Aber neuerdings sind in Japan Veränderungen zu bemerken, eine Entwicklung, bei der die Neigung zur Harmonie und zur Identifikation mit der Gruppe abnimmt. Auch Yaguchi hat diese Veränderungen in der japanischen Gesellschaft anerkannt.

Als Ursache dieser Veränderungen möchte ich zwei Punkte anführen. Die erste Ursache liegt darin, daß die japanische Wirtschaft, die in den achtziger Jahren sehr floriert hat, sich nun in einer Phase der Rezession befindet. Nach dem Zweiten

Weltkrieg haben die Unternehmen „dem Unternehmen untergeordnete Personen“ wegen des Systems der Beschäftigung auf Lebenszeit ausgebildet, und diese haben ihr Leben in der größten Welt („Sseken“) gestaltet. Aber wegen des Zusammenbruchs der „bubble economy“ in Japan in den neunziger Jahren ist auch die größte Welt („Sseken“) zusammengebrochen, und die „dem Unternehmen untergeordneten Personen“ haben ihre Stütze verloren.

Bislang haben viele japanische Unternehmer von ihren Angestellten Unterordnung verlangt. Nun bevorzugen sie für die Entwicklung eines Produkts mit guten Absatzchancen Angestellte mit Individualität.

Der zweite Grund für diese Entwicklung ist der Druck aus dem Ausland. Von Japan ist verlangt worden, dem „Globalstandard“ zu entsprechen. Die Strukturreform auf verschiedenen Gebieten hat inzwischen begonnen. Auch die Universität bildet insoweit keine Ausnahme. Wegen seiner nationalen Eigenheit tendiert der Japaner dazu, Streitigkeiten nicht durch das Gericht, sondern durch Gespräche unter den Beteiligten, durch Konsens, zu lösen. Yaguchi prognostiziert hier aber einen Wandel. Er meint, künftig würden Gerichte Streitigkeiten im gesellschaftlichen Bereich entscheiden. Ursache für diese Veränderung sei das Prinzip der Selbstverantwortung, das als japanische nationale Eigenheit bisher verneint wird. Dies zeigt, daß die Möglichkeit besteht, daß die japanische Gesellschaft sich wandelt von einer Gesellschaft, in der das Individuum sich hinter einer Gruppe versteckt, zu einer Gesellschaft, in der das Individuum Selbstverantwortung trägt.

Ich denke, daß in der japanischen Gesellschaft das Veränderungstempo nicht so hoch ist und eine Revolution kaum ausbrechen wird. Aber es gibt, wie Yaguchi richtig erkannt hat, Zeichen einer Veränderung auch in der japanischen Gesellschaft. Deshalb könnte der Liberalismus auch zu den tatsächlichen Verhältnissen in der japanischen Gesellschaft passen. Dafür möchte ich neben den tatsächlichen Veränderungen noch eine zentrale Funktion des Rechts als Grund anführen. Dem Verfassungsrecht als Grundgesetz aller staatlichen Rechte kommt eine solche stärker leitende Funktion zu. Diese starke Funktion bedeutet, denke ich, daß es keinen Grund gibt, auf die Verfassungsnorm zu verzichten, wenn Verfassungsnorm und Wirklichkeit auseinanderfallen. Ist das Grundprinzip im Verfassungsrecht nicht falsch, wäre es nicht richtig, dieses Grundprinzip selbst in Frage zu stellen.

V. Schluß

Zur Realisierung der Idee des Zusammenlebens genügt es nicht, die Mitmenschlichkeit hervorzuheben. Zwischen Autonomie einerseits und Verbindlichkeit andererseits besteht ein doppelter Bezug. Zum einen sind beide voneinander abhängig, zum anderen aber stehen beide in einem Spannungsverhältnis. Deshalb reicht es für eine Lösung aktueller Probleme nicht aus, auf die gegenseitigen Verpflichtungen der Individuen untereinander hinzuweisen. In den Fällen, in denen Autonomie und Verbindlichkeit miteinander in einem Spannungsverhältnis stehen, ist es eine große und schwierige Frage, wie wir dieses Verhältnis lösen. Zu welchen Gunsten entscheiden wir uns, zugunsten der Verantwortung oder des Zwangs?

Mein Anliegen ist es, nicht aufgrund von Zwang, sondern aufgrund der Verantwortung nach der Lösung der Probleme zu suchen. Ich möchte die Gesellschaft, die auf dem Prinzip der Selbstverantwortung basiert, die „diskrete Gesellschaft“ nennen. Sie setzt sich aus „schwachen Individuen“ zusammen, die nicht immer vernünftig sind, sogar Kummer und Leiden haben. In dieser Gesellschaft unterstützen die Menschen einander, ohne sich aufzudrängen. Die „diskrete Gesellschaft“ ist eine Gesellschaft, in der auf die Stimmen der Minderheit gehört wird und in der die Selbstbestimmung des „schwachen Individuums“ gewährleistet ist. Und jeder einzelne trägt für sein selbstbestimmtes Tun die Verantwortung.

III. Umweltschutz als Gegenstand des Verfassungsrechts

Der ökologische Verfassungsstaat*

Von Rudolf Steinberg, Frankfurt a.M.

Einleitung

Der Typus der Verfassung des modernen Verfassungsstaates entstammt der zweiten Hälfte des 18. Jh. Diese Verfassung zeichnet sich aus durch Merkmale der Herrschaftsbegründung und dient nicht nur - wie ältere Fundamentalgesetze und Herrschaftsverträge - der Herrschaftsbegrenzung. Sie regelt die Ausübung der Staatsgewalt nach Entstehung und Ausübung durchgehend. Verstanden als „instrument of government“ konstituiert sie die staatliche Gewalt und verteilt diese auf verschiedene staatliche Organe. Sie trifft aber auch Vorkehrungen zur Sicherung der Rechte der Bürger formeller und materieller Art. Hierzu gehören vor allem das Gesetz, Grundrechte und die Existenz unabhängiger Gerichte. In all dem lassen sich die rechtsstaatlichen und die demokratische Funktionen der Verfassung festmachen, dem die Funktion der Sicherheit als elementarste Staatsfunktion in gewisser Weise vorausliegt.

Diese drei Funktionen von Verfassung und Staat sind - wie oftmals behauptet wird - in Gefahr. So wird nicht erst heute vor der „Aufgabe des logischen und begrifflichen Gefüges der rechtsstaatlichen Verfassung“¹ und damit vor einer „partiellen Auflösung“² des Verfassungsgesetzes gewarnt (*Ernst Forsthoff*). Diese Gefahr wird beschworen vor allem im Hinblick auf das „Eindringen“ des Sozialen in die Verfassung. Dadurch wird die Verfassung - so *Konrad Hesse*³ - zur „rechtlichen

* Der Beitrag stellt einen Auszug dar aus der Monographie des Verf.: *Der ökologische Verfassungsstaat*, Kap. VI: Die ökologische Verfassung, 1998, Frankfurt/Main.

¹ *Forsthoff E.*, Zur Problematik der Verfassungsauslegung, 1961, S. 30.

² *Forsthoff E.*, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Friedrich, M. (Hrsg.), *Verfassung*, 1978, S. 148.

³ *In Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Auflage, 1995.

Grundordnung des Gemeinwesens“, welche „die Grundlinien rechtlicher Gesamtordnung, nicht nur des staatlichen Lebens im engeren Sinne“ normiert.

Ich kann diese Kontroverse um das Verhältnis von Verfassung, d.h. rechtsstaatlicher Verfassung - welche die deutsche Staatsrechtslehre vor allem beschäftigt - und Sozialstaat nicht weiter ausbreiten. Aber eins ist gewiß:

Mit der notwendigen Ausweitung der Gewährleistungen der Verfassung um die sozialen Voraussetzungen individueller Freiheit verbunden ist zum einen die Gefahr einer Überforderung der Verfassung, weil diese nunmehr Verbürgungen enthält, die nicht auf dem Wege des „Verfassungsvollzuges“ realisiert werden können, sondern auf positive Maßnahmen der staatlichen Organe, vor allem des Gesetzgebers, angewiesen sind⁴; zum anderen besteht die Besorgnis eines Abbaus der rechtsstaatlichen Freiheitsverbürgungen, z.B. durch die Schwächung des Systems abwehrrechtlicher grundrechtlicher Sicherungen.

Es fragt sich, ob sich diese Ambivalenzen durch die Einbeziehung der Umwelt in die Gewährleistungen der Verfassung nicht noch gesteigert haben. Denn wenn schon das Eindringen des sozialen Ganzen in die Verfassung zu deren Überforderung auf der einen, zur Auflösung ihres rechtsstaatlichen Gehalts auf der anderen Seite geführt hat, um wieviel mehr steigert sich nicht diese Gefahr bei der Inkorporierung jetzt auch der außersozialen, natürlichen Voraussetzungen der Existenz des Einzelnen? Ist das Verfassungsgesetz hierdurch über die in der Anerkennung grundrechtlicher Schutzpflichten und der Staatszielbestimmung Umweltschutz liegende symbolische Hervorhebung einer neuen Staatsaufgabe im Sinne einer politisch-ethischen Selbstvergewisserung und Selbstverpflichtung hinaus zu einer rechtlichen, d.h. auch mit rechtlichen Mitteln durchsetzbaren, und nicht nur programmatischen Verbürgung überhaupt in der Lage? Und ist diese Inkorporierung nicht mit einer - weiteren - Auflösung des rechtsstaatlichen Gehalts der Verfassung

⁴ Vgl. etwa *W. Hennis*, Verfassung und Verfassungswirklichkeit, 1968, S. 20 ff.; *R. Steinberg*, Verfassungspolitik und offene Verfassung, JZ 1980, S. 385 ff., 386 ff. m.w.N.

und einer Verfassungskrise⁵ verbunden? Ja wird sie nicht gar zu dem schon oft beschworenen Ende der Verfassung und des Verfassungsstaates führen? Schließlich verbunden mit der Frage nach der Leistungsfähigkeit der ökologischen Verfassung ist auch die nach der Leistungsfähigkeit und der Gestalt des Staates, der sowohl bei den grundrechtlichen Schutzpflichten als auch der Staatszielbestimmung als auch bei der um den Ökologiegrundsatz erweiterten Normierung der Verfassungsprinzipien in den neuen Bundesländern als Adressat der neuen ökologischen Pflichten genannt wird. Die Antwort auf diese drängenden Fragen sind zum gegenwärtigen Zeitpunkt alles andere als gewiß. Sie zuverlässig zu wissen, hieße Auskunft zu geben über die Zukunft der Verfassung. Diese hängt aber nicht nur von den verfassungsimmanenten Veränderungen ab, sondern hat bedeutsame, ja vielleicht säkulare Umwälzungen in der Rolle des modernen Verfassungsstaates mit zu bedenken. Da dessen veränderte Konturen im Zeitalter des Umbruchs nur schemenhaft auszumachen sind - die Eule der Minerva beginnt ihren Flug bekanntlich erst bei Anbruch der Dämmerung -, sollen anstelle einer vielleicht vorschnellen Antwort drei Szenarien entworfen werden, die in unterschiedlicher Weise Möglichkeiten der Zukunft von Verfassung und Verfassungsstaat darstellen.

1. Die Auflösung des liberalen Verfassungsstaates durch den Präventionsstaat

Der wissenschaftlich-technische Fortschritt hat - so konstatiert *Dieter Grimm* - einen Funktionswandel des Staates zur Folge, der gerade auch im Umweltbereich in Zukunft im Modus der Prävention tätig wird. Als Gründe hierfür werden zum einen die durch ihn geschaffenen „neue(n) Risiken unerhörten Ausmaßes“ sowie die Aufzehrung „natürliche(r) Ressourcen“ genannt⁶. Zum anderen wird auf die durch deren wirtschaftliche Verwertung verursachten indirekten Auswirkungen auf den Präventionsbedarf hingewiesen: „Die damit verbundenen Folgeprobleme: fortschreitende Zerstörung der Natur, immer maschinengerechtere Umgestaltung der Lebenswelt, wachsende Belastung des menschlichen Organismus durch

⁵ Das befürchtet *J. Isensee* als Ergebnis der - 1994 mit Art. 20a GG erfolgten - Aufnahme einer Staatszielbestimmung Umweltschutz in das Grundgesetz, vgl. Zur Sache 2/88, hrsg. v. Deutschen Bundestag, 1988, S. 276.

⁶ *D. Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 204 f.

Umweltreize und Chemieprodukte, beschleunigte Ersetzung zwischenmenschlicher Kommunikation durch maschinenvermittelte anonyme Kommunikation haben inzwischen Schwellenwerte überschritten, hinter denen sie von vielen nicht mehr dem Fortschritt gutgeschrieben, sondern als Verarmung und Bedrohung empfunden werden⁷.“

Diese Begründung erscheint nicht unproblematisch, weil höchst unterschiedliche Phänomene - die ökologische Bedrohung und die soziale Bedrohung als Ergebnis einer sozialen Destabilisierung - in demselben Atemzug genannt werden ohne zu untersuchen, ob und inwieweit diese Parallelisierung wirklich trägt. Die weiteren Erläuterungen *Grimms* passen überwiegend auf staatliche Präventionsstrategien gegenüber der sozialen Bedrohung. Angesichts zunehmender sozialer Gefahrenherde richte sich die staatliche Aufmerksamkeit zunehmend auf prädelinquente, präpathologische, präsubversive Phänomene. Zum andern werde sie gegenständlich umorientiert: Ziele die ältere Gefahrenvorsorge primär auf Sachrisiken, um den Menschen zu schützen, so beziehe sich die neue Prävention primär auf Humanrisiken, womit ein erheblich gesteigener Bedarf an personenbezogenen Daten verbunden sei⁸.

Allerdings ist dem Umweltrecht der Gedanke der Prävention nicht fremd. So wird die Anlagengenehmigung in Deutschland seit 1845 als „klassische Realprävention im Bereich der technischen Sicherheit“ bezeichnet. Hier sind auch quantitative und qualitative Ausweitungen denkbar. So würde die Prävention in der Tat dramatisch vorangetrieben, wenn man Vorschlägen folgte, wonach die Zulassung von Produkten von einer Genehmigung nach dem Maßstab sozialer Nützlichkeit ginge⁹. Qualitative Ausweitungen könnten insbesondere durch eine Verschärfung des Vorsorgegrundsatzes eintreten, bei der die Schwelle für staatliche Eingriffe gesenkt würde.

⁷ Ebd. S. 205.

⁸ Ebd. S. 206 f., vgl. auch S. 198 u. 214 ff. wo vor allem die Gefährdungen des Persönlichkeitsrechts problematisiert wird.

⁹ D. *Murswiek*, Privater Nutzen und Gemeinwohl im Umweltrecht, DVBl. 1994, S. 77 ff. 84 f.

Derartige Entwicklungen wären in der Tat in der Lage, das Verteilungsprinzip des westlichen Verfassungsstaates, das sich durch die Freisetzung der Bürger in der Gesellschaft auf der einen Seite, die Begrenzung der staatlichen Machtbefugnisse auf der anderen Seite auszeichnet, umzukehren. In letzter Konsequenz könnte dies zu der Entstehung eines Umweltstaates mit ökodiktatorialen Zügen führen.

Allerdings - es sei denn es ereignete sich eine ökologische Katastrophe - erscheint eine derartige Perspektive zur Zeit wenig wahrscheinlich. Hierfür sprechen mehrere Gründe: Die mit dem Präventionsstaat verbundene Vorstellung des starken Staates, der durch den Einsatz hoheitlicher Mittel eine virtuell totale soziale Kontrolle anstrebt, spiegelt im Umweltbereich in keiner Weise die Realität wieder. Der Leviathan hat sich hier zum nützlichen Haustier¹⁰ entwickelt. Insbesondere seine hoheitlichen Mittel - Befehl und Zwang - haben sich längst als recht scharftiges Schwert erwiesen, das nur noch sehr eingeschränkt Angst und Schrecken bei den „ökologischen Feinden“ zu erwecken vermag. Die Vorstellung *Max Webers*, wonach die staatliche Bürokratie deshalb die leistungsfähigste Organisationsform darstelle, weil sie Informationen und Macht an der Spitze konzentriere¹¹, ist längst verblaßt.¹²

Die Ursachen hierfür sind oft beschrieben worden¹³: die Abhängigkeit der staatlichen Behörden von Informationen und von technisch-wissenschaftlichem Sachverstand, worüber zunächst einmal die Regelungsadressaten verfügen; deren rechtliche und faktische Obstruktionsmöglichkeiten; die politische Stärke der von ihnen verkörperten ökonomischen Interessen, die sich jetzt in den Schlüsselworten des Standort Deutschlands und der Globalisierung fokussieren; schließlich die schwierigen Bedingungen eines Handelns in Risikosituationen, d.h. in Lagen, in denen nicht nur das Vorliegen einer Gefahr im Sinne einer zu erwartenden Rechtsgutsbeeinträchtigung, sondern auch die Wirksamkeit der angeordneten Vorkehrungen zweifelhaft bleibt. Gegenüber dem allen sind die staatlichen

¹⁰ *H. Schulze-Fielitz*, Der Leviathan auf dem Wege zum nützlichen Haustier?, in: R. Voigt (Hrsg.), *Abschied vom Staat - Rückkehr zum Staat?*, 1993, S. 95 ff.

¹¹ *M. Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl. 1972, S. 551 ff., 574 ff., 639.

¹² *A. Giddens*, *Jenseits von Links und Rechts*, 1997, S. 171.

¹³ Vgl. nur *N. Dose*, Kooperatives Handeln der Umweltschutzverwaltung, in: ders./R. Voigt (Hrsg.), *Kooperatives Recht*, 1995, S. 91 ff.

Umweltbehörden nicht macht- und chancenlos: Sie können sich die notwendigen Informationen beschaffen, sie können eigene Sachverständigengutachten einholen; sie können verwaltungsgerichtliche Prozesse durchfechten und gegebenenfalls sogar die Staatsanwaltschaft bemühen; schließlich lassen sich auch Umweltschutzinteressen und die öffentliche Meinung mobilisieren. All das ist jedoch mit erheblichen Kosten verbunden, die der Staat nur in begrenztem Umfang und deshalb nur in ausgesuchten Fällen zu tragen vermag. Die ordnungsrechtlichen Möglichkeiten werden deshalb vornehmlich für die etablierten Routinefälle genutzt; sie stellen im übrigen die Grundlage für die bargaining power dar, welcher sich der Staat beim Einsatz neuer Instrumente des kooperativen Umweltrechts bedienen muß. Die unter den Schlagworten der Deregulierung und Privatisierung in den letzten Jahren feststellbaren Reduzierungen des ordnungsrechtlichen Instrumentariums¹⁴ und die Vorliebe für „neue“ Instrumente staatlich gewährleisteter ökologischer Selbststeuerung belegen diese Tendenz.

Realistischer erscheint demgegenüber das zweite Szenario:

II. Die Ersetzung der rechtsstaatlich-demokratischen Verfassung durch die Technostruktur

Es spricht Vieles dafür, daß die bereits von *Forsthoff* diagnostizierte Schwächung rechtsstaatlicher Formen durch den „Einbruch“ des Sozialstaates in die Verfassung durch die wachsenden ökologischen Anforderungen an den Staat und dessen Organe sich noch weiter verstärkt hat: Dies betrifft vor allem die Steuerungsfähigkeit des Gesetzes. Es läßt sich feststellen, daß die Voraussetzungen für die Zulassung technischer Risiken sich nicht dem parlamentarischen Gesetz entnehmen lassen, das sich mit der Normierung von äußerst vagen unbestimmten Rechtsbegriffen begnügt und damit zentrale rechtsstaatliche Postulate des Gesetzesvorbehalts und des Bestimmtheitsgebots in Frage stellt¹⁵. Es ist ferner darauf zu verweisen, daß

¹⁴ Vgl. nur *Sachverständigenrat für Umweltfragen*, Umweltgutachten 1996, Tz. 74 ff.; *R. Steinberg*, Zeit, Umwelt und Beschleunigung bei der Planung von Verkehrswegeprojekten, NuR 1996, S. 6 ff., 10 ff.

¹⁵ Hierzu und zum folgenden *Grimm* (FN 7), S. 162 ff., 190 ff.; *E. Denninger*, Der Präventions-Staat, KJ 1988, S. 1 ff., 6 ff.

selbst auf untergesetzlicher Ebene die Statuierung der Anforderungen z.B. an eine Anlage nicht oder lediglich formell, nicht jedoch effektiv durch staatliche Organe, die Verwaltung, erfolgt, sondern daß diese die technischen Regelwerke privater oder halbstaatlicher Stellen mehr oder weniger „ratifiziert“.

Schließlich: Die Beteiligung der Öffentlichkeit, Betroffener und der Umweltverbände - soweit diese überhaupt noch erforderlich ist - besitzt lediglich Alibi charakter und dient der Verteidigung der im Dialogdreieck Verwaltung - Betreiber - Sachverständige längst getroffenen Absprachen. Die dritte Gewalt hat sich mit dem Wyhl-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts 1985¹⁶ aus der inhaltlichen und schrittweise inzwischen weitgehend auch aus der Verfahrenskontrolle zurückgezogen. Damit verflüchtigt sich die Legitimationsfunktion der gerichtlichen Kontrolle im Umweltschutz zunehmend. Mit dem kollektiven Charakter von Umweltinteressen tut sich das auf Individualrechtsgüterschutz angelegte System des Verwaltungsrechtsschutzes ohnehin schwer. Die Diskussion um die Einführung der umweltrechtlichen Verbandsklage tritt seit Jahren nicht nur auf der Stelle; vielmehr sind Rückschritte als Folge der „Beschleunigungsgesetzgebung“¹⁷ der letzten Jahre zu verzeichnen.

So ereignen sich die wirklichen Auseinandersetzungen und Entscheidungen jenseits des Schleiers weitgehend symbolischer - an Realität weder interessierter noch Realität verändernder - Gesetzgebung, ja selbst Verfassungsgebung, wie der Ertrag der Staatszielbestimmung Umweltschutz in Art. 20a GG erweisen mag, nicht auf der parlamentarischen, von der Verfassung vorgezeichneten Bühne, sondern in den Hinterzimmern des bürokratisch-wirtschaftlich-technischen Komplexes. Damit hat der Verfassungsstaat mit seinen spezifischen Instrumente in Wirklichkeit abgedankt zugunsten der Selbststeuerung der Technostruktur. Mit einem gewissen

¹⁶ BVerwGE 72, 300.

¹⁷ Zu den Beschleunigungsgesetzen gehören: VerkPBG v. 16.12.1991 (BGBl. I S. 2174), abgelöst durch das PIVereinfG v. 17.12.1993 (BGBl. I S. 2123); Novelle des FStrG v. 19.4.1994 (BGBl. I S. 854); GenBeschG v. 12.9.1996 (BGBl. I S. 1354); 6. VwGOÄndG v. 1.11.1996 (BGBl. I S. 1626).

masochistischen Schauern wird inzwischen auch in der Rechtswissenschaft die „Antiquiertheit des Rechts in der Risikogesellschaft“ konstatiert¹⁸.

Derartige Diagnosen sind nicht neu. Sie liegen etwa der These *Forsthoffs* zugrunde, wonach der Staat zugunsten der technischen Realisation längst abgedankt habe und nur noch in der Verbindung mit dieser als Staat der Industriegesellschaft Zukunft habe¹⁹. Nach all dem sei gewiß, „daß der Staat außerstande wäre, den technischen Prozeß in die Schranken zu verweisen, welche die Humanität (diese in einem wörtlichen und umfassenden, unsentimentalen Sinne verstanden) gebietet. Denn solche Schranken würde bedeuten, Herrschaftsfunktionen gegenüber der Industriegesellschaft auszuüben. Dazu bedarf es einer Macht, die dem Staat fehlen muß, der seine Stabilität und Funktionsfähigkeit der Industriegesellschaft verdankt²⁰.“

Noch konsequenter wird der „technische Staat“ von *Helmut Schelsky* analysiert. In seinem „technischen Staat“ schränken kraft des Vordringens der wissenschaftlichen Zivilisation Sachgesetzmäßigkeiten und Sachzwänge den Spielraum für politische Entscheidungen ein. Damit werde - so Schelsky - der Demokratie die Substanz entzogen, in dem traditionellen Sinne sterbe politische Herrschaft damit ab²¹.

Aus der Sicht heutiger Systemtheorie wird diese Analyse jedenfalls hinsichtlich der Steuerungsfähigkeit des Staates bekräftigt. Werden die verschiedenen Systeme der Gesellschaft - Wirtschaft, Wissenschaft etc., aber auch Staat und Recht - als selbstreferentielle autopoietische Strukturen verstanden, dann müssen auch die Operationen des politischen Systems dem allgemeinen Duktus ausdifferenzierter Funktionssysteme folgen. „Somit ist es,“ so *Niklas Luhmann*, „wenig sinnvoll, dem politischen System eine gesellschaftliche Sonderposition, eine Art Führungsrolle oder eine Pauschalverantwortung für die Lösung ökologischer Probleme zuzuweisen²².“ Damit werde von der Politik mehr verlangt, als sie leisten könne. „Das führt nicht nur zu Enttäuschungen, die vermieden werden könnten, sondern auch zu

¹⁸ *R. Wolf*, Zur Antiquiertheit des Rechts in der Risikogesellschaft, *Leviathan* 1987, S. 357 ff.

¹⁹ *E. Forsthoff*, Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, passim, bes. S. 42 ff., 158 ff.

²⁰ Ebd., S. 168.

²¹ *H. Schelsky*, Der Mensch in der technischen Zivilisation, 1961, S. 19 ff., 21 f., 29.

²² *N. Luhmann*, Ökologische Kommunikation, 3. Aufl. 1990, S. 174 f.

einer Überlastung des politischen Systems mit unerfüllbaren Anforderungen und zu einer Fehlsteuerung von Aufmerksamkeit. Die Politik wird dann ins Verbalpolitische abgedrängt, sie muß hastige Scheinlösungen oder Problemverschiebungen anbieten oder Zeit zu gewinnen versuchen²³.“ So reproduziere die Politik Hoffnungen und Enttäuschungen, und das Einbringen ökologischer Probleme in die Politik verstärke noch diesen Effekt, „denn an ihnen wird nun vollends deutlich, daß die Politik viel können müßte und wenig können kann²⁴.“ Und noch deutlicher beschreibt *Helmut Willke* das Ende überkommener Vorstellungen von Verfassung, Staat und sozialer Einheit mit der Bemerkung, Strategien der Veränderung müßten sich von den „Allmachtsphantasien direkter, zielsicherer Intervention auf der Grundlage überlegener Expertise und richtiger Realitätsmodelle“ verabschieden²⁵.

Es läßt sich freilich nicht verkennen, daß damit das politische System viel von seiner Legitimität verliert, die die rechtsstaatlichen wie auch die demokratischen Strukturen zu vermitteln vermögen. Doch wird die fehlende politische Akzeptanz kompensiert durch eine multimediale Sedierung der Bevölkerung. 100 TV-Kanäle mit pausenlosen Talk-Shows, die vor nichts und niemandem zurückschrecken, fesselnde Sportereignisse a là Fußballbundesliga, Telekom-Team und Wimbledon rund um die Uhr, schließlich Internet mit seiner globalen Agora schaffen eine virtuelle Realität, hinter der das Ausgeliefertsein der realen persönlichen Existenz in Vergessenheit gerät. Die Aufklärung verkümmert zu der Mündigkeit des Bürgers, mit Hilfe eines von omnipotent-benevolenten Medienzaren bereitgestellten Decodern Pornographie auf den heimischen Bildschirm zu holen. Panem circensesque²⁶ als Programm des einen Fünftels der Bevölkerung, nämlich der Funktionsträger der Technostruktur, für den lediglich noch für den Konsum und für periodische Akklamationen benötigten Vierfünftel-Rest. Nachdem der Einzelne nicht mehr nur durch die Arbeit entfremdet, sondern tatsächlich von ihr „freigesetzt“ ist und seine Teilnahme an der Politik auf rituelle und symbolische Handlungen reduziert wird,

²³ Ebd., S. 124 f.

²⁴ Ebd., S. 169.

²⁵ *H. Willke*, *Supervision des Staates*, 1997, S. 60.

muß er den Gehalt seines Lebens in einem rein formal und leer als „Freizeit“ bezeichneten Bereich jenseits von Arbeit und Politik suchen²⁷. Die Labilität dieses Systems erscheint allerdings offensichtlich. Denn niemals ist auszuschließen, daß das Volk aus sich oder von außen bewogen die Fesseln dieser Entmündigung abstreift und damit das Regime der Technostruktur umstürzt²⁸.

III. Der Ökologische Verfassungsstaat

Wie sieht - oder sollte - die ökologische Verfassung aussehen, ohne daß es zu ihrer Überforderung kommt und ohne daß ihr rechtlicher und rechtsstaatlicher Gehalt in Frage gestellt wird?

Unverändert konstituiert die Verfassung die staatlichen Organe und stattet sie mit Kompetenzen aus, ordnet die verschiedenen Gewalten begrenzend und ausbalancierend zu und gewährleistet die Freiheitsbereiche der BürgerInnen gegenüber staatlichen Eingriffen, die nur unter bestimmten formellen und materiellen Bedingungen zulässig sind.

Ihr kommt jedoch darüberhinausgehende Bedeutung zu. Zum einen stellt sie ein Stück Selbstvergewisserung über die Grundlagen der politischen Existenz des Gemeinwesens dar. Hierin liegt ein einheitsstiftender Faktor, der angesichts der Schwäche anderer Integrationsfaktoren wie der der Nation, der Krone oder der Religion nicht gering zu schätzen ist²⁹. Die Verfassungen in den neuen Bundesländern, aber auch in Mittel- und Osteuropa spiegelt die „sozio-ökonomischen Befindlichkeiten“ (*Graf Vitzthum*) der jeweiligen Verfassungsgeber deutlich wieder³⁰. Deren ausdrückliches Bekenntnis zum ökologischen

²⁶ Der ehemalige Sicherheitsberater Präsident Carters, *Z. Brzezinski*, wird hierfür mit dem Begriff „Tittytainment“ zitiert, vgl. *H.-P. Martin/H. Schumann*, Die Globalisierungsfalle, 8. Aufl. 1996, S. 13.

²⁷ So schon *A. Gehlen*, Die Seele im technischen Zeitalter, 1957, S. 110.

²⁸ Hier gewinnen die Warnungen von *E.E. Schattschneider*, *The Semi-Sovereign People*, New York u.a., 1960, S. 104, vor dem politisch apathischen Teil der Bevölkerung als „the soft underbelly of the system“ gesteigerte Bedeutung.

²⁹ *Steinberg* (FN 5), S. 386.- Zu den unterschiedlichen Formen der Integration in England, den USA und Frankreich eindrucksvoll *U.K. Preuß*, Der Begriff der Verfassung und ihre Beziehungen zur Politik, in: ders. (Hrsg.), Zum Begriff der Verfassung, 1994, S. 7 ff.

³⁰ *Steinberg*, Der Beitrag des Einigungsprozesses und der neuen Bundesländern zur Verfassungsentwicklung in Deutschland, in: FS Mahrenholz, 1994, S. 423 ff.; *E. Denninger*,

Verfassungsstaat bringt noch deutlicher als die Staatszielbestimmung Umweltschutz im Grundgesetz die Verständigung über den fundamentalen Rang des Ökologiegrundsatzes für die Gestaltung des Gemeinwesens zum Ausdruck.

Die Funktion der Verfassung als Form der Integration des Gemeinwesens ist besonders von *Rudolf Smend* herausgearbeitet worden³¹. Von ihm wird die Verfassung als geistiger Sinnzusammenhang der Bürgerinnen und Bürger eines Gemeinwesens verstanden, über den in der Verfassung Verständigung erzielt worden ist. In diesem Sinne ist auch die nationalstaatliche Bedeutung der Verfassungen zu sehen³², die diesen seit dem 19. Jh. bis zur Herstellung der deutschen Einheit im Jahre 1990 zugekommen ist. Die Verfassung wird somit zu einem Stück der Einheitsstiftung.

Die Verfassung enthält darüber hinaus in der Gestalt von grundrechtlichen Schutzpflichten und Staatszielbestimmungen Direktiven für das staatliche Handeln, durch die bestimmte Ziele in der Gesellschaft realisiert werden sollen. Durch die Einbeziehung des Ökologiegrundsatzes greift diese Direktivwirkung weiter aus, insofern als sie über soziale Ziele hinaus auch die Interessen zukünftiger Generationen sowie den Zustand der natürlichen Umwelt dem Staat aufgibt. Insofern stellt die Verfassung in der Tat den „grundlegende(n), auf bestimmte Sinnprinzipien ausgerichtete(n) Strukturplan für die Rechtsgestalt des Gemeinwesens“ (*Hollerbach*) dar. Allerdings gewinnt die Verfassung über das Gebot, die ökologischen Wirkungen menschlichen Handelns mit zu bedenken, eine völlig neue Dimension, die nur als eine neue Epoche des Verfassungsstaates verstanden werden kann.

In ihrer Direktivfunktion wirkt die Verfassung unzweifelhaft als Verfassungsgesetz. Zwar entfaltet sich dieser Rechtsgehalt nicht nach dem Muster des Subsumtionsmodells, bei dem die Normen der Verfassung sich in dem Vorgang der

Sicherheit/Vielfalt/Solidarität: Ethisierung der Verfassung, in: U.K. Preuß (Hrsg.), *Zum Begriff der Verfassung*, 1994, S. 95 ff.

³¹ *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), in: *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2. Aufl. 1968, S. 119 ff., 187 ff.

³² Darauf weist *E. Forsthoff* (FN 20), S. 71 f., hin.

Subsumtion vollziehen³³. Die direktiv wirkende Norm ist demgegenüber auf Entfaltung, auf Aktualisierung durch die staatlichen Organe, angelegt. Auch hier besitzt die Verfassungsnorm rechtliche Geltung. Diese liegt in der Vorgabe des Zieles oder - wie meistens - der Ziele staatlichen Handelns. Auch wenn sie - anders als bei der subsumtionsfähigen Norm - nicht die Mittel angibt, so statuiert sie doch Grenzen, die nicht überschritten werden dürfen.

Die Verfassung als „Plan für die Rechtsgestalt des Gemeinwesens“ fordert vor allem aber auch ein Verfahren, in dem die zur Zielerreichung in Betracht kommenden Maßnahmen unter Beteiligung der Betroffenen sowie - bei der im Umweltschutz typischen - Berührung öffentlicher Interessen der Beteiligung der interessierten Öffentlichkeit erarbeitet werden. Dieses Postulat wird untermauert durch die Einsicht in den „Verbundcharakter“ des modernen Gemeinwesens, in welchem dem Staat weniger die Rolle hoheitlicher Herrschaft als vielmehr die eines Koordinators oder Moderators zukommt. Die Verfassung läßt sich so als umfassende Ordnung der ökologischen Kooperationsprozesse begreifen, der die Optimierung der staatlichen Maßnahmen zur Wahrung der verfassungsrechtlichen Rechtsgüter unter Einschluß der natürlichen Lebensgrundlagen auch der zukünftigen Generationen aufgegeben ist. Sie ermöglicht die Reflexion über die Auswirkungen des wissenschaftlich-technischen Fortschritts. Und da diese sich durch Ungewißheit auszeichnen, erfordert die Verfassung des „reflexiven Konstitutionalismus“³⁴ eine rechtliche Ordnung, welche Erkenntnisoffenheit, Lernfähigkeit und Korrekturmöglichkeiten gewährleistet. Ihre Reflexivität bezieht sich im Sinne *Ulrich Becks* auf die Nebenfolgen des technischen Fortschritts³⁵. Damit wird die Verfassung von zu hoch gesteckten Erwartungen in ihre Steuerungsfähigkeit bewahrt - welche ja über die staatlichen Handlungsmöglichkeiten nicht hinausgehen kann - und müssen

³³ *Grimm* (FN 7), S. 172 ff., 339 f.

³⁴ *U. K. Preuß*, *Revolution, Fortschritt und Verfassung*, 1990, S. 78.

³⁵ *U. Beck*, *Wissen oder Nicht-Wissen? Zwei Perspektiven „reflexiver Modernisierung“*, in: v.Beck, U./Giddens, A./Lash, S. (Hrsg.), *Reflexive Modernisierung*, 1996, S. 289 f.

Zuschreibungen wie „Verfassung des wissenschaftlich-technischen Fortschritts“ oder „Verfassung des Wissens“³⁶ als unrealistisch zurückgewiesen werden.

Als Ergebnis läßt sich damit festhalten:

Die Funktion der Verfassung wird damit unzulässig verengt, wenn sie auf ihren liberal-staatlichen Funktionsgehalt reduziert wird. Das erweist nicht nur ein Blick auf die Verfassungsfunktion in anderen westlichen Verfassungsstaaten³⁷. Die liberal-staatlichen Elemente bleiben jedoch prinzipiell erhalten. Der Verfassung kann über die traditionellen Gehalte hinaus aber auch eine normative Schicht von Optimierungsgeboten entnommen werden, die den staatlichen Handlungen Richtung und Maß geben, vor allem aber auch Abwägungspflichten auferlegen, nicht jedoch konkrete Inhalte vorgeben³⁸.

Auch in ihren direktiven und prozeduralen Elementen bleibt die Verfassung Rechtsgesetz. Sie wirkt als rechtliche Rahmen- und Verfahrensordnung für das politische System. Dessen Entscheidungen sind inhaltlich nur in den Grenzen des Rechtsgehalts der Verfassungsnormen rechtlich determiniert; im übrigen und d.h. ganz überwiegend müssen sie nach anderen - politischen - Kriterien getroffen werden. Methodisch läßt sich die Verfassungsnorm topisch verstehen. Dies bedeutet, daß die Rechtsnormen als rechtliche Topoi bei der Entscheidung Berücksichtigung finden. Hinzu kommt die verfahrensmäßige Strukturierung der Entscheidungen.

Die derart beschriebene Direktiv- und Verfahrenswirkung von Normen der Verfassung ist auch für den Ökologie-Grundsatz - mit seinen grundrechtlichen Schutzpflichten wie auch mit der Staatszielbestimmung Umweltschutz - bedeutsam. Hierdurch wird rechtliche Verbindlichkeit verbunden mit politischer Gestaltungsfreiheit. Die klare Herausarbeitung des rechtlichen Gehalts der ökologischen Optimierungsgebote ist auch die unerläßlich Voraussetzung effektiver

³⁶ Preuß (FN 35), S. 86, 88.

³⁷ So deutlich Preuß (FN 30), S. 25 f.

³⁸ Eine „Fixierung auf das Höchsterreichbare“, vor der *P.Lerche*, Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?, in: FS Stern, 1997, S. 197 ff., 205 ff. zu Recht warnt, liegt der hier vertretenen Auffassung fern.

verfassungsrechtlicher Kontrolle, welche die Entscheidungsspielräume der politisch Verantwortlichen respektiert.

Ich kann jetzt nicht ausführen, welche Konsequenzen sich daraus für die unterverfassungsrechtliche Rechtsordnung ergeben. Denn vor allem auf der Ebene des einfachen Rechts läßt sich die Ökologisierung der Rechtsordnung ausmachen. Stichworte müssen hier genügen: Prozeduralisierung des Rechts; Anpassung der Rechtsordnung an die Eigenarten von Risikorecht und effektiver Einbau von ökologischen Interessen.

Ich möchte abschließend ein wenig eingehender auf ein Problem eingehen, dessen Bewältigung mir eine Schlüsselfunktion beim Gelingen des ökologischen Verfassungsstaates einzunehmen scheint: die Vermittlung von Wissenschaft und Technik auf der einen Seite und den Bürgern auf der anderen Seite. Es geht hier um einen ganz wesentlichen Bereich, in dem die notwendige ökologische Reflexivität der Rechtsordnung erreicht werden kann.

IV. Expertensysteme

Als eines der herausragenden Merkmale der heutigen Moderne ist von *Anthony Giddens* die Existenz von Expertensystemen beschrieben worden³⁹. Derartige Systeme technischer Leistungsfähigkeit oder professioneller Sachkenntnis prägen weite Bereiche des materiellen und gesellschaftlichen Umfeldes, in dem wir heute leben. Die Experten in modernen Gesellschaften werden von ihm mit den Hütern der Tradition in vormodernen Gesellschaften insoweit verglichen, als beide die Lieferanten abstrakter Systeme darstellten⁴⁰.

Diese Systeme werden von *Giddens* als eine der beiden Arten von „Entbettungsmechanismen“ bezeichnet - die andere hier nicht interessierende stellen symbolische Zeichen wie Geld dar. Unter Entbettung versteht er „das ‘Herausheben’ sozialer Beziehungen aus ortsgebundenen Interaktionszusammenhängen und ihre

³⁹ A. Giddens, *Konsequenzen der Moderne*, 1996, S. 33 ff.

⁴⁰ Ders., *Leben in einer posttraditionalen Gesellschaft*, in: v.Beck, U./Giddens, A./Lash, S. (Hrsg.), *Reflexive Modernisierung*, 1996, S. 113 ff., 127, 154 ff.

unbegrenzte Raum-Zeit-überspannende Umstrukturierung⁴¹. Dieses Phänomen diene unter anderem dazu, durch Loslösung von den Zwängen ortsgebundener Gewohnheiten und Praktiken vielfältige Möglichkeiten des Wandels zu eröffnen und Schaltmechanismen für das das moderne soziale Leben auszeichnende Merkmal der rationalisierenden Organisation zur Verfügung zu stellen⁴².

Expertensysteme funktionierten deshalb als Entbettungsmechanismen, weil sie ebenso wie die symbolischen Zeichen dazu dienten, soziale Beziehungen von den unmittelbaren Gegebenheiten ihres Kontextes zu lösen. Sie verführten bei der Entbettung in derselben Weise wie symbolische Zeichen, in dem sie „Garantien“ dafür lieferten, daß unsere Erwartungen auch über gewisse Raum-Zeit-Abstände erfüllt würden.

Grundlage des Funktionierens der Expertensysteme stelle das Vertrauen dar. Und genau diese Grundlage werde durch die Expertensysteme selber dadurch unterminiert, daß die Reflexivität der Moderne, d.h. die ständige Überprüfung und Verbesserung der sozialen Praktiken im Grunde die Vernunft und die Gewißheit der Wissenschaft untergrüben, auf denen das Vertrauen in die Expertensysteme aufbaue⁴³.

Welche Konsequenzen ergeben sich daraus für die Organisation derartiger Systeme?

Völlig unrealistisch und romantizistisch scheinen die Vorschläge von Vertretern einer „deep ecology“, die in gewisser Weise eine Abschaffung der Expertensysteme und damit eine Rückkehr zu vortechnischen Verhältnissen propagieren⁴⁴. Es stellt eine Binsenwahrheit dar, daß die Probleme des Überlebens der heutigen Gesellschaft nur mit Hilfe der Wissenschaft und Technik bewältigt werden können. Auch die Kritiker bestimmter Technologien weisen immer wieder auf die Notwendigkeit der

⁴¹ A. Giddens (FN 40), S. 33.

⁴² Ebd. S. 32.

⁴³ Ders. (FN 41), S. 162 f.; ders. (FN 40), S. 54 ff.

⁴⁴ Nachweise bei Giddens (FN 13), 1997, S. 268 f.

Entwicklung alternativer umweltschonender Technologien oder der besseren Nutzung bestehender Technologien hin⁴⁵.

Zweifelhaft erscheint es auch, ob es reicht, für die Freiheit von und zur Kritik an den Expertensystemen zu plädieren. Strukturelle Reflexivität beruhe - so *Ulrich Beck* - nicht auf Vertrauen, sondern auf Mißtrauen in Expertensysteme⁴⁶. Zwar ist es richtig, nicht auf unreflektiertes Vertrauen in die „herrschende“ Wissenschaft und Technik zu setzen und für die Einbeziehung „kritischer“ Experten zu plädieren. Doch wird hierbei allzu leicht das Angewiesensein der Expertensysteme auf Vertrauen übersehen. „Das Wesen der modernen Institutionen [ist] zutiefst mit den Mechanismen des Vertrauens in abstrakte Systeme verknüpft..., vor allem mit Mechanismen des Vertrauens in Expertensysteme.“⁴⁷

Auf deren Funktionsfähigkeit ist moderne Gesellschaft jedoch unentrinnbar angewiesen⁴⁸.

Es stellt deshalb ein zentrales Problem der modernen Gesellschaft dar, dieses Vertrauen ungeachtet dessen immanenter Erschütterung in einem Maße zu erhalten, das sowohl das Auftreten von Angst und Furcht⁴⁹ als auch von zu Zwanghaftigkeit erstarrten Vertrauens⁵⁰ verhindert. Als Mittel hierzu schlägt *Giddens* Verfahren der „Wiederaneignung“ und „Rückfilterung“ des Expertenwissens durch die „Laien“ vor⁵¹:

Das moderne Expertenwissen ist - im Unterschied zu dem Wissen traditioneller Experten - „jedem Individuum zugänglich, das die Zeit und die Mittel für die entsprechende Ausbildung besitzt; und das Vordringen institutioneller Reflexivität bedeutet, daß die Theorien, Forschungsergebnisse und Ideen der Experten in gefilterter Form kontinuierlich das Laienpublikum erreichen. Die Wiederaneignung

⁴⁵ Das bemerkt zutreffend auch *H. Markl*, *Wissenschaft: Zur Rede gestellt*, 1989, S. 168 f.

⁴⁶ *U. Beck/W. Bronß*, *Verwissenschaftlichung ohne Aufklärung?*, in: dies. (Hrsg.), *Weder Sozialtechnologie noch Aufklärung?*, 1989, S. 7 - 45 (zit. bei *Lash*, *Reflexivität und ihre Doppelungen: Struktur, Ästhetik und Gemeinschaft*, in: v. Beck, U./Giddens, A./Lash, S. (Hrsg.), *Reflexive Modernisierung*, 1996, S. 205).

⁴⁷ *Giddens* (FN 40), S. 107.

⁴⁸ *Ders.* (FN 13), S. 179.

⁴⁹ *Ders.* (FN 40), 1997, S. 126 f.

⁵⁰ *Ders.* (FN 41), S. 167.

des Expertenwissens durch die Individuen, ohne den Rückfall in zwanghafte Verhaltensmuster ist die Bedingung der Möglichkeit von „Authentizität“ im täglichen Leben“⁵².

Die Stellen, an denen eine derartige „Einmischung“ möglich ist, bezeichnet *Giddens* als „Zugangspunkte“. An diesen kommt eine Verbindung zwischen Einzelpersonen und Kollektiven ohne Fachkenntnisse und den Vertretern abstrakter Systeme zustande. „Dies sind die Orte, an denen abstrakte Systeme verwundbar sind, aber zugleich Kreuzungspunkte, an denen Vertrauen gewahrt oder aufgebaut werden kann“⁵³.

Damit werden wichtige Voraussetzungen für die Schaffung und Erhaltung „aktiven Vertrauens“ genannt. Dieses stellt sich ein, wenn die Institutionen reflexiv werden und die Aussagen der Experten sich der Kritik und Widerlegung öffnen.⁵⁴ Die „Öffnung“ der Wissenschaft ist angesichts des Verlustes traditioneller Autorität unentbehrliche Voraussetzung für die Herstellung von Vertrauen⁵⁵. Im Gegensatz zum „Akzeptieren“ und „Sich darauf verlassen“ schafft das „aktive Vertrauen“ auf beiden Seiten Sichtbarkeit und Verantwortung: „Es mag zwar sein, daß die reflexive Beschäftigung mit abstrakten Systemen die Laien verwirrt und beunruhigt, während sich die Experten darüber ärgern, doch sie nötigt beide dazu, sich Problemen der Verantwortung zu stellen, die sonst verborgen blieben“⁵⁶.

Eine derartige institutionalisierte Reflexivität bedeutet die Umwandlung des Expertensystems zu einer demokratisch organisierten, durch Dialoge bestimmten öffentlichen Sphäre⁵⁷. Durch die Aneignung der globalen, demokratisch überprüften „Wahrheiten“ des Expertenwissens wird die Erstarrung des Vertrauens und damit seine Entwertung verhindert. Ein derartiges Gespräch ordnet sich ein in ein Konzept

⁵¹ *Ders.* (FN 40), S. 179 f.

⁵² *Ders.* (FN 41), S. 168.

⁵³ *Ders.* (FN 40), S. 113; vgl. auch ebd. S. 109 ff.

⁵⁴ *S. Lash*, Expertenwissen oder Situationsdeutung?, in: v. Beck, U./Giddens, A./Lash, S. (Hrsg.), Reflexive Modernisierung, 1996, S. 343.

⁵⁵ *Giddens* (FN 13), S. 180, wo auch auf die Parallele der Herstellung von Vertrauen im persönlichen Leben hingewiesen wird.

⁵⁶ Ebd. S. 180.

der dialogischen Politik einer Demokratisierung der Demokratie, in der in einem öffentlichen Forum „durch Dialog statt durch Rückgriff auf Macht strittige Fragen - im Prinzip - gelöst oder zumindest beigelegt werden können“⁵⁸.

Diese Erkenntnisse sind nicht neu. Sie werden auch von den Hohen Priestern der Expertensysteme mit dem Satz von der „Bringschuld“ der Sachverständigen gegenüber dem Laienpublikum propagiert. So wird zurecht gefordert, daß die Wissenschaft das Vertrauen der Bürger immer aufs neue verdienen müsse⁵⁹. Allerdings läßt die praktische Umsetzung sehr zu wünschen übrig. Soweit sie sich in großformatigen Anzeigen und Hochglanzbroschüren erschöpft, erweckt sie eher den Verdacht der versuchten Manipulation und verfehlt die Erfordernisse des Dialogs.

Eine größere Bedeutung als Kommunikatoren an den „Zugangspunkten“ kommt demgegenüber Umweltverbänden, Selbsthilfegruppen und sozialen Bewegungen zu⁶⁰. In Betracht kommt auch die Organisation von „Nachbarschaftsforen“, wie dies von der Firma BASF eigenen Angaben zufolge erfolgreich in den USA mit Community Advisory Panels oder in Mexiko und Spanien mit Comité Civico Consultor unternommen wurde⁶¹. In Betracht kommt ferner die Etablierung von lokalen Agenda - 21 - Foren, welche zu bestimmten Sachkomplexen Strategien einer Politik der Nachhaltigkeit entwickeln. Auf die Wichtigkeit von Öffentlichkeitsbeteiligung im Sinne eines permanenten Prozesses ist auch an dieser Stelle hinzuweisen. Eine Schlüsselrolle bei der Vermittlung von Expertensystemen und Laiensphäre kommt gerade auch „kritischen“ Sachverständigen zu. Und schließlich können - besser: sollten - auch hier - wie sonstwo - die Medien die Aufgabe der Kommunikation wahrnehmen. Alle Formen eines Dialogs sind auf ein Gemeinsames angewiesen: auf weitestgehende Transparenz, d.h. Offenheit und

⁵⁷ Lash (FN 55), S. 345.

⁵⁸ Giddens (FN 13), S. 37.- Wichtig ist auch die Feststellung, wonach die Arena potentieller Demokratisierung im Bereich persönlicher Beziehungen beginne, ebd. S. 183.

⁵⁹ So Markl (FN 46), S. 181.

⁶⁰ Giddens (FN 13), S. 38, 180.

⁶¹ BASF, Umweltbericht 1996, S. 32 ff.

Teilhabe an den Informations- und Kommunikationsstrukturen⁶². Halbwahrheiten, Verdrehungen und Schönfärbereien stellen Gift für eine derartige Dialogkultur dar.

Diese letzten drei Sätze: Medien, Transparenz und Wahrheit lassen aber auch den utopischen Charakter meiner Überlegungen ahnen. Sollte es uns aber nicht gelingen, einen Verfassungsstaat im Sinne der „ökologischen Reflexivität“ zu entwerfen und umzusetzen, dann bleibt realistischlicherweise wohl wirklich nur die Herrschaft der Technostruktur. Damit wäre die Verfassung des Verfassungsstaates in der Tat am Ende.

⁶² *Lash* (FN 47), S. 195 ff., 230 f.

Über die verfassungsrechtliche Verankerung der Aufgabe des Umweltschutzes in Japan

Von Akimichi Iwama, Chiba Universität

I. Einführung

Hinsichtlich des Umweltschutzes sieht die japanische Verfassungstheorie der Gegenwart sich den folgenden Aufgaben gegenüber:

- (1) Erstens, zur Frage Stellung zu nehmen, wie die Aufgabe des Umweltschutzes verfassungsrechtlich verankert werden soll.
- (2) Zweitens, die Frage zu untersuchen, welchen Inhalt die Umweltschutzklausel haben soll, wenn sie durch eine Verfassungsänderung verankert wird.
- (3) Drittens, die Verfassungstheorie neu zu formulieren, die nicht nur Grundwerte wie Freiheit, Demokratie, soziale Gerechtigkeit, sondern auch den Umweltschutz als Verfassungskern anerkennt, die dem Optimierungsgebot gemäß zu realisieren sind.

Im folgenden werde ich nur die erste Aufgabe kurz behandeln.

II. Die verfassungsrechtliche Verankerung der Aufgabe des Umweltschutzes

1. Die Aufgabe des Umweltschutzes kann auf zwei verschiedene Weisen verfassungsrechtlich gestützt werden: zum einen mittels der Verfassungsinterpretation, zum anderen mittels der Verfassungsänderung.

In Deutschland wurde die Umweltschutzklausel 1994 mittels Verfassungsänderung in die Verfassungsurkunde aufgenommen, während die Aufgabe des Umweltschutzes früher durch Verfassungsinterpretation verfassungsrechtlich verankert wurde. In Japan werden sowohl das Umweltrecht als Grundrecht als auch die Staatspflicht zum Umweltschutz bis heute aus der geltenden Verfassung abgeleitet. Die Frage, ob die Umweltschutzklausel mittels Verfassungsänderung in die Verfassungsurkunde aufgenommen werden soll, wurde noch vor kurzer Zeit in den Verfassungsenquêtekommissionen behandelt, die dieses Jahr in den beiden Häusern des Parlaments errichtet wurden. Die meisten Parteien haben noch nicht

klar Stellung zu dieser Frage bezogen. In Anbetracht einer Meinungsumfrage 1999, wonach rund 80 Prozent der Befragten eine positive Einstellung zur Aufnahme einer Umweltschutzklausel in die Verfassungsurkunde mittels Verfassungsänderung zeigten, mag sie vielleicht realisiert werden. Angesichts dieser Umstände dürfte die japanische Verfassungstheorie zu einer Stellungnahme zu dieser Frage gedrängt werden.

2. Die herrschende Verfassungstheorie setzt sich mit der Aufgabe des Umweltschutzes durch Verfassungsinterpretation auseinander: das Umweltrecht als Grundrecht stützt sich sowohl auf Art. 13 JV, der jedem das Grundrecht auf „Streben nach Glück“ garantiert, als auch auf Art. 25 JV, der jedem Staatsbürger das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum garantiert. Was die Staatspflicht zum Umweltschutz betrifft, so stützt sie sich auf Art. 25 JV.

Eine solche Interpretation wird jedoch von den einflußreichen Staatsrechtslehrern scharf kritisiert: Was Art. 25 JV betrifft, habe er die Korrektur der ungleichen Vermögensverteilung durch den Kapitalismus, sowie die Wirtschaftshilfe für Notleidende im Sinne, deshalb könne der Schutz der natürlichen Umgebung durch Art. 25 JV nicht genügend gedeckt werden, wenn sie auch eine unentbehrliche Voraussetzung für die menschenwürdige Existenz der Menschen sei: Die verfassungsrechtliche Verankerung des Umweltschutzes in Art. 25 JV dürfte die Grenze der Auslegung des Art. 25 JV überschreiten. Diese Kritiken haben einen überzeugenden Grund. Die Verfassungstheorie, daß die Aufgabe des Umweltschutzes durch die geltende Verfassung genügend gedeckt werden kann, läßt sich in hohem Grad auf die Methode der Verfassungsinterpretation zurückführen, die die herrschende Verfassungstheorie in Japan anwendet.

3. Die Regierungen im Nachkriegsjapan interpretierten die Verfassung oftmals übermäßig elastisch. Die herrschende Verfassungstheorie interpretiert auch die Verfassung weniger strikt als elastisch, ohne sich am Wortlaut des Verfassungsartikels festzuhalten. Diese Methode der elastischen Verfassungsinterpretation läßt sich teilweise auf die führende Verfassungsinterpretation im Vorkriegsjapan zurückführen.

(1) Der japanischen Verfassung vom 11. 2. 1889, der sog. Meiji-Verfassung, wohnten zwei heterogene Seelen inne, d. h. diejenige der Souveränität des Tennos als Gottes, der durch den alten Mythos in Japan begründet wurde, und diejenige des

modernen Verfassungsstaates, die aus der westeuropäischen Kultur in der Neuzeit stammte. Einer der maßgeblichsten Staatsrechtslehrer in der damaligen Zeit war *Tatsukichi Minobe*. Nach dem Vorbild der liberalen deutschen Verfassungstheorie im 19. Jahrhundert interpretierte er die Meiji-Verfassung möglichst liberalistisch und wandte die Methode der elastischen Verfassungsinterpretation an: T. Minobe behauptete, daß man die Meiji-Verfassung möglichst elastisch interpretieren solle, ohne sich am Wortlaut des Verfassungsartikels festzuhalten, damit sie den Erfordernissen der Zeit entsprechen könnten, und daß man bei der Verfassungsinterpretation mehr Wert auf das ungeschriebene Recht, wie das Gerechtigkeitsgefühl der Menschen, die allgemeinen Grundgesetze des westeuropäischen Verfassungsstaates und den Notwendigkeiten des Soziallebens usw., als auf die ausdrücklichen Verfassungsbestimmungen legen solle. Unter Anwendung solcher übermäßig elastischen Interpretation leitete er die Befugnis des Unterhauses, einen Antrag, dem Kabinett das Mißtrauen auszusprechen, zu verabschieden, aus dem allgemeinen Grundgesetz des Verfassungsstaates ab.

(2) Die Methode dieser elastischen Verfassungsinterpretation T. Minobes übte einen ziemlich großen Einfluß auf die Verfassungstheorien im Nachkriegs-Japan aus.

(a) Es war die Verfassungstheorie von *Toshiyoshi Miyazawa*, die die Verfassungstheorie der Nachkriegszeit in Japan begründete. Seit der Entstehung der Verfassung vom 3. 11. 1946 bis gegen 1970 herrschte seine Verfassungsinterpretation. Angesichts der Erfahrung des Totalitarismus in der Vorkriegszeit interpretierte er die geltende Verfassung mehr individualistisch und übte dadurch einen großen Einfluß auf die Verfassungstheorien in der Nachkriegszeit aus: Das Wesen der Interpretation des Rechts liege in der Schöpfung des Rechts und der Findung des gerechten Rechts im konkreten Einzelfall. Die Interpretation des Rechts sei das Werturteil des Interpreten.

(b) Die Verfassungstheorie von *Nobuyoshi Ashibe* spielt eine führende Rolle in der Verfassungstheorie von ca. 1970 bis heute. Hauptsächlich nach dem Vorbild der Verfassungstheorie in den USA interpretiert N. Ashibe die geltende Verfassung möglichst liberal-demokratisch. Aufgrund der Verfassungsanschauung, daß die Verfassungsurkunde ein immer sich entwickelndes, lebendiges Schriftstück sein solle, hält er die Verfassungsinterpretation für die geistige Tätigkeit, dem Wortlaut der Verfassung eine immer neue Bedeutung zu geben, ohne gegen den Sinn und die

Prinzipien der Verfassung zu verstoßen, und behauptet, daß die Verfassung teleologisch interpretiert werden solle, ohne sich an ihrem Wortlaut unverhältnismäßig festzuhalten, damit eine angemessene Bedeutung eines Verfassungsartikels für einen konkreten Einzelfall gefunden werden könne.

(c) *Masami Ito*, der auch Richter des obersten Gerichtshofs war, interpretiert die geltende Verfassung liberal-demokratisch und hebt nach dem Vorbild der Verfassungstheorie in den USA hervor, daß die Verfassung möglichst elastisch interpretiert werden solle, ohne sich am Wortlaut eines Verfassungsartikels sowie am Willen des Verfassungsgebers festzuhalten, damit die geltende Verfassung den Erfordernissen der Zeit entsprechen könne.

4. Warum interpretiert die herrschende Verfassungstheorie in Japan die Verfassung elastisch? Warum will man in Japan nicht zur Verfassungsänderung greifen? Die Hauptgründe dafür dürften wie folgt sein:

(1) Unter dem Einfluß der amerikanischen Verfassungstheorie sieht die herrschende Verfassungstheorie im Nachkriegs-Japan das Verfassungsrecht mehr oder weniger als lebendiges Recht an.

(2) Mit Rücksicht auf die Erfahrungen in den USA vertritt sie die Meinung, daß die Verfassung sich weniger mittels Änderung, als durch die Interpretation der Wirklichkeit erfolgreich anpassen kann.

(3) Die japanische Verfassung erschwert die Verfassungsänderung durch hohe Anforderungen.

(4) Die Grundsätze und Institutionen des Verfassungsrechtes, die seit 1889 in Japan übernommen wurden, stammen aus der westlichen Kultur. Die elastische Verfassungsinterpretation dürfte also unvermeidlich sein, um sie der ganz anderen Kultur in Japan erfolgreich anzupassen.

(5) Japaner denken und urteilen mehr gefühlsmäßig als logisch.

(6) Aus den verschiedenen Gründen erwägt man im allgemeinen, daß man möglichst nicht zu einer Verfassungsänderung (welchen Inhalt sie auch haben mag) greifen sollte. Die Gründe sind wie folgt:

(a) Seit 1889 herrscht der Gedanke, daß die Verfassung als das oberste Gesetz des Landes zu unantastbar sei, um sie auch nur leicht zu verändern.

(b) Seit 1946 regierte ununterbrochen die konservative Partei, die im Grundsätzlichen die Grundsätze der Meiji-Verfassung anstrebt. Unter diesen Umständen dürften alle Versuche der Verfassungsänderung zur Folge haben, die Grundsätze der geltenden Verfassung zu schwächen.

(c) Vor allem hält die herrschende Verfassungstheorie die geltende Verfassung im großen und ganzen für die beste.

Aus diesen Gründen entsprach die Verfassungstheorie den Erfordernissen der Zeit ausschließlich durch Verfassungsinterpretation, obwohl es auch immer wieder Zweifel gab, ob die betreffende Verfassungsinterpretation die Grenzen der Verfassungsinterpretation überschreite. Nur von den Parteien und Politikern wird die Meinung vertreten, daß den Erfordernissen der Zeit auch mittels der Verfassungsänderung entsprochen werden solle. Die herrschende Verfassungstheorie setzt der Verfassungsänderung als solcher immer Widerstand entgegen.

III. Schlußbemerkung

1. Wie soll angesichts dieser Umstände die verfassungsrechtliche Verankerung der Aufgabe des Umweltschutzes in Japan erfolgen? Meine Meinung wird im folgenden zusammengefaßt:

(1) Die Beantwortung dieser Frage sollte im Lichte der wünschenswerten Verfassung im 21. Jahrhundert erfolgen.

(2) Es wäre zu empfehlen, daß die Verfassung in Japan verhältnismäßig elastisch interpretiert wird, ohne den Wortlaut des Verfassungsartikels zu eng auszulegen.

(3) Das Verfahren der Verfassungsänderung in der geltenden Verfassung wird dadurch gekennzeichnet, daß das Volk als Souverän über die Verfassungsänderung schließlich entscheidet. Deshalb sollte das Volk als Souverän sowohl über die wesentlichen Veränderungen des Inhaltes einer wichtigen Verfassungsnorm als auch über ihre Schaffung selbst entscheiden, wenn sie auch keine Grenze der Verfassungsinterpretation überschreitet.

Ist der Umweltschutz eine der wichtigsten Aufgaben des modernen Staates, wäre es dem Zweck des Verfassungsänderungsverfahrens entsprechend, daß die Aufgabe Umweltschutz mittels der Verfassungsänderung verfassungsrechtlich verankert wird.

(4) Die Einführung einer Umweltschutzklausel in die Verfassungsurkunde aufgrund einer Entscheidung des Volkes würde ihm nicht nur ein klares Bild über das geltende Verfassungsrecht geben, sondern auch die geltende Verfassung sympathischer und reizvoller machen, so daß ihre Stabilität und Normativität noch mehr gestärkt würde.

2. Schließlich halte ich es theoretisch für richtig, daß eine Umweltschutzklausel mittels der Verfassungsänderung in die Verfassungsurkunde eingeführt wird. Doch die verfassungsrechtliche Verankerung mittels der Verfassungsänderung birgt angesichts der heutigen politischen Umstände in Japan eine Gefahr, daß die Freiheit gleichzeitig mittels der Verfassungsänderung eingeschränkt wird, obwohl die Aufgabe des Umweltschutzes verfassungsrechtlich erfolgreich gestützt wird.

Sollten wir uns also damit zurückhalten, die verfassungsrechtliche Verankerung der Aufgabe des Umweltschutzes mittels der Verfassungsänderung zu empfehlen, um der Gefahr einer Freiheitseinschränkung zu begegnen, oder sollten wir sie weiter empfehlen, während wir allen Vorschlägen der die Freiheit einschränkenden Verfassungsänderungen im Lichte der wünschenswerten Verfassung Widerstand entgegensetzen, auch um den Verfassungsstaat in Japan nicht inhaltlos zu machen?

Umweltschutz als Staatsziel

Von Dietrich Murswiek, Freiburg

I.

Kann der Umweltschutz durch Normierung einer Umweltschutzverpflichtung in der Verfassung verbessert werden? Ist eine verfassungsrechtliche Umweltschutzverpflichtung gar notwendig, um die Umwelt wirksam zu schützen? Diese Fragen waren in den 80er Jahren in Deutschland politisch sehr umstritten. Viele Politiker und viele Bürger sahen die „Verankerung“ des Umweltschutzes im Grundgesetz als notwendig an. Trotz einer umfangreichen Umweltschutzgesetzgebung war die Umwelt immer noch nicht ausreichend geschützt. Es gab Erfolge in Teilbereichen. Die Belastung der Luft mit Schwefeldioxid nahm stark ab, nachdem in den Kohlekraftwerken Entschwefelungsanlagen eingebaut worden waren. Auch die Gewässerqualität konnte wesentlich verbessert werden. Andere Probleme aber blieben oder wurden sogar größer, beispielsweise die Luftbelastung durch bodennahes Ozon, die Anreicherung von Schadstoffen in den Böden oder die fortschreitende Bodenversiegelung. Einen wesentlichen Grund für die fortbestehenden Umweltprobleme sahen viele Bürger und Politiker darin, daß die Umwelt nicht durch die Verfassung geschützt wurde. Sie vertraten die Auffassung, daß der Umweltschutz in der Konkurrenz zu anderen Politikzielen zu kurz komme, weil ihm der Verfassungsrang fehle. So sei die Verpflichtung des Staates, für soziale Sicherheit und soziale Gerechtigkeit zu sorgen, mit dem sozialen Staatsziel in Art. 20 GG geregelt. Daraus werde das Ziel der „Wachstumsvorsorge“ abgeleitet, also die Verpflichtung des Staates, eine auf ökonomisches Wachstum gerichtete Wirtschaftspolitik zu betreiben. Dies geschehe aber auf Kosten der Umwelt, wenn nicht der Umweltschutz als tendenziell gegenläufiges Staatsziel im Grundgesetz „verankert“ werde. Im Konflikt zwischen ökonomischen und ökologischen Interessen würden sich immer die wirtschaftlichen Interessen durchsetzen, solange es an einer Umweltschutzbestimmung im Grundgesetz fehle.

Die ganz überwiegende Zahl der Rechtswissenschaftler hat diese Auffassung nicht geteilt¹. Sie meinten, daß man die Umwelt wirksam schützen könne, ohne die Verfassung zu ändern. Eine Umwelt-Staatszielbestimmung sei hierzu nicht notwendig. Alle für den Umweltschutz erforderlichen Gesetze könnten auch ohne eine solche Staatszielbestimmung erlassen werden. Die Staatszielbestimmung nütze dem Umweltschutz rechtlich nicht, sie könne aber dem Rechtsstaat und der Demokratie schaden. Da sie notwendigerweise sehr unbestimmt formuliert sein müsse, wenn sie sich auf den Umweltschutz im ganzen beziehen solle, bestünde die Gefahr, daß die Gerichte unter Berufung auf das Grundgesetz anstelle des Gesetzgebers Umweltpolitik betreiben und sich mit ihren Entscheidungen an die Stelle des Gesetzgebers setzen würden.

Die Politiker haben sich dennoch dafür entschieden, eine Staatszielbestimmung über den Umweltschutz in das Grundgesetz aufzunehmen². Sie haben aber bei der Formulierung dieser Bestimmung versucht, den Bedenken der Rechtswissenschaft Rechnung zu tragen.

Nachdem man über ein Jahrzehnt hinweg um ihre Formulierung gestritten hatte, ist die Staatszielbestimmung Umweltschutz 1994 als Art. 20a GG in das Grundgesetz eingefügt worden.

Der Artikel besteht aus folgendem Satz:

„Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.“

Ich möchte Ihnen jetzt diese Bestimmung erläutern und werde versuchen, ihre juristische Bedeutung herauszuarbeiten³.

¹ Vgl. z.B. *Benda*, UPR 1982, 241 (244); *Breuer*, in: v. Münch (Hrsg.), *Bes. Verwaltungsrecht*, 10. Aufl. 1995, S. 34 f.; *Friesenhahn*, *Verh. 50. DJT*, Teil G, S. 1 (21 f.); *Kloepfer*, DVBI 1979, 639 (644 f.); *Sendler*, JuS 1983, 255 (258); *Rupp*, DVBI 1985, 990 ff.; *Soell*, NuR 1985, 205 (212 f.); *Rauschnig*, DÖV 1986, 489 ff.; *Deppenheuer*, DVBI 1987, 809 (813 f.); *Stern*, NWVBI 1988, 1 (6); *Murswiek*, ZRP 1988, 14 (16 ff.); *H.H. Klein*, DVBI 1991, 729 (736 ff.). - Befürwortend z.B. v. *Mutius*, WiVerw 1987, 51 ff.

² Vgl. die Regierungserklärung von Bundeskanzler *Kohl*, Bulletin Nr. 27 v. 19.3.1987, S. 205 (212).

³ Die folgenden Ausführungen beruhen im wesentlichen auf meinem Kommentar zu Art. 20a GG in: *Sachs* (Hrsg.), *Grundgesetz*, 2. Aufl. 1998, Art. 20a, und auf meiner Abhandlung „Staatsziel Umweltschutz (Art. 20a GG)“, *NVwZ* 1996, S. 222 ff.

II.

1. Dazu wollen wir zunächst den Text der Vorschrift vereinfachen. Dies ist ohne weiteres möglich, denn der größte Teil des Artikels ist juristisch überflüssig. Daß die Gesetzgebung auch beim Umweltschutz an die „verfassungsmäßige Ordnung“ gebunden ist, versteht sich von selbst. Ebenso selbstverständlich ist es, daß vollziehende Gewalt und Rechtsprechung Gesetz und Recht zu beachten haben. Alle diese Kriterien sind elementare Anforderungen an eine rechtsstaatliche Staatsorganisation. Das Grundgesetz normiert sie ausdrücklich in Artikel 20 Abs. 3 GG für jegliche Ausübung von Staatsgewalt. In Artikel 20a GG wiederholen sie nur, was ohnehin schon gilt. Artikel 20a GG wird viel übersichtlicher, wenn man die genannten Kriterien einfach wegläßt. An seinem juristischen Aussagegehalt ändert sich dadurch überhaupt nichts. Auf diese Weise vereinfacht, lautet die Bestimmung also:

„Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen.“

Die Vorschrift besteht also aus zwei Elementen. Die zentrale Aussage lautet: „Der Staat schützt die natürlichen Lebensgrundlagen.“ Das heißt: Der Staat ist verpflichtet, die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen. Diese Norm wird ergänzt durch das zweite Element: Der Staat hat diese Verpflichtung „auch in Verantwortung für die künftigen Generationen“ wahrzunehmen.

2. „Der Staat schützt die natürlichen Lebensgrundlagen.“ Das ist eine sehr allgemein und unbestimmt formulierte Verpflichtung. Was muß getan werden, um die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen? Welche Verbote oder Gebote muß der Gesetzgeber erlassen? Muß die Nutzung der öffentlichen Umweltgüter gesetzlich geregelt werden, oder kann sie auch dem freiem Spiel der marktwirtschaftlichen Kräfte überlassen werden? Wie ist zu entscheiden, wenn sich bestimmte ökologische Ziele nicht mit Zielen der Wirtschafts- oder Verkehrspolitik vereinbaren lassen? Vor allem aber: Welches Niveau des Umweltschutzes muß angestrebt werden? Alle diese Fragen werden durch Artikel 20a GG nicht beantwortet. Gerade durch diese Unbestimmtheit erweist sich die Vorschrift als typische Staatszielbestimmung.

Eine Staatszielbestimmung gibt den Staatsorganen ein grundlegendes Ziel vor, das anzustreben sie von Verfassungs wegen verpflichtet sind. Die Wahl der Mittel zur Zielverwirklichung steht ihnen frei, und auch die Konkretisierung des unbestimmt formulierten Ziels ist ihnen überlassen. Daraus ergibt sich ein weiter Gestaltungsspielraum für den Gesetzgeber.

Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist aber nicht unbegrenzt. Im Unterschied zu einem unverbindlichen Programmsatz enthält eine Staatszielbestimmung eine bindende Verpflichtung. Dies setzt voraus, daß sich aus ihr konkrete rechtliche Anforderungen ableiten lassen, welche den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers begrenzen. Darauf komme ich gleich näher zu sprechen.

Von einem Gesetzgebungsauftrag unterscheidet sich eine Staatszielbestimmung dadurch, daß sie nicht nur den Gesetzgeber, sondern auch alle anderen Staatsorgane bindet. Innerhalb seines Gestaltungsspielraums kann aber der Gesetzgeber das Staatsziel verbindlich konkretisieren. An die von ihm erlassenen Vorschriften sind auch die Exekutive und die Rechtsprechung gebunden. Sie dürfen sich also nicht unter Berufung auf Artikel 20a GG über die in Umweltschutzgesetzen oder in anderen umweltrelevanten Gesetzen getroffenen Regeln hinwegsetzen⁴. Deshalb richtet sich Artikel 20a GG in erster Linie an den Gesetzgeber. Für die vollziehende Gewalt und für die Rechtsprechung hat die Staatszielbestimmung Umweltschutz von vornherein nur geringe Bedeutung. Für sie kann die Vorschrift dort eine Rolle spielen, wo eine Frage durch die Gesetze nicht entschieden ist, also dort, wo das Gesetz der Verwaltung Ermessen oder planerische Gestaltungsfreiheit einräumt oder wo durch Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe Interpretationsspielräume eröffnet werden.

Von einem Grundrecht unterscheidet sich eine Staatszielbestimmung dadurch, daß sie keine subjektiven Rechte des Individuums begründet. Der Einzelne kann also weder die Verwaltung noch den Gesetzgeber wegen Verstoßes gegen Artikel 20a GG verklagen. Dennoch kann die Staatszielbestimmung

⁴ Vgl. z.B. *Brohm*, JZ 1994, 219.

Umweltschutz auch auf Klagen einzelner Bürger hin von Gerichten als Maßstab herangezogen werden, sofern der Kläger geltend macht, durch eine umweltbelastende Maßnahme oder durch unzureichenden Schutz vor Umweltbeeinträchtigungen in einem seiner Grundrechte oder in einem durch einfaches Gesetz garantierten subjektiven Recht verletzt zu sein.

Durch die Aufnahme der Staatszielbestimmung Umweltschutz in das Grundgesetz erhält der Umweltschutz ausdrücklich den Rang eines Verfassungsprinzips, das als solches nicht zur Disposition der Staatsorgane steht. Die fundamentale Bedeutung, die dem Umweltschutz heute zukommt, wird dadurch besonders hervorgehoben.

III.

1. Wozu werden die Staatsorgane durch Artikel 20a GG verpflichtet? Um diese Frage zu beantworten, muß man sich zunächst klarmachen, was unter den „natürlichen Lebensgrundlagen“ zu verstehen ist. Dieser Begriff wird in Artikel 20a GG bedeutungsgleich mit dem Begriff der Umwelt verwendet⁵. Dies ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Der Staat ist also verpflichtet, die Umwelt zu schützen. Geschützt sind alle Umweltgüter, die Grundlage menschlichen, tierischen und pflanzlichen Lebens sind. Dazu gehören alle Umweltgüter, ohne die ein physiologisch gesundes Leben auf die Dauer nicht möglich ist.

2. Das Ziel, das die Staatsorgane gemäß Artikel 20a GG anzustreben haben, ist also die ausreichende Integrität der Umweltgüter. Die Struktur dieses Ziels unterscheidet sich wesentlich von anderen Staatszielen. Das soziale Staatsziel beispielsweise oder das Ziel der europäischen Einigung bezeichnen einen Zustand, der durch politische Gestaltung erst herbeizuführen ist. Der Staat wird verpflichtet, etwas hervorzubringen, was ohne politisches Handeln noch nicht vorhanden ist. Demgegenüber sind die natürlichen Lebensgrundlagen etwas, das ohne jedes menschliche Zutun vorhanden war, also nicht erst durch

⁵ Ebenso *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1992, Art. 20a Rdnr. 2.; a.A. *Franz Klein*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1990, Art. 20a Rdnr. 10.

politische Aktionen hervorgebracht wurde oder hervorzubringen ist. Vielmehr geht es um die Wahrung der Integrität der Lebensgrundlagen, also um die Vermeidung ihrer Beeinträchtigung oder Zerstörung⁶. Die natürlichen Lebensgrundlagen sind ein konkretes Schutzobjekt, und die Verpflichtung des Staates besteht in erster Linie darin, Beeinträchtigungen dieses Schutzobjekts zu unterlassen oder abzuwehren⁷. Dies erleichtert die Konkretisierung der Verpflichtung. Insofern gleicht die Struktur der Norm eher den Grundrechten als den anderen im Grundgesetz normierten Staatszielen.

3. Art. 20a GG legt den Staatsorganen eine besondere Zukunftsverantwortung für die Umwelt auf. Die natürlichen Lebensgrundlagen sollen so geschützt werden, daß sie auch künftigen Generationen erhalten bleiben. Diese Zukunftsverantwortung hat vor allem vier rechtliche Konsequenzen, die Art und Umfang des gebotenen Schutzes konkretisieren: Hinsichtlich der rechtlichen Bewertung der Belastung von Umweltgütern mit Schadstoffen darf nicht nur auf die aktuellen Auswirkungen abgestellt werden, sondern die Akkumulation der Schadstoffbelastung über Jahre hinweg ist in Betracht zu ziehen; mit nicht-erneuerbaren Ressourcen ist sparsam umzugehen; die Nutzung erneuerbarer Ressourcen hat das Prinzip der Nachhaltigkeit zu beachten; und bei der Bewertung von Risiken ist zu berücksichtigen, daß schädliche Wirkungen von Umwelteingriffen, die wir heute vornehmen, möglicherweise erst nach vielen Jahren erkennbar werden. Langzeitriskien, wie sie bei der Endlagerung von Atommüll⁸, aber auch z.B. bei jeder Mülldeponierung entstehen, müssen dabei besonders berücksichtigt werden⁹.

IV.

Art. 20a GG verpflichtet den Staat, die natürlichen Lebensgrundlagen zu *schützen*. Was ist unter „schützen“ zu verstehen? Ich möchte zunächst die

⁶ Zustimmend *Kluth*, NuR 1997, 105 (107).

⁷ Zustimmend *Steiger*, in: Grundzüge des Umweltrechts, 02 Rdnr. 42.

⁸ Vgl. z.B. *H. Hofmann*, Rechtsfragen der atomaren Entsorgung, 1981.

⁹ Allgemein zur Langzeitverantwortung aus philosophischer, juristischer und ökonomischer Sicht *Gethmann/Kloepfer/Nutzinger*, Langzeitverantwortung im Umweltstaat, 1993.

unterschiedlichen Aspekte des Schutzes herausstellen und mich dann der entscheidenden Frage nach dem gebotenen Schutzniveau zuwenden.

1. Zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen gehören die Abwehr ihrer Schädigung durch Dritte und die Unterlassung der Schädigung durch staatliches Handeln. „Schutz“ i.S. von Art. 20a GG umfaßt aber auch positives Handeln zur Beseitigung bereits eingetretener Schäden sowie die Pflege von natürlichen Lebensgrundlagen, die ohne menschliches Handeln nicht erhalten blieben¹⁰.

Schutz ist also in erster Linie Verhütung der Schädigung natürlicher Lebensgrundlagen.

Dazu gehören

die Vermeidung solcher Aktivitäten, die mit Sicherheit Umweltgüter schädigen würden,

Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge,

und die Risikovorsorge unterhalb der Gefahrenschwelle.

Art. 20a GG verpflichtet allerdings weder zu einem absoluten noch zum bestmöglichen Umweltschutz. Es kann durchaus mit dieser Vorschrift vereinbar sein, im Einzelfall erhebliche Risiken, Gefahren oder sogar Schäden an einzelnen Umweltgütern in Kauf zu nehmen.

Neben der Vermeidung von Schäden an Umweltgütern durch Schadstoffbelastung oder sonstige Eingriffe gehört zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen, daß sie durch ihre wirtschaftliche Nutzung nicht einer weiteren künftigen Nutzung entzogen werden. Richtschnur für die Umweltschutzpolitik sind das Nachhaltigkeitsprinzip¹¹, das für nachwachsende

¹⁰ Vgl. *Jarass* (FN 5), Art. 20a Rdnr. 3; *Klein* (FN 5), Art. 20a Rdnr. 9.

¹¹ Dazu vgl. *E. Rehbinder*, in: *Salzwedel* (Hrsg.), *Grundzüge des Umweltrechts*, 1982, S. 89; *W. Winkler*, in: *Kimminich/von Lersner /Storm*, *Handwörterbuch des Umweltrechts*, Bd. II, 2. Aufl. 1994, Sp. 1427 ff.; *Stockholmer Deklaration*, Grundsatz 3; speziell im Hinblick auf Art. 20a ausführlich *Steiger* (FN 7), 02 Rdnr. 101 ff.

Rohstoffe gilt, und das Sparsamkeitsprinzip¹² für die nichterneuerbaren Ressourcen.

Ist der Staat nach Art. 20a GG verpflichtet, die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen, so darf er erst recht nicht ihre Zerstörung fördern. Art. 20a GG enthält also das Verbot, die Beeinträchtigung von Umweltgütern staatlich zu unterstützen. Andererseits ist es nicht rechtlich ausgeschlossen, Aktivitäten zu fördern, die mit Umweltbelastungen verbunden sind (z.B. Wohnungs- oder Sportplatzbau). Jedoch darf nicht die Umweltbeeinträchtigung als solche gefördert werden. Wenigstens dies läßt sich Art. 20a GG präzis entnehmen.

Freilich erscheint diese Feststellung auch als selbstverständlich und banal. Jedoch ergibt sich aus ihr eine wichtige Folgerung. Die Umweltbeeinträchtigung wird nämlich als solche gefördert, wenn der Staat die Inanspruchnahme von Umweltgütern direkt oder indirekt subventioniert¹³. Dies aber tut der Staat, wenn er Umweltbeeinträchtigungen zuläßt, ohne dem Verursacher die damit verbundenen Folgekosten anzulasten oder eine Gegenleistung für den ökonomischen Wert zu verlangen, den die Nutzung von Umweltgütern darstellt.

Daraus folgt, daß Art. 20a GG die konsequente Verwirklichung des Verursacherprinzips als Kostenzurechnungsprinzip fordert¹⁴. Das sogenannte Gemeinlastprinzip ist als Prinzip der Zurechnung der Kosten von Umweltbelastungen grundsätzlich verfassungswidrig. Es läßt sich nur dann rechtfertigen, wenn und soweit die Verwirklichung des Verursacherprinzips aus tatsächlichen Gründen nicht möglich oder nicht praktikabel ist¹⁵. Gerechtfertigt ist seine Anwendung insbesondere für Umweltbeeinträchtigungen, die praktisch von allen Menschen in etwa gleicher Weise verursacht werden und von denen niemand in besonderer Weise betroffen ist, so daß niemandem durch die

¹² Dazu vgl. *Storm*, Umweltrecht, 5. Aufl. 1992, S. 16; Stockholmer Deklaration, Grundsatz 5.

¹³ Näher zum Subventionscharakter kostenloser Umweltnutzungsbefugnisse *Murawiek*, ARSP-Beiheft 71, 1997, S. 208 (219 f.).

¹⁴ So zuerst *Murawiek*, NVwZ 1996, S. 225 f.

¹⁵ Sozialstaatliche Verteilungspolitik kann das Gemeinlastprinzip nicht rechtfertigen (A.A. wohl *E. Rehlinger* (FN 11), S. 97; sie wird durch Art. 20a GG nicht ausgeschlossen, sondern auf andere Instrumente verwiesen.

Umweltinanspruchnahme ein wesentlicher Sondervorteil und niemandem ein wesentliches Sonderopfer entsteht.

Meine These, daß Art. 20a GG den Gesetzgeber im Prinzip verpflichtet, das Verursacherprinzip umfassend zu verwirklichen, hat in der Rechtswissenschaft zum Teil Zustimmung gefunden¹⁶; überwiegend ist sie jedoch auf Ablehnung gestoßen¹⁷. Falls meine Auffassung in diesem Punkte sich durchsetzt, wird Art. 20a GG von großer praktischer Bedeutung sein. Denn die Belastung der Umweltnutzer mit den externen Kosten der Umweltnutzung würde den Umweltschutz ganz wesentlich verbessern. Setzt sie sich nicht durch, werden die praktischen Auswirkungen der Staatszielbestimmung Umweltschutz gering bleiben.

2. Das liegt daran, daß Art. 20a GG über das gebotene Schutzniveau nichts aussagt. Art. 20a GG sagt nur, daß die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen sind, gibt das Ziel und das gebotene Niveau des Schutzes jedoch nicht genauer an und läßt damit die für den Umweltschutz rechtlich entscheidende Frage offen: Welches Maß an Schutz ist geboten? Daher ist die Vorschrift nicht nur äußerst unbestimmt gefaßt, sondern ihre Direktivkraft insgesamt steht damit in Frage.

Würde sich der Regelungsgehalt des Art. 20a GG darin erschöpfen, den Staat auf den Umweltschutz zu verpflichten, ohne über das Maß des gebotenen Schutzes etwas zu sagen, liefe er als rechtliche Verpflichtung des Gesetzgebers praktisch leer. Die Frage ist also, ob sich der Staatszielbestimmung Umweltschutz außer dem Verbot der Förderung von Umweltbeeinträchtigungen etwas entnehmen läßt, was über das praktisch nicht relevante Verbot des völligen Rückzugs aus der Umweltgesetzgebung¹⁸ hinausgeht.

¹⁶ Vgl. *Koenig*, DÖV 1996, 943 (944).

¹⁷ Vgl. z.B. *Kloepfer*, in: Dolzer (Hrsg), Kommentar zum Bonner Grundgesetz, 1990, Art. 20a Rdnr. 36 f.; *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 20a Rdnr. 35; *Bernsdorff*, NuR 1997, 328 (333); *Schink*, DÖV 1997, 221 (226).

¹⁸ Vgl. *B. Becker*, ZG 3 (1992), 223 (228).

a) Art. 20a GG schützt die Integrität der natürlichen Lebensgrundlagen, sagt jedoch nichts über das gebotene Integritätsniveau. Aus Zweck, Entstehungsgeschichte und Regelungszusammenhang lassen sich nur wenige, aber doch wichtige Anhaltspunkte gewinnen:

Erstens sollen die Umweltgüter als Grundlagen des Lebens erhalten bleiben. Daraus folgt als Minimalanforderung, daß alle Güter, die auf die Dauer Voraussetzung für menschliches Leben sind, erhalten bleiben müssen. Diese Güter müssen in einem solchen Umfang erhalten bleiben, daß nicht nur eine geringe Zahl überleben kann. Vielmehr müssen die Umweltverhältnisse so beschaffen sein und bleiben, daß die gesamte Bevölkerung ohne wesentliche Gesundheitsbeeinträchtigungen leben kann. Für die heimischen Tiere und Pflanzen müssen zumindest diejenigen Bedingungen erhalten bleiben oder wiederhergestellt werden, die ihr Überleben als Art ermöglichen, und zwar in freier Natur und in den heimischen Regionen, nicht lediglich an singulären Orten, im Zoo oder im Terrarium.

In Bezug auf diese Ziele muß Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen „effektiver Schutz“ heißen. Umweltschutzmaßnahmen, die auf die Dauer die Existenz der natürlichen Lebensgrundlagen nicht sichern können, genügen der Staatszielbestimmung nicht. Was „effektiver Schutz“ ist, muß anhand der ökologischen Erfordernisse beurteilt werden. Umweltschutz darf also nicht auf einem beliebig niedrigen Niveau betrieben werden.

Zweitens ist andererseits ein maximaler Umweltschutz, der die Umwelt von jedem menschlichen Eingriff freihalten und jede Schadstoffbelastung der Umweltgüter ausschließen wollte, eindeutig nicht geboten. Art. 20a GG setzt die Existenz der Industriegesellschaft voraus und damit auch ein gewisses Maß an Umweltbelastungen, ohne das diese Gesellschaftsstruktur und die mit ihr verbundene Lebensform nicht möglich ist.

Art. 20a GG ist sehr unbestimmt formuliert worden, um nicht auf verfassungsrechtlicher Ebene abstrakt-generell den Vorrang des Umweltschutzes gegenüber anderen Zielen und Aufgaben festzuschreiben. Dies spricht dafür, das Staatsziel als Optimierungsgebot zu verstehen: Die natürlichen Lebensgrundlagen sind so gut zu schützen, wie dies rechtlich und

faktisch möglich ist, ohne die Verwirklichung anderer öffentlicher Aufgaben (in dem angestrebten Umfang) unmöglich zu machen.

Drittens soll nach dem Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers die Staatszielbestimmung des Art. 20a GG zu einer Verbesserung der Umweltsituation führen¹⁹. Daraus folgt zumindest, daß Art. 20a GG ein allgemeines Verschlechterungsverbot zu entnehmen ist: Wenn die im Zeitpunkt der Verabschiedung dieser Norm bestehende Umweltsituation als unbefriedigend verstanden und Art. 20a GG zu ihrer Verbesserung als notwendig erachtet wurde, dann kann die Umweltsituation im Jahre 1994 als Referenzlage angesehen werden, anhand derer die Umweltpolitik verfassungsrechtlich beurteilt werden kann. Die staatliche Politik ist im Prinzip verpflichtet, dafür zu sorgen, daß sich dieser Zustand verbessert. Sie hat auf jeden Fall dafür zu sorgen, daß er sich nicht insgesamt verschlechtert²⁰.

Das Verschlechterungsverbot ist freilich nicht mehr als ein grober Anhaltspunkt für das Umweltschutzniveau, das nicht unterschritten werden darf. Da es auf die Gesamtsituation der Umwelt abstellt, ist es wohl zu unbestimmt, um einen operationalisierbaren und justiziablen Maßstab zu bilden.

Viertens: Eingriffe in die Integrität der Schutzgüter sind rechtfertigungsbedürftig. Dies folgt daraus, daß Art. 20a GG nicht ein Ziel, sondern ein Schutzgut normiert. Zwar sind die natürlichen Lebensgrundlagen nicht absolut geschützt, ebensowenig wie die Schutzgüter der Grundrechte. Jede Beeinträchtigung der natürlichen Lebensgrundlagen muß aber anhand eines Gemeinwohlzwecks bzw. anhand der Notwendigkeit zur Verwirklichung privater Freiheit legitimiert werden, also zur Erreichung dieser Zwecke geeignet und erforderlich sein²¹.

¹⁹ Vgl. zunächst Der Bundesminister des Innern/Der Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge. Bericht der Sachverständigenkommission, 1983, Rdnr. 142 f.; sodann Gemeinsame Verfassungskommission, BT-Drs 12/6000, S. 65, Abg. Dr. *Jahn*, BT-Prot 12/20949(B), Abg. *Eylmann*, BT-Prot 12/21014(C) (zurückhaltend hinsichtlich der faktischen Auswirkungen), Abg. Dr. *Schmude*, BT-Prot 12/21020(B).

²⁰ Ebenso VG Frankfurt, NVwZ-RR 1997, 92 (95) (bezogen auf das gesetzliche Umweltschutzniveau); *Bernsdorff* (FN 17), S. 332; a.A. *Tettinger*, NuR 1997, 1 (6); skeptisch *Steiger* (FN 7), 02 Rdnr. 94.

²¹ Ähnlich *Waechter*, NuR 1996, 321 (325); a.A. *Tettinger* (FN 20), S. 6.

Daher verstößt im Prinzip jede vermeidbare Umweltbeeinträchtigung gegen Art. 20a GG²². Zumindest dann, wenn zur Verwirklichung eines öffentlichen oder privaten Zwecks verschiedene gleichwertige Alternativen zur Verfügung stehen, von denen eine die Umwelt weniger belastet, muß die umweltfreundlichere Alternative gewählt werden. Dies setzt voraus, daß solche Alternativen zunächst ermittelt werden.

Aus Art. 20a GG ergeben sich also als materiellrechtliche Folgerung das Gebot, die Umwelt so wenig wie möglich zu belasten (Beeinträchtigungsminimierungsgebot), und damit verbunden wichtige verfahrensrechtliche Folgerungen: Umweltbelastungen sind rechtfertigungsbedürftig. Und vor der Realisierung umweltbelastender Vorhaben müssen die möglichen Umweltauswirkungen ermittelt werden. Außerdem muß geprüft werden, ob es Alternativen gibt, welche die Umwelt weniger belasten. Der Sache nach ist also eine Umweltverträglichkeitsprüfung für alle umweltbelastenden Großprojekte geboten. Für weniger bedeutende Vorhaben und für alltägliche Handlungen reicht es aus, wenn die Umweltverträglichkeit derartiger Verhaltensweisen geprüft und abstrakt - im Gesetz oder in untergesetzlichen Vorschriften - geregelt ist. Aber auch Gesetze und andere Rechtsvorschriften müssen auf ihre Umweltverträglichkeit im Sinne der oben genannten Kriterien geprüft werden.

b) Selbstverständlich umfaßt der Schutzauftrag des Art. 20a GG im Prinzip auch Gefahrenabwehr und Risikovorsorge, nicht lediglich die Verhütung von Schäden, die ohne staatliches Einschreiten mit Sicherheit eintreten würden. Allerdings läßt sich im Hinblick auf den Schutz von Umweltgütern nicht generell sagen, wann Gefahrenabwehr oder Risikovorsorge geboten sind. Insofern ist die verfassungsrechtliche Determinierung des staatlichen Handelns weniger genau als in bezug auf den Schutz der menschlichen Gesundheit gem. Art. 2 Abs. 2 GG. Dort ist die Vermeidung von Gefahren der verfassungsrechtlich gebotene Mindeststandard²³. Hier können u.U. auch Schäden an Umweltgütern,

²² Ebenso *Bernsdorff* (FN 17), S. 333; *Groß*, *VerwArch* 1997, 89 (109); *Kniep*, *GewArch* 1996, 142.

²³ Vgl. *Murswiek*, in: *Sachs* (Hrsg.), (FN 3), Art. 2 Rdnr. 175 ff., 198.

sogar die Zerstörung einzelner Umweltgüter (zum Beispiel die Abholzung eines Waldes), in Kauf genommen werden, somit erst recht auch die Gefährdung einzelner Güter, sofern nicht die Existenz bestimmter Umweltgüter im ganzen betroffen ist (zum Beispiel bei Absterben der Wälder in Deutschland).

Welche Risiken für Umweltgüter vermieden werden müssen und wie groß das verbleibende Restrisiko²⁴ ihrer Schädigung oder Zerstörung sein darf, hängt von ihrer Bedeutung als Lebensgrundlagen ab. Hier kann der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur eine sehr grobe Orientierung geben, die noch vielerlei Wertungsspielräume offenläßt: Je wichtiger das betroffene Umweltgut als Grundlage des Lebens und je weniger die potentielle Schädigung reversibel ist, desto geringer muß das verbleibende Restrisiko sein. Wenn es um Umweltgüter geht, ohne die menschliches Leben auf die Dauer nicht oder nicht ohne eine Häufung schwerwiegender Krankheiten möglich ist, reicht schon eine sehr geringe Wahrscheinlichkeit der Zerstörung dieses Umweltguts aus, um eine staatliche Handlungspflicht auszulösen. Der Wertungs- und Entscheidungsspielraum der Staatsorgane wird regelmäßig groß sein, wenn es um ein konkretes örtliches Umweltgut geht (z.B. einen bestimmten Wald), und er wird hinsichtlich des Ob schützenden Einschreitens auf Null reduziert, wenn eine Lebensgrundlage im ganzen gefährdet ist (z.B. die Wälder in Deutschland).

3. Auch für die Bewältigung von Zielkonflikten zwischen Umweltschutz, Wirtschafts-, Verkehrs-, Energiepolitik und anderen Aktivitäten bietet die Staatszielbestimmung Umweltschutz kaum Hilfe. Auch wenn der am häufigsten beschworene Konflikt zwischen Ökologie und Ökonomie sich gesamtwirtschaftlich weitgehend auflösen läßt zugunsten einer umweltverträglichen Ökonomie, bleiben viele Konflikte bestehen, die nur in der Weise gelöst werden können, daß im konkreten Fall ein Interesse gegenüber dem anderen zurückgestellt wird. Solche Probleme stellen sich sowohl dem Gesetzgeber als auch der Verwaltung, die im Rahmen der planerischen Abwägung heterogene Interessen einander zuzuordnen hat.

²⁴ Zu diesem Begriff z.B. *Murswiek*, in Kimminich/von Lersner /Storm, Handwörterbuch des Umweltrechts, Bd. II, 2. Aufl. 1994, Sp. 1719 ff.

Art. 20a GG aber stellt für die Lösung solcher Zielkonflikte - abgesehen von den erwähnten Minimalanforderungen - kein Entscheidungskriterium zur Verfügung. Zwar ist es in der Literatur als eine besondere Errungenschaft des Staatsziels Umweltschutz gefeiert worden, daß seine Aufnahme in das Grundgesetz das Gewicht des Umweltschutzes in der Abwägung erhöhe. Aber nicht einmal dies trifft zu. Die Gewichtigkeit eines Belangs im Vergleich zu anderen Belangen ergibt sich aus seiner sachlichen Funktion, nicht aus dem Umstand, daß er in der Verfassung erwähnt wird. Die Verfassung erwähnt sehr heterogene Belange mit sachlich sehr unterschiedlicher Gewichtigkeit, und es gibt Belange, die in der Verfassung nicht geregelt sind, aber mindestens ebenso wichtig und gewichtig sind wie in der Verfassung geregelte Belange.

Zwar soll nach dem Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers die Aufnahme des Umweltschutzes als Staatsziel in das Grundgesetz seine besondere Bedeutung zum Ausdruck bringen. Und mit der Normierung in einer Staatszielbestimmung wird eine Aufgabe wie der Umweltschutz in ganz besonderer Weise hervorgehoben im Verhältnis zu Aufgaben, die im Grundgesetz nicht oder nur in einer Kompetenznorm erwähnt sind. Es trifft durchaus zu, daß die Verfassung mit einer Staatszielbestimmung die besondere Wichtigkeit der betreffenden Aufgabe betont. Jedoch ist es meines Erachtens nicht möglich, aus der Hervorhebung des Umweltschutzes im Grundgesetz Schlußfolgerungen für das Gewicht in der Abwägung zu ziehen.

Abwägungen, wie sie der Gesetzgeber oder die Planungsbehörde vorzunehmen haben, beziehen sich nämlich niemals auf das abstrakte Verhältnis zwischen verschiedenen Staatszielen oder Staatsaufgaben, sondern immer auf mehr oder weniger konkrete Problemkonstellationen. Es geht nie darum, ob die Wahrnehmung der einen Staatsaufgabe vollkommen durch die Wahrnehmung einer anderen verdrängt wird, sondern immer darum, *in welchem Umfang* die jeweilige Aufgabe im je konkreten Zusammenhang zu verwirklichen ist. Soweit aber eine Staatszielbestimmung keine Kriterien für den Umfang der Aufgabenerfüllung festlegt, läßt sich ihr auch nichts darüber entnehmen, welches Gewicht die von ihr determinierte Aufgabe in der konkreten Abwägung mit anderen Belangen haben soll.

Beispielsweise war der Umweltschutz, als er noch nicht verfassungsrechtliches Staatsziel war, keineswegs der Sozialstaatlichkeit in dem Sinne untergeordnet, daß diese sich im Konfliktfall stets gegen Umweltschutzinteressen durchsetzen mußte, nur weil sie im Grundgesetz als Staatsziel festgelegt ist. Selbstverständlich konnte der Gesetzgeber Umweltschutzvorschriften erlassen, die in ihrer Folge die Produktionskosten erhöhten, die Gewinne minderten und die soziale Umverteilungsmasse schmälerten, somit auch den Verwirklichungsumfang des sozialen Staatsziels beeinträchtigten. Der Gesetzgeber durfte also bereits damals dem Umweltschutz in der konkreten Abwägung mit anderen Staatszielen und Staatsaufgaben den Vorrang geben.

Diese Rechtslage wird durch Art. 20a GG nur bestätigt, nicht geändert. Umgekehrt führt die Einfügung von Art. 20a GG in das Grundgesetz auch nicht dazu, daß der Umweltschutz nun Vorrang vor der Erfüllung anderer Staatsaufgaben hat. Auf der Ebene eines abstrakten Vergleichs hat der Umweltschutz den gleichen Rang wie die anderen Staatsziele. Die Gemeinsame Verfassungskommission hat sich dezidiert gegen einen auch nur relativen Vorrang des Umweltschutzes entschieden²⁵. Der Gesetzgeber kann also den Umweltschutz anderen Zielen unterordnen, sofern er nicht die bereits herausgearbeiteten Minimalanforderungen unterschreitet, die Art. 20a GG zwingend vorgibt.

Die „prinzipielle Gleichordnung“²⁶ des Umweltschutzes mit anderen Verfassungsprinzipien schließt also nicht aus, daß Umweltschutzbelange in bezug auf konkrete Problemlagen hinter die Verwirklichung anderer Staatsziele und sogar auch hinter verfassungsrechtlich nicht garantierte Belange zurückgestellt werden. Andererseits schließt die „prinzipielle Gleichordnung“ auch nicht aus, daß dem Umweltschutz im Rahmen der gegebenen Gestaltungs- und Abwägungsspielräume der Vorrang vor anderen Staatszielen eingeräumt wird. Es ist möglich, daß in bezug auf *konkrete* Probleme und

²⁵ Die von der SPD vorgeschlagene Formulierung, die natürlichen Lebensgrundlagen stünden unter dem „*besonderen* Schutz“ des Staates, die einen relativen Vorrang sichern sollte, war am Widerstand der CDU/CSU gescheitert, vgl. Bericht der *Gemeinsamen Verfassungskommission*, BT-Drs 12/6000, S. 65f.

²⁶ *Gemeinsame Verfassungskommission*, BT-Drs 12/6000, S. 67.

Kollisionslagen von Verfassungs wegen ein eindeutiger Vorrang des Umweltschutzes gegeben ist.

Einen solchen Vorrang begründen zunächst die zwingenden Minimalanforderungen des Art. 20a GG. Soweit es um ihre Verwirklichung geht, müssen andere Ziele im Konfliktfall hintangestellt werden. Freilich ist das Konfliktpotential insoweit auch nicht sonderlich groß, da es hier ja nur um Umweltschutz auf sehr niedrigem Niveau geht. Immerhin: Angesichts des bedrohliche Ausmaße annehmenden Artensterbens dürfte selbst die Minimalanforderung, daß die Lebensbedingungen jeder in Deutschland heimischen Art nicht so weit zerstört werden dürfen, daß eine Art ausstirbt, erhebliche praktische Relevanz gewinnen.

Abgesehen hiervon ergibt sich ein Vorrang des Umweltschutzes vor anderen Staatszielen und -aufgaben aus den Fundamentalitätsverhältnissen, in denen diese zueinander stehen: Geht es nicht nur um die Lebensqualität in einer möglichst unberührten Umwelt oder um Vorsorge im Vorfeld der Gefahrenabwehr, sondern um die menschlichen Lebensgrundlagen als solche, dann sind diese gegenüber anderen Verfassungsprinzipien und -gütern fundamental²⁷. Die Wahrnehmung aller anderen Staatsaufgaben und die Ausübung aller Grundrechte setzen nämlich voraus, daß menschliches Leben überhaupt existiert. Die Zerstörung der Grundlagen dieses Lebens kann also mit keiner anderen Staatsaufgabe gerechtfertigt werden.

Diesen Vorrang des Umweltschutzes mag man als „relativen Vorrang“ bezeichnen, weil er nicht den Umweltschutz im ganzen umfaßt, sondern nur insoweit, wie dieser fundamental gegenüber anderen Belangen ist. Soweit die Fundamentalität aber besteht, setzt sich der Umweltschutz ohne Einschränkung durch. Steht also nicht nur die Qualität der Umwelt oder ein lokales Umweltgut auf dem Spiel, sondern die Existenz einer für das menschliche Leben in Deutschland unentbehrlichen Lebensgrundlage, hat der Umweltschutz absoluten Vorrang, es sei denn, die einzig in Betracht kommenden

²⁷ Vgl. *Murawiek*, Umweltschutz als Staatszweck. Die ökologischen Legitimitätsgrundlagen des Staates, 1995, S. 78 f.

Umweltschutzmaßnahmen würden andere ebenso unentbehrliche Lebensgrundlagen zerstören.

Mit der extremen Konstellation, daß menschliches Leben in Deutschland, zumindest regional, unmöglich wird, wenn nicht bestimmte Umweltschutzmaßnahmen ergriffen werden, werden wir es allerdings hoffentlich nie zu tun bekommen. Eine Konstellation, die uns täglich beschäftigt, besteht demgegenüber darin, daß wir Umweltbelastungen schaffen, die erhebliche Risiken für die Existenz unserer Lebensgrundlagen mit sich bringen. Gegenüber diesen Risiken kann es keinen absoluten Schutz geben. Risiken für nicht lediglich lokale Umweltgüter, sondern für solche Umweltgüter, ohne die menschliches Leben in Deutschland unmöglich würde, müssen effektiv bekämpft werden. Effektiver Schutz, und das heißt auch effektive Vorsorge gegen diese Risiken genießt Vorrang vor anderen Staatsaufgaben. Die Grenze dessen, was hier von Verfassungs wegen strikt geboten ist, ergibt sich aus der relationalen Zuordnung der Größe des potentiellen Schadens und der Eintrittswahrscheinlichkeit. Diese Grenze wird herkömmlich als „Gefahenschwelle“ bezeichnet. Da gerade bei den hier in Rede stehenden immensen Schadenspotentialen und den schwer kalkulierbaren Risiken eine rationale Zuordnung von Schadenspotential und Schädigungswahrscheinlichkeit nur sehr begrenzt möglich ist, bleibt allerdings dem Gesetzgeber regelmäßig ein sehr großer Konkretisierungsspielraum.

V.

Wo dagegen nicht die Existenz lebensnotwendiger Umweltgüter auf dem Spiel steht, ist die Direktivkraft des Art. 20a GG gering. Hier hat der Gesetzgeber einen von der Staatszielbestimmung nur schwach begrenzten Gestaltungsspielraum. Die Rechtfertigungslast, die Art. 20a GG dem Staat für umweltbeeinträchtigende Maßnahmen auferlegt, darf aber nicht geringgeschätzt werden.

Abgesehen von seiner rechtlich-verpflichtenden Funktion hat die Aufnahme des Staatsziels Umweltschutz in die Verfassung auch die Funktion, die Staatstätigkeit wie auch die allgemeine Bewußtseinsbildung auf die Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen programmatisch auszurichten und den

Staatsorganen bei allen ihren Entscheidungen - nicht nur im Bereich des Umweltrechts im engeren Sinne, sondern auf allen Feldern der Politik, etwa auch der Verkehrs-, oder Wirtschaftspolitik - ihre fundamentale Bedeutung vor Augen zu führen. Ob die Verfassung solche edukatorischen Funktionen sinnvoll erfüllen kann, oder ob nicht der rechtliche Geltungsanspruch der Verfassung erschüttert wird, wenn sie mit gut gemeinten, aber rechtlich weitgehend unverbindlichen und nicht justiziablen Postulaten angereichert wird, ist eine bis heute umstrittene Frage.

IV. Umweltrechtspolitik im Vergleich

Die Entwicklung der Umweltrechtspolitik in Japan

Von Kazuhiko Matsumoto, Osaka

I. Einleitung

In diesem Bericht möchte ich die Situation der japanischen Umweltrechtspolitik unter Berücksichtigung ihrer historischen Entwicklung darstellen. Diese Entwicklung läßt sich chronologisch in zwei Abschnitte gliedern. Vom Erlaß des Grundlagengesetzes gegen Umweltverschmutzung (GU: Kogai taisaku kihon-ho) im Jahre 1967 bis zum Umweltschutzgesetz (Kankyo kihon-ho), das im Jahre 1993 in Kraft getreten ist, und dem Zeitraum bis zur Gegenwart. Jedes dieser Leitgesetze bildet den Rahmen eines Rechtssystems, das durch zahlreiche spezielle Gesetze und andere Normen ausgestaltet wird. Ausgehend vom GU und dem Umweltschutzgesetz werde ich den Wandel des Normensystems erklären. Die Gegenüberstellung beider Grundlagengesetze ermöglicht ein besseres Verständnis des aktuellen Standes der Umweltrechtspolitik in Japan. Lassen Sie mich aber zuvor kurz die Vorgeschichte des japanischen Umweltrechts darstellen.

II. Zur Entstehung der Umweltgesetzgebung

Bis Anfang der 60er Jahre war die Natur im allgemeinen kein Objekt rechtlichen Schutzes. In einer Zeit, in der dem ökonomischen Wachstum und der Landerschließung absolute Priorität eingeräumt wurde, fand die Umweltverschmutzung und die Naturzerstörung kaum Beachtung. Die Emission von Schadstoffen führte zu zahlreichen Fällen schwerer Gesundheitsverletzungen, bei denen auch Todesopfer zu beklagen waren. Diese Emissionen fassen wir heute unter dem Begriff Kogai (public pollution) zusammen.

Die ersten Opfer der Umweltverschmutzung fanden sich in industriellen Ballungsgebieten. Damals wurden auf nationaler Ebene noch keine Maßnahmen zur Bekämpfung der Umweltverschmutzung getroffen. Das Defizit an gesamtstaatlicher Normierung zwang die Stadtpräfekturen dazu, eigene

Maßnahmen zu treffen. In Tokio wurde 1949 die erste Umweltsatzung erlassen, die als Vorläuferin des Umweltschutzes in Japan gilt. Tokio folgten Osaka (1950) und Kanagawa (1951). Trotz ihrer Unzulänglichkeiten bei der Begrenzung von Schadstoffemissionen gingen von diesen Satzungen starke Impulse auf die später einsetzende nationale Umweltpolitik aus.

In den sechziger Jahren erhoben zahlreiche Opfer, die durch die Umweltverschmutzung geschädigt worden waren, Schadensersatzklagen gegen Industriebetriebe. Die Klagen zielten zwar hauptsächlich auf die Kompensation erlittener Schäden, im weiteren Sinne sollten sie aber auch künftigen Umweltschäden vorbeugen. Aus Anlaß dieser Prozesse wurden in Rechtsprechung und Wissenschaft neue Rechtsdoktrinen entwickelt und die Notwendigkeit aktiver Rechtspolitik unterstrichen. In diesem Zusammenhang sind insbesondere die vier großen Umweltfälle von Toyama, Kumamoto, Niigata und Yokkaichi von Bedeutung.

Der Urayasu-Fall im Jahre 1958 führte zum Erlaß zweier Gewässerschutzgesetze zur Sicherung der Wasserqualität und zur Regulierung von Fabrikabwässern. Es handelt sich dabei um die ersten nationalen Umweltschutzgesetze. Im Jahre 1962 wurde das Gesetz zur Rauch- und Staubregulierung verabschiedet. Alle genannten Gesetze enthielten bestimmte Regulierungsstandards, welche die Behörden mit Auflagen bzw. Unterlassungsverfügungen sichern sollten. Zugleich forderte das Gesetz jedoch die Behörden dazu auf, die Kontrolle nach dem Grundsatz des harmonischen Verhältnisses von Wirtschaftsentwicklung, Landerschließung und Umweltschutz auszuüben, was einem Primat der Ökonomie gleichkam.

Bis Mitte der 60er Jahre erließen einige Präfekturen in Reaktion auf Bürgerforderungen spezielle Umweltsatzungen. In dieser Zeit kam es zu einer Reihe spektakulärer zivilrechtlicher Schadensersatzprozesse und schließlich wurde auch die staatliche Umweltgesetzgebung aktiv. Grundprinzip war jedoch immer der Vorrang der Wirtschaftsentwicklung. Rechtliche Maßnahmen gegen die Umweltverschmutzung wurden nur innerhalb dieses Prinzips getroffen. Die Satzungsgewalt der Präfekturen und Gemeinden war auch beim Umweltschutz nur im Rahmen der Gesetze gegeben (Art. 94 Japanische Verfassung, § 14 I kommunales Selbstverwaltungsgesetz). Umweltschützende Satzungen hatten selbst in Gebieten mit hoher Umweltbelastung der Priorität der Ökonomie

Rechnung zu tragen. Im übrigen konnten sich nach den allgemeinen Prinzipien des Zivilprozeßrechts Dritte nicht auf eine erfolgreiche Schadensersatzklage eines Bürgers berufen.

III. System des Grundlagengesetzes gegen Umweltverschmutzung (GU)

1. Überblick des ganzen Systems

In Anerkennung der wachsenden Umweltbelastungen wurde 1967 das GU geschaffen, das den Rahmen und die Ziele der staatlichen Umweltschutzpolitik vorgibt. Es regelt sieben Kategorien von Umweltbelastungen: Gesundheitsschäden und Beeinträchtigungen des Lebensumfeldes durch Luftverunreinigung; die Verschmutzung der Gewässer; die Bodenverunreinigung; den Lärm; Erschütterungen; Bodenabsenkungen und üble Gerüche. Das Gesetz gibt die Grundzüge für Maßnahmen zur Vermeidung von Umweltverschmutzung vor und enthält Ansätze zur Umweltplanung. In Ausfüllung des GU ergingen zahlreiche Einzelgesetze zur Prävention von Umweltbelastungen, so beispielsweise das Luftreinerhaltungsgesetz und das Lärmregulierungsgesetz (1968).

Im Dezember 1970 wurden eine ganze Reihe von Umweltgesetzen verabschiedet bzw. novelliert, darunter das GU, das Luftreinerhaltungsgesetz und das Lärmregulierungsgesetz. An die Stelle der beiden oben genannten Gewässerschutzgesetze trat ein einheitliches Schutzgesetz für Binnengewässer. Daneben wurden das Gesetz zur Bekämpfung der Meeresverschmutzung, das Gesetz zur Abwehr von Verseuchungen des Erdbodens landwirtschaftlicher Flächen, das Müllbeseitigungsgesetz und das Umweltstrafgesetz verabschiedet. Im Jahre 1971 wurde das Gesetz zur Abwehr übler Gerüche und im Jahre 1976 das Gesetz über Erschütterungen geschaffen. Die Kategorien der Umweltverschmutzung im GU wurden alle in den Spezialgesetzen geregelt. Die „Wirtschaftsharmonie“-Klausel wurde abgeschafft. Der Gedanke, der Umweltschutz sei der Ökonomie und Landerschließung stets untergeordnet, wurde relativiert.

Bei der Naturschutzgesetzgebung wurden ebenfalls Fortschritte erzielte, so mit der Novellierung des Naturschutzparkgesetzes (1957) im Jahre 1970. Im Jahre 1972 wurde das Naturschutzgesetz erlassen. Insgesamt litt jedoch die

praktische Wirksamkeit des Naturschutzes unter der Vorstellung, er sei dem Schutz vor umweltschädlichen Emissionen nachrangig.

Während die Umweltplanung und -politik zuvor von mehreren und häufig in der Sache konkurrierenden Behörden ohne Koordination betrieben wurde, wurde nun 1971 das nationale Umweltamt errichtet. Zur Lösung des Kompetenzstreites erhielt das Umweltamt eine Koordinierungszuständigkeit hinsichtlich umweltbehördlicher Entscheidungen und die Kompetenz zur Planung grundlegender Maßnahmen, um die Umweltpolitik umfassend zu fördern. Aber auch nach der Gründung des Umweltamtes blieben Ressortzuständigkeiten anderer Behörden im Umweltbereich erhalten und in der Praxis erwies sich die Koordinierungskompetenz des Umweltamtes als relativ schwach. Deshalb konnte das Ziel einer einheitlichen gesamtstaatlichen Umweltpolitik unter dem Dach einer Behörde nicht erreicht werden, wenngleich die integratorischen Effekte nicht übersehen werden können.

Ungeachtet der Gesetzgebungsaktivitäten auf nationaler Ebene blieb die kommunale Rechtsetzung weiterhin unentbehrlich. Insbesondere in den industriellen Verdichtungsräumen bedurfte es strikterer Regelungen als derer des Staates. Nach der damals herrschenden Rechtsauffassung war jedoch der Erlaß strengerer Satzungen („hinzufügende Satzungen“), die den örtlichen Verhältnissen hätten entsprechen können, nicht möglich, da die Umweltregelung des staatlichen Gesetzes die Regulierungsgrenze bestimmte (Okkupationstheorie). Deshalb gingen die kommunalen Gebietskörperschaften zur Anwendung informeller Instrumente (Gyosei shido) über, wie z. B. der Umweltvereinbarung oder der Verwaltungsrichtlinie. Diese Instrumente waren in gewissem Maße „effektiv“, aber aus der Perspektive des Rechtsstaates freilich problematisch. Inzwischen traten aber auch Vertreter der Kommunen auf, die die Okkupationstheorie offen in Frage stellten. Dies geschah erstmals beim Erlaß der Tokioter Umweltschutzsatzung von 1969. Später wurde die kommunale Legitimation zur hinzufügenden Satzung in einigen Bereichen (z. B. im Luftreinerhaltungsgesetz) durch staatliche Gesetze bestätigt und damit der Konflikt zwischen Gesetz und Satzung beseitigt. Aber in anderen Bereichen blieb die Möglichkeit des Konflikts erhalten.

In den 70er Jahren ergingen die Urteile zu den genannten vier großen Umwelthaftungsfällen. In allen Fällen waren die Kläger mit ihren zivilrechtlichen Schadensersatzforderungen erfolgreich.

Im Jahre 1973 erfolgte eine vollständige Novellierung des Gesetzes über die zivilrechtliche Entschädigung für umweltbedingte Gesundheitsschäden von 1969. Hatte in der Vergangenheit der Aufwand für die Prozeßkosten viele Bürger davon abgehalten, Klage zu erheben, so schuf nun das Gesetz ein neues Entschädigungssystem. Betroffene konnten nun nach ihrer behördlichen Anerkennung als gesundheitlich Geschädigte in bestimmten Belastungsgebieten Ausgleich aus einem Fonds bekommen, der nach dem Verursacherprinzip aus Beiträgen der Umweltverschmutzer gespeist wird. Unter Berufung auf das Verursacherprinzip wurde ein weiteres Gesetz, das Umweltschutzkostengesetz von 1970, erlassen. Zuvor waren öffentliche Umweltschutzmaßnahmen staatlich oder kommunal finanziert worden. Das neue Gesetz verpflichtete nun die Verursacher, einen Teil der Kosten zu tragen. Dadurch wurde ein System ausgestaltet, das die sozialen Kosten internalisiert hat.

2. Kritik des GU-Systems

Das GU und die ausführende Folgegesetzgebung betrafen in ihrem Schwerpunkt die Kompensation und Vorbeugung von Schäden durch „public pollution“, daneben den Bereich des Naturschutzes. Das GU bekannte sich zur Förderung der gesamtstaatlichen ökonomischen Entwicklung im öffentlichen Interesse. Umweltverschmutzung war ein Nebenprodukt des erstrebten Wirtschaftswachstums und so bestand eine Spannung zwischen der „Wohltat“ des Wachstums, die der Allgemeinheit zugute kam, und den umweltrelevanten Belastungen, die wenige Betroffene schwer trafen. Das GU bezweckte, hier einen gleichsam „fairen“ Ausgleich zu schaffen. Deshalb war es selbstverständlich, daß die Meinung aufkam, das Umweltrecht müsse nicht weiter entwickelt werden, nachdem durch die neue Gesetzgebung bestimmte Umweltbelastungen reduziert werden konnten und sich in der Folgezeit das Wirtschaftswachstum verlangsamte. So wurden z. B. die Umweltqualitätsstandards abgesenkt und die Entschädigung bei Umweltschäden verringert. Die Restriktionen für den Umweltschutz lagen aber

auch im System des GU selbst, das im wesentlichen die industriellen Umweltschädigungen zum Regelungsgegenstand hatte und andere Ursachen und Aspekte nicht behandelte.

Insgesamt baute das System des GU auf der Vorstellung auf, einen Ausgleich zwischen der Prävention und Kompensation von Umweltschäden einerseits und der Förderung des Wirtschaftswachstums und der Landerschließung andererseits zu schaffen. Unzweifelhaft sind die Erfolge bei der Begrenzung der Umweltverschmutzung. Das Gesetz verstand jedoch den Umweltschutz und den Bereich der Ökonomie als grundsätzlich getrennte Komplexe und konnte keine Grundlage dafür bieten, den Umweltschutzgedanken in die diversen Felder staatlicher Daseinsvorsorge zu integrieren. Im übrigen führte die Vorstellung, „Umweltrecht“ sei zum ganz wesentlichen Teil identisch mit den Maßnahmen gegen „public pollution“, zu einer Reduktion des ökologischen Anliegens.

IV. System des Umweltschutzgesetzes

1. Neue Umweltprobleme

Erfolge des GU waren insbesondere die Verringerung industrieller Emissionen (SO_x, Quecksilber bzw. Kadmium). Neue und zusätzliche Probleme bereiten aber besonders die Umweltbelastungen, die durch die modernen urbanen Lebensverhältnisse verursacht werden.

Zu nennen sind die Luftverunreinigung durch NO_x (privater und öffentlicher Verkehr), die Verschmutzung der Binnengewässer durch Abwässer und die Abfallentsorgung in der Konsumgesellschaft. Folgen sind der Ressourcenverbrauch, die Erreichung der Kapazitätsgrenze des Entsorgungssystems und damit verbundene Mißbräuche (rechtswidrige Abfallbeseitigung u.a.).

Zum anderen geht es um die Unumkehrbarkeit von Eingriffen in die Ökologie, wie sie in der Änderung des Klimas, der Zerstörung der Ozonschicht und im Verlust der Artenvielfalt sichtbar wird. Die Einwirkungen chemischer Stoffe auf Mensch und Umwelt mögen im Einzelfall im Rahmen der gegenwärtigen wissenschaftlichen Erkenntnisse schwer zu prognostizieren sein, aber die

Entscheidungen müssen heute unter Berücksichtigung der globalen ökologischen Risiken getroffen werden.

2. Zur Entstehung des Umweltleitgesetzes

Unmittelbarer Anlaß der Reform war der sog. „Erdgipfel“ von Rio de Janeiro im Juni 1992, mit der Aufnahme des Prinzips des „sustainable developments“ in die Rio-Deklaration. Das Dokument hatte großen Einfluß auf die japanische Umweltrechtspolitik und führte im November 1993 zum Erlaß des Umweltleitgesetzes. Damit wurde eine neue Phase in der japanischen Umweltpolitik eingeleitet.

Das Umweltleitgesetz bestimmt in Art. 3 bis 5 die Grundgedanken des Umweltschutzsystems.

In Art. 3 ist die Rede vom Genuß der natürlichen Umwelt und der Verpflichtung, sie in intaktem Zustand an künftige Generationen zu übergeben. Dem liegt die Vorstellung eines Generationenvertrages im weiteren Sinne zugrunde.

Art. 4 nennt das Ziel der Verringerung der Umweltbelastung bei gleichzeitiger Schaffung bzw. Sicherung der materiellen Voraussetzungen, unter denen eine bestandsfähige Entwicklung der Gesellschaft möglich ist, entspricht also Grundsatz 4 der Rio-Deklaration, der auf die Integration des Umweltschutzes in den Entwicklungsprozeß abzielt.

Art. 5 betont den Gedanken des globalen Umweltschutzes durch die Zielvorgabe der internationalen Zusammenarbeit.

Ein System ergibt sich erst im Zusammenhang mit der rechtlichen Konkretisierung dieser drei Grundgedanken in weiteren Spezialgesetzen und den sie umsetzenden Maßnahmen. In der Folge wurden zahlreiche Einzelgesetze geschaffen bzw. novelliert und administrative Maßnahmen getroffen. Bis zur Ausfüllung des beschriebenen Rahmens dürfte freilich noch einige Zeit vergehen.

3. Zum Inhalt des Umweltleitgesetzes und der Folgegesetzgebung

Das Gesetz zielt auf die Schaffung von Voraussetzungen, unter denen ein schonender Umgang mit den natürlichen Ressourcen möglich ist. Dafür bedarf

es einer rechtlichen Perspektive, die die Auswirkungen der menschlichen Handlungen auf die Umwelt dauernd im Blick behält. Die Umweltverwaltung erhält einen Vorsorgeauftrag. Die Planung der Umweltpolitik, wie die Aufstellung des Umweltschutzplans oder des Plans zur Prävention der Umweltverschmutzung, wird vom Kabinett und von den Gebietskörperschaften aufgrund des Umweltschutzgesetzes bestimmt. Die Umweltverträglichkeitsprüfung wurde im Juni 1997 erstmals durch ein Gesetz geregelt. Für den effektiven Umweltschutz wird es erforderlich sein, andere Pläne, wie die Wirtschaftspläne oder Landesentwicklungspläne, an den Umweltschutzplan anzupassen. Die für die Umweltverwaltung hauptsächlich zuständige Behörde ist auch weiterhin das nationale Umweltamt. Seine relativ schwache Kontrollkompetenz soll erweitert werden. Zu erwarten steht, daß sie verstärkt wird, wenn das 1999 Reformgesetz über die Zentralbehörden verabschiedet wird.

Eine dauerhaft entwicklungsfähige Gesellschaft im Sinne des Umweltschutzgesetzes muß Voraussetzungen für eine Kreislaufwirtschaft bereitstellen. Zu diesem Zweck wurde das Gesetz über die Müllbeseitigung mehrfach novelliert und der Recyclinggedanke in das Gesetz neu eingeführt. Im Jahre 1991 wurde zur Förderung des Einsatzes von Sekundärrohstoffen das Recyclinggesetz erlassen. 1995 kam das Verpackung-Recyclinggesetz dazu. Im Jahre 1998 Juni wurde das Elektrogeräte-Recyclinggesetz verabschiedet. Allerdings ist zu kritisieren, daß das japanische Abfallrecht bisher weder das Müllbeseitigungsgesetz, noch das Recyclinggesetz integriert hat und der Gesichtspunkt der Müllvermeidung gesetzlich noch nicht ausreichend berücksichtigt wird.

Dem globalen Umweltschutz zuzurechnen sind das Gesetz zur Begrenzung der Meeresverschmutzung, das allerdings bereits 1970 erlassen wurde, ferner das in Umsetzung internationaler Verträge verabschiedete Ozonschutzgesetz (1988) und das Artenschutzgesetz (1992). 1998 hat die Regierung dem Parlament den Gesetzentwurf zur Verhinderung der Erderwärmung vorgelegt. Im Oktober wurde das Gesetz erlassen, das den Staat verpflichtet, planmäßige Maßnahmen zur Verhinderung der Erderwärmung zu treffen.

Im japanischen Umweltrecht herrschten bisher die klassischen Instrumente des Ordnungsrechts vor. Danach sind die Handlungsträger verpflichtet,

Umweltqualitätsstandards und Regelungsstandards zu beachten. Zwar werden seit langem informelle Maßnahmen wie z. B. Verwaltungsempfehlungen häufig ausgeübt, aber in neuerer Zeit gibt es eine verstärkte Diskussion über die Einführung ökonomischer Hebel, so im Rahmen der Ökosteuer-Debatte. Im übrigen gibt es lebhafte Diskussionen de lege ferenda über die Veröffentlichung behördlicher Umweltinformationen und die Partizipation der Bürger an Planungsverfahren. Als effektives Mittel dafür ist sehr beachtet: PRTR (Pollutant Release and Transfer Registers). Der Gesetzentwurf über PRTR wird zur Zeit innerhalb des Parlaments diskutiert. In letzter Zeit gibt es auf kommunaler Ebene Initiativen von Bürgern, die bei der Errichtung eines Kernkraftwerks oder einer Mülldeponie die Entscheidung durch Volksabstimmung fordern. In einigen wenigen kommunalen Körperschaften wurden bisher die satzungsrechtlichen Voraussetzungen hierfür auch geschaffen und ausgeführt.

V. Schlußbemerkung

Das japanische Umweltsschutzrecht besteht heute aus einem Grundlagengesetz, dessen Oberziele durch besondere Folgegesetzgebungen konkretisiert werden. Unbestritten ist mittlerweile, daß der Umweltschutz nicht nur zu den Aufgaben der Ordnungsverwaltung, sondern auch zu den essentiellen Bereichen staatlicher planender Daseinsvorsorge gehört. Bei allem Konsens über die Ziele, besteht jedoch keine Einigkeit über die anzuwendenden Instrumente und tatsächlich läßt sich sagen, daß das japanische Umweltrecht im instrumentellen Bereich noch nicht hinreichend ausgestaltet ist. Trotzdem ist die Tendenz zur Gewinnung praktisch umsetzbarer Strukturen gerade in der jüngeren Gesetzgebung erkennbar.

Das japanische Umweltrecht wurde bereits in der Vergangenheit häufig durch die Erfahrungen mit kommunalen Satzungen und immer wieder durch internationale Verträge vorangebracht. Es ist zu hoffen, daß der umfangreiche Wissens- und Erfahrungsschatz auf lokaler und globaler Ebene in die künftige Entwicklung des gesamtstaatlichen japanischen Umweltrechts rechtzeitig einfließen kann.

Regulierung und Marktfreiheit im Europäischen Umweltrecht*

Von Dieter H. Scheuing, Würzburg

I. Einleitung

Das Verhältnis zwischen Regulierung und Marktfreiheit im Umweltrecht ist von komplexer Natur. Das gilt auch für das Europäische Umweltrecht, verstanden als das Umweltrecht jener Europäischen Gemeinschaft (EG), die den wichtigsten Teil der Europäischen Union (EU) bildet. Eine erste Orientierung läßt sich hier gewinnen, indem man zwischen primärrechtlichen und sekundärrechtlichen Aspekten des Europäischen Umweltrechts unterscheidet. In primärrechtlicher Hinsicht - d.h. aus dem Blickwinkel des im EG-Vertrag festgelegten Verfassungsrechts der Europäischen Gemeinschaft - stellt sich das Problem „Regulierung versus Marktfreiheit“. Auf der Ebene des von den EG-Organen geschaffenen Rechts, also in sekundärrechtlicher Hinsicht, geht es um das Problem „Marktfreiheit in der Regulierung“.

II. Regulierung versus Marktfreiheit

Als primärrechtliche Fragestellung betrifft das Thema „Regulierung versus Marktfreiheit“ sowohl Umweltschutzregulierungen durch die Europäische Gemeinschaft selbst als auch solche durch die Mitgliedstaaten.

1. Umweltschutzregulierungen durch die Europäische Gemeinschaft

Was zunächst die Vorgaben des EG-Vertrags für Umweltschutzregulierungen durch die Gemeinschaftsorgane selbst angeht, so ist hier von Bedeutung, daß seit dem

* Ergänztes und aktualisierte Fassung des Vortrages vom 5. September 2000 auf dem Deutsch-Japanischen-Verfassungssymposium in Freiburg im Breisgau; die Ausführungen bauen auf Überlegungen auf, die der Verfasser - Inhaber des Jean-Monnet-Lehrstuhls für Europarecht und Mitvorstand des Europäischen Rechtszentrums der Universität Würzburg - erstmals am 24. März 2000 auf dem Kolloquium anlässlich des 65. Geburtstages von *Manfred Zuleeg* in Frankfurt am Main vorgetragen hat.

Inkrafttreten des Maastrichter Vertrags am 1. November 1993 der EG-Vertrag die ausdrückliche wirtschaftsverfassungsrechtliche Festlegung auf eine offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb enthält¹. Ferner gehört zu den vom EuGH, dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in Luxemburg, entwickelten Gemeinschaftsgrundrechten u.a. ein von den Rechtsetzungsorganen der Gemeinschaft zu respektierendes Gemeinschaftsgrundrecht auf freie unternehmerische Betätigung². Darüber hinaus hat der EuGH eine Bindung nicht nur der Mitgliedstaaten, sondern auch der Gemeinschaftsorgane an die Grundfreiheiten des EG-Vertrags bejaht³. Hieraus ergibt sich für den Erlaß von EG-Umweltrecht, daß jeweils nicht die Marktfreiheit vor der Regulierung, sondern die Regulierung vor der Marktfreiheit zu rechtfertigen ist.

Solche Rechtfertigungsmöglichkeiten sind aber durchaus gegeben. So ist die Festlegung durch den Maastrichter Vertrag nur auf den „Grundsatz“ einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb und nur vorbehaltlich näherer Maßgabe des Vertrags erfolgt⁴, der Vertrag unterstreicht jedoch anderwärts sehr die Notwendigkeit eines hohen Maßes an Umweltschutz.⁵ Aus letzterem folgt zugleich, daß gemeinschaftliche Umweltschutzregulierungen, da sie einem im Vertrag sogar besonders hervorgehobenen Gemeinschaftsziel dienen, allenfalls bei Unverhältnismäßigkeit an dem Gemeinschaftsgrundrecht auf freie unternehmerische Betätigung scheitern könnten. Dasselbe muß für die Bindung der Gemeinschaftsorgane an die Grundfreiheiten gelten, wenn man dieser Bindung nicht

¹ Vgl. jetzt 4 Abs. 1 EGV, vgl. auch den jetzigen Art. 105 Abs. 1 S. 3 EGV; vgl. überdies Art. 3 Abs. 1 Buchst. g (ex Art. 3 Buchst. g) EGV.

² Nachweise z.B. bei *Borchardt*, in: Lenz (Hrsg.), EG-Vertrag. Kommentar, 2. Aufl. 1999, Art. 220 Rn. 46 f.; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, Art. 6 EU-Vertrag Rn. 61 f.; *Stumpf*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 6 EUV Rn. 29. Vgl. nunmehr auch Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. EG 2000 Nr. C 364 S. 1 (12).

³ Vgl. z.B. EuGH, Urteil vom 20.4.1978 - Rsn. 80 und 81/77, Slg. 1978, 927 *Commissionnaires Réunis*; EuGH, Urteil vom 17.5.1984 - Rs. 15-783, Slg. 1984, 2171 (2184 Rn. 15) *Denkavit Nederland/Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten*; EuGH, Urteil vom 9.8.1994 - Rs. C-51/93, Slg. 1994, I-3879 *Meyhui/Schott Zwiesel Glaswerke*; EuGH, Urteil vom 14.7.1998 - Rs. C-284/95, Slg. 1998, I-4301 (4350 Rn. 63) *Safety Hi-Tech*. Vgl. auch *Jarass*, Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 1995, S. 202 (211); *Müller-Graff*, Umweltschutz und Grundfreiheiten, in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Bd. I, 1998, S. 222 (264); *Frenz*, Europäisches Umweltrecht, 1997, Rn. 664.

⁴ Vgl. Art. 4 Abs. 1 EGV.

⁵ Vgl. Art. 2, 6, 95 Abs. 3, 174 Abs. 2 S. 1 EGV. Vgl. nunmehr auch Art. 37 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. EG 2000 Nr. C 364 S. 1 (17).

ohnehin nur ein Verbot von Gemeinschaftsregelungen entnimmt, die eine Aufteilung des Binnenmarktes in nationale Märkte bewirken oder gestatten⁶.

So ist auch, obwohl die Europäische Gemeinschaft seit den siebziger Jahren zahlreiche Richtlinien und Verordnungen zum Umweltschutz erlassen hat, keiner dieser Rechtsakte je an der primärrechtlichen Marktfreiheit gescheitert. Vielmehr hat der EuGH sogar schon 1985, d.h. noch vor der Verankerung des Umweltschutzes im EWG-Vertrag durch die Einheitliche Europäische Akte, die umweltschützende EWG-Altörlinien für mit der Handelsfreiheit und der Warenverkehrsfreiheit vereinbar erklärt⁷. Und seither ist der EuGH zwar verschiedentlich mit der Frage nach der richtigen Rechtsgrundlage für gemeinschaftsrechtliche Umweltschutzregulierungen befaßt worden⁸, nicht aber mehr, soweit ersichtlich, mit derjenigen nach einer Rechtfertigung solcher Regulierungen vor der Marktfreiheit. Somit kommt der primärrechtlichen Marktfreiheit als Schranke für EG-Umweltschutzregulierungen eher theoretische Bedeutung zu.

2. Umweltschutzregulierungen durch die Mitgliedstaaten

Anders verhält es sich im Falle mitgliedstaatlicher Umweltschutzregulierungen, die als Teilbeiträge zum Europäischen Umweltrecht im weiteren Sinne zu begreifen sind⁹, ihnen werden durch die primärrechtliche Marktfreiheit durchaus Grenzen gesetzt. Das gilt sowohl für mitgliedstaatliche Alleingänge bei Fehlen einschlägiger gemeinschaftsrechtlicher Anforderungen als auch - und erst recht - für mitgliedstaatliche Schutzverstärkungen, die über einschlägige gemeinschaftsrechtliche Anforderungen hinausgehen¹⁰.

⁶ Im letzteren Sinne z.B. *Schwemer*, Die Bindung des Gemeinschaftsgesetzgebers an die Grundfreiheiten, 1995, S. 90 ff., 209 ff.; ähnlich wohl *Epiney*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, Art. 28 EG-Vertrag Rn. 45.

⁷ EuGH, Urteil vom 7.2.1985 - Rs. 240/83, Slg. 1985, 531 *Association de Défense des Brûleurs d'Huiles usagées (ADBHU)*.

⁸ Vgl. z.B. EuGH, Urteil vom 11.6.1991 - Rs. 300/89, Slg. 1991, I-2867 *Kommission/Rat (Titandioxid)*; EuGH, Urteil vom 17.3.1993 - Rs. C-155/91, Slg. 1993, I-939 *Kommission/Rat (Abfallrichtlinie)*; EuGH, Urteil vom 28.6.1994 - Rs. C-187/93, Slg. 1994, I-2857 *Europäisches Parlament/Rat (Abfallverbringungsverordnung)*.

⁹ Vgl. schon *Scheuing*, Umweltschutz auf der Grundlage der Einheitlichen Europäischen Akte, EuR 1989, S. 167.

¹⁰ Zu dieser Unterscheidung zwischen Alleingängen und Schutzverstärkungen vgl. z.B. *Scheuing*, Die Einheitliche Europäische Akte als Grundlage umweltrechtlicher Aktivitäten der Europäischen Gemeinschaft, in: Behrens/Koch (Hrsg.), Umweltschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 1991, S. 46 (61 ff.); *ders.*, in: Koch/Scheuing (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Bundes-

Einen mitgliedstaatlichen Alleingang bei gleichzeitigem Fehlen einschlägiger gemeinschaftsrechtlicher Anforderungen stellte die dänische Pfandflaschenregelung dar, über die der EuGH 1988 entschieden hat¹¹. Nach dieser Regelung durften in Dänemark Getränke grundsätzlich nur in Flaschen oder sonstigen Behältnissen verkauft werden, für die ein in Dänemark zugelassenes kollektives Rücknahmesystem bestand. In seinem Urteil hat der EuGH diese Regelung zwar grundsätzlich unter Bezugnahme darauf akzeptiert, daß der Umweltschutz ein wesentliches Ziel der Gemeinschaft sei, das auch spürbare Beeinträchtigungen des innergemeinschaftlichen Warenverkehrs durch mitgliedstaatliche Regelungen zu rechtfertigen vermöge¹². Er hat jedoch innerhalb der dänischen Ausnahmeregelung - Gestattung des Vertriebs von 3 000 hl pro Hersteller und Jahr in Flaschen oder sonstigen Behältnissen, für die statt eines kollektiven nur ein individuelles Rücknahmesystem eingerichtet war - die Begrenzung auf 3 000 hl als unverhältnismäßig, weil umweltpolitisch nicht erforderlich, beanstandet und damit der Marktfreiheit doch partiell zum Durchbruch verholfen¹³.

Auch bei der Würdigung weiterer mitgliedstaatlicher Alleingänge im Lichte der Marktfreiheit hat sich der EuGH dann von der Frage leiten lassen, ob die mitgliedstaatliche Regelung eine in sich überzeugende - und nicht über das zur Verfolgung der jeweiligen umweltpolitischen Zielsetzung gebotene Maß an Einschränkung der Marktfreiheit hinausgehende - Umweltschutzregulierung darstellte¹⁴. Im wallonischen Müllfall hat er dies bejaht und sich deshalb nicht gescheut, unter Zuhilfenahme gewagter Begrifflichkeit sogar eine umweltpolitisch motivierte komplette Abschottung des inländischen Marktes gegen die Einfuhr

Immissionschutzgesetz, Stand Juni 2000, Vor §§ 32 - 37, Rn. 46 ff., 56 ff. Nicht selten wird der Ausdruck „nationale Alleingänge“ aber auch als Oberbegriff für mitgliedstaatliche Alleingänge i.e.S. und mitgliedstaatliche Schutzverstärkungen verwandt; so z.B. in dem Beitrag von *Middeke*, Nationale Alleingänge, in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Bd. I, 1998, S. 954 ff.

¹¹ EuGH, Urteil vom 20.9.1988 - Rs. 302/86, Slg. 1988, 4607 *Kommission/Dänemark* (Pfandflaschen). Dazu z.B. *Rengeling/Heinz*, Die dänische Pfandflaschenregelung - EuGH NVwZ 1989,849, JuS 1990, S. 613 ff.; *Schutt/Steffens*, EuGH-Entscheidung zu Verpackungsvorschriften in Dänemark, RIW 1989, S. 447 ff.

¹² Vgl. ferner aus neuester Zeit z.B. EuGH, Urteil vom 11.7.2000 - Rs. C-473/98, EuZW 2000, S. 638 (640 Rn. 39) *Kemikalieinspektionen/Toolex Alpha AB*, wonach ein grundsätzliches mitgliedstaatliches Verbot gewerblicher Verwendung von Trichlorethylen durch Gründe des Gesundheits- oder Umweltschutzes gerechtfertigt sein kann.

¹³ EuGH, ebenda, S. 4631 f. Rn. 18 ff.

¹⁴ Vgl. auch die Darstellung bei *Müller-Graff* (FN 3), S. 253 ff.

ungefährlicher Abfälle¹⁵ aus anderen Mitgliedstaaten in vollem Umfang für mit der Warenverkehrsfreiheit vereinbar zu erklären¹⁶. Im Fall „Aher-Waggon“ sah er einfuhrhemmende deutsche Lärmschutzanforderungen an Flugzeuge - bei gleichermaßen problematischer Annahme ihres nichtdiskriminierenden Charakters¹⁷ - unter Anlegung eines großzügigen Verhältnismäßigkeitsmaßstabs als ebenfalls mit der Warenverkehrsfreiheit vereinbar an¹⁸. Hingegen erkannte er im Fall „Dusseldorf“ zwar auf einen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit¹⁹, weil das fragliche niederländische Ausfuhrverbot für bestimmte Abfälle²⁰ in seiner konkreten Ausgestaltung lediglich die bessere Auslastung eines niederländischen Abfallverwertungsunternehmens bezweckt habe und deshalb nicht als eine umweltpolitisch zu rechtfertigende Restriktion, sondern nur als eine - gemeinschaftsrechtswidrige - protektionistische Maßnahme wirtschaftlicher Natur zu werten sei²¹. Zugleich hat der EuGH aber in diesem letzteren Urteil ausdrücklich die Möglichkeit anerkannt, nicht nur unterschiedslose, sondern auch diskriminierende mitgliedstaatliche Regelungen des Warenverkehrs durch Umweltschutzgründe zu rechtfertigen²². Insgesamt haben somit²³ - unterschiedslose und diskriminierende -

¹⁵ Nur hinsichtlich solcher Abfälle kam mangels einschlägigen Sekundärrechts ein zulässiger Alleingang in Betracht.

¹⁶ EuGH, Urteil vom 9.7.1992 - Rs. C-2/90, Slg. 1992, I-4431 *Kommission/Belgien* (wallonisches Mülldekret). Vgl. allerdings dazu, daß das vom EuGH herangezogene, aus dem Ursprungsprinzip folgende Gebot der Entsorgungsnähe nicht einfach ein Abstellen auf die am nächsten gelegene nationale Entsorgungsanlage rechtfertigt, sondern die Berücksichtigung auch möglicherweise näher gelegener Entsorgungsanlagen in anderen Mitgliedstaaten verlangt, *Frenz*, Grenzüberschreitende Abfallverbringung und gemeinschaftliche Warenverkehrsfreiheit, UPR 2000, S. 210 (212); *Notaro*, Anmerkung zum EuGH-Urteil vom 25.6.1998 im Fall „Dusseldorf“, 36 CML Rev. (1999), S. 1309 (1316).

¹⁷ Vgl. dazu die Urteilsanmerkung von *Schilling*, EuZW 1998, S. 699 (700).

¹⁸ EuGH, Urteil vom 14.7.1998 - Rs. C-389/96, Slg. 1998, I-4473 *Aher-Waggon*; die in diesem Fall durch die einschlägige EG-Richtlinie ermöglichte deutsche Schutzverstärkung prüfte der EuGH an entscheidender Stelle (S. 4488 Rn. 16 ff.) wie einen mitgliedstaatlichen Alleingang.

¹⁹ EuGH, Urteil vom 25.6.1998 - Rs. C-203/96, Slg. 1998, I-4075 *Dusseldorf*.

²⁰ Genau genommen, bedeutete dieses Ausfuhrverbot eine niederländische Schutzverstärkung; infolge der im damaligen Art. 130 t S. 2 (jetzt Art. 176 S. 2) EGV enthaltenen allgemeinen Verweisung auf den EGV beurteilte der EuGH aber das Verbot der Sache nach wie einen Alleingang nach Maßgabe der damaligen Art. 34 und 36 (jetzt Art. 29 und 30) EGV, vgl. EuGH, Slg. 1998, I-4075 (4126 ff. Rn. 39 ff.).

²¹ Vgl. auch *Frenz* (FN 16), UPR 2000, S. 211.

²² Vgl. EuGH, Slg. 1998, I-4075 (4128 Rn. 39 ff.). Erübrigen dürfte sich damit künftig der vom EuGH im wallonischen Müllfall (FN 16) durch begrifflich kaum nachvollziehbare Umqualifizierung von diskriminierenden in nichtdiskriminierende Regelungen begangene Weg, „zu eher gewundenen Erklärungen Zuflucht zu nehmen, um Maßnahmen wegen zwingender Erfordernisse rechtfertigen zu können“ (so die Charakterisierung des Vorgehens des EuGH im wallonischen Müllfall durch Generalanwalt *Jacobs* in seinen Schlußanträgen vom 23.10.1997 zum Fall „Dusseldorf“, EuGH, Slg.

mitgliedstaatliche Alleingänge im Umweltbereich vor der Marktfreiheit Bestand, soweit sie tatsächlich dem Umweltschutz dienen und verhältnismäßig sind²⁴.

Mitgliedstaatliche Schutzverstärkungen - d.h. die Festlegung strengerer als der im sekundärrechtlichen EG-Umweltrecht enthaltenen Umweltschutzanforderungen durch mitgliedstaatliches Recht - waren ihrerseits lange Zeit nur möglich, wenn und soweit das jeweilige Sekundärrecht den Mitgliedstaaten entsprechende Spielräume gewährte²⁵. Die Einheitliche Europäische Akte ermächtigte dann jedoch mit Wirkung ab 1. Juli 1987 durch Einfügung der Art. 100 a Abs. 4 und 130 t in den EWG-Vertrag²⁶ die Mitgliedstaaten dazu, von Vertrags wegen über einschlägiges EG-Umweltrecht hinauszugehen und insofern jeweils den durch die Gemeinschaft sekundärrechtlich gewährleisteten Umweltschutz auch ohne sekundärrechtliche Öffnungsklauseln eigenständig zu verstärken. Diese Vertragsbestimmungen konnten so verstanden werden, daß durch sie das Verhältnis zwischen dem Europäischen Umweltrecht und dem mitgliedstaatlichen Umweltrecht zu einem Verhältnis wechselseitiger Bekräftigung und Steigerung ausgestaltet und damit ein Wettbewerb dieser Rechtsordnungen um den bestmöglichen Umweltschutz ins Werk gesetzt wurde²⁷. Aus dieser Sicht erschienen dann die EG-Umweltrechtsnormen

1998, I-4077, 4102); vgl. auch *Van Calster*, Court Criticises Restrictions on Free Movement of Waste, (1999) 24 European Law Review, S. 178 (183); *Notaro*, The New Generation Case Law on Trade and Environment, (2000) 25 E.L.Rev., S. 467 (478 ff., 489 ff.).

²³ Für Fälle der Anwendbarkeit anderer Grundfreiheiten als der Warenverkehrsfreiheit kann im Ergebnis nicht anderes gelten, vgl. *Müller-Graff* (FN 3), S. 266 Rn. 91.

²⁴ Vgl. auch *Notaro* (FN 22), (2000) 25 E.L.Rev., S. 467 ff.; *Müller-Graff* (FN 3), S. 235 Rn. 21, 253 ff. Rn. 64 ff.; *Middeke*, Nationaler Umweltschutz im Binnenmarkt, 1994, S. 170 ff.; ebenso, allerdings noch unter Anführung des Erfordernisses der Nichtdiskriminierung, *Scherer/Heselhaus*, Umweltrecht, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 2, Stand Aug. 2000, Buchst. O Rn. 113.

²⁵ Beispiele: Art. 10 der Richtlinie 76/464/EWG des Rates vom 4.5.1976 betreffend die Verschmutzung infolge der Ableitung bestimmter gefährlicher Stoffe in die Gewässer der Gemeinschaft, ABLEG 1976 Nr. L 129 S. 23, und dazu EuGH, Urteil vom 29.9.1999 - Rs. C-232/97, Slg. 1999, I-6385 (6421 f. Rn. 54 f.) *Nederhoff*; Art. 3 Abs. 3 und Art. 14 der Richtlinie 84/360/EWG des Rates vom 28.6.1984 zur Bekämpfung der Luftverunreinigung durch Industrieanlagen, ABLEG 1984 Nr. L 188 S. 20; Art. 13 der Richtlinie 85/337/EWG des Rates vom 27.6.1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABLEG 1985 Nr. L 175 S. 40.

²⁶ Vgl. jetzt Art. 95 Abs. 4 - 9 und Art. 176 EGV.

²⁷ Vgl. z.B. *Scheuing* (FN 9) EuR 1989, S. 167 ff.; *Hailbronner*, Der „nationale Alleingang“ im Gemeinschaftsrecht am Beispiel der Abgasstandards für Pkw, EuGRZ 1998, S. 101 (108 ff.); *Becker*, Der Gestaltungsspielraum der EG-Mitgliedstaaten im Spannungsfeld zwischen Umweltschutz und freiem Warenverkehr, 1991, S. 108 f.; *Hoffmann-Riem*, Gemeinschaftspolitik zwischen Marktfreiheit und Umweltschutz, in: Behrens/Koch (Hrsg.), Umweltschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 1991, S. 9 (24 ff.); *Epiney/Möllers*, Freier Warenverkehr und nationaler Umweltschutz, 1992, S. 53 f.; *Kahl*, Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht, 1993, S.41 ff.; *Middeke*, in: Rengeling (FN 10), S. 964 Rn. 15. Vgl. jetzt auch Art. 95 Abs. 7 EGV und dazu *Gundel*, Die Neuordnung der Rechtsangleichung durch

rechtstechnisch als bloße Mindestanforderungen - freilich keineswegs in dem Sinne, daß das EG-Umweltrecht jeweils nur geringstmögliche Anforderungen zu stellen hätte, wohl aber in dem Sinne, daß als mitgliedstaatliche Schutzverstärkungen jeweils noch weitergehende mitgliedstaatliche Rechtsvorschriften möglich blieben²⁸. Solche wechselseitige Anregung von mitgliedstaatlichem und gemeinschaftlichem Umweltrecht im Interesse bestmöglichen Umweltschutzes hat auch durchaus stattgefunden. Beispielsweise stellte die deutsche FCKW-Halon-Verbotsverordnung vom Mai 1991 eine deutsche Schutzverstärkung dar²⁹; sie schrieb nämlich vor, daß hierzulande die Produktion und der Verbrauch dieser Ozonschadstoffe früher einzustellen waren, als es die entsprechende Gemeinschaftsverordnung vom März 1991 vorgesehen hatte³⁰, nicht zuletzt wegen der deutschen Schutzverstärkung hat der Rat der EG dann nachgezogen und mit Verordnung von 1992 eine schnellere Gangart für die gesamte Gemeinschaft vorgeschrieben³¹.

Im Zeichen der Marktfreiheit wurde dann aber die mitgliedstaatliche Schutzverstärkungsmöglichkeit nach dem früheren Art. 100 a Abs. 4 E(W)G-Vertrag durch die EuGH-Rechtsprechung und den Amsterdamer Vertrag entscheidend eingeschränkt³².

Im PCP-Urteil des EuGH vom Mai 1994³³ ging es um die deutsche Pentachlorphenolverbotsverordnung von 1989, die - zunächst im mitgliedstaatlichen

den Vertrag von Amsterdam - Neue Voraussetzungen für den „nationalen Alleingang“, JuS 1999, S. 1171 (1176).

²⁸ Vgl. *Scheuing*; in: Behrens/Koch (FN 10), S. 62; *ders.*, in: Koch/Scheuing (FN 10), Vor §§ 32 - 37, Rn. 56.

²⁹ Verordnung zum Verbot von bestimmten die Ozonschicht abbauenden Halogenkohlenwasserstoffen (FCKW-Halon-Verbots-Verordnung) vom 6.5.1991, BGBl. 1991 I S. 1090.

³⁰ Verordnung (EWG) Nr. 594/91 des Rates vom 4.3.1991 über Stoffe, die zu einem Abbau der Ozonschicht führen, ABl. EG 1991 Nr. L 67 S. 1.

³¹ Verordnung (EWG) Nr. 3952/92 des Rates vom 30.12.1992 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 594/91 über den beschleunigten Verzicht auf Stoffe, die zum Abbau der Ozonschicht führen, ABl. EG 1992 Nr. L 405, S. 41 (vgl. sodann die Verordnung (EG) Nr. 3093/94 des Rates vom 15.12.1994 über Stoffe, die zum Abbau der Ozonschicht führen, ABl. EG 1994 Nr. L 333 S. 1, und nunmehr die Verordnung (EG) Nr. 2037/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.6.2000 über Stoffe, die zum Abbau der Ozonschicht führen, ABl. EG 2000 Nr. L 244 S. 1).

³² Was hingegen die durch die Einheitliche Europäische Akte eingeführte Schutzverstärkungsmöglichkeit nach Art. 130 t EWGV (jetzt Art. 176 EGV) angeht, so wurde diese bisher lediglich durch den Maastrichter Vertrag um die Notifizierungspflicht des Art. 130 t S. 3 (jetzt Art. 176 S. 3) EGV ergänzt.

³³ EuGH, Urteil vom 17.5.1994 - Rs. C-41/93, Slg. 1994, I-1829 *Frankreich/Kommission* (PCP). Dazu z.B. *Fröhling*, Die „PCP“-Entscheidung des EuGH: Gemeinschaftsrecht und „schärferes“ nationales Umweltrecht - EuGH, NJW 1994, S. 3341 ff.; *Reich*, PCP-Verbot und Binnenmarkt, NJW 1994, S.

Alleingang - zum Schutz vor diesem gesundheits- und umweltgefährdenden Stoff dessen Herstellung, Inverkehrbringen und Verwendung in einer Konzentration von mehr als 0,01 % verboten hatte³⁴. Im März 1991 erließ die EG jedoch unter Überstimmung der Bundesrepublik Deutschland eine Richtlinie, die auch noch eine PCP-Konzentration bis zu 0,1 % Masse für zulässig erklärte³⁵. Die Bundesrepublik Deutschland wollte den um das Zehnfache strengeren deutschen Wert beibehalten, und die Kommission bestätigte ihr im Dezember 1992 nach dem damaligen Art. 100 a Abs. 4 EG-Vertrag, daß dies als deutsche Schutzverstärkung unbedenklich sei³⁶. Nun hat zwar der EuGH in seinem Urteil diese Bestätigungsentscheidung der Kommission nur wegen unzureichender Begründung für nichtig erklärt. Auch hat daraufhin die Kommission im September 1994 die strengere deutsche Regelung erneut nach dem damaligen Art. 100 a Abs. 4 EG-Vertrag bestätigt³⁷. Zum einen hat jedoch der EuGH der Marktfreiheit bereits dadurch einen gewissen Vorrang eingeräumt, daß er eine mitgliedstaatliche Wartepflicht (Pflicht zur Nichtanwendung der jeweiligen Schutzverstärkung) bis zur Bestätigungsentscheidung der Kommission statuierte und dieser Entscheidung damit konstitutiven Charakter zuerkannte³⁸. Diese - vom EuGH im Fall „Kortas“ vom Juni 1999 bekräftigte³⁹ - Deutung des damaligen Art. 100a Abs. 4 EGV war keineswegs zwingend; auch harmonisierte sie nicht mit der Parallelregelung in Art. 130 t EG-Vertrag⁴⁰; sie bewirkte überdies Verzögerungen und

3334 f.; *Schnutenhaus*, Das Urteil des EuGH zum deutschen PCP-Verbot - schwere Zeiten für den nationalen Alleingang im Umweltrecht, NVwZ 1994, S. 875 ff.; ferner die Urteilsanmerkungen von *Breier*, ZUR 1994, S. 249 ff., und *Hayder*, EuZW 1994, S. 407.

³⁴ Pentachlorphenolverbotsverordnung (PCP-V) vom 12.12.1989, BGBl. 1989 I S. 2235.

³⁵ Richtlinie 91/173/EWG des Rates vom 21.3.1991 zur neunten Änderung der Richtlinie 76/769/EWG des Rates vom 27.7.1976 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten für Beschränkungen des Inverkehrbringens und der Verwendung gewisser gefährlicher Stoffe und Zubereitungen, ABl.EG 1991 Nr. L 85 S. 34.

³⁶ Entscheidung 92/C 334/04 der Kommission vom 2.12.1992, ABl.EG 1992 Nr. C 334 S. 8.

³⁷ Entscheidung 94/783/EG der Kommission vom 14.9.1994 über das von Deutschland gemeldete Verbot von Pentachlorphenol, ABl.EG 1994 Nr. L 316 S. 43. Vgl. auch aus späterer Zeit die Entscheidung 96/211/EG der Kommission vom 26.2.1996 über das von Dänemark gemeldete Verbot von Pentachlorphenol (PCP), ABl.EG 1996 Nr. L 68 S. 32.

³⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 17.5.1994 - Rs. C-41/93, Slg. 1994, I-1829 (1849 Rn. 30) *Frankreich/Kommission* (PCP).

³⁹ EuGH, Urteil vom 1.6.1999 - Rs. C-319/97, Slg. 1999, I-3143 (3170 Rn. 28) *Kortas*.

⁴⁰ Zur fehlenden Wartepflicht der Mitgliedstaaten bei Schutzverstärkungen nach Art. 130 t (jetzt Art. 176) EGV auch nach der Ergänzung dieser Bestimmung um eine Notifikationspflicht vgl. z.B. *Jahns-Böhm*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 176 EGV Rn. 6; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, Art. 176 EG-Vertrag Rn. 14; *Breier/Vygen*, in: Lenz (Hrsg.), EG-Vertrag. Kommentar, 2. Aufl. 1999, Art. 176 Rn. 5; *Jarass*, Verstärkter Umweltschutz der Mitgliedstaaten nach Art. 176 EG, NVwZ 2000, S. 529 (531).

lief sogar auf eine Pflicht zu vorübergehender Aussetzung bereits bestehenden erhöhten Umweltschutzes in den Fällen hinaus, in denen es um die bloße Beibehaltung strengerer mitgliedstaatlicher Regelungen ging. Bedenklich war an dem EuGH-Urteil zum anderen der darin enthaltene Vorwurf, die - erste - Bestätigungsentscheidung der Kommission sei nicht hinreichend begründet gewesen. Die Kommission hatte nämlich durchaus darauf hingewiesen, daß die strengere deutsche Regelung erhöhten Umweltschutz bewirke und daß deshalb die mit dieser Schutzverstärkung verbundenen Handelshemmnisse hinzunehmen seien⁴¹. Da der EuGH dies nicht ausreichen ließ, hat die Kommission in ihrer zweiten Bestätigungsentscheidung dann zusätzlich ausgeführt, die strengere deutsche PCP-Regelung sei gerechtfertigt, weil Deutschland besonders dioxinbelastet sei⁴². Nach meiner Auffassung wurde hier jedoch vom EuGH die sachliche Tragweite der Schutzverstärkungsmöglichkeit unangemessen reduziert; auch ohne angebliche geographische Besonderheiten hätte schon die Bereitschaft zu verstärktem Umweltschutz als solche genügen müssen.

Der Amsterdamer Vertrag hat dann seinerseits mit Wirkung ab 1. Mai 1999 im Absatz 5 des nunmehrigen Art. 95 EG-Vertrag zwar klargestellt, daß - was meines Erachtens schon nach dem früheren Art. 100 a Abs. 4 EG-Vertrag zulässig, aber immerhin umstritten war⁴³ - im Anwendungsbereich des Art. 95 EG-Vertrag ungeachtet des Erlasses einschlägigen sekundären EG-Umweltrechts strengere mitgliedstaatliche Vorschriften nicht nur beibehalten, sondern auch neu eingeführt werden dürfen⁴⁴. Ferner hat er für die Entscheidung der Kommission über die Zulässigkeit einschlägiger Schutzverstärkungen eine Sechsmonatsfrist mit Genehmigungsfiktion

⁴¹ Vgl. die Entscheidung 92/C 334/04 der Kommission vom 2.12.1992, ABl.EG 1992 Nr. C 334 S. 8 f.

⁴² Vgl. die Entscheidung 94/783/EG der Kommission (FN 37), ABl.EG 1994 Nr. L 316 S. 43 (45 ff. Rn. 7).

⁴³ Vgl. dazu *Scheuing* (FN 9), EuR 1989, S. 170 f. m.w.N.; *ders.*, in Behrens/Koch (FN 10), S. 62 f.; ebenso z.B. *Middeke*, Nationaler Umweltschutz im Binnenmarkt, 1994, S. 266 ff., und *ders.*, in: Rengeling (FN 10), S. 963 Rn. 14 m.w.N.

⁴⁴ Zu der weiteren Klarstellung, daß auch bei einstimmig beschlossenen Harmonisierungsmaßnahmen mitgliedstaatliche Schutzverstärkungen möglich sind, vgl. *Albin/Bär*, Nationale Alleingänge nach dem Vertrag von Amsterdam, NuR 1999, S. 185 (186 f.); *Gundel* (FN 27), JuS 1999, S. 1174; *Kahl*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, Art. 95 EG-Vertrag Rn. 28; *Koenig*, Materielle Änderungen der sektoriellen Politiken im EG-Vertrag - Umwelt-, Gesundheits- und Konsumentenschutz sowie Außenwirtschaftsbeziehungen nach dem Vertrag von Amsterdam, in: Hummer (Hrsg.), Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam, 1998, S. 219 (224 f.); *Schröder*, Aktuelle Entwicklungen im europäischen Umweltrecht, NuR 1998, S. 1 (3).

festgelegt⁴⁵. Hingegen läßt die Neuregelung keine Distanzierung von den vom EuGH angenommenen spezifischen Warte- und Begründungspflichten erkennen; diese Pflichten dürften also weiterhin selbst in Fällen bloßer Beibehaltung strengeren mitgliedstaatlichen Umweltrechts gelten⁴⁶. Überdies erlaubt Art. 95 Abs. 5 EG-Vertrag die Neueinführung von Schutzverstärkungen nur, wenn sich nach dem Erlaß einer Harmonisierungsmaßnahme neue wissenschaftliche Erkenntnisse sowie ein spezifisches Problem in dem betreffenden Mitgliedstaat ergeben haben; diese Voraussetzungen werden nur selten erfüllt sein⁴⁷. Unklar ist schließlich die Bedeutung des Kriteriums einer Behinderung des Funktionierens des Binnenmarkts als eines neuen Ablehnungsgrunds in Art. 95 Abs. 6 EG-Vertrag⁴⁸.

Aus alledem ergibt sich, daß die Marktfreiheit zwar nicht Umweltschutzregulierungen der Europäischen Gemeinschaft, wohl aber Alleingänge und vor allem Schutzverstärkungen der Mitgliedstaaten im Umweltbereich effektiv einzuschränken imstande ist. Von der Sache her leuchtet diese unterschiedliche Behandlung nicht recht ein. Anders wäre es, wenn davon ausgegangen werden müßte, daß mitgliedstaatliche Umweltschutzregulierungen, namentlich in Gestalt neu einzuführender Schutzverstärkungen, generell protektionistischer Natur wären. Für derartige Befürchtungen gibt es aber keinen Anlaß. Mitgliedstaatliche Alleingänge oder Schutzverstärkungen können nämlich durchaus die Exportchancen der jeweiligen inländischen Unternehmen beeinträchtigen, so daß die Mitgliedstaaten von diesen Möglichkeiten nur in begründeten Fällen Gebrauch machen werden und

⁴⁵ Vgl. dazu z.B. *Albin/Bär* (FN 44), NuR 1999, S. 189 ff.; *Gundel* (FN 27), JuS 1999, S. 1175.

⁴⁶ Teilweise wird sogar in der durch Art. 95 Abs. 6 UAbs. 1 EGV der Kommission zugewiesenen Aufgabe, mitgliedstaatliche Schutzverstärkungen „zu billigen oder abzulehnen“, eine ausdrückliche Bestätigung der konstitutiven Wirkung billigender Kommissionsentscheidungen gesehen, vgl. z.B. *Gundel* (FN 27), JuS 1999, S. 1174 f.; *Scherer/Heselhaus* (FN 24), Rn. 129. Für Fälle bloßer Beibehaltung strengerer mitgliedstaatlicher Standards a.A. *Kahl*, in: *Callies/Ruffert* (FN 44), Art. 95 EG-Vertrag Rn. 37.

⁴⁷ Ebenso *Schrader*, *Europäischer Umweltschutz nach den Änderungen im Amsterdamer Vertrag*, UPR 1999, S. 201 (204); *Gundel* (FN 27), JuS 1999, S. 1174; *Koenig* (FN 44), S. 225; *Scherer/Heselhaus* (FN 24), Rn. 127; *Schröder* (FN 44), NuR 1998, S. 3. Deshalb für eine weite Auslegung des Begriffs eines „spezifischen Problems“ *Albin/Bär* (FN 44), NuR 1999, S. 189.

⁴⁸ Bei enger Auslegung dieses Kriteriums müßten die Schutzverstärkungsmöglichkeiten der Absätze 4 und 5 des Art. 95 EGV leerlaufen, da mitgliedstaatliche Schutzverstärkungen zwangsläufig das Funktionieren des Binnenmarkts behindern, vgl. *Albin/Bär* (FN 44), NuR 1999, S. 190. Sinnvollerweise kann dieses Kriterium daher - mit der Kommission - nur als Verbot unverhältnismäßiger Behinderung des Funktionierens des Binnenmarkts verstanden werden, vgl. *Van Calster*, *Export restrictions - a watershed for Article 30*, (2000) 25 E.L.Rev., S. 335 (339 m.w.N).

tatsächlich auch nur ausnahmsweise Gebrauch machen⁴⁹. Ferner sah schon Art. 100 a Abs. 4 EG-Vertrag - und sieht nunmehr Art. 95 Abs. 6 EG-Vertrag - ohnehin eine jeweilige Protektionismuskontrolle durch die Kommission vor. Weitergehende Einschränkungen des arbeitsteiligen Zusammenwirkens gemeinschaftlicher und mitgliedstaatlicher Umweltrechtsetzung durch spezifische Warte- und Begründungspflichten erscheinen zum Schutz der Marktfreiheit daher nicht geboten. Deshalb sollte die Neuregelung in Art. 95 EG-Vertrag jedenfalls möglichst umweltfreundlich gehandhabt werden.

III. Marktfreiheit in der Regulierung

Im Rahmen des sekundären Gemeinschaftsrechts stellt sich die Frage, inwieweit die Umweltschutzregulierungen der Europäischen Gemeinschaft noch Spielraum für Marktfreiheit lassen oder sogar, angeregt von der Diskussion über marktorientierte Instrumente des Umweltschutzes⁵⁰, Marktfreiheit gezielt für Umweltzwecke einsetzen⁵¹. Damit geht es hier nicht um „Regulierung versus Marktfreiheit“, sondern um „Marktfreiheit in der Regulierung“.

Versucht man, vor dem Hintergrund dieser letzteren Fragestellung die Vielfalt der Erscheinungen ein wenig zu ordnen, so lassen sich, bezogen auf die Marktfreiheit, im Europäischen Umweltrecht vier große Regulierungstypen unterscheiden. Sie reichen vom Ausschluß der Marktfreiheit über die Begrenzung der Marktfreiheit und die Substitution der Marktfreiheit bis hin zur Stimulierung der Marktfreiheit.

⁴⁹ Vgl. dazu die Angaben bei *Albin/Bär* (FN 44), NuR 1999, S. 186 mit Fn. 14 und S. 187 mit Fn. 18; *Van Calster* (FN 48), (2000) 25 E.L.Rev., S. 339; *Falke*, Stillstand und Aufbruch im Europäischen Umweltrecht, ZUR 2000, S. 144 f. Wichtig bleibt dennoch das mit den Schutzverstärkungsmöglichkeiten gegebene Drohpotential, vgl. *Albin/Bär* (FN 44), NuR 1999, S. 192, und schon *Scheuing* (FN 9), EuR 1989, 169, sowie *ders.*, in: Behrens/Koch (FN 10), S. 64.

⁵⁰ Zu deren Bedeutung im Rahmen der EG-Umweltpolitik vgl. das 5. Umweltaktionsprogramm „Für eine dauerhafte und umweltgerechte Entwicklung. Ein Programm der Europäischen Gemeinschaft für Umweltpolitik und Maßnahmen im Hinblick auf eine dauerhafte und umweltgerechte Entwicklung“, ABI.EG 1993 Nr. C 138 S. 5 (70 ff.); Art. 3 des Beschlusses 2179/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.9.1998 über die Überprüfung des Programms der Europäischen Gemeinschaft für Umweltpolitik und Maßnahmen im Hinblick auf eine dauerhafte und umweltgerechte Entwicklung „Für eine dauerhafte und umweltgerechte Entwicklung“, ABI.EG 1998 Nr. L 275 S. 1 (6). Allg. zu den marktorientierten Instrumenten z.B. *E. U. von Weizsäcker*, Erdpolitik, 5. Aufl. 1997, S. 152 ff.; *Wicke*, Umweltökonomie, in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Bd. I, 1998, S. 54 (62 ff. Rn. 13 ff.).

⁵¹ In diesem letzteren Sinne unterstreicht die Erklärung zu Art. 175 EGV in der Schlußakte zum Vertrag von Nizza die Entschlossenheit der Mitgliedstaaten zur Nutzung aller Möglichkeiten des Vertrags für Umweltschutzzwecke, „einschließlich des Rückgriffs auf marktorientierte Anreize und Instrumente zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung“.

1. Ausschluß der Marktfreiheit

Den Extremfall bildet der Ausschluß jeglicher Marktfreiheit durch striktes Verbot. Solche Verbote setzen schwerwiegende Bedrohungslagen voraus, denen nur durch Untersagung entsprechender unternehmerischer Betätigung begegnet werden kann. Beispiele dafür enthält die Verordnung von 2000 über Stoffe, die zum Abbau der Ozonschicht führen; sie verbietet es u.a., ozongefährdende Stoffe wie Fluorchlorkohlenwasserstoffe, Halone und Tetrachlorkohlenstoff herzustellen, in Verkehr zu bringen oder zu verwenden⁵². Ein anderes Beispiel ist der Schutz besonders bedrohter Tier- und Pflanzenarten, bezüglich derer die Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie von 1992 die Mitgliedstaaten u.a. dazu verpflichtet, „Besitz, Transport, Handel oder Austausch und Angebot zum Verkauf oder (zum) Austausch von aus der Natur entnommenen Exemplaren“ zu untersagen⁵³. Soweit solche Verbote reichen, bleibt für Marktfreiheit kein Raum mehr.

2. Begrenzung der Marktfreiheit

Eine zweite, wesentlich häufigere Regulierungsform besteht jedoch in der bloßen Begrenzung der Marktfreiheit; insoweit wird dann unternehmerisches Tätigwerden zwar akzeptiert, zugleich aber in seinen umweltbelastenden Auswirkungen begrenzt. Dies ist der typische ordnungsrechtliche Ansatz des „command and control“, wie er sich insbesondere in der Festlegung von Grenzwerten, oft verbunden mit Genehmigungserfordernissen, niederschlägt. Als Beispiele aus dem Europäischen Umweltrecht sind etwa zahlreiche seit 1976 ergangene Richtlinien gegen die Verschmutzung von Gewässern durch Ableitung gefährlicher Stoffe⁵⁴ oder die

⁵² Vgl. Art. 3 und 4 der Verordnung (EG) Nr. 2037/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.6.2000 über Stoffe, die zum Abbau der Ozonschicht führen, ABI. EG 2000 Nr. L 244 S. 1.

⁵³ Vgl. Art. 12 Abs. 2 und 13 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21.5.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABI. EG 1992 Nr. L 206 S. 7.

⁵⁴ Vgl. dazu Richtlinie 76/464/EWG des Rates vom 4.5.1976 betreffend die Verschmutzung infolge der Ableitung bestimmter gefährlicher Stoffe in die Gewässer der Gemeinschaft, ABI. EG 1976 Nr. L 129 S. 23 mit späteren Änderungen, und z.B. Richtlinie 82/176/EWG des Rates vom 22.3.1982 betreffend Grenzwerte und Qualitätsziele für Quecksilberableitungen aus dem Industriezweig Alkalichloridelektrolyse, ABI. EG 1982 Nr. L 81 S. 29 mit späteren Änderungen; Richtlinie 83/513/EWG des Rates vom 26.9.1983 betreffend Grenzwerte und Qualitätsziele für Cadmiumableitungen, ABI. EG 1983 Nr. L 291 S. 1 mit späteren Änderungen; Richtlinie 84/156/EWG des Rates vom 8.3.1984 betreffend Grenzwerte und Qualitätsziele für Quecksilberableitungen mit Ausnahme des Industriezweigs Alkalichloridelektrolyse, ABI. EG 1984 Nr. L 74 S. 49 mit späteren Änderungen;

Richtlinie von 1988 zur Begrenzung von Schadstoffemissionen von Großfeuerungsanlagen in die Luft⁵⁵ zu nennen. Solches Umweltordnungsrecht ist unentbehrlich, namentlich wo es um Gefahrenabwehr geht; es bringt aber auch eine Reihe von Nachteilen mit sich⁵⁶. So verleiten rigide Grenzwertfestsetzungen eher zu ihrer Ausschöpfung, als daß sie ihre Unterschreitung fördern; sie können einen Wandel der Wirtschaftsstruktur und der Umwelttechnik behindern und einem ökonomisch, auch umweltökonomisch, optimalen Mitteleinsatz entgegenstehen. Darüber hinaus können sie zu Widerstand und Umgehung Anlaß geben, was dann Durchführungsprobleme und Vollzugsdefizite zur Folge hat. Von daher fragt es sich - und wird neuerdings zunehmend unter dem Stichwort „marktorientierte Instrumente des Umweltschutzes“ erörtert⁵⁷ -, ob hier Marktfreiheit nicht nur gewissermaßen als Resterscheinung nach Abzug der Regulierung ihren Platz hat, sondern auch sinnvolle Funktionen in bezug auf die Regulierung selbst erfüllen könnte. In Betracht kommen dafür drei verschiedene Funktionen, nämlich Marktfreiheit zur Flexibilisierung der Begrenzung, Marktfreiheit zur Durchsetzung der Begrenzung und Marktfreiheit zur Abwendung der Begrenzung.

a) Marktfreiheit zur Flexibilisierung der Begrenzung

aa) Eine erste, durchaus gängige Form wirtschaftlicher Flexibilisierung der Begrenzung ist die Beschränkung der Umweltschutzregulierung auf *bloße Zielvorgaben*. So wird etwa in der Richtlinie von 1984 über den zulässigen Schalleistungspegel von Rasenmähern und in den Richtlinien von 1989 über die Verhütung der Luftverunreinigung durch Verbrennungsanlagen für Siedlungsmüll zwar jeweils das Emissionsminderungsergebnis, nicht aber die Emissionsminderungstechnik vorgeschrieben⁵⁸. Dies erlaubt es den Unternehmen,

Richtlinie 84/491/EWG des Rates vom 9.10.1984 betreffend Grenzwerte und Qualitätsziele für Ableitungen von Hexachlorcyclohexan, ABl.EG 1984 Nr. 274 S. 11 mit späteren Änderungen.

⁵⁵ Richtlinie 88/609/EWG des Rates vom 24.11.1988 zur Begrenzung von Schadstoffemissionen von Großfeuerungsanlagen in die Luft, ABl.EG 1988 Nr. 336 S. 1.

⁵⁶ Vgl. dazu z.B. *Wepler*, Europäische Umweltpolitik. Die Umweltunion als Chance für die materielle und institutionelle Weiterentwicklung der europäischen Integration, 1999, S. 246 ff.; *Wicke*, Umweltökonomie, 4. Aufl. 1993, S. 202 ff.; *Jänicke*, in: Jänicke/Kunig/Stitzel, Umweltpolitik, 1999, S. 39 ff., 101 f.; *Stitzel* in: Jänicke/Kunig/Stitzel, Umweltpolitik, 1999, S. 304 ff.

⁵⁷ Vgl. dazu schon FN 50.

⁵⁸ Vgl. Art. 2 der Richtlinie 84/538/EWG des Rates vom 17.9.1984 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den zulässigen Schalleistungspegel von Rasenmähern, ABl.EG 1984 Nr. L 300 S. 71 mit späteren Änderungen; Art. 2 - 5 der Richtlinie 89/369/EWG des Rates vom 8.6.1989 über die Verhütung der Luftverunreinigung durch neue Verbrennungsanlagen für

die jeweils für sie kostengünstigste Lösung zu wählen⁵⁹. Hinzu kommt regelmäßig, meist schon durch die Rechtsetzungsform der Richtlinie bedingt, daß die Vorgaben erst nach einigen Monaten oder Jahren zu erfüllen sind; so können die Unternehmen die gebotenen technischen Neuerungen und Produktionsumstellungen längerfristig planen und ihren spezifischen Verhältnissen entsprechend vornehmen⁶⁰.

bb) Eine zweite, erheblich weitergehende Flexibilisierungsform wäre die *Einführung handelbarer Emissionszertifikate*. In solchen Fällen werden nach Festlegung einer jeweiligen Gesamtemissionsmenge den einzelnen Unternehmen Emissionsrechte zugeteilt, die sie dann untereinander veräußern können. Auf diese Weise sollen Umweltbelastungen einen Marktpreis erhalten; im Ergebnis soll erreicht werden, daß emissionsmindernde Produktionsumstellungen von denjenigen Unternehmen vorgenommen werden, bei denen sie mit den geringsten Kosten verbunden sind⁶¹.

Das Europäische Umweltrecht kennt freilich eine derartige Lösung bislang nicht⁶². Die Europäische Kommission hat aber im Frühjahr 2000 vorgeschlagen, im Vorgriff auf die im Kyoto-Protokoll ab 2008 vorgesehenen internationalen Mechanismen dieser Art⁶³ schon ab 2005 ein Gemeinschaftssystem des Handels mit Emissionsrechten für Treibhausgase einzuführen⁶⁴. Dazu werden in dem Grünbuch der Kommission unterschiedliche Möglichkeiten dargetan und zahlreiche Fragen aufgeworfen. Wichtig ist im vorliegenden Zusammenhang, daß hier Marktfreiheit

Siedlungsmüll, ABl.EG 1989 Nr. L 163 S. 32; Art. 2 - 5 der Richtlinie 89/429/EWG des Rates vom 21.6.1989 über die Verringerung der Luftverunreinigung durch bestehende Verbrennungsanlagen für Siedlungsmüll, ABl.EG 1989 Nr. L 203 S. 50.

⁵⁹ Vgl. *Endres*, Umweltökonomie, 1994, S. 119.

⁶⁰ Insoweit besteht dann eine Parallele zu den Zielanforderungen an Produkte nach dem BImSchG, vgl. dazu *Scheuing*, in: Koch/Scheuing (FN 10), Vor §§ 32 - 37, Rn. 94 ff.

⁶¹ Dazu allg. z.B. *Endres*, Umweltzertifikate - Die marktwirtschaftliche Lösung ?, in: Wenz/Issing/H. Hofmann (Hrsg.), Ökologie, Ökonomie und Jurisprudenz, 1987, S. 57 ff., und *ders.* (FN 59), S. 106 ff.; *Blankenagel*, Umweltzertifikate - Die rechtliche Problematik, in: Wenz/Issing/H. Hofmann (Hrsg.), Ökologie, Ökonomie und Jurisprudenz, 1987, S. 71 ff.; *Wicke* (FN 56), S. 223 ff., 383 ff.; *Frey*, Umweltökonomie, 3. Aufl. 1992, S. 121 ff.

⁶² Schon das 5. Umweltaktionsprogramm (FN 50) betonte indessen die Notwendigkeit entsprechender Untersuchungen, ABl.EG 1993 Nr. C 138 S. 71.

⁶³ Das Kyoto-Protokoll bestimmt allerdings nur, daß inländische Maßnahmen zur Erfüllung der Klimaschutzverpflichtungen durch Emissionshandel ergänzt werden sollen, vgl. dazu *Bail*, Das Klimaschutzregime nach Kyoto, EuZW 1998, S. 457 (462). Vgl. auch *Jochem*, Rahmenbedingungen für ein internationales System handelbarer Emissionsrechte im Kyotoprotokoll, ZfU 1999, S. 349 ff.

⁶⁴ Vgl. das Grünbuch der Kommission vom 8.3.2000 zum Handel mit Treibhausgasemissionen in der Europäischen Union, KOM(2000)87 endg. Dazu z.B. *Falke*, Aktuelles zum Vorsorgeprinzip und anderen programmatischen Orientierungen im Europäischen Umweltrecht, ZUR 2000, S. 265 (269);

jedenfalls nur in begrenztem Umfang zum Tragen kommen kann und soll. Regulierung bleibt in vielfacher Hinsicht nötig - und schwierig⁶⁵. Das gilt schon für die hoheitliche Festlegung der Gesamtemissionsmenge, ferner etwa für die Bestimmung der erfaßten Unternehmen und die Vermeidung von Wettbewerbsnachteilen für nicht erfaßte Unternehmen, für die Wahl des Zuteilungssystems (Anknüpfung an Besitzstände oder Versteigerung), für Vorkehrungen gegen örtliche Belastungskonzentrationen durch Zertifikatshäufung (sogenannte „hot spots“) und gegen Marktzugangssperren durch Zertifikatshortung sowie für Regelungen zur Sicherung der Einhaltung und Durchsetzung. Auch gilt es, kontraproduktive Wirkungen für den Umweltschutz zu vermeiden, die sich daraus ergeben könnten, daß einerseits bei Zertifikatslösungen der bestmögliche Stand der Technik nicht mehr individuell einforderbar ist und daß andererseits derartige Lösungen die Ausschöpfung von Emissionsmöglichkeiten fördern können, von denen mangels Handelbarkeit sonst vielleicht gar nicht Gebrauch gemacht würde. Vor allem erscheint es im Interesse des Umweltschutzes geboten, eine regelmäßige hoheitliche Abwertung der Zertifikate und damit eine laufende Reduzierung der Emissionsrechte vorzuschreiben. Im übrigen beweisen die zahlreichen Stahl- und Milchquotenfälle aus der Rechtsprechung des EuGH, wie schwer es fällt, derartige Zuteilungssysteme sinnvoll und gerecht auszugestalten.

cc) Als dritte Form einer Flexibilisierung der Begrenzung sind schließlich *Umweltabgaben und Ökosteuern* zu nennen⁶⁶. Deren sekundärrechtliche Einführung entspreche auch in besonderer Weise dem Verursacherprinzip, das im EG-Vertrag

Dette, The Green Paper on Greenhouse Gas Emissions Trading within the European Union, elni newsletter 2/2000, S. 11 f.

⁶⁵ Vgl. dazu z.B. *Bothe*, Rechtliche Voraussetzungen für den Einsatz von handelbaren Emissionszertifikaten am Beispiel von SO₂, NVwZ 1995, S. 937 ff.; *Rat von Sachverständigen für Umweltfragen*, Umweltgutachten 2000, Nr. 2.2.3; *Stüer/Spreen*, Emissionszertifikate - Ein Plädoyer zur Einführung marktwirtschaftlicher Instrumente in die Umweltpolitik, UPR 1999, S. 161 ff.; *Bader*, Europäische Treibhauspolitik mit handelbaren Emissionsrechten, 2000; *Dette* (FN 64) S. 12; *Kloepfer*, Umweltrecht, 2. Aufl. 1998, S. 338 ff., und schon *ders.*, Zu den neuen umweltrechtlichen Handlungsformen des Staates, JZ 1991, S. 737 (742); *Lübbe-Wolff*, Modernisierung des Umweltordnungsrechts, 1996, S. 134 ff.

⁶⁶ Als ökonomische Instrumente des Umweltschutzes angesprochen im 5. Umweltaktionsprogramm von 1993 (FN 50), S. 71, und in Art. 3 Nr. 1 Buchst. c und g des Revisionsbeschlusses von 1998 (FN 50). Allgemein dazu *Frey* (FN 61), S. 116 ff.; *Wicke* (FN 56), S. 395 ff.; *E. U. von Weizsäcker* (FN 50), S. 159 ff. Vgl. ferner z.B. *F. Kirchhof*, Umweltabgaben - Die Regelungen in der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten, in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Bd. I, 1998, S. 1226 ff.; *Krämer*, Direkte und indirekte Verhaltenssteuerung,

als bloßes Kostentragsprinzip normiert ist⁶⁷. Eine finanzielle Verantwortlichkeit der Verursacher wurde aber durch das Europäische Umweltrecht bisher nur ansatzweise im Abfallbereich vorgesehen⁶⁸. Die von der Kommission 1992 ergriffene Initiative für eine kombinierte Energie-/Kohlendioxid-Steuer⁶⁹ ist am energiepolitischen Dissens der Mitgliedstaaten gescheitert⁷⁰. Und erst die Ersetzung des vertraglichen Einstimmigkeitserfordernisses für Ratsbeschlüsse über Ökosteuern durch das Erfordernis qualifizierter Mehrheitsentscheidung könnte hier wohl für neue Bewegung sorgen⁷¹. Seit 1997 liegt dem Rat im übrigen ein auf das Steuerkapitel des EG-Vertrags gestützter Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über die Besteuerung von Energieerzeugnissen vor⁷²; dieser Vorschlag hat möglicherweise - ungeachtet der auch dafür erforderlichen Einstimmigkeit im Rat - größere Erfolgsaussichten, da die Richtlinie zur Erfüllung der Kyoto-Verpflichtungen geboten erscheint.

b) Marktfreiheit zur Durchsetzung der Begrenzung

Auf den Einsatz von Marktfreiheit zur Durchsetzung regulativer Begrenzung zielen Gemeinschaftsinitiativen zur Umwelthaftung und zu Umweltvereinbarungen.

aa) Zur *Umwelthaftung*⁷³ hat die Kommission im Februar 2000 ein Weißbuch vorgelegt, in dem sie für den Erlaß einer Gemeinschaftsrichtlinie über Umwelthaftung

in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Bd. I, 1998, S. 411 (424 f. Rn. 61ff.); *Lübbe-Wolff* (FN 65), S. 103 ff.; vgl. auch schon *Kloepfer* (FN 61), JZ 1991, S. 742 f.

⁶⁷ So zu Art. 174 Abs. 2 S. 2 (ex-Art. 130 r Abs. 2 S. 2) EGV z.B. *Breier/Vygen* (FN 40), Art. 174 Rn. 12; *Epiney*, Umweltrecht in der Europäischen Union, 1997, S. 103 f. ebenso schon zur ursprünglichen Regelung in Art. 130 r Abs. 2 S. 1 EWGV *Scheuing* (FN 9), EuR 1989, S. 174 f. Hingegen für ein weiteres Verständnis des vertraglichen Verursacherprinzips z.B. *Scherer/Heselhaus* (FN 24), Rn. 25.

⁶⁸ Vgl. vor allem Art. 15 der Richtlinie 75/442/EWG des Rates vom 15.7.1975 über Abfälle, ABl. EG 1975 Nr. L 194 S. 47 mit späteren Änderungen.

⁶⁹ Vgl. den Vorschlag der Kommission vom 27.5.1992 für eine Richtlinie des Rates zur Einführung einer Steuer auf Kohlendioxidemissionen und Energie, ABl. EG 1992 Nr. C 196 S. 1, und den geänderten Vorschlag der Kommission vom 10.5.1995, KOM(95)0172 endg.

⁷⁰ Dazu näher *Wägenbauer*, EG-Umweltschutz im Zeichen der Deregulierung: verbesserte Rechtsetzung oder Einsatz sonstiger Instrumente, in: Rengeling (Hrsg.), Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren. Deregulierung, 1997, S. 19 (32); krit. im übrigen *Caspari*, Die Umweltpolitik der Europäischen Gemeinschaft, 1995, S. 165 ff.

⁷¹ Der Forderung der Kommission nach entsprechender Änderung des EGV ist im Vertrag von Nizza allerdings nicht Rechnung getragen worden.

⁷² Vgl. den Vorschlag der Kommission vom 12.3.1997 für eine Richtlinie des Rates zur Restrukturierung der gemeinschaftlichen Rahmenvorschriften zur Besteuerung von Energieerzeugnissen, ABl. EG 1997 Nr. C 139 S. 14.

⁷³ Allgemein zur Umwelthaftung als Instrument der Umweltpolitik vgl. *Wicke* (FN 56), S. 254 ff; *Endres* (FN 59), S. 55 ff.

eintritt⁷⁴. Normiert werden soll eine weitgehend verschuldensunabhängige Ersatzpflicht für Schäden, die durch Verletzung gemeinschaftsrechtlicher Richtlinien oder Verordnungen zum Umweltschutz entstanden sind. Eingreifen soll diese Ersatzpflicht bemerkenswerterweise nicht nur bei herkömmlichen Personen- und Sachschäden sowie bei Altlasten, sondern auch bei erheblicher Schädigung der biologischen Vielfalt in Schutzgebieten nach der Vogelschutz- und der FFH-Richtlinie; in diesen letzteren Fällen soll der Schadensersatz dann zur Wiederherstellung der ursprünglichen natürlichen Ressourcen oder zur Schaffung gleichwertiger Zustände verwendet werden⁷⁵. Allerdings muß - ungeachtet möglicher Beweiserleichterungen - durchweg eine konkrete Kausalitätsbeziehung feststellbar sein, so daß diese Umwelthaftung im wesentlichen nur für den Ersatz von Nachbarschaftsschäden Bedeutung gewinnen kann; die im Umweltbereich besonders bedeutsamen Distanz- und Summationsschäden werden hingegen nicht erfaßt. Im übrigen geht es nicht etwa darum, möglichen Schädigern die freie Wahl zwischen Schadensverursachung und Schadensvermeidung einzuräumen. Vielmehr soll in erster Linie bewirkt werden, daß potentielle Verursacher - unabhängig von der ohnehin nach Art. 10 (ex-Art. 5) EG-Vertrag gebotenen mitgliedstaatlichen Sanktionierung von Gemeinschaftsrechtsverstößen⁷⁶ - Schädigungen von vornherein wegen der sonst drohenden finanziellen Konsequenzen unterlassen. Nur in zweiter Linie zielt die vorgeschlagene Regelung auf die Verwirklichung des Verursacherprinzips im Sinne der Kostentragung durch den jeweiligen Verursacher.

Eine ähnliche Stoßrichtung weisen im übrigen Vorschriften auf, die auf eine Verpflichtung von Herstellern und Händlern zur Rücknahme gebrauchter Produkte zielen. Solche Vorschriften finden sich etwa in der Altautorichtlinie vom September

⁷⁴ Vgl. das Weißbuch der Kommission vom 9.2.2000 zur Umwelthaftung KOM(2000)66 endg. Dazu z.B. *Betlem*, The EC Commission's White Paper on Environmental Liability: Towards an EU-Wide Regime, elni newsletter 2/2000, S. 28 ff.; *Falke* (Fn.), ZUR 2000, S. 266 f. Vorausgegangen war das Grünbuch der Kommission vom 14.5.1993 über die Sanierung von Umweltschäden KOM(93) 47 endg.; dazu z.B. *Höpke/Thürmann*, Haftung unter Privatrechtssubjekten, in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Bd. I, 1998, S. 1349 (1395 ff. Rn. 109 ff.). Zur „Förderung der Anwendung des Konzepts der Umwelthaftung auf der Ebene der Mitgliedstaaten“ als Bestandteil der EG-Umweltpolitik vgl. Art. 3 Nr. 1 Buchst. e des Revisionsbeschlusses von 1998 (FN 50).

⁷⁵ Weißbuch (FN 74), S. 20 f.

⁷⁶ Dazu allg. z.B. *Zuleeg*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Bd. 1, 1997, Art. 5 EGV Rn. 6; *Hatje*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 10 EGV Rn. 30.

2000⁷⁷ und in dem Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über Elektronikschrott⁷⁸.

bb) Als ein weiteres marktorientiertes Durchsetzungsinstrument propagiert die Kommission seit einiger Zeit den Abschluß von *Umweltvereinbarungen zwischen mitgliedstaatlichen Behörden und der Industrie* zur Durchführung von EG-Umweltrichtlinien⁷⁹. Nach den Vorstellungen der Kommission soll die mitgliedstaatliche Durchführung von Richtlinien statt durch Normerlaß auch mittels solcher Umweltvereinbarungen erfolgen können. Ganz allgemein sieht die Kommission den Vorteil von Umweltvereinbarungen in der Stärkung des Umweltbewußtseins und der Kooperationsbereitschaft der Industrie sowie in der damit verbundenen Möglichkeit für die Industrie, von sich aus situationsgerechte und kostengünstige Lösungen zu entwickeln. Beim Einsatz von Umweltvereinbarungen speziell zur Durchführung von Richtlinien komme hinzu, daß die Richtlinienziele auf diesem Wege rascher zu verwirklichen seien als über den Erlaß mitgliedstaatlichen Umsetzungsrechts und dessen nachfolgende Anwendung⁸⁰. Nun ist aber, wie der EuGH schon 1991 entschieden hat, der Erlaß förmlichen Umsetzungsrechts zumindest in aller Regel dann vonnöten, wenn EG-Umweltrichtlinien auf die Begründung individueller Rechte und Pflichten zielen⁸¹. Ferner sollten an

⁷⁷ Vgl. Art. 5 der Richtlinie 2000/53/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.9.2000 über Altfahrzeuge, ABl.EG 2000 Nr. L 269 S. 34.

⁷⁸ Vgl. den Vorschlag der Kommission vom 13.6.2000 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Elektro- und Elektronikaltgeräte, ABl.EG 2000 Nr. C 365 E S. 184.

⁷⁹ Vgl. die Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament vom 27.11.1996 über Umweltvereinbarungen KOM(96)561 endg.; dazu allg. *Khalastchi/Ward*, *New Instruments for Sustainability: An Assessment of Environmental Agreements under Community Law*, *Journal of Environmental Law* 1998, S. 257 (269 ff.). Das 5. Umweltaktionsprogramm von 1993 (FN 50) enthielt seinerseits auf S. 14 in Rn. 19 bereits einen Hinweis auf die Förderungswürdigkeit freiwilliger Vereinbarungen.

⁸⁰ Vgl. die Mitteilung der Kommission vom 27.11.1996 (FN 79), S. 3, 6 f., 31 ff. Diesen Vorstellungen der Kommission folgen weitgehend die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 17.7.1997 zur Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament über Umweltvereinbarungen, ABl.EG 1997 Nr. C 286, S. 254 ff., und die Entschließung 97/C 321/02 des Rates vom 7.10.1997 über Umweltvereinbarungen, ABl.EG 1997 Nr. C 321 S. 6. Vgl. auch Art. 3 Nr. 1 Buchst. f des Revisionsbeschlusses von 1998 (FN 50).

⁸¹ Vgl. z. B. EuGH, Urteil vom 30.5.1991 - Rs. C-361/88, Slg. 1991, I-2567 (2601 Rn. 16) *Kommission/Bundesrepublik Deutschland* (Grenzwerte für Schwefeldioxid und Schwebestaub); EuGH, Urteil vom 17.10.1991 - Rs. C-58/89, Slg. 1991, I-4983 (5023 Rn. 14) *Kommission/Bundesrepublik Deutschland* (Oberflächenwasser); EuGH, Urteil vom 7.11.1996 - Rs. C-262/95, Slg. 1996, I-5729 (5738 f. Rn. 14 ff.) *Kommission/Bundesrepublik Deutschland* (Gewässerschutzrichtlinien). Diese Rechtslage betonen auch die Kommission in ihrer Mitteilung vom 27.11.1996 (FN 79), S. 18 f. Rn. 31 f., sowie das Europäische Parlament in seiner Entschließung vom 17.7.1997 (FN 80) S. 257 Rn. 20. Ebenso im vorliegenden Zusammenhang *Wägenbaur* (FN 70), S. 35. Entsprechendes gilt, soweit der

Umweltvereinbarungen zur Durchführung von EG-Richtlinien auf jeden Fall eine Reihe einschränkender Anforderungen gestellt werden, wie sie die Kommission in einer entsprechenden Empfehlung von 1996 formuliert hat, nämlich Abschluß durch einklagbaren Vertrag, Festlegung quantifizierter Ziele und Zwischenziele sowie einer laufenden Erfolgskontrolle mit Unterrichtung der Behörden und der Öffentlichkeit, offizielle Veröffentlichung der Vereinbarung und Beitrittsmöglichkeit für neue Vertragspartner⁸². Überdies sollte nach der Kommissionsempfehlung von 1996 die jeweilige Einzelrichtlinie ihre Durchführung im Wege von Umweltvereinbarungen ausdrücklich erlauben und zugleich diejenigen ihrer Bestimmungen bezeichnen, für welche dies in Betracht kommt⁸³. Auch dann ist jedoch keineswegs sicher, daß entsprechende Umweltvereinbarungen jeweils rechtzeitig vor Ablauf der Umsetzungsfrist und jeweils für den gesamten Anwendungsbereich der betreffenden Richtlinienbestimmungen zustande kommen. Schon von daher können Umweltvereinbarungen der genannten Art den Erlaß mitgliedstaatlichen Umsetzungsrechts schwerlich ersetzen, sondern allenfalls ergänzen⁸⁴. Denkbar ist hierfür etwa eine begrenzte Befreiung der Vereinbarungsbeteiligten von den Vorschriften des Umsetzungsrechts entsprechend der sachlichen Reichweite der jeweiligen Vereinbarung⁸⁵. Obwohl im übrigen die Kommissionsempfehlung von 1996 stammt, ist die Altautorichtlinie vom September 2000 die erste und bisher einzige EG-Richtlinie, welche die Durchführung einzelner Richtlinienbestimmungen im Wege

Schutz des gemeinsamen Naturerbes der Menschheit in Frage steht, vgl. *Khalastchi/Ward* (FN 79), S. 270; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, Art. 249 EG-Vertrag Rn. 48. Nichtsdestoweniger für die Zulässigkeit verbindlicher Umweltvereinbarungen zur Begründung individueller Rechte in Sonderfällen *Fluck/Schmitt*, Selbstverpflichtungen und Umweltvereinbarungen - rechtlich gangbarer Königsweg deutscher und europäischer Umweltpolitik?, *VerwArch* 89, 1998, S. 220 (248). Vgl. ferner zur grundsätzlichen Möglichkeit der Festlegung richtliniengeforderter Programme durch Umweltvereinbarungen EuGH, Urteil vom 5.10.1994 - Rs. C-255/93, Slg. 1994, I-4949 *Kommission/Frankreich* (Verpackungen für flüssige Lebensmittel).

⁸² Empfehlung 96/733/EG der Kommission vom 9.12.1996 über Umweltvereinbarungen zur Durchführung von Richtlinien der Gemeinschaft, ABl. EG 1996 Nr. L 333 S. 59; vgl. auch schon die Mitteilung der Kommission vom 27.11.1996 (FN 79), S. 11 ff. Rn. 17 ff. mit Prüfliste auf S. 24; ferner die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 17.7.1997 (FN 80), S. 257 Rn. 16.

⁸³ 9. Begründungserwägung sowie Nr. 2.1 der Empfehlung 96/733/EG der Kommission vom 9.12.1996 (FN 82); vgl. auch schon die Mitteilung der Kommission vom 27.11.1996 (FN 79), S. 20 Rn. 35; ferner Nr. 6 der Entschließung des Rates vom 7.10.1997 (FN 80), S. 6.

⁸⁴ Ähnlich *Khalastchi/Ward* (FN 79), S. 279. Ob freilich unter den genannten Umständen überhaupt noch sinnvoller Raum für mitgliedstaatliche Umweltvereinbarungen zur Durchführung von Richtlinien bleibt, wird bezweifelt von *Fluck/Schmitt* (FN 81), *VerwArch* 89 (1998), S. 248 f.; vgl. dazu auch *Wägenbaur*, Zwölf Thesen zum Thema „Umweltvereinbarungen“, *EuZW* 1997, S. 645 (647); *Lefèvre*, *Voluntary Agreements in EU Environmental Policy - Critical Review and Perspectives*, *elni newsletter* 2/2000, S. 24 (26).

von Umweltvereinbarungen ausdrücklich gestattet⁸⁶; entsprechende Vereinbarungen sind, soweit ersichtlich, in den Mitgliedstaaten bislang nicht abgeschlossen worden.

c) Marktfreiheit zur Abwendung der Begrenzung

Auf Gemeinschaftsebene sind hingegen bereits einzelne *Umweltvereinbarungen zwischen der Kommission und europäischen Industrieverbänden* zustande gekommen. Vor allem hat der Dachverband der Europäischen Automobilindustrie ACEA (Association des Constructeurs Européens d'Automobiles) der Kommission im Juli 1998 eine Selbstverpflichtung zur Reduzierung von CO₂-Emissionen neuer Pkws bis zum Jahre 2008 notifiziert⁸⁷; daraufhin hat die Kommission nach Unterrichtung des Rates und des Europäischen Parlaments im Februar 1999 eine die Hauptelemente dieser Selbstverpflichtung aufgreifende und gutheiende Empfehlung an den Verband gerichtet⁸⁸. Form und Inhalt dieser Vereinbarung⁸⁹ genügen zwar bei weitem nicht den Anforderungen, welche die Kommission ihrerseits an Umweltvereinbarungen im allgemeinen und Umweltvereinbarungen auf mitgliedstaatlicher Ebene zur Durchführung von Richtlinien im besonderen gestellt hat⁹⁰. Diese Inkonsequenz erklärt die Kommission aber damit, daß sie ihrerseits nach

⁸⁵ Vgl. Mitteilung der Kommission vom 27.11.1996 (FN 79), Rn. 34.

⁸⁶ Vgl. Art. 10 Abs. 3 der Richtlinie 2000/53/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.9.2000 über Altfahrzeuge, ABI.EG 2000 Nr. L 269 S. 34.

⁸⁷ Vgl. den Anhang zur Mitteilung der Kommission vom 29.7.1998 an den Rat und das Europäische Parlament, Umsetzung der Strategie der Gemeinschaft zur Minderung der CO₂-Emissionen von Personenkraftwagen: Eine Umweltvereinbarung mit der europäischen Automobilindustrie, KOM(1998) 495 endg.

⁸⁸ Empfehlung 1999/125/EG der Kommission vom 5.2.1999 über die Minderung der CO₂-Emissionen von Personenkraftwagen, ABI.EG 1999 Nr. L 40 S. 49.

⁸⁹ Vergleichbare Umweltvereinbarungen wurden mittlerweile zwischen der Kommission sowie der Japan Automobile Manufacturers Association (JAMA) und der Korea Automobile Manufacturers Association (KAMA) getroffen, vgl. die Mitteilung der Kommission vom 14.9.1999 an den Rat und das Europäische Parlament, Umsetzung der Gemeinschaftsstrategie zur Verminderung der CO₂-Emissionen von Kraftfahrzeugen: Ergebnis der Verhandlungen mit den japanischen und koreanischen Automobilindustrien, KOM (1999) 446 endg.; Empfehlung 2000/303/EG der Kommission vom 13.4.2000 über die Minderung von CO₂-Emissionen von Personenkraftwagen (KAMA), ABI.EG 2000 Nr. L 100 S. 55; Empfehlung 2000/304/EG der Kommission vom 13.4.2000 über die Minderung von CO₂-Emissionen von Personenkraftwagen (JAMA), ABI.EG 2000 Nr. L 100 S. 57. Vgl. ferner zu der von der Kommission mit der AISE (Association Internationale de la Savonnerie, de la Dtergence et des Produits d'Entretien) getroffenen Umweltvereinbarung die darauf bezogene Empfehlung 98/480/EG der Kommission vom 22.7.1998 zur umweltgerechten Handhabung von Haushaltswaschmitteln, ABI.EG 1998 Nr. L 215 S. 73. Nach *Lefèvre* (FN 84), S. 25 Fn. 13, hat die Kommission vor ihrer Mitteilung von 1996 (FN 79) 4 Umweltvereinbarungen und in der Folgezeit 6 Umweltvereinbarungen dieser Art getroffen.

⁹⁰ Für die konsequente Anwendung dieser Anforderungen auch auf Umweltvereinbarungen auf Gemeinschaftsebene *Fluck/Schmitt* (FN 81), *VerwArch* 89 (1998), S. 245.

derzeitiger Rechtslage verbindliche Umweltvereinbarungen nicht abzuschließen imstande sei⁹¹. Insofern dürfte der von der Kommission angekündigte Entwurf einer Rahmenverordnung über Umweltvereinbarungen auf Gemeinschaftsebene weitere Klärung bringen⁹². Die Funktion der ACEA-Vereinbarung wird im übrigen deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß der Industrieverband die Selbstverpflichtung eingegangen ist, nachdem die Kommission einen Richtlinienvorschlag über CO₂-Emissionen von Personenkraftwagen angekündigt hatte, und daß die Kommission sodann in ihrer Empfehlung an den Verband ausdrücklich die Absicht bekundet hat, den Richtlinienvorschlag vorzulegen (gemeint ist ersichtlich: nur vorzulegen), „falls der ACEA das in seiner Selbstverpflichtung festgelegte CO₂-Emissionsziel für 2008 nicht einhält“⁹³. Es ging also um die Abwendung einer regulatorischen Begrenzung. Nun hat es durchaus Vorteile, wenn sich ein Umweltschutzziel - statt durch regulatorischen Eingriff und dessen anschließende Durchsetzung - im Wege freiwilliger, aktiver Mitwirkung Beteiligter verwirklichen läßt. Doch fragt sich, welche Abstriche an den Forderungen nach demokratischer Legitimation, Verfahrenstransparenz und gesicherter Durchsetzbarkeit hierfür in Kauf zu nehmen sind. Ferner fällt auf, daß im Falle der ACEA-Vereinbarung das Vereinbarungsziel eines 6-Liter-Autos bis 2008, ergänzt um Bemühungen um ein 5-Liter-Auto bis 2012, hinter dem ursprünglichen Gemeinschaftsziel eines 5-Liter-Autos bis 2005 oder spätestens 2010 - und erst recht hinter noch anspruchsvolleren Alternativen - zurückbleibt⁹⁴. Vorzugswürdig erscheint somit auch hier statt eines Regulierungsverzichts eine geeignete Verbindung von schützender öffentlicher Regulierung und verbindlicher vertraglicher Verpflichtung.

⁹¹ Vgl. Mitteilung vom 27.11.1996 (FN 79), Rn. 41; ähnlich *Krämer* (FN 66), S. 447 Rn. 87; *Lefèvre* (FN 84), S. 25, 27; *Krieger*, Die Empfehlung der Kommission über Umweltvereinbarungen, *EuZW* 1997, S. 648. Kritisch dazu *Fluck/Schmitt* (FN 81), *VerwArch* 89 (1998), S. 245 f.; vgl. auch *Frenz*, Freiwillige Selbstverpflichtungen/Umweltvereinbarungen zur Reduzierung des Energieverbrauchs im Kontext des Gemeinschaftsrechts, *EuR* 1999, S. 27 (33, 38 ff.). Vgl. ferner *Wägenbaur* (FN 70), S. 37; *ders.* (FN 84), *EuZW* 1997, 645 (647).

⁹² Vgl. dazu die Mitteilung der Kommission vom 9.2.2000 an den Rat, das Europäische Parlament, den Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen: Arbeitsprogramm der Kommission für 2000, *ABl. EG* 2000 Nr. C 81 S. 9 (32).

⁹³ 10. Begründungserwägung der Empfehlung 1999/125/EG (FN 88). Zur Inaussichtstellung normsetzerischer Enthaltensamkeit als Funktionsbedingung von Umweltvereinbarungen vgl. *Krämer* (FN 66), S. 427 Rn. 78; vgl. auch *Lefèvre* (FN 84), S. 27: Notwendigkeit einer „win/win situation“ bei Umweltvereinbarungen.

⁹⁴ Vgl. dazu schon *Scheuing*, Instrumente zur Durchführung des Europäischen Umweltrechts, *NVwZ* 1999, S. 475 (482) m.w.N.

3. Substitution der Marktfreiheit

Als dritte Regulierungsform ist die Substitution der Marktfreiheit durch fördernde Regulierung in den Blick zu nehmen. Hier geht es darum, besondere Umweltleistungen, die der Markt nicht von sich aus zu erbringen bereit ist, durch Subventionierung künstlich zu verbilligen und insofern partiell den Marktmechanismus zu substituieren, der dann freilich wieder eingreifen soll.

a) Für *Umweltschutzsubventionen der Gemeinschaft*⁹⁵ stehen indessen nur bescheidene Mittel zur Verfügung. Für den Fonds LIFE als den eigentlichen Umweltfonds der Gemeinschaft⁹⁶ beliefen sich beispielsweise im Haushaltsplan 1997 die Zahlungsermächtigungen nur auf 90 Mio. ECU, d.h. auf rund 0,1 % der vorgesehenen Gesamtausgaben⁹⁷. Darüber hinaus werden Umweltschutzmaßnahmen auch aus den Mitteln der Strukturfonds⁹⁸ und des Kohäsionsfonds⁹⁹ gefördert, so daß insgesamt ein etwas höherer Prozentsatz erreicht wird¹⁰⁰. Ein großer Teil dieser Subventionen kommt jedoch nicht Unternehmen, sondern öffentlichen Institutionen zugute.

Zu erklären ist das geringe Gewicht von Gemeinschaftssubventionen an Unternehmen für Umweltschutzzwecke freilich, soweit ersichtlich, nicht durch rechtlich begründete Rücksichtnahmen. So hält das Prinzip der Marktfreiheit die

⁹⁵ Allgemein zu Gemeinschaftssubventionen im Umweltbereich *Magiera*, Subventionen der EG und der Mitgliedstaaten, in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Bd. I, 1998, S. 1192 ff. Rn. 81 ff.; *Kilian*, Finanzierung des Umweltschutzes, in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Bd. I, 1998, S. 71 (73 Rn. 8f., 78ff. Rn. 27 ff.); *Krämer* (FN 66), S. 423 Rn. 56 ff.

⁹⁶ Verordnung (EWG) Nr. 1973/92 des Rates vom 21.5.1992 zur Schaffung eines Finanzierungsinstruments für die Umwelt (LIFE), ABl.EG 1992 Nr. L 206 S. 1 mit späteren Änderungen. Vgl. dazu z.B. *Kommission*, LIFE in action, 1998.

⁹⁷ Vgl. den Gesamthaushaltsplan für 1997, ABl.EG 1997 Nr. L 44 S. 123, 890.

⁹⁸ Verordnung (EWG) Nr. 2052/88 des Rates vom 24.6.1988 über Aufgaben und Effizienz der Strukturfonds und über die Koordinierung ihrer Interventionen untereinander sowie mit denen der Europäischen Entwicklungsbank und der anderen vorhandenen Finanzinstrumente, ABl.EG 1988 Nr. L 185 S. 9 mit späteren Änderungen.

⁹⁹ Verordnung (EG) Nr. 1164/94 des Rates vom 16.5.1994 zur Errichtung des Kohäsionsfonds, ABl.EG 1994 Nr. L 130 S. 1.

¹⁰⁰ Exakte Angaben sind hierfür nicht verfügbar. Als Anhaltspunkt kann dienen, daß der Europäische Rechnungshof die im Jahre 1991 für den Umweltbereich insgesamt vorgesehenen Gemeinschaftsausgaben auf 1.031.100.000 ECU geschätzt hat, vgl. *Rechnungshof*, Sonderbericht 3/92 zur Umwelt, ABl.EG 1992 Nr. C 245 S. 1, 4, also auf 1,89 % sämtlicher Mittelansätze (Zahlungen) für 1991 im Gesamthaushaltsplan für 1991 in Höhe von insgesamt 54.597.360.369 ECU, ABl.EG 1991 Nr. L 30, S. 3, 303; die Kommission hat damals ihrerseits die Schätzung des

Gemeinschaft in anderen Bereichen keineswegs von massiver Subventionierung ab. Auch gewährleistet Art. 175 Abs. 4 EGV die grundsätzliche Finanzierungszuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Umweltpolitik nur „unbeschadet bestimmter Maßnahmen gemeinschaftlicher Art“, was angesichts des hohen Ranges des Umweltschutzes im Gemeinschaftsrecht¹⁰¹ auch wesentlich höhere Gemeinschaftssubventionen für Umweltschutzzwecke erlauben würde. Ausschlaggebend dürften vielmehr im vorliegenden Zusammenhang anderweitige politische Prioritätensetzungen beim Einsatz von Gemeinschaftsmitteln sein.

b) Was hingegen *mitgliedstaatliche Umweltschutzsubventionen* angeht, so mißt die Kommission bei der ihr nach dem EG-Vertrag obliegenden Kontrolle über mitgliedstaatliche Subventionen¹⁰² rechtlichen Bedenken gegen mitgliedstaatliche Umweltschutzsubventionen wegen der von diesen bewirkten marktwidrigen Ersetzung des Verursacherprinzips durch das Gemeinlastprinzip¹⁰³ zunehmende Bedeutung bei. So will sie den von ihr erstmals 1974 aufgestellten¹⁰⁴ und derzeit in einer Fassung von 1994¹⁰⁵ praktizierten „Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen“ nunmehr wesentlich restriktiver fassen. Insbesondere sollen, da die langfristige Berücksichtigung der Umwelterfordernisse Preiswahrheit und Preisklarheit voraussetze, die Mitgliedstaaten keine unternehmerischen Investitionen mehr fördern dürfen, die lediglich der Erfüllung gemeinschaftsrechtlicher Umweltschutzanforderungen dienen; erlaubt sollen nur noch mitgliedstaatliche Subventionen sein, die einen Anreiz bieten, über das ohnehin zu befolgende Umweltrecht der Gemeinschaft hinauszugehen¹⁰⁶.

Rechnungshofs im wesentlichen bestätigt, vgl. *Rechnungshof*, Sonderbericht 3/92 zur Umwelt, ABI.EG 1992 Nr. C 245 S. 1, 21.

¹⁰¹ Vgl. dazu schon FN 5.

¹⁰² Art. 87 f. EGV.

¹⁰³ Allg. dazu z.B. *Wicke* (FN 56), S. 156 ff.

¹⁰⁴ Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten vom 7.11.1974 über einen „Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen“, SEK(74) 4264 ; vgl. dazu *Kommission*, Vierter Bericht über die Wettbewerbspolitik, 1975, Rn. 182 f.

¹⁰⁵ Mitteilung 94/C 72/03 der Kommission vom 10.3.1994 über einen „Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen“, ABI.EG 1994 Nr. C 72 S. 3. Die Gültigkeitsdauer dieses Gemeinschaftsrahmens hat die Kommission zunächst durch Beschluß vom 22.9.1999 (ABI.EG 2000 Nr. C 14 S. 8) bis zum 30.6.2000 und sodann durch Beschluß vom 28.6.2000 (ABI.EG 2000 Nr. C 184 S. 25) bis zum 31.12.2000 verlängert. Für die Zeit ab 1.1.2001 ist einstweilen weder eine bloße Verlängerung noch die angekündigte Neufassung erfolgt.

¹⁰⁶ Vgl. FAZ vom 14.3.2000 S. 1 und 29.

4. Stimulierung der Marktfreiheit

Die vierte und letzte große Regulierungsform zielt auf Stimulierung der Marktfreiheit. Durch belohnende Regulierung soll die Entfaltung der Eigenkräfte des Marktes zugunsten des Umweltschutzes unterstützt werden. Hierfür bietet das Europäische Umweltrecht derzeit zwei auf freiwilliger Basis beruhende öffentliche Umweltgütesiegel an.

a) An erster Stelle ist das *Europäische Umweltzeichen* für umweltfreundliche Produkte zu nennen, das durch Verordnung von 1992¹⁰⁷ geschaffen und durch Verordnung von 2000¹⁰⁸ fortentwickelt wurde.

Nach dem nunmehrigen gemeinschaftlichen System können Hersteller, Importeure, Dienstleistungserbringer und Händler ihre Produkte (Waren oder Dienstleistungen) freiwillig einer öffentlichen Prüfung auf deren Umweltfreundlichkeit hin unterwerfen; dafür erhalten sie gegebenenfalls das Recht, die Produkte mit dem gemeinschaftlichen Umweltzeichen, nämlich einer stilisierten „Europäischen Blume“, zu versehen und auf diese Weise für ihre Produkte zu werben¹⁰⁹.

Das Vergabeverfahren ist zweistufig ausgestaltet¹¹⁰. Auf der ersten Stufe geht es um die Präzisierung der Produkthanforderungen. Zu diesem Zweck werden für einzelne Produktgruppen je spezifische Umweltkriterien von dem Ausschuss für das Umweltzeichen der Europäischen Union (AUEU) erarbeitet, der sich aus den für die Zeichenvergabe zuständigen Stellen der Mitgliedstaaten und Vertretern beteiligter Kreise zusammensetzt; die Kommission legt sodann - im Zusammenwirken mit einem Regelungsausschuss, der aus Vertretern der Mitgliedstaaten besteht - die jeweiligen Umweltkriterien fest und veröffentlicht sie im Amtsblatt¹¹¹. Auf der zweiten

¹⁰⁷ Verordnung (EWG) Nr. 880/92 des Rates v. 23.3.1992 betreffend ein gemeinschaftliches System zur Vergabe eines Umweltzeichens, ABI.EG 1992 Nr. L 99 S. 1.

¹⁰⁸ Verordnung (EG) Nr. 1980/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.7.2000 zur Revision des gemeinschaftlichen Systems zur Vergabe eines Umweltzeichens, ABI.EG 2000 Nr. L 237 S. 1.

¹⁰⁹ Allg. dazu von *Danwitz*, Umweltzeichen in der EG und Umweltzeichen in Deutschland, in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Bd. I, 1998, S. 1314 ff.; *Scherer/Heselhaus* (FN 24), Rn. 189 ff. Vgl. auch schon *Roller*, Der „Blaue Engel“ und die „Europäische Blume“, EuZW 1992, S. 499 ff.; *Diederichsen*, Ein neues Umweltzeichen für Europa, RIW 1993, S. 224 ff.

¹¹⁰ Vgl. Art. 4, 6, 7 und 9 der Verordnung (EG) Nr. 1980/2000 (FN 108).

¹¹¹ Vgl. z.B. - noch aus der Zeit vor der Reform des Systems durch die Verordnung von 2000 - die Entscheidung 1999/179/EG der Kommission vom 17.2.1999 zur Festlegung der Umweltkriterien für

Stufe erfolgt auf Antrag die Vergabe des Umweltzeichens für konkrete Produkte durch die zuständigen Stellen der Mitgliedstaaten, wozu Verwendungsverträge zwischen diesen Stellen und den Antragstellern abzuschließen sind.

Geprüft wird - über die Erfüllung umweltrechtlicher Anforderungen hinaus - nicht nur die umweltfreundliche Beschaffenheit der Produkte im engeren Sinne, sondern gewissermaßen deren gesamte Öko-Bilanz „von der Wiege bis zur Bahre“; abzustellen ist dabei auf die Eignung der fraglichen Produkte, im Vergleich zu anderen Produkten derselben Produktgruppe negative Umweltauswirkungen zu verringern und damit zu einer effizienten Nutzung der Ressourcen und einem hohen Umweltschutzniveau beizutragen¹¹².

Diesem gutgemeinten System war bisher kein großer Erfolg beschieden. Nur für wenige Produktgruppen wurden bisher Umweltkriterien aufgestellt, und nur wenige Unternehmen haben bisher für ihre Produkte das Zeichen beantragt. Unter diesen Umständen diente die Reform vom Juli 2000 dem Zweck, den Anwendungsbereich zu erweitern, das Verfahren zu straffen, die Aussagekraft des Zeichens zu verstärken, flexiblere Geltungszeiträume zu ermöglichen und die Kosten für die Unternehmen begrenzt zu halten. Es bleibt abzuwarten, ob die getroffenen Änderungen die Attraktivität dieses Angebots für die Marktbeteiligten tatsächlich erhöht haben. Zwei weitere Änderungen, die dazu sicher beigetragen hätten und von der Kommission auch vorgeschlagen worden waren, haben sich indessen als nicht durchsetzbar erwiesen, nämlich die Errichtung einer eigenständigen Europäischen Organisation für das Umweltzeichen und die Forderung, entsprechende nationale Öko-Labels nach einer Übergangszeit auslaufen zu lassen¹¹³. Im übrigen dürfte neben der Schwerfälligkeit des bisherigen Systems der weitaus größere Bekanntheitsgrad nationaler Öko-Labels bei den Verbrauchern - wie des Blauen Engels in der Bundesrepublik Deutschland oder des Nordischen Schwans in

die Vergabe des EG-Umweltzeichens an Schuhe, ABl.EG 1999 Nr. L 57 S. 31, sowie die Entscheidung 1999/205/EG der Kommission vom 26.2.1999 zur Festlegung der Umweltkriterien für die Vergabe des Umweltzeichens der Gemeinschaft an Personal-Computer, ABl.EG 1999 Nr. L 70 S. 46.

¹¹² Art. 1 Abs. 1 und 2 der Verordnung (EG) Nr. 1980/2000 (FN 108).

¹¹³ Vgl. Art. 5 und 11 des Vorschlags der Kommission vom 11.12.1996 für eine Verordnung (EG) des Rates zur Revision des gemeinschaftlichen Systems zur Vergabe eines Umweltzeichens, ABl.EG 1997 Nr. C 114 S. 9.

Skandinavien - ein Hauptgrund für die gegenwärtig noch zurückhaltende Aufnahme des Europäischen Umweltzeichens am Markt sein.

Festzuhalten bleibt noch, daß das System des Europäischen Umweltzeichens zwar lediglich ökonomische Anreize für umweltgerechtes Marktverhalten der Produzenten und Verbraucher setzen will, dafür aber eine immer ausgedehntere öffentliche Regulierung - namentlich der Prüfungskriterien - benötigt und bereitstellt.

b) Das zweite Instrument des Europäischen Umweltrechts zur Stimulierung der Marktfreiheit ist das *Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung*, das durch die Öko-Audit-(EMAS-)Verordnung von 1993 eingeführt wurde¹¹⁴. Hier geht es um Anreize zu kontinuierlicher, über die bloße Erfüllung geltender umweltrechtlicher Anforderungen hinausgehender Verbesserung des betrieblichen Umweltschutzes.

Zu diesem Zweck können sich Unternehmen freiwillig mit einzelnen ihrer Standorte an einem komplexen Prozeß beteiligen, der ihnen gegebenenfalls das Recht zur Führung einer „Teilnahmeerklärung“ einträgt. Die Teilnahmeerklärung bescheinigt dem jeweiligen Unternehmen eine umweltfreundliche Betriebsorganisation an den betreffenden Standorten und kann zwar bislang nicht zur Werbung für einzelne Produkte, wohl aber zur allgemeinen Unternehmenswerbung eingesetzt werden¹¹⁵.

Dafür sieht das Gemeinschaftssystem ein auf Wiederholung angelegtes Vorgehen in drei Stufen vor. Zunächst muß sich das Unternehmen von sich aus unter Berücksichtigung aller Umweltauswirkungen seiner Tätigkeit umweltfreundlich organisieren und dies abschließend in einer Umwelterklärung näher dartun. Diese Umwelterklärung des Unternehmens wird sodann von einem externen, unabhängigen Umweltgutachter geprüft und gegebenenfalls für gültig erklärt. Die für gültig erklärte Umwelterklärung wird schließlich von der zuständigen mitgliedstaatlichen Registrierungsstelle - in der Bundesrepublik Deutschland sind das die Industrie- und Handelskammern - in ein öffentliches Standortverzeichnis

¹¹⁴ Verordnung (EWG) Nr. 1836/93 des Rates v. 29.6.1993 über die freiwillige Beteiligung gewerblicher Unternehmen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung, ABl. EG 1993 Nr. L 168 S. 1; allgemein dazu z.B., jeweils m.w.N., *Ewer/Lechelt/Theuer* (Hrsg.), Handbuch Umweltaudit, 1998; *Feldhaus*, Öko-Audit, in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Bd. I, 1998, S. 1132 ff.; *Scherer/Heselhaus* (FN 24), Rn. 194 ff.

¹¹⁵ Art. 10 Verordnung (EWG) Nr. 1836/93 (FN 114).

eingetragen, wodurch das Recht der Unternehmen zur Führung der entsprechenden Teilnahmeerklärung begründet wird¹¹⁶.

Dieses Gemeinschaftssystem, das betriebliche Eigeninitiative für überobligatorischen Umweltschutz mit externer Kontrolle durch private Experten und öffentliche Stellen verbindet und vor allem das Anliegen des Umweltschutzes in den Unternehmen organisatorisch und personell dauerhaft verankert, hat durchaus Anklang gefunden. Es hat sogar zur Entstehung eines neuen Berufs, nämlich desjenigen des Umweltgutachters, geführt¹¹⁷. Nach einem Kommissionsvorschlag von 1998 soll das System nunmehr ausgebaut werden, und zwar namentlich durch Erweiterung seines Anwendungsbereichs über gewerbliche Unternehmen hinaus auf „alle Organisationen mit signifikanten Umweltauswirkungen“ und durch Aufnahme der Anforderungen der konkurrierenden ISO-Norm 14001 als Mindestanforderungen¹¹⁸.

In der Bundesrepublik Deutschland haben seit 1995 bereits mehr als 2.000 Unternehmen an dem Gemeinschaftssystem teilgenommen, obwohl das für sie nach Schätzungen des Umweltbundesamts einen Aufwand von durchschnittlich 116.000 DM pro Standort bedeutete¹¹⁹. Bewogen wurden sie dazu offenbar durch

¹¹⁶ Art. 4, 5, 8 und 10 Verordnung (EWG) Nr. 1836/93 (FN 114).

¹¹⁷ Vgl. dazu die - auf Meldungen an die Kommission bis 31.5.1999 aus der Gemeinschaft und Norwegen zurückgehende - Liste der zugelassenen Umweltgutachter im Rahmen des Gemeinschaftssystems für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (Verordnung (EWG) Nr. 1836/93 des Rates), ABl.EG 1999 Nr. C 273 S. 1 ff.; von den danach insgesamt gemeldeten 306 zugelassenen Umweltgutachtern entfielen 232 auf die Bundesrepublik Deutschland.

¹¹⁸ Vgl. den Vorschlag der Kommission am 30.10.1998 für eine Verordnung (EG) des Rates über die freiwillige Beteiligung von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung, ABl.EG 1998 Nr. C 400 S. 7; dazu den Gemeinsamen Standpunkt des Rates vom 28.2.2000, ABl.EG 2000 Nr. C 128 S. 1, sowie die Stellungnahme der Kommission vom 31.7.2000 gemäß Art. 251 Absatz 2 Buchstabe c) des EG-Vertrages, zu den Abänderungen des Europäischen Parlaments des gemeinsamen Standpunktes des Rates betreffend den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die freiwillige Beteiligung von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (EMAS), KOM (2000)512 endg. Vgl. auch *Rat von Sachverständigen für Umweltfragen*, Umweltgutachten 2000, Nr. 2.2.4; ferner *Lütkes/Ewer*, Schwerpunkte der bevorstehenden Revision der Umweltauditverordnung (EWG) Nr. 1836/93, NVwZ 1999, S. 19 ff.; *Bültmann/Wätzold*, Die EG-Öko-Audit-Verordnung im verflixten siebten Jahr, Aus Politik und Zeitgeschichte B 48/99 vom 26.11.1999, S. 30 (35 ff.); *Knopp*, Umwelt-Audit: Quo vadis? - Erfahrungen und Novellierungsbestrebungen, NVwZ 2000, S. 1121 ff.

¹¹⁹ Vgl. FAZ vom 24.11.1999 S. 26. Vgl. auch *Stitzel* (FN 56), S. 365 ff. Von den der Kommission bis 31.5.1999 aus der gesamten Gemeinschaft und Norwegen mitgeteilten 2.504 eingetragenen Standorten entfielen 1.785 auf die Bundesrepublik Deutschland, vgl. das Verzeichnis der eingetragenen Standorte in dem Europäischen Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (Verordnung (EWG) Nr. 1836/93 des Rates), ABl.EG 1999 Nr. C 273 S. 59 ff. Für viele Unternehmen ist allerdings eine Zertifizierung nach der konkurrierenden ISO-Norm

Vorstellungen über notwendige Imagepflege, umweltbewußter werdende Nachfrage, Steigerung der Mitarbeitermotivation, mögliche Kosteneinsparungen etwa beim Energieverbrauch und bei der Entstehung von Abfall sowie Aussichten auf günstigere Bankkredit- und Versicherungsbedingungen. Verlangt wurde darüber hinaus vielfach die mitgliedstaatliche Einführung auch ordnungsrechtlicher Erleichterungen - wie der Beschränkung oder des Wegfalls umweltrechtlicher Genehmigungspflichten - für teilnehmende Unternehmen; in der neugefaßten Verordnung sollen nunmehr die Mitgliedstaaten sogar ausdrücklich dazu aufgefordert werden, die Möglichkeit einschlägiger Erleichterungen zu prüfen¹²⁰. Abstriche an materiellrechtlichen Anforderungen kommen hier aber nicht in Betracht¹²¹. Ansonsten wäre das Anliegen jedoch durchaus berechtigt, soweit die Verwirklichung der Regelungsziele etwa ordnungsrechtlicher Einzelgenehmigungserfordernisse oder Überwachungsvorschriften als durch die Teilnahme an dem Gemeinschaftssystem in funktional äquivalenter Weise sichergestellt anzusehen wäre. Bei näherer Betrachtung zeigt sich indessen, daß die auf Betriebsorganisation bezogene Prüfung im Rahmen des Gemeinschaftssystems zumindest in aller Regel keine hinreichenden Erkenntnisse etwa über die immissionsschutzrechtliche Unbedenklichkeit einzelner Anlagen oder Produkte zu liefern vermag¹²². Die ein begrüßenswertes Stimulierungssystem stützende Gemeinschaftsregulierung darf jedenfalls nicht als bloßer Vorwand für ungerechtfertigte ordnungsrechtliche Deregulierung mißbraucht werden.

IV. Schlußfolgerungen

Nach alledem drängt sich die Erkenntnis auf, daß im Europäischen Umweltrecht sowohl Regulierung als auch Marktfreiheit durchaus ihren Platz haben. Sie schließen einander nicht aus, sondern sind in ein angemessenes Ergänzungsverhältnis zu

14001 noch attraktiver, vgl. *Rat von Sachverständigen für Umweltfragen*, Umweltgutachten 2000, Nr. 2.2.4.

¹²⁰ Vgl. Art. 10 Abs. 2 des Vorschlags der Kommission vom 30.10.1998 für eine Verordnung (EG) des Rates über die freiwillige Beteiligung von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung, ABI.EG 1998 Nr. C 400 S. 7.

¹²¹ So mit Recht *Lübbe-Wolff*, Öko-Audit und Deregulierung, ZUR 1996, S. 173 (174). Zutreffend wird auch von der überwiegenden Meinung in der Einhaltung des geltenden Umweltrechts eine Voraussetzung für die Validierung der Umwelterklärung des Unternehmens durch den Umweltgutachter gesehen, vgl. dazu *Scheuing* (FN 94), NVwZ 1999, S. 483 m.w.N.

¹²² Vgl. *Lübbe-Wolff* (FN 121), ZUR 1996, S. 177 ff.

bringen. Hierbei ist aus primärrechtlicher Sicht darauf zu achten, daß die mitgliedstaatlichen Möglichkeiten zu umweltpolitischen Alleingängen und Schutzverstärkungen nicht aus Gründen der Marktfreiheit über Gebühr eingeengt werden, da sonst außer wichtigen mitgliedstaatlichen Spielräumen auch ein wichtiges Potential zur Fortentwicklung des gemeinschaftlichen Umweltrechts verlorengehe. Bei der sekundärrechtlichen Ausgestaltung des gemeinschaftlichen Umweltrechts bleiben öffentliche Regulierungen verbietender, begrenzender, fördernder oder belohnender Art weithin unentbehrlich. Daneben kann aber je nach Sachzusammenhang ein verstärkter Einsatz marktfreiheitlicher Elemente sehr wohl angezeigt sein. Er bietet sich vor allem an, soweit über die Anforderungen des geltenden Rechts hinausgehende Umweltschutzanstrengungen angestoßen und erleichtert werden sollen. Mit wachsendem Umweltbewußtsein mögen auch solche Anstrengungen zunehmen. Dementsprechend wird dann auch das Verhältnis zwischen Regulierung und Marktfreiheit wieder neu zu bestimmen sein. Aufgetragen bleibt dem Europäischen Umweltrecht damit die immer wieder neue Suche nach dem „bestmöglichen Umweltschutz“¹²³.

¹²³ Vgl. dazu schon *Zuleeg*, Vorbehaltene Kompetenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiete des Umweltschutzes, NVwZ 1987, S. 280 (283 ff.).

V. Instrumente des Umweltrechts

Instrumente des Umweltrechts. Ein aktueller Vergleich zwischen Deutschland und Japan.

Von Eckard Rehbinder, Frankfurt a.M.

I. Einführung

Die Entstehungsbedingungen des modernen Umweltrechts in Deutschland und Japan Ende der 60er, Anfang der 70er Jahre unterscheiden sich grundlegend. In Deutschland entwickelt sich das moderne Umweltrecht als Instrument einer Umweltpolitik „von oben“, die - unter Anlehnung an US-amerikanische Vorbilder - auf sichtbare Umweltbelastungen durch wirtschaftliches Wachstum reagierte und entscheidend von den politischen Eliten, besonders im Rahmen der sozialliberalen Reformpolitik, getragen war. Das Umweltbewußtsein der Bevölkerung und die Entstehung einer Umweltbewegung folgten erst nach, wobei das sogenannte Waldsterben und der Unfall im Atomkraftwerk Tschernobyl wichtige Faktoren waren. In Japan dagegen entstand das moderne Umweltrecht als wesentliches Element einer Umweltpolitik „von unten“; das Auftreten katastrophenähnlicher Gesundheitsschäden durch Schwermetalle und SO₂-Verschmutzung führte nicht nur zu einer Intervention der Gerichte, sondern erzeugte einen derartigen Reformdruck, daß sich das bislang betont wirtschaftsfreundliche politische System genötigt sah, eine Modernisierung der Umweltpolitik und der Umweltgesetzgebung einzuleiten. Heute haben sich die Verhältnisse angeglichen, und Umweltpolitik und Umweltrecht stehen vor neuen Herausforderungen. Globalisierung von Wirtschaft und Umweltschutz und der Grundsatz der dauerhaft umweltgerechten Entwicklung (sustainable development) mögen als Stichworte dienen. Gleichwohl sind die Entstehungsbedingungen des modernen Umweltrechts auch in rechtsvergleichender Sicht bedeutsam, weil sie - wenngleich nicht ohne Rekurs auf bereits vorgefundenes Recht - die Weichen für die umweltrechtlichen Strukturen von heute gestellt haben. In Deutschland und Japan ist ein Großteil der Instrumente des Umweltrechts bereits in den 70er Jahren geschaffen worden. Allerdings ist die Entwicklung insbesondere

seit Anfang der 90er Jahre durch neue Zielkonzepte, Strategien und instrumentelle Innovationen gekennzeichnet, die zunehmende Bedeutung gewinnen.

Ein Vergleich der Instrumente des Umweltrechts in Deutschland und Japan steht vor der Schwierigkeit, daß die Rahmenbedingungen für Umweltpolitik und Umweltrecht stark voneinander abweichen. Dies gilt insbesondere für die Politikentwicklung (grundlegende Wertvorstellungen, Akteure, Politikstil), die Verwaltungsstrukturen, die Rolle von Recht und Gerichtsbarkeit in der Gesellschaft und den allgemeinen Lebensstil¹. Dies kann hier nur schlagwortartig bezeichnet werden. Es würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen, auf die grundlegenden Unterschiede, die insoweit zwischen Deutschland und Japan bestehen, im einzelnen einzugehen. Gleichwohl ist ein Vergleich der Instrumente des Umweltrechts im Verhältnis zwischen Deutschland und Japan durchaus lohnend und auch methodisch vertretbar. Zum einen sollte man das Trennende nicht überbewerten. Umweltrecht ist eine junge, dynamische Teildisziplin des Rechts, in der nicht nur herkömmliche Wertvorstellungen, Rechtstraditionen und Strukturen des jeweiligen politisch-administrativen Systems, sondern auch sachadäquate Lösungen, Transfers von Erfahrungen des Auslandes und die internationale Harmonisierung eine Rolle spielen. Zum anderen ist Aufgabe der Rechtsvergleichung nicht allein, funktional äquivalente Lösungen verschiedener Rechtsordnungen herauszuarbeiten. Vielmehr geht es auch darum, die Unterschiede der jeweiligen Lösungen und deren Gründe zu analysieren. Rechtsvergleichung ist nicht in erster Linie Harmonisierungswissenschaft. Sie ist eine Grundlagendisziplin der Rechtswissenschaft, die der Erkenntnis der Struktur, Funktionsweise und gesellschaftlichen Bedingungen fremder Rechtsregeln dient und mittelbar einen Beitrag zur Kritik und Reform des eigenen Rechts leisten soll.

¹ Vgl. *Yoshimura*, Die Entwicklung der Umweltproblematik und des Umweltrechts in Japan - Vergleich der Charakteristika mit Deutschland, in: Umweltschutz-Symposium des Goethe-Instituts Kyoto, 1994, S. 1 ff. (Ms.).

II. Allgemeine Überlegungen zu den Instrumenten des Umweltrechts

Instrumente des Umweltrechts haben die Aufgabe, die Ziele und Grundsätze des Umweltrechts zu verwirklichen. Im einzelnen kann man Strategien und Instrumente im engeren Sinne unterscheiden². Eine Umweltschutzstrategie ist ein Maßnahmenansatz, mit dem der vom Gesetz angestrebte Umweltschutz verwirklicht werden soll. Instrumente des Umweltrechts sind Maßnahmentypen, mit denen die Strategien durchgesetzt werden. Eine Strategie des Umweltrechts ist z.B. die Begrenzung der Gesamtemissionen eines bestimmten Schadstoffs. Sie kann auf instrumenteller Ebene durch Emissionsstandards, Abgaben, übertragbare Genehmigungen oder Selbstverpflichtungen der Verursachergruppen umgesetzt werden. Im folgenden sollen Strategien und Instrumente im engeren Sinne aber zusammengefaßt werden. Das Schwergewicht der folgenden Ausführungen liegt bei den Instrumenten im engeren Sinne; dabei wird aber ggf. auch angegeben, mit welcher Strategie ein bestimmtes Instrument verknüpft ist.

Für eine Klassifizierung von Instrumenten des Umweltrechts können verschiedene Kriterien zugrunde gelegt werden. Im Einklang mit dem ökonomischen Schrifttum wird im folgenden ein Klassifikationskonzept befolgt, das auf die unterschiedliche Wirkungsweise der staatlichen Regelungen abstellt³. Danach kann man unterscheiden zwischen

- direkter Verhaltenssteuerung (administrativer Regulierung, Ordnungsrecht),
- indirekter Verhaltenssteuerung (ökonomische Instrumente einschließlich Haftung),
- flexiblen (weichen) Instrumenten,
- Entgelten für Umweltnutzung,
- Planung, und

² Vgl. *Rehbinder*, Ziele, Grundsätze, Strategien und Instrumente, in *Salzwedel et al.*, Grundzüge des Umweltrechts, 1997, Teil 04 Rdnr. 129 ff.; *Kloepfer*, Umweltschutz zwischen Ordnungsrecht und Anreizpolitik: Konzeption, Ausgestaltung, Vollzug, Zeitschrift für angewandte Umweltpolitik 1996, S. 56 ff.; S. 200 ff.

³ Vgl. *Rehbinder* (FN 2), Rdnr. 174.

- staatlicher Eigenvornahme.

Hierbei handelt es sich um eine idealtypische Klassifizierung. In der Praxis gibt es zunehmend hybride Instrumente, die Elemente von mehreren Kategorien, insbesondere des Ordnungsrechts und flexibler Instrumente, vereinen. Sie werden hier als Teil flexibler Instrumente behandelt, sofern das ordnungsrechtliche Element nicht eindeutig dominiert.

Im Folgenden sollen zunächst der ordnungsrechtliche Ausgangspunkt in Deutschland und Japan dargestellt und sodann vertieft instrumentelle Neuentwicklungen in den beiden Ländern diskutiert werden.

III. Direkte Verhaltenssteuerung

1. Materielles Recht

a) Direkte Verhaltenssteuerung (administrative Regulierung, Ordnungsrecht) ist das vorherrschende Element des Umweltrechts in Deutschland⁴. Sie ist auch durch das Umweltrecht der Europäischen Union vorgegeben, das in zunehmendem Maße das materielle deutsche Umweltrecht beeinflusst. Dabei gibt es vielfältige Formen, die sich hinsichtlich Intensität und Zeitpunkt behördlicher Eingriffe unterscheiden. Zu nennen sind etwa Genehmigungs- und Anzeigepflichten für neue und wesentlich geänderte Anlagen, gesetzliche Pflichten, und Eingriffsermächtigungen für Anlagen aller Art, Zulassungs- und Anmeldeverfahren für Stoffe, Zubereitungen und Produkte. Im Allgemeinen besteht ein Anspruch auf Genehmigung, wenn die Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen (gebundene Erlaubnis), aber in einzelnen Bereichen (Wasser- und bedingt auch Atomrecht) besitzt die zuständige Behörde ein Bewirtschaftungs- bzw. Versagungsermessen. Nach Zulassung einer Anlage können nachträgliche Anforderungen gestellt werden, ihre Zulässigkeit ist aber durch Gesichtspunkte des Vertrauens- und Investitionsschutzes begrenzt. In der Praxis erfolgt eine Anpassung in erster Linie durch periodische Verschärfung der

⁴ Vgl. *Rehbinder* (FN 2), Rdnr. 180 ff.

Umweltstandards. Zulassungen für Stoffe und Zubereitungen werden im allgemeinen befristet erteilt.

Die Genehmigung besonders umweltbelastender Anlagen ist von drei Grundvoraussetzungen abhängig: Es dürfen keine Gefahren für Gesundheit und Umwelt verursacht werden; es müssen Maßnahmen der Risikovorsorge, insbesondere nach dem Stand der Technik, getroffen werden; und die in der Produktion entstehenden Abfälle sind möglichst zu vermeiden oder zu verwerten. Die beiden ersteren Anforderungen gelten auch für die gesondert erteilte wasserrechtliche Genehmigung, die im Gegensatz zu der nach Immissionsschutzrecht zusätzlich der Verteilung der knappen Ressource Wasser auf konkurrierende Nutzungen (Bewirtschaftung) dient.

Nach herkömmlichem Verständnis ist die Genehmigungsvoraussetzung der Gefahrenabwehr gleichbedeutend mit einer Begrenzung der Immissionen auf ein akzeptables Niveau. Das Gebot der Gefahrenabwehr wird durch Immissionsgrenzwerte oder sonstige Umweltqualitätsanforderungen (z.B. aufgrund eines Bewirtschaftungsplans oder Bewirtschaftungskonzepts) abstrakt-generell oder aufgrund einer Einzelfallentscheidung konkretisiert. Immissionswerte bestehen im deutschen Recht für zehn luftbelastende Stoffe. Im Bereich des Gewässerschutzes gibt es nutzungsbezogene Gütestandards auf nationaler Ebene nur aufgrund von EG-Richtlinien, auf regionaler Ebene im Rahmen von Bewirtschaftungsplänen und Bewirtschaftungskonzepten. Das Gebot der Risikovorsorge ist nach herkömmlichem Verständnis gleichbedeutend mit einer Reduzierung der Emissionen in Richtung auf Erreichung der Restrisikoschwelle. Die Vorsorgeanforderungen werden im wesentlichen durch Emissions- und Einleitungsstandards konkretisiert⁵. Dagegen gibt es zur Erfüllung des Gebots der Abfallvermeidung und -verwertung keine generellen Standards.

Dieses System der gleichberechtigten zwei bzw. drei Hürden, die der Betreiber bei der Anlagenzulassung überwinden muß, ist in der Praxis jedoch ungleichgewichtig.

Seit den 80er Jahren wird in Deutschland eine systematische Politik der Reduzierung der Gesamtemissionen und -einleitungen betrieben (Großfeuerungsanlagenverordnung, Technische Anleitung Luft 1986, Verordnung über Abfallverbrennungsanlagen, produktbezogene Emissionsbegrenzungen, Abwasserverwaltungsvorschriften bzw. Abwasserverordnung, Technische Anleitung Siedlungsabfall). Dadurch ist die immissionsbezogene Politik in den Hintergrund getreten. Eine Ausnahme bildet nur der Lärmschutz, in dem die immissionsbezogene Betrachtungsweise noch vorherrscht.

Maßstab für die Begrenzung der Emissionen ist grundsätzlich der Stand der Technik, der für neue und alte Anlagen in gleicher Weise gilt (eine gewisse Ausnahme findet sich jetzt aber in der Neufassung des § 7a WHG). Neben die technikbezogene Vorsorge tritt bei besonders gefährlichen Stoffen zum Teil eine stärker risikobezogene Vorsorge, die bis zur Minimierung im Einzelfall reichen kann.

Erst in jüngster Zeit wird allerdings die Frage gestellt, ob die Politik der systematischen Reduzierung der Gesamtemissionen und -einleitungen nach Maßgabe eines periodisch dynamisierten Standes der Technik stets ausreichenden Umweltschutz gewährleistet und ökonomisch und umweltpolitisch auf Dauer sinnvoll ist⁶. Zudem erweitert sich mit dem Grundsatz der dauerhaft umweltgerechten Entwicklung das Spektrum des Umweltschutzes von einer Betrachtung von Umweltbelastungen im engeren Sinne hin zur Erhaltung der Absorptionsfähigkeit der Umweltmedien und der Regenerationsfähigkeit von Umweltressourcen. In einzelnen Bereichen ist eine emissionsbezogene Politik nicht mehr sinnvoll oder sogar von vornherein unmöglich. Die EG-Richtlinie über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung (IVU-Richtlinie) eröffnet hier Möglichkeiten einer Relativierung des Technikstandards nach Maßgabe der örtlichen Verhältnisse, und die jüngste Diskussion über nationale Umweltziele führt tendenziell zu einer

⁵ Vgl. *Rehbinder* (FN 2), Rdnr. 147 ff.; *Wahl/Appel*, Prävention und Vorsorge: Von der Staatsaufgabe zu den verwaltungsrechtlichen Instrumenten, in: *Wahl* (Hrsg.), *Prävention und Vorsorge*, 1995, S. 192 ff.; *Appel*, Emissionsbegrenzung und Umweltqualität, DVBl. 1995, S. 399.

⁶ *Appel* (FN 5).

Rückbesinnung auf eine immissionsbezogene Betrachtungsweise⁷. Allerdings wird sich diese nicht allein, wie das dem herkömmlichen Verständnis entspricht, auf Gefahrenabwehr beschränken, sondern auch das Vorsorgeprinzip einbeziehen.

b) Auch im japanischen Umweltrecht herrschen bisher ordnungsrechtliche Lösungen eindeutig vor⁸. Wie in Deutschland gibt es Genehmigungserfordernisse für umweltbelastende neue und wesentlich geänderte Anlagen, Eingriffsbefugnisse gegenüber umweltbelastenden Anlagen und Zulassungs- und Anmeldepflichten für Stoffe, Zubereitungen und Produkte. Die strategische Ausrichtung des japanischen Umweltrechts weicht aber deutlich vom deutschen Recht ab. Es herrscht eine stärker immissionsbezogene Politik vor. Ob es sich dabei um Gefahrenabwehr nach deutschem Verständnis handelt, ist zumindest zweifelhaft. Denkbar ist auch die Interpretation, daß Japan einen zweistufigen Risikobegriff zugrunde legt, der nur zwischen Gefahr und Restrisiko unterscheidet⁹. Erst durch das Umweltrahmengesetz (Umweltgrundlagengesetz) von 1993 ist - neben der Nachhaltigkeit - das Vorsorgeprinzip ausdrücklich verankert worden¹⁰. Für wichtige Umweltbelastungen - fünf luftbelastende Stoffe, konventionelle Wasserbelastungen und 23 wassergefährliche Stoffe - bestehen Umweltqualitätsstandards, die allerdings für den einzelnen Betreiber nicht bindend sind, sondern nur als Richtwerte für behördliche Aktivitäten dienen (Art. 16 Abs. 4 URG). Die Anlagenbetreiber sind nur an Emissionswerte und individuelle Emissionsbegrenzungen gebunden. Jedoch dienen diese der Einhaltung der Qualitätsstandards und nicht etwa der Vorsorge. Besonders deutlich wird die Immissionsorientierung bei der japanischen Umweltpolitik im Bereich der Luftreinhaltung durch die regionale Staffelung der

⁷ Vgl. *Rehbinder*, Festlegung von Umweltzielen - Begründung, Begrenzung und instrumentelle Umsetzung, NuR 1997, S. 313; *Köck*, Rechtsfragen der Umweltzielplanung - Ein Beitrag zur Diskussion um die Erstellung eines nationalen Umweltpolitikplans, NuR 1997, S. 528.

⁸ Vgl. *Weidner*, Basiselemente einer erfolgreichen Umweltpolitik. Eine Analyse und Evaluation der Instrumente der japanischen Umweltpolitik, 1996, S. 195 ff.; *Rehbinder*, Das Vorsorgeprinzip im internationalen Vergleich, 1988, S. 79 ff.; *ders.*, Japan, in: Kimminich (Hrsg.), HdUR I, 2. Aufl. 1994, Sp. 1207; *Mackey/Hart*, A Comparison of U.S. and Japanese Environmental Laws Governing Emissions from Major Industrial Facilities, *Transnational Lawyer* 6 (1993), S. 579, 582 ff.

⁹ Vgl. *Rehbinder*, Vorsorgeprinzip (FN 8), S. 73 ff.

¹⁰ Art. 4 und 19 URG; dazu *Philipp*, Das japanische Umweltrahmengesetz mit Kommentar, 1996, Art. 4 Anm. 41, Art. 19 Anm. 115.

Emissionsstandards für Schwefeldioxid bei Großanlagen sowie in der Luftreinhaltung und im Gewässerschutz durch das Institut der Gesamtmengenbegrenzung, das in Belastungsgebieten, industriellen Ballungsgebieten oder besonders empfindlichen Gewässern eine Verteilung von Emissionskontingenten auf die einzelnen Betreiber ermöglicht (Art. 17 URG). Auch soweit Emissionsstandards einheitlich ausgestaltet werden, wie zum Beispiel im Bereich der Luftreinhaltung durch Emissionsstandards für kleinere Anlagen und Kraftfahrzeuge sowie generell für NO_x, im Bereich der Wasserreinhaltung für Stickstoff, Phosphor und gefährliche Stoffe, zeigt sich die Immissionsbetrachtung darin, daß eine eventuelle Verschärfung solcher Standards unter dem Gesichtspunkt der Einhaltung der Immissionswerte erfolgt. So sind zum Beispiel im Jahr 1992 strengere Abgasstandards für NO_x eingeführt worden, weil die Immissionswerte für diesen Schadstoff in vielen Ballungsgebieten aufgrund des hohen Verkehrsaufkommens überschritten werden.

Im Bereich der Abfälle aus der Industrieproduktion gibt es bislang keine ordnungsrechtlichen Regelungen. Japan bevorzugt hier vielmehr den Einsatz weicher Instrumente.

c) Die Gegenüberstellung zwischen der administrativen Umweltregulierung in Deutschland und Japan darf nicht zu dem Schluß verleiten, daß Deutschland generell eine strengere Umweltpolitik verfolgt als Japan¹¹. Zum einen muß man die administrative Regulierung in Japan im Zusammenhang mit anderen Bausteinen der Umweltpolitik, insbesondere Abgaben zur Finanzierung des Entschädigungssystems für verschmutzungsbedingte Atemwegserkrankungen und den zahlreichen Umweltschutzverträgen auf der Ebene der Präfektur und der Kommunen sehen, zum anderen ergibt ein Vergleich der jeweiligen Werte, daß Verallgemeinerungen nicht möglich sind. Zum Beispiel sind die Immissionswerte für SO₂, Staub und NO_x in Japan strenger als in Deutschland, die Emissionswerte für gefährliche Luftschadstoffe z.T. strenger als in Deutschland. Die Einleitungsgrenzwerte für

¹¹ *Rehbinder*, Vorsorgeprinzip (FN 8), S. 76, 81 f., 85.

konventionelle Gewässerbelastungen sind dagegen milder als in Deutschland, während bei gefährlichen Stoffen eine allgemeine Aussage nicht möglich ist¹².

2. Genehmigungsverfahren

a) In Deutschland ist die konzeptionelle Ausrichtung der administrativen Regulierung im Bereich der Umweltpolitik in jüngster Zeit unter zwei Gesichtspunkten kritisch diskutiert worden: Der Schwerpunkt staatlicher Kontrollen liegt auf einer intensiven Eröffnungskontrolle, während die Umweltauswirkungen zugelassener Anlagen nach der Zulassung vernachlässigt werden. Man strebt - in zahlreichen Varianten - eine Flexibilisierung des Ordnungsrechts mit dem Ziel an, es zukunftsöffener auszugestalten¹³. Durchgesetzt hat sich aber eine andere Betrachtungsweise, die ein besonderes Defizit des Ordnungsrechts darin sieht, daß Überregulierung und die Zeitdauer des Verfahrens zu Innovationshemmnissen führen, die die Wettbewerbsfähigkeit Deutschlands im globalen Wettbewerb beeinträchtigen¹⁴. Durch die sogenannten Beschleunigungsgesetze sind im Jahre 1996 Maßnahmen der Deregulierung und Vereinfachung des Genehmigungsverfahrens und des Abbaus des Rechtsschutzes eingeleitet worden. Diese Maßnahmen lassen sich dahingehend kritisieren, daß sie nicht an den Ursachen, sondern an den Symptomen ansetzen. Die Dauer von Genehmigungsverfahren läßt sich bereits durch ein besseres Verfahrensmanagement erheblich reduzieren; Standortkonflikte können durch Einschaltung von Mediatoren sowie durch Kompensation der Betroffenen erheblich reduziert werden. Im Zusammenhang mit dem von der Europäischen Union eingeführten freiwilligen Umwelt-Audit der Unternehmen (s. V 3) wird eine

¹² *Rehbinder*, Vorsorgeprinzip (FN 8), S. 79, 82; *OECD*, Emission Standards for Major Pollutants, 1984, S. 63 ff.; *Miyamoto*, Japan, in: Weidner (Hrsg.), Performance and Characteristics of German Environmental Policy, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, FS II 97-301, 1997, S. 44, 52.

¹³ Vgl. Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovationsoffenheit und Flexibilität des Verwaltungsverfahrensrechts, 1994; *Wahl/Hermes/Sach*, Genehmigung zwischen Bestandsschutz und Flexibilität, in: Wahl (Hrsg.), (FN 5), 1995, S. 217, 243 ff.

¹⁴ Vgl. Investitionsförderung durch flexible Genehmigungsverfahren, Bericht der unabhängigen Expertenkommission zur Vereinfachung und Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren (Schlichter-Kommission), 1994; kritisch etwa *Steinberg*, Zulassung von Industrieanlagen im deutschen und europäischen Recht, NVwZ 1995, S. 209; *Weinreich*, Integration

weitergehende Deregulierung sowie Substitution vor allem im Bereich der Überwachung diskutiert. Bei alledem ist zu bedenken, daß Verfahren der Umweltverträglichkeitsprüfung, Öffentlichkeitsbeteiligung und verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz in Deutschland - im Vergleich zu Japan - auf einem relativ hohen Niveau stehen. Dadurch wird im internationalen Vergleich die Kritik an der deutschen Beschleunigungsgesetzgebung doch etwas relativiert.

b) Genehmigungsverfahren laufen in Japan recht schnell - als Durchschnittswert können zwei bis drei Monate angegeben werden¹⁵, obwohl eine Konzentrationswirkung nach dem Muster des § 13 BImSchG nicht besteht. Die Gründe für die frappierenden Unterschiede zwischen Deutschland und Japan sind vielfältig. Einmal ist die Gewichtsverteilung zwischen Eröffnungskontrolle und nachträglicher Überwachung des Betriebes ausgewogener als in Deutschland. Die Präfektur begnügt sich mit einer Plausibilitätsprüfung der vom Antragsteller eingereichten Unterlagen, führt aber nach Inbetriebnahme umfangreiche Meß- und Überwachungsprogramme durch, um die Einhaltung der Genehmigungsbedingungen zu gewährleisten. In der konsensualen japanischen Gesellschaft genießt der Unternehmer einen erheblichen Vertrauensvorschuß, der eine schnelle Entscheidung ermöglicht, andererseits nachträgliche Korrekturen als selbstverständliches Element eines partnerschaftlichen Verwaltungsrechtsverhältnisses zwischen Behörde und Betreiber erscheinen läßt¹⁶. Ferner finden im Genehmigungsverfahren im allgemeinen - Ausnahme: Kraftwerke aufgrund Verwaltungsempfehlung, freilich ohne Verfahrensrechte der Bürger - weder eine Umweltverträglichkeitsprüfung noch eine Bürgerbeteiligung statt. Der Rechtsschutz Dritter ist nach deutschem Standard unterentwickelt. Die Klagebefugnis von Nachbarn beschränkt sich im wesentlichen auf den

versus Flexibilisierung der umweltrechtlichen Zulassungsverfahren: Menü oder à la carte?, NVwZ 1997, S. 949.

¹⁵ Mackey/Hart (FN 8), S. 583, 587.

¹⁶ Mackey/Hart (FN 8), S. 583, 585 f., 587; Weidner, Luftreinhaltepolitik in Japan - Regelungsinstrumente und Ergebnisse, ZfU 1983, S. 211, 231 ff.

Gesundheitsschutz¹⁷. Der Versuch von Klägergruppen, die Unterlassungsklage gegen den Betreiber als Ersatz für die im japanischen Recht fehlende Verpflichtungsklage gegen die Behörden einzusetzen, ist von der Rechtsprechung zurückgewiesen worden.

Ob das im Juni 1997 verabschiedete Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung, das im Jahre 1999 in Kraft treten wird, zu einer Komplizierung von Genehmigungsverfahren führen wird, bleibt abzuwarten. Ausgeschlossen ist dies nicht, da das Gesetz entsprechend dem amerikanischen Modell das Verfahren in vier Stufen - Scoping-Verfahren, Entwurf der Umweltverträglichkeitserklärung, Umweltverträglichkeitserklärung, Entscheidung über die Umweltverträglichkeit - aufteilt und eine weitgehende Öffentlichkeitsbeteiligung vorsieht. Jedoch steht noch nicht fest, in welchem Umfang - abgesehen von Kraftwerken - Industrieanlagen dem UVP-Verfahren unterliegen werden; dies kann durch Verordnung generell oder im Einzelfall bestimmt werden.

IV. Ökonomische Instrumente

1. Allgemeines

Alle Instrumente direkter Verhaltenssteuerung weisen Schwächen auf, deren Folgen nach Meinung der Literatur (insbesondere von Ökonomen) volkswirtschaftliche Verluste, fehlende Anreize zu umweltfreundlicher Entwicklung und ein unzureichender Vollzug sind; bemängelt wird insbesondere die unzureichende Berücksichtigung der individuellen Kostenstruktur des Verursachers und die „Anmaßung von Wissen“ seitens der Verwaltung¹⁸. Als Abhilfe gegen die Nachteile administrativer Regulierung werden insbesondere seit Anfang der 80er Jahre in Deutschland ein stärkerer Einsatz von Abgaben, übertragbaren Emissionsgenehmigungen sowie des Haftungsrechts empfohlen. In neuerer Zeit hat die Diskussion über ökonomische Instrumente des Umweltschutzes mit der Debatte

¹⁷ Ködderitzsch, Rechtsschutz gegen die Verwaltung in Japan, Mitteilungen der Japanischen Juristenvereinigung, Mai 1992, S. 19 ff.; Reh binder, Japan (FN 8), Sp. 1207; Yoshimura (FN 1), S. 9.

¹⁸ Vgl. Reh binder (FN 2), Rdnr. 184, 181.

über die Einführung von Ökosteuern im Bereich des Klimaschutzes und eines generellen ökologischen Umbaus des Steuersystems eine neue Wende gewonnen. Allerdings ist diese Diskussion bisher - sieht man einmal von der Umgestaltung der Kfz-Steuer durch Orientierung am durchschnittlichen Benzinverbrauch ab - ohne praktische Ergebnisse geblieben. Die mangelnde Durchsetzungsfähigkeit der Rezepte der Ökonomen scheint insbesondere darauf zu beruhen, daß die Verteilungswirkungen ökonomischer Instrumente schwer vorausberechnet werden können. Aus juristischer Sicht gibt es den grundsätzlichen Einwand, daß der Staat mit der Einführung ökonomischer Instrumente die Verantwortung für den Umweltschutz aus der Hand gibt, weil sich das Niveau der Umweltbelastung nunmehr daraus ergibt, wozu die einzelnen Verursacher freiwillig bereit und finanziell in der Lage sind. Dem läßt sich jedoch entgegenhalten, daß es keinen verfassungsrechtlichen Grundsatz gibt, wonach der Staat Umweltprobleme stets mit ordnungsrechtlichen Instrumenten zu bewältigen habe¹⁹. Dies gilt nur für den Schutz von Leben und Gesundheit gegen Gefahren. Im übrigen ist der Umweltschutz hinsichtlich seiner instrumentellen Ausgestaltung nicht auf das Ordnungsrecht fixiert. Der Staat behält aber eine residuale Verantwortung, die sich in der Verpflichtung, den Grad der Zielerreichung durch ökonomische Instrumente zu prognostizieren und fortlaufend zu überprüfen, manifestiert. Bei Abgaben in Form von Sonderabgaben kommen besondere finanzverfassungsrechtliche Probleme hinzu, die deren Einsatz zu einem politisch und rechtlich riskanten Unternehmen machen; reine Finanzierungsabgaben sind grundsätzlich unzulässig.

In Japan fehlt es bisher an einer grundsätzlichen Diskussion ökonomischer Instrumente des Umweltschutzes. Dies mag darauf beruhen, daß die größere Flexibilität des Ordnungsrechts Probleme der Effizienz und Innovationsoffenheit in den Hintergrund treten läßt. Allerdings haben seit Anfang der 90er Jahre das Finanzministerium und das Umweltamt Abgabenlösungen für den Klimaschutz

¹⁹ Vgl. *Trute*, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, DVBl. 1996, S. 950; *Schmidt-Preuß*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 162; *Rehbinder* (FN 2), Rdnr. 195; eher restriktiv *Kadelbach*, Verfassungsrechtliche Grenzen für Deregulierungen des Ordnungsverwaltungsrechts, KritV 1997, S. 263.

empfohlen, sich hiermit jedoch bei der Novellierung des Umweltrahmengesetzes im Jahre 1993 nicht durchsetzen können. Das Umweltamt und verschiedene Autoren treten aber auch weiterhin für Umweltabgaben ein.

2. Abgaben

a) Ein wichtiger Anwendungsfall für eine Abgabenlösung in Form der Lenkungsabgabe in Deutschland ist die Abwasserabgabe, die aufgrund des Abwasserabgabengesetzes seit 1981 auf die Einleitung von Schadstoffen in die Gewässer erhoben wird. Sie ersetzt nicht das bestehende System direkter Verhaltenssteuerung, sondern ergänzt es lediglich und enthält zusätzlich auch Elemente der Subventionierung. In erster Linie wird ein Anreiz zur Einhaltung der in den Genehmigungen festgelegten individuellen Emissionsbegrenzungen ausgeübt. Jedoch soll die Abgabe mit einem gesonderten Beitragssatz - gegenwärtig 25%, ab 1999 50% - für die sogenannte Restverschmutzung (d.h. Einleitungen, die auch bei Anwendung des Standes der Technik nicht vermieden werden können) einen Anreiz für weitergehende Reinigungsmaßnahmen geben. Die Höhe der Restverschmutzungsabgabe ist zwischen 1981 und 1994 mehrmals verändert worden. Der gegenwärtige Satz hat die Anreizwirkungen erheblich vermindert und ein tragendes Systemelement der Abwasserabgabe weitgehend demontiert. Nichts zeigt besser als dieser Umstand, daß Lenkungsabgaben - abgesehen von rechtsstaatlichen Einwänden gegen gleiche Abgabenbelastung unabhängig von den individuellen Umständen - auf erhebliche politische Widerstände stoßen.

Nach dem Bundesnaturschutzgesetz können die Länder auf nicht ausgleichbare, aber zugelassene Eingriffe in Natur und Landschaft eine Ausgleichsabgabe erheben. Die Abgabe dient nach den einschlägigen Länderregelungen zum Teil der Finanzierung von Ersatzmaßnahmen, zum Teil aber auch dem Ausgleich für die verursachten Umweltschäden²⁰. Es handelt sich nicht um eine Lenkungsabgabe, sondern um eine Ausgleichsabgabe, die den Vorteil der Inanspruchnahme natürlicher Ressourcen abschöpfen soll.

b) In Japan gibt es keine eigentlichen Lenkungsabgaben. In begrenztem Umfang bestehen jedoch Finanzierungsabgaben mit faktischer Lenkungswirkung. Ein wichtiger Anwendungsfall ist das kollektive Schadenstragungssystem für Gesundheitsschäden durch Luftverschmutzungen (unten 3), das in der Vergangenheit durch regional gestaffelte Abgaben der Betreiber luftbelastender Anlagen sowie durch Teile der Kraftfahrzeugsteuer, gegenwärtig durch gestaffelte Abgaben der Betreiber sowie eine freiwillige Zuzahlung der Automobilindustrie finanziert wird. Hinzu kommen Zuzahlungen der öffentlichen Hand für bestimmte Kostenposten. Ökonomische Untersuchungen legen es nahe, daß das System einen erheblichen Anteil an den Umweltschutzinvestitionen der betroffenen Industrie und damit an der Reduzierung der Emissionen für SO₂ hatte²¹. In 75% der größeren Gemeinden werden die Abwassergebühren progressiv gestaffelt²². Nach § 22 URG und nach dem Gesetz über die Kostentragung für Maßnahmen des Umweltschutzes können Unternehmen, deren Umweltbelastungen staatliche Investitionen erfordern, z.B. Begrünung, Ausbaggern von Gewässern, Sanierung von Altlasten oder Bau von Kläranlagen, zu einem Teil der anfallenden Kosten herangezogen werden. Dies geht über die in Deutschland zulässige Belastung mit Beiträgen für Entsorgungseinrichtungen der öffentlichen Hand hinaus, bleibt aber bei Altlasten hinter der strengen Verursacher- und Eigentümerhaftung des deutschen Rechts zurück.

3. Umwelthaftungsrecht

a) In der Instrumentediskussion des Umweltrechts Deutschlands hat das Umwelthaftungsrecht zunächst kaum eine Rolle gespielt. Dies hängt damit zusammen, daß die herkömmliche Funktion des Haftpflichtrechts die Verteilung der finanziellen Lasten rechtswidriger oder hinzunehmender Umweltbelastungen, nicht deren Verhütung ist. Man setzte fast alle Hoffnung auf die Präventivwirkung des

²⁰ Vgl. *Berkemann*, Rechtliche Instrumente gegenüber Eingriffen in Natur und Landschaft (§ 8 BNatSchG), NuR 1993, S. 97, 106.

²¹ *Kato*, The Use of Market-Based Instruments in Japanese Environmental Policy, World Bank/EDI/FASID Seminar on Economic Development and Environmental Management, Varna, 4-16 October 1993, S. 8 (Ms.); *Weidner* (FN 8), S. 313 ff.

Ordnungsrechts. Heute kann man von einer Renaissance des Umwelthaftungsrechts in der Theorie und der Gesetzgebung sprechen. In der modernen deutschen Diskussion über die Ausgestaltung des Umwelthaftungsrechts betont man dessen Präventivfunktion (bzw. in ökonomischer Sicht: dessen Allokationsfunktion). In dieser Sichtweise ist Umwelthaftungsrecht ein ergänzendes Instrument der Umweltpolitik. In welchem Maße das Haftpflichtrecht tatsächlich derartige Wirkungen haben kann, ist allerdings durchaus umstritten²³.

Das deutsche Umwelthaftungsgesetz von 1990, das für besonders umweltbelastende Anlagen eine Gefährdungshaftung einführt, beruht auf diesem Gedanken, daß Umwelthaftungsrecht ein ergänzendes Instrument der Umweltpolitik sei. Daneben bleiben die Gefährdungshaftung nach dem Wasserhaushaltsgesetz sowie die Regelungen des allgemeinen Delikts- und Nachbarrechts bestehen. Die Rechtsprechung hat im berühmten Kupolofen-Fall²⁴ die Funktionsfähigkeit der deliktischen Verschuldenshaftung für den Ersatz von Umweltschäden dadurch erheblich verstärkt, daß sie eine Haftung auch dann bejaht hat, wenn der Betreiber Umweltstandards oder individuelle Emissionsbegrenzungen eingehalten hat, sofern er Grund zur Annahme hatte, daß trotz deren Einhaltung Schäden nicht vermeidet; kürzlich ist dieser Gedanke auf die Mitverursachung synergistischer Wirkungen ausgedehnt worden²⁵.

Das Umwelthaftungsgesetz begründet eine Gefährdungshaftung für Individualschäden (Tötung, Körperverletzung, Eigentumsbeeinträchtigung), die durch Umwelteinwirkungen verursacht worden sind, gleich ob diese auf einem Unfall oder auf dauernden Einwirkungen (rechtmäßiger Normalbetrieb) beruhen. Das Gesetz strebt darüber hinaus durch Beweiserleichterungen und Auskunftsansprüche an, die Beweisprobleme der Opfer von Umweltschäden hinsichtlich der Kausalität zu

²² Kato (FN 21), S. 5.

²³ Földer, Umwelthaftungsrecht und Schadensprävention, 1993; Wagner, Die Aufgaben des Haftungsrechts - eine Untersuchung am Beispiel der Umwelthaftungsrechts-Reform, JZ 1991, S. 175; Rehlinger, Haftung für Umweltschäden aus ökonomischer und juristischer Sicht, 1992, S. 34, 41 ff., 54 ff.

²⁴ BGHZ 92, 143.

²⁵ BGH, NJW 1997, S. 2748.

verbessern. Allerdings erfolgt insoweit auch eine Verknüpfung mit dem Ordnungsrecht. Die Haftung beschränkt sich auf bestimmte, in einer abschließenden Liste bezeichnete Anlagen. Die Einführung einer allgemeinen handlungsbezogenen Gefährdungshaftung für Umweltschäden hat der Gesetzgeber abgelehnt. Der Gesetzgeber wollte sich nicht allzuweit von der Tradition der Gefährdungshaftung entfernen und eine Vorhersehbarkeit der Inanspruchnahme sicherstellen. In der Praxis hat das Umwelthaftungsgesetz bisher allerdings nur eine geringe Rolle gespielt.

Individuelles Umwelthaftungsrecht hat seine Grenzen. Es ist nicht geeignet, Umweltschäden durch summierte Immissionen und durch den Ferntransport angemessen zu erfassen. Hier kommen kollektive Schadensfonds in Betracht, die neben der primären Ausgleichsfunktion auch präventive Elemente enthalten können²⁶.

Im deutschen Umweltrecht sind Fondslösungen selten. Bei Gesundheitsschäden fehlt im Hinblick auf die Existenz einer umfassenden Sozialversicherung ein Bedürfnis, bei Waldschäden, wo die Einführung eines kollektiven Schadenstragungssystems früher allgemein als rechtspolitisch geboten angesehen worden war, ist das Bedürfnis weitgehend dadurch entfallen, daß trotz erheblicher Baumverluste die Gesamtmasse an nutzbarem Holz in den deutschen Wäldern gewachsen ist. Fondslösungen für (neue) Umweltschäden finden sich nur hinsichtlich des Aufbringens von Klärschlamm (Klärschlamm-Schadensfonds) und illegaler Abfallexporte (Solidarfonds Abfallrückführung); der letztere Fall ist allerdings finanzverfassungsrechtlich äußerst problematisch, da die sich legal verhaltenden Exporteure von Abfällen die Rückführung illegaler Abfallexporte mitfinanzieren müssen.

b) In Japan hat das Umwelthaftungsrecht seit Beginn der Entwicklung des modernen Umweltrechts eine besondere Rolle gespielt, die man allerdings kaum mit der Frage

²⁶ Vgl. *Winter*, Fondslösungen im Umweltrecht, 1993; *Sander*, Zu Fondsüberlegungen im Umweltrecht, JUTR 1988, S. 281; *Hohloch*, Entschädigungsfonds auf dem Gebiet des Umwelthaftungsrechts, 1994; *Reiter*, Entschädigungslösungen für durch Luftverunreinigungen verursachte Distanz- und Summationsschäden, 1998, Teil 3.

verknüpft hat, ob es sich um ein Instrument der Umweltpolitik handelt. In den sogenannten vier großen Umweltschutzfällen²⁷ haben die japanischen Gerichte Anfang der 70er Jahre durch kühne Fortentwicklung des herkömmlichen Deliktsrechts im Bereich des Kausalitätsnachweises, der Verschuldensfeststellung und der Mitverantwortung für summierte Umweltbelastungen nicht nur die Weichen für die moderne Entwicklung des Umwelthaftungsrechts in Japan gestellt, sondern auch Anstöße für die Modernisierung der Umweltpolitik im allgemeinen gegeben. Dabei ist die moralische Verurteilung der Anlagenbetreiber und umgekehrt die moralische Legitimation der gegen das soziale Gebot freiwilligen Erduldens von Umweltschäden aufbegehrenden Kläger durch Feststellung eines Verschuldens der verantwortlichen Personen von besonderer Bedeutung gewesen. Die vier großen Fälle sind zu einem Faszinosum der Umweltrechtsvergleichung geworden und haben zeitweilig die Tatsache in den Hintergrund gedrängt, daß auch in Japan moderner Umweltschutz in erster Linie durch administrative Regulierung und planmäßiges Behördenhandeln betrieben wird.

Unter dem Eindruck der vier großen Fälle ist in mehreren japanischen Umweltgesetzen eine handlungsbezogene Gefährdungshaftung für Umweltschäden eingeführt worden. Ihre Bedeutung ist freilich zunächst gering geblieben, einmal weil japanische Kläger nach wie vor das moralisierende Deliktsrecht vorziehen, zum anderen, weil das Umwelthaftungsrecht bis zur Novellierung der entsprechenden Regelungen im Jahre 1987 in weitem Umfang durch ein kollektives Schadenstragungssystem überlagert worden ist. Dieses - durch das Gesetz über die Entschädigung von umweltbedingten Gesundheitsschäden von 1973 geschaffene - Fondssystem²⁸ besteht aus zwei Komponenten: bei bestimmten Verursachern zurechenbaren Umweltschäden durch Schwermetalle ein System administrativer Schadensfeststellung mit Kostenbelastung des individuellen Verursachers und

²⁷ Nachw. bei *Rehbinder*, Japan (FN 8), Sp. 1207; vgl. *Taniguchi*, A commentary on the legal meaning of the four major pollution cases, *Law in Japan* 9 (1976), S. 35 ff.

²⁸ Vgl. *Matsukawa*, Entschädigungssystem im japanischen Umweltrecht, in *Recht in Japan* 1996, S. 65 ff.; *The Pollution-Related Health Damage Compensation and Prevention Association*, *Japan's Experience in the Battle against Air Pollution - Working Towards Sustainable Development*, 1997, S. 44 ff.

ergänzender öffentlicher Finanzierung für Rehabilitationsleistungen und Verwaltungskosten, für Gesundheitsschäden durch luftbelastende Stoffe ein echtes kollektives Schadenstragungssystem, wobei SO₂ als Leitsubstanz fungiert. Das kollektive Entschädigungssystem stellte die zweite Säule der japanischen Umweltpolitik der 70er und 80er Jahre dar. Es gewährt Personen, die eine bestimmte Zeit in Belastungsgebieten gewohnt oder gearbeitet haben, bei umweltbezogenen Atemwegserkrankungen Entschädigungs- und Rehabilitationsleistungen. An die Stelle eines Kausalnachweises tritt ein durch Wohnsitz oder Arbeitsstätte im Belastungsgebiet und Anhaltspunkte für die umweltbezogene Ursache der Krankheit begründeter epidemiologischer Plausibilitätsnachweis, der aber restriktiv gehandhabt wird²⁹. Die Finanzierung des Systems erfolgte bisher durch gestaffelte Abgaben der Verursacher und einen Teil der Kfz-Steuer sowie Beiträge der öffentlichen Hand. Das Entschädigungssystem gehört in rechtsvergleichender Sicht zu den am meisten diskutierten Instrumenten des japanischen Umweltrechts und hat auch die deutsche Diskussion - wenngleich ohne letztlichen politischen Erfolg - stark beeinflusst. Zur großen Enttäuschung vieler Rechtsvergleicher ist dieses System durch das Reformgesetz von 1987 für die Zukunft beendet worden, indem neue Umweltopfer nicht mehr anerkannt werden. Die Begründung lag darin, daß die Belastung kontinuierlich abgenommen hatte. Die Heranziehung von NO_x als Leitsubstanz wurde abgelehnt. Statt der Entschädigung neuer Opfer werden ein Teil der Abgaben sowie freiwillige Beiträge der Automobilindustrie für Maßnahmen der Rehabilitation verwendet. Tokyo und Osaka haben aber eigene Entschädigungssysteme eingerichtet³⁰.

Neben dem kollektiven Schadenstragungssystem führte das individuelle Umwelthaftungsrecht zunächst ein Schattendasein, nicht zuletzt natürlich auch deshalb, weil sich die Umweltbelastungen stark vermindert haben. Es ist aber zu einigen großen und langwierigen Prozessen wegen umweltbedingter Gesundheitsschäden außerhalb der bezeichneten Gebiete und wegen anderer Luftbelastungen (besonders NO_x) gekommen. Dabei stützten sich die Kläger vielfach

²⁹ Matsukawa (FN 28), S. 78 ff.

nicht auf die Gefährdungshaftung nach dem Luftverschmutzungsgesetz, sondern gingen nach allgemeinem Deliktsrecht vor. Die Klagen gegen die Industrie sind regelmäßig erfolgreich ausgegangen, wurden aber in der zweiten Instanz verglichen³¹. Dagegen waren die vielfach gleichzeitig unter dem Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung erhobenen Klagen gegen den Staat zunächst nicht erfolgreich. In neuerer Zeit ist jedoch auch Staatshaftungsklagen stattgegeben worden³². Auch hat es Klagen auf Anerkennung als Opfer im Rahmen des kollektiven Schadenstragungssystems gegeben³³. Von einer Renaissance des Umwelthaftungsrechts in der Praxis kann man aber in Japan genauso wenig sprechen wie in Deutschland. Allerdings ist der Stellenwert des Umwelthaftungsrechts deutlich größer als in Deutschland, was insbesondere auf Lücken im System der Sozialversicherung beruhen dürfte.

V. Flexible Instrumente

1. Allgemeines

Die Ansicht, daß ordnungsrechtliche Instrumente des Umweltrechts ihre Grenzen haben, führt in der ökonomischen Literatur in erster Linie zur Forderung nach stärkerem Einsatz ökonomischer Instrumente. Gegen solche Instrumente gibt es indessen erhebliche politische Vorbehalte, die mit den unsicheren ökonomischen, insbesondere Wettbewerbs- und Verteilungswirkungen, aber auch ökologischen Wirkungsgrenzen zusammenhängen. Die Einführung des Grundsatzes der dauerhaft-umweltgerechten Entwicklung verstärkt das Bedürfnis für Alternativen zu ökonomischen Instrumenten. Daher werden in der praktischen Umweltpolitik zunehmend flexible (weiche) Instrumente eingesetzt, die durch Konsens, Organisation und/oder Information influenzierend auf den potentiellen Verursacher von Umweltbelastungen einwirken und ihn zu einem freiwilligen umweltfreundlichen

³⁰ *Matsukawa* (FN 28), S. 50.

³¹ Pollution-Related Health Damage Compensation and Prevention Association (FN 28), S. 103.

³² LG Osaka, 5.7.1995, Hanrei Jiho 1538, 17.

³³ Z.B. OLG Fukuoka, 29.11.1985, Hanrei Jiho 1174, 21; OG, 26.4.1992, Hanrei Jiho 1385, 3; vgl. *Matsukawa* (FN 28), S. 76 ff.

Verhalten zu motivieren suchen³⁴. Die Rolle des Staates beschränkt sich dabei auf die Initiierung, Moderation und Setzung von Rahmenbedingungen; ein völlig staatsfreier gesellschaftlicher Umweltschutz ist dagegen eher selten. Diese Entwicklung hat sich in Japan sehr viel früher als in Deutschland vollzogen.

Als flexible Instrumente kommen insbesondere in Betracht:

- Selbstverpflichtungen und Abreden zwischen Staat und Wirtschaft,
- Organisationspflichten der Unternehmen, die zu einer angemessenen Berücksichtigung des Umweltschutzes im Unternehmen führen sollen,
- Informationspflichten der Unternehmen und Behördeninformationen über das Umweltverhalten der Unternehmen,
- programmatische materielle Umweltpflichten der Unternehmen.

Wie bereits dargelegt, sollen im Zusammenhang mit den flexiblen Instrumenten auch hybride Instrumentenformen behandelt werden, die starke ordnungsrechtliche Elemente mit solchen flexibler Instrumente kombinieren.

Der Einsatz flexibler Instrumente wirft allerdings umweltpolitische Probleme unter dem Gesichtspunkt der ökologischen Wirksamkeit, vor allem aber auch verfassungsrechtliche Probleme auf; es geht dabei um die Bestimmung eines Minimums an staatlicher Verantwortung für den Umweltschutz, die Bindung der Behördenaktivitäten an das Gesetz und den Rechtsschutz der Beteiligten und betroffener Dritter. Diese Probleme sind vor allem in Deutschland intensiv diskutiert worden, ohne daß freilich ein Konsens erzielt worden ist. In Japan bezieht sich die rechtliche Diskussion insbesondere auf Umweltvereinbarungen zwischen Präfekturen bzw. Kommunen und einzelnen Unternehmen sowie auf Verwaltungsanleitungen (Gyosei shido).

³⁴ Vgl. *Rehbinder* (FN 2), Rdnr. 221 ff.; *Kloepfer/Elsner*, Selbstregulierung im Umweltrecht, DVBl. 1996, S. 964.

2. Selbstverpflichtungen und Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft

a) Unter vertraglichen Arrangements zwischen Staat und Wirtschaft im Umweltschutz kann man Vereinbarungen im Bereich der Regulierung und solche im Bereich des Vollzugs des Umweltrechts vor Ort unterscheiden. Letztere spielen in Deutschland - im Gegensatz zu Japan - trotz intensiver kritischer Diskussion in der Wissenschaft³⁵ keine herausragende praktische Rolle. Selbstverständlich gibt es insbesondere bei der Sanierung von Altanlagen und beim Vorgehen gegen Gesetzesverletzungen vielfach informelle Absprachen zwischen Unternehmen und Behörden. Auch finden sich Absprachen bei der Zulassung neuer Industrieanlagen und gelegentlich auch von Infrastrukturvorhaben. Der Inhalt dieser Absprachen lässt sich nicht verallgemeinern. Zum Teil versuchen die Behörden Gesamtsanierungen zu erreichen, zu denen das Unternehmen nicht verpflichtet ist. Zum Teil werden Fristverlängerungen im Tausch gegen Verzicht auf die Inanspruchnahme von Rechtsschutz gewährt. Bei Neuanlagen erfolgt eine Verständigung über beiderseits akzeptable Auflagen. Die Zulassung von Infrastrukturvorhaben ist gelegentlich von Kompensationen der Gemeinde oder Anwohner begleitet, die über die gesetzlichen Regelungen (insbesondere die Eingriffsregelung des Naturschutzrechts) hinausgehen.

Charakteristisch für Deutschland sind jedoch Absprachen auf der Ebene der Regulierung in Form sogenannter Selbstverpflichtungen, d.h. zwischen Staat und Wirtschaft ohne Beteiligung der Öffentlichkeit ausgehandelter, nach außen einseitiger Erklärungen von Wirtschaftsverbänden und gelegentlich auch einzelnen Unternehmen im Bereich des Umweltschutzes. Seit Anfang der 80er Jahre sind etwa 70 solcher Selbstverpflichtungen abgegeben worden; hinzu kommen noch über 20 Selbstverpflichtungen, die ohne jegliche staatliche Mitwirkung zustande gekommen sind. Zählt man die im Rahmen der Klimaerklärung der deutschen Wirtschaft

³⁵ Vgl. *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 164 ff.; *ders.*, Informales Regierungs- und Verwaltungshandeln als Instrument des Umweltschutzes, *VerWA* 75 (1984), S. 343, 350 ff.; *Burmeister*, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, *VVDStRL* 52 (1993), S. 190, 230 ff.; *Lübbe-Wolf*, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht - Rechtsprinzip oder Deckmantel des Vollzugsdefizits?, *NuR* 1989, S. 195; *Tomerius*, Informelle Projektabsprachen im Umweltrecht, 1995.

abgegebenen einzelnen Branchenerklärungen separat, so erhöht sich die Zahl auf etwa 90 Erklärungen. Die Selbstverpflichtungen betreffen den produktbezogenen Umweltschutz, die Abfallvermeidung und -verwertung sowie in neuerer Zeit zunehmend auch die Reduzierung von Emissionen. Sie zielen zum Teil auf eine vorzeitige Erfüllung oder inhaltliche Konkretisierung ordnungsrechtlicher Anforderungen ab, zum Teil ergehen sie aber auch anstelle einer möglichen administrativen Regulierung. Neuere komplexe Selbstverpflichtungen enthalten regelmäßig Mechanismen der Überprüfung ihrer Einhaltung (Monitoring- und Berichtspflichten).

Selbstverpflichtungen sind umweltpolitisch durchaus umstritten, da ihre Umweltwirksamkeit hinsichtlich Angemessenheit der gesetzten Ziele schwer bewertet werden kann und ihre Eignung zur Zielerreichung skeptisch eingeschätzt wird; darüber hinaus wirft das Instrument der Selbstverpflichtung eine Reihe grundsätzlicher rechtlicher Fragen auf - insbesondere nach Vereinbarkeit der staatlichen Beteiligung an Selbstverpflichtungen mit rechtsstaatlichen Grundsätzen und dem Demokratieprinzip und nach dem Rechtsschutz betroffener Dritter³⁶. Diese Fragen sind bisher weitgehend ungelöst, so daß sich eine gesetzliche Regelung empfiehlt.

Die Gründe für den zunehmenden Einsatz von Selbstverpflichtungen sind recht komplex. Neben der generellen Veränderung von Staatlichkeit hin zu einem mehr kooperativen Staat in Deutschland spielen zwei Faktoren eine besondere Rolle. Einmal werden durch die moderne Entwicklung der Umweltpolitik in Richtung auf Nachhaltigkeit deren Ziele anspruchsvoller und deren Folgen für Wirtschaft und Gesellschaft komplexer und weniger im voraus abschätzbar. Selbstverpflichtungen erreichen hier flexiblere und differenziertere Lösungen, die die unterschiedlichen Reduktionspotentiale einzelner Branchen oder Unternehmen berücksichtigen. Ein gutes Beispiel ist die Abfallwirtschaft. Das Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz mit seiner generellen Prioritätensetzung im Verhältnis zwischen Vermeidung,

³⁶ Vgl. etwa *Trute* (FN 19), S. 955 ff.; *Schmidt-Preuß* (FN 19), S. 214 ff.; *Murswiek*, Freiheit und Freiwilligkeit im Umweltrecht, JZ 1988, S. 985, 988 ff.; *Kloepfer/Elsner* (FN 34), S. 969 f.; *Dempfle*, Normvertretende Absprachen, 1994, S. 97 ff.

Verwertung und Beseitigung von Abfällen (§§ 4-6) bedarf differenzierter, auf die Probleme einer Produktgruppe zugeschnittener Lösungen, die sich durch ordnungsrechtliche Regelungen nur bedingt realisieren lassen. Zum anderen ist der politische Stellenwert der Umweltpolitik in Deutschland im Hinblick auf die wirtschaftlichen Strukturprobleme in den letzten Jahren deutlich geringer geworden. Selbstverpflichtungen sind auch ein Mittel, trotz dieser Schwierigkeiten gewisse umweltpolitische Erfolge zu erreichen. Für die Wirtschaft sind Selbstverpflichtungen attraktiv, weil man so ordnungsrechtliche Lösungen vermeiden und weitergehend als bei diesen die Zielsetzung und Ausgestaltung der Regelung mitgestalten kann. Obwohl ein wichtiger Faktor für das Zustandekommen von Selbstverpflichtungen vielfach die glaubwürdige Drohung mit einer ordnungsrechtlichen Regelung ist, überwiegt insgesamt doch das Element der Freiwilligkeit.

b) In Japan besitzt der vertragliche Umweltschutz auf der Ebene der Präfekturen und Kommunen eine besondere Bedeutung. Er stellt, nachdem das Entschädigungssystem in den Hintergrund getreten ist, die zweite Säule des modernen japanischen Umweltrechts dar, die ohne Parallele in Deutschland ist. Gegenwärtig gibt es über 40.000 Umweltschutzvereinbarungen, mit jährlichen Neuzugängen zwischen 1500 und 2500, die zwischen Präfekturen oder Kommunen, in geringem Umfang auch unter Beteiligung von Bürgern einerseits, Unternehmen andererseits abgeschlossen werden³⁷. Sie betreffen besonders Belastungsgebiete und außerhalb von Belastungsgebieten z.B. Großfeuerungsanlagen. Allerdings ist die Praxis recht unterschiedlich. Einzelne Präfekturen und Kommunen ziehen es vor, im Rahmen ihrer nach dem Umweltrahmengesetz gegebenen Zuständigkeiten schärfere Anforderungen durch Verordnung einzuführen. Die Umweltschutzvereinbarungen haben Emissionsstandards, technische

³⁷ Dazu etwa *Yamaouchi/Otsubo*, Agreements on Pollution Prevention: Overview and One Example, in: Tsuru/Weidner (Hrsg.), Environmental Policy in Japan, 1987, S. 221 ff.; *Leane*, Environmental Contracts - A Lesson in Democracy from the Japanese, University of British Columbia Law Review, 25 (1991), S. 361; *Foljanti-Jost*, Kommunale Umweltpolitik in Japan, 1988, S. 88 ff.; *Rehbinder*, Ecological Contracts: Agreements between Polluters and Local Communities, in: Teubner/Farmer/Murphy (Hrsg.), Environmental Law and Ecological Responsibility: The Concept and Practice of Self-Organisation, 1994, S. 147, 151 ff.; *Weidner* (FN 8), S. 245 ff.; *Shibaïke*, Guidelines and Agreements in Japanese Law, in: Law in Japan 19 (1986), S. 63, 76 ff.

Anforderungen, Inputstandards, die Verwertung von Abfällen aus der Produktion³⁸, die Errichtung von Schutzzonen um Industrieanlagen, die Durchführung von Umweltverträglichkeitsprüfungen und die Störfallsicherheit zum Gegenstand. Die Vereinbarungen haben nicht nur den Zweck, den Vollzug der nationalen Umweltgesetze an die regionalen oder örtlichen Gegebenheiten anzupassen, sondern zielen in aller Regel auch auf Verschärfung der umweltrechtlichen Anforderungen ab.

Die Gründe für die häufige Verwendung von Umweltschutzvereinbarungen in der Praxis der Präfekturen und Kommunen sind vielfältig³⁹. Zum Teil versucht man damit Kompetenzprobleme zu umgehen, die insbesondere bei den Kommunen bestehen. Darüber hinaus strebt man in Vorwegnahme künftiger zentralstaatlicher Regelungen eine Dynamisierung des Umweltschutzes sowie eine Ausdehnung auf nicht oder unzulänglich regulierte Umweltbelastungen an. Auch die politische Sichtbarkeit der regionalen und lokalen Umweltpolitik spielt eine Rolle. Die Unternehmen übernehmen die schärferen Verpflichtungen unter dem Gesichtspunkt sozialer Verantwortung und zur Verbesserung ihres Umweltimages, zur Intensivierung der Beziehungen mit den Genehmigungsbehörden, aber auch unter gewissem faktischen Zwang, weil die Unternehmen für den Erwerb von Betriebsgrundstücken vielfach auf die Kommunen angewiesen sind. Vielfach handelt es sich um Gründe, die auch die Befolgung von Verwaltungsanleitungen determinieren; allgemein kann man sagen, daß die Übergänge zwischen Vertrag und Verwaltungsanleitung fließend sind.

Darüber hinaus gibt es in Japan auch Selbstverpflichtungen auf nationaler Ebene, die ordnungsrechtliche Lösungen ersetzen. Seit 1992 gibt es eine Welle von „Umweltplänen“ der Unternehmen zur Reduzierung von Umweltbelastungen, die dem Wirtschaftsministerium (MITI) vorgelegt werden⁴⁰. Bis Ende 1996 haben darüber hinaus insgesamt 29 Branchen der japanischen Wirtschaft unter dem Dach

³⁸ Solche Vereinbarungen finden sich in 25 % der neueren Absprachen; *Lorenz*, Die japanische Industrieabfallentsorgung, 1997, S. 172 f.

³⁹ *Rehbinder* (FN 37), S. 153 mit weiteren Nachweisen; *Weidner* (FN 8), S. 271 ff.

des Unternehmerversbands (Keidandren) umfassende Selbstverpflichtungserklärungen zum Klimaschutz (Energieeinsparung) und zur Vermeidung und Verwertung von Abfällen abgegeben. Dabei sind allerdings nur die Verpflichtungen hinsichtlich der Verwertung von Abfällen quantifiziert; sie dienen im wesentlichen der Konkretisierung der Grundpflichten zur Verwertung nach dem Recyclinggesetz von 1991⁴¹. Die Klimaerklärungen bleiben mangels Quantifizierung hinter der Klimaerklärung der deutschen Industrie erheblich zurück.

Insgesamt gibt es aber im Bereich der Selbstverpflichtungen deutliche Parallelen zwischen Deutschland und Japan, insbesondere was die betroffenen Umweltschutzbereiche angeht. Es erstaunt nicht, daß gerade Bereiche wie der Klimaschutz und die Vermeidung und Verwertung von Abfällen mit ihren erheblichen Prognoseschwierigkeiten, Strukturwirkungen und Verteilungsproblemen bevorzugter Gegenstand für Selbstverpflichtungen sind. Selbst ökonomische Instrumente werden hier von der Wirtschaft als zu „gefährlich“ angesehen und sind daher, obwohl hinsichtlich ihrer Steuerungswirkung überlegen, politisch schwer durchsetzbar.

3. Einwirkungen auf die Unternehmensorganisation

a) Unter dem Gesichtspunkt der Wirksamkeit der Umweltpolitik ist die Organisation der Unternehmen nicht von unmittelbarem Interesse; entscheidend ist die Umweltleistung des Unternehmens im Außenverhältnis. Gleichwohl wirkt das deutsche Umweltrecht in vielfältiger Weise auf die Unternehmensorganisation ein, um den betrieblichen Umweltschutz zu verbessern.⁴²

Seit Anfang der 70er Jahre sind Unternehmen mit erheblichen Umweltbelastungen zur Bestellung von Betriebsbeauftragten verpflichtet. Der Betriebsbeauftragte ist nicht eine Art unternehmensinterne Umweltpolizei, sondern Organ der

⁴⁰ Wallace, Environmental Policy and Industrial Innovation Strategies in Europe, the USA and Japan, 1995, S. 97.

⁴¹ Lorenz (FN 38), S. 103.

⁴² Vgl. Reh binder, Umweltschutz und technische Sicherheit als Aufgabe der Unternehmensleitung aus juristischer Sicht, in: Becher (Hrsg.), Umweltschutz und technische Sicherheit im Unternehmen, 1994, S. 29 ff.; Feldhaus, Umweltschutzsichernde Betriebsorganisation, NVwZ 1991, S. 927; Bartsch, Umweltschutz und Unternehmensorganisation, 1997.

Unternehmensverfassung mit Beratungsfunktion für die Geschäftsleitung und garantierten Statusrechten gegenüber dieser. Er soll auf die ordnungsgemäße Erfüllung der umweltrechtlichen Anforderungen hinwirken, aber auch umweltfreundliche Innovationen im Unternehmen durchsetzen. In der Praxis hat sich die Überwachungsfunktion des Betriebsbeauftragten bewährt, während dessen Innovationsfunktion defizitär zu sein scheint, wohl weil in der Unternehmensorganisation Überwachungs- und Innovationsmanagement funktional getrennt sind.⁴³

Seit 1990 bzw. 1996 müssen Betreiber genehmigungspflichtiger Anlagen nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz und bestimmte Abfallentsorger und entsorgungspflichtige Körperschaften nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz den zuständigen Behörden ihre umweltsichernde Betriebsorganisation mitteilen und ein Mitglied der Geschäftsleitung benennen, das für den betrieblichen Umweltschutz zuständig ist. Damit wird - allerdings begrenzt auf die Einhaltung der ordnungsrechtlichen Anforderungen - ein weiterer Schritt getan, um die Eigenüberwachung der Unternehmen in den Dienst staatlicher Umweltpolitik zu stellen.

Schließlich ist die EG-Verordnung über Umweltmanagement und Umwelt-Audit (VO 1836/93)⁴⁴ zu nennen, die auf freiwilliger Grundlage - bezogen auf einzelne Betriebsstätten nicht das Unternehmen im ganzen - ein kontrolliertes System betrieblicher Umweltorganisation einführt. Die teilnehmenden Unternehmen müssen Umweltziele, ein Umweltprogramm und eine Umweltorganisation einführen und ihre Umweltleistungen nach dem Maßstab der bestverfügbaren Technik ständig verbessern; Mindestanforderung ist die Einhaltung der ordnungsrechtlichen Vorschriften. Die Umweltorganisation und die Umweltleistung werden von internen Betriebsprüfern überprüft und von einem unabhängigen Gutachter verifiziert (validiert). Die wesentlichen Ergebnisse der Überprüfung werden in der

⁴³ Vgl. *Rehbinder*, Andere Organe der Unternehmensverfassung, ZGR 1989, S. 305; *R. Weber*, Der Betriebsbeauftragte, 1988.

Umwelterklärung veröffentlicht. Die Teilnahme am Umwelt-Audit-System kann in der Unternehmenswerbung, nicht aber in der Produktwerbung verwendet werden. Das Umwelt-Audit erfreut sich in Deutschland wachsender Beliebtheit. Gegenwärtig sind über 1000 Standorte registriert. Weitere werden folgen. Die Teilnahme am Umwelt-Audit bietet für die Unternehmen den Vorteil, daß Schwachstellen des betrieblichen Umweltschutzes ermittelt, Möglichkeiten der Einsparung betrieblicher Umweltschutzkosten wahrgenommen, andere Kosteneinsparungspotentiale entdeckt und die Position der Unternehmen in Verhandlungen mit Banken, Versicherungen und den Umweltbehörden verbessert werden. Ferner eröffnet das Umwelt-Audit die Chance auf einen Abbau administrativer Regulierung durch Maßnahmen der Deregulierung oder jedenfalls der Substitution, d.h. Anerkennung von Leistungen innerhalb des Audit-Systems als Erfüllung staatlicher Anforderungen (insbesondere Eigenkontroll-, Mitteilungspflichten usw.). Diese Frage wird in Deutschland gegenwärtig intensiv diskutiert.⁴⁵

b) Auch in Japan wirkt das Umweltrecht auf die Unternehmensorganisation ein, wenngleich in minderm Maße als in Deutschland. Schon seit 1971 müssen bestimmte Betriebe mit erheblichen Luft-, Gewässer- und Lärmemissionen Betriebsbeauftragte für Umweltschutz bestellen.⁴⁶ Die wichtigste Aufgabe des Beauftragten liegt in der Überwachung, es soll aber auch erreicht werden, daß die Wahrnehmung von Umweltschutzaufgaben in den betrieblichen Kontext eingebunden wird. Im Gegensatz zum deutschen Betriebsbeauftragten hat sein japanisches Gegenstück unmittelbare Weisungsrechte im Bereich der Überwachung, andererseits kein allgemeines Vortragsrecht und ist auch nicht gegen Benachteiligungen geschützt. Seit der Novellierung des Abfallgesetzes im Jahre 1991 sind Erzeuger von Sonderabfällen verpflichtet, eine verantwortliche Person der Geschäftsleitung zu benennen.

⁴⁴ Dazu etwa *Spindler*, Umweltschutz durch private Prüfungen von Unternehmensorganisationen: Die EG-Öko-Audit-VO, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 15 (1996), S. 205; *J.-P. Schneider*, Öko-Audit als Scharnier einer ganzheitlichen Regulierungsstrategie, Die Verw. 28 (1995), S. 361.

⁴⁵ Vgl. etwa *Feldhaus*, Umwelt-Audit und Entlastungschancen im Vollzug des Immissionsschutzrechts, UPR 1997, S. 341.

⁴⁶ Dazu *Weidner* (FN 8), S. 338 ff.

Darüber hinaus gibt es in japanischen Unternehmen seit etwa 1990 eine Tendenz, auf freiwilliger Grundlage Umweltschutzziele in den unternehmerischen Zielkatalog aufzunehmen. Dies wird durch die programmatische Grundpflicht nach Art. 8 URG gefördert, die die Unternehmen allgemein zu freiwilligen Maßnahmen des Umweltschutzes verpflichtet. Nach einer neueren Umfrage haben 51 % der größeren Unternehmen einen Umweltschutzdirektor, 58 % eine Umweltschutzabteilung und 45 % stellen unternehmensbezogene Umweltschutzziele auf.⁴⁷ Japanische Unternehmen beteiligen sich auch in erheblichem Maße freiwillig am Umweltmanagement-System nach ISO 14001,⁴⁸ das freilich im Vergleich zur EG-Verordnung weniger anspruchsvoll ist. Bis Ende 1996 haben 24 Industrieverbände eine Selbstverpflichtung dahin abgegeben, daß sich ihre Mitgliedsunternehmen an diesem System beteiligen werden.

c) Insgesamt ist im Bereich der organisatorischen Interventionen die Konvergenz zwischen Deutschland und Japan recht deutlich. Die Frage bleibt allerdings, ob man dabei auf dem richtigen Weg ist. Sollte sich das Umwelt-Audit bzw. das Umwelt-Management nach ISO 14001 breitflächig durchsetzen, so steht wohl in beiden Ländern die Zukunft zwingender Einwirkungen auf die Unternehmensorganisation auf dem Prüfstand. Die Verpflichtung zur Bestellung eines Betriebsbeauftragten, aber auch zur Benennung eines Mitglieds der Geschäftsleitung als Umweltverantwortlichem ist ein punktueller Eingriff in die Unternehmensorganisation, der die grundlegende Organisationsfreiheit der Unternehmen beeinträchtigt und einer besonderen Rechtfertigung bedarf. Da die umweltsichernde Unternehmensorganisation nur instrumentellen Charakter hat und es letztlich nicht auf diese, sondern auf die Umweltleistungen des Unternehmens ankommt, muß zukünftig die Frage diskutiert werden, ob Unternehmen, die freiwillig und erfolgreich am Umwelt-Audit bzw. am Umweltmanagement-System nach ISO 14001 teilnehmen, nicht von den Organisationspflichten befreit werden sollten.

⁴⁷ *Imura*, Japan, in Jänicke/Weidner (Hrsg.), National Environmental Policies. A Comparative Study of Capacity-Building, 1997, S. 73, 74, 77 f. mit Tabelle 2.

⁴⁸ *Imura* (FN 47).

4. Informationspflichten der Unternehmen und Behördeninformation über das Umweltverhalten von Unternehmen

a) Informationspflichten der Unternehmen bestehen im deutschen Umweltrecht in erster Linie gegenüber den Behörden.⁴⁹ Sie sind als Maßnahmen der Eigenüberwachung Teil des Vollzugsinstrumentariums und dienen daher in erster Linie der Vollzugserleichterung. Darüber hinaus haben sie aber auch die Funktion, die freiwillige Einhaltung von Umweltpflichten zu erleichtern. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang auch Pflichten der Abfallerzeuger und entsorgungspflichtigen Körperschaften nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, Abfallwirtschaftskonzepte und Abfallbilanzen zu erstellen, die ggf. den Behörden vorzulegen sind. Dagegen gibt es im deutschen Umweltrecht keine allgemeine Pflicht der Unternehmen, in Parallele zur wirtschaftsbezogenen Rechnungslegung die Öffentlichkeit über ihr umweltrelevantes Verhalten zu informieren. Thematisch begrenzte Informationspflichten bestehen zur Bewältigung der Folgen von Störfällen. Als wichtigstes Informationsinstrument wird sich in Zukunft das Umwelt-Audit erweisen, über das schon berichtet worden ist. Einzelne Unternehmen veröffentlichen darüber hinaus freiwillig Umweltberichte oder berichten über ihre umweltrelevante Tätigkeit als Teil der Rechnungslegung.

Umweltinformationen, die Unternehmen den Behörden aufgrund gesetzlicher Verpflichtungen geben, sind nach dem Umweltinformationsgesetz grundsätzlich auch der Öffentlichkeit zugänglich. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind jedoch vorrangig. Die Behörden haben grundsätzlich die Wahl, ob sie Auskunft erteilen oder dem Bürger Einsicht in die Akten gewähren, jedoch kann der Bürger, wenn ihm die Auskunft nicht genügt, letztlich Einsicht in die Akten nehmen.⁵⁰ Das Auskunfts- und Einsichtsrecht wird allerdings in den meisten Bundesländern durch die Erhebung hoher Gebühren beträchtlich erschwert.

Insgesamt ist das Bestreben in Deutschland deutlich, den Informationszugang der Öffentlichkeit zu umwelterheblichen Unternehmensdaten begrenzt zu halten.

⁴⁹ Vgl. *Rehbinder* (FN 2), Rdnr. 233 ff.

⁵⁰ BVerwG, NJW 1997, S. 753.

Abgesehen von den genannten Formen des Informationszugangs spielen in der Praxis Warnungen vor gefährlichen Produkten und Empfehlungen umweltfreundlicher Produkte eine gewisse Rolle. Im Hinblick auf die Prangerwirkung solcher Informationen bzw. die Einflußnahme auf den Wettbewerb wird in Deutschland die Frage diskutiert, inwieweit derartige Behördenaktivitäten einen faktischen Grundrechtseingriff darstellen und für sie eine gesetzliche Ermächtigung erforderlich ist. Die ursprünglich recht großzügige Rechtsprechung neigt nunmehr mit Recht dazu, abgesehen von Warnungen zur Behebung einer unmittelbaren Gefahr, eine gesetzliche Ermächtigung zu verlangen.⁵¹ Hinzuweisen ist darauf, daß Warnungen und Empfehlungen nicht direkt auf den Hersteller abzielen, sondern an eine Vielzahl von Konsumenten oder sonstigen Verwendern gerichtet sind; das Verhalten des Herstellers wird nur mittelbar beeinflusst. Insoweit unterscheiden sie sich von der sogleich zu diskutierenden Verwaltungsanleitung des japanischen Rechts. Die rechtsstaatlichen Probleme sind aber nicht grundsätzlich verschieden.

b) In Japan herrscht zwar insofern eine offenere Informationspolitik vor, als aufgrund der umfassenden, teils von den Behörden, teils von den Unternehmen betriebenen Meß- und Informationssysteme Daten über die Umweltqualität und über die Gesamtemissionen für die Bevölkerung in weitem Umfang zugänglich sind.⁵² Der Informationszugang wird als Teil der politischen Willensbildung angesehen.⁵³ Dies bedeutet aber nicht, daß die Unternehmen selbst generell gegenüber der Bevölkerung zur Veröffentlichung ihrer individuellen Umweltdaten verpflichtet sind oder die zuständige Behörde verbreitet individualisierte Umweltdaten veröffentlichte. Im Wege der Fernübertragung von den Unternehmen übermittelte Daten werden grundsätzlich nicht, Monitoringdaten werden nur in verarbeiteter (aggregierter) Form veröffentlicht. In Einzelfällen haben Unternehmen zur Verbesserung ihres

⁵¹ BVerwGE 90, 112, 122; BVerwG, NJW 1996, S. 3161; vgl. *Murswiek*, Staatliche Warnungen, Wertungen und Kritik als Grundrechtseingriffe, DVBl. 1997, S. 1021; weitere Nachweise bei *Rehbinder* (FN 2), Rdnr. 236; eine gesetzliche Regelung findet sich in § 9 Strahlenschutzvorsorgegesetz (StrVG).

⁵² Dazu *Philipp*, Umweltinformationen und Umweltinformationssysteme in Japan - Funktion, rechtliche Grundlagen, Ziele, 1997; *Weidner*, Das Umweltbeobachtungs- und Umweltinformationssystem in Japan, in: *Zieschank/Knoepfel*, Umwelt-Information: Berichterstattung und Informationssystem in 12 Ländern, 1992, S. 370 ff.

Umweltimage eine Praxis freiwilliger Veröffentlichung entwickelt. Darüber hinaus geben auch manche Kommunen Emissionsdaten einzelner Betriebe öffentlich bekannt.⁵⁴ Dabei handelt es sich zum Teil um eine ständige Praxis. Zum Teil werden die Emissionsdaten bei Verstößen gegen die Auflagen des Genehmigungsbescheids oder die Anforderungen einer Verwaltungsanleitung oder Umweltvereinbarung veröffentlicht, um Druck auf die Unternehmen auszuüben. Die rechtsstaatlichen Probleme dieser Praxis werden im modernen Schrifttum insbesondere im Hinblick auf Verwaltungsanleitungen thematisiert; hierauf ist noch einzugehen.

5. Hybride Instrumente

a) In der modernen deutschen Praxis werden ordnungsrechtliche und weiche Instrumente - in unterschiedlicher Gewichtsverteilung - nicht selten miteinander verknüpft. Dies gilt insbesondere für die Abfallwirtschaft. Ein weltweit bekanntes Beispiel ist die Verpackungsverordnung, die Herstellern und Vertreibern von Verpackungen eine individuelle Pflicht zur Rücknahme und zur Verwertung (nach Maßgabe der allgemeinen Anforderungen) auferlegt, diese hiervon aber befreit, wenn sich die Verpflichteten einem flächendeckenden kollektiven System der Sammlung und Verwertung solcher Abfälle anschließen; für dieses System werden differenzierte kollektive Mehrweg- und Verwertungsquoten vorgeschrieben. Der Staat übt mit diesen Anforderungen Druck auf Selbstregulierung aus, weil die individuelle Rücknahme von Verpackungen kostenmäßig und logistisch belastend ist; weiterhin setzt der Staat einen Rahmen für Selbstregulierung zur Erreichung konkreter umweltpolitischer Ziele.⁵⁵ In anderen Fällen ist das ordnungsrechtliche Element schwächer ausgestaltet; es kann sich z.B. darauf beschränken, die Rahmenbedingungen für das Funktionieren einer Selbstverpflichtung zu setzen, wie im Fall der Entsorgung von Altfahrzeugen. Am unteren Ende der Skala ordnungsrechtlicher Steuerung von Selbstregulierung stehen staatliche Zielvorgaben, die das Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz trotz Problemen in der

⁵³ Philipp (FN 52), S. 100 f.

⁵⁴ Philipp (FN 52), S. 107; Weidner (FN 52), S. 389.

Vergangenheit⁵⁶ weiterhin vorsieht, und die programmatische Produktverantwortung nach § 22 KrW-/AbfG, die vor einer Konkretisierung durch Rechtsverordnung nur als Appell an die Unternehmen zu verstehen ist, die Abfalldimension bei der Entwicklung von Produkten angemessen zu berücksichtigen.

Der Einsatz hybrider Instrumente beruht auf der Überlegung, daß autonome Selbstregulierung im Umweltschutz in aller Regel nicht erwartet werden kann. Mit den ordnungsrechtlichen Vorgaben soll die Selbstregulierung in die richtigen Bahnen gelenkt oder ihre Wirksamkeit gewährleistet werden. Der Vorteil gegenüber informeller Einflußnahme des Staates auf Selbstregulierung liegt darin, daß eine klare Verantwortungszuweisung erfolgt.

b) Hybride Instrumente des Umweltrechts sind in Japan nicht die Ausnahme, sondern beinahe die Regel. Dies hängt einmal damit zusammen, daß das Institut der Verwaltungsanleitung (Gyosei Shido) in weitem Umfang eingesetzt wird, um die Ziele der Umweltpolitik durchzusetzen. Zum anderen beruht es auf dem starken Ausmaß der Überlagerung von administrativer Regulierung und Umweltschutzvereinbarungen.

Das Institut der Verwaltungsanleitung hat seit jeher die Verwaltungsrechtsvergleichung fasziniert.⁵⁷ Die Verwaltungsanleitung ist ein unverbindliches Ersuchen der Verwaltung an den Adressaten, das in der konsensualen japanischen Gesellschaft mit ihrer Streitvermeidungskultur auf ein hohes Maß an Befolgung rechnen kann. Die programmatische Grundpflicht des Art. 8 URG verpflichtet die Unternehmen zu freiwilligem Umweltschutz und begünstigt

⁵⁵ Vgl. dazu *Di Fabio*, Die Verfassungskontrolle indirekter Umweltpolitik am Beispiel der Verpackungsverordnung, NVwZ 1995, S. 1.

⁵⁶ Vgl. dazu *Lange*, Staatliche Steuerung durch offene Zielvorgaben im Lichte der Verfassung, VerwA 82 (1991), S. 1; *Jekewitz*, Zielfestlegungen nach § 14 Abs. 2 Abfallgesetz - ein Regelungsinstrument mit fraglichem Rechtscharakter, DÖV 1990, S. 51.

⁵⁷ Vgl. z.B. *Kloepfer*, "Gyosei Shido" und das informelle Verwaltungshandeln im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland, FS Lerche, 1993, S. 83 ff.; *Yeomans*, Administrative Guidance: A Peregrine View, Law in Japan 19 (1986), S. 125 ff.; *Ködderitzsch*, Die Rolle der Verwaltungsvorschriften im japanischen Verwaltungsrecht, 1995; *Weidner* (FN 8), S. 387 ff.; *Young*, Judicial Review of Administrative Guidance: Governmentally Encouraged Dispute Resolution in Japan, Columbia Law Rev. 84 (1984), S. 923; *Pape*, Gyoseishido und das Antimonopolgesetz in Japan, 1980.

die Befolgung von Verwaltungsanleitungen. Diese können allerdings auch mit bestimmten extralegalen Sanktionen durchgesetzt werden und sind zum Teil in das Umweltordnungsrecht eingebunden. Die Übergänge zwischen weichem Instrument und administrativer Regulierung sind fließend. Andererseits enthält die Verwaltungsanleitung auch - je nach den Umständen unterschiedlich intensive - konsensuale Elemente, soweit ihr Verhandlungen mit den Betroffenen vorausgehen.⁵⁸ Gleichwohl ist sie, wie das Parallelinstitut der Umweltschutzvereinbarung zeigt, doch eher im Schatten des Ordnungsrechts anzusiedeln. Japanische Juristen pflegen darauf hinzuweisen, daß die Verwaltungsanleitung keine Besonderheit des japanischen Verwaltungsrechts sei, hier vielmehr nur besonders häufig zur Verwirklichung der Ziele der Verwaltung eingesetzt werde.⁵⁹ Sicherlich bestehen Parallelen zum informalen Verwaltungshandeln in Deutschland und in anderen westlichen Staaten, und insofern kann man von Universalität des informalen Verwaltungshandelns sprechen. Charakteristische Unterschiede liegen jedoch im Regel-Ausnahme-Verhältnis und in der Legitimationsfrage. Nur in Japan wird die Verwaltungsanleitung als primäres, zumindest gleichberechtigtes Instrument des Umweltrechts eingesetzt, und nur in Japan hat der Gesetzgeber im neuen Verwaltungsverfahrensgesetz von 1993 Regelungen über die Verwaltungsanleitung getroffen. Zwar handelt es sich dabei nur um verfahrensrechtliche Schranken zum Schutz des Bürgers, die nach der Vorstellung der Gesetzesverfasser nicht die rechtliche Anerkennung des Instituts der Verwaltungsanleitung implizieren; man wollte sich "neutral" verhalten. Jedoch wäre eine solche Regelung sinnlos, wenn man von einer generellen Unzulässigkeit der Verwaltungsanleitung ausginge. In Deutschland wäre insoweit allenfalls auf das atypische abfallrechtliche Institut der Zielfestlegung hinzuweisen.

⁵⁸ Vgl. *Shibaïke* (FN 57), S. 76 ff.; *Kloepfer* (FN 57), S. 91 f.

⁵⁹ *Shiono*, Verwaltungsrecht und Verwaltungsstil, in Coing u.a. (Hrsg.), Die Japanisierung des westlichen Rechts, 1990, S. 45, 61; *Ohashi*, Verwaltungsvorschriften und informelles Verwaltungshandeln: Zum besseren Verständnis der Verwaltungspraxis Japans, *VerwA* 82 (1991), S. 220, 234 f.; *Haraoka*, Aspekte des Verwaltungsverfahrens im japanischen Verwaltungsrecht, in Kroeschel (Hrsg.), Recht und Verfahren, 1993, S. 141, 149; *Fujita*, Streitvermeidung und Streiterledigung durch informelles Verwaltungshandeln in Japan, *NVwZ* 1994, S. 133 ff.; in diesem Sinne auch *Ködderitzsch* (FN 57), S. 64.

Im Hinblick auf die rechtliche Unverbindlichkeit von Verwaltungsanleitungen nimmt man in Japan an, daß eine gesetzliche Ermächtigung entbehrlich sei. Diese Grundaussage wird freilich brüchig, wenn zur Durchsetzung von Verwaltungsanleitungen Zwangsmittel, wie z.B. die Zurückhaltung einer beantragten Genehmigung, die öffentliche Anprangerung oder die Nichtbelieferung mit Strom oder Wasser eingesetzt werden. Hier sieht man auch in Japan rechtsstaatliche Probleme; die Lieferverweigerung ist von Gerichten für rechtswidrig erklärt worden.⁶⁰

Das Institut der Verwaltungsanleitung wird im japanischen Umweltrecht in vielfältigen Konstellationen verwendet.⁶¹ Es handelt sich nicht nur um auflagenähnliche Einzelfallentscheidungen im Vorfeld des Erlasses einer Genehmigung, Warnungen vor einem belastenden Verwaltungsakt oder eine Reaktion auf die Mißachtung einer Umweltschutzvereinbarung. Vielmehr werden in weitem Umfang auch abstrakt-generelle Regeln wie Emissionsstandards, UVP-Pflichten (auf zentralstaatlicher wie kommunaler Ebene) und branchenweite Gebote zur Verwertung von Abfällen im Wege der Verwaltungsanleitung aufgestellt. Gründe hierfür sind der Experimentiercharakter der Regelung, politische Durchsetzungsschwierigkeiten und bei den Gebietskörperschaften auch Kompetenzprobleme. Verwaltungsanleitungen im Einzelfall werden z.T. auch durch Verwaltungsvorschriften gesteuert.

Ein eindrucksvolles Beispiel für die Integration der Verwaltungsanleitung in das Instrumentarium von Umweltgesetzen und zugleich einen Beleg für deren hybriden Charakter bietet das Recyclinggesetz von 1991.⁶² Danach sind Industriezweige, Produkte und Abfälle besonders zu bezeichnen, bei denen die Abfälle besondere Probleme bereiten oder die sich besonders für die Verwertung anbieten. Für diese Branchen, Produkte und Abfälle setzt der Staat Verwertungsziele fest, die zunächst

⁶⁰ Vgl. *Shiono*, Mittel zur Durchsetzung von Handlungspflichten des Bürgers im japanischen Verwaltungsrecht, FS. Lerche, 1993, S. 851, 855 ff.; *ders.* (FN 59), S. 58 f.; *Fujita* (FN 59), S. 135 f.; *ders.*, Gyosei Shido - Rechtsprobleme einer Hauptmittels der gegenwärtigen Verwaltung in Japan, Die Verw. 1982, S. 226, 234 ff.; *Ködderitzsch* (FN 57), S. 114, 123 ff.; zu kartellrechtlichen Problemen der Verwaltungsanleitung vgl. *Pape* (FN 57), S. 75 ff.; *Shiono*, Administrative Guidance, in: Tsuji (Hrsg.), Public Administration in Japan, 1984, S. 221, 229 f.

⁶¹ Vgl. *Weidner* (FN 57), S. 387 ff.; *Imura* (FN 47), S. 75 f.; *Wallace* (FN 40), S. 96; *Abe*, Towards a New Framework of Administrative Law, Kobe Univ. Law Rev. 27 (1993), S. 1, 17.

nur mit Beratung und Empfehlung an die Verpflichteten und damit aufgrund freier Selbstregulierung implementiert werden sollen. In zweiter Linie können Verwaltungsanleitungen an die Verpflichteten gerichtet werden. Bei deren Nichtbefolgung ist als Sanktion die öffentliche Anprangerung vorgesehen. Notfalls können in den meisten Fällen verbindliche Verwertungsanordnungen erlassen werden. Diese Regelung gilt für die Papierindustrie, Glasherstellung und Bauindustrie, für alte Automobile, Klimageräte, Fernsehgeräte und Kühlschränke, für Dosen sowie für Industrieschlacken, Industrieaschen und Bauabfälle. Auch das seit 1997 in Kraft befindliche Gesetz über Getränkeverpackungen von 1995 kann durch Verwaltungsanleitung implementiert werden. Es verpflichtet in Ballungsgebieten die Gemeinden, Lebensmittelverpackungen getrennt zu sammeln und zu sortieren, und die Unternehmen, diese zu verwerten.

VI. Staatliche Eigenvornahme von Umweltschutzleistungen

1. Herkömmlich ist in Deutschland die öffentliche Hand, d.h. insbesondere die Kommunen und Landkreise sowie öffentlich-rechtliche Zweckverbände, für die Abfallentsorgung und die Abwasserbeseitigung zuständig, die sich über Gebühren beim Abfallbesitzer bzw. Indirekteinleiter finanzieren. Die Beschränkung der Gebietskörperschaften auf ihr Territorium und die Andienungs- bzw. Überlassungspflicht der Verursacher einerseits, die Abnahmepflicht der öffentlichen Hand andererseits führen zu Gebietsmonopolen und zum Ausschluß des Wettbewerbs. Eine Beauftragung Privater ist zwar möglich, dabei behält aber die öffentliche Hand die volle Verantwortung für die Leistungserbringung. Dieses traditionelle System, das ursprünglich mit hygienischen Überlegungen sowie der grundlegenden Verantwortung der öffentlichen Hand für die Daseinsvorsorge begründet wurde, ist in den letzten Jahren in den Sog der allgemeinen Privatisierungsdiskussion geraten, die derartige Leistungen dem Wettbewerb öffnen und dadurch eine kostengünstigere Leistungserbringung sichern will. Das neue Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz begründet für gewerbliche Abfälle nunmehr

⁶² Dazu *Prüfer*, Waste Management in Japan, Mitteilungen der Deutsch-Japanischen Juristenvereinigung, Dezember 1994/Januar 1995, S. 87, 96 ff.; *Lorenz* (FN 38), S. 89 ff.

eine Entsorgungsverantwortung des Abfallerzeugers und Abfallbesitzers und entzieht darüber hinaus auch Produktabfälle, die im Rahmen von Rücknahmepflichten oder freiwilliger Rücknahme seitens der Hersteller und Vertreiber gesammelt werden, der öffentlichen Entsorgung. Allerdings bleibt die Reform auf halbem Wege stehen, weil bei der Hausmüllentsorgung Verbundlösungen zwischen mehreren entsorgungspflichtigen Gebietskörperschaften weiter behindert werden und die in vielen Bundesländern bestehenden öffentlich-rechtlichen Entsorgungsmonopole für gefährliche Abfälle (sogenannte besonders überwachungsbedürftige Abfälle) nicht angetastet worden sind, ja sogar neue Entsorgungsmonopole eingeführt werden können. Die Veränderungen auf dem Abfallmarkt in den letzten Jahren - aus der Entsorgungskrise der 80er Jahre ist ein Wettbewerb um knappen Abfall seitens der Betreiber von Entsorgungsanlagen geworden - legen hier weitere Privatisierungen nahe. Wirksamer Umweltschutz bei der Abfallentsorgung bedarf nicht öffentlich-rechtlicher Trägerschaft, sondern lediglich ausreichender öffentlicher Kontrolle.

2. Nach dem Abfallgesetz von 1970 in der Fassung der Novelle von 1992 sind in Japan die Gemeinden für die Planung und Durchführung der Entsorgung von Hausmüll und hausmüllähnlichen Abfällen zuständig, wobei sie allerdings Private mit einzelnen Entsorgungsleistungen beauftragen können.⁶³ Industrieabfälle werden dagegen seit jeher privat entsorgt, und der Staat beschränkt sich auf die Regulierung und Kontrolle der Entsorgungsanlagen, der Entsorgungswege und der Art und Weise der Entsorgung. Selbst wenn man davon ausgeht, daß die Umwelanforderungen an Entsorgungsanlagen in Deutschland etwas strenger sind als in Japan - im einzelnen ist dies schwierig zu beurteilen, da stets kommunale Regelungen im Wege der Verwaltungsanleitung oder der Umweltschutzvereinbarung zu berücksichtigen sind -, gibt es keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß das japanische System einer weitergehenden Privatisierung der Entsorgungswirtschaft dem deutschen unter Umweltgesichtspunkten unterlegen ist. Allerdings gibt es kaum Ansätze in Japan zu einer Privatisierung der Entsorgung von Hausmüll und hausmüllähnlichen Abfällen.

Dies dürfte damit zusammenhängen, daß wegen der räumlichen Enge der japanischen Städte ein Dualismus der Entsorgungssysteme, wie er gegenwärtig in Deutschland bei diesen Abfällen besteht, erhebliche logistische Schwierigkeiten machen würde. Es erscheint daher sinnvoller, die Sammlung von zu verwertenden Abfällen, wie z.B. Getränkeverpackungen, den Kommunen zu überlassen und die Hersteller erst bei der Verwertung in die Pflicht zu nehmen.

VII. Fazit

In Deutschland und in Japan ist administrative Regulierung nach wie vor der vorherrschende Instrumententyp im Umweltrecht. Beide Länder ergänzen das ordnungsrechtliche Instrumentarium aber in zunehmendem Maße durch ökonomische Instrumente sowie insbesondere durch weiche Instrumente, die einen Rahmen für Selbstregulierung setzen. Auch hybride Instrumente, die auf einer Mischung zwischen Ordnungsrecht und Selbstregulierung beruhen, werden zunehmend verwendet. Insofern kann man davon sprechen, daß im Umweltschutz der normierende Staat sich zunehmend in einen paktierenden Staat verwandelt.

Allerdings setzen beide Länder dabei unterschiedliche Schwerpunkte. In Japan gibt es überdies eine Tradition des Einsatzes weicher und hybrider Instrumente, insbesondere in Form von Umweltschutzvereinbarungen und Verwaltungsanleitungen. Diese Instrumente dienen heute zunehmend der Lösung neuartiger Umweltprobleme. Was ursprünglich als Instrument eines paternalistischen, prämodernen Staates erschien, ist in dieser Perspektive Ausdruck postmoderner Kontextsteuerung.⁶⁴ Die dabei entstehenden rechtsstaatlichen Probleme werden in Japan im Hinblick auf das geringere Maß an Verrechtlichung der japanischen Gesellschaft und eine eher restriktive Konzeption von Rechtsstaatlichkeit als weniger problematisch angesehen als in Deutschland. Auch in Deutschland gibt es in neuerer Zeit eine deutliche Tendenz hin zu weichen und hybriden Instrumenten, ohne daß man schon von einem Paradigmenwechsel

⁶³ Vgl. *Prüfer* (FN 62), S. 87 ff.; *Imai*, Abfallpolitik in großen Städten - Tokyo und Berlin - Umgang mit Umweltkonflikten, Diplomarbeit FU Berlin, August 1995, S. 13, 17 f., 33 ff.

⁶⁴ Vgl. *Haraoka* (FN 59), S. 150.

sprechen könnte. Die Legitimität und Legalität dieser Instrumente werden jedoch unter der Perspektive staatlicher Gewährleistungsverantwortung aufgrund von Schutzpflichten, des Demokratie- und insbesondere des Rechtsstaatsprinzips bezweifelt. Diese Instrumente liegen daher in einer verfassungsrechtlichen Grauzone.

Gleichwohl sind die Konvergenztendenzen zwischen beiden Staaten auffällig. Sie dürften vor allem auf Sachzwängen beruhen, die durch eher anspruchsvollere Zielsetzungen der modernen Umweltpolitik (Nachhaltigkeitspolitik) einerseits, eine abnehmende politische Unterstützung für die Umweltpolitik andererseits entstanden sind. Hinzu kommt, daß sich der moderne Umweltstaat durch fortschreitende Verrechtlichung ein Prokrustesbett geschaffen hat, aus dem alternative Instrumente einen Ausweg ohne Verlust an Zielkonformität eröffnen. Die größere Effizienz, Flexibilität, Eignung zum Konsens und Vollzugserleichterung machen die entscheidenden Vorteile flexibler Instrumente aus. Ob und inwieweit man dafür eine Relativierung der Legalität in Kauf nehmen sollte, ist aber eine durchaus offene Frage. Jedenfalls muß der paktierende und koordinierende Staat bedacht sein, eine ausreichende Zielkonformität zu gewährleisten und den Ausfall an Kontrollmöglichkeiten, Rechten und Verfahrenspositionen Dritter angemessen zu kompensieren. Noch nicht entschieden ist auch die Frage, ob die vor allem von Ökonomen favorisierten ökonomischen Instrumente, die bislang in beiden Staaten nur in Teilbereichen eingesetzt werden, nicht vorzugswürdig sind.

Das sogenannte Kooperationsprinzip – ein Rechtsprinzip des Umweltrechts?

Von Dietrich Murswiek, Freiburg

I.

Kooperation zwischen staatlichen Entscheidungsträgern und gesellschaftlichen Kräften spielt in der Praxis des Umweltschutzes eine große Rolle. Das deutsche Umweltrecht enthält viele Vorschriften, die eine solche Kooperation vorsehen, und auch ohne gesetzliche Grundlage findet Kooperation in erheblichem Umfang statt. Dafür gibt es gute, freilich heterogene Gründe: Der Staat ist auf den technischen Sachverstand der Unternehmer angewiesen, deren Anlagen er auf ihre Umweltverträglichkeit prüft. Er kann viele Entscheidungen nur auf der Basis von Informationen treffen, die ihm die privaten Unternehmen zunächst zur Verfügung stellen müssen. Er kann die ökologischen und ökonomischen Auswirkungen umweltbezogener Entscheidungen oft nicht ohne Mitwirkung der Unternehmen oder ihrer Verbände zuverlässig beurteilen. Die Suche nach Lösungen, die einerseits die Erreichung der staatlichen Umweltschutzziele ermöglichen, andererseits aber die Wirtschaft nicht mehr als nötig belasten, erfordert die Mitwirkung der betroffenen Privatwirtschaft. Manche Umweltschutzziele lassen sich ohne staatliche Regelung erreichen, wenn Unternehmensverbände freiwillig für die Zielerreichung eintreten. Die Übertragung von Umweltschutzaufgaben auf Private kann die staatliche Verwaltung entlasten und zugleich die ökonomische, möglicherweise sogar die ökologische Effizienz des Umweltschutz steigern. Da die staatlichen Überwachungskapazitäten nicht ausreichen, eine auch nur annähernd vollständige Kontrolle der Betriebe daraufhin durchzuführen, ob sie die umweltrechtlichen Vorschriften beachten, ist der Staat auf die „freiwillige“ Befolgung des Umweltrechts durch die Betriebe angewiesen. Legt der Staat die Anforderungen, die er aus Umweltschutzgründen an den Betrieb stellt, nicht einseitig hoheitlich fest, sondern beteiligt er das betroffene Unternehmen an der Konkretisierung dieser Anforderungen, dann – so wird häufig argumentiert – ist

die Wahrscheinlichkeit größer, daß der Unternehmer diese Anforderungen auch erfüllt. Wer selbst an der Formulierung der Anforderungen beteiligt war und deshalb von ihrer Richtigkeit überzeugt ist, wird – so lautet das Argument – auch aus Einsicht richtig handeln, anders als jemand, der sich gegen die Befolgung einer ihm aufoktroyierten Anforderung sperrt.

Ich breche diese – unvollständige – Aufzählung von Gründen ab, die für die im Bereich des Umweltschutzes tatsächlich in vielfältiger Weise geübte Kooperation zwischen staatlichen Entscheidungsträgern und gesellschaftlichen Kräften sprechen. Meine Frage ist: Läßt sich hinter den vielfältigen in der Praxis ausgeübten Kooperationsweisen eine gemeinsame Leitidee erkennen, die es erlaubt, vom „Kooperationsprinzip“ als einem Leitprinzip der Umweltpolitik zu sprechen¹?

II.

Obwohl nach nahezu unangefochtener Ansicht das Kooperationsprinzip ein Prinzip der Umweltpolitik ist, ist diese Frage bisher merkwürdigerweise kaum je gestellt und erörtert worden. In der umweltrechtlichen Literatur geht man vielmehr davon aus, daß das deutsche Umweltrecht durch drei umweltpolitische Leitprinzipien („Prinzipientrias“) geprägt sei, zu denen neben dem Vorsorgeprinzip und dem Verursacherprinzip auch das Kooperationsprinzip gehöre. Diese Sichtweise geht auf den Umweltbericht der Bundesregierung von 1976 zurück, der diese drei Prinzipien hervorgehoben hatte. Seither hat man angenommen, das Kooperationsprinzip sei eines der Leitprinzipien der Umweltpolitik. Niemand kam auf die Idee, der Frage nachzugehen, ob das sogenannte Kooperationsprinzip überhaupt die Struktur eines normativen Prinzips aufweist. Dieses Defizit an theoretischer Fundierung mag relativ belanglos gewesen sein, solange man sich darüber einig war, daß es sich nur um ein *politisches* Prinzip handle. Auf die Unterschiede zwischen einem normativen Prinzip, einer Sachverhaltsbeschreibung oder einem politischen Schlagwort mag es da nicht so sehr angekommen sein. Jetzt hat jedoch das

¹ Eine ausführlichere Abhandlung zu diesem Thema mit weiteren Literaturnachweisen habe ich unter dem Titel „Das sogenannte Kooperationsprinzip – ein Prinzip des Umweltschutzes?“ in der Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR), 2001, Heft 1, veröffentlicht.

Bundesverfassungsgericht in zwei vielbeachteten Urteilen das Kooperationsprinzip als Rechtsprinzip des Abfallrechts bezeichnet², und in der Literatur ist daraufhin das Kooperationsprinzip sogar schon zum allgemeinen Rechtsprinzip des Umweltrechts aufgewertet worden³. Deshalb kann die Frage nach der Struktur des sogenannten Kooperationsprinzips nicht mehr in der Schwebe bleiben. Ziel meines Vortrags ist es zu zeigen, daß entgegen der hergebrachten Auffassung das sogenannte Kooperationsprinzip kein Prinzip des Umweltschutzes ist – weder ein Rechtsprinzip noch ein politisches Prinzip.

III.

Der Begriff der Kooperation wird meist sehr weit gefaßt: Er bezeichnet jedes Zusammenwirken zwischen Staat und Gesellschaft. Unter umweltschutzbezogener Kooperation wird daher jedes Zusammenwirken zwischen staatlichen Entscheidungsträgern und gesellschaftlichen Kräften verstanden, das sich auf den Umweltschutz bezieht.

Kooperation im Umweltschutz kommt in der Praxis vor allem in folgenden Formen vor:

- Mitwirkung gesellschaftlicher Gruppen / Verbände bei der Rechtsetzung (Gesetzgebung, Veordnungsgebung) in Form von Anhörungen
- Beratung der Regierung durch sachverständige Gremien
- „Freiwillige Vereinbarungen“ (informelle Absprachen) zwischen Staat und Industrieverbänden, durch die der Erlaß von Rechtsverordnungen überflüssig werden soll („normersetzende Absprachen“)
- Festlegung von Umweltschutzziele durch den Staat; die Erreichung des Ziels wird der Eigenverantwortung der Wirtschaft überlassen.
- Beteiligung der Betroffenen am Verwaltungsverfahren
- Mitwirkung Nichtbetroffener am Verwaltungsverfahren (Öffentlichkeitsbeteiligung, Beteiligung von Umweltverbänden)

² BVerfGE 98, 83 - Landesabfallabgaben; 98, 106 – kommunale Verpackungssteuer.

³ Udo Di Fabio, Das Kooperationsprinzip – ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Umweltrechts, NVwZ 1999, S.1153ff.

- Informelle „Vorverhandlungen“ zwischen Antragsteller und Behörde vor der Durchführung von Genehmigungsverfahren
- Informelle Absprachen über den Vollzug umweltrechtlicher Vorschriften
- Übertragung von Umweltschutzaufgaben an Private. Dazu gehört auch die Institution des betrieblichen Umweltschutzbeauftragten.
- Außerdem werden auch die Eröffnung des Zugangs zu Umweltinformationen oder staatliche Aufklärung der Bevölkerung zur Hebung des Umweltbewußtseins als Kooperationsinstrumente angesehen, ebenso „flexible ökonomische Instrumente“ wie etwa Umweltabgaben.

Dies ist problematisch. Der Begriff der Kooperation wird uferlos, wenn man auf das Element des *Zusammenwirkens* verzichtet. Dies ist der Fall, wenn der Staat versucht, die Bürger zu umweltbewußtem Verhalten anzuregen, es ihnen jedoch überläßt, dieser Anregung oder Aufforderung zu folgen. Wollte man hier von einem Zusammenwirken von Staat und Bürgern sprechen, wenn die Bürger den staatlichen Anregungen nachkommen, dann gäbe es kaum noch etwas, was nicht als Kooperation bezeichnet werden könnte. Sogar beim Geschlechtsverkehr würde dann der Bürger mit dem Staat kooperieren, sofern er – der staatlichen Werbung gemäß⁴ – ein Kondom benutzt. Begriffe dienen der Unterscheidung. Wenn sie alles umfassen, können sie nichts mehr unterscheiden.

Auch wenn man den Begriff der Kooperation enger faßt, indem man auf ein wirkliches Zusammenwirken an einer bestimmten Aufgabe beziehungsweise an der Erfüllung eines bestimmten Ziels abstellt, bleiben sehr viele und sehr heterogene Kooperationsformen übrig, die im Umweltschutz praktisch ausgeübt werden.

IV.

Die Aufzählung praktisch vorkommender Arten von Kooperation begründet noch kein Kooperations*prinzip*. Um ein Prinzip kann es sich nur handeln, wenn

⁴ Seit einiger Zeit fordern großflächige Plakate und Fernsehwerbespots zur Benutzung von Kondomen auf („Mach's mit“ / „Gib AIDS keine Chance“). Es handelt sich um eine Werbekampagne der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung.

und soweit diesen unterschiedlichen Erscheinungsformen eine gemeinsame Leitidee zugrunde liegt. Diese Idee könnte in dem Zweck der Kooperation zum Ausdruck kommen. Wenn das Kooperationsprinzip sagt, daß der Staat mit den gesellschaftlichen Kräften kooperieren soll, dann müßte die Leitidee dieses Prinzips die Antwort auf die Frage geben: Warum soll kooperiert werden? Was ist der Zweck der Kooperation?

Als Zwecke der Kooperation werden in der Literatur genannt:

1. *Einbeziehung von staatlichem Sachverstand in die staatlichen Entscheidungen.* Dies ist kein selbständiger Zweck. Man muß sich fragen: Warum soll privater Sachverstand einbezogen werden? Offenbar deshalb, damit die staatlichen Entscheidungen besser werden. Der übergeordnete Zweck könnte daher die Optimierung (bzw. die Effektivierung) des Umweltschutzes sein.

2. *Verbesserung der Informationsbasis der behördlichen oder gesetzgeberischen Entscheidungen* in bezug auf die naturwissenschaftlichen und technischen Umstände, die betroffenen Rechtsgüter, die betroffenen Interessen. Auch dieser Zweck trägt sich nicht selbst, sondern ist nur in bezug auf übergeordnete Zwecke verständlich: Hier geht es ebenfalls um die Optimierung (bzw. Effektivierung) des Umweltschutzes, darüber hinaus aber um die Optimierung der Entscheidung in jeder Hinsicht. Insbesondere und vielleicht vor allem geht es darum, die Informationen zu erlangen, die benötigt werden, um bei der Entscheidung die subjektiven Rechte aller Betroffenen zu wahren. Neben den ökologischen tritt hier ein rechtsstaatlicher Zweck.

3. *Vollzugserleichterung und Verbesserung des Umweltschutzes durch Konsens.* Auch hier geht es um die Optimierung (bzw. Effektivierung) des Umweltschutzes.

Der Zweck, den Umweltschutz durch Konsens zu effektivieren, ist jedoch nicht geeignet, generell das Kooperationsprinzip zu begründen. Kooperation führt nämlich keineswegs immer zum Konsens. Nur in Fällen echter Mitentscheidung – also beim Vertrag oder bei der informellen Absprache – liegt immer ein Konsens vor. Bei anderen Typen von Kooperation – etwa bei der Verfahrensbeteiligung oder bei bloßer Anhörung – verkommt die Rede vom Konsens zu bloßer Konsensrhetorik: Man versucht die Betroffenen zu

übertölpeln und sie zur Gesetzesbefolgung kumpelhaft zu überreden. Das Gesetz bzw. der Verwaltungsakt wird nicht als Befehl, sondern als Kooperationsergebnis dargestellt: „Du hast doch selber mitgemacht, jetzt halte dich auch dran.“ Dieser Versuch des Staates, sich Konsenslegitimation zu erschleichen, kann kontraproduktiv sein. Der Staat gibt so seine Autorität preis, die ja nicht die Machtanmaßung eines Tyrannen ist, sondern demokratisch legitimierte Autorität, zugunsten einer bloßen Scheinlegitimation, die ihm auf Dauer nicht abgenommen wird.

Dort, wo Kooperation tatsächlich zum Konsens führt, hat dies nicht notwendig die Erleichterung des Vollzugs oder eine sonstige Effektivierung des Umweltschutzes zur Folge. In manchen Fällen wird diese Annahme zutreffen. Häufig ist es aber gerade umgekehrt: Der Vollzug kann durch Konsensbemühungen – und überhaupt durch Kooperation – erheblich erschwert und verzögert werden⁵. Es gibt auch Beispiele dafür, daß „freiwillige Abmachungen“ nicht eingehalten wurde und der Staat dann den Umweltschutz doch ohne Konsens mittels Rechtsverordnung durchsetzen mußte – mit jahrelanger Verzögerung⁶.

Geht man davon aus, daß jedenfalls in manchen Fällen Kooperation die Bereitschaft der Bürger, insbesondere der Wirtschaft, zur Befolgung der Umweltschutzgesetze oder zu einem den staatlichen Umweltschutzziele entsprechenden Verhalten steigert, so weist die Relation zwischen Kooperation und dieser erwünschten Folge keine umweltschutzspezifischen Besonderheiten auf. Vielmehr entspricht es allgemeiner Erfahrung, daß der Staat auf die „freiwillige“ Gesetzesbefolgung durch seine Bürger angewiesen ist – freiwillig in dem Sinne, daß die gesetzlichen Ge- und Verbote in aller Regel nicht zwangsweise durchgesetzt werden müssen. Die Bereitschaft der Bürger, sich gesetzeskonform zu verhalten, hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab. Dazu gehören einige Faktoren, die im weiteren oder engeren Sinne dem Thema „Kooperation“ zugerechnet werden: ausreichende Information über Inhalt und

⁵ Dies hat *Gertrude Lübke-Wolff*, NuR 1989, S.295 (297ff.) aufgrund praktischer Erfahrungen nachgewiesen.

⁶ Vgl. *Günter Hartkopf/Eberhard Bohne*, Umweltpolitik Bd. 1, 1983, S.229, 456, 459; *Lutz Wicke*, Umweltökonomie, 4. Aufl. 1989, S.273.

Zweck der gesetzlichen Anforderungen, Einsicht in die Vernünftigkeit der gesetzlichen Regelung, das Gefühl, vom Staat in den eigenen Bedürfnissen und Interessen ernst genommen und respektiert zu werden usw. Durch verschiedene Formen der Kooperation kann die Bereitschaft zum Gesetzesgehorsam bzw. die Bereitschaft, das eigene Verhalten den staatlichen Politikzielen anzupassen, gesteigert werden. Das gilt aber für die staatliche Politik ganz allgemein. Irgendwelche umweltschutzspezifischen Besonderheiten sind hier nicht erkennbar.

4. Dies gilt auch für den ebenfalls als Zweck des Kooperationsprinzips bezeichneten Aspekt, *Legitimation beziehungsweise Akzeptanz durch Verfahren* zu schaffen.

5. *Sachgerechte Abwägung zwischen ökologischen und ökonomischen Aspekten*. Das ist m.E. kein besonderer Gesichtspunkt. Vielmehr ist dieser Zweck bereits durch die beiden zuerst genannten Zwecke (Einbeziehung von Sachverstand und Verbesserung der Informationsbasis) abgedeckt. Eine *Mitentscheidung* ist zur Verwirklichung dieses Zwecks m.E. nicht nötig. Sie könnte im Gegenteil einer neutralen Abwägung aller relevanten Faktoren entgegenstehen. Sie wird eher gefördert durch eine Form der Mitwirkung, in der alle beteiligten Interessen ausgewogen repräsentiert sind und die Umweltschutzinteressen nicht allein von der entscheidenden Behörde, sondern auch von Umweltverbänden wahrgenommen werden. – Im übrigen ist auch dieses Anliegen nicht umweltspezifisch. Es ist ein allgemeines Anliegen, daß bei staatlichen Entscheidungen alle betroffenen Sachgesichtspunkte angemessen berücksichtigt werden und bei Konflikten soweit wie möglich zu einem schonenden Ausgleich gebracht werden.

6. Entsprechendes läßt sich zu dem letzten noch zu erwähnenden Zweck der Kooperation sagen, einen *Ausgleich zwischen individueller Freiheit und gesellschaftlichen Bedürfnissen* zu ermöglichen.

Als Ergebnis läßt sich somit festhalten: Von allen genannten Zwecken des Kooperationsprinzips bleibt ein einziger umweltspezifischer Zweck übrig, der als Leitidee das Kooperationsprinzip als Prinzip des Umweltschutzes tragen könnte, nämlich die Effektivierung (bzw. Optimierung) des Umweltschutzes, natürlich mit den erwähnten Unterzwecken, die diesem Zwecken systematisch

untergeordnet sind. Als Prinzip des Umweltschutzes kann Kooperation kein Selbstzweck sein. Und Kooperation kann diesem Prinzip nicht zugerechnet werden, wenn und soweit sie anderen Zwecken dient oder gar dem Umweltschutz zuwiderläuft. Die Frage, die sich nun stellt, lautet: Ist der Optimierungs- bzw. Effektivierungszweck geeignet, als Leitidee für ein Kooperationsprinzip als allgemeines Prinzip des Umweltschutzes zu fungieren?

V.

Um diese Frage zu beantworten, muß man sich Klarheit darüber verschaffen, was unter einem Prinzip zu verstehen ist. Politische Prinzipien wie Rechtsprinzipien sind normative Prinzipien. Sie formulieren eine Sollensaussage, an der die Adressaten des Prinzips ihr Verhalten ausrichten sollen; sie beschreiben nicht einfach, wie sich bestimmte Subjekte tatsächlich zu verhalten pflegen. Von sonstigen Sollenssätzen unterscheiden sie sich vor allem durch die Generalität ihres Inhalts und durch die damit regelmäßig verbundene erhöhte Konkretisierungsbedürftigkeit⁷. Ein Prinzip fordert also, daß für den Sachbereich, auf den es sich bezieht, etwas uneingeschränkt oder jedenfalls „prinzipiell“ gilt. Der Anspruch auf grundsätzliche Übereinstimmung mit dem durch das Prinzip Gebotenen läßt – je nach Fassung des Prinzips – situationsspezifische Modifikationen oder Abwägungen mit anderen Prinzipien zu. Jede Abweichung ist jedoch zumindest rechtfertigungsbedürftig.

Die üblichen Beschreibungen des Kooperationsprinzips sind daher nicht geeignet, die Existenz dieses Prinzips zu belegen. Sie formulieren keinen generellen Sollenssatz, sondern sagen nur, daß im Umweltschutz Kooperation in vielfältiger Weise stattfindet, oder daß sie wichtig ist. Mit solchen Beschreibungen wird aber kein Prinzip formuliert, sondern nur ein faktischer Befund.

Im Hinblick auf den einzigen in Betracht kommenden Zweck eines umweltschutzspezifischen Kooperationsprinzips – den Optimierungs- bzw.

⁷ Auf Einzelheiten der Problematik des umstrittenen Prinzipienbegriffs soll hier nicht eingegangen werden. Vgl. dazu z.B. bei *Franz Reimer*, Verfassungsprinzipien. Ein Normtyp im Grundgesetz, im Erscheinen, Abschnitt B.III.3. („Mögliche Charakteristika des Prinzips als Rechtsbegriff“) mit vielen Nachweisen in FN 621ff.

Effektivierungszweck – könnte dieses Prinzip etwa so gefaßt werden: „Bei umweltschutzbezogenen Entscheidungen soll der Staat grundsätzlich mit gesellschaftlichen Kräften kooperieren.“ Ein solches Prinzip gibt es jedoch nicht – weder als politisches noch als rechtliches Prinzip. Dieses Prinzip wäre inhaltlich banal und nichtssagend, wenn man den Kooperationsbegriff so weit faßt, daß jede Information Privater durch den Staat oder umgekehrt die Bereitschaft des Staates, Informationen seitens Privater zur Kenntnis zu nehmen und zu berücksichtigen, bereits dem Prinzip genüge. Denn es gibt praktisch keine staatliche Entscheidung mit Außenwirkung – im Umweltschutz oder auch auf allen anderen Gebieten – die nicht in diesem weit gefaßten Sinne ein Kooperationselement enthält. Ein umweltspezifisches Kooperationsprinzip müßte also mehr an Kooperation verlangen, als ohnehin mit jeder staatlichen Entscheidung verbunden oder schon aus rechtsstaatlichen Gründen geboten ist.

Von einer weitergehenden Kooperation ist aber weder der praktische Umweltschutz noch das geltende Umweltrecht durchgehend gekennzeichnet. Und es wäre auch nicht sinnvoll, eine weitergehende Kooperation generell für den Umweltschutz zu fordern, denn eine solche Forderung ließe sich nicht umweltspezifisch begründen. Kooperation kann, wie gesagt, dem Umweltschutz ja auch schaden. Ob eine weitergehende Kooperation, etwa in Form von normersetzenden Absprachen, dem Umweltschutz nützt, kann nur situations- und problembezogen beurteilt, nicht jedoch generell beantwortet werden. Was ein Prinzip kennzeichnet, ist jedoch die Generalität seines inhaltlichen Anspruchs.

Soweit Kooperation im Umweltschutz generell geboten ist, ist die Begründung dafür nicht umweltspezifisch – etwa bei der Verfahrensbeteiligung der Betroffenen – oder sie entspricht allgemeinen Gepflogenheiten des pluralistischen Verfassungsstaats – etwa bei der Anhörung von Interessengruppen im Rechtsetzungsverfahren. Soweit sich Kooperation aus einem umweltspezifischen Zweck begründen läßt, läßt sie sich nicht als generelles Gebot postulieren.

VI.

Ist Kooperation kein allgemeines Prinzip des Umweltschutzes, dann kann es auch kein allgemeines Rechtsprinzip des Umweltschutzes sein. Denkbar ist dann allenfalls, daß es ein bereichsspezifisches, etwa ein abfallrechtliches Kooperationsprinzip gibt.

Man braucht die Antwort auf die Frage, ob das Kooperationsprinzip ein Rechtsprinzip des Umweltrechts ist, aber nicht davon abhängig zu machen, ob man mit dem herkömmlichen Sprachgebrauch seine Existenz als Prinzip der Umweltpolitik bejaht oder in einem begrifflich präzisen Sinne verneint.

Als Rechtsprinzip müßte das Kooperationsprinzip rechtliche Geltung haben. Es müßte also in einem Rechtssatz ausdrücklich normiert sein, oder seine Geltung müßte sich implizit aus der systematischen Zusammenschau anderer Rechtssätze ergeben. Dies ist nicht der Fall.

Art. 34 I des Einigungsvertrages erwähnt zwar das Kooperationsprinzip⁸, nimmt dabei aber nur auf den bisherigen Rechtszustand in Westdeutschland Bezug. Dort hatte das Kooperationsprinzip aber nur den Charakter eines politischen Prinzips, genauer: eines politischen Schlagworts. Daran ändert der Einigungsvertrag nichts. Er gibt dem „Kooperationsprinzip“ nicht die Struktur eines Prinzips und insbesondere keinen konkretisierbaren Inhalt.

Auch aus dem Grundgesetz läßt sich ein umweltrechtliches Kooperationsprinzip nicht ableiten. Die einzige materiell-umweltrechtliche Verfassungsnorm ist Art. 20a GG. Dieser verpflichtet den Staat nur ganz allgemein, die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen, sagt jedoch nichts über die Prinzipien, denen er dabei zu folgen hat. Während sich jedoch das Vorsorge- und das Verursacherprinzip aus Art. 20a GG ableiten lassen, weil die Orientierung an diesen Prinzipien für einen effektiven Umweltschutz unerlässlich ist⁹, läßt sich dies, wie gezeigt, für das Kooperationsprinzip nicht sagen, weil es auch dem

⁸ Nach dieser Vorschrift „ist es Aufgabe der Gesetzgeber, die natürlichen Lebensgrundlagen des Menschen unter Beachtung des Vorsorge-, Verursacher- und Kooperationsprinzips zu schützen“.

⁹ Differenziertere Begründung für das Verursacherprinzip bei *Murswiek*, in: Sachs (Hg.), Grundgesetz, 2. Aufl. 1999, Art. 20a Rn. 34f.

Umweltschutz abträgliche Kooperationen oder für den Umweltschutz jedenfalls nicht effektivitätssteigernde Kooperationen gibt.

Auch aus dem geltenden Umweltverwaltungsrecht läßt sich das Kooperationsprinzip nicht als Rechtsprinzip ableiten. Kooperation zwischen Staat, Wirtschaft, Umweltverbänden oder Betroffenen ist zwar in vielen umweltrechtlichen Vorschriften vorgesehen. Diesen Vorschriften liegt jedoch kein einheitliches Prinzip zugrunde. Es gibt kein rechtliches Prinzip, welches sagt, daß im Umweltschutz der Staat grundsätzlich mit Privaten kooperieren muß oder zumindest soll. Er muß oder soll es dort, wo Gesetze und Rechtsverordnungen dies vorsehen. Wo Kooperation nicht vorgesehen ist, sind die Staatsorgane nicht kraft eines allgemeinen Prinzips gehalten, mit Privaten zu kooperieren. Für eine solche übergreifende, lückenschließende Funktion eines Prinzips fehlt dem Kooperationsgedanken die innere Konsistenz.

Aus den schon erwähnten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu den Landesabfallabgaben und zur kommunalen Verpackungssteuer¹⁰ ergibt sich nichts anderes. Dort hat das Bundesverfassungsgericht zwar angenommen, daß im Bereich der Verpackungsabfälle das Kooperationsprinzip gilt. Doch bei genauerer Betrachtung zeigt sich, daß nicht ein Prinzip, sondern ein Konzept gemeint ist und daß das Bundesverfassungsgericht nicht einmal behauptet, daß im Abfallrecht außerhalb der von ihm erwähnten Normen ein zur Kooperation verpflichtendes Prinzip gilt.

VII.

Ergebnis: Das Kooperationsprinzip ist im Umweltrecht nur ein Schlagwort, nicht ein politisches oder gar rechtliches Prinzip des Umweltschutzes im präzisen Sinne des Wortes. Es läßt sich nicht generell sagen, daß und vor allem welche Art von Kooperation im Umweltschutz aus Umweltschutzgründen geboten ist. Diese Feststellung soll nicht die Bedeutung schmälern, die Kooperation zwischen Staat und Gesellschaft im allgemeinen und im Umweltschutz im besonderen hat. Nicht alles, was praktisch relevant, gut und wichtig ist, ist auch ein allgemeines Prinzip.

¹⁰ O. FN 2.

Selbstregulierung im Entwurf eines Umweltgesetzbuchs (UGB - KomE¹)

Von Michael Kloepfer, Berlin

I. Einführung

In dem Bereich Umweltpolitik dreht sich die aktuelle Diskussion maßgeblich auch um die funktionellen Grenzen klassischer staatlicher Steuerungsmittel². Der Eindruck wächst, daß das einseitig-hoheitliche imperative Verwaltungshandeln allein nicht mehr geeignet ist, die heutigen und zukünftigen Aufgaben zu bewältigen. Infolge äußerst komplex strukturierter Problemlagen, bestehender Informationsdefizite und kaum noch zu überschaubarer Wirkungszusammenhänge scheint einseitig-hoheitliches, imperatives Verwaltungshandeln immer weniger geeignet, durchgängig effektive und vollziehbare Regelungen zu schaffen.

Von dieser Grundüberlegung geht auch der UGB-KomE aus. Im Mittelpunkt der Überlegungen zu Alternativen zum einseitig-hoheitlichen Handeln des Staates stehen Verhandlungslösungen sowie die Verlagerung staatlicher Aufgaben, einschließlich der Normsetzung, auf Private³. Dort, wo es möglich scheint, sollen an die Stelle staatlicher Normierung und Überwachung die eigenverantwortliche Selbstregulierung und Selbstkontrolle der Privaten treten. Das in dem Zusammenwirken von Bürgern und Staat zum Ausdruck kommende Kooperationsprinzip zählt zu den weitgehend anerkannten Grundprinzipien der

¹ Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Hrsg.), Umweltgesetzbuch (UGB - KomE), Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, 1998.

² Zur Selbstregulierung im UGB-KomE *Sendler*, Selbstregulierung im Konzept des Umweltgesetzbuches, UPR 1997, S. 381; *Kloepfer/Elsner*, Selbstregulierung im Umwelt- und Technikrecht, DVBl. 1996, 964.

³ Vgl. etwa Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, 1990; *dies.*, Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994; *Hoffmann-Riem/Schneider*, Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht, 1996; *Hill*, Umweltrecht als Motor und Modell einer Weiterentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts, UTR 27 (1994), 91; *Holzner*, Konfliktlösung durch Verhandlungen, 1990; König/Dose (Hrsg.), Instrumente und Formen staatlichen Handelns, 1993; *Lamb*, Kooperative Gesetzeskonkretisierung, 1995; *Gaßner/Holzner/Lahl*, Mediation, 1992; *Endres/Marburger*, Umweltschutz durch gesellschaftliche Selbststeuerung, 1993; *Rehbinder*, Self-regulation by Industry, in: Winter (Hrsg.), European Environmental Law, 1996, S. 239 ff.; skeptisch gegenüber den „neuen“ Handlungsformen *Kunig*, Alternativen zum einseitig-hoheitlichen Handeln, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (ebd.), S. 43, 66.

Umweltpolitik bzw. des Umweltrechts der Bundesrepublik Deutschland und bedeutet, daß der Umweltschutz nicht alleinige Aufgabe des Staates ist und von diesem auch nicht in jedem Fall einseitig gegen Wirtschaft und Gesellschaft durch Gesetz durchgesetzt werden soll, sondern regelmäßig die Zusammenarbeit aller betroffenen Kräfte aus gemeinsamer ökologischer Verantwortung erfordert⁴. Es soll durch Realisierung des Kooperationsprinzips gelingen, das legitime Eigeninteresse des Bürgers für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienstbar zu machen, in diesem Fall bei der Aufstellung von Regelwerken im Wege kooperativer Normsetzung. Sinn einer solchen Kooperation ist es vor allem auch, traditionelle Vollzugsschwierigkeiten bei staatlichem Recht durch einvernehmliche Lösungen abzubauen. Hierbei soll sich der regulierende Staat teilweise entlasten, indem er den Sachverstand aus dem gesellschaftlich-privaten Bereich, insbesondere der Wirtschaft, nutzbar macht. Gerade in Bereichen, in denen es um den Einsatz modernster Techniken geht, verfügt in der Regel nicht der Staat, sondern die zu regulierende Wirtschaft über die besseren erforderlichen Spezialkenntnisse⁵. Deshalb spricht einiges dafür, auch im Bereich der Normsetzung dem im Kooperationsprinzip angelegten Wandel vom normierenden zum paktierenden Staat Rechnung zu tragen, ohne jedoch die notwendigen, aber bisweilen noch ungewissen rechtsstaatlichen Grenzen kooperativen Staathandelns aus den Augen zu verlieren.

Im UGB-KomE wurden bestehende Formen kooperativen Handelns ausgelotet sowie auch neue aus der Taufe gehoben. Im folgenden wird ein Überblick über die Formen der regulativen Selbststeuerung gegeben, die in dem Entwurf vorhanden sind. Es geht primär um Formen der Privatisierung, aber auch der Entstaatlichung durch Autonomie, was im Ergebnis zu einer Verringerung des Bestandes staatlicher Normen führen wird. Dabei wird auch ein Blick auf die rechtsstaatlichen Probleme geworfen, die möglicherweise bei einer kooperativen Normsetzung entstehen könnten, und darauf, wie diese im UGB-KomE gelöst worden sind.

Der Ausbau der Selbststeuerung ist ein Grundzug des UGB-KomE: Der Gedanke wird in dem Entwurf u.a. auch in den allgemeinen Vorschriften über Bürgerverantwortung (§ 3) und über das Kooperationsprinzip (§ 7) aufgenommen

⁴ Näher zum Inhalt des Kooperationsprinzips *Bender/Sparwasser/Engel*, Umweltrecht, 3. Aufl. 1995, S. 29 f.; *Grüter*, Umweltrecht und Kooperationsprinzip, 1989; *Kloepfer*, Umweltrecht, 1989, § 3 Rdnr. 44 ff.; *Kloepfer/Rehbinder/Schmidt-Alßmann* unter Mitwirkung von Kunig, Umweltgesetzbuch - Allgemeiner Teil, Berichte 7/90 des Umweltbundesamtes, 2. Aufl. 1991, S. 155 ff.; *Müggenborg*, Formen des Kooperationsprinzips im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland, NVwZ 1990, 909; *Rengeling*, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, 1988, S. 12 ff.; *Schulze-Fielitz*, Kooperatives Recht im Spannungsfeld von Rechtsstaatsprinzip und Verfahrensökonomie, DVBl. 1994, 657.

⁵ *Kloepfer* (FN 4), § 3 Rdnr. 45.

und in den vielfältigen Vorschriften über die Umweltinformationen und die Beteiligung von Verbänden vorausgesetzt.

II. Selbststeuerung und kooperative Normsetzung

1. Private technische Regelwerke (§§ 31 ff.)

Als wichtiges und in Deutschland lang etabliertes Beispiel der privaten Normsetzung dienen die Regelwerke privatrechtlich verfaßter Normungsorganisationen⁶. Die herausragende Bedeutung der privaten Regelsetzung für die Entlastung der exekutiven Rechtsetzung wird allgemein anerkannt. Da der Exekutive häufig das technische Know-how fehlt, wäre sie weitaus überfordert, müßte sie die notwendigen technischen Detailregelungen allesamt selbst treffen. Weiterhin würde ein Verzicht auf private Technikregeln zu Erstarrung und Fortschrittsbehinderung führen, weil die staatliche Rechtsetzung kaum in der Lage ist, mit der dynamischen technischen Entwicklung wirklich Schritt zu halten.

Das Normsetzungsverfahren privatrechtlicher Normungsverbände ist bislang gesetzlich nicht geregelt. Allerdings werden vom Schrifttum unter Hinweis auf die rechtliche Bedeutung technischer Regeln, von denen jedermann betroffen werden kann, unmittelbar aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Mindestanforderungen an das Verfahren gestellt⁷. Hierzu zählen u.a. Sachverstand, Interessenausgewogenheit, Öffentlichkeitsbeteiligung, Publikation und Revisibilität der Normen. Staatlicher Einfluß auf die Normung einer der wichtigsten Normungsverbände, dem DIN, wird durch eine Beteiligung staatlicher Vertreter am Normaufstellungsverfahren gemäß dem Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem DIN vorgesehen⁸. Obwohl so immerhin ein gewisser öffentlicher Einfluß auf zahlreiche und wichtige überbetriebliche technische Normen sichergestellt ist, bleibt die Normungsarbeit anderer Verbände weitgehend ungeregt.

⁶ Vgl. die Zusammenstellung in: DIN (Hrsg.), Katalog für technische Regelwerke, Bd. 1, Sachteil, S. A 6 ff. Die wichtigsten sind das DIN Deutsches Institut für Normung e.V. (DIN-Normen), der Verband Deutscher Elektrotechniker (VDE) e.V. (VDE-Bestimmungen), der Verein Deutscher Ingenieure (VDI) e.V. (VDI-Richtlinien) und der DVGW Deutscher Verein des Gas- und Wasserfaches e.V. (DVGW-Regeln).

⁷ *Führ*, Technische Normen in demokratischer Gesellschaft, ZUR, 1993, 100; *Marburger/Gebbard*, Gesellschaftliche Umweltnormierung, in: *Endres/Marburger*, Umweltschutz durch gesellschaftliche Selbststeuerung, 1993, S. 139 f.

⁸ Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem DIN Deutsches Institut für Normung e.V. vom 5.6.1975 (Beil. zum BAnz. Nr. 114 vom 27.6.1975).

An der Diskrepanz zwischen quasi-normativer Wirkung und ihrer fehlenden rechtsstaatlichen Limitierung setzt vorsichtig der UGB-KomE an. Der Bedarf an demokratischer Legitimation und rechtsstaatlicher Kontrolle technischer Regelwerke wird im UGB-KomE angesprochen, die vorgeschlagene Lösung zielt aber nicht auf eine zwingende gesetzliche Regelung des Normungsverfahrens⁹. Der UGB-KomE befaßt sich mit der Verweisung in Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften auf technische Regelwerke (§ 31) einerseits und der amtlichen Einführung andererseits (§ 32). Bei der Verweisung handelt es sich um die sogenannte echte Verweisung: die betroffenen Regelwerke erhalten auf diese Weise den Rang staatlichen Rechts¹⁰. Voraussetzung ist, daß in der Rechtsverordnung bzw. in der Verwaltungsvorschrift das Datum der für jedermann zugänglichen Bekanntmachung des technischen Regelwerkes und die Bezugsquelle oder der Ort der Einsichtnahme genau bezeichnet wird (§ 31 Abs. 1).

Die Rechtswirkung (amtlich eingeführter) technischer Regelwerke wird in § 33 im Sinne einer widerlegbaren Vermutung festgeschrieben. Um eine einheitliche Rechtsanwendung sicherzustellen und die staatliche Verantwortung für Regelungen des Umweltschutzes zu unterstreichen, wird die Vermutungswirkung einer amtlichen Einführung des Regelwerks vorbehalten¹¹. Es wird vermutet, daß die gemäß § 32 amtlich eingeführten technischen Regelwerke den Stand der Technik oder den Stand von Technik und Wissenschaft zutreffend wiedergeben (§ 33 Abs. 1 Satz 1). Die Vermutung ist widerlegt, wenn ein anderer Stand von Technik bzw. von Wissenschaft und Technik nachgewiesen wird.

Die Vorschrift des § 32 macht es möglich, private technische Regelwerke amtlich einzuführen, die dann die Wirkung allgemeiner Verwaltungsvorschriften besitzen (§ 33 Abs. 1 Satz 2). Die Vereinbarkeit der technischen Regeln mit den gesetzlichen Wertungen, die objektive und ausgewogene Zusammensetzung der regelnden Stellen sowie die Einhaltung von Mindestanforderungen an das Verfahren werden von den Voraussetzungen für die amtliche Einführung gesichert¹².

⁹ So etwa der Vorschlag von *Marburger*, *Die Regeln der Technik im Recht*, 1979, S. 608; vgl. *Rittstieg*, *Die Konkretisierung technischer Standards im Anlagenrecht*, 1982, S. 243.

¹⁰ Zu der Unterscheidung zwischen der echten und unechten Verweisung: vgl. *Karpen*, *Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik*, 1970, S. 20 ff.

¹¹ So schon *Kunig* in: Koch (Hrsg.), *Auf den Weg zum Umweltgesetzbuch*, 1992, S. 157 (168); *Rittstieg*, *Die Konkretisierung technischer Standards im Anlagenrecht*, 1982, S. 244.

¹² Zur Notwendigkeit staatlicher Kontrolle: *Kloepfer/Rehbinder/Schmidt-Aßmann*, unter Mitwirkung von *Kunig*, *Umweltgesetzbuch - Allgemeiner Teil*, *Berichte des Umweltbundesamtes 7/90*, 1990, S. 471; *Marburger*, *Die Regeln der Technik im Recht*, 1979, S. 402; *Schneider*, *Gesetzgebung*, 1991, Rdnr. 404; zur Verknüpfung der Vermutungswirkung mit der Erfüllung bestimmter materieller und verfahrensmäßiger Anforderungen: *Fürst*, *Atomwirtschaft* 1981, 66 (68); *Kloepfer*, *Rechtsschutz im*

2. Zielfestlegungen (§ 34) und Selbstverpflichtungen (§ 35)

a) Allgemeines

Zielfestlegungen durch die Bundesregierung sind ebenso wie Selbstverpflichtungen durch die Wirtschaft rechtlich unverbindlich. Ihre faktische Steuerungskapazität trotz ihrer Unverbindlichkeit machen sie zum gesetzlichen Regelungsgegenstand. Der UGB-KomE betrachtet sie vor allem unter dem Aspekt des möglichen Normensubstituts. Dabei sind Zielfestlegungen und Selbstverpflichtungen nicht selten funktionell verschränkt.

b) Zielfestlegungen

§ 34 ermöglicht es der Bundesregierung, statt einer Rechtsverordnung für die freiwillige Erfüllung von Anforderungen zur Vorsorge gegen Risiken für die Umwelt oder den Menschen Zielfestlegungen zu treffen, eine Möglichkeit zu einer unverbindlichen, aber häufig gleichwohl wirksamen Steuerung.

c) Selbstverpflichtungen

aa) Ausgangsposition

Das in der Umweltpolitik auf Bundesebene bislang meistbenutzte Instrument gesellschaftlicher Selbstregulierung und Selbstkontrolle im Bereich der Normsetzung bzw. Normsetzung sind die zahlreichen, mehr oder weniger freiwilligen Selbstverpflichtungen der Wirtschaft¹³. Aus Sicht der betroffenen Wirtschaftskreise dienen sie in erster Linie dazu, zwingende Subordination seitens der Wirtschaft unter staatliche Rechtsnormen durch freiwillige Koordination zu ersetzen, und nicht selten auch dazu, eine schärfere Gesetz- oder Verordnungsgebung abzuwenden¹⁴. Zumeist stehen sie im Zusammenhang mit regulativen Umweltabsprachen zwischen Staat und Wirtschaft: Der Selbstverpflichtung der Wirtschaft steht dann die ausdrückliche oder stillschweigende Zusage staatlicher Stellen gegenüber, auf den Erlaß von Normen zunächst zu verzichten. Daneben gibt es aber auch einseitige

Umweltschutz, VerwArch. 76 (1985), 371; *Rittstieg*, Die Konkretisierung technischer Standards im Anlagenrecht, 1982, S. 241 m.w.N.; *Sendler*, UPR 1997, 14.

¹³ Beispiele in Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Hrsg.), Umwelt 6/1995, S. 221; Sachverständigenrat für Umweltfragen, Umweltgutachten 1996, Rdnr. 163; *Kloepfer* (FN 4), § 4 Rdnr. 256, sowie *Dempfle*, Normvertretende Absprachen, 1994, S. 3 ff.

¹⁴ Als Beispiele gelten das Stoffrecht und das Abfallrecht, wo die Selbstverpflichtungen durchweg der Vermeidung von Rechtsverordnungen des Bundes nach §§ 14 AbfG, 17 ChemG, 35 BImSchG, 4 und 5 WMG dienen.

Selbstverpflichtungen der Wirtschaft, die ohne formelle Beteiligung des Staates zustandekommen¹⁵.

bb) Zur Problematik verrechtlichter Selbstverpflichtungen

Der Versuch einer gesetzlichen Regelung der Selbstverpflichtungen steht vor dem grundsätzlichen Problem, ein Instrument rechtlich auszugestalten, das selbst keine rechtliche Verbindlichkeit haben soll. Wichtiger noch: Die Verrechtlichung informaler Instrumente läuft stets Gefahr, die Informalität und ihre Vorzüge und Funktionsreserven aufzugeben. Der „Witz“ solcher Absprachen ist gerade ihre Informalität. Hieraus erwächst das Grundkonzept des UGB-KomE zu den Selbstverpflichtungen. Er schreibt deren rechtliche Unverbindlichkeit fest und läßt vor allem Selbstverpflichtungen auch außerhalb der Regelung des § 35 zu. Damit wird die Innovationsfähigkeit des Informalen nicht verschüttet.

Warum enthält dann der UGB-KomE überhaupt die Verrechtlichung wenigstens eines Typs der Selbstverpflichtung mit formalen Anforderungen an seinen Inhalt und mit Informationspflichten der Beteiligten? Dieses Konzept der transparenten und kontrollierten Selbstverpflichtungen zielt darauf, daß die Politik und die Wirtschaft politisch-moralisch wenn schon nicht gedrängt, so doch veranlaßt sein werden, grundsätzlich diesen herausgehobenen Typ zu wählen, wenn sie normersetzende Selbstverpflichtungen eingehen wollen. Der Verzicht auf einschlägige staatliche Normierungsvorhaben wegen entsprechender Selbstverpflichtungen wird regelmäßig nur dann noch als akzeptabel erscheinen, wenn der Typ der transparenten und kontrollierten Selbstverpflichtung gewählt wird.

cc) Regelung des UGB-KomE

Wirtschaftsverbände, sonstige Verbände oder einzelne Unternehmen können nach § 35 gegenüber der Bundesregierung erklären oder mit ihr ohne Rechtsverbindlichkeit vereinbaren, daß bestimmte Anforderungen zur Vorsorge gegen Risiken für die Umwelt oder den Menschen innerhalb einer angemessenen Frist freiwillig erfüllt werden. In § 35 des UGB-KomE werden einige wesentliche formale Grundregeln festgelegt, die das Verfahren transparenter gestalten und die Erfolgskontrolle erleichtern sollen. Erstens muß die Selbstverpflichtung in geeigneter Weise veröffentlicht werden. Die Selbstverpflichtung soll laut § 35 Abs. 2 Nr. 1 Angaben enthalten über den Kreis der Verpflichteten. Die Art und der Umfang der zu

¹⁵ *Rengeling*, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, 1988, S. 40 ff. nennt u.a. als Beispiel den Verzicht der chemischen Industrie auf den Einsatz von Fluorkohlenwasserstoffen als Treibgas in Spraydosen (1987).

erfüllenden Anforderungen sowie die Frist, innerhalb derer die Anforderungen erfüllt werden sollen, soll ebenfalls angegeben werden. Schließlich sollen Angaben über die Zeitpunkte der regelmäßigen Berichterstattung gegenüber der Bundesregierung sowie die Art und Weise der Nachweisführung enthalten sein. Die Verbände oder einzelnen Unternehmen unterrichten die Bundesregierung und im Regelfall auch die Öffentlichkeit über den Stand der Umsetzung der Selbstverpflichtung. (§ 35 Abs. 3 Satz 1) Schließlich ist die Erfüllung der Anforderungen in geeigneter Form nachzuweisen (§ 35 Abs. 3 S. 4).

3. Normersetzende Verträge (§§ 36, 37)

a) Rechtsfigur

Im Gegensatz zu den Selbstverpflichtungen zielt der normersetzende Vertrag nach § 36 auf rechtliche Verbindlichkeit. Vorgeschlagen werden hier rechtlich verbindliche Verträge als Normsubstitute, die über die traditionellen Selbstbeschränkungsabkommen erheblich hinausgehen.

Das Konzept des normersetzenden Vertrages nach § 36 geht folgenden Weg: Er hat einen normativen Inhalt, d.h. sein Inhalt ist ein zwischen Bundesregierung und Verbänden vereinbartes Normsubstitut, das staatlich vollzogen werden kann. Obwohl § 36 dies nicht ausdrücklich regelt, schließt er inhaltsidentische Rechtsverordnungen während der Vertragslaufzeit aus und enthält somit auch Elemente eines unechten Normsetzungsvertrags. Insoweit wird - anders als bei Zielfeststellungen und Selbstverpflichtungen - die Handlungsfreiheit des Verordnungsgebers (zeitweise) vertraglich beschränkt.

In der Regel beschränken normersetzende Verträge die Grundrechtsausübung, da die privaten Vertragspartner - soweit Wirtschaftssubjekte - mittelbar auf Tätigkeiten verzichten, die Ausfluß ihrer grundrechtlich geschützten unternehmerischen Freiheit sind. Sind die privaten Vertragspartner in ihrer Entscheidung zum Vertragsschluß wirklich frei, lassen sich Eingriffe mit dem Grundsatz „volenti non fit iniuria“ rechtfertigen¹⁶. Andererseits, wenn der normersetzende Vertrag aufgrund eines so intensiven Druckes zustande kommt, daß den privaten Vertragschließenden faktisch keine Handlungsalternativen verbleiben, bedarf es wegen des Gesetzesvorbehalts einer Ermächtigungsgrundlage¹⁷. Der bei solchen Normersetzungsverträgen nicht

¹⁶ *Becker*, Informales Verwaltungshandeln zur Steuerung wirtschaftlicher Prozesse im Zeichen der Deregulierung, DÖV 1985, 1010; *Sachs*, „Volenti non fit iniuria“, Zur Bedeutung des Willens des Betroffenen im Verwaltungsrecht, VerwArch. 76 (1985), 398, 423; *Oebbbecke*, Die staatliche Mitwirkung an gesetzesabwendenden Vereinbarungen, DVBl. 1986, 799.

¹⁷ *Dempfle* (FN 40), S. 106 f.; *Oebbbecke* (FN 16), 799.

selten anzutreffende „freiwillige Zwang“ wird also als eingriffsähnliche Einwirkung wie ein Grundrechtseingriff behandelt und ist dann grundsätzlich nur im Rahmen der allgemeinen Grundrechtsschranken zulässig.

Der normersetzende Vertrag, als Beispiel verbindlicher Kooperation, kann gerade auch in Teilen des Umweltrechts (und auch im Technikrecht) zur Erreichung spezifischer Steuerungserfolge besser geeignet sein als einseitige staatliche Gesetze. Der Kreis der Beteiligten ist zumeist überschaubarer als in anderen Rechtsgebieten. Weiterhin sind die Interessen von Staat und Wirtschaft bei der Festlegung technischer Regeln durchaus nicht immer entgegengesetzt, sondern oft gleichlaufend. Richtig dosiert, sind rechtliche Regelungen und Standardisierungen in einem demokratischen Rechtsstaat nämlich eher Technikvoraussetzung als Technikhemmnis¹⁸. Einheitliche Standards bringen Kompatibilität und Rechtssicherheit mit sich und stellen damit wichtige Voraussetzungen für wirtschaftliche Betätigung dar.

Anders als Selbstverpflichtungen können normersetzende Verträge vollstreckt werden. Die Vollstreckbarkeit der durch einen normersetzenden Vertrag festgelegten Anforderungen unterscheidet sich grundsätzlich nicht von jenen, die Gegenstand einer Rechtsverordnung sein können; der entscheidende Unterschied liegt jedoch in ihrem kooperativen Zustandekommen und ihrem grundsätzlich beschränkten Adressatenkreis, wobei die Beteiligung von Umweltverbänden nicht ausgeschlossen ist. Dieser Unterschied macht zugleich den großen Vorzug des normersetzenden Vertrages aus. Er eignet sich vor allem für konsensuale Lösungen in wirtschaftlichen bzw. ökologisch-regionalen Teilbereichen, in denen nur wenige Parteien an den Vertragsverhandlungen zu beteiligen sind und der Gegenstand der Vereinbarung überschaubar ist. Schließlich kann ein normersetzender Vertrag dazu dienen, mit verhandlungsbereiten Teilen der betroffenen Wirtschaft vertraglich festgelegte schärfere Umweltauflagen zu vereinbaren, um in einer Art Feldversuch deren praktische Umsetzbarkeit zu erproben.

Das Gelingen der normersetzenden Verträge hängt maßgeblich von dem richtigen Zuschnitt des Adressatenkreises, seiner Größe und seiner Ausgewogenheit ab. Die Beteiligung von Umweltverbänden sollte erwogen werden und empfiehlt sich jedenfalls bei Verträgen, für die eine Verbindlicherklärung nach § 37 (s.unten) angestrebt wird.

Freilich können normersetzende Verträge auch Risiken bergen. Vertragsverhandlungen können sich endlos verzögern und die Verhandlungsdynamik

¹⁸ Kloepfer, Recht ermöglicht Technik, NuR 1997, 417 ff.

könnte die staatliche Seite in die Ecke drängen. Wichtig ist, daß dem Staat bis zum Vertragsschluß der Erlaß einer Rechtsverordnung als Option bleibt, sollte sich der kooperative Weg als nicht gangbar erweisen. Freilich darf dieses Drohpotential nicht in „freiwilligen Zwang“ münden.

b) Regelungen des UGB-KomE

Die Regelung des normersetzenden Vertrages in § 36 sieht im einzelnen wie folgt aus: nach § 36 Abs. 1 Satz 1 kann die Bundesregierung, statt eine Rechtsverordnung zu erlassen, bestimmte Anforderungen auch durch öffentlich-rechtlichen Vertrag mit Wirtschaftsverbänden, sonstigen Verbänden oder einzelnen Unternehmen vereinbaren, wenn dabei bestimmte Voraussetzungen erfüllt werden. Insbesondere müssen die Voraussetzungen für den Erlaß einer Rechtsverordnung nach § 13 vorliegen, der Inhalt darf dem Inhalt des UGB-KomE nicht widersprechen, schutzwürdige Interessen Dritter oder der Allgemeinheit dürfen nicht verletzt werden und die Geltungsdauer des Vertrages darf fünf Jahre nicht überschreiten. Die Voraussetzung, wonach ein Vertrag nur abgeschlossen werden kann, wenn die Voraussetzungen für eine Rechtsverordnung nach § 13 vorhanden sind, vermeidet, daß tatbestandliche Einschränkungen der Verordnungsermächtigung durch vertragliche Vereinbarungen umgangen werden. Die Interessen Dritter und der Allgemeinheit müssen geschützt werden: Verträge zu Lasten Dritter sind grundsätzlich nicht zulässig¹⁹. Die Befristung dient dazu, den Vertragspartnern die Gelegenheit zu geben, die Vertragsbestimmungen rechtzeitig geänderten Verhältnissen, insbesondere dem technischen Fortschritt anzupassen. Damit die Beteiligungsrechte des Bundesrates nicht ausgehöhlt werden, bedarf ein Vertrag der Zustimmung des Bundesrates (§ 36 Abs. 2), wenn die Rechtsverordnung, an deren Stelle er tritt, der Zustimmung bedürfte. Verfahrensrechtlich muß daher ein Vertrag dieselben Erfordernisse erfüllen wie eine inhaltsgleiche Rechtsverordnung. Um den Publizitätsanforderungen an normative Regelungen gerecht zu werden, ist der Vertrag im Bundesanzeiger zu veröffentlichen (§ 36 Abs. 1 Satz 4).

c) Verbindlicherklärung

Dem Vertragsprinzip entspricht es, daß der normersetzende Vertrag an sich nur für Vertragspartner verbindlich ist. Freilich kann dies den Anwendungsbereich erheblich einschränken. Der Geltungsbereich des vereinbarten Rechts bleibt stets weit unter dem der für jedermann verbindlichen staatlichen Norm. Deshalb gibt § 37 die Möglichkeit der Allgemeinverbindlichkeit normersetzender Verträge. Spätestens hier

¹⁹ Dieser allgemeine Grundsatz gilt auch für öffentlich-rechtliche Verträge, Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl. 1998, § 58 Rdnr. 1 m.w.N.

wird deutlich, daß der Vertrag auf einen quasi-normativen Inhalt zielt. Die Verbindlicherklärung eines normersetzenden Vertrages verpflichtet auch Außenseiter.

4. Öffentlich-rechtlicher Umweltschutzvertrag (§ 38)

Bietet der normersetzende Vertrag eine Möglichkeit zum Ersatz von Rechtsverordnungen, soll der in § 38 geregelte öffentlich-rechtliche Umweltschutzvertrag die kooperative Regelung kleinräumiger Probleme ermöglichen. Danach können Anforderungen durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen der zuständigen Behörde, dem Anlagenbetreiber und einem Eigentümer eines Nachbargrundstücks - also kleinräumig - festgelegt werden.

5. Private Umweltschutzverträge, Umweltschutzkartelle (§ 39)

Soweit Unternehmen und Unternehmensverbände Verträge schließen und Beschlüsse treffen, die der Erfüllung von Rechtsverordnungen, Zielfestlegungen, Selbstverpflichtungen und normersetzenden Verträgen dienen, könnten diese Verträge bei wettbewerbs-hinderndem Effekt an sich gegen geltendes Kartellrecht verstoßen²⁰. Deshalb wird eine Anzeige nicht nur bei der für den Umweltschutz zuständigen Behörde, sondern auch bei der Kartellbehörde vorgesehen (§ 39 Abs. 1). Der UGB-KomE räumt für diese Fälle unter bestimmten Voraussetzungen so etwas wie eine kartellrechtliche „Immunität“ des Umweltschutzes ein. Das Kartellverbot in § 1 des GWB findet keine Anwendung, wenn eine Beschränkung des Wettbewerbs aus Gründen des Umweltschutzes erforderlich ist und ein wesentlicher Wettbewerb auf dem Markt bestehen bleibt (§ 39 Abs. 2).

6. Satzungen öffentlich-rechtlicher Umweltgebietsverbände (§ 40)

Seit langen spielen in Deutschland Selbstverwaltungskörperschaften (vor allem Gewässer- und Bodenverbände) eine wichtige Rolle bei der Wahrnehmung von Umweltschutzaufgaben²¹. Schon vor Jahrhunderten schlossen sich die ersten Deich- und Sielverbände zusammen. Die Wasserverbände, aber auch die kommunalen Abfallverbände nutzen den Gedanken der Autonomie zur raumnahen Bewältigung regionaler Umweltprobleme. Die Diskussion um sog. „Umweltgenossenschaften“ betont den Gedanken des Ausgleichs kollektiver Interessen von Umweltbelastern

²⁰ Zu Selbstverpflichtungen und Kartellrecht, *Baudenbacher*, Kartellrechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte gesetzesersetzender Vereinbarungen zwischen Staat und Wirtschaft, JZ 1988, 689; *Kloepfer*, Umweltschutz als Kartellprivileg?, JZ 1980, 781.

²¹ *Kloepfer/Elsner* (FN 2), 967.

und Umweltbelasteten. Der UGB-KomE faßt diese Ansätze in seiner Regelung zu Umweltgebietsverbänden (§ 40) zusammen. Der Entwurf sieht die Möglichkeit vor, zum Schutz der Umwelt und des Menschen in bestimmten Gebieten - also regional und nicht großräumig - Umweltgebietsverbände als Körperschaften des öffentlichen Rechts zu errichten. Sie sollen auch ausgestattet sein mit der Befugnis zum autonomen Satzungserlaß²². Dabei unterstehen sie der staatlichen Rechtsaufsicht. Der Entwurf geht von der Überlegung aus, daß ein regionenspezifischer Umweltschutz regionale Standards voraussetzt. Bei regionenspezifischem Einsatz verspricht der Gedanke einer autonomen umweltbezogenen Eigenregulierung bessere Steuerungsergebnisse als die großflächige Fremdregulierung. Auch erleichtert die Zusammenfassung von Umweltbelastern und Umweltbelasteten in Umweltgebietsverbänden konsensorientierte Formen des Interessenausgleichs²³. Schließlich ermöglicht diese Delegation von umweltbezogener Rechtsetzungsgewalt eine Staatsentlastung durch Selbstverwaltung: Regionale Sachkunde und Interessen können in die Gestaltung der Satzung eingehen.

III. Zusammenfassung

Im Sinne einer Entlastung staatlicher umweltpolitischer Regelsetzung ist eine Stärkung des „selbstverwalteten Umweltschutzes“ anzustreben. Durch die im UGB-KomE vorgesehene Ausweitung der privaten oder autonomen Normsetzung könnte dieses Ziel erreicht werden. Damit würde das Eigeninteresse der Betroffenen geweckt, deren Sachverstand mobilisiert und nutzbar gemacht sowie die Bereitschaft zur Normbefolgung gesteigert werden. Gleichzeitig wird der Staat von seinen Regelungsaufgaben teilweise entbunden. Weitgehend auf eine Mißbrauchsaufsicht beschränkt, wird er auch finanziell entlastet. Durch diese Modelle wird es auch zu einer höheren Differenzierung der Umweltstandards als bisher kommen, was die Chance zu mehr Umwelteffizienz in sich birgt. Insgesamt kann die Selbstregulierung im Umwelt- und Technikrecht erheblich dazu beitragen, die Akzeptanz von Umweltschutz als wesentliche Erfolgsvoraussetzung jeder Umweltpolitik in einer Demokratie dauerhaft zu gewährleisten. Kooperative Normsetzung kann zu einem entscheidenden Instrument der notwendigen ökologischen Selbst-Beherrschung²⁴ in einem rechtsstaatlich und demokratisch strukturierten Umweltstaat²⁵ werden.

²² Zu den Befugnissen der Gewässer- und Bodenverbänden vgl. § 6 WVG.

²³ *Kloepfer/Elsner* (FN 2), 974.

²⁴ Dazu *Kloepfer* (Hrsg.), *Selbst-Beherrschung im technischen und ökologischen Bereich*, 1998.

²⁵ Vgl. bereits *Kloepfer*, *Auf dem Weg zum Umweltstaat?*, in: *Kloepfer* (Hrsg.) *Umweltstaat*, 1989, S. 39 ff.

Abwägung und Kompensation im Umweltrecht – Ein Plädoyer für mehr Modellkonsistenz

Von Andreas Voßkuhle, Freiburg

I. Nutzungskonkurrenzen im Umweltrecht

Am Anfang der Entwicklung des Umweltrechts steht die schlichte Erkenntnis, daß Umweltressourcen begrenzt sind und daher gerecht zwischen den verschiedenen potentiellen Nutzern verteilt werden müssen. Obwohl es sich bei Wasser, Luft oder Landschaft an sich um öffentliche Güter handelt, die sich nach herkömmlichem Verständnis dadurch auszeichnen, daß sie gemeinschaftlich von vielen gleichzeitig genutzt werden können, also keine Konsumrivalität besteht, kommt es häufig zu Nutzungskonkurrenzen¹. Wer etwa einen Industriebetrieb neu ansiedelt, schließt andere häufig von bestimmten Nutzungen des Bodens im Umfeld der Anlage aus, zerstört wertvolle Natur und Landschaft und verursacht Lärm, Luft- und Wasserverunreinigungen. Wir haben es insoweit mit einem für das heutige Verwaltungsrecht typischen multipolaren Konflikt zu tun zwischen den wirtschaftlichen Interessen eines Unternehmers, der wiederum in Konkurrenz steht zu anderen Unternehmern, die Umwelt nutzen wollen, den Schutzinteressen der Anwohner und den Gemeinwohlinteressen an der Erhaltung der Umwelt².

Zur Lösung solcher Nutzungskonflikte bieten sich ganz verschiedene Modelle an. Zwei paradigmatische Konfliktlösungsmuster möchte ich hier etwas näher betrachten: das Abwägungsprinzip und das Kompensationsprinzip. Auf den

¹ Vgl. dazu nur M. Kloepfer/S. Reinert, Umweltprobleme als Verteilungsprobleme in rechtlicher Sicht, in: C. F. Gethmann/M. Kloepfer/S. Reinert, Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat, 1995, S. 23 ff.

ersten Blick scheinen beide Gedanken miteinander eng verwandt. Beide zielen auf Ausgleich, und zwar überall dort, wo konkurrierende Interessen und kollidierende Rechtsgüter in Einklang gebracht werden müssen. § 9 des Entwurfs der Sachverständigenentwurfs zum Umweltgesetzbuch unterscheidet jedoch ausdrücklich zwischen Abwägung und Ausgleich³. Meine These lautet denn auch: Abwägung und Kompensation verkörpern trotz ihres gemeinsamen Bezugspunktes im Ausgleich konfligierender Interessen zwei völlig unterschiedliche Denkmodelle mit jeweils spezifischem Konfliktlösungspotential, die zwar kombiniert, aber nicht miteinander vermischt werden dürfen. Um diese These zu belegen, möchte ich beide Modelle kurz gegenüberstellen (III.) und in einem weiteren Schritt die Folgen fehlender Modellkonsistenz an einem Beispiel aus dem Naturschutzrecht aufzeigen (IV.). Zunächst muß man sich aber die rechtliche Ausgangslage vergegenwärtigen (II.)⁴.

II. Der Dualismus aus Abwehr und Duldung

Unter dem Grundgesetz wird die Lösung von Verteilungskonflikten in bezug auf Umweltressourcen maßgeblich über das subjektiv-öffentliche Recht gesteuert. Das führt zu einem Dualismus aus Abwehr und Duldung. Geht man mit der noch h.M.⁵ davon aus, daß die Umweltnutzung vom Schutzbereich der

2 Zu den unterschiedlichen Grundkonstellationen multipolarer Konfliktlagen vgl. M. Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 1992, insbes. S. 9 ff.

3 Vgl. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Hrsg.), Umweltgesetzbuch (UGB-KomE), 1998, S. 461 f.

4 Die folgenden Ausführungen orientieren sich in wesentlichen Passagen an meiner Ende 1999 erschienenen Habilitationsschrift „Das Kompensationsprinzip“. Vgl. insbesondere S. 8-10, 46-48, 135-154.

5 Vgl. M. Kloepfer/H.-P. Vierhaus, Freiheit und Umweltschutz, in: M. Kloepfer (Hrsg.), Anthropozentrik, S. 29 ff.; A. v. Mutius/S. Lünenberger, Verfassungsrechtliche Aspekte einer umfassenden ökologischen Ressourcenwirtschaft, NVwZ 1996, S. 1061 (1065); W. Kluth, Verfassungs- und abgabenrechtliche Rahmenbedingungen der Ressourcenbewirtschaftung, NuR 1997, S. 105 (107); C. Enders, Kompensationsregeln im Immissionsschutzrecht, 1996, S. 63 ff. A. A. insbesondere D. Murswiek, Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, in: J. Isensee/P. Kirchhof, HdbStR Bd. V, 1992, § 112, RN 83; ders., Privater Nutzen und Gemeinwohl, DVBl. 1994, S. 77 (79 ff.); ders., Die Ressourcennutzungsgebühr, NuR 1994, S. 170 (175 f.). Vgl. ferner bereits H. Sendler, Wer gefährdet wen: Eigentum und Bestandsschutz den Umweltschutz - oder umgekehrt?, UPR 1983, S. 33 (41 f.); J. Wieland, Konzessionen und Konzessionsabgaben im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, WUR

Freiheitsrechte grundsätzlich umfaßt wird, dann stellt sich bei jeder individuellen Umweltnutzung die Frage, wie weit die dem Einzelnen durch die Rechtsordnung in Form des subjektiven Rechts verliehene Rechtsmacht reicht, seine Interessen auf Kosten kollidierender umweltschutzrelevanter Individual- und/oder Gemeinwohlinteressen durchzusetzen. Ausgehend von der binären Codierung des Rechtssystems in rechtmäßiges und rechtswidriges Verhalten⁶ und losgelöst von unterschiedlichen Rechtsschutzkonstellationen können die jeweiligen Beeinträchtigungen grundsätzlich entweder als unzulässig abgewehrt und von staatlicher Seite verboten werden, oder es besteht die Pflicht (des Bürgers bzw. des das Gemeinwohl schützenden Staates) zur Duldung. Das daraus resultierende „Alles-oder-nichts-Prinzip“ stößt angesichts der fortschreitenden rechtlichen Verdichtung und gleichzeitigen Ausdifferenzierung der sozialen Lebensverhältnisse jedoch mehr und mehr an seine Grenzen mit der Konsequenz einer gegenseitigen Blockade der aufeinanderprallenden Rechtspositionen. Dem im ordnungsrechtlichen Modell zur Konfliktlösung primär aufgerufenen Gesetzgeber fällt es folglich immer schwerer, die Grenze zwischen den tangierten Rechtssphären abstrakt-generell sachgerecht festzulegen.

III. Zwei Konfliktlösungsmodelle

1. Abwägung

Der Gesetzgeber geht daher zunehmend dazu über, die Lösung der oben skizzierten Verteilungskonflikte auf die Verwaltung zu verlagern. Dies geschieht insbesondere im Wege der Übertragung von Planungsaufgaben⁷, der

1991, S. 128 (134); D. Lorenz, Wissenschaft darf nicht alles! Zur Bedeutung der Rechte anderer als Grenze grundrechtlicher Gewährleistung, in: FS Lerche, 1993, S. 267 (275 ff.); A. Scherzberg, Freedom of Information - deutsch gewendet: Das neue Umweltinformationsgesetz, DVBl. 1994, S. 733 (742 f.); R. Schmidt, Umweltrechtsschutz durch Grundrechtsdogmatik, in: FS Zacher, 1998, S. 937 (956 f.).

⁶ Vgl. dazu nur N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 165 ff. m.w.N.

⁷ Vgl. statt vieler W. Hoppe/M. Beckmann/E. Kauch, Umweltrecht, 2. Aufl. 2000, § 7, Rdnr. 7 ff. m.w.N.

Einräumung von Ermessensspielräumen und der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe⁸. Ungeachtet bestehender (eher gradueller) Unterschiede zwischen dem Planungs-, Rechtsfolge- und Beurteilungsermessen⁹ hat die Verwaltung in all diesen Fällen eine Abwägungsentscheidung zu treffen, bei der alle Umweltauswirkungen zu berücksichtigen sind¹⁰. Die Abwägung gerät damit zur „zentralen Kategorie des ökologischen Rechts“¹¹. Auf den ersten Blick scheint man dem prekären Dualismus aus Abwehr und Duldung auf diese Weise ein Stück weit zu entkommen. Sieht man nämlich von allen gebotenen Differenzierungen und unterschiedlichen Theoriekonzepten¹² ab, so ist jeder Abwägungsentscheidung eigen, daß sie versucht, den Widerstreit gegenläufiger Rechtspositionen gerade nicht im Sinne eines „Alles-oder-Nichts-Prinzips“ aufzulösen, sondern durch „Harmonisierung“ (*U. Scheuner*) aller abwägungsrelevanten Faktoren im Sinne einer Bewertung und Saldierung von Vor- und Nachteilen¹³. Abwägung soll insofern im Einzelfall einen Kompromiß¹⁴ ermöglichen, bei dem es „keine Verlierer“ gibt¹⁵. Jedoch darf die Ubiquität des

8 Vgl. auch Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Hrsg.), (FN 3) S. 461.

9 Instruktiv dazu J. Dreier, Die normative Steuerung der planerischen Abwägung, 1995, S. 51-54. Vgl. ferner R. Bartlsperger, Das Abwägungsgebot in der Verwaltung als objektives und individualrechtliches Erfordernis konkreter Verhältnismäßigkeit, in: Erbguth u.a. (Hrsg.), Abwägung im Recht, 1996, S. 79 ff.

10 Deutlich statt vieler J. Dreier, (FN 9), S. 43 m.w.N., der im übrigen zutreffend darauf hinweist, daß auch bei der Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs eine Abwägung erfolgt, die jedoch in der Regel voll gerichtlich überprüfbar ist. Speziell zur Möglichkeit „abwägender Gewichtung“ bei unbestimmten Rechtsbegriffen im Umweltrecht M. Kloepfer, Umweltrecht, 2. Aufl. 1999, § 4 Rdnr. 54.

11 So R. Steinberg, Der ökologische Verfassungsstaat, 1998, S. 149.

12 Vgl. etwa K. Larenz, Methodische Aspekte der „Güterabwägung“, in: FS Klingmüller, 1974, S. 235 ff.; H. Hubmann, Die Methode der Abwägung, in: ders., Wertung und Abwägung im Recht, 1977, S. 145 ff.; R. Rubel, Planungsermessen, 1982, S. 92 ff.; R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 71 ff.; W. Enderlein, Abwägung in Recht und Moral, 1992, S. 143 ff. und S. 281 ff.; J. Dreier (FN 9), S. 55-94; J. Sieckmann, Zur Begründung von Abwägungsurteilen, Rechtstheorie Bd. 26 (1995), S. 45 ff.; N. Jansen, Die Abwägung von Grundrechten, Der Staat Bd. 36 (1997), S. 27 ff.

13 F. Ossenbühl, Abwägung im Verfassungsrecht, in: Erbguth u.a. (Hrsg.), Abwägung im Recht, 1996, S.25 (33).

14 So M. Kloepfer (FN 10) § 4 Rdnr. 53. Vgl. auch krit. W. Leisner, Der Abwägungsstaat, 1995, S. 235-242.

15 So statt vieler K. F. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 1995, S. 276.

Abwägungsmodus¹⁶ nicht darüber hinwegtäuschen, daß am Ende der Abwägung eine oder mehrere Seite(n) regelmäßig „Einbußen“ hinzunehmen haben. Gerade die planerische Abwägung zeichnet sich dadurch aus, daß dem Planungsziel widerstreitende Interessen bis zu einem gewissen Grad überwunden werden können¹⁷. Der angestrebte Ausgleich bleibt damit zu einem guten Teil *virtuell*. Die Harmonisierung der widerstreitenden Interessen spiegelt sich bei Licht betrachtet nicht so sehr im Ergebnis wider als in der *Art* und *Weise* wie man dort hingelangt. An die Stelle des Normbefehls des Gesetzgebers tritt die konkretisierende und nur noch schwach determinierte Entscheidung des einzelnen Rechtsanwenders, dem es selbst obliegt, in einem Konflikt verschiedener Rechtspositionen einer Position den *Vorrang* einzuräumen¹⁸. Es sind die trotz erheblicher methodischer Verfeinerung¹⁹, Kosten-Nutzen-Analysen²⁰ und prozeduraler Sicherungen²¹ verbleibenden Unsicherheiten des insofern notwendigen *interpersonalen Nutzenvergleichs* und die damit einhergehenden Wertungsspielräume und „Unwägbarkeiten“, auf denen das Mißtrauen beruht, das der Abwägung nach wie vor

16 H.-J. Koch, Die normtheoretische Basis der Abwägung, in: Erbguth u.a. (FN 13) S.9 (10): „ubiquitären Entscheidungsmodus“

17 Vgl. zusammenfassend R. Steinberg, Fachplanung, 2. Aufl. 1993, § 4, RN 1 ff.; W. Hoppe, in: ders./Grotefels, Öffentliches Baurecht, 1995, § 7, RN 81 ff. Vgl. auch E. Gassner, Die Überwindungslast bei der Abwägung öffentlicher Interessen durch die Verwaltung, DVBl. 1984, S.703 ff.

18 Deutlich etwa statt vieler K. Larenz, Methodenlehre, S. 404 f.; K. Stern, Staatsrecht, Bd. III/2, S. 818 f.

19 Ausführlich zur planerischen Abwägung statt vieler W. Hoppe, in: ders./Grotefels (FN 17), § 7. Neuere Entwicklungen bei W. Vallendar, Das Abwägungsgebot – ein alter Hut mit neuen Federn, UPR 1999, S. 121 ff.

20 Vgl. dazu etwa N. Jansen, Die Struktur rationaler Abwägungen, ARSP Beiheft 66 (1997), S. 152, 153-158 m.w.N.

21 Vgl. R. Steinberg (FN 11), S. 147-152 m.w.N. Gerade diese prozeduralen Sicherungen werden aber im Rahmen der sog. Beschleunigungsgesetzgebung gerade wieder abgebaut, vgl. krit. dazu B. Holznapel, Verfahrensbezogene Aufgabenkritik und Änderungen von Verfahrensstandards als Reaktionen auf die staatliche Finanzkrise, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, S. 205, 227 f.; A. Voßkuhle, Der Wandel des Verwaltungs- und des Verwaltungsprozeßrechts in der Informationsgesellschaft, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsrecht (in) in Informationsgesellschaft, 2000, S. 349 (398 ff.).

entgegengebracht wird, und die die Akzeptanz von Abwägungsentscheidungen beschränken²².

2. Kompensation

Eine andere Möglichkeit, Nutzungskonflikte zu lösen, bietet insofern das regulative Konzept der Kompensation, das zunehmend Bedeutung erlangt. Danach darf von einem *isoliert betrachtet* gerechtfertigten und notwendigen Verbot bestimmter Freiheitsbetätigungen abgesehen werden, wenn die dadurch verursachten nachteiligen Auswirkungen anderweitig angemessen kompensiert werden. Während sich auf diese Weise der individuelle Handlungsspielraum des Einzelnen deutlich erweitert, weil er nach eigenen ökonomischen oder sonstigen Präferenzen entscheiden kann, ob es für ihn günstiger ist, die beabsichtigten Beeinträchtigungen zu vermeiden oder nicht und statt dessen eine entsprechende Kompensation zu leisten, bleiben die kollidierenden Interessen Dritter oder der Allgemeinheit auch dort gewahrt, wo *an sich* unzumutbare Belastungen hingenommen werden müßten, weil und soweit ein adäquater Ausgleich erfolgt. Der eingangs beschriebene Dualismus aus (schlichter) Duldung und Abwehr erfährt auf diese Weise eine erhebliche Relativierung. Gleichzeitig braucht auf eine Steuerung durch den Gesetzgeber nicht verzichtet zu werden, da dieser es in der Hand hat, die Voraussetzungen sowie Art und Umfang der Kompensation normativ vorzuklären und die damit verbundenen Optionen im einzelnen näher auszugestalten.

Im deutschen Umweltrecht finden sich Kompensationslösungen mittlerweile in ganz verschiedenen Bereichen und in verschiedenen Varianten. Zu nennen sind hier etwa technisch-reale Neutralisierungsmaßnahmen (vgl. z.B. § 74 Abs.

22 Das gilt vor allem für das Verfassungsrecht, vgl. nur: B. Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, etwa S.45 ff., 124 ff.; F. Müller, Juristische Methodik, 6. Auf. 1995, S.62 ff, 67 f.; E.-W. Böckenförde, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1990, S.52 ff.; W. Leisner (FN 14), passim. Zu den unterschiedlichen Formen der Abwägungskepsis präzise W. Enderlein (FN 12), S.111 ff. Im Verwaltungsrecht sind die mit der Abwägung verbundenen originären Entscheidungskompetenzen des Rechtsanwenders dagegen weitgehend akzeptiert.

2 VwVfG, §§ 8 ff., 20c Abs. 2 BNatSchG, §§ 6, 4 Abs. 2 Nr. 2a, 8 Abs. 3, 18 WHG), Saldierungslösungen (vgl. z.B. §§ 7 Abs. 3, 17 Abs. 3a, 48 Nr. 4, 67a Abs. 2 BImSchG) sowie die Erhebung von Kompensationsabgaben (z.B. § 11 Abs. 3, 5 NatSchG BW, § 9 Abs. 4 LWaldG BW)²³.

Der Rationalitätsgehalt des Kompensationsmodells ist wesentlich höher als der des Abwägungsmodells. Statt zwei oder mehrere Rechtssphären und die dahinterstehenden Normaussagen im Konfliktfall zu gewichten und einander angemessen zuzuordnen, geht es bei der Kompensation um die *tatsächliche Behebung* eines isoliert betrachtet als *defizitär* erkannten *Zustands*, der zugleich *maßstabgebend* ist für Art und Umfang der erforderlichen Ausgleichsleistung. Eine Vorrangentscheidung, basierend auf einem interpersonalen Nutzenvergleich, braucht hier gerade nicht getroffen zu werden. Freilich bleiben auch bei der Kompensation mitunter erhebliche Wertungsspielräume im Hinblick auf die Beurteilung des Äquivalenzverhältnisses zwischen Vorteil und Nachteil erhalten. Diese sind aber qualitativ völlig anders gelagert. Während das Produkt der Abwägung ausschließlich auf einen *eigenen Erkenntnisakt* des Rechtsanwenders zurückgeht, liegen der Kompensation zumindest theoretisch *feste Parameter* („Soll“-Zustand = „Ist“-Zustand + Kompensationsleistung) zugrunde, die eine stark *formalisierte Grundstruktur* erkennen lassen. Der daraus resultierende Vorteil an Rationalität und Ergebnissicherheit verliert sich erst in dem Moment, in dem der Sollzustand nicht mehr maßstabgebend für den erforderlichen Ausgleich sein kann, weil es an entsprechend sinnvollen und operationalisierbaren Bewertungsfaktoren fehlt, etwa bei der Kompensation des Verlustes von Naturschönheit²⁴.

23 Zu unterschiedlichen Ausprägungen des Kompensationsgedankens im Umwelt- und Planungsrecht vgl. eingehend A. Voßkuhle (FN 4), S. 103-317, der fünf Grundmodelle herausarbeitet: Neutralisierungsmodell, Saldierungsmodell, Konzeptwechselmodell, Abgabenmodell, Entschädigungsmodell.

24 Zu den verschiedenen Bewertungsverfahren und –methoden im Naturschutzrecht vgl. etwa den Überblick bei B. Bender/R. Sparwasser/R. Engel, Umweltrecht 4. Auf. 2000, Kap. 5, Rdnr. 168 ff. m.w.N., sowie A. Voßkuhle (FN 4), S. 394-406.

IV. Die Gefahr des Regelungssynkretismus aus Abwägung und Kompensation

Die dargelegten Vorzüge des Konfliktlösungsmodus der Kompensation machen die Abwägung natürlich keineswegs überflüssig. Zum einen besteht schon faktisch nicht die Möglichkeit, alle Umweltbeeinträchtigungen zu kompensieren (Beispiel: zulässige Luftverschmutzungen), zum anderen setzt Kompensation häufig eine Abwägungsentscheidung über die Wahrung von Integritätsinteressen voraus, etwa bei der Beeinträchtigung von Eigentum und Freiheit²⁵. Des weiteren lassen sich Abwägung und Kompensation durchaus sinnvoll im Sinne eines Stufenmodells kombinieren. So erfolgt etwa bei der Planfeststellung auf der ersten Stufe ein Ausgleich der gegenläufigen Belange durch Abwägung, während unzumutbare Beeinträchtigungen auf einer zweiten Stufe durch kompensatorische Schutzanordnungen oder Entschädigungszahlungen ausgeglichen werden können²⁶.

Dringend zu warnen ist jedoch vor einem Regelungssynkretismus unter der Dominanz des Abwägungsparadigmas. Jenseits ihrer systemischen Nachteile verlieren die dargelegten Konfliktlösungsmodi nämlich zusätzlich stark an Rationalität, wenn nicht genügend auf Modellkonsistenz geachtet wird. Verdeutlichen läßt sich dieser Umstand anschaulich am Beispiel naturschutzrechtlicher Ausgleichsmaßnahmen. Nach der früheren Rechtslage waren unvermeidbare Eingriffe in Natur und Landschaft im Geltungsbereich eines Bebauungsplans innerhalb einer bestimmten Frist durch Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege auszugleichen (§ 8 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG). Ein Eingriff galt als ausgeglichen, wenn nach seiner Beendigung keine erhebliche oder nachhaltige Beeinträchtigung des Naturhaushalts zurückblieb und das Landschaftsbild landschaftsgerecht wiederhergestellt oder neu gestaltet war (§ 8 Abs. 2 Satz 4 BNatSchG). Konnte ein Eingriff tatsächlich nicht ausgeglichen werden, mußte eine Abwägung erfolgen, bei der zu

25 Vgl. A. Voßkuhle (FN 4), S. 281-291.

entscheiden war, ob die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege vorgehen. Nur in diesem Fall war der Eingriff zulässig. Da in bestimmten Fällen in der Vergangenheit die Realisierung von Kompensationsmaßnahmen jedoch auf Schwierigkeiten stieß oder jedenfalls als Hemmnis empfunden wurde, hat der Gesetzgeber im Rahmen der Baurechtsnovelle 1998 das bestehende Junktim zwischen Eingriff und Ausgleich endgültig aufgegeben und die naturschutzrechtliche Kompensationspflicht zu einem reinen Abwägungsbelang erklärt, der wie jeder andere Belang in der Abwägung überwunden werden kann (§ 1a Abs. 2 Nr. 2 BauGB)²⁷. Ob und in welchem Umfang für Eingriffe in die Natur Kompensation geleistet werden muß, ist damit in das Planungsermessen der Gemeinde gestellt. Dabei wurde übersehen, daß der Abwägung und der Kompensation völlig unterschiedliche Konfliktlösungsmodi zugrunde liegen. Verschmilzt man wie hier beide Vorgehensweisen, verliert der Kompensationsgedanke seine klare verantwortungszuweisenden und rationalitätsfördernden Konturen im dezisionistischen Geflecht planungsimmanenter Vorrangentscheidungen. Wer von allem etwas haben will, bekommt mitunter insgesamt weniger!

26 Vgl. A. Voßkuhle (FN 4), S. 105-132.

27 Vgl. nur H. Lüers, Bauleitplanung und Naturschutz, UPR 1996, S. 401 (405); M. Uechtritz, Die Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung in der Bauleitplanung: Klarstellungen, NVWZ 1997, S. 1182 (1185); R. Stich, Rechtsprobleme der Umsetzung der Forderung des Umweltschutzes nach § 1a BauGB 1998 in der städtebaulichen Planung und deren Vollzug, UPR 1998, S. 121 (124 ff.); B. Bender/R. Sparwasser/R. Engel (FN24), Kap. 5, Rdnr. 151 ff. U. Battis/M. Krautzberger/R.-P. Löhr, BauGB, 7. Aufl. 1999, § 1a, Rdnr. 29 m.w.N.

VI. Sektoren des Umweltrechts: Atomrecht

Kernenergie in Japan – Politik, Recht, Justiz

Von Shigeru Takahashi, Hitotsubashi-Universität, Tokyo

I. Kernenergiepolitik in Japan

1. Ein im Gegenwind immer langsamer fahrendes Segelschiff

Mit wenigen Worten ließe sich die Kernenergiepolitik in Japan als „ein im Gegenwind immer langsamer fahrendes Segelschiff“ bezeichnen. Mit der japanischen Kernenergiepolitik geht es immer noch voran. Zur Zeit befindet sich die Novelle des 5-Jahres-Kernenergieplans in Vorbereitung. Die grundsätzliche Einstellung zur Kernenergie ist eine Befürwortung der Förderung der Kernenergienutzung „mit dem Einverständnis der Bevölkerung“. Alle größeren japanischen Parteien nehmen diesen Standpunkt ein. So stehen die Koalitionsparteien, d.h. die Liberale Demokratische Partei und die Buddhistische Partei „Komei“ (Aufrichtigkeit), selbstverständlich auf diesem Standpunkt. Auch die Liberale Partei, die vor kurzem aus der Koalition austrat, und die größte Oppositionspartei, die Demokratische Partei Japans, befürworten eine ähnliche Kernenergiepolitik. Die Japanische Kommunistische Partei und die Sozialdemokratische Partei, die öffentlich eine Änderung der gegenwärtigen Politik vertreten, verfügen nicht einmal über zehn Prozent der Sitze des Unterhauses.

Unter diesen bestehenden Verhältnissen hat es die Gerichtsbarkeit bislang sorgfältig vermieden, gegen die Förderung der Kernenergiepolitik zu entscheiden. In bezug auf den Schnellen Brüter Monju, der wegen des Reaktorunfalls, bei dem Natrium ausgetreten ist, weltweit Beachtung gefunden hat, sind eine Klage auf Unterlassung des Betriebs und eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit der Errichtungsgenehmigung erhoben worden. Jedoch verwarf das Landgericht Fukui im März 2000 beide Klagen. Inzwischen versucht die japanische Regierung, ein weiteres großes Problem zu bewältigen, das eine Achillesferse in der japanischen Kernenergiepolitik ist. Um das Problem der Bildung von Endlagern stark radioaktiver Abfälle zu lösen, hat die Regierung dem Parlament einen Gesetzentwurf vorgelegt, der das Standortauswahlverfahren und die Betriebsmethode des Endlagers rechtlich regelt.

Diese japanische Politik mag anderen Ländern sehr unverständlich erscheinen. Am 30. September 1999 hat sich ein kritischer Unfall in einer Uranbrennstoffverarbeitungsanlage ereignet. Zahlreiche Nachbarn wurden evakuiert und zum ersten Mal gab es in Japan Todesopfer. In dieser Anlage war ein ganz anderer, aufgrund der innerbetrieblichen Ordnung abgekürzter Arbeitsgang angewandt worden als der offiziell angemeldete. Zum Beispiel wurde das saure Uran nicht automatisch, sondern manuell mit einem metallenen Eimer in die Lösung gegeben. Diese Sicherheitsvernachlässigung hat das Vertrauen der Bürger in die Kernkraftindustrie erheblich erschüttert. Auch andere Ereignisse erregten das Mißtrauen gegen Unternehmer und Verwaltung, die die Kernenergienutzung vorantreiben. Der oben erwähnte „Monju“-Unfall ereignete sich im Dezember 1995, im März 1997 brach ein Feuer in einer Asphaltverfestigungsanlage der Wiederaufarbeitungsanlage Tokai aus, und im Jahr 1998 wurden nacheinander mehrere Datenfälschungen ans Licht gebracht. Fast alljährlich ereigneten sich also verschiedene Unfälle und Skandale in der Kernkraftindustrie. Aufgrund dieses gewachsenen Mißtrauens ist die öffentliche Anstalt zur nuklearen Stromerzeugung und Kernbrennstofferschließung in die öffentliche Anstalt zur Kernbrennstoffkreislauferschließung umorganisiert worden. Auch der Bau eines neuen Kernkraftwerkes ist eingestellt worden.

2. Kräfte zugunsten der Kernenergie

Warum treibt die japanische Regierung die Nutzung der Kernenergie voran? Entscheidend für diese Politik sind die folgenden Erkenntnisse bezüglich der japanischen Energielage. Der größte Teil der zur Versorgung Japans benötigten Energie wird aus fossilen Brennstoffen erzeugt. Über 80 Prozent des Erdölverbrauchs wird als Rohstoff aus dem Mittleren Osten eingeführt. Das hat zur Folge, daß ein extremer Erdölpreisanstieg, z.B. bei einem Krieg im Mittleren Osten, die Bevölkerung und die Industrie Japans stark beeinflussen dürfte. Davor fürchten sich die betroffenen Behörden und Industriezweige. Die betreffenden Behörden fördern daher die Forschung und Erschließung von neuen Energien wie Windenergie und Solarenergie. Aber wegen der Mengenknappheit und der Instabilität der Versorgung aus diesen Quellen halten es die Behörden nach wie vor für fraglich, ob die neuen Energien in naher Zukunft den jetzigen Energiequellen, d.h. Wasserkraft, fossile Brennstoffe und Kernkraft, gleichkommen können.

Die Erderwärmung ist für Befürworter der Kernenergie „der letzte Trumpf“. Zum Beispiel setzte es sich die japanische Regierung im Jahr 1988 zum Ziel, bis zum Jahr 2030 zwanzig neue Kernkraftwerke zu errichten. Die Nutzung von Kernenergie führe dazu, daß sich die Kohlendioxidemissionen einschränken lassen, ohne die Wirtschaft zu stark einzuschränken.

In Anbetracht dieser Verhältnisse wurde die schon erwähnte Strategie zur Richtschnur gemacht, d.h. die der Förderung der Kernenergie mit dem Einverständnis der Bevölkerung. Seitdem sind verschiedene dieser Strategie entsprechende Maßnahmen getroffen worden. Da das Vertrauen in die Sicherheit des Schnellen Brüters nach dem „Monju“-Unfall erschüttert worden ist, wurde der Einsatz des Schnellen Brüters für die Wiederaufarbeitung als bloße Alternative, die nicht erreicht werden muß, neu überdacht. Zudem sollen verschiedene Gruppen in das Verfahren zur Planfeststellung über die Verwendung der Kernenergie einbezogen werden. Über die Kernenergie soll noch besser informiert werden. Das beratende Organ des Ministers für Handel und Industrie hat neuerdings eine Übersicht über den langfristigen Energiehaushalt in Angriff genommen. In dieser sollen die Änderungen des Errichtungsplans für zwanzig neue Reaktoren und die Nutzungsmöglichkeit der neuen Energieformen ausführlich erörtert werden.

II. Atomrecht in Japan

1. Atomrechtliches System in Japan

Im Mittelpunkt des japanischen atomrechtlichen Systems steht das Kernenergiegrundgesetz, das dem japanischen Verfassungsrecht gemäß festgesetzt ist. Für die Verwaltungsorganisationen und die Forschungs- und Erschließungsinstitute haben wir einige Gesetze, z.B. über die Regelung von Organisation und Zuständigkeiten des Ministers für Handel und Industrie, über die Regelung von Organisation und Zuständigkeiten des Amtes für Wissenschaft und Technologie, über die Regelung von Organisation und Zuständigkeiten der Kommission für die friedliche Nutzung der Kernenergie, über die Regelung von Organisation und Zuständigkeiten der Kommission für die Sicherheitsfragen der Kernenergie und über das Kernbrennstoffkreislauferschließungsinstitut. In bezug auf Atomschäden ist ein Atomhaftungsgesetz einschlägig, das ein Sondergesetz des Zivilrechts ist. Ferner besteht das Reaktor-, Kernstoff- und

Kernbrennstoffordnungsgesetz für die Sicherheitsordnung. Außerdem wurde anlässlich des kritischen Unfalls das Sondermaßnahmegesetz für Kernenergieunfälle erlassen. Lange Zeit galt die These, daß das japanische Rechtssystem dem deutschen im Bereich der Sicherheitsvorkehrungen nachsteht. Aber auch in Japan ist nachträglich endlich ein Rechtssystem für die Sicherheitsmaßnahmen eingerichtet worden.

2. Das erste Problem: Organisation, Aufstellung

Im Hinblick auf die staatliche Aufgabe, eine Entscheidung über die Kernenergiepolitik und eine Vereinbarung über den Standortplan rechtlich hinreichend zu begründen und die Sicherheit der Kernenergieindustrie optimal zu garantieren usw., verbleibt im japanischen Rechtssystem jedoch viel Raum für Verbesserungen. In diesem Vortrag will ich folgende drei Probleme behandeln. Erstens gibt es ein Problem hinsichtlich der Verwaltungsorganisation. In Japan wird die ministerielle Verwaltungsorganisation im Januar 2001 in vollem Umfang neu gestaltet. Im Zuge dessen soll das Amt für Ordnung und Überwachung der Sicherheitsfragen der friedlichen Nutzung der Kernenergie, welches ein Sonderamt des neuen Ministeriums für Industrie und Wirtschaft ist, für die Sicherheitsordnung der Kernenergie zuständig werden. Das bedeutet, daß die Befugnisse zur Sicherheitsordnung der Kernenergie, die zur Zeit zwischen dem Ministerium für Handel und Industrie und dem Amt für Wissenschaft und Technologie aufgeteilt sind, in einer Hand vereinigt werden sollen. Gegen diese Neugestaltung sind aber einige Widersprüche erhoben worden. Ein Teil der Bevölkerung weist darauf hin, daß das neue Amt nur ein Sonderamt des Ministeriums für Industrie und Wirtschaft ist, dessen Aufgabe die Förderung der Kernenergienutzung ist. Daher könnten die Ordnungsbefugnisse dieses neuen Amtes nicht unbeeinflusst ausgeübt werden. Sie schlagen vor, daß zur Wahrung politischer Neutralität und Unabhängigkeit nur die Kommission für die Sicherheitsfragen der Kernenergie die Befugnisse zur Sicherheitsordnung haben soll. Aber diese Kommission ist lediglich ein beratendes Organ des Ministerpräsidenten. Früher befand sie sich im Amt für Wissenschaft und Technologie und zählte nur etwa zehn Beamte. Anlässlich des kritischen Unfalls ist sie in das Amt des Ministerpräsidenten verlegt worden. Dabei wurde die Zahl der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter auf rund 100 erhöht. Dennoch ist diese Institution noch nicht ausreichend für die laufende Ausübung der Ordnungsbefugnisse.

3. Das zweite Problem: Standortauswahlverfahren

Das zweite Problem bezieht sich auf das Standortauswahlverfahren. In Japan bestimmt das Gesetz über die Förderung der Stromquellenerschließung das Standortauswahlverfahren. Nach diesem Gesetz sollen Standort, Ausmaß und Art von Kernenergieanlagen auf dem Grundplan zur Stromquellenerschließung festgestellt werden. Aber dieses Gesetz regelt das Standortauswahlverfahren nicht erschöpfend. Japanischen Standortauswahlverfahren fehlen ausreichende verfahrensrechtliche Regelungen. In solchen Standortplanfeststellungsverfahren werden verschiedene Förderungsmaßregeln zugunsten des vorgesehenen Standorts getroffen. Trotzdem ordnet kein Gesetz diese Maßregeln. Die Beförderungsmaßregeln werden vom Minister für Handel und Industrie entworfen, die anderen betroffenen Minister stimmen zu. Die Betroffenen haben keinen Rechtsanspruch, an diesen behördlichen Entscheidungen beteiligt zu werden. (Allerdings äußern sich die betroffenen Gemeinden und Präfekturen darüber, ob sie diese Beförderungsmaßregeln anwenden wollen.) Des Weiteren hat nur der Regierungspräsident ein Recht auf Anhörung beim Standortplanfeststellungsverfahren. Dieses Planfeststellungsverfahren ist durch eine verwaltungsinterne Richtlinie näher geregelt. Nach dieser Richtlinie soll ein auf dem Grundplan vorgesehener Standort nicht festgestellt werden, solange der Regierungspräsident dem Standortvorschlag seine Zustimmung versagt. Aber ein solches Veto hat keine gesetzliche Grundlage. Somit verliert der Regierungspräsident dieses Veto, wenn die verwaltungsinterne Richtlinie geändert wird. Das führt zur Unsicherheit der verfahrensrechtlichen Stellung des Regierungspräsidenten. Andererseits darf der Regierungspräsident, selbst wenn er seine Zustimmung schon offiziell gegeben hat, von seinem Veto Gebrauch machen. Dies folgt daraus, daß dieses Veto nur verwaltungsintern wirkt. Allerdings führt ein solcher Gebrauch des Vetos zur Unsicherheit über die Rechtswirkung der Standortentscheidung.

Diese Probleme könnten folgendermaßen gelöst werden. Erstens werden die Standortauswahlverfahren aller Energieversorgungsanlagen in das Feststellungsverfahren über den Raumordnungsplan eingegliedert. Zweitens werden die Maßstäbe für die Standortauswahl nicht durch Verwaltungsvorschriften, sondern durch nach außen verbindliche Rechtsvorschriften bestimmt. Drittens ändert das Parlament einen Teil des Raumordnungsgesetzes. Es gibt den betroffenen Behörden, Präfekturen, Gemeinden und Einwohnern die Gelegenheit zur Beteiligung an der

Standortauswahl und verpflichtet die zuständige Behörde, die Gründe der Auswahl bekannt zu machen. Durch diese Reformbestrebungen könnte die Regeldichte des Standortauswahlverfahrens intensiver werden.

4. Das dritte Problem: Das Sicherheitsprüfungssystem

Zuletzt will ich über das Problem des Sicherheitsprüfungssystems sprechen. Die japanische Sicherheitsprüfung von Kernenergieanlagen ist wie in Deutschland in mehrere Stufen unterteilt. Der erste Teil, die grundlegendste und umfassendste Prüfung, ist die Reaktorerrichtungsgenehmigung. Wenn ein Antragsteller diese Genehmigung erhält, entsteht eine Rechtslage, in der die Behörde ihm den Betrieb des Kernkraftwerkes letztendlich nicht mehr versagen darf. Bei dieser Genehmigung überprüft die zuständige Behörde, ob die beantragte Betriebsplanung keinen grundsätzlichen Fehler hat, ob das Leitkonzept der Anlage eine hinreichende Sicherheit gewährleistet u.s.w. Diese Punkte werden auch von der Kommission für die Sicherheitsfragen der Kernenergie überprüft (Doppelüberprüfung). Auf den späteren Stufen, d.h. im Verfahren zur Erlaubnis des Bauarbeitsplans, im Verfahren der Nachprüfung der Bauarbeiten u.s.w. sollen die Einzelheiten der Sicherheitsvorrichtungen, der konkrete Plan der Anlagen, die Stärke der Baumaterialien u.s.w. überprüft werden. Es kann daher festgestellt werden, daß in Japan im Verfahren der Reaktorerrichtungsgenehmigung nur der Inhalt des Leitplans überprüft wird. Diese Formel beschränkt die Rolle der Gerichtsbarkeit im japanischen Atomrechtsprozeß, insbesondere im Verwaltungsprozeß. In den bisherigen Verwaltungsprozessen ist nur die Rechtmäßigkeit der Reaktorerrichtungsgenehmigung überprüft worden. In den meisten Fällen wurden die Klagen mit der Begründung abgewiesen, daß es sich nicht um Streitfragen hinsichtlich des Leitplans, sondern hinsichtlich der Einzelheiten der Anlage handelt. Infolgedessen sind die Gerichte inhaltlich in die Klagebegehren nicht tief eingestiegen. Zu diesem Problem will ich später in Beziehung auf den Fall „Monju“ ein Beispiel anführen.

III. Gerichtliches Verfahren in Japan – auf dem Gebiet des Atomrechts

1. Nebeneinander von zivil- und verwaltungsgerichtlichem Verfahren

Am Ende des letzten Teils sind wir bereits in das Feld des Gerichtsverfahrens eingetreten. Vor dessen Darlegung möchte ich einen Grundriß des japanischen

Prozeßrechts zeichnen. In Japan ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit nach dem Zweiten Weltkrieg abgeschafft worden. Daher sind die ordentlichen Gerichte nicht nur für Zivilsachen, sondern auch für Verwaltungssachen zuständig. Beim atomrechtlichen Zivilprozeß wird das prozessuale Begehren mittels einer Unterlassungsklage gegen die Errichtung und den Betrieb der Anlage verfolgt. Beim Verwaltungsprozeß hingegen wird ein Verwaltungsakt durch Anfechtungsklage angegriffen. Wie oben erwähnt, sind alle bisherigen Anfechtungsklagen ausschließlich gegen Reaktorerrichtungsgenehmigungen erhoben worden. Das nachfolgende Verwaltungshandeln ist niemals vor Gericht gebracht worden. Die Gründe dafür sind wahrscheinlich, daß die Reaktorerrichtungsgenehmigung eben der erste und grundlegendste Verwaltungsakt in diesem Verfahren ist, daß die Kommission für die Sicherheitsfragen der Kernenergie ausschließlich diese Genehmigung überprüft und daß die nachfolgenden Verwaltungshandlungen sehr differenziert sind (z.B. teilt sich die Erlaubnis des Bauplans in zwanzig Akte).

In Japan haben der Zivilprozeß und der Verwaltungsprozeß im Atomrecht verschiedene Funktionen. Beim Zivilprozeß geht es darum, ob ein Eingriff in Leben oder Körper des Klägers vorliegt. In Zusammenhang mit diesem Eingriff kann dem Gericht jedes sachliche und rechtliche Problem unterbreitet werden. Dagegen geht es beim Verwaltungsprozeß darum, ob das betreffende Verwaltungshandeln den Kläger in seinen Rechten verletzt. Daher kann der Kläger nur die Probleme vorbringen, die im Zusammenhang mit diesem Verwaltungshandeln stehen. Allerdings ist Streitgegenstand der Anfechtungsklage die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts. Somit begründen die verschiedenen behördlichen, z.B. verfahrensrechtlichen Fehler unmittelbar die Möglichkeit zur Anfechtung des Verwaltungsakts. Beim Zivilprozeß werden dagegen solche Fehler nur mittelbar geprüft, d.h. die Richter überprüfen, ob sie schwer genug sind, um die Befürchtung eines Eingriffs in das Leben und den Körper des Klägers zu erwecken.

2. Der Verwaltungsprozeß

In Japan ist es wie in Deutschland umstritten, ob die Nachbarn einer Kernenergieanlage – sie sind keine Adressaten, sondern Dritte des betreffenden Verwaltungsakts – eine Klagebefugnis haben. Die Gerichte haben ihnen diese Klagebefugnis stets zugesprochen, weil sie es für ausschlaggebend halten, daß sich

ein Unfall notwendigerweise auf Leben und Körper der Nachbarn schädlich auswirken würde. Auf der Grundlage dieser Beurteilung hat das Oberste Gericht bisher zwei Sachurteile gesprochen (der Fall „Ikata“ und der Fall „Fukusimadaini“), in denen die folgenden wichtigen Ansichten entwickelt wurden. Erstens wurde die bereits erwähnte Formel, daß die zuständige Behörde bei der Reaktorerrichtungsgenehmigung nur die Bestandteile des Leitplans überprüfen muß, festgelegt. Zweitens werden behördliche Beurteilungen über die Kernanlage ausschließlich in bezug auf ihre Vertretbarkeit überprüft. Diese Ansicht des Obersten Gerichts scheint mir der Beurteilungsspielraumtheorie, die das deutsche Bundesverwaltungsgericht zur Kontrolle der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe angewandt hat, ähnlich zu sein. Drittens dürfen die Richter die Vertretbarkeit behördlicher Beurteilungen auch aufgrund neuer Kenntnisse überprüfen, die erst nach der Klageerhebung, etwa durch die Erfahrungen eines Unfalls, erworben wurden. Als Begründung hierfür wurde vorgebracht, daß es sich dabei um eine Anwendung eines Erfahrungssatzes handele. Jedoch sind diese Ansichten des Obersten Gerichts meiner Meinung nach dadurch bedingt, daß erstens in Japan eine Klage, mit der eine Behörde aufgrund neuer Erkenntnisse zu Maßnahmen für die Verbesserung des Kernkraftwerks verpflichtet werden soll, grundsätzlich nicht zulässig ist, und daß zweitens das Risiko, daß die Nachbarn Schäden erleiden, wenn die Sicherheit des Kernkraftwerks nicht verbessert wird, sich außerordentlich erhöhen würde. Hintergrund der oben als dritte angeführten Ansicht ist also, daß das Oberste Gericht sich auf diese Weise Gelegenheit zur Kontrolle dieser Probleme geben wollte.

Diese Beurteilungen, die das japanische Gericht für die prozeßrechtlichen Streitpunkte auf dem Gebiet des Atomrechts vorgelegt hat, sind wichtig und respektabel. Jedoch vermeidet das Gericht es sorgfältig, die Kernenergiepolitik zu behindern, und versucht deshalb ab und zu, die Sache mit einem unvertretbaren Gedankengang zu erledigen. Ein Beispiel dafür will ich hier anführen. Wie gesagt vertritt das Oberste Gericht die Ansicht, daß die Richter auch anhand der nach Klageerhebung erworbenen Erkenntnisse die behördlichen Beurteilungen auf ihre Vertretbarkeit hin überprüfen dürfen. Von allen Maßnahmen haben die Sicherheitsmaßnahmen gegen fahrlässige Fehler der Betreiber bekanntlich den größten Fortschritt gemacht. In früheren Zeiten hat die japanische Regierung die Maßnahmen zur Verhütung von fahrlässigen Fehlern kaum geregelt. Erst nach den Unfällen auf Three Mile Island und in Tschernobyl

wurden solche Sicherheitsmaßnahmen weltweit in stärkerem Maß getroffen. Dementsprechend vertraten die Kläger in einem japanischen atomrechtlichen Verwaltungsprozeß ganz selbstverständlich die Auffassung, daß die getroffenen Maßnahmen noch nicht ausreichend seien. Gegenüber dieser Behauptung sagte das Oberlandesgericht im Fall „Fukusimadaini“ jedoch, daß die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts anhand der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Vornahme des Verwaltungsakts überprüft werden müsse, und daher das Problem der Sicherheitsmaßnahmen keine Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts begründe. Die Behauptung der Kläger wurde somit verworfen. Wie löste das Oberste Gericht dieses Problem? Da es der Ansicht war, daß die Richter auch nach Erteilung der Genehmigung erworbenen Kenntnisse berücksichtigen dürfen, hätte das Oberste Gericht das Berufungsurteil eigentlich aufheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverweisen müssen. Das Urteil war dafür eigentlich rechtswidrig genug. Aber das Oberste Gericht kam zu demselben Schluß wie das Oberlandesgericht und stellte fest, daß die Maßnahmen zur Verhütung von fahrlässigen Fehlern keinen Bezug zum Leitplan haben und somit bei der Reaktorerrichtungsgenehmigung nicht zu überprüfen sind. Diese Begründung des Obersten Gerichts wurde selbst vom Prozeßvertreter des Staates nicht erwartet. Denn die japanische Regierung hat seit den achtziger Jahren die Maßnahmen zur Verhütung von Fahrlässigkeitsfehlern für grundlegend wichtig erachtet und sie intensiv überprüft. Die Regierung hat nämlich vorausgesetzt, daß sie im Zusammenhang mit dem Leitplan stehen. Dieses Beispiel kann nur so verstanden werden, daß das Oberste Gericht versucht hat, es unter allen Umständen zu vermeiden, das Urteil des Oberlandesgerichts aufzuheben (auch wenn das Oberste Gericht das Berufungsurteil unter echten rechtlichen Argumenten hätte überprüfen sollen).

3. Der Zivilprozeß

Ein Zivilprozeß wird im Atomrecht nicht so häufig wie ein Verwaltungsprozeß geführt. Ein Urteil des Obersten Gerichts gibt es noch nicht. Aber ich denke, daß der Zivilprozeß heute seine Rolle spielt. Denn Fragen der nuklearen Entsorgung, insbesondere der Endlagerung radioaktiver Abfälle, des Abbruchs von Kernreaktoren und der Maßnahmen zur Verhütung von Fahrlässigkeitsfehlern werden im Zivilprozeß alle direkt behandelt. Allerdings haben die Kläger noch keinen Prozeß gewonnen. Ihr Vorbringen scheiterte immer an der vorhandenen „Defence in Depth“, d.h. einer

starken Basis, dicken Betonwänden, stählernen Druckgefäßen, Notstandskernkühlungssystemen u.s.w. Auch wenn sich die Richter überzeugen lassen sollten, daß irgendeine Störung durchaus möglich ist, wird die Unterlassungsklage keinen Erfolg haben, solange die Kläger nicht überzeugend beweisen können, daß die vorhandenen Sicherheitsmaßnahmen nicht ausreichen und der Außenwelt eine Beeinträchtigung droht. Bei den bisherigen Zivilprozessen ist dieser Beweis den Klägern noch nie gelungen.

4. Der Fall „Monju“: das Urteil des Landgerichts Fukui – Wird die Erwartung der japanischen Bevölkerung in die Justiz erfüllt?

Wie oben erwähnt, verwarf das Landgericht Fukui im März 2000 die Klage der Nachbarn des Schnellen Brütters Monju, der anlässlich des Unfalls, bei dem Natrium austrat, weltweit Aufsehen erregt hat. Hier will ich nicht auf den Zivilprozeß zu sprechen kommen. Auch dieser Unfall verlief ohne weitere Gefährdungen. Mehrfache Sicherheitsmaßnahmen wirkten gut. Aber beim Verwaltungsprozeß hege ich starke Zweifel, ob die Beurteilungen des Gerichts richtig waren. Im Prozeß vertrat die staatliche Behörde die Ansicht, daß die Ursache des Unfalls in einer Fehlkonstruktion des Thermometers liege, welche in keinem Zusammenhang mit dem Leitplan stehe. Zudem gehe es dabei um die Dicke der Eisenplatte zum Schutz des Anlagenbodens, die die Berührung des Natriums mit dem Fußboden hindern solle. Aber auch das habe bei der Reaktorerrichtungsgenehmigung nicht überprüft werden müssen. Die behördliche Sicherheitsprüfung sei vertretbar gewesen. Die Kommission für Sicherheitsfragen der Kernenergie ist ebenfalls dieser Auffassung. Trotzdem verlangt die Kommission in Hinblick auf die durch die Erfahrungen dieses Unfalls erworbenen Kenntnisse vom Kernbrennstoffkreislauferschließungsinstitut einen Antrag auf Änderung der Reaktorerrichtungsgenehmigung, damit die Sicherheitsmaßnahmen hinreichend überprüft werden.

Diese Ansicht der Kommission ist sehr interessant. Wenn die Ursache des Unfalls in etwas läge, das in keinem Zusammenhang mit dem Leitplan stünde, wäre keine Änderungsgenehmigung nötig. Es ist unverständlich, warum die Kommission dennoch einen Antrag auf die Änderungsgenehmigung verlangte. Der Beklagte in diesem Prozeß war der Ministerpräsident. Als beratendes Organ des Ministerpräsidenten war die Kommission nicht einmal eine Partei dieses Prozesses. Daher hätte das Gericht

diese Ansicht der Kommission nicht berücksichtigen müssen. Jedoch ist die Kommission als Sachverständigenorgan für die Sicherheit von Kernenergieanlagen verantwortlich. Ihre „Ansichten über die Sicherheitsmaßnahmen“ sind somit sehr wichtige Unterlagen. Aber das Gericht ging auf diese Auffassung nicht ein und wies die Klage mit der Begründung ab, daß die Sicherheitsmaßnahmen, die anhand neuer Erkenntnisse verbessert werden sollten, in keinem Zusammenhang mit dem Leitplan stünden. Im Hinblick auf die Erwartungen der Bevölkerung an die Justiz komme ich nicht umhin, die Richtigkeit dieser gerichtlichen Begründung sehr zu bezweifeln.

IV. Zusammenfassung

Seit der zweiten Hälfte der neunziger Jahre verläuft die Entwicklung der Kernenergiepolitik in Deutschland und Japan in entgegengesetzter Richtung. Japan schreitet langsam voran, und zwar sicher aus Gründen der Trägheit. Bei der jetzigen Konstellation der Parteien gibt es keine Gegenkraft, die dieses Segelschiff anhält. Allerdings denke ich, daß wir Juristen auf politische Entscheidungen nur wenig Einfluß ausüben können. Eine wichtige Aufgabe für Juristen ist es eher, ein Rechtssystem vorzubereiten, das bei der politischen Entscheidung und ihrer Ausführung für einen Konsens mit der Bevölkerung und den Interessenten sorgt und ihnen Rechtssicherheit verschafft. Auf dieser Einstellung beruht mein Vorschlag zur Verbesserung des atomrechtlichen Rechtssystems. Außerdem zeigt die japanische Gerichtsbarkeit die Tendenz, sich übermäßig davor zu scheuen, eine Entscheidung gegen die Entwicklung der Kernenergiepolitik zu treffen. Gegen die grundsätzliche Strömung der bisherigen Urteile habe ich nichts einzuwenden. Aber einige von ihnen haben den Fehler begangen, wegen zu großer Vorsicht die Erwartung der Bevölkerung nicht zu erfüllen. Die Gerichte vor diesem Fehler zu warnen, halte ich für eine andere wichtige Pflicht der Juristen.

Grundrechtsbeschränkungen und (politische) Risikobewertung im Atomrecht

Von Georg Hermes, Frankfurt a. M.

I. Einleitung

Die Wahl Ende 1998 verhalf in der Bundesrepublik Deutschland zwei Parteien zur Mehrheit, die den Ausstieg aus der wirtschaftlichen Nutzung der Kernenergie zum Bestandteil des Regierungsprogramms machten. Dieser Ausstieg umfaßt nicht nur ein Verbot der Neuerrichtung von Atomanlagen, sondern soll auch dem Betrieb der bereits existierenden 19 Kernkraftwerke in der Bundesrepublik ein Ende setzen. Die Genehmigungen für diese Anlagen wurden in der Vergangenheit unbefristet erteilt. Um den Betrieb von Kernkraftwerken in absehbarer Zeit zu beenden, sollen die unbefristet erteilten Genehmigungen nachträglich durch Gesetz befristet werden. Die Frage, ob eine solche nachträgliche Befristung atomrechtlicher Genehmigungen verfassungsrechtlich zulässig ist, hat in der Bundesrepublik Deutschland eine rege Diskussion unter Rechtswissenschaftlern ausgelöst. Einigkeit herrscht hierbei eigentlich nur darüber, daß unbefristet erteilte Betriebsgenehmigungen jedenfalls vom sachlichen Schutzbereich¹ des Grundrechts auf Eigentum aus Art. 14 I 1 GG umfaßt sind².

¹ Die Einigkeit beschränkt sich allerdings auf die Betroffenheit des sachlichen Schutzbereiches. Ob die Betreiber der Kernkraftwerke, an denen die öffentliche Hand in den meisten Fällen beteiligt ist, überhaupt Träger von Grundrechten sein können, ist ein weiterer Aspekt der Diskussion, auf den in diesem Rahmen nicht eingegangen werden soll; näher zu dieser Frage *E. Denninger*, Verfassungsrechtliche Fragen des Ausstiegs aus der Nutzung der Kernenergie zur Stromerzeugung, 2000, S. 41 ff.; *B. Stüer/S. Loges*, Ausstieg aus der Atomenergie zum Nulltarif?, NVwZ 2000, 9 (10 f.); *M. Böhm*, Der Ausstieg aus der Kernenergienutzung - Rechtliche Probleme und Möglichkeiten, NuR 1999, 661 (661 f.); *K. Borgmann*, Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen des Ausstiegs aus der Kernenergie, 1994, S. 318 ff.; *U. Di Fabio*, Der Ausstieg aus der wirtschaftlichen Nutzung der Kernenergie, 1999, S. 84 ff.; *G. Roller*, Eigentums- und entschädigungsrechtliche Fragen einer Beendigung der Kernenergienutzung, in: A. Roßnagel/ders., Die Beendigung der Kernenergienutzung durch Gesetz, 1998, S. 81 (83 ff.);

² *E. Denninger*, Verfassungsrechtliche Fragen des Ausstiegs aus der Nutzung der Kernenergie zur Stromerzeugung, 2000, S. 47 ff.; *B. Stüer/S. Loges*, Ausstieg aus der Atomenergie zum Nulltarif?, NVwZ 2000, 9 (12); *K. Borgmann*, Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen des Ausstiegs aus der Kernenergie, 1994, S. 316 f.; *M. Schmidt-Preuß*, Atomausstieg und Eigentum, NJW 2000, 1524 (1524); *U. Di Fabio*, Der Ausstieg aus der wirtschaftlichen Nutzung der Kernenergie, 1999, S. 121 ff.; *F. Ossenbühl*, Verfassungsrechtliche Aspekte eines Ausstiegs, et 1998, 758 (758).

II. Die nachträgliche Befristung atomrechtlicher Betriebsgenehmigungen - Inhalts- und Schrankenbestimmung oder Enteignung?

Besonders umstritten ist die Frage, um welche Art von Zugriff auf das Eigentumsrecht es sich bei der nachträglichen Befristung der Betriebsgenehmigungen handelt. In Frage kommt eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums gemäß Art. 14 I 2 GG oder eine Enteignung gemäß Art. 14 III GG. Die Bestimmung der einschlägigen Rechtsgrundlage für die Befristung ist von hoher praktischer und politischer Bedeutung, weil die Enteignung in jedem Fall mit einer Entschädigung des Betroffenen verbunden sein muß. Dagegen löst die Inhalts- und Schrankenbestimmung nur dann eine Ausgleichspflicht aus, wenn diese Beschränkung sonst unverhältnismäßig wäre. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind beide Zugriffsformen strikt voneinander zu trennen. Eine Bestimmung des Eigentumsinhalts kann auch dann nicht in eine Enteignung umgedeutet werden, wenn sie die verfassungsrechtlichen Zulässigkeitsgrenzen überschreitet oder in ihren Auswirkungen für den Betroffenen einer Enteignung nahe- oder gleichkommt³. Eine Enteignung ist nach dieser Rechtsprechung zu definieren als staatlicher Zugriff auf das Eigentum des Einzelnen, der seinem Zweck nach auf die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver, durch Art. 14 I 1 GG geschützter Rechtspositionen gerichtet ist. Hingegen besteht die Inhaltsbestimmung in der generellen und abstrakten Festlegung von Rechten und Pflichten durch den Gesetzgeber hinsichtlich solcher Rechtspositionen. Ihr Zweck ist die Normierung objektiv-rechtlicher Vorschriften, die den „Inhalt“ des Eigentumsrechts vom Inkrafttreten des Gesetzes an für die Zukunft bestimmen⁴. Dabei ist jedoch auch die Angleichung von bereits nach altem Recht begründeten Eigentumsrechten an die Neuregelung oder sogar ihre völlige Beseitigung nicht von vornherein ausgeschlossen⁵. Beide Eingriffsarten können sich demnach für den Betroffenen als Entzug subjektiver Rechte darstellen. Im Falle der Enteignung wird jedoch die Eigentumsordnung insgesamt aufrecht erhalten und nur für singuläre Fälle immer wieder durchbrochen, indem konkrete subjektive Rechte entzogen werden. Dagegen handelt es sich bei der Entziehung alter Rechte im

³ Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 52, 1 (27 f.); zuletzt BVerfGE 100, 226 (240).

⁴ BVerfGE 52, 1 (27).

⁵ BVerfGE 83, 201 (212).

Zusammenhang mit einer Neubestimmung der Eigentumsinhalte für die Zukunft niemals um eine Enteignung, sondern immer um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung⁶.

Die nachträgliche Befristung atomrechtlicher Betriebsgenehmigungen ist Bestandteil einer umfassenden Neuordnung der Energieversorgung. Die Bundesregierung will erstens die Sicherheitsrisiken der bisherigen Energieversorgung für die Bevölkerung verringern. Zweitens soll das bislang ungelöste Problem der Entsorgung radioaktiven Abfalls nicht noch weiter vergrößert werden. Drittes Element dieser neuen Energiepolitik ist der beschleunigte Umstieg auf die Nutzung risikoarmer regenerativer Energiequellen. Zu diesem Zweck soll die Nutzung kerntechnischer Anlagen für die Zukunft insgesamt aus der Eigentumsordnung ausgeschlossen werden⁷. Als Bestandteil einer solchen Neubestimmung der Eigentumsordnung für die Zukunft ist auch die Befristung bereits erteilter Betriebsgenehmigungen als Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG einzuordnen⁸. Die Vertreter der Gegenansicht, nach der die nachträgliche Befristung eine Enteignung darstellt⁹, verkennen entweder die gefestigte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Unterscheidung zwischen Enteignung und Inhaltsbestimmung¹⁰ oder reduzieren das gesetzgeberische Ziel einseitig auf die

⁶ *H.-J. Koch*, Der Atomausstieg und der verfassungsrechtliche Schutz des Eigentums, NJW 2000, 1529 (1531 f.).

⁷ *H.-J. Koch*, Der Atomausstieg und der verfassungsrechtliche Schutz des Eigentums, NJW 2000, 1529 (1534).

⁸ Ebenso *H.-J. Koch*, Der Atomausstieg und der verfassungsrechtliche Schutz des Eigentums, NJW 2000, 1529 (1534 f.); *E. Denninger*, Verfassungsrechtliche Fragen des Ausstiegs aus der Nutzung der Kernenergie zur Stromerzeugung, 2000, S. 51 ff.; mit abweichender Begründung *B. Stüer/S. Loges*, Ausstieg aus der Atomenergie zum Nulltarif?, NVwZ 2000, 9 (13).

⁹ *M. Schmidt-Preuß*, Atomausstieg und Eigentum, NJW 2000, 1524 (1525 f.); *K. Borgmann*, Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen des Ausstiegs aus der Kernenergie, 1994, S. 394 ff.; *F. Ossenbühl*, Verfassungsrechtliche Fragen eines Ausstiegs aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie, AöR 144 (1999), 1 (9 ff.); *U. Di Fabio*, Der Ausstieg aus der wirtschaftlichen Nutzung der Kernenergie, 1999, S. 127 ff.

¹⁰ So etwa *F. Ossenbühl*, Verfassungsrechtliche Fragen eines Ausstiegs aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie, AöR 144 (1999), 1 (19 ff.), der die oben bereits wiedergegebene Aussage des Verfassungsgerichts, wonach die Intensität des Eingriffs für die Abgrenzung keine Rolle spielt (BVerfGE 100, 226 (240)), ignoriert. Die Frage der Einordnung einer „Totalentleerung des Rechts“ soll vielmehr „ungelöst“ sein. Daß das Bundesverfassungsgericht gerade diese Frage als im Sinne seiner zitierten Rechtsprechung geklärt ansieht, ergibt sich eindeutig aus BVerfG, NJW 1998, 367 (368). Andere Vertreter führen Kriterien für die Inhalts- und Schrankenbestimmung an, die sich jedenfalls der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht entnehmen lassen, so *M. Schmidt-Preuß*, Atomausstieg und Eigentum, NJW 2000, 1524 (1525), der als Inhaltsbestimmung „optimierende Reformvorhaben, die fortentwickelnde und bewahrende, nicht aber umgestaltende oder beseitigende Funktion haben“, verstanden wissen will.

Befristung der Laufzeiten bestehender Kernkraftwerke¹¹. Das Gesamtziel der Neuordnung der Energieversorgung wird dabei ignoriert.

III. Die Intensität des staatlichen Zugriffs auf das Eigentum der Betreiber

Neben der Positionierung in der Entschädigungsfrage erfüllt die Einstufung der Genehmigungsbefristung als Enteignung einen weiteren Zweck: Indem die Befristung als Eingriff in das Eigentum deklariert wird, erhöhen die Vertreter dieser Ansicht vermeintlich auch die Begründungslasten für den Gesetzgeber¹². Ergänzt wird diese Betonung der Eingriffsintensität durch pauschale Verweise auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die eine „hohe Wertigkeit der Eigentumsfreiheit“ indizieren soll¹³. Es stellt sich die Frage, ob - selbst wenn man von einer Enteignung durch Genehmigungsbefristung ausgeht - bei der Bestimmung der Rechtfertigungsanforderungen ein undifferenzierter Verweis auf die vorgebliche Schwere von Enteignungen ausreichend sein kann. Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG fordert für die Bestimmung der Enteignungsentschädigung eine gerechte Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Betroffenen. Das Grundgesetz selbst geht damit offensichtlich davon aus, daß auch Enteignungen unterschiedlich intensiv wirken können. Zu einer genaueren Beurteilungsgrundlage der Schwere des Eingriffs käme man durch eine Berücksichtigung der sozialen Funktionen des betroffenen Eigentumsobjektes¹⁴. Diese werden in der Literatur bereits für die Bestimmung der gerechten Enteignungsentschädigung angewendet¹⁵. Sie könnten ebenfalls zu differenzierteren Antworten bei der Frage nach dem Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers führen - nicht nur bei Bestimmungen des Eigentumsinhalts, sondern auch bei Enteignungen. Ein hier zu berücksichtigendes Prinzip ist etwa das der personalen Schutzrichtung des Eigentums. Daraus ergibt sich, daß das Schutzniveau

¹¹ F. Ossenbühl, Verfassungsrechtliche Fragen eines Ausstiegs aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie, AöR 124 (1999), 1 (26); U. Di Fabio, Der Ausstieg aus der wirtschaftlichen Nutzung der Kernenergie, 1999, S. 137.

¹² Auf diesen Zusammenhang weisen ausdrücklich hin U. Di Fabio, Der Ausstieg aus der wirtschaftlichen Nutzung der Kernenergie, 1999, S. 127; F. Ossenbühl, Verfassungsrechtliche Fragen eines Ausstiegs aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie, AöR 124 (1999), 1 (30).

¹³ M. Schmidt-Preuß, Atomausstieg und Eigentum, NJW 2000, 1524 (1527).

¹⁴ Das Bundesverfassungsgericht verwendet die soziale Funktion des Eigentums dazu, um den gesetzgeberischen Spielraum bei der Inhalts- und Schrankenbestimmung genauer zu bemessen, vgl. etwa BVerfGE 50, 290 (340); hierzu auch H. Rittstieg, in: AK-GG Bd. 1, 2. Aufl. 1989, Art. 14/15 Rn. 169.

¹⁵ B.-O. Bryde, in: v. Münch/Kunig, GG-Kommentar Bd. 1, 4. Aufl. 1992, Art. 14 Rn. 94.

des Eigentums auch davon abhängt, wieweit der Eigentümer die betroffene Position durch eigene Leistung erworben hat¹⁶. Die Tatsache, daß die Stromerzeugung durch Kernenergie in Deutschland von Anfang an in hohem Maße staatlich subventioniert war, würde bei näherer Betrachtung die behauptete schwere Beeinträchtigung der Eigentumsrechte der Betreiber durch die Befristung ihrer Genehmigungen relativieren¹⁷.

IV. Verfassungsgerichtliche Überprüfbarkeit gesetzgeberischer Risikobewertungen

Die Bestimmung der Eingriffsintensität ist Vorfrage zu einem allgemeinen grundrechtsdogmatischen Problem, über das nachzudenken die Diskussion um den Atomausstieg einen weiteren Anlaß geliefert hat. Ein weiterer wichtiger Streitpunkt in dieser Diskussion ist nämlich die Kompetenzverteilung zwischen dem Bundesverfassungsgericht und den politischen Instanzen insbesondere bei der Bewertung von Risiken. Diese Frage wird im Mittelpunkt der weiteren Ausführungen stehen. Zunächst möchte ich einen Überblick über die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht zur Frage gerichtlich nicht überprüfbarer Einschätzungsspielräume des Gesetzgebers geben (1.). Anschließend soll die Anwendung dieser Grundsätze auf den konkreten Fall des Ausstiegs aus der Kernenergie dargestellt werden (2.). Besondere Aufmerksamkeit möchte ich dabei der Frage zuwenden, inwieweit die Typik von Risikoermittlung und Risikobewertung im Atomrecht Grenzen für die gerichtliche Überprüfbarkeit hervorbringt (3.).

1. Der Einschätzungsspielraum der Legislative in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Frage des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums bei der Prognose über die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit staatlicher Eingriffe in

¹⁶ Vgl. nur BVerfGE 58, 81 (112).

¹⁷ Ähnlich argumentiert *E. Denninger*, Verfassungsrechtliche Fragen des Ausstiegs aus der Nutzung der Kernenergie zur Stromerzeugung, 2000, S. 78 ff. bei der Bestimmung der Verhältnismäßigkeit der Befristung; erstaunlicherweise leiten *U. Di Fabio*, Der Ausstieg aus der wirtschaftlichen Nutzung der Kernenergie, 1999, S. 39 ff. und *F. Ossenbühl*, Verfassungsrechtliche Fragen eines Ausstiegs aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie, AöR 124 (1999), 1 (42 f.) aus der staatlichen Unterstützung für die Atomwirtschaft eine zusätzliche Verstärkung des Vertrauensschutzes der Betreiber her.

Grundrechte war bislang vom Gedanken des „judicial self-restraint“ geprägt. Dabei wurde die anzuwendende Prüfungsintensität bei Prognoseentscheidungen von mehreren Faktoren abhängig gemacht: „Ungewißheit über die Auswirkungen eines Gesetzes in einer ungewissen Zukunft kann nicht die Befugnis des Gesetzgebers ausschließen, ein Gesetz zu erlassen, auch wenn dieses von großer Tragweite ist. Umgekehrt kann Ungewißheit nicht schon als solche ausreichen, einen verfassungsgerichtlicher Kontrolle nicht zugänglichen Prognosespielraum des Gesetzgebers zu begründen. Prognosen enthalten stets ein Wahrscheinlichkeitsurteil, dessen Grundlagen ausgewiesen werden können und müssen; diese sind einer Beurteilung nicht entzogen. Im einzelnen hängt die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers von Faktoren verschiedener Art ab, insbesondere von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter.“¹⁸ Um einen Maßstab zu finden, anhand dessen sich der Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers abstecken läßt, sind in Anwendung dieser Rechtsprechung also neben der Schwere des Eingriffs in Art. 14 GG auch die spezifischen Eigenschaften der hier zu treffenden Risikoabwägung genauer zu analysieren.

2. Einschätzungsspielraum bei der nachträglichen Befristung atomrechtlicher Betriebsgenehmigungen

Ein Teil der Stellungnahmen in der Literatur zieht demgegenüber die Grenzen für den Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers beim Atomausstieg sehr eng, was einseitig mit der behaupteten hohen Intensität des Eingriffs in Art. 14 GG begründet wird. Ein Eingriff in die durch Art. 14 GG geschützten unbefristeten Genehmigungen bzw. in das daraus resultierende Vertrauen der Betreiber soll nach dieser Ansicht nur dann gerechtfertigt sein, wenn „objektive“ Feststellungen eine Neubewertung des Risikos der Kernenergienutzung tragen¹⁹. Eine „bloße“ Änderung der politischen

¹⁸ BVerfGE 50, 290 (332); die selben Faktoren werden auch bei der Bestimmung des gesetzgeberischen Spielraums bei der Wahrnehmung von Schutzpflichten herangezogen, vgl. BVerfGE 88, 203 (262).

¹⁹ F. Ossenbühl, Verfassungsrechtliche Aspekte eines Ausstiegs, et 1998, 758 (762); ders., Verfassungsrechtliche Fragen des Ausstiegs aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie, AöR 124 (1999), 1 (30 f., 46 ff.).

Bewertung des Gesamtrisikos soll hingegen nicht ausreichend sein²⁰. Daß es sich im Falle des Ausstiegs aus der Atomenergie um einen Fall bloßer politischer Neubewertung handele, zeige sich daran, daß über die Gefahren dieser Technologie keine neuen Erkenntnisse oder Beurteilungsgrundlagen vorhanden seien, sondern alte Fakten lediglich neu bewertet würden²¹.

Weiter eingeeengt wird der Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers nach dieser Auffassung auch durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die in der Erteilung atomrechtlicher Genehmigungen keinen Verstoß gegen die Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 2 GG gesehen hat²². Das Gericht hat es als vereinbar mit dem Recht auf Leben und Gesundheit angesehen, daß der Gesetzgeber ein auch durch größtmögliche Sicherheitsanforderungen nicht auszuschließendes Restrisiko in Kauf nimmt²³. Aus diesen Urteilen des Verfassungsgerichts wird eine erhöhte Begründungspflicht für den Ausstieg hergeleitet, weil „der Gesetzgeber dieser verfassungsrechtlichen Bewertung und der ihr zu Grunde liegenden Risikoeinschätzung erfolgreich entgegenzutreten“ müßte²⁴. Tatsächlich hat das Bundesverfassungsgericht jedoch in den genannten Entscheidungen dem Gesetzgeber einen weiten Spielraum bei der Umsetzung von Schutzpflichten zugestanden. Es stellt fest, daß „über die Art und Weise, wie die aus Art. 2 Abs. 2 GG hergeleitete Schutzpflicht zu erfüllen“ ist, „in erster Linie die staatlichen Organe in eigener Verantwortung zu entscheiden“ haben²⁵. Das Gericht reduziert seine Überprüfung daher auf „evidente“ Pflichtverletzungen des Staates²⁶. Der Aussagegehalt der zitierten Urteile reduziert sich denn auch auf die Feststellung,

²⁰ F. Ossenbühl, Verfassungsrechtliche Aspekte eines Ausstiegs, et 1998, 758 (762); M. Schmidt-Preuß, Kernenergiepolitik und Atomrecht, et 1998, 750 (755); zum an diesen Aussagen deutlich werdenden Konflikt zwischen Demokratieprinzip und Vertrauensschutz A. Roßnagel, Demokratische Politik und Vertrauensschutz, in: H.-J. Koch/ders. (Hrsg.), 10. Deutsches Atomrechtssymposium, 2000, S. 105 ff.

²¹ F. Ossenbühl, Verfassungsrechtliche Fragen des Ausstiegs aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie, AöR 124 (1999), 1 (48).

²² BVerfGE 53, 30 (57 ff.) - Mühlheim-Kärlich; BVerfGE 49, 89 (127 ff.) - Kalkar.

²³ BVerfGE 49, 89 (143).

²⁴ M. Schmidt-Preuß, Atomausstieg und Eigentum, NJW 2000, 1524 (1528); ders., Kernenergiepolitik und Atomrecht, et 1998, 750 (755); ähnlich U. Di Fabio, Der Ausstieg aus der wirtschaftlichen Nutzung der Kernenergie, 1999, S. 110; K. Kruis, Der gesetzliche Ausstieg aus der „Atomwirtschaft“ und das Gemeinwohl, DVBl. 2000, 441 (443).

²⁵ BVerfGE 56, 54 (80) - Fluglärm mit Verweis auf BVerfGE 39, 1 (44) - Schwangerschaftsabbruch I und BVerfGE 46, 160 (164) - Schleyer.

²⁶ BVerfGE 56, 54 (80 f.).

daß das vorliegende Schutzniveau jedenfalls keine „evidente“ Verletzung der Schutzpflicht darstellt. Diese Feststellung enthält jedoch nicht die Aussage, daß dieses Niveau gleichzeitig auch das einzig zulässige, verfassungsrechtlich gebotene Schutzniveau darstellt, dessen Erhöhung auf Kosten anderer Grundrechtsträger zusätzlich begründungsbedürftig wäre. In der Fluglärmentscheidung, in der es ebenfalls um die Vereinbarkeit staatlichen Handelns mit der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG ging, hält das Bundesverfassungsgericht sogar ausdrücklich fest, daß die Verneinung einer Schutzpflichtverletzung keine Aussage darüber enthält, ob das existierende Schutzniveau befriedigend sei²⁷. Aus dieser Zurücknahme der Prüfungsintensität durch das Gericht läßt sich eine normativ verbindliche Risikobewertung, die gesetzgeberisch kaum oder gar nicht zu überwinden ist, nicht konstruieren²⁸. Die Idee des *judicial self-restraint* wird mit diesem Fehlschluß auf bemerkenswerte Weise verkannt.

Eine andere Ansicht versucht, für die Überprüfung der Geeignetheit der Alternativen zur Kernenergie innerhalb der Erforderlichkeitsprüfung einen Verfassungsmaßstab herzuleiten, der „dem weiten Ermessen des Gesetzgebers, Gemeinwohlbelange zu definieren und zu gewichten“ ebenfalls verbindliche Grenzen²⁹ setzen soll. Aus der Pflicht zum Schutz des menschlichen Lebens (Art. 2 Abs. 2 GG), den Staatszielen des Umweltschutzes (Art. 20 a GG) und der Bewahrung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts (Art. 109 Abs. 2 GG) und schließlich aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 2 GG) sollen demnach justiziable Begrenzungen des Entscheidungsspielraums des Gesetzgebers über die Energieversorgung hergeleitet werden³⁰. Die Pflicht des Staates zum Lebensschutz soll sich konkretisieren zu einer Verpflichtung, für die Erforschung und Entwicklung von risikoarmen neuen Technologien zu sorgen“. Daher komme der Ausstieg aus der Kernenergie nur als „ultima ratio“ in Betracht. Dabei müsse der Gesetzgeber die Folgen für den Treibhauseffekt „gegenrechnen“, wenn die Kernenergie durch andere Energieformen

²⁷ BVerfGE 56, 54 (80).

²⁸ Ebenso *H.-J. Koch*, Der Atomausstieg und der verfassungsrechtliche Schutz des Eigentums, NJW 2000, 1529 (1533).

²⁹ *K. Kruis*, Der gesetzliche Ausstieg aus der „Atomwirtschaft“ und das Gemeinwohl, DVBl. 2000, 441 (442).

³⁰ *K. Kruis*, Der gesetzliche Ausstieg aus der „Atomwirtschaft“ und das Gemeinwohl, DVBl. 2000, 441 (442 ff.); *U. Di Fabio*, Der Ausstieg aus der wirtschaftlichen Nutzung der Kernenergie, 1998, S. 79 ff.

ersetzt werden solle³¹. Aus dem Sozialstaatsprinzip wird eine Verpflichtung abgeleitet, „die Versorgung der privaten Haushalte mit Strom in einem dem notwendigen Lebensunterhalt genügenden Maße und zu einem sozial tragbaren Preis zu gewährleisten“. Dies setze staatlichen Maßnahmen Grenzen, die darauf gerichtet sind, den Strombedarf zu reduzieren. Aus dem Staatsziel, das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht zu berücksichtigen, wird ebenfalls ein Verbot des Abschaltens oder der Verteuerung der Stromversorgung hergeleitet³². Es ist zweifelhaft, ob aus der Pflicht zum Schutz des Lebens und den Staatszielen überhaupt derartige Anforderungen an den Gesetzgeber hergeleitet werden können. Wie oben bereits dargestellt, beläßt das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber bei der Wahrnehmung seiner Schutzpflichten einen weiten Ermessensspielraum. Auch die Bindungswirkung der Staatszielbestimmungen im Grundgesetz ist nur schwach. So handelt es sich beim Sozialstaatsprinzip nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur um einen „Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber“, dem sich angesichts seiner Weite und Unbestimmtheit „regelmäßig kein Gebot entnehmen“ läßt, „soziale Leistungen in einem bestimmten Umfang zu gewähren“³³. Konkrete verfassungsrechtliche Gebote für die Gestaltung der Energieversorgung bis hin zur Festlegung des Gesetzgebers auf bestimmte Energiequellen lassen sich deshalb weder aus den Staatszielbestimmungen noch aus den Schutzpflichten entnehmen³⁴. Hinzu kommt, daß diese angeblich aus der Verfassungsordnung herleitbaren Vorgaben für die Energieversorgung nach wie vor eine Fülle ausfüllungsbedürftiger Begriffe enthalten und auch die zentralen Abwägungs- und Prognoseentscheidungen bei der Wahl der Energieversorgung nicht ersetzen können. Nur dann, wenn auf Fragen wie etwa der, was ein „sozial tragbarer Preis“ für die Energieversorgung ist oder ob ein Ausstieg aus der Kernenergie nicht auch durch den Rückgriff auf regenerative Energieträger bewerkstelligt werden kann, eine rechtlich oder tatsächlich eindeutige Antwort zu geben wäre, könnten aus diesen Prinzipien justiziable Grenzen für die Regelung der

³¹ K. Kruis, Der gesetzliche Ausstieg aus der „Atomwirtschaft“ und das Gemeinwohl, DVBl. 2000, 441 (444).

³² K. Kruis, Der gesetzliche Ausstieg aus der „Atomwirtschaft“ und das Gemeinwohl, DVBl. 2000, 441 (444).

³³ BVerfGE 82, 60 (80).

³⁴ Ebenso E. Denninger, Befristung von Genehmigungen und das Grundrecht auf Eigentum, in: H.-J. Koch/A. Roßnagel (Hrsg.): 10. Deutsches Atomrechtssymposium, 2000, S. 167 (170 f.).

Energieversorgung hergeleitet werden. Von den Vertretern dieser Ansicht werden denn solche scheinbaren Klarheiten auch behauptet, um die Grenzen für den Gesetzgeber enger bestimmen zu können. So finden sich Aussagen, wonach etwa der Einsatz regenerativer Energiequellen „auf lange Sicht noch nicht möglich“ sei, „wenn damit der große Bedarf an Strom zu ökonomisch erträglichen Preisen gedeckt werden soll“³⁵. Die Frage, inwieweit die Vertreter solcher Ansichten dabei den Boden des rechtlich und tatsächlich gesicherten Wissenstandes verlassen, wird von diesen jedoch nicht aufgeworfen.

3. Grenzen richterlicher Überprüfbarkeit von Risikoermittlung und Risikobewertung

Dies führt zu dem Kriterium für die Bestimmung des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums, das von den Kritikern der gesetzgeberischen Entscheidung für einen Ausstieg aus der Nutzung der Kernenergie vollständig vernachlässigt wird. Wie bereits erwähnt, stellt das Bundesverfassungsgericht bei der Bestimmung der Prüfungsintensität gesetzgeberischer Entscheidungen über ungewisse Verläufe nicht nur auf die Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter ab, sondern auch auf die Möglichkeit, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden³⁶.

Der Zusammenhang zwischen der Typik bestimmter Prognose- oder Abwägungsentscheidungen und den sich daraus ergebenden Beschränkungen ihrer gerichtlichen Überprüfbarkeit ist vor allem anlässlich der Diskussion der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfbarkeit von Risikobewertungen der Exekutive im Umwelt- und Technikrecht geklärt worden. Die Erkenntnis dieses Zusammenhangs ist der normativen Ermächtigungslehre zu verdanken³⁷. Nach dieser Lehre kommt es für den Umfang der Kompetenzen einer Organgruppe auch darauf an, ob diese Organgruppe nach ihrer Ausstattung, ihren Ressourcen und den von ihr praktizierten Verfahren generell zur Wahrnehmung bestimmter Funktionen - gegebenenfalls

³⁵ K. Krüis, Der gesetzliche Ausstieg aus der „Atomwirtschaft“ und das Gemeinwohl, DVBl. 2000, 441 (443).

³⁶ BVerfGE 50, 290 (332).

³⁷ Ausführlich zu diesem Begriff und den Fallgruppen, in denen die Prüfungsintensität der Verwaltungsgerichte gegenüber exekutiven Entscheidungen zurückgenommen ist E. Schmidt-Aßmann, in: Maunz-Dürig-Herzog, GG-Kommentar, Bd. II, Art. 19 Rn. 185 ff.

besser als andere Organgruppen - geeignet ist. Zwar können die Gerichte ungenaue oder unzureichende rechtliche Maßstäbe durch Richterrecht in bestimmtem Umfang auffüllen. Ein unbegrenztes Vorgehen ohne orientierende rechtliche Maßstäbe ist jedoch nicht möglich. Die Gerichte geraten dort an ihre Leistungsgrenze, wo jenseits gesetzlicher Vorgaben ergänzende, auf externen Sachverstand angewiesene Abwägungs- und Einschätzungsleistungen in großem Umfang erforderlich sind³⁸. Die Risikoermittlung und -abschätzung insbesondere im Atomrecht gehört zu diesem besonderen Entscheidungstypus. In diesem Bereich kann zur Risikoermittlung kaum auf die Erfahrung mit eingetretenen und verwirklichten Risiken zurückgegriffen werden. Typisch für das Atomrecht ist vielmehr das Erkennen und die Bewertung hypothetischer Risiken³⁹. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Typik bestimmter atomrechtlicher Entscheidungen wie folgt beschrieben: „Will der Gesetzgeber die Möglichkeit künftiger Schäden durch die Errichtung oder den Betrieb einer Anlage oder durch ein technisches Verfahren abschätzen, ist er weitgehend auf Schlüsse aus der Beobachtung vergangener tatsächlicher Geschehnisse auf die relative Häufigkeit des Eintritts und den gleichartigen Verlauf gleichartiger Geschehnisse in der Zukunft angewiesen; fehlt eine hinreichende Erfahrungsgrundlage hierfür, muß er sich auf Schlüsse aus simulierten Verläufen beschränken. Erfahrungswissen dieser Art, selbst wenn es sich zur Form des naturwissenschaftlichen Gesetzes verdichtet hat, ist, solange menschliche Erfahrung nicht abgeschlossen ist, immer nur Annäherungswissen, das nicht volle Gewißheit vermittelt, sondern durch jede neue Erfahrung korrigierbar ist und sich insofern immer nur auf dem neuesten Stand unwiderlegten möglichen Irrtums befindet.“⁴⁰ Nicht zufällig finden sich denn auch Aussagen der Rechtsprechung zur Abgrenzung der Kompetenzen von Exekutive und Judikative vor allem in atomrechtlichen Entscheidungen. Ein erster Schritt hin zur Eröffnung eines Entscheidungsspielraums für die Exekutive erfolgte im Kalkar-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts. Dort heißt es: „Dabei kann es hier offen bleiben, wo im Hinblick auf [die Rechtsweggarantie des] Art. 19 Abs. 4 GG bei der Bewertung technischer Normen und Standards für die Einschätzung künftiger

³⁸ R. Wahl, Risikobewertung der Exekutive und richterliche Kontrolldichte - Auswirkungen auf das Verwaltungs- und das gerichtliche Verfahren, NVwZ 1991, 409 (411).

³⁹ R. Wahl, Risikobewertung der Exekutive und richterliche Kontrolldichte - Auswirkungen auf das Verwaltungs- und das gerichtliche Verfahren, NVwZ 1991, 409 (410).

⁴⁰ BVerfGE 49, 89 (142 f.)- Kalkar.

Schadensmöglichkeiten die Grenzen richterlicher Nachprüfungspflicht liegen, und ob sich die Gerichte nicht etwa darauf beschränken dürfen zu prüfen, ob bei Kenntnislücken und Unsicherheiten im Bereich der naturwissenschaftlichen und technischen Feststellungen und Beurteilungen die Grenzen der sich daraus ergebenden 'Bandbreite' eingehalten worden sind⁴¹. In einer folgenden, ebenfalls im Bereich des Atomrechts ergangenen Entscheidung heißt es mit Blick auf die Bewertungen der Genehmigungsbehörde: „Die Gerichte haben solche Feststellungen und Bewertungen nur auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen, nicht aber ihre eigenen Bewertungen an deren Stelle zu setzen.“⁴²

Diese Erkenntnisse aus dem Verhältnis der Verwaltungsgerichte zu den exekutiven Risikobewertungen bei der Anwendung einfachen Atomrechts lassen sich für das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber bei der Bestimmung verfassungsrechtlicher Grenzen für die Risikobewertung der Kernenergienutzung insgesamt verwerten. Selbst wenn man von der Beobachtung absieht, daß schon für die Ermittlung des tatsächlich bestehenden Risikos eines relevanten atomaren Schadens und seiner Wahrscheinlichkeit kein „objektives“, nur zu einem eindeutigen Ergebnis führendes naturwissenschaftliches Verfahren zur Verfügung steht⁴³, sondern unterstellt, daß das Risiko „objektiv“ bestimmbar ist, bleibt doch ein Entscheidungselement übrig, für das die Verfassung keine rechtlichen Vorgaben bereithält. Die Frage, ob eine Gesellschaft ein bestimmtes Risiko zu tragen bereit ist oder sein muß, läßt sich weder aus den Staatszielen noch aus den Grundrechten beantworten. Es handelt sich dabei um eine genuin politische Entscheidung⁴⁴, für deren materielle Richtigkeit an sich keine rechtlichen Maßstäbe existieren. Sie muß notwendig „willkürlich“ oder „bloß politisch motiviert“ erscheinen.

⁴¹ BVerfGE 49, 89 (136)- Kalkar.

⁴² BVerfGE 61, 82 (115) - Sasbach; bestätigend und mit deutlichem Anklang an die normative Ermächtigungslehre BVerwGE 72, 300 (316 f.) - Wyhl.

⁴³ Hierzu *H.-J. Koch/A. Roßnagel*; Neue Energiepolitik und Ausstieg aus der Kernenergie, NVwZ 2000, 1 (2 f.).

⁴⁴ So, allerdings ohne Inbezugnahme möglicher grundrechtlicher Vorgaben, auch das Bundesverfassungsgericht: „Die normative Grundsatzentscheidung für oder gegen die rechtliche Zulässigkeit der friedlichen Nutzung der Kernenergie im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland ist wegen ihrer weitreichenden Auswirkungen auf die Bürger, insbesondere auf ihren Freiheits- und Gleichheitsbereich, auf die allgemeinen Lebensverhältnisse und wegen der notwendigerweise damit verbundenen Art und Intensität der Regelung eine grundlegende und wesentliche Entscheidung im Sinne des Vorbehalts des Gesetzes. Sie zu treffen ist allein der Gesetzgeber berufen“ (BVerfGE 49, 89 (127) - Kalkar; ebenso BVerfGE 53, 30 (56 f.)).

Dies kann gerade nicht zu ihrer Unzulässigkeit führen, selbst wenn durch diese Entscheidung in Grundrechte eingegriffen wird. Denn auch die Grundrechte enthalten keine Maßstäbe, die es erlauben, eine solche Entscheidung für illegitim zu halten. Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber auch in den Fällen, in denen Grundrechte betroffen sind, für Eingriffe in das Wirtschaftsleben einen weiten Beurteilungsspielraum bei der Wahl geeigneter Mittel zugestanden. Dieser ist nur bei offensichtlichen Fehleinschätzungen überschritten⁴⁵. Den Gerichten fehlt es jenseits solcher evidenten Fehleinschätzungen des Gesetzgebers an rechtlichen Maßstäben zur Nachprüfung solcher Entscheidungen. Die Typik der Entscheidung über die Risiken der Kernenergienutzung entzieht sich damit per se weitgehend richterlicher Bewertung, unabhängig von der Intensität des mit einer solchen Entscheidung möglicherweise verbundenen Grundrechtseingriffs. Ebenso wenig wie sich aus der Schutzpflicht des Art. 2 Abs. 2 GG ein Gebot zum Verzicht auf die Kernenergie herleiten läßt⁴⁶, läßt sich aus den in Art. 14 GG geschützten Eigentumsrechten der Betreiber eine Rechtspflicht zur Beibehaltung existierender atomarer Anlagen entnehmen.

V. Schluß

Daß eine solche Entscheidung auch Grundrechtsträger in ihren Rechten, möglicherweise intensiv, berührt, betrifft demnach nicht die Legitimität der Ausstiegsentscheidung an sich, sondern bringt allenfalls Begründungs-, Verfahrens- und Ausgleichspflichten hervor⁴⁷. Den Begründungspflichten ist dann genügt, wenn die politischen Entscheidungsträger wissenschaftlich vertretbare Grundlagen für ihre Risikobewertung vorlegen. Wer hier nach „objektiven“ Erkenntnissen über die Höhe und Wahrscheinlichkeit atomarer Risiken verlangt⁴⁸, muß sich hinsichtlich der Erkenntnisfähigkeit auch der Naturwissenschaften zumindest eine gewisse Naivität vorbehalten lassen. Die Grenzen der Erkenntnis markieren einen Weg, der nicht zur richterlichen Dezision, sondern in das Forum politischer Auseinandersetzung führt.

⁴⁵ BVerfGE 30, 292 (317) - Mineralölbevorratung.

⁴⁶ BVerfGE 49, 89 (140 f.) - Kalkar; BVerfGE 53, 30 (57) - Mühlheim-Kärlich.

⁴⁷ A. Roßnagel, Zulässigkeit eines Kernenergieausstiegsgesetzes, et 1998, 764 (766).

⁴⁸ Wie etwa F. Ossenbühl, Verfassungsrechtliche Aspekte eines Ausstiegs, et 1998, 758 (762); ders., Verfassungsrechtliche Fragen des Ausstiegs aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie, AöR 124 (1999), 1 (30 f., 46 ff.).

Es ist für die Befürworter der Kernenergie heute derselbe Weg, den ihre Gegner seit Jahren gegangen sind.

Rechtsfragen des Atomausstiegs*

Von Rudolf Steinberg, Frankfurt am Main

Einleitend sei ein Hinweis auf die Rechtsnatur der vor kurzem zwischen Bundesregierung und Energieversorgungsunternehmen geschlossenen 'Vereinbarung über die geordnete Beendigung der Nutzung der Kernenergie' gestattet. Obgleich mit dieser Vereinbarung das Konzept eines entschädigungslosen 'Ausstiegs im Konsens' umgesetzt werden soll, handelt es sich zunächst einmal um nichts anderes als um ein 'gentlemen's agreement' zwischen Regierung und Energieversorgern.

Hinter der Entscheidung der rot-grünen Bundesregierung, auf der Grundlage der mit den Energieversorgern nunmehr erzielten Einigung den Ausstieg aus der kommerziellen Nutzung der Kernenergie zu unternehmen, steht eine gegenüber früheren Jahrzehnten grundsätzlich veränderte Bewertung dieser Großtechnologie. Noch Ende der 50er Jahren konnte man in der Präambel des Godesberger Programms der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands lesen:

„Das ist der Widerspruch unserer Zeit, daß der Mensch die Urkraft des Atoms entfesselte und sich jetzt vor den Folgen fürchtet, daß der Mensch die Produktivkräfte aufs Höchste entwickelte, ungeheure Reichtümer ansammelte, ohne allen einen gerechten Anteil an dieser gemeinsamen Leistung zu verschaffen. ... Aber das ist auch die Hoffnung unserer Zeit, daß der Mensch im atomaren Zeitalter sein Leben erleichtern, von Sorgen befreien und Wohlstand für alle schaffen kann, wenn er seine täglich wachsende Macht über die Naturkräfte nur für friedliche Zwecke einsetzt.“

Diese Fixierung auf die vorgeblich unbegrenzten Möglichkeiten der Kernenergie fand sich bei allen gesellschaftlichen Gruppen in den 50er Jahren. Man hielt damals die Kernenergie für unverzichtbar und verschaffte dementsprechend auch dem Atomrecht eine rechtliche Sonderstellung. Diese zeigt sich im übrigen auch in den Bestimmungen des Euratom-Vertrages, die der Europäischen Gemeinschaft das Eigentum an spaltbaren Materialien übertragen. Insgesamt wurde damals die Rechtslage sehr atomfreundlich ausgestaltet.

* Zusammenfassung eines Vortragsmanuskripts für einen Redebeitrag auf dem Deutsch-Japanischen

Folge dieser atomfreundlichen Rechtslage war u.a. eine enge institutionelle Verflechtung

zwischen Staat und Wirtschaft im Bereich der Kernenergie, für die hier beispielhaft nur auf das Deutsche Atomforum sowie die Deutsche Atomkommission hingewiesen sei. Die wesentlichen Entscheidungen über Auflage und Fortgang der Atomprogramme sind denn auch von diesen Gremien ausgegangen und zu keinem Zeitpunkt im Deutschen Bundestag debattiert worden. Insoweit läßt sich von einer 'Eigenregie' oder 'Selbststeuerung' der Wirtschaft im Bereich der Atomtechnologie zu dieser Zeit sprechen.

Die institutionellen Verflechtungen zwischen Staat und Industrie im Bereich der Atomtechnologie fanden ferner Ausdruck in ungewöhnlich hohen Förderbeiträgen für die Entwicklung der Kernenergie. Im Zeitraum von 1956 bis 1975 sind über 17 Milliarden DM in diesem Bereich an öffentlichen Fördermitteln geflossen. Allein das Projekt des 'Schnellen Brütters' in Kalkar wurde mit 4 Milliarden DM - bei einem Gesamtbaupreis von 6 Milliarden DM - staatlich subventioniert. Zur direkten Subventionierung traten steuerliche Rückstellungen für die Energiewirtschaft sowie Haftungsentlastungen für die Betreiber kerntechnischer Anlagen hinzu.

In den 70er Jahren ist es dann zu einem grundsätzlichen Wandel in den gesellschaftlichen Anschauungen über die Nutzung der Atomenergie gekommen. Seit Beginn der 70er Jahre hat es keine Anlagengenehmigung mehr ohne intensiven rechtlichen und politischen Streit gegeben. Die zunehmend kritische Einstellung gegenüber der Kernkraft zeigte sich nirgendwo so deutlich wie am Beispiel der Hüttendörfer und Sitzblockaden, mit denen versucht wurde, die Errichtung atomtechnischer Großanlagen in Gorleben, Wackersdorf und andernorts zu verhindern.

Der um die energiewirtschaftliche Nutzung der Atomkraft ausgebrochene gesellschaftliche Streit wurde in der Folge vielfach gerichtlich bis in die höchsten Instanzen ausgetragen. Zahlreiche Entscheidungen auch des Bundesverfassungsgerichts betrafen die Errichtung einzelner atomtechnischer Großanlagen. Dabei rückte ins Zentrum des Bewußtseins vieler sowie der politischen Auseinandersetzung nicht nur das Genehmigungsverfahren für einzelne Anlagen,

sondern zunehmend auch die Entsorgungsfrage. Diese stand beispielsweise auch im Mittelpunkt der Regierungserklärung des damaligen niedersächsischen Ministerpräsidenten Albrecht vom 16. Mai 1979, die das sog. 'integrierte Entsorgungskonzept Gorleben' zum Scheitern brachte. Weitere Versuche zur Errichtung atomarer Endlager - wie zum Beispiel im oberpfälzischen Wackersdorf - sind, wie wir heute wissen, ebenfalls gescheitert. Schließlich hat sich der politische Widerstand in Teilen der Gesellschaft gegen die Nutzung der Atomenergie auch auf die atomaren Transporte ausgedehnt, bei denen der langanhaltende Protest am Ende zur Aufdeckung zahlreicher Mängel führte. Auch das bereits erwähnte Projekt des 'Schnellen Brütters' in Kalkar ist letztendlich durch den Widerstand der betroffenen Bürger gestoppt worden.

Ausschlaggebend für den Weg in den Ausstieg - und den dahinter stehenden veränderten gesellschaftlichen Anschauungen - waren aber vor allem die schweren Unfälle in den Kernkraftwerken von Harrisburg 1979 und Tschernobyl 1986. Die Unvorhersehbarkeit von Ereignissen und die Unsichtbarkeit der Strahlung, die Schutzmaßnahmen faktisch unmöglich machen, waren dabei die Faktoren, aus denen sich die zunehmende Angst vor der Kernenergie speiste. Die Ereignisse in Harrisburg und Tschernobyl offenbarten auch die Grenzen behördlich oder von Betreiberseite verfolgter Sicherheitskonzepte: Diese können zwar bewirken, daß eine Anlage gegen bestimmte Ereignisse - Störfälle - ausgelegt ist. Indessen können sie nicht den Eintritt vorhergesehener Ereignisse - Unfälle - verhindern, gegen die eine Anlage nicht ausgelegt ist.

Aus der faktischen Unmöglichkeit von Schutzmaßnahmen bei Unfällen und den sich damit verbindenden Ängsten in der Bevölkerung erklärt sich auch der Aufstieg der 1978 erstmals auf regionaler Ebene aktiven Grünen Partei. Diese zwang die etablierten politischen Kräfte vielfach zu Reaktionen. So verwundert es nicht, daß die SPD 1986 schließlich einen Beschluß zum Ausstieg aus der Kernenergie faßte, demzufolge nach zwei Jahren der erste Reaktor stillgelegt und nach 10 Jahren sämtliche Anlagen vom Netz sein sollten. Auch die CDU bezeichnete 1994 die energiewirtschaftliche Nutzung der Kernenergie als Übergangslösung.

Die veränderte Beschlußlage der SPD führte in Bundesländern mit SPD-geführten Regierungen häufig zu einem sog. 'ausstiegsorientierten Gesetzesvollzug'. Dieser hat zwar nie zur Aufhebung einer atomrechtlichen Genehmigung für ein

Kernkraftwerk geführt. Er hat aber insgesamt zu einer doch spürbaren Verbesserung der Sicherheit atomarer Anlagen geführt. Insbesondere das Konzept des anlageninternen Notfallschutzes wurde auf diese Weise verbessert.

Das schreckliche Ereignis in Tschernobyl 1986 sowie dessen Auswirkungen in der damaligen Bundesrepublik führten schließlich zur Errichtung eines Umweltministeriums auf Bundesebene. Die sog. 'Töpfer-Novelle' zum Atomgesetz von 1992 suchte die Entwicklungen der 80er Jahre nochmals zusammenzufassen. Die mit diesem Gesetzentwurf beabsichtigten Rechtsänderungen sind indessen niemals in Kraft getreten. Allerdings wurde eine neue Strahlenschutzverordnung erlassen, nach deren Bestimmungen die Grenzwerte am Zaun einer Anlage nicht überschritten werden dürfen.

Diese Entwicklungen bilden den Hintergrund, vor dem sich die Diskussion um die Rechtmäßigkeit eines Ausstiegsgesetzes entfaltet. Dabei ist die entscheidende verfassungsrechtliche Frage zweifelsohne die, ob ein solches Gesetz als Inhalts- und Schrankenbestimmung oder als Legalenteignung im Sinne des Art. 14 GG zu qualifizieren ist. Sieht man in einem Ausstiegsgesetz zur Umsetzung der mit den Energieversorgern getroffenen Vereinbarung eine Neubestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums, wofür einiges spricht, so muß diese lediglich dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen. Daraus kann sich zwar eine Ausgleichspflicht ergeben. Diese muß aber nicht unbedingt in Geld bemessen werden. Die entscheidende verfassungsrechtliche Frage konkretisiert sich also auf den Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit, dem auch mit Hilfe von Übergangsfristen Genüge getan werden kann.

Die Grundsätze der Naßauskiesungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 58, 300 ff.) sind ohne weiteres auf ein Atomausstiegsgesetz anwendbar: Danach kann der Gesetzgeber eine Neudefinition des Eigentums vornehmen, indem er bestimmte Nutzungsmöglichkeiten aus dem Begriff des Eigentums - hier also die energiewirtschaftliche Nutzung kerntechnischer Anlagen - ausgliedert. Eine solche Neudefinition von Eigentumsrechten stellt aber, sofern sie im Rahmen einer gesetzlichen Neuregelung eines Rechtsgebietes ihren sachlichen Grund findet, keine Enteignung dar. Selbst wenn man in einem Ausstiegsgesetz eine Legalenteignung sehen wollte, so löst dies als Rechtsfolge allenfalls die Nichtigkeit des Gesetzes aus,

keinesfalls aber eine Schadensersatzpflicht gegenüber den Kernkraftwerksbetreibern, wie dies häufig über die Medien verlautbart wird.

Im einzelnen ist eine Abwägung mit Eigentum und Bestandsschutzinteressen der Anlagenbetreiber erforderlich. Hierbei kommt dem Gesetzgeber allerdings eine Einschätzungsprärogative zu, die das Bundesverfassungsgericht seit der Kalkar-I Entscheidung für den Bereich der Kernkraft anerkannt hat und die unangefochten ist. Dementsprechend weit reicht auf diesem Gebiet auch die Befugnis des Gesetzgebers, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen, dies um so mehr, als die mit dem Eigentum an Kernkraftwerken verbundenen Nutzungsrechte unmittelbar Interessen der Allgemeinheit berühren.

Danach kann der Gesetzgeber auch ohne weiteres von der in den 50er Jahren vorgenommenen Risikoeinschätzung abweichen. Ein damals als sozialadäquat eingeschätztes Risiko muß heutzutage nicht notwendigerweise identisch bewertet werden. Auch das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung anerkannt, daß sich Risikoeinschätzungen des Gesetzgebers vor allem danach richten, was gesellschaftlich als akzeptabel eingestuft wird. Die gesellschaftliche Akzeptanz der Kernenergie ist in den letzten Jahren aber zunehmend verloren gegangen. Die gesetzgeberische Neubewertung der Risiken, die von der energiewirtschaftlichen Nutzung der Kernenergie ausgehen, ist daher vor dem Hintergrund der gewandelten gesellschaftlichen Wahrnehmung und Einschätzung dieser Risiken nicht zu beanstanden. Eine Restlaufzeit von 25 - 35 Jahren erscheint auch angemessen.

Mit anderen Worten: die Verfassung gestattet den Ausstieg aus der Kernenergie als Ausdruck des 'Primats der Politik' durchaus. Allerdings schließt die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Ausstiegs natürlich nicht notwendigerweise ein Verbot weiterer kerntechnischer Forschung ein. Vielmehr bedarf es insoweit - schon allein aus Gründen der Abschätzung zukünftiger technischer Entwicklungen etwa im Bereich der Fusionsenergie - weiterhin einer kontroversen gesellschaftlichen Diskussion.

VII. Sektoren des Umweltrechts: Abfallrecht

Instrumente des japanischen Abfallrechts - Kooperationsprinzip oder Umweltschutz durch Private?

Von Hikaru Takagi, Gakushuin-Universität Tokyo

I. Einleitung

Wie Herr Kollege *Eckard Rehbinder* dargelegt hat, herrschen auch im japanischen Umweltrecht ordnungsrechtliche Lösungen bisher eindeutig vor. Im Bereich der Abfälle hat es bislang nur ungenügende ordnungsrechtliche Regelungen und besonders im Bereich der „Industrieabfälle“ zugleich große Vollzugsdefizite gegeben.

In diesem Bericht werden zwei neue Bereiche behandelt, die die oben genannten Eigentümlichkeiten des japanischen Abfallrechts widerspiegeln, nämlich das Gesetz über die Verwertung von elektrischen Haushaltsgeräten von 1998 und die gerichtlichen Entscheidungen, die zivilrechtlichen Unterlassungsklagen gegen Deponien trotz deren behördlicher Zulassung stattgegeben haben. Damit wird analysiert, wie in Japan das Kooperationsprinzip und Umweltschutz durch Private funktioniert.

II. Gesetz über die Verwertung von elektrischen Haushaltsgeräten von 1998

1. Gesetzesinhalt

Obwohl die Grundstrukturen der administrativen Instrumente in Japan identisch sind mit denen der Bundesrepublik, zumindest aus verwaltungsrechtlicher Sicht, sind die zu bewältigenden Probleme und dazu benutzten rechtlichen Strategien beider Länder durchaus verschieden. Vereinfacht könnte man sagen, daß Japan schon lange ein Kooperationsstaat ist und es wahrscheinlich auch bleibt.

Im ersten Teil dieses Berichts möchte ich ein plastisches Beispiel nennen, nämlich das Gesetz über die Verwertung von elektrischen Haushaltsgeräten. Dieses Gesetz ist 1998 vom Handels- und Industrieministerium (MITI) konzipiert worden. Durch dieses Gesetz wird der Hersteller zur Rücknahme und Verwertung eigener Produkte verpflichtet. Durch Rechtsverordnung ist er zur Rücknahme von vier Arten elektrischer Haushaltsgeräte, nämlich Klimaanlage, Fernsehapparaten,

Waschmaschinen und Kühlschränken verpflichtet. Eine zukünftige Erweiterung des Geltungsbereichs auf PCs, Mobiltelefone und Mikrowellenherde wird als wünschenswert betrachtet. Nach den allgemeinen Regeln des Gesetzes über die Abfallbeseitigung und das Reinigungswesen von 1970 gelten diese elektrischen Haushaltsgeräte als „allgemeine Abfälle“, wenn die Bürger sie als „unnötig“ betrachtet haben. Die Bürger oder Haushalte gelten als „Erzeuger“. Die Gemeinden haben die Aufgabe, die „allgemeinen Abfälle“ zu sammeln und zu entsorgen. Nach dem Gesetz von 1998 muß aber der Händler das benutzte Haushaltsgerät von dem Bürger zurücknehmen, wenn er es ihm entweder früher verkauft hatte oder er ihm ein neues Gerät gleicher Art verkauft (Art. 9). Die Händler müssen dann grundsätzlich dem Hersteller die Geräte übergeben (Art. 10). Die Hersteller haben sie zu übernehmen (Art. 17). Die Hersteller müssen dann die Geräte zerlegen und versuchen, die nützlichen Teile wieder zu verwenden oder zu verwerten (Art. 18). Nach der Legaldefinition dieses Gesetzes schließt die Verwertung sowohl die stoffliche als auch die energetische ein (Art. 2 Abs. 1 bis 3). Dabei ist eine bestimmte Verwertungsquote als Ziel durch Rechtsverordnung festgeschrieben (Art. 22). Zur Zeit ist geplant, mit einer einheitlichen Quote von 50% zu beginnen. Die Händler und Hersteller sollen grundsätzlich ihre Pflicht selbst erfüllen. Unter bestimmten Bedingungen können kleinere Hersteller ihre Pflicht einem amtlich registrierten gemeinnützigen Verein (Shitei-Hojin) nach Art. 34 des japanischen BGB übertragen (Art. 32, 33 Nr. 1 und 2). Dieser Verein kann auch von den Gemeinden und den Bürgern die Geräte übernehmen und sie den Herstellern übergeben (Art. 33 Nr. 3), wenn es sich z.B. um kleine Gemeinden handelt. Bei der Rücknahme können die Händler von den Erzeugern (Bürgern) die Gebühren für die Sammlung und den Transport verlangen (Art. 11). Auch die Hersteller können bei der Übernahme von den Übergebenden die Gebühren fordern (Art. 19). Da die Händler bei der Übergabe den Herstellern die Kosten für die Verwertung bezahlen müssen (Art. 12), sollen die Gebühren bei der Sammlung eines Kühlschranks höchstens ca.10.000 Yen (200 DM) betragen. In der Vorbereitungsphase des Gesetzes wurde in den drei Beratungsgremien, dem Industrieministerium, dem Gesundheitsministerium und dem Umweltamt heftig diskutiert, ob die Hersteller die Kosten tragen sollten, ob das Gebührensystem angemessen ist, und ob die Einführung eines Depositsystems wünschenswert ist. Die Hersteller wandten sich stark gegen das pflichtmäßige „Depositsystem“, das die Wirtschaftswissenschaftler vorgeschlagen hatten. Es wurde

betont, daß die betreffenden elektrischen Haushaltsgeräte auf längere Zeit benutzt werden und die Verwertungskosten schwer vorausszusehen sind. Die Verbraucherverbände behaupteten andererseits, man müsse an die Sparsamkeit der durchschnittlichen Hausfrau denken und an die Möglichkeit des illegalen Wegwerfens. Das Handels- und Industrieministerium war der Meinung, daß die Verbraucher die „Erzeuger“ sind und das vorgeschlagene Gebührensystem eine Erziehungsfunktion habe. Außerdem wird behauptet, daß dadurch der Wettbewerb der Hersteller und Händler gefördert werden könnte. Wie die tatsächliche Durchführung ab 2001 aussieht, ist abzuwarten.

2. Tragweite des Verursacherprinzips

Aus der Sicht des Verursacherprinzips oder der EPR (Extended Producer Responsibility) ist das Gesetz von 1998 zum einen Teil fortschrittlich und zum anderen ungenügend¹. Auf der einen Seite verpflichtet das Gesetz von 1998 zum ersten Mal die Hersteller und Händler zur Übernahme. Nach dem Verpackungsgesetz von 1995 haben die Gemeinden die Aufgabe, die „allgemeinen Abfälle“ getrennt zu sammeln, und die Unternehmer (Hersteller, Importeure, Händler) haben nur die gesammelten Verpackungen und Behälter zu verwerten. Auf der anderen Seite erfolgt die Übernahme der Verantwortung zur Sammlung und Verwertung durch das Gesetz von 1998 nur teilweise. Die Gemeinden behalten die Befugnis zur Sammlung und Verwertung. Die Gebühren, die die Gemeinden bisher für Sperrmüll bestimmt haben, sind eindeutig niedriger als die Rücknahmekosten. Wenn die zukünftigen Gebühren für die oben genannten vier elektrischen Haushaltsgeräte auf ähnlichem Niveau bleiben, muß man bezweifeln, ob die Bürger stets bereit sein werden, die von den Unternehmern bestimmten Gebühren zu bezahlen. Da die Verwertung der elektrischen Haushaltsgeräte technisch nicht so leicht und relativ teuer ist, müssen die Steuerzahler nach wie vor eine Menge tragen.

3. Effektivere Durchsetzung durch eine vorherige Kooperation?

Was die Effektivität des Gesetzes anbelangt, kann man meines Erachtens eine durchaus effektive Durchsetzung erwarten. Erstens ist die Zahl der Hersteller elektrischer Haushaltsgeräte relativ klein im Vergleich zur Zahl der Hersteller anderer

Produkte. Diese Hersteller sind meistens Großunternehmen, die weltweit tätig sind. Sie haben sich z.B. bemüht, den Forderungen der 14000er Serie der ISO zu entsprechen oder Umweltzeichen zu bekommen. Sie gehören außerdem zu einem „sektoralen Unternehmensverband“ (Gyokai-Dantai), der zum Handels- und Industrieministerium gute Beziehungen hat. Die Kooperation zwischen ihnen hat eine lange Tradition. Zweitens haben die Hersteller ein Netz von kleineren Vertriebsgesellschaften, die hauptsächlich ihre Produkte verkaufen (Keiretsu). Die großen Händler, die die Geräte verschiedener Hersteller verkaufen, verhalten sich meistens dem Handels- und Industrieministerium gegenüber entgegenkommend. Außerdem besitzen die Händler langjährige Erfahrung, was die Übernahme eines gebrauchten elektrischen Haushaltsgeräts im Austausch gegen ein neues betrifft. Auf diesem Sektor kann man eine Mobilisierung privater Initiativen erwarten. Einem Zeitungsbericht zufolge ist nun aufgrund eines Gesprächs zwischen den Herstellern und den Händlern geplant, ein Depositsystem für neue Geräte freiwillig einzuführen. Eine vorherige Kooperation zwischen dem Staat und privaten Unternehmen ist zwar manchmal langwierig, hat aber die Funktion, die praktische Durchsetzung genügend zu berücksichtigen.

III. Privatrechtliche Unterlassungsklage gegen Deponien

1. Die Genehmigungspflicht als Ausnahme

In den letzten Jahren traten vereinzelt einige Fälle auf, in denen Nachbarn durch gerichtliche einstweilige Anordnung in Verbindung mit einer privatrechtlichen Unterlassungsklage die Errichtung oder Inbetriebnahme einer Deponie für „Industrieabfälle“ gestoppt haben. Im zweiten Teil dieses Berichts möchte ich auf die Rolle des Umweltprivatrechtes im Bereich der Abfälle eingehen. In Japan gibt es keine allgemeine Genehmigungspflicht für emittierende Anlagen wie sie in Deutschland nach dem BImSchG besteht. Obwohl einige wichtige Großanlagen wie Elektrizitätswerke, Gaswerke, Kernkraftwerke und Öltraffinerien unter ein Genehmigungsverfahren nach dem jeweiligen Gesetz fallen, gilt im allgemeinen das Prinzip der vorherigen Anzeigepflicht. Orientiert am Umweltgrundgesetz von 1993 (früher Gesetz über die Grundlagen des Umweltschutzes von 1967), das eine

¹ *Otsuka*, Jurist Nr. 1142, pp.75

planende Funktion hat, gibt es in Japan verschiedene regulierende Gesetze, und zwar für einzelne Immissionen oder Medien. Beispielhaft anführen möchte ich zunächst den Bereich der Luftverunreinigung. Aus der Sicht der ordnungsrechtlichen Instrumente gilt dieser Bereich als „klassisch“. Regulierende Gesetze sind wegen der schlimmen Erfahrungen, wie z.B. im Yokkaichi-Asthma-Fall, in diesem Bereich früher und intensiver eingeführt worden als in anderen Bereichen wie etwa der Abfallentsorgung. Nach dem heute geltenden Gesetz zur Abwehr der Luftverunreinigung von 1968 ist die Errichtung von ortsfesten Anlagen, die „Abgase“ (wie Schwefeldioxid, Staub und sonstige bestimmte Schadstoffe) emittieren und die in den Katalog der Rechtsverordnung aufgenommen sind, vorher anzeigepflichtig. Diese Anzeigepflicht dient hauptsächlich dem Informationsinteresse der Behörde. Die Behörden können nur innerhalb von 60 Tagen eine Änderung des Errichtungsplans, der Entgiftungsmethode oder eine Umstellung der Brennstoffe empfehlen oder anordnen, wenn die Überschreitung der Emissionsgrenzwerte vorauszusehen ist. Da seit der Novelle von 1970 die Überschreitung der Emissionswerte direkt strafrechtlich sanktioniert werden kann, sind Anzeige und informelle Vorgespräche für die Betreiber von großer Bedeutung. Im Gegensatz dazu wird ein vorzeitiges Rechtsschutzinteresse der Nachbarn kaum berücksichtigt. Ordnungsrechtliche Instrumente in Japan regeln ausschließlich die zweipoligen Verhältnisse zwischen der Behörde und dem Betreiber. In japanischen Gesetzen kann man keine Vorschrift finden, die z.B. § 14 BImSchG entspricht - eine Regelung, die mit der Unanfechtbarkeit der Genehmigung dem Betreiber einen Bestandsschutz aufgrund der privatrechtsgestaltenden Wirkung gewährt. Zwar kann die Behörde nachträglich die Reduzierung der Emission anordnen, doch ist die Verwirklichung einer solchen Anordnung im Wege der Verpflichtungsklage eher aussichtslos. Die Behörde selbst versucht, die nachträgliche Anordnung zu vermeiden. Sie will durch „Gyosei-Shido“ (Verwaltungsanleitung, die warnenden Charakter besitzen kann) die Probleme beseitigen. Manchmal wird die rechtswidrige Tätigkeit schlicht geduldet. Das Vollzugsdefizit ist nicht zu leugnen. Das Gyosei-Shido eines zentralen Ministeriums gegenüber den Industrieverbänden hat eine wichtige Rolle für die Entwicklung der japanischen Wirtschaft gespielt. Auf dieser Linie liegt auch die Kombination der schrittweisen Verschärfung der Emissionsgrenzwerte mit der Erhöhung von Subventionen für die Einführung umweltfreundlicher Techniken. Aus deutscher Sicht könnte man hier von „normvertretenden“ bzw. „normabwendenden“

Umweltabsprachen sprechen. Insgesamt gesehen ist das Hauptinstrument der japanischen Luftreinhaltungspolitik die „indirekte“ Verhaltenssteuerung. Herr Kollege *Michael Kloepfer* ist der Auffassung, daß die umweltpolitische Erfolgsbilanz von Selbstverpflichtungen in Form von regulativen Umweltabsprachen nicht eindeutig ist². Diese Ansicht trifft auch auf die japanische Luftreinhaltungspolitik zu. Sofern ich die Entwicklung der Regulierung von Autoabgasen richtig verfolgt habe, ist die Regulierung der LKWs, Busse und Diesel-Autos etwas zu großzügig geblieben. Die Kritik der Umweltinitiativen, daß sich hier die Stahl- und Autolobby durchgesetzt hätten, ist durchaus berechtigt.

2. Die Rolle des Umweltprivatrechts

Wie schon dargelegt, müssen die Konflikte zwischen den Betreibern und den Nachbarn gelegentlich durch Verhandlungen der beiden Beteiligten und schließlich im Wege des Zivilprozesses gelöst werden. Ein großer Unterschied zwischen der japanischen und deutschen Umweltpolitik liegt in der Rolle des Umweltprivatrechts. Geschichtlich gesehen haben die japanischen Gerichte bisher im wesentlichen nachträgliche Kompensation zugesprochen. Die sog. „vier großen Umweltprozesse“, die 1967-69 anhängig waren, betrafen Schadensersatzklagen aus unerlaubter Handlung gegen private Industrieunternehmen. Damals hatten die Geschädigten die Beweislast für die Kausalität und das Verschulden zu tragen. Die Gerichte haben aber durch richterliche Rechtsfortbildung praktisch eine Umkehr der Beweislast bzw. die verschuldensunabhängige Haftung eingeführt und 1971-72 allen Klagen stattgegeben. Diese Urteile haben zur gesetzlichen Festsetzung der verschuldensunabhängigen Haftung im Jahre 1972 geführt. Außerdem ist ein von der Industrie finanziertes Fond-System aufgebaut worden. Aus diesem Fond werden die Arztkosten für die Behandlung des Geschädigten ersetzt, wenn die Verwaltung die Geschädigten als Opfer der Umweltverschmutzung anerkannt hat. Besser als die nachträgliche Kompensation der Schäden wäre die Vorbeugung. In dieser Hinsicht haben die Rechtsschutzsuchenden in Japan strukturelle Schwierigkeiten. Erstens ist ein Planfeststellungsverfahren oder ein funktionell damit vergleichbares Genehmigungsverfahren in Japan nicht üblich. Deswegen müssen die Abwehrsuchenden Bürger oft direkt gegen die Störer klagen. Hinzu kommt, daß im

² *Kloepfer*, Umweltrecht, 2. Aufl. 1998, S. 295

japanischen Verwaltungsprozeß andere Klagearten als die Anfechtungsklage kaum entwickelt sind. Diese Abwehrklagen richten sich nicht nur gegen private Unternehmen, sondern auch gegen Unternehmen der öffentlichen Hand. Bei diesen Konstellationen sind die Gerichte nicht immer in der Lage, die Umweltpolitik durch ihre Urteile zu ersetzen oder zu ergänzen, was ja eigentlich auch nicht ihre Aufgabe ist. Die Alternative, die die Gerichte haben, nämlich entweder der Klage stattzugeben oder sie abzuweisen, kann manchmal entweder zu einer drastischen Nichtbeachtung des „volkswirtschaftlichen und/oder öffentlichen Interesses“ oder zu einer Ablehnung des Rechtsschutzes führen. In den letzten 25 Jahren war Letzteres die Regel. Die Zumutbarkeitsgrenze für Immissionen ist von den Gerichten in ihrer Rechtsprechung zu Ungunsten der Geschädigten festgesetzt worden. Faktisch gilt die Regel „dulde und liquidiere“. Nach der von der Lehre heftig kritisierten Rechtsprechung³ ist außerdem die privatrechtliche Unterlassungsklage gegen öffentliche Unternehmen als unzulässig abzuweisen, wenn die Beschwer des Klägers „materiell gesehen“ in der Ausübung der „öffentlichen Gewalt“ besteht. Dies bedeutet, daß der Kläger nur Schadensersatz verlangen kann.

3. Abfallbeseitigung durch Private

Das Abfallgesetz von 1970 legt sowohl die Voraussetzungen für die Unternehmensgenehmigung als auch für die Anlagenehmigungen für „Industrieabfälle“ fest. Wie Herr Kollege *Yasutaka Abe* ausführlich berichtet hat, haben wir im Bereich der „Industrieabfälle“ einen „Circulus vitiosus“. Die oben erwähnte ausnahmsweise aktive Position der Gerichte zugunsten der Nachbarn darf als eine Folge der Mangelhaftigkeit des geltenden Abfallrechts gesehen werden.

Das Abfallgesetz von 1970 teilt den Abfall zuerst in zwei Grundkategorien, nämlich „allgemeine Abfälle“ und „Industrieabfälle“. „Industrieabfälle“ sind nur die durch Rechtsverordnung enumerativ genannten bestimmten Arten von Abfällen aus bestimmten Industriezweigen. „Allgemeine Abfälle“ sind alle übrigen Abfälle und schließen daher verschiedene Abfälle aus Industrie und Gewerbe ein. Die Beseitigung und Entsorgung der „allgemeinen Abfälle“ ist nach dem Abfallgesetz von 1970 grundsätzlich Aufgabe der Gemeinden.

³ OGH, Urt. v. 16. Dez. 1981: OSAKA-Flughafen

Die Beseitigung und Entsorgung der „Industrieabfälle“ ist demgegenüber Aufgabe der Unternehmer. Die Erzeuger der „Industrieabfälle“ sollen ihre Pflicht selbst erfüllen. Sie können aber mit der Beseitigung und Entsorgung auch ein privates Unternehmen beauftragen. Daneben gibt es ferner drei andere Möglichkeiten der Entsorgung von Industrieabfällen:

a) Die Gemeinden können die „Industrieabfälle“ entsorgen in Verbindung mit der Entsorgung der „allgemeinen Abfälle“ (Art. 10 Abs. 2).

b) Die Präfekturen können die „Industrieabfälle“ entsorgen (Art. 10 Abs. 3).

c) Der Beauftragte kann auch der amtlich registrierte gemeinnützige Verein (Shitei-Hojin) nach Art. 34 des japanischen BGB sein, der zumindest teilweise von den Gebietskörperschaften getragen wird (Art. 15 e).

Von diesen drei Möglichkeiten wird allerdings nicht so viel Gebrauch gemacht, weil die Gebühren tendenziell höher sind als die der privaten Unternehmer.

Die privaten Unternehmen, die die „Industrieabfälle“ im Auftrag der Erzeuger beseitigen, unterliegen der Genehmigungspflicht. Die Genehmigung wird seit der Gesetzesänderung von 1991 für die Sammlung, Beförderung und Entsorgung gesondert erteilt (Art. 14). Zu den Genehmigungsbedingungen gehört auch die Zuverlässigkeit der Unternehmer. Der Präfekt als Genehmigungsbehörde hat grundsätzlich kein Versagungsermessen. Vorläufer des Abfallgesetzes von 1970 ist ein Gesetz von 1954, das aus gesundheitspolizeilicher Sicht konzipiert worden war. Aus entstehungsgeschichtlicher Sicht wird daher die Unternehmensgenehmigung heute noch als „gebundene“ Erlaubnis betrachtet. Zur Zeit sind in Japan ungefähr 50.000 private Unternehmen genehmigt. Zum großen Teil handelt es sich um kleine Unternehmer, die nur mit der Sammlung und Beförderung beauftragt werden. Daneben gibt es Unternehmen, die sich auf die Zwischenbehandlung oder die Endlagerung spezialisiert haben. Erst seit der Gesetzesänderung von 1990 braucht man für die Errichtung einer Abfallbeseitigungsanlage für „allgemeine Abfälle“ und „Industrieabfälle“ jeweils eine Genehmigung (Art. 9, Art. 14). Früher war nur die Anzeige erforderlich. Es wird außerdem vermutet, daß die Behörden früher den Erzeugern im Wege des „Gyosei-Shido“, d.h. im Wege der Verwaltungsanleitung, erlaubt haben, schädliche oder giftige Abfälle im Boden, z.B. in einer Ecke des Anlagengrundstücks, zu vergraben. „Industrieabfälle“ werden heute prinzipiell in den Bergen oberirdisch abgelagert. Die privaten Unternehmer suchen einen geeigneten

Platz und bezahlen dem Grundstückseigentümer Zuschüsse oder erwerben das Grundstückseigentum. Wenn sie die behördliche Genehmigung reibungslos bekommen können, machen sie aufgrund der begrenzten Kapazität der Endlagerungsanlagen gute Geschäfte. Aus der oben erwähnten Zweiteilung der Abfälle folgt, daß die Beseitigung und Entsorgung der „Industrieabfälle“ fast ausschließlich Aufgabe der Privaten ist. Das Verursacherprinzip im Bereich der „Industrieabfälle“ ist daher faktisch das Prinzip des „freien Wettbewerbs“. Die Idee der „Aufgabenprivatisierung“ in bezug auf die „Industrieabfälle“ ist daher in Japan von Anfang an unnötig. Es gibt allerdings fast immer heftige Protestbewegungen seitens der Nachbarn oder Umweltinitiativen. Nach einem Zeitungsbericht aus dem Jahre 1997 fanden im ganzen Land ca. 600 Auseinandersetzungen um private Abfallbeseitigungsanlagen statt. Nach dem Abfallgesetz mußte bis 1997 die Genehmigung für Abfallbeseitigungsanlagen erteilt werden, wenn das Vorhaben den technischen Anforderungen genügte (Art. 15 a.F.). Da diese Genehmigung nach der Rechtsprechung wiederum rechtlich als gebunden anzusehen ist, haben die Nachbarn keine Klagebefugnis im Wege der Anfechtungsklage, der - wie gesagt - am besten entwickelten verwaltungsrechtlichen Klageart. Die durch die Rechtsverordnungen des Gesundheitsministeriums festgelegten technischen Anforderungen bezüglich des Gewässerschutzes sind von betroffenen Nachbarn und Umweltinitiativen als ungenügend kritisiert worden. Wie Herr Kollege Abe berichtet hat, wird die Dreiteilung der Endlagerungsanlagen (Deponien) als problematisch betrachtet, weil die Aspekte der Überwachung oder Inspektion vernachlässigt würden. Die Genehmigungsbehörden hatten also manchmal Schwierigkeiten bei der Behandlung des Antrages, und zwar aus politischen Gründen. Aus rechtlicher Sicht soll die Überprüfung der Genehmigungsvoraussetzungen zügig durchgeführt werden. Die Genehmigung muß rechtzeitig erteilt werden, unabhängig davon, ob sich die Nachbarn stark dagegen wehren oder nicht. In der Praxis wird allerdings oft das Handlungsinstrument des „Gyosei-Shido“, d.h. der Verwaltungsanleitung angewandt. Manchmal verlangten die Behörden von den Antragstellern die Vorlage einer Zustimmungserklärung der Nachbarn oder der Gemeinde. Diese Genehmigungspraxis hat zwar die Funktion, die mangelnde Beteiligung zu ergänzen. Die Gefahr von Druck durch „Geld“ und/oder „Gewalt“ ist aber nicht von der Hand zu weisen. Die Erfahrung hat gezeigt, daß die genehmigten Deponien in der Tat viel weniger sicher sind als erwartet. Die Richter, die eine einstweilige Anordnung

erlassen haben, vertreten m.E. nahezu die Einstellung der Bürger, die ein gut entwickeltes Umweltbewußtsein besitzen. Mit der Änderung des Abfallgesetzes im Jahre 1997 sind die sog. „Mini-UVP“ und die Bürgerbeteiligung eingeführt worden (Art. 15 Abs. 2 bis 6 n.F.). Die Genehmigungsbehörde hat nun ein bestimmtes Ermessen. Ob diese Änderung zur Reduzierung der Streitigkeiten beitragen kann, ist abzuwarten. Wegen der zurückhaltenden Position der Rechtsprechung möchte ich für den Bereich des Umweltrechts von der „Misere des Verwaltungsprozesses“ sprechen⁴. Umweltinitiativen haben daher in den letzten Jahren immer wieder versucht, politische Mittel einzusetzen, wie z.B. Bürgervoten „Kernkraftwerk - ja oder nein“ oder „Deponie - ja oder nein“ usw.

IV. Schluß

Wie soll man nun das Gesetz über die Verwertung von elektrischen Haushaltsgeräten von 1998 und die aktive Rolle der Rechtsprechung im Bereich der „Industrieabfälle“ bewerten? Gibt es Anlaß zur Hoffnung, oder muß man einen „prämodernen“ Verwaltungsstil und die Ohnmacht des Ordnungsrechts anprangern?

Die Antwort ist nicht ganz einfach, weil sich das japanische Verwaltungssystem im Augenblick im Umbruch befindet. In den 90er Jahren sind zahlreiche neue Gesetze verabschiedet worden, die Anlaß für eine grundlegende Veränderung des Verwaltungsrechts geliefert haben. Diese Gesetze, wie etwa das Verwaltungsverfahrensgesetz von 1993, das Umweltgrundgesetz von 1993, das Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung von 1997 und das Gesetz über den Zugang zu Informationen der Behörden von 1999, sind zum großen Teil sog. „Reformgesetze“. Die Verabschiedung dieser Gesetze kann m. E. auch als ein Zeichen der Instabilität des ganzen Rechtssystems gedeutet werden.

„Die gegenwärtige Prinzipienwende von imperativer Gestaltung hin zu gesellschaftlicher Selbstregulierung artikuliert sich in programmatischen Stichworten wie Deregulierung, Entbürokratisierung, Entlastung, Verschlinkung, ja Entschlackung des Staates. Hiermit kontrastiert auffällig eine skeptisch-resignative Sichtweise, die - vor allem in den Sozialwissenschaften entwickelt - die Steuerungskapazität des Staates, ja des Rechts schlechthin, in Zweifel zieht.“ Diese

⁴ Takagi, in: Zukunft der Umweltprobleme, Jurist Sonderheft 1999, pp. 108

Feststellung des deutschen Verwaltungsrechtlers *Martin Schmidt-Preuss* im Jahre 1996 bezeichnet auch die japanische Lage⁵.

Wie ich im Jahre 1996 berichtet habe⁶, darf man die Politik im Japan der 90er Jahre als eine Übergangsphase oder als Chaos bezeichnen. Diese mangelnde Stabilität basiert nach herrschender Meinung auf den politischen und wirtschaftlichen Veränderungen in der Welt und auf strukturellen Problemen der japanischen Gesellschaft. Die Krise der großen Banken und Effektenfirmen ist für die Japaner so schockierend, daß man von einer amerikanischen „Besatzung ohne Militär“ spricht. Was die Durchsetzungskraft der Verwaltung anbelangt, dürfte es eine „Entdeckung“ sein, daß die Position der japanischen Verwaltung in der Gesellschaft schwächer ist als in Deutschland. Nach Meinung von Herrn Kollegen *Yoichi Ohashi* benutzt die japanische Verwaltung gerade deshalb so oft „Gyosei-Shido“, weil sie keinen starken Einfluß hat und daher eher auf die Mitwirkung der Privaten angewiesen sei⁷. Wenn man das japanische Gerichtssystem und Jurastudium betrachtet, ist klar, daß es in Japan an vielen Elementen fehlt, die in Deutschland die Gewährleistung des Rechtsstaates ermöglichen. Wir japanischen Verwaltungsrechtler (und auch Verfassungsrechtler) haben daher stets über die Unvollständigkeit des japanischen Rechtsstaates geklagt. Viele nehmen an, daß mit der Vervollkommnung des Rechtsstaates auch der Umweltschutz effektiver werden würde. Wirtschaftswissenschaftler und Techniker waren aber oft anderer Meinung. Wenn man daran zweifeln kann, ob die Umweltpolitik in Japan in bestimmten Bereichen erfolgreicher war als in Deutschland, muß man vielleicht überlegen, ob die Vorstellungen der Rechtswissenschaftler immer berechtigt sind oder nicht. Auf jeden Fall muß man bei der Mobilisierung privater Initiativen zugunsten des Umweltschutzes die Gesamtkosten einer Rechtsänderung, besonders die Verlagerung der Lasten von der Verwaltung auf das Gerichtswesen kalkulieren⁸. In Japan wird zur Zeit über die Reform des Gerichts- und Justizwesens sowie des

⁵ *Schmidt-Preuss*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 169

⁶ *Takagi*, Neueste Entwicklung des japanischen Abfallrechts, in: Kitagawa/Murakami/Noerr/Oppermann/Shiono (Hrsg.), Das Recht vor der Herausforderung eines neuen Jahrhunderts: Erwartungen in Japan und Deutschland, 1998, S. 342 ff.

⁷ *Ohashi*, Die Gyoseishido und Sanktionen, in: Symposium Sanktionen im Recht, 1998, veranstaltet von der Deutsch-Japanischen Juristenvereinigung

⁸ *Brohm*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 56 (1997), S. 301

Jurastudiums heftig diskutiert (vgl. den Diskussionsbeitrag von Herrn Kollegen Abe). Die effektive Mobilisierung privater Initiativen setzt außerdem letztlich voraus, daß die Gerichte eine angemessene positive Rolle in der Gesellschaft spielen können. Aus der Sicht der Rechtswissenschaftler muß man ferner immer daran denken, welches staatliche Organ vertrauenswürdiger ist. In den 90er Jahren haben in Japan Politiker und Elitebeamte aufgrund zahlreicher Korruptionfälle einen großen Vertrauensverlust hinnehmen müssen. Die japanischen Richter gelten als unbestechlich. Ob sie in naher Zukunft allerdings zu einer angemessenen Verwirklichung des Kooperationsprinzips in der Umweltpolitik beitragen können, ist eher ungewiß.

Abschied vom Abfallrecht? Zum Standort des Abfallrechts zwischen medienbezogenem Umweltrecht und Stoffrecht

Von Eckart Rehbinder, Frankfurt

I. Einleitung

Das Abfallrecht gilt als Paradedepferd des deutschen Umweltrechts, das wie kein anderes Umweltpolitikfeld auch international Vorbildwirkungen entfaltet hat. Das Kreislaufwirtschaftsgesetz, die Verpackungsverordnung, die Technische Anleitung Siedlungsabfall und die 17. Bundes-Immissionsschutzverordnung sind die Bausteine des modernen Abfallrechts, mittels derer eine auf Verminderung von Umweltbelastungen durch Abfälle und auf Ressourcenschonung abzielende Abfallwirtschaftspolitik instrumentell vollzogen wird. Sicherlich gibt es zahlreiche Zweifelsfragen und Kritik im Detail. Aber alles in allem scheint die Zukunft des Abfallrechts als einer selbständigen Teildisziplin des Umweltrechts mit eigenen Zielen, Strategien und Instrumenten gesichert.

Indessen relativiert sich diese Selbstgewißheit des Abfallrechts bei näherem Hinsehen doch nicht unerheblich. Das Abfallrecht ist in die grundsätzliche Kritik geraten, und zwar sowohl hinsichtlich seines systematischen Ansatzes als auch in ordnungspolitischer Hinsicht.

Systematisch liegt das Abfallrecht quer zur gängigen Systematisierung des Umweltrechts, das entweder die Belastung von Umweltmedien oder -medienübergreifend - Anlagen als Quelle komplexer Umweltbelastungen oder aber Stoffe erfaßt. Mit der Überführung weiter Teile des anlagenbezogenen Abfallrechts in das Bundes-Immissionsschutzgesetz ist bereits ein wichtiger Baustein des Abfallrechts abgetrennt worden. Diese Entwicklung trägt der Erkenntnis Rechnung, daß sich Umweltbelastungen durch Abfallbeseitigungsanlagen nicht grundsätzlich von solchen durch Industrieanlagen unterscheiden und daher gleichen Anforderungen unterworfen werden sollten. Im Vordergrund systematischer Kritikpunkte steht aber die moderne Diskussion über das Stoffstrommanagement und eine entsprechende Ausgestaltung des Stoffrechts, die

den gesamten Produktlebenszyklus von der Rohstoffherzeugung bis zum Anfall als Abfall zu erfassen beansprucht. In diesem Konzept würde das Abfallrecht weitgehend in einem umfassenden Stoffrecht aufgehen, jedenfalls seine umweltpolitische Führungsrolle verlieren.

In ordnungspolitischer Sicht steht vor allem die interventionistische Steuerung der Stoffströme durch das Abfallrecht mittels der Setzung abfallwirtschaftlicher Prioritäten - Vermeidung vor stofflicher Verwertung, stoffliche Verwertung vor energetischer Verwertung, Verwertung vor Beseitigung - und deren ordnungsrechtliche Umsetzung auf dem Prüfstand. Es läßt sich grundsätzlich bezweifeln, ob eine derartige Steuerung umweltpolitisch begründbar und ordnungspolitisch vertretbar ist. Das Gegenmodell zielt darauf ab, sich mit der Setzung eines harten ökologischen Rahmens für alle umweltbelastenden, auch abfallwirtschaftlich relevanten Aktivitäten zu begnügen, innerhalb dessen sich der optimale Mix zwischen Vermeidung, stofflicher Verwertung, energetischer Verwertung und Abfallbeseitigung letztlich auf dem Markt herausbildet.

II. Ziele

Die Beurteilung der Zukunftsfähigkeit des konzeptionellen Ansatzes des geltenden Abfallrechts hängt in besonderem Maße von Fragen der Zielsetzung ab. In historischer Perspektive stand zunächst die Kontrolle der von Abfällen ausgehenden Umweltbelastungen, d.h. der Emissionen in Wasser, Boden und Luft sowie der strukturellen Eingriffe in Natur und Landschaft einschließlich des Flächenverbrauchs im Vordergrund. Die Prioritätensetzung im Verhältnis der verschiedenen abfallwirtschaftlichen Optionen läßt sich durch die Annahme rechtfertigen, daß beim Vergleich dieser Optionen sich eine Skala wachsender Umweltbelastungen ergibt. Die Zielsetzung der Ressourcenschonung wurde zwar schon im Abfallwirtschaftsprogramm von 1975 entdeckt, hat jedoch - nach eher zaghaften Ansätzen im Abfallgesetz von 1986 - erst im Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz einen unzweideutigen gesetzlichen Niederschlag gefunden. Ob es sich hierbei um eine umweltpolitisch sinnvolle Zielsetzung handelt, ist aber durchaus umstritten.

Die Schonung natürlicher, insbesondere nicht erneuerbarer Ressourcen ist eine beinahe selbstverständliche Managementregel im Rahmen des Leitbildes der

nachhaltigen Entwicklung. Dabei muß stärker zwischen Umweltbelastungen durch Ressourcenverbrauch und der Verfügbarkeit von Rohstoffen für künftige Generationen unterschieden werden¹. Es ist unbestreitbar, daß Materialumwandlungen auf allen Produktionsstufen mit hohen Umweltverbräuchen verbunden sind (Abbauschäden, Emissionen und diffuse Stoffausträge, Transporte, Lagerungen, Abfälle). Für die Reduzierung dieser Umweltbelastungen kommen zwei grundsätzlich unterschiedliche Ansätze in Betracht: eine wirkungsbezogene und eine nutzungsbezogene Strategie. Die wirkungsbezogene Strategie setzt bei den einzelnen Umweltproblemen und nicht - nutzungsbezogen - beim Stoffstrom (Stoffstrommanagement und integrierte Produktpolitik) an. Die nutzungsbezogene Strategie erfaßt den einzelnen Stoffstrom oder - und darauf beschränkt sich das Abfallrecht - den einzelnen Teilstoffstrom und zielt auf Reduzierung des Stoffumlaufs ab. Eine wirkungsbezogene Strategie ist m.E. grundsätzlich zu bevorzugen. Sie ist geeignet, Prioritäten je nach der Dringlichkeit des Umweltproblems ausreichend zu berücksichtigen und die Maßnahmen auf die Stoffströme zu konzentrieren, bei denen jeweils die größten Umweltentlastungen mit den geringsten Kosten erreicht werden können. Die nutzungsbezogene Strategie vermag eine Reihe der mit Materialumwandlungen verbundenen Umweltbelastungen zu mindern; dies geht jedoch notwendigerweise auf Kosten der Zielgenauigkeit und ist mit Effizienzverlusten verbunden. Entgegen der Auffassung der Wuppertal-Studie "Zukunftsfähiges Deutschland", die hierin - und nicht so sehr in der Ressourcenschonung - die entscheidende Weichenstellung für eine moderne Nachhaltigkeitspolitik sieht², sollte sie daher nur als zweitbeste Lösung in Betracht gezogen werden, um Lücken des wirkungsbezogenen Vorgehens zu schließen.

Bei der Zielsetzung, den Verbrauch von Rohstoffen, insbesondere nicht erneuerbaren Rohstoffen, zu reduzieren, um deren Verfügbarkeit für künftige Generationen sicherzustellen, handelt es sich nicht um ein Umweltproblem im engeren Sinne, sondern um ein ressourcenökonomisches Problem. Aus ökonomischer Sicht liegt es daher nahe, die Lösung der hier auftretenden

¹ Rat von Sachverständigen für Umweltfragen, Umweltgutachten 2000, Tz. 47

internationalen und intergenerationellen Allokations- und Verteilungsprobleme grundsätzlich im Marktmechanismus zu suchen und auf staatliche Eingriffe in die Rohstoffmärkte - einschließlich der Märkte für Sekundärrohstoffe - zu verzichten. Die beiden Ölpreisschocks der siebziger Jahre haben die Eignung des Marktmechanismus, eine Senkung der Abbaurate und wirtschaftlichere Ausbeutung nicht erneuerbarer Rohstoffe zu fördern, erwiesen. Entsprechendes gilt für die Entwicklung neuer Technologien, die geeignet sind, unter Substitution der betreffenden Rohstoffe die gleiche Dienstleistung für künftige Generationen zu erbringen. Allerdings räumen auch liberale Ressourcenökonomien die Möglichkeit ein, daß Marktunvollkommenheiten die Funktionsfähigkeit der Rohstoff- und Innovationsmärkte negativ beeinflussen können. In Betracht kommen insbesondere die unzureichende Zuweisung von Eigentums- und Verfügungsrechten, Informationsmängel hinsichtlich künftiger Knappheiten, Auseinanderfallen von privater und gesellschaftlicher Bewertung künftiger Knappheiten, wie sie in der Diskontrate zum Ausdruck kommt, Marktmacht und Risikoaversion wegen Unsicherheit über die künftigen Rohstoffpreise. Auch das Ziel intergenerationaler Gerechtigkeit läßt sich nicht automatisch über den Markt erreichen. Je nach Einschätzung dieser Marktunvollkommenheiten wird man hier unterschiedliche Akzente setzen. Im Hinblick auf die bestehenden Unsicherheiten erscheint es zunächst plausibel, im Sinne einer Ressourcenvorsorge eine Reduzierung der Materialverbräuche anzustreben, wie dies insbesondere in der UBA-Studie "Nachhaltiges Deutschland"³, wenngleich nicht als ausschließliches Ziel, zugrunde gelegt wird.

Die Problematik einer ressourcenökonomisch motivierten Strategie der Rohstoffeinsparung liegt allerdings in der internationalen Verflechtung der Märkte. Rohstoffeinsparungen durch die Industrieländer können mittel- und langfristig durch entsprechende Preiseffekte, d.h. sinkende Preise durch Sinken der Nachfrage, zu erhöhter Nachfrage der Schwellen- und Entwicklungsländer führen, so daß der Rohstoffverbrauch nur verlagert, gegebenenfalls sogar erhöht werden könnte.

² BUND/Misereor (Hrsg.), Zukunftsfähiges Deutschland, 1996, S. 53 ff.

Deshalb sind hier globale Lösungen unabdingbar, deren Erfolg freilich nach den Erfahrungen mit Rohstoffabkommen und Rohstoffkartellen unsicher ist. Nationale Strategien der Rohstoffeinsparung können nur wegen ihrer Vorbildwirkung auf begrenzte Zeit sinnvoll sein, um internationale Konsense vorzubereiten, auf Dauer sind sie nicht zielführend. Dagegen sind Maßnahmen der Förderung der Entwicklung ressourcensparender oder -substituierender Technologien und vielleicht auch der Markteinführung in jedem Fall sinnvoll.

Bei dieser Sachlage spricht viel dafür, die wirkungsbezogenen Umweltaspekte des Ressourcenverbrauchs und in diesem Rahmen nicht die pauschale Reduzierung der Umweltbelastungen, sondern eine gezielte Steuerung in den Vordergrund zu stellen. Strenge Umwelt- und Naturschutzaufgaben bei der Rohstoffgewinnung und -umwandlung können auch einen Lenkungseffekt für die Materialverwendung haben. Dies gilt in besonderem Maße für Energierohstoffe, wo eine entschiedene Politik der Minderung der CO₂-Emissionen als zweite Dividende zur Schonung der natürlichen Ressourcen beiträgt. Solche Maßnahmen lassen sich besser legitimieren als generelle, undifferenzierte Maßnahmen der Stoffminimierung.

Auch wenn man dies anders sieht und die Ressourcenschonung als gleichberechtigtes Ziel der Umweltpolitik betrachtet, bleibt abfallwirtschaftlicher Ressourcenschutz ein Torso und ist bisweilen sogar unverhältnismäßig, solange es nicht gelingt, auf den gesamten Stoffstrom einzuwirken. Wenn z.B. nur 5 % der gesamten Jahresproduktion von Erdöl in die Kunststoffproduktion gehen und 95 % zur Energie- und Wärmeerzeugung verwendet werden, so wird man für eine effektive wie effiziente Ressourcenschonung zuallererst Einfluß auf die Energie- und Wärmeerzeugung suchen müssen. So gesehen, trägt das abfallwirtschaftliche Streben nach möglichst hohen Anteilen für die stoffliche Verwertung von Kunststoffverpackungen fast schon Züge einer Nischenpolitik.

³ Umweltbundesamt, Nachhaltiges Deutschland, 1997, S. 40 ff., 174 ff.

III. Abfallrecht und Umweltbelastungen

Nach geltendem Recht besteht die Spezifität des Abfallrechts insbesondere in folgenden Regelungen:

- Lenkung der Abfallströme mit dem Anspruch, daß hierdurch die unter Umweltgesichtspunkten günstigste, wirtschaftlich vertretbare abfallwirtschaftliche Option gewählt wird (Prioritätensetzung im Verhältnis zwischen Vermeidung, stofflicher Verwertung, energetischer Verwertung, Verbrennung und Deponie); dabei besteht ein komplexes System absoluter und relativer (komparativer) Zuordnungskriterien, unter denen das Merkmal der Schadlosigkeit als spezifisch abfallrechtlicher Maßstab im Vordergrund steht (auf die umstrittene Frage, ob der Grundsatz der hochwertigen Verwertung eine zusätzliche Verpflichtung oder nur ein Programmsatz ist, möchte ich an dieser Stelle nicht eingehen);
- Anforderungen an den Standort und den Betrieb von Abfallentsorgungsanlagen;
- Anforderungen an die Abfallverbringung (Nachweise über den Verbleib von Abfällen);
- Produkthanforderungen bezüglich Sekundärrohstoffen.

Diese Regelungen beruhen insbesondere auf dem Gedanken, daß die von Abfällen und abfallwirtschaftlichen Maßnahmen ausgehenden Umweltbelastungen, d.h. Emissionen und strukturelle Einwirkungen, marktsteuernde und sonstwie regulierende Eingriffe rechtfertigen, die von denen des allgemeinen Umweltrechts abweichen. Insbesondere die Regelungen über abfallwirtschaftliche Prioritäten werden vielfach als nicht vollziehbare, letztlich rein symbolische Gesetzgebung kritisiert. Die konventionelle Reaktion ist der Ruf nach immer dichterem Regulierung, nach verstärkter Konkretisierung der abfallrechtlichen Pflichten durch Verordnung oder Verwaltungsvorschrift und nach einem besseren Vollzug. Das Grundkonzept des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes wird jedoch auch grundsätzlich in Frage gestellt.

Im Umweltgutachten 1998 hat der Sachverständigenrat für Umweltfragen⁴ ein Konzept für eine künftige, stärker marktorientierte Abfallwirtschaft vorgestellt und empfohlen, einerseits strikte umweltpolitische Rahmenbedingungen für alle abfallwirtschaftlich relevanten Tätigkeiten zu setzen, andererseits innerhalb dieses Rahmens Markt- und Wettbewerbsprozessen bei der Umsetzung von Umweltzielen mehr Raum zu geben. Die zentrale Forderung des Umweltrats geht dahin, Umfang und Intensität der abfallpolitischen Regulierung auf ein Ausmaß zu reduzieren, das umweltpolitisch tatsächlich geboten ist. Nicht die Abfallströme, sondern die abfallwirtschaftlichen Aktivitäten sollten reguliert werden. Zu diesem Zweck sollten sämtliche Kosten der Umweltinanspruchnahme durch die Abfallentsorgung (Emissionen, strukturelle Eingriffe in die natürlichen Lebensgrundlagen) mit Hilfe von ordnungsrechtlichen und marktwirtschaftlichen Instrumenten möglichst gleich und direkt dem Verursacher (z.B. dem Betreiber der Entsorgungsanlage) angelastet werden. Der Weg in ökologisch unerwünschte Entsorgungswege sollte verschlossen werden. Dort, wo die bestehenden Anforderungen an die Entsorgung unzureichend sind, wie das z.T. hinsichtlich der Abfallverwertung der Fall sein mag, sei eine Verschärfung des geltenden Rechts angezeigt. Von besonderer Bedeutung ist die Forderung des Umweltrats, gleiche Umweltbelastungen, unabhängig davon, ob sie aus der Abfallwirtschaft oder aus einem anderen Wirtschaftszweig stammen, gleich zu behandeln. Es soll für den gesamten Produktlebenszyklus ein einheitlicher und konsistenter ökologischer Rahmen hergestellt werden, um Fehlsteuerungen von Abfallströmen zu vermeiden. Die ungleiche Behandlung von Emissionen aus Abfallverbrennungsanlagen (17. BImSchV) und ökologisch vergleichbaren Emissionen aus anderen technischen Anlagen, u.a. Verwertungsanlagen und Mitverbrennungsanlagen (13. BImSchV, TA Luft), stellt ein wichtiges Beispiel für einen Verstoß gegen dieses Gebot dar. Umgekehrt stellt sich die Frage, warum die Flächeninanspruchnahme durch Deponien strenger behandelt werden soll als die durch Abfallverbrennungsanlagen oder chemische Anlagen. Entsprechendes gilt für

⁴ Rat von Sachverständigen für Umweltfragen, Umweltgutachten 1998, Tz. 695 ff.

Produktanforderungen; insbesondere besteht kein Anlaß, für Primär- und Sekundärrohstoffe unterschiedliche Anforderungen zu stellen.

Auch *Koch* und *Reese*⁵ haben kürzlich das geltende Abfallrecht im Hinblick auf die Komplexität und Wertungsoffenheit der Zuordnungskriterien und der implizierten Vergleiche von ökologischen "Lastpaketen", aber auch wegen seiner fehlenden Marktkonformität kritisiert. Sie halten eine flexible Steuerung im Rahmen einer konsequenten Anwendung des stoff-, anlagen- und medienbezogenen Umweltrechts für vorzugswürdig.

In einem solchen System werden die Kosten, die mit der Einhaltung umweltpolitischer Vorgaben für die Entsorgung verbunden sind, in der Kette der konsekutiven Abfallverursacher weitergegeben. Die Preise für die Abfallentsorgung sind zum einen Ausdruck der unterschiedlichen Inanspruchnahme der Umwelt durch alternative Entsorgungsoptionen, zum anderen zeigen sie die Knappheit der Entsorgungskapazitäten selbst an. Sie können beim Abfallverursacher Anreize zur Abfallvermeidung bzw. zur Verwertung setzen. Dabei entscheidet der Verursacher aufgrund der relativen Preise, die ihrerseits maßgeblich durch die ökologischen Rahmenbedingungen beeinflusst werden, und nicht der Staat aufgrund von Ökobilanzen über Vermeidung, Verwertung bzw. Beseitigung und Art und Weise der Verwertung und Beseitigung. Vermeidung und Verwertung finden dadurch auf dem umweltpolitisch und gesamtwirtschaftlich optimalen Niveau statt. Die Kreislaufwirtschaft ist nicht das Ergebnis staatlicher Steuerung, sondern "richtiger" ökologischer Rahmenbedingungen.

Ein Problem bei der umweltpolitischen Rahmensteuerung in der Abfallwirtschaft stellen allerdings Wirkungsbrüche dar, insbesondere illegales Ausweichverhalten, Informationsmängel (z.B. über die Zusammensetzung von Abfällen) sowie Versickern des Lenkungsimpulses in der Wertschöpfungskette. Diese können dazu führen, daß höhere Entsorgungspreise in der Kette der konsekutiven Abfallverursacher nicht überwältigt werden, um dort Verhaltensanpassungen anzustoßen, wo dies zu den geringsten Kosten möglich ist. Zur Überwindung von

Wirkungsbrüchen kommt der Einsatz von Rücknahmepflichten oder von Pflichten der Hersteller zur Sicherheitsleistung in Frage, insbesondere soweit unsachgemäße Entsorgung mit vergleichsweise großen Umweltproblemen verbunden ist (z.B. schadstoffhaltige Batterien). Mit diesem Instrument kommt es zu einer Verlagerung der Entsorgungsverantwortung vom Letztverbraucher zum Inverkehrbringer (Hersteller, Importeur) und damit zur direkten Anlastung der Entsorgungskosten bei letzterem. Bei stark vermischten Abfällen mag auch eine ordnungsrechtliche Pflicht zur Beseitigung und damit eine Herausnahme aus dem angestrebten Marktmodell angezeigt sein. Für die Kontrolle illegaler Ausweichreaktionen ist ein System von Nachweispflichten erforderlich, das den Verbleib von Abfällen aller Art hinreichend genau nachzuvollziehen erlaubt.

Werden allen mit dem Umgang mit Abfällen verbundenen Umweltbelastungen durch geeigneten Instrumenteneinsatz Grenzen gesetzt und Wirkungsbrüche behoben, könnte eine Vielzahl der bestehenden interventionistischen abfallwirtschaftlichen Regelungen entfallen. Hierzu zählen Maßnahmen zur Bevorzugung der Verwertung gegenüber der Beseitigung, Andienungspflichten (sofern sie nicht der Sicherung von Größen- und Verbundvorteilen in der Sammlung dienen), kleinräumige Entsorgungsautarkie, die Entsorgungsmonopole der öffentlichen Hand sowie Sammel- und Verwertungsquoten.

Bei alledem handelt es sich zunächst um ein Denkmodell. Seine Verwirklichung setzt voraus, daß die Umweltziele unter dem Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr und der Vorsorge richtig gesetzt sind. Ein derartiger geschlossener ökologischer Rahmen für alle abfallwirtschaftlich relevanten Aktivitäten besteht jedoch gegenwärtig nicht⁶, mag die reine Gesetzeslage auch schon als ausreichend erscheinen. Dieser Rahmen müßte immissionsseitig - durch umfassende Immissionswerte und ggf. Emissionsmengenbegrenzungen - so beschaffen sein, daß "worst case"-Situationen, die sich durch die freie Wahlmöglichkeit der Akteure ergeben, angemessen bewältigt werden könnten. Dies betrifft etwa den Fall, daß sich die Akteure für die

⁵ Koch/Reese, Abfallrechtliche Regulierung der Verwertung - Chancen und Grenzen, DVBl. 2000, 300

⁶ A.M. offenbar Koch/Reese, aaO, S. 311 f.

Verbrennung aller Abfälle entscheiden; allerdings wären dem durch die Knappheit der Verbrennungsanlagen und den dadurch bedingten Anstieg der Entsorgungspreise Grenzen gesetzt. Darüber hinaus führt die vorherrschende technikbezogene Vorsorge zu je nach Anlagentypen differierenden Anforderungen. Auch hier bedürfte es einiger Korrekturen. Insbesondere müßte ein System risikobezogener Emissionswerte entwickelt werden oder jedenfalls eine weitgehende Angleichung der technikbezogenen Emissionswerte erfolgen. Schließlich wird man nicht davon ausgehen können, daß die Produkthanforderungen für Produkte aus Primärrohstoffen in allem die besonderen Eigenschaften von Abfällen, insbesondere die mögliche starke Stoffvermischung, ausreichend berücksichtigen.

Grundsätzlich könnte man einwenden, daß die Kenntnislücken über die Umweltwirkungen von Emissionen und strukturellen Eingriffen schwer überwindbar sind. Es ist jedoch zu betonen, daß spezifisch abfallwirtschaftliche Eingriffe, z.B. die Festsetzung von Verwertungsquoten oder die Beschränkung von Abfallmengen durch Vermeidungsanforderungen, ebenfalls mit kognitiven Problemen belastet sind. Es muß insbesondere bekannt sein, welche Umweltentlastungen aus den angestrebten Quoten beziehungsweise Mengenzielen erwachsen. Der gegenwärtig zu beobachtende "Krieg der Ökobilanzen", die je nach Vorgaben und Einstellung des Verfassers zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, belegt dieses Problem.

Immerhin lassen all diese Unsicherheiten Vorsicht bei einer Deregulierung und begleitenden Reregulierung des Abfallrechts angeraten erscheinen. Sinnvoll erscheint eine Politik der kleinen Schritte, die zuallererst darauf abzielen hätte, die bestehenden Ermächtigungen zu nutzen, um möglichst gleiche ökologische Rahmenbedingungen zu schaffen. Lange Zeithorizonte sind auch deshalb erforderlich, weil die deutsche Abfallpolitik an die auf europäischer Ebene gesetzten Rahmenbedingungen gebunden ist und jede grundlegende Veränderung auch auf europäischer Ebene durchgesetzt werden muß.

IV. Abfallrecht und Stoffrecht

Will der Deregulierungsansatz - richtiger Deregulierungs- und Reregulierungsansatz - das Abfallrecht zugunsten des medien- und anlagebezogenen Umweltrechts weitgehend abschaffen, so strebt das Konzept des Stoffstrommanagement an,

dieses, wenngleich unter Erhaltung seiner Spezifität, in einem größeren Ganzen aufgehen zu lassen. Ziel des Stoffstrommanagement ist es, durch eine stoffoptimale oder wenigstens stoffarme Wirtschaft die gesamten Umweltbelastungen und Ressourcenverbräuche im Produktlebenszyklus - von der Rohstoffgewinnung bis zum Anfall als Abfall - zu mindern. Im Vordergrund steht dabei die Schonung natürlicher, insbesondere nicht erneuerbarer Ressourcen durch Minderung des Stoffdurchsatzes und von Stoffverlusten, jedoch hat das Konzept auch einen Anwendungsbereich, wenn man nur die im Produktlebenszyklus entstehenden Umweltbelastungen im engeren Sinne betrachtet. Die Grundthese ist insoweit, daß durch Minderung des Stoffdurchsatzes und von Stoffverlusten in pauschaler Form eine Fülle von Umweltbelastungen vermieden wird.

Stoffstrommanagement kann instrumentell im Wege ordnungsrechtlicher Regulierung oder ökonomischer Instrumente, aber auch durch Selbstregulierung der am Produktlebenszyklus beteiligten Akteure erfolgen. Dadurch wird gewissen Befürchtungen, daß dieses Konzept zu einer Art Zwangswirtschaft führen müsse, die Spitze genommen. Es sind verschiedene Vorschläge gemacht worden, wie man einen derartigen Ansatz rechtlich verankern könnte. *Gebers, Führ* und *Wollny* haben im Jahre 1993⁷ eine Globalsteuerung der Stoffflüsse mittels Stoffstromzielwerten und Grundpflichten der Akteure zur Vermeidung von Schadstoffen, Minimierung des Ressourceneinsatzes, Vermeidung von Stoffgemischen und Transparenz vorgeschlagen. Besondere Anforderungen könnten für die einzelnen Phasen des Produktlebenszyklus gestellt werden. Im Produktionsprozeß sollen Ökobilanzen als Anreiz zur Selbstregulierung vorgeschrieben werden.

Ich selbst habe im Jahr 1995 im Auftrag der Enquetekommission des Deutschen Bundestags "Schutz des Menschen und der Umwelt" ein Konzept eines geschlossenen Stoffrechts⁸ entwickelt, freilich ohne mich mit der Zielsetzung des Stoffstrommanagement zu identifizieren. Neben Grundsätzen der Stoffpolitik und

⁷ *Gebers/Führ/Wollny*, Ökologische Stoffwirtschaft - Grundanforderungen an eine Stoffflußregulierung, 1993

Grundpflichten der Akteure sind insbesondere Ermächtigungen für Zielfestlegungen für Stoffe und Materialien vorgesehen, die ggf. durch spezifische Zielwerte auf Branchen, Produkte und Produktgruppen aufgeteilt werden können. Die Zielwertfestlegung erfolgt durch Abwägung. Das Instrumentarium soll offen ausgestaltet werden. Für Massenstoffe und Materialien als Ressourcen werden aber ökonomische und weiche Instrumente bevorzugt.

Der Kommissionsentwurf eines Umweltgesetzbuchs⁹ erfaßt im Produktkapitel des Allgemeinen Teils nicht nur Schadstoffe, sondern auch Massenstoffe und Materialien als natürliche Ressourcen. Er schafft damit die Grundlagen für ein übergreifendes Stoffrecht, das Grundsätze der Stoffpolitik, Grundpflichten der Hersteller, Vertrieber und Verwender zur Vermeidung von Umweltbelastungen und Ressourceninanspruchnahme und weitreichende Verordnungsermächtigungen enthält. Eine Verknüpfung mit dem Abfallrecht ist aber nicht gelungen.

Im Gegensatz zu den genannten Modellen geht die neuere Untersuchung von *Brandt* und *Röckseisen*¹⁰ nicht deduktiv, sondern induktiv vor, indem sie einzelne Stoffströme - Baustoffe und Automobile - im Hinblick auf passende Instrumente eines Stoffstrommanagement überprüft. Die Verfasser betonen die Bedeutung von Ökobilanzen bei der Ermittlung der Substitutionspotentiale, d.h. weniger ressourcenbelastender Stoffe oder Verfahren, als Ausgangspunkt für den Instrumenteneinsatz. Bei Baustoffen werden insbesondere Mengenbegrenzungen als Grundlage für die Einführung eines Systems handelbarer Lizenzen für Baustoffinputs vorgeschlagen. Für die Herstellerflotten bei Neuwagen sollen Primärrohstoff-Inputquoten und eine umwelt- und ressourcenbezogene Kfz-Steuer

⁸ *Rehbinder*, Konzeption eines in sich geschlossenen Stoffrechts, in: Enquete-Kommission "Schutz des Menschen und der Umwelt" des Deutschen Bundestages (Hrg.), Umweltverträgliches Stoffstrommanagement, Band 2 (Instrumente), 1995

⁹ Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Hrg.), Umweltgesetzbuch (UGB-KomE), Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, 1998, §§ 115-123, Begründung S. 673 ff.

¹⁰ *Brandt/Röckseisen*, Konzeption für ein Stoffstromrecht, Forschungsbericht 10106083 im Auftrag des Umweltbundesamts, 2000 (im Druck)

aufgrund eines Ökoindex eingeführt werden. Die Verfasser sind der Ansicht, daß diese Instrumente vielfach auch für andere Stoffströme in Betracht kommen.

Ich hatte schon dargelegt, daß ich dem Konzept des Stoffstrommanagement eher skeptisch gegenüberstehe - einmal, weil es auf die Effektivitäts- und Effizienzvorteile einer stärker ziel(d.h. wirkungs-)bezogenen Politik verzichtet, zum anderen, weil das im Vordergrund stehende Ziel der Ressourcenschonung m.E. besser mittelbar über eine auf Minderung der Umweltbelastungen i.e.S. abzielende Politik erreicht werden kann¹¹. Auf jeden Fall ist unverkennbar, daß das Konzept des Stoffstrommanagement für das Abfallrecht einen beträchtlichen Bedeutungsverlust zur Folge hat. Es lenkt den Blick auf den Stoff als solchen, sei es als Primärrohstoff oder als aus Abfall gewonnener Sekundärrohstoff, und sucht tendenziell nach einer Gesamtoptimierung. Damit wird eine einseitige Optimierung am Ende des Produktlebenszyklus durch übermäßige abfallseitige Anforderungen vermieden und der Blick auf die Minderungspotentiale beim Materialeinsatz insgesamt gelenkt. Bereits auf der Grundlage des geltenden Rechts muß man sich freilich von der Vorstellung einer Autonomie des Abfallrechts im Produktbereich verabschieden. Schon die Ausgestaltung der Produktverantwortung in § 22 KrW-/AbfG steht einer einseitigen abfallbezogenen Optimierung entgegen. Die zentrale Anforderung der Schadlosgkeit im Rahmen der Regelungen über die abfallwirtschaftliche Prioritätensetzung, insbesondere den Vorrang und die Zulässigkeit der Verwertung, verschleiert, daß sich die entsprechenden Anforderungen zuallererst nach Stoffrecht, insbesondere dem Chemikaliengesetz und seinen Verordnungen und dem Bauproduktegesetz richten, die inhaltlich wie prozedural eine sachnähere Regelung als das Abfallrecht bieten. Insofern ist das Erfordernis der Hochwertigkeit der Verwertung kritisch zu hinterfragen.

V. Schluß

Angesichts der "Pfadabhängigkeit" des Umweltrechts ist es wenig wahrscheinlich, daß die eine oder die andere der beiden konkurrierenden Reformansätze sich in

¹¹ Hecht, Stoffpolitik als Ordnungspolitik, 1999

kurzer Zeit durchsetzen wird. Für diese - je nach Standpunkt skeptische oder beruhigende - Einschätzung spricht auch, daß es hier nicht nur um Fragen der Systematisierung des Umweltrechts, sondern um entscheidende umweltpolitische Weichenstellungen geht. Sie können zudem nicht ohne entsprechende EG-rechtliche Vorgaben ins Werk gesetzt werden. Auf jeden Fall vermitteln die beiden Reformkonzepte wichtige Denkanstöße für die Bewertung und Fortentwicklung des geltenden Rechts im Detail. Faßt man die langfristige Entwicklungsperspektive ins Auge, so erscheint die Zukunft des Abfallrechts im formellen Sinne keineswegs als gesichert. Materielles Abfallrecht wird es freilich immer geben.

Rechtsänderungen und fortbestehende Probleme im Abfallrecht

Von Yasutaka Abe, Kobe

I. Der Circulus vitiosus der Abfallbeseitigung

1. Die Zuständigkeiten in der Abfallbeseitigung

In Japan unterscheidet man zwischen allgemeinem Abfall, für welchen die Gemeinden zuständig sind und Industrieabfall, für welchen der Verursacher zuständig ist. Außer dem Haushaltsabfall ist auch das sogenannte OA (*Office Automation*)-Papier der Büros, der Küchenabfall der Restaurants zum allgemeinen Abfall gerechnet worden, obwohl es sich dabei um Gewerbe handelt. Haushaltsabfall wurde bisher kostenfrei eingesammelt und beseitigt, es gibt aber auch Gemeindecapitulationen, welche eine Beseitigung gegen Entgelt erlauben.

Für allen anderen Abfall von Unternehmen sind deren Verursacher auf eigene Kosten verantwortlich. Der Verursacher nimmt die Abfallbeseitigung selbst vor, oder er beauftragt eine Firma gegen Entgelt mit der Einsammlung und Beseitigung. Die Gemeinden haben dafür keine Zuständigkeit. Das Einsammeln, der Transport und die Beseitigung solcher Abfälle unterstehen der Aufsicht der Präfektur-Gouverneure.

Weil aber der Bau von Anlagen der Abfallbeseitigung nicht zur Genüge durch Privatunternehmen getragen werden kann, ist ein System der Zusammenarbeit zwischen Privatunternehmen und Verwaltung eingeführt worden.

2. Die absolute Menge von Müll und der Mangel an Beseitigungsanlagen

Die Menge des Abfalls für 1995 betrug vierhundertfünfzig Millionen Tonnen. Davon waren vierhundert Millionen Tonnen Industrieabfall und die restlichen 50 Millionen Tonnen allgemeiner Abfall.

Dies bedeutet pro Kopf und Tag eine Produktion von 10 kg an Industrieabfall und 1 kg an allgemeinem Abfall. Es stellt sich das Problem, wie diese riesigen Abfallmengen bewältigt werden können.

Man ist sich in Japan seit langem bewußt, daß ein Mangel an Plätzen für eine endgültige Abfallbeseitigung besteht, weil das Land dichtbevölkert ist und überall, wie abgelegene Orte auch sein mag, Menschen leben.

3. Maßnahmen zur Verringerung von verbrennbarem Abfall

Deshalb wurde in Japan über eine lange Zeit hin Abfall einfach in Bergtälern entsorgt oder ins Meer versenkt. Auch die Gemeinden haben ursprünglich Küchenabfälle ins Meer versenkt, um Land zu gewinnen.

Ein weiterer Landgewinn durch Ablagerung von Küchenabfall war aber nicht mehr zu begrüßen, da auch auf dem Meeresboden wegen des Gebrauchs als Häfen nicht genügend Platz vorhanden ist und das durch die Ablagerung von Küchenabfall gewonnene Neuland über lange Zeit sehr weich ist und sich deshalb nicht für Bauten eignet. Daher war eine Verminderung von Abfall erforderlich.

In der Folge hat die Regierung riesige Investitionen getätigt, um den Abfall in Verbrennungsanlagen zu verbrennen und so eine Verringerung dadurch herbeizuführen, daß nur die Asche in Deponien (des gewonnenen Neulandes in den Bergen oder auf dem Meer) abzulagern ist.

Heute ist man aber auch in Japan konfrontiert mit dem Problem des Dioxins, welches als Abgas der Verbrennungsanlagen entsteht. Für Neubauten ist der Maximalausstoß wie in Deutschland auf 0.1 Nanogramm² festgesetzt. Für bereits stehende Verbrennungsanlagen gilt die vorläufige Regel von 80 ng, es ist aber bekannt geworden, daß 72 Anlagen sich noch nicht daran halten.

4. Aufschüttung des Meeresbodens

Ein Schlüssel für Japans Wirtschaftsblüte war das Bauen von riesigen künstlichen Inseln. Es geschah nicht selten, daß Firmen mit ihrem Abfall das Meer vor ihrem Gelände aufschütteten und so gleichzeitig zu einer Insel kamen, denn die Eigentumsrechte waren zu billigem Preis zu erstehen. Dadurch ist aber der natürliche Strand in der Umgebung der Großstädte fast ganz vernichtet worden.

In der Bucht von Osaka wird momentan in Zusammenarbeit sehr vieler Kommunen der Umgebung eine Insel aus Abfall aufgeschüttet (Phönix-Plan). Solche Pläne sind aber problematisch, weil sich darin ein Fehlen von Bemühungen um eine Verringerung von Abfall zeigt, da dieser der Beseitigungsanlage willkommen ist.

In der Ise-Bucht von Nagoya will die Stadt Nagoya Fujimae zum Abfallbeseitigungsplatz machen. Fujimae ist als Küste eine wichtige Raststätte für Zugvögel, welche in der Umgebung von Städten selten sind. Der Grund dafür sei, daß die Stadt Nagoya nicht über genügend Abfallbeseitigungsanlagen verfüge; problematisch daran ist aber, daß man sich dabei nicht unbedingt um eine Verringerung der Abfallmenge bemüht.

5. Gegenbewegungen gegen definitive Abfallbeseitigung in den Bergen

Die Gemeinden lagern in der geschilderten Weise einen Teil ihres Abfalls im Meer und einen Teil in den Bergen ab. Industrieabfall wird heute prinzipiell in den Bergen abgelagert. Man bezahlt dem Grundstückseigentümer Zuschüsse, und es wird ein geeigneter Platz gesucht, was aber stets mit heftigen Gegenbewegungen seitens der Bevölkerung verbunden ist. Laut dem Gesundheitsministerium (Koseisho) — der hauptverantwortlichen Instanz für Abfall — gab es während der letzten fünf Jahre im ganzen Land über 200 Auseinandersetzungen um Abfallbeseitigungsanlagen. Der Grund dafür ist die problematische Verwaltung der endgültigen Beseitigungsanlagen: Wasser- und Grundwasserverschmutzung in den anliegenden Gebieten sind sehr häufig.

Solche Gegenbewegungen der Bevölkerung der anliegenden Gebiete erschweren den Bau von Beseitigungsanlagen noch mehr und machen ihn zu einer sehr teuren Angelegenheit. Als Folge davon sind ungenehmigtes Wegwerfen und nicht adäquate Vernichtung illegalen Abfalls in den Beseitigungsanlagen noch häufiger geworden. Und eine solche illegale Vernichtung von Abfall hat ihrerseits wieder die Kritik der Bevölkerung hervorgerufen. Hier finden wir den sogenannten Circulus vitiosus der Abfallbeseitigung.

Wie können diese Probleme gelöst werden? Einerseits muß die Sicherheit der Beseitigungsanlagen so erhöht werden, daß die Bevölkerung zufriedengestellt wird. Andererseits muß eine „Kreislauf-Gesellschaft“ angestrebt werden, welche eine Verringerung und Wiederverwertung von Abfall anstrebt und die Menge des Abfalls, der in die Beseitigungsanlagen gebracht wird, auf das kleinste vermindert.

II. Gesetz zur Aufrechterhaltung der Sicherheit von Abfallbeseitigungsanlagen

1. Mängel des bisherigen Systems

a) Ein NYMBY(Not in my Backyard)-Syndrom?

Man rechnet die Gegenbewegungen gegen Abfallbeseitigungsanlagen oft als ein Beispiel zu dem sogenannten NYMBY-Syndrom. Ein solcher Widerstand ist aber nicht bloß ein Ausdruck von Egoismus, sondern eher, wenigstens zu einem gewissen Grade, die konsequente Reaktion auf ein ungenügendes Rechtssystem.

Die Frage ist, wie ein solcher Circulus vitiosus von einem gesetzlichen Gesichtspunkt her überwunden werden kann oder muß.

b) Die Mängel eines Rechtssystems ohne Sicherheitsgewährleistung

Das die Verarbeitung von Abfall betreffende Gesetz heißt Abfallentsorgungsgesetz. Diesem Gesetz entsprechend steht den Gouverneuren der Präfekturen die Befugnis zu, die Bewilligung für den Bau von Abfallbeseitigungsanlagen zu erteilen. Diesem Zulassungssystem gemäß mußte bisher eine Bewilligung erteilt werden, wenn der Plan den technischen Anforderungen genügte, welche durch den Gesundheitsminister festgelegt werden. Wenn ein Gesuch um eine Bewilligung für den Bau von Abfallbeseitigungsanlagen solche technische Bedingungen erfüllt, muß eine Bewilligung erteilt werden. In dieser Beziehung verfügt der Gouverneur über keinerlei Ermessen.

Diese technischen Bedingungen sind aber im Hinblick auf die Garantie sicherer Abfallbeseitigungsanlagen als nicht genügend bezeichnet worden. Man unterscheidet drei verschiedene Kategorien von Deponien:

der Sicherheits-Typ: Unter dieser Kategorie werden die fünf Arten von Metall, Glas, Plastik, Gummi und Bauschutt aufgenommen. Da sich dieser Typ nicht verändert und weder Grundwasser noch Flüsse oder Seen verschmutzt, wird er einfach in ausgegrabene Löcher versenkt und — damit er nicht weggeschwemmt wird oder zerfällt — mit Erde bedeckt. In diesem Fall ist nicht erforderlich, daß zwischen Abfall und der Erde sogenannte *liner* eingebaut werden, weil nicht damit gerechnet wird, daß Giftstoffe ins Grundwasser eindringen könnten.

der Überwachungs-Typ: Unter diese Kategorie fallen Giftstoffe und die Asche von Verbrennungsanlagen. Haushaltsabfall muß unter dieser Kategorie aufgenommen

werden. Zwischen dem Abfall und der darunter liegenden Erde muß ein *liner* eingebaut werden, und eine Wasserreinigungsanlage ist notwendig.

der Absonderungs-Typ: In diesem Fall werden gefährliche Materialien in Betonbehältern abgesondert.

Bei der ersten Kategorie — ganz im Gegensatz zu ihrem Namen — besteht die größte Gefahr, eine Verschmutzung auszulösen, da zusammen mit den als sicher geltenden Stoffen auch schädliche oder giftige Stoffe weggeworfen werden und weil eine Kontrolle sehr schwierig ist. Es kommt z. B. häufig vor, daß sich schädliche Stoffe unter dem Bauabfall, dem Schrott von abgerissenen Gebäuden befinden. Deshalb spottet man über den Sicherheits-Typ als den am wenigsten sicheren.

Überdies gelten Verwaltungsbestimmungen oft nur für Stoffe einer bestimmten Mindestgröße. Und zwar vom Gesichtspunkt einer effektiven Verwaltungsaufsicht aus. Für den Sicherheits-Typ war bisher nur bei einem Umfang von über 3000 m² eine Bewilligung erforderlich. Das heißt also, daß für eine Abfallbeseitigungsanlage von einem nur wenig kleineren Umfang eine Bewilligung bisher nicht erforderlich gewesen ist. So müssen zwar bei diesem Sicherheits-Typ gewiß die Regeln der Abfallentsorgung befolgt werden; da diese Anlagen aber keinem Bewilligungssystem unterliegen, ist es in Wirklichkeit so, daß nicht unbedingt kontrolliert werden kann, wieweit diese Regeln befolgt werden.

Für den Fall des Überwachungstyps sind *liner* erforderlich, welche aber oft beim Bau oder während des langen Gebrauchs beschädigt werden. Somit laufen aber irgendwann schädliche chemische Stoffe in die Natur aus. Und damit wird klar, daß ein solcher Gesetzesmechanismus die Sicherheit der Abfallbeseitigungsanlagen nicht gewährleisten kann. Dies ist der Hauptgrund für den Widerstand der Bevölkerung in der Umgebung von Beseitigungsanlagen.

c) Mängel der Rechtswege

Die Bevölkerung besitzt gemäß dem Gesetz über das Verwaltungsstreitverfahren die Legitimation nicht, als Kläger gegen eine erteilte Bewilligung Stellung zu nehmen. Beispielsweise wurde durch ein Urteil des Maebashi Landgerichts vom 18.2.1990 der umliegenden Bevölkerung die Legitimation als Kläger abgesprochen. Und zwar weil die Auslegung erfolgte, daß das Abfallgesetz nicht die Privatinteressen der anliegenden Bevölkerung schütze, sondern einfach nichts anderes als die öffentliche Hygiene.

Folglich wird die Bevölkerung gezwungen, gegen die Abfallbeseitigungsunternehmen ein Zivilverfahren einzuleiten. In diesem Verfahren ist die Beweisführung notwendig, daß der Schaden das Recht der Bevölkerung in einem solchen Grad beeinträchtigt, daß das Maß der Duldbarkeit überschritten ist. Eine solche Beweisführung ist nicht sehr leicht.

d) Verwaltungsanleitungen(Gyosei-Shido)

Um gegen Abfallbeseitigungsanlagen Protest zu erheben, kann die Bevölkerung in der Umgebung sich nicht auf solche gesetzlichen Mittel verlassen, sondern muß zu nicht gesetzlich geregelten Mitteln greifen. Typisch ist das Gesuch an den Präfektur-Gouverneur oder Stadtpräsidenten, den Abfallbeseitigungsunternehmen Anleitungen zu erteilen, d. h. eine sogenannte Verwaltungsanleitung vorzunehmen. Wie aber oben erwähnt, wird der Gouverneur dazu gezwungen, den Bau der Beseitigungsanlage zu bewilligen, falls die technischen Anforderungen erfüllt sind, weil er diesbezüglich über kein Ermessen verfügt.

Die Kommunen besitzen außer der Verwaltungsanleitung keine wirksamen Mittel zur Kontrolle des Baus solcher Abfallbeseitigungsanlagen. Die kommunale Verwaltung fordert dabei öfters eine Zustimmung der betreffenden Bevölkerung. Aber auch wenn ein Abfallbeseitigungsbetrieb eine solche Zustimmung der Bevölkerung nicht eingeholt hätte, wäre der Gouverneur verpflichtet, diesem Betrieb die Erlaubnis zu erteilen.

e) Regelungen zur Einschränkung der Benutzung von Grund und Boden

Verschiedene Kommunen haben Satzungen erlassen zur Einschränkung der Bodennutzung, für bestimmte Gebiete jedoch ein System errichtet, welches den Bau von Abfallbeseitigungsanlagen nicht erlaubt. Diese Regelungen selbst verletzen das Abfallentsorgungsgesetz nicht, weil sie nicht dieselben Zwecke und Mittel wie das Abfallentsorgungsgesetz haben. In der Praxis scheint aber eine Durchführung nicht leicht zu sein, da jene Bevölkerung sich gegen den Bau einer Anlage wendet, welche außerhalb eines Gebietes mit Bauverbot wohnt.

2. Verstärkung der Kontrolle durch die Gesetzänderung von 1997 über Abfallbeseitigungsanlagen

a) Erschwerung der Zulassungsvoraussetzungen zur Errichtung einer Abfallentsorgungsanlage — Bürgerbeteiligung

Mit Berücksichtigung der oben genannten Situation wurde das Gesetz über die Abfallentsorgungsanlage geändert: Den ersten Änderungspunkt findet man darin, daß die sogenannte Umweltverträglichkeitsprüfung und die Bürgerbeteiligung neu in das Kontrollsystem eingeführt wurden. Diese neue Regelung fordert von einem, der einen Antrag auf Zulassung der Errichtung einer Abfallbeseitigungsanlage stellt, den Einfluß einer solchen Anlage auf die Umwelt des menschlichen Lebens zu prüfen. Damit dürfte eine Planung unterbunden werden, eine Abfallbeseitigungsanlage allzu nah an einer Wohngegend zu errichten.

Das Prüfungsergebnis wird einen Monat lang der Bevölkerung zur Einsicht vorgelegt. Die Einwohner können dazu ihre Meinung äußern. Das ist eine ganz einfache Methode der Bürgerbeteiligung. Dabei findet aber keine öffentliche Befragung statt. Überdies bleibt unklar, wie die Meinungen der Einwohner eingeschätzt oder berücksichtigt wurden.

b) Maßnahmen zur Vergewisserung der Stilllegung einer Anlage

Nach dem neuen Gesetz wurde die Überwachung stillgelegter Abfallbeseitigungsanlagen strenger als bisher. Wenn das Grundstück benutzt wird, in das Abfälle aufgeschüttet wurden, ist es wichtig, festzustellen, was darin aufgeschüttet ist und welche Gefahren dadurch entstehen. Dafür fordert das neue Gesetz vom Gouverneur der Präfektur festzustellen, ob die Situation der Anlage einem bestimmten technischen Maßstab genügt.

Im Grunde genommen aber ist diese Methode nicht ausreichend. Man sollte etwa durch Eintragung oder Städteplanung bekanntgeben, daß das betroffene Grundstück ein aufgeschütteter Boden war, damit die Information für jedermann zugänglich ist.

c) Aufhebung des „Schleppenschneidungssystems“

Wie oben erwähnt, wurde das bisherige System, in dem man für kleine Anlagen keine Zulassung brauchte, aufgehoben. Nach dem neuen Gesetz braucht man auch für kleinere Anlagen eine Zulassung. Man erhofft sich dadurch, die Kontrolle noch strikter zu machen. Die Information über die Situation der Abfallbeseitigungsanlagen

muß für die Bevölkerung veröffentlicht werden. Dabei handelt es sich um eine Form von freiem Zugang zur Information.

d) Änderung der Sortenartikel, die in eine Abfallbeseitigungsanlage eingebracht werden dürfen

Drei Sortenartikel Plastik, Gummi und Metalle, die bisher in Anlagen der ersten Kategorie — den sogenannten „Sicherheitstyp“-Anlagen — eingebracht wurden, werden seit 1997 in den „Überwachungstyp“-Anlagen entsorgt. Da diese Stoffe häufig durch schädliche Stoffe verseucht sind, sollen sie möglichst wiederverwertet werden. Nur Bauabfälle und Glas bleiben noch grundsätzlich in der ersten Kategorie. Die Gefahren bei der zweiten Kategorie wurden vermindert, weil der *liner* für diese Kategorie jetzt doppelt gemacht werden muß.

III. Rechtswesen für Förderung der Abfallverringerung und -wiederverwertung

1. Gesetz zur Förderung der Wiederverwertung

Auf Grund der Versäumnis bei den Abfallverringerungsmaßnahmen braucht man jetzt so viele Abfallbeseitigungsanlagen. Nötig ist eine Methode, mit der man Verringerung und Wiederverwertung der Abfälle fördern kann.

1991 wurde das Gesetz für Verwertung von regenerierten Stoffen erlassen. Dieses Gesetz bestimmt die Methoden, um die Verwertung regenerierter Materie zu fördern. Es dürfte gleichzeitig zur Verminderung der Abfälle beitragen.

Das Gesetz fordert z. B. von den Zeitungen, bei der Produktion Altpapier zu einem bestimmten Prozentsatz beizumischen. Diese Forderung ist die Zielvorgabe, die mit bestimmten Zwangsmaßnahmen durchgesetzt werden kann. Trotzdem ist es schwer, diese Vorgabe tatsächlich umzusetzen. In der Praxis ist man deswegen abhängig von der Verwaltungsanleitung.

2. Verpackungsgesetz

1997 wurde das sogenannte Verpackungsgesetz, das Gesetz über die sortengemäße Einsammlung von Verpackungen sowie der Förderung von deren Wiederverwertung als regenerierte Waren erlassen. Nach diesem Gesetz müssen die Gemeinden Verpackungen als allgemeinen Müll auf eigene Kosten einsammeln, für eine Wiederverwertung sortengemäß aufteilen und danach dem Hersteller

übergeben. Die Hersteller müssen mit den übernommenen Abfällen neue Waren produzieren.

Die Gemeinden in Japan sind damit sehr unzufrieden, da nach der obengenannten Methode ihre Verpflichtungen zu schwer sind im Vergleich zu den Gesetzen anderer Länder.

3. Gesetzentwurf über Wiederverwertung elektrischer Haushaltsgeräte

In Japan bereitet man jetzt ein Gesetz über die Wiederverwertung von elektrischen Haushaltsgeräten vor. Durch dieses Gesetz wird der Hersteller vorerst zur Rücknahme und Wiederverwertung der vier folgenden elektrischen Haushaltsgeräte verpflichtet: Fernseher, Klimaanlage, Waschmaschine und Kühlschrank. Für diese Geräte sind bislang die Gemeinden zuständig, die sie als allgemeinen Abfall entsorgen. Diese Zuständigkeit belädt die Gemeinden mit schwerer Verantwortung. Darüber hinaus sind die Gemeinden nicht genügend vorbereitet, diese Geräte richtig zu behandeln. Nach dem Gesetzentwurf muß deswegen der Verkäufer die Geräte zurücknehmen und dem Hersteller übergeben. Dann montiert der Hersteller sie ab und versucht, sie wieder zu nutzen. Dabei setzt man je nach der Art des Geräts einen bestimmten Wiederverwertungsprozent als Ziel und veröffentlicht die Leistung jedes Herstellers, damit der Prozentsatz erhöht werde. Es gibt auch den Plan, den Geltungsbereich in Zukunft z. B. auf PCs oder Mikrowellenherde zu erweitern. Momentan ist geplant, daß der Verbraucher die Rücknahmekosten trägt, allerdings höchstens ca. 10,000 Yen.

4. Verringerung und Wiederverwertung von Industrieabfällen

Für Industrieabfälle, insbesondere unverwertbare Autos und Bauabfälle, die durch den Abbruch von Gebäuden entstehen, gibt es momentan kein Gesetz, um zur Verminderung oder Wiederverwertung zu verpflichten. Die Lösung dieser Probleme sind ganz abhängig von den eigenen Bemühungen der Firmen.

Bald wird es wohl nötig werden, etwa durch Abfallsteuerlasten oder Subvention der Wiederverwertung, die Verringerung von Abfallmengen und die Wiederverwertung zu fördern.

IV. Ungelöste Probleme

Die Art unserer Systemänderung ist keine revolutionäre, sondern eine graduelle. Es bleibt noch viel zu verbessern. Darüber haben wir schon gesprochen. Im Folgenden möchte ich daher noch einige zusätzliche Betrachtungen anstellen.

1. Bewußtseinsänderung der Bürger

Für eine Verringerung der Abfälle ist eine Bewußtseinsänderung der Bürger nötig. Es dürfte eine aussichtsreiche Methode für Abfallverringerung sein, die Hausmüllbeseitigung gebührenpflichtig zu machen, doch wäre damit die Gefahr verbunden, gesetzeswidrige Müllbeseitigung hervorzurufen, wenn das Bewußtsein der Bevölkerung schwach ist.

Die Japaner haben eine „reiche Konsumkultur“ genossen, d. h. Massenherstellung, Massenkonsum und Massenabfall. Heute muß diese Gesellschaft in eine „Kreislauf-Gesellschaft“ umgewandelt werden.

Dabei muß das Bewußtsein so geändert werden, daß man Waren nicht als Abfall wegwirft, sondern wieder nutzt (*re-use*). Z. B. mache ich jetzt meine Visitenkarten aus dem Kalenderpapier des letzten Jahres. Das ist *re-using* bzw. *recycling*. Doch wenn ich solche Visitenkarten benutze, sieht man mich oft als eine nicht zu respektierende Person an.

2. Über die Stiftung für die Maßnahmen gegen ungesetzliche Abfallwegwerfung

Wenn es unmöglich ist, die Beseitigungskosten der ungesetzlich weggeworfenen Abfälle den Täter tragen zu lassen, entsteht die Frage, wer diese Kosten tragen soll. Die Industrie oder die Geschäftswelt, die die betroffenen Abfälle verursacht haben? Wenn sie die Kosten tragen würden, wäre diese Kostentragung eine freiwillige oder erzwungene? Zur Lösung dieser Probleme hat man in Japan entschieden, eine Stiftung zu gründen, die durch Beiträge der Firmen finanziert wird.

Wenn die Kosten aus den allgemeinen Einnahmequellen getragen würden, würde in der Bevölkerung die Frage auftauchen, warum die Verantwortlichkeit der Industrie durch kostbare Steuergelder beseitigt werden soll. Darüber hinaus könnte man die Einnahmequellen nicht richtig festhalten. Auch wenn die Firmen die Kosten tragen würden, würden Probleme bleiben, so zum Beispiel, daß es ungerecht wäre, nur solchen Unternehmen die Kosten aufzuerlegen, die ihren Abfall ordnungsgemäß

beseitigen und damit die zu begünstigen, die ihre Abfälle illegal entsorgen. Außerdem gibt es dabei keinen rationalen Grund für Kostentragung.

3. *Verantwortlichkeit des ersten Abfallerzeugers bei der ungesetzlichen Abfallentsorgung*

Wenn ein Abfallerzeuger einem bewilligten Abfalleinsammler und -transporteur Abfälle übergeben hatte, der die Abfälle unrichtig behandelt hat, könnte man dann dem Abfallerzeuger die Beseitigung der betroffenen Abfälle auferlegen?

In Deutschland trägt der Abfallerzeuger diese Verantwortlichkeit, da der Abfalltransporter als Erfüllungsgehilfe des Abfallerzeugers betrachtet wird. In Japan gilt aber, daß man dem Abfallerzeuger, soweit er schon dem Transporteur die Abfälle übergeben hat, keine Pflicht mehr auferlegen kann. Nach der heutigen Rechtslage spielt dieses Bewilligungssystem für den Abfalltransport deswegen als Grenze der Erzeugerverantwortlichkeit eine Rolle.

Meiner Ansicht nach trägt der Abfallerzeuger die Verantwortung für die Entsorgung der betroffenen Abfälle bis zum Ende. So schlage ich vor, den Abfalltransporteur nur als Erfüllungsgehilfen einzusetzen. Wenn man so verfahren würde, könnte der Erzeuger nur vertrauenswürdige Transporteure einstellen. Damit würde die ungesetzliche Abfallentsorgung vermindert werden und die Industrie könnte das Geld für die Stiftung für Maßnahmen gegen ungesetzliche Abfallentsorgung sparen.

4. *Abfallentsorgung vor dem Erlaß des Gesetzes (nicht ungesetzliche, aber unrichtige Entsorgung)*

Es gibt den Fall, daß schädliche Stoffe aus Abfall austreten, der vor dem Erlaß des Abfallentsorgungsgesetzes von 1970 (das Gesetz entstand zwei Jahre früher als das Abfallbeseitigungsgesetz in Deutschland) weggeworfen wurde. Dieses Problem wird in Japan noch nicht so ernst genommen wie in Deutschland oder in den Vereinigten Staaten. Doch könnte es viele potentiell gefährdete Böden geben. Insbesondere könnte sich das Problem bei der Wiedererschließung von Plätzen, wo früher eine Fabrik stand, in naher Zukunft stellen. Damit würde auch die Frage aufgeworfen, ob es gegen das Rückwirkungsverbot verstößt, dem Entsorger des Abfalls oder dem Grundstücksbesitzer die Beseitigung aufzuerlegen.

5. Methode der Bürgerbeteiligung

Das durch die Änderung des Abfallbeseitigungsgesetzes eingeführte Bürgerbriefsystem ist als Bürgerbeteiligungssystem unbefriedigend. Andererseits ist die Sicherheit der Abfallentsorgungsanlagen auch noch lange nicht ausreichend. Als Lösung dieser Probleme muß erst versucht werden, möglichst wirkungsvolle Maßnahmen zur Verminderung der Abfälle zu finden, und gleichzeitig bei der Kontrolle der Abfallentsorgungsanlagen das Risiko auf ein Niveau abzusenken, mit dem die Einwohner der anliegenden Gebiete ohne Angst leben können. Selbstverständlich gibt es keine absolute Sicherheit in der Welt, doch muß das Risiko unter der Erträglichkeitsgrenze liegen.

Überdies soll für die betroffenen Gegenden Schadensersatz (z.B. Einrichtungen für Einwohner) vorgesehen werden, da die Abfälle der Großstädte dem Land aufgedrängt werden. Die Abfallentsorgungsanlagen sollen in solchen Gebieten gebaut werden, wo das Einverständnis der Einwohner gewonnen wurde.

Dadurch würden die Beseitigungskosten wahrscheinlich hoch ansteigen. Diese Kosten aber muß der Hersteller tragen, und es muß auch hingenommen werden, daß sie letztlich auf die Konsumenten abgewälzt werden.

Auf diese Weise könnte man erwarten, daß Bezirke gefunden werden, die zur Errichtung der nötigen Anlagen ihre Zustimmung geben.

Europarechtliche Probleme der Abfallentsorgung

Von Friedrich Schoch, Freiburg

I. Die jüngere Entwicklung des Abfallrechts im Europäischen Rahmen

Wer sich in Deutschland heutzutage näher mit irgendeiner Rechtsmaterie beschäftigt, kommt nicht umhin, die nationale Dimension des Zugangs zum Recht um die europäische Perspektive zu erweitern. Die „Europäisierung“ der nationalen Rechtsordnung ist gleichsam zu einem geflügelten Wort avanciert. Der damit angesprochene Prozess einer Durchdringung des nationalen Rechts durch das Europäische Gemeinschaftsrecht (EG-Recht) gilt im besonderen Maße auch für das Recht der Abfallentsorgung.

1. Teil-Privatisierung der Abfallentsorgung in Deutschland

Um die EG-rechtlichen Einflüsse auf das *deutsche Abfallrecht* besser verstehen zu können, muß dessen jüngere Entwicklungsgeschichte kurz in Erinnerung gerufen werden¹. Zweck des am 6. Oktober 1996 in Kraft getretenen deutschen Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes ist die Förderung der Kreislaufwirtschaft zur Schonung der natürlichen Ressourcen und die Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen (§ 1 KrW-/AbfG). Die Grundsätze der Kreislaufwirtschaft bestimmen, daß Abfälle in erster Linie (insbesondere durch die Verminderung ihrer Menge und Schädlichkeit) zu vermeiden sind; in zweiter Linie sind sie stofflich oder energetisch (d. h. zur Energiegewinnung) zu verwerten (§ 4 Abs. 1 KrW-/AbfG). Abfälle, die nicht verwertet werden, sind gemeinwohlverträglich – nach bestimmten rechtlichen Standards – zu beseitigen (§ 11 Abs. 1 KrW-/AbfG).

¹ Einzelheiten dazu bei Reese, Entwicklungslinien des Abfallrechts, ZUR 2000, 57 ff.; speziell zur Entwicklung der Rechtsprechung Eckert, Die Entwicklung des Abfallrechts, NVwZ 1999, 1181 ff.; Stüer, Umweltrecht – Rechtsprechungsbericht 1998/99, DVBl. 1999, 1325 ff.

Damit besteht eine klare gesetzliche Zielhierarchie²: Abfälle sind nach Möglichkeit zu vermeiden; gelingt dies nicht, sind die Abfälle zu entsorgen; dabei hat die Verwertung von Abfällen Vorrang vor deren Beseitigung (§ 5 Abs. 2 S. 2 KrW-/AbfG)³. Die *Abfallentsorgung* umfasst danach die Verwertung und die Beseitigung von Abfällen (§ 3 Abs. 7 KrW-/AbfG).

Dieses *duale System* des deutschen Abfallentsorgungsrechts beinhaltet jedoch nicht nur das erwähnte umweltrechtliche Element des Vorrangs der Abfallverwertung vor der Abfallbeseitigung. Eine wirtschaftsverwaltungsrechtliche Komponente tritt hinzu. Mit einer gewissen Vereinfachung kann man – vor allem in Bezug auf den sog. Gewerbemüll – feststellen, dass die *Abfallbeseitigung* im Schwerpunkt nach wie vor (d. h. wie unter der Geltung des früheren Abfallrechts) eine Aufgabe der öffentlichen Daseinsvorsorge ist (vgl. § 13 Abs. 1 und Abs. 4 S. 1 KrW-/AbfG)⁴, während die *Abfallverwertung* überwiegend privaten Rechtssubjekten obliegt (vgl. § 5 Abs. 2 S. 1 KrW-/AbfG)⁵. Man kann also von einer Teil-Privatisierung der Abfallentsorgung sprechen⁶.

² Vgl. zum Folgenden im Einzelnen *Schimanek*, Die abfallwirtschaftsrechtliche Zielhierarchie nach dem neuen Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, 1997, S. 26 ff. (Abfallvermeidung), S. 94 ff. (Abfallverwertung), S. 190 ff. (Abfallbeseitigung).

³ Zu den in der Praxis auftretenden Rechtsfragen vgl. *VGH BW*, DÖV 1999, 830 = NVwZ 1999, 1243 = VBIBW 2000, 80; *BayVGH*, NVwZ 1999, 1248 = BayVBl. 1999, 695 = UPR 1999, 396 = ZUR 2000, 114.

⁴ Umfassend aus kommunaler Perspektive der Sammelband von *Hoppe/Bauer/Faber/Schink* (Hrsg.), Auswirkungen des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes auf die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger, 1996; *Kibele*, Der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger – ein Auslaufmodell?, VBIBW 1999, 1 ff.; *Queitsch*, Gibt es noch „Abfälle zur Beseitigung“ nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz?, UPR 2000, 1 ff.; rechtspolitisch *Schink*, Kommunale Forderungen für Gesetzgebung im Abfallrecht, Der Landkreis 1999, 410 ff.

⁵ *Weidemann*, Die duale Abfallwirtschaft – moderner Steuerungsansatz oder regulatorische Überforderung?, VerwArch. 90 (1999), 533 (539 ff.); aus der Perspektive des Wettbewerbsrechts *Cosson*, Begrenzungen kommunaler wirtschaftlicher Betätigung im Bereich der Abfallwirtschaft, DVBl. 1999, 891 ff.

⁶ Einzelheiten dazu bei *Kahl*, Die Privatisierung der Entsorgungsordnung nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, DVBl. 1995, 1327 ff.; *Tettinger*, Privatisierungskonzepte für die Abfallwirtschaft, in: Festschrift für Friauf, 1996, S. 569 ff.; *Kummer/Giesberts*, Rechtsfragen der Privatisierung kommunaler Abfallentsorgung und Abwasserbeseitigung, NVwZ 1996, 1166 ff.; *Weidemann*, Übergangsprobleme bei der Privatisierung des Abfallwesens, NJW 1996, 2757 ff.; *ders.*, Kreislaufwirtschaft contra dezentrale Verwaltungswirtschaft – von den Schwierigkeiten bei der Umsetzung eines Privatisierungsgesetzes, GewArch. 1997, 311 ff.; *Schink*, Öffentliche und private Entsorgung, NVwZ 1997, 435 ff.

Auf der Grundlage des neuen Rechts bestehen damit in Deutschland eine öffentliche und eine private Abfallentsorgung nebeneinander⁷. Nach der Regelungsphilosophie des Gesetzes sollen Abfälle zur Verwertung einer Kreislaufwirtschaft zugeführt werden, im übrigen ist die umweltverträgliche Beseitigung sicherzustellen⁸. Bei näherer Betrachtung weist das auf den ersten Blick klar anmutende System jedoch Ungereimtheiten und Friktionen auf. Diese sind vor allem rechtlicher, ökonomischer und ökologischer Natur:

Rechtlich ist nicht eindeutig bestimmt, was konkret Abfälle zur Verwertung oder zur Beseitigung sind. Das Gesetz erklärt dazu lapidar, „Abfälle zur Verwertung sind Abfälle, die verwertet werden; Abfälle, die nicht verwertet werden, sind Abfälle zur Beseitigung“ (§ 3 Abs. 1 S. 2 KrW-/AbfG). Die Rechtswissenschaft bemüht sich in kontroverser Diskussion – vor allem anhand der Vorgaben zur stofflichen und energetischen Verwertung (§ 4 Abs. 3 und Abs. 4 KrW-/AbfG) – um eine Klärung der Sach- und Rechtslage⁹, die Kasuistik in der Rechtsprechung ist nur noch mit Mühe zu überblicken¹⁰.

Ökonomische Gründe sind ausschlaggebend dafür, dass vielfach eine interessengeleitete juristische Debatte geführt wird. Abfallentsorgung ist mittlerweile ein durchaus lukratives Geschäft geworden. Es ist geradezu ein „Kampf um den Abfall“ entstanden, seit mit der „Ware Müll“ Geld zu verdienen ist¹¹. Vor diesem

⁷ Pippke, Öffentliche und private Abfallentsorgung – Die Privatisierung der Abfallwirtschaft nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, 1999, S. 62 ff

⁸ Gassner, Von der Abfallwirtschaft zur Kreislaufwirtschaft – AöR 123 (1998), 201 ff. – Kritisch zu dem „Kreislaufmodell“ Ladeur, Das Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz als Schritt auf dem Weg zu einem „ökologischen Stoffflussrecht“?, ZfU 1998, 279 ff.

⁹ Zuletzt etwa Dolde/Vetter, Beseitigung und Verwertung nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, NVwZ 2000, 21 ff.; Witthohn/Smeddinck, Abgrenzung Abfall zur Beseitigung und Abfall zur Verwertung – das unlösbare Problem?, NdsVBl. 2000, 77 ff.; Dieckmann, Die Abgrenzung zwischen Abfallbeseitigung und Abfallverwertung, ZUR 2000, 70 ff. – Ausführlich zu den gegensätzlichen Positionen einerseits Dolde/Vetter, Rechtsfragen der Verwertung und Beseitigung von Abfällen, 1999; andererseits Weidemann, Verwaltungsrechtliche Grundfragen der dualen Entsorgungsordnung – zur Reichweite der Überlassungspflicht bei gewerblichen Abfällen, Rechtsgutachten März 2000.

¹⁰ Zuletzt (jew. m. w. Nachw.) VGH BW, DÖV 2000, 39 = NVwZ 2000, 91 = UPR 2000, 39 = VBIBW 2000, 156; VG Schleswig, NVwZ 2000, 830.

¹¹ Vgl. dazu unter wettbewerbsrechtlichen Vorzeichen Schönberger, Das Geschäft mit dem Müll – Verstößt die Teilnahme der öffentlichen Hand an den Abfallentsorgungsmärkten gegen Wettbewerbsrecht?, GRUR 1999, 659 ff.; ferner Willand/Bechtolsheim/Jänicke, Kooperation oder Konkurrenz – kommunale Aspekte aktueller Entwicklungen der Abfallwirtschaft, ZUR 2000, 74 ff. – Dagegen aus kommunaler Sicht Budde/Stapper, Kommunale Abfallentsorgung – Zulässigkeit der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Städte, StT 1999, 93 ff.

Hintergrund gebietet es die ökonomische Rationalität, in dem dualen System der Abfallentsorgung durch entsprechende Definition einen konkreten Abfall – je nach Standpunkt – als solchen zur Verwertung (Privatwirtschaft) oder zur Beseitigung (öffentliche Hand) qualifizieren zu wollen¹².

Ökologisch gilt die Abfallverwertung gegenüber der Abfallbeseitigung gemeinhin als die umweltfreundlichere Entsorgungsvariante. Daraus könnte ein wichtiges Argument zugunsten der privaten Entsorgungswirtschaft entstehen. Die Praxis der Abfallverwertung sieht jedoch mitunter anders aus. Die Verfüllung von Bergwerken mit Abfall¹³ oder die Mitverbrennung von Abfall in Zementwerken¹⁴ werden als „Billigverwertungen“ kritisiert, denen man entgegentreten müsse¹⁵. Vor allem gegenüber der sog. energetischen Verwertung von Abfällen in Industrieanlagen wird kritisiert, dass die an die Abluftreinigung gestellten Anforderungen häufig weit hinter den für Abfallverbrennungsanlagen bei Abfällen zur Beseitigung geltenden Standards zurückblieben¹⁶.

Führt man diese drei Elemente zusammen, wird rasch deutlich, mit welcher Brisanz und mit welchen Folgen die Qualifizierung eines Abfalls – als zur „Verwertung“ oder zur „Beseitigung“ bestimmt – verknüpft ist.

2. Internationalisierung des Abfallrechts: Abfallverbringung

Die Problematik wird noch um einiges komplizierter, wenn die internationale Dimension der Interessenlagen betrachtet wird. Für Abfallerzeuger und Abfallbesitzer bietet sich aus ökonomischen Gründen vielfach die *Abfallentsorgung im Ausland* an. Ich beschränke meine Überlegungen auf das Territorium der EG-Mitgliedstaaten. Ist die Entsorgung im EG-Ausland billiger als im Inland, kann der sog. Abfallexport zum

¹² *Kunig*, Der Abfallbegriff, NVwZ 1997, 209 (214), bemerkt der „definitorische Kampf“ um Abfallbeseitigung und Abfallverwertung sei unter ökonomischen Zielsetzungen entbrannt.

¹³ Von *BVerwG*, Eildienst LKT NW 2000, 302, für unzulässig erklärt: Die Ablagerung von Abfällen in Hohlräumen eines eingestellten Bergbaubetriebs sei Abfallbeseitigung (nicht Abfallverwertung); das Bundesberggesetz lasse jedoch die Ablagerung von Abfällen zur Beseitigung als bergbaulichen Versatz nicht zu. – Vgl. ferner *Stengler*, Bergversatz mit Abfällen – Verwertung oder Beseitigung?, NVwZ 2000, 645 f.

¹⁴ Vgl. dazu aus der Praxis *VG Magdeburg*, NVwZ 1998, 1214; *VG Neustadt a.d.W.*, Urt. v. 20.08.1999 – 7 K 1562/99. NW –.

¹⁵ *Koch/Reese*, Abfallrechtliche Regulierung der Verwertung – Chancen und Grenzen, DVBl. 2000, 300 (301).

¹⁶ *Lübbe-Wolff*, Abfallmitverbrennung in Industrieanlagen, DVBl. 1999, 1091 ff.

lukrativen Geschäft werden. Das *Abfallverbringungsrecht* wird zum Hebel für die Steuerung der Abfallströme. Zwei aktuelle Beispiele, die beide zur Zeit den Europäischen Gerichtshof (EuGH) beschäftigen, mögen den Befund verdeutlichen:

Verschiedene deutsche Unternehmen verbringen ein Abfallgemisch (mit Sägemehl vermischte Lack- und Farbschlämme, Ölschlämme, Lösungsmittel etc.), das als *Ersatzbrennstoff* fungiert, zur Verbrennung in Zementöfen nach Belgien, wo es in der belgischen Zementindustrie bis zu einem Drittel Primärenergieträger ersetzt. Nachdem deutsche Behörden gegen diese Abfallverbringung Einwände mit der Begründung erhoben haben, dass eine unzulässige Verbringung zur Beseitigung der Abfälle vorliege, hat die Europäische Kommission am 6. Juni 2000 beim EuGH eine Vertragsverletzungsklage gegen die Bundesrepublik Deutschland erhoben¹⁷. Die Kommission vertritt die Auffassung, dass es sich um eine zulässige Verbringung von Abfällen zur Verwertung handele.

Für *besonders überwachungsbedürftige Abfälle* („Sondermüll“) bestehen landesrechtliche Andienungspflichten, die Erzeuger sowie Besitzer jener Abfälle verpflichten, den „Sondermüll“ bestimmten Stellen anzubieten, die dann darüber entscheiden, wo und durch wen sowie in welchem Verfahren die Abfallentsorgung stattfindet¹⁸. Der Sache nach bewirken die Andienungspflichten eine Beschränkung des innergemeinschaftlichen Handels mit dem „Sondermüll“. Im Schrifttum wird darüber gestritten, ob die Verbringungsbeschränkungen nur für Abfälle zur Beseitigung oder auch für Abfälle zur Verwertung europarechtlich gerechtfertigt sind¹⁹. Das BVerwG hat dem EuGH die Frage vorgelegt, ob nationales Recht der beabsichtigten grenzüberschreitenden Verbringung von Abfällen überhaupt ein eigenständiges Verwaltungsverfahren über die Andienung und Zuweisung dieser Abfälle vorschalten darf. Ferner fragt das BVerwG den EuGH, ob es mit EG-Recht

¹⁷ Rechtssache C-228/00.

¹⁸ Zur teilweisen Unwirksamkeit der Andienungsverordnung Niedersachsen (in Bezug auf Abfälle zur Verwertung) BVerwG, DVBl. 1999, 1523 = DÖV 2000, 32 = NVwZ 1999, 1225. – Zur Rechtslage in Rheinland-Pfalz OVG RP, NVwZ 1999, 676; dazu *Scherer-Leydecker*, Landesrechtliche Andienungspflichten für Sonderabfälle, DVBl. 1999, 1251 ff. – Ausführlich zum nationalen Recht *Jarass*, Organisation und Überwachung der Sonderabfallentsorgung durch die Länder, 1997.

¹⁹ Restriktiv *Unruh*, Die Zulässigkeit landesrechtlicher Andienungspflichten für Sonderabfälle, 1997, S. 33 ff.; *ders.*, Die Zukunft der Andienungspflichten, ZUR 2000, 83 ff.; noch restriktiver *Breuer*, Die Zulässigkeit landesrechtlicher Andienungs- und Überlassungspflichten gemäß § 13 Abs. 4 KrW-/AbfG, 1999, S. 7 ff., 75 ff.; *Stewing*, Andienungs- und Überlassungspflichten für Sonderabfälle, 2000, S. 13 ff., 39 ff.

vereinbar ist, wenn die Zuweisung der Abfälle an eine ausländische Entsorgungsanlage deshalb verweigert wird, weil diese Anlage nicht den Umweltauforderungen des deutschen Rechts (wohl aber des betreffenden EG-Mitgliedstaats und des Gemeinschaftsrechts) entspricht²⁰.

Diese beiden Beispiele aus der Praxis weisen nicht nur auf die Bedeutung des EG-Rechts für die Abfallentsorgung hin, sie machen vielmehr zugleich das Konfliktfeld im Spannungsverhältnis zwischen „Umwelt“ und „Wirtschaft“ deutlich und sie mahnen ein transnationales Rechtsregime an, da die einzelstaatliche Rechtsordnung im Europäischen Binnenmarkt mit seinen Grundfreiheiten offensichtlich nicht mehr in der Lage ist, die dem Recht abverlangte Ordnungs- und Steuerungsfunktion angemessen zu erfüllen.

Ausgangspunkt des gemeinschaftsrechtlichen Abfallverbringungsrechts ist die Erkenntnis, dass grenzüberschreitende Abfallströme letztlich Ausdruck unterschiedlich ausgelasteter Kapazitäten, divergierender (Entsorgungs-)Preise und auseinanderklaffender materieller Anforderungen an Abfallentsorgungsanlagen sowie den eigentlichen Verwertungs- und Beseitigungsvorgang darstellen²¹. Hier setzt das EG-Abfallverbringungsrecht an und greift in den Prozess der Marktsteuerung ein. Problematische Abfallverbringungen werden von unproblematischen Abfallexporten zu unterscheiden versucht, dem Schutz der Umwelt wird nicht erst bei dem eigentlichen Abfallentsorgungsvorgang sondern bereits im Vorfeld bei der Entscheidung über die Zulässigkeit einer grenzüberschreitenden Abfallverbringung Rechnung getragen und der Lenkung der Abfallströme durch Marktmechanismen werden verwaltungsrechtliche Schranken gesetzt. Das EG-Abfallrecht basiert in dem hier interessierenden Zusammenhang auf einer Verordnung und einer Richtlinie:

Die Verordnung (EWG) Nr. 259/93 des Rates vom 1. Februar 1993 zur Überwachung und Kontrolle der Verbringung von Abfällen in der, in die und aus der Europäischen

²⁰ *BVerwG*, NVwZ 1999, 1228 = VBIBW 1999, 455. – Vorinstanz *VGH BW*, NVwZ-RR 1998, 744 = VBIBW 1998, 263: Vereinbarkeit der Andienungspflichten nach der Sonderabfallverordnung Baden-Württemberg mit EG-Recht.

²¹ Ausführlich zum Folgenden *Krieger*, Grenzüberschreitende Abfallverbringung, in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Band II: Besonderes Umweltrecht, 1998, § 75 Rn. 1 ff.

Gemeinschaft²² (EG-AbfVerbrVO) stellt das juristische Herzstück des gemeinschaftsrechtlichen Regelungsregimes dar²³. Der Erlass dieser Verordnung ist nicht auf die Binnenmarktkompetenz des EG-Vertrages (Art. 100a EGV a.F. = Art. 95 EGV n.F.) sondern auf die Umweltkompetenz der EG (Art. 130s EGV a.F. = Art. 175 EGV n.F.) gestützt und wurde in ihrer Rechtswirksamkeit vom EuGH ausdrücklich bestätigt²⁴. Zur Wahl der Rechtsform ist bemerkenswert, dass die EG auf das für das Umweltrecht eher untypische Instrument der Verordnung zurückgegriffen hat. Dies unterstreicht die Intention der gemeinschaftsrechtlichen Steuerungswirkung, da die Form der Verordnung allgemeine Geltung hat, in allen ihren Teilen verbindlich ist und in jedem EG-Mitgliedstaat unmittelbar gilt (Art. 189 Abs. 2 EGV a.F. = Art. 249 Abs. 2 EGV n.F.). In der Sache differenziert die EG-Abfallverbringungsverordnung zwischen Verbringungen zum Zwecke der Verwertung und Verbringungen zum Zwecke der Beseitigung. Die Abfallverwertung wird durchgehend liberaler behandelt als die Abfallbeseitigung; darauf wird zurückzukommen sein²⁵.

Die Richtlinie 75/442/EWG des Rates vom 15. Juli 1975 über Abfälle²⁶ – sog. Abfallrahmenrichtlinie (EG-AbfRRL) – bezweckt in erster Linie die Angleichung der Rechtsvorschriften der EG-Mitgliedstaaten über die Abfallbeseitigung, zielt ferner im Bereich des Umweltschutzes auf eine Verbesserung der Lebensqualität und will durch die Ausschaltung ungleicher Wettbewerbsbedingungen zum Funktionieren des Gemeinsamen Marktes beitragen²⁷. Auf der Grundlage der EG-Abfallrahmenrichtlinie hat der EuGH eine Reihe wichtiger Entscheidungen zum Europäischen Abfallrecht getroffen. So musste der Gerichtshof feststellen, dass der Abfallbegriff des deutschen Rechts nicht vollständig mit den Vorgaben des EG-Rechts übereinstimmt, das auch Stoffe und Gegenstände, die zur wirtschaftlichen

²² ABIEG 1993, Nr. L 30/1, zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 2408/98 vom 06.11.1998, ABIEG Nr. L 298/19.

²³ Übersicht zum Inhalt der Verordnung bei *Winter*, Die neue Abfallverbringungs-Verordnung der EG, UPR 1994, 161 ff.

²⁴ *EuGH*, Slg. I 1994, 2874 = DVBl. 1994, 997 = NVwZ 1995, 261 – Tz. 17 ff.

²⁵ Vgl. unten II. 2.

²⁶ ABIEG 1975, Nr. L 194/39, zuletzt geändert durch Entscheidung der Kommission 96/350/EG vom 24.05.1996, ABIEG Nr. L 135/32.

²⁷ Die Abfallrahmenrichtlinie der EG ist auf Art. 100 EGV a. F. (= Art. 94 EGV n. F.), also die Kompetenz zur Angleichung der Rechtsvorschriften in den EG-Mitgliedstaaten, gestützt; die Rechtmäßigkeit bestätigend *EuGH*, Slg. I 1993, 939 = DVBl. 1993, 777 = NVwZ 1993, 872 – Tz. 5 ff.; dazu *Voß/Wenner*, Der EuGH und die gemeinschaftsrechtliche Kompetenzordnung – Kontinuität oder Neuorientierung?, NVwZ 1994, 332 ff.

Wiederverwendung geeignet sind, dem Begriff „Abfälle“ zuordnet²⁸. Diese Rechtsprechung hat der Gerichtshof bestätigt und zudem betont, das durch die EG-Abfallrahmenrichtlinie eingeführte System der Überwachung und Bewirtschaftung solle alle Gegenstände und Stoffe erfassen, deren ihr Eigentümer sich entledigt, auch wenn sie einen Handelswert hätten und gewerbsmäßig zum Zweck der Verwertung, Rückgewinnung oder Wiederverwendung eingesammelt würden²⁹. In einem weiteren Urteil entschied der EuGH, dass der Abfallbegriff des EG-Rechts grundsätzlich keine Art von Rückständen, industriellen Nebenerzeugnissen oder sonstigen aus Produktionsprozessen stammende Stoffe ausnehme³⁰. Schließlich hat der Gerichtshof erkannt, dass auch die „Zwischenlagerung“ von Abfällen in den Anwendungsbereich der EG-Abfallrahmenrichtlinie falle, nicht jedoch die bloß „zeitweilige Lagerung“ von Abfällen³¹.

Insgesamt hat das EG-Abfallrecht unterdessen eine große Anwendungsbreite und – mit Blick auf die Formung des nationalen Abfallrechts – eine nicht zu unterschätzende Eindringtiefe erreicht. In Bezug auf die grenzüberschreitende Abfallverbringung ist das EG-Recht eingebettet in völkerrechtliche Abkommen³². Zu erwähnen ist das „Baseler Übereinkommen über die Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle und ihrer Entsorgung“, das im Rahmen der UNO abgeschlossen worden ist und am 6. Mai 1992 in Kraft trat³³. Die EG ist diesem Übereinkommen beigetreten.

3. Schutz des Abfallexports durch die Warenverkehrsfreiheit des EG-Vertrages

Die bisherigen Ausführungen haben den umweltrechtlichen Ansatz des EG-Abfallrechts hervorgehoben. Damit ist jedoch nur eine juristische Seite der

²⁸ *EuGH*, Slg. I 1995, 1097 = DVBl. 1995, 1003 = NVwZ 1995, 885 = EuZW 1995, 614 (m. Anm. *Krieger*) – Tz. 22 ff.; dazu Besprechung *Weidemann*, Umsetzung der Abfall-Richtlinien: Urteil des EuGH zum deutschen Abfallrecht, NVwZ 1995, 866 ff.

²⁹ *EuGH*, Slg. I 1997, 3561 = ZUR 1997, 267 = NuR 1999, 36 – Tz. 52.

³⁰ *EuGH*, Slg. I 1997, 7411 = NVwZ 1998, 385 – Tz. 28; dazu Besprechung *Gassner*, Abfallbegriff und Umsetzungspflicht, NVwZ 1998, 1148 ff.; ferner – bezüglich der Umsetzung des EG-Rechts in nationales Recht – *Weiß*, Zur Wirkung von Richtlinien vor Ablauf der Umsetzungsfrist, DVBl. 1998, 568 ff.

³¹ *EuGH*, NVwZ 2000, 57 = BayVBl. 2000, 271 – Tz. 40 ff.

³² Knappe Übersicht dazu bei *Krieger*, Grenzüberschreitende Abfallverbringung (FN 21), Rn. 5 ff.

Sachproblematik angesprochen. Denn die *ökologischen* Zielsetzungen des EG-Abfallrechts müssen um die *ökonomische* Dimension ergänzt werden. Die Abfallverbringung ist dafür ein Musterbeispiel. Der Abfallexport ist nämlich eingebettet in die *Grundfreiheiten* des EG-Vertrags³⁴. Von daher markiert die Abfallverbringung zwischen EG-Mitgliedstaaten einen fundamentalen Konflikt zwischen den Umweltprinzipien und den Marktprinzipien des EG-Rechts³⁵.

Dieser Konflikt ist virulent, seit der EuGH im Jahre 1992 ausdrücklich anerkannt hat, dass Abfälle – seien sie rückführbar und wiederverwendbar oder nicht – als „Waren“ anzusehen sind, die dem *freien Verkehr* unterliegen, wobei dieser Verkehr grundsätzlich nicht behindert werden darf³⁶. Zwar hat der EuGH hinzugefügt, was die Umwelt betreffe, seien Abfälle „Gegenstände besonderer Art“³⁷. Aber dieser wenig klare Hinweis ändert nichts an der Feststellung, dass Beschränkungen der Abfalleinfuhr oder Abfallausfuhr im Rechtssinne *Eingriffe* in die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28, 29 EGV n.F. = Art. 30, 34 EGV a.F.) darstellen, die nur im Falle ihrer Rechtfertigung EG-rechtlich Bestand haben können³⁸. Bei der nationalstaatlichen Verhinderung der Verbringung von Abfall in die belgischen Zementfabriken zur Verbrennung handelt es sich ohne weiteres um eine Ausfuhrbeschränkung. Und die ebenfalls bereits erwähnten landesrechtlichen Andienungspflichten beim Sonderabfall stellen sich im Ergebnis als „Maßnahme gleicher Wirkung“ dar, sind also gleichfalls rechtfertigungsbedürftig³⁹.

Bei der Beurteilung der *rechtlichen Zulässigkeit* von mengenmäßigen Einfuhr- oder Ausfuhrbeschränkungen sowie Maßnahmen gleicher Wirkung ist zunächst daran zu erinnern, dass rein wirtschaftliche Ziele nach der Rechtsprechung des EuGH eine

³³ Zur Entwicklung des deutschen Zustimmungsgesetzes zum „Baseler Übereinkommen“ vgl. BT-Drucks. 12/5278 und 12/7032; zum deutschen Ausführungsgesetz zum „Baseler Übereinkommen“ vgl. BT-Drucks. 12/6351 und 12/8085.

³⁴ Vgl. i.e. *Weidemann*, Abfallrecht: Grundlagen, in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Band II: Besonderes Umweltrecht, 1998, § 71 Rn. 5 ff.

³⁵ *Schröder*, Die steuernde und marktbegrenzende Wirkung umweltschutzrelevanter Prinzipien des EG-Vertrages am Beispiel des Abfallexportes, NVwZ 1996, 833 ff.

³⁶ *EuGH*, Slg. I 1992, 4471 = DVBl. 1995, 232 = NVwZ 1992, 871 = EuZW 1992, 577 – Tz. 23 ff.

³⁷ *EuGH* (FN 36), Tz. 30.

³⁸ Einzelheiten bei *Frenz*, Grenzüberschreitende Abfallverbringung und gemeinschaftliche Warenverkehrsfreiheit, UPR 2000, 210 ff.

³⁹ *VGH BW*, DVBl. 1998, 343 (345) = NVwZ-RR 1998, 744 (745) = VBIBW 1998, 263 (265); *Unruh* (FN 19), ZUR 2000, 83 (85).

Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit nicht rechtfertigen können⁴⁰. Der EG-Vertrag selbst sieht andererseits in Art. 30 n.F. (Art. 36 EGV a.F.) ausdrücklich vor, dass die Warenverkehrsfreiheit unter anderem zum Schutz der menschlichen Gesundheit sowie des Lebens von Menschen eingeschränkt werden darf. Derartige Gründe dürften im vorliegenden Zusammenhang indes kaum gegeben sein⁴¹. Unter Rückgriff auf den Umwelt-Titel im EG-Vertrag (Art. 174 ff. EGV n.F. = Art. 130r EGV a.F.) lässt der EuGH jedoch Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit auch aus *zwingenden Erfordernissen des Umweltschutzes* zu, wenn die betreffenden Maßnahmen unterschiedslos auf einheimische und eingeführte Abfälle anwendbar sind und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen⁴². Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, bedarf sorgfältiger Prüfung im Einzelfall. Dabei zeigt sich in der Praxis, dass Abfälle zur Beseitigung umweltrechtlichen Reglementierungen eher zugänglich sind als Abfälle zur Verwertung.

II. Die rechtliche Unterscheidung zwischen Abfall zur Beseitigung und Abfall zur Verwertung

Innerhalb des skizzierten Rahmens gewinnt also die Unterscheidung zwischen Abfall zur Beseitigung und Abfall zur Verwertung für die Lösung konkreter Rechtsprobleme herausragende Bedeutung. Insoweit verhält es sich im EG-Recht nicht anders als im nationalen Abfallrecht. Abfallbeseitigung und Abfallverwertung folgen unterschiedlichen juristischen Rationalitäten. Dies lässt sich insbesondere an zwei Punkten deutlich machen: den verschiedenartigen *Prinzipien* für Abfallbeseitigung und Abfallverwertung sowie den divergierenden behördlichen Möglichkeiten zur *Verhinderung* des Abfallexports.

1. Grundstrukturen des Europäischen Abfallbeseitigungsrechts

Nach dem primären Gemeinschaftsrecht zielt die Umweltpolitik der EG unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Gegebenheiten in den einzelnen Regionen auf ein hohes Schutzniveau ab (Art. 174 Abs. 2 S. 1 EGV n.F. = Art. 130r Abs. 2 S. 1

⁴⁰ *EuGH*, Slg. I 1998, 1831 = *NJW* 1998, 1769 = *EuZW* 1998, 343 – Tz. 39.

⁴¹ Für die Rechtfertigung der Andienungspflicht von Sonderabfällen daher auch abgelehnt von *VGH BW*, DVBl. 1998, 343 (345) = *NVwZ-RR* 1998, 744 (745) = *VBIBW* 1998, 263 (265); ebenso *Stewing*, Andienungs- und Überlassungspflichten (FN 19), S. 48.

EGV a.F.). Dies gilt selbstverständlich auch für das Abfallrecht. Infolgedessen müssen die EG-Mitgliedstaaten nach Art. 4 AbfRRL die erforderlichen Maßnahmen treffen, um sicherzustellen, dass die Abfälle verwertet oder beseitigt werden, ohne dass die menschliche Gesundheit gefährdet wird und ohne dass Verfahren oder Methoden verwendet werden, welche die Umwelt schädigen können.

In dem Zusammenhang kommt den Grundsätzen der *Entsorgungsautarkie* und der *Entsorgungsnähe* eine große praktische Bedeutung zu. Diese Grundsätze lassen sich auf Prinzipien des primären Gemeinschaftsrechts zurückführen, da Umweltbeeinträchtigungen mit Vorrang an ihrem *Ursprung* zu bekämpfen sind (Art. 174 Abs. 2 S. 2 EGV n.F. = Art. 130r Abs. 2 S. 2 EGV a.F.)⁴³. „Entsorgungsautarkie“ und „Entsorgungsnähe“ sind in der EG-Abfallverbringungsverordnung (Art. 4 Abs. 3, ferner 10. Begründungserwägung) und in der EG-Abfallrahmenrichtlinie (Art. 5) jedoch nur im Zusammenhang mit der *Beseitigung* von Abfällen bzw. *Beseitigungsanlagen* angesprochen, so dass diese Grundsätze nur insoweit zur Geltung gebracht werden können. Der EuGH merkt hierzu an, in der unterschiedlichen Behandlung der zur Beseitigung und der zur Verwertung bestimmten Abfälle durch das EG-Recht komme die unterschiedliche Rolle zum Ausdruck, die jede dieser beiden Abfallarten bei der Entwicklung der Umweltpolitik der EG zu spielen habe⁴⁴.

Bei der *Verbringung* von Abfällen zwischen EG-Mitgliedstaaten ist für Abfälle, die zur Beseitigung bestimmt sind, ein detailliert geregeltes *Verwaltungsverfahren* vorgesehen⁴⁵. Wer Abfälle zur Beseitigung in einen anderen EG-Mitgliedstaat verbringen will, muss dies der zuständigen Behörde am Bestimmungsort notifizieren und die zuständige Behörde am Versandort unterrichten (Art. 3 EG-AbfVerbrVO). Die zuständige Behörde am Bestimmungsort entscheidet, ob sie der geplanten Abfallverbringung zustimmt (Art. 4 Abs. 2 EG-AbfVerbrVO); die Verbringung darf erst erfolgen, nachdem die notifizierende Person von dieser Behörde die *Genehmigung*

⁴² *EuGH* (FN 36), Tz. 34; *EuGH* (FN 28), Tz. 34 ff.; *EuGH*, Slg. I 1998, 4075 = DVBl. 1999, 228 = NVwZ 1998, 1169 – Tz. 45 ff.

⁴³ *VGH BW*, DVBl. 1998, 343 (345) = NVwZ-RR 1998, 744 (745) = VBIBW 1998, 263 (265), mit Hinweis ferner darauf, dass sich die Grundsätze der Entsorgungsautarkie und der Entsorgungsnähe auch aus dem Baseler Übereinkommen ergeben, das für die EG verbindlich ist.

⁴⁴ *EuGH*, Slg. I 1998, 4075 = DVBl. 1999, 228 = NVwZ 1998, 1169 – Tz. 33.

dazu erhalten hat (Art. 5 Abs. 1 EG-AbfVerbrVO). Wichtig ist nun, dass die zuständige Behörde am Versandort *Einwände* gegen die geplante Abfallverbringung erheben kann (Art. 4 Abs. 3 EG-AbfVerbrVO). Diese können u.a. auch auf den Grundsatz der Nähe und den Grundsatz der Entsorgungsautarkie gestützt werden⁴⁶. Hier zeigt sich, dass umweltpolitischen Zielsetzungen letztlich zur Durchsetzung verholfen werden kann⁴⁷.

2. Grundstrukturen des Europäischen Abfallverwertungsrechts

Auf Abfälle zur *Verwertung* sind die Grundsätze der Entsorgungsautarkie und der Entsorgungsnähe in der EG-Abfallverbringungsverordnung und der EG-Abfallrahmenrichtlinie nicht bezogen. Daraus hat der EuGH die Schlussfolgerung gezogen, dass diese Grundsätze auf die zur Verwertung bestimmten Abfälle nicht anwendbar sind. Der Gerichtshof hat aber zugleich unter Hinweis auf den Vorrang der Verwertung (Art. 4 Abs. 3 EG-AbfVerbrVO) zusätzlich betont⁴⁸:

„Zur Stimulierung dieser Verwertung in der gesamten Gemeinschaft, insbesondere durch die Entwicklung möglichst hochwertiger Techniken, hat der Gemeinschaftsgesetzgeber vorgesehen, dass ein freier Verkehr derartiger Abfälle zwischen den Mitgliedstaaten zum Zweck ihrer Verwertung möglich sein muss, sofern der Transport nicht zu einer Gefährdung der Umwelt führt. Er hat daher für den grenzüberschreitenden Transport dieser Abfälle ein flexibleres Verfahren geschaffen, dem die Grundsätze der Entsorgungsautarkie und der Nähe zuwiderlaufen.“

In der Austarierung des Grundkonfliktes zwischen einem freien Abfallverkehr im EG-Binnenmarkt und der umweltpolitisch motivierten nationalen Entsorgungsautarkie wird hier deutlich, dass die Warenverkehrsfreiheit grundsätzlich Vorrang genießt⁴⁹.

Dieses Konzept setzt sich in der Ausgestaltung des *Notifizierungsverfahrens* fort. Für die Verbringung bestimmter Abfälle (sog. „Gelbe Liste“), die zur Verwertung in einen anderen EG-Mitgliedstaat verbracht werden sollen, ist die Notifizierung gegenüber

⁴⁵ Einzelheiten dazu bei *Giesberts*, Konkurrenz um Abfall: Rechtsfragen der Abfallverbringung in der Europäischen Union, NVwZ 1996, 949 (951 ff.).

⁴⁶ Einzelheiten hierzu bei *Krieger*, Grenzüberschreitende Abfallverbringung (FN 21), Rn. 42 ff.

⁴⁷ Am Beispiel der Andienungspflichten für Sonderabfall *VGH BW* (FN 43): Die in der baden-württembergischen Sonderabfallverordnung enthaltenen Einschränkungen der Warenverkehrsfreiheit sind durch die Grundsätze der Entsorgungsautarkie und der Entsorgungsnähe gerechtfertigt.

⁴⁸ *EuGH*, Slg. I 1998, 4075 = DVBl. 1999, 228 = NVwZ 1998, 1169 – Tz. 33.

⁴⁹ *VGH BW*, DÖV 1999, 612 (613) = NVwZ-RR 1999, 733 (734) = VBIBW 1999, 387 (388): „Gerade bei Abfällen zur Verwertung kommt der Warenverkehrsfreiheit – anders als bei Abfällen zur Beseitigung ... – ein besonderes Gewicht zu.“

der zuständigen Behörde am Bestimmungsort sowie die Unterrichtung der zuständigen Behörde am Versandort vorgeschrieben (Art. 6 EG-AbfVerbrVO). Werden keine Einwände erhoben, darf die Abfallverbringung nach Ablauf einer Frist von 30 Tagen erfolgen (Art. 8 Abs. 1 EG-AbfVerbrVO). Die zuständigen Behörden am Bestimmungsort und am Versandort können binnen 30 Tagen *Einwände* gegen die Abfallverbringung erheben, die jedoch nur auf *ganz bestimmte Gründe* gestützt werden dürfen (Art. 7 Abs. 2 EG-AbfVerbrVO)⁵⁰. Dabei geht es vier der genannten Einwendungsgründen um die Verhinderung konkreter Rechtsverstöße; der fünfte Einwendungsgrund will die Anteile an verwertbarem und nicht verwertbarem Abfall einer angemessenen Relation unterwerfen. Auch hieraus wird deutlich, dass Grundsätze wie „Entsorgungsautarkie“ und „Entsorgungsnähe“ keine Rolle spielen.

3. Zwischenfazit

Da der EG-Vertrag seine Wirtschaftszentriertheit längst aufgegeben hat und auch den Umweltschutz zu seinem Regelungsgegenstand gemacht hat, wird einer gewissen Renationalisierung der Abfallentsorgung Vorschub geleistet, die im sekundären Gemeinschaftsrecht ihre konkrete Ausgestaltung erfährt⁵¹. Die Befugnis zur staatlichen Reglementierung der Ein- und Ausfuhr von Abfällen bezieht sich im wesentlichen jedoch nur auf Abfälle zur Beseitigung. Insoweit ermöglicht das EG-Abfallrecht den EG-Mitgliedstaaten eine Lenkung der Abfallströme⁵². Abfälle zur Verwertung unterfallen hingegen der Warenverkehrsfreiheit; Reglementierungsmöglichkeiten der nationalen Verwaltungen bestehen nur in engen Grenzen. Bei diesem Befund liegt es auf der Hand, dass im Einzelfall die Abgrenzung zwischen Abfällen zur Verwertung und zur Beseitigung eine herausragende Bedeutung erlangt. Ihr gelten die folgenden Überlegungen.

III. Abgrenzung zwischen Abfall zur Beseitigung und Abfall zur Verwertung

1. Notwendigkeit der Abgrenzung

Ist die Unterscheidung zwischen Abfällen zur Beseitigung und Abfällen zur Verwertung demnach nicht nur für das deutsche Abfallrecht, sondern auch für das

⁵⁰ Vgl. dazu *Giesberts* (FN 45), NVwZ 1996, 949 (954).

⁵¹ *Weidemann*, Abfallrecht (FN 34), Rn. 6.

EG-Abfallrecht systembildend, bedarf es der Abgrenzung im jeweiligen Einzelfall. Der rechtlich erlaubte Umgang mit dem Abfall hängt eben entscheidend davon ab, welche Abfallart betroffen ist⁵³. Wenig hilfreich ist in dem Zusammenhang eine Äußerung des EuGH in seinem sog. Wallonien-Urteil, in dem er sich skeptisch zur Möglichkeit der Unterscheidung zwischen Abfall zur Verwertung und Abfall zur Beseitigung ausgesprochen hat. Nach Auffassung des Gerichtshofs⁵⁴

„ist die Unterscheidung zwischen rückführbaren und nicht rückführbaren Abfällen aus praktischer Sicht sehr schwierig, insbesondere was die Kontrollen an der Grenze angeht. Eine solche Unterscheidung stützt sich nämlich auf ungewisse Kriterien, die sich im Laufe der Zeit nach Maßgabe des technischen Fortschritts ändern können. Zudem hängt die Rückführbarkeit von Abfall auch von den Kosten der Rückführung und damit von der Rentabilität der beabsichtigten Wiederverwendung ab, so dass die Beurteilung dieser Frage notwendig subjektiv ist und von veränderlichen Faktoren abhängt.“

Sicherlich ist nicht zu leugnen, dass die *Abgrenzung* zwischen Verwertung und Beseitigung im Einzelfall schwierig sein kann. Besondere Probleme stellen sich bei der Abfallverbrennung als Entsorgungsmaßnahme ein, weil sie einerseits zu den klassischen Beseitigungstechniken zählt und andererseits infolge der energetischen Nutzung der Rohstoffqualität des Abfalls auch den Verwertungstechniken zugeordnet werden kann⁵⁵. Indes bietet das EG-Abfallrecht – wie sogleich zu zeigen sein wird – durchaus Anhaltspunkte für die Abgrenzung zwischen der Verwertung und der Beseitigung von Abfällen auch im Falle der Verbrennung. Um von einem Verwertungsverfahren sprechen zu können, muss die Hauptverwendung des Abfalls als Brennstoff feststehen⁵⁶. Dabei ist mittlerweile geklärt, dass es nicht auf die Bekundungen oder auf die subjektive Sichtweise des Abfallbesitzers ankommt, sondern dass objektive Kriterien für die Qualifizierung einer Entsorgungsmaßnahme maßgeblich sind⁵⁷.

⁵² Näher dazu von *Wilmowsky*, Das Nähe- oder Optimierungsprinzip des europäischen Abfallrechts, NVwZ 1999, 597 ff.

⁵³ Zu strafrechtlichen Konsequenzen der Nichtbeachtung des EG-Abfallrechts *BayObLG*, DVBl. 2000, 937 = UPR 2000, 277: Umweltgefährdende Abfälle i.S.d. § 326 Abs. 1 StGB verbringt auch derjenige aus dem Geltungsbereich des StGB ohne die erforderliche Genehmigung, der als zur Notifizierung verpflichtete Person Abfälle zur Verwertung gemäß Anlage III („Gelbe Liste“) zur EG-Abfallverbringungsverordnung ohne Durchführung des Notifizierungsverfahrens exportiert.

⁵⁴ *EuGH*, Slg. I 1992, 4431 = DVBl. 1995, 232 = NVwZ 1992, 871 = EuZW 1992, 577 – Tz. 27.

⁵⁵ *Weidemann*, Abfallrecht (FN 34), Rn. 71.

⁵⁶ Vgl. dazu näher unten III. 3.

⁵⁷ *Dieckmann/Graner*, Die Abgrenzung der thermischen Abfallbeseitigung von der energetischen Abfallverwertung nach EG-Recht, NVwZ 1998, 221 (223).

Nach geltendem Recht gibt es sonach an der *systembildenden Unterscheidung* zwischen Abfallverwertung und Abfallbeseitigung kein Vorbeikommen⁵⁸. Infolgedessen erhält die Antwort auf die Frage nach den Abgrenzungskriterien eine systemprägende Funktion im EG-Abfallrecht.

2. Maßgeblichkeit des EG-Abfallrechts

Präzise Definitionen der Begriffe „Abfallbeseitigung“ und „Abfallverwertung“ finden sich weder in der EG-Abfallverbringungsverordnung noch in der EG-Abfallrahmenrichtlinie. Daraus ist verschiedentlich der Schluss gezogen worden, die Konkretisierung des EG-Abfallrechts habe nach Maßgabe des nationalen Abfallrechts zu erfolgen; andernfalls sei das Gemeinschaftsrecht gar nicht vollziehbar⁵⁹. Dies ist übrigens auch die Position der Bundesregierung⁶⁰. Auf diesem Wege wird dann versucht, den Brennwert des Abfalls für die Zulässigkeit der energetischen Verwertung nach deutschem Recht (§ 6 Abs. 2 KrW-/AbfG)⁶¹ für die europarechtliche Unterscheidung zwischen Abfällen zur Verwertung und zur Beseitigung fruchtbar zu machen oder die Schadstoffhaltigkeit der Abfälle zum Abgrenzungskriterium zu machen oder Abfallgemische kurzerhand von der Kategorie „Verwertung“ auszuschließen⁶².

Rechtlich haltbar sind derartige Bemühungen, das EG-Abfallrecht nach Maßgabe des nationalen Abfallrechts zu interpretieren und zu konkretisieren, nicht. Es ist zwar richtig, dass das EG-Abfallrecht in dem hier interessierenden Zusammenhang eine gewisse Offenheit aufweist. Aber dies ist weder ungewöhnlich noch unbedingt schädlich. Allerdings muss man sich auf die *funktionale Sicht* des Gemeinschaftsrechts einlassen, um die ihm eigene juristische Rationalität verstehen

⁵⁸ Weidemann, Abfallrecht (FN 34), Rn. 40, postuliert nach geltendem Recht eine „klare Trennung des freien Abfall(verwertungs)marktes vom interventionistischen Zwangsregime“; rechtspolitisch konzidiert er, dass die komplizierte Unterscheidung von Abfallbeseitigung und Abfallverwertung insgesamt wenig sinnvoll sein könnte.

⁵⁹ Dieckmann/Graner (FN 57), NVwZ 1998, 221 (225); differenzierend hingegen Petersen, „Mit der Kreislaufwirtschaft Ernst machen“ – Überlegungen zur Konkretisierung des deutschen Abfallrechts, ZUR 2000, 61 (66 ff.): Konkretisierungsbefugnis der EG-Mitgliedstaaten, jedoch unter strikter Beachtung der Vorgaben des EG-Rechts.

⁶⁰ Vgl. Parlamentarische Staatssekretärin Probst, Ziele zur Fortentwicklung des europäischen Abfallrechts und der europäischen Bodenschutzpolitik, Umwelt Nr. 3/1999, 89.

⁶¹ Vgl. dazu NdsOVG, NVwZ 1998, 1202 = NuR 1999, 52, mit Bespr. Schwartmann, Zur energetischen Verwertung von Abfallgemischen, NVwZ 1998, 1151 ff.; ferner OVG NW, NWVBl. 1999, 344.

zu können⁶³. Diese intellektuelle Herausforderung ändert aber nichts an dem rechtlichen Befund, dass die EG-Abfallverbringungsverordnung für die grenzüberschreitende Abfallverbringung eine weitgehend abschließende Regelung trifft⁶⁴. Infolgedessen beantwortet allein das EG-Abfallrecht, ob es sich im konkreten Fall um die Verbringung von Abfall zur Verwertung oder Abfall zur Beseitigung handelt.

Ist demnach eine eigene gemeinschaftsrechtliche Auslegung des einschlägigen Rechts vorzunehmen⁶⁵, verbietet sich der Rückgriff auf das nationale Recht, um auf EG-Ebene Abfälle zur Verwertung und zur Beseitigung voneinander abzugrenzen⁶⁶. Ansonsten wäre auch die einheitliche Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts gefährdet⁶⁷. Hinzu kommt, dass die EG-Abfallrahmenrichtlinie die nähere Bestimmung der Abfälle zur Beseitigung bzw. zur Verwertung (mit Blick auf den sich ständig ändernden wissenschaftlichen und technischen Fortschritt) ausdrücklich der EG-Kommission überträgt (Art. 17, 18 EG-AbfRRL). Auch dies lässt nur den Schluss zu, dass die EG-Mitgliedstaaten über eine eigenständige Konkretisierungskompetenz nicht verfügen⁶⁸.

3. Funktionaler Verwertungsbegriff des EG-Abfallrechts

Die somit geforderte autonome Auslegung des EG-Abfallrechts findet einen Ansatzpunkt in Anhang II zur EG-Abfallrahmenrichtlinie. Dort sind „Beseitigungsverfahren“ und „Verwertungsverfahren“ aufgelistet⁶⁹. In dem hier

⁶² *Dieckmann/Graner* (FN 57), NVwZ 1998, 221 (224).

⁶³ Vgl. dazu nachf. III. 3.

⁶⁴ *Bothe*, Rechtliche Steuerung von Abfallströmen nach deutschem und europäischem Recht – Zur Problematik der Bestimmung des „Hauptzwecks“ nach dem KrW-/AbfG, Rechtsgutachten Dezember 1998, S. 33; *Engels*, Grenzüberschreitende Abfallverbringung nach EG-Recht, 1999, S. 98 f. und S. 264.

⁶⁵ *Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rn. 681.

⁶⁶ *Giesberts* (FN 45), NVwZ 1996, 949 (950); *Bothe*, Rechtsgutachten (FN 64), S. 33.

⁶⁷ Vgl. *EuGH*, NVwZ 1999, 1214 – Tz. 40 (am Beispiel der Altölbeseitigung).

⁶⁸ A.A. *Winter*, Die Steuerung grenzüberschreitender Abfallströme, DVBl. 2000, 657 (662 f.), der unter dem Gesichtspunkt des Subsidiaritätsprinzips den EG-Mitgliedstaaten eine Konkretisierungsbefugnis einräumen möchte, das deutsche KrW-/AbfG jedoch unter dem Gebot der Gemeinschaftstreue für zu weitgehend erachtet.

⁶⁹ Diese Auflistung wird durch das EG-Abfallverbringungsrecht dadurch rezipiert, dass Art. 2 lit. i und lit. k EG-AbfVerbrVO Bezug nimmt auf Art. 1 lit. e und lit. f EG-AbfRRL, wonach unter „Beseitigung“ alle in Anhang II A aufgeführten Verfahren und unter „Verwertung“ alle in Anhang II B aufgeführten Verfahren zu verstehen sind.

interessierenden Zusammenhang der Verbrennung von Abfällen fällt die „Verbrennung an Land“ (Anhang II A, D 10) unter die Abfallbeseitigung, während der Einsatz von Abfall im Sinne einer „Hauptverwendung als Brennstoff“ (Anhang II B, R 1) der Abfallverwertung zuzuordnen ist.

Nach der für das EG-Recht typischen *funktionalen Interpretation* kommt es für die Annahme eines Verwertungsverfahrens darauf an, ob das Verfahren einen über die Abfallbeseitigung hinausgehenden Nutzen ermöglicht; eine besondere Dignität des Nutzungszwecks wird nicht verlangt. Entsprechend seiner völkerrechtlichen Herkunft aus dem Baseler Übereinkommen ist der Verwertungsbegriff des EG-Abfallrechts in einem weiten Sinne der Nutzung des Abfalls für über die bloße Beseitigung des Abfalls hinausgehende Zwecke zu verstehen⁷⁰.

Daraus wird deutlich, dass dem EG-Abfallrecht ein weiterer Verwertungsbegriff zugrunde liegt als dem deutschen Abfallrecht⁷¹. Für einen Verwertungsvorgang spricht, wenn ein Abfall als Brennstoff eingesetzt wird, d.h. wenn er gezielt zur Energieerzeugung genutzt wird⁷². Ganz in diesem Sinne führt die EG-Kommission in dem erwähnten Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen der Verhinderung der Abfallverbrennung in belgischen Zementfabriken aus⁷³:

„Nach dem Wortlaut des Verfahrens kommt es entscheidend darauf an, dass der Abfall als *Brennstoff* verwendet wird. Als Brennstoff dient ein Produkt naturgemäß nur, wenn einerseits durch seine Verbrennung Wärmeenergie erzeugt wird und andererseits diese erzeugte Wärme auch tatsächlich genutzt wird. Andernfalls wird ein Stoff nicht als Brennstoff verwendet, sondern nur verbrannt.“

Es ist unstreitig, dass die Abfallmischungen in der belgischen Zementindustrie so eingesetzt werden, dass ihre Verbrennung zur Erzeugung von Wärmeenergie dient, die auch tatsächlich genutzt wird. Die Abfälle ersetzen bis zu einem Drittel die sonst eingesetzten Primärenergieträger. Damit sind die von der Richtlinie 75/442/EWG aufgestellten Anforderungen für eine Qualifizierung der Verwendung als Verwertung erfüllt.“

⁷⁰ *Bothe*, Rechsgutachten (FN 64), S. 29 ff.

⁷¹ *Scherer-Leydecker*, Europäisches Abfallrecht – Seine Umsetzung und Anwendung in Deutschland, NVwZ 1999, 590 (596).

⁷² *Weidemann*, Abfallrecht (FN 34), Rn. 69.

⁷³ Klageschrift der Kommission vom 06.06.2000 in der Rechtssache C-228/00, Tz. 16.

Unter funktionalen Gesichtspunkten spricht also die *Ressourcenschonung* bei der rechtlichen Qualifizierung der Abfallverbrennung eine wesentliche Rolle⁷⁴. Wenn die energetische Abfallnutzung der Verbrennung von Primärenergieträgern vergleichbar ist, gibt es in der Tat keinen Grund, ein Verwertungsverfahren in Abrede zu stellen⁷⁵. Soweit eine Maßnahme der Abfallentsorgung zu einer *Substitution* von anderenfalls benötigten Brennstoffen führt und damit Ressourcen schont, ist in der Regel von einem Vorgang der Abfallverwertung auszugehen⁷⁶. Etwas anderes mag ausnahmsweise in Betracht kommen, wenn der Heizwert marginal ist und daher von einer Substitution von Rohstoffen ernsthaft nicht gesprochen werden kann.

Damit schließt das EG-Abfallrecht – anders als das deutsche Recht – weitere Kriterien für die Abgrenzung zwischen Abfall zur Verwertung und zur Beseitigung aus. Ein bestimmter Feuerwirkungsgrad der Verbrennungsanlage ist nicht gefordert⁷⁷. Die Schadstoffbelastung des Abfalls ist ebenfalls kein Kriterium, da die Entsorgung allemal umweltverträglich erfolgen muss⁷⁸. Auch ein bestimmter Marktwert des Abfalls stellt keine rechtlich relevante Größe dar⁷⁹. Generell kommt es nicht darauf an, ob die im Ausland betriebene Abfallverbrennungsanlage den deutschen Anforderungen an die Abgasreinigung (17. BImSchV) entspricht⁸⁰. Denn es ist nicht Aufgabe des Abfallverbringungsrechts, Immissionsschutz im Ausland zu betreiben⁸¹.

IV. Fazit und Ausblick

Für den an klare und vollzugsfähige Umweltstandards gewöhnten deutschen Juristen bleibt nach dem hier vermittelten Überblick am Ende sicherlich ein gewisses Unbehagen. Die funktionale Ausrichtung des EG-Abfallrechts verlangt eine Umstellung des rechtlichen Denkens bei der Konkretisierung offener Rechtsbegriffe.

⁷⁴ Schröder (FN 35), NVwZ 1996, 833 (835).

⁷⁵ Weidemann, Abfallrecht (FN 34), Rn. 73.

⁷⁶ Scherer-Leydecker (FN 71), NVwZ 1999, 590 (596).

⁷⁷ Winter (FN 68), DVBl. 2000, 657 (662), mit Zurückweisung einer Heranziehung des § 6 Abs. 2 KrW-/AbfG.

⁷⁸ VG Magdeburg, NVwZ 1998, 1214 (1215); Scherer-Leydecker (FN 71), NVwZ 1999, 590 (596); Petersen (FN 59), ZUR 2000, 61 (67); Weidemann, Abfallrecht (FN 34), Rn. 76.

⁷⁹ Petersen (FN 59), ZUR 2000, 61 (66).

⁸⁰ VG Magdeburg, NVwZ 1998, 1214 (1215).

⁸¹ Engels, Grenzüberschreitende Abfallverbringung (FN 64), S. 103.

Doch hier zeigt sich letztlich nichts anderes als die allgemeine Schwierigkeit des deutschen Umweltrechts bei der Umsetzung europarechtlicher Vorgaben⁸². Für die grenzüberschreitende Abfallverbringung folgt daraus jedoch keine Befugnis der EG-Mitgliedstaaten zur Aufstellung zusätzlicher Kriterien für die Abgrenzung zwischen Abfällen zur Verwertung und zur Beseitigung, um die Abfallverbringung in einen anderen EG-Mitgliedstaat verhindern zu können.

Rechtspolitisch ist eine Fortentwicklung, Konkretisierung und Harmonisierung des EG-Abfall(verbringungs)rechts wünschenswert und notwendig. Im vergangenen Jahr hatte die EG-Kommission einen Vorschlag zur Abgrenzung der energetischen Verwertung von der Beseitigung von Abfällen durch Verbrennung vorgelegt⁸³. Darin war unter anderem ein bestimmter Heizwert (17.000 kJ/kg) als praktikables Kriterium vorgesehen, das sogar deutsche Standards (vgl. § 6 Abs. 2 KrW-/AbfG) übertreffen sollte. Auf derartige handhabbare Maßstäbe ist das Umweltrecht zur Verringerung seines Vollzugsdefizits dringend angewiesen. Es ist deshalb zu bedauern, dass die EG-Mitgliedstaaten mehrheitlich jenes Heizwertkriterium zur Abgrenzung der Abfallarten ablehnen, so dass die Kommission nach anderen Wegen der technischen Anpassung der Anhänge zur EG-Abfallrahmenrichtlinie auf der Grundlage des Art. 17 EG-AbfRRL suchen muss⁸⁴.

Bevor rechtspolitische Erfolge vermeldet werden können, gilt folgende Position der Kommission⁸⁵:

„Bis zu einer Präzisierung der Anhänge müssen die Mitgliedstaaten auf der Grundlage der gegenwärtigen Fassung so verfahren, dass die Verwendung von Abfällen als Brennstoff als Verwertung und nicht als Beseitigung qualifiziert wird, wenn die Abfälle bei der Verbrennung tatsächlich andere Energieträger ersetzen, ohne dass es auf einen bestimmten Heizwert der Abfälle, einen bestimmten Energienutzungsgrad der Anlage, eine Gleichwertigkeit mit stofflicher Verwertung oder den Schadstoffgehalt einzelner Bestandteile der verbrannten Abfallmischung ankäme.“

⁸² Dazu instruktiv *Hansmann*, Schwierigkeiten bei der Umsetzung und Durchführung des europäischen Umweltrechts, NVwZ 1995, 320 ff.; *Breuer*, Zunehmende Vielgestaltigkeit der Instrumente im deutschen und europäischen Umweltrecht – Probleme der Stimmigkeit und des Zusammenwirkens, NVwZ 1997, 833 ff.

⁸³ Vgl. Kommissionsvorschlag zur Definition der energetischen Verwertung von Abfällen, Umwelt Nr. 4/1999, 175.

⁸⁴ Zur Kritik am Kommissionsvorschlag (FN 83) vgl. *Petersen* (FN 59), ZUR 2000, 61 (65 f.).

⁸⁵ Klageschrift der Kommission vom 06.06.2000 in der Rechtssache C-228/00, Tz. 19.

Im übrigen müssen Fortschritte im EG-Abfallrecht rechtspolitisch gesucht werden. Das ist bei den Richtlinien über Abfalldeponien⁸⁶ und über die Verbrennung von Abfällen⁸⁷ nicht anders gewesen. An der Entwicklungsfähigkeit und Verbesserungswürdigkeit der Instrumente zur Schaffung und Durchsetzung des Europäischen Umweltrechts bestehen keine Zweifel⁸⁸. Deutschland sollte daran konstruktiv und aktiv mitarbeiten und nicht durch rechtlich zweifelhafte umweltrechtliche „Alleingänge“ die Konfrontation mit dem geltenden EG-Umweltrecht suchen.

⁸⁶ Richtlinie 1999/31/EG des Rates vom 26.04.1999 über Abfalldeponien, ABIEG Nr. L 182/1.

⁸⁷ Vgl. dazu *Theben/Begemann*, Die künftige EU-Richtlinie über die Verbrennung von Abfällen, UPR 1999, 430 ff.

⁸⁸ Ausführlich *Scheuing*, Instrumente zur Durchführung des Europäischen Umweltrechts, NVwZ 1999, 475 ff.

Anhang: Inhaltsverzeichnis des Tagungsbandes
„Verfassungsrecht der Humangenetik
im deutsch-japanischen Vergleich“

<i>Rainer WAHL, Vorwort des Herausgebers</i>	2
<i>Hisao KURIKI, Vorwort des Vorsitzenden der Forschungsgesellschaft für deutsches Verfassungsrecht</i>	3
<i>Inhaltsverzeichnis</i>	5
<i>I. Übergreifende Themen der Rechts- und Verfassungsvergleichung</i>	8
<i>Rainer WAHL, Verfassungsvergleich zwischen Japan und Deutschland</i>	9
<i>Hiroshi SHIONO, Die wissenschaftlich- technische Entwicklung und das Recht</i>	39
<i>Koichi AOYAGI, Japanische Verfassungsrechtslehre und Verfassungsvergleichung</i>	48
<i>II. Das Rechtsprinzip der Menschenwürde im Vergleich</i>	58
<i>Horst DREIER, Der Grundsatz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und die Bioethik</i>	59
<i>Tsuyoshi HIRAMATSU, Würde des Menschen und die Verfassung Japans</i>	96
	300

<i>Rainer WAHL, Verfassungsfragen der Biomedizin im (Verfassungs)Vergleich zwischen Deutschland und Japan</i>	121
<i>Koichi AOYAGI, Kommentar: Die Würde des Menschen und der Respekt vor dem Individuum</i>	148
III. Die wissenschaftlich – technische Entwicklung und das Verfassungsrecht	153
<i>Koji TONAMI, Die technisch-wissenschaftliche Entwicklung und die Würde des Menschen</i>	154
<i>Makoto SAITO, Biotechnologie und Recht in Japan: Ausgangslage und Perspektiven</i>	172
<i>Hasso HOFMANN, Menschenwürde und Naturverständnis in europäischer Perspektive</i>	187
<i>Georg HERMES, Schutzpflichten des Staates bei bioethischen Fragen und Umweltproblemen</i>	201
IV. Die Humangenetik und die Forschungs- und Wissenschaftsfreiheit	224
<i>Ken NEMORI, Grenzen der Wissenschafts- und Forschungsfreiheit in der japanischen Verfassung und das Klonen von Menschen</i>	225
<i>Thomas WÜRTEMBERGER, Grenzen der wissenschaftlichen Freiheit: verfassungsrechtlich oder ethisch bestimmt?</i>	257

V. Verfassungsrechtliche Probleme am Anfang und am Ende des Lebens	276
<i>Kentaro SHIMAZAKI, Verfassungsrechtliche Probleme im Hinblick auf die Geburt von Menschen</i>	277
<i>Michael ANDERHEIDEN, Verfassungsrechtliche Probleme von Transplantationsgesetz und Todeszeitpunkt</i>	287
<i>Toshiyuki OKADA, Verfassungsrechtliche Probleme am Ende des menschlichen Lebens</i>	303
VI. Tierschutz als Herausforderung für das Verfassungsrecht	321
<i>Michael KLOEPFER, Verfassungsfragen des Tierschutzes</i>	322
VII. Schlußvortrag	346
<i>Hisao KURIKI, Mensch, Gesellschaft, Staat in Japan</i>	347
Anhang: Inhaltsverzeichnis des Tagungsbandes „Umweltverfassungsrecht im deutsch-japanischen Vergleich“	359