

Tatsachen und Tatsachenunsicherheiten im nationalen, europäischen und internationalen Umweltrecht

Zugleich zur Sein-Sollen-Scheidung im Recht

Felix Ekardt und Davor Susnjar¹ (JbUTR 2007, 277 ff.)

Übersicht

- I. Tatsachen im Umweltrecht – Einbindung in eine Dogmatik der Abwägung und der Gewaltenbalance
- II. Vorbehalte gegen Konstruktivismus, Expertokratie, radikale Demokratie und „Gestaltungsspielräume“
- III. Tatsachen, Tatsachenunsicherheiten und Nachbesserungsansprüche in der Judikatur und im einfachen Umweltrecht – national, europäisch, global
 1. Allgemeine Tatsachenerhebungsregeln und das BVerfG
 2. Probleme des Umgangs mit Tatsachen im deutschen Umweltverwaltungsrecht
 3. Probleme des Umgangs mit Tatsachen in der europäischen Judikatur sowie im Gefolge der Aarhus-Konvention
 4. Probleme des völkerrechtlichen Umgangs mit Tatsachen, tatsächlichen Unsicherheiten und Vorsorge
 5. Klarere Regeln für den Umgang mit unsicheren Tatsachen und Kritik des Vorsorgebegriffs

¹ Prof. Dr. Felix *Ekardt*, LL.M., M.A. leitet gemeinsam mit Prof. Dr. Gerd *Winter* die Forschungsstelle für europäisches Umweltrecht (FEU), wo Ref. jur. Davor *Susnjar* beim erstgenannten Verfasser promoviert. Beide haben 2005 ein vom BUND e.V. finanziertes Forschungsprojekt sowie einen Workshop zum Thema „Abwägung, Tatsachenerhebung und Verfahren in der Umweltpolitik“ durchgeführt. Ferner gehen einige Gedanken aus der Vorbereitung auf einen Vortrag über „Katastrophenvorsorge“ ein, den der erstgenannte Verfasser im Mai 2007 auf einer Tagung von Prof. Dr. Michael *Kloepfer* in Berlin hält.

- IV. Nachbesserungsansprüche im Umweltrecht – Freiheitsförderung durch Vertrauensschutz oder durch lernfähige politische Institutionen?
1. Tatsachenunsicherheit und Nachbesserungsansprüche
 2. Nachträgliche Anordnung als umweltverwaltungsrechtliches Beispiel für Nachbesserungspflichten bzw. -ansprüche

I. Tatsachen im Umweltrecht – Einbindung in eine Dogmatik der Abwägung und der Gewaltenbalance

Rechtssetzungs- wie auch Verwaltungsentscheidungen dienen dem Ausgleich zwischen kollidierenden Belangen der Bürger. Im Umweltrecht geht es z.B. darum, ob eine Straße, ein Flugplatz, eine Industrieanlage oder eine ICE-Trasse gebaut werden darf – und in der Umweltrechtssetzung, national wie transnational, geht es darum, welche Schadstoffgrenzwerte z.B. für Industrieanlagen gelten sollen. Auf der einen Seite stehen dann z.B. die allgemeine Handlungsfreiheit (die die Mobilität einschließt), die Eigentumsfreiheit und die Förderung von Wirtschaftswachstum und Arbeitsplätzen. Auf der anderen Seite stehen die Rechte auf Leben, Gesundheit und Existenzminimum; sie verbinden sich mit einem objektivrechtlichen, in einem Kern allerdings auch subjektivrechtlichen Freiheitsvoraussetzungsschutz, der auch die Natur als vitale Basis menschlicher Existenz umfasst. Jene Kollisionslage erzwingt eine wertende Abwägung. Das führt meist zu einem Kompromiss: Die Industrieanlage wird genehmigt, muss aber bestimmte Schadstoffgrenzwerte einhalten. Oder auf Gesetzgebungsebene: Industrielle Tätigkeit wird nicht durch irrealen Schadstoffgrenzwerte unmöglich gemacht; gleichzeitig muss die Industrie aber zumindest jene Beschränkung durch Grenzwerte hinnehmen. Alle betroffenen Bürger sollen so möglichst viel von ihrer Freiheit behalten. Dem voran geht aber auch eine Erhebung der entscheidungsrelevanten Tatsachen. Gemeint sind damit z.B. Natur- oder Wirtschaftsdaten, die für ein Einzelvorhaben oder eine Gesetzgebung relevant werden – etwa die Artenvielfalt in einem planungsbetroffenen Naturraum oder die Verkehrszahlen einer Region. Gemeint sind aber auch Informationen über die Effektivität einer bestimmten rechtlichen Regelung. Die sich daraus ergebende Frage, welche empirischen Informationen (geistes- bzw. sozial- oder naturwissenschaftlicher Art) in die normative Argumentation einer umweltrechtlichen Entscheidung hineingeholt werden dürfen und müssen und wie bei tatsächlichen Unsicherheiten zu verfahren ist,

ist vorliegend unser Thema. Dabei interessiert uns auf nationaler, aber auch auf europäischer und internationaler Ebene nur teilweise die differenzierte, gut erschlossene umweltverwaltungsrechtliche Diskussion gerade zum Vorsorgeprinzip. Wir möchten das Thema auf einer allgemeineren, stärker strukturellen Ebene betrachten, wobei sich von dort auch die Vorsorgediskussion einordnen lassen wird. Indem dabei bestimmte im Verwaltungsrecht und gerade auch in den Grundrechten logisch mitgedachte Implikationen aufgedeckt sowie rechtssystematische Argumente angestellt werden, wird eine Klärung erreicht, die die Rechtstexte für unser Thema rein wörtlich nicht ergeben. Verwaltungsgerichtliche Rechtsprechungslinien zum Vorsorgeprinzip – denen wir allerdings einen kritischen Prüfstein in einigen grundlegenden Punkten anbieten wollen – können wir hier nicht in ihren Verästelungen nachzeichnen; dahingehend interessierte Leser seien auf eine Fülle einschlägiger Literatur verwiesen.² Generell interessiert uns auch stärker die Rechtssetzungsebene.

Wir gehen von bestimmten Grundprinzipien liberal-demokratischer Grundordnungen – nationaler wie transnationaler – aus. Dabei formulieren wir in diesem Abschnitt von jenen Grundprinzipien her zunächst eine eigene, grundsätzliche Position, die dann in den weiteren Abschnitten in Auseinandersetzung mit den vorliegenden nationalen, europäischen und internationalen Befunden aus dem einfachen Recht wie auch aus der Judikatur weiter konkretisiert wird und damit zugleich eine „Summe“ jener Befunde anbietet. Unsere grundsätzliche Vorstellung ist zunächst: Politisches und administratives Handeln hat in liberal-demokratischen Ordnungen – auf nationaler, kontinentaler oder globaler Ebene – *nur* dem Freiheitsausgleich zu dienen (es darf z.B. keinen Schutz des Bürgers gegen sich selbst, keinen Schutz reiner „Staatsinteressen“ und keinen Schutz rein ökozentrischer Belange geben). So lautet jedenfalls die schon einmal im JbUTR begründete³, hier deshalb nur in etwas apodiktischer Kürze wiederholte These. Ihrer

² Vgl. statt vieler *Kutscheidt*, in: *Dolde* (Hg.), *Umweltrecht im Wandel*, 2001, S. 213 ff.; *Murswiek*, DV 2005, 243 ff.; *Appel*, NVwZ 2001, 395 ff.; *Scherzberg*, VVDStRL 2004, 214 ff.; *Lepsius*, VVDStRL 2004, 264 ff.; *Roßnagel/Neuser*, UPR 2006, 125 ff.; in der Judikatur zuletzt *BVerwG*, NVwZ 2004, 610 ff.

³ Vgl. *Ekardt*, JbUTR 2006, 63 ff. und (etwas mißverständlich) *Ekardt*, JbUTR 2005, 253 ff. Ausführlicher und klarer findet sich diese Freiheitstheorie sowie die hier in Abschnitt A.-B. erscheinende Erkenntnis-, Abwägungs- und Gewaltenbalancetheorie bei *Ekardt*, *Das Prinzip Nachhaltigkeit: Generationengerechtigkeit und globale Gerechtigkeit*, 2005 (Ergänzungen dazu finden sich in Kürze auf einer gesonderten Homepage, die über <http://www.jura.uni-bremen.de/ekardt-buch> erreichbar ist, sowie in *Ekardt*, *Wird die*

weiteren Konkretisierung dient dieser Aufsatz. Zu dieser These gehörte auch eine Neuinterpretation der Grundrechte (vgl. für Deutschland Art. 1 Abs. 1 S. 2, 1 Abs. 2, 2 Abs. 1 GG) in Richtung auf einen gleichmäßigen Freiheitsschutz „gegen den Staat“ sowie „auf Schutz durch den Staat vor den Mitbürgern“.⁴ Diese gesamte These wurde hergeleitet aus einer Interpretation des grundrechtlichen Freiheitsprinzips und aus einer Interpretation der die Freiheitsrechte begründenden zwei zentralen Prinzipien liberal-demokratischer Ordnungen, der Menschenwürde (also des Respekts vor der Befähigung des Individuums zur Autonomie) und der Unparteilichkeit (also des Absehens von Sonderinteressen). Nehmen wir dergestalt einmal an, dass also die maximale gleiche Freiheit und sonst nichts als Inhalt einer gerechten und richtig interpretierten Verfassungsordnung geboten ist und nichts als die Freiheit (und ihre Voraussetzungen) der Gerechtigkeitsmaßstab von Entscheidungen der öffentlichen Gewalten ist, aber einschließlich eines Freiheitsschutzes durch den Staat vor den Mitbürgern. Nehmen wir

Demokratie ungerecht?, 2007); *Ekardt*, JZ 2007, 137 ff. Für den Autor *Susnjar* ist dies indes eher eine vorläufige Positionsbestimmung, da er gerade in seiner von der Studienstiftung des Deutschen Volkes finanzierten Dissertation nach der richtigen Konzeption von Abwägung und Gewaltenbalance auf europäischer Ebene sucht. Jedenfalls ist weder der Grundansatz *Ekardts* noch dieser Aufsatz „nur philosophisch“, wie *Calliess*, JZ 2007, 140 (142) meint; denn es werden ja die Grundrechte bzw. ihr Freiheitsprinzip als *Rechtsnorm* interpretiert. Ebenso wenig wird hier oder dort die gesamte Rechtsordnung subjektiviert bzw. vergrundrechtlicht (so letztlich erneut *Calliess*); vgl. Kap. A. dieses Beitrags zu den Freiheitsvoraussetzungen. In den genannten Buchfundstellen wird auch die Kritik am Gemeinwohlkonzept behandelt. Ebenso wird dort dargelegt, dass die grundlegende Entscheidung für eine liberale Rechtsordnung zwar normativ, aber nicht etwa Ansichtssache, also „subjektiv“ (was sprachlich nichts mit subjektiven im Sinne von eigenen Rechten zu tun hat!), ist. *Dagegen ergeben sich, soweit die Grundprinzipien ein Abwägungsergebnis nicht genau vorgeben, in der Abwägung in der Tat partiell Subjektivitäten* (aber eben nur partiell, denn die Grundprinzipien und die aus ihnen ableitbaren Abwägungsregeln sind eben rational; siehe Fn. 4). Der Bereich jenseits des Freiheitsausgleichs und damit der „Gerechtigkeit“, also der Bereich des guten Lebens, ist sogar vollständig „Ansichtssache“.

⁴ Kurz zur Multipolarität: Schon Art. 2 Abs. 1 GG zeigt, dass Freiheitsrechte und (Freiheits-) „Rechte anderer“ gleichrangig sind. Ferner behandelt Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG „Achtung und Schutz“ der Menschenwürde gleich, und da die Würde der Grund (Art. 1 Abs. 2 GG: „darum“) der Menschen- bzw. Freiheitsrechte ist, strahlt diese Gleichbehandlung auf *alle* Freiheiten aus. Dass hier auf Gesetzgebungs- und Verwaltungsebene keine „Klageflut“, keine antiliberalen „Schnüffelei gegen die Mitbürger“, keine „Entmachtung des demokratischen Gesetzgebers“ und kein „paternalistischer Freiheitsbegriff“ droht, zeigen *Ekardt/Susnjar*, ZG 2007, i.E.; in puncto Multipolarität z.T. ähnlich *Calliess*, JZ 2007, 140 ff.; *Schwabe*, JZ 2007, 134 ff.; *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 1998.

ferner an, dass Würde und Unparteilichkeit ihrerseits, logisch hinter der Rechtsordnung vorausgesetzt, Gebote einer objektiven und universalen normativen Vernunft sind.⁵ Dann muss auch die Abwägung zwischen kollidierenden Freiheiten und elementaren (subjektivierten) sowie weiteren (nicht subjektivierten, viel zahlreicheren) Freiheitsvoraussetzungen (im Gegensatz zur gängigen Diktion verzichten wir lieber auf den zweifelhaften Begriff „Gemeinwohl“) der Bürger offenbar so beschaffen sein, dass sie jenen Grundprinzipien genügt. Und zur Abwägung gehören auch Regeln darüber, welche Tatsachengrundlage eine Entscheidung haben darf. Dies ist hier unser Thema.

Damit ist, wie andernorts näher entwickelt – wobei wir uns des leicht unbefriedigenden Charakters dieser hier unvermeidlich knappen Darstellung bewusst sind –, genau die Rechtssetzung und Rechtsanwendung richtig, die in möglichst hohem Maße rational, unparteiisch und freiheits- bzw. freiheitsvoraussetzungsmaximierend ist. Für rechtliche Entscheidungen auf abstrakt-genereller Ebene wie auch auf Einzelfallebene ist darum zu differenzieren zwischen *Tatsachenfragen* wie der Wahrscheinlichkeit, dass durch nukleare Strahlung langfristig bestimmte Schäden auftreten oder dass bei stabilem Klimagasausstoß ein bestimmter Klimawandel auftritt – der Institutionen- und *Verfahrensfrage*, wer bei einer Entscheidung zu beteiligen ist und wer sie zu fällen hat – und der Wertungsfrage, was eine Norm besagt (z.B. Freiheit) und wie die *Abwägung*, ob etwa ein Klimawandel in Abwägung von Zukunftsbelangen einerseits und gegenwärtigen Wirtschaftsgrundrechten andererseits hingenommen wird, vorzunehmen ist. Denn diese Scheidung ist nicht nur *erstens* nötig wegen der Sein-Sollen-Scheidung (näher zu ihr unter B.). *Zweitens* ist sie vielmehr nötig wegen der

⁵ Normative Vernunft ist die menschliche Fähigkeit, Wertungsfragen mit Gründen zu entscheiden. Sie ist ihrerseits unbestreitbar, weil sich ihr Bestreiten mit Gründen sogleich in einen Widerspruch verwickelt: Denn er praktiziert dann genau das, was er zugleich unmöglich nennt. Und wer sich im Leben zumindest gelegentlich zu normativen Fragen rational, also mit Gründen – mögen sie überzeugend sein oder auch nicht – äußert und gleichzeitig bestreitet, seine Entscheidungen nicht unparteilich fällen und die Autonomie der Menschen als seiner potenziellen Gesprächspartner nicht achten zu müssen, widerspricht sich ebenfalls selbst; denn nur ein autonomes Wesen kann auf Gründe sinnvoll antworten. *Man sieht hier, dass es zwar um eine im liberal-demokratischen Recht logisch implizierte Theorie geht; gleichzeitig kann man diese Theorie aber eben auch als allgemeine Gerechtigkeitstheorie neben dem Recht, also als einen Maßstab für ein gerechtes Recht, betrachten.* Vgl. zu alledem die Buchnachweise in Fn. 3; z.T. ähnlich Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995, S. 127 ff.; nur in der diskursiven Konzeption von Rationalität ähnlich dagegen *Habermas, Faktizität und Geltung*, 1992.

Einsicht „Soviel Vernunft, Autonomie, Unparteilichkeit und Freiheit wie möglich“. Denn wenn, wie angedeutet, *nur* diese Prinzipien *und alles aus ihnen Ableitbare* (Sozialstaatlichkeit, Kulturstaatlichkeit, Wirtschaftsförderung usw.) geboten sind, dann sind sie zu maximieren. Diese zu maximierenden Prinzipien erzwingen es, einen Bereich des leicht Entscheidbaren (Tatsachen, Verfahrensfragen, einfache Norminterpretation) vom Bereich des schwer Entscheidbaren (unsichere Tatsachen, schwierige Norminterpretation, Abwägung) zu trennen. *Denn* man darf annehmen, dass eine Maximierung an Unparteilichkeit und Rationalität durch ein Maximum an Perspektiven und guten Gründen erleichtert wird. „Leicht“ entscheidbare⁶ Fragen sind daher solche, bei denen auch die nationalen und transnationalen Verwaltungs- und Verfassungsgerichte relativ problemlos das Handeln der öffentlichen Gewalten überprüfen können – so dass diese Mehrung der Perspektiven im Sinne von Rationalität, Unparteilichkeit usw. hier genau als das Gebotene erscheint. Nur ergibt dieser Gedanke nur dort in vollem Umfang Sinn, wo sich eine Frage wirklich rational entscheiden lässt. Wo dagegen ohne Weiteres „mehrere“ Lösungen denkbar sind (z.B. bei schwierigen Auslegungs- oder bei Abwägungsfragen oder bei unsicheren Tatsachen, bei denen gewissermaßen „Tatsachen-wertungen“ nötig werden), liegt das höchste erreichbare Maß an Rationalität, Unparteilichkeit und Freiheitlichkeit darin, die primäre Entscheidungskompetenz bei einer Instanz anzusiedeln, die von den Freiheitsinhabern (also den Bürgern) abwählbar und damit kontrollierbar ist – optimalerweise also beim Parlament, zumindest aber noch eher bei Behörden als bei Gerichten. „Rationalität“ heißt hier freilich auch, dass auch im Rahmen dieser Spielräume anhand einer aus den Grundprinzipien entwickelbaren Abwägungstheorie (die präziser sein kann als die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Stil der h.M.) durchaus Abwägungsfehler rüggbar bleiben.

Damit gewinnt man indes eine einfache, für das Thema aber wesentliche Einsicht: dass von den Grundprinzipien einer liberalen Demokratie her betrachtet bei Tatsachenfragen („Sein“) ermäßigte Rechtmäßigkeitsmaßstäbe nur bei hoher Komplexität angezeigt sind. Für die die Tatsachenthe-

⁶ Dabei ist es durchaus unbefriedigend, aber u.E. nicht zu ändern, dass sich nur schwer exakt sagen lässt, wann genau eine Auslegung „einfach“ und wann „komplex“ ist. Dieses Problem hat die Rechtsprechung jedoch auch heute schon, wenn sie einerseits von „bestimmten“ und andererseits von „unbestimmten“ Rechtsbegriffen spricht; dies konstatierend schon Ekardt, NuR 2006, 221 ff. „Einfach“ wäre nicht nur der größere Teil des einfachen Rechts, sondern auch die Interpretation der Grundrechtsschutzbereiche – wogegen die Interpretation ihrer Schranken, also die Abwägung, „schwierig“ wäre.

matik einrahmenden normativen Ermessensentscheidungen und Abwägungen, also für wertende Vorgänge, sind derartige Ermäßigungen dagegen geboten, ebenso wie für komplexe Norminterpretationsfragen, nicht dagegen für einfache Norminterpretationsfragen (da letztere ein „einfaches“ Sollen verkörpern). Wie mit unsicheren Tatsachen umzugehen ist, wird noch näher zu erörtern sein. Wenn die Freiheit, wie kurz gezeigt, bei richtiger Lesart streng multipolar aufzufassen ist, gilt all dies jedenfalls gleichermaßen für „Adressatenkläger“ und für „Drittkläger“.

Die gemachten Scheidungen zwischen Tatsachen/ Abwägungsfragen/ Verfahrensfragen sowie daran anschließend bei der Kontrolldichte leben *drittens* auch von der Widerlegung bestimmter im Umweltdiskurs über sichere und unsichere Tatsachen auftauchenden – hiermit aus Raumgründen stark stilisierter – Gegenpositionen. Wir bezeichnen sie mit den Stichworten „Gestaltungsspielraum“, „Expertokratie“, „Konstruktivismus“, „radikale Demokratie“ und „Wirtschaftsliberalismus“; wir vertiefen dies im folgenden Abschnitt. Jedenfalls hat sich aus dem Gesagten schon eine Aussage der Gewaltenbalance und ihr Zusammenhang zur Tatsachen-Thematik ergeben: Da auch Staatsorgane nicht vor sachfremden, egoistischen Motiven gefeit sind, ist es der beste Schutz der Freiheit, wenn sich mehrere Staatsgewalten gegenseitig austarieren und kontrollieren. Dies ermöglicht auch möglichst rationale und unparteiische Konfliktlösungen, indem ein Mehrebenen-Diskurs über die Richtigkeit politischer Entscheidungen zustande kommt (Parlament/ Exekutive/ Gericht). Der Mehrebenen-Diskurs und das Wechselspiel von Diskurs und Entscheidung auf mehreren politischen Ebenen halten so Konflikte entscheidbar, ihre Lösung aber kritisierbar und abänderbar – auch im Umweltrecht.

Noch einmal: All dies versteht sich als Interpretation des grund- und menschenrechtlichen Freiheitsprinzips (an dem auch die Rechtsprechung und die einfachen Gesetze, auf die wir noch eingehen, zu messen sind). Dass diese Herleitung nicht nur für die ersichtlich grundrechtszentrierte nationale und europäische Grundordnung, sondern auch international einsichtig ist, können wir hier indes aus Raumgründen nur behaupten (kurz dazu s.u.). Wichtiger ist hier zunächst, dass das Gesagte von den liberaldemokratischen (nationalen und auch europäischen) Verfassungsprinzipien her zwingend ist *und deshalb* gleichermaßen im Verfassungs- wie im Verwaltungsrecht gilt. Verwaltungsrechtsgesetze sind ja nach dem Gesagten gewissermaßen der vom Rechtssetzer abgewogene und aufgeschriebene Freiheitsausgleich zwischen kollidierenden Belangen. Dabei leiten die Frei-

heiten (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG) den Verwaltungsvollzug weiter an und bringen so die genannten Schlussfolgerungen hervor. Denn sie sind zwar nur ein Rahmen mit Abwägungsspielräumen in ihrer „Mitte“, und dieser Raum ist durch das einfache Recht *gefüllt*, weshalb die Verwaltung auch in einem engeren Rahmen agiert als der Gesetzgeber – doch zumindest dieser Rahmen aktualisiert sich aber in stetiger verfassungskonformer Auslegung.

II. Vorbehalte gegen Konstruktivismus, Expertokratie, radikale Demokratie und „Gestaltungsspielräume“

Einmal angenommen, das hier in Kürze Dargelegte träge zu: Was ist dann – nicht nur im Umweltrecht – überhaupt unter „Tatsachen“ zu verstehen? Dies involviert einerseits eine Scheidung von Sein und Sollen bzw. Tatsachen und Wertungen/ Normen/ Zielen/ Zwecken (wir verwenden diese Begriffe *cum grano salis* synonym) und andererseits die Frage, ob Tatsachenaussagen wirklich objektiv, also leicht rationalisierbar, oder doch eher subjektiv sind (dieses „subjektiv“ hat übrigens *nichts* mit „subjektiven Rechten“ zu tun; gemeint ist einfach, dass dann alles „von der speziellen Sicht eines Betrachters abhängig“ wäre). Wäre auf der Welt „alles subjektiv“, könnte man z.B. keine objektiven empirischen Aussagen über Steuerungseffektivität einer Maßnahme X zur Erreichung des vorausgesetzten Ziels Y treffen – oder über Naturtatsachen (Klimawandel). Die Scheidung ist ferner entscheidend für die (auch mangels Gründen dafür) bestehende Unmöglichkeit, von Tatsachen direkt auf Normen zu schließen („naturalistischer Fehlschluss“): Aus dem Klimawandel (Fakt) z.B. folgt nicht seine Verbotenheit (Norm). Denn dieser Schluss wäre sinnlos, auch wenn viele öffentliche Diskussionen so laufen und manche Ökonomen und Naturwissenschaftler so denken mögen. Denn es folgt ja auch nicht aus dem Faktum, dass X den Y erschießt, dass diese Tat als „moralisch schlecht“ zu bewerten ist. Um diese Bewertung vorzunehmen, genügt das Vorliegen einer Tatsache nicht – man braucht vielmehr ein Bewertungskriterium, also eine Norm, die sagt, „man soll keine Menschen töten“ oder „man soll die menschlichen Lebensgrundlagen und ergo ein stabiles Globalklima erhalten“. Noch einmal anders: Die Sätze „Ich fliege dreimal im Jahr nach Neuseeland“ und „Ich sollte dreimal im Jahr nach Neuseeland fliegen“ besagen einfach nicht das gleiche. Sie liegen auf verschiedenen Ebenen. Den ontologischen Un-

terschied von Sein und Sollen erkennt man auch daran, dass eben nur Tatsachen beobachtbar bzw. durch Experimente beweisbar sind.⁷

Eine Norminterpretation, auch eine „einfache“, ist deshalb niemals eine „Tatsachenerhebung“, da ihr Ergebnis einen Aufforderungscharakter hat und damit eine Wertung beinhaltet, anders als Tatsachen, und zudem durch die stets zu prüfende Möglichkeit verfassungskonformer Auslegungen sowie durch die teleologische Auslegung noch die einfachste Norminterpretation nicht nach Art eines empirischen Faktums einfach „beobachtet“ werden kann.⁸ Eine Norminterpretation, auch eine „einfache“, ist vielmehr ein wertender Akt. „Wertend“ meint in diesem Beitrag stets „auf das (Handeln-) Sollen bezogen“. Wertend figuriert also nicht als Synonym für „subjektiv“ im Sinne von „betrachterabhängig“. Wertungen als Sollensaussagen im vorliegenden Sinne dürfen also nicht verwechselt werden mit „Aussagen über unsichere Tatsachen“, also etwa über die Gesundheitsgefährlichkeit eines Schadstoffes X oder mit bestimmten Aussagen über komplexe ökonomische Zusammenhänge. Denn solche Sätze bleiben deskriptive Sätze; die bei unsicheren Aussagen der genannten Art oft vorgenommene Setzung kann man daher allenfalls als „Tatsachenwertung“ bezeichnen, was angesichts der vielen unsicheren Tatsachenannahmen im Umweltrecht wesentlich ist. Umgekehrt bleiben „einfache“ Auslegungen Sollens- und damit normale wertende Sätze, aber in einem weniger komplexen Sinne als z.B. umfassende Abwägungsentscheidungen.⁹

Nun wird indes die Sein-Sollen-Scheidung seit langem fundamental attackiert, z.B. von postmodernen Konstruktivisten: Jegliche Art von Tatsachen

⁷ Diese Differenz führt dazu, dass Tatsachenaussagen wahr, normative Aussagen dagegen „nur“ richtig bzw. gerecht sein können; vgl. *Habermas*, Wahrheit und Rechtfertigung, 1999; *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns I, 1981, S. 20 ff.

⁸ Näher dazu *Ekardt/Beckmann*, VerwArch 2007, i.E.; in der Tendenz z.T. ähnlich *Somerk/Forgo*, Nachpositivistisches Rechtsdenken, 1996, S. 82 f.; *Deppenheuer*, Der Wortlaut als Grenze, 1988, S. 38 ff.; *Schiffauer*, Wortbedeutung und Rechtserkenntnis, 1979, S. 41 ff.; *Jeand'Heur*, Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit, 1989, S. 160 ff.; *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Aufl. 1991, S. 17 ff.; *Herbert*, Rechtstheorie als Sprachkritik, 1995, S. 195. Es ist deshalb irreführend, wenn Systemtheoretiker immer von der „Beobachtung“ des Rechts sprechen.

⁹ Unsere Scheidung Tatsache/Tatsachenwertung/Wertung deckt sich in der Grundintention mit der Scheidung Risikoabschätzung/Risikobewertung/Risiko-management, die sich findet im Abschlussbericht der von der Bundesregierung zeitweise eingesetzten *Risiko-kommission*, 2003, Kap. 4; die vorherrschende Vermengung (zudem mit Norminterpretationen als Tatsachen) findet sich dagegen bei *Eidenmüller*, JZ 1999, 53 ff.

(Erklärungen z.B. für unsere Nicht-Nachhaltigkeit, soziale Zustände wie z.B. die Effektivität eines Steuerungsinstruments, Naturtatsachen wie z.B. den Klimawandel) sei durch Wertungen vorgeprägt und sei zudem subjektiv (entweder kulturrelativ oder wirklich subjektiv, als von der Sichtweise des Einzelnen imprägniert) – wenn es nicht überhaupt unmöglich sei, dass Menschen sich „verstehen“.¹⁰ Objektive Aussagen gebe es nicht. Wir meinen jedoch, dass weder die These einer „unweigerlichen Vermischung von Tatsachen und Wertungen“ noch die vom „subjektiven Charakter der Tatsachen“ besonders einleuchtend ist. Sicherlich geben Tatsachen den „Anwendungsbereich“ einer Wertung an. Beispiel: Der Satz „Menschen haben ein Grundrecht auf das ökologische Existenzminimum“ ist ein wertender Satz, ebenso wie die Konkretisierung „Jenes Recht setzt sich in der Abwägung immer durch, wenn es mit dem Grundrecht auf unternehmerische Freiheit der heute Lebenden kollidiert“ oder die weitere Konkretisierung „die unternehmerische Freiheit enthält, vorbehaltlich der Abwägung mit gegenläufigen Rechten, die Garantie, Atomkraftwerke betreiben zu dürfen“. Angenommen, diese Wertungen lassen sich begründen, und man wollte sie dann auf einen realen Konflikt im Leben anwenden, z.B. auf die Beurteilung einer staatlichen Maßnahme: Dann muss natürlich empirisch ermittelt werden, ob die Norm einschlägig ist („Strahlt das AKW wirklich?“). Dies ist aber gerade keine Vermischung von Sein und Sollen.

Ebenfalls keine Vermischung tritt ein, wenn man empirisch das Verhalten von Menschen erklären will, und zwar auch dann nicht, wenn das Verhalten jener Menschen (wie stets) von bestimmten Normen/ Wertungen geprägt ist. Denn hier untersucht der Soziologe die faktisch beliebten Wertungen und ihre Wirkungen, ohne dass er bewerten muss, ob jene Normen gerecht sind oder nicht. Man kann z.B. gewisse Werthaltungen wie Wachstums- und Fortschrittsorientierung in westlichen Gesellschaften als faktische Ursache für eine übermäßige Umweltinanspruchnahme beschreiben, ohne deshalb selbst diese Werte explizit bejahen oder verneinen zu müssen. Erst die Frage nach der Richtigkeit/ Gerechtigkeit z.B. dieser Werte ist eine normative Frage. Wirklich eine Vermischung träte dagegen ein, wenn man „gut aristotelisch“ sagen würde, dass – entgegen dem Gesagten – tatsächlich in der Bevölkerung vorfindliche Normen als solche irgendeinen Anhaltspunkt für

¹⁰ Auch unter Juristen finden sich konstruktivistische Ansichten (z.T. auch unter der Bezeichnung „systemtheoretisch“), so z.B. bei *Nußberger*, AöR 2004, 282 ff. und theoretisch stark unterfüttert bei *Fischer-Lescano/Teubner*, *Regimekollisionen*, 2006 und *Ladewig*, *Postmoderne Rechtstheorie*, 2. Aufl. 1995.

ihre eigene Richtigkeit bieten, dass also der jeweilige „kulturelle Kontext“ bzw. die jeweiligen „sozial(ethisch)en (Unwert-)Urteile“ oder auch die eigenen faktischen Präferenzen einfach als per se „richtig“ anzusehen sind.¹¹ Dass dies freilich – kurz gesagt – falsch wäre, erhellt schon aus zwei Argumenten: Erstens läge hier ein naturalistischer Fehlschluss vor. Und zweitens wird jemand, der einer Normativität des Faktischen das Wort redet, auch einen mehrheitlich gewollten Totalitarismus akzeptieren müssen.¹²

Dass Tatsachen per se durch Wertungen imprägniert sind, will daher nicht einleuchten. Daran ändert auch die postmoderne, gerade in umweltpolitischen Zusammenhängen häufig zu hörende These von der *Subjektgebundenheit* von Tatsachenerkenntnissen nichts (also die These, z.B. die Gefährlichkeit radioaktiver Strahlung sei nicht als Realität, sondern als subjektive „Konstruktion“ desjenigen zu begreifen, der sie beobachtet). Denn dass rein faktisch oft kulturelle, biologische und ökonomische Prägungen in unsere Tatsachenaussagen einfließen, beweist doch nicht, dass objektive Wahrheit per se unmöglich ist. Wie irreführend der Hinweis auf die Subjektabhängigkeit von Tatsachen ist, erhellt schon daraus, dass kein Mensch leben kann, ohne mit Notwendigkeit zu unterstellen, dass die äußere Welt und das, was wir über sie sagen, zur Deckung gebracht werden können. Wie sollte es kommen, dass unsere Koordination untereinander und unser Umgang mit der Welt recht gut funktioniert, wenn die Welt „nur subjektiv“ wäre? Es wäre dann offenbar „Ansichtssache“, dass man tot ist, nachdem man aus dem 50. Stockwerk eines Hochhauses gesprungen ist. Davon abgesehen ist der Subjekteinwand in sich widersprüchlich: Denn die Aussage „es gibt kein wahr oder unwahr, sondern nur subjektive Ansichten“ ist eine Aussage, die sich selbst offenbar gerade nicht als rein subjektive Meinung versteht (sonst macht sie sich selbst irrelevant). Dies alles indiziert, dass Tatsachen

¹¹ Auch diese These ist – auch im Gewand des Abstellens auf die „gewandelten Wertvorstellungen“ – unter Juristen und in der Judikatur mannigfach anzutreffen; vgl. exemplarisch BVerfGE 70, 201; BVerwGE 64, 274 ff.; *Leisner*, JZ 2001, 313 (317).

¹² Weitere, komplexere Argumente finden sich bei *Ekardt*, Prinzip (Fn. 3), Kap. II A. *Mit alledem ist freilich nicht ausgeschlossen, dass in den Spielräumen, die im Rahmen der Abwägung kollidierender (objektiv richtiger) normativer Belange entstehen und die nicht abschließend durch Abwägungsregeln determiniert werden dürfen, auch der faktische Wille des Entscheiders (z.B. der Mehrheit) entscheiden darf.* Selbst wenn man dergestalt bei der Interpretation z.B. der „guten Sitten“ in §§ 33a Abs. 2 GewO, 4 Abs. 1 Nr. 3 GastG, 138 BGB wirklich auf faktische Einstellungen abstellen dürfte (wenngleich uns in einer nicht-plebiszitären Demokratie das Abstellen berufener Entscheider auf Verfassungsprinzipien klarer erscheint), so darf dieses Abstellen zumindest nicht die für liberale Demokratien konstitutive Grenze Gerechtigkeit/gutes Leben sprengen.

nicht schlicht beobachterabhängig sind – sondern dass unsere Sinneseindrücke sehr wohl ihre Entsprechungen in der Außenwelt haben, ohne dass wir nur unsere „kulturellen Vorurteile“ wiedergeben würden. Und auch die *Sprachgebundenheit* von Tatsachen macht objektive Aussagen keinesfalls unmöglich. Natürlich kann Sprache auch verwirren; doch man das Problem durchaus durch hinreichend präzise Formulierungen lösen. All dies ist dem Recht, gerade dem Umweltrecht, implizit auch geläufig; so gibt es z.B. ein Beweisrecht für Tatsachen, nicht aber für Norminterpretationen.

Tatsacheninformationen z.B. über ökonomische Daten oder die Gewässer- oder Luftqualität sind somit erkenntnistheoretisch *immer* etwas Anderes als die normative Abwägung, ob die wirtschaftliche Freiheit des freihandelsorientierten multinationalen Konzerns oder das Bürgerinteresse an gentechnikfreier Nahrung den Vorrang genießt – *auch wenn etwaige Tatsachenwertungen von vielen mit diesen Abwägungen vermischt werden*. Tatsachenaussagen sind im Grundsatz „sicher“. Dann aber liefe der nationale und globale Gerechtigkeitsanspruch, also der Anspruch auf rationale und unparteiliche politische Entscheidungen, leer, wenn richtige liberale Prinzipien mit beliebig verdrehten Tatsachen gefüllt werden dürften und insoweit „Spielräume“ bestünden: Wenn die Tatsachengrundlage politischer Entscheidungen beliebig wäre, könnte man auch Verwaltung und Gerichte durch Gesetze nicht mehr erfolgreich binden; diese Organe könnten vielmehr beliebige Entscheidungen fällen, indem sie sich schlicht die passenden äußeren Tatsachen, passende Kausalzusammenhänge oder eine passende Gesinnung (innere Tatsache) „konstruieren“. Es könnte dann per definitionem keine Fehlurteile mehr geben: Auch die nationalsozialistischen und stalinistischen Todesurteile wären dann bei noch so „konstruierter“ Sachlage beanstandungsfrei. Dies zeigt zugleich, dass unsere Argumentation nicht nur für äußere Naturtatsachen gilt, sondern auch für – im Umweltrecht stets wichtige – Kausalzusammenhänge und für innere Tatsachen wie Gefühlszustände. Natürlich lassen sie sich schwerer beweisen. Aber ob etwas eine Tatsache ist und ob sie leicht beweisbar ist, sind zwei verschiedene Fragen: Auch wenn sich nur schwer beweisen lässt, wer der Täter eines Mordes ist, ist es eine Tatsache, dass der X es eben *ist*. Zudem: Nicht nur Tatsache/ Beweis, sondern auch Schwierigkeit/ Unmöglichkeit sind nicht das gleiche.

Vor dem Hintergrund all dessen erweisen sich bestimmte (durchaus beliebte) Zugänge zu „Tatsachen im Umweltrecht“ als nicht haltbar. Zunächst ist eine „*expertokratische*“ Position unhaltbar, wie sie bei naturwissenschaftlichen Gutachtern, aber auch bei Gerichten, Behörden und Politikern Zu-

stimmung findet.¹³ Expertokratisch meint hier, dass man zwar Tatsachen und Normen scheidet, aber nur Tatsachen für potenziell objektiv hält, Wertungen dagegen als bloße Rhetorik sieht. Doch ist der damit explizierte strikte Skeptizismus gegen objektive Wertungen bekanntlich eher zweifelhaft. Ferner führt diese Position auch dazu, dass Wertungen (sowohl die Abwägung als auch die allgemeine Norminterpretation) zuweilen als „sachverständige Tatsachenaussagen“ getarnt werden. Denn die zunehmende Schwierigkeit, in einer pluralistischen Gesellschaft Konsens herzustellen und es „allen recht zu machen“, macht es für politische Instanzen attraktiv, Entscheidungen mit dem Verweis auf Fachgutachten zu „legitimieren“, wenn doch offenbar „nur Tatsachen rational sein können“. Es wird dann suggeriert: nicht die Verwaltung oder das Parlament, sondern ein naturwissenschaftlicher Sachverständiger habe zu beurteilen, welcher Lärm „zumutbar“ sei, welcher Schadstoffgrenzwert der abgewogene sei usw. Tatsachen können jedoch nie Normen oder Norminterpretationen „legitimieren“: Aus der faktischen Gefährlichkeit eines Schadstoffes folgt eben nicht logisch, dass sein Ausstoß verhindert werden muss (naturalistischer Fehlschluss). Dieses Übergehen der Notwendigkeit begründeter Wertungen dürfte neben politiktaktischen Interessen auch unser aller Interesse an Verdrängung geschuldet sein, ebenso wie dem gutachterlichen Drang nach Ausweitung des eigenen Einflusses. Doch Umweltpolitik und Umweltrecht *sind* eben keine „Sachgesetzlichkeit“ oder „Unausweichlichkeit“. Eine rationale und freiheitliche Ordnung impliziert vielmehr, dass Entscheidungen begründet und im Rahmen verbleibender Spielräume demokratisch verantwortet werden müssen (das macht das Rechtsinstitut „Gesetzesvorbehalt“ deutlich). Dies verdunkelt auch die postmoderne „*konstruktivistische*“ Position, die viele Sozialwissenschaftler, insbesondere systemtheoretische, vertreten. Eine solche Position erklärt in Fortführung des dazu Gesagten Abwägungen *und* Tatsachenaussagen insgesamt für subjektiv und damit „verhandelbar“. Stimmt das, wäre es letztlich „Ansichtssache“, ob Schwefeldioxid krebserregend ist usw.

Mit den aufgeführten zwei Positionen kombiniert oder auch als einzelne können noch zwei weitere Ansätze auftreten: Die „*radikaldemokratische*“, manchem Politologen und Soziologen besonders plausible Position möchte vor allem bei Tatsachenprüfungen in der Rechtssetzung Einschränkungen des demokratischen Prozesses vermeiden und neigt dazu, die Abwägung

¹³ Exemplarisch im Falle des Fluglärms *BVerwG*, NVwZ 2006, 1055 ff.; näher dazu *Ekardt/Seidel*, NVwZ 2007, i.E.; kritisch auch *Bora*, ZRSoz 2006, 3 und 31 ff.

vollständig (und nicht nur partiell) der jeweiligen „Mehrheit“ zu überlassen. Die andere, umgekehrte Position möchte auf ebenjener Ebene (indirekt aber ggf. auch auf der verwaltungsrechtlichen Ebene) „*wirtschaftsliberal*“ die angeblich „irrationale Mehrheit“ möglichst stark einschränken und bei Eingriffen in Wirtschaftsgrundrechte die Verfassungsgerichte ermächtigen, parlamentarische Abwägungen jederzeit zu korrigieren. Dabei wird jedoch entweder wieder der Subjektivismus in Wertungsfragen vorausgesetzt, oder es wird die Gebotenheit einer gewaltenteiligen Demokratie verkannt.

Die deutsche Verfassungsjudikatur, nicht nur in Umweltfällen, vertritt meist eine fünfte Position (auf die deutsche Verwaltungsrechts- und die europäische Judikatur, die hierzu aber starke Ähnlichkeiten aufweisen, gehen wir später näher ein). Sie sieht die anzulegenden Abwägungsmaßstäbe von Fall zu Fall als eher streng oder eher lasch an, zudem meist ohne strikte Scheidung von Tatsachen und Wertungen (regelmäßig wird dieses Konzept unter der Überschrift von „*Gestaltungsspielräumen*“ artikuliert). Aber solche eher wenig klaren Maßstäbe – der legislative Schutz von Embryonen und Familien in Steuersachen wird dann streng geprüft, der Schutz der geborenen Kinder vor Luftschadstoffen dagegen fast gar nicht¹⁴ – bauen nicht nur auf einen primär bipolaren, also nicht wie geboten multipolaren, Grundrechtskonzept auf. Sie sind auch der Rationalität und Unparteilichkeit von Entscheidungen eher wenig förderlich. Dies auch deshalb, weil das Schwanken und die mangelnden Differenzierungen eine klare Gewaltenbalance unterlaufen. Darüber hinaus erzeugt die Vermengung von Abwägung und Tatsachen den Glauben bei den Bürgern, dass der Staat z.B. bei Gesundheitsgefahren, sobald diese real vorlägen, stets einschreite: Damit wird beim Recht auf Leben und Gesundheit verdeckt, dass nationale, europäische und globale Abwägungsentscheidungen eine gewisse Schadenswahrscheinlichkeit und damit stochastische Schäden, wie die zu erwartende Erkrankung oder der Tod einer im Promillebereich liegenden Zahl von Menschen camouflierend genannt wird, in Kauf nehmen (müssen). Wenn man etwa Industrieanlagen und Individualverkehr, die ja notwendigerweise Schadstoffe freisetzen, zulässt, werden jene Stoffe bei manchem bei langfristiger Einwirkung und ggf. in Kombination mit anderen Ursachen die Gesundheit schädigen. Dies ist auch kein Skandal. Es gibt eben keine „nie abwägbaren“ Rechte, auch nicht das auf Leben und Gesundheit – welches stark, aber nicht unab-

¹⁴ BVerfGE 88, 203 ff.; BVerfG, NJW 1996, 651; kritisch Steinberg, NJW 1996, 1985 ff.

wägbare ist (das verkennt die beliebte Faustformel „neminem laedere“).¹⁵ Doch gebieten Rationalität und Unparteilichkeit mögliche Transparenz. Komplexe Abwägungen können es nie „allen recht machen“ – aber sie können mit Gründen entschieden werden. *Denn Tatsachenaussagen sind eben objektiv, Wertungen im Grundsatz auch, bei Tatsachenunsicherheiten und bei Wertungsspielräumen ist Subjektivität unvermeidlich, wenngleich sie auch dort rational-objektiv (durch Verfahrens- und Abwägungsregeln) eingehegt wird.* Dass all dies auch starke Verfahrensrechte einschließlich Klagerechte (und zwar multipolar) auf nationaler wie transnationaler Rechtsanwendungs- und Rechtssetzungsebene implizieren dürfte, sei hier nur kurz erwähnt – denn materielle Rechte allein verwirklichen Rationalität, Unparteilichkeit etc. nicht hinreichend. Tatsachen- und Verfahrensregeln überschneiden sich dabei teilweise.

¹⁵ *Gawel*, in: *Gawel* (Hg.), *Effizienz im Umweltrecht*, 2001, S. 9 ff.; *Ekardt*, NJ 2006, 64 ff.; *Winter*, KJ 2001, 300 ff.; *Ekardt/Kornack*, *KritV* 2006, 349 ff. (zur Embryonendebatte); zur gesamten Argumentation der Abschnitte I., II. sowie III. 1. und 5. siehe schon *Ekardt*, *Prinzip* (Fn. 3), insb. Kap. I E. und V. A.-C. und zur verwaltungsrechtlichen Ebene *Ekardt*, *NuR* 2006, 221 ff. – Dagegen findet sich die im Gefolge des *BVerfG* in Deutschland vorherrschenden unklare Tatsache-Wertung-Scheidung exemplarisch bei *Eidenmüller*, *JZ* 1999, 53 ff.

III. Tatsachen, Tatsachenunsicherheiten und Nachbesserungsansprüche in der Judikatur und im einfachen Umweltrecht – national, europäisch, global

Wenn also Tatsachen und die normativen Entscheidungen – sei es das Abwägen eines nationalen oder transnationalen Umweltrechtsgesetzgebers, sei es die Interpretation einer (die Abwägung konkretisierenden) Norm durch eine Verwaltungsbehörde – zu scheiden sind und wenn Tatsachenaussagen objektiv sein müssen und Rationalität, Unparteilichkeit usw. zu beachten sind, dann lassen sich konkretisierende Regeln für den somit gebotenen eher „strikten“ Umgang mit Tatsachen durch die öffentliche Gewalt formulieren. Wir behandeln jetzt einige Regeln und sodann die umweltrechtlich zentrale Frage: den Umgang mit Tatsachenunsicherheiten. Wir beginnen mit der (nationalen wie transnationalen) Rechtssetzung und beziehen die Verwaltungsebene später ein. Dabei fragen wir auch nach der bisherigen Judikatur und den einfachrechtlichen Vorgaben an den Umgang mit Tatsachen im nationalen, europäischen und globalen Recht.

1. Allgemeine Tatsachenerhebungsregeln und das BVerfG

Die basale Tatsachenerhebungsregel für Rechtssetzung und Verwaltung lautet zunächst: Die Tatsachenbasis von Entscheidungen muss gegen Manipulationen aller Art abgeschirmt werden (auch wenn dies leichter gesagt als getan ist, weil Politiker und Bürger oft ein Interesse an der Verdrängung der Wahrheit eint). In umweltrechtliche Beispiele gebracht, ist es darum u.E. beispielsweise unzulässig, die Energiepolitik auf die interessegeleitete Annahme zu bauen, die Kohlenutzung sei „preiswert“ – obwohl gerade die Kohleförderung nur dank hoher Subventionen existiert. Ebenso wenig statthaft wäre es, im Genehmigungsverfahren bei der Rechtfertigung neuer Straßen mit einem steigenden Verkehrsbedarf zu argumentieren, obwohl die regionale Einwohnerzahl stark zurückgeht. Noch ein Beispiel: In Deutschland hat man z.B. stets angenommen, die Nutzung der Kernenergie sei verfassungsmäßig, da z.B. eine Kohleverfeuerung viel schädlicher wäre; zudem nütze die Erhaltung der Atomstromzivilisation auch künftigen Generationen. Doch zum Einen hat der Gesetzgeber (wie auch das *BVerfG* selbst)

nie genaue Analysen zur umfassenden Messbarkeit und Vergleichbarkeit verschiedener Umweltschädigungen angestellt. Zum Anderen wird implizit – und unzutreffend – unterstellt, die Energieversorgung und die „Zivilisation“ sei allein auf der Basis von Atomstrom oder von Kohlestrom möglich, was die großen Energieeffizienzpotenziale im Okzident ignoriert.¹⁶

Des Weiteren müssen Tatsachenerhebungen umfassend und nicht lückenhaft sein. Wichtig ist dabei speziell: Die öffentlichen Gewalten werden ja Tatsachen in aller Regel nicht in Eigenregie erheben, sondern wissenschaftlich gewonnenes Material auswerten. Keinesfalls heißt Tatsachenerhebung dann aber, dass einfach jede beliebige Äußerung z.B. zum Klimawandel für bare Münze genommen wird. Eine rationale, unparteiliche und freiheitsschonende Tatsachenermittlung kann auch nicht darin bestehen, jede beliebige Äußerung mit gleichem Gewicht zu berücksichtigen. Andernfalls könnten finanzstarke Kreise durch Auftragsgutachten und Auftragsforschung politische Entscheidungen in irrationaler, parteiischer und undemokratischer – und den oben dargelegten Tatsachenwahrheitsanspruch verletzender, letztlich in Konstruktivismus abgleitender – Weise lenken. Ebenso ist aber eine faktische Mehrheitsmeinung allein (!) noch kein Wahrheitskriterium; denn das Kriterium für die Wahrheit von Tatsachenaussagen ist ihr Übereinstimmen mit der Realität, und die „herrschende Meinung in den empirischen Wissenschaften“ kann durchaus von Interessen verzerrt sein. Dies ist sie z.B. immer dort latent, wo bestimmte Forschungszweige stark von Drittmitteln interessierter Kreise abhängen. Dies muss daher geprüft und mitbedacht werden. Zu einer unparteiischen und freiheitsschonenden Tatsachenerhebung gehört u.E. auch, dass die Verbände der ökonomisch und ökologisch Betroffenen sich angemessen äußern können und ggf. fachkundige Behörden gehört werden.

Wie aber stellt sich die deutsche verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zu alledem? Das *BVerfG* hat zu alledem trotz seiner meist geäußerten Neigung zu „Gestaltungsspielräumen“ im Mitbestimmungsurteil einmal eine gewisse Systematik verwendet¹⁷, welche freilich wegen ihrer immer noch zu großen Vagheit kritisiert wird¹⁸, aber trotzdem Punkte benennt, die sich mit den

¹⁶ Zu diesen beispielsweise v. *Weizsäcker/Lovins/Lovins*, Faktor 4 – Bericht an den Club of Rome, 1995 und *Wuppertal Institut*, Fair Future, 2005.

¹⁷ Vgl. BVerfGE 50, 290 (333 f.); in den wesentlichen Punkten wohl zustimmend *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessens, 2001.

¹⁸ Vgl. *Chryssogonos*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, 1987, S. 180 ff.; *Brönneke*, Umweltverfassungsrecht, 2001, S. 349 ff.; *Raabe*, Grundrechte und Erkennt-

zuletzt angestellten Überlegungen decken oder ergänzen. Das Mitbestimmungsurteil befasst sich nun nicht primär mit naturwissenschaftlichen, sondern mit sozialen bzw. Steuerungstatsachen. So wird beispielsweise im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung – also der finalen Abwägung über das betroffene Gesetz – ventiliert, ob bestimmte gesetzliche Regelungsalternativen effektiv sind. Denn in einem, wenngleich eingeschränkten, Maße spielt in der Tat die Effektivität von Steuerungsinstrumenten (Steuerungstatsachen) hier in der verfassungsrechtlichen Prüfung eine Rolle und ist ergo keine bloße rechtspolitische Frage: Die grundsätzliche Geeignetheit einer freiheitseinschränkenden Rechtsnorm zur Verfolgung des erstrebten Ziels fragt ja nach einer wenigstens minimalen Effektivität, und sie muss dies auch, um die Notwendigkeit einer Freiheitsverkürzung zu klären. Und im Rahmen der daran anschließenden Prüfung der Erforderlichkeit des Grundrechtseingriffs, die gegeben ist, wenn jener das mildeste Mittel zur Verfolgung des erstrebten Zwecks ist, ist die „Kosteneffizienz“ des ausgesuchten und alternativ denkbarer Instrumente für die Betroffenen zu evaluieren. „Erforderlich“ meint ja, dass der verfolgte politische Zweck (u.E. nicht das Gemeinwohl, sondern der Schutz bestimmter Freiheitsrechte und Freiheitsvoraussetzungen, auch nicht-subjektivierter, anderer Menschen) mit der geringstmöglichen Freiheitseinbuße bei den Betroffenen erreicht wird.¹⁹ Für all diese Fragen erkennt das *BVerfG* im Ergebnis zutreffend die oben aufgestellte Tatsachenermittlungspflicht anhand aller zugänglichen Erkenntnisquellen²⁰ einschließlich des Vergleichs möglicher Steuerungsoptionen, und zwar anhand wissenschaftlicher Maßstäbe. Dabei muss – zutreffend – nicht nur die Effektivität der Gesetzgebung, sondern auch die des Vollzugs eines Steuerungsinstruments untersucht werden.²¹ Dement-

nis, 1998, S. 328 ff.; *Winkler*, Klimaschutzrecht, 2006; zur verwaltungsrechtlichen Diskussion *Nußberger*, AöR 2004, 282 ff.

¹⁹ Die ökonomische Effizienz i.w.S., die nicht nur das Kosten-Nutzen-Verhältnis einer Maßnahme in Bezug auf ein einziges Ziel bestimmt, sondern unterschiedlichste Ziele bzw. Nutzen umfassend abwägt, wird durch die Erforderlichkeits- und Angemessenheitsprüfung präziser abgeschichtet. Gleichzeitig wird aber eine gerichtliche Vollkontrolle der Abwägung durch die Offenheit der Angemessenheitsprüfung vermieden; in diesem Sinne auch *Winter*, KJ 2001, 300 ff.

²⁰ BVerfGE 50, 290 (330 ff.); 88, 203 (254 f.); *Koenig*, Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung, 1994, S. 443 f.; *Brönneke*, Umweltverfassungsrecht (Fn. 18), S. 349 ff.; *Raabe*, Grundrechte (Fn. 18), S. 328 ff.; *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 593; *Koenig*, NVwZ 1994, 937 (938). Freilich hat die deutsche Judikatur diese Linie seitdem nicht wirklich ernstgenommen.

²¹ *Koenig*, NVwZ 1994, 937 (938); allgemein zu den Kriterien *Ekardt*, Steuerungsdefizite

sprechend muss die Legislative die Vollzugseignung einer Regelung, aber auch die denkbaren Nebenwirkungen eines Gesetzes sorgfältig eruieren.²² Zutreffend hat bei alledem das *BVerfG* – wir würden ergänzen: wegen des Unparteilichkeitsprinzips – auch gesehen, dass gegen Interessentengutachten, die sich einer Materie nicht unvoreingenommen nähern, Skepsis walten muss.²³ Klarer hätte allerdings gesagt werden müssen: Die Effektivität von Instrumenten ist strikt zu prüfen; ein Spielraum entsteht jedoch wieder dadurch, dass das eine, ineffektive Instrument u.U. einem anderen gesetzgeberischen Ziel besser dient – und die Rechtssetzung darf wegen ihrer Spielräume im Wertungsteil der Gesetzgebung natürlich auch mehrere Ziele verfolgen.

Um die richterliche Kontrolle der Tatsachenerhebung und auch der Abwägungen zu erleichtern, wäre zudem eine Pflicht hilfreich, Gesetze mit einem ausdrücklichen Begründungstext zu versehen. Das Europarecht kennt sie in Art. 253 EGV bereits. Das allgemeine Rationalitätsprinzip, welches eben in den zentralen liberalen Verfassungsprinzipien (wie gesehen) logisch vorausgesetzt ist, spricht dafür, auch nationalen Verfassungen eine solche Pflicht zu entnehmen. Das *BVerfG* erkennt dies freilich bisher nicht an, ebenso wie es jenseits des Mitbestimmungsurteils die Tatsache-Wertung-Scheidung nicht durchhält, keinen klaren Begriff der Tatsachenwertungen als von normalen Wertungen unterscheidbare Entität bei unsicheren Tatsachen entwickelt – und mit seiner Judikatur des wenig konturierten „Gestaltungsspielraums“ des Parlaments auch bei Tatsachen bei gleichzeitigen unklaren Interventionsbefugnissen des Verfassungsgerichts auch die Abwägungs- und Gewaltenbalancemaßstäbe diffus werden lässt.²⁴ Einen grundrechtlichen Schutz des Drittbetroffenen vor Gefährdungslagen, bei denen es Tatsachenunsicherheiten gibt, kennt das *BVerfG* ebenso nicht (und auch bei sicheren Gefährdungslagen gibt es einen Grundrechtsschutz nur in Evidenzfällen); hier verlangt das *BVerfG* nicht einmal eine sorgfältige und aktuelle

im Umweltrecht, 2001, §§ 4, 6.

²² Engel, DV 1997, 429 (463 ff.); Koenig, Verteilungslenkung (Fn. 20), S. 443 f.

²³ Vgl. BVerfGE 86, 90 (112); 88, 203 (310).

²⁴ Siehe etwa *BVerfG*, UPR 1981, 19 (21 f.); *BVerfG*, NJW 1991, 651 (Ozon); *BVerfG*, UPR 2002, 225 f. („Elektrosmog“). Dafür hat das *BVerfG* in der Mitbestimmungsentscheidung selbst die Tür geöffnet, indem es für nicht näher konturierte (denn der Mitbestimmungsfall betraf selbst eine solche!) „abwehrrechtliche“ Konstellationen eine genauere Tatsachenprüfung gefordert hat – anstelle des Gesetzgebers? Richtigerweise ist ein einheitlicher Tatsachenprüfungsmaßstab, wie im Fließtext entwickelt, geboten.

Ermittlung des Forschungsstandes beim Gesetzgeber.²⁵

Mag man dies nun prinzipiell optimieren können und durch die entwickelten Vorgaben für *Steuerungstatsachen* oftmals zu einem definitiven Ergebnis kommen, so wird für *Naturtatsachen* eine legislative Tatsachenermittlung nach den selben Grundsätzen schwerer fallen, da sie auf Rechtssetzungs- wie auf Verwaltungsebene besonders *häufig* unsicher sind. Dem Umgang mit diesen Tatsachenunsicherheiten gilt im weiteren unser Hauptfokus.

2. Probleme des Umgangs mit Tatsachen im deutschen Umweltverwaltungsrecht

Dem Umgang mit Tatsachenunsicherheiten nähern wir uns induktiv über eine Analyse der dazu vorliegenden (zunächst deutschen) verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung. Im Grundsatz müssen Behörden in Deutschland die Tatsachenlage berücksichtigen (§§ 26 VwVfG, 86 VwGO), also korrekt erheben, aber dabei – genau wie eben entwickelt – Sachverständigenvoten nicht einfach für bare Münze nehmen. Allerdings fehlen Regeln, wie die Unparteilichkeit und ggf. Pluralität der Sachverständigen gesichert werden könnte – was z.T. zu immer gleichen Sachverständigen bei ein und derselben Gerichtskammer führt. Vereinzelt gibt es auch strikt bindende Sachverständigenvoten, etwa bei der Frage der Jugendgefährdung durch einen bestimmten Medienträger einschließlich fester Sachverständigenkommissionen.²⁶

Was die Sanktionierbarkeit von Tatsachenerhebungsfehlern angeht, wirkt – wie in der *BVerfG*-Judikatur – zunächst eine bipolare Grundrechtstradition im Verwaltungsrecht: So gilt für solche Kläger, die direkt Adressat einer Verwaltungsmaßnahme sind („Zweit-“, bzw. „Adressatenkläger“), dass sie eine vollständige Prüfung sämtlicher denkbarer Rechtsverstöße der angefochtenen staatlichen Maßnahme erhalten. Die so ermittelten rügefähigen Normen werden dann in normativ-auslegender und eben auch in *tatsachenbezogener* Hinsicht einschließlich etwaiger Verfahrensvorschriften „voll“ gerichtlich überprüft, außer allerdings – wichtig für unser Thema – bei *schwierigen* Tatsachenfragen und bei normativen Ermessenstatbeständen

²⁵ Vgl. *BVerfG*, NJW 2002, 1638; offener indes *BVerfGE* 56, 54 ff.

²⁶ Vgl. im einzelnen die Zusammenstellung bei *Nußberger*, AöR 2004, 282 ff.

und Abwägungen.²⁷ Eine weitere Einschränkung erfährt die Kontrolldichte gegenüber Verwaltungsentscheidungen durch einfachgesetzliche Präklusions-, Unbeachtlichkeits- und Heilungsvorschriften für inhaltliche und verfahrensmäßige Rechtsfehler; indem hier auch Abwägungsfehler unbeachtlich werden, werden auch bestimmte Tatsachenaspekte der Abwägungen unrüfbar, z.B. bei umweltrelevanten Verkehrsprojekten. Anders als bei Adressatenklägern wird allerdings bei Drittklägern für jeden Klagepunkt der subjektiv-rechtliche Bezug einzeln verifiziert; zudem sind die Präklusions- und Unbeachtlichkeitsvorschriften meist so strukturiert, dass sie de facto nur den Drittkläger treffen. Ferner wird Drittklägern ein subjektivrechtlicher Grundrechtsschutz im Gefolge des *BVerfG* bei tatsächlichen Unsicherheiten stets und auch ansonsten tendenziell (jenseits wenig konturierter „Evidenzfälle“) abgesprochen. Des Weiteren wird ihnen eine klagefähige Position und damit auch eine Rüfbarkeit von Tatsachenfragen negiert, wenn sie einen Belang vortragen, der auch viele Mitmenschen („Allgemeinheit“) tangiert.

Die deutsche h.M.²⁸ spricht für den Fall unsicherer Tatsachen, manchmal aber auch für bestimmte normativ-gesetzesauslegungsbezogen unklare (also nicht tatsachenbezogen unklare) Fälle von „Beurteilungsspielräumen“. Beiderlei Arten von Spielräumen werden zwar als Einschränkung des effektiven Rechtsschutzes begriffen, aber insoweit für statthaft erachtet, als der Gesetzgeber den Spielraum im Gesetz erkennen lässt und andere Verfassungsgrundsätze wie die Gewaltenteilung den Spielraum fordern, weil die Gerichte bestimmte Fragen nicht sachgerecht selbst prüfen können.²⁹ Tatsachen-Beurteilungsspielräume werden oft auch Einschätzungsprärogativen oder Prognosespielräume genannt. Voll zu überprüfen sind hier – z.B. bei umweltrechtlichen Grenzwerten für Schadstoffe – die richtige Erfassung der Prognosefrage, die Rahmenannahme und die Datengrundlage der Prognose, also die Tatsachenbasis, einschließlich methodischer Fragen und innerer

²⁷ Vgl. dazu, insbesondere zur Rechtsprechung, die zusammenfassende Darstellung bei *Epiney/Sollberger*, Zugang zu Gerichten und gerichtliche Kontrolle im Umweltrecht, 2002, S. 62 ff.; *Ekardt*, NuR 2006, 221 ff.

²⁸ Hierzu und zum folgenden BVerwGE 72, 300 (316); Badura, in: Püttner (Hg.), FS für Otto Bachof, 1984, S. 184 ff.; Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hg.), GG I, 4. Aufl., Art. 19 Abs. 4 Rn. 515 ff.; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (Hg.), GG II, Art. 19 Abs. 4 Rn. 185 ff.; *Nußberger*, AöR 2004, 282 ff.; vgl. auch BVerfGE 61, 82 (111); 88, 40 (56); 103, 142 (156); *Wahl*, NVwZ 1991, 409 (410 f.).

²⁹ *Epiney/Sollberger*, Zugang (Fn. 27), S. 72 ff. m.w.N.; *Classen*, Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 127 ff.

Konsistenzfragen.³⁰ Dies leuchtet zunächst prima facie ein; doch unterlässt die Judikatur dann, wenn schon die Verwaltung externen Sachverstand in umfänglicher Form herangezogen hat oder gar eine („normkonkretisierende“) Verwaltungsvorschrift erlassen wurde, eine Kontrolle oft gänzlich – obwohl beim Erlass der Verwaltungsvorschriften u.U. die genannten Unparteilichkeitsvorgaben gar nicht gewahrt wurden. Wichtig für unseren Zusammenhang ist zudem, dass die Judikatur bis dato dem Drittkläger de facto häufig eine eingehende Tatsachendarlegungslast auferlegt, die er kaum erfüllen kann. Diese Einseitigkeit in der Darlegungslast im fast immer multipolaren Umweltrecht ist gemessen an den aufgestellten Grundsätzen das eine Problem; ferner ist die auch Tatsachenrügen betreffende Ungleichheit bei der Klagebefugnis und bei den Heilungsvorschriften problematisch. Immerhin ist die Beschränkung von Beurteilungsspielräumen auf unsichere Tatsachen für sich genommen gerade einleuchtend, anders als die *BVerfG*-Tatsachenjudikatur (die sich, wie wir in Abschnitt III. 5. sehen werden, auch nicht durch ein Demokratieargument zugunsten „größerer Spielräume auf Rechtssetzungsebene“ pauschal rechtfertigen lässt).

Im Umweltverwaltungsrecht und in der verwaltungsgerichtlichen Judikatur ist die Konstellation der Beurteilungsspielräume bzw. der unsicheren Beeinträchtigung oder Gefährdungslage unter dem Begriff der „Vorsorge“ seit längerem detaillierter ausgearbeitet worden. Die vorsorgespezifische „Unsicherheit“ kann daraus resultieren, dass insgesamt über einen Problembereich noch wissenschaftliche Erkenntnisse hinsichtlich seiner Gefährlichkeit fehlen; sie kann aber auch daher rühren, dass die drohenden Schäden erst im Zusammenwirken mit anderen Faktoren auftreten, und/ oder dass sie erst nach langen Zeiträumen auftreten, und/ oder dass die diesbezüglichen Wahrscheinlichkeiten unklar sind. Dabei wird häufig zwischen risikobezogener und ressourcenökonomischer Vorsorge unterschieden, wobei letztere dann eher eine Art allgemeines ökologisches Optimierungsgebot meint, welches von vornherein jenseits subjektiver Rechte und eher in unbestimmten Aufgabennormen wie Art. 20a GG verankert ist. Das Risiko bezüglich einer unsicheren Gefährdungslage meint jedenfalls ganz generell eine Angabe, die sich aus der Eintrittswahrscheinlichkeit eines Schadens und seinem dann eintretenden Ausmaß ergibt.

Viele Umweltgesetze sehen ganz explizit eine Befugnis des Staates zu Handeln unter Unsicherheit vor; in der Genehmigungssituation des Immissions-

³⁰ In diesem Sinne *BVerfGE* 61, 82 (115).

schutz-, Wasser-, Atom-, Gentechnikrechts usw. ist dies zumeist (anhand eines oft durch Verordnungen usw. konkretisierten Maßstabs der gebotenen Vorsorge) direkt eine behördliche Pflicht, die nach der Judikatur allerdings meist wieder einem Beurteilungsspielraum unterliegt (sofern das untergesetzliche Regelwerk keine abschließenden Aussagen – insoweit wäre es wieder nach den entwickelten Maßstäben für die Rechtssetzung zu prüfen – trifft). Dagegen besteht bei nachträglichen Anordnungen für die Behörde sowohl ggf. der Beurteilungsspielraum als auch ein zusätzliches Rechtsfolgenmessen; auf nachträgliche Anordnungen kommen wir in IV. 2. zurück. Für den Drittbetroffenen macht dies freilich keinen Unterschied, da sein Angriff auf bestimmte behördliche Tatsachenannahmen nicht nur an Beurteilungsspielraum und Ermessen, sondern schon an der nach st. Rspr. fehlenden Klagebefugnis in puncto Vorsorge – die nicht für grundrechtlich garantiert erachtet wird – scheitert.³¹ Insbesondere wieder ein neueres *BVerwG*-Urteil³² macht bei kanzerogenen Stoffen (bei fehlender Vorbelastung) freilich eine Ausnahme, da bei diesen zumindest die statistische Schädlichkeit unzweifelhaft ist; konsequent wird dies dann aber nicht als Vorsorge bezeichnet. Ansonsten werden vom *BVerwG* oder vom einfachen Recht wenig konkrete Anforderungen gestellt, wie in untergesetzlichen Regelwerken oder im Einzelfall die Tatsachengewinnung zu verlaufen hat. Die Darlegungslast für Risiken obliegt im Grundsatz der öffentlichen Hand, wenn der Regulierte und nicht der Drittkläger sie bestreitet, obliegt nun nach der Rechtsprechung im Grundsatz der öffentlichen Hand, woraus aber keine volle Beweislast, sondern eher eine anschließende Entkräftungslast des Risikoverursachers folgt; dies ist ja gerade auch die Stoßrichtung des Vorsorgeprinzips.³³

Wenig klar ist in der Judikatur und im einfachen Recht überwiegend, (a) ob überhaupt Sachverständige eingeschaltet und verschiedene Behörden und Betroffene gehört werden müssen und (b) welchen Ausgewogenheits- bzw. Unparteilichkeitsanforderungen und überhaupt welchen Verfahrensregeln (z.B. auch Begründungserfordernissen) ein solcher Einsatz unterläge. Freilich gibt es mit dem Gentechnikrecht und dem Chemikalienrecht auch ein-

³¹ Vgl. zum Ganzen *Scherzberg*, VVDStRL 2004, 214 ff.; *Lepsius*, VVDStRL 2004, 264 ff.; *Appel*, NVwZ 2001, 395 ff.; kritisch zum vorherrschenden Umgang mit der Vorsorge und speziell mit Grenzwerten neben den Nachweisen in Fn. 3 *Ekarde/Seidel*, NVwZ 2007, Heft 3; *Murswiek*, DV 2005, 243 ff.; *Rofnagel/Neuser*, UPR 2006, 125 ff.; ein ausführliches prozedurales Schema entwickelt die *Risikokommission* (Fn. 9), Kap. 4.

³² Vgl. *BVerwG*, NVwZ 2004, 610 ff.; kritisch dazu *Murswiek*, DV 2005, 243 ff.

³³ Eingehend dazu m.w.N. *Calliess*, Rechtsstaat (Fn. 20), S. 226 ff.

zelne verwaltungsrechtliche Rechtsbereiche, in denen die Risikoregulierung wesentlich detaillierter geschieht, was die einzelnen Schritte der Tatsachenermittlung und der dabei zu involvierenden Privaten und Behörden (ggf. in einem mehrstufigen Verfahren) angeht. Dazu gehören dann auch Dokumentations- und Berichtspflichten der Regulierten selbst, die sich allerdings auch in tatsachenbezogen weniger durchnormierten Umweltrechtsbereichen wie dem Immissionsschutzrecht finden. Das Gentechnik- und das Chemikalienrecht z.B. sind stark vom Europarecht her geprägt, zu dem wir jetzt kommen; wieder geht es uns um die strukturell-konstitutionelle, zudem vor allem rechtssetzungsbezogene Ebene, also um den Maßstab und nicht um Einzelgebiete, die wir hier nicht weiterverfolgen.

3. Probleme des Umgangs mit Tatsachen in der europäischen Judikatur sowie im Gefolge der Aarhus-Konvention

Die europäischen Tatsachen-Anforderungen sind schon auf der Ebene des EG-Vertrages, der gemeinsam mit anderen Dokumenten wie dem EU-Vertrag der Verfassung eines Nationalstaates zumindest ungefähr entspricht, präziser als im deutschen Verfassungsrecht. Insbesondere sind ganz explizit nach Art. 174 Abs. 3 EGV in umweltpolitischen Entscheidungen die tatsächlichen Bedingungen und die Folgen einer Maßnahme zu berücksichtigen – Prinzipien, die auf nationaler Ebene erst grundrechtlich deduziert werden mussten. Ferner lässt Art. 6 EGV durch seine querschnittsmäßige Berücksichtigungspflicht des Umweltschutzes in allen Politikfeldern erkennen, dass Probleme *frühzeitig* angegangen werden sollen. Die konkrete Rechtsprechung des *EuGH* ist ansonsten aber ähnlich unbefangen wie jene des *BVerfG* – wenn nicht sogar in noch höherem Maße, da der *EuGH* bisher auf eine ernsthafte Verfassungskontrolle der EG-Gesetzgebung jenseits von Gesetzgebungskompetenzfragen weitgehend verzichtet. Auch der *EuGH* prüft lediglich, ob eine offensichtliche Fehlbeurteilung der Voraussetzungen des Art. 174 EGV vorliegt, weil die Anwendung dieser Kriterien komplex sei.³⁴ Immerhin nimmt er aber überhaupt eine Überprüfung anhand dieser Kriterien vor, der Rat vertrat die Ansicht, dass eine Überprüfung ganz ausscheide.³⁵ Der *EuGH* bezieht sich bei der Prüfung der Rechtsnormen immer auf die Begründungserwägungen der Rechtsakte.³⁶ Er stellt selbst keine

³⁴ *EuGH*, Slg. 1998-I, S. 4301 (4344, Rn. 37).

³⁵ *EuGH*, Slg. 1998-I, S. 4301, 4342 (4344).

³⁶ Z.B. *EuGH*, Slg. 1998-I, S. 4301 (4346 f.); *Hofmann*, ZUR 2006, 574 ff.

Ermittlungen an, die die Frage beantworten, ob denn der Gemeinschaftsgeber alle relevanten Tatsachen miteinbezogen hat, sondern nimmt die Absichtserklärungen in den europarechtsüblichen Erwägungsgründen zu den Rechtsakten mehr oder weniger für bare Münze.³⁷ Insofern besteht ein Defizit, das auch dem *BVerfG* vorzuhalten ist: Ob der Gesetzgeber von wahren und vollständigen Tatsachenannahmen ausgegangen ist, wird im Grunde nicht überprüft, ebensowenig wie etwaige paritätische Anforderungen an Sachverständige und Betroffenenpartizipation; auch das Multipolaritätsproblem kommt nicht in den Blick. Auffällig ist auch, dass der *EuGH* ebenso wie überwiegend das *BVerfG* nicht klar zwischen den Tatsachen und normativer Wertung sowie Tatsachenwertung differenziert.

Anders als im deutschen ist aber im europäischen Verfassungsrecht explizit das Vorsorgeprinzip in Art. 174 EGV verankert. Weitere Aufschlüsse über die Ansicht der Politik zum Vorsorgeprinzip ergeben sich vor allem aus der Mitteilung der Kommission vom 2.2.2000.³⁸ Die Kommission gibt hier einen Überblick darüber, wie sie das Vorsorgeprinzip in seiner Anwendung verstanden wissen will. Nach Ansicht der Kommission müsse gemäß dem Vorsorgeprinzip stets eine wissenschaftliche Bewertung stattfinden, bei der „alles versucht werden“ müsse, um die zur Verfügung stehenden wissenschaftlichen Informationen auszuwerten. Daneben wird – in Vermischung der Tatsachen- und der beiden Wertungsebenen – von einem Abwägungs- bzw. Verhältnismäßigkeitsgebot und einem Stimmigkeitsgebot in Bezug auf sonstige Maßnahmen sowie Diskriminierungsverbot und einer allgemeinen weiteren Beobachtungspflicht für neue tatsächliche Entwicklungen gesprochen. Zu Einzelheiten des Umgangs mit Graden und Arten von Unsicherheiten sowie zu Darlegungs- und Beweislasten äußert die Kommission sich letzten Endes nicht, wenngleich sie wohl eine Verteilung zu Lasten des Risikoverursachers anzielt. Interessant ist aber die Beobachtungspflicht; auf sie kommen wir beim Nachbesserungsanspruch zurück.

Das konkrete EG-Sekundärrecht bzw. -Verwaltungsrecht ist dann mit Verfahrensregeln, Entscheidungsbefugnissen der Kommission, Harmonisierungen der technischen Normung usw. (Gentechnik z.B.) deutlich bestimmter. Auch eine relativ junge Entscheidung zum Vorsorgegrundsatz, die Ent-

³⁷ Vgl. *Epiney*, NuR 1999, 181 (183); vgl. auch *Hofmann*, ZUR 2006, 574 ff., der aber zu Recht darauf hinweist, dass die europäische Ebene zumindest „freiwillig“ häufiger als die nationale Ebene Gesetzesfolgenabschätzungen durchführt.

³⁸ KOM(2000) 1 endg.; vgl. dazu auch *Appel*, NVwZ 2001, 395 ff.; *Calliess*, Rechtsstaat (Fn. 20), S. 233.

scheidung Pfizer Animal Health ./ Rat, bemüht sich um eine Konkretisierung des Vorsorgeprinzips im Rahmen des EGV. Das *EuG* hebt zunächst hervor, dass nach dem Vorsorgeprinzip ein Tätigwerden auch dann möglich ist, wenn Ungewissheiten bezüglich der Existenz oder des Umfangs eines Risikos vorliegen.³⁹ Jedenfalls müssten die zuständigen Stellen nicht warten, bis das Risiko eindeutig nachgewiesen ist. Zwar müssen die Beweise nicht vollständig oder zwingend sein, doch dürfen Vorsorgemaßnahmen nicht auf wissenschaftlich nicht belegte Hypothesen gestützt werden. Das bedeutet, dass von Entwicklern der Nachweis der vollständigen Ungefährlichkeit nicht verlangt werden kann. Die Risikobewertung muss aber so erschöpfend wie möglich sein. Aus der Stellungnahme der Kommission wie auch aus der Entscheidung des *EuG* wird also immerhin deutlich, dass eine wissenschaftliche Bewertung des Risikos zwingend erforderlich ist, dass die Politik zu entscheiden hat, dabei aber Sachverständige beteiligen muss, dass die Beweislast zumindest nicht per se zu Ungunsten der Entwickler neuer Wirkstoffe/ Technologien verteilt ist und dass es zu Abwägungen kommen muss. Die dabei geäußerte Ansicht, letztlich müsse die Politik entscheiden, kann allerdings im Sinne eines „radikalen“ Demokratieverständnisses missverstanden werden, weil dies wieder den Eindruck erweckt, die Politik stehe über den Tatsachen und über der Verfassung. Interessant ist allerdings, dass die europäische Rechtsprechung Vorsorgeanforderungen auch für Drittkläger ggf. als einklagbar behandelt.

An alledem wird sich im europäischen Umweltverwaltungsrecht – mit Auswirkungen im nationalen Recht künftig vielleicht dadurch etwas ändern, dass Art. 10a UVP-RL, 15a IVU-RL im Gefolge der völkerrechtlichen Aarhus-Konvention (AK) fortan auch Drittklägern eine „materiell- und verfahrensrechtliche“ Prüfung der Rechtmäßigkeit von Entscheidungen ermöglichen. Man wird – vor dem Hintergrund der AK wie auch des Verfassungsrechts – überlegen müssen, ob man im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes die Anforderungen an den Tatsachenvortrag durch Drittkläger absenken muss, Vorsorgeanforderungen als einklagbar betrachten muss und weitere Anforderungen an die Tatsachenerhebung entstehen. Da wir die AK andernorts mehrfach betrachtet haben⁴⁰, vertiefen wir dies hier nicht; jedenfalls ist insoweit mit einem Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik zu rechnen, da Deutschland die entsprechenden Anforde-

³⁹ *EuG*, Slg. 2002-II, 3305 ff.; vgl. dazu auch *Murswiek*, DV 2005, 243 (250 ff.).

⁴⁰ Vgl. *Ekardt/Pöhlmann*, NVwZ 2005, 532 ff.; *Ekardt*, NuR 2006, 221 ff.; *Ekardt*, NVwZ 2006, 55 ff.

rungen im neuen Umweltrechtsbehelfsgesetz nicht umgesetzt hat.

4. Probleme des völkerrechtlichen Umgangs mit Tatsachen, tatsächlichen Unsicherheiten und Vorsorge

Die AK schlägt die Brücke zum Völkerrecht. So ist die umweltvölkerrechtliche Diskussion über Tatsachen stark durch die Frage nach dem richtigen Umgang mit Tatsachenunsicherheiten, also mit dem Vorsorgeprinzip, gekennzeichnet. Im internationalen Umweltrecht werden Prinzipien (principles) als Rechtssätze bezeichnet, die keine bestimmte Rechtsfolge für jeden Einzelfall bestimmen, die aber doch als Entscheidungshilfe herangezogen werden können.⁴¹ Im Gegensatz dazu stehen Regeln (rules). Diese sehen vielmehr eine zwingende Rechtsfolge für jeden Einzelfall vor. Das Vorsorgeprinzip (precautionary principle) ist unter anderem in der Agenda 21 der Rio-Konferenz von 1992 enthalten. Dort wird es neben dem Präventivgrundsatz erwähnt. Der Präventivgrundsatz hat nach gängiger Ansicht zum Inhalt, dass Maßnahmen bereits ergriffen werden sollen, bevor ein Schaden überhaupt entsteht.⁴² Dies deckt sich in etwa mit dem deutschen Gefahrenabwehrprinzip. Anders gesagt, verbietet dieser Grundsatz Maßnahmen, die zu einer Umweltschädigung führen können. Ziel soll es sein, sich nicht mehr damit zu begnügen, Umweltschäden zu beheben, sondern diese schon im Vorfeld gar nicht erst entstehen zu lassen. Daneben steht das Vorsorgeprinzip, das in verschiedenen Formen in einigen völkerrechtlichen Abkommen festgelegt ist. Es hat dann nach völkerrechtlicher Sichtweise gegenüber dem Präventionsprinzip den Inhalt, dass auf mögliche Umweltgefahren auch reagiert werden kann, wenn es wissenschaftliche Unsicherheit gibt, ebenso wie es Aussagen zur Beweislastverteilung enthält.⁴³ Denn das Problem des Präventionsprinzips ist, dass bereits irreversible Schäden an bedeutenden Rechtsgütern eintreten können, wenn sichere Beweise ab-

⁴¹ Vgl. zum folgenden *Sands*, *Principles of International Environmental Law*, 2. Aufl. 2003, S. 233; *Epiney/Scheyli*, *Strukturprinzipien des Umweltvölkerrechts*, 1998, S. 45 und 87 f.; *Calliess*, *Rechtsstaat* (Fn. 20), S. 204 ff.; *Godt*, *EWS* 1998, 202 (205 ff.); siehe auch kurz *Appel*, *NVwZ* 2001, 395 ff.

⁴² *Sands*, *Law* (Fn. 41), S. 247; *Wolfrum*, *International Environmental Law*, in: *Morrison/Wolfrum* (Hg.): *International, Regional and National Environmental Law*, 2000, S. 8 ff.

⁴³ *Sands*, *Law* (Fn. 41), S. 267 f.; *Birnie/Boyle*, *International Law and the Environment*, 2. Aufl. 2002, S. 117; *Wolfrum*, *Law* (Fn. 42), S. 11 und 14; *Epiney/Scheyli*, *Strukturprinzipien* (Fn. 41), S. 91 und 112.

gewartet werden.

Im Einzelnen bestehen völkerrechtlich⁴⁴ aber über den Inhalt des Vorsorgeprinzips Unklarheiten, insbesondere bezüglich der Beweislast. Es ist auch nicht ganz klar, welches Maß an Gefährdung mindestens vorliegen muss. Am stärksten wird dabei Art. 15 der Rio Declaration herangezogen, der wie folgt lautet: „Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.“⁴⁵ Allerdings ist zu bemerken, dass das Vorsorgeprinzip in vielen weiteren Abkommen auftaucht und nicht einheitlich definiert wird. Dabei verlangen einige Abkommen „serious or irreversible damage“, um Vorsorgemaßnahmen treffen zu können, während andere Abkommen darauf verzichten, z.B. die Bakamo-Konvention von 1991. Einige Abkommen stellen zusätzliche Anforderungen, was die Konkretheit des Verdachts angeht. So fordert etwa die OSPAR-Konvention in Art. 2 Abs. 2a „reasonable grounds for concern“; Art. 3 Abs. 2 der Baltic Sea Convention verlangt demgegenüber „reason(s) to assume“. Gemeinsam ist jedoch, dass kein vollständiger Kausalitätsbeweis erforderlich ist.

Das Schrifttum geht bei der Bestimmung des Begriffs häufig von der Rio-Deklaration aus.⁴⁶ Aus der Staatenpraxis, insbesondere der Praxis der EG, ergebe sich der Trend, dass das Vorsorgeprinzip Maßnahmen bei Unsicherheit rechtfertige und auch eine Beweislastumkehr enthalte. Jedenfalls sei das Vorsorgeprinzip im Völkergewohnheitsrecht enthalten, aber durch die Vertragswerke modifiziert. Dabei sei jedenfalls ein Anscheinsbeweis (prima facie-Beweis) erforderlich, um die Beweislastumkehr eingreifen zu lassen. Weiterhin stellt das Schrifttum klar, dass eine beschränkende Maßnahme in regelmäßigen Abständen überprüft werden müsse, weil ja die Entscheidung auf einer unsicheren Tatsachengrundlage getroffen wurde. Allerdings bleibt die Frage, wer in dem Überprüfungsverfahren die Beweislast trägt. *Birnie/Boyle* stellen zunächst darauf ab, dass aus der Verantwortlichkeit für Schäden auch folge, dass solche Schäden im Voraus vermieden werden müssen. Die einzig problematische Frage sei ihres Erachtens, ab wann genau diese

⁴⁴ Strenggenommen sollte es statt Völkerrecht stets globales Recht heißen. Denn Völkerrecht impliziert von vornherein, dass die globale Ebene als eine der Nationalstaaten, nicht als eine der Individuen zu konzipieren ist, und genau dies ist durchaus zweifelhaft.

⁴⁵ Vgl. *Birnie/Boyle*, Law (Fn. 43), S. 116; *Wolftrum*, Law (Fn. 42), S. 11; *Sands*, Law (Fn. 41), S. 268.

⁴⁶ Vgl. zum folgenden *Sands*, Law (Fn. 41), S. 268 ff.; *Wolftrum*, Law (Fn. 42), S. 10 ff.

Verpflichtung einsetze.⁴⁷ Das hänge wiederum von der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintrittes und seiner möglichen Schwere ab. Grundsätzlich trete die Handlungspflicht bei der Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines schweren Schadens ein – oder wenn für den Eintritt eines erheblichen Schadens eine hohe Wahrscheinlichkeit bestehe und umgekehrt. Das Vorsorgeprinzip senke nun gerade die Schwelle ab, ab der Maßnahmen ergriffen werden könnten, indem nunmehr solche auch bei wissenschaftlicher Unsicherheit ergriffen werden könnten. Damit entfalle nicht die Notwendigkeit eines wissenschaftlichen Nachweises. Es müsse nur eben kein Vollbeweis erbracht werden; nur einige Abkommen kehrten wie die Resolution über die Versenkung von radioaktiven Abfällen ins Meer die Beweislast klar um.

Wichtig ist besonders die Debatte innerhalb des WTO-Rechts, die darauf hinausläuft, dass eine Gefährdung der natürlichen Lebensgrundlagen wissenschaftlich fundiert sein muss, wenn sie eine Einschränkung des freien Welthandels rechtfertigen soll (Art. XX GATT bzw. Art. 5:7 SPS-Abkommen). Problematisch an der WTO-Judikatur ist zunächst einmal, dass sie in Fällen mit einer generell unsicheren oder zumindest nicht in absehbarer Zeit zu erwartenden Beeinträchtigung von Umweltgütern (bzw. in Fällen, in denen es überhaupt unmöglich ist, statistische Aussagen zum Gefährdungspotenzial einer Tätigkeit zu machen), also eben gerade in den Vorsorgefällen⁴⁸, zu einer teilweise, aber nicht immer restriktiven Linie neigt. Diese geht im Anwendungsbereich des SPS-Abkommens dahin, dass gelegentlich die Hinweise für das Vorliegen eines Gefährdungspotenzials relativ kritisch gesehen werden. Gerade die USA und Kanada haben als Parteien vor den WTO-Gerichten gar die Existenz eines Vorsorgeprinzips bestritten. Für eine volle Anerkennung des Vorsorgeprinzips innerhalb der WTO streitet auch, dass das WTO-Rahmenübereinkommen sich explizit zum Ziel Nachhaltigkeit und damit zu einer Langfristperspektive bekennt. Noch klarer wäre dies, wenn man umweltvölkerrechtliche Verträge, die sich oft explizit zu diesem Prinzip bekennen, verstärkt in die Interpretation des WTO-Regimes integrieren würde. Mit der staatlichen Souveränität sollte das Vorsorgeprinzip dagegen nicht ohne weitere Diskussion gerechtfertigt werden. Denn das Wirtschafts- und Umweltvölkerrecht dient ja gerade der

⁴⁷ Vgl. zum folgenden *Birnie/Boyle*, Law (Fn. 43), S. 115 ff.

⁴⁸ Vgl. insbesondere *Appellate Body Report*, EC-Hormones, WT/DS26/AB/R, Nr. 187; siehe zum Thema WTO und Vorsorge auch *Appel*, ZUR 2003, 167 (172 ff.); *Winter*, in: *Dolde* (Hg.), *Umweltrecht im Wandel*, 2001, S. 71 (83 ff.); *Cottier/Tuerk/Panizzon*, ZUR 2003, 155 (160).

Lösung internationaler Probleme (Umweltschutz einerseits und – idealerweise – Armutsbeseitigung durch Freihandel andererseits), die durch nationale Regeln, die stets in den Wettlauf um die niedrigsten Standards zu geraten drohen, und die überdies globale Güter allein nicht „retten“ können, eben nur bedingt erreicht werden können.

Dabei haben Konkretisierungen wie Art. XX GATT auch Vorteile. Denn jenseits solcher zweifelfrei verbindlichen und durchsetzbaren Regime wie der WTO ist die Rede von einem „allgemeinen Völkerrechtsprinzip“ bzw. von „Gewohnheitsrecht“ stets prekär und in ihren Rechtsfolgen, zumal die einzelnen dies scheinbar stützenden Umweltvölkerrechtsabkommen im einzelnen differieren. Es ist auch normtheoretisch wenig klar, wie eine Regel neben ihrer konkreten Aussage zugleich ein „Prinzip“ hervorbringen soll, welches dann plötzlich Fälle regelt, die die Norm gerade nicht regeln wollte. Letztlich ergeben derartige Prinzipien nur Sinn, wenn sie wie in Art. 174 EGV auf einer konstitutionellen Ebene angesiedelt sind.

5. Klarere Regeln für den Umgang mit unsicheren Tatsachen und Kritik des Vorsorgebegriffs

Vor diesem Hintergrund muss eine strukturelle Position zum Umgang mit Tatsachenunsicherheiten bzw. zur Vorsorge aus den oben gewonnenen, letztlich grundrechtlich fundierten Tatsachenregeln entwickelt werden. Versteht man, wie sich neuerdings auch in der Rechtsprechung andeutet⁴⁹, zunehmend auch die völkerrechtlichen Menschenrechte im Sinne eines globalen konstitutionellen Rechtsrahmens und versteht man diese Rechte wiederum im Sinne eines allgemeinen Freiheitsprinzips, dann würde die Argumentation wohl neben der nationalen und europäischen auch auf der völkerrechtlichen Ebene gelten. Zukunft ist jedenfalls niemals *völlig* sicher. Speziell für ökosystemare Zusammenhänge oder für Langzeitwirkungen von Schadstoffen, aber auch für die aktuell stark diskutierten Klimaprognosen ist dies wohlbekannt. Über andere umweltrelevante Tatsachen kann man dagegen leichter Aussagen treffen, z.B. über die Bodenfruchtbarkeit oder über den Zustand der Ozonschicht. Besteht aber Unsicherheit, zwingt dies

⁴⁹ Vgl. *EuG*, EuGRZ 2005, 592 ff. (Yusuf). Erst recht gilt dies, wenn man das Völkerrecht insgesamt noch stärker an den Individuen ausrichtet und sodann einen Grundrechtsschutz auch vor „nur möglichen“ Beeinträchtigungen der Freiheit von Lebens- und Gesundheitsbeeinträchtigungen auch völkerrechtlich und nicht nur national- und europarechtlich entgegen der h.M. anerkennt.

die national/ europäisch/ globalen Institutionen dann eben zu den besagten „Tatsachenwertungen“ (die ehemalige Risikokommission der Bundesregierung sprach von „Risikobewertungen“) bei der Ermittlung der relevanten Tatsachen. Eine so gewonnene Aussagen über die Wahrscheinlichkeit einer bestimmten tatsächlichen Kausalität oder über eine bestimmte zukünftige Entwicklung – und dies ist entscheidend – verfügt aber immer noch über eine größere objektive Nachprüfbarkeit als die auf ihrer Basis zustandekommende normative Abwägung z.B. zwischen der wirtschaftlichen Freiheit und der Freiheit von Lebens- und Gesundheitsbeeinträchtigungen: *Die „Tatsachenwertung“ leidet lediglich unter einer gegenwärtigen Unsicherheit*; sie kann durch genauere Prognosen später zu modifizieren sein, und spätestens im Moment ihres Eintretens sind künftige Ereignisse sicher (wobei Kausalitäten als solche nie äußerlich sichtbar „eintreten“). Dies ist für die weiteren Erörterungen wesentlich.

Wenn denn aber die Tatsachen unsicher sind, dürfen die jeweiligen nationalen, europäischen oder globalen Organe somit trotzdem Entscheidungen treffen. Würde man z.B. mit dem Klimaschutz abwarten, bis letzte Zweifel an seiner anthropogenen Verursachung beseitigt sind, wäre es für Abhilfemaßnahmen ggf. zu spät. Gleiches gilt für die Wirkungen z.B. kanzerogener Schadstoffe in Luft, Wasser und Boden oder auch in Produkten. Den Rechten auf Freiheit von Lebens- und Gesundheitsbeeinträchtigungen sowie dem elementaren Freiheitsvoraussetzungsrecht auf das ökologische Existenzminimum drohen dann aber irreversible Schäden. Damit indes wäre der in diesen Rechten garantierte Freiheitsschutz das Papier nicht wert, auf dem er steht. Und Grundrechte sollen doch Freiheit gerade dort schützen, wo die Gefährdungen drohen. Zudem sind gerade die genannten Rechte sehr wichtig. All dies spricht dafür, entgegen der jedenfalls in Deutschland h.M. den Grundrechten auch eine (subjektive – denn Grundrechte sind subjektive Rechte) Vorsorgedimension zu entnehmen, jedenfalls dann, wenn von einer Betroffenheit gesprochen werden kann und kein bloßer Fall einer allgemeinen Ressourcenvorsorge vorliegt. Genau wie bei ihrer Gefahrenabwehrdimension schliesst dies Abwägungen mit gegenläufigen Rechtsgütern aber nicht aus. Die Multipolarität der Grundrechte spricht dabei, wiederum entgegen der deutschen h.M., auch für eine Einklagbarkeit – wie sie auch der *EuGH*, indes ohne Grundrechtsbezug, anerkennt.

Vielleicht sollte man diesen vorverlagerten Schutz ganz generell nicht „Vorsorge“ nennen. Denn *erstens* lässt sich die nur „mögliche“ Gefährdung von der sicheren häufig nicht gut abgrenzen. Wie will man z.B. in einer

Industriegesellschaft wissen, welcher der vielen auf einen einwirkenden Schadstoffe bei einem „die direkte Gefahr“ auslöst? In aller Regel werden verschiedenste Stoffe, Erbanlagen, Essgewohnheiten usw. zusammenkommen, wenn bei jemandem Gesundheitsschäden (jenseits von Unfällen oder Gewalttaten) auftreten. Wie will man feststellen, dass gerade eine Belastung mit Dioxin den Krebs ausgelöst hat? Wie will man wissen, dass gerade der aus den USA eingeführte Genmais für unsere Allergien verantwortlich ist? *Zweitens* ist der Vorsorgebegriff camouflierend. „Vorsorge“ klingt so, als ob eine politische Maßnahme Schädigungen besonders definitiv ausschließt, etwa so, dass zur schon für sich genommen hinreichenden Gefahrenabwehr bei einem Atomkraftwerk eine weitere Schutzstufe hinzugefügt werde. Nun bezieht sich jene Rede von „besonders sicher“ aber auf den Schutz je einzelner Bürger im Einzelfall und in der Gegenwart. Und auch eine nur kleine Schadenswahrscheinlichkeit bedeutet zumindest dann, wenn die grundsätzliche Schadenseignung eines Stoffes bekannt ist, dass das „vorsorgende“ staatliche Handeln durchaus bei einer statistisch feststellbaren Anzahl von Bürgern Gesundheitsschäden oder gar den Tod hinnimmt. Die existierenden „vorsorgeorientierten“ Grenzwerte für Autos oder Industrieanlagen sind folgerichtig – wie erwähnt – von vornherein so konzipiert, dass sie „stochastische Schäden“ in Kauf nehmen, also eine bestimmte Zahl von Todes- und Krankheitsfällen durch Zulassung bestimmter Schadstoffexpositionen. Mögen solche Folgen auch als Ergebnis einer komplexen Abwägung mit den Wirtschaftsgrundrechten, die die vielfältigen Chancen neuer Technologien schützen, ggf. auch zulässig sein, erweckt die Rede von Vorsorge doch den falschen Anschein, eine moderne Gesellschaft schütze stets perfekt – was schon unter demokratischen Transparenzgesichtspunkten kritikwürdig ist.

Unabhängig von dieser Begriffskritik vermittelt die Einsicht, dass Tatsachenwertungen eben auf *Tatsachen* zielen, aber eine wesentliche Einsicht: Die tatsachenbezogenen Pflichten der öffentlichen Hand, national wie transnational, können nicht mit der einmaligen Entscheidung für oder gegen eine Regelung enden. Wäre dem so, würden umweltbezogene Grundrechte teilweise leerlaufen, weil Erkenntnisse über komplexe tatsächliche Zusammenhänge oft erst nach und nach gewonnen werden. Darum ergibt sich eine beständige Pflicht, andere (inklusive experimenteller Formen der Steuerung) zu überdenken und die tatsächliche Situation in regelmäßigen Abständen neu zu evaluieren (Beobachtungspflicht) und ggf. auch nachzubes-

sern (Nachbesserungspflicht).⁵⁰

Bevor wir diese eigentliche Nachbesserungspflicht prüfen, sind noch zur Ausgangskonstellation, der „erstmaligen“ Regulierung eines Risikos, einige ergänzende Bemerkungen dazu notwendig, inwieweit bei unsicherer Tatsachenlage gleichwohl Grundrechtseingriffe zu Lasten der Risikoverursacher gerechtfertigt werden können – und ob dann neben *Handlungsbefugnissen* womöglich gar *Handlungspflichten* des Staates (trotz Tatsachenunsicherheit) denkbar sind. Dies ist eine normative Frage, und sie ist mit einer *zweistufigen Wertung* zu klären: Bei realitätsbezogenen Unsicherheiten kommt es zunächst zu einer Tatsachenwertung – die freilich unter dem beschriebenen Vorbehalt einer möglichst gründlichen Erhebung der Sachlage steht. Dabei darf weder ein klassisch-liberaler Fortschrittsoptimismus noch die von Hans Jonas vorgeschlagene „Heuristik der Furcht“ erkenntnisleitend sein, nach der im Zweifel vom „worst case“ auszugehen ist – und in der ein Handeln nur noch dann erlaubt sein soll, wenn seine Unschädlichkeit erwiesen ist.⁵¹ Denn ein solcher strikter Beweis ist für Schadensprognosen niemals führbar, weil hypothetische Ereignisse nie strikt ausgeschlossen werden können, womit dann konsequenterweise „alles“ verboten werden müsste (speziell wohl jede Form industrieller Tätigkeit). Darum muss eher eine möglichst vorurteilsfreie Würdigung der einschlägigen Erkenntnisquellen erfolgen. Sodann ist eine weitere, diesmal rein normative Wertung darüber zu treffen, welches Gewicht z.B. die umweltbezogenen Rechte in der Abwägung noch haben, wenn ihre reale Beeinträchtigung nur unsicher prognostiziert werden kann. Beide Wertungen sind auf Rechtssetzungsebene anhand einer allgemeinen Lehre der Abwägungsregeln zu treffen; auf Verwaltungsebene leisten die Normen des einfachen Rechts eine stärkere Konkretisierung. Dies – allerdings nur dies und nicht etwa ein beliebiger Umgang mit Tatsachen, Sachverständigen und Partizipation – ist der größere, eben nicht beliebig große Spielraum eines demokratischen (und gewaltenteiligen!) Gesetzgebers.

Wenn das Vorsorgeprinzip aus allgemeinen Erwägungen objektivrechtlicher Art (s.o.) und zudem aufgrund einer Menschenrechtsgeltung auch im WTO-Recht für die WTO ebenfalls gilt, lässt sich folgendes Beispiel zur weiteren Konkretisierung bilden: Ist die Umweltgefährlichkeit

⁵⁰ Vgl. Koenig, Verteilungslenkung (Fn. 20), S. 223 und 443 f.; siehe auch Kriele, HStR V, S. 129; Steinberg, Der Staat 1987, 161 ff.

⁵¹ Vgl. Jonas, Das Prinzip Verantwortung, 1979; kritisch dazu auch Calliess, Rechtsstaat (Fn. 20), S. 233.

eines Produkts streitig, kommen auf einer ersten Stufe zunächst bloße Darlegungen oder Behauptungen zum Zuge. Kommt es zu gegenläufigen Behauptungen, kommt es zwingend zur zweiten Stufe, dem Beweis. Bei der Obliegenheit, den Nachweis über wissenschaftliche Unsicherheit zu führen, handelt es sich nicht nur um eine Darlegungs- sondern auch um eine Beweislast. Beispiel: Staat A verbietet die Einfuhr eines Produktes wegen Verdachts auf Umweltgefährlichkeit. Dieses Produkt wird von Staat B ausgeführt. Staat B stellt nun die Glaubwürdigkeit der Studie in Frage, indem er behauptet, dass diese nicht die Gefahren genau dieses Produktes behandle, sondern eines anderen Produkts. Läge die Beweislast bei B, könnte er sich nur entlasten, wenn er nachweise, dass sein Produkt keinerlei Risiken berge. Diesen Beweis wird er in aller Regel nicht erbringen können. Die Beweislast liegt aber in der Regel bei der Partei, die sich auf die Norm beruft, hier A. Daher muss A das Bestehen einer wissenschaftlichen Unsicherheit nachweisen. Denn das Vorsorgeprinzip lässt bloße Hypothesen oder Behauptungen nicht genügen, sondern verlangt sehr wohl einen wissenschaftlichen Nachweis. Die Erleichterung, die es schafft, liegt vielmehr darin, dass nunmehr kein Vollbeweis mehr erforderlich ist. Ergo geht es bei der Vorsorge um eine Beweiserleichterung, nicht dagegen um eine einfache Beweislastumkehr.

Auf Rechtssetzungs- wie auf Verwaltungsebene (wobei auf letzterer z.B. eben im Gentechnikrecht ja bereits eingehende Vorgaben existieren) müssen entgegen der bisherigen Judikatur aber eben strengere Anforderungen in puncto Sachverständigenbeteiligung gestellt werden. Ferner muss zumindest erwogen werden, ob die hinter den Grundrechten stehende Rationalitätsverpflichtung nicht die Herleitung einer eingehenden Begründungspflicht für die Verfassungs- und Verwaltungsebene gestattet. Des Weiteren hat die Rechtssetzung gegenüber dem Drittbetroffenen im Grundsatz kein größeres Ermessen als gegenüber dem direkten Normadressaten. Die Existenz multipolarer und nicht nur bipolarer Grundrechtspositionen muss auch bei den Darlegungs- und Beweislasten stets berücksichtigt werden. Zugleich muss die öffentliche Hand stets *frühzeitig* tätig werden, um Irreversibilitäten möglichst zu vermeiden. Der Leitgedanke bei alledem ist auch, in Erweiterung einer Formulierung von *Scherzberg*: Hohe Irrtumskosten als Grenze und weder Ungewißheit verdrängen, noch Erfahrungsgewinn vermeiden – aber gleichzeitig einen multipolaren Freiheitsschutz sicherstellen.

Angesichts der generellen Unsicherheit prognostischer Fragen ist im Umweltrecht sehr häufig eine naturwissenschaftliche definitive Tatsachenlage

nicht zu erwarten (anders als bei Steuerungstatsachen). Oft könnte es indes für adäquate Maßnahmen zu spät sein, so etwa beim globalen Klimawandel, wenn die letzte Sicherheit abgewartet würde, zumal notwendige wirtschaftliche und soziale Umstrukturierungen, wenn sie erst im Moment der Sicherheit und dann „ad hoc“ vollzogen werden, schwierig umzusetzen sind. Deshalb ist es dann je nach Eintrittswahrscheinlichkeit und drohendem Schadensausmaß ggf. auch geboten, zumindest eine vorläufige Regelungen zu erlassen, die Wirkung dieser Regeln und den Erkenntnisstand über die Naturtatsachen sodann weiter zu beobachten und notfalls nachzubessern. Diese Beobachtungspflicht erkennt ja auch das *BVerfG* an.

Wie aber sieht ein damit gebotenes unparteilichkeits- und freiheitsförderliches Ping-Pong mit einem „Mehrebenendiskurs“ zwischen den öffentlichen Gewalten in der Rechtssetzung auf nationaler oder transnationaler Ebene in puncto Gewaltenbalance genau aus, wenn bei Abwägungsregeln die Legislative die Prärogative hat, bei Tatsachenerhebungs- und Verfahrensfragen (nicht aber bei Tatsachenunsicherheiten) dagegen die Judikative? Zunächst darf ein Gericht gegen ein Parlament nie „Tu-genau-das“-Urteile erlassen, sondern muss sich immer auf „So-wie-bisher-jedenfalls-nicht“-Urteile beschränken. Das *BVerfG* z.B. darf dem deutschen Bundestag also nicht sagen: „Steige in viereinhalb Jahren aus der Atomenergienutzung aus.“ Es kann aber sagen: „Steige aus der Nutzung aus, und tue es schneller, als Du bisher vorhattest.“ Umgekehrt könnte das Verfassungsgericht auf die Klage eines Energiekonzerns hin sagen: „Der Gesetzgeber darf natürlich aus der Atomverstromung aussteigen – aber er muss sich dabei in einem gewissen Rahmen halten, den er aber leider überschritten hat, indem er angeordnet hat, innerhalb von drei Tagen aus der Atomenergienutzung auszusteigen.“ Durch eine solche Linie, die weder dem Parlament die Prärogative nimmt noch dem Verfassungsgericht eine übergroße, zumal nicht näher definierte (und damit nachgerade diktatorische) Macht gibt, werden alle Staatsgewalten ihren durch Freiheit, Demokratie und Unparteilichkeit definierten Aufgaben im Sinne maximaler Rationalität der Grundordnung am besten gerecht. Bei Fehlern in Abwägung, Tatsachenerhebung oder Verfahrensgestaltung auf seiten der Gesetzgebung oder Verwaltung müssen die Gerichte ergo unter Fristsetzung zur Nachbesserung am (nationalen, europäischen oder globalen) Gesetz bzw. Einzelakt anhalten, ohne selbst eine Abwägung exakt vorzugeben; eindeutige Tatsachen oder Verfahrensregeln sind dabei aber strikt einzufordern. Im Grundsatz gilt dieses Schema auch für die Verwaltungsebene, vorbehaltlich näherer Regeln dort.

IV. Nachbesserungsansprüche im Umweltrecht – Freiheitsförderung durch Vertrauensschutz oder durch lernfähige politische Institutionen?

1. Tatsachenunsicherheit und Nachbesserungsansprüche⁵²

Wie genau sieht es aber mit Nachbesserungsansprüchen aus? Gerade weil Tatsachenannahmen im Umweltrecht häufig unsicher sind, kann eine gesetzgeberische Abwägung bzw. eine administrative Entscheidung, die zu einem Zeitpunkt X richtig war, zu einem späteren Zeitpunkt als unrichtig erscheinen. Freilich ist es ebenfalls rational und freiheitsförderlich, überhaupt Entscheidungen zu treffen (zumal auch ein endloser Diskurs eine Entscheidung *für den status quo* wäre) und nicht nur den ewigen Diskurs zu pflegen, da er allein noch keine Konflikte löst – und einmal gefundene Lösungen nicht völlig beliebig wieder in Frage zu stellen. Denn Freiheit und Unparteilichkeit leben auch von Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit, schon um eine etwaige Willkür möglichst unwahrscheinlich zu machen. Jede nationale oder transnationale Politikebene wird das Vertrauen der Bürger nur verdienen, wenn einerseits überhaupt Entscheidungen getroffen werden. Da diese dann aber auch falsch sein können, bedarf sie einerseits der Abänderbarkeit, andererseits aber auch einer Regel, dass getroffene Entscheidungen nicht jederzeit beliebig wieder suspendiert werden. Zusätzlich zum Vertrauensschutz, um den es hier geht⁵³, gab es bis vor einiger Zeit eine gesonderte Bestandsschutzjudikatur zum Eigentumsgrundrecht, von der sich das *BVerfG* aber (u.E. richtigerweise) zunehmend verabschiedet hat.⁵⁴ Ebenso (aus Einheitlichkeitsgründen) zu begrüßen ist die zunehmende Annäherung von deutscher und europäischer Verfassungsjudikatur zum Vertrauensschutz.⁵⁵

⁵² Zu Details der verwaltungsrechtlichen Implementation einer für Nachbesserungen offenen Legislation *Schulze-Fielitz*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hg.): *Innovation und Flexibilität des Verwaltungsrechts*, 1994, S. 139 ff.

⁵³ Insgesamt zum Vertrauensschutz *BVerfGE* 97, 271 ff.; *Blanke*, Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 2000, S. 141 ff.; *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002; *Langenbacher*, *JZ* 2003, 1132 (1134); *Lüke*, *NJW* 1997, 109 (110).

⁵⁴ Vgl. zur Entwicklung *BVerfGE* 31, 275 (290); 72, 9 (22); 95, 64 (86); 97, 378 (388 ff.); kritisch zu dieser Änderungstendenz *Appel*, *DVB1* 2005, 340 ff.

⁵⁵ Vgl. m.w.N. *Schwarz*, Vertrauensschutz (Fn. 53), S. 536 ff.; *Schwarz*, *DV* 2001, 397 ff.

Wie aber ist die so geschilderte Problematik aufzulösen? Das Charakteristische an einer modernen Konzeption von Rationalität, die weiß, dass sich Gerechtigkeit und Wahrheit meist nur diskursiv finden lassen, ist nun, dass man ja nicht weiß, ob jemand nicht plötzlich später das beste Argument präsentiert. Es ist darum durch Rationalität und Unparteilichkeit geboten, die *prinzipielle* Möglichkeit einer Diskurswiederaufnahme nicht auszuschließen. Die Vernunft ist eben fallibel; darum kann man auch eine einmal gefundene Einsicht später als falsch erkennen. Letztlich ist die beliebige Offenheit für – auch umweltpolitische – Neuerungen auch ein Ausdruck des Demokratieprinzips, welches seinerseits die notwendige Institution des Ausgleichs zwischen kollidierenden Freiheiten ist. Jedoch findet die *gewaltenteilige* Demokratie ihre Funktion eben gerade im Rahmen der (weit verstandenen) Freiheiten.

Unter diesem letztgenannten Gesichtspunkt des Rechtsstaatsprinzips und der Einzelgrundrechte muss man zudem auch sagen: Es ist geradezu in den Begriff verbindlicher moralischer, rechtlicher, vertraglicher Normen eingeschrieben, dass diese nicht pausenlos geändert werden könnten: Eine Norm, dass eine Industrieanlage genehmigt sei, wäre witzlos, wenn man diese so auffasste, dass sie nur für den heutigen Tag gilt und anschließend gewissermaßen gegenstandslos würde. Eine solche Norm wäre gewissermaßen gar keine Norm mehr, weil sie keinerlei Orientierung und Konfliktlösung erbringen würde.⁵⁶ Darum muss zwar die *Möglichkeit* eines neuen Diskurses offenstehen; dies ist bei Tatsachen und Tatsachenwertungen, bei denen ein Irrtum zu einem späteren Zeitpunkt manifest sein kann, leicht ersichtlich. Dagegen dürfen Rechtssetzung und Verwaltung eine einmal gefundene normative Abwägung nur aus guten Gründen wieder umwerfen. Alles andere würde umweltrechtliche Diskurse um richtige Entscheidungen nicht fördern, sondern zerstören. Letztlich sind aber auch auf normativer Ebene – sozusagen im Konflikt Risikovermeidung/ Innovationsoffenheit⁵⁷, wie es das Umweltrecht insgesamt prägt – Lernprozesse möglich, die darum nicht völlig abgeschnitten werden dürfen. So ergibt sich ein (begrenztes) auf

⁵⁶ Rein faktisch wird dieses „Pacta sunt servanda“ allerdings vor allem im Okzident empfunden, wogegen etwa in Indien die Bereitschaft, aufgrund „neuer Umstände“ von verbindlichen Entscheidungen abzuweichen, empirisch größer ist; vgl. die Untersuchung von Miller, in: Edelstein/Nunner-Winkler, Moral im sozialen Kontext, 2000, S. 337 ff. Allerdings sagt diese *empirische* Aussage nichts darüber aus, was *richtig* ist.

⁵⁷ Vgl. Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994; Scherzberg, VVDStRL 2004, 214 ff.; Lepsius, VVDStRL 2004, 264 ff.

Lernfähigkeit angelegtes Wechselspiel von Diskursen, Entscheidungen und notfalls neuen Diskursen und Entscheidungen.

Wir bieten mit alledem etwas an, was auf europarechtlicher Ebene in dieser Form bisher nicht von der Judikatur praktiziert wird. Auf deutscher Ebene existieren in der Judikatur zur Rechtssetzung wiederum nicht diese Begründung, nicht diese Tatsachen-Wertung-Scheidung und vor allem auch keine Nachbesserungsansprüche, nicht einmal im Sinne von Ansprüchen auf ermessensfehlerfreie Entscheidung – wegen der abwehrrechtszentrierten Grundrechtsfunktionenlehre und wegen der Gestaltungsspielraumlehre.⁵⁸ Ferner wird im wesentlichen ausgeschlossen, dass z.B. ein Drittbetroffener eine sorgfältige neue Tatsachenerhebung (oder eine neue Abwägung) verlangen kann. Zunächst ist hier die Nähe des Nachbesserungsanspruchs zum „normalen“ Anspruch des Drittbetroffenen auf Schutz und seiner tendenziellen Ablehnung durch die Judikatur gut erkennbar.⁵⁹ Allerdings kann man auch in Frage stellen, dass es sich überhaupt bei Nachbesserungssituationen um einen Fall des Unterlassens handelt.⁶⁰ Das *BVerfG* teilt dies zumindest insoweit, als es bei einer Verfassungsbeschwerde gegen ein immerhin schon vorhandenes Gesetz einen klaren Beschwerdegegenstand sieht, was bei der „reinen“ Schutzfrage schon bezweifelt wird.⁶¹ Es lässt aber eben in Schutz wie in Nachbesserungskonstellationen offen, ob der Bürger einen Anspruch hat, oder ob es sich hierbei nur um eine objektive Verpflichtung des Staates handle, die vom Bürger nicht gerichtlich durchgesetzt werden kann.⁶² Zumindest in der Lehre werden solche Ansprüche ganz grundsätzlich für denkbar gehalten, im konkreten Fall aber die eingangs dieses Absatzes aufgestellten Thesen offenbar nicht geteilt oder wenigstens nicht für einklagbar – weil z.B. als nur objektive Pflichten⁶³ – erachtet.⁶⁴

⁵⁸ Vgl. nur *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II – Die Grundrechte, 22. Aufl. 2006, Rn. 57 ff.; *Isensee*, HStR V, § 111, Rn. 9 ff.

⁵⁹ *Lechner/Zuck*, BVerfGG, § 90, Rn. 66 ff.; *Steinberg*, NJW 1984, 457 (460 f.); *Starck*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG I, Präambel/Art 1-19, Rn. 159 f.

⁶⁰ Vgl. *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 4. Aufl. 1996, § 90 Rn. 80 ff.

⁶¹ BVerfGE 1, 97 (100 f.); 6, 256 (263 f.).

⁶² BVerfGE 24, 119 ff.; 3, 303 ff.; 39, 1 ff. (Schwangerschaftsabbruch); 39, 160 ff. (Schleyer); 53, 30 (Mühlheim-Kärlich); 77, 170 ff.; *BVerfG*, NJW 1996, 651 (Ozon).

⁶³ *Starck*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG I, Präambel/Art 1-19, Rn. 159 f.; *Steinberg*, NJW 1996, 1985, 1990.

⁶⁴ *Isensee*, HStR V, § 111, Rn. 184; *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 106 ff.; *Schmidt-Aßmann*, AöR 106 (1981), 205, 217; *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl. 1994, S. 410 f.; *Bleckmann*, Staatsrecht II – Die

Die *BVerfG*-Rechtsprechung hat Fallgruppen herausgearbeitet, in denen nach ihrer Vorstellung aber immerhin eine objektive Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers bestehen kann: Das ist zum Einen der Fall, wenn sich als falsch herausstellende Prognosen korrigiert werden müssen.⁶⁵ Zum Anderen: Es ändern sich Umstände, die eine wesentliche Grundlage der gesetzgeberischen Entscheidung gewesen sind.⁶⁶ In diesen Fällen hat das Gericht aber eben nur eine Pflicht ohne subjektiven Anspruch auf Nachbesserung angenommen, also eben auch keinen Anspruch auf eine „neue Entscheidung“ anerkannt.⁶⁷ In der Literatur herrscht Uneinheitlichkeit, es lässt sich aber immerhin folgender gemeinsamer Nenner feststellen: Die Grundrechte begründen für den Staat auch eine Verpflichtung, schützend tätig zu werden.⁶⁸ Diese Verpflichtung bezieht sich auch auf Nachbesserungsansprüche. Und der Spielraum des Gesetzgebers schränkt dies jedoch weitestgehend ein – eine konkrete Maßnahme kann also nicht verlangt werden.⁶⁹ In Nachbesserungssituationen sieht man im übrigen ein Problem mit der Verfassungsbeschwerdefrist aus § 93 BVerfGG.⁷⁰ Freilich besteht das Fristproblem nicht wirklich, denn die Verfassungsbeschwerdefrist beginnt dann eben erst mit der Änderung der tatsächlichen oder normativen Umstände.⁷¹ Im Übrigen ist die Einschränkung auf „ausdrücklich“ aus der Verfassung ableitbaren Verpflichtungen⁷² wenig ergiebig: Denn die Grundrechte sind eben multipolar – die aus ihnen fließenden Verpflichtungen *sind* also „ausdrücklich“.

Die Hinweise zum „Ping-Pong“ zwischen den Gewalten haben auch deutlich gemacht, dass eine multipolare Erweiterung der Nachbesserungsansprüche keinesfalls das Parlament entmachtet oder den Charakter einer Verfassung als Rahmenordnung sprengt, ebenso wie eben keine „höhere

Grundrechte, 4. Aufl. 1997, § 11 Rn. 219.

⁶⁵ BVerfGE 25, 1 (12 f. und 24 f.); 50, 290 (335 und 377 f.).

⁶⁶ Vgl. BVerfGE 40, 89 (130 und 132).

⁶⁷ Vgl. *BVerfG*, UPR 1981, 19 f.; so auch bei finanziellen Ansprüchen – vgl. BVerfGE 1, 97; 13, 284; 23, 242 (249).

⁶⁸ *Badura*, FS für Kurt Eichenberger, 1982, S. 482; *Isensee*, HStR V, § 111, Rn. 78., *Dreier*, in: *Dreier*, GG I, 2. Aufl. 2004, Vorb. Rn. 102; *Starck*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG I, Präambel/Art 1-19, 4. Aufl. 1999, Rn. 159 f.

⁶⁹ Vgl. *Isensee*, HStR V, § 111, Rn. 92; *Badura*, FS Eichenberger (Fn. 68), S. 492.

⁷⁰ Vgl. BVerfGE 1, 97 (100 f.); 23, 229 (238); *BVerfG*, UPR 1981, 19 (21 f.); siehe dazu auch *Steinberg*, NJW 1984, 457 (460 f.).

⁷¹ Vgl. *Steinberg*, Der Staat 1987, 161 (182) unter Bezugnahme auf *BVerfG*, UPR 1981, 19, 20.

⁷² BVerfGE 6, 257 (263 f.).

Ekardt/Susnjar

Komplexität“ dagegen spricht, Ansprüche von Adressatenbetroffenen wie Drittbetroffenen gleichzubehandeln und für beide auf Rechtssetzungsebene – genau konturierte – Spielräume des Gesetzgebers zu sehen (womit dann mangels Erfolgsaussichten auch keine „Klageflut“ droht) und auf Verwaltungsebene Spielräume tendenziell zu minimieren.

Korrekt wäre allerdings folgender Hinweis: Auch eine Gerichtsentscheidung kann wiederum „falsch“ sein; letztlich ist sie wie eine Mehrheitsentscheidung nur eine „Krücke“ für Gerechtigkeit und Wahrheit, derer es bedarf, weil Rationalität, Unparteilichkeit und Freiheitlichkeit auch Rechtssicherheit und ihre eigene konkrete Durchsetzung benötigen. Indem mehrere solche „Krücken“ im Rahmen der „am wenigsten schlechten“ Staatsform Demokratie (Winston *Churchill*) sich gegenseitig ausbalancieren, kommt es aber vielleicht zu besseren Ergebnissen.

Aus den vorgetragenen Überlegungen folgt zugleich, dass – zumindest bei Zeitablauf, neuen Tatsachen oder zumindest leichten inhaltlichen Änderungen eines Regelungsvorschlags – ein Gesetzgeber sich auch nicht durch eine verwerfende Verfassungsgerichtsentscheidung daran hindern lassen darf, eine Thematik erneut aufzugreifen. Eine solche dogmatische Aussage ist natürlich keine Verfassungsdemoskopie: Man kann selbstverständlich dem Gesetzgeber nicht versprechen, dass ein Verfassungsgericht dem dann folgt. Jedenfalls ist es aber normativ (trotz § 31 BVerfGG) nicht so, dass sich der Gesetzgeber vorläufig hinter uns widersprechenden Urteilen verschanzen könnte. Zudem muss der Gesetzgeber eine „richtige“ Verfassungsauslegung (also notfalls auch eine künftige Rechtsprechungsänderung) voraussetzen.

2. Nachträgliche Anordnung als umweltverwaltungsrechtliches Beispiel für Nachbesserungspflichten bzw. -ansprüche

In diesen Rahmenbedingungen (!) gibt im Bereich des einfachen Rechts zunächst einmal der Gesetzgeber vor, wann Nachbesserungen angezeigt sind. Die Anforderungsprofile der Umweltrechtsnormen sind dann natürlich präziser als die bloßen Verfassungsaussagen; sie decken sich damit aber im wesentlichen, wie wir abschließend kurz zeigen wollen – wobei wir dem der Sache nach eine neue Begründung gegeben haben, zudem beim Drittbetroffenen ein Bedenken zum Ermessen haben, eine klare Operationalisierung der Beobachtungspflicht der öffentlichen Gewalt vermissen und generell erneut die mangelnden Formalisierung des Sachverständigenwesens kritisieren (insoweit verweisen wir hiermit nach oben). Nachträgliche Anordnun-

gen im Umweltverwaltungsrecht ergehen nur selten. Dies schließt jedoch nicht aus, dass es als Druckmittel im Hintergrund bei Absprachen und Arrangements eine Rolle spielt. Die Umweltgesetze tragen mit diesen Regelungen, welche die Bestandskraft der Zulassungsakte durchaus einschränken, dem Umstand Rechnung, dass die genehmigungsrelevanten Betreiberpflichten Dauerpflichten sind und ein effektiver Umweltschutz in Anbetracht von veränderten Umweltbedingungen, Erkenntniszuwächsen über Umweltbelastungen und fortschreitenden technischen Standards sich nicht auf die „Momentaufnahme“ der Eröffnungskontrolle beschränken darf, sondern in belastungsadäquater Abstufung eine fortlaufende Kontrolle verlangt. Nachträgliche Anordnungen zielen auf einen Interessenausgleich zwischen Anlagenbetreiber und weiteren Betroffenen i.w.S., und zwar in einer abgewogenen, auch wirtschaftliche Erwägungen einbeziehenden Weise.⁷³ Dabei mag hier dahinstehen, ob verwaltungsrechtsdogmatisch eine nachträgliche Anordnung ein Teilwiderruf ist⁷⁴ oder gerade nicht.⁷⁵ Der zulässige Inhalt einer nachträglichen Anordnung – gegen deren prinzipielle verfassungsrechtliche Zulässigkeit auch die eher wenig multipolar orientierte h.M. keine Bedenken hegt⁷⁶ – deckt sich jedenfalls im Kern mit demjenigen einer Auflage.⁷⁷ Die heutige Fassung z.B. des § 17 Abs. 2 BImSchG für Industrieanlagen nimmt den Bestandsschutz auf die Unverhältnismäßigkeit und damit auf das verfassungsrechtlich Gebotene zurück.⁷⁸ Generell dienen die Anordnungen primär der Durchsetzung der anlagenrechtlichen Gefahrenabwehr- und Vorsorgepflicht (§ 5 BImSchG). Ob sie aber auch zur Durchsetzung konkreter Pflichten (§§ 15, 27, 51b, 52a, 55 Abs. 1 S. 2, 67 Abs. 2, 67a Abs. 1) statthaft sind (oder ggf. auf die ordnungsrechtliche Generalklausel zuzugreifen wäre), ist streitig.⁷⁹ Speziell ein Drittkläger kann bei unsicheren Tatsachen nach der Judikatur, da die nachträglichen Anordnungen im Ermessen der Behörden stehen, dabei in der Regel nichts verlangen, da fast nie eine „Ermessensreduzierung auf Null“ vorliegen wird. Diese Einseitigkeit erscheint problematisch; ansonsten deckt der § 17 BImSchG

⁷³ Die gleiche Diskussion um wirtschaftliche Belange und ihre Relevanz wird auch bei § 35 KrW-AbfG geführt; vgl. dazu BVerwGE 66, 298 (299); *VGH Mannheim*, DVBl 1988, 542 (543); *VGH Kassel*, NVwZ 1987, 815 (816).

⁷⁴ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 9. Aufl. 2005, § 36 Rn. 38, *Fluck*, DVBl 1992, 869.

⁷⁵ Vgl. *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht, Bd. 2, § 48 Rn. 26 f.

⁷⁶ *Dolde*, NVwZ 1986, 876; *Koch/Scheuing*, BImSchG, Loseblatt, § 17 Rn. 31.

⁷⁷ Kritisch dazu *Fluck*, DVBl 1992, 869; *Sellner*, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 2. Aufl. 1988, Rn. 436 m.w.N.

⁷⁸ BT-Drs. 10/1862, S. 6, 9 und 11.

⁷⁹ Vgl. dazu statt vieler *Jarass*, BImSchG, 6. Aufl. 2005, § 17 Rn. 14.

gerade das oben ausgewiesene Vorgehen sowohl wegen neuer Tatsachenerkenntnisse als auch wegen neuer Tatsachenwertungen oder neuer echter Wertungen.

Ebenso gestattet im Interesse einzelner Betroffener § 10 WHG nachträgliche Anordnungen zu Lasten des Inhabers einer Bewilligung. In den Fällen des Abs. 1 hat der Betroffene gegen die Bewilligung Einwendungen erhoben: über sie hat im Bewilligungsverfahren noch nicht entschieden werden können. In den Fällen des Abs. 2 hat der Betroffene dagegen keine Einwendungen erhoben. Auflagen sollen aber im Interesse eines lückenlosen Schutzes des Betroffenen auf seinen Antrag trotzdem noch wegen nachteiliger Wirkungen (gegen einen verursachenden Benutzer) festgesetzt werden können, die er nicht voraussehen konnte.⁸⁰ Wenn die wegen der Wirksamkeit der Auflagen bestehenden Zweifel nicht behoben werden können und nicht hinreichend sicher ist, dass keine nachteilige Wirkungen eintreten, dann muss die Bewilligung versagt werden.⁸¹ Ein weiteres Problem ergibt sich, wenn für ein nicht gemeinnütziges Unternehmen oder ein nicht nach § 8 Abs. 4 S. 2 WHG gedecktes Vorhaben die Bewilligung unter Auflagenvorbehalt erteilt wurde, im Nachtragsverfahren aber festgestellt wird, dass mit Auflagen nicht abzuhelfen ist, die Bewilligung also hätte versagt werden müssen. In diesem Fall wird die Bewilligung nicht berührt, aber es ist nachträglich eine Entschädigung festzusetzen.⁸² Auch eine nachträgliche Entscheidung nach § 10 Abs. 2 WHG ist nur zulässig, wenn nachteilige Wirkungen auf die Rechte oder rechtlich geschützte Interessen von Beteiligten feststellbar sind. Allerdings dürfen die nachteiligen Wirkungen während des Bewilligungsverfahrens nicht vorhersehbar gewesen sein. Die Vorschrift ist als Rechtsanspruch des Betroffenen ausgestaltet, was der Multipolarität scheinbar besser gerecht wird als die Ermessensregelung des § 17 BImSchG – was sich jedoch dadurch nivelliert, dass es hier nur um Gefahrenabwehr geht und § 17 BImSchG *insoweit* ebenfalls eine Soll-Vorschrift darstellt, die de facto wie eine Muss-Vorschrift (mit einem Vorbehalt für atypische Ausnahmefälle) gelesen wird. Überzeugend ist wieder das Anknüpfen an neue Tatsachenerkenntnisse. Nachträgliche neue Wertungen sind wohl wegen der in Relation zum Industrieanlagenrecht geringeren

⁸⁰ Vgl. Czychowski/Reinhardt, WHG, 8. Aufl. 2003, § 10 Rn. 1.

⁸¹ Sieder/Zeitler/Dahme, WHG/AbwAG, Loseblatt, § 10 Rn. 7; Czychowski/Reinhardt, WHG (Fn. 80), § 10 Rn. 2.

⁸² Sieder/Zeitler/Dahme, WHG (Fn. 81), § 10 Rn. 8; Czychowski/Reinhardt, WHG (Fn. 80), § 10 Rn. 3 b.

Komplexität nicht vorgesehen.

Nachträgliche Anordnungen gibt es auch gegen Atomkraftwerke (§ 17 Abs. 3 AtG) – hier aber zum Zweck der Nachrüstung der Anlage als Beseitigung von Gefahrenzuständen *oder* wenn nach der Genehmigung Änderungen des Standes von Wissenschaft und Technik aus Sicherheitsgründen eine Anpassung der Anlage oder der Tätigkeit erforderlich ist. Jenseits solcher neuer Tatsachenannahmen und Tatsachenwertungen gilt § 17 Abs. 3 AtG aber auch bei verhältnismäßigen Änderungen der Sicherheitsphilosophie, das heißt wenn bei unverändertem naturwissenschaftlichem Erkenntnisstand die Genehmigungsbehörde ihre Auffassung über den Umfang des hinzunehmenden Restrisikos (also ihre echte Wertung) ändert – was angesichts des hohen Gefährdungspotenzials kerntechnischer Anlagen auch einsichtig erscheint. Zu guter Letzt sei erwähnt: Auch § 51 VwVfG mit seiner Normierung des Wiederaufgreifens von Verwaltungsverfahren folgt dieser Logik – leichtes Wiederaufgreifen bei neuer Tatsachenlage, nur ausnahmsweise Wiederaufgreifen bei neuen Wertungen.