

Gerd Winter

Brauchen wir das?

Von der Risikominimierung zur Bedarfsprüfung¹

1. Anlässe

In Gesellschaften, die sich auf individuelles Eigentum und Vertragsfreiheit gründen, darf jede Person ihr Eigentum nach Belieben nutzen und Verträge nach Belieben schließen, soweit sie nicht anderen gegen deren Willen Schaden zufügt. Die Umschreibung dessen, was als Schaden zu vermeiden oder auszugleichen ist, erfolgt durch Gesetze, also durch politische Entscheidung, die teils (Privat-)Rechtsbeziehungen zwischen Individuen, teils (öffentliche) Rechtsbeziehungen zwischen Individuum und Behörde begründen. Die auf diese Weise geschützten Rechtsgüter sind in der Privatrechtsbeziehung typischerweise individuell zugeordnet – im Umweltrecht z. B. die Gesundheit der Bewohnerin, die Pflanze auf dem Grundstück –, während in der öffentlichen Rechtsbeziehung auch öffentliche (d. h. nicht individuell zugeordnete) Güter erfaßt werden können und mehr und mehr erfaßt worden sind – z. B. die Pflanzenart, das Grundwasser, die Luft, aber auch die kollektive Gesundheit, bei der eine bestimmte individuelle Schädigung wegen »nur« statistischer Zusammenhänge nicht vorhergesagt werden kann.

Der Umweltschutz ist nicht nur gegenständlich ausgeweitet, sondern auch modal sensibler eingestellt worden, und zwar insbesondere durch Beachtung von Wechselwirkungen auf höheren Ebenen lebender Systeme (statt Pflanze: Naturhaushalt) und durch Berücksichtigung auch von nur anhaltsweisem Wissen (Vorsorgeprinzip).

Das Resultat ist nicht ermutigend. Die Wachstumsdynamik bricht sich Bahn, so ausgefeilt das Umweltrecht auch dagegen gestellt wird. Es scheinen vor allem drei Punkte zu sein, an denen es nicht hält:

- die empfindliche Einstellung auf Gefahrverdacht und Wechselwirkungen ist zu anspruchsvoll für die Verwaltungspraxis, die letztlich doch nur bei Evidenzen wagt, nein zu sagen;
- selbst wo das Vorsorgeprinzip praktiziert wird, bleiben Restbelastungen der einzelnen Einheit, die sich mit zunehmender Menge der Einheiten zu einer kritischen Masse summieren;
- Aktivitäten, deren Ausführung ohne eine Naturzerstörung gar nicht denkbar ist (wie der Bau einer Straße), bleiben zahlreich.

Wenn Recht überhaupt etwas auszurichten vermag, so steht die Frage an, ob es sich damit begnügen kann, Grenzen nur an dem »schadet uns das?« auszurichten, oder ob daneben ein »brauchen wir das?« treten muß. Denn wenn eine Tätigkeit oder ein Produkt nur unter Gefahrenverdacht steht und zu prüfen ist, ob dies für eine Intervention ausreicht, gewinnt die Risikobewertung dadurch an Differenziertheit und

¹ Der Aufsatz geht auf einen Vortrag auf dem von Klaus Lange geleiteten Praktikerkolloquium an der Universität Gießen am 14. 5. 1992 zurück. Für Anregungen und Kritik danke ich Bettina Sokol.

Mut zur Entscheidung, daß sie den geringeren oder größeren Bedarf berücksichtigt. Dies gilt ebenso, wenn die Restbelastungen der je für sich durchaus »vorsorgenden« Einheiten zur Vermeidung kumulativer Wirkungen weiter reduziert werden sollen und zu prüfen ist, welche Einheiten auszusortieren sind. Und dies gilt erst recht, wenn Aktivitäten beurteilt werden sollen, deren Ausführung auf Naturzerstörung angewiesen ist.

Nun ist die Frage »brauchen wir das?« ja durchaus gewöhnlich. Jeder Haushalt stellt sie sich täglich wieder, um seine Kauf- und Konsumententscheidungen zu treffen. Nur mehren sich die Zweifel daran, ob die individuellen Entscheidungen nicht zu stark von kollektiven Mechanismen überformt werden, die eine Abwägung von Nutzen und Risiken behindern: Da ist die Blindheit für Nutzeneinbußen durch Masseneffekte (alle wollen individuell zum Ziel kommen und verursachen Staus, so daß niemand zum Ziel kommt)², das free-rider-Gefühl (es lohnt sich für die einzelne Person nicht, auf das Auto zu verzichten, weil Abgase und Lärm erst spürbar nachlassen, wenn viele mitmachen), der Konsum als Status-Symbol, der zum Kauf des neuesten Angebots zwingt und rasche Obsoleszenz verursacht, das Verschütten von Feldern der Anregung durch die einseitige Steigerung von Komfort³, die Betonung von Nutzen- und Unterdrückung von Risikoinformationen in der Werbung, allgemeiner die Informatisierung des Lebens, die unmittelbare Nutzenerfahrung virtualisiert, und nicht zuletzt die Tabuisierung der Zweifel an der Kompetenz des Königs Kunden selbst. Deshalb muß die Bedarfsfrage auch politisch beantwortet werden – was nicht sogleich auch staatlich oder bürokratisch heißt.

Nota bene, es geht um eine Bedarfsprüfung bei Tätigkeiten mit ökologischem Gefahrenverdacht. Nicht zur Debatte stehen das diesem Verdacht nicht ausgesetzte Notwendige oder Überflüssige. Will man, was da kommen soll, Askese nennen, so ist es jedenfalls nicht die alte (indische oder christliche) Variante der Überwindung des Körperlichen⁴. Liebe z. B. ist ja ausgesprochen umweltverträglich.

Es geht auch nicht um eine Neuauflage der von der Marktwirtschaft überholten Bedarfsprüfungssysteme: des ständischen Systems, das Überbesetzung von Berufen verhindert, um Konkurrenz zu verringern und/oder Qualitätsstandards zu sichern⁵, und des planerischen Systems, das Investitionen kontrolliert, um eine Verschwendung von ökonomischen Ressourcen zu vermeiden⁶.

2. Konzepte

»Bedarf« unterscheidet sich von »Bedürfnis« insofern, als Bedürfnis eher ein subjektives Verlangen kennzeichnet, während »Bedarf« stärker objektiviert ist und auf den Gegenstand des Bedürfnisses verweist. Im Unterschied zur »Nachfrage«, die aus blo-

1 Der Aufsatz geht auf einen Vortrag auf dem von Klaus Lange geleiteten Praktikerseminar an der Universität Gießen am 14. 5. 1992 zurück. Für Anregungen und Kritik danke ich Bettina Sokol.

2 S. dazu besonders F. Hirsch, *Die sozialen Grenzen des Wachstums*, 1980.

3 Dazu T. Scitovsky, *Psychologie des Wohlstands*, 1989.

4 S. dazu H. Zimmer, *Philosophie und Religion Indiens*, (1951) *Ausg.* 1992, S. 216–222.

5 S. zu diesen E. R. Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1954, S. 672 ff.; H. J. Abraham, *Der Meinungsstreit über die Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung und die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts*, *JZ* 1954, 561 ff.

6 Zur nationalsozialistischen Variante H. W. Buhtz, *Die Zulassung zum Gewerbebetrieb im nationalsozialistischen Wirtschaftsrecht*, *Diss.*, Kiel 1937, bes. S. 78 (»Der Hauptgrund dieser Ermächtigung (scl. in § 5 Gesetz über die Errichtung von Zwangskartellen v. 15. 7. 33) liegt darin, Fehlleitungen von Kapital zu verhindern«.) Zur sozialistischen Variante s. Autorenkollektiv unter Leitung von U. J. Heuer, *Wirtschaftsrecht*, 1985, bes. S. 37 f., wo es unter Berufung auf Engels heißt, im Sozialismus werde »die Anarchie innerhalb der gesellschaftlichen Produktion ... ersetzt durch planmäßige bewußte Organisation«.

ßen Willensäußerungen besteht, setzt der »Bedarf« eine analytische und/oder bewertende Betrachtung voraus. Vom »Nutzen« unterscheidet sich der »Bedarf« doppelt: Er ist der negative Ausdruck dafür, was der Nutzen positiv bezeichnet, etwas, das nicht erfüllt ist, aber zum Nutzen wird, wenn es erfüllt wird. Weiterhin ist der Nutzenbegriff entgegen seinem Ursprung im engeren »mieszen«, »genus«⁷ heute weit ausgedehnt worden und fast beliebig definierbar, insbesondere auch rein formal oder monetär. Demgegenüber ist der »Bedarf« qualitativ orientiert geblieben, ausgerichtet auf das, was Menschen gebrauchen können.

Die Feststellung eines Bedarfs besteht teils aus beschreibenden, teils aus bewertenden Operationen. Beschreibend verfährt die Ermittlung der Wirksamkeit eines Produkts, z. B. eines Holzschutzmittels. Man kann auch von der *Geeignetheit des Mittels*, ein bestimmtes Ziel zu erreichen, sprechen. Ein solcher allgemeiner Ausdruck würde auch z. B. die Eignung einer Straße, eine Verkehrsnachfrage zu befriedigen, mitumfassen. Von der Geeignetheit ist die *Unerläßlichkeit des Mittels* zu unterscheiden. So mag ein Holzschutzmittel geeignet sein, Pilzbefall von Holz in Innenräumen zu verhindern; dennoch ist es »erläßlich« (überflüssig), wenn Holz in Innenräumen gar nicht von Pilzen befallen wird. So mag eine Straße geeignet sein, eine Verkehrsnachfrage zu befriedigen; sie ist aber nicht unerläßlich, wenn die Verkehrsnachfrage gar nicht besteht.

Sind Geeignetheit und/oder Unerläßlichkeit (ggf. graduell) zu bejahen, so kann sich eine Bewertung anschließen, die das zunächst gewählte konkrete Ziel an allgemeineren Zielen oder Maßstäben beurteilt. Die Befriedigung einer bestehenden Nachfrage entspricht also nicht zwingend auch einem Bedarf. Dieser ist erst die bewertete Nachfrage. Zum Beispiel ist das Ziel der Befriedigung einer bestimmten Verkehrsnachfrage als wenig gewichtig zu bewerten, wenn der Bau der Straße nur neue Nachfrage erzeugt. Wird ein Ziel auf solche Weise positiv bewertet, so kann man von einer *Begründetheit des Ziels* sprechen.

Das solchermaßen begründete Ziel kann sodann dem Risiko für Gesundheit und Umwelt, das von der in Frage stehenden Tätigkeit ausgeht, gegenübergestellt werden. Ziel und Risiko werden so »in Verhältnis« gesetzt.

Man kann auch entscheiden, daß hohe Risiken von vornherein durch Bedarfserwägungen nicht relativierbar sein sollen, m. a. W., daß selbst gewichtige Ziele nicht riskante Mittel heiligen dürfen. So ist z. B. die sog. Gefahrenschwelle für die menschliche Gesundheit zu deuten⁸. Man kann dies als *harte* oder *absolute Grenze* bezeichnen.

Ist das Risiko im Verhältnis zum Ziel sehr groß, so kann die zur Prüfung stehende Tätigkeit in anderer, weniger riskanter Gestalt erneut einer Risiko- und Bedarfsprüfung unterzogen werden. Solche Alternativen- (oder besser Varianten⁹-)Prüfung kann auch statt hintereinandergeschaltet von vornherein parallel für zwei oder mehr (intuitiv als vergleichbar angesehene) Varianten erfolgen. Der Vergleich beider Durchläufe führt zur Ermittlung des weniger riskanten (»mildereren«), aber gleich geeigneten und unerläßlichen Mittels. Es wird also die *Ersetzbarkeit*¹⁰ des Mittels untersucht. Ein Mittel (A_1) ist dann durch ein anderes (A_2) ersetzbar, wenn die Risiko-Ziel-Relation bei A_2 günstiger ist als bei A_1 .

Der Unterschied beider Varianten liegt u. a. in der Zielsetzung für die (im Ergebnis ja durchaus uneffektive) Rationalisierung der Produktion: dort die Kriegsvorbereitung, hier die Versorgung der Bevölkerung, gebrochen durch die Systemkonkurrenz.

7 J. u. W. Grimm, Deutsches Wörterbuch, 1854, S. 1026.

8 Vgl. etwa Ziff. 2.2.1.3 TA Luft: »Gefahren für die menschliche Gesundheit sind stets erheblich«.

9 Eine Alternative besteht eigentlich aus zwei sich ausschließenden Teilen oder Varianten, nicht zwei »Alternativen«. Die heutige Konjunktur der Alternativen ist darüber aber längst hinweggegangen.

10 In der Terminologie des § 8 BNatSchG konnte man auch von Vermeidbarkeit sprechen.

Es dürfte deutlich sein, daß die benutzte Begrifflichkeit derjenigen des Verhältnismäßigkeitsprinzips nahekommmt. In der Tat soll sie dieses Prinzip zum Ausdruck bringen, aber auch stellenweise weiterentwickeln. Die »Geeignetheit« ist beiderseits deckungsgleich. Die »Verhältnismäßigkeit i. e. S.« erscheint im Aufeinanderbeziehen von Risiko und Ziel. Die »Erforderlichkeit« drückt sich in der »Ersetzbarkeit« aus, wobei, wie beschrieben, auf Risiko-Ziel-Relationen von Alternativen, nicht lediglich auf einen Vergleich der Risiken gleich geeigneter Mittel abgestellt wird. Die Begründetheit der Ziele entspricht dem, was als Verfassungslegitimität der Ziele bezeichnet werden kann¹¹ (aber in der Praxis der Anwendung der Verhältnismäßigkeitsprüfung häufig übergangen wird). Einzig die »Unerläßlichkeit« als empirische Absicherung der Prognose des Zielzustandes habe ich hinzugesetzt. Man kann sie aber als einen von zwei Unteraspekten der Erforderlichkeit betrachten. Nicht »erforderlich« wäre ein Projekt dann, wenn das Ziel schon erreicht ist oder durch ein weniger riskantes Mittel erreichbar (also ersetzbar) ist.

Möglicherweise überrascht es, daß das Verhältnismäßigkeitsprinzip, das doch Eingriffe beschränken soll, als Methode zur Begründung von Eingriffen eingesetzt wird. Der Grund liegt darin, daß es hier – individuell gesehen – um die Zumutung von Restrisiken und – kollektiv gesehen – um die Vernutzung öffentlicher Güter geht, die nur in Kauf genommen werden sollen, wenn dies nicht »übermäßig« geschieht. Die traditionelle Ausrichtung des Übermaßverbots auf Eingriffe in der Zweierbeziehung Staat-Individuum wird also ergänzt um die Ausrichtung auf Dritte und auf öffentliche Güter. Neben die Verhältnismäßigkeit des staatlichen Eingriffs, der individuelle Rechte für seine Ziele beeinträchtigt, tritt die Verhältnismäßigkeit der individuellen Rechtsausübung, die öffentliche Güter für ihre Ziele beeinträchtigt. Auf die dabei auftretenden Abstimmungsprobleme komme ich zurück.

3. Ansätze im geltenden Recht

3.1. Fachplanungsrecht

Kern der rechtlichen Anforderungen an das Planungsermessen¹² im Fachplanungsrecht ist das Gebot gerechter Abwägung der berührten öffentlichen und privaten Belange. Da die Planfeststellung unter Umständen zur Enteignung führt und deshalb gem. Art. 14 III GG dem »Wohl der Allgemeinheit« dienen muß, werden die fürsprechenden öffentlichen Belange einer besonderen Prüfung (der »Planrechtfertigung«) unterzogen; sie müssen, auch wenn ihre Abwägung mit anderen Belangen keine Fehlgewichtung aufweist, ein dem »Wohl der Allgemeinheit« entsprechendes Gewicht haben und das Projekt erfordern. In diesem Anforderungsprofil steckt eine Prüfung der Geeignetheit, Unerläßlichkeit und Ersetzbarkeit des Projekts: Das Projekt muß geeignet sein, das vorgegebene Ziel zu erreichen, z. B. muß die geplante Umgehungsstraße so angelegt sein, daß der Durchgangsverkehr sie auch wirklich

¹¹ Vgl. BVerfGE 30, 292 (316 ff.).

¹² Dessen Existenzberechtigung im Fachplanungsrecht hat Erbguth (Anmerkungen zum administrativen Entscheidungsspielraum, DVBl. 1992, 398–404) jüngst mit der Begründung bezweifelt, daß der ja projektbezogenen Planfeststellung die für die Bauleitplanung typische Ergänzung des offenen Gesetzes durch ein eigenes Programm fehle (a. a. O. S. 403). (Man konnte noch hinzufügen, daß der Planfeststellungsbehörde auch die der bauplanenden Gemeinde eigene demokratische Legitimation fehlt und deshalb das fachplanerische Ermessen auch verfassungsrechtlich zweifelhaft ist). Jedenfalls bleibt es aber auch bei Einstufung als Verwaltungsermessen bei einem (p.p. enger kontrollierten) Abwägungsgebot.

annimmt¹³. Das Projekt muß »unerlässlich« sein, z. B. muß für eine Flughafenerweiterung eine steigende Verkehrsnachfrage voraussehbar sein¹⁴. Schließlich muß zur Feststellung der Erforderlichkeit eine Prüfung von Alternativen erfolgen, wobei das Spektrum der zu berücksichtigenden Varianten nur sehr unscharf mit »von der Sache her naheliegend« umschrieben wird¹⁵. Jedenfalls gehören dazu andere Betriebsweisen, z. B. des Flughafens, und eine andere Trassenführung, z. B. der Straße. Ob, rechtlich gesehen, auch auf andere Verkehrsträger verwiesen werden dürfte, ist bisher – soweit ersichtlich – nicht gerichtlich entschieden worden. Ich hätte keine Bedenken, dies zu bejahen.

Eine Bewertung des vorgegebenen Ziels am Maßstab weiterer Ziele findet im Fachplanungsrecht dagegen nicht statt. »Begründetheit« des Ziels im oben genannten Sinne wird nicht gefordert. So wird im Verkehrsbereich die Befriedigung jeder gesteigerten Verkehrsnachfrage, wenn diese besteht, als legitimes Ziel für Projekte akzeptiert¹⁶. Eine Bewertung z. B. unter dem Gesichtspunkt des oben erwähnten Masseneffekts entfällt. Dies wäre noch akzeptabel, wenn die einschlägigen Gesetze selbst die Zielvorgaben setzen würden. Damit würde den Fachplanungsgesetzen aber etwas untergeschoben, was ihrer Struktur widerspricht. Es handelt sich nicht um programmatische Gesetze, die ein Ziel setzen und Mittel zu ihrer Durchführung bereitstellen, sondern um konditionale Normen, die einen materiell- und verfahrensrechtlichen Rahmen abstecken *für den Fall*, daß aufgrund politischer Willensbildung ein Projekt ansteht. Das ist etwa in § 8 LuftVG, § 14 WaStrG und § 31 WHG ganz deutlich, aber auch § 3 I 2 FStrG, der ausnahmsweise eine Zielstellung enthält, spricht von »Verkehrsbedürfnis«, nicht von jeder beliebigen Verkehrsnachfrage. Seit der Novelle 1990 wird dieses Ziel um »andere öffentliche Belange« relativiert.

Im Kontrast zu den in der Planrechtfertigung hervorgehobenen fürsprechenden Belangen werden auch bestimmte gegensprechende Belange betont. Dazu gehört der Umweltschutz. Materiell erhält er Gewicht, insofern die »harten« Grenzen der Fachgesetze, also z. B. das Gefahrvermeidungsgebot des § 5 I Ziff. 1 BImSchG, als verbindliche sog. Planungsleitsätze einzuhalten sind und zusätzlich die »weichen« Anforderungen wie das Vorsorgegebot des § 5 I Ziff. 2 BImSchG oder die relativierbare naturschutzrechtliche Zielvorgabe (§§ 1 II, 8 III BNatSchG) zu beachten sind. Formell werden die Umweltbelange durch die Pflicht zur Erstellung einer Umweltverträglichkeitsprüfung, also zu einer besonders sorgfältigen Sachverhaltesermittlung und -bewertung hervorgehoben¹⁷.

Soweit die Umweltbelange einer Abwägung zugänglich sind, sind sie jedenfalls auch den fürsprechenden Belangen, also auch dem bewerteten Ziel gegenüberzustellen.

13 Dies wurde z. B. für die Neutrassierung der B 62 bei Siegen vom OVG Münster verneint, s. Beschluß v. 29. 7. 1982 – 9 B 853/82 – S. 11–15, vgl. G. Winter, Bedürfnisprüfung im Fachplanungsrecht, NuR 1985, 41.

14 S. z. B. BVerwGE 56, 110 (120): »In diesem Rahmen (scl. der Planrechtfertigung) ist insbesondere ungeklärt, ob die der Planung für die Spitzenzeiten zugrundegelegte Steigerungsrate von stündlich 40 auf stündlich 70 Flugbewegungen (...) auf einer der Nachprüfung standhaltenden Prognose beruht.«

15 BVerwGE 71, 166 (171 f.): »Ein Verstoß gegen das Abwägungsgebot kann auch darin liegen, daß die Planungsbehörde eine von der Sache her naheliegende Alternativlösung verworfen hat, durch die die mit der Planung angestrebten Ziele unter geringeren Opfern an entgegenstehenden öffentlichen und privaten Belangen hätten verwirklicht werden können«. Die Verortung im Abwägungsgebot statt in der Planrechtfertigung ist nicht wichtig. Die beiden Prüfungsstationen sind ohnehin schwer abgrenzbar. Vgl. G. Winter, NuR 1985, 46 f. Selbst wenn man die hier vorgeschlagene Bedarfsprüfung nicht aus dem Planrechtfertigungsgebot ableitete, wäre sie im Rahmen der Abwägung geboten.

16 BVerwGE 84, 123, 133.

17 § 3 III Ziff. 1 UVPG. Zu der umstrittenen Frage, ob das Berücksichtigungsgebot des § 12 UVPG gegenüber den Fachgesetzen eine eigene materiellrechtliche Bedeutung hat, s. die Beiträge in: Gebundene Genehmigung oder Quasi-Planfeststellung? Anhörung des Arbeitskreises für Umweltrecht, Berlin 1991.

Wir haben es also mit einer Risiko-Ziel-Abwägung zu tun. Sie ermöglicht, ein Projekt, das umweltrechtlich an sich mit den harten Grenzen der Fachgesetze vereinbar ist, dennoch scheitern zu lassen, wenn angesichts der verbleibenden Risiken das Ziel zu geringwertig ist.

Dies erregt im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Grenzen der Bedarfsprüfung keine Bedenken, weil es sich bei den Vorhaben meist um öffentliche Infrastruktur handelt, also um Maßnahmen der öffentlichen Hand, die keinen Grundrechtsschutz genießen, sondern sich im Gegenteil wegen ihrer möglichen Enteignungswirkung besonders rechtfertigen müssen¹⁸.

Jedenfalls zeigt sich, daß im Fachplanungsrecht ein Kriteriengerüst gilt, welches auf recht differenzierte Weise neben dem Risiko auch den Bedarf für ein Vorhaben betrachtet.

3.2. Pflanzenschutzrecht

Die Zulassung eines Pflanzenschutzmittels setzt u. a. voraus, daß es »hinreichend wirksam« ist sowie bei der Anwendung oder als Folge davon

- »keine schädlichen Auswirkungen auf die Gesundheit von Mensch und Tier und auf Grundwasser hat und
- keine sonstigen Auswirkungen, insbesondere auf den Naturhaushalt hat, die nach dem Stande der wissenschaftlichen Erkenntnisse nicht vertretbar sind«¹⁹.

Die Wirksamkeitsprüfung hat ursprünglich nichts mit einer Bedarfsprüfung zu tun. Sie entstammt der älteren Konzeption²⁰ des Pflanzenschutzes als gesetzlich verordneter Pflicht und staatlich organisierter Veranstaltung²¹. Zu dieser Konzeption gehört es, daß der Staat auch dafür sorgte, daß die einzusetzenden Mittel wirksam waren. Dennoch hat, seitdem die »sonstigen Auswirkungen« berücksichtigungspflichtig geworden sind²², die Wirksamkeitsprüfung auch einen Platz in der in § 15 PflSchG angelegten Risiko-Zweck-Abwägung.

Die »sonstigen Auswirkungen« auf den Naturhaushalt sind ja nur dann Zulassungshindernis, wenn sie »nicht vertretbar« sind, im Unterschied zu den schädlichen Auswirkungen auf Mensch, Tier und Grundwasser, die ausgeschlossen sein müssen, wodurch eine nicht relativierbare Gefahrengrenze gesetzt wird²³. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Unvertretbarkeitsklausel so gedeutet, daß das Risiko der Mittelausbringung mit deren Vorteilen unter Einbeziehung von Alternativlösungen abzuwägen ist. Im einzelnen sollen in die Abwägung die folgenden, nach dem Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis festgestellten Gesichtspunkte eingebracht werden:

18 Mein Versuch, das Rechtfertigungserfordernis statt aus der (keineswegs in jedem Fall bestehenden) Enteignungswirkung aus der Vernutzung öffentlicher (natürlicher) Ressourcen abzuleiten, also einer Kosten-Nutzen-Untersuchung gemäß § 6 II Haushaltsgrundsätzegesetz nachzubilden (NuR 1985, 41; s. oben Fn. 12), ist allgemein zurückgewiesen worden (N. Niehues, Das Erfordernis der »Planrechtfertigung« als Instrument des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes, WiVw 1985, 250; J. Kühling, Fachplanungsrecht, 1988, S. 68). Trotzdem kann man die im Text entwickelte Risiko-Bedarf-Abwägung als Ausdruck eines Bewirtschaftungsdenkens auffassen.

19 § 15 I Ziff. 1 u. 3 PflSchG

20 S. dazu H.-W. Micklitz, Entwicklungslinien der Geschichte des deutschen Pflanzenschutzrechts, in: E. Rehbinder (Hrsg.), Bremer Kolloquium über Pflanzenschutz, 1991, S. 44 ff.; D. Milles, Von Schädlingen und Schädigungen - Zur Geschichte der Pestizidzulassung, in: Rehbinder, a. a. O., S. 17 ff. (28 ff.).

21 Vgl. die noch heute an erster Stelle stehende Zwecksetzung in § 1 Ziff. 1-3 PflSchG sowie die die Pflichten konkretisierenden Verordnungsermächtigungen in § 3 PflSchG.

22 Seit der Novelle v. 15. 9. 1986, BGBl. I 1505.

23 Zu der Unterscheidung s. S. Treidler/G. Winter, Materielle Voraussetzungen der Zulassung von Pflanzenschutzmitteln, in: E. Rehbinder, a. a. O., S. 158 ff.

»der Grad von Wahrscheinlichkeit, daß die nicht auszuschließenden Auswirkungen für den Naturhaushalt nachteilig sind, das Gewicht dieses Nachteils, der Vorteil der Mittelverwendung für den Pflanzenanbau und dessen eventuelle Ersetzbarkeit«²⁴.

Zum »Vorteil der Mittelverwendung« gehört auch die Wirksamkeit des Pflanzenschutzmittels. Ungeklärt ist, wieweit darüber hinaus dessen Unerläßlichkeit zu prüfen ist, ob also die Zulassung verweigert oder beschränkt erteilt werden darf, wenn das Mittel zwar eine bestimmte Schmetterlingsraupe zu 100% vernichtet, die Schmetterlingsart aber ohnehin kaum noch vorkommt. Erst recht ist ungeklärt, ob das Ziel, im Beispiel die Schädlingsvernichtung, auch an allgemeineren Maßstäben bewertet, m. a. W. die Begründetheit des Ziels gefordert werden soll. So könnte man sagen, Auswirkungen auf den Naturhaushalt seien unvertretbar, wenn das Pflanzenschutzmittel den schädlingsbedingten Ernteverlust auf 0% minimiere und so der Tribut entfalle, der von jeder Bepflanzung an den Naturhaushalt gezahlt werden müsse (indem einige »Schädlinge« überleben, die ihrerseits Nahrung für andere Lebewesen sind). Auch könnte auf dieser Ebene der Bewertung der Ziele die landwirtschaftliche Überproduktion berücksichtigt werden.

Das Bundesverwaltungsgericht spricht in der zitierten Passage auch von der »eventuelle(n) Ersetzbarkeit« des Mittels als weiterer Komponente der Abwägung, also einer Alternativenprüfung. Es läßt offen, wie weit das Spektrum der zu erwägenden anderen Varianten ist. So könnten statt nur andere synthetische Pflanzenschutzmittel auch andere Anbaumethoden zu prüfen sein. Dies hat in der Tat das VG Braunschweig getan, indem es als Variante zu einem Herbizid, das die Adsorptionsfähigkeit des Bodens vermindert, die mechanische Unkrautbeseitigung erwägt und als besser ansieht, soweit es sich nicht um erosionsgefährdete Böden handelt²⁵.

Aus der zitierten Stelle ist schließlich hervorzuheben, daß der Grad der Wahrscheinlichkeit nachteiliger Auswirkungen ein eigener Abwägungspunkt sei. Die Abwägung wird also als geeignet angesehen, nicht nur unterschiedliche Belange abzugleichen, sondern dabei auch unterschiedliche Wissensstände zu berücksichtigen. Dabei bleibt unentfaltet, daß noch zu differenzieren wäre zwischen Graden der (objektiven) Wahrscheinlichkeit einer Wirkung und Graden der Aussagegewißheit darüber.

Auffällig ist im Pflanzenschutzrecht die fehlende der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Risiko-Vorteil-Abwägung. Das Bundesverwaltungsgericht verliert kein Wort darüber. Erklärlich ist dies aus der besonderen Aufopferungslage. Pflanzenschutzmittel sind bewußt auf Zerstörung von Natur ausgerichtet. Die Schädlinge, die ja eine bestimmte Rolle im Naturhaushalt spielen, werden dem Ziel des Ernteschutzes geopfert. Weiterhin können trotz aller Spezifität der Ausrichtung Nebenwirkungen auf andere Organismen nicht völlig vermieden werden, weil ja in biologische Prozesse eingegriffen wird, die viele Organismen gemeinsam haben. So ist die Beeinträchtigung der Photosynthese spezifisch herbizid, insofern sie Tiere ungeschädigt läßt, aber sie schädigt eben unspezifisch alle Pflanzen, auch diejenigen, die eine spezifische Ernte nicht beeinträchtigen. Darin liegt das zweite Opfer. Ein drittes Opfer liegt darin, daß Pflanzenschutzmittel u. U. zugelassen werden, obwohl noch keine Gewißheit über ihre Auswirkungen auf den Naturhaushalt besteht.

Daß das Pflanzenschutzrecht diese Opfer eines öffentlichen Gutes, nämlich des Naturhaushaltes, gewährt, ist eine Gabe, die nicht zum Schutzbereich der Grundrechte gehört, sondern darüber hinausgeht. Die Verweigerung dieser Gabe wäre deshalb

24 BVerwGE 81, 15 ff. (17). Das im Original kursiv gedruckte »dessen-« konnte sich sowohl auf den Vorteil wie auf den Pflanzenanbau wie auch auf das Mittel beziehen. Sinn macht nur der Bezug auf das Mittel.

25 Vgl. VG Braunschweig, Urteil v. 29. 4. 1992 (6 A 6001/90).

kein Eingriff in Grundrechte und umso weniger eine Qualifizierung solcher Verweigerung durch Berücksichtigung von größeren oder geringeren Vorteilen, die mit dem Opfer verbunden sind.

3.3. *Energierecht*

Das Energierecht kennt für den Bau neuer Anlagen seit langem eine Bedarfsprüfung. Das Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) organisiert sie als Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt, d. h. neue Anlagen dürfen auch ohne entsprechende behördliche Genehmigung gebaut werden. Sie müssen lediglich vor Baubeginn angezeigt werden, und die Behörde ist befugt, sie zu beanstanden und zu untersagen. In der Praxis wird meist ein sog. Freigabebescheid erteilt, durch den die Behörde zusagt, keine Beanstandung oder Untersagung auszusprechen²⁶. Der Bedarf wird als Bestandteil des »Gemeinwohls« geprüft²⁷, das in § 4 EnWG als materieller Maßstab gesetzt wird. Allerdings wird den Energieversorgungsunternehmen dabei ein eigener Entscheidungsspielraum zugemessen²⁸. Deshalb ist es bisher auch nicht zu einer rechtsdogmatischen Ausdifferenzierung der Bedarfsprüfung gekommen.

Immerhin finden sich prophylaktische Aussagen zur Alternativenprüfung, die auch für die anderen Anwendungsfelder der Bedarfsprüfung von Interesse sind. So wird vertreten, daß im Rahmen des § 4 EnWG nicht zu untersuchen sei, ob man das »Ziel durch andere Maßnahmen – insbesondere das Energieeinsparungspotential auf Verbraucherseite – erreichen« könne, da »Prüfungsgegenstand nur das Investitionsvorhaben des Energieversorgungsunternehmens« sei und das Unternehmen auf die Einsparung von Energie durch die Verbraucher keinen Einfluß habe²⁹. In der Tat wird man bei einem privaten Antragsteller nur solche anderen Varianten heranziehen können, über die der Antragsteller disponieren kann. Im vorliegenden Anwendungsfeld ist aber zu bedenken, daß das Unternehmen das Verbraucherverhalten teilweise durchaus beeinflussen kann und es meist nicht rein privates, sondern öffentliches Unternehmen ist.

Motiv der energiewirtschaftlichen Bedarfsprüfung war ursprünglich – ganz ähnlich wie im Pflanzenschutzrecht – die Sicherstellung eines öffentlichen Versorgungsziels. Bedarfsprüfung war also eher auf Expansion der Anlagenerstellung ausgerichtet (weshalb auch eine Stilllegung beanstandet und untersagt werden kann), durchaus aber auch auf rationellen Einsatz der finanziellen Ressourcen.

Neben der energiewirtschaftlichen Aufsicht steht die Aufsicht auf Grund von § 7 AtG (für Kernenergieerzeugung) und § 6 BImSchG (für Kohlekraftwerke u. a.). Sie setzt Maßstäbe des Gesundheits- und Umweltschutzes, wobei zwischen Gefahrvermeidungs- und Vorsorgegebot unterschieden wird³⁰. Während der Betreiber auf die immissionsrechtliche Genehmigung ein subjektives Recht hat, bleibt der Behörde nach § 7 AtG ein Versagungsermessen.

Energiewirtschaftliche und umweltrechtliche Aufsicht stehen nach noch herrschender Meinung unverbunden nebeneinander. Im Rahmen der ersteren soll eine Berücksichtigung von Umwelteinwirkungen ausgeschlossen sein³¹. Umgekehrt wird Ener-

26 W. Tegethoff/U. Büdenbender/H. Klinger, Das Recht der öffentlichen Energieversorgung – Kommentar, § 4 Rz. 2.

27 H.-U. Evers, Das Recht der Energieversorgung, 2. Aufl. 1983, S. 109.

28 U. Büdenbender, Energierecht, 1982, Rz. 182 f.; C. Arzt, Strompreisaufsicht im Vergleich, 1991, S. 248; F. Ossenbühl, Rechtliche Probleme der Investitionskontrolle gem. § 4 EnWG, 1988, S. 49 ff.

29 H. Hantke, Landesenergiegesetzgebung – Grenzen und Möglichkeiten, RdE 1992, 139 ff. (140).

30 Zum Atomrecht s. BVerwGE 61, 256 (267 f.); zum Immissionsrecht § 5 I Ziff. 1 u. 2 BImSchG sowie BVerwGE 65, 313 (320).

31 E. Eiser/J. Riederer/W. Obernolte/W. Danner, Energiewirtschaftsrecht, Kommentar, § 4 EnWiG Anm. 3 f.; Tegethoff/Büdenbender/Klinger, a. a. O. (Fn. 26) § 4 S. 173. A. A. J. Kühling, a. a. O. (Fn. 18),

giebedarf nicht zu den atomrechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen gerechnet³². Im Immissionsrecht wird die Frage – soweit ersichtlich – nicht gestellt, was einer Verneinung gleichkommt.

Diese Trennung wird der Tatsache nicht gerecht, daß Bedarfsüberlegungen insbesondere dann von Bedeutung sein können, wenn mit Restrisiken, also ungewissen oder geringen, sich aber summierenden Risiken umzugehen ist. Das Bundesverfassungsgericht rechtfertigt die Zumutung von Restrisiken damit, daß man sonst »weithin jede staatliche Zulassung der Nutzung von Technik verbannen« würde³³. Restrisiken seien als »sozial-adäquate Lasten von allen Bürgern zu tragen«. Aber sind die Lasten noch sozial-adäquat, wenn man auf die das Restrisiko verursachende Anlage verzichten kann, weil für das Produkt kein Bedarf besteht? Solche Erwägungen müßten im Vorsorgebereich (nicht etwa auch im Gefahrenbereich) angestellt werden können³⁴.

4. Ansätze im Gentechnikrecht

Ich habe drei Stellen des Übergangs menschlicher Aktivität zu potentieller Naturbelastung beschrieben: Den unmittelbaren und beabsichtigten Eingriff durch fachplanerische Projekte, das Inverkehrbringen eines Produkts und die geschlossene Anlage. An allen drei Stellen können auch gentechnische Risiken entstehen, und das Gentechnikgesetz (GenTG) nimmt sie in der Tat als Ansatzpunkt für seine Genehmigungstatbestände.

4.1. Freisetzung

Voraussetzung einer Genehmigung für die Freisetzung eines gentechnisch veränderten Organismus (GVO) ist, daß

- »gewährleistet ist, daß alle nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen getroffen werden«, und
- »nach dem Stand der Wissenschaft im Verhältnis zum Zweck der Freisetzung unvertretbare schädliche Einwirkungen auf die in § 1 Nr. 1 bezeichneten Rechtsgüter nicht zu erwarten sind«³⁵.

Die erste Voraussetzung ähnelt § 7 II Ziff. 3 AtG, indem sie auf die besonders strenge Formel des Standes von »Wissenschaft und Technik« Bezug nimmt. Dennoch besteht ein erheblicher Unterschied in der Bezugsgröße der erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen: Das Ideal kann nicht wie beim Kernkraftwerk der völlige Abschluß von der Umwelt sein, weil die Freisetzung ja die Natur bewußt und gewollt verändert. Nur: Welche Veränderung ist akzeptabel, welche nicht? Indem das Gesetz von erforderlicher Sicherheit spricht, bezieht es sich auf die klassische umweltrechtliche

S. 160; R. Breuer, Der Umweltschutz im System der Rechtsordnung, in: Umwelt, Verfassung, Verwaltung, VEnergR Bd. 50, 1982, S. 62; oftengelassen in BVerwG DVBl. 1988, 1176 (1178). Über Reformvorschläge s. V. Grabosch, Zur Aufnahme einer UVP in das Verfahren nach § 4 EnWG, DVBl. 1989, 390.

32 BVerwG DVBl. 1982, 906 (961).

33 BVerfGE 49, 89 (143).

34 Das OVG Lüneburg hatte in einem Urteil v. 20. 1. 1982 (7 OVG A 119/76), Urteilsabdruck S. 40, dagegen angenommen, daß die Energiebedarfssituation im Rahmen des Versagungsermessens berücksichtigt werden könne. Wie hier G. Winter, Ausstieg aus dem Schnellen Brüter? KJ 1986, 22 ff. (29); allgemein für eine Abwägung von Risiken mit dem Nutzen A. Reich, Gefahr-Risiko – Restrisiko, 1989, S. 167, 207 f., 220 ff.

35 § 16 I Ziff. 2 u. 3 GenTG.

Schadensvermeidung. Es läßt aber im Unklaren, ob es in Kategorien der Gefahrvermeidung und Vorsorge denkt. Die Grundpflichtenregelung in § 6 Abs. 2 GenTG die – terminologisch mit § 16 GenTG unabgestimmt – »die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik notwendigen Vorkehrungen« fordert, tut dies, »um die in § 1 Nr. 1 genannten Rechtsgüter vor möglichen Gefahren zu schützen und dem Entstehen solcher Gefahren vorzubeugen«, also zur Gefahrvermeidung *und* Vorsorge. Dies kann man dem § 16 I Ziff. 2 GenTG nicht einfach anfügen, weil Grundpflichten und Genehmigungstatbestände etwas verschiedenes sind und letztere als speziellere Vorschriften vorgehen. Es bleibt also eine Lücke, zu deren Ausfüllung nur die Zweck-Risiko-Abwägung gem. § 16 I Ziff. 3 GenTG zur Verfügung steht. Diese enthält aber keinen ausdrücklichen Ausschluß einer Sachlage, bei dem schädliche Auswirkungen in Kauf genommen werden könnten, weil ein gewichtiger Zweck sie heiligt. Eine solche Sachlage zu billigen wäre aber sowohl ein Verstoß gegen die EG-Richtlinie über die Freisetzung von GVO³⁶ wie auch (je nach Konstellation) eine Verletzung der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG.

Das GenTG hätte also eine absolute Grenze formulieren müssen, die der Zweck-Risiko-Abwägung vorgelagert ist³⁷. Wie in § 6 GenTG oder auch der EG-Richtlinie ganz allgemein auf Gefahrvermeidung und Vorsorge abzustellen und diese auf alle Rechtsgüter des § 1 Ziff. 1 GenTG zu erstrecken, würde allerdings nicht viel weiterhelfen. Eine Konkretisierung etwa entlang der Linie des § 15 I PflSchG, wo bestimmte Rechtsgüter besonders herausgehoben werden, wäre vorzuziehen. Zu denken wäre neben der Gesundheit des Menschen z. B. an den Artenschutz sowie den Schutz der von der Freisetzung betroffenen Ökosysteme.

Soweit es die Zweck-Risiko-Abwägung des § 16 I Ziff. 3 GenTG selbst angeht, ist das oben entwickelte Schema passend. Der Zweck – oder das Ziel – der Freisetzung muß durch diese erreichbar sein (Geeignetheit), der erstrebte Zielzustand darf nicht im Grunde schon erreicht sein (Unerläßlichkeit), das Ziel muß seinerseits an allgemeineren Maßstäben gerechtfertigt sein (Zielrechtfertigung), und das mit der Freisetzung verbundene Risiko ist zu dem Gewicht des Zieles in Verhältnis zu setzen. Dieselben Schritte sind ggf. für eine Alternativlösung zu durchlaufen, und die Ergebnisse sind miteinander zu vergleichen.

Der Wortlaut des § 16 I Ziff. 3 GenTG könnte Zweifel entstehen lassen, ob auch eine Zielrechtfertigung gefordert werden kann³⁸. M.E. folgt dies jedoch aus dem Sinn der Formulierung »im Verhältnis zum Zweck ... unvertretbar«. Denn man kann zwei Dinge nicht wertend in Verhältnis setzen, wenn man nicht zunächst ihr eigenes Gewicht bestimmt. Welches Gewicht ein bestimmtes Ziel hat, ergibt sich aber aus den Gründen, die es rechtfertigen. Desgleichen könnte zweifelhaft sein, ob eine Alternativenprüfung geboten ist. Auch dies ist zu bejahen. Alternativen zu prüfen folgt aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip i. e. S. (Erforderlichkeit), das auch ohne ausdrückliche Erwähnung Bestandteil des § 16 I GenTG ist.

Zur Illustration möchte ich die erwähnten gedanklichen Schritte auf die Freisetzung einer herbizidresistent gemachten Pflanze anwenden. Die Pflanze ist zunächst geeignet, das gesetzte Ziel, nämlich Ernten vor Unkräutern zu bewahren, zu erreichen, wenn die entsprechende gentechnische Entwicklung erfolgreich abgeschlossen ist. Jedoch sind Zweifel angebracht wegen Rückentwicklungstendenzen der jeweils spä-

³⁶ Richtlinie 90/220/EWG des Rates v. 23. 4. 1990, ABl. L 117 S. 15. Art. 4 verlangt »alle geeigneten Maßnahmen«, damit die Freisetzung »keine Gefährdung der menschlichen Gesundheit und der Umwelt zur Folge hat«. Der erste Erwägungsgrund zitiert den Grundsatz des EWGV (Art. 130r), daß Umweltbeeinträchtigungen vorzubeugen ist.

³⁷ Vgl. oben zu Fn. 7.

³⁸ So G. Hirsch/A. Schmidt-Didezuhn, Gentechnikgesetz, Kommentar, 1991, § 16 Rz. 24, § 13 Rz. 39.

teren Pflanzengenerationen. Daher muß man zusätzlich einen jährlichen Neukauf von Samen unterstellen. Sie ist auch »unerlässlich«, weil das Ziel nicht im Grunde schon erreicht ist (jedenfalls, wenn man den Einsatz von Pflanzenschutzmitteln wegdreht). Bei der Bewertung des Ziels sind einige Negativposten zu berücksichtigen: Eine völlige Beseitigung der Unkräuter wäre auch im Interesse der Landwirtschaft unerwünscht; es besteht in mancher Hinsicht landwirtschaftliche Überproduktion, die Subventionen kostet und die Preise künstlich drückt; chemisch arbeitende Landwirtschaft ist meist mit Intensivdüngung verbunden, die das Grundwasser gefährdet; Herbizidresistenz der Nutzpflanze reizt zur Überdosierung von Pflanzenschutzmitteln an und erlaubt den Einsatz von Breitband-Pestiziden, die mehr Schädlingarten vernichten als nötig.

Auf der Seite des Risikos der Freisetzung ist als schädliche Nebenwirkung ein Transfer des für Herbizidresistenz kodierenden Gens auf andere Pflanzen, z. B. auch Unkräuter, in Betracht zu ziehen, wobei dafür, wie einmal unterstellt werden soll, nur Verdachtsmomente bestehen. Der Vorteil kann dann mit dem Risiko abgewogen werden. Eine Bilanz ist wegen des ungewissen Risikos aber kaum zu ziehen.

Dem Resultat ist das Verhältnis von Vorteil und Risiko einer Alternativlösung gegenüberzustellen, z. B. die des Einsatzes von Methoden des integrierten Pflanzenschutzes mit Minimierung von Pestizideinsatz, wie es § 6 PflSchG vorschreibt, der aber nicht wirklich umgesetzt wird³⁹. Die Geeignetheit müßte hier wegen wohl etwas höherer Ernteverluste als beschränkt, die Verlässlichkeit wieder als hoch angesetzt werden. Das Ziel wäre dagegen als relativ gewichtig anzusehen. Das Risiko von Nebenwirkungen besteht nur bezüglich des minimierten Pestizideinsatzes und ist entsprechend gering, was wegen der besseren Kenntnisse über das Pestizid auch ziemlich gewiß ist. Die Risiko-Vorteil-Bilanz beruht auf gut abgesichertem Wissen und ist günstig. Eine Gegenüberstellung mit der ungewissen Bilanz der herbizidresistenten Pflanze ergibt, daß der integrierte Pflanzenschutz vorzuziehen ist. Die Genehmigung von Freisetzungen der herbizidresistenten Pflanze ist abzulehnen.

Anderes gilt nur für Freisetzung in kleinem Stil zu Forschungszwecken, weil hier, wie unterstellt werden soll, das Nebenwirkungsrisiko gering ist und das Ziel des Versuchs im übrigen nicht in der Steigerung des Ertrages, sondern in der Erforschung der modifizierten Pflanze liegt. Forschungszwecke sind schon aus Verfassungsgründen gewichtig. Die Risiko-Vorteil-Bilanz ist hier deutlich günstig.

4.2. Inverkehrbringen

Voraussetzung einer Genehmigung für ein Inverkehrbringen von Produkten, die GVO enthalten oder aus solchen bestehen, ist einzig und allein, daß

»nach dem Stand der Wissenschaft im Verhältnis zum Zweck des Inverkehrbringens unvermeidbare schädliche Einwirkungen auf die in § 1 Nr. 1 bezeichneten Rechtsgüter nicht zu erwarten sind«⁴⁰.

Eine Vorschrift, die derjenigen über die erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen bei der Freisetzung⁴¹ entspräche, fehlt, was konsequent ist, weil der Betreiber das Produkt, wenn er es in Verkehr bringt, nicht mehr beherrscht. Zum Ausgleich kann die Genehmigung aber auf bestimmte Verwendungsweisen beschränkt werden⁴².

Bedenklicher ist, daß ebenso wie bei der Freisetzung auch beim Inverkehrbringen *keine absolute Grenze* gesetzt wird, die verhindert, daß gewichtige Zwecke zu einer

³⁹ Vgl. Zur Anwendung von § 6 im Rahmen von § 17 PflSchG Micklitz, a. a. O. (Fn. 20).

⁴⁰ § 16 II GenTG.

⁴¹ § 16 I Ziff. 2 GenTG.

⁴² § 14 I Satz 3 GenTG.

Hinnahme schädlicher Auswirkungen führen. Das verstößt gegen Art. 4 der EG-Freisetzungsrichtlinie⁴³.

Denkbar ist auch eine Verletzung von Schutzpflichten aus Grundrechten potentiell Betroffener. Allerdings ist im Zeitpunkt des Inverkehrbringens nicht absehbar, wen die schädliche Auswirkung (unterstellt, sie wird im Verhältnis zum Zweck für vertretbar gehalten) trifft. Z. B. steht beim Verkauf eines genetisch modifizierten schädlichen Pilzes noch nicht fest, wer den damit produzierten Joghurt essen wird. Mag die Wahrscheinlichkeit, daß ein bestimmtes Individuum den schädlichen Joghurt essen wird, mag also das Individualrisiko so gering sein, daß eine Grundrechtsverletzung und auch eine dieser gleichzustellende Grundrechtsgefährdung⁴⁴ nicht anzunehmen, so könnte andererseits doch ein hohes Kollektivrisiko gegeben sein. Ob ein solches Kollektivrisiko Gegenstand der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG ist, kann hier nicht en passant geklärt werden⁴⁵.

Gegen eine Verfassungswidrigkeit des Fehlens eines Gefahrvermeidungsgebots könnte andererseits sprechen, daß Produkte aus oder mit GVO ohnehin im Vergleich zu Chemikalien, Lebensmitteln, Bedarfsgegenständen u. a. einem strengeren Regime unterworfen würden, nämlich einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt statt einer Anmeldepflicht bzw. Erlaubnis mit Verbotsmöglichkeit. Das ist richtig, ändert aber nichts daran, daß die anzuwendenden materiellen Maßstäbe weniger streng sind. Im Chemikalienrecht wie im Lebensmittelrecht gilt das Vorsorgeprinzip als Kriterium für beschränkende Regelungen⁴⁶. Da nach § 16 GenTG zudem ein Anspruch auf Erteilung der Genehmigung besteht, ist auch die Schutzwirkung des stärkeren Eingriffsmodus gering.

Eine Nachbesserung des Gesetzes sollte sich wiederum nicht damit begnügen, etwa wie im Chemikalienrecht pauschal das Gefahrvermeidungs- und Vorsorgeprinzip zum Maßstab zu machen, sondern dieses zu konkretisieren versuchen. Ein Beispiel für eine solche Konkretisierung enthält der bereits erwähnte § 15 PflSchG. Die dann verbleibende Risiko-Zweck-Abwägung könnte nach dem oben dargestellten Schema erfolgen. Das zur Freisetzungsprüfung Gesagte gilt hier entsprechend.

4.3. Geschlossenes System

Für die Genehmigung von gentechnischen Anlagen sieht das GenTG keine Zweck-Risiko-Abwägung vor, sondern verlangt, daß »schädliche Einwirkungen auf die in § 1 Nr. 1 bezeichneten Rechtsgüter nicht zu erwarten sind«⁴⁷. Dennoch ließe sich denken, den Zweck oder Nutzen des Vorhabens bei der Abwägung im Vorsorgebereich zu berücksichtigen: als Zweck-Restrisiko-Abwägung nach Ausschluß von Gefahren und Verwirklichung des Standes der Technik.

Als Beispiel, das dies illustriert, ist der Erörterungstermin in dem Genehmigungsverfahren zur Herstellung des Pharmaproteins TNF durch die BASF GmbH im März 1990 aufschlußreich. Eine Einwenderin und mehrere Einwender hatten vorgebracht und aufgrund einer umfassenden Auswertung der einschlägigen Literatur belegt, daß das Arzneimittel TNF, welches in der beantragten Anlage hergestellt werden sollte, therapeutisch überwiegend als eher schädlich denn nützlich beurteilt werde. Die Einwenderin kommt zu der abschließenden Feststellung:

43 S. oben Fn. 36.

44 Zu dieser s. BVerfGE 66, 39 (58).

45 Man mußte genauer nach der Begründung für Schutzpflichten fragen. S. dazu E. Klein, Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates, NJW 1989, 1633 (1635 f.).

46 § 17 I mit § 1 ChemG. Der Passus in § 14 II LMBG (»soweit es zum Schutz des Verbrauchers erforderlich ist«) wird als Vorsorgeprinzip interpretiert (BVerwGE 77, 102 (120)).

47 § 13 I Ziff. 4 GenTG.

»Ich bin der Auffassung, daß es sich hier um ein klassisches Beispiel des Unsinnns-Risikos handelt, das der Gesellschaft aufgebürdet werden soll, ohne daß sie davon einen Nutzen bekommt.«⁴⁸.

Der Vertreter des Antragstellers antwortete darauf relativ allgemein in der Sache und stellte zum Verfahren fest, die Frage könne nicht Gegenstand des Erörterungstermins sein. Diese Auffassung teilte auch der Vertreter der Genehmigungsbehörde:

»Die Frage der Zweckmäßigkeit einer Anlage – die Frage der Wirkung von TNF in Bezug auf die Patienten hängt eng zusammen mit der Zweckmäßigkeit einer solchen Anlage – ist nicht Genehmigungsvoraussetzung und deshalb auch nicht Gegenstand einer Prüfung im Genehmigungsverfahren.«⁴⁹.

Die Erörterung des Punktes wurde daraufhin vom Verhandlungsleiter beendet.

Der verfahrensrechtliche Aspekt, ob Erörterungen unter Umständen über das Spektrum der materiell-rechtlichen Kriterien der Entscheidung hinausgreifen dürfen oder müssen, soll hier offenbleiben. Materiell-rechtlich gesehen gibt es für Zweckerwägungen eine Anschlußstelle im Vorsorgegebot. Dieses eröffnet der Behörde die Möglichkeit, zwischen den verbleibenden Risiken der Anlage/Arbeit und anderen Belangen abzuwägen. Zu diesen Belangen gehört auch der Zweck der Anlage/Arbeit. Ist dieser selbst schädlich, so ist die Zumutung eines verbleibenden Restrisikos nicht »sozial adäquat«⁵⁰.

4.4. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Bedarfsprüfung

In der Literatur zu § 16 GenTG besteht Unklarheit darüber, wie der Zweck der Freisetzung bzw. des Inverkehrbringens zu bestimmen und im Verhältnis zum Risiko zu bewerten ist. Man findet Erläuterungen wie die folgende: »Je nach dem Gewicht und dem Ausmaß der zu erwartenden schädlichen Einwirkungen einerseits und je nach der Bedeutung der Freisetzung für die Allgemeinheit andererseits ist zu entscheiden, ob die Freisetzung vertretbar ist«⁵¹. Aber sehr viel weiter hilft das nicht. Größere Entschiedenheit besteht dagegen in der Ablehnung einer Berücksichtigung des Bedarfs und von Alternativen. So heißt es bei Hirsch/Schmidt-Didczuhn⁵² unter Hinweis auf verfassungsrechtliche Schutzgüter:

»Die Einbeziehung alternativer Verfahren oder des »gesellschaftlichen Bedarfs« am Einsatz der neuen Technik in die Prüfung der Genehmigungsfähigkeit eines gentechnischen Vorhabens wäre ein schwerwiegender Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit oder unternehmerische Entscheidungsfreiheit.«

Eine nähere Begründung wird allerdings nicht gegeben. Es wird nicht einmal erklärt, ob der Eingriff, wenn er denn vorliegt, eine Verletzung von Grundrechten darstellt oder vielleicht gerechtfertigt ist⁵³. Gemeint ist natürlich, daß eine Grundrechtsverletzung vorliegt.

Zunächst müßte geklärt werden, ob der Betrieb von gentechnischen Anlagen, die Freisetzung und das Inverkehrbringen von Produkten aus oder mit GVO zum Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 III Satz 1 GG) einerseits und Berufsfreiheit (Art. 12 GG) andererseits gehören. Man sollte hier differenzieren. Z. B. fällt das kommerzielle Inverkehrbringen sicher nicht in den Schutzbereich der Wissen-

48 Niederschrift über den Erörterungstermin vom 21. 3. 1990, S. 66.

49 A. a. O., S. 76.

50 Vgl. BVerfGE 49, 89, 143 und oben zu Fn. 32 u. 33.

51 Hirsch/Schmidt-Didczuhn, GenTG, § 16 Rz. 25.

52 A. a. O., § 13 Rz. 40.

53 Zur Unterscheidung von Eingriff und Verletzung s. B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte. Staatsrecht II, 7. Aufl. 1991, Rz. 256.

schaftsfreiheit⁵⁴. Hinsichtlich der Berufsfreiheit gehört die Erzeugung von Gesundheits- und Umweltrisiken von einer gewissen Größe bzw. Wahrscheinlichkeit an nicht mehr zum Schutzbereich.

Weiterhin ist zu prüfen, ob die hier vertretene Deutung des Zweck-Risiko-Kriteriums eine Beschränkung der genannten Grundrechte darstellt. Das ist zu bejahen, soweit die beschränkten Aktivitäten zu den beiden Schutzbereichen gehören.

Schließlich ist zu fragen, ob die Beschränkung gerechtfertigt ist. Hinsichtlich der Wissenschaftsfreiheit kommt dies nur in Frage, wenn die Beschränkung von anderen Grundrechten her geboten ist. Da die Zweck-Risiko-Abwägung immer voraussetzt, daß ein Risiko besteht, gehört dessen Bekämpfung zur objektiven Schutzpflicht aus Art. 2 II GG, soweit es Gesundheitsrisiken angeht. Soweit es Risiken für den Naturhaushalt betrifft, könnte man auch auf Art. 1 GG zurückgreifen, möglicherweise auch auf Art. 2 II GG, wenn man den Naturhaushalt zu den Lebensbedingungen rechnet.

Soweit es die Berufsfreiheit angeht, stellt die Risiko-Zweck-Klausel in der hier vertretenen Deutung keine objektive Zulassungsschranke dar. Dies wäre nur bei einer echten Bedürfnisprüfung der Fall. Hier geht es aber um riskantes Verhalten, das zu bewerten ist und u. a. mit Bedarfserwägungen bewertet wird. Dem Unternehmer ist es möglich, der Schranke auszuweichen, indem er Risiken vermeidet. Die Klausel stellt also eine Berufsausübungsregelung dar, die bei Vorliegen von Gründen des öffentlichen Interesses gerechtfertigt ist. Solche Gründe liegen vor.

Die im nächsten Schritt anstehende Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die subjektiven Rechte des Betreibers muß mit der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Rechtsausübung abgestimmt werden. Am besten schaltet man beides hintereinander. Nachdem für die zu prüfende Tätigkeit das von dieser ausgehende Risiko ermittelt worden ist, wird untersucht welche Maßnahmen zum Zweck der Risikominimierung möglich sind (Geeignetheit), welche am kostengünstigsten sind (Erforderlichkeit) und ob die Kosten nicht außer Verhältnis zur Risikominderung stehen. Daraus ergibt sich ein für den Betreiber »verhältnismäßiger« Eingriff.

Dieser Eingriff bedeutet für die Dritten oder öffentliche Güter zugleich die Zumutung eines (Rest-)Risikos. Dieses ist nur hinnehmbar, wenn es zumindest nicht überflüssigerweise, also nicht ohne Nutzen, entsteht. Stellt sich heraus, daß das Risiko im Verhältnis zum Ziel gering ist, wird die Tätigkeit zugelassen bzw. (je nach gesetzlichem Eingriffsmodus) nicht verboten. Andernfalls ist nach Alternativen mit geringerem Risiko zu suchen. Gibt es sie nicht, wird die Tätigkeit verboten bzw. nicht zugelassen. Gibt es eine Alternative, so werden beide Schritte erneut durchlaufen⁵⁵.

Ich räume ein, daß die Verhältnismäßigkeitsprüfung in Richtung auf Drittbetroffene, die ja der Risiko-Ziel-Abwägung die verfassungsrechtliche Zulässigkeit und sogar Gebotenheit beschert, an zwei Stellen brüchig ist, nämlich, insofern eine Zurechnung der Belastung zur öffentlichen Hand erfolgt und insofern individuelle Betrof-

⁵⁴ Zum Schutzbereich gibt es unterschiedliche Konzeptionen. Besonders eng faßt ihn A. Blankenagel, Wissenschaftsfreiheit aus der Sicht der Wissenschaftssoziologie, AöR 105 (1980) S. 35 ff. (Eigenbestimmtheit als zentrales Merkmal), unter strikter Deutung von BVerfGE 47, 370. Auf andere Weise ebenfalls eng sieht ihn Th. Dickert, Naturwissenschaften und Forschungsfreiheit, 1991, S. 270 ff. (Veröffentlichungsabsicht als Merkmal). Die h. M. faßt ihn dagegen mit BVerfGE 35, 79 ff. (113) weit (Ermittlung der Wahrheit), wobei R. Wahl, Forschungs- und Anwendungskontrolle technischen Fortschritts als Staatsaufgabe? in: UTR 14, 1991 S. 7 ff. (31) ihn in einem zweiten Schritt einengt auf die Wahl der Forschungsfrage und Untersuchungsmethode.

⁵⁵ Dabei kann es sein, daß eine Maßnahme der Risikoreduktion unverhältnismäßig kostspielig ist und dennoch keine Alternative zur Verfügung steht. In diesem Fall wird dennoch zur Bedarfsprüfung übergegangen, aber die Risiko-Ziel-Abwägung wird (ausnahmsweise, weil die Kostenfrage sonst bereits vor der Stufe der Bedarfsprüfung erledigt ist) um den Kostengesichtspunkt erweitert.

fenheit Dritter angenommen wird. Tatsächlich liegen die Dinge ja gerade umgekehrt: Der Eingriff ist teils durchaus privat geprägt, kommt teils aber auch aus öffentlichen Zusammenhängen wie etwa der Universitätsforschung⁵⁶ und, was wichtiger ist, er richtet sich auf öffentliche Güter wie die öffentliche Gesundheit oder den Artenreichtum⁵⁷. Das Bundesverfassungsgericht hat aber abgelehnt, Maßnahmen, die öffentliche Interessen beeinträchtigen, dem Verhältnismäßigkeitsgebot zu unterwerfen. Das Gebot gelte nur für eine »Konstellation«, bei der sich gegenüberstehen »eingreifende Maßnahme oder Gesetzesregelung und davon betroffene(r) Rechts- oder Freiheitsbereich (...), in den nur verhältnismäßig eingegriffen werden darf«⁵⁸. Abwägungen zwischen gegenläufigen öffentlichen Interessen vorzunehmen, sei eine politische Aufgabe des Gesetzgebers⁵⁹. Für unseren Zusammenhang bedeutet dies, daß der Gesetzgeber sich aber jedenfalls dafür entscheiden kann, daß Behörden in Ausführung eines Gesetzes Maßnahmen, die öffentliche Güter beeinträchtigen, im Hinblick auf ihre Zweckangemessenheit, d. h. Geeignetheit, Unerläßlichkeit, Ersetzbarkeit und Verhältnismäßigkeit zu prüfen haben. Das ist in § 16 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2 GenTG geschehen.

5. *Schluß*

Das geltende Recht enthält, wie gezeigt, fragmentarisch und unausgewiesen ein Kriterium, zu dem Risiken in Bezug gesetzt und somit bewertet werden können. Dieses Kriterium ist der Bedarf an der das Risiko verursachenden Tätigkeit. Das Kriterium läßt sich bei aller Undeutlichkeit nachweisen an drei wesentlichen (und deshalb rechtlich kontrollierten) Stellen des Übergangs von menschlicher Aktivität zu potentieller Naturbelastung, nämlich der Inanspruchnahme naturnahen Raumes, dem Inverkehrbringen von Produkten und der Emissionen von Anlagen.

Diese drei Stellen des Übergangs finden sich zum einen in demjenigen Recht, das mit der klassischen Umweltzerstörung, d. h. mit der Versiegelung des Raumes und der chemischen Vergiftung des Lebens, zu tun hat. Sie finden sich aber auch in dem neueren Recht, das die moderne Technik der genetischen Manipulation des Lebens zu kontrollieren versucht. Die drei Stellen korrespondieren den eingangs genannten drei Sachlagen, in denen Risiken technisch nicht weiter minimiert werden können, gleichwohl aber nicht einfach zu vernachlässigen sind. Diese Sachlagen sind gekennzeichnet durch

- erstens ein Risiko, das zur Hauptwirkung der Tätigkeit gehört (Beispiel: Flächenverbrauch durch eine Straße),
- zweitens ein Risiko, das aus der Summe großer Mengen kleiner Restrisiken besteht (Beispiel: Pestizidreste im Grundwasser) und
- drittens ein Risiko, das ungewiß ist (Beispiel: Unfallrisiko einer Anlage)⁶⁰.

⁵⁶ Bei Ausweitung der Fragestellung auf die im Kapitel 3 genannten Rechtsgebiete auch aus Infrastrukturprojekten.

⁵⁷ Bei Ausweitung der Fragestellung (s. Fn. 56) auch auf den unbebauten Raum.

⁵⁸ BVerfGE 79, 311 (341); s. auch BVerfGE 81, 310 (338).

⁵⁹ BVerfGE 79, 342.

⁶⁰ Die Korrespondenz ist keine ausschließliche. Es gibt auch Querverbindungen. So können ein Produkt oder eine Anlage neben ihren zerstörerischen Nebenwirkungen zugleich die Zerstörung von Natur zur Hauptwirkung haben. Ein Beispiel für ein solches Produkt sind Pestizide, ein Beispiel für eine solche Anlage ist ein Kohlekraftwerk, das neben der minimierbaren SO₂-Emission unvermeidbar CO₂ erzeugt.

Will man in diesen Sachlagen nicht entweder alle Tätigkeiten zulassen oder alle untersagen, sondern unter den Tätigkeiten auswählen, so sind weitere Kriterien für die Risikobewertung gefragt – eben der Bedarf oder, was dasselbe ist, die Verhältnismäßigkeit (nicht des Eingriffs, sondern) der Rechtsausübung.

Der Blick ins geltende Recht brachte – wie gesagt – manche Ansätze, die sich »hinter dem Rücken« entwickelt haben, zum Vorschein. Zu ihnen zählt, daß Recht überhaupt nach den ökologischen Nebenwirkungen) der zu beurteilenden Tätigkeit fragt, und daß es mehr oder weniger konkret die Geeignetheit, Unerläßlichkeit und Ersetzbarkeit der Tätigkeit für die Zielerreichung verlangt.

Eine Begründetheit der Ziele wird dagegen als rechtliches Gebot nicht formuliert. Die Setzung der Ziele wird (bei privaten Tätigkeiten) der Politik und (bei privaten Tätigkeiten) dem Markt überlassen. Ob Politik und Markt die Ziele wirklich setzen, und wie sie es tun, wird in Zukunft aber auch eine Rechtsfrage werden müssen.