

Expertise als Machtressource.

Die Epistemisierung von Rechtskonflikten zwischen Kalibergbau und Gewässerschutz

Sascha Ohlenforst

Seitdem der Chemiker Adolph Frank um 1860 den Wert der Kalisalze für die Düngung in der modernen Landwirtschaft entdeckte, entwickelte sich der im Volksmund als „weißes Gold“ bezeichnete Rohstoff zu einem bis heute wichtigen Devisenbringer.¹ Mittlerweile hat auch die Geschichtswissenschaft die Rolle des Wissenswandels und den damit verbundenen Aufstieg der naturwissenschaftlichen Expertise während der Industrialisierung auf dem Gebiet der Kalisalzgewinnung untersucht.² Dabei wurde insbesondere nach dem Einfluss der modernen Wissenschaften auf das Mensch-Umwelt-Verhältnis gefragt.³ Schließlich erzeugten die zur Produktion von Düngemittel erforderlichen Salzwassereinleitungen der Kali-Industrie in die umliegenden Fließgewässer zahlreiche Konflikte um die Gewässerreinigung. Gegenstand der Konflikte waren unter anderem die Immissionsgrenzwerte, die zwar Rechts- und Anwendungssicherheit für die an den Konzessionsverfahren beteiligten Behörden schufen. Indes bot die einseitige Fixierung der Rechtsprechung auf die Einhaltung von Grenzwerten aber auch ein Einfallstor für die Kali-Industrie, um durch die wissenschaftliche Expertise ihrer Sachverständigen erheblichen Einfluss auf die Ausgestaltung der Grenzwerte zu nehmen. Dasselbe gilt für die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe, die sowohl vom Gesetzgeber als auch von den Gerichten zur Konfliktregulierung bei kollidierenden Wassernutzungsrechten herangezogen wurden. Die Ex-

-
- 1 Angesichts des Russland-Ukraine-Krieges seit 2022 und erhöhter Rohstoffpreise auf dem Weltmarkt gewinnt die Rohstoffsicherung als Zielgröße in der Energiepolitik wieder an Gewicht. Unter anderem erkundet das australische Bergbauentwicklungsunternehmen South Harz Potash Ltd mit seiner deutschen Tochtergesellschaft Südharz Kali GmbH im Südharz mögliche „neue“ Standorte für die Errichtung von Kalibergwerken, nachdem die DDR-Kalibergwerke dort nach der Wiedervereinigung geschlossen wurden.
 - 2 Siehe J Vogel, Ein schillerndes Kristall. Eine Wissensgeschichte des Salzes zwischen Früher Neuzeit und Moderne (Böhlau 2008).
 - 3 Vgl die Studie von J Büschenfeld, Flüsse und Kloaken. Umweltfragen im Zeitalter der Industrialisierung (1870–1918) (Klett-Cotta 1997).

pertise von Sachverständigen entwickelte sich dementsprechend schon vor der Entstehung der modernen Wissensgesellschaft zu einer wesentlichen Machtressource der Kali-Industrie. Inwiefern lässt sich vor dem Hintergrund solcher Ereignisse von einer Epistemisierung des Rechtlichen sprechen? Diese Frage soll zunächst unter Berücksichtigung verschiedener Wahrheitskonzeptionen im Recht und im Weiteren vor dem Hintergrund aktueller Debatten in den Rechts-, Geschichts- und Sozialwissenschaften über die Funktion von Expertenwissen in der Rechtsprechung⁴ und in der Politik beantwortet werden.

1. Wahrheiten im Recht: erkenntnistheoretische Annäherungen an ein rechtsgeschichtliches Spannungsfeld

Die Suche nach Wahrheit(en) bestimmt nicht nur die Erkenntnis- und Ideenlehre der Philosophie seit Menschengedenken, sondern auch die Rechtswissenschaft – als anwendungsbezogene Geisteswissenschaft – muss sich seit jeher mit dem eigenen Verhältnis zu vermeintlichen Wahrheiten innerhalb und außerhalb von Rechtsordnungen beschäftigen. Insbesondere die Naturrechtslehre bezog sich auf der Suche nach allgemeingültigen Wahrheiten im Recht auf die Idee einer objektiven und absoluten Wahrheit. Die Annahme eines unveränderlichen, ewigen und allgemeinen Naturrechts konnte nur Bestand haben, wenn auch die Existenz von allgemeingültigen und apriorisch zu gewinnenden Wahrheiten angenommen wurde.⁵ Nach der „Ära des Naturrechts“ war es im 19. Jahrhundert die Historische Rechtsschule um Friedrich Carl von Savigny und Georg Friedrich Puchta, die das vernunftbezogene Naturrecht ablehnte und in der Rechtsgeschichte sowie den Rechtsquellen mittels Rechtsauslegung nach allgemeingültigen Wahrheiten suchte.⁶ Die Historische Rechtsschule machte es der Naturrechtslehre zum

4 Aufschlussreich über die Etablierung von Experten in der Rechtsprechung der Frühen Neuzeit: C Hirschi, Skandalexperthen, Expertenskandale. Zur Geschichte eines Gegenwartsproblems (Matthes & Seitz 2018) 59–86. Den „frühmodernen Expertenstrukturen [...] [lag] ein Motivkomplex zugrunde, der an innerer Widersprüchlichkeit ebenso reich war wie jener der spätmodernen Nachfolgestrukturen“, *ibid* 69.

5 Kritisch dazu F Wieacker, Naturrecht und materielle Gerechtigkeit (1964) 19 JZ 634.

6 Umfassend zur Historischen Rechtsschule HP Haferkamp, Die Historische Rechtsschule (Klostermann 2018). Zu Savigny auch J Rückert, Friedrich Carl von Savigny. Leben und Wirken (1779–1861) (Böhlau 2015) oder ders, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny (2. Aufl, Klostermann 2022).

Vorwurf, dass sie das Recht lediglich als „philosophischen Selbstzweck“ behandle, ohne die historischen Rechtsgrundlagen, vor allem den sogenannten „Volksgeist“ als schöpferische Entstehungsgrundlage⁷ verschiedener Rechtskulturen zu berücksichtigen.⁸ Beide Rechtsschulen waren jedoch dahingehend geeint, dass „Wahrheit“ und „Wissen“ in der jeweiligen Methodenlehre als Korrelativbegriffe verwendet wurden, um mit intellektuell-hermeneutischen Verfahren zu neuen Erkenntnissen zu gelangen.⁹

Einen Wendepunkt in der Auseinandersetzung der Rechtswissenschaft mit ihren eigenen epistemologischen Grundlagen markierte das Werk Rudolf von Jherings am Ausgang des 19. Jahrhunderts. Dieser richtete die Jurisprudenz stärker an den in der Gesellschaft vorhandenen Realfaktoren der Rechtsbildung aus und ebnete damit der Interessen- und Wertungsjurisprudenz sowie langfristig der Rechtssoziologie den Weg.¹⁰ Zwischen den in der Gesellschaft vorhandenen Interessen sollte das Recht vermitteln; die Rechtswissenschaft also nicht mehr bloß – wie es Jhering der Historischen Rechtsschule unterstellte – im „juristischen Begriffshimmel“ nach dem „Schein der absoluten Wahrheit“ suchen.¹¹ Jhering wandte sich in seinem Spätwerk entschieden von der Historischen Rechtsschule und der „Volksgeistlehre“ ab und erblickte nunmehr im „Zweck“ den eigentlichen Geltungsgrund des Rechts. Für Jhering war der „Maßstab des Rechts [...] nicht [mehr] der absolute der Wahrheit, sondern der relative des Zwecks.“¹²

7 Hierzu B Lahusen, *Alles Recht geht vom Volksgeist aus: Friedrich Carl von Savigny und die moderne Rechtswissenschaft* (Nicolai 2012).

8 Näher K-L Kunz und M Mona, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die theoretischen Grundlagen der Rechtswissenschaft* (2. Aufl, utb 2015) 73.

9 Die Gemeinsamkeiten beider Rechtsschulen – die in heutigen Lehrbüchern als weitestgehend verschiedene Strömungen dargestellt werden – wurden vor allem vom Wiener Rechtspositivisten Hans Kelsen betont. Vgl H Kelsen, *Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses* (1927/28), in HR Klecatsky (Hrsg), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkel, Alfred Verdross*, Bd 1 (Steiner 2010) 198.

10 S Baer, *Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung* (3. Aufl, Nomos 2017) § 2 Rn 51. Wegweisend für die Rechtssoziologie H Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft* (Fischer 1972) sowie ders, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie* (Alber 1982). Ebenso M Rehbinder, *Abhandlungen zur Rechtssoziologie* (Duncker & Humblot 1995) sowie ders, *Rechtssoziologie* (8. Aufl, CH Beck 2014).

11 R v Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, in F Buchwald (Hrsg), *Rudolf von Jhering, Der Geist des Rechts. Eine Auswahl aus seinen Schriften* (Carl Schünemann 1965) 134.

12 R v Jhering, *Der Zweck im Recht*, Bd 1 (3. Aufl, Breitkopf & Härtel 1893) 439.

Die Methodik der späteren und auf Jherings Werk aufbauenden Interessen- und Wertungsjurisprudenz beruhte eher auf „analysierender Erfahrungspsychologie statt auf einseitig logischer Deduktion aus axiomatischen Gemeinplätzen.“¹³ Oder in Jherings Worten: „Der Bildungsprozeß des Rechts ist keine Sache der bloßen Erkenntnis wie bei der Wahrheit, sondern Sache des Kampfes der Interessen [...]“¹⁴ Anders als andere Rechtswissenschaftler seiner Zeit glaubte Jhering nicht, dass sich absolute Wahrheiten apriorisch oder hermeneutisch durch die Jurisprudenz gewinnen ließen. „Die Wahrheit“, so schrieb Jhering in der für ihn charakteristischen bildhaften Sprache, „würde dem Recht stets um einige Schritte voraus sein, ohne je eingeholt zu werden, ein Schmetterling, den ein Knabe zu haschen sucht – kaum schleicht er heran, so entfliegt er ihm wieder.“¹⁵ Akzentuierter als in anderen Rechtsschulen wurde durch Jhering und seine Mitstreiter die Wandelbarkeit der Rechts- und Sozialnormen – mithin die Veränderung von Wertebeziehungen innerhalb der Gesellschaft¹⁶ – in das Blickfeld der Rechtswissenschaft gerückt.¹⁷

Zwar verlor die Vorstellung von einer hinter dem Recht stehenden Wahrheit durch Jhering zunehmend an Bedeutung. Auf der Gegenseite formierte sich mit der Verwissenschaftlichung der Lebenswelt aber eine ebenso starke Orientierung der Jurisprudenz an den Erkenntnissen aus den Naturwissenschaften. Auch Jhering pflegte nach seiner Berufung nach Gießen freundschaftliche Beziehungen zu führenden Naturwissenschaftlern seiner Zeit und konnte sich ihren Einflüssen auf seine Terminologie und Methode nicht

13 D v Stephanwitz, *Exakte Rechtswissenschaft und Recht. Der Einfluß von Naturwissenschaft und Mathematik auf Rechtsdenken und Rechtswissenschaft in zweieinhalb Jahrtausenden. Ein historischer Grundriß* (De Gruyter 1970) 181.

14 Jhering, *Der Zweck* (Fn 12) 199.

15 *ibid* 436.

16 Ein Ansatz, Jhering für die Geschichtswissenschaft fruchtbar zu machen, bei S Ohlenforst, *Vom Sinn und Nutzen der Umweltrechtsgeschichte. Methodische Überlegungen auf Grundlage der Interessen- und Wertungsjurisprudenz* (2022) 44 ZNR 68.

17 Insbesondere auf die Beschäftigung des Soziologen Helmut Schelsky mit den sozialen Funktionen des Rechts übte Jhering einen großen Einfluss aus. Siehe dazu H Schelsky, *Über die Stabilität von Institutionen, besonders Verfassungen. Kulturanthropologische Gedanken zu einem rechtssoziologischen Thema* (1949), in ders (Hrsg), *Auf der Suche nach Wirklichkeit. Gesammelte Aufsätze* (Diederichs 1965) 49 oder ders, *Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht. Ein wissenschaftsgeschichtlicher Beitrag*, in ders (Hrsg), *Die Soziologen und das Recht. Abhandlungen und Vorträge zur Soziologie von Recht, Institution und Planung* (Springer 1980) 147–186.

entziehen.¹⁸ Im 19. Jahrhundert bestand eine tief verankerte Wissens- und Fortschrittsgläubigkeit in der Gesellschaft, infolgedessen sich der Wille zur Veränderung des Verhältnisses von Natur und Gesellschaft artikuliert. Verwissenschaftlichung lässt sich dabei verstehen als ein „Prozeß und ein Ergebnis der funktionalen Ausdifferenzierung von Wissenschaften und ihrer zunehmenden praktischen Anwendung in allen gesellschaftlichen Lebensbereichen.“¹⁹ Etwas einprägsamer ließe sich mit dem Ökonomen und Soziologen Max Weber auch von der „Entzauberung der Welt“ durch die Naturwissenschaften sprechen.²⁰ Die Naturwissenschaften produzierten auf Grundlage komplexer Induktionsschlüsse laufend neue Erkenntnisse, die den Zeitgenossen als unerschütterliche Wahrheiten galten. Es spricht Bände, dass gerade einige Vertreter der klassischen Wissenschaftssoziologie (z.B. Emile Durkheim, Karl Marx oder Karl Mannheim) die Naturwissenschaften explizit aus ihrem Untersuchungsbereich ausschlossen.²¹ Die Wissenschaft entwickelte sich unter diesen Umständen sukzessive zu einer neuen Lebensmacht, so dass der Historiker Thomas Nipperdey den Naturwissenschaftlern des 19. Jahrhunderts ein „enthusiastisches Bewußtsein von der unerhörten und neuen Macht der Wissenschaft“ attestierte.²² Insbesondere Umweltkonflikte wurden seit der sich rasch ausbreitenden Industrialisierung²³ zunehmend als Konflikte um die besseren Erkenntnisse aus den Naturwissenschaften ausgetragen. Gewiss spielte der Umweltschutz im 19. und frühen 20. Jahrhundert noch keine tragende Rolle als eigene Zielgröße in der Rechtspolitik – vor allem nicht bei der Aushandlung von Rechtskonflikten –, sondern im Mittelpunkt der

18 D Klippel, Juristischer Begriffshimmel und funktionale Rechtswelt. Rudolf von Jhering als Wegbereiter der modernen Rechtswissenschaft, in ders et al (Hrsg), Colloquia für Dieter Schwab (Giesecking 2000) 125.

19 RPohlmann, Art. „Verwissenschaftlichung“, in Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd II, U–V (Schwabe 2001) 1011.

20 M Weber, Wissenschaft als Beruf (1919), in D Kaeseler (Hrsg), Max Weber, Schriften 1894–1922 (Kröner 2002) 488.

21 G Freudenthal, Wissenssoziologie der Naturwissenschaften: Bedingungen und Grenzen ihrer Möglichkeiten, in N Stehr und V Meja (Hrsg), Wissenssoziologie (Westdeutscher Verlag 1981) 153.

22 T Nipperdey, Deutsche Geschichte 1800–1866, Bd 1, Bürgerwelt und starker Staat (CH Beck 1983) 469.

23 Ein historischer Abriss bei P Thomes, Industrie zwischen Evolution und Revolution – eine historische Perspektive, in W Frenz (Hrsg), Handbuch Industrie 4.0: Recht, Technik, Gesellschaft (Springer 2020) 1333. Zum Einfluss der Industriellen Revolution auf das öffentliche Bewusstsein und den Aufstieg der Naturwissenschaften als Lebensmacht in den Rechtswissenschaften hingegen F Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (2. Aufl, V&R 1967) 564.

Rechtsanwendung stand der billige Ausgleich gegenläufiger Nutzungsinteressen an Umweltressourcen (z.B. Wasser, Boden und Luft).²⁴ Indes erzeugten die durch die Industrialisierung hervorgerufenen Beeinträchtigungen der Umweltressourcen einen ökologischen und juristischen Regulierungsdruck,²⁵ dem vor allem die Gerichte als Rechtsanwender mit wissenschaftlich fundierten und objektiv messbaren Immissionsgrenzwerten begegnen wollten.²⁶ Hauptsächlich waren es Chemiker, die seit dem 19. Jahrhundert regelmäßig als Sachverständige bei Rechtsstreitigkeiten um Umweltressourcen in Erscheinung traten. Das Fachwissen der Chemiker war in vielen Fällen entscheidend für die Beurteilung naturwissenschaftlicher Sachverhalte. Expertenwissen spielte aber auch eine entscheidende Rolle bei der Entwicklung von Gesetzen und der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe. Interessenkonflikte um Umweltressourcen stellten deshalb immer öfter ein Ringen um die „bessere“ wissenschaftliche Expertise dar. Die Wissenschaftsfixierung der Rechtsprechung enthielt allerdings den inneren Widerspruch, dass das für Entscheidungen herangezogene Expertenwissen oftmals selbst in Abhängigkeit von bestimmten Interessen und Wertzuschreibungen stand. Dabei sollte das für Entscheidungen herangezogene Expertenwissen eigentlich ein hohes Maß an Objektivität und gesellschaftliche Konsensbildung suggerieren. In modernen Demokratien existiert heute zudem das Problem, dass das zur Legitimation von Entscheidungen herangezogene Expertenwissen vor allem bei kontroversen Zielgrößenkonflikten, die eigentlich in der Sphäre der Politik ausgetragen werden sollten, mithilfe von Relationsbegriffen oder Leitbildern

24 Kritisch zum „Diktat anthropozentrisch-egoistischer Bewertung“ K Bosselmann, *Wendzeiten im Umweltrecht. Von der Verrechtlichung der Ökologie zur Ökologisierung des Rechts* (Teil I) (1985) 18 KJ 360. Einen ausgewogenen Überblick über die Geschichte des Umweltrechts in der Periode der Frühindustrialisierung bei M Kloepfer, *Zur Geschichte des Umweltrechts* (Duncker & Humblot 1994) 30–48.

25 Den werdenden Industriestaat als Laboratorium für neue Regelungsmodelle in den Blick nehmend M Vec, *Recht und Normierung in der Industriellen Revolution. Neue Strukturen der Normsetzung in Völkerrecht, staatlicher Gesetzgebung und gesellschaftlicher Selbstnormierung* (Klostermann 2006), der entgegen dem einseitigen Narrativ der Technikbewältigung auch von einem „Technikermöglichungsrecht“ spricht.

26 Seit den 1970er Jahren – also parallel zum Aufstieg der Umweltpolitik als ein „Politikum ersten Ranges“ – lässt sich beobachten, dass, aufgrund eines besseren Zugangs zu Informationen, auch die Argumente von Umweltprotestbewegungen ein hohes Niveau an Verwissenschaftlichung im Kampf gegen Grenzwerte und Risikolasten aufweisen und damit zur Stärkung demokratischer Aushandlungsprozesse beitragen. Diese Perspektive streift am Rande F Uekötter, *Atomare Demokratie. Eine Geschichte der Kernenergie in Deutschland* (Steiner 2022).

die gesellschaftlichen Interessenkonflikte in einigen Fällen eher verschleiert, als zu ihrer demokratisch-partizipativen Aushandlung beizutragen.²⁷

2. „Umstrittene Expertise“ im Gegenwartsrecht

Insbesondere der richtungsweisende Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 23. März 2021 löste in jüngster Zeit eine Beschäftigung der Rechtswissenschaft mit der Funktion von Expertenwissen in der Rechtsprechung aus.²⁸ Obwohl der Klimabeschluss von großen Teilen der Fachöffentlichkeit positiv aufgenommen wurde,²⁹ wurde von einigen Stellen auch eine sich in dem Urteil ausdrückende, immer enger werdende Verknüpfung zwischen Politik, Expertenwissen und Verfassungsrecht kritisiert. So schreiben die Umweltrechtler Katharina und Michael Kotulla, dass sich das Gericht „nicht zuletzt bei der Würdigung des aktuellen Standes der ‚Klima‘-Wissenschaft [...] des Öfteren in seitenlangen Ausführungen [verliert], die eigentlich mit den das Ergebnis des Beschlusses tragenden Gründen nur bedingt etwas zu tun haben.“³⁰ Der Vorwurf der beiden Rechtswissenschaftler lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass das BVerfG dem Grundgesetz (GG) mittels wissenschaftlicher Expertise als Legitimationsgrundlage politisch motivierte Ziele abringen möchte, obwohl „politisch Notwendiges und Wünschbares“ aufgrund der demokratischen Legitimation eigentlich von der Politik umgesetzt werden müsste. Die „Weltrettung per Gerichtsbeschluss“³¹ – so schließen sich die

27 Kritisch zum Leitbild der Nachhaltigkeit auch E Seefried, Die Erfolgsgeschichte der Nachhaltigkeit (FAZ, 6.9.2021).

28 BVerfG (Beschluss v 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20) NJW 2021, 1723. Eine einordnende Zusammenfassung des Urteils in das Klimaschutzrecht bei W Frenz, Grundzüge des Klimaschutzrechts (2. Aufl, Erich Schmidt 2022) Rn 325–397.

29 Siehe zB G Wagner, Klimaschutz durch Gerichte (2021) NJW 2256; S Schlacke, Klimaschutzrecht – Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung (2021) NVwZ 912; M Wickel, Das Bundes-Klimaschutzgesetz und seine rechtlichen Auswirkungen (2021) 32 ZUR 332; W Frenz, Klimaschutz nach BVerfG-Beschluss und EU-Klimagesetz (2021) 10 EnWZ 201; M Beckmann, Das Bundesverfassungsgericht, der Klimawandel und der „intertemporale Freiheitsschutz“ (2021) UPR 241.

30 K Kotulla und M Kotulla, Bundesverfassungsgericht und Klimaschutz – wenn die Zukunft über die Gegenwart mitentscheiden darf (2022) 44 NuR 1, 10 auch für das Folgende.

31 K Fassbender, Der Klima-Beschluss des BVerfG – Inhalte, Folgen und offene Fragen (2021) NJW 2085, 2088.

beiden Autoren einer These des Staats- und Verwaltungsrechtlers Kurt Fassbender an – sei jedoch ein Irrweg.³² In eine ähnliche Kerbe schlägt das jüngst veröffentlichte Buch „Heile Welt in der Zeitenwende“ (2023) von Matthias Herdegen. Der Bonner Rechtswissenschaftler Herdegen geht in seiner Gegenwartsanalyse von einem neuen deutschen Idealismus aus, der von „der Wunschvorstellung einer friedlichen, ökologisch wirtschaftenden und pluralistischen Welt“ beseelt sei, weil die Wohlstandsgesellschaft „in einem Höchstmaß finanzielle Lasten für Umwelt- und Klimaschutz tragen kann.“³³ An dieser Gegenwartsdiagnose anschließend beklagt Herdegen eine sich verstetigende „Verkürzung demokratischer Entscheidungsoptionen“ durch die Rechtsprechung. Unter anderem am Beispiel des Klimabeschlusses des BVerfG legt Herdegen dar, dass Entscheidungen, die eigentlich am Ende eines demokratischen Aushandlungsprozesses von gesellschaftlichen Interessen stehen sollten – wie die CO₂-Reduktionsziele inklusive der Belastungswirkungen –, kraft „Politik durch Richterspruch“ weitgehend dem demokratischen Entscheidungsprozess entrückt seien.³⁴ Herdegens abschließendes Plädoyer für einen Einschätzungsvorrang der Politik liest sich dabei wie eine Rückbesinnung auf Jhering und die Grundsätze der Interessen- und Wertungsjurisprudenz, wonach das Recht wieder als eine Zweckordnung zum Ausgleich verschiedener Interessen (die wiederum Ausdruck soziokultureller Realitäten sind) aufgefasst werden sollte:

„Die stete Ausweitung des verfassungs- und vertragsrechtlichen Korsetts für die Politik begründet bei Bürgern und der Politik den Eindruck, dass immer mehr Grundsatzfragen schon vorentschieden sind und gar nicht mehr Thema eines demokratischen Prozesses werden. Ein wichtiges Gegenmittel zu dieser Entwicklung ist die Rückbesinnung darauf, dass der Gesetzgeber *das* Staatsorgan schlechthin für das Austragen gesellschaftlicher Konflikte und die Abwägung von Interessen, Freiheitsrechten und dem Gemeinwohl ist.“³⁵

32 Kotulla und Kotulla, Bundesverfassungsgericht und Klimaschutz (Fn 30) 10.

33 M Herdegen, Heile Welt in der Zeitenwende. Idealismus und Realismus in Recht und Politik (CH Beck 2023) 29. Eine Übertragung heutiger Gemeinwohlideale auf die Jheringsche Rechtslehre bei Ohlenforst, Vom Sinn und Nutzen (Fn 16) 87. Grundsätzlich zur Gemeinwohlorientierung im Recht auch der Sammelband H Münkler und K Fischer (Hrsg), Gemeinwohl und Gemeinwohl im Recht. Konkretisierung und Realisierung öffentlicher Interessen (Akademie 2002).

34 Herdegen, Heile Welt (Fn 33) 31, 79.

35 *ibid* 266 (Hervorhebung im Original).

In dieser Perspektive erscheint auch das von Gerichten zur Legitimation von Entscheidungen herangezogene Expertenwissen in einem problematischen Licht, wenn sich in bestimmten Milieus der Eindruck verfestigt, dass sich die Wissenschaft zu „einer demokratisch nicht legitimierten Kerninstitution der modernen Gesellschaft entwickelt habe, die autoritativ darüber entscheidet, was handlungspraktisch rational und technisch machbar, was wirtschaftlich richtig und politisch geboten ist.“³⁶ Hinsichtlich jüngster Studien von Meinungsforschungsinstituten,³⁷ die ein gestiegenes Gefühl politischer Machtlosigkeit unter den Bürgern feststellen, sollten Untersuchungen, die die Prozesse der Verwissenschaftlichung auch unter demokratietheoretischen Gesichtspunkten untersuchen, eigentlich unerlässlich sein.

Schließlich wird – gerade nach der Corona-Pandemie mit ihrer medial breiten Inszenierung von Experten als Politikberater, Krisenmanager und Multiplikatoren öffentlicher Meinung³⁸ – nunmehr verstärkt das Verhältnis von Politik und Expertise in den Blick genommen. Weber plädierte in seinem wegweisenden Essay „Wissenschaft als Beruf“ (1919) einst für eine strikte Trennung zwischen Wissenschaft und Politik, weil die Frage nach dem kulturellen Wert von wissenschaftlichen Erkenntnissen dem Primat der Politik vorbehalten sein müsse.³⁹ In der Corona-Krise⁴⁰ drängte sich der Eindruck auf, als würden selbst die größten Konturen dieser Grenzziehung allmählich verschwimmen. Folgt man dem Soziologen Alexander Bogner, dann wurden die Grenzen zwischen Wissenschaft und Politik in den letzten Jahren dahingehend aufgeweicht, als dass sich eine zunehmende „Epistemisierung des Politischen“, also eine politische Fixierung auf Wissensfragen, beobachten lasse.⁴¹ Indem gesellschaftliche Interessen- und Wertekonflikte in demokratischen Staaten oft nicht mehr als divergierende Interessenkonflikte in einer breiten Öffentlichkeit ausgetragen, sondern als Wissensfragen umdeklariert werden, wird nach Bogner abseits der Kon-

36 A Bogner, Die Epistemisierung des Politischen. Wie die Macht des Wissens die Demokratie gefährdet (Reclam 2021) 123.

37 T Petersen, Am Bürger vorbei (FAZ, 29.6.2023).

38 Kritisch zur Expertenrolle in der Corona-Krise C Hirschi, Wenn Wissenschaft zu Ideologie wird (FAZ, 8.3.2021).

39 Weber, Wissenschaft als Beruf (Fn 20).

40 Zur soziokulturellen Bedingtheit des Krisenbegriffs aus einer geschichtswissenschaftlichen Perspektive R Graf, Zwischen Handlungsmotivation und Ohnmachtserfahrung – Der Wandel des Krisenbegriffs im 20. Jahrhundert, in F Bösch et al (Hrsg), Handbuch Krisenforschung (Springer 2020) 17.

41 Bogner, Die Epistemisierung des Politischen (Fn 36) 17.

sensgemeinschaft eine breite Wissenschaftsskepsis erzeugt, die in der Gestalt von „Fake News“ oder Verschwörungserzählungen ihren Niederschlag findet.⁴² Der Jurist Klaus Ferdinand Gärditz spricht diesbezüglich auch von „einem Aufstand der Gegenauflärung“ gegen „einen wissenschaftszentrierten Rationalismus als gesellschaftliche Ordnungs idee“.⁴³ Diese Tendenz verstärkt sich je nach dem Ausmaß, in dem Wissenschaftler oder Wissenschaftsgremien und nicht mehr Politiker von den Massenmedien als die eigentlichen Entscheidungsträger in Krisenzeiten inszeniert werden. Der Schweizer Historiker Caspar Hirschi bezeichnet dieses Phänomen kongruent zu Bogners Essay als eine „Polarisierung im Modus des Wissenskonflikts“.⁴⁴ Insbesondere die Corona-Pandemie habe nach Hirschi eine „epistemische Entgrenzung der Expertenrolle“⁴⁵ gezeigt, bei der sich Expertise allzu oft mit Engagement und Aktivismus vermischt. Andererseits habe in Berufung auf jene „entgrenzte Experten“ eine „legimatorische Instrumentalisierung von Expertise“⁴⁶ seitens der Politik stattgefunden, um politische Wertentscheidungen über Rechtsgüter von Verfassungsrang in der Öffentlichkeit als wissenschaftlich begründbare und demnach äußere Sachzwänge darzustellen.⁴⁷ Eine Politik, die sich ausschließlich auf Evidenzen der Wissenschaft(en) beruft, bleibt jedoch nicht ohne Probleme. Sobald sich Politiker unter Berufung auf das Expertenwissen als Legitimitätsgrundlage aus der Verantwortung nehmen und mit einer Rhetorik der Alternativlosigkeit den „Schleier des vermeintlichen Expertenwissens“⁴⁸ über politische Wertentscheidungen legen, steigt das Risiko, dass die gesellschaftliche Akzeptanz und Autorität von Wissenschaftlern und Experten irreversiblen Schaden

42 *ibid* 39.

43 KF Gärditz, Hoflieferanten. Wie sich Politik der Wissenschaft bedient und selbst daran zerbricht (Hirzel 2023) 89.

44 C Hirschi, Expertise in der Krise. Zur Totalisierung der Expertenrolle in der Euro-, Klima- und Coronakrise, in S Büttner und T Laux (Hrsg), Umstrittene Expertise. Zur Wissensproblematik der Politik (Nomos 2021) 161, 168.

45 *ibid* 181.

46 *ibid* 178.

47 *ibid* 182: „Wer Expertise mit der Behauptung von Sachzwängen verknüpft, setzt die Werteprioritäten bestimmter Forschender absolut und verschleiert sie zugleich.“ Ähnlich argumentiert auch KF Gärditz, Wissenschaftliche Rationalität, politische Willensbildung und rechtlich-institutionelle Wissensverantwortung, in S Büttner und T Laux (Hrsg), Umstrittene Expertise. Zur Wissensproblematik der Politik (Nomos 2021) 449, 462: „Das Politische an Entscheidungen, das man verantworten müsste, wird durch einen Taschenspielertrick invisibilisiert.“

48 A Séville, „There is no alternative“. Politik zwischen Demokratie und Sachzwang (Campus 2018) 271.

nimmt. Sowohl die Corona-Pandemie als auch die Klimapolitik zeigen deshalb, dass sich gute Politik „nicht (oder nur selten) auf die richtige Lösung von Wissensfragen [beschränken lässt], und politische Konflikte [...] auch nicht mit Verweis auf wissenschaftliche Wahrheiten befrieden [lassen].“⁴⁹

3. Kalibergbau und Gewässerschutz – Rechtskonflikte um die „besseren“ Erkenntnisse aus den Naturwissenschaften

Mit Rechtskonflikten verhält es sich ähnlich; auch diese lassen sich nicht in reine Wissensfragen übersetzen und durch vermeintliche „Wahrheiten“ befrieden.⁵⁰ Zwar lässt sich aus der Geschichte keine Handlungsanweisung für die Bewältigung von Gegenwartsproblemen ableiten.⁵¹ Indes erschließt jedoch gerade die Beschäftigung mit der Rechtsgeschichte dem Betrachter ein reichhaltiges Reservoir an alternativen Lösungs- und Denkmodellen, das auf ganz unterschiedlichen Wegen einen Einfluss auf die Rechtsdogmatik⁵² nehmen oder der Selbstvergewisserung in der modernen Welt dienen

49 Bogner, Die Epistemisierung des Politischen (Fn 36) 52.

50 Ein positives Beispiel, wie der Gesetzgeber auf das Spannungsfeld zwischen Expertise und demokratischer Entscheidungsfindung reagierte, stellt hingegen das Standortauswahlgesetz (StandAG) dar, das auf der Suche nach einem Endlager für radioaktive Abfälle mit bestmöglicher Sicherheit neue Formate der Bürgerbeteiligung installierte. Mit weiteren Nachweisen U Wollenteit, Das neue Standortauswahlgesetz: Ziele, Prinzipien, Akteure und neue Beteiligungsformate (2018) 40 NuR 668.

51 Die in den Geschichtswissenschaften seit jeher geführte Debatte nach dem praktischen Nutzen der eigenen Erkenntnisse erfährt im Zuge der Gegenwarts Krisen neue Konjunktur. Hierzu jüngst M Pernau, Aus der Geschichte lernen? Die Rolle der Historiker:innen in der Krise (2020) 46 Geschichte und Gesellschaft 563; E Frie und M Meier (Hrsg), Krisen anders denken. Wie Menschen mit Bedrohungen umgegangen sind und was wir daraus lernen können (Propyläen 2023); J Renn, Die Evolution des Wissens. Eine Neubestimmung der Wissenschaft für das Anthropozän (Suhrkamp 2022). Im Diskussionsforum der Zeitschrift „Technikgeschichte“ wurde im Weiteren das Potential der Umwelt- und Technikgeschichte als „usable past“ diskutiert. Hierzu der einleitende Beitrag T Moss und H Weber, Technik- und Umweltgeschichte als ‚Usable Pasts‘. Potentiale und Risiken einer angewandten Geschichtswissenschaft (2021) 88 Technikgeschichte 367. Den praktischen Nutzen der Geschichtswissenschaft in Zweifel ziehend hingegen S Speicher, Schützt die historische Erfahrung vor politischer Verirrung? (FAZ, 9.10.2020) gegen M Brechtken, Der Wert der Geschichte. Zehn Lektionen für die Gegenwart (Siedler 2020).

52 Mit weiteren Nachweisen J Eckert, Die Krise der Rechtsgeschichte und die Frage nach ihrem Nutzen für die Theorie und die Praxis des Rechts, in ders (Hrsg), Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte (Festschrift für Hans Hattenhauer, CF Müller 2003) 121.

kann. Insofern darf sich die Geschichtswissenschaft durchaus von Gegenwartsproblemen inspirieren lassen, solange politische Interessen nicht die Methode und das Ziel der Untersuchung prägen. Ausgehend von dieser Prämisse soll untersucht werden, unter welchen Umständen die Kali-Industrie im 19. und frühen 20. Jahrhundert die Erkenntnisse von Experten gezielt als Legitimations- und Machtressource⁵³ nutzen konnte.

Zunächst wurde die Vorrangstellung der Kali-Industrie gegenüber den Nutzungsinteressen anderer Industriezweige (z.B. die durch die Salzeinleitungen beeinträchtigte Papierindustrie) und den Gewässerschutzbelangen von Städten, Gemeinden sowie Privaten durch ein Primat der Ökonomie begünstigt. Im Kaiserreich erfuhr der Abbau von Rohstoffen und damit auch die Gründung eines Kalisyndikats durch die Liberalisierung im Bergrecht weitreichende Erleichterungen.⁵⁴ Als Devisenbringer genoss die Kali-Industrie einen großen Rückhalt in der Politik, denn die Erlöse für Kali-Produkte wurden nicht durch Import-Vorleistungen gemindert. Bis zum Ersten Weltkrieg besaß Deutschland sogar ein Welthandelsmonopol für Kalisalze, das erst durch den Verlust von Elsass-Lothringen an Frankreich aufgebrochen wurde. In der Zeit nach dem Ersten Weltkrieg nutzte die Kali-Industrie geschickt ihre vorhandenen Verbindungen in die Politik und Ministerialbürokratie, um die eigenen Wirtschaftsinteressen durchzusetzen. Schon im Kaiserreich bildeten sich ganze Netzwerke von Lobbyisten, die an der Schnittstelle zwischen Politik und Wirtschaft maßgeblichen Einfluss auf die Gesetzgebung und die Wirtschaftspolitik nahmen.⁵⁵ In der Weimarer Republik galt die Kali-Industrie ungeachtet zwischenzeitlicher Absatzschwierigkeiten nach den Inflationsjahren als Schlüsselindustrie, um

53 N Stehr, *Arbeit, Eigentum und Wissen. Zur Theorie von Wissensgesellschaften* (Suhrkamp 1994) 364: „[...] Macht wird nicht, wie zum Beispiel bestimmte Wertvorstellungen, als ein dauerhaftes Element sozialen Handelns verstanden, sondern als eine Ressource, die unter eigentümlichen Umständen, die ihre Anwendung notwendig erscheinen lassen, verwendet wird.“

54 Hierzu H Westermann, *Rechtssprinzipien des Preußischen Allgemeinen Berggesetzes* (1965) 106 ZfB 122.

55 Siehe auch M Schmoeckel und M Maetschke, *Rechtsgeschichte der Wirtschaft* (2. Aufl, Mohr Siebeck 2016) Rn 744, die von einer „spezifisch deutsche[n] Gemengelage von Staat und Markt“ sprechen. Jüngst E-M Roevink und D Ziegler, *Wie organisiert war der Kapitalismus im Kaiserreich?*, in U Pfister et al (Hrsg), *Deutschland 1871. Die Nationalstaatsbildung und der Weg in die moderne Wirtschaft* (Mohr Siebeck 2021) 245.

Deutschland wieder „Wohlstand und Weltgeltung“⁵⁶ zu verschaffen. Rechtskonflikte zwischen Gewässerschutzbelangen und der Kali-Industrie wurden also in einem gesellschaftspolitischen Klima ausgetragen, das durch den damaligen Geist des „Wirtschaftsstaates“⁵⁷ bestimmt wurde. Reichsaußenminister Walther Rathenau (DDP) prägte die Worte, dass die Wirtschaft, und nicht die Politik, das Schicksal der Nation sei.⁵⁸ Die Umwelt – ganz zu schweigen von heutigen Modellen des „Umweltstaates“⁵⁹ oder Diskussionen um die Rechtssubjektivität der Natur⁶⁰ – spielte als eigene Zielgröße noch keine Rolle bei der Rechtsanwendung. Diese Erkenntnis ist nicht bloß allgemeiner Natur, denn die Rechtsanwendung als Zweig öffentlichen Handelns bleibt unauflösbar „an den Wertungsplan einer gegebenen politischen Gesellschaft gebunden [...]“⁶¹ Und ein solcher „Wertungsplan“ findet, ob bewusst oder unbewusst, notwendigerweise Eingang in die Rechtsprechung, die je nach Anwendungsbereich durch unbestimmte Rechtsbegriffe einen weiten Handlungsspielraum besitzt.

Insbesondere durch die Auslegung und Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe droht die Entscheidungskompetenz in strittigen Sachverhalten *de facto* vom Richter auf Sachverständige übertragen zu werden.⁶² Beispiele für solche unbestimmten Rechtsbegriffe im Umweltrecht der Gegenwart sind z.B. der „Stand der Technik“ oder die „allgemein anerkannten Regeln der Technik“, um ein gegenüber den Fortschritten in der Technikentwicklung dynamisches und zukunftsoffenes Recht zu schaffen.⁶³ Im Fall des Magdeburger Rechtsstreits gegen die Elbeversalzung mussten

56 So die Formulierung bei V Selle, Die Frage der Verstaatlichung der Kaliindustrie (1919) 13 Kali 51, 57.

57 Mit weiteren Nachweisen ER Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd 4, Struktur und Krisen des Kaiserreichs (Kohlhammer 1969) 973.

58 Zitiert nach L Gall, Walther Rathenau. Portrait einer Epoche (CH Beck 2009) 232.

59 Zum Begriff der Sammelband M Kloepfer (Hrsg), Umweltstaat als Zukunft. Juristische, ökonomische und philosophische Aspekte (Economica 1994).

60 Einen Überblick über die Diskussionen in den Rechtswissenschaften gibt ders, in W Kahl et al (Hrsg), Bonner Kommentar zum Grundgesetz (218. Lfg, CF Müller 2022) Art 20a Rn 102. Aus philosophischer Perspektive bejahte die Eigenrechte der Natur jüngst T Wesche, Die Rechte der Natur. Vom nachhaltigen Eigentum (Suhrkamp 2023).

61 F Wieacker, Vom Nutzen und Nachteil des Szientismus in der Rechtswissenschaft, in F Kaulbach und W Krawietz (Hrsg), Recht und Gesellschaft (Festschrift für Helmut Schelsky, Duncker & Humblot 1978) 752.

62 Ausführlich L Münkler, Expertokratie. Zwischen Herrschaft kraft Wissens und politischem Dezisionismus (Mohr Siebeck 2020) 256.

63 Mit weiteren Nachweisen M Seibel, Abgrenzung der „allgemein anerkannten Regeln der Technik“ vom „Stand der Technik“ (2013) NJW 3000.

solche flexiblen Klauseln allerdings erst durch die Gerichte selbst geschaffen werden. Die Stadt Magdeburg führte seit dem 19. Jahrhundert eine Schadensersatzklage gegen die Mansfelder Kupferschmiede und insgesamt 20 Kaliwerke an der Saale. Die Versalzung der Saale (ein Zubringer der Elbe) durch die Beklagten beeinträchtigte die Nutzungsrechte der Stadt Magdeburg zur Trinkwassergewinnung. Die Behandlung des Rechtsstreits stellte für das Landgericht Magdeburg (1909) ein großes Rechtsproblem dar, weil es bis zum Jahr 1913 noch kein Wassergesetz in Preußen gab. Die Klage der Stadt Magdeburg konnte deshalb nur als Eigentumsfreiheits- oder Abwehrklage nach dem BGB geführt werden. Gemeinwohlaspekte spielten vorerst keine Rolle; im Zuge der Klage ging es allein um den Eigentumsschaden als solchen. Das Klageobjekt wurde vom Landgericht Magdeburg auf 7 Millionen Reichsmark festgesetzt. Das Landgericht Magdeburg lehnte eine Entschädigung der Stadt Magdeburg durch die Kaliwerke nach § 906 BGB allerdings mit der Begründung ab, dass die Salzeinleitungen das „gewöhnliche“ Maß der Verunreinigung nicht überschreite.⁶⁴ Lediglich die Mansfelder Kupferschmiede musste nach den Bestimmungen des Allgemeinen Berggesetzes (ABG) einen verringerten Schadensersatz leisten. Der aus § 906 BGB hergeleitete Maßstab der „gewöhnlichen Benutzung“ wurde wohl auch durch die Jhering'sche Rechtslehre geprägt, um – zum Zweck eines privatrechtlichen Interessenausgleichs bei nachbarrechtlichen Immissionen – sozial wirksame Realitäten in die Rechtsanwendung miteinfließen zu lassen.⁶⁵ So beschäftigte sich Jhering in seinem Aufsatz „Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn“ (1863) eingehend mit der Frage nach den Schranken des Grundeigentums, um – als Reaktion auf die sich verschärfenden Immissionsprobleme im Zuge der Industrialisierung – das uneingeschränkte Eigentumsrecht in Zweifel zu ziehen.⁶⁶ Hiernach waren für Jhering Eingriffe in die Eigentumssphäre des Nachbarn nur in Ausnahmefällen zu dulden, wenn etwa das „gewöhn-

64 Landgericht Magdeburg (Urteil v 2.4.1909 betr Chemische Verunreinigung des Wassers der Stromelbe bei Magdeburg, unveröffentlicht).

65 Hierzu M Rainer, Die Immissionen: Zur Entstehungsgeschichte des § 906 BGB, in G Klingenberg et al (Hrsg), *Vestigia iuris romani* (Festschrift für Wesener, Leykam 1992) 351. Zum eher begrenzten Einfluss Jherings auf das BGB, das einen „Ausgleichsversuch zwischen mehreren Wertsystemen“ darstellte, hingegen Wieacker, *Privatrechtsgeschichte* (Fn 23) 473.

66 Siehe R v Jhering, Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn (1863) 6 *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 81.

liche Maß des Erträglichen“ nicht überschritten wurde.⁶⁷ Das Landgericht Magdeburg erkannte im Rechtsstreit um die Elbeversalzung einen solchen Ausnahmefall auf der Linie Jherings und folgte mit seinem Urteil – entgegen den Erkenntnissen aus der Hygienewissenschaft – gänzlich den Gutachtern der Kali-Industrie, die eine wesentliche Verunreinigung des Elbewassers nach dem Wortlaut des § 906 BGB abstritten. Allerdings erteilte das Oberlandesgericht Naumburg 1918 der Anwendung eines gewohnheitsrechtlichen Maßstabs zur Beurteilung der Gemeinüblichkeit – mitunter der Übertragung der Rechtsverhältnisse von kleinen Privatflüssen auf große, öffentliche und schiffbare Flüsse⁶⁸ – im Revisionsverfahren eine Absage. In der Urteilsbegründung heißt es:

„Der Maßstab des „Regelmäßigen, Gemeinüblichen“ ist, wie schon die Wortbedeutung ergibt, ein abstrakter, allgemeiner, der auf der Grundlage des Vergleichs von (möglichst vielen) Einzelercheinungen ähnlicher Art gewonnen wird. Die Vergleichbarkeit ist aber an räumliche und zeitliche Schranken gebunden. Regelmäßig, gemeinüblich ist, was der Übung entspricht, die zu einer bestimmten Zeit innerhalb einer bestimmten, mehr oder weniger eng begrenzten Gemeinschaft besteht. Schon innerhalb des nachbarlichen Bereichs oder des Kreises der Anlieger kleinerer Flüsse und für kleinere Zeiträume bietet die Beurteilung der Regelmäßigkeit und Gemeinüblichkeit große Schwierigkeiten [...].“⁶⁹

„Die Beurteilung des Regelmäßigen und Gemeinüblichen“, so begründete das Oberlandesgericht Naumburg weiter, verweise „den Richter in unerwünschtem Maß an das freie Gutachten von Sachverständigen.“⁷⁰

Obwohl das Oberlandesgericht Naumburg durchaus die Wirkung von unbestimmten Rechtsbegriffen als „Schleusenbegriffe für metajuristische

67 Näher Klippel, Juristischer Begriffshimmel (Fn 18) 126–127.

68 In der Beurteilung von gewässerverunreinigungsbedingten Schadensersatzklagen war die Vergleichbarkeit von Privatflüssen und öffentlichen Flüssen lange gängige Praxis. Hiernach kam es lediglich auf den Gemeingebrauch, nicht aber auf die Art des Gewässers an. Siehe auch Oberlandesgericht Celle (Urteil v 12.6.1913 betr Klage des Plantagenbesitzers Carl Hartmann in Lehrte gegen die Gewerkschaft Bergmannsseen in Lehrte, unveröffentlicht).

69 Oberlandesgericht Naumburg (Urteil v 20.9.1918 betr Klage der Stadt Magdeburg gegen die Mansfeldsche Kupferschmiede bauende Gesellschaft und Genossen) 28–29.

70 *ibid.*

Standards“⁷¹ anerkannte, schuf es mit der „Erträglichkeitsgrenze“ einen ähnlich dehnbaren Begriff. In Abkehr vom „abstraktwissenschaftlichen“ Begriff des „Regelmäßigen“ forderte das Oberlandesgericht Naumburg eine konkrete Erträglichkeitsgrenze, um sämtliche Gesichtspunkte und Nutzungsinteressen an der Elbe zu einem billigen Ausgleich zu bringen.⁷² Gegenüber dem gewohnheitsrechtlichen Maßstab des „Regelmäßigen“ besaß die „Erträglichkeitsgrenze“ den Vorzug, einer Interessenabwägung im Einzelfall mehr Raum zu geben. Das Oberlandesgericht Naumburg wurde damit rechtsschöpferisch tätig und entwickelte erst aus dem Prozess heraus die Bewertungsregel, um den Gewässerreinigungskonflikt zwischen der Stadt Magdeburg und der Kali-Industrie zu lösen. Die Rechtmäßigkeit der „Erträglichkeitsgrenze“ als Bewertungsmaßstab wurde in einem späteren Revisionsverfahren durch das Reichsgericht (1920) bestätigt.⁷³ Obwohl die Richter erkennbar um eine Auflösung der Verquickung von Expertise und Recht bemüht waren, waren sie bei der Beurteilung der Erträglichkeit jedoch erneut auf Wirklichkeitskonstruktionen aus „extradisziplinären Wissensbeständen“ und damit einhergehend die Expertise von Sachverständigen angewiesen.⁷⁴ Jene Wirklichkeitskonstruktionen, die in diesem Fall von Bedeutung waren – nämlich die Auswirkungen des Salzgehalts auf die Nutzungsmöglichkeit des Wassers als Trinkwasser – ließen sich nach heutigen Kategorisierungsansätzen als „transwissenschaftliches Wissen“ bezeichnen, da es aufgrund größerer Unsicherheiten und Risikoabwägungen in hohem Maße dem Einfluss von Werturteilen unterlag.⁷⁵ Die Erkenntnisse aus den Naturwissenschaften dienten auf diese Weise nicht nur als Anwendungswissen zur materiellen Weltbewältigung, sondern sie erhielten gleichsam Bedeutung für die Lösung von Rechtskonflikten. Diese „Schwachstelle“ der „Erträglichkeitsgrenze“ als Bewertungsmaßstab erkannte auch die Kali-Industrie, die von renommierten Chemikern immer wieder, und zwar möglichst öffentlichkeitswirksam, die Unbedenklichkeit der Salzabwässer beteuern ließ.⁷⁶ Dass die Kali-Industrie mit dieser Strategie erfolgreich agierte, zeigt im Ergebnis auch die vom

71 M Fehling, Das Verhältnis von Recht und außerrechtlichen Maßstäben, in H-H Trute et al (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts (Mohr Siebeck 2008) 473.

72 Oberlandesgericht Naumburg (Urteil v 20.9.1918 betr Klage der Stadt Magdeburg gegen die Mansfeldsche Kupferschmiede bauende Gesellschaft und Genossen) 45.

73 Reichsgericht (Urteil v 19.5.1920 – V 129/19) RGZ 99, 172.

74 Zur Verquickung von Recht und Expertise Münkler, Expertokratie (Fn 62) 209.

75 *ibid* 246–147.

76 Siehe zB JH Vogel, Die Abwässer aus der Kaliindustrie, ihre Beseitigung sowie ihre Einwirkung in und an den Wasserläufen (Borntraeger 1913).

Oberlandesgericht Naumburg vorgenommene Festsetzung der Erträglichkeitsgrenze für das Elbewasser bei 1,4 g Kochsalz und 0,2 g Chlorkalzium und Chlormagnesium pro Liter Wasser.⁷⁷ Obwohl das Oberlandesgericht mit der Erträglichkeitsgrenze um einen Interessenausgleich zwischen den Konfliktparteien bemüht war, bewährte sich diese Formel nicht als Instrument, um Gewässernutzungskonflikte langfristig zu befrieden. Ungeachtet der bis heute ungebrochenen Kritik am Grenzwertkonzept scheint der Gesetzgeber aber aus den Erfahrungen der Vergangenheit gelernt zu haben und setzt zumindest in einigen Verordnungen aus dem heutigen Umweltrecht auf eine verbesserte Legitimation und Akzeptanz der Grenzwerte durch neue Formate der Bürgerbeteiligung.⁷⁸ Hierdurch erhalten neben naturwissenschaftlichen Erkenntnissen die Interessen der Betroffenen (bzw. die sozialen Realitäten) gleichermaßen Eingang in die Entscheidungsfindung. Neue Formate der Bürgerbeteiligung wurden inzwischen auch für die Klimaschutzpolitik („sozialökologische Transformation“) gefordert.⁷⁹

Mit dem Magdeburger Rechtsstreit über die Versalzung des Elbewassers wurden für alle beteiligten Parteien die Chancen deutlich, die sich aus der Verwissenschaftlichung von Interessenkonflikten ergaben. Angesichts dessen überrascht es kaum, dass die Kali-Industrie auch in anderen rechtlichen Auseinandersetzungen auf die Expertise von Sachverständigen zurückgriff. Ein weiteres Beispiel dafür ist die seit 1924 vor dem Staatsgerichtshof geführte Klage der Stadt Bremen gegen Preußen, Thüringen und Braunschweig.⁸⁰ Aufgrund der Salzeinleitungen der Kaliwerke in den Territorien der beklagten Gliedstaaten sah die Stadt Bremen – die zu dieser Zeit ihr gesamtes Trink- und Brauchwasser aus der Weser schöpfte – die Wasserversorgung der eigenen Bürger und (Export-)Unternehmen (z.B. Brauereien) als gefährdet an. Zuständig für die Klage war der Staatsgerichtshof, weil es sich um eine Streitsache „nichtprivatrechtlicher Art“ zwischen souveränen Gliedstaaten handelte (Art. 108 der Weimarer Reichsverfassung). Zunächst versuchten die Beklag-

77 Aus der Literatur A Arndt, Der Ausgang des Prozesses der Stadt Magdeburg wegen Versalzung des Elbewassers gegen die Mansfelder Kupferschmiede bauende Gewerkschaft und 20 Kaliwerke (1921) 15 Kali 181.

78 Mit weiteren Nachweisen R Hender, Grenzwerte in der Praxis von Verwaltung und Gerichten, in P Janich et al (Hrsg), Chemische Grenzwerte. Eine Standortbestimmung von Chemikern, Juristen, Soziologen und Philosophen (Viley-VCH 1999) 104.

79 Vgl J Radtke und O Renn, Mehr Demokratie wagen: Kein Klimaschutz ohne Bürgerräte (2023) 68 Blätter für deutsche und internationale Politik 117–123.

80 Ausführlicher zur Vorgeschichte des Konflikts S Ohlenforst, Bremen und die Kali-Industrie im Konflikt (1918–1933). Politische, wirtschaftliche und rechtliche Aspekte einer Auseinandersetzung (2024) 76 Der Anschnitt (im Erscheinen).

ten, mit juristischen Begründungen den Rechtsstreit als eine reine Verwaltungsstreitsache darzustellen, für die der Staatsgerichtshof keine Zuständigkeit besaß. Jedoch blieb diese Strategie erfolglos. Hiernach versuchte die Kali-Industrie erneut mittels naturwissenschaftlicher Expertise die eigenen Wirtschaftsinteressen zu wahren. In diesem Fall erklärten sich vor allem dem Bergbau nahestehende Geologen wie Franz Beyschlag dazu bereit, aktiv in den Rechtsstreit einzugreifen. Mit wissenschaftlichen Gutachten sollte nachgewiesen werden, dass die Stadt Bremen auch aus Grundwasser versorgt werden könne, um die Klage allein von wirtschaftlichen Interessen (und nicht von Gemeinwohlbelangen) motiviert darzustellen.⁸¹ Hierbei lässt sich durchaus – analog zu den Konflikten der Gegenwart – von einer „Polarisierung im Modus des Wissenskonflikts“ sprechen; nicht zuletzt aufgrund der rhetorischen Schärfe, mit der die Geologen als „entgrenzte Experten“ und Interessenvertreter der Kali-Industrie zu Werke gingen. So heißt es in einer bremischen Entgegnung auf die Klagebeantwortungen von Preußen, Thüringen und Braunschweig vom 27. November 1925:

„Die verklagten Regierungen suchen aus der Schwierigkeit dadurch herauszukommen, daß der Versuch gemacht wird, Bremen mit seiner Wasserversorgung von der Weser abzudrängen. Es wird behauptet, Bremen könne sich auch ohne die Weser mit Wasser versorgen, und es wird die stillschweigende Folgerung daran geknüpft, daß es dazu auch die Pflicht habe, um das, was man als ‚freie Entwicklung‘ oder ‚Lebensnotwendigkeiten‘ der Kaliindustrie bezeichnet, zu ermöglichen.“⁸²

Die Stadt Bremen reagierte auf die Epistemisierung des Konflikts, indem sie eigene Gutachten über die Grundwasseraufschließung nicht mehr der Öffentlichkeit zugänglich machte.⁸³ Im Grunde wurden Umwelteinformativen (bzw. deren Zurückhaltung) damit schon weit vor dem Entstehen der

81 Siehe F Beyschlag, Kann Bremen sich aus Grundwasser versorgen? (Teil 1) (1924) 18 Kali 329 sowie ders, Kann Bremen sich aus Grundwasser versorgen? (Teil 2) (1924) 18 Kali 348.

82 Entgegnung der bremischen Regierung auf die Klagebeantwortungen der Regierungen von Preußen, Thüringen und Braunschweig, sowie Antwort auf Fragen des Berichterstatters beim Staatsgerichtshof v 27.II.1925, Staatsarchiv Bremen, 4.35/1, Nr 1449, o pag.

83 Hierzu die Erwiderung auf Beyschlag bei H Tjaden, Die Wasserversorgung Bremens und Herr Beyschlag (1925) 19 Kali 101.

heutigen Industrie- und Wissensgesellschaft als Machtressource genutzt.⁸⁴ Selbst als bei den Verhandlungen zwischen Bremen und der Kali-Industrie im Jahr 1927 eine außergerichtliche Einigung erzielt wurde, drängten sich einige Personen – allen voran der Chemiker Johann Heinrich Vogel – der Kali-Industrie regelrecht als „entgrenzte Experten“ auf, um den Konflikt noch vor Gericht zu gewinnen.⁸⁵ Je näher eine außergerichtliche Einigung zwischen den Parteien rückte, desto eher wurden die „entgrenzten Experten“ jedoch zu „erledigten Experten“,⁸⁶ deren dogmatisch versteifte Positionen den Einigungsprozess störten. Dies gilt auch für den Obermedizinalrat der Stadt Bremen, Hermann Tjaden, der als Gegenspieler von Vogel und Beyschlag auftrat. Der Bremer Senat beobachtete die Aktivitäten von Tjaden zunehmend kritisch, denn sein vehementes Eintreten gegen die Kali-Industrie an der Werra beeinträchtigte den Aufbau beiderseits nützlicher Handelsbeziehungen.⁸⁷ Für Bremen diente der Prozess vor dem Staatsgerichtshof primär als Druckmittel,⁸⁸ um die Kali-Industrie zu einem Entgegenkommen zu bewegen – eine Alles-oder-Nichts-Entscheidung hätte für beide Seiten ungewisse Risiken geborgen.

Für den Staatsgerichtshof spielten die Versuche der Epistemisierung ohnehin keine tragende Rolle: In einer Zwischenentscheidung vom 9. Juni 1928 erklärte der Staatsgerichtshof seine eigene Zuständigkeit und erklärte, dass der Fall wie ein quasi-völkerrechtlicher Konflikt zu behandeln sei.⁸⁹ Hiernach kam es nicht (mehr) auf eine technisch-wissenschaftliche Lösung des Problems an, sondern maßgebend waren allein die Grundsätze des Völkerrechts zur Einschränkung der Gebietshoheit,⁹⁰ wonach dem Ober- und Unterlieger das Recht auf eine gleichberechtigte Nutzung der Wasserläufe zustand. Durch

84 Zur Zurückhaltung von Umweltinformationen als Machtmittel W Hoffmann-Riem, Wissen als Risiko – Unwissen als Chance. Herausforderungen auch an die Rechtswissenschaft, in I Augsberg (Hrsg), Ungewissheit als Chance. Perspektiven eines produktiven Umgangs mit Unsicherheit im Rechtssystem (Mohr Siebeck 2009) 18.

85 Schreiben von Vogel an Heberle betr Klage beim Staatsgerichtshof v 24.11.1927, montan.dok/BBA 103/83, o pag.

86 So der Titel einer Kurzgeschichte, die den allmählichen Bedeutungsverlust eines Corona-Experten aus der Innenperspektive des Protagonisten schildert. K-H Strunk, Der erledigte Experte, in ders (Hrsg), Der gelbe Elefant (Rowohlt 2023).

87 Schreiben von Apelt an Donandt, Staatsarchiv Bremen, 4.35/1, Nr 1458, o pag.

88 Vgl Schreiben von Apelt an Donandt v 2.3.1927, Staatsarchiv Bremen, 4.35/1, Nr 1458, Bl 1–4.

89 RStGH (Entscheidung v 9.6.1928, Az: StGH 5/25) 121 RGZ 1.

90 Der Staatsgerichtshof ging bei bundestaatlichen Konflikten sogar noch von einer strengeren Einschränkung der Gebietshoheit aus, als wenn sich zwei „fremde“ Staaten gegenüberstehen würden.

diese Feststellung verlor auch das sogenannte Wesergutachten an Bedeutung, das in Kriegszeiten vom Reichsgesundheitsrat erstellt worden war und für die Stadt Bremen zu einem wichtigen Referenzpunkt im Kampf um den „richtigen“ Grenzwert wurde.⁹¹ Indem der Staatsgerichtshof die Anwendbarkeit des Völkerrechts bejahte, gab er den Konfliktparteien eine Argumentationsgrundlage für eine zügige außergerichtliche Einigung an die Hand. Eine solche Einigung wurde schließlich in langwierigen Verhandlungen dadurch erreicht, dass die Kali-Industrie die Stadt Bremen mit einem Kaliumschlagschiff an den Exportgeschäften beteiligte.⁹² Im Ergebnis gab die Stadt Bremen ihre Haltung im Konflikt um den „richtigen“ Grenzwert zugunsten einer wirtschaftlichen Beteiligung auf. Das Primat der Ökonomie als Wertungsplan der Gesellschaft kam damit zwar nicht unmittelbar in der Rechtsprechung zum Ausdruck, bestimmte aber die vom Staatsgerichtshof forcierte außergerichtliche Einigung der Konfliktparteien.⁹³

4. Ergebnis und Ausblick

Obwohl in der Forschung immer wieder von einer Ablösung der Industriegesellschaft durch die Wissens- und Informationsgesellschaft die Rede ist, zeigt der Blick auf den Umgang mit (naturwissenschaftlicher) Expertise im Recht durchaus, dass es einige Kontinuitäten in der Aushandlung

91 Kritisch zum Zustandekommen des Gutachtens Büschenfeld, Flüsse und Kloaken (Fn 3) 390: „Das ‚Abstimmungsverhalten‘ in bezug auf originär wissenschaftliche Fragestellungen verweist stattdessen auf die außerhalb der naturwissenschaftlichen Disziplinen liegenden ökonomischen und politischen Interessen, welche die Wissenschaftler im institutionellen Unterschied zur Gegenwart hier noch, sozusagen in Personalunion, mitvertreten. Dabei darf unterstellt werden, daß sich die Wissenschaftler selbst der Unwissenschaftlichkeit der von ihnen fixierten Normen kaum bewusst waren bzw. den Verfahrensverlauf kaum hinterfragten.“

92 Ausführlich Ohlenforst, Bremen und die Kali-Industrie (Fn 80).

93 Im Urteil des Staatsgerichtshofs heißt es: „Der Staatsgerichtshof ist in der Lage, auch wenn kein entsprechender Antrag gestellt wird, von sich aus über eine präjudizielle Frage, die zwischen zwei Parteien streitig und spruchreif ist, vorab zu entscheiden [...]. Während der Staatsgerichtshof eine solche Vorabentscheidung abgelehnt hat, so lange durch den Schriftwechsel der Parteien noch nicht volle Klarheit über die Tragweite des sachlichen Streitgegenstandes geschaffen war, hat er nunmehr für angezeigt erachtet, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen. Der Streitpunkt ist vor ihm in voller Ausführlichkeit verhandelt worden, und es ist anzunehmen, daß eine Entscheidung über die staatsrechtliche Grundlage des Anspruchs die Einigungsverhandlungen nicht nur nicht stören, sondern in erheblichem Grade fördern wird.“

von Umweltkonflikten seit dem 19. Jahrhundert gibt: Umweltinformationen wurden schon früh als ein Mittel der Konfliktaustragung eingesetzt und die Expertise von Sachverständigen diente schon vor der Entstehung der modernen Wissens- und Informationsgesellschaft als ein häufig genutztes, aber nicht gänzlich unproblematisches Mittel zur Konfliktbewältigung. Die Abhängigkeit der Gerichte von interessengeleiteten Gutachtern wurde gelegentlich auch von den Zeitgenossen bemängelt. Im Nachgang zu den Rechtskonflikten um das Magdeburger Elbe- und Bremer Weserwasser, am 10. Januar 1929, konstatierte etwa eine große Anfrage der SPD-Fraktion im Preußischen Landtag, dass es an einer „unabhängigen“ und „verantwortungsbewußten“ Stelle mangle, die den Gerichten und Verwaltungen mit unabhängigen Gutachten zur Hand gehe.⁹⁴ Ausgehend von den Rechtsproblemen der Vergangenheit und im Hinblick auf Problemkonstellationen der Gegenwart soll deshalb daran erinnert werden, dass die Rechtswissenschaft die Erkenntnisse aus den Naturwissenschaften stets gegen die Wertzuschreibungen und Zwecke der Gesellschaft abwägen muss, die schon die Interessen- und Wertungsjurisprudenz als das Kernelement des Rechts erachtete. Insbesondere im Magdeburger Rechtsstreit waren es nämlich eher die wertbeladenen Erkenntnisse aus den Naturwissenschaften, die – um eine Formulierung von Jhering zu gebrauchen – den „Schlüssel zur Dogmatik“ abgaben. Solche Fälle können für die Lösung von heutigen Rechtskonflikten eine Mahnung sein. Denn gerade in einer zunehmend pluralistischen Gesellschaft mit alternativen Medienangeboten und Fakten lassen sich gesellschaftliche Konflikte nicht (mehr) allein durch den Verweis auf außerrechtliche Expertise und Sachzwänge regeln. Hierüber dürfen auch Blütezeiten der Wissenschaftsemphase nicht hinwegtäuschen. Die Erkenntnisse aus den Naturwissenschaften müssen Eingang in das Recht finden – ansonsten würde sich die Rechtswissenschaft selbst dem Vorwurf der „Postfaktizität“ aussetzen –, aber sie „erübrigen dem Recht weder die Fragen noch den Umgang mit den Antworten.“⁹⁵

94 Zitiert nach dem Bericht des Deutschen Kalivereins über das Geschäftsjahr 1929, 35.

95 HF Zacher, Erhaltung und Verteilung der natürlichen Gemeinschaftsgüter – eine elementare Aufgabe des Rechts, in P Badura und R Scholz (Hrsg), Weg und Verfahren des Verfassungslebens (Festschrift für Lerche, CH Beck 1993) 118.