

Teil IV – Die rechtsstaatliche Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft

Die öffentliche Risikovorsorge in der Landwirtschaft wurde in den beiden vorangehenden Teilen in außerrechtlicher, einfachgesetzlicher, verfassungsrechtlicher und unionsrechtlicher Hinsicht untersucht. Bevor eine Gesamtwürdigung der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft als Grundprinzip des Agrarrechts erfolgt (Teil V § 12), ist für die weitere rechtsdogmatische Aufarbeitung der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft zu untersuchen, welche Anforderungen für die gesetzgeberische Wahrnehmung der herausgearbeiteten Aufträge zur öffentlichen Risikovorsorge (Teil III) bestehen und ob der Status Quo der einfachgesetzlichen Ausgestaltung (§ 4) mit Blick auf die in der Landwirtschaft vorzufindenden systemischen Risikofaktoren (§ 3) diese Anforderungen auch erfüllt. Kern der Untersuchung dieses vierten Teils ist damit die rechtsstaatliche Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft. Ausgangspunkt dessen ist die verfassungs- und unionsrechtskonforme Wahrnehmung der in Teil III herausgearbeiteten Aufträge. Hierzu ist es zunächst notwendig, die Anforderungen an die gesetzgeberische Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft herauszuarbeiten und zugleich eine kritische Bewertung des Status Quo vorzunehmen (§ 9). Diese Vorarbeit dient den abschließend vorzubringenden Maßnahmenvorschlägen zur verbesserten Umsetzung der herausgearbeiteten Anforderungen (§ 10).

§ 9: Anforderungen an die gesetzgeberische Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge sowie die Bewertung ihrer Umsetzung

Ausgangspunkt der in diesem § 9 vorzunehmenden Untersuchung sind die im dritten Teil hergeleiteten Aufträge zur öffentlichen Risikovorsorge im Verfassungs- und Unionsrecht. Ziel der Untersuchung ist es, die relevantesten und typischerweise zu beachtenden Anforderungen an die gesetzgeberische Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft herauszuarbeiten. Zusammengefasst bilden diese Anforderungen

den allgemeinen Rechtsrahmen der öffentlichen Risikoversorge in der Landwirtschaft und können den Gesetzgebern als Leitlinien dienen. Anforderungen an die gesetzgeberische Ausgestaltung finden sich aufgrund des kompetenzrechtlichen Rahmens¹²³¹ im deutschen Verfassungsrecht und im Unionsrecht. Aufgrund der Ungewissheit als feste Sachverhaltskomponente unterliegt die öffentliche Risikoversorge mehr als noch die Gefahrenabwehr den Anforderungen der rechtsstaatlich gebotenen prozeduralen Rationalität (A.). Weiter ist grundlegend zu konstatieren, dass die Aufträge des Verfassungs- und des Unionsrechts zur öffentlichen Risikoversorge in der Landwirtschaft wie sämtliche Aufträge und Rechtsgüter in einem rechtsstaatlichen multipolaren Spannungsverhältnis stehen. Daraus ergibt sich die zweite Anforderung an die Gesetzgeber, dieses Spannungsverhältnis zugunsten der Einheit der Verfassung¹²³² und des Unionsrechts¹²³³ in einem rechtsstaatlichen Abwägungsprozess aufzulösen, indem die einzelnen Aufträge und Rechtsgüter in einen möglichst schonenden¹²³⁴ bzw. verhältnismäßigen Ausgleich gebracht werden (B.). Aufgrund der starken unionsrechtlichen Prägung des Agrarrechts, treten Anforderungen für die Ausgestaltung der Gemeinsamen Agrarpolitik hinzu (C.). Ebenfalls unionsrechtliche Anforderungen ergeben sich aus dem Agrarbeihilfenrecht (D.). Die herauszuarbeitenden Anforderungen werden schließlich zu einem Anforderungskatalog zusammengefasst (E. I.). Zugleich bilden diese Anforderungen den Maßstab für eine kritische Bewertung des in § 4 erarbeiteten Status Quo einfachgesetzlicher öffentlicher Risikoversorgemaßnahmen. Anhand ausgewählter Beispiele werden mittels dieser Anforderungen jeweils Defizite der öffentlichen Risikoversorge in der Landwirtschaft aufgezeigt. Die Ergebnisse dienen sodann als Grundlage der in § 10 folgenden

1231 S. hierzu Teil I § 2 B.

1232 Vgl. *Grabitz*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des BVerfG, AöR 98 (1973), 568 (577); *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik, § 2 Rn. 72; *Ehmke*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), 53 (77 ff.).

1233 Vgl. *Terhechte*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, Art. 3 EUV Rn. 22, 25 sowie vertiefend unter Teil IV § 9 B. II. 2.

1234 *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 153; zeitgleich wurde der Begriff und das Prinzip der praktischen Konkordanz entwickelt, vgl. *Bäumlin*, Staat, Recht und Geschichte, S. 30; *Hesse*, Rezension Bäumlin, Staat, Recht und Geschichte, JZ 1963, 485 (486) damals noch „praktische Konsonanz“; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik, § 2 Rn. 72. Näheres zur praktischen Konkordanz Teil IV § 9 B. II. 1. c).

Überlegungen zur Verbesserung der gesetzgeberischen Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft.

A. Anforderungen der prozeduralen Rationalität

Die Rationalität des Rechts¹²³⁵ handelt stets von der Rationalität von Entscheidungen.¹²³⁶ Die prozedurale Rationalität¹²³⁷ bezieht sich dabei speziell auf die Art und Weise des Entscheidungsprozesses.¹²³⁸ Wie bereits im Rahmen der rechtlichen Umsetzung der Anforderungen der Risikogesellschaft an den Staat durch den Handlungsmodus in Form öffentlicher Risikovorsorge deutlich wurde,¹²³⁹ verlangt gerade das Vorsorgeprinzip als „Instrument einer rationalen Bewältigung von Risiken“¹²⁴⁰ einen hohen Grad an Rationalität^{1241,1242}. Dadurch dass die öffentliche Risikovorsorge sich als (notwendige) Ergänzung zur herkömmlichen Gefahrenabwehrdogmatik „in ungleich stärkerem Maße rechtlicher Regelung und Kontrolle“¹²⁴³ entzieht und damit in einem Spannungsverhältnis zu rechtsstaatlichen Grundsätzen steht¹²⁴⁴, sind begrenzende Anforderungen aus der prozeduralen Ra-

1235 Vgl. zur Rationalität als Verfassungsgebot, *Beutin*, Die Rationalität der Risikoentscheidung, S. 35 ff. Vgl. zum Gesetzgebungsermessen und Rationalitätsgebot *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, S. 777 ff., zur verfassungsrechtlichen Begründung S. 780 ff.

1236 *G. Calliess*, Prozedurales Recht, S. 83.

1237 Grundlegend *Eder*, Prozedurale Rationalität, *ZfRSoz* 1986, 1 (1 ff.); *Ladeur*, "Prozedurale Rationalität", *ZfRSoz* 1986, 265 (269). Vgl. weiter zum Gesetzgebungsermessen und Verfahrensrationale *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, S. 817 ff.

1238 *Ebd.* Vgl. bereits *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren (1. Aufl. 1969). Vgl. zum Risikomanagement durch Entwicklung von Entscheidungsregeln im Angesicht von Ungewissheit *Ladeur*, Risikowissen und Risikoentscheidung, *KritV* 74 (1991), 241 (248 ff.). Vgl. auch spezifisch zum Umweltrecht *Hagenah*, Neue Instrumente für eine neue Staatsaufgabe, in: Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, 487 (491).

1239 Vgl. Teil III § 6 A. II. 2. c).

1240 *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 214, 169.

1241 Vgl. hierzu ausführlich für den umweltstaatlichen Kontext *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 74 ff.

1242 *Steinberg*, Der ökologische Verfassungsstaat, S. 430 f., nimmt das Erfordernis einer Prozeduralisierung insbesondere im Risikorecht an.

1243 *Wahl/Appel*, Prävention und Vorsorge: von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung, in: *Wahl* (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, I (54).

1244 Vgl. hierzu *Calliess*, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, *DVBl.* 2003, 1096 (1099 f.); vgl. *Di Fabio*, Voraussetzung und Grenzen des umweltrechtlichen Vorsorgeprinzips,

tionalität zu ersuchen, um einem „Verfall der Rechtssicherheit“¹²⁴⁵ und einer „Vorsorge ins Blaue hinein“¹²⁴⁶ vorzubeugen.¹²⁴⁷ Vor dem Hintergrund des zugrunde liegenden ungewissen Sachverhaltes und mithin der Unmöglichkeit eines errechenbaren „richtigen Ergebnisses“ kommt der prozeduralen Rationalität in der öffentlichen Risikovorsorge eine besondere Bedeutung zu.¹²⁴⁸ Die wesentlichen Elemente der Ausgestaltung eines rationalen Entscheidungsprozesses in derartigen Situationen der Ungewissheit sind die Risikoermittlung und die Risikobewertung.¹²⁴⁹ Speziell für den Gesetzgeber tritt hinzu, dass dieser Vorsorgeziel und Vorsorgeanlass konkretisieren muss.¹²⁵⁰ Die prozedurale Rationalität dient zugleich der rationalen und mithin gerechten Untermauerung des rechtsstaatlichen Abwägungsprozesses (B.).¹²⁵¹

Hinsichtlich des Untersuchungsziels dieses Abschnitts werden im Folgenden die Anforderungen an die gesetzgeberische Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft aufgrund der prozeduralen Rationalität bereichsspezifisch konkretisiert (I.) und ihre Umsetzung im Rahmen des Status Quo bewertet (II.).

in: Kley (Hrsg.), FS Ritter, 807 (837 f.); vgl. Scholz, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG-Kommentar, Juli 2021 (95. Ergänzungslieferung), Art. 20a Rn. 10.

1245 *Wahl/Appel*, Prävention und Vorsorge: von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung, in: Wahl (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1 (54).

1246 Dies meint „eine Vorsorge ohne ausreichende Erkenntnisgrundlage“, *Di Fabio*, Voraussetzung und Grenzen des umweltrechtlichen Vorsorgeprinzips, in: Kley (Hrsg.), FS Ritter, 807 (822).

1247 Vgl. *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, S. 95 ff.; *ders.*, Voraussetzung und Grenzen des umweltrechtlichen Vorsorgeprinzips, in: Kley (Hrsg.), FS Ritter, 807 (820); vgl. *Stoll*, Sicherheit als Aufgabe, S. 325; vgl. *Appel/Mielke*, Strategien der Risikoregulierung, S. 62 ff.

1248 Vgl. *Appel/Mielke*, Strategien der Risikoregulierung, S. 68 f. in Bezug auf den Risked-Based-Approach und mit einem Vergleich zur angloamerikanischen Rechts-tradition.

1249 Statt vieler *Beutin*, Die Rationalität der Risikoentscheidung, S. 228 ff.

1250 Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 11.11.1999, Az. 2 BvF 2, 3/98, 1, 2/99 (= BVerfGE 101, 158 (217 f.)).

1251 Vgl. im Umkehrschluss aus dem in Deutschland vorzufindenden „Irrationalitätsverdacht“ der Abwägung *Ramadori*, Die Abwägung von Freiheit und Sicherheit, S. 23, 71 ff.

I. Konkretisierung der Anforderungen an die gesetzgeberische Ausgestaltung aufgrund der prozeduralen Rationalität

Für die Konkretisierung der Anforderungen, die sich aus der prozeduralen Rationalität ergeben, sind das Erfordernis der Definition des Vorsorgeziels als Grundlage des konkreten Vorsorgeanlasses durch den Gesetzgeber (1.) sowie die Risikoeermittlung (2. a)) und die Risikobewertung (2. b)) von Bedeutung.

1. Erfordernis der Definition des Vorsorgeziels als Grundlage des konkreten Vorsorgeanlasses durch den Gesetzgeber

Bei der gesetzgeberischen Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge trägt die Definition des Vorsorgeziels und des konkreten Vorsorgeanlasses¹²⁵² zur prozeduralen Rationalität bei.¹²⁵³ Kernelement der vorsorgenden Gesetzgebung ist die Prioritätensetzung in Form einer Vorsorgezieldefinition.¹²⁵⁴ Die auf das jeweilige Schutzgut angepasste und normierte „Zielrangordnung“ ermöglicht die Berücksichtigung der begrenzten Ressourcen, die zur Verwirklichung der Vorsorgemaßnahme zur Verfügung stehen, und bietet darüber hinaus Rechtssicherheit im Hinblick auf „tagespolitisch motivierte und damit oftmals willkürliche Vorsorgemaßnahmen“.¹²⁵⁵ Inso-

1252 Der konkrete Vorsorgeanlass ist als derjenige Vorsorgeanlass zu verstehen, an den in der einfachgesetzlichen Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge die Rechtsfolge der Norm geknüpft ist. Die vorliegende Untersuchung begrenzt sich jedoch auf den abstrakten Vorsorgeanlass, vgl. Teil III § 6 B. II.

1253 Vgl. *Rehbinder*, in: Hansmann/Sellner (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 3. Kapitel Rn. 34 f.

1254 *Ossenbühl*, Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz, NVwZ 1986, 161 (167); vgl. *Wahl/Appel*, Prävention und Vorsorge: von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung, in: Wahl (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1 (126 ff.); vgl. *Di Fabio*, Voraussetzung und Grenzen des umweltrechtlichen Vorsorgeprinzips, in: Kley (Hrsg.), FS Ritter, 807 (827 f.); vgl. *Rehbinder*, in: Hansmann/Sellner (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 3. Kapitel Rn. 35; *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 236; *Appel/Mielke*, Strategien der Risikoregulierung, S. 107. Vgl. auch *Wilke*, Die Steuerungsfunktion des Staates aus systemtheoretischer Sicht, in: Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, 685 (706 f.): „Den wesentlichen kontextuellen Parameter, den das politische Funktionssystem beizutragen hat, ist eine Entscheidungsleistung: nämlich die Definition des ‚öffentlichen Interesses‘ hinsichtlich einer zum politischen Problem gewordenen Frage.“

1255 *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 237. Vgl. weiter *Ossenbühl*, Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz, NVwZ 1986, 161

weit kann ein Vergleich zum bundesverfassungsgerichtlichen Urteil zum Maßstäbengesetz gezogen werden. Hiernach sind die verfassungsrechtlichen Vorgaben einfachgesetzlich zu konkretisieren.¹²⁵⁶ Dabei muss ein solches Maßstäbengesetz so ausgestaltet sein, dass es zwar die verfassungsrechtlichen Vorgaben tatbestandlich langfristig konkretisiert, aber zugleich so offen ist, dass eine Aktualisierung der konkreten Maßstabbildung im Einzelfall möglich bleibt.¹²⁵⁷ Durch eine derartige Ausgestaltung werden der Exekutive für den konkreten Einzelfall zu verfolgende und zu berücksichtigende Zielvorgaben gemacht.¹²⁵⁸ Durch eine derartige „rational-planmäßige“ Gesetzgebung wird „die Erstzuständigkeit des Gesetzgebers bei der Verfassungsinterpretation“ gewahrt.^{1259,1260}

In Bezug auf die öffentliche Risikovorsorge in der Landwirtschaft bedeutet dies, dass für die prozedurale Rationalität vor allem eine einfachgesetzliche Konkretisierung des Vorsorgeziels des materiell-verfassungsrechtlichen und materiell-primärrechtlichen Auftrags zur öffentlichen Risikovorsorge zu erfolgen hat. Dadurch dass das Vorsorgeziel der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft (die Erhaltung der dauerhaften und nachhaltigen Funktionsfähigkeit landwirtschaftlicher Produktionsstrukturen in

(167); *Wahl/Appel*, Prävention und Vorsorge: von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung, in: Wahl (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1 (127); vgl. zum Begründungsgebot der Abwägung *Di Fabio*, Voraussetzung und Grenzen des umweltrechtlichen Vorsorgeprinzips, in: Kley (Hrsg.), FS Ritter, 807 (820 (827 f.)).

1256 *BVerfG*, Urt. v. 11.11.1999, Az. 2 BvF 2, 3/98, 1, 2/99 (= *BVerfGE* 101, 158 (214 f.)).

1257 *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 236, 241 f.

1258 *BVerfG*, Urt. v. 11.11.1999, Az. 2 BvF 2, 3/98, 1, 2/99 (= *BVerfGE* 101, 158 (217)).

1259 *BVerfG*, Urt. v. 11.11.1999, Az. 2 BvF 2, 3/98, 1, 2/99 (= *BVerfGE* 101, 158 (217 f.)).

1260 Darüber hinaus kann im Rahmen des Aufgabenwahrnehmungsmodus der Gewährleistungsverantwortung die Entwicklung von geeigneten Informations- und Kommunikationsregeln, um dem Handlungswissensverlust durch Wahrnehmung der Aufgabe durch die landwirtschaftlichen Betriebe abzuschwächen und vorzubeugen, zur prozeduralen Rationalität beitragen. Vgl. *Vofskuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, *VVDStRL* 62 (2003), 266 (308), der einen institutionalisierten Prozess kollektiven Lernens für erforderlich hält. Vgl. zum Lernprozess des Verwaltungsrechts als „Anknüpfungspunkt zur Sicherung von Flexibilität und Innovationsoffenheit“ des Verwaltungsrechts *Hoffmann-Riem*, Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 9 (63 ff.). Zum notwendigen Steuerungs- und zugehörigen Lernprozess *Eifert*, Regulierte Selbstregulierung und die lernende Verwaltung, *DV Beiheft* 4, 137 (140 ff.). Zur Nutzung der Erfahrungen im privatwirtschaftlichen Risikomanagement *Appel/Mielke*, *Strategien der Risikoregulierung*, S. 62.

Form leistungsfähiger Betriebe, die die Ernährung und den Erhalt der Kulturlandschaft zum Zwecke der Nahrungsmittelerzeugung sicherstellen¹²⁶¹) den gesamten Bereich der Landwirtschaft umfasst, bietet es sich an, ein allgemeines Vorsorgeziel in Form eines Leitbildes zu verfassen, statt es mit Blick auf die in § 4 aufgezeigte Vielzahl und Periodizität in jeder Norm der öffentlichen Risikovorsorge einzeln aufzunehmen. Dabei verbleibt die Bindungswirkung gegenüber dem Gesetzgeber freilich allein bei den materiell-verfassungsrechtlichen und materiell-primärrechtlichen Aufträgen. Die einfachgesetzliche Konkretisierung dient ausschließlich der prozeduralen Rationalität.

2. Anforderungen an die Bestimmung des Vorliegens eines Vorsorgeanlasses durch Risikoermittlung und Risikobewertung

Zwar existiert eine abstrakte Definition des Vorsorgeanlasses¹²⁶², jedoch ist die konkrete Bestimmung des Vorliegens des konkreten und auch des abstrakten Vorsorgeanlasses immer eine Frage des konkreten Einzelfalles.¹²⁶³ Diese Bestimmung richtet sich zunächst nach der Risikoermittlung, bei der es gilt jegliche Erkenntnisquellen über die maßgeblichen Risikoinformationen auszuschöpfen, und in einem zweiten Schritt nach der Bewertung der ermittelten Risikofaktoren.¹²⁶⁴ Beides dient als Grundlage für die normativ-dezisionistische Wertungsentscheidung¹²⁶⁵, ob und in welcher Weise Risikovorsorge vorgenommen werden soll. Die prozedurale Rationalität der Bestimmung des Vorsorgeanlasses stützt sich demnach auf ein objektives Element der Risikoermittlung und ein subjektives Element der Risikobewertung.¹²⁶⁶

1261 Vgl. insbesondere Teil III § 6 B. I. 3. d) und § 8.

1262 Vgl. Teil III § 6 A. III. 2.

1263 Vgl. *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 211.

1264 *Beutin*, Die Rationalität der Risikoentscheidung, S. 228 ff.; *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 214, 218; vgl. *Stoll*, Sicherheit als Aufgabe, S. 325. *Appel/Mielke*, Strategien der Risikoregulierung, S. 103 f., untersuchen die Übertragung des Risked-Based-Approach auf das Vorsorgeprinzip (S. 153 ff.). Vgl. auch *Di Fabio*, Voraussetzung und Grenzen des umweltrechtlichen Vorsorgeprinzips, in: *Kley* (Hrsg.), FS Ritter, 807 (820 ff.), der die Ausschöpfung aller zugänglichen Erkenntnisquellen als immanente Grenze des Vorsorgeprinzips einordnet.

1265 Vgl. *Appel/Mielke*, Strategien der Risikoregulierung, S. 103 f.; *Wahl/Appel*, Prävention und Vorsorge: von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung, in: *Wahl* (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1 (90).

a) Risikoermittlung

Anforderungen an die jeweilige gesetzgeberische Tätigkeit bestehen hinsichtlich der zugehörigen Entscheidungsgrundlagen. Diese müssen wissenschaftsbasiert sein.¹²⁶⁷ Der Gesetzgeber muss hierbei verfügbare Erkenntnisquellen nach dem Stand der Wissenschaft und Technik ausschöpfen¹²⁶⁸ und eine Datenbasis schaffen, die den Stand von Wissenschaft und Technik und alle relevanten Faktoren abbildet.¹²⁶⁹ Hierbei bedient sich die öffentliche Hand an einer ausgewogenen, pluralistischen und differenzierten Zusammensetzung wissenschaftlicher Erkenntnisquellen.¹²⁷⁰ Es besteht allerdings keine Erhebungs- oder Untersuchungspflicht der öffentlichen Hand.¹²⁷¹ Die Risikoermittlung entspricht vielmehr dem Einholen oder Zusammentragen der außerhalb der Rechtswissenschaft liegenden bereits erforschten wissenschaftlichen Erkenntnisse.¹²⁷² Zu berücksichtigen sind neben wissenschaftlichen Tatsachenerkenntnissen auch wissenschaftlich plausible theoretische Überlegungen.¹²⁷³ Aufgrund der stets vorliegenden Komponente „Ungewissheit“ kann es nicht auf einen Beweis des Vorliegens eines

-
- 1266 Vgl. *Wahl/Appel*, Prävention und Vorsorge: von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung, in: Wahl (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1 (109); vgl. *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 214.
- 1267 *Appel/Mielke*, Strategien der Risikoregulierung, S. 66 f.; vgl. *Scherzberg*, Risikomanagement vor der WTO, ZUR 2005, 1 (3). Vgl. in Bezug auf die Exekutive *BVerwG*, Urt. v. 19.12.1985, Az. BVerwG 7 C 65.82 – *Why!* (= BVerwGE, 72, 300 (315)). Vgl. zur Wissenschaftsbezogenheit staatlicher Risikoregulierung *Klafki*, Risiko und Recht, S. 24 f.
- 1268 *BVerfG*, Urt. v. 28.5.1993, Az. 2 BvF 2/90 – Schwangerschaftsabbruch II (= BVerfGE 88, 203 (254)); *BVerfG*, Kammerbeschl. v. 18.2.2010, Az. 2 BvR 2502/08 (= NVwZ 2010, 702 (passim)); *Wahl/Appel*, Prävention und Vorsorge: von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung, in: Wahl (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1 (110); vgl. *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 215 f., der hierin ein Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und des Willkürverbotes sieht.
- 1269 *BVerfG*, Kammerbeschl. v. 18.2.2010, Az. 2 BvR 2502/08 (= NVwZ 2010, 702 (passim)); vgl. *Wahl/Appel*, Prävention und Vorsorge: von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung, in: Wahl (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1 (110).
- 1270 *Wahl/Appel*, Prävention und Vorsorge: von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung, in: Wahl (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1 (110); vgl. *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 217.
- 1271 In Bezug auf Art. 191 AEUV *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 215.
- 1272 *BVerfG*, Kammerbeschl. v. 18.2.2010, Az. 2 BvR 2502/08 (= NVwZ 2010, 702 (705)); *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 216.
- 1273 Vgl. *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 216.

Vorsorgeanlasses ankommen,¹²⁷⁴ vielmehr reichen „begründete Anzeichen für eine Schadenseignung“ und wissenschaftlich plausible Anhaltspunkte aus.¹²⁷⁵ In Bezug auf die öffentliche Risikovorsorge in der Landwirtschaft bedeutet dies, dass derartige wissenschaftliche Daten zu den systemischen Risikofaktoren und ihren Auswirkungen einzubeziehen sind.¹²⁷⁶

b) Risikobewertung

Der Risikoermittlung folgt sodann die Risikobewertung. Letztere obliegt nicht den Wissenschaftler:innen, sondern dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber,¹²⁷⁷ denn: „Die Definition, Bewertung und Abwägung von Risiken und Chancen ist [...] ein soziales Konstrukt.“¹²⁷⁸ Diese Erkenntnis ist elementar für die Auseinandersetzung mit der öffentlichen Risikovorsorge. Eine Reduktion der Risikobewertung auf das von Expert:innen berechenbare quantitative Risiko (materielle Risikobewertung), trägt den (risiko-)gesellschaftlichen¹²⁷⁹ Vorstellungen von Risiko (immaterielle Risikobewertung)¹²⁸⁰ nicht genügend Rechnung.¹²⁸¹ Die Risikobewertung entspricht der bereits erläuterten normativ-dezisionistischen Wertungsentscheidung, ab wann trotz Ungewissheit öffentliche Risikovorsorge gewollt ist, sodass auf

1274 Vgl. zum unionsrechtlichen Vorsorgeprinzip *Schmitz*, Die Europäische Union als Umweltunion, S. 172 f.; vgl. *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 215.

1275 *Jaeckel*, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik, S. 296; *Wahl/Appel*, Prävention und Vorsorge: von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung, in: *Wahl* (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1 (124); *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 215.

1276 Vgl. zur „möglichst weitgehenden Benennung“ der Risikofaktoren und damit zusammenhängender Probleme *Appel/Mielke*, Strategien der Risikoregulierung, S. 65 f.

1277 *Wahl/Appel*, Prävention und Vorsorge: von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung, in: *Wahl* (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1 (110 f.).

1278 *Scherzberg*, Risikomanagement vor der WTO, ZUR 2005, 1 (5).

1279 Vgl. Teil III § 6 A. II. 2. b).

1280 Vgl. zur gesellschaftlichen Risikowahrnehmung *Wahl/Appel*, Prävention und Vorsorge: von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung, in: *Wahl* (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1 (107 ff.).

1281 *Jung*, Der Risikobegriff in Wissenschaft und Gesellschaft, Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz 46 (2003), 542 (548); *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 218; *Wahl/Appel*, Prävention und Vorsorge: von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung, in: *Wahl* (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1 (111).

die dortigen Ausführungen und Kriterien verwiesen werden kann.¹²⁸² Mit Blick auf die Anforderungen der prozeduralen Rationalität an die gesetzgeberische Ausgestaltung der öffentlichen Risikoversorge ist ein rechtsstaatlicher Abwägungsprozess zu fordern (dazu sogleich unter B.), der transparent ist und sich an den aufgestellten Kriterien¹²⁸³ orientiert.¹²⁸⁴ Insofern besteht für die gesetzgeberische Ausgestaltung öffentlicher Risikoversorge-maßnahmen im Allgemeinen die Anforderung, geeignete verfahrensrechtliche Absicherungen oder Vorgaben für die Kriterienberücksichtigung zu implementieren.¹²⁸⁵ Hierin zeigt sich ebenso das Erfordernis der Determinierung des Vorsorgeziels.¹²⁸⁶

1282 Vgl. Teil III § 6 A. II. 2. c). Zu den Kriterien zählen die Ranghöhe des Rechtsguts, das Schadensausmaß (zu berücksichtigen: Summations-, Langzeit-, und Distanzschäden), Irreversibilität, gesteigerte Dynamiken, Kosten-Nutzen-Analyse.

1283 Teil III § 6 A. II. 2. c).

1284 *Breuer*, Probabilistische Risikoanalysen und Gentechnikrecht, NuR 1994, 157 (160 ff.); *Wahl/Appel*, Prävention und Vorsorge: von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung, in: *Wahl* (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1 (111); *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 218 f.; vgl. zur Risikobewertung durch die Exekutive *Wahl*, Risikobewertung der Exekutive und richterliche Kontrolldichte, NVwZ 1991, 409 (414).

1285 *Trute*, Vorsorgestrukturen und Luftreinhalteplanung im BImSchG, S. 86 ff.; vgl. *Ladeur*, Risikowissen und Risikoentscheidung, KritV 74 (1991), 241 (248 ff.); vgl. *Preuß*, Risikoversorge als Staatsaufgabe, in: *Grimm* (Hrsg.), Staatsaufgaben, 523 (543 ff.); vgl. *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 222; *Calliess*, Rechtsstaat und Vorsorgestaat, JRE 21 (2013), 3 (16); *Scherzberg*, Risiko als Rechtsproblem, VerwArch 84 (1993), 484 (506); vgl. *Wahl/Appel*, Prävention und Vorsorge: von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung, in: *Wahl* (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1 (47); vgl. *Hagenah*, Neue Instrumente für eine neue Staatsaufgabe, in: *Grimm* (Hrsg.), Staatsaufgaben, 487 (511 ff.). Vgl. Definition prozeduralen Rechts bei *G. Calliess*, Prozedurales Recht, S. 176: Als prozedurales Recht im engeren Sinne sollen daher nur solche formellen Rechtsvorschriften über Kompetenz, Organisation, Form und Verfahren verstanden werden, die als Regeln über die Entscheidung materieller Fragen die Rationalität dieser Entscheidungen gewährleisten oder zumindest fördern.“ Vgl. zur Risikobewertung durch die Exekutive *Wahl*, Risikobewertung der Exekutive und richterliche Kontrolldichte, NVwZ 1991, 409 (414). Vgl. zu Zulassungsverfahren *Köck*, Risikoversorge als Staatsaufgabe, AöR 121 (1996), 1 (21).

1286 *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 221, zeigt auf, dass je bestimmter die für die Wertung herangezogene Zielvorgabe ist, desto besser und leichter gelingt die subjektive Risikobewertung.

II. Die Bewertung des Status Quo der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft hinsichtlich der Anforderungen der prozeduralen Rationalität

Für die Bewertung des Status Quo der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft werden im Folgenden das Fehlen eines Leitbildes als Grundlage für die Definition des Vorsorgeanlasses (1.) und die Direktzahlungen (2.) hinsichtlich der Erfüllung der Anforderungen der prozeduralen Rationalität untersucht.

1. Das Fehlen eines Leitbildes als Grundlage für die Definition des Vorsorgeanlasses

Aus der prozeduralen Rationalität ergibt sich das Erfordernis, das Vorsorgeziel zu definieren.¹²⁸⁷ Im Bereich der öffentlichen Risikovorsorge bietet es sich an, das Vorsorgeziel, die Erhaltung der dauerhaften und nachhaltigen Funktionsfähigkeit landwirtschaftlicher Produktionsstrukturen in Form leistungsfähiger Betriebe, die die Ernährung und den Erhalt der Kulturlandschaft zum Zwecke der Nahrungsmittelerzeugung sicherstellen, als ein allgemeines Leitbild zu normieren. Wie bereits in § 6 dargestellt, existiert kein gesetzliches Leitbild für die Landwirtschaft,¹²⁸⁸ sodass diesbezüglich ein Defizit in der gesetzgeberischen Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge ausgemacht werden kann.

2. Mangelnde prozedurale Rationalität im Rahmen der Direktzahlungen

Eine defizitäre Umsetzung der Anforderungen der prozeduralen Rationalität ist im Rahmen der Ausgestaltung der flächenbezogenen Direktzahlungen zu erblicken. Die Einführung der Direktzahlungen ist in einem

1287 *Ossenbühl*, Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz, NVwZ 1986, 161 (167); vgl. *Wahl/Appel*, Prävention und Vorsorge: von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung, in: *Wahl* (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, I (126 ff.); vgl. *Di Fabio*, Voraussetzung und Grenzen des umweltrechtlichen Vorsorgeprinzips, in: *Kley* (Hrsg.), FS Ritter, 807 (827 f.); *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 236; *Appel/Mielke*, Strategien der Risikoregulierung, S. 107.

1288 Teil III § 6 B. I. 3. c) aa) (2) (b). Dort auch zu den negativen Folgen des Fehlens eines Leitbildes.

engen Zusammenhang mit den Überschussproduktionen auf dem Agrarmarkt und dem internationalen Druck der WTO zu sehen.¹²⁸⁹ Vor diesem Hintergrund wurde beginnend mit der *MacSharry*-Reform (1992) die bis dahin geltende produktgekoppelte Stützungsolitik umgestaltet.¹²⁹⁰ Die Direktzahlungen sind als direkte Einkommensbeihilfe konzipiert und tragen in dieser Form zur Einkommensstabilisierung bei.¹²⁹¹ Bei ihrer Einführung sollte durch sie ein Ausgleich für die politikwechselbedingten Preisreduzierungen geschaffen werden.¹²⁹² Bezüge zur vorliegend erarbeiteten Dogmatik der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft lassen sich derart herstellen, als dass damals in den politikwechselbedingten Preisreduzierungen der systemische Risikofaktor der rechtlichen Rahmenbedingungen zu sehen war und die Einkommensstabilisierung eines der in § 4 herausgearbeiteten Risikovorsorgeelemente darstellt. Der systemische Risikofaktor der rechtlichen Rahmenbedingungen kann dreißig Jahre später hingegen nicht mehr angenommen werden.¹²⁹³ Teilweise wird im Sinne einer Anpassung an gegenwärtige Verhältnisse auf Beeinflussungen des Einkommens durch Ertrags- oder Preisschwankungen verwiesen.¹²⁹⁴ Durch die Direktzahlungen erhalten die Betriebsinhaber:innen pro Hektar im Jahr eine Einkommensgrundstützung für Nachhaltigkeit (vormals Basisprä-

1289 Vgl. *Martinez*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 40 AEUV Rn. 67, 69; *Norer*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Art. 40 AEUV Rn. 17; *Priebe*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, Art. 38 AEUV Rn. 6 ff.

1290 *Martinez*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 40 AEUV Rn. 67 ff.; *Priebe*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, Art. 38 AEUV Rn. 6; *Härtel*, in: Ruffert (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, § 7 Rn. 43 f.; *Härtel*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 40 AEUV Rn. 21.

1291 *Martinez*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 40 AEUV Rn. 66; *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft, April 2011, S. 27.

1292 *Priebe*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, Art. 40 AEUV Rn. 66; *Norer*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Art. 40 AEUV Rn. 17.

1293 Ebenso *Cordier*, Comparative Analysis of Risk Management Tools supported by the 2014 Farm Bill and the CAP 2014-2020, Dezember 2014, S. 13: „die Stützung der landwirtschaftlichen Einkommen und das Risikomanagement [werden] oft für ein und dasselbe gehalten und verwechselt [...]. Diese Verwechslung geht bei den Direktzahlungen weiter, die bisweilen fälschlicherweise als Risikomanagementinstrument betrachtet werden.“

1294 *Martinez*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 40 AEUV Rn. 66.

mie) in Höhe von ca. 156 Euro.¹²⁹⁵ Die Höhe der Einkommensgrundstützung für Nachhaltigkeit richtet sich dabei allerdings nicht nach der Risikoexposition der landwirtschaftlichen Betriebe.¹²⁹⁶ Zugleich erfolgt weder eine Orientierung an Einkommensvolatilitäten oder Einkommensverlusten noch an Ertrags- oder Preisvolatilitäten.¹²⁹⁷ Aufgrund dessen können die Direktzahlungen nur für tatsächlich von systemischen Risikofaktoren betroffene landwirtschaftliche Betriebe den risikofaktorsteuernden Effekt der Einkommensstabilisierung generieren und insofern für nicht betroffene landwirtschaftliche Betriebe nicht als öffentliche Risikovorsorgemaßnahme begriffen werden.¹²⁹⁸ Mit Blick auf die Anforderungen der prozeduralen Rationalität ist daher aufgrund mangelnder Risikoermittlung und Risikobewertung eine defizitäre Ausgestaltung der Direktzahlungen¹²⁹⁹ festzustellen. Diese mangelnde Orientierung an systemischen Risikofaktoren oder

1295 Wert für 2023, vgl. GAP-Strategieplan für die Bundesrepublik Deutschland, Version 2.0, S. 408.

1296 *Offermann/Efken/Ellßel/Hansen/Klepper/Weber*, Ausgewählte Instrumente zum Risikomanagement in der Landwirtschaft, Thünen Working Paper 72, April 2017, S. 43; *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft, April 2011, S. 27.

1297 Vgl. *Cordier*, Comparative Analysis of Risk Management Tools supported by the 2014 Farm Bill and the CAP 2014-2020, Dezember 2014, S. 21; *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Für eine gemeinwohlorientierte GAP der EU nach 2020, April 2018, S. 34; *Martinez*, Kartellrecht und Agrarrecht, NZKart 2018, 245 (245).

1298 *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft, April 2011, S. 21 f., 27; vgl. hierzu und zur ökonomischen Unnachhaltigkeit der Direktzahlungen *Poppe*, Nachhaltige Landwirtschaft und ökonomisches Risiko, in: Fang/Martinez/Qi (Hrsg.), Nachhaltigkeit und Landwirtschaft in China und Deutschland, 171 (180 ff.). Vgl. bereits *Weinschenck*, Risikovorsorge und ökologische Qualität, in: Harnstein/Priebe/Köpke (Hrsg.), Braucht Deutschland seine Bauern noch?, 93 (94), der 1997 den Direktzahlungen allein im Hinblick auf die Anpassungs- und Umstellungskosten als gerechtfertigt ansieht und davor warnt sie als „Dauer-einrichtung“ zu etablieren.

1299 Ob sie ihre Daseinsberechtigung durch das Cross-Compliance-System oder einer mit der GAP-Reform 2023 erfolgten stärkeren Kopplung an Umweltmaßnahmen begründet, ist umstritten. Diskussionsansätze: *Belger*, Das Agrarbeihilfenrecht, S. 114 f; *Martinez*, Landwirtschaft und Wettbewerbsrecht, EuZW 2010, 368 (371 f.); *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Für eine gemeinwohlorientierte GAP der EU nach 2020, April 2018, S. 26 ff.

Bedürftigkeit¹³⁰⁰ führt darüber hinaus zu Überwälzungseffekten auf Boden-eigentümer:innen, Lohneinkommen sowie Input- und Produktpreise.¹³⁰¹ Anders verhielt es sich in der Förderperiode 2014-2022 hingegen, wenn die Auszahlung der Direktzahlungen schadensbedingt vorgezogen wurde (vgl. Art. 69 Abs. 3 Verordnung (EU) Nr. 1307/2013, Art. 75 Abs. 3 Verordnung (EU) Nr. 1306/2013). Insoweit lag zumindest in Teilen eine rationale Kopp- lung an bestimmte systemische Risikofaktoren vor. In der Förderperiode 2023-2027 ermöglicht Art. 19 GAP-Strategieplan-VO, dass 3 % der einem landwirtschaftlichen Betrieb zu gewährenden Direktzahlungen als Beitrag des landwirtschaftlichen Betriebs einem Risikomanagement zugeteilt wer- den und insoweit ein – wenn auch minimaler – mittelbarer Bezug zu systemischen Risikofaktoren entsteht. Deutschland macht von dieser Mög- lichkeit allerdings keinen Gebrauch und begründet dies zum einen mit dem Eingriff in die Autonomie des landwirtschaftlichen Betriebes, „ein aus seiner Sicht adäquates und individuelles Risikomanagement auszuwählen“, und zum anderen damit, dass ein Anteil von 3 % der Direktzahlungen (max. 10 Euro/ha) „kein hinreichender Betrag“ sei, „um einen umfassenden Versicherungsschutz zu finanzieren“.¹³⁰²

B. Anforderungen multipolarer Verfassungsrechtsverhältnisse: Das Erfordernis eines rechtsstaatlichen Abwägungsprozesses

Die Erkenntnis, dass gleichrangige Rechtsgüter und Aufträge stets in einem rechtsstaatlichen multipolaren Spannungsverhältnis zueinanderstehen, ist grundlegend für die Überlegungen der Untersuchungen dieses Abschnitts. Bereits die Darstellung der *Justitia*, die in ihrer Hand eine Balkenwaage hält, zeigt, dass eine wesentliche Aufgabe des Rechts die Abwägung un- terschiedlich wiegender Rechtsgüter ist.¹³⁰³ Damit dient das Recht dem

1300 Vgl. zur zwingenden Prüfung der Bedürftigkeit *Martinez*, Risikomanagement im Agrarsektor, in: Frentrup/Theuvsen/Emmann (Hrsg.), *Risikomanagement in Agrarhandel und Lebensmittelindustrie*, 75 (87).

1301 *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Ver- braucherschutz*, Für eine gemeinwohlorientierte GAP der EU nach 2020, April 2018, S. 34 f.

1302 GAP-Strategieplan für die Bundesrepublik Deutschland, Version 2.0, S. 322.

1303 Vgl. *Müller/Mastronardi*, „Abwägung“, S. 5 (Vorwort I.). Zur Irreführung des Bild- nisses der Waage *Rückert*, *Abwägung – die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs*, JZ 2011, 913 (921). *Rückert* arbeitet a.a.O. zugleich den Wandel vom

„autoritativen Ausgleich von Interessenskonflikten“¹³⁰⁴. Im Rahmen dieses spezifischen Spannungsverhältnisses ist es Aufgabe der Gesetzgeber dieses Spannungsverhältnis zugunsten der Einheit der Verfassung und des Unionsrechts¹³⁰⁵ in einem rechtsstaatlichen Abwägungsprozess aufzulösen.¹³⁰⁶ Dieses Spannungsverhältnis tritt insbesondere im Rahmen verfassungs- oder unionsrechtlicher Schutz- und Gewährleistungsaufträge in Erscheinung.¹³⁰⁷ Der grundsätzlich bestehende weite Gestaltungsspielraum¹³⁰⁸ der Gesetzgeber unterliegt insoweit gegenläufigen Anforderungen: Zum einen sind die Gesetzgeber gehalten die im dritten Teil herausgearbeiteten Aufträgen des Verfassungs- und Unionsrechts wirksam und hinlänglich¹³⁰⁹ wahrzunehmen, zum anderen darf die Wahrnehmung der herausgearbeiteten Aufträge nicht zu einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung gleichrangiger Rechtsgüter¹³¹⁰ führen.¹³¹¹ Neben dieser Gegenläufigkeit kann da-

Rechtsideal der Normstrenge in der Antike hin zur Abwägung auf. Zur Kritik am Prinzip der Abwägung *Schlink*, Abwägung im Verfassungsstaat, S. 134 ff.

- 1304 *Poscher*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 3 Rn. 3. Vgl. zur rechtsphilosophischen Untersuchung des Rechts *v. d. Pfordten*, Was ist Recht?, JZ 2008, 641 (641 ff.), der auf S. 648 das Ziel des Rechts als „Vermittlung zwischen möglicherweise gegenläufigen, konfligierenden Belangen“ beschreibt.
- 1305 Vgl. *Terhechte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 3 EUV Rn. 22, 25 sowie vertiefend unter Teil IV § 9 B. II. 2.
- 1306 Aus der bundesverfassungsgerichtlichen Rspr.: *BVerfG*, Urt. v. 23.10.1951, Az. 2 BvG 1/51 (= BVerfGE 1, 14 (32)); *BVerfG*, Urt. v. 5.4.1952, Az. 2 BvH 1/52 (BVerfGE 1, 208 (227)); *BVerfG*, Beschl. v. 11.12.1962, Az. 2 BvL 2, 3, 21, 24/60, 4, 17/61 (= BVerfGE 15, 167 (194)); *BVerfG*, Beschl. v. 1.8.1978, Az. 2 BvR 1013, 1019, 1034/77 (= BVerfGE 49, 24 (56)). In *BVerfG*, Urt. v. 14.12.1965, Az. 1 BvR 413, 416/60 (= BVerfGE 19, 206 (220)) wird die Einheit der Verfassung gar als „[v]ornehmstes Interpretationsprinzip“ bezeichnet. Vgl. auch *Grabitz*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des BVerfG, AöR 98 (1973), 568 (577); *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik, § 2 Rn. 72 zum Prinzip der praktischen Konkordanz; *Ehmke*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), 53 (77 ff.).
- 1307 Vgl. *Stern*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdStR IX, § 185 Rn. 91, der von „Aufeinanderprallen von Schutzpflicht und Abwehrrecht“ spricht.
- 1308 Statt vieler *BVerfG*, Beschl. v. 5.3.1974, Az. 1 BvL 27/72 (= BVerfGE 37, 1 (20)). Darüber hinaus statt vieler *Walter*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 104 ff. Ausführlich *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, S. 713 ff. (Gesetzgebungsermessen), 881 ff. (Zwecksetzungsermessen), 926 ff. (Empirische Einschätzungsprärogative).
- 1309 Vgl. für die vorliegend relevanten Aufträge zur öffentlichen Risikovorsorge Teil IV § 9 B. III.
- 1310 Vgl. für die vorliegend relevanten Aufträge zur öffentlichen Risikovorsorge Teil IV § 9 B. IV.

rüber hinaus auch eine Pflichtenkollision – mit anderen Worten das Bestehen gleichrangiger gegenläufiger Pflichten – vorliegen.¹³¹² Die Gesetzgeber haben die einzelnen Aufträge und Rechtsgüter in einen möglichst schonenden¹³¹³ Ausgleich zu bringen, um so der Multipolarität der Verfassungsrechtsverhältnisse¹³¹⁴ rechtsstaatskonform Rechnung zu tragen.¹³¹⁵ In soweit setzt das multipolare Verfassungsrechtsverhältnis der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft rechtsstaatliche Grenzen.¹³¹⁶ In einem ersten Schritt sind daher die typischerweise im kontextuellen Spannungsverhältnis der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft vorzufindenden gleichrangigen Rechtsgüter und Aufträge aufzuzeigen (I.). Sodann ist die rechtsstaatliche Methode zur Auflösung der multipolaren Verfassungsrechtsverhältnisse – der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – auf verfassungsrechtlicher und unionsrechtlicher Ebene darzustellen (II.), damit in einem dritten Schritt eine Konkretisierung und bewertende Untersuchung der sich aus der rechtsstaatlichen Abwägung mit den gleichrangigen Rechtsgütern und Aufträgen ergebenden Anforderungen an die öffentliche Risikovorsorge in der Landwirtschaft erfolgen kann (III. und IV.).

1311 Vgl. Mayer, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltsgarantie, S.143; vgl. Calliess, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, JZ 2006, 321 (326). Näheres zur Wechselbezüglichkeit von Schutzpflicht und Abwehrrecht in mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnissen im Kontext der Grundrechte, Mayer, a.a.O. S. 150 ff.

1312 Stern, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdStR IX, § 185 Rn. 91, mit dem Verweis auf die Konstellationen bei terroristischen Attentaten und Folter.

1313 Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S.153; zeitgleich wurde der Begriff und das Prinzip der praktischen Konkordanz entwickelt, vgl. Bäumlín, Staat, Recht und Geschichte, S. 30; Hesse, Rezension Bäumlín, Staat, Recht und Geschichte, JZ 1963, 485 (486) damals noch „praktische Konsonanz“; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik, § 2 Rn. 72. Näheres zur praktischen Konkordanz Teil IV § 9 B. II. 1. c).

1314 Dieser Begriff wird in dieser Bearbeitung auch für die Unionsebene verwendet.

1315 Vgl. Calliess, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit, DVBl. 2003, 1096 (1101). Vgl. auch das Bild von Isensee, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdStR IV, § 73 Rn 41: „Offen, vielfältig und spannungsgeladen konkurrieren sie [die Staatsziele] miteinander und bilden ‚magische Vielecke‘, innerhalb deren staatliches Handeln konkreten Ausgleich zum Gemeinwohl schaffen muß.“

1316 Vgl. Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 261.

I. Typischerweise in Ausgleich zu bringende Rechtsgüter und Aufträge des gleichen Rangs im Rahmen der öffentlichen Risikoversorge in der Landwirtschaft

Zunächst ist darzulegen, welche Rechtsgüter und Aufträge des gleichen Rangs im Kontext der öffentlichen Risikoversorge in der Landwirtschaft regelmäßig in Ausgleich zu bringen sind. Als Referenzrahmen für die Identifizierung der gleichrangigen Rechtsgüter und Aufträge dient der in § 4 dargestellte Status Quo der öffentlichen Risikoversorgemaßnahmen im Agrarrecht.¹³¹⁷ Zugleich werden in diesem Unterabschnitt verschiedene Dimensionen der öffentlichen Risikoversorge aufgezeigt, an denen sich in methodischer Hinsicht die einzelnen Ausformungen des den rechtsstaatlichen Abwägungsprozess prägenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der späteren Konkretisierung der Anforderungen und bewertenden Untersuchung des Status Quo orientieren (III. und IV.). Unterschieden werden Leistungs- sowie Eingriffs- und Ausgleichdimension.

1. Ausgangspunkt: der verfassungs- und unionsrechtliche Auftrag zur öffentlichen Risikoversorge (Leistungsdimension)

Der im dritten Teil herausgearbeiteten Aufträge des Verfassungs- und Unionsrechts zur öffentlichen Risikoversorge statuieren zunächst abstrakte Aufträge an die Gesetzgeber. Im Allgemeinen sind derartige Aufträge auf die legislative Umsetzung angewiesen.¹³¹⁸ Unter gewissen, noch näher zu konkretisierenden Voraussetzungen (II. 1. b) und III.), können sie die Gesetzgeber gar zur Vornahme öffentlicher Risikoversorgemaßnahmen verpflichten. Insoweit ist hierin die Leistungsdimension der öffentlichen Risikoversorge in der Landwirtschaft zu erblicken.

1317 Konkrete Bezüge zu den dortigen Maßnahmen erfolgen in den Abschnitten III. und IV.

1318 *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdStR* IX, § 191 Rn. 281.

2. Typischerweise in Ausgleich zu bringende Rechtsgüter und Aufträge des gleichen Rangs im Rahmen der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft (Eingriffs- und Ausgleichsdimension)

Mit Blick auf das verfassungsrechtliche Umfeld der materiell-verfassungsrechtlichen Gewährleistung leistungsfähiger Betriebe und das primärrechtliche Umfeld der Zielbestimmungen der Gemeinsamen Agrarpolitik finden sich verschiedene Rechtsgüter und Aufträge des Verfassungs- und Unionsrechts gleichen Rangs, die mit den genannten Aufträgen zur öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft in einem Spannungsverhältnis stehen. Die für die öffentliche Risikovorsorge in der Landwirtschaft typischerweise relevantesten werden im Folgenden aufgezeigt.

a) Grundrechte

Zunächst ist festzustellen, dass die öffentlichen Risikovorsorgemaßnahmen regelmäßig Grundrechtsrelevanz besitzen. Typischerweise im Spannungsverhältnis zu den verfassungs- und unionsrechtlichen Aufträgen zur öffentlichen Risikovorsorge stehen der allgemeine Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs.1 GG, z. B. durch die kartellrechtliche Freistellung bestimmter Erzeugerorganisationen), die Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs.1 GG, z. B. durch die Regulierung von Vertragsinhalten¹³¹⁹), die Berufsfreiheit (Art. 12 GG, z. B. durch seuchenrechtlichen Anordnungen) sowie die Eigentumsfreiheit (Art. 14 GG¹³²⁰, z. B. ebenfalls durch seuchenrechtliche Anordnungen, die die Vernichtung von Pflanzen oder die Tötung von Tieren zum Gegenstand haben).

b) Staatszielbestimmungen des Grundgesetzes

Durch die naturgebundene Produktion zum einen im Hinblick auf die Umwelt und zum anderen im Hinblick auf die Produktion tierischer Erzeugnis-

1319 Für die Bejahung eines Eingriffs in die Vertragsfreiheit gem. Art. 2 Abs.1 GG ist jegliche öffentliche Vorgabe oder gar Beschränkung ausreichend, vgl. *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 470.

1320 Vgl. zu generellen praktischen Beispielen von Eigentumsbeschränkungen, *Norer*, Lebendiges Agrarrecht, S. 444 ff.

se steht die landwirtschaftliche Tätigkeit und letztlich auch die Aufträge des Verfassungs- und Unionsrechts zur öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft, deren Ziel es ist, die landwirtschaftliche Tätigkeit zu erhalten, in einem Spannungsverhältnis zu den gleichrangigen Staatszielbestimmungen¹³²¹ Umwelt-, Klima- und Tierschutz gem. Art. 20a GG. Zugleich begründet sich der Umwelt- und Klimaschutz auf der grundrechtlichen Schutzpflicht zum Schutz vor Beeinträchtigung durch Umweltbelastungen (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG).¹³²²

c) Querschnittsklauseln des unionalen Primärrechts

Im Unionsrecht finden sich ebenfalls im Spannungsverhältnis zur öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft stehende Ziele, die sog. Querschnittsklauseln¹³²³. Zunächst sind die Rechtsnatur der Querschnittsklauseln sowie deren materiell-rechtliche Verpflichtung des Unionsgesetzgebers und der mitgliedstaatlichen Gesetzgeber zu klären.¹³²⁴ Die Querschnittsklauseln sind mehr als bloße politische Programmsätze, sie erlegen rechtsverbindliche Verpflichtungen¹³²⁵ objektiv-rechtlicher Art¹³²⁶ auf. Dies ergibt sich auch aus der Titelüberschrift, unter der die meisten Querschnittsklau-

1321 S. zu Art. 20a GG und den Rechtswirkungen von Staatszielbestimmungen bereits Teil III § 6 A. II. 1., insbesondere d).

1322 *BVerfG*, Beschl. v. 24.3.2021, Az. 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20 – Klimabeschluss, Rn. 99, 114, 147. Im Klimabeschluss hingegen wird ein Grundrecht auf ein ökologisches Existenzminimum abgelehnt, da „bereits andere Grundrechte zur Wahrung grundrechtswesentlicher ökologischer Mindeststandards und insoweit zum Schutz vor Umweltschäden ‚mit katastrophalen oder gar apokalyptischen Ausmaßen‘ verpflichten (mit Verweis auf *BVerfG*, Beschl. v. 18.2.2010, Az. 2 BvR 2502/08 (= *NVwZ* 2010, 702 (704 Rn. 13))“.

1323 Siehe hierzu umfassende Untersuchung von *Andrée*, Zielverpflichtende Gemeinwohlklauseln.

1324 Auf die Frage des kompetenzbegründenden und kompetenzerweiternden Charakters von Querschnittsklauseln kommt es im Rahmen dieser Untersuchung nicht an, s. hierzu vertiefend *Andrée*, Zielverpflichtende Gemeinwohlklauseln, S. 227 ff.

1325 *Andrée*, Zielverpflichtende Gemeinwohlklauseln, S. 97 f. Einhellige Kommentarliteratur für die exemplarische Querschnittsklausel „Umweltschutz“: *Kahl*, in: *Streinz* (Hrsg.), *EUV/AEU*, Art. 11 AEUV Rn. 9; *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der EU*, Art. 11 AEUV Rn. 13; *Käller*, in: *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo* (Hrsg.), *EU-Kommentar*, Art. 11 AEUV Rn. 18; *Krämer*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, Art. 11 AEUV Rn. 25. Vgl. *EuGH*, Urt. v. 12.7.2001, Rs. C-189/01, *Jippes u. a.*, ECLI:EU:C:2001:420; *Slg.* 2001, I-5693 (I-5719 Rn. 79).

seln zu finden sind, „Titel II Allgemein geltende Bestimmungen“, sowie aus dem Wortlaut „Rechnung tragen“, „einbeziehen“ und „berücksichtigen“,¹³²⁷ wobei die unterschiedlichen Formulierungen keinen Einfluss auf den materiell-rechtlichen Gehalt der jeweiligen Querschnittsklausel haben¹³²⁸. Konkret gestalten sich die materiell-rechtlichen Verpflichtungen der Gesetzgeber, insbesondere des Unionsgesetzgebers, insofern aus, als dass die in den Querschnittsklauseln vorgegebenen Ziele von den Gesetzgebern politikübergreifend zu berücksichtigen und mit in ihre Abwägungen einzustellen sind, um so einen „möglichst schonenden Ausgleich“ zu erreichen.¹³²⁹ Diese Berücksichtigungspflicht gilt sowohl bei der Festlegung des Unionsrechts als auch bei der Durchführung durch die Mitgliedstaaten¹³³⁰. Die Auflösung von Zielkonflikten bzw. der schonende Ausgleich der Ziele erfolgt im jeweiligen Einzelfall.¹³³¹ Maßnahmen, die gänzlich im Widerspruch zu den Querschnittszielen stehen, können verboten werden.¹³³² Zu einem Vorrang der Querschnittsziele sind die Gesetzgeber allerdings nicht verpflichtet.¹³³³ Parallel zu den grundgesetzlichen Staatszielbestimmungen stehen

1326 *Kahl*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. II AEUV Rn. 9, mithin enthalten sie keine subjektiven Rechte.

1327 *Andrée*, Zielverpflichtende Gemeinwohlklauseln, S. 98 f.

1328 Ausführlich hierzu *Andrée*, Zielverpflichtende Gemeinwohlklauseln, S. 151 ff.

1329 *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. II AEUV Rn. 7; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, Art. II AEUV Rn. 19 f.; *Käller*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. II AEUV Rn. 12.

1330 Vgl. den Wortlaut der Querschnittsklauseln „bei der Festlegung und Durchführung“. Ausdrücklich *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, Art. II AEUV Rn. 17 und *Andrée*, Zielverpflichtende Gemeinwohlklauseln, S. 106, 187, ausführliche Untersuchung der mitgliedstaatlichen Verpflichtung ab S. 176 ff.

1331 *Andrée*, Zielverpflichtende Gemeinwohlklauseln, S. 160 ff., stellt einen Dreischritt zur Auflösung von Zielkonflikten auf (1. Ermittlung von Zielüberschneidungen, 2. Querschnittsziel in Abwägung einstellen und praktische Konkordanz herstellen, 3. Erwägungen in Rechtsaktsbegründung aufnehmen).

1332 *Glaesner*, Die Einheitliche Europäische Akte, EuR 1986, 119 (140); *Käller*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. II AEUV Rn. 13; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. II Rn. 8; *Andrée*, Zielverpflichtende Gemeinwohlklauseln, S. 161.

1333 *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. II AEUV Rn. 7 m. w. N.; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, Art. II AEUV Rn. 20; *Käller*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. II AEUV Rn. 12. So ausdrücklich ihre Untersuchungsergebnisse zusammenfassend *Andrée*, Zielverpflichtende Gemeinwohlklauseln, S. 159. A. A. für Querschnittsklausel Umweltschutz *Kahl*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. II AEUV Rn. 18

auf unionsrechtlicher Ebene ebenfalls Querschnittsklauseln des Umwelt-, Klima- und Tierschutzes in einem gleichrangigen Spannungsverhältnis zur öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft. Art. 11 AEUV erklärt den Umwelt- und Klimaschutz zur Querschnittsaufgabe im Unionsrecht. Die Querschnittsaufgabe Tierschutz nach Art. 13 AEUV¹³³⁴ trägt explizit dessen Berücksichtigung durch die Europäische Union und die Mitgliedstaaten bei der Festlegung und Durchführung der Gemeinsamen Agrarpolitik¹³³⁵ auf.

d) Funktionsgarantie der sozialen Marktwirtschaft und die damit zusammenhängende Wettbewerbsfreiheit

Letztlich ist die Funktionsgarantie der sozialen Marktwirtschaft und die damit zusammenhängende Wettbewerbsfreiheit zu nennen. Auf unionsrechtlicher Ebene wird ausdrücklich eine Systementscheidung für eine wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft getroffen (Art. 3 Abs. 3 EUV, Art. 119 Abs. 1 AEUV), die zugleich als Funktionsgarantie gewertet werden kann.¹³³⁶ Die Funktionsgarantie sichert insbesondere einen freien Wettbewerb.¹³³⁷ Auf verfassungsrechtlicher Ebene existiert keine ausdrückliche Systementscheidung für eine bestimmte Wirtschaftsform, vielmehr wird

„Ziel der externen Integration ist eine substantielle Ökologisierung der Sektorpolitiken“.

1334 S. zur Entstehungsgeschichte *Schmidt*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 13 AEUV Rn. 1.

1335 Art. 13 AEUV listet die betroffenen Politikbereiche anders als andere Querschnittsklauseln explizit auf. Hieraus kann jedoch kein qualitativer Unterschied geschlossen werden, vgl. *Schmidt*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 13 AEUV Rn. 2; *Hirt/Maisack/Moritz*, in: dies. (Hrsg.), Tierschutzgesetz, Einführung Rn. 40; *Epiney*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Art. 13 AEUV Rn. 3; vgl. auch *Frenz*, Umwelt- und Tierschutzklausel im AEUV, NuR 2011, 103 (105): „Das schließt es allerdings umgekehrt nicht aus, Tierschutzbelange einzubeziehen, wenn sie für eine konkrete Maßnahme von Relevanz sind.“ A. A. ausdrücklich *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 13 AEUV Rn. 8.

1336 Ausführlich *Hatje*, Wirtschaftsverfassung im Binnenmarkt, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 801 (809 ff.). S. auch *Terhechte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, Art. 3 EUV Rn. 48; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 3 EUV Rn. 25. *Ruffert* und *Terhechte* verweisen beide auf die planwirtschaftlichen Ansätze im Agrarsektor als Ausnahme.

1337 Vgl. *ebd.*

die „wirtschaftspolitische Neutralität“ des Grundgesetzes¹³³⁸ betont.¹³³⁹ Teile der rechtswissenschaftlichen Literatur entnehmen dem Grundgesetz aus einer Gesamtschau seiner wirtschaftsbezogenen Normen¹³⁴⁰ jedoch eine verfassungsrechtliche Verankerung der sozialen Marktwirtschaft.¹³⁴¹ Dieser Ansicht ist insbesondere vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Systementscheidung zu folgen.¹³⁴² Zumindest ist jedoch der freie Wettbewerb als Grundprinzip durch das Bundesverfassungsgericht anerkannt worden.¹³⁴³

1338 Vgl. aber Art. 151-165 WRV und Art. 1 Abs. 3 des Vertrages über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik v. 18.5.1990 (BGBl. II S. 537). S. zur historischen Entwicklung von Staatsform und Wirtschaftsform: *Frotscher/Kramer*, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 2 Rn. 15 ff.

1339 Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 20. 7.1954, Az. 1 BvR 459/52 – Investitionshilfengesetz (= *BVerfGE* 4, 7 (17 f.)): „Die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes besteht lediglich darin, daß sich der Verfassungsgeber nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden hat. [...] Die gegenwärtige Wirtschafts- und Sozialordnung ist zwar eine nach dem Grundgesetz mögliche Ordnung, keineswegs aber die allein mögliche. Sie beruht auf einer vom Willen des Gesetzgebers getragenen wirtschafts- und sozialpolitischen Entscheidung, die durch eine andere Entscheidung ersetzt oder durchbrochen werden kann.“ Insbesondere bestätigte das *BVerfG* dieses Verständnis in seinem Urteil über die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer v. 4.5.1976, vgl. *BVerfG*, Urt. v. 1.3.1979, Az. 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und BvL 21/78 – Mitbestimmungsurteil (= *BVerfGE* 50, 290 (338)).

1340 Vgl. zu den wirtschaftsrelevanten Gewährleistungen des Grundgesetzes *Knauff*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 2 Rn. 19 ff.

1341 Grundlegend *Nipperdey*, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik (1954) und *ders.*, Wirtschaftsverfassung und *BVerfG* (1960). *Müller-Volbehr*, Das Soziale in der Marktwirtschaft, *JZ* 1982, 132 (139); *Folz*, Die Soziale Marktwirtschaft als Staatsziel?, S. 69 ff., 76). Ähnlich aber vielmehr auf den Vorrang der Privatheit abstellend *Sodan*, Vorrang der Privatheit als Prinzip der Wirtschaftsverfassung, *DÖV* 2000, 361 (361 ff.). Zu den Garantien der Kernbestandteile der sozialen Marktwirtschaft im GG *Schmidt-Preuß*, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, *DVBl.* 1993, 236 (239 f.). Zum Vorschlag für die Einbringung der sozialen Marktwirtschaft in das Grundgesetz vor dem Hintergrund der Wiedervereinigung *Häberle*, Soziale Marktwirtschaft als „Dritter Weg“, *ZRP* 1993, 383 (383 ff.).

Zur Diskussion s. statt vieler die Zusammenfassungen bei *Huber*, *Bewahrung und Wandlung*, S. 215 ff.

Ablehnend *Schmidt*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdStR* IV, § 92 Rn. 22 f.

1342 Vgl. zum Verhältnis *Jungbluth*, Überformung der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung durch Europäisches Unionsrecht?, *EuR* 2010, 471 (471 ff.). Vgl. zum Wandel von der staatlichen zur unionsrechtlichen Wirtschaftsverfassung bereits 1996 *Stober*, *Zur Entwicklung des Wirtschaftsverwaltungsrechts*, *DZWIR* 1996, 133

Das Spannungsverhältnis von öffentlicher Risikoversorge und sozialer Marktwirtschaft und freiem Wettbewerb zeigt sich zum einen durch die Maßnahmen der öffentlichen Risikoversorge. Hierbei sind vor allem die agrarkartellrechtlichen Sonderbestimmungen¹³⁴⁴ und der Beihilfencharakter¹³⁴⁵ der finanzwirksamen Maßnahmen zu nennen. Zum anderen ist das Spannungsverhältnis grundsätzlicher Natur im Verhältnis der Landwirtschaft zum freien Wettbewerb zu sehen.¹³⁴⁶ Dies liegt zunächst an den in § 3 beschriebenen Besonderheiten des Agrarmarktes.¹³⁴⁷ In rechtlicher Hinsicht ist auf den Grundsatz des ruhenden Wettbewerbsrechts aus Art. 42 AEUV zu verweisen.¹³⁴⁸ Diese Regelung ist zudem die Grundlage für die Verstärkung des Spannungsverhältnisses durch die starke Stützungspolitik der Gemeinsamen Agrarpolitik bis in die 1990er Jahre hinein.¹³⁴⁹ Aufgrund der jahrzehntelang vollzogenen Marktstützungspolitik der Europäischen Union konnte der Preis, dessen Aufgabe es eigentlich ist, Angebot und Nachfrage zu steuern, dieser Funktion nicht nachkommen.¹³⁵⁰ Insoweit

(134 f.). Ablehnend *Frotscher/Kramer*, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungswahlrecht, § 2 Rn. 39.

- 1343 *BVerfG*, Beschl. v. 8.2.72, Az. 1 BvR 170/71 (= BVerfGE 32, 311 (317)): „Die bestehende Wirtschaftsverfassung enthält den grundsätzlich freien Wettbewerb der als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt auftretenden Unternehmer als eines ihrer Grundprinzipien.“
- 1344 S. hierzu bereits Teil II § 4 B. II. 2. b).
- 1345 S. hierzu bereits Teil II § 4 B. I. 1. sowie *Poppe*, Nachhaltige Landwirtschaft und ökonomisches Risiko, in: Fang/Martinez/Qi (Hrsg.), Nachhaltigkeit und Landwirtschaft in China und Deutschland, 171 (177).
- 1346 Vgl. auch *Steding*, Agrarrecht im Spannungsfeld neuer Anforderungen, BzAR 2001, 306 (311 f.).
- 1347 Vgl. Teil II § 3 B. III.
- 1348 Vgl. hierzu insbes. *Martinez*, Landwirtschaft und Wettbewerbsrecht, EuZW 2010, 368 (368 ff.).
- 1349 Vgl. zum „Janusgesicht“ der Agrarpolitik bereits 1960 *Niehaus*, Einige Widersprüche in der Agrarpolitik, in: Aktionsgemeinschaft soziale Marktwirtschaft e. V. (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Menschenbild, 25 (31): Die Agrarpolitik „blockiert also bis zu einem gewissen Grade die Antriebe zur Abwanderung aus der Landwirtschaft und trägt so zur Erhaltung veralteter Strukturen bei.“ Allgemein zu den Auswirkungen der Agrarpolitik von den 1960ern bis in die 1980er *Heinrichsmeyer*, Auswirkungen der „neuen EG-Agrarpolitik“ auf die deutsche Landwirtschaft, Berichte über Landwirtschaft 1986, 361 (363 ff.).
- 1350 *Simons*, Landwirtschaft in der sozialen Marktwirtschaft, S. 14; vgl. *Delgado/Ramos et al.*, Multifunctionality and rural development, in: van Huylenbroeck/Durand (Hrsg.), Multifunctional Agriculture, 19 (22): „the CAP came to be a victim of its own success.“ Vgl. auch *Härtel*, in: Ruffert (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, § 7 Rn. 37.

ist auch in diesem Fall ein Spannungsverhältnis gleichrangiger Verfassungsrechtsverhältnisse ausfindig zu machen.

e) Eingriffs- und Ausgleichsdimension

Im Rahmen der aufgezeigten Spannungsverhältnisse kann es zu Eingriffen in die gleichrangigen Rechtsgüter kommen. Daneben sind gleichrangige Aufträge stets in ein optimiertes Ausgleichsverhältnis zu bringen.¹³⁵¹ Aufgrund dieser Folgen der vorzufindenden Spannungsverhältnisse zeigen sich zwei weitere Dimensionen der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft: die Eingriffsdimension und die Ausgleichsdimension.

II. Die Ausgestaltung des rechtsstaatlichen Abwägungsprozesses im deutschen Verfassungsrecht und im Unionsrecht

Nachdem nun die im Rahmen der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft typischerweise in Ausgleich zu bringenden Rechtsgüter und Aufträge gleichen Rangs bekannt sind (I.), stellt sich die Frage, wie diese in einen rechtsstaatlichen Ausgleich gebracht werden. Es gilt zunächst, die Methode des erforderlichen rechtsstaatlichen Abwägungsprozesses auf deutscher Verfassungsebene (1.) und unionsrechtlicher Ebene (2.) herauszuarbeiten. Im Zentrum des Abwägungsprozesses steht auf beiden Gesetzgebungsebenen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seinen verschiedenen Ausformungen, der im Folgenden auf den beiden Ebenen konkretisiert wird. Die Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dient in der hiesigen Untersuchung als Methode zum Auflösen der verfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen Zielkonflikte der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft, die regelmäßig bei der Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge vorliegen. Im Rahmen der öffentlichen Risikovorsorge wird der rechtsstaatliche Abwägungsprozess durch das Vorsorgeprinzip¹³⁵² und Verursacherprinzip beeinflusst (3.). Abschließend werden die Maßstäbe für die bewertende Untersuchung des gesetzgeberischen Abwägungsprozesses im Rahmen des Status Quo der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft festgelegt (4.).

1351 Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik, § 2 Rn. 72; Grabitz, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des BVerfG, AöR 98 (1973), 568 (576).

1352 Teil III § 6 A.

1. Die Ausgestaltung des rechtsstaatlichen Abwägungsprozesses im deutschen Verfassungsrecht: Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Methode zur Auflösung multipolarer Verfassungsrechtsverhältnisse

Der rechtsstaatliche Abwägungsprozess im deutschen Verfassungsrecht wird durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgestaltet.¹³⁵³ Er ist daher als „konfliktrationalisierende“¹³⁵⁴ Methode zur Auflösung multipolarer Verfassungsrechtsverhältnisse anzusehen.¹³⁵⁵ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspringt dem Rechtsstaatsprinzip¹³⁵⁶ und bindet aufgrund dessen alle drei Gewalten¹³⁵⁷. Der Grundsatz dient der rationalen Lösung von Zielkonflikten,¹³⁵⁸ die stets in mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnissen¹³⁵⁹ auftreten, und ist zentrales Element und zentrale Methode der in Rede stehenden Güter- und Pflichtenabwägung¹³⁶⁰. Der Grundsatz der

1353 Vgl. *BVerfG*, Urt. 25.2.1975, Az. 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74 – Schwangerschaftsabbruch I (= *BVerfGE* 39, 1 (47)): „Allerdings muß der Gesetzgeber den hierbei entstehenden Konflikt durch eine Abwägung der beiden einander gegenüberstehenden Grundwerte oder Freiheitsbereiche nach Maßgabe der grundgesetzlichen Wertordnung und unter Beachtung des rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes lösen.“

1354 *Terhechte*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, Art. 52 GRN Rn. 8, weist dem Grundsatz „konfliktrationalisierende Kraft“ zu.

1355 Vgl. *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik, § 2 Rn. 72.

1356 Vgl. aus der Rspr. nur: *BVerfG*, Beschl. v. 24.6.2003, Az. 2 BvR 685/03 (= *BVerfGE* 108, 129 (136)); *BVerfG*, Beschl. v. 17.6.2004, Az. 2 BvR 383/03 (= *BVerfGE* 111, 54 (82)); *BVerfG*, Beschl. v. 6.7.2005, Az. 2 BvR 2259/04 (= *BVerfGE* 113, 154 (162)); *BVerfG*, Urt. v. 24.4.1985, Az. 2 BvF 2, 3, 4/83, 2/84 (= *BVerfGE* 69, 1 (35)). *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.) *GG-Kommentar*, Art. 20 (Rechtsstaatsprinzip) Rn. 179. Daneben verweist er auf weitere Herleitungsansätze: Wesen der Grundrechte, Art. 1 GG, Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG), allgemeiner Rechtsgrundsatz, Wohnheitsrecht (jeweils m. w. N.). Vgl. ebenso *Grzeszick*, in: Dürrig/Herzog/Scholz, *GG-Kommentar*, Art. 20 (VII. Rechtsstaat) Rn. 110; *Grabitz*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des BVerfG*, *AöR* 98 (1973), 568 (581, 584); *Vofskuhle*, *Grundwissen – ÖR: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, *JuS* 2007, 429 (429); *Klatt/Meister*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, *JuS* 2014, 193 (193 m. w. N.);

1357 *BVerfG*, Beschl. v. 5.3.1968, Az. 1 BvR 579/67 (= *BVerfGE* 23, 127 (133)); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.) *GG-Kommentar*, Art. 20 (Rechtsstaatsprinzip) Rn. 187 (Bindung der drei Gewalten), Rn. 223.

1358 *Klatt/Meister*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, *JuS* 2014, 193 (194).

1359 Vgl. ausführlich zur Steuerung des Ausgleichs im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip: *Calliess*, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, S. 566 ff.

1360 Vgl. *Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik*, § 2 Rn. 72; *Calliess*, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, S. 573 f. Vgl. auch *Poscher*, in: *Herdegen/Ma-*

Verhältnismäßigkeit ist in der vorliegenden Bearbeitung als Oberbegriff für drei wesentliche Ausformungen der rechtsstaatlichen Abwägung zu verstehen. Nachfolgend werden zunächst diese drei wesentlichsten Ausformungen des rechtsstaatlichen Abwägungsprozesses inhaltlich konturiert. In erster Linie wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Übermaßverbot für öffentliches Handeln begriffen (a)).¹³⁶¹ Dies begründet sich insbesondere in seiner Entstehungsgeschichte im Rahmen des Polizeirechts als Mittel zur Begrenzung öffentlicher Maßnahmen¹³⁶². Allerdings ist der Grundsatz vielmehr in seinem weiteren Sinne als Oberbegriff für das Übermaßverbot und das Untermaßverbot¹³⁶³ (b)) zu verstehen.¹³⁶⁴ Daneben ist auch die praktische Konkordanz als Ausformung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Verständnis als Methode der rechtsstaatlichen Abwägung miteinzubeziehen (c)). Im Folgenden werden die drei Ausformungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes näher dargestellt, wobei sich bei allen Ausformungen stets das Telos des Grundsatzes, die Güterabwägung zur Lösung von Zielkonflikten, wiederfindet.

a) Übermaßverbot

Wie bereits erläutert, wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit insbesondere in der frühen Konzeptionsphase ausschließlich als Übermaßverbot verstanden. Aufgrund dessen ist die dogmatische Aufarbeitung des Übermaßverbotes bereits sehr umfänglich¹³⁶⁵ und weitestgehend unstrittig¹³⁶⁶.

sing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 3, der das Grundgesetz als „Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs“ bezeichnet, insbesondere § 3 Rn. 18.

1361 Vgl. *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG-Kommentar, Art. 20 (VII. Rechtsstaat) Rn. 109.

1362 Vgl. *Stern*, Staatsrecht Bd. III/2, § 84 passim; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG-Kommentar, Art. 20 (VII. Rechtsstaat) Rn. 109; *Vofskuhle*, Grundwissen – ÖR: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JuS 2007, 429 (429). Ähnlich: *Lee*, Grundrechtsschutz unter Untermaßverbot, in: Grote/Härtel/Hain et al. (Hrsg.), FS Starck, 297 (313); *Seedorf*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Gesetzgebung, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 129 (130). Zur kritischen Überprüfung des Transfers auf die Legislative *Groß*, Von der Kontrolle der Polizei zur Kontrolle des Gesetzgebers, DÖV 2006, 856 (856 ff.).

1363 Ausführlich hierzu Teil IV § 9 B. II. 1. b).

1364 S. zur sprachlichen Differenzierung *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 573 f.

1365 S. bereits die Habilitationsschrift *Lerches*, Übermaß und Verfassungsrecht (1961); *Schlink*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Badura/Dreier (Hrsg.), FS 50

Nach dem Übermaßverbot muss eine öffentliche Handlung einen legitimen Zweck verfolgen und zur Verfolgung des Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein.¹³⁶⁷ Das Übermaßverbot stellt insoweit eine Zweck-Mittel-Relation dar.¹³⁶⁸ Auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale wird in Abschnitt IV. eingegangen, in dessen Rahmen die Subsumtion und Bewertung erfolgt.

b) Untermaßverbot

Das Untermaßverbot wurde 1980 von *Schuppert*¹³⁶⁹ im Rahmen der Untersuchung funktionell-rechtlicher Konsequenzen der grundrechtlichen Rechtsgüterschutzverpflichtung als Erkenntnis aus der Analyse¹³⁷⁰ des ersten Schwangerschaftsabbruchs-Urteils des Bundesverfassungsgerichts¹³⁷¹ aus der Wiege gehoben^{1372, 1373}. Mit dem zweiten Schwangerschaftsabbruchs-

Jahre BVerfG Bd. 2, 445 (445 ff.); *Merten*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *HdbGR* Bd. 3, § 68.

1366 Statt vieler *Grzeszick*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), *GG-Kommentar*, Art. 20 (VII. Rechtsstaat) Rn. 112.

1367 Vgl. aus der st. Rspr. nur *BVerfG*, *Urt. v. 15.12.1983*, *Az. 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83* (= *BVerfGE* 65, 1 (54)). Einhellige Kommentarliteratur: *Grzeszick*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), *GG-Kommentar*, Art. 20 (VII. Rechtsstaat) Rn. 112; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Begr.), *GG-Kommentar*, Art. 20 Rn. 116; *Sachs*, in: *ders.* (Hrsg.), *GG-Kommentar*, Art. 20 Rn. 149.

1368 *Lerche*, *Übermaßverbot im Verfassungsrecht*, S. 19; *Grabitz*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des BVerfG*, *AöR* 98 (1973), 568 (575 f.).

1369 *Schuppert*, *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, S. 15; *ders.*, *Aussprache neuartiger Weise zum 2. Beratungsgegenstand: Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen*, *VVDStRL* 39 (1981), 193. Vielfach wird in der Literatur fälschlich davon ausgegangen *Canaris*, *Grundrechte und Privatrecht*, *AcP* 184 (1984), 201 (228) sei Begriffsurheber, vgl. nur: *Krings*, *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzpflichten*, S. 297 oder *Unruh*, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, S. 83. Zur Genese des Begriffs vgl. auch *Tzemos*, *Das Untermaßverbot*, S. 4 ff.

1370 „In durchaus neuartiger Weise wird hier [*BVerfG*, *Urt. v. 25.2.1975*, *Az. 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74* – Schwangerschaftsabbruch I (= *BVerfGE* 39, 1)] vom Bundesverfassungsgericht geprüft, ob das Parlament gegen ein aus einer ‚wertentscheidenden Grundsatznorm‘ abgeleitetes ‚Untermaßverbot‘ verstoßen hat“, *Schuppert*, *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, S. 14 f.

1371 *BVerfG*, *Urt. v. 25.2.1975*, *Az. 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74* – Schwangerschaftsabbruch I (= *BVerfGE* 39, 1).

1372 Fortgeführt und weiter determiniert wurde *Schupperts* Begriffs-idee von *Canaris*, *Grundrechte und Privatrecht*, *AcP* 184 (1984), 201 (228, 245); *Canaris*, *Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip*, *JuS* 1989, 161 (163) und *Isensee*,

Urteil¹³⁷⁴ hob das Bundesverfassungsgericht das Untermaßverbot auf verfassungsgerichtlichen Rang, womit sich seitdem¹³⁷⁵ die verfassungsgerichtliche Kontrolle grundrechtlicher Schutzpflichten nach dem Untermaßverbot richtet¹³⁷⁶. Insoweit ist das Untermaßverbot in den grundrechtlichen Schutzpflichten kontextualisiert und findet dort seinen Ausgangspunkt¹³⁷⁷ und Hauptanwendungsfall¹³⁷⁸. Wie im Rahmen des § 6 dargelegt wurde, enthält die Verfassung darüber hinaus vermittelt über die obligatorischen Staatsaufgaben „Ernährungssicherstellung“ und „Gestaltung und Erhaltung

in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdStR IX, § 191 Rn. 149, 303 ff. S. vertiefend zur Rezeption und Behandlung des Untermaßverbotes in der Literatur und Rspr. die Darstellung bei *Störring*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 21 ff.

1373 Vgl. *Schuppert*, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, S. 15; vgl. auch *Störring*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 21.

1374 *BVerfG*, Urt. v. 28.5.1993, Az. 2 BvF 2/90 – Schwangerschaftsabbruch II (= *BVerfGE* 88, 203). Fortführung dieser Rspr. durch: *BVerfG*, Kammerbeschl. v. 27.4.1995, Az. 1 BvR 729/93 (= *NJW* 1995, 2343); *BVerfG*, Kammerbeschl. v. 29.11.1995, Az. 1 BvR 2203/95 (= *NJW* 1996, 651); *BVerfG*, Beschl. v. 22.10.1997, Az. 1 BvR 307/94 (= *BVerfGE* 96, 409); *BVerfG*, Urt. v. 27.10.1998, Az. 1 BvR 2306/96 (= *BVerfGE* 98, 265); *BVerfG*, Beschl. v. 6.7.2004, Az. 1 BvR 2515/95 (= *BVerfGE* 111, 176); *BVerfG*, Kammerbeschl. v. 29.7.2009, Az. 1 BvR 1606/08 (= *NVwZ* 2009, 1494 (1494)); *BVerfG*, Kammerbeschl. v. 15.10.2009, Az. 1 BvR 3474/08 (= *NVwZ* 2009, 1489 (1489)); *BVerfG*, Kammerbeschl. v. 26.2.2010, Az. 1 BvR 1541/09 (= *NJW* 2010, 1943 (1943)); *BVerfG*, Kammerbeschl. v. 4.5.2011, Az. 1 BvR 1502/08 (= *NVwZ* 2011, 991). Inkonsistenter Weise verweist hingegen z. B. *BVerfG*, Beschl. v. 29.5.2013, Az. 2 BvR 1804/12 (juris) auf den Beschluss zur Lagerung chemischer Waffen (*BVerfG*, Beschl. v. 29.10.1987, Az. 2 BvR 624, 1080, 2029/83 (= *BVerfGE* 77, 170)). Den Rspr.-Wandel ablehnend *Möstl*, Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflicht, *DÖV*, 1989, 1029 (1037). Kritisch zum Klimabeschluss des *BVerfG* *Calliess*, Das „Klimaurteil“ des Bundesverfassungsgerichts, *ZUR* 2021, 355 (357): „Angesichts der Innovationskraft des Klimabeschlusses an anderen Stellen ist es überraschend und bedauerlich, dass der Erste Senat das Potential der grundrechtlichen Schutzpflichten nicht kohärent und konsequent am in anderen Entscheidungen etablierten Untermaßverbot entfaltet.“

1375 Vgl. zur Entwicklung der bundesverfassungsgerichtlichen Rspr.: *Rassow*, Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes, *ZG* 2005, 265 (265 ff.).

1376 *O. Klein*, Das Untermaßverbot, *JuS* 2006, 960 (961); *Sommerrmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 319; *Michael*, Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, *JuS* 2001, 148 (151); *Calliess*, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, *DVBl.* 2003, 1096 (1102); *Rassow*, Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes, *ZG* 2005, 262 (263).

1377 *S. BVerfG*, Urt. v. 28.5.1993, Az. 2 BvF 2/90 – Schwangerschaftsabbruch II (= *BVerfGE* 88, 203 (254)). Vgl. bereits Kontext bei Begründung *Schuppert*, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, S. 15.

1378 *Störring*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 41.

der Kulturlandschaft“ einen materiell-verfassungsrechtlichen Auftrag zur Gewährleistung leistungsfähiger landwirtschaftlicher Betriebe, sodass danach zu fragen ist, inwieweit das Untermaßverbot auch jenseits grundrechtlicher Schutzpflichten Anwendung findet.

Ausgehend von der herstammenden Nähe zu den grundrechtlichen Schutzpflichten wird zunächst der weitere Anwendungsbereich des Untermaßverbotes ausgestaltet (aa)). Hierbei kommt es maßgeblich auf die Erkenntnis an, dass das Untermaßverbot eine Komponente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist und mithin ein zwingendes Zusammenspiel von Auftragswahrnehmung und Untermaßverbot besteht (aa) (2)). Nach Ablehnung der Kritik am Untermaßverbot (bb)) ist zusammenfassend dasselbe als Ermittlungsmaßstab der verfassungsgemäßen Wahrnehmung materiell-verfassungsrechtlicher Aufträge herauszuarbeiten (cc)).

aa) Das Untermaßverbot als Komponente des
Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und sein Anwendungsbereich

Die hier vertretene Einordnung des Untermaßverbotes als Komponente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der damit zusammenhängende umfängliche Anwendungsbereich des Untermaßverbotes sind nicht unumstritten, sodass sich dieser Unterabschnitt der Herausarbeitung und Begründung der hier vertretenen Einordnung widmet. Ausgehend von der Wiege des Untermaßverbotes, den grundrechtlichen Schutzpflichten ((1)), ist das Untermaßverbot als Komponente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes herauszuarbeiten ((2)) und anhand dessen sein Anwendungsbereich aufzuzeigen ((3)).

(1) Grundrechtliche Schutzpflichten als Schöpfungsquelle des
Untermaßverbotes

Die Wiege des Untermaßverbotes ist in den grundrechtlichen Schutzpflichten zu sehen.¹³⁷⁹ Die Konzeption einer grundrechtlichen Schutzpflicht¹³⁸⁰

1379 S. BVerfG, Urt. v. 28.5.1993, Az. 2 BvF 2/90 – Schwangerschaftsabbruch II (= BVerfGE 88, 203 (254)). Vgl. bereits Kontext bei Begründung *Shuppert*, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, S. 15.

1380 Vertiefend zu den grundrechtlichen Schutzpflichten: *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten; *Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher

mag mit ihren ca. 45 Jahren¹³⁸¹ relativ jung erscheinen, sie ist jedoch nur eine konsequente Fortführung des staatstheoretischen Schutzauftrags aus dem Staatszweck „Sicherheit“.¹³⁸² Sie folgt mithin dem staatstheoretischen¹³⁸³ „Austauschverhältnis von Schutz und Unterwerfung“¹³⁸⁴. Dass den Grundrechten neben¹³⁸⁵ ihrer abwehrrechtlichen Funktion¹³⁸⁶ auch¹³⁸⁷ eine Schutzpflicht innewohnt, ist inzwischen weitestgehend unumstritten.¹³⁸⁸ Hierdurch verleihen die grundrechtlichen Schutzpflichten dem

Schutzpflichten; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdStR IX, § 191 Rn. 146 ff.; *Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten.

- 1381 Legt man der Berechnung die erste maßgebliche Entscheidung des BVerfG zum Thema Schutzpflichten zugrunde, *BVerfG*, Urt. 25.2.1975, Az. 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74 – Schwangerschaftsabbruch I (= BVerfGE 39, 1). *Isensee* hingegen wählt bereits *BVerfG*, Beschl. v. 10.2.1960, Az. 1 BvR 526/53, 29/58 (= BVerfGE 10, 302) als Beginn seiner Erläuterungen zu den grundrechtlichen Schutzpflichten, *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdStR IX, § 191 Rn. 148.
- 1382 Vgl. *Lübbe*, Die schwindende Legitimität staatlichen Unterlassens, in: *BMI* (Hrsg.), *Bewährung und Herausforderung*, 211 (217); vgl. *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdStR IX, § 191 Rn. 166, 181.
- 1383 Vertiefend zu den staatstheoretischen Grundlagen der grundrechtlichen Schutzpflichten *Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzpflichten, S. 26 ff. und 85 ff. Ein historischer Abriss der Entstehung der grundrechtlichen Schutzpflichten findet sich bei *Stern*, Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte, DÖV 2010, 241 (241 ff.)
- 1384 *O. Klein*, Das Untermaßverbot, JuS 2006, 960 (960); *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdStR IX, § 191 Rn. 181; *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 22.
- 1385 *Isensee* spricht hierbei von der „Grundrechts-Ambivalenz“, *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, S. 35 f. In dieser grundrechtsambivalenten Gesamtheit bilden die positiven (schützen, Art. 1 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GG) und negativen (achten, Art. 1 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GG) grundrechtlichen Schutzaspekte das „Grundrecht auf Sicherheit“, *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, S. 33.
- 1386 Vertiefend zur abwehrrechtlichen Funktion *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdStR IX, § 191 Rn. 47 ff.
- 1387 Hierdurch soll „eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte“ erfolgen, denn die abwehrrechtliche Funktion allein reiche nicht aus, um „der Intention der Grundrechte“ vollumfänglich zu genügen. *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdStR IX, § 191 Rn. 158; *BVerfG*, Urt. v. 15.1.1958, Az. 1 BvR 400/51 – Lüth (= BVerfGE 7, 198 (204 f.)) und *BVerfG*, Beschl. v. 4.4.2006, Az. 1 BvR 518/02 – Rasterfahndung II (= BVerfGE 115, 320 (358)).
- 1388 *O. Klein*, Das Untermaßverbot, JuS 2006, 960 (960); *Trenkler*, Risikoverwaltung im Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 72; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdStR IX, § 191 Rn. 162; *Stern*, Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte, DÖV 2010, 241 (246 m. w. N. in Fn. 49); *Lee*, Grundrechtsschutz unter Untermaßverbot, in: *Grote/Härtel/Hain et al.* (Hrsg.), FS Starck, 297 (298). Zusammenfassende Darstellung der Kritik an der Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten

objektiv-rechtlich ausgerichteten Staatszweck und der objektiv-rechtlich ausgerichteten Staatsaufgabe „Sicherheit“ ein subjektiv-rechtlich ausgerichtetes Gewand,¹³⁸⁹ sind jedoch dennoch als objektiv-rechtliche Ausgestaltung der Grundrechte anzusehen¹³⁹⁰. „Sie dienen den Grundrechten als Institution“, kommen jedoch auch jeweils den Individualrechtsgütern zugute.¹³⁹¹ Der Unterschied zwischen der abwehrrechtlichen Funktion und der Schutzpflicht-Funktion der Grundrechte ist insbesondere darin zu sehen, dass durch die abwehrrechtliche Funktion Grundrechtseingriffe seitens des Staates und durch die Schutzpflicht-Funktion Grundrechtseingriffe dritterseits verhindert werden sollen.¹³⁹² Fehlt es an einer solchen letztgenannten „Dreiecks-Konstellation“ zwischen Staat-Bürger:in-Dritte:r¹³⁹³, so handelt es sich streng genommen nicht um grundrechtliche Schutzpflichten, sondern um anderweitige Schutzaufträge des Verfassungsrechts.¹³⁹⁴ Die

bei *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdStR IX, § 191 Rn. 165; *Rassow*, Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes, ZG 2005, 262 (264).

- 1389 Vgl. *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdStR IX, § 191 Rn. 184; *Callies*, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, DVBl. 2003, 1096 (1101).
- 1390 *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, S. 49. Zum geringen Erkenntniswert dieser Dichotomie *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdStR IX, § 191 Rn. 194, sowohl die subjektivrechtliche Funktion der Abwehrrechte hat einen objektivrechtlichen Gehalt als auch die objektivrechtlichen Schutzpflichten einen subjektivrechtlichen Gehalt, indem sie subjektive Rechte begründen (s. hierzu: *Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 58 ff.).
- 1391 *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, S. 49; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdStR IX, § 191 Rn. 170.
- 1392 Vgl. nur: *Sachs*, in *Sachs* (Hrsg.), GG-Kommentar, Vorbemerkung zu Abschnitt I Rn. 37 f.; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdStR IX, § 191 Rn. 192 f.; *Möstl*, Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflicht, DÖV, 1989, 1029 (1029).
- 1393 Hierbei kann der Dritte inländischer oder ausländischer Privater sein als auch ausländischer Staat. Dazu ausführlich *Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzpflichten, S. 194 ff.; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdStR IX, § 191 Rn. 208 ff.
- 1394 *BVerfG*, Beschl. v. 26.7.2016, Az. 1 BvL 8/15 (= BVerfGE 142, 313 (341)). *Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzpflichten, S. 190 f., bezeichnet den Umstand als „Schutzpflichten-Dreieck“; *Stern*, Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte, DÖV 2010, 241 (246) spricht von einem „Rechts-Dreieck“; ebenso ablehnend *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdStR IX, § 191 Rn. 206. A. A. wohl *Dietlein*, Das Untermaßverbot, ZG 1995, 131 (135). Eine Ausnahme von dieser „Dreiecks-Konstellation“ gilt jedoch für eigenverantwortliche Selbstgefährdungen, ausführlich *Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzpflichten, S. 203 ff. Allerdings darf sich die öffentliche Schutzmaßnahme nicht übergriffig darstellen: dem Grundrechtsträger steht es frei, die öffentlichen Schutzmaßnah-

grundrechtlichen Schutzpflichten adressieren alle drei Staatsgewalten¹³⁹⁵, wobei die Legislative aufgrund der Konkretisierungsbedürftigkeit Hauptadressatin¹³⁹⁶ ist.¹³⁹⁷ Der Judikative ist „passiv schützend“ die Kontrolle der Erfüllung der grundrechtlichen Schutzpflicht zugewiesen.¹³⁹⁸ Damit ist der Ausgangspunkt des Anwendungsbereichs des Untermaßverbotes lokalisiert.

(2) Das Untermaßverbots als Komponente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Wie bereits in den ersten rechtswissenschaftlichen Ausführungen zum Untermaßverbot bei *Schuppert*¹³⁹⁹, *Canaris*¹⁴⁰⁰ und *Isensee*¹⁴⁰¹ deutlich wird, ergänzt das Untermaßverbot das Übermaßverbot als weitere Komponente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und lässt so eine „multipolare Gesamtverhältnismäßigkeit“¹⁴⁰² entstehen,¹⁴⁰³ die insbesondere auch mate-

men anzunehmen oder die Risiken der Grundrechtsbedrohung einzugehen. Es sei denn, die öffentliche Vorsorgemaßnahme liegt im öffentlichen Interesse. Hierzu: *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, S. 48 f. Vgl. darüber hinaus: *Sachs*, in *Sachs* (Hrsg.), GG-Kommentar, Vorbemerkung zu Abschnitt I Rn. 38.

1395 *Möstl*, Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflicht, DÖV, 1989, 1029 (1036).

1396 Vgl. auch *Kahl/Gärditz*, Umweltrecht, § 3 Rn. 26; *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltsgarantie, S. 32.

1397 Vgl. nur *Stern*, Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte, DÖV 2010, 241 (247).

1398 *Ebd.*

1399 *Schuppert*, Aussprache und Schlußworte zum 2. Beratungsgegenstand: Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), 193: „Wenn ich operiere mit einem Verständnis von Grundrechten als Abwehrrechten, so komme ich relativ mühelos zu dem Verhältnismäßigkeitsprinzip in der Anwendung als Übermaßverbot. Wenn ich aber operiere mit einem Grundrechtsverständnis, das aus Grundrechten Handlungsanweisungen an den Gesetzgeber zur Gestaltung der sozialen Wirklichkeit gewinnt, wie etwa bei der Abtreibungsentscheidung, dann bin ich flugs bei einem Untermaßverbot.“

1400 *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201 (228): „Ein dem Übermaßverbot entsprechendes handliches Untermaßverbot ist bisher als generelles Instrument nicht entwickelt worden.“

1401 *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdStR IX, § 191 Rn. 303: „Das Untermaßverbot korreliert dem Übermaßverbot des Abwehrrechts.“ So auch: *Möstl*, Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflicht, DÖV, 1989, 1029 (1038).

1402 *Hoffmann-Riem*, Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht, in: *ders./Schmidt-Aßmann* (Hrsg.) *Innovation und Flexibilität des*

riell-verfassungsrechtliche Aufträge berücksichtigt¹⁴⁰⁴.¹⁴⁰⁵ Es kann „ein Zuviel an Einschränkungen“ seitens der öffentlichen Hand geben („Verstoß gegen das Übermaßverbot“), genauso wie es „ein Zuwenig“ öffentlichen Handelns geben kann („Verstoß gegen das Untermaßverbot“).¹⁴⁰⁶ Zwar besitzen beide Komponenten unterschiedliche Wirkrichtungen (das Übermaßverbot begrenzt öffentliches Handeln, das Untermaßverbot legitimiert öffentliches bzw. verpflichtet zu öffentlichem Handeln¹⁴⁰⁷), dennoch verfolgen beide den Schutz verfassungsrechtlicher Rechtspositionen. Untermaß-

Verwaltungshandelns, 9 (50); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.) GG-Kommentar, Art. 20 (Rechtsstaatsprinzip) Rn. 198.

1403 Vgl. *Kloepfer*, Verfassungsrecht I, § 10 Rn. 228; *Hoffmann-Riem*, Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 9 (50). Vgl. auch *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG-Kommentar, Art. 20 (Rechtsstaatsprinzip) Rn. 110: „Insgesamt wird danach das Gebot der Verhältnismäßigkeit angewendet, wenn auf eine geschützte Rechtsposition nachteilig eingewirkt wird“. Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.) GG-Kommentar, Art. 20 (Rechtsstaatsprinzip) Rn. 198; vgl. *Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Vorb. Art. 1, Rn. 103. Vgl. auch *Lee*, Grundrechtsschutz unter Untermaßverbot, in: Grote/Härtel/Hain et al. (Hrsg.), FS Starck, 297 (300); *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, S. 254; vgl. *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie, S. 155 f.

1404 *Cremer*, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der grundrechtlichen Schutzpflicht, DÖV 2008, 102 (102) spricht insoweit von der „schutzrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung“.

Weitere Nachweise zur Bejahung der grundsätzlichen Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei grundrechtlichen Schutzpflichten bei *Cremer*, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der grundrechtlichen Schutzpflicht, DÖV 2008, 102 (102 Fn. 3). Vgl. auch *Ekarde*, Umweltverfassung und „Schutzpflichten“, NVwZ 2013, 1105 (1109).

1405 Nur das Übermaßverbot dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zuordnend *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, S. 514.

1406 *Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Vorb. Art. 1, Rn. 103. So ähnlich bereits *Canaris*, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip, JuS 1989, 161 (163). Vgl. weiter *Calliess*, Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbotes als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten, in: Grote/Härtel/Hain et al. (Hrsg.), FS Starck, 201 (202, 209); vgl. *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdStR IX, § 191 Rn. 303.

1407 *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG-Kommentar, Art. 20 (VII. Rechtsstaat) Rn. 129 betont dort den „deutlichen Unterschied“ zwischen Übermaß- und Untermaßverbot. Dieser lehnt es an gleicher Stelle ab, das Untermaßverbot als Komponente des rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes anzusehen, da das Rechtsstaatsprinzip lediglich die drei Gewalten adressiere und nicht die Bürger:innen untereinander. Hiergegen ist jedoch einzuwenden, dass die Fallkonstellationen verfassungsrechtlicher Schutzpflichten nicht ausschließlich aus Dreieckskonstellationen bestehen. Zudem folgt der Zuordnung des Untermaßverbotes zum Ver-

und Übermaßverbot stellen vielmehr lediglich verschiedene „Argumentationsstrukturen“ ein und desselben Grundsatzes dar.¹⁴⁰⁸ Die Existenz des Untermaßverbotes ist mithin folgerichtige Konsequenz der Annahme materiell-verfassungsrechtlicher Schutz-, Handlungs- oder Gewährleistungsaufträge.¹⁴⁰⁹ Nur durch das Untermaßverbot können diese ebenso effektiv wie materiell-verfassungsrechtliche Handlungsverbote oder grundrechtliche Abwehrrechte durch das Übermaßverbot Wirkung entfalten.¹⁴¹⁰ Insofern können Übermaß und Untermaß „nur zusammen [...] die Abwägung des Gesetzgebers [...] strukturieren“.¹⁴¹¹ Folglich ergibt sich ebenso wie beim Übermaßverbot ein zwingendes¹⁴¹² Zusammenspiel von materiell-verfassungsrechtlichem Auftrag und dem Ermittlungsmaßstab des Untermaßverbotes. Für das Übermaßverbot gilt bei der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit öffentlichen Handelns, dass nur durch das Zusammenspiel des materiell-rechtlichen Verfassungsgehaltes des jeweiligen Handlungsverbotes bzw. grundrechtlichen Abwehrrechts und des verfassungsrechtlichen Maßstabs des Übermaßverbotes eine Ermittlung der Verfassungsmäßigkeit gelingt. Für das Untermaßverbot gilt bei der Frage nach der verfassungsgemäßen Wahrnehmung eines materiell-verfassungsrechtlichen Auftrags ebenso das systematische Zusammenspiel von materiell-rechtlichem Verfassungsgehalt und Untermaßverbot. Ausgehend vom materiell-verfassungsrechtlichen Auftrag wird anhand des Untermaßverbotes ermittelt, ob diesem durch die drei Gewalten nachgekommen wurde.¹⁴¹³

hältnismäßigkeitsgrundsatz keine unmittelbare Wirkung gegenüber Bürger:innen, Verpflichtete bleiben weiterhin die drei Gewalten.

1408 Vgl. *Michael*, Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, JuS 2001, 148 (148, 151).

1409 Vgl. *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 219; vgl. *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 273 f.; vgl. *Calliess*, Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbotes als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten, in: Grote/Härtel/Hain et al. (Hrsg.), FS Starck, 201 (202); vgl. *Störring*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 19 „Schlüsselposition des Untermaßverbotes für die Schutzpflichtdimension“.

1410 *Calliess*, Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbotes als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten, in: Grote/Härtel/Hain et al. (Hrsg.), FS Starck, 201 (213).

1411 *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 577.

1412 *Ossenbühl*, Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz, NVwZ 1986, 161 (167), geht davon aus, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ohne die Relation eine bloße „Leerformel“ darstellt.

1413 Vgl. auch *Stern*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdStR IX, § 185 Rn. 92.

Die gelegentliche Darstellung des Untermaßverbot in der Literatur als bloßes Kontrollinstrument¹⁴¹⁴ missachtet die Bindung aller Staatsgewalt an die Verfassung (Art. 20 Abs. 3 GG) und damit auch an das Rechtsstaatsprinzip und die daraus abzuleitenden Verbote des Übermaßes und Untermaßes für öffentliches Handeln. Vielmehr gilt in dieser Hinsicht die zweite Erkenntnis aus der Zuordnung des Untermaßverbotes als Komponente des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit: Das Untermaßverbot ist von allen drei Gewalten zu beachten. Richtig erkannt wird jedoch von der Literatur, dass erst durch das Untermaßverbot die verfassungsgemäße Wahrnehmung des materiell-verfassungsrechtlichen Auftrags einer (verfassungs-) gerichtlichen Kontrolle zugänglich gemacht wird.¹⁴¹⁵ Dies tut der umfänglichen Bindungswirkung indes keinen Abbruch.

(3) Anwendungsbereich des Untermaßverbotes

Das Untermaßverbot ist, wie soeben dargelegt, eine Komponente des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Folglich ist es in jeglichem verfassungsrechtlichen Kontext zu beachten. In der rechtswissenschaftlichen Literatur hingegen wird teilweise angenommen, dass das Untermaßverbot lediglich im Kontext der grundrechtlichen Schutzpflichten Anwendung findet, da es deren konkrete Kontrollnorm darstelle¹⁴¹⁶. Andere bemühen sich, den Anwendungsbereich des Untermaßverbotes auf einzelne Bereiche wie beispielsweise soziale Leistungsrechte¹⁴¹⁷, Staatszielbestimmungen¹⁴¹⁸ oder Grundrechtsverletzungen, deren Ursprung in den Naturgewalten liegt,¹⁴¹⁹ auszuweiten. Problematisch erscheint den

1414 O. Klein, Das Untermaßverbot, JuS, 2006, 960 (961, 964), dieser ordnet das Untermaßverbot als Kontrollnorm der Schutzpflicht ein: Mit dem Untermaßverbot wird „der Handlungsnorm der Schutzpflicht eine Kontrollnorm zur Seite gestellt“.

1415 BVerfG, Urt. v. 28.5.1993, Az. 2 BvF 2/90 – Schwangerschaftsabbruch II (= BVerfGE 88, 203 (254)): „Allerdings hat der Gesetzgeber das Untermaßverbot zu beachten [...] insofern unterliegt er der verfassungsgerichtlichen Kontrolle.“ Vgl. Voßkuhle, Grundwissen – ÖR: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JuS 2007, 429 (429).

1416 O. Klein, Das Untermaßverbot, JuS 2006, 960 (961,964).

1417 Störring, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 42 f.

1418 Steinberg, Verfassungsrechtlicher Umweltschutz durch Grundrechte und Staatszielbestimmung, NJW 1996, 1985 (1991, im Ergebnis jedoch ablehnend, S. 1992); Störring, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 46 f.; Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 577; Brönneke, Umweltverfassungsrecht, S. 240 f., S. 279 ff.

1419 Störring, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 43 f.

entsprechenden Autor:innen, dass keine zu den grundrechtlichen Schutzpflichten vergleichbaren Dreieckskonstellationen vorliegen,¹⁴²⁰ denn „das Untermaßverbot [diene] ausschließlich zur Abwägung kollidierender Positionen“¹⁴²¹. Hier gilt es allerdings zu differenzieren, denn die Frage nach der Ausweitung des Anwendungsbereiches des Untermaßverbotes ist verfehlt. Es geht in den aufgeworfenen Diskussionen nicht, wie fälschlich angenommen, um den Anwendungsbereich des Untermaßverbotes, sondern darum, ob ein materiell-verfassungsrechtlicher Auftrag vorliegt¹⁴²². Steht jedoch fest, dass ein solcher existiert, findet das Untermaßverbot uneingeschränkt Anwendung. Das Untermaß misst damit nicht nur die Einhaltung der grundrechtlichen Schutzpflichten, sondern ist Richtschnur für jeglichen materiell-verfassungsrechtlichen Auftrag und sorgt mithin für die Ermittlung seiner verfassungsgemäßen Wahrnehmung.¹⁴²³ Es ist deshalb hervorzuheben, dass sich das Untermaßverbot am Unterlassen von materiell-verfassungsrechtlich gebotenen öffentlichen Maßnahmen orientiert und das „grundrechtliche Spannungsverhältnis“ kein zwingend erforderliches Kriterium ist, sondern lediglich der klassische Hauptanwendungsfall.¹⁴²⁴

1420 Vgl. *Rassow*, Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes, ZG 2005, 262 (269 f.); Dagegen *Dietlein*, Das Untermaßverbot, ZG 1995, 131 (135) sowie *Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 88, der in bilateralen Konstellationen von der „uneingeschränkten Anwendung“ des Untermaßverbotes ausgeht, allerdings dem Untermaßverbot in diesen Fällen den eigenständigen Aussagegehalt aberkennt. Ebenfalls dagegen *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, S. 261, dieser führt an, dass grundrechtliche Schutzpflichten auch gegen Eingriffe ausländischer Staatsgewalt richten können (vgl. oben), die sich ihrerseits nicht auf Grundrechte berufen könnten und mithin keine „grundrechtliche Dreieckskonstellation“ bestehen. Darüber hinaus führt er Fälle der grundrechtlichen Leistungsrechte an, denen es ebenfalls an der „grundrechtliche Dreieckskonstellation“ mangle.

1421 Vgl. nur *Rassow*, Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes, ZG 2005, 262 (270).

1422 *Störring*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 41 ff., fragt ausdrücklich nach dem Vorliegen einer Schutzpflicht in den untersuchten Bereichen und setzt den Anwendungsbereich des Untermaßverbotes mit dieser Frage gleich.

1423 Vgl. *Dietlein*, Das Untermaßverbot, ZG 1995, 131 (131), der „untersucht, ob und inwieweit das vom Bundesverfassungsgericht herangezogene „Untermaßverbot“ in der Lage ist, taugliche Kriterien zu vermitteln, um den erfüllten Gesetzauftrag vom nicht erfüllten zu scheiden.“

1424 *Störring*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 44, 46, 48.

(4) Zwischenergebnis

Festzuhalten bleibt, dass das Untermaßverbot zwar im Kontext der grundrechtlichen Schutzpflichten entwickelt worden ist, es jedoch als Komponente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in jeglichem verfassungsrechtlichen Kontext Anwendung findet. Das Zusammenspiel von materiell-verfassungsrechtlichem Auftrag und Untermaßverbot ist zwingend, um überhaupt ermitteln zu können, ob eine verfassungskonforme Wahrnehmung desselben vorliegt. Für den materiell-verfassungsrechtlichen Auftrag zur Gewährleistung leistungsfähiger Betriebe¹⁴²⁵ bedeutet dies, dass sich seine verfassungskonforme Wahrnehmung anhand des Untermaßverbotes bemisst.

bb) Kritik am Untermaßverbot

Wie bereits angedeutet, ist das Untermaß nicht unumstritten, sodass sich dieser Abschnitt der Entkräftung der Kritik aus der rechtswissenschaftlichen Literatur am Untermaßverbot widmet. Die Kritik am Untermaßverbot ist mangels einer einhellig überzeugenden dogmatischen Aufarbeitung¹⁴²⁶ divers und umfassend. Es lassen sich jedoch drei Oberpunkte bilden: erstens fehle es dem Untermaßverbot an einem eigenständigen Aussagegehalt¹⁴²⁷ (1), zweitens werde durch das Untermaßverbot unzulässig in den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers eingegriffen¹⁴²⁸ (2) und drittens konterkarriere das Untermaßverbot die abwehrrechtliche Funktion der Grundrechte, indem es gerade zu Grundrechtseingriffen ermächtige bzw. solche fordere¹⁴²⁹ (3).

1425 Hinsichtlich des unionsrechtlichen Auftrags zur öffentlichen Risikovorsorge ist auf Teil IV § 9 B. II. 2. zu verweisen.

1426 Vgl. *Callies*, Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbotes als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten, in: Grote/Härtel/Hain et al. (Hrsg.), FS Starck, 201 (211).

1427 Ausführlich *Störning*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 23.

1428 Ausführlich *Störning*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 18, 23, 55 ff.

1429 Ausführlich *Störning*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 23, 51 ff.

(1) Fehlender eigenständiger Aussagegehalt

Dass es dem Untermaßverbot an einem eigenständigen Aussagegehalt mangele, wird insbesondere im Hinblick auf den Schutzpflicht- bzw. Auftragsgehalt¹⁴³⁰, das Übermaßverbot¹⁴³¹ und die Wesensgehaltsgarantie¹⁴³² ange- mahnt.

Dem Vorwurf, das Untermaßverbot sage nicht mehr aus als die eigentli- che Schutzpflicht bzw. der eigentliche materiell-verfassungsrechtliche Auf- trag, ist das aufgezeigte Zusammenspiel von grundrechtlicher Schutzpflicht bzw. materiell-verfassungsrechtlichen Auftrag und Untermaßverbot entge- genzuhalten.¹⁴³³ Mithin sind Untermaßverbot und Schutzpflicht bzw. mate- riell-verfassungsrechtlicher Auftrag nicht kongruent: Das Untermaßverbot determiniert den verfassungsrechtlich verpflichtend zu gewährleistenden

1430 *Hain*, Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot?, DVBl. 1993, 982 (983); *Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 88; *Rassow*, Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes, ZG 2005, 262 (270); *Lee*, Grundrechtsschutz unter Untermaßverbot, in: Grote/Härtel/Hain et al. (Hrsg.), FS Starck, 297 (315).

1431 Vertreter:innen der sog. Kongruenzthese, gehen von der verfassungsrechtsdog- matischen Überflüssigkeit des Untermaßverbotes aus, da Übermaß- und Unter- maßverbot kongruent sind. Begründer: *Hain*, Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot?, DVBl. 1993, 982 (983); *Hain*, Das Un- termaßverbot in der Kontroverse, ZG 1996, 75 (insbesondere 80). Vgl. zum Streit- stand: Inkurs zur Konvergenztheorie bei *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdStR IX, § 191 Rn. 256 ff. und Rn. 304; *Mayer*, Untermaß, Übermaß und We- sensgehaltsgarantie, S. 69 ff. sowie *Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 85 f. Die Kongruenzfrage stellt sich ausschließlich im Rahmen von Dreieckskonstellationen, in denen die öffentliche Maßnahme sich zwar einer- seits als Schutzpflicht erfüllend, andererseits für eine dritte Person jedoch als Grundrechtseingriff darstellt, vgl. Hauptvertreter der Kongruenzthese *Hain*, Das Untermaßverbot in der Kontroverse, ZG 1996, 75 (80). So auch die Differenzie- rung bei *Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 79 ff. Ebenso *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltsgarantie, S. 75 ff. sowie *Lee*, Grundrechtsschutz unter Untermaßverbot, in: Grote/Härtel/Hain et al. (Hrsg.), FS Starck, 297 (304 ff.). Ausführlich die Kongruenz in den genannten Dreiecks- konstellationen ablehnend *O. Klein*, Das Untermaßverbot, JuS 2006, 960 (962 f.).

1432 Im Rahmen der grundrechtlichen Schutzpflichten wird eine weitgehende Kon- gruenz zur Wesensgehaltsgarantie nach Art. 19 Abs. 2 GG festgestellt. Das Unter- maßverbot gewährleistet insoweit den Wesensgehalt der Grundrechte. Ausführlich, jedoch nicht kritisch *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 19 Rn. 130. Vgl. auch: *Scherzberg*, Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität, S. 210 f.; *Störring*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 161 ff.; *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltsgarantie, S. 178 f.

1433 Vgl. Teil IV § 9 B. II. 1. b) aa).

Mindeststandard, die Schutzpflicht bzw. der materiell-verfassungsrechtliche Auftrag hingegen umfasst zusätzlich alle darüber hinausgehenden Maßnahmen der Gefahrenabwehr und Risikoversorge zum Schutz des verfassungsrechtlichen Rechtsguts, die jedoch fakultativer Natur sind und im gesetzgeberischen Ermessen liegen.¹⁴³⁴

Auch die Kritik seitens der Vertreter:innen der Kongruenzthese, die den Aussagegehalt des Untermaßverbotes mit demjenigen des Übermaßverbotes gleichsetzen, muss zurückgewiesen werden.¹⁴³⁵ Richtig ist die Annahme der Kongruenz im Hinblick darauf, dass sowohl Untermaß- als auch Übermaßverbot vor ungerechtfertigten Eingriffen in verfassungsrechtliche Rechtsgüter schützen¹⁴³⁶ und beide Verbote Komponenten des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes darstellen¹⁴³⁷. Anders als das Übermaßverbot schützt das Untermaßverbot jedoch nicht vor einem Zugriff der öffentlichen Hand, sondern ermächtigt bzw. verpflichtet sie zu öffentlichen Maßnahmen¹⁴³⁸, schützt demnach vor einem öffentlichen Unterlassen¹⁴³⁹.¹⁴⁴⁰ Darüber hinaus unterscheiden sich die Prüfungen auch hinsichtlich ihres

1434 *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdStR IX, § 191 Rn. 305.

1435 So auch *Brönneke*, Umweltverfassungsrecht, S. 273 ff.; *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, S. 261 f.; *Calliess*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), HdbGR Bd. 2, § 44 Rn. 30; *Calliess*, Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbotes als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten, in: *Grote/Härtel/Hain et al.* (Hrsg.), FS Starck, 201 (211 ff.); *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 84 f.; *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 312 f.; *Dietlein*, Das Untermaßverbot, ZG 1995, 131 (138); *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdStR IX, § 191 Rn. 304; *Jaeckel*, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, S. 94 f.; *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, S. 514 ff.; *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie, S. 82; *Merten*, Grundrechtliche Schutzpflichten und Untermaßverbot, in: *Stern* (Hrsg.), GS Burmeister, 227 (239); *Mörtl*, Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflicht, DÖV, 1989, 1029 (1038); *O. Klein*, Das Untermaßverbot, JuS 2006, 960 (962 f.); *Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, S. 299 ff.; *Ortgies*, Rechtliches Risikomanagement im Lebensmittelrecht, S. 168; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 216 f.; ausführlich *Störring*, Das Untermaßverbot in der wissenschaftlichen Diskussion, S. 123 ff.

1436 Vgl. *Vosgerau*, Zur Kollision von Grundrechtsfunktionen, AöR 133 (2008), 346 (352).

1437 Vgl. Teil IV § 9 B. II. 1. b) aa) (2).

1438 *Grzeszick*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 20 (VII. Rechtsstaat) Rn. 128; *O. Klein*, Das Untermaßverbot, JuS 2006, 960 (961); *Calliess*, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, DVBl. 2003, 1096 (1102); *BVerfG*, Beschl. v. 14.1.1981, Az. 1 BvR 612/72 – Fluglärm (= BVerfGE 56, 54 (80)).

1439 Ausführlich *Störring*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 38 f.

Ermittlungsgegenstandes: Das Übermaßverbot bezieht sich auf eine konkrete öffentliche Maßnahme, das Untermaßverbot kann sich lediglich an einem verfassungsrechtlich determinierten Ziel orientieren, zu dessen Erreichung mehrere öffentliche Maßnahmen in Betracht kommen.¹⁴⁴¹ Zudem verfolgen Übermaß- und Untermaßverbot im Falle ihrer Verletzung unterschiedliche Zielrichtungen: Das Übermaßverbot zielt darauf ab, den Status Quo zu bewahren, das Untermaßverbot darauf, den Status Quo zu verändern.¹⁴⁴² Mithin lässt sich nur schwerlich eine Kongruenz von Übermaß- und Untermaßverbot annehmen. Lediglich im Rahmen der rechtsstaatlichen Abwägungskomponente (Angemessenheitsprüfung), die beide Verbote enthalten, in der die gleichrangigen Verfassungswerte in Ausgleich gebracht werden, stimmen Untermaß- und Übermaßverbot überein.¹⁴⁴³

Die Annahme, das Untermaßverbot enthalte aufgrund der Wesensgehaltsgarantie aus Art. 19 Abs. 2 GG keinen eigenständigen Aussagegehalt, ist zunächst einmal auf den Kontext der grundrechtlichen Schutzpflichten zu begrenzen. Für anderswo verortete materiell- verfassungsrechtliche Aufträge kann die Kritik mangels Anwendung¹⁴⁴⁴ der Wesensgehaltsgarantie nicht greifen. Allerdings kann die Kritik auch im Hinblick auf die grundrechtlichen Schutzpflichten widerlegt werden. Zwar kann angenommen werden, dass Übermaß- und Untermaßverbot dazu dienen, den Wesensgehalt der Grundrechte zu wahren – insoweit sind Untermaß- und Übermaßverbot neben dem Rechtsstaatsprinzip auch in der Wesensgehaltsgarantie verankert.¹⁴⁴⁵ Allerdings gehen die Verbote des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes über den Schutzgehalt der Wesensgehaltsgarantie hinaus, indem sie einen

1440 Vgl. *Merten*, Grundrechtliche Schutzpflichten und Untermaßverbot, in: Stern (Hrsg.), GS Burmeister, 227 (239); ebenso bereits *Canaris*, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip, JuS 1989, 161 (163); im Umkehrschluss ebenso *Denninger*, Vom Elend des Gesetzgebers zwischen Übermaßverbot und Untermaßverbot, in: Däubler-Gmelin/Kinkel/Meyer/Simon (Hrsg.), FS Mahrenholz, 561 (567).

1441 *O. Klein*, Das Untermaßverbot, JuS 2006, 960 (962); so auch *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, S. 264; *Calliess*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdbGR Bd. 2, § 44 Rn. 26; vgl. *Lee*, Grundrechtsschutz unter Untermaßverbot, in: Grote/Härtel/Hain et al. (Hrsg.), FS Starck, 297 (306).

1442 *O. Klein*, Das Untermaßverbot, JuS 2006, 960 (962).

1443 *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 579 f.

1444 Vgl. hierzu z. B. *Kerkemeyer*, in: v. Münch/Kunig (Begr.), GG-Kommentar, Art. 19 Rn. 45 ff.

1445 Ausführliche Aufbereitung bei *Tzemos*, Untermaßverbot, S. 46 ff., der die Wesensgehaltsgarantie als eine von vier Säulen des Untermaßverbots beschreibt. Ablehnend *Störring*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 167. Vgl. zum Verhält-

strengeren und abwägenden¹⁴⁴⁶ Prüfungstatbestand aufstellen¹⁴⁴⁷. Somit kommt der Wesensgehaltsgarantie eine „rein ‚deklaratorische Bedeutung‘ zu“.¹⁴⁴⁸ Dies zeigt sich insbesondere in der verfassungsrechtlichen und -gerichtlichen Praxis¹⁴⁴⁹, wohingegen das Untermaßverbot als Komponente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als handhabbarer Prüfungs- bzw. Ermittlungsmaßstab dient¹⁴⁵⁰. Zudem ist nach der hier vertretenen Auffassung abermals auf das Zusammenspiel von grundrechtlicher Schutzpflicht und Untermaßverbot¹⁴⁵¹ hinzuweisen, wonach der unantastbare Wesensgehalt bzw. die Schwelle der Verfassungswidrigkeit des öffentlichen Unterlassens erst ermittelt wird. Mithin sind Untermaßverbot und Wesensgehaltsgarantie nicht deckungsgleich.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass dem Untermaß trotz einiger unwesentlicher Überschneidungen mit Übermaßverbot und Wesensgehaltsgarantie ein eigenständiger Aussagegehalt zukommt.

(2) Unzulässige Einschränkung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums

Die unter diesem Oberpunkt gefasste Kritik konzentriert sich auf den Vorwurf, dass dem Bundesverfassungsgericht durch das Untermaßverbot ermöglicht werde, dem Gesetzgeber konkrete Gesetzgebungsmaßnahmen vorzuschreiben¹⁴⁵² und ihn so in die „Klemme“ zwischen Übermaß- und

nismäßigkeitsgrundsatz *Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. GG, S. 236.

1446 *Rassow*, Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes, ZG 2005, 262 (270) führt hierzu an, dass eine abwägende Prüfung nicht zur Ermittlung eines Wesensgehaltes herangezogen werden kann.

1447 *Tzemos*, Das Untermaßverbot, S. 60 f.; *Störning*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 162 f., 167; *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltsgarantie, S. 178.

1448 *Kerkemeyer*, in: v. Münch/Kunig (Begr.), GG-Kommentar, Art. 19 Rn. 53. So bereits *Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. GG, S. 234 ff.; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik, § 10 Rn. 330.

1449 *W. Schmidt*, Der Verfassungsvorbehalt der Grundrechte, AöR 106 (1981), 497 (515); *Herbert*, Der Wesensgehalt der Grundrechte, EuGRZ 1985, 321 (326): „keine selbständige Bedeutung“; *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltsgarantie, S. 178; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Begr.), GG-Kommentar, Art. 19 Rn. 9; *Kerkemeyer*, in: v. Münch/Kunig (Begr.), GG-Kommentar, Art. 19 Rn. 53.

1450 Vgl. *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltsgarantie, S. 178.

1451 S. Teil IV § 9 B. II. 1. b) aa) (2).

1452 Vgl. *Störning*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 18.

Untermaßverbot zu nehmen¹⁴⁵³. In der Tat würde bei Richtigkeit der Annahme, dass es nur eine einzige verfassungskonforme Gesetzesgestaltung zwischen Übermaß- und Untermaßverbot gebe, ein Verstoß gegen die Gewaltenteilung vorliegen, da das Bundesverfassungsgericht ermächtigt würde, die konkrete Ausgestaltung des Gesetzes der Legislative vorzuschreiben.¹⁴⁵⁴ Hierbei wird jedoch der in einer Demokratie elementare und notwendige¹⁴⁵⁵ weite gesetzgeberische Spielraum¹⁴⁵⁶ verkannt, der dem Gesetzgeber weiterhin – auch bei Anwendung des Untermaßverbotes – zusteht.¹⁴⁵⁷ *Borowski* stellt in Bezug auf die grundrechtlichen Schutzpflichten „schlagwortartig“ heraus, dass „der definitive Schutz grundrechtlicher Leistungsrechte nicht dort [beginnt], wo der von Abwehrrechten aufhört.“¹⁴⁵⁸ Bereits *Canaris* stellt in den rechtswissenschaftlichen Anfängen des Untermaßverbotes zutreffend fest, dass „man sich vor dem Mißverständnis hüten [muss], dass es jeweils nur eine einzige verfassungskonforme Lösung gibt, die gewissermaßen die zwingende Resultante des Zusammenwirkens von Schutzgebot und Eingriffsverbot, von Untermaß- und Übermaßverbot darstellt.“¹⁴⁵⁹ Vielmehr ergeben Übermaß- und Untermaßverbot „eine Art Korridor, innerhalb dessen der Gesetzgeber den nach dem Gewaltenteilungsprinzip erforderlichen Spielraum hat, die kollidierenden Belange abzuwägen und in Ausgleich zu bringen“¹⁴⁶⁰ sowie rechtspolitische Entscheidungen zu treffen. Wird dieser Kritikpunkt darüber hinaus in einem grund-

1453 So der Titel von *Hain*, Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot?, DVBl. 1993, 982 ff.

1454 Vgl. *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie, S. 82.

1455 Vgl. *Dietlein*, Das Untermaßverbot, ZG 1995, 131 (138).

1456 *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, S. 262, für ihn stellt dies das Hauptargument gegen die Kongruenzthese dar (S. 261). Vgl. auch *Canaris*, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip, JuS 1989, 161 (163).

1457 Vgl. *Jarass*, Grundrechte als Werteentscheidung, AöR 110 (1985), 363 (383): Das heißt aber nichts anderes, als daß dem Gesetzgeber zwischen der verfassungsrechtlichen *gebotenen* Schutzpflicht und dem verfassungsrechtlich *erlaubten* Schutz ein mehr oder minder großer Spielraum eingeräumt ist.“ (Hervorhebung im Original); vgl. auch *Meyer*, in: v. Münch/Kunig (Begr.), GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 24: „Das GG enthält zumeist keine eindeutigen Handlungsvorgaben für Legislative und Exekutive, sondern politische Gestaltungsräume.“

1458 *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, S. 262.

1459 *Canaris*, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip, JuS 1989, 161 (163).

1460 *Calliess*, Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbotes als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten, in: Grote/Härtel/Hain et al. (Hrsg.), FS Starck, 201 (216). Ähnlich *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 219; *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie, S. 14.

sätzlicheren Kontext betrachtet, gelangt diese Argumentationsstruktur zu einer Ablehnung der grundrechtlichen Schutzpflichten und der materiell-verfassungsrechtlichen Aufträge¹⁴⁶¹ im Allgemeinen,¹⁴⁶² da diese letztendlich einen Gesetzgebungsauftrag definieren und das Untermaßverbot lediglich Ermittlungsmaßstab für dessen verfassungskonforme Wahrnehmung ist.¹⁴⁶³ Da die Konzeption grundrechtlicher Schutzpflichten und materiell-verfassungsrechtlicher Aufträge auf umfassenden Zuspruch trifft, ist die Kritik zurückzuweisen. Eine unzulässige Einschränkung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums durch das Untermaßverbot liegt nicht vor.

(3) Das Konterkarieren der abwehrrechtlichen Grundrechtsfunktion

Die Kritik unter dem Oberpunkt „Konterkarieren der abwehrrechtlichen Grundrechtsfunktion“ bezieht sich lediglich auf die Fälle, in denen das Untermaßverbot im Rahmen der grundrechtlichen Schutzpflichten angewandt wird. Der Kritikpunkt greift nicht allein das Untermaßverbot an, sondern grundlegend das Konzept der grundrechtlichen Schutzpflichten.¹⁴⁶⁴ Erst in zweiter Linie betrifft die Kritik den Ermittlungsmaßstab Untermaßverbot. Bereits das Sondervotum der Richter:innen *Rupp-v. Brünneck* und *Simon* zum grundlegenden Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in dem die grundrechtlichen Schutzpflichten verfassungsgerichtlich aus der Taufe gehoben wurden¹⁴⁶⁵, enthält den Vorwurf, dass die objektiv-rechtliche Herleitung einer Pflicht des Gesetzgebers zum Normerlass „die Funktion der Grundrechte in ihr Gegenteil [verkehre]. Wenn die in einer Grundrechtsnorm enthaltene objektive Wertentscheidung zum Schutz eines bestimmten Rechtsgutes genügen soll, um daraus die Pflicht zum Strafen herzuleiten, so könnten die Grundrechte unter der Hand aus einem Hort der Freiheits-

1461 Zumeist beziehen sich die Rechtswissenschaftler:innen im hiesigen Diskussionskontext auf grundrechtliche Schutzpflichten, vgl. *Calliess*, Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbotes als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten, in: Grote/Härtel/Hain et al. (Hrsg.), FS Starck, 201 (211). Die Kritik kann jedoch auf alle verfassungsrechtlichen Schutzpflichten übertragen werden.

1462 Ähnlich *Calliess*, Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbotes als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten, in: Grote/Härtel/Hain et al. (Hrsg.), FS Starck, 201 (211).

1463 Vgl. S. Teil IV § 9 B. II. 1. B) aa) (2).

1464 Vgl. *Störring*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 51 in Bezug auf die objektiv-rechtliche Grundrechtsdimension.

1465 *N. Petersen*, Deutsches und Europäisches Verfassungsrecht II, § 8 Rn. 5

sicherung zur Grundlage einer Fülle von freiheitsbeschränkenden Reglementierungen werden.“¹⁴⁶⁶ Diese Befürchtung ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur durch Anerkennung der grundrechtlichen Schutzpflichten hinlänglich widerlegt.¹⁴⁶⁷ Die Existenz grundrechtlicher Schutzpflichten zieht konsequenter und richtiger Weise einen Ermittlungsmaßstab nach sich.¹⁴⁶⁸ Insoweit ist auch dieser Kritikpunkt, der undifferenziert allein an das Untermaßverbot geknüpft wird, abzuweisen.

(4) Zwischenergebnis

Es lässt sich zusammenfassend feststellen, dass die diverse Kritik am Untermaßverbot insbesondere einen Nährboden in der vermeintlich mangelnden dogmatischen Aufarbeitung findet. So zeigt sich innerhalb der verschiedenen Kritikpunkte ein unsicherer Umgang mit der Einordnung des Untermaßverbotes, der zur Folge hat, dass die undifferenziert angeführten Argumente leicht durch Betonung der dogmatischen Zuordnung des Untermaßverbotes als Komponente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entkräftet werden können. Insbesondere ist im Rahmen der Kritik zu beobachten, dass sie sich teilweise nicht gegen das Untermaßverbot an sich, sondern zumeist gegen die grundrechtlichen Schutzpflichten als solche richten. Insgesamt kann damit die Kritik an der Existenz des Untermaßverbotes zurückgewiesen werden.

1466 Abweichende Meinung der Richterin *Rupp-v. Brünneck* und des Richters Dr. *Simon* zu BVerfG, Urt. v. 25.2.1975, Az. 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74 – Schwangerschaftsabbruch I (= BVerfGE 39, 1 (73)). Zustimmung in der Literatur: vgl. *Jarass*, Grundrechte als Werteentscheidung, AöR 110 (1985), 363 (379); *Lee*, Grundrechtsschutz unter Untermaßverbot, in: Grote/Härtel/Hain et al. (Hrsg.), FS Starck, 297 (313 f.).

1467 Statt vieler s. Geltungsgründe der Schutzpflicht bei *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdStR IX, § 191 Rn. 158 ff.

1468 Vgl. *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 219; vgl. *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 273 f.; vgl. *Callies*, Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbotes als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten, in: Grote/Härtel/Hain et al. (Hrsg.), FS Starck, 201 (202); vgl. *Störing*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 19: „Schlüsselposition des Untermaßverbotes für die Schutzpflichtdimension“.

c) Das Untermaßverbot als Komponente des
Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und Ermittlungsmaßstab

Als Zwischenergebnis ergibt sich, dass das Untermaßverbot als Komponente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ein umfassend geltender Maßstab zur Ermittlung der verfassungskonformen Wahrnehmung materiell-verfassungsrechtlicher Aufträge ist. Es findet auf jeden materiell-verfassungsrechtlichen Auftrag Anwendung.¹⁴⁶⁹ Sein Anwendungsbereich ist damit von der Verknüpfung mit einer grundrechtlichen Schutzpflicht unabhängig.¹⁴⁷⁰ Zugleich muss das Untermaßverbot von allen Gewalten beachtet werden. Da es der Ermittlung der verfassungsgemäßen Wahrnehmung materiell-verfassungsrechtlicher Aufträge dient, ist der Ausgangspunkt der Ermittlung stets im jeweiligen materiell-verfassungsrechtlichen Auftrag zu sehen. Die Ermittlung der verfassungsgemäßen Wahrnehmung gelingt erst durch das Zusammenspiel mit dem Untermaßverbot. Dies gilt sowohl für die handelnde Legislative als auch für die kontrollierende Judikative.¹⁴⁷¹ Gelingt eine verfassungsgemäße Wahrnehmung des materiell-verfassungsrechtlichen Auftrags nicht – mithin, wenn eine Verletzung des Untermaßverbotes vorliegt – begründet sich eine Handlungspflicht.¹⁴⁷² Das

1469 Vgl. *Brönneke*, Umweltverfassungsrecht, S. 272.

1470 *Störring*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 40, 42 f., 46.

1471 Zur funktionell-rechtlichen Betrachtung s. Teil IV § 9 A. I. 4. a).

1472 *BVerfG*, Urt. v. 28.5.1993, Az. 2 BvF 2/90 – Schwangerschaftsabbruch II (= *BVerfGE* 88, 203 (254 f., 262, 304)); *BVerfG*, Beschl. v. 22.10.1997, Az. 1 BvR 307/94 (= *BVerfGE* 96, 409 (412)). Vgl. *Störring*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 43. Ähnlich: *Jaeckel*, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik, S. 301; *Mielke*, Risiken der Vorsorge, S. 74; *Schwabenbauer*, Legislative Reaktion auf Risiken, in: *Scharrer/Dalibor/Rodi et al.* (Hrsg.), Risiko im Recht, 157 (162); *Calliess*, Rechtsstaat und Vorsorgestaat, *JRE* 21 (2013), 3 (10); vgl. auch *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdStR* IX, § 191 Rn. 296 zum Luftsicherheitsurteil; vgl. auch *Scherzberg*, Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität, S. 221 f.: „die Verletzung des grundrechtlichen ‚Untermaßverbots‘ [löst] die subjektive Rechtsschutzfunktion der Grundrechte [aus]“; *Calliess*, Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbotes als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten, in: *Grote/Härtel/Hain et al.* (Hrsg.), *FS Starck*, 201 (204); vgl. *Grzeszick*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), *GG-Kommentar*, Art. 20 (VII. Rechtsstaat) Rn. 128; *Sommermann*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, *GG-Kommentar*, Art. 20 Rn. 319; *Denninger*, Vom Elend des Gesetzgebers zwischen Übermaßverbot und Untermaßverbot, in: *Däubler-Gmelin/Kinkel/Meyer/Simon* (Hrsg.), *FS Mahrenholz*, 561 (567); *Michael*, Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, *JuS* 2001, 148 (151); *Kahl/Gärditz*, *Umweltrecht*, § 3 Rn. 32. Anderer Ansicht *Rassow*, Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes, *ZG* 2005, 262 (270 f.), der das Unter-

Untermaßverbot ist damit stets auf ein öffentliches Unterlassen bezogen, das jedoch nicht Quelle der Rechtsgutsbedrohung sein darf.¹⁴⁷³ Für die vorliegende Untersuchung bedeutet dies, dass die verfassungskonforme Wahrnehmung des materiell-verfassungsrechtlichen Auftrags zur Gewährleistung leistungsfähiger Betriebe¹⁴⁷⁴ unter anderem anhand des Untermaßverbotes zu ermitteln ist (vgl. Abschnitt III.).

c) Praktische Konkordanz

Als dritte Ausformung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, im hiesigen Sinne als Oberbegriff für den rechtsstaatlichen Abwägungsprozess zu verstehen, ist die praktische Konkordanz¹⁴⁷⁵ anzuführen. Nach Hesse, der das Prinzip der praktischen Konkordanz wesentlich¹⁴⁷⁶ prägte¹⁴⁷⁷, müssen „[v]erfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter [...] in der Problemlösung einander so zugeordnet werden, dass jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt.“¹⁴⁷⁸ Hierbei sind beiden verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern Grenzen zu setzen, sodass keines „auf Kosten des anderen“ vollends realisiert wird.¹⁴⁷⁹ Mithin zielt die praktische Konkordanz auf den scho-

maßverbot als „ungeeignet [ansieht], eine feststehende Untergrenze der staatlichen Schutzverpflichtung zu definieren.“ Dies begründet er damit, dass „[a]uch das Übermaßverbot [...] keine entsprechende Funktion für Eingriffsfälle“ beinhalte und es sich lediglich um „[e]in Instrument zur relativen Abwägung konkreter kollidierender Positionen“ handle.

1473 Störring, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 42 f.

1474 Hinsichtlich des unionsrechtlichen Auftrags zur öffentlichen Risikovorsorge ist auf Teil IV § 9 B. II. 2. zu verweisen.

1475 Auf die Kritik am Prinzip der praktischen Konkordanz sei nur in dieser Fußnote verwiesen. Vgl. hierzu z. B. Fischer-Lescano, Kritik der praktischen Konkordanz, KJ 2008, 166 (166 ff.).

1476 Begriffsursprung jedoch bei Bäumlín, Staat, Recht und Geschichte, S. 30.

1477 Schladebach, Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip, Der Staat 53 (2014), 263 (268), sieht den Verdienst Hesses in der Zusammenführung der Zusammenführung und Strukturierung der frühen Überlegungen Lerches (Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 153) und Bäumlíns (Bäumlín, Staat, Recht und Geschichte, S. 30); s. auch Kalenborn, Die praktische Konkordanz in der Fallbearbeitung, JA 2016, 6 (7); Hoffmann-Riem, Praktische Konkordanz im Verfassungsrechtsdenken von Konrad Hesse, AÖR 144 (2019), 467 (468).

1478 Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik, § 2 Rn. 72.

1479 Ebd.; vgl. auch Schladebach, Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip, Der Staat 53 (2014), 263 (268 f.): „Grundrechte besitzen keine starr zugewiesenen absoluten Gehalte, sondern sind mit individueller Rechtser-

nendsten¹⁴⁸⁰ bzw. optimalen Ausgleich gleichrangiger Rechtsgüter ab.¹⁴⁸¹ Die praktische Konkordanz stellt insoweit das schonendste bzw. optimale Abwägungsergebnis¹⁴⁸² dar und ist daher als eine tragende Säule des rechtsstaatlichen Abwägungsprozesses zu erfassen. Ihr Ziel ist die optimale Wahrung der Einheit der Verfassung.¹⁴⁸³ Daher greift die praktische Konkordanz, obwohl sie oftmals zunächst im Grundrechtskontext verortet wird, über den Grundrechtsbereich hinaus¹⁴⁸⁴ und ist bereits von *Hesse* als Interpretationsprinzip der gesamten Verfassung verstanden worden¹⁴⁸⁵.

Die praktische Konkordanz ist aufgrund des soeben beschriebenen Abwägungselementes dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im hiesigen Sinne zuzuordnen.¹⁴⁸⁶ Im Vergleich zu den anderen bereits untersuchten Ausformungen geht die praktische Konkordanz als „duale Optimierungspflicht“¹⁴⁸⁷ hinsichtlich des Ausgleichs zwischen verschiedenen Rechtsgütern allerdings weiter als die bloße Zweck-Mittel-Relation des Über- und Untermaßes, die auf „Erträglichkeit“ abzielt.¹⁴⁸⁸ Um im sprachlichen Kon-

zwingungsmacht ausgestattete Rechtsgüter, die sich in einer permanenten multipolaren Relation zu anderen Verfassungsgütern befinden. Ihr exakter Schutzgehalt lässt sich erst in einer konkreten Kollisionssituation bestimmen.“

- 1480 So zeitgleich von *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 153 entwickelt: „nach beiden Seiten hin schonendsten Ausgleich“ von Verfassungsgütern.
- 1481 *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik, § 2 Rn. 72; *Grabitz*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des BVerfG, AöR 98 (1973), 568 (576).
- 1482 *Kalenborn*, Die praktische Konkordanz in der Fallbearbeitung, JA 2016, 6 (9) bezeichnet die praktische Konkordanz als „Zustand der optimalen Verhältnismäßigkeit“.
- 1483 *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik, § 2 Rn. 71; *Kalenborn*, Die praktische Konkordanz in der Fallbearbeitung, JA 2016, 6 (7).
- 1484 *Hoffmann-Riem*, Praktische Konkordanz im Verfassungsrechtsdenken von Konrad Hesse, AöR 144 (2019), 467 (474 f.).
- 1485 *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik, § 2 Rn. 70 ff., 72.
- 1486 So bereits *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik, § 2 Rn. 72 und § 10 Rn. 318.; *Schladebach*, Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip, Der Staat 53 (2014), 263 (271 f.). Vgl. auch *Stern*, Staatsrecht Bd. III/2, S. 815: „Güterabwägung, schonendster Ausgleich, Wechselwirkung oder praktische Konkordanz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz werden vom Bundesverfassungsgericht so miteinander verzahnt, daß sie als Bestandteile des Abwägungsprozesses zu werten sind.“
- 1487 *Schladebach*, Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip, Der Staat 53 (2014), 263 (271).
- 1488 *Hoffmann-Riem*, Praktische Konkordanz im Verfassungsrechtsdenken von Konrad Hesse, AöR 144 (2019), 467 (472); *Grabitz*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des BVerfG, AöR 98 (1973), 568 (576); *Kalenborn*, Die prak-

text der Relation zu bleiben, kann von der praktischen Konkordanz als optimaler Relation gleichrangiger Rechtsgüter untereinander gesprochen werden. Die praktische Konkordanz stellt insofern eine „Spezialmethode für die Fälle dar, in denen es um die Abwägung kollidierender Verfassungswerte geht.“¹⁴⁸⁹ Liegt dieser spezielle Prüfungsumfang¹⁴⁹⁰ vor, modifiziert das Prinzip der praktischen Konkordanz die Angemessenheitsprüfungen des Unter- und Übermaßverbotes weg von einer bloßen „Erträglichkeitsuntersuchung“ und hin zu einer Herstellung des optimalen Ausgleichs.¹⁴⁹¹

In der vorliegenden Untersuchung der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft handelt es sich – wie in Abschnitt A. I. gezeigt – ausschließlich um kollidierendes gleichrangiges Verfassungsrecht¹⁴⁹², sodass in der nachfolgenden Untersuchung die Angemessenheitsprüfung im Lichte der praktischen Konkordanz zu betrachten ist.¹⁴⁹³

2. Die Ausgestaltung des rechtsstaatlichen Abwägungsprozesses im Unionsrecht: Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Unionsrecht

Weiter ist fraglich, wie der rechtsstaatliche Abwägungsprozess im Unionsrecht ausgestaltet ist. Zunächst ist festzustellen, dass auch auf unionsrechtlicher Ebene multipolare Werte, Ziele und Rechtsverhältnisse existieren,

tische Konkordanz in der Fallbearbeitung, JA 2016, 6 (8); vgl. auch *Schladebach*, Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip, Der Staat 53 (2014), 263 (271), der zwischen einer einseitig orientierten und einer bipolaren Prüfungsperspektive unterscheidet.

1489 *Schladebach*, Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip, Der Staat 53 (2014), 263 (272).

1490 Vgl. *Epping*, Grundrechte, Rn. 91; vgl. *Kalenborn*, Die praktische Konkordanz in der Fallbearbeitung, JA 2016, 6 (8); vgl. *Schladebach*, Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip, Der Staat 53 (2014), 263 (273): „Konkretisierung der Angemessenheit“.

1491 *Stern*, Staatsrecht Bd. III/2, S. 835; *Schladebach*, Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip, Der Staat 53 (2014), 263 (273) mit Verweis auf: *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht, VVDStRL 61 (2002), 7 (18 f.); *Alexy*, Grundrechte und Verhältnismäßigkeit, in: *Schliesky/Ernst/Schulz* (Hrsg.), FS Schmidt-Jortzig, 3 (6); vgl. *P. Reimer*, „... und machet zu Jüngern alle Völker“?, Der Staat 52 (2013), 27 (35). Aufgrund dessen die praktische Konkordanz hinsichtlich des Prüfungsaufbaus dort verortend: *Kalenborn*, Die praktische Konkordanz in der Fallbearbeitung, JA 2016, 6 (8); *Michaelis*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JA 2021, 573 (575, 578).

1492 Hinsichtlich des Unionsrechts ist auf Teil IV § 9 A. II. 2. d) zu verweisen.

1493 Vgl. zur Ausgleichsdimension Teil IV § 9 B. IV.

die in einen rechtsstaatlichen abwägenden Ausgleich gebracht werden müssen.¹⁴⁹⁴ Wie im deutschen Verfassungsrecht kommt dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Rahmen des Rechtsgüterausgleichs auf Unionsebene eine zentrale Rolle zu¹⁴⁹⁵ und ist damit auch dort als Methode des rechtsstaatlichen Abwägungsprozesses anzusehen.¹⁴⁹⁶ Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt als „Exportschlager“ deutscher Rechtsdogmatik.¹⁴⁹⁷ Insoweit geht auch der unionsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zumindest ideengeschichtlich auf die deutsche¹⁴⁹⁸ Rechtsfigur und deren rechtsdogmatische Aufbereitung zurück.¹⁴⁹⁹ Ausdrückliche Normierung erfährt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in den höchsten¹⁵⁰⁰ Rechtstexten der Union. Hervorzuheben sind hierbei Art. 5 EUV, Art. 296 AEUV sowie Art. 52 GRC i. V. m. Art. 6 EUV¹⁵⁰¹. Darüber hinaus ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als ungeschriebener allgemeiner Rechtsgrundsatz im Unionsrecht anerkannt.¹⁵⁰² Aufgrund dieser umfänglichen primärrechtlichen Geltung bindet er auch den Unionsgesetzgeber.¹⁵⁰³

1494 Vgl. *Sommermann*, in: *Niedobitek* (Hrsg.), *Europarecht*, § 3 Rn. 17.

1495 *Becker*, in: *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo* (Hrsg.), *EU-Kommentar*, Art. 36 AEUV Rn. 64.

1496 S. ausführliche Ausarbeitung bei *Emmerich-Fritsche*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtssetzung* (2000).

1497 *Klatt/Meister*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus*, *JuS* 2014, 193 (193). Vgl. zur internationalen Verbreitung des Grundsatzes *Klatt/Meister*, *Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip*, *Der Staat* 51 (2012), 159 (160 ff.) sowie ausführlich zur Globalisierung des Grundsatzes *Saurer*, *Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*, *Der Staat* 51 (2012), 3 (3 ff.).

1498 Zur Herausbildung als allgemeiner Rechtsgrundsatz aus den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten *Koch*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rspr. des EuGH*, S. 177 ff. sowie *derselbe*, a.a.O. zur Übersicht des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in anderen Staaten der EU, S. 63 ff.

1499 *Stuart*, *The European Community and the Rule of Law*, S. 31 f.; *Plappert*, *Der unionsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, *EuR* 2020, 364 (364).

1500 Vgl. Art. 12 Abs. 2 EUV. Ausführlich zur Normhierarchie *Nettesheim*, *Normenhierarchien im EU-Recht*, *EuR* 2006, 737 (737 ff.). Gem. Art. 6 Abs. 1 EUV ist die Charta der Grundrechte mit den Verträgen gleichrangig.

1501 Gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Hs. 2 EUV kommt der GRC primärrechtlicher Rang zu.

1502 S. aus der Rspr. des EuGH nur *EuGH*, *Urt. v. 11.7.1989*, Rs. C-265/87, *Schräder*, ECLI:EU:C:1989:303, Slg. 1989, 2263 (2270 Rn. 21); *EuGH*, *Urt. v. 12.3.2002*, Rs. C-27/00 und C-122/00, *Omega Air u. a.*, ECLI:EU:C:2002:161, Slg. 2002, I-2599 (I-2621 Rn. 62); *EuGH*, *Urt. v. 6.12.2005*, verb. Rs. C-453/03, C-11/04, C-12/04 u. C-194/04, *ABNA u. a.*, ECLI:EU:C:2005:741, Slg. 2005, I-10468 (I-10497 Rn. 68). Aus der rechtswissenschaftlichen Literatur: Bereits früh hat sich *Schwarze*, *Europäisches Verwaltungsrecht* (Bd. 2, 1. Aufl. 1988), S. 692 ff. mit der Her- und Ab-

Anders als beim dogmatisch zugrunde liegenden deutschen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergibt sich beim unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz die Besonderheit, dass er Anwendung auf Konflikte im Zusammenhang mit der mitgliedstaatlichen Ebene findet. Daher besitzt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf unionsrechtlicher Ebene mehr Ausprägungen als auf deutscher Verfassungsebene. Zu diesen zusätzlichen Ausprägungen zählen der kompetenzbezogene Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, die Anwendung des Grundsatzes auf die Rechtsformwahl der Europäischen Union sowie die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei der Vereinbarkeit mitgliedstaatlicher Maßnahmen mit den europäischen Grundfreiheiten (a)). Darüber hinaus finden sich bei Rechtssetzung unionsrechtlicher Maßnahmen Pendanten zum Über- (b)) und Untermaßverbot (c)) sowie zur praktischen Konkordanz (d)). Schließlich ist im Rahmen dieser Untersuchung auf agrarspezifische Besonderheiten des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes einzugehen (e)).

a) Die Besonderheiten des unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Zusammenhang mit der mitgliedstaatlichen Ebene

Besonderheiten in Bezug auf die Mehrebenensystematik ergeben sich im Rahmen der ausdrücklichen primärrechtlichen Normierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Art. 5 EUV und Art. 296 AEUV. Gem. Art. 5 EUV findet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Anwendung auf die Ausübung der Zuständigkeit der Europäischen Union.¹⁵⁰⁴ Eine konkrete Ausge-

leitung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als unionsrechtliches Rechtsprinzip beschäftigt. Darüber hinaus ausführlich zum Geltungsgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Unionsrecht *Koch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rspr. des EuGH, S. 158 ff. (Herleitung aus dem geschriebenen Recht, S. 160 ff., Herleitung aus anderen Rechtsgrundsätzen des Unionsrechts, S. 173 f., Anerkennung als eigenständiger allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts, S. 174 ff.). Vgl. auch *Kadelbach*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Art. 5 EUV Rn. 49; vgl. *Becker*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 36 AEUV Rn. 64; vgl. auch *Pollak*, Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des EuGH und des österreichischen VfGH, S. 34 ff.

1503 Vgl. *Koch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rspr. des EuGH, S. 193 f.

1504 Vgl. hierzu Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit v. 2.10.1997 (ABl. C 340/105 v. 10.11.1997); Protokoll (Nr. 2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (ABl. C 310/207 v. 16.12.2004); Protokoll (Nr. 2) über die Anwendung der

staltung erfährt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Absatz 4, wonach die Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinausgehen dürfen. In diesem Kontext ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausschließlich kompetenzbezogen und kompetenzrechtlich¹⁵⁰⁵ zu verstehen und dient dem Schutz der mitgliedstaatlichen Autonomie¹⁵⁰⁶. Hierbei handelt es sich um eine „unvollständige Positivierung“, die den ungeschriebenen allgemeinen Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit nur in Teilen normiert.¹⁵⁰⁷ Dieser partielle kompetenzrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist hinsichtlich seiner Prüfung vom originären auf Abwägung von Rechtsgütern abzielenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu differenzieren.¹⁵⁰⁸ Darüber hinaus regelt auch Art. 296 Abs. I AEUV den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz lediglich spezifisch, und zwar hinsichtlich der Auswahl der Art des Rechtsaktes^{1509, 1510}. Auch in diesem Fall wird der Schutz der mitgliedstaatlichen Autonomie bezweckt.¹⁵¹¹ Eine weitere Besonderheit aufgrund des Mehrebenensystems ergibt sich im Rahmen der Binnenmarktrealisierung in Form der Grundfreiheiten. Hierbei kommt dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine

Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (ABl. C 326/206 v. 26.10.2012).

- 1505 Ausführlich *Saurer*, Der kompetenzrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Recht der Europäischen Union, JZ 2014, 281 (281 ff.). Konkretisiert wird der kompetenzrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz durch das Protokoll (Nr. 2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (ABl. C 326/206 v. 26.10.2012).
- 1506 *Bast*, in Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, Art. 5 EUV Rn. 66.
- 1507 *Bast*, in Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, Art. 5 EUV Rn. 67 mit Verweis auf: *Koch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rspr. des EuGH, S. 171. *Saurer*, Der kompetenzrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Recht der Europäischen Union, JZ 2014, 281 (282 f.) nimmt hingegen einen konstitutiven Charakter an.
- 1508 Vgl. *Streinz*, in: ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 5 EUV Rn. 44; vgl. auch *Bast*, in Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, Art. 5 EUV Rn. 67. *Saurer*, Der kompetenzrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Recht der Europäischen Union, JZ 2014, 281 (281) spricht sogar davon, dass „[a]us Sicht des deutschen Verfassungsrechts ist die föderale Schutzrichtung eine Irritation“ darstellt und verweist auf ablehnende Entscheidungen des BVerfG hinsichtlich der kompetenzrechtlichen Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (s. dort, Fn. 2).
- 1509 S. hierzu Art. 288 AEUV.
- 1510 Grundlegende Aufbereitung des Themas durch *Rösch*, Zur Rechtsformwahl des europäischen Gesetzgebers im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, insb. S. 136 ff.
- 1511 Vgl. *Schoo*, in: Schwarze/Becker/Hatje/ders. (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 296 AEUV Rn. 4 ff.

zentrale Rolle bei der Ermittlung der Unionsrechtsgemäßheit mitgliedstaatlicher Maßnahmen zu. Allerdings betrifft der Mehrebenen-Konflikt in diesem Fall keine Kompetenzfragen, sondern wie im Rahmen des deutschen Übermaßverbotes den Ausgleich von Rechtsgütern (dazu sogleich),¹⁵¹² nur dass in diesen Fällen stets auf der einen Seite unionsrechtliche Grundfreiheiten wiegen.

b) Das unionsrechtliche Pendant zum Übermaßverbot

Für die vorliegende Untersuchung ist vielmehr ein unionsrechtliches Pendant zum deutschen Übermaßverbot von Interesse. Zu fragen ist mithin nach einer Ausformung des unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der den rechtsstaatlichen Abwägungsprozess auf unionsrechtlicher Ebene methodisch entsprechend dem deutschen Übermaßverbot ausgestaltet. Wie soeben aufgezeigt, fällt die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rahmen der Grundfreiheiten hierunter. Darüber hinaus findet sich die Ausformung als Übermaßverbot insbesondere im Rahmen der europäischen Grundrechte, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) normiert sind. Bindungswirkung entfalten die europäischen Grundrechte für alle Unionsorgane und für die Mitgliedstaaten im Rahmen der Unionsrechtsdurchführung (Art. 51 S.1 GRC). Einschränkungen in diese Grundrechte sind nur unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zulässig (Art. 52 Abs.1 S.2 GRC). Der dort normierte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dient ebenfalls einer Zweck-Mittel-Relation.¹⁵¹³ Insoweit entspricht die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der GRC der des deutschen Übermaßverbotes.¹⁵¹⁴

1512 Vgl. *Becker*, in: *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo* (Hrsg.), *EU-Kommentar*, Art. 36 AEUV, Rn. 64 für die Warenverkehrsfreiheit: Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz „setzt die Beeinträchtigung der geschützten Freiheit, also hier der Freiheit des Warenverkehrs, in Beziehung zu den dadurch erzielten Vorteilen für andere, ebenfalls rechtlich geschützte Güter“.

1513 Vgl. aus der Rspr. statt vieler *EuGH*, Urt. v. 9.3.2010, verb. Rs. C-379/08 u. 380/08, *ERG u. a.*, ECLI:EU:C:2010:127, Slg. 2010 I-2011 (I-2051 Rn. 86): „Allerdings ist zu prüfen, ob solche nach nationalem Recht zulässigen Maßnahmen nicht die Grenzen dessen überschreiten, was zur Erreichung der mit den fraglichen Rechtsvorschriften zulässigerweise verfolgten Ziele geeignet und erforderlich ist, wobei, wenn mehrere geeignete Maßnahmen zur Auswahl stehen, die am wenigsten belastende zu wählen ist und die dadurch bedingten Nachteile in angemessenem Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen müssen.“ S. ebenfalls aus der Kom-

c) Das unionsrechtliche Pendant zum Untermaßverbot

Hinsichtlich des unionsrechtlichen Pendantes zum Untermaßverbot ist, wie auch im deutschen Verfassungsrecht, zunächst bei den Schutzpflichten anzuknüpfen. Im Allgemeinen können auch auf Unionsebene Untätigkeit oder unzureichende Schutzmaßnahmen zu einer Verletzung von unionsgrundrechtlichen Schutzpflichten¹⁵¹⁵ führen.¹⁵¹⁶ Das in Art. 52 Abs. 1 S.1 GRC normierte Prüfprogramm ist zwar nicht konkret auf eine Untermaßverbotsprüfung ausgelegt.¹⁵¹⁷ Allerdings wird die Übertragung des Untermaßverbotes in das Unionsrecht in der rechtswissenschaftlichen Literatur angeraten.¹⁵¹⁸ Darüber hinaus existieren neben den unionsgrundrechtli-

mentarliteratur statt vieler *Jarass*, in: *Jarass* (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der EU*, Art. 52 Rn. 34, der vom „Verhältnis zwischen der mit der Maßnahme verbundenen Belastung und dem mit ihr verfolgten Ziel“ spricht.

- 1514 Vgl. bereits frühe Untersuchung des Prüfungstatbestandes auf europäischer Ebene *Schwarze*, *Europäisches Verwaltungsrecht* (Bd. 2, 1. Aufl. 1988), S. 831 ff.; s. auch Untersuchung der Teilgrundsätze Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit bei *Koch*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rspr. des EuGH*, S. 198 ff. sowie kurze aktuelle Darstellung bei *Jarass/Kment*, *EU-Grundrechte*, § 6 Rn. 31 ff. Zur Frage nach der Zwei- oder Dreistufigkeit (Prüfung inkl. Angemessenheit) der Verhältnismäßigkeitsprüfung s. *Riedel*, *Die Grundrechtsprüfung durch den EuGH*, S. 145 ff. sowie Rechtsprechungsanalyse ab S. 242 ff.
- 1515 S. ausführlich zum Vorliegen unionsrechtlicher Schutzpflichten: *Szczekalla*, *Die sog. grundrechtlichen Schutzpflichten*, S. 459 ff.; *ders.*, in: *Heselhaus/Nowak* (Hrsg.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, § 8 Rn. 7 ff.; *Jaeckel*, *Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, S. 194 ff.
- 1516 Vgl. ausführlich *Emmerich-Fritsche*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtssetzung*, S. 247 ff. und 353 ff.; *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, Art. 3 GRC Rn. 55; *Jarass*, in: *Jarass* (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der EU*, Art. 51 Rn. 7, Art. 52 Rn. 17; *Jarass/Kment*, *EU-Grundrechte*, § 6 Rn. 17.
- 1517 Vgl. *Schwerdtfeger*, in: *Meyer/Hölscheidt* (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Art. 52 Rn. 41: „Für die Leistungsdimension von Grundrechten passt das Prüfprogramm nur bedingt. Die relevante Frage nach einem aus dem Grundrecht folgenden Anspruch entscheidet sich primär nach Maßgabe des Spielraums, der dem Grundrechtsverpflichteten bei seiner Entscheidung verbleibt.“
- 1518 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, Art. 3 GRC Rn. 11; s. auch *Kühling*, *Grundrechte*, in: *Bogdandy/Bast* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 657 (676 f.), der zumindest von einer Pflicht zu „effektiven Maßnahmen“ spricht; *Emmerich-Fritsche*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtssetzung*, S. 585 ff. prüft die „Untermäßige Beschränkung des Ausfuhrverbots“. A.A. *Szczekalla*, *Die sog. grundrechtlichen Schutzpflichten*, S. 711; *ders.*, in: *Heselhaus/Nowak* (Hrsg.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, § 10 Rn. 35; *Jaeckel*, *Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*,

chen auch grundfreiheitliche Schutzpflichten¹⁵¹⁹, deren Wahrung sich nicht nach Art. 51 GRC richtet.¹⁵²⁰ Als Anhaltspunkt der Übertragung des Untermaßverbotes bei den grundfreiheitlichen Schutzpflichten kann die Entscheidung zu den französischen Agrarblockaden dienen, in der das gerichtliche Prüfprogramm „ausreichende und geeignete Maßnahmen gegen Handlungen von Privatpersonen“ umfasst.¹⁵²¹ Des Weiteren kommt es dem Europäischen Gerichtshof in der Entscheidung ebenfalls auf die „Wirksamkeit“ der Maßnahmen an.¹⁵²² Somit entspricht der Prüfungsbestand desjenigen des Bundesverfassungsgerichts¹⁵²³.¹⁵²⁴ Diese Nähe zur Untermaßprüfung sowie die Tatsache, dass sich die Entwicklung des unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes am deutschen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientiert,¹⁵²⁵ sprechen für die Übertragbarkeit des Untermaßverbotes auf die Unionsebene.¹⁵²⁶ Als Erklärung für die bisher fehlende Normierung des Untermaßverbotes auf Unionsebene kann zum einen angeführt werden, dass die grundrechtlichen und grundfreiheitlichen

S. 272 f. lehnt eine „allgemeingültige Formel“ zur Feststellung einer Schutzpflichtverletzung ab, es komme auf den jeweiligen Einzelfall an.

1519 Statt vieler *Pache*, in: Schulze/Janssen/Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht*, § 10 Rn. 29 ff.

1520 S. zur Übertragung des Untermaßverbotes bei grundfreiheitlichen Schutzpflichten *Kadelbach/Petersen*, Die gemeinschaftsrechtliche Haftung für Verletzungen von Grundfreiheiten aus Anlass privaten Handelns, *EuGRZ* 2002, 213 (216 Fn. 39); *Meurer*, Verpflichtung der Mitgliedstaaten zum Schutz des freien Warenverkehrs, *EWS* 1998, 196 (200).

1521 *EuGH*, Urt. v. 9.12.1997, Rs. C-265/95, *Kommission/Frankreich*, ECLI:EU:C:1997:595, Slg. 1997, I-6990 (I-7000 Rn. 39).

1522 *EuGH*, Urt. v. 9.12.1997, Rs. C-265/95, *Kommission/Frankreich*, ECLI:EU:C:1997:595, Slg. 1997, I-6990 (I-7002 Rn. 52). Eine Fortführung der Rspr. ist in *EuGH*, Urt. v. 12.6.2003, Rs. C-112/00, *Schmidberger*, ECLI:EU:C:2003:333, Slg. 2003, I-5694, (I-5712 Rn. 51 ff.) zu sehen, allerdings spricht der *EuGH* dort nur noch von „erforderlich“ und „ausreichend“ und nicht mehr von „wirksam“.

1523 Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 28.5.1993, Az. 2 BvF 2/90 – Schwangerschaftsabbruch II (= *BVerfGE* 88, 203), Leitsatz 6: „Der Staat muss zur Erfüllung seiner Schutzpflicht ausreichende Maßnahmen normativer und tatsächlicher Art ergreifen, die dazu führen, daß ein – unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter – angemessener und als solcher wirksamer Schutz erreicht wird.“

1524 *Meurer*, Verpflichtung der Mitgliedstaaten zum Schutz des freien Warenverkehrs, *EWS* 1998, 196 (200, Fn. 39).

1525 *Stuart*, The European Community and the Rule of Law, S. 31 f.; *Plappert*, Der unionsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, *EuR* 2020, 364 (364).

1526 *Meurer*, Verpflichtung der Mitgliedstaaten zum Schutz des freien Warenverkehrs, *EWS* 1998, 196 (200).

Schutzpflichten auf Unionsebene an sich ein sehr junges Konstrukt sind,¹⁵²⁷ und zum anderen, dass die dogmatische Aufbereitung des Untermaßverbotes in der rechtswissenschaftlichen Literatur noch keine Einhelligkeit erlangt hat¹⁵²⁸. Mithin muss auch bei dem herausgearbeiteten unionsrechtlichen Auftrag zur öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft die primärrechtsgemäße Wahrnehmung anhand eines unionsrechtlichen Pendant ermittelt werden.

d) Das unionsrechtliche Pendant zur praktischen Konkordanz

Der rechtsstaatliche Abwägungsprozess auf Unionsebene kennt letztlich auch ein Pendant zur praktischen Konkordanz.¹⁵²⁹ Der mit der praktischen Konkordanz angestrebte optimierte Ausgleich gleichrangiger Rechtsgüter findet sich im Unionsrecht auf zweierlei Weise wieder. Zunächst orientiert sich der Ausgleich zwischen kollidierenden Grundrechten der GRC am Ziel der Optimierung¹⁵³⁰ sowie an einem angemessenen Gleichgewicht¹⁵³¹. Dies gilt nicht nur für den Ausgleich von Unionsgrundrechten untereinander, sondern auch für von der Europäischen Union anerkannte dem Gemein-

1527 Ähnlich *Szczekalla*, Die sog. grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 710.

1528 Vgl. nur Kritik unter Teil IV § 9 B. II. 1. b) bb).

1529 Vgl. ausführlich *Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtssetzung, S. 250 ff. und 347 f.

1530 *Jarass/Kment*, EU-Grundrechte, § 3 Rn. 17.

1531 *EuGH*, Urt. v. 6.11.2006, Rs. C-101/01, *Lindqvist*, ECLI:EU:C:2003:596, Slg. 2003, I-12971 (I-13024 Rn. 85); *EuGH*, Urt. v. 28.1.2008, Rs. C-275/06, *Promusicae*, ECLI:EU:C:2008:54, Slg. 2008, I-309, (I-345 Rn. 66); *EuGH*, Urt. v. 16.12.2008, Rs. C-73/07, *Satakunnan Markkinapörssi u. Satamedia*, ECLI:EU:C:2008:727, Slg. 2008, I-9868 (I-9890 Rn. 56); *EuGH*, Urt. v. 24.11.2011, Rs. C-70/10, *Scarlet Extended*, ECLI:EU:C:2011:771, Slg. 2011, I-12006, (I-12026 Rn. 45); *EuGH*, Urt. v. 6.9.2012, Rs. C-544/10, *Deutsche Weintor*, ECLI:EU:C:2012:526, Rn. 47; *EuGH*, Urt. v. 22.1.2013, Rs. C-283/11, *Sky Österreich*, ECLI:EU:C:2013:28, Rn.60; *EuGH*, Urt. v. 27.3.2014, Rs. C-314/12, *UPC Telekabel Wien*, ECLI:EU:C:2014:192, Rn.46; *EuGH*, Urt. v. 6.7.2015, Rs. C-580/13, *Coty Germany*, ECLI:EU:C:2015:485, Rn.34; *EuGH*, Urt. v. 15.9.2016, Rs. C-484/14, *Mc Fadden*, ECLI:EU:C:2016:689, Rn.83; *EuGH*, Urt. v. 18.10.2018, Rs. C-149/17, *Bastei Lübbe*, ECLI:EU:C:2018:841, Rn.45; *EuGH*, Urt. v. 19.12.2019, Rs. C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe*, ECLI:EU:C:2019:1114, Rn.50; *EuGH*, Urt. v. 17.12.2020, Rs. C-336/19, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België u. a.*, ECLI:EU:C:2020:1031, Rn. 65; *Trstenjak/Beysen*, Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung, *EuR* 2012, 265 (283 f.); *Jarass/Kment*, EU-Grundrechte, § 3 Rn. 17; *Jarass*, in: *Jarass* (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der EU*, Art. 52 Rn. 43.

wohl dienende Zielbestimmungen (Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRC)¹⁵³². Darüber hinaus ist das Prinzip der praktischen Konkordanz auch im Rahmen kollidierender Unionsziele und Unionspolitiken anzuwenden.¹⁵³³ Damit zusammenhängend ist auf den Ausgleich der Ziele der Gemeinsamen Agrarpolitik (Art. 39 AEUV) untereinander hinzuweisen, bei dem die Unionsorgane zeitweilig einzelnen Zielen einen Vorrang einräumen können¹⁵³⁴.

e) Agrarspezifische Besonderheiten des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Unionsrecht

Im Vorstehenden zeigt sich, dass die drei Komponenten des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im hiesigen Sinne unionsrechtliche Pendant besitzen. Auf zwei Besonderheiten im Rahmen des Agrarsektors soll im Folgenden hingewiesen werden. Zum einen nehmen Teile der rechtswissenschaftlichen Literatur an, dass Art. 40 Abs. 2 AEUV eine sektorspezifische Normierung¹⁵³⁵ des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aufweist. An-

1532 Z. B. *EuGH*, Urt. v. 17.12.2020, Rs. C-336/19, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België u. a.*, ECLI:EU:C:2020:1031, Rn. 26; *Dietz*, Die praktische Konkordanz beim Schächten im Spannungsfeld zwischen Religionsfreiheit und Tierschutz, DÖV 2021, 585 (588 f.).

1533 Vgl. *Terhechte*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, Art. 3 EUV En. 22: „die jeweiligen Zielsetzungen müssen möglichst miteinander in Einklang gebracht werden“; vgl. *Jacqué*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, Art. 3 EUV Rn. 3: „Im Übrigen stehen die einzelnen Unionsziele nebeneinander und verlangen gleichermaßen Beachtung“. Ausführlich zu Zielkonflikten im Unionsrecht *Basedow*, Zielkonflikte und Zielhierarchien im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft, in: *Due/Lutter/Schwarze* (Hrsg.), FS Everling, 49 (49 ff.).

1534 *EuGH*, Urt. v. 24.10.1973, Rs. C-5/73, *Balkan Import Export GmbH*, ECLI:EU:C:1973:109, Slg. 1973, 1091 (1112 Rn. 24): „Bei der Verfolgung dieser Ziele müssen die Gemeinschaftsorgane ständig jenen Ausgleich sicherstellen, den etwaige Widersprüche zwischen diesen Zielen, wenn sie isoliert betrachtet werden, erforderlich machen können, und gegebenenfalls dem einen oder anderen unter ihnen zeitweiligen Vorrang einräumen, sofern die wirtschaftlichen Gegebenheiten und Umstände, die den Gegenstand ihrer Beschlußfassung bilden, dies gebieten.“

1535 Bereits Schlussanträge *GA Duheillet de Lamothe*, Rs. C-11/70, *Internationale Handels-gesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:1970:100, Slg. 1970, 1142 (1150 f.); ebenso *Bittner*, in: *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo* (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 40 AEUV Rn. 44, 53.

A. A. *Khan*, in: *Geiger/Khan/Kotzur* (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 40 Rn. 4 spricht von „Überdehnung der Bedeutung dieser Bestimmung“. Ebenfalls a. A. *Fuß*, Der Grundrechtsschutz in den Europäischen Gemeinschaften aus deutscher Sicht,

knüpfungspunkt ist hierbei der Wortlaut des Art. 40 Abs. 2 AEUV, wonach die gemeinsame Marktorganisation alle zur Durchführung des Art. 39 AEUV *erforderlichen* Maßnahmen umfassen kann. Darüber hinaus wird der legitime Zweck durch den Passus „zur Durchführung des Art. 39“ auf die Ziele des Art. 39 Abs. 1 AEUV begrenzt.¹⁵³⁶ Zum anderen besitzt die Agrarpolitik im Verhältnis zu anderen Unionspolitiken und -zielen eine Sonderstellung. Dies gilt für das Verhältnis zum Binnenmarkt (Art. 38 Abs. 2 AEUV) sowie für das Verhältnis zur Wettbewerbspolitik (Art. 42 Abs. 1 AEUV). Den Zielen der Gemeinsamen Agrarpolitik ist im Rahmen dieser Abwägungen ein verstärktes Gewicht zugeschrieben.¹⁵³⁷ Insoweit ist hierin eine Ausnahme des Grundsatzes der praktischen Konkordanz zu sehen.¹⁵³⁸ Die Regelungen bedeuten hingegen nicht, dass allein die Ziele der Gemeinsamen Agrarpolitik bei der Ausgestaltung Berücksichtigung finden dürfen.¹⁵³⁹ Abgesehen von diesen zwei Ausnahmeregelungen bleibt es beim Grundsatz der praktischen Konkordanz.¹⁵⁴⁰

S. 81 f. Allerdings liest der EuGH in *EuGH*, Urt. v. 17.12.1970, Rs. C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:1970:114, Slg. 1970, 1125 (1126) auch eine Angemessenheitsprüfung in Art. 40 AEUV (damals EWG-Vertrag) hinein und prüft diese auch.

- 1536 Vgl. *Barents*, *The Agricultural Law of the EC*, S. 354, der in diesem Zusammenhang vom „Grundsatz der objektiven Verhältnismäßigkeit“ („objective disproportionality“) spricht; vgl. *Bittner*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), *EU-Kommentar*, Art. 40 AEUV Rn. 53.
- 1537 Zum Verhältnis Agrarpolitik und Binnenmarkt *EuGH*, Urt. v. 20.4.1978, verb. Rs. C-80/77 u. C-81/77, *Ramel*, ECLI:EU:C:1978:87, Slg. 1978, 927 (945 Rn. 17/19): „Die Ziele des freien Warenverkehrs und der gemeinsamen Agrarpolitik dürften daher weder gegeneinander gestellt noch rangmäßig eingeordnet werden; sie müßten im Gegenteil miteinander verbunden werden, wobei der freie Warenverkehr den Grundsatz darstelle, soweit nicht die Besonderheit des Agrarsektors Anpassungen verlange.“ *Bittner*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), *EU-Kommentar*, Art. 39 AEUV Rn. 1; *Martinez*, in: *Niedobitek* (Hrsg.), *Europarecht*, § 17 Rn. III, *ders.*, *Die Gemeinsame Agrarpolitik der EU als Teil des Binnenmarktes*, in: *Kotowska/Gała/Stańko* (Hrsg.), *Współczesne problemy prawa rolnego i cywilnego*, 341 (342).
- 1538 Vgl. *Terhechte*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *Das Recht der EU*, Art. 3 EUV Rn. 22.
- 1539 *Bittner*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), *EU-Kommentar*, Art. 39 AEUV Rn. 1; *Norer/Bloch*, in: *Dausen* (Begr.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, G. *Agrarrecht* Rn. 25.
- 1540 In diesem „integrativen“ Sinne: *Norer/Bloch*, *Dausen* (Begr.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, G. *Agrarrecht* Rn. 25; vgl. auch *Priebe*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der EU*, Art. 39 AEUV Rn. 5; vgl. zum Verhältnis zur Wettbewerbspolitik *EuGH*, Urt. v. 23.2.1988, Rs. C-131/86, *Vereinigtes Königreich/Rat*, ECLI:EU:C:1988:86, Slg. 1988, 905 (929 ff.) sowie *EuGH*, Urt. v.

f) Zwischenergebnis

Die vorstehende Untersuchung hat gezeigt, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in seinen unterschiedlichen Anwendungsformen¹⁵⁴¹ auch für den rechtsstaatlichen Abwägungsprozess im Unionsrecht wesentlich ist. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Unionsrecht bildet einen allgemeinen Abwägungsmaßstab¹⁵⁴² widerstreitender Interessen, der den Unionsgesetzgeber bindet¹⁵⁴³. Es konnten zudem unionsrechtliche Pendanten des Übermaßverbotes, des Untermaßverbotes und der praktischen Konkordanz ausfindig gemacht werden. Es zeigen sich im Unionsrecht Besonderheiten des Grundsatzes mit Blick auf das Mehrebenensystem und auf die Gemeinsame Agrarpolitik.

3. Beeinflussung des rechtsstaatlichen Abwägungsprozesses durch
Vorsorgeprinzip und Verursacherprinzip

Der rechtsstaatliche Abwägungsprozess wird im Rahmen der öffentlichen Risikoversorge darüber hinaus durch zwei Prinzipien des öffentlichen Rechts beeinflusst. Zum einen durch das bereits dargestellte Vorsorgeprinzip (a)) und zum anderen durch das Verursacherprinzip (b)).

23.2.1988, Rs. C-68/86, *Vereinigtes Königreich/Rat*, ECLI:EU:C:1988:85, Slg. 1988, 855 (895 f.).

1541 Vgl. *Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtssetzung, Drittes Kapitel „Anwendungsformen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Gemeinschaftsrecht“. *Emmerich-Fritsche* unterscheidet den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Beziehung der Gemeinschaft zu ihren Mitgliedstaaten (S. 272 ff.), als objektive Norm im Verhältnis zu den Einzelnen (S. 316 ff.), im Rahmen des Grundrechtsschutzes (S. 328 ff.) sowie im Bereich der Grundfreiheiten (S. 410 ff.).

1542 *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 841; *Koch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rspr. des EuGH, S. 193 f.

1543 Dies wird insbesondere durch den kompetenzrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gem. Art. 5 EUV und Art. 296 Abs. 1 AEUV deutlich, die sich direkt auf den Gesetzgebungsprozess der Union beziehen.

a) Vorsorgeprinzip

Wie bereits in § 6 erläutert, knüpft an die Aktivierung des Vorsorgeprinzips eine Modifizierung des rechtsstaatlichen Abwägungsprozesses.¹⁵⁴⁴ Das Vorsorgeprinzip beeinflusst den rechtsstaatlichen Abwägungsprozess vor allem im Rahmen der Leistungsdimension bei der Ausformung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als Untermaßverbot. Hierbei kommt es darauf an, dass die Ermittlung der verfassungs- und unionsrechtsgemäßen Wahrnehmung verfassungs- und unionsrechtlicher Aufträge anhand des Untermaßverbotes überhaupt zu dem Ergebnis führen kann, dass ein öffentliches vorsorgendes Handeln geboten ist. Dies ist ausgehend von den Überlegungen zu den grundrechtlichen Schutzpflichten zu bejahen: „[D]ie Schutzpflicht [...] trägt also die Entscheidung für Prävention in sich, und die Frage kann nicht lauten, ob der Staat befugt ist, präventive Mittel einzusetzen, sondern nur, zu welchem Zweck, in welchem Maß und unter welchen Voraussetzungen ihm der Einsatz gestattet sein soll.“¹⁵⁴⁵ Mit dieser Aussage betont *Grimm* die Zukunftsbezogenheit der grundrechtlichen Schutzpflichten¹⁵⁴⁶ und stellt damit sogleich klar, dass die Ermittlung der verfassungsgemäßen Wahrnehmung zu dem Ergebnis kommen kann, dass diese öffentliche Risikovorsorgemaßnahmen gebietet und nicht auf die Gefahrenabwehr beschränkt ist¹⁵⁴⁷. Den bundesverfassungsgerichtlichen Grundstein öffentlicher Risikovorsorge zum Zwecke der Schutzpflichtenwahrnehmung legt die Kalkar-I-Entscheidung¹⁵⁴⁸. Diese Rechtsprechung fortführend nimmt das Bundesverfassungsgericht an, dass „[z]war [...] bloße Grundrechtsgefährdungen im allgemeinen [sic] noch im Vorfeld verfassungsrechtlich relevanter Grundrechtsbeeinträchtigungen [liegen]. Sie können jedoch, wie das Bundesverfassungsgericht anerkannt hat [...], unter besonderen Vorausset-

1544 Vgl. hierzu bereits Teil III § 6 A. II. 3.

1545 *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, S. 213. Auch *Isensee* nimmt an, dass grundsätzliche „alle Formen staatlichen Handelns in den Dienst der Schutz gestellt werden“ können, insbesondere auch die Prävention, *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, S. 39.

1546 Zum gleichen Ergebnis kommen *O. Klein*, Das Untermaßverbot, JuS 2006, 960 (962) und *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 428.

1547 Vgl. *Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, S. 225; *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 324; *BVerfG*, Beschl. v. 14.1.1981, Az. 1 BvR 612/72 – Fluglärm (= BVerfGE 56, 54 (78)); *BVerfG*, Beschl. v. 8.8.1978, Az. 2 BvL 8/77 – Kalkar I (= BVerfGE 49, 89 (140 ff.)); *BVerfG*, Beschl. v. 20.12.1979, Az. 1 BvR 385/77 (= BVerfGE 53, 30 (57)).

1548 *BVerfG*, Beschl. v. 8.8.1978, Az. 2 BvL 8/77 – Kalkar I (= BVerfGE 49, 89 (141 f.)).

zungen Grundrechtsverletzungen gleichzuachten sein.¹⁵⁴⁹ Eine Grenze des Untermaßverbotes bilden jedoch Risiken, die nach „praktischer Vernunft“ ausgeschlossen werden können (sog. Restrisiken).¹⁵⁵⁰ Gleiches muss für andere materiell-verfassungsrechtliche Aufträge gelten und auf die Unionsebene übertragen werden.¹⁵⁵¹ Das bedeutet, dass der Ermittlungsmaßstab Untermaßverbot in den vorliegenden Sachverhaltskonstellationen im Bereich der Landwirtschaft durch das Vorsorgeprinzip modifiziert wird, indem die Wertungsentscheidung im Rahmen des Vorsorgeprinzips die zu ermittelnde verfassungsgemäße und/oder unionsrechtsgemäße Wahrnehmung durch das Untermaßverbot insoweit beeinflusst, als dass im Ergebnis eine Vorverlagerung öffentlichen Handelns stattfindet. In Bezug auf den vorliegenden materiell-verfassungsrechtlichen und materiell-primärrechtlichen Auftrag zur Gewährleistung leistungsfähiger Betriebe¹⁵⁵² respektive für den Auftrag des Verfassungs- und Unionsrechts zur öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft bedeutet dies, dass öffentliches Handeln nicht erst bei einer Gefahr für die landwirtschaftlichen Produktionsstrukturen in Form leistungsfähiger Betriebe, die die Ernährung und den Erhalt der Kulturlandschaft zum Zwecke der Nahrungsmittelerzeugung sicherstellen, oder gar erst bei deren Verlust möglich ist, sondern dass öffentliche Maßnahmen auch vor dem Eintritt einer Gefahr möglich und unter engen Voraussetzungen gar verpflichtend sein können. Daran schließt sich parallel die Beeinflussung des rechtsstaatlichen Abwägungsprozesses im Rahmen der Eingriffs- und Ausgleichsdimension in Form der Rechtfertigung an.¹⁵⁵³

b) Verursacherprinzip

Des Weiteren beeinflusst das Verursacherprinzip den rechtsstaatlichen Abwägungsprozess im Rahmen der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft zum einen im Rahmen der Leistungsdimension und zum anderen im Rahmen der Eingriffs- und Ausgleichsdimension. Zwar ist das

1549 BVerfG, Beschl. v. 19.6.1979, Az. 2 BvR 1060/78 (= BVerfGE 51, 324 (346 f.)).

1550 BVerfG, Beschl. v. 14.1.1981, Az. 1 BvR 612/72 – Fluglärm (= BVerfGE 56, 54 (80 ff.)); vgl. Mielke, Risiken der Vorsorge, S. 72.

1551 Vgl. bereits Teil IV § 9 B. II. 1. b) aa) (3) und Teil IV § 9 B. II. 2. c).

1552 Vgl. insbesondere Teil III § 6 B. I. 3. d) und Teil III § 7 B.

1553 Vgl. hierzu bereits Teil III § 6 A. II. 3.

Verursacherprinzip in erster Linie¹⁵⁵⁴ als Kostentragungsprinzip zu verstehen. Allerdings stellt das Verursacherprinzip darüber hinaus auch eine „Regelung über die Verteilung der materiellen¹⁵⁵⁵ Verantwortlichkeit^{[1556]“} auf¹⁵⁵⁷ und ist damit ein „gebietsübergreifendes juristisches Prinzip im Öffentlichen Recht“¹⁵⁵⁸. Die Beeinflussung des rechtsstaatlichen Abwägungsprozesses im Rahmen der öffentlichen Risikovorsorge erfolgt durch Berücksichtigung der durch das Verursacherprinzip begründeten materiellen Verantwortlichkeit¹⁵⁵⁹. Hinsichtlich der Leistungsdimension wirkt sich die Beeinflussung des rechtsstaatlichen Abwägungsprozesses durch das Verursacherprinzip konkret in der Weise aus, dass sich die Prüfung des Untermaßverbotes – neben der in den verfassungs- und unionsrechtlichen Aufträgen normierten Verantwortlichkeit – daran zu orientieren hat, wer die risikofaktorsetzende Entscheidung oder Handlung getroffen hat.¹⁵⁶⁰ In-

-
- 1554 Kahl, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 191 AEUV Rn. 98; Epiney, in: dies. (Hrsg.), Umweltrecht der Europäischen Union, I. Teil 5. Kapitel Rn. 27.
- 1555 Freilich ist materielle Verantwortung zu normieren, um rechtliche Verantwortung zu begründen, Frenz, Das Verursacherprinzip im Öffentlichen Recht, S. 27. S. bereits zum präskriptiven Grad der staatlichen Aufgabenwahrnehmung Teil III § 6 B. I. Vgl. auch Isensee, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdStR IV, § 73 Rn. 35.
- 1556 Vgl. zur Aufgabenwahrnehmungsverantwortung bereits Teil III § 6 B. I. 3. b) bb).
- 1557 Frenz, Das Verursacherprinzip im Öffentlichen Recht, S. 39; Kloepfer/Rehbinde/Schmidt-Aßmann, UGB-AT (Forschungsbericht), S. 146; Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim AEUV Art. 191 Rn. 110 f.; Kahl, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 191 AEUV Rn. 98; Epiney, in: dies. (Hrsg.), Umweltrecht der Europäischen Union, I. Teil 5. Kapitel Rn. 27; vgl. auch *EuGH*, Urt. v. 29.4.1999, Rs. C-293/97, *Standley u. a.*, ECLI:EU:C:1999:215, Slg. 1999, I-2626 (I-2646 Rn. 51): „Zum Verursacherprinzip genügt die Feststellung, daß die Inhaber landwirtschaftlicher Betriebe nach der Richtlinie nicht verpflichtet sind, Belastungen zu tragen, die mit der Beseitigung einer Verunreinigung verbunden sind, zu der sie nicht beigetragen haben.“
- 1558 Wie Frenz in seiner Querschnittsuntersuchung aus den 1990ern herausarbeitet, Frenz, Das Verursacherprinzip im Öffentlichen Recht, S. 79 ff.
- 1559 S. zur Begriffsbestimmung „Verantwortung“ ausführlich *Vofßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), 266 (270 f. Fn. 9-11); zu dessen Entwicklung und verschiedene Ausprägungen s. *Ruge*, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State, S. 160 ff. Zum philosophischen Verantwortungsbegriff grundlegend *Jonas*, Das Prinzip Verantwortung (1979). Zum rechtswissenschaftlichen Verantwortungsbegriff grundlegend: *Saladin*, Verantwortung als Staatsprinzip (1984); *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik (1985); *Röhl*, Verwaltungsverantwortung als dogmatischer Begriff?, DV Beiheft 2, 33 (33 ff.).
- 1560 *Jung*, Der Risikobegriff in Wissenschaft und Gesellschaft, Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz 46 (2003), 542 (544); vgl. auch *Stoll*,

soweit fließt die der risikofaktorsetzenden Entscheidung oder Handlung folgende materielle Verantwortlichkeit für die Risikosteuerung mit in den Abwägungsprozess ein.¹⁵⁶¹ Diese Zuweisung korrespondiert mit der grundgesetzlichen Annahme der eigenverantwortlichen Person¹⁵⁶² und der Interpretation des Risikos als „Folge einer früheren[, eigenen] Entscheidung“.¹⁵⁶³ Je nach Wahrnehmung des zukünftigen Schadens als Folge einer früheren eigenen Entscheidung oder als Folge externer Einflüsse oder fremder Entscheidungen ergibt sich eine unterschiedliche Beurteilung der materiellen Verantwortlichkeit und mithin auch eine unterschiedliche Akzeptanz öffentlicher Risikoversorge.¹⁵⁶⁴ Übertragen auf die hiesige Problemstellung bedeutet dies, dass nach dem Ursprung der risikofaktorsetzenden Entscheidung oder Handlung zu fragen ist. Beruht der eingetretene Schaden auf einer autarken Entscheidung der Landwirt:innen (z. B. die Wahl des Erntezeitpunkts), ist die materielle Verantwortlichkeit auch nur ihnen zuzuschreiben. In diesem Zusammenhang kommt den Möglichkeiten des privatwirtschaftlichen Risikomanagements eine herausgehobene Stellung zu. Entscheiden sich die Landwirt:innen gegen den Einsatz eines vorhandenen Instruments des privatwirtschaftlichen Risikomanagements, so ist ihnen diesbezüglich die materielle Verantwortlichkeit zuzuweisen. Beruht der Schaden hingegen auf fremden Entscheidungen (z. B. die politische Entscheidung für ein Handelsembargo, behördliche Anordnung zur Keulung von Tierbeständen oder zur Vernichtung eines Pflanzenaufwuchses) oder anderen externen Faktoren (z. B. einer Naturkatastrophe), ist die materielle Verantwortlichkeit entweder dem:der fremden Entscheider:in oder nie-

Sicherheit als Aufgabe, S. 345, der Verantwortung aus rechtlicher Sicht als u. a. „Folgenverantwortung“ und „Haftung“ begreift.

1561 S. zur Unterscheidung Verantwortung als Folge und Grund der Verursachereigenschaft, *Frenz*, Das Verursacherprinzip im Öffentlichen Recht, S. 26 ff. Die (normierte) Verantwortung kann auch Grund der Verursachereigenschaft sein. Dies ist in bspw. in Fällen der grundrechtlichen Schutzpflichten der Fall, vgl. 351 ff. (Grund staatlicher Verantwortung). Diese normierte Verantwortung ist ausführlich im Rahmen der verfassungs- und primärrechtlichen Aufträge zur öffentlichen Risikoversorge (Teil III) besprochen.

1562 Vgl. *Stoll*, Sicherheit als Aufgabe, S. 346; *Frenz*, Das Verursacherprinzip im Öffentlichen Recht, S. 195 ff.; *BVerfG*, Beschl. v. 24.2.1971, Az. 1 BvR 435/68 (= *BVerfGE* 30, 173 (193)); *BVerfG*, Beschl. v. 1.3.1978, Az. 1 BvR 333/75, 174, 178, 191/71 (= *BVerfGE* 47, 327 (369)).

1563 *Jung*, Der Risikobegriff in Wissenschaft und Gesellschaft, *Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz* 46 (2003), 542 (544).

1564 Vgl. *ebd.*

manden zuzuweisen, sodass hier Raum für öffentliche Risikovorsorge erwächst.¹⁵⁶⁵ Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die landwirtschaftliche Tätigkeit 13,4 % der THG-Emissionen Deutschlands verursacht.¹⁵⁶⁶ Die materielle (Mit-) Verantwortlichkeit der Landwirtschaft für den Klimawandel beeinflusst den rechtsstaatlichen Abwägungsprozess in der Weise, dass die Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge treibhausgasreduzierende Ansätze berücksichtigen muss. Die durch das Verursacherprinzip in dieser Weise zugewiesene materielle Verantwortlichkeit stellt sich somit als ein Entscheidungskriterium für die Beurteilung der Unterschreitung des Untermaßverbotes hinsichtlich der Vornahme öffentlicher Risikovorsorgemaßnahmen dar.¹⁵⁶⁷ Überdies sind bei der Beeinflussung des rechtsstaatlichen Abwägungsprozesses durch das Verursacherprinzip ausgehend von der Beeinflussung im Rahmen der Leistungsdimension parallel die Beeinflussung des rechtsstaatlichen Abwägungsprozesses im Rahmen der Eingriffs- und Ausgleichsdimension in Form der Rechtfertigung anzuschließen.

4. Maßstäbe für die bewertende Untersuchung des gesetzgeberischen Abwägungsprozesses im Rahmen des Status Quo der öffentlichen Risikovorsorge

Aus dem Vorstehenden leitet sich für die nachfolgende bewertende Untersuchung der konkreten Anforderungen an die gesetzgeberische Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge (Abschnitt III. und IV.), die sich aus den multipolaren Verfassungsverhältnissen ergeben, ab, dass die erforderliche rechtsstaatliche Abwägung anhand des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erfolgt. Zudem sind die Ausformungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes einzeln den aufgezeigten Dimensionen der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft zugeordnet. Die Anforderungen der Leistungsdimension ermittelt das Untermaßverbot, die Anforderungen der Eingriffsdimension ermittelt das Übermaßverbot und die Ermittlung der Anforderungen der Ausgleichsdimension erfolgt im Wege der praktischen Konkordanz. Jeweils gilt zugleich das unionsrechtliche Pendant. Es bleibt

1565 Im Ergebnis ebenso *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Für eine gemeinwohlorientierte GAP der EU nach 2020, April 2018, S. 46.

1566 Daten aus *Grethe/Martinez/Osterburg et al.*, Klimaschutz im Agrar- und Ernährungssystem Deutschlands, Gutachten für die Stiftung Klimaneutralität, 2021, S. 3.

1567 Vgl. *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, S. 198.

jedoch noch die Frage zu klären, welcher Maßstab für die Bewertung des gesetzgeberischen Abwägungsprozesses anzulegen ist. Hierbei gilt es zu unterscheiden zwischen einer zurückgenommenen gerichtlichen Überprüfung (a)) und einer wissenschaftlichen Bewertung (b)).

a) Der Prüfungsmaßstab der Rechtsprechung beim gesetzgeberischen Abwägungsprozess

Für die Überprüfung des gesetzgeberischen Abwägungsprozesses durch die Gerichte muss das Verhältnis von Gesetzgeber und Rechtsprechung Berücksichtigung finden. Dieses Verhältnis muss auf deutscher Verfassungsebene (aa)) und Unionsrechtsebene (bb)) gesondert untersucht werden.

aa) Die bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle des gesetzgeberischen Abwägungsprozesses im deutschen Verfassungsrecht

Unstreitig obliegt die Verwirklichung der Einheit der Verfassung, wie sie der rechtsstaatliche Abwägungsprozess anstrebt, sowie auch die generelle „Erstinterpretation“¹⁵⁶⁸ der Verfassung in erster Linie dem Gesetzgeber.¹⁵⁶⁹

1568 Vgl. zur Erstzuständigkeit des Gesetzgebers *BVerfG*, Urt. v. 11.11.1999, Az. 2 BvF 2, 3/98, 1, 2/99 (= BVerfGE 101, 158 (217 f.)); *Austermann*, Die rechtlichen Grenzen des BVerfG, DÖV 2011, 267 (269); *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29 (1990), 1 (25); *Kirchhof*, Verfassungsverständnis, Rechtsprechungsaufgabe und Entlastung des BVerfG, in: Bogs (Hrsg.), Urteilsverfassungsbeschwerde zum BVerfG, 71 (74); *Hermes*, Verfassungsgerichtsbarkeit und einfaches Recht, VVDStRL 61 (2002), 119 (129 ff.). Vgl. auch *Hesse*, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Müller (Hrsg.), FS Huber, 261 (268), der eine Ausprägung des Vorrangs des Gesetzgebers im Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung sieht.

1569 *Hoffmann-Riem*, Praktische Konkordanz im Verfassungsrechtsdenken von Konrad Hesse, AöR 144 (2019), 467 (475). Vgl. zur Erstzuständigkeit des Gesetzgebers *BVerfG*, Urt. v. 11.11.1999, Az. 2 BvF 2, 3/98, 1, 2/99 (= BVerfGE 101, 158 (217 f.)); *Austermann*, Die rechtlichen Grenzen des BVerfG, DÖV 2011, 267 (269); *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29 (1990), 1 (25); *Kirchhof*, Verfassungsverständnis, Rechtsprechungsaufgabe und Entlastung des BVerfG, in: Bogs (Hrsg.), Urteilsverfassungsbeschwerde zum BVerfG, 71 (74); *Hermes*, Verfassungsgerichtsbarkeit und einfaches Recht, VVDStRL 61 (2002), 119 (129 ff.). Für Anwendung der praktischen Konkordanz durch die Legislative *Schladebach*, Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip, Der Staat 53 (2014), 263 (265).

Insoweit ist der Gesetzgeber bei der Wahrnehmung des materiell-verfassungsrechtlichen Auftrags zur Gewährleistung leistungsfähiger Betriebe bei der Wahl seiner Mittel zur Zielerreichung sowie dem rechtsstaatlichen Abwägungsprozess im Allgemeinen im Sinne des weiten gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums¹⁵⁷⁰ frei.¹⁵⁷¹ Fraglich ist allerdings, inwieweit der gesetzgeberische Abwägungsprozess der bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle zugänglich ist. Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung¹⁵⁷² sind den einzelnen Gewalten durch das Grundgesetz verschiedene grundlegende Funktionen zugewiesen (Rechtssetzung, Rechtsausführung, Rechtsprechung, wobei im Folgenden nur zwischen Handlung und Kontrolle unterschieden wird).¹⁵⁷³ Dem Bundesverfassungsgericht kommt insoweit eine Sonderstellung zu, als dass es über die Wahrung dieser Funktionen letzten Endes entscheidet.¹⁵⁷⁴ Aufgrund dieser Sonderstellung wird dem Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit zum Funktionsmissbrauch eröffnet, weshalb es daher einer Begrenzung der Weite und des Umfangs verfassungsgerichtlicher Kontrolle bedarf.¹⁵⁷⁵ Hierzu muss die funktionell-rechtliche Verfassungsinterpretation¹⁵⁷⁶ herangezogen werden. Nach der funktio-

1570 Statt vieler *BVerfG*, Beschl. v. 5.3.1974, Az. 1 BvL 27/72 (= *BVerfGE* 37, 1 (20)). Darüber hinaus statt vieler *Walter*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), *GG-Kommentar*, Art. 93 Rn. 104 ff. Ausführlich *Meßerschmidt*, *Gesetzgebungsermessens*, S. 713 ff. (*Gesetzgebungsermessens*), 881 ff. (*Zwecksetzungsermessens*), 926 ff. (*Empirische Einschätzungsprärogative*).

1571 Vgl. *ebd.*; vgl. zu unterschiedlich gebotenen Handlungen Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 420 f.

1572 Vgl. hierzu ausführlich: *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), *GG-Kommentar*, Art. 20 (V. Gewaltenteilung); *Di Fabio*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HdStR II*, § 27 Rn. 1 ff.

1573 Vgl. *Schlaich/Korioth*, *Das Bundesverfassungsgericht*, Rn. 504.

1574 *Ebd.*; vgl. auch: *Meyer*, in: v. Münch/Kunig (Begr.), *GG-Kommentar*, Art. 93 Rn. 21; *Vofßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *GG-Kommentar*, Art. 93 Rn. 35; *Walter*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), *GG-Kommentar*, Art. 93 Rn. 101 ff. (ab Rn. 102 nähere Ausführungen zum amerikanischen Pendant „counter-majoritarian difficulty“).

1575 Vgl. *Vofßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *GG-Kommentar*, Art. 93 Rn. 35.

1576 Zuvor galt ein materiell-rechtlicher Ansatz: Der traditionelle materiell-rechtliche Ansatz der Verfassungsinterpretation geht davon aus, dass für die Bestimmung der Reichweite und des Umfangs der verfassungsgerichtlichen Kontrolle allein der materielle Gehalt der jeweiligen Norm des Grundgesetzes maßgebend ist. (*Vofßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *GG-Kommentar*, Art. 93 Rn. 38; vgl. *Gusy*, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, S. 144; *Schlaich/Korioth*, *Das Bundesverfassungsgericht*, Rn. 506; *Heun*, *Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 37 ff.) Soweit erscheint dieser Ansatz zunächst schlüssig. Zu bedenken – und hierin liegt der entscheidende Kritikpunkt am

nell-rechtlichen Verfassungsinterpretation¹⁵⁷⁷, die der rechtsstaatlichen Gewaltenteilung sowie dem demokratischen Prinzip dient, sind die jeweiligen Gewalten an ihre verfassungsrechtlich zugeordnete Funktion gebunden, sodass die Ausübung einer fremden Kernfunktion untersagt ist.¹⁵⁷⁸ Dieser Gedanke hat zur Folge, dass ein und derselben Verfassungsnorm¹⁵⁷⁹ je nach

materiell-rechtlichen Ansatz – ist jedoch, dass der materielle Gehalt der Verfassungsnormen durch das BVerfG selbst ermittelt wird und ihm so in gewisser Weise eine „Kompetenz-Kompetenz“ hinsichtlich des Umfangs und der Reichweite seiner eigenen Kontrolle zusteht. (Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 506. Ferner Schuppert, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, S. 1; vgl. Smend, Festvortrag zur Feier des zehnjährigen Bestehens des BVerfG, in: BVerfG (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht, 23 (24) „Das Grundgesetz gilt nunmehr praktisch so wie das Bundesverfassungsgericht es auslegt“; Hesse, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Müller (Hrsg.), FS Huber, 261 (263); vgl. Roellecke, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdStR III, § 67 Rn. 33; vgl. Haverkate, Verfassungslehre, S. 394; Voßkuhle, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 39, dieser bringt darüber hinaus an, dass „in der Praxis entwickelte verfassungsgerichtliche Entscheidungsregeln und Argumentationsmuster“ sich nicht hinreichend dogmatisch mit dem materiell-rechtlichen Ansatz erklären lassen und verweist auf die „unterschiedlichen Entscheidungsaussprüche bei der Normenkontrolle“) Aufgrund dessen wurde von einem rein materiell-rechtlichen Ansatz Abstand genommen und um dem „Zusammenhang von materiellem Verfassungsrecht und verfassungsrechtlicher Funktionenordnung“ (Schuppert, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, S. 1) ausreichend Rechnung zu tragen, die funktionell-rechtliche Verfassungsinterpretation geboren. (ebd.; Hesse, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Müller (Hrsg.), FS Huber, 261 (265); vgl. Ossenbühl, Verfassungsrechtliche Grundfragen des Länderfinanzausgleichs gemäß Art. 107 II GG, S. 104; Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 508; Voßkuhle, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 40 m. w. N.) Diese ersetzt den materiell-rechtlichen Ansatz nicht, sondern ergänzt ihn.

1577 Zum begriffsbegründenden funktionell-rechtlichen Interpretationsprinzip der Verfassung Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), 53 (73 ff.). Vgl. auch Schuppert, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, S. 1 ff. Allgemein zur „funktionell-rechtlichen Verfassungsreduktion“ Bryde, Verfassungsentwicklung, S. 303 ff. Eine umfangreiche Aufzählung von Vertretern der funktionell-rechtlichen Sicht findet sich bei Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 508 Fn. 29.

1578 Scherzberg, Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität, S. 89; Hesse, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Müller (Hrsg.), FS Huber, 261 (262); Austermann, Die rechtlichen Grenzen des BVerfG, DÖV 2011, 267 (269), dieser listet zugleich die Kernfunktionen und funktionellen Charakteristika des BVerfG auf. Vgl. auch zu den verfassungsrechtlichen Funktionen des BVerfG Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 510 ff.

1579 Hierzu zählen auch ungeschriebene verfassungsrechtliche Grundsätze. Für den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz allgemein: Hesse, Funktionelle Grenzen der Ver-

unmittelbarer Adressatin (entweder handelnde Legislative/Exekutive oder kontrollierende Judikative) jeweils nur eine Funktion zukommen kann. In ihrer Funktion als Handlungsnorm statuieren die verfassungsrechtlichen Normen Handlungsanweisungen, in ihrer Funktion als Kontrollnorm dienen sie der Überprüfung öffentlicher Maßnahmen, wobei sich die jeweilige Reichweite und Konkretisierung des Auftrags je nach Funktion unterscheiden.¹⁵⁸⁰ Beispielsweise begründet das Staatsziel „Umweltschutz“ aus Art. 20a GG für die Legislative eine Berücksichtigungspflicht und einen Schutzauftrag, die sich beide als aktive Handlung ausgestalten können. Für

fassungsgerichtsbarkeit, in: Müller (Hrsg.), FS Huber, 261 (269); vgl. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG-Kommentar, Art. 20 (VII. Rechtsstaat) Rn. 123; vgl. Klatt/Meister, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JuS 2014, 193 (199); Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 518.

In der Literatur lassen sich in Bezug auf die funktionell-rechtliche Betrachtung ungeschriebener verfassungsrechtlicher Grundsätze folgende Ansätze erkennen: Insbesondere Tzemos, Das Untermaßverbot, S. 65 ff. Ebenfalls zumindest sprachlich unterteilend Kahl/Gärditz, Umweltrecht, § 3 Rn. 32. Ansätze finden sich zumindest in Bezug auf die grundrechtliche Schutzpflicht auch bei Szczekalla, Die sog. grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 223 ff. (Kontrolldichte der grundrechtlichen Schutzpflicht anhand des Untermaßverbotes) und S. 207 ff. (hier wird untersucht, ob die grundrechtliche Schutzpflicht ein Optimierungsgebot enthält bzw. zum bestmöglichen Schutz verpflichtet: „Diese Frage lässt sich anhand der Rechtsprechung des BVerfG nicht zweifelsfrei beantworten: Neben Entscheidungen, in denen ausdrücklich auf einen bestmöglichen Schutz abgestellt wird, finden sich andere Judikate, die dies in Abrede stellen. Letztere Äußerungen stehen aber regelmäßig im Zusammenhang mit der Kontrolldichte [...]“ [zu den Rspr.-Nachweisen s. dort] Dies zeigt zumindest ein gewisses Gespür für eine Differenzierung zwischen Handlungs- und Kontrollnorm. Ebenso auf die grundrechtliche Schutzpflicht bezogen finden sich „funktionell-rechtliche Gesichtspunkte“ bei Lee, Grundrechtsschutz unter Untermaßverbot, in: Grote/Härtel/Hain et al. (Hrsg.), FS Starck, 297 (315 f.). Ansätze lassen sich ebenfalls bei Möstl, Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflicht, DÖV, 1989, 1029 (1039), finden, der den Prüfungsmaßstab des Untermaßverbotes von der Prüfungsdichte trennt: Die Anwendung des Prüfungsmaßstabes des Untermaßverbotes „lä[ss]t aus dem Untermaßverbot nur dann keinen unangemessenen ‚groben Keil‘ werden, der die gesetzgeberische Freiheit über Gebühr beschnitte, wenn bei der Prüfung der einzelnen Kriterien des Untermaßverbotes strikt auf die regelmäßige Beschränkung der Prüfungsdichte auf eine bloße Evidenzkontrolle geachtet wird.“

1580 Vgl. Brönneke, Umweltverfassungsrecht, S. 464 f.; vgl. Hesse, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Müller (Hrsg.), FS Huber, 261 (269) am Beispiel des Gleichheitssatzes; Hesse, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers, in: Däubler-Gmelin/Kinkel/Meyer/Simon (Hrsg.), FS Mahrenholz, 541 (557 f.); vgl. Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 516.

die Judikative gilt hingegen, dieselbe Norm als Maßstab ihrer Kontrolle der handelnden Gewalten heranzuziehen.¹⁵⁸¹ Die sich aus diesem Konzept ergebende Kernfrage lautet von *Mayer* treffend formuliert: „Entspricht die inhaltliche Reichweite des Grundgesetzes seiner Justiziabilität [...]?“¹⁵⁸² Denn die Anwendung der verfassungsrechtlichen Norm in ihrer Funktion als Kontrollnorm bedeutet zugleich eine Reduktion des erteilten Auftrags bzw. eine Begrenzung der Entscheidungsmacht der Judikative.¹⁵⁸³ Es ist zunächst fraglich, ob ein und derselben Verfassungsnorm überhaupt zwei Funktionen zukommen können. Dagegen¹⁵⁸⁴ spricht der „umfassende Geltungsanspruch des Grundgesetzes“¹⁵⁸⁵, der sich insbesondere in der Bindung der Gewalten aus Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG begründet, sowie die Tatsache, dass das Grundgesetz selbst keine Funktionsunterscheidung ausdrücklich normiert.¹⁵⁸⁶ Allerdings wird bei dieser strikten Argumentation sowohl das demokratische Gefüge der Verfassung als auch die rechtsstaatliche Gewaltenteilung verkannt.¹⁵⁸⁷ Insbesondere im Rahmen des hiesigen Kontextes materiell-verfassungsrechtlicher Aufträge führt eine Kongruenz

1581 *Brönneke*, Umweltverfassungsrecht, S. 464 f.; *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 516.

1582 *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie, S. 91.

1583 Vgl. *Forsthoff*, Über Maßnahme-Gesetze, in: Bachof/Draht (Hrsg.), GS Jellinek, 221 (233); vgl. *Brönneke*, Umweltverfassungsrecht, S. 465; *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 307; vgl. *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie, S. 95; vgl. *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 517, mit dem einleuchtenden Beispiel: „Würde das BVerfG Art. 3 I GG in seiner Funktion als Handlungsanweisung an den gestaltenden Gesetzgeber anwenden, so könnte es sich die politische Entscheidung selbst anmaßen.“ Vgl. auch *Hesse*, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Müller (Hrsg.), FS Huber, 261 (270) der die Kontrolle des BVerfG auf die die Einhaltung des verfassungsrechtlichen Rahmens beschränken will.

1584 Die Unterscheidung ablehnend: *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29 (1990), 1 (27); *Heun*, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 47 ff.; *Korinek*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), 7 (26 f.); vgl. *Wahl*, Der Vorrang der Verfassung, Der Staat 20 (1981), 485 (501 f.). Ausführlich zur These von der Identität von Handlungs- und Kontrollnorm *Scherzberg*, Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität, S. 87 ff.

1585 So auch *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 304.

1586 *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie, S. 92.

1587 *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie, S. 92 f. Ausführlich zum Verhältnis von Gesetzgeber und dem BVerfG als Kontrolleur *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 333 ff.; Vgl. auch *Austermann*, Die rechtlichen Grenzen des BVerfG, DÖV 2011, 267 (269), der zur Begründung der funktionell-rechtlichen Verfassungsinterpretation den Gewaltenteilungsgrundsatz und das Demo-

von verfassungsrechtlicher Handlungsverpflichtung der Legislative und normierter Kontrollintensität des Bundesverfassungsgerichts dazu, dass faktisch das Bundesverfassungsgericht befähigt wäre, verfassungsgerichtliche Rechtssetzung zu betreiben.¹⁵⁸⁸ Die damit einhergehende justizförmige Verengung des abstrakten und umfassenden Wertekompass des Grundgesetzes ist gerade nicht gewollt.¹⁵⁸⁹ Zugleich ist zu betonen, dass „die Justiziabilität einer Verfassung [...] keine Bedingung für ihre Normativität“ ist.¹⁵⁹⁰ Folglich ist die Unterscheidung in Handlungs- und Kontrollnorm unabdingbar¹⁵⁹¹ und Konsequenz der „Verteilung der Konkretisierungskompetenzen intra constitutionem“¹⁵⁹². Dem unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgeber stehen hierbei funktionell-rechtlich weitreichende Gestaltungsspielräume bei der „Erstinterpretation“¹⁵⁹³ des Grundgesetzes

kratieprinzip anführt. Vgl. auch *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 513 f.

- 1588 *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie, S. 94; *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 333, möchte das BVerfG als „Supergesetzgeber“ vermeiden; *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, *Der Staat* 29 (1990), 1 (25 f.), möchte durch die Unterscheidung dem „verfassungsgerichtlicher Jurisdiktionsstaat“ entgegenwirken. Ausführlich zum Problem der Verfassungsreduktion auf Justiziabilität *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 305 ff.
- 1589 *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie, S. 95; *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 305; *Scherzberg*, Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität, S. 122 f. Weitere Argumente (neben der justizförmigen Verengung) gegen eine „zu weit ausgreifende[n] Verfassungsrechtsprechung“ liefert *Austermann*, Die rechtlichen Grenzen des BVerfG, *DÖV* 2011, 267 (267 f. m. w. N.): Verrechtlichung und Entpolitisierung von Problemen, Minderung des Wertes der Wahlentscheidung, Problemüberlassung durch Unterlassen auf das BVerfG.
- 1590 *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 94, der auf politische und gesellschaftliche Kontrollmechanismen hinweist.
- 1591 *Scherzberg*, Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität, S. 122, 126. Weitere Befürworter der Unterscheidung von Handlungs- und Kontrollnorm: *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 303 ff.; *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 585; *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie, S. 94 ff.
- 1592 *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 308 m. w. N. S. auch *Göldner*, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 147 f.; *Häberle*, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, *JZ* 1975, 297 (303).
- 1593 Vgl. zur Erstzuständigkeit des Gesetzgebers *BVerfG*, *Urt. v. 11.11.1999*, Az. 2 BvF 2, 3/98, 1, 2/99 (= *BVerfGE* 101, 158 (217 f.)); *Austermann*, Die rechtlichen Grenzen des BVerfG, *DÖV* 2011, 267 (269); *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, *Der Staat* 29 (1990), 1 (25); *Kirchhof*, Verfassungsverständnis, Rechtsprechungsaufgabe und Entlastung des BVerfG, in: *Bogs* (Hrsg.), *Urteilsverfassungsbeschwerde zum BVerfG*, 71 (74); *Hermes*, Verfassungsgerichtsbarkeit und einfaches Recht, *VVDStRL* 61 (2002), 119 (129 ff.). Vgl. auch *Hesse*, Funktionelle Grenzen der

zu,¹⁵⁹⁴ die lediglich im begrenzten Maße durch die Judikative kontrolliert werden kann („kontrollierende Zweitinterpretation“)¹⁵⁹⁵.¹⁵⁹⁶ Insbesondere im Rahmen des Untermaßverbotes kommt es auf eine funktionell-rechtliche Betrachtung an, denn das Verhältnis zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung erfährt dabei nochmalig insofern Brisanz,¹⁵⁹⁷ als dass es um die Kontrolle materiell-verfassungsrechtlicher Aufträge geht, die in erster Linie an den Gesetzgeber gerichtet sind und insoweit den elementaren Kern der legislativen Tätigkeit berühren.

Hinsichtlich der bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolldichte ist das sog. Mitbestimmungsurteil¹⁵⁹⁸ aus dem Jahr 1979 zu nennen. Im Mitbestimmungsurteil wurde der dreistufige Maßstab des Bundesverfassungsgerichts für die Beurteilung gesetzgeberischer Prognosen dargelegt.¹⁵⁹⁹ Hiernach reichen die „bei der Beurteilung von Prognosen des Gesetzgebers“ zugrunde gelegten Maßstäbe „von einer Evidenzkontrolle [...] über eine Vertretbarkeitskontrolle [...] bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle“.¹⁶⁰⁰ Darüber hinaus führt das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss zur Vornamensänderung von Transsexuellen zur eigenen Kontrolldichte weiter aus: „Der unterschiedlichen Weite des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums entspricht eine abgestufte Kontrolldichte bei der

Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Müller (Hrsg.), FS Huber, 261 (268), der eine Ausprägung des Vorrangs des Gesetzgebers im Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung sieht.

1594 *Hermes*, Verfassungsgerichtsbarkeit und einfaches Recht, VVDStRL 61 (2002), 119 (129 f.); *Ehmke*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), 53 (68).

1595 *Kirchhof*, Verfassungsverständnis, Rechtsprechungsaufgabe und Entlastung des BVerfG, in: Bogs (Hrsg.), Urteilsverfassungsbeschwerde zum BVerfG, 71, (74).

1596 *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie, S. 96; vgl. *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 190; *Hesse*, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Müller (Hrsg.), FS Huber, 261 (270).

1597 Vgl. zu etwaigen Befürchtungen hinsichtlich eines „verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaats“ *Voßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 35.

1598 *BVerfG*, Urt. v. 1.3.1979, Az. 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und BvL 21/78 – Mitbestimmungsurteil (= BVerfGE 50, 290).

1599 *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 532; *Walter*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 110.

1600 *BVerfG*, Urt. v. 1.3.1979, Az. 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und BvL 21/78 – Mitbestimmungsurteil (= BVerfGE 50, 290 (333)).

verfassungsgerichtlichen Prüfung.¹⁶⁰¹ Dieser gesetzgeberische Gestaltungsspielraum – wie auch schon im Mitbestimmungsurteil erkannt – hängt „[i]m einzelnen [...] von Faktoren verschiedener Art ab, im Besonderen von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter.“¹⁶⁰² Folglich hängt ebenso die Kontrolldichte¹⁶⁰³ des Bundesverfassungsgerichts „von dem einem bestimmten verfassungsrechtlichen Sachbereich entstammenden materiellen Prüfungsmaßstab“ ab.¹⁶⁰⁴ Dieser im Kern richtige¹⁶⁰⁵ materiell-rechtliche Ansatz¹⁶⁰⁶ der Verfassungsinterpretation wird jedoch durch den funktionell-rechtlichen Ansatz ergänzt und die Verfassungsinterpretation erst dadurch vervollständigt. Es kommt mithin auf den „Zusammenhang von materiellem Verfassungsrecht und verfassungsrechtlicher Funktionenordnung“¹⁶⁰⁷ an. Die funktionell-rechtlich zugeordnete „Rechtsprechungsaufgabe“ bestimmt

1601 *BVerfG*, Beschl. v. 26.1.1993, Az. 1 BvL 38, 40, 43/92 – Transsexuelle II (= *BVerfGE* 88, 87 (96 f.)). Vgl. auch *Hesse*, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Müller (Hrsg.), FS Huber, 261 (267).

1602 *BVerfG*, Urt. v. 1.3.1979, Az. 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und BvL 21/78 – Mitbestimmungsurteil (= *BVerfGE* 50, 290 (332 f.)).

1603 *Ossenbühl*, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung, in: Badura/Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre *BVerfG* Bd. 1, 33 (52), nimmt an, dass die Ausführungen zum Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers „nichts anderes als das sprachliche Etikett für die Justierung der Kontrolldichte“ sei.

1604 *Schulze*, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung, in: Fadeev/Schulze (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Russischen Föderation und in der Bundesrepublik Deutschland, 69 (73), mit Verweis auf Entscheidungen des *BVerfG*, in denen die Kontrolldichte anhand des materiellen Regelungsgehalts bestimmt wird: *BVerfG*, Urt. v. 11.6.1958, Az. 1 BvR 596/56 – Apothekener Urteil (= *BVerfGE* 7, 377 (409 f.)); *BVerfG*, Beschl. v. 14.1.1981, Az. 1 BvR 612/72 – Fluglärm (= *BVerfGE* 56, 54 (81)); *BVerfG*, Urt. v. 9.2.2010, Az. 1 BvL 1, 3, 4/09 – Hartz IV-Regelsatz (= *BVerfGE* 125, 175 (225 f.)). Ebenso *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 538, mit dem Zusatz, dass das *BVerfG* die Bestimmung der Kontrolldichte anhand des materiellen Rechts „aber deutlicher in seinen Formulierungen ausweisen“ sollte.

1605 „Der Schlüssel für die Bestimmung der Kontrolldichte und Reichweite des *BVerfG* muss – bei allen Schwierigkeiten mit der Interpretation der Verfassung – die Verfassung sein und bleiben“, *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 527

1606 Vgl. *Vofskuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 38; *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 506.

1607 *Shuppert*, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, S. 1; vgl. auch *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 508.

insofern die „Methode“ der verfassungsgerichtlichen Kontrolle.¹⁶⁰⁸ Nun erscheint die aufgezeigte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als dogmatisches Konzept der eigenen Kontrolldichte, allerdings fehlt es an einer tiefergehenden dogmatischen Auseinandersetzung sowie einer konsistenten¹⁶⁰⁹, nachvollziehbaren Handhabe der aufgezeigten „Grundsätze“, sodass die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Diskussion¹⁶¹⁰ bleibt. Einigkeit und Konsistenz bestehen jedoch in der Hinsicht, dass eine intensive Kontrolle bei ganz besonders wichtigen Rechtsgütern bzw. Eingriffen vorgenommen wird¹⁶¹¹ und der Normalfall die Evidenzkontrolle darstellt¹⁶¹². Vervollständigt wird die funktionell-rechtlich abgestufte Kontrolldichte des Bundesverfassungsgerichts durch abgestufte Entscheidungsarten, die von der Nichtigkeitserklärung bis zur Vollstreckungsanordnung reichen.¹⁶¹³

Abschließend lässt sich damit festhalten, dass keine vollständige bundesverfassungsgerichtliche Überprüfung des gesetzgeberischen Abwägungsprozesses möglich ist. Dies wiegt im Rahmen der öffentlichen Risikovor-sorge in der Landwirtschaft im Hinblick auf die mit der Ungewissheit einhergehenden Prognoseentscheidungen des Gesetzgebers besonders schwer. Die bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle beschränkt sich im „Normalfall“ auf eine bloße Evidenzkontrolle.

1608 *Badura*, Erneute Überlegungen zur Justiziabilität politischer Entscheidungen, in: Däubler-Gmelin/Kinkel/Meyer/Simon (Hrsg.), FS Mahrenholz, 869 (881).

1609 *Walter*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 110.

1610 Gem. *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 535, z. B. handelt es sich „bei der Dreistufigkeit also offenbar weniger um normativ strikt bindende Sätze als um eine Beschreibung anhand der bisherigen Praxis, der das BVerfG eine gewisse Steuerungsfunktion für künftige Verfahren zumisst.“ Vgl. auch *Vofßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 44; *Ossenbühl*, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung, in: *Badura/Dreier* (Hrsg.), FS 50 Jahre BVerfG Bd. 1, 33 (52 f.), teilt den Auffassung *Schlaichs*, vertritt jedoch, dass eine sinnvolle Generalisierung der Kontrolldichte unmöglich erscheint und lediglich eine rationale Begründung des Einzelfalles realistisch einzufordern sei.

1611 *Ossenbühl*, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung, in: *Badura/Dreier* (Hrsg.), FS 50 Jahre BVerfG Bd. 1, 33 (52 f.); *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 536; *Walter*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 110.

1612 *Walter*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 111; *Vofßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 93 Rn. 44.

1613 Vgl. *Austermann*, Die rechtlichen Grenzen des BVerfG, DÖV 2011, 267 (271 f.).

bb) Die gerichtliche Kontrolle des gesetzgeberischen Abwägungsprozesses im unionalen Primärrecht

Auf Unionsebene zeigt sich ebenfalls eine unterschiedliche Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch Legislative und Judikative in Form der Rücknahme gerichtlicher Kontrolldichte auf eine Evidenzkontrolle.¹⁶¹⁴ Ob diese Unterscheidung eine funktionell-rechtliche im oben genannten Sinne (aa)) ist und ob das Konzept der funktionell-rechtlichen Verfassungsinterpretation auf die Unionsebene auch ohne das Vorliegen der klassischen Gewaltenteilung¹⁶¹⁵, aber aufgrund des Grundsatzes des institutionellen Gleichgewichts¹⁶¹⁶ übertragen werden kann,¹⁶¹⁷ kann an dieser Stelle offenbleiben. Für die vorliegende Untersuchung ist lediglich festzuhalten, dass auch der Europäische Gerichtshof seinen Prüfungsumfang im Rahmen des

1614 Vgl. *Jarass/Kment*, EU-Grundrechte, § 6 Rn. 41 f. Vgl. auch Untersuchung der Steuerung der Verhältnismäßigkeitsprüfung durch Abstufung der Kontrolldichte bei *Koch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rspr. des EuGH, S. 521 ff.

1615 *Voßkuhle/Wischmeyer*, Grundwissen – ÖR: Die Organe der EU, JuS 2018, 1184 (1184).

1616 *EuGH*, Urt. v. 13.6.1958, Rs. C-9/56, *Meroni I*, ECLI:EU:C:1958:7, Slg. 1958, 11 (44); *EuGH*, Urt. v. 13.6.1958, Rs. C-10/56, *Meroni II*, ECLI:EU:C:1958:8, Slg. 1958, 53 (82). Ausführlich hierzu *Goeters*, Das institutionelle Gleichgewicht, S. 139 ff. (ab S. 249 ff. eine Gegenüberstellung von Gewaltenteilungsgrundsatz und des institutionellen Gleichgewichts); *Michel*, Institutionelles Gleichgewicht und EU-Agenturen, S. 28 ff.

1617 Hinsichtlich der begrenzten Kontrolldichte ist auf den seitens des EuGH dem Unionsgesetzgeber eingeräumten weiten Gestaltungsspielraums zu verweisen: Der Unionsgesetzgeber „verfüge über ein weites Ermessen in Bereichen, in denen politische, wirtschaftliche und soziale Entscheidungen verlangt würden und komplexe Prüfungen durchzuführen seien“, vgl. *Brigola*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Gefüge der EU-Grundfreiheiten, *EuZW* 2017, 406 (407), der diesbzgl. von einer gängigen Formel des EuGH spricht und auf *EuGH*, Urt. v. 4.5.2016, Rs. C-547/14, *Philip Morris Brands u. a.*, ECLI:EU:C:2016:325, Rn. 166 verweist. *Kischel*, Die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit durch den Europäischen Gerichtshof, *EuR* 2000, 380 (388), nimmt für die Fälle im Marktordnungsrecht die Komplexität der geregelten Materie und den Prognosecharakter als Grund für die Rücknahme der Kontrolldichte an. Vgl. auch *Schwarze*, Die gerichtliche Kontrolle der europäischen Wirtschaftsverwaltung, in: *Schwarze/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Das Ausmaß der gerichtlichen Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, 203 (272): „Was die Würdigung dieser Tatsachen angeht, bleibt daran zu erinnern, daß sich die Kontrollbefugnis des EuGH ohnehin auf evidente Verstöße beschränkt.“

gesetzgeberischen Beurteilungsspielraums¹⁶¹⁸ zurücknimmt.¹⁶¹⁹ Ebenso wie auf der deutschen Gesetzgebungsebene kommt es in der vorliegenden Untersuchung nicht auf die kontrollierende „Funktion“ des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes an, sondern auf die Anforderungen, die dieser Grundsatz an die gesetzgeberische Ausgestaltung der öffentlichen Risikovor- sorge stellt.

b) Der Bewertungsmaßstab der Wissenschaft beim gesetzgeberischen Abwägungsprozess

Anders als die Rechtsprechung unterliegt die Wissenschaft keinen Restriktionen, die sich aus dem Verhältnis zwischen Gesetzgeber und Rechtsprechung ergeben. Folglich beschränkt sich die wissenschaftliche Bewertung nicht auf eine Evidenzkontrolle. Vielmehr ist es Ziel der rechtswissenschaftlichen bewertenden Untersuchung, die Anforderungen zunächst zu konkretisieren und einen Handlungskorridor¹⁶²⁰ des Gesetzgebers zu entwerfen. Zudem ist es Ziel, Defizite in der Ausgestaltung der öffentlichen Risikovor- sorge in der Landwirtschaft aufzuzeigen und Lösungsvorschläge zu unterbreiten. Somit kommt es in den folgenden Abschnitten III. und IV. *nicht* auf einen evidenten Verstoß und die Statuierung eines justiziablen Handlungsgebotes an. Für die bewertende Untersuchung des gesetzgeberischen Abwägungsprozesses werden im Folgenden einzelne Maßnahmen des Status Quo exemplarisch herausgegriffen, anhand derer die Konkretisierung der jeweiligen Anforderungen exemplarisch dargestellt werden kann und anhand derer Defizite im rechtsstaatlichen Abwägungsprozess unabhängig von einer justiziablen Evidenzschwelle aufgezeigt werden können. Die so

1618 Vgl. hierzu *Jaeckel*, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, S. 268 ff.

1619 *EuGH*, Urt. v. 4.5.2016, Rs. C-547/14, *Philip Morris Brands u. a.*, ECLI:EU:C:2016:325, Rn. 166, 218; *EuGH*, Urt. v. 13.5.1997, Rs. C-233/94, *Deutschland/Parlament u. Rat*, ECLI:EU:C:1997:231, Slg. 1997, I-2441 (I-2461 Rn. 56). Vgl. Ausführungen bei *Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, § 10 Rn. 116 ff.; *ders.*, Grundfreiheitliche Schutzpflichten – eine „neue“ Funktion der Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts, DVBl. 1998, 219 (223), spricht gar ausdrücklich vom Auseinanderfallen von Handlungs- und Kontrollnorm.

1620 Vgl. zur Korridor-metapher *Calliess*, Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbotes als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten, in: Grote/Härtel/Hain et al. (Hrsg.), *FS Starck*, 201 (216 m. w. N.). Ähnlich *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 219; *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie, S. 14.

herausgearbeiteten Defizite dienen zugleich als Grundlage für die Vorschläge zur besseren Umsetzung der Anforderungen in § 10.

III. Konkretisierung und bewertende Untersuchung der Anforderungen an die gesetzgeberische Ausgestaltung im Rahmen der Leistungsdimension

Die Konkretisierung der Anforderungen an die gesetzgeberische Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft im Rahmen der Leistungsdimension erfolgt anhand des Untermaßverbotes (1.). Hierzu sind nach grundlegenden Vorüberlegungen (1. a)) die Voraussetzungen des Untermaßverbotes, Wirksamkeit, Hinlänglichkeit und Erforderlichkeit in Bezug auf die öffentliche Risikovorsorge in der Landwirtschaft, konkret auszugestalten (1. b)). Im Anschluss daran wird eine Bewertung¹⁶²¹ des Status Quo öffentlicher Risikovorsorgemaßnahmen in der Landwirtschaft, mithin des bestehenden Schutzkonzeptes, anhand der herausgearbeiteten Anforderungen vorgenommen (2.), wobei es insbesondere auf privatwirtschaftliche Möglichkeiten des Risikomanagements ankommt. Abschließend erfolgt eine Zusammenfassung der Anforderungen an die gesetzgeberische Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft aufgrund der Leistungsdimension und eine zusammenfassende Bewertung ihrer Umsetzung (3.).

1. Konkretisierung der Anforderungen an die gesetzgeberische Ausgestaltung im Rahmen der Leistungsdimension anhand des Untermaßverbotes

Für die Konkretisierung der Anforderungen an die gesetzgeberische Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge im Rahmen der Leistungsdimension sind zunächst grundlegende Vorüberlegungen zur inhaltlichen Bestimmung der Voraussetzungen des Untermaßverbotes anzustellen (a)), die sich mit der Orientierung am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Sinne des Übermaßverbotes (aa)) der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung (bb)) sowie dem Untersuchungsgegenstand der Untermaßbewertung (cc)) auseinandersetzen. Kern der Konkretisierung stellt hingegen die Ausgestaltung der Tatbestandsmerkmale des Untermaßverbotes im Lichte der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft dar (b)).

1621 Vgl. Teil IV § 9 B. II. 4. b).

a) Grundlegende Vorüberlegungen zur inhaltlichen Bestimmung der Voraussetzungen des Untermaßverbotes

Einheitlich anerkannte Anforderungen des Untermaßverbotes haben sich bis dato noch nicht herausgebildet, sodass zunächst eine rechtsdogmatische Orientierung gefunden werden muss. Aufgrund der Tatsache, dass es sich bei dem Untermaßverbot um eine Ausformung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes handelt¹⁶²², kann sich der Prüfungstatbestand des Untermaßverbotes richtigerweise am bereits konkretisierten und anerkannten Prüfungstatbestand des Übermaßverbotes orientieren¹⁶²³ (aa)). Er ist jedoch nicht ohne Weiteres übertragbar.¹⁶²⁴ Daneben sollte die einschlägige bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung¹⁶²⁵ Berücksichtigung bei der Konkretisierung des Untermaßverbotes finden (bb)).¹⁶²⁶ Im Folgenden werden diese zwei Orientierungspunkte als gedankliche Vorüberlegung zur Untermaßverbotsprüfung dargestellt. Darüber hinaus ist zu klären, was den konkreten Untersuchungsgegenstand der Untermaßermittlung darstellt (cc)).

1622 Vgl. Teil IV § 9 A. II. 1. b) aa) (2).

1623 Ebenso: *Calliess*, Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbotes als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten, in: Grote/Härtel/Hain et al. (Hrsg.), FS Starck, 201 (214 f.); *Lee*, Grundrechtsschutz unter Untermaßverbot, in: Grote/Härtel/Hain et al. (Hrsg.), FS Starck, 297 (309).

1624 Bereits *Canaris*, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip, JuS 1989, 161 (163); vgl. *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, S. 254, 262; die Unterschiede herausstellend *Calliess*, Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbotes als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten, in: Grote/Härtel/Hain et al. (Hrsg.), FS Starck, 201 (215 ff.). Dieser verweist „auf die anders geartete Struktur des Untermaßverbotes, das sich als final angelegter Gesetzbefehl nicht in ein im [w]esentlichen konditional angelegtes Schema einpassen“ lasse. Vgl. a. A. (Kongruenzthese) Teil IV § 9 B. II. 1. b) bb) (1).

1625 *BVerfG*, Urt. v. 28.5.1993, Az. 2 BvF 2/90 – Schwangerschaftsabbruch II (= BVerfGE 88, 203 (254)).

1626 Ebenso: *Calliess*, Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbotes als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten, in: Grote/Härtel/Hain et al. (Hrsg.), FS Starck, 201 (215).

aa) Orientierung am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Sinne des Übermaßverbotes

Ausgangsüberlegung bei der Entwicklung des Untermaßverbotes war es, „für die Bemessung grundrechtlicher Schutzpflichten einen ähnlich griffigen Maßstab zu etablieren, wie ihn das Übermaßverbot für Grundrechtseingriffe darstellt“.¹⁶²⁷ Insoweit kommt dem Untermaßverbot bei materiell-verfassungsrechtlichen und materiell-primärrechtlichen „Handlungsaufträgen“ die gleiche Aufgabe zu wie dem Übermaßverbot bei entsprechenden „Unterlassungsaufträgen“¹⁶²⁸, sodass eine strukturelle Übertragung verlockend erscheint.¹⁶²⁹ Hier ist jedoch Vorsicht geboten. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und damit auch seine Ausformungen, Übermaß- und Untermaßverbot, dienen der Ermittlung von Verfassungsmäßigkeit (respektive Primärrechtmäßigkeit).¹⁶³⁰ Doch ist bereits der Anknüpfungspunkt der beiden Ermittlungsmaßstäbe ein anderer. Das Übermaßverbot setzt an einer konkreten öffentlichen Handlung an, wohingegen das Untermaßverbot – gedanklich von einem materiell-verfassungsrechtlichen oder materiell-primärrechtlichen Auftrag ausgehend – an einem öffentlichen Unterlassen¹⁶³¹ ansetzt.¹⁶³² Mithin kann anders als bei der Prüfung des Übermaßverbotes bei der Prüfung des Untermaßverbotes nicht auf eine konkrete öffentliche Handlung abgestellt werden, da sich das öffentliche Unterlassen vielmehr als divers und unbestimmbar gestaltet.¹⁶³³ Daher bedarf es, wie bereits *Canaris* 1989 erkannte, „besonderer pflichtbegründender Umstände, die die Heranziehung anderer Bewertungskriterien als bei der bloßen Abwehr eines rechtswidrigen positiven Tuns [...] erforderlich machen.“¹⁶³⁴

1627 *Rassow*, Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes, ZG 2005, 262 (263).

1628 *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, S. 260.

1629 Vgl. *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, S. 262. S. insbesondere *Rassow*, Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes, ZG 2005, 262 (271 f.), der eine „gewöhnliche Übermaßprüfung“ vornehmen möchte, indem er den Vertreter:innen der „abwehrrechtlichen Herleitung“ von Schutzpflichten folgt (ausführlich a.a.O.).

1630 Vgl. Teil IV § 9 A. II. I. b) cc).

1631 Auf die Auswahl des Untersuchungsgegenstandes wird unter cc) eingegangen.

1632 Vgl. *Canaris*, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip, JuS 1989, 161 (163).

1633 Vgl. *Cremer*, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der grundrechtlichen Schutzpflicht, DÖV 2008, 102 (104 f.); ähnlich *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, S. 264 ff.; ähnlich *Calliess*, Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbotes als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten, in: Grote/Härtel/Hain et al. (Hrsg.), FS Starck, 201 (208).

bb) Orientierung an der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung

Überdies ergeben sich aus der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung Hinweise auf die Prüfungsvoraussetzungen des Untermaßverbotes, die es zu berücksichtigen gilt. Das Bundesverfassungsgericht erwähnt das Untermaßverbot erstmals 1993.¹⁶³⁵ Nach dem Bundesverfassungsgericht muss „[d]er Staat [...] zur Erfüllung seiner Schutzpflicht ausreichende Maßnahmen normativer und tatsächlicher Art ergreifen, die dazu führen, daß ein – unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter – angemessener und als solcher wirksamer Schutz erreicht wird“¹⁶³⁶. Die bundesverfassungsgerichtlichen Aussagen lassen sich in materielle und formelle Voraussetzungen unterteilen.¹⁶³⁷ Zu den formellen Voraussetzungen des Untermaßverbotes gehört die sorgfältige Tatsachenermittlung und die Vornahme vertretbarer Einschätzungen¹⁶³⁸. Das Bundesverfassungsgericht stellt hierzu fest, dass „der Gesetzgeber [...] der Wahl und Ausgestaltung seines Schutzkonzepts die verfassungsrechtlich tragfähige Einschätzung zugrunde legen [muss], daß er mit ihm den Schutz des [jeweiligen verfassungs- oder primärrechtlichen Schutzguts] so gewährleisten werde, wie es das Untermaßverbot verlangt. Soweit seinen Entscheidungen zugleich Prognosen über tatsächliche Entwicklungen, insbesondere die Wirkungen seiner Regelung zugrundeliegen, müssen diese Prognosen verlässlich sein“¹⁶³⁹. Die Vertretbarkeit der Prognosen hängt davon ab, ob der Gesetzgeber die Faktoren „Eigenart des jeweiligen Sachbereiches“, „tatsächliche Möglichkeiten der Erkenntnisgewinnung“ und „Bedeutung des verfassungsrechtlichen Schutzgutes“ ausreichend berücksichtigt hat.¹⁶⁴⁰ Diese formellen Vorausset-

1634 *Canaris*, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip, JuS 1989, 161 (163).

1635 *BVerfG*, Urt. v. 28.5.1993, Az. 2 BvF 2/90 – Schwangerschaftsabbruch II (= BVerfGE 88, 203); *Trenkler*, Risikoverwaltung im Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 77; *Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzpflichten, S. 298.

1636 *BVerfG*, Urt. v. 28.5.1993, Az. 2 BvF 2/90 – Schwangerschaftsabbruch II (= BVerfGE 88, 203), Leitsatz 6.

1637 So auch *Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, S. 301, der eine Einteilung nach Inhalt und Prozedere vornimmt.

1638 *BVerfG*, Urt. v. 28.5.1993, Az. 2 BvF 2/90 – Schwangerschaftsabbruch II (= BVerfGE 88, 203 (254, 262 f.)).

1639 *BVerfG*, Urt. v. 28.5.1993, Az. 2 BvF 2/90 – Schwangerschaftsabbruch II (= BVerfGE 88, 203 (262)).

1640 *BVerfG*, Urt. v. 28.5.1993, Az. 2 BvF 2/90 – Schwangerschaftsabbruch II (= BVerfGE 88, 203 (262 f.)).

zungen entsprechen den Anforderungen der prozeduralen Rationalität, auf die insoweit zu verweisen ist (vgl. Abschnitt A.). Die materiellen Voraussetzungen formuliert das Bundesverfassungsgericht wie folgt: „Notwendig ist ein – unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter – angemessener Schutz; entscheidend ist, daß er als solcher wirksam ist. Die Vorkehrungen, die der Gesetzgeber trifft, müssen für einen angemessenen und wirksamen Schutz ausreichend sein“¹⁶⁴¹. Eine differenzierte und nach den Voraussetzungen „angemessen“, „wirksam“¹⁶⁴² und „ausreichend“ unterteilte Prüfung nimmt das Bundesverfassungsgericht allerdings nicht vor. Aufgrund der zurückgenommenen Kontrolldichte¹⁶⁴³ der Rechtsprechung können die bundesverfassungsgerichtlichen Voraussetzungen ebenso wenig wie die Maßgaben des Übermaßverbotes blindlings auf die Untermaßverbotsprüfung des Gesetzgebers übertragen werden.¹⁶⁴⁴

cc) Untersuchungsgegenstand der Untermaßbewertung

Letztlich sind Vorüberlegungen hinsichtlich des Untersuchungsgegenstandes der Untermaßbewertung anzustellen. Diesbezüglich ist sich die rechtswissenschaftliche Literatur uneins. Wie bereits im Rahmen der Orientierung am Übermaßverbot (a)) dargelegt, knüpft das Untermaßverbot an einem diversen Unterlassen der öffentlichen Hand an. Mithin drängt sich die Frage nach der Konkretisierung der unterlassenen öffentlichen Maßnahme auf, die Gegenstand der Untermaßprüfung sein soll.¹⁶⁴⁵ In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird zur Bändigung der unüberschaubaren Vielzahl von möglichen öffentlichen Maßnahmen vorgeschlagen, nur

1641 *BVerfG*, Urt. v. 28.5.1993, Az. 2 BvF 2/90 – Schwangerschaftsabbruch II (= *BVerfGE* 88, 203 (254)).

1642 Hieraus wird ein Effektivitätserfordernis hergeleitet. Vgl. auf die Effektivität und nicht auf die Wirksamkeit abstellend *Calliess*, Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbotes als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten, in: Grote/Härtel/Hain et al. (Hrsg.), *FS Starck*, 201 (215 f.).

1643 Teil IV § 9 B. II. 4. a) aa).

1644 *Calliess*, Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbotes als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten, in: Grote/Härtel/Hain et al. (Hrsg.), *FS Starck*, 201 (213).

1645 *Cremer*, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der grundrechtlichen Schutzpflicht, *DÖV* 2008, 102 (106).

„sich aufdrängende“¹⁶⁴⁶ Maßnahmen oder solche des öffentlichen Diskurses¹⁶⁴⁷ in die Untermaßprüfung einzubeziehen.¹⁶⁴⁸ Ist als Untersuchungsgegenstand des Untermaßverbotes eine beliebige oder begehrte öffentliche Maßnahme festgelegt, kann als Ergebnis nur deren verfassungs- oder primärrechtliche Möglichkeit, aber nicht ihre verfassungs- oder primärrechtliche Gebotenheit stehen.¹⁶⁴⁹ Das Ziel des Untermaßverbotes erschöpft sich jedoch nicht in der Ermittlung der Verfassungs- oder Primärrechtmäßigkeit einzelner Maßnahmen, sondern umfasst zudem die Ermittlung der verfassungs- oder primärrechtlich gebotenen Untergrenze öffentlichen Handelns.¹⁶⁵⁰ Insoweit stellt sich die Diskussion als Scheinproblem dar, denn in der praktischen Anwendung des Untermaßverbotes durch den Gesetzgeber wird sich das Problem des fraglichen Untersuchungsgegenstandes kaum stellen, da der Gesetzgeber im Rahmen seiner Überlegungen, welche Maßnahmen die verfassungs- oder primärrechtsgemäße Wahrnehmung eines materiell-verfassungsrechtlichen oder materiell-primärrechtlichen Auftrags herbeiführen, mit dem reinen Unterlassen (das bedeutet auch keine Aufgabenwahrnehmung durch Private¹⁶⁵¹) bei der ersten Prüfungsstufe der Wirksamkeit scheitert, sodass das Unterlassen insoweit nie eine das Untermaßverbot erfüllende Maßnahme darstellen und folglich auch nicht Untersuchungsgegenstand der weiteren Prüfungsschritte sein kann. Alle weiteren Überlegungen zur verfassungs- und primärrechtsgemäßen Wahrnehmung eines materiell-verfassungsrechtlichen oder materiell-primärrechtlichen Auftrags durch den Gesetzgeber werden aufgrund dessen auf Grund-

1646 *Cremer*, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der grundrechtlichen Schutzpflicht, DÖV 2008, 102 (106 f.).

1647 *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, S. 264, 266 f.

1648 Jegliche den Optimierungsgegenstand fördernde Handlung einzubeziehen (*so z. B. Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 1. Aufl. 1998, S. 151 f., inzwischen revidiert vgl. 3. Aufl. S. 264), ist vor dem Hintergrund des Grundsatzes „impossibilium nulla obligatio est“ abzulehnen, *Cremer*, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der grundrechtlichen Schutzpflicht, DÖV 2008, 102 (106).

1649 *Michael*, Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, JuS 2001, 148 (151).

1650 *Michael*, Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, JuS 2001, 148 (151): „Das begehrte Mittel ist nicht Gegenstand der Kontrolle, seine Gebotenheit allenfalls Konsequenz der Prüfung.“

1651 Ein öffentliches Unterlassen kann zwar nie die Wahrnehmung eines verfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen Auftrags fördern, allerdings kann es im Aufgabenwahrnehmungsmodus der Gewährleistungsverantwortung dahinstehen, wenn (bezogen auf den Fall der Risikoversorge) ein wirksames privatwirtschaftlichen Risikomanagement existiert.

lage einer bereits angedachten Maßnahme oder auf Grundlage des jeweilig vorzufindenden öffentlichen Schutz- respektive Handlungskonzepts ange stellt, sodass die Abstraktion des Untersuchungsgegenstandes nicht mehr gegeben ist. Im Rahmen der Anwendung des Untermaßverbotes durch die Rechtsprechung stellt sich das vorstehende Problem gar nicht, denn im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung des Untermaßverbotes existiert von vornherein ein konkreter Untersuchungsgegenstand entweder ebenfalls in Form des bestehenden Schutzkonzeptes, das als unzureichend seitens der Klagenden empfunden wird,¹⁶⁵² oder in Form der von den Beschwerde- führer:innen vorgetragenen Maßnahmen¹⁶⁵³. Dies gebietet darüber hinaus die bereits erläuterte funktionell-rechtliche Verfassungsinterpretation. In der vorliegend vorzunehmenden wissenschaftlichen Bewertung des Status Quo ist ebendieser Bewertungsgegenstand des Untermaßverbotes.

b) Konkretisierung der Tatbestandsmerkmale des Untermaßverbotes im Rahmen der öffentlichen Risikoversorge in der Landwirtschaft

Ausgehend von den in der rechtswissenschaftlichen Literatur¹⁶⁵⁴ bereits bestehenden Ansätzen, die bundesverfassungsgerichtlichen Anforderungen in ein konkretes und ausdifferenziertes, zumeist dem Prüfungstatbestand

1652 Vgl. ähnlich *Cremer*, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der grundrechtlichen Schutzpflicht, DÖV 2008, 102 (105).

1653 Vgl. ähnlich *Cremer*, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der grundrechtlichen Schutzpflicht, DÖV 2008, 102 (106).

1654 *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, S. 266 ff.; *Calliess*, Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbotes als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten, in: Grote/Härtel/Hain et al. (Hrsg.), FS Starck, 201 (213 ff.); *ders.*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdbGR Bd. 2, § 44 Rn. 29 ff.; *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 253 f.; *Kahl/Gärditz*, Umweltrecht, § 3 Rn. 32; *Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, S. 302 ff.; *Merten*, Grundrechtliche Schutzpflichten und Untermaßverbot, in: Stern (Hrsg.), GS Burmeister, 227 (227 ff.); *Michael*, Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, JuS 2001, 148 (151 f.); *Rassow*, Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes, ZG 2005, 262 (273 ff.); *Störting*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 190 ff.; *Ramadori*, Die Abwägung von Freiheit und Sicherheit, S. 120 ff. Andere halten aufgrund des hohen Abstraktionsgrades eine konkrete Prüfung des Untermaßverbotes für unmöglich, vgl. *Lee*, Grundrechtsschutz unter Untermaßverbot, in: Grote/Härtel/Hain et al. (Hrsg.), FS Starck, 297 (315); vgl. Zusammenfassung der Kritik bei *Rassow*, Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes, ZG 2005, 262 (267) (darstellend) sowie *O. Klein*, Das Untermaßverbot, JuS 2006, 960 (961 ff.) (nicht zustimmend).

des Übermaßverbotes ähnlichem Prüfungsprogramm zu gießen, ist es nicht der Anspruch dieses Abschnittes, einen weiteren Ansatz zum Prüfungsstatbestand des Untermaßverbotes zu liefern. Vielmehr werden unter Berücksichtigung der soeben getätigten grundlegenden Vorüberlegungen zum Untermaßverbot die Anforderungen an die gesetzgeberische Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft im Rahmen der Leistungsdimension konkretisiert. Hierzu werden einzelne besonders relevante Punkte für die öffentliche Risikovorsorge in der Landwirtschaft herausgestellt, die zu einer Verletzung des Untermaßverbotes und konkreten Anforderungen an die öffentliche Risikovorsorge in der Landwirtschaft führen können. Die formellen Voraussetzungen hinsichtlich der Ermittlungsarbeit des Gesetzgebers in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung sind den bereits geprüften Anforderungen der prozeduralen Rationalität (Abschnitt A.) zuzuordnen. Maßgeblich für die vorliegende Untersuchung der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft ist insbesondere die Untersuchung der auf Prognose beruhenden Wirksamkeit, Hinlänglichkeit und Erforderlichkeit der öffentlichen Risikovorsorgemaßnahme im Hinblick auf den Mindeststandard des verfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen Auftrags zur öffentlichen Risikovorsorge und im Hinblick auf ausgewählte systemische Risikofaktoren (§ 3) sowie das auf sie bezogene privatwirtschaftliche Risikomanagement der landwirtschaftlichen Betriebe. Aus Gründen der Übersichtlichkeit und zur Vermeidung von Wiederholungen erfolgt die Untersuchung der Abwägungskomponente in Form von Angemessenheit und praktischer Konkordanz im Rahmen der Eingriffs- und Ausgleichsdimension.¹⁶⁵⁵ Die vorliegende Untersuchung der Anforderungen der Leistungsdimension an die öffentliche Risikovorsorge, die anhand des Untermaßverbotes ermittelt werden, konzentriert sich auf die Prüfungspunkte Wirksamkeit, Hinlänglichkeit und Erforderlichkeit, wobei eine exakte Differenzierung und Unterteilung der einzelnen Prüfungspunkte für das vorliegende Untersuchungsziel (s. o.) nicht notwendig ist. Die nachfolgende Untersuchung entspricht dabei den Anforderungen, die die Leistungsdimension an das Vorliegen des abstrakten Vorsorgeanlasses stellt. Die Konkretisierung ist an die unter Abschnitt A. aufgezeigten Grundsätze

1655 Die Reduktion der Untermaßprüfung auf Wirksamkeit und Abwägung entspricht wohl auch dem kleinsten gemeinsamen Nenner der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, vgl. *Stern*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdStR IX, § 185 Rn. 92 mit Verweis auf *BVerfG*, Beschl. v. 8.8.1978, Az. 2 BvL 8/77 – Kalkar I (= BVerfGE 49, 89 (137)); *BVerfG*, Urt. v. 28.5.1993, Az. 2 BvF 2/90 – Schwangerschaftsabbruch II (= BVerfGE 88, 203 (269)).

der Risikoermittlung und Risikobewertung der prozeduralen Rationalität gebunden.

Anknüpfungspunkt für die Prüfungspunkte der Wirksamkeit und Hinlänglichkeit ist der Passus der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung „Die Vorkehrungen, die der Gesetzgeber trifft, müssen für einen angemessenen und *wirksamen* Schutz *ausreichend* sein“¹⁶⁵⁶ sowie die Prüfungsstufe der Geeignetheit der Übermaßprüfung. In den Prüfungspunkten der Wirksamkeit und Hinlänglichkeit zeigen sich die größten Unterschiede zur ansonsten weitestgehend übereinstimmenden Übermaßprüfung. Im Rahmen der Übermaßprüfung ist der Frage nachzugehen, ob die zu untersuchende eingreifende Maßnahme den legitimen Zweck zumindest fördert (Geeignetheitsprüfung).¹⁶⁵⁷ Die öffentlichen Risikovorsorgemaßnahmen verfolgen als Zweck die Wahrnehmung des verfassungs- und unionsrechtlichen Auftrags zur öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft. Als obligatorische Staatsaufgabe muss diese wahrgenommen werden. Mithin handelt es sich um absolute Gemeinschaftswerte¹⁶⁵⁸ und damit um einen legitimen Zweck¹⁶⁵⁹. Insbesondere kann die Geeignetheit der öffentlichen Risikovorsorgemaßnahmen nicht aufgrund der inhärenten Ungewissheit verneint werden.¹⁶⁶⁰ Die Frage nach dem legitimen Zweck der Maßnahme ist im Rahmen der Untermaßbewertung in der Weise modifiziert, als dass es sich hierbei um die Wahrung eines verfassungsrechtlichen und

1656 BVerfG, Urt. v. 28.5.1993, Az. 2 BvF 2/90 – Schwangerschaftsabbruch II (= BVerfGE 88, 203 (254)), Hervorhebung durch Verfasserin. So auch BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021, Az. 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20 – Klimabeschluss, Rn. 152 „ausreichende Maßnahmen“, „Wirksamkeit staatlicher Schutzmaßnahmen“, Rn. 195 „nicht hinreichend“.

1657 Vgl. bereits PrOVG, 96, 92 (96 f.): „Tauglichkeit des Mittels im Hinblick auf den verfolgten Zweck“; *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 76 „Zwecktauglichkeit“; *Michaelis*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JA 2021, 573 (576). Ausführlich zur Geeignetheit als Rechtsbegriff: *Leisner*, Geeignetheit als Rechtsbegriff, DÖV 1999, 807 (807 ff.).

1658 Vgl. *Klatt/Meister*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JuS 2014, 193 (195); s. auch *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, S. 256, der von „positiv absoluten Zielen“ spricht.

1659 Vgl. zur Legitimität der agrarmarktpolitischen Zielsetzungen *EuGH*, Urt. v. 27.6.1989, Rs. C-113/88, *Leukhardt*, ECLI:EU:C:1989:265, Slg. 1989, 2009 (2015 Rn. 20).

1660 *Wahl/Appel*, Prävention und Vorsorge: von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung, in: *Wahl* (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1 (55); s. auch *Poscher*, in: *Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz* (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 3 Rn 62, der die „prognostischen Unsicherheiten“ insbesondere der Geeignetheitsprüfung des Gesetzgebers zuschreibt.

unionsrechtlichen Mindeststandards¹⁶⁶¹ handelt. Mithin kommt es bei der Untermaßbewertung nicht auf die bloße Förderung des verfassungs- und unionsrechtlichen Auftrags an, sondern darauf, ob dieser wirksam und ausreichend respektive hinlänglich wahrgenommen wird.¹⁶⁶² Für die Untermaßbewertung der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft bedeutet dies, dass es maßgeblich auf den Umfang des verfassungs- und unionsrechtlichen Auftrags zur öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft ankommt und darauf, inwieweit dessen Wahrnehmung durch öffentliches Handeln im Hinblick auf systemische Risikofaktoren bereits wirksam und hinlänglich erfolgt. Dies impliziert im Grunde die Geeignetheit der Maßnahmen, geht jedoch qualitativ darüber hinaus. Wie im dritten Teil herausgearbeitet wurde, ist das Vorsorgeziel die Erhaltung der dauerhaften und nachhaltigen Funktionsfähigkeit landwirtschaftlicher Produktionsstrukturen in Form leistungsfähiger Betriebe, die die Ernährung und den Erhalt der Kulturlandschaft zum Zwecke der Nahrungsmittelerzeugung sicherstellen.¹⁶⁶³ Folglich ist das Untermaßverbot unterschritten, wenn eine Sachlage entsteht, die bei ungehindertem Fortlauf der Dinge zum Verlust dieser landwirtschaftlichen Produktionsstrukturen führt. Da

1661 *BVerfG*, Urt. v. 28.5.1993, Az. 2 BvF 2/90 – Schwangerschaftsabbruch II (= *BVerfGE* 88, 203 (254 f.)); *Calliess*, Rechtsstaat und Vorsorgestaat, *JRE* 21 (2013), 3 (10); *Calliess*, Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbotes als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten, in: Grote/Härtel/Hain et al. (Hrsg.), *FS Starck*, 201 (204); *Denninger*, Vom Elend des Gesetzgebers zwischen Übermaßverbot und Untermaßverbot, in: Däubler-Gmelin/Kinkel/Meyer/Simon (Hrsg.), *FS Mahrenholz*, 561 (567); *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), *GG-Kommentar*, Art. 20 (VII. Rechtsstaat) Rn. 128; *Jaeckel*, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik, S. 301; *Kahl/Gärditz*, Umweltrecht, § 3 Rn. 32; *Merten*, Grundrechtliche Schutzpflichten und Untermaßverbot, in: Stern (Hrsg.), *GS Burmeister*, 227 (240); *Michael*, Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, *JuS* 2001, 148 (151); *Mielke*, Risiken der Vorsorge, S. 74; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *GG-Kommentar*, Art. 20 Rn. 319; *Schwabenbauer*, Legislative Reaktion auf Risiken, in: Scharrer/Dalibor/Rodi et al. (Hrsg.), *Risiko im Recht*, 157 (162).

A. A. *Rassow*, Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes, *ZG* 2005, 262 (270 f.), der das Untermaßverbot als „ungeeignet [ansieht], eine feststehende Untergrenze der staatlichen Schutzverpflichtung zu definieren.“ Dies begründet er damit, dass „[a]uch das Übermaßverbot [...] keine entsprechende Funktion für Eingriffsfälle“ beinhalte und es sich lediglich um „[e]in Instrument zur relativen Abwägung konkreter kollidierender Positionen“ handle.

1662 Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 28.5.1993, Az. 2 BvF 2/90 – Schwangerschaftsabbruch II (= *BVerfGE* 88, 203 (254)).

1663 Vgl. insbesondere Teil III § 6 B. I. 3. d) und § 8.

es sich bei den dem Vorsorgeauftrag zugrunde liegenden Schutzaufträgen um einen materiell-verfassungsrechtlichen und materiell-primärrechtlichen Gewährleistungsauftrag¹⁶⁶⁴ handelt^{1665,1666} sind in Bezug auf die Bewertung des Untermaßes zwei Punkte zu beachten: Zum einen wohnt ihm eine Zukunftsbezogenheit und Dauerhaftigkeit inne, sodass insofern auch zukünftige Zusammenhänge und Gefährdungen einbezogen werden müssen und eine stete Überprüfung der Schutzkonzepte zu erfolgen hat. Zum anderen ist den genannten Aufträgen inhärent, dass ihre originäre Wahrnehmung in erster Linie durch die landwirtschaftlichen Betriebe erfolgt (Aufgabenwahrnehmungsmodus der Gewährleistungsverantwortung¹⁶⁶⁷), sodass es vor allem auf die eigenen Schutzkonzepte der landwirtschaftlichen Betriebe zur Erhaltung ihrer selbst und letztlich der geschützten Struktur ankommt. Auch diese können eine wirksame und hinlängliche Wahrnehmung der entsprechenden Aufträge darstellen. Dies wird ebenfalls durch den Gedanken der Subsidiarität öffentlichen Schutzes¹⁶⁶⁸ gestützt, nach dem die Selbsthilfemöglichkeiten des Betroffenen dem öffentlichen Schutz vorgehen,¹⁶⁶⁹ sowie durch den Gedanken der mangelnden individuellen Beherrschbarkeit der systemischen Risikofaktoren, der der Risikoversorge im Allgemeinen zugrunde liegt¹⁶⁷⁰.

Der Auftragstypus sowie der Aufgabenwahrnehmungsmodus korrespondieren zum dritten Tatbestandsmerkmal des Untermaßverbotes, der Erforderlichkeit. Die Erforderlichkeit stellt in vielen Vorschlägen zum Prüfungsaufbau des Untermaßverbotes einen Prüfungspunkt dar. Teilweise wird hierbei jedoch, um den Unterschieden zur Übermaßprüfung sowie der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung Rechnung zu tragen, von Effektivität¹⁶⁷¹ oder Notwendigkeit¹⁶⁷² gesprochen. Ebenso wie im Rahmen

1664 S. hierzu bereits Erläuterungen unter Teil III § 6 B. I. 3. b) aa).

1665 S. hierzu bereits Erläuterungen unter Teil III § 6 B. I. 3. d).

1666 S. zur Parallele auf Unionsebene Teil III § 7 B.

1667 S. hierzu bereits Erläuterungen unter Teil III § 6 B. I. 3. b) bb).

1668 Vgl. zur Subsidiarität öffentlichen Schutzes *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdStR IX*, § 191 Rn. 271 ff.

1669 *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 245 f.; *Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, S. 278.

1670 *Ress*, Staatszwecke im Verfassungsstaat, *VVDStRL* 48 (1990), 56 (89).

1671 *S. Michael*, Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, *JuS* 2001, 148 (151): „Während die Erforderlichkeit im Sinne des Übermaßverbots nach milderem, gleich effektiven Alternativen fragt, sind bei der Effektivitätsprüfung des Untermaßverbots effektivere, gleich milde Mittel zu erwägen.“ Ähnlich *Calliess*, Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbotes als Kontrollmaß-

des Übermaßverbotes fordert das Untermaßverbot den Ausschluss einer gleich wirksamen und hinlänglichen, aber Dritten gegenüber weniger eingriffsintensiven Maßnahme.¹⁶⁷³ Hieraus ergibt sich ein weiterer Vorzug der Möglichkeiten des Selbstschutzes,¹⁶⁷⁴ mithin der Möglichkeiten des privatwirtschaftlichen Risikomanagements der landwirtschaftlichen Betriebe, da diese Dritten gegenüber in der Regel weniger eingriffsintensiv sind.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich für die Feststellung eines Defizits im Rahmen der Leistungsdimension der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft, dass es maßgeblich auf die Möglichkeiten des privatwirtschaftlichen Risikomanagements der landwirtschaftlichen Betriebe ankommt.¹⁶⁷⁵ Das Ergebnis der Untermaßbewertung kann in Fällen, in

stab grundrechtlicher Schutzpflichten, in: Grote/Härtel/Hain et al. (Hrsg.), FS Starck, 201 (215 f.), dem bei *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 253 f., „de[r] tragende[] Gedanke der Effektivität“ fehlt und der selbst in seinem Prüfungsvorschlag schreibt: „[...] gibt es ein wirksameres, ebenso mildes Schutzkonzept [...]? Auf diese Weise können auch Teile des Schutzkonzepts auf ihre Wirksamkeit untersucht und im Falle mangelnder Effektivität als gegen das Untermaßverbot verstoßend angesehen werden.“ Es ist allerdings fraglich, ob die bundesverfassungsgerichtlichen Rspr. ein solcher einem Optimierungsgebot entsprechender Effektivitätsgrundsatz zu entnehmen ist. Ebenfalls auf Effektivität abstellend: *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdStR IX, § 191 Rn. 306; *Möstl*, Probleme bei der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflichten, 1029 (1038).

1672 *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 254: „Ist die Zulassung bzw. die Inkaufnahme von Beeinträchtigungen für Leben und Gesundheit notwendig, um die entgegenstehenden Positionen zur Geltung zu bringen? Fehlen also Alternativen, die das entgegenstehende Interesse wahren und dennoch die Schutzgüter gar nicht oder weniger stark beeinträchtigen?“

1673 Vgl. *Cremer*, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der grundrechtlichen Schutzpflicht, DÖV 2008, 102 (107 f.).

1674 *Canaris*, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip, JuS 1989, 161 (163); *Möstl*, Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflicht, DÖV, 1989, 1029 (1036).

1675 Vgl. bereits *Niehaus*, Einige Widersprüche in der Agrarpolitik, in: (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Menschenbild, 25 (32): „Der Glaube an das Heil der Agrarpolitik wird schwinden, und die Staatshilfe wird nur subsidiär dort in Anspruch genommen werden können, wo die Selbsthilfe tüchtiger Bauern der Unterstützung bedarf, wie z. B. in der Entwicklung einer besseren Infrastruktur.“ So auch *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Für eine gemeinwohlorientierte GAP der EU nach 2020, April 2018, S. 44. Der *Wissenschaftliche Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz* nimmt an, dass (temporäres) öffentliches Handeln nur in wenigen Fällen des Marktversagens zu erfolgen hat. Hierzu zählt er katastrophale Ereignisse mit systemischen Schäden (S. 45 f.), Tierseuchen und Pflanzenkrankheiten und

denen die landwirtschaftlichen Betriebe die systemischen Risikofaktoren (§ 3) selbst mit Maßnahmen des privatwirtschaftlichen Risikomanagements wirksam und hinlänglich beherrschen und ihren Erhalt sichern können, so stark reduziert sein, dass öffentliches Handeln nicht erforderlich und geboten ist.¹⁶⁷⁶ In Fällen, in denen die landwirtschaftlichen Betriebe die systemischen Risikofaktoren in strukturgefährdender Weise nicht selbst bewältigen können, ist das Schutzkonzept hingegen nicht wirksam und hinlänglich, sodass öffentliches Handeln geboten ist. Die strukturgefährdende Weise¹⁶⁷⁷ stellt sich hierbei als eine sehr einzelfallabhängige Größe dar, sodass nicht jedes Anzeichen für Marktversagen in Bezug auf ein einzelnes privatwirtschaftliches Risikomanagementinstrument eine Handlungsverpflichtung begründet, sondern spezifische Erhebungen für die Feststellung notwendig sind. In der Folge können in der anschließenden Bewertung des Status Quo nur Defizite und keine allgemeingültige Untermäßiggrenze aufgezeigt werden. Darüber hinaus würde keine Verpflichtung zur vollumfänglichen öffentlichen Risikovorsorge aus dem Untermäßigverbot abgeleitet werden können.¹⁶⁷⁸ Dem Untermäßigverbot kann vielmehr ebenso durch die Bereitstellung geeigneter Instrumente, die die Selbsthilfemöglichkeiten der landwirtschaftlichen Betriebe aktivieren und ausformen, entsprochen werden.¹⁶⁷⁹ Beispiele hierfür sind Marktstruktur- oder Regulierungsverwaltung sowie die Schaffung rechtlicher Rahmenbedingungen.¹⁶⁸⁰ Grundsätzlich gelingt hierdurch der größtmögliche Ausgleich zwischen

-schädlinge (S. 46), systemische Ertragsrisiken in Verbindung mit echter Unsicherheit (S. 47) und Wettbewerbsverzerrungen durch politische Eingriffe in anderen Ländern (S. 47 f.). Vgl. generell zu Selbsthilfemöglichkeiten bei Schutzansprüchen *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 245 f.

1676 Vgl. *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 245; vgl. *Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, S. 278; vgl. *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 113.

1677 Vgl. zu den geschützten landwirtschaftlichen Produktionsstrukturen in Form leistungsfähiger Betriebe Teil III § 6 B. I. 3. d).

1678 *Trenkler*, Risikoverwaltung im Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 76 „kein staatliches Risikomonopol“.

1679 Vgl. *Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, S. 279.

1680 Vgl. Teil III § 6 B. I. 3. d). Vgl. auch *Heinrichsmeyer/Witzke*, Agrarpolitik Bd. 2, S. 340, zur Anwendung der Wettbewerbspolitik, „um die Voraussetzungen für funktionsfähigen Wettbewerb zu schaffen“, S. 342: „Vieles spricht daher dafür, auch bei der Stabilitätspolitik nicht von vornherein auf direkte staatliche Interventionen zu setzen, sondern zunächst einmal ordnungspolitische Rahmenbedingungen zu schaffen, die auf eine Stabilisierung der Marktentwicklung durch Aktivierung der Marktkräfte hinwirken.“

verfassungs- und primärrechtlichen Aufträgen und grundrechtlich eingeräumter Freiheit.¹⁶⁸¹ Für die Bewertung der privatwirtschaftlichen Möglichkeiten des Risikomanagements hinsichtlich der ausgemachten systemischen Risikofaktoren kommt es auf ein Marktversagen¹⁶⁸² an. Das Marktversagen enthält einen Aussagegehalt zum Aufgabenwahrnehmungsmodus respektive zu den einzelnen öffentlichen Gewährleistungsmaßnahmen.¹⁶⁸³ Es beschreibt insoweit ein „wirtschaftlich formuliertes Subsidiaritätsprinzip“ des öffentlichen Handelns.¹⁶⁸⁴ Für die Bewertung des Marktversagens im Bereich der privatwirtschaftlichen Möglichkeiten des Risikomanagements sind (agrar-) ökonomische Erkenntnisse einzubeziehen, die in einer juristischen Untersuchung jedoch auf das Wesentlichste zu konzentrieren sind. Zudem können sie in dieser juristischen Bewertung der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft nur als Indiz für rechtliche Abwägungsdefizite dienen. Typische Fälle des Marktversagens liegen in einem „Versagen der freien Kräfte des Marktes mit dem Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage als Grundlage für den Preismechanismus“¹⁶⁸⁵, beispielsweise bei

1681 Vgl. *Ekardt*, Umweltverfassung und „Schutzpflichten“, NVwZ 2013, 1105 (1109 f.); *Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, S. 279. Die grundrechtliche geschützte Eigenverantwortung betonend *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 116 ff.

1682 Ausführlich *Ruge*, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State, S. 35 ff. *Ruge* sieht im Marktversagen einen Grund für Regulierung (Normative Theorie der Regulierung); vgl. auch *Scheufen*, Angewandte Mikroökonomie und Wirtschaftspolitik, S. 235: „Dabei ist die Feststellung eines Marktversagens bzw. eines konkreten Marktversagenstatbestands gerade Ausgangspunkt zur Legitimation des Staatseingriffs“, s. auch a. a. O. S. 262 ff.; vgl. *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Für eine gemeinwohlorientierte GAP der EU nach 2020, April 2018, S. 44; *Heinrichsmeyer/Witzke*, Agrarpolitik Bd. 2, S. 340.

1683 Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, § 12 Rn. 7; *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 118 f.; *Korioth*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 30 Rn. 16. Eher kritisch zur Aufgabenabgrenzung auf Grundlage des Marktversagens: *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat, S. 273 f.; vgl. *Hatje*, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 801 (821).

1684 *Schuppert*, Die öffentliche Aufgabe als Schlüsselbegriff der Verwaltungswissenschaft, VerwArch 71 (1980), 309 (328).

1685 *Ruge*, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State, S. 34.

öffentlichen Gütern¹⁶⁸⁶, Externalitäten¹⁶⁸⁷, Marktmacht¹⁶⁸⁸ (Monopole¹⁶⁸⁹) oder Informationsasymmetrie¹⁶⁹⁰ vor.

Abschließend ist auf die bereits erläuterte Beeinflussung des rechtsstaatlichen Abwägungsprozesses durch Verursacherprinzip und Vorsorgeprinzip¹⁶⁹¹ zu verweisen, der die Untermaßbewertung gleichfalls unterliegt. Das Vorsorgeprinzip findet, wie im dritten Teil festgestellt, auf den Bereich der Landwirtschaft Anwendung, sodass der Ermittlungsmaßstab Untermaßverbot in den vorliegenden Sachverhaltskonstellationen durch das Vorsorgeprinzip modifiziert wird. Die Ermittlung der verfassungsgemäßen und/oder unionsrechtsgemäßen Wahrnehmung der in Rede stehenden Aufträge durch das Untermaßverbot kann daher zu dem Ergebnis kommen, dass ein öffentliches Handeln unter Ungewissheit erfolgen kann oder zu erfolgen hat. Das Verursacherprinzip bezieht die auf ihm beruhende zugewiesene materielle Verantwortlichkeit (z. B. als Folge der risikofaktorsetzenden Entscheidung oder Handlung) als ein Entscheidungskriterium für die Beurteilung der Unterschreitung des Untermaßverbotes ein. Insgesamt ist zu beachten, dass der Erhaltung einer dauerhaften und nachhaltigen Funktionsfähigkeit landwirtschaftlicher Produktionsstrukturen in Form von leistungsfähigen Betrieben aufgrund der Tatsache, dass sie mittelbar elementare Freiheitsvoraussetzungen (Nahrung) sichert, sowie aufgrund der (zumindest zeitweisen) Irreversibilität des Flächenausfalls, ein starkes Gewicht im Rahmen des rechtsstaatlichen Abwägungsprozesses zukommt.

Im Vorstehenden sind insgesamt die allgemeinen Anforderungen der Leistungsdimension an die gesetzgeberische Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft zu erblicken.

1686 Ausführlich: *Ruge*, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State, S. 39 ff.; *Strotebeck*, Einführung in die Mikroökonomik Bd. 1, S. 432 ff.

1687 Ausführlich: *Ruge*, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State, S. 36 f.; *Strotebeck*, Einführung in die Mikroökonomik Bd. 1, S. 418 ff.; *Scheufen*, Angewandte Mikroökonomie und Wirtschaftspolitik, S. 249 ff.

1688 Ausführlich *Scheufen*, Angewandte Mikroökonomie und Wirtschaftspolitik, S. 239 ff.

1689 Ausführlich *Ruge*, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State, S. 37 ff.

1690 Ausführlich: *Ruge*, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State, S. 36; *Strotebeck*, Einführung in die Mikroökonomik Bd. 1, S. 444 ff.; *Scheufen*, Angewandte Mikroökonomie und Wirtschaftspolitik, S. 242 ff.

1691 Teil IV § 9 A. II. 3.

2. Die Bewertung des Status Quo der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft im Rahmen der Leistungsdimension

Für die Bewertung des Status Quo der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft im Rahmen der Leistungsdimension – mithin für die Beantwortung der Frage, ob die landwirtschaftlichen Betriebe selbst den systemischen Risikofaktoren ausreichend begegnen können – kommt es nach dem Vorstehenden (1. b)) in erster Linie auf die Möglichkeiten des privatwirtschaftlichen Risikomanagements entsprechend der soeben erläuterten Maßgaben an. Den landwirtschaftlichen Betrieben stehen eine Vielzahl innerbetrieblicher (z. B. Diversifizierung, Sortenauswahl) und außerbetrieblicher (z. B. Versicherungen, Warenterminbörsen) Risikomanagementinstrumente zur Verfügung.¹⁶⁹² Diese Vielzahl verschiedener privatwirtschaftlicher Risikomanagementinstrumente sind teilweise mehreren systemischen Risikofaktoren zuzuordnen. Daher unterteilt sich die nachfolgende Untersuchung nicht anhand der systemischen Risikofaktoren, die es zu bewältigen gilt, sondern anhand der möglicherweise im Hinblick auf die Leistungsdimension defizitären privatwirtschaftlichen Möglichkeiten zur Bewältigung der jeweiligen systemischen Risikofaktoren. Die Auswahl der untersuchten Möglichkeiten privatwirtschaftlichen Risikomanagements erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit, sondern umfasst herausstechende Beispiele des allgemeinen Diskurses über die öffentliche Risikovorsorge in der Landwirtschaft. In die Bewertung des Status Quo sind zusätzlich die bereits existierenden öffentlichen Risikovorsorgemaßnahmen einzubeziehen, denn privatwirtschaftliche Möglichkeiten und öffentliche Risikovorsorge bilden zusammen das zu untersuchende Schutzkonzept. Den privatwirtschaftlichen Risikomanagementinstrumenten ist allerdings, wie unter 1. b) gezeigt, ein Vorzug zu gewähren. Sollten sich im Rahmen des privatwirtschaftlichen Risikomanagements Defizite ergeben, ist nach entsprechenden öffentlichen Risikovorsorgemaßnahmen zu suchen.

Zur Diskussion stehen insbesondere privatwirtschaftliche Möglichkeiten, der marktbeherrschenden Stellung des Lebensmitteleinzelhandels entgegenzutreten und – damit zusammenhängend – mit der geringeren Markttransparenz umzugehen (a)), privatwirtschaftliche Möglichkeiten der Absicherung (b)), privatwirtschaftliche Möglichkeiten spezifisch im Milchsektor (c)) sowie privatwirtschaftliche Möglichkeiten der klimawandelangepassten Produktion und klimaschützender Maßnahmen (d)).

¹⁶⁹² *Mußhoff/Hirschauer*, *Modernes Agrarmanagement*, S. 354 ff.

a) Privatwirtschaftliche Möglichkeiten, der strukturellen Marktintransparenz entgegenzutreten

Die ersten Themenfelder, die im Hinblick auf wirksamen, hinlänglichen und erforderlichen öffentlichen Schutz hin untersucht werden, sind die marktbeherrschende Stellung des Lebensmitteleinzelhandels und die Markttransparenz.¹⁶⁹³ Beide Themenfelder sind dem systemischen Risikofaktor „Marktgeschehen“ zuzuordnen. Bereits 2014 ergab die Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes zum Lebensmitteleinzelhandel, dass die Wettbewerbsbedingungen im Wesentlichen von den vier Lebensmitteleinzelhändler:innen Edeka, Rewe, Schwarz Gruppe und Aldi dominiert werden.¹⁶⁹⁴ Die genannten Unternehmen besitzen einen strukturellen Vorteil gegenüber den Lebensmittellieferant:innen und -erzeuger:innen.¹⁶⁹⁵ An dieser Stelle ist zu betonen, dass in der vorliegenden Untersuchung nicht der freie Wettbewerb Vorsorgeziel ist, sondern die Erhaltung der dauerhaften und nachhaltigen Funktionsfähigkeit landwirtschaftlicher Produktionsstrukturen in Form leistungsfähiger Betriebe, die die Ernährung und den Erhalt der Kulturlandschaft zum Zwecke der Nahrungsmittelerzeugung sicherstellen¹⁶⁹⁶, deren Betroffenheit im Kontext der marktbeherrschenden Stellung des Lebensmitteleinzelhandels mittelbarer Natur ist. In einem engen Zusammenhang mit diesen Strukturen steht allerdings eine Informationsasymmetrie in Bezug auf Preisbildung und Preisentwicklung, die zu Lasten der landwirtschaftlichen Betriebe geht.¹⁶⁹⁷ In Fällen der Informati-

1693 Vgl. auch zur Struktur des Agrarmarktes bereits Teil II § 3 B. III. 1.

1694 *Bundeskartellamt*, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel: Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland (Bericht gemäß § 32e GWB), Az. B2 – 15/11, September 2014, S. 406. Kritik an der empirischen Analyse des Bundeskartellamtes üben *Haucap/Heimeshoff/Thorwarth/Wey*, Die Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes zur Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel, WuW 2015, 605 (610 ff.).

1695 *Bundeskartellamt*, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel: Darstellung und Analyse der Strukturen und des Beschaffungsverhaltens auf den Märkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland (Bericht gemäß § 32e GWB), Az. B2 – 15/11, September 2014, S. 407. Vgl. auch Erwägungsgrund 1 der UTP-Richtlinie: Das Missverhältnis hat „mit hoher Wahrscheinlichkeit unlautere Handelspraktiken zur Folge“.

1696 Vgl. insb. Teil III § 6 B. I. 3. d) und § 8.

1697 Vgl. *Agricultural Markets Task Force*, Report: Improving market outcomes – Enhancing the position of farmers in the supply chain, November 2016, S. 5, 13 ff.

onsasymmetrie liegt Marktversagen vor.¹⁶⁹⁸ Zugleich ist die Markttransparenz als öffentliches Gut zu verstehen.¹⁶⁹⁹ Hierin liegt ein weiterer Grund für Marktversagen. Rein privatwirtschaftliche Möglichkeiten, die eigene Marktposition zu verbessern oder Markttransparenz zu schaffen, sind rar gesät. Allerdings begegnet das Agrarrecht der schlechten Marktposition der landwirtschaftlichen Betriebe durch die kartellrechtliche Freistellung und Bezuschussung der Erzeugerorganisationen.¹⁷⁰⁰ Darüber hinaus reguliert die UTP-Richtlinie unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette. Hinsichtlich der defizitären Markttransparenz sieht die GMO-VO Marktinformationsberichterstattungen in den Art. 126, 151 und 222a bis 223 GMO-VO vor, die durch die delegierte Verordnung (EU) Nr. 2017/1183 und die Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2017/1185 ausgestaltet werden. Es muss sich noch zeigen, ob die mit der jüngsten Änderung¹⁷⁰¹ der GMO-VO ausgeweiteten Vorschriften zur Schaffung von Markttransparenz ausreichen, um die bisherigen Defizite¹⁷⁰² zu beheben. Insgesamt kann ein Marktversagen im privatwirtschaftlichen Risikomanagement ausgemacht werden. Hinsichtlich des öffentlichen Schutzkonzeptes ist abzuwarten, ob weiterhin Defizite bestehen.

b) Privatwirtschaftliche Möglichkeiten der Absicherung

Zu den privatwirtschaftlichen Möglichkeiten der Absicherung zählen solche Instrumente, die die Liquidität der landwirtschaftlichen Betriebe für den Fall der Realisierung eines systemischen Risikofaktors absichern und der Schadensbeseitigung dienen. Grundsätzlich können alle in § 3 herausgearbeiteten systemischen Risikofaktoren mittelbar oder unmittelbar existenzgefährdende Liquiditätsengpässe zur Folge haben. Das ökonomische

1698 Ruge, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State, S. 36; Strotebeck, Einführung in die Mikroökonomik Bd. 1, S. 444 ff.; Scheufen, Angewandte Mikroökonomie und Wirtschaftspolitik, S. 242 ff.

1699 Brümmer, Preisvolatilität auf Agrarmärkten, Discussion Paper Nr. 196 der Leibniz-Institut für Agrarentwicklung in Transformationsökonomien (IAMO), Halle (Saale) 2021, S. 24.

1700 Ausführlich hierzu Teil II § 4 B. I. 2. a) bb) sowie Teil II § 4 B. II. 2. b).

1701 VO (EU) Nr. 2021/2117.

1702 Vgl. *Agricultural Markets Task Force*, Report: Improving market outcomes – Enhancing the position of farmers in the supply chain, November 2016, S. 5, 14, 17.

Argument, dass die landwirtschaftlichen Betriebe durch den Wert ihrer Flächen ein hohes Gesamtvermögen haben und daher nicht von Insolvenz betroffen wären,¹⁷⁰³ ist im Hinblick auf das Ziel der Erhaltung der dauerhaften und nachhaltigen Funktionsfähigkeit landwirtschaftlicher Produktionsstrukturen in Form leistungsfähiger Betriebe abzuschwächen, da durch den Flächenverkauf die Produktionsgrundlage gerade wegfällt¹⁷⁰⁴. Im Folgenden sind zwei privatwirtschaftliche Maßnahmen zur Absicherung der Liquidität und zur Absicherung der Schadensbeseitigung in den Blick zu nehmen: die innerbetriebliche Rücklagenbildung sowie die Inanspruchnahme einer außerbetrieblichen Versicherung.

Entsprechend der Schulweisheit „Eine Ernte auf dem Halm, eine Ernte in der Scheune und eine Ernte auf dem Konto“ stellt die Rücklagenbildung ein bewährtes privatwirtschaftliches Risikomanagementinstrument landwirtschaftlicher Betriebe dar.¹⁷⁰⁵ Die Rücklagenbildung ist ein wesentliches Element der Liquiditätssicherung der landwirtschaftlichen Betriebe.¹⁷⁰⁶ Liquidität ist die Grundlage der Wettbewerbsfähigkeit und letztlich der Existenz landwirtschaftlicher Betriebe.¹⁷⁰⁷ Eine Rücklagenbildung setzt zunächst rücklagefähige Einnahmen voraus,¹⁷⁰⁸ also solche, die nicht laufende Kosten decken oder für Investitionen benötigt werden. Die Erzielung derartiger Einnahmen ist stark abhängig von den jeweiligen Betrieben¹⁷⁰⁹,

1703 *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Für eine gemeinwohlorientierte GAP der EU nach 2020, April 2018, S. 29, 31, 44; vgl. *Hill/Bradley*, Comparison of farmers' incomes in the EU member states, Juni 2015, passim.

1704 Inwieweit die jeweilige Fläche insgesamt aus der Produktion fällt, ist im Falle des Verkaufs trotz grundstücksverkehrsrechtlicher Genehmigungspflicht zumindest ungewisser. Vgl. in etwa bereits *Pikalo*, Zur Kritik des Landwirtschaftsrechts, *AgrarR* 1974, 57 (61, 62).

1705 Bericht des BMEL und der Länder zu TOP „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2018, S. 19; *Mußhoff/Hirschauer*, *Modernes Agrarmanagement*, S. 357; *Gömann/Bender/Bolte et al.*, *Agrarrelevante Extremwetterlagen und Möglichkeiten von Risikomanagementsystemen* (Thünen Report 30), Juni 2015, S. 56.

1706 Vgl. *Frentrup/Heyder/Theuvsen*, Leitfaden: Risikomanagement in der Landwirtschaft, November 2011, S. 42 f.

1707 *Frentrup/Heyder/Theuvsen*, Leitfaden: Risikomanagement in der Landwirtschaft, November 2011, S. 40.

1708 *BMEL*, Agenda: Anpassung von Land- und Forstwirtschaft sowie Fischerei und Aquakultur an den Klimawandel, 28.3.2019, S. 26.

1709 Vgl. *Zukunftskommission Landwirtschaft*, *Zukunft Landwirtschaft – Eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe*, August 2021, S. 27; vgl. *BMEL*, *Die wirtschaftliche Lage der landwirtschaftlichen Betriebe – Buchführungsergebnisse der Testbetriebe des*

sodass eine allgemeingültige Aussage zur Rücklagenbildung der landwirtschaftlichen Betriebe nicht zu treffen ist. Generell ist eine attraktive Anlage der erwirtschafteten rücklagefähigen Einnahmen mit kurz- bis mittelfristiger Laufzeit vor dem Hintergrund der Niedrigzinspolitik derzeit schwierig.¹⁷¹⁰ Zugleich wirkt bei hohen Einnahmen in guten Jahren die Steuerprogression, sodass durch die höhere Steuerbelastung in den guten Jahren die Möglichkeiten der Rücklagenbildung gemindert sind. Das Agrarrecht begegnete bis zum Veranschlagungszeitraum 2022 (§ 52 Abs. 33a S. 4 EStG) zumindest der Steuerprogression mit einer steuerlichen Gewinnglättung (§ 32c EStG).¹⁷¹¹ Dieser Maßnahme bescheinigten Agrarökonom:innen zum einen nur eine geringe Wirkung und zum anderen nehmen sie bei höherer Wirkkraft aufgrund der durchschnittlichen Steuerzahlungen in schlechten Jahren gar eine Risikoerhöhung an.¹⁷¹² Insoweit wird seitens des Berufsstandes ein Defizit wahrgenommen.¹⁷¹³ Allerdings bereitet bereits die Datenerhebung zu landwirtschaftlichen Einkommen Schwierigkeiten, sodass keine belastbare allgemeingültige Aussage zu einem Marktversagen hinsichtlich

Wirtschaftsjahres 2018/2019, S. 10 ff.; vgl. *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Für eine gemeinwohlorientierte GAP der EU nach 2020, April 2018, S. 31 ff. Eine umfassende Analyse der Einkommensentwicklung in der Landwirtschaft findet sich auf der Website des Thünen-Instituts „Dossier Einkommen Landwirtschaft“, abrufbar unter: <https://www.thuenen.de/de/themenfelder/einkommen-und-beschaeftigung/einkommen-in-der-landwirtschaft> (zuletzt abgerufen am 5.11.23); vgl. *Duden/Offermann*, Income Risk of German Farms and its Drivers, *German Journal of Agricultural Economics*, 2020, 85 (86).

1710 Bericht des BMEL und der Länder zu TOP „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2018, S. 19.

1711 Zum Absicherungselement der Gewinnglättung *Brümmer*, Preisvolatilität auf Agrarmärkten, Discussion Paper Nr. 196 der Leibniz-Institut für Agrarentwicklung in Transformationsökonomien (IAMO), Halle (Saale) 2021, S. 25. Kritik der berufsständischen Verbände: Die Gewinnglättung sei „nicht rechtsformneutral und relativ bürokratisch [...] sowie mit festen drei Jahreszeiträumen und einer Befristung bis 2022 in der Wirkung eingengt“, vgl. Bericht des BMEL und der Länder zu TOP „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2018, S. 61.

1712 *Hirschauer/Mußhoff*, Was bringen agrarpolitische Maßnahmen für die Risikoabsicherung in der Landwirtschaft?, *Agra-Europe* 29/2018, Länderberichte, 21 (22). S. jedoch zu Argumenten für die Gewinnglättung: Bericht des BMEL und der Länder zu TOP „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2018, S. 79.

1713 Vgl. Bericht des BMEL und der Länder zu TOP „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2018, S. 61, verbunden mit dem Wunsch nach einer steuerlichen Risikoausgleichsrücklage.

der Rücklagenbildung getroffen werden kann.¹⁷¹⁴ Effizienter als die innerbetriebliche Rücklage erscheint ohnehin die kollektive außerbetriebliche Absicherung.

Die Inanspruchnahme einer außerbetrieblichen Absicherung in Form einer Versicherung ist ein wesentliches Instrument des privatwirtschaftlichen Risikomanagements.¹⁷¹⁵ Ähnlich wie Versicherungen wirken Fonds auf Gegenseitigkeit. Für die Bewertung des Status Quo der öffentlichen Risikovorsorge werden im Folgenden insbesondere Ernte-, Pflanzen- und Einkommensversicherungen und entsprechende Fonds auf Gegenseitigkeit in den Blick genommen. Hinsichtlich der Ernteversicherungen zeigt sich in Deutschland, dass insbesondere Spezialversicherungen für Witterungsrisikofaktoren in der Landwirtschaft existieren.¹⁷¹⁶ In Bezug auf die einzelnen Witterungsrisikofaktoren und Versicherungsarten lässt sich feststellen, dass 2019 nur 0,4 % der Ackerfläche in Deutschland gegen das Extremwetterereignis Dürre versichert waren.¹⁷¹⁷ Bei der Dürre handelt es sich um ein sog. Kumulrisiko, das für die Versicherungen kostenintensiv ist, sodass die Prämienkosten so hoch angesetzt werden, dass sich die landwirtschaftlichen Betriebe eine Dürreversicherung strukturell nur ineffizient und damit schwerlich leisten können.^{1718,1719} Dies begründet sich in dem mangelnden internen Risikoausgleich der Versicherten, da sich in der Regel nur diejenigen landwirtschaftlichen Betriebe versichern würden, die einem lokalen Trockenheitsrisiko unterliegen.¹⁷²⁰ Dies entspricht der Informati-

1714 Vgl. *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Für eine gemeinwohlorientierte GAP der EU nach 2020, April 2018, S. 29 f.

1715 Vgl. Bericht des BMEL und der Länder zu TOP „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2018, S. 21.

1716 Bericht des BMEL unter Beteiligung der Länder, der Versicherungswirtschaft und des Thünen-Instituts zu Versicherungslösungen mit und ohne staatliche Unterstützung zu TOP 14, 15, 16 „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2019, S. 8 f., hierzu zählen insbesondere die Vereinigte Hagel VVaG, die Gartenbauversicherung und die Münchener und Magdeburger Agrarversicherungs-AG.

1717 Bericht des BMEL unter Beteiligung der Länder, der Versicherungswirtschaft und des Thünen-Instituts zu Versicherungslösungen mit und ohne staatliche Unterstützung zu TOP 14, 15, 16 „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2019, S. 11.

1718 *Ebd.*

1719 Für den ausgeklammerten Bereich der Hochwasser und Überschwemmungen existiert derzeit ebenfalls kein privatwirtschaftliches Versicherungsangebot, vgl. *ebd.*

1720 Vgl. *ebd.* in Bezug auf Hochwasser.

onsasymmetrie und damit dem Marktversagen zuzuordnenden adversen Selektion.¹⁷²¹ Eine adverse Selektion liegt vor, wenn sich hauptsächlich landwirtschaftliche Betriebe mit hohen Ertragsausfallrisiken versichern, wodurch die auszuzahlenden Schadenssummen und mithin die Beiträge aller Versicherten steigen.¹⁷²² Darüber hinaus unterlagen 2019 nur 4-5% der Fläche einer Mehrgefahrenversicherung, die mehrere Witterungsrisikofaktoren innerhalb einer Police abdeckt.¹⁷²³ Hinsichtlich der Pflanzenversicherung ist im Bereich der sog. (Unions-) Quarantäneschädlinge¹⁷²⁴ das privatwirtschaftliche Versicherungsangebot auf einige wenige Schadorganismen begrenzt.¹⁷²⁵ Darüber hinaus existiert kein vergleichbares System zu den Tierseuchenkassen.¹⁷²⁶ Hinsichtlich der Einkommensversicherung ist kein entsprechendes Versicherungsangebot in Deutschland vorzufinden.¹⁷²⁷ Gleichfalls wird das im Unionsrecht als Fonds auf Gegenseitigkeit angelegte Einkommensstabilisierungsinstrument in Deutschland nicht um-

1721 Strotebeck, Einführung in die Mikroökonomik Bd. 1, S. 446.

1722 Offermann/Efken/Ellßel/et al., Ausgewählte Instrumente zum Risikomanagement in der Landwirtschaft (Thünen Working Paper 72), April 2017, S. 35.

1723 Bericht des BMEL unter Beteiligung der Länder, der Versicherungswirtschaft und des Thünen-Instituts zu Versicherungslösungen mit und ohne staatliche Unterstützung zu TOP 14, 15, 16 „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2019, S. 10.

1724 Legaldefinitionen in Art. 3 und 4 der VO (EU) Nr. 2016/2031 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.10.2016 über Maßnahmen zum Schutz vor Pflanzenschädlingen, zur Änderung der VO (EU) Nr. 228/2013, (EU) Nr. 652/2014 und (EU) Nr. 1143/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 69/464/EWG, 74/647/EWG, 93/85/EWG, 98/57/EG, 2000/29/EG, 2006/91/EG und 2007/33/EG des Rates (ABl. L 317/4 v. 23.11.2016).

1725 Bericht des BMEL und der Länder zu TOP „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2018, S. 23.

1726 Bericht des BMEL und der Länder zu TOP „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2018, S. 23 f.

1727 Vgl. Offermann/Efken/Ellßel/et al., Ausgewählte Instrumente zum Risikomanagement in der Landwirtschaft (Thünen Working Paper 72), April 2017, S. 32 f.; vgl. Odening/Filler/Barnett/ et al., Agrarpolitische Reduzierung von Preis- und Ertragsrisiken, in: Edmund Rehwinkel-Stiftung der Landwirtschaftlichen Rentenbank (Hrsg.), Innovative Agrarpolitik nach 2020, 43 (56). S. hingegen „whole farm insurance“ in den USA und „AgriStability“ in Kanada (hierzu Bericht des BMEL unter Beteiligung der Länder, der Versicherungswirtschaft und des Thünen-Instituts zu Versicherungslösungen mit und ohne staatliche Unterstützung zu TOP 14, 15, 16 „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2019, S. 105).

gesetzt.¹⁷²⁸ Die Tauglichkeit des Einkommensstabilisierungsinstrumentes ist umstritten. Zum Teil werden die enge Legaldefinition des Einkommensbegriffs sowie die gesetzliche 30-%-Grenze¹⁷²⁹ kritisiert.¹⁷³⁰ Es zeigt sich jedoch ebenso, dass die Einkommensvolatilität, die die Existenz der landwirtschaftlichen Betriebe bedroht, deutlich durch das Einkommensstabilisierungsinstrument abnimmt.¹⁷³¹ Insgesamt ist hieraus abzuleiten, dass die Inanspruchnahme des privatwirtschaftlichen Risikomanagementinstrumentes „Versicherung“ in den genannten Fällen nicht oder nur schwer möglich ist. Ein Angebot an Fonds auf Gegenseitigkeit existiert in Deutschland ebenfalls nicht.¹⁷³² Die öffentliche Risikovorsorge erfolgt durch einen verringerten Steuersatz entsprechender Versicherungsprodukte (§ 6 Abs. 2 Nr. 4 VersStG). Dabei zeigt sich insbesondere bei den Mehrgefahrenversicherungen und den Kumulrisiken in der gesamten Europäischen Union ein direkter Zusammenhang zwischen dem Vorhandensein eines privatwirtschaftlichen Angebots und dem Umfang öffentlicher Unterstützung.¹⁷³³ Trotz der unionsrechtlichen Möglichkeiten, Prämiensubventionen zu gewähren oder Fonds auf Gegenseitigkeit einzurichten¹⁷³⁴, macht Deutschland hiervon

1728 Bericht des BMEL unter Beteiligung der Länder, der Versicherungswirtschaft und des Thünen-Instituts zu Versicherungslösungen mit und ohne staatliche Unterstützung zu TOP 14, 15, 16 „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2019, S. 33.

1729 Art. 39 Abs. 1 ELER-VO.

1730 *Landesanstalt für Landwirtschaft, Forsten und Gartenbau Sachsen-Anhalt (LLFG), Landesforschungsanstalt für Landwirtschaft und Fischerei Mecklenburg-Vorpommern (LFA) Sächsisches Landesamt für Umwelt, Landwirtschaft und Geologie (LfULG) Thüringer Landesanstalt für Landwirtschaft (TLL)*, Empirische Untersuchungen zu ausgewählten Instrumenten des Managements von Produktions- und Einkommensrisiken in landwirtschaftlichen Betrieben, Januar 2013, S. 41, Simulationsrechnung (ab S. 36 ff.).

1731 *Offermann/Efken/Ellßel/et al.*, Ausgewählte Instrumente zum Risikomanagement in der Landwirtschaft (Thünen Working Paper 72), April 2017, S. 33 f.

1732 Bericht des BMEL unter Beteiligung der Länder, der Versicherungswirtschaft und des Thünen-Instituts zu Versicherungslösungen mit und ohne staatliche Unterstützung zu TOP 14, 15, 16 „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2019, S. 33.

1733 Bericht des BMEL unter Beteiligung der Länder, der Versicherungswirtschaft und des Thünen-Instituts zu Versicherungslösungen mit und ohne staatliche Unterstützung zu TOP 14, 15, 16 „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2019, S. 34.

1734 Vgl. hierzu Teil II § 4 B. I. 2. a) cc).

keinen Gebrauch¹⁷³⁵. Insgesamt lässt sich damit ein Marktversagen im privatwirtschaftlichen Versicherungsangebot ausmachen. Der verringerte Versicherungssteuersatz führt nicht zu dem Effekt, entsprechende Versicherungsangebote zu generieren (Markteinführungshilfe). Insoweit lässt sich hier ein Defizit im deutschen öffentlichen Schutzkonzept feststellen.

c) Privatwirtschaftliche Möglichkeiten spezifisch im Milchsektor

Der Milchsektor bedarf aufgrund unterschiedlicher Besonderheiten in Bezug auf privatwirtschaftliche Möglichkeiten des Risikomanagements einer gesonderten Betrachtung. Zum einen beschneidet die Ausgestaltung der Milchliefverträge privatwirtschaftliche Möglichkeiten der Milcherzeuger:innen und zum anderen wurde der Sektor bis 2015 durch eine Quotenregelung reguliert, wodurch die Etablierung und Akzeptanz privatwirtschaftlicher Risikomanagementinstrumente erschwert wurde.¹⁷³⁶ Insgesamt sind die aufzuzeigenden Effekte dem systemischen Risikofaktor „Marktgeschehen“ zuzuordnen.

Hinsichtlich der Ausgestaltung der Milchliefverträge ist auf folgende Besonderheiten hinzuweisen. Die erste Besonderheit der Milchliefverträge stellt die üblicherweise¹⁷³⁷ bestehende Andienungs- und Abnahmepflicht in deutschen (zumeist genossenschaftlichen¹⁷³⁸) Milchliefverträgen dar.

1735 Bericht des BMEL unter Beteiligung der Länder, der Versicherungswirtschaft und des Thünen-Instituts zu Versicherungslösungen mit und ohne staatliche Unterstützung zu TOP 14, 15, 16 „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2019, S. 33. S. zu Fonds auf Gegenseitigkeit: GAP-Strategieplan für die Bundesrepublik Deutschland, Version 2.0, S. 322.

1736 *Bohl/Groß/Weber*, Deutsche Milchprodukt-Futurekontrakte (Thünen Working Paper 71), April 2017, S. 52 f.

1737 „Mehr als 85 % der befragten nicht genossenschaftlichen Molkereien und 100 % der befragten genossenschaftlichen Molkereien haben mit ihren Lieferanten eine vollständige Andienungspflicht für die von diesen erzeugte Rohmilch vereinbart, die mit einer vollständigen Abnahmepflicht der Molkerei korrespondiert“, *Bundeskartellamt*, Sektoruntersuchung Milch (Abschlussbericht gemäß § 32e GWB), Az. B2-19/08, Januar 2012, S. 38. Dies hat sich auch nach dem Auslaufen der sog. Milchquote nicht geändert, *Bundeskartellamt*, Sachstand im Verfahren zu Lieferbedingungen für Rohmilch, März 2017, S. 1; vgl. *Hess/Petersen/Dorfner*, Gegenwart und Zukunft der Milch-Lieferbeziehungen aus Sicht Deutscher Landwirte: Ergebnisse einer Befragung, Agra-Europe 13/2017, Dokumentation, 1 (1).

1738 Vgl. *Bundeskartellamt*, Sektoruntersuchung Milch (Abschlussbericht gemäß § 32e GWB), Az. B2-19/08, Januar 2012, S. 16.

Die Abnahmepflicht ermöglicht aus ökonomischer Sicht eine inverse Angebotsreaktion der Milch liefernden landwirtschaftlichen Betriebe.¹⁷³⁹ Eine inverse Angebotsreaktion liegt vor, wenn trotz sinkender oder niedriger Preise das Angebot an Milch durch die landwirtschaftlichen Betriebe gesteigert wird.¹⁷⁴⁰ Durch die Abnahmepflicht wird trotz sinkender oder niedriger Preise mehr Milch auf den Markt gebracht, wodurch der Preis weiter sinkt.¹⁷⁴¹ Die Andienungspflicht verhindert daneben die Angebots- und damit letztlich auch die Preissteuerung durch die Milcherzeuger:innen.¹⁷⁴² Durch die schnelle Verderblichkeit des Produktes ist eine private Lagerhaltung nur durch aufwendige Verarbeitungsschritte möglich und mithin so gut wie ausgeschlossen. Eine weitere Besonderheit ist die nachträgliche Preisermittlung und -festsetzung durch die verarbeitenden Betriebe und Genossenschaften.¹⁷⁴³ Die nachträgliche Preisfestsetzung wird von 94 % der Molkereien praktiziert.¹⁷⁴⁴ Dieses System begünstigt die Angleichung der Preise durch die Molkereien und verhindert die Weitergabe von Marktinformationen und -signalen, sodass die Milcherzeuger:innen auch aus diesem Grund keine Angebotssteuerung vornehmen können.¹⁷⁴⁵ Die durch die schlechtere Wettbewerbsposition bedingte Markt-

-
- 1739 *Offermann/Efken/Ellßel/et al.*, Ausgewählte Instrumente zum Risikomanagement in der Landwirtschaft (Thünen Working Paper 72), April 2017, S. 9.
- 1740 *Ebd.*; *Koester*, Grundzüge der landwirtschaftlichen Marktlehre, S. 89 f. Kritisch zur Hypothese der inversen Angebotsreaktion, *Altmann/Guth*, Wie reagiert die Landwirtschaft auf Preissenkungen?, *Wirtschaftsdienst* 59 (1979), 381 (381 ff.).
- 1741 *Offermann/Efken/Ellßel/et al.*, Ausgewählte Instrumente zum Risikomanagement in der Landwirtschaft (Thünen Working Paper 72), April 2017, S. 9.
- 1742 *Ebd.* Vgl. auch *Bundeskartellamt*, Sachstand im Verfahren zu Lieferbedingungen für Rohmilch, März 2017, S. 17.
- 1743 Vgl. *Hess/Petersen/Dorfner*, Gegenwart und Zukunft der Milch-Lieferbeziehungen aus Sicht Deutscher Landwirte: Ergebnisse einer Befragung, *Agra-Europe* 13/2017, Dokumentation, 1 (5), Rückpreis ist im Süden mit 63 %, im Nordwesten mit 87 % und im Osten mit 69 % vorherrschendes Preisfindungsmodell.
- 1744 *Bundeskartellamt*, Sachstand im Verfahren zu Lieferbedingungen für Rohmilch, März 2017, S. 6.
- 1745 *Offermann/Efken/Ellßel/et al.*, Ausgewählte Instrumente zum Risikomanagement in der Landwirtschaft (Thünen Working Paper 72), April 2017, S. 9; *Rothe/Weber*, Evaluierung über die in Deutschland erfolgte Umsetzung der Milchmengenverringerungsmaßnahme sowie der Milchsonderbeihilfe (Thünen Working Paper 88), März 2018, S. 4 f.; vgl. *Hess/Petersen/Dorfner*, Gegenwart und Zukunft der Milch-Lieferbeziehungen aus Sicht Deutscher Landwirte: Ergebnisse einer Befragung, *Agra-Europe* 13/2017, Dokumentation, 1 (1); vgl. *Bohl/Groß/Weber*, Deutsche Milchprodukt-Futurekontrakte (Thünen Working Paper 71), April 2017, S. 49 f.;

transparenz¹⁷⁴⁶ wird im Sektor Milch durch die Preisbildungsstrukturen verstärkt.¹⁷⁴⁷ Zudem zeichnen sich die Milchlieferbeziehungen – insbesondere die genossenschaftlichen – durch lange und terminlich gebundene Kündigungsfristen aus.¹⁷⁴⁸ 90,5 % der Milcherzeuger:innen können nur einmal im Jahr kündigen.¹⁷⁴⁹ In Verbindung mit der durchschnittlichen Kündigungsfrist von 24 Monaten ergeben sich unter Berücksichtigung des maximalen Stichtageffektes¹⁷⁵⁰ für rund 90 % der Milcherzeuger:innen eine faktische Kündigungsfrist von drei Jahren.¹⁷⁵¹ Die bereits erläuterte Andienungspflicht und die langen Milchlieferbeziehungen erschweren den Molkereiwechsel von Milcherzeuger:innen, weshalb ihnen die Gefahr von Marktverschließungseffekten innewohnt, die einen wirksamen Wettbewerb um Rohmilch behindern.¹⁷⁵² Die nachträgliche Preisfestsetzung und -angleichung sowie die Übertragung des Preisrisikos beschränken den Wettbewerb zusätzlich.¹⁷⁵³ Das Bundeskartellamt zieht im Sachstandspapier zum Verfahren zu den Lieferbedingungen für Rohmilch mit Blick auf die Kombination von Andienungspflicht und langen Kündigungsfristen Verstöße gegen die §§ 1, 19 und 20 GWB zumindest in Betracht.¹⁷⁵⁴ Zwar zielt die

Bundeskartellamt, Sachstand im Verfahren zu Lieferbedingungen für Rohmilch, März 2017, S. 10.

1746 Vgl. Teil IV § 9 B. III. 2. b) aa).

1747 Eher ablehnend aufgrund vorhandener Informationen *Bundeskartellamt*, Sachstand im Verfahren zu Lieferbedingungen für Rohmilch, März 2017, S. 7. Zustimmung noch in *Bundeskartellamt*, Sektoruntersuchung Milch (Abschlussbericht gemäß § 32e GWB), Az. B2-19/08, Januar 2012, S. 125 f.

1748 *Bundeskartellamt*, Sektoruntersuchung Milch (Abschlussbericht gemäß § 32e GWB), Az. B2-19/08, Januar 2012, S. 36; *Bundeskartellamt*, Sachstand im Verfahren zu Lieferbedingungen für Rohmilch, März 2017, S. 3 f.

1749 *Bundeskartellamt*, Sachstand im Verfahren zu Lieferbedingungen für Rohmilch, März 2017, S. 4.

1750 Dieser Effekt tritt ein, wenn der jährliche Kündigungsstichtag um einen Tag verpasst wird.

1751 *Bundeskartellamt*, Sachstand im Verfahren zu Lieferbedingungen für Rohmilch, März 2017, S. 5.

1752 *Bundeskartellamt*, Sektoruntersuchung Milch (Abschlussbericht gemäß § 32e GWB), Az. B2-19/08, Januar 2012, S. 14, 41.

1753 *Bundeskartellamt*, Sachstand im Verfahren zu Lieferbedingungen für Rohmilch, März 2017, S. 10.

1754 *Bundeskartellamt*, Sachstand im Verfahren zu Lieferbedingungen für Rohmilch, März 2017, S. 8 f.: „Entsprechend des Zwecks dieses Papiers werden im Folgenden nur einzelne Tatbestandsmerkmale herausgegriffen, die besondere Bedeutung für die Diskussion über Abstellungsmaßnahmen haben.“ An anderer Stelle wird der Zweck des Papiers wie folgt beschrieben: „Zweck des vorliegenden Papiers ist vielmehr, Anregungen für die Diskussion über alternative Möglichkeiten zur Aus-

Untersuchung des Bundeskartellamtes nicht auf den unmittelbaren Schutz der Milcherzeuger:innen, sondern des Wettbewerbs, jedoch wirkt sich die festgestellte Beschränkung des Wettbewerbs negativ auf erstere aus. Die Besonderheiten der Milchlieferbeziehungen führen zusammengefasst zu erhöhten Preisrisiken, schaffen Marktintransparenz und erschweren innerbetriebliches Risikomanagement. Es zeigen sich damit insgesamt Tendenzen eines Marktversagens.

Eine der wenigen verbleibenden privatwirtschaftlichen Möglichkeiten, das Preisrisiko zu managen, sind die Warenterminbörsen. Über die ab 2010¹⁷⁵⁵ eingeführten Warenterminbörsen¹⁷⁵⁶ für Butter, Magermilch- und Molkepulver sowie letztlich auch Rohmilch können die landwirtschaftlichen Betriebe mit Abschluss eines Future-Kaufvertrages¹⁷⁵⁷ Preisrisiken absichern.¹⁷⁵⁸ Warenterminbörsen zeichnen sich dadurch aus, dass die Ansprüche an der jeweilig gehandelten Ware zu einem Wertpapier verbrieft sind und der Erfüllungstermin in der Zukunft liegt.¹⁷⁵⁹ Insoweit stellen Warenterminbörsen ein effektives privatwirtschaftliches Risikomanagementinstrument dar.¹⁷⁶⁰ Anders als auf den Warenterminbörsen für Getreide¹⁷⁶¹

gestaltung der Lieferbeziehungen zu geben, die aus Sicht der Beschlussabteilung erforderlich ist.“ Vgl. auch bereits *Bundeskartellamt*, Sektoruntersuchung Milch (Abschlussbericht gemäß § 32e GWB), Az. B2-19/08, Januar 2012, S. 124 f.

- 1755 2010 Einführung von Butter- und Magermilchpulver-Futurekontrakten an der Eurex, 2012 Erweiterung auf Molkepulver, 2015 Wechsel an die European Energy Exchange (EEX), vgl. *Bohl/Groß/Weber*, Deutsche Milchprodukt-Futurekontrakte (Thünen Working Paper 71), April 2017, S. 9. 2018 traten Rohmilchkontrakte hinzu, vgl. Bericht des BMEL und der Länder zu TOP „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2018, S. 24 f.
- 1756 S. zur Funktionsweise *Offermann/Efken/Ellßel/et al.*, Ausgewählte Instrumente zum Risikomanagement in der Landwirtschaft (Thünen Working Paper 72), April 2017, S. 10.
- 1757 S. hierzu auch *Martinez*, Risikomanagement im Agrarsektor, in: *Frentrup/Theuvsen/Emman* (Hrsg.), *Risikomanagement in Agrarhandel und Lebensmittelindustrie*, 75 (88 f.).
- 1758 Vgl. *Hille*, Das Recht des Getreidehandels, S. 173 f. mit Beispiel ab S. 174. S. auch Bericht des BMEL und der Länder zu TOP „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2018, S. 24 f.
- 1759 *Hille*, Das Recht des Getreidehandels, S. 50.
- 1760 *Hille*, Das Recht des Getreidehandels, S. 177. Die Akzeptanz des Instruments wächst auch bei der Warenterminbörse EEX: 2020 konnte ein Wachstum von 22 % im Handel mit Milchprodukt-Futures gegenüber 2019 verzeichnen, *EEX Group*, Geschäftsbericht 2020 Building Markets Together, 21.4.2021, Leipzig, abrufbar unter: https://www.eex.com/fileadmin/EEX_Group/EEX_Group_Annual_Report/Annual_Report_2020/210421_EEX_Group_Annual_Report_2020_DE.pdf (zuletzt abgerufen am 5.11.2023), S. 31.

zeigt sich auf den Warenterminbörsen für Milchprodukte weniger das Problem negativer Börsenspekulation, sondern vielmehr das Problem, dass zu wenig Liquidität durch Investor:innen generiert wird.¹⁷⁶² Die Warenterminbörse für Rohmilch ist darüber hinaus nicht nur für Investore:innen, sondern sogar für Käufer:innen aufgrund der gering gehandelten Menge (25.000 kg Milch¹⁷⁶³) uninteressant, sodass seit der Einführung nur wenige Kontrakte gehandelt wurden.¹⁷⁶⁴ Die Preisabsicherung über den Warenterminmarkt ist für die Milcherzeuger:innen daher mit einer Umrechnung des Milchpreises auf Butter-, Magermilch- und Molkepulver-Futures verbunden, was die Zugänglichkeit des Risikomanagementinstruments erschwert.¹⁷⁶⁵ Üblicherweise¹⁷⁶⁶ werden ein Butter- und zwei Magermilch-

1761 Der Börsenhandel mit Getreide ist seit jeher Ort für Börsenspekulation. So zeigt *Hille*, *Das Recht des Getreidehandels*, S. 29, auf, dass starke Preisschwankungen bereits 1896 zu „einem Verbot des (spekulativen) Terminhandels auf Getreide“ im Börsengesetz führten. Mithin ist der Ausschluss von Finanzinvestor:innen ein anhaltendes Interesse der Börsenregulierung, vgl. Bericht des BMEL und der Länder zu TOP „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2018, S. 25; vgl. zur jüngeren Debatte um Nahrungsspekulation *Hille*, *Das Recht des Getreidehandels*, S. 30 ff. Kritisch allerdings zur Regulierung durch Preisober- und Preisuntergrenzen *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft, April 2011, S. 22 f. Kernelemente der Börsenregulierung stellen Art. 57 und 58 RL 2014/65/EU dar, vgl. ausführlich *Hille*, *Das Recht des Getreidehandels*, S. 207 ff.

1762 *Bohl/Groß/Weber*, Deutsche Milchprodukt-Futurekontrakte (Thünen Working Paper 71), April 2017, S. 52.

1763 Kontraktvolumen gem. 3.3.2 Kontraktpezifikationen der EEX, Stand: 21.9.2021, Version 0080a.

1764 Vgl. „Fuchtel: Milchbranche muss Terminbörse stärker nutzen“, *Agra-Europe* 22/2019, Länderberichte, S. 5. 12 Futures, vgl. „EEX setzt mehr Agrarfutures um“, *Agra-Europe* 32/2019, Markt+Meinung S. 12. Umsatz ging um 13 % auf 20 Kontrakte zurück, vgl. „Handel mit EEX-Agrarfutures insgesamt rückläufig“, *Agra-Europe* 4/2020, Markt+Meinung S. 8.

1765 *Bohl/Groß/Weber*, Deutsche Milchprodukt-Futurekontrakte (Thünen Working Paper 71), April 2017, S. 51, sehen das Umrechnungserfordernis als Hemmnis an. *Offermann/Efken/Ellßel/et al.*, *Ausgewählte Instrumente zum Risikomanagement in der Landwirtschaft* (Thünen Working Paper 72), April 2017, S. 11, gehen davon aus, dass der Handel mit verarbeiteten Produkten die Milchverarbeiter:innen gegenüber den Milcherzeuger:innen begünstigt.

1766 Bei dieser Kombination „ist das Risiko der Abweichung zwischen Börsenmilchwert zum tatsächlichen Milchpreis (Basisrisiko) für den Landwirt am geringsten“, vgl. *Kalverkamp* im Interview *Elite: Magazin für Milcherzeuger* 2017, abrufbar unter: <https://www.elite-magazin.de/eliteplus/heft/uber-die-molkerei-milchpreise>

kontrakte gehandelt, die ca. 105.556 kg Rohmilch entsprechen.¹⁷⁶⁷ Diese Menge an Rohmilch produzieren ca. 150 Milchkühe in einem Monat.¹⁷⁶⁸ Die durchschnittliche Anzahl an Milchkühen beträgt in Deutschland ca. 70 Milchkühe pro Betrieb.¹⁷⁶⁹ Lediglich 19 % der Betriebe besitzen mehr als 100 Milchkühe.¹⁷⁷⁰ Es existieren jedoch starke regionale Unterschiede: In Bayern sind mit 43 die wenigsten und in Mecklenburg-Vorpommern mit 253 die meisten Milchkühe pro Betrieb zu verzeichnen.¹⁷⁷¹ Zumindest für ca. 19 % der Milcherzeuger:innen ist die vorausgesetzte Milchmenge kein Ausschlusskriterium. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit für kleinere Betriebe, sich nur quartalsmäßig oder nur jeden zweiten Monat abzusichern. Ein weiteres Hindernis zur Wahrnehmung des Risikomanagementinstruments sind die bei der Nutzung entstehenden Kosten,¹⁷⁷² die insgesamt pro Kilogramm Milch für die landwirtschaftlichen Betriebe als erheblich einzustufen sind¹⁷⁷³. Der größte Kostenfaktor stellt hierbei die gem. § 20 BörsG i. V. m. § 60 Börsenordnung der EEX¹⁷⁷⁴ erforderliche Sicherheitsleistung inklusive etwaiger Zinskosten dar. Die Sicherheitsleistung umfasst die Initial-Margin, die als Grundsicherheit dient, sowie die

-der-borse-absichern-13389.html#:~:text=In%20der%20Regel%20ist%20das,weite m%20nicht%20alle%20Betriebe%20monatlich (zuletzt abgerufen am 5.11.2023).

- 1767 DLG (Hrsg.), Merkblatt 41l: Milchpreisabsicherung an der Warenterminbörse, Dezember 2015, S. 9.
- 1768 Bemessen an der jährlichen durchschnittlichen Milchleistung einer Kuh in Deutschland 2020: 8.457 kg, vgl. *Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung*, *Milchwirtschaft auf einen Blick in Deutschland nach Kalenderjahren*, zitiert nach: Statista (Hrsg.), *Milchleistung je Kuh in Deutschland in den Jahren 1900 bis 2020*, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/153061/umfrage/durchschnittlicher-milchertrag-je-kuh-in-deutschland-seit-2000/> (zuletzt abgerufen am 5.11.2023).
- 1769 *Statistisches Bundesamt*, zitiert nach: Statista (Hrsg.), *Anzahl der Milchkühe je Betrieb in Deutschland in den Jahren 1995 bis 2023*, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/28755/umfrage/anzahl-der-milchkuhue-je-halter-in-deutschland-seit-1990/> (zuletzt abgerufen am 5.11.2023).
- 1770 *Tergast/Hansen (Thünen-Institut)*, *Steckbriefe zur Tierhaltung in Deutschland: Milchkühe*, November 2021, S. 11.
- 1771 *Tergast/Hansen (Thünen-Institut)*, *Steckbriefe zur Tierhaltung in Deutschland: Milchkühe*, November 2021, S. 10.
- 1772 Bericht des BMEL und der Länder zu TOP „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2018, S. 24; Aufschlüsselung der Kosten bei Hille, *Das Recht des Getreidehandels*, S. 177.
- 1773 *Offermann/Efken/Ellßel/et al.*, *Ausgewählte Instrumente zum Risikomanagement in der Landwirtschaft (Thünen Working Paper 72)*, April 2017, S. 11.
- 1774 Stand: 21.9.2021, Version 0051a.

Variation-Margin, die die tägliche Glattstellung der Wertveränderungen absichert.¹⁷⁷⁵ Pro 100.000 kg abgesicherter Milch entstehen so Kosten in Höhe von mindestens rund 10.000 Euro.¹⁷⁷⁶ Für das oben angeführte Betriebsbeispiel mit 150 Kühen bedeutet die monatliche Absicherung über ein Butter- und zwei Magermilchkontrakte eine Sicherheitsleistung von mindestens ca. 120.000 Euro jährlich, die entweder als Rücklage im Betrieb vorhanden sein oder über einen Kredit finanziert werden müssen. In der Praxis wird das Instrument daher kaum in Anspruch genommen.¹⁷⁷⁷

Den genannten strukturellen Problemen begegnet das Agrarrecht mit einer Vielzahl von öffentlichen Risikovorsorgemaßnahmen. Hierzu zählen insbesondere die kartellrechtliche Freistellung und Bezuschussung von Erzeugerorganisationen¹⁷⁷⁸, die Regulierung der Vertragsverhältnisse (Art. 148 GMO-VO)¹⁷⁷⁹ und die Nutzung des Sicherheitsnetzes der GMO-VO¹⁷⁸⁰. Letztere sind mit Blick auf den Vorrang privatwirtschaftlicher Risikomanagementinstrumente grundsätzlich zu reduzieren. Hinsichtlich der Regulierung der Vertragsverhältnisse nach Art. 148 GMO-VO ist zu betonen, dass dieser unter Abs. 2 lit. c) iii) lediglich das Vorhandensein von Kündigungsklauseln vorsieht, jedoch keine Aussagen zu ihrer Länge trifft. Mit Blick auf die nachträgliche Preisfestsetzung ist Art. 148 GMO-VO letztlich ebenfalls zu unspezifisch. Nach Abs. 2 lit. c) i) muss zwar eine Regelung über den Preis der gelieferten Milch getroffen werden, aber die nachträgliche Festsetzung ist nicht verboten. Hieran ändert auch Abs. 2 lit. c) iv) nichts, der Angaben zu Zahlungsperioden und -verfahren vorschreibt. Die in Deutschland hauptsächlich vorzufindenden genossenschaftlichen Milchlieferbeziehungen werden in der Weise erfasst, als dass die Satzung die vor-

1775 DLG (Hrsg.), Merkblatt 411: Milchpreisabsicherung an der Warenterminbörse, Dezember 2015, S. 14.

1776 *Ebd.*

1777 Vgl. „Fuchtel: Milchbranche muss Terminbörse stärker nutzen“, *Agra-Europe* 22/2019, Länderberichte, S. 5. 12 Futures, vgl. „EEX setzt mehr Agrarfutures um“, *Agra-Europe* 32/2019, Markt+Meinung S. 12. Umsatz ging um 13 % auf 20 Kontrakte zurück, vgl. „Handel mit EEX-Agrarfutures insgesamt rückläufig“, *Agra-Europe* 4/2020, Markt+Meinung S. 8.

1778 Ausführlich hierzu Teil II § 4 B. I. 2. a) bb).

1779 Diese gehen zurück auf das sog. „Milchpaket“ 2012, vgl. VO (EU) Nr. 261/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14.3.2012 zur Änderung der VO (EG) Nr. 1234/2007 des Rates im Hinblick auf Vertragsbeziehungen im Sektor Milch und Milcherzeugnisse (ABl. L 94/38 v. 30.3.2012).

1780 Vgl. z. B. EU-Milchmengenverringersprogramm Delegierte VO (EU) Nr. 2016/1612 der Kommission v. 8.9.2016 zur Gewährung einer Beihilfe zur Verringerung der Milcherzeugung (ABl. L242/4 v. 9.9.2016).

gesehenen Regelungen enthalten muss, mit denen eine ähnliche Wirkung erzielt wird (Abs. 3). Hinsichtlich der aufgezeigten Markttransparenz sowie der Unattraktivität der privatwirtschaftlichen Preisabsicherung an der Warenterminbörse sind keine Maßnahmen im Agrarrecht zu finden. Insgesamt zeigen sich damit Marktversagenstendenzen in Bezug auf das privatwirtschaftliche Risikomanagement (Angebotssteuerung, Preisabsicherung und Preisbildungsmechanismus). Diesbezüglich lassen sich Defizite im Rahmen der öffentlichen Maßnahmen zur Behebung dieser Probleme feststellen.

d) Privatwirtschaftliche Möglichkeiten klimaschützender Maßnahmen sowie klimawandelangepasster Produktion

In tatsächlicher Hinsicht ist es am effektivsten, die Ursachen der systemischen Risikofaktoren zu bekämpfen oder sich ihnen anzupassen. Dies gilt vor allem bei dem potenzierenden Faktor des systemischen Risikofaktors „Wetter und Witterung“, dem Klimawandel. Zum einen ist zu untersuchen, ob wirksame und hinlängliche Möglichkeiten klimaschützender Maßnahmen existieren ((1)), und zum anderen, ob wirksame und hinlängliche Möglichkeiten der klimawandelangepassten Produktion bestehen ((2)). Hinsichtlich der Klimawandelanpassung leitet der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24.3.2021 aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG eine Pflicht zur Vornahme (ergänzender) Anpassungsmaßnahmen ab.¹⁷⁸¹

aa) Privatwirtschaftliche Möglichkeiten klimaschützender Maßnahmen

Die Untersuchung der privatwirtschaftlichen Möglichkeiten klimaschützender Maßnahmen soll zum einen der Effizienz des Risikovorsorgeelements „Verhinderung der Realisierung“ auf der Tatsachenebene Rechnung tragen und den Klimaschutz als Risikovorsorge begreifen sowie zum anderen auf die umstrittenen Kosten (gesetzlich vorgeschriebener) klimaschützender Maßnahmen eingehen. Somit umfassen die privatwirtschaftlichen Möglichkeiten klimaschützender Maßnahmen die systemischen Risikofaktoren „Wetter und Witterung“ sowie „rechtliche Rahmenbedingungen“.

1781 BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021, Az. 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20 – Klimabeschluss, Rn. 150, 164.

Wie bereits erläutert, verursacht die landwirtschaftliche Tätigkeit 13,4 % der THG-Emissionen Deutschlands¹⁷⁸² und ist insoweit nach dem Verursacherprinzip materiell mitverantwortlich für den Klimawandel.¹⁷⁸³ Diese Mitverantwortlichkeit ist bei der Bewertung privatwirtschaftlicher Möglichkeiten klimaschützender Maßnahmen einzubeziehen. Zugleich bietet der landwirtschaftliche Boden die Möglichkeit CO₂ zu binden.¹⁷⁸⁴ Besonders effektive klimaschützende Maßnahmen der landwirtschaftlichen Betriebe sind neben dieser natürlichen Möglichkeit der CO₂-Senke die Verbesserung der Stickstoffeffizienz, die Reduktion der Produktion tierischer Produkte sowie die Wiedervernässung der landwirtschaftlich genutzten Moorflächen.¹⁷⁸⁵ Die Umsetzung von Maßnahmen des Klimaschutzes (und andere Produktionsauflagen, die beispielsweise Umwelt- und Tierschutz betreffen) unterliegen oftmals dem Einwand, dass Klimaschutz (und andere höhere Produktionsstandards) als öffentliches Gut preislich nicht auf einem globalen Agrarmarkt honoriert werde.¹⁷⁸⁶ Der vermeintlich höhere Kostenaufwand für die gesetzlich vorgeschriebene oder freiwillige Umsetzung entsprechender Maßnahmen führe zu einem globalen Wettbewerbsnachteil.¹⁷⁸⁷ Dieser Argumentation folgend bestehen aus Kostengründen wenige Möglichkeiten, über den gesetzlichen Mindeststandard hinausgehende privatwirtschaftliche klimaschützende Maßnahmen vorzunehmen.

1782 Daten aus *Grethe/Martinez/Osterburg et al.*, Klimaschutz im Agrar- und Ernährungssystem Deutschlands, Gutachten für die Stiftung Klimaneutralität, 2021, S. 3.

1783 Vgl. Teil IV § 9 A. II. 3. b).

1784 *Schrader*, Bodenschutz, Landwirtschaft und Klimaschutz, NuR 2009, 747 (748); *Martinez*, Klimaschutz durch nachhaltige Landwirtschaft, in: Fang/ders./Qi (Hrsg.), Nachhaltigkeit und Landwirtschaft in China und Deutschland, 101 (102).

1785 Vgl. *Grethe/Martinez/Osterburg et al.*, Klimaschutz im Agrar- und Ernährungssystem Deutschlands, Gutachten für die Stiftung Klimaneutralität, 2021. Daneben ist die „Bioenergie“ zu nennen, vgl. *Martinez*, Klimaschutz durch nachhaltige Landwirtschaft, in: Fang/ders./Qi (Hrsg.), Nachhaltigkeit und Landwirtschaft in China und Deutschland, 101 (102).

1786 Vgl. *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Für eine gemeinwohlorientierte GAP der EU nach 2020, April 2018, S. 26 f.

1787 Vgl. *ebd.*; vgl. Mitteilung der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, „Ernährung und Landwirtschaft der Zukunft“ v. 29.11.2017, COM(2017) 713 final, S. 4: „Zugleich hat der Sektor mit dem Problem geringer Rentabilität zu kämpfen, die unter anderem auf die hohen Produktionsstandards, die hohen Kosten für die Produktionsfaktoren und die Fragmentierung des Primärsektors in der EU zurückzuführen ist.“

Zugleich führe der unstreitig höhere gesetzliche Produktionsstandard¹⁷⁸⁸ zu niedrigen Einkommen,¹⁷⁸⁹ was wiederum die (wirtschaftliche) Existenz der landwirtschaftlichen Betriebe bedrohe. Grundsätzlich handelt es sich beim Klimaschutz um ein nicht marktfähiges öffentliches Gut, sodass der Wert des Klimaschutzes grundsätzlich nicht über den Marktpreis abgegolten wird. Allerdings ist die Studienlage abschließend nicht derart eindeutig, als dass die Höhe und damit das Ausmaß der Einkommenslücke aufgrund der höheren Produktionsstandards feststeht. Insbesondere sind die Kosten für entsprechende Auflagen nicht pauschal zu errechnen.¹⁷⁹⁰ Insoweit lassen sich die privatwirtschaftlichen Möglichkeiten klimaschützender Maßnahmen nicht abschließend bewerten.¹⁷⁹¹

Das Agrarrecht reagiert jedoch zumindest auf das angeführte Argument des erhöhten Kostenaufwandes durch entsprechende finanzwirksame Maßnahmen hinsichtlich privatwirtschaftlicher klimaschützender Maßnahmen. Hierzu zählten in der Förderperiode 2014-2022 vor allem das sog. Greening der ersten Säule¹⁷⁹², wodurch „die dem Klima- und Umweltschutz förderliche[n] Landbewirtschaftungsmethoden unionsweit unterstützt werden“¹⁷⁹³,

1788 *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Für eine gemeinwohlorientierte GAP der EU nach 2020, April 2018, S. 27.

1789 Vgl. *ebd.*; vgl. Mitteilung der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, „Ernährung und Landwirtschaft der Zukunft“ v. 29.11.2017, COM(2017) 713 final, S. 4.

1790 Vgl. *Menghi/de Roest/Demaria et al.*, Assessing farmers' costs of compliance with EU legislation in the fields of environment, animal welfare and food safety, 2011, S. 56 ff., unterteilen die Bewertung der Kosten nach unterschiedlichen Sektoren (Milch, Rindfleisch, Schafsfleisch, Schweinefleisch, Geflügelfleisch, Weizen, Äpfel, Weintrauben) und ermitteln unterschiedliche Ergebnisse innerhalb der einzelnen Sektoren; vgl. auch *Plankl/Weingarten/Nieberg et al.*, Quantifizierung „gesellschaftlich gewünschter, nicht marktgängiger Leistungen“ der Landwirtschaft, Januar 2010, S. 34 ff., die ebenfalls differenzierte Berechnungen (Pflanzenschutzmittel, Düngemittel etc.) anstellen. Kritisch zu den Kostennachteilen durch Auflagen und Standards: *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Für eine gemeinwohlorientierte GAP der EU nach 2020, April 2018, S. 27 f.

1791 S. zum Klimaschutz im Rahmen der Eingriffs- und Ausgleichsdimension, Teil IV § 9 B. IV. 1. c) bb) (2) und cc) (2).

1792 Zur Zwei-Säulen-Struktur der GAP *Härtel*, in: Ruffert (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, § 7 Rn. 126 ff.

1793 Erwägungsgrund 37 der VO (EU) Nr. 1307/2013; vgl. Art. 43 ff. VO (EU) Nr. 1307/2013.

sowie die Agrarumwelt- und Klimamaßnahmen der zweiten Säule, die „dazu beitragen, die zusätzlichen Kosten und Einkommensverluste infolge der eingegangenen Verpflichtungen zu decken“¹⁷⁹⁴. In der Förderperiode 2023-2027 stellen „[d]ie Förderung und Verbesserung von Umwelt- und Klimaschutz und der Beitrag zur Erreichung der umwelt- und klimabezogenen Ziele der Union eine sehr hohe Priorität für die künftige Land- und Forstwirtschaft der Union dar.“¹⁷⁹⁵ Die Förderung des Umwelt- und Klimaschutzes setzen die Mitgliedstaaten in den mit der „GAP 2023“ eingeführten Ökoregelungen der ersten Säule um (Art. 31 GAP-Strategieplan-VO). Dem Klimaschutz¹⁷⁹⁶ zugeordnete Ökoregelungen sind die Beibehaltung einer agroforstlichen Bewirtschaftungsweise auf Ackerland und Dauergrünland¹⁷⁹⁷ (Ökoregelung 3) und die Extensivierung des gesamten Dauergrünlands des Betriebs¹⁷⁹⁸ (Ökoregelung 4). Im Rahmen der zweiten Säule ist das System der Agrarumwelt- und Klimamaßnahmen erhalten geblieben. In der zweiten Säule werden insgesamt vier Interventionen mit verschiedenen Teilinterventionen dem Klimaschutz zugewiesen.¹⁷⁹⁹ Damit ist kein offensichtliches Defizit im Rahmen der Leistungsdimension festzustellen, sondern vielmehr auf die defizitäre Berücksichtigung des Klimaschutzes in der Ausgestaltung des Agrarrechts zu verweisen, die in Abschnitt IV. festzustellen ist. Der erforderliche Transformationsprozess unterliegt dabei dem Erfordernis der planungssicheren Ausgestaltung.¹⁸⁰⁰

1794 Erwägungsgrund 22 ELER-VO; Art. 28 ELER-VO.

1795 Erwägungsgrund 30 GAP-Strategieplan-VO.

1796 Der Klimaanpassung zugeordnet ist der Anbau vielfältiger Kulturen mit mindestens fünf Hauptfruchtarten im Ackerbau einschließlich des Anbaus von Leguminosen mit einem Mindestanteil von 10 % (Ökoregelung 2), DZ-0402, GAP-Strategieplan für die Bundesrepublik Deutschland, Version 2.0, S. 433 ff.

1797 DZ-0403, GAP-Strategieplan für die Bundesrepublik Deutschland, Version 2.0, S. 437 ff.

1798 DZ-0403, GAP-Strategieplan für die Bundesrepublik Deutschland, Version 2.0, S. 442 ff.

1799 EL-0101 (Bewirtschaftungsverpflichtungen zur Verbesserung des Klimaschutzes), EL-0102 (Bewirtschaftungsverpflichtungen zur Verbesserung der Wasserqualität), EL-0103 (Bewirtschaftungsverpflichtungen zur Verbesserung des Bodenschutzes), EL-0105 (Bewirtschaftungsverpflichtungen zur Verbesserung der Biodiversität), vgl. GAP-Strategieplan für die Bundesrepublik Deutschland, Version 2.0, S. 276 f.

1800 Vgl. Teil IV § 9 IV. 1. c) cc) (2).

bb) Privatwirtschaftliche Möglichkeiten klimawandelangepasster Produktion

Für die klimawandelangepasste Produktion sind insbesondere zwei Punkte relevant: Die Verwendung klimaangepasster Sorten und das Wassermanagement auf landwirtschaftlichen Flächen.¹⁸⁰¹

Klimaangepasste Sorten sind Sorten, die effizient mit den Ressourcen Wasser und Nährstoffen umgehen, mithin ressourceneffiziente Sorten.¹⁸⁰² Die Verwendung solcher ressourceneffizienter Sorten stellt ein klassisches innerbetriebliches Risikomanagementinstrument der landwirtschaftlichen Betriebe dar.¹⁸⁰³ Dies setzt jedoch zunächst ein entsprechendes Sortenangebot voraus.¹⁸⁰⁴ Der Entwicklung ressourceneffizienter Sorten geht eine züchterische und genetische Anpassung der Kulturpflanzen voraus,¹⁸⁰⁵ wobei ein Züchtungsprozess durchschnittlich 10-20 Jahre dauert.¹⁸⁰⁶ Es existieren unterschiedliche Ansätze, den Züchtungsprozess zu verbessern und zu fördern.¹⁸⁰⁷ Ein etwaiges Marktversagen dieser Märkte betrifft die landwirtschaftlichen Betriebe nur mittelbar, sodass diesbezüglich kein Defizit dieses privatwirtschaftlichen Risikomanagementinstruments vorliegt.

1801 Vgl. auch *Heidecke/Frühauf/Krengel-Horney/Söder*, Klimafolgen und Klimaanpassungsoptionen in der Landwirtschaft in Deutschland, KAB 2021, 13 (16 f.). Daneben kann bspw. auch die Berücksichtigung von Hitze beim Bau von Tierhaltungsanlagen relevant sein, vgl. Bericht des BMEL und der Länder zu TOP „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2018, S. 15 f.; *BMEL*, Agenda: Anpassung von Land- und Forstwirtschaft sowie Fischerei und Aquakultur an den Klimawandel, 28.3.2019, S. 21 f.

1802 *BMEL*, Agenda: Anpassung von Land- und Forstwirtschaft sowie Fischerei und Aquakultur an den Klimawandel, 28.3.2019, S. 11.

1803 *Mußhoff/Hirschauer*, Modernes Agrarmanagement, S. 355.

1804 S. zum Spannungsverhältnis von Sortenschutz- und Patentrecht und Nachbau *Martinez*, Sortenschutz und Patentrecht in der Landwirtschaft, in: Fang/ders. (Hrsg.), *Landwirtschaft in einer modernen Gesellschaft*, 229 (242 f.).

1805 Vgl. *BMEL*, Agenda: Anpassung von Land- und Forstwirtschaft sowie Fischerei und Aquakultur an den Klimawandel, 28.3.2019, S. 11.

1806 *Zukunftskommission Landwirtschaft*, *Zukunft Landwirtschaft – Eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe*, August 2021, S. 113.

1807 Vgl. *Zukunftskommission Landwirtschaft*, *Zukunft Landwirtschaft – Eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe*, August 2021, S. 113 f. nennt z. B. die Förderung von Data-Science-Forschung und künstlicher Intelligenz, die Stärkung von „Systemen, die die Konservierung, Charakterisierung und Nutzung von pflanzengenetischen Ressourcen für die Weiterzüchtung gewährleisten“ oder die Unterstützung von Innovation bei wenig nachgefragter Kulturarten. Letzteres sieht auch *BMEL*, Agenda: Anpassung von Land- und Forstwirtschaft sowie Fischerei und Aquakultur an den Klimawandel, 28.3.2019, S. 12, vor.

Das Wassermanagement auf landwirtschaftlichen Flächen¹⁸⁰⁸ ist ein wesentlicher Teil privatwirtschaftlichen Risikomanagements im Umgang mit den klimawandelbedingten Extremwetterereignissen, die häufig zu viel oder zu wenig Niederschlag mit sich bringen.¹⁸⁰⁹ Wassermanagement umfasst die Be- und Entwässerung sowie die Wasserhaltung auf landwirtschaftlicher Fläche.¹⁸¹⁰ Grundsätzlich unterliegt die Benutzung (§ 9 WHG) eines Gewässers für Maßnahmen des Wassermanagements auf den landwirtschaftlichen Flächen einem repressiven Verbot mit Befreiungsvorbehalt¹⁸¹¹ (§ 8 WHG), das im sog. Bewirtschaftungsermessen (§ 12 Abs. 2 WHG) der zuständigen Behörde liegt. Hierbei ist jedoch das Eigentumsrecht aus Art. 14 GG¹⁸¹² zu beachten: der Bestand des betroffenen (landwirtschaftlichen) Betriebs darf durch die Versagung nicht in Frage gestellt werden.¹⁸¹³ Einzig keiner Erlaubnis bedürfen Entnahmen von Grundwasser für den landwirtschaftlichen Hofbetrieb, für das Tränken von Vieh außerhalb des Hofbetriebs sowie das Zutagefördern, Zutageleiten oder Ableiten von Grundwasser für Zwecke der gewöhnlichen Bodenentwässerung landwirtschaftlich genutzter Grundstücke (§ 46 Abs. 1 WHG). Somit unterliegen die allermeisten Wassermanagementmaßnahmen dem repressiven Verbot mit Befreiungsvorbehalt, sodass für die privatwirtschaftlichen Möglichkeiten zur klimawandelangepassten Produktion in Bezug auf das Wassermanagement rechtliche „Hürden“ bestehen. Vor allem im Hinblick auf die Bewässerung der landwirtschaftlichen Flächen und der Wasserhaltung in landwirtschaftlichen Flächen sind mit steigender Frequenz und Dauer der Trockenheitsperioden Nutzungskonflikte um Wasservorräte zu erwarten.¹⁸¹⁴ Das Agrarrecht reagiert mit der finanzwirksamen Maßnahme der Investitionsförderung von wassersparenden Bewässerungsanlagen, die insbesondere in der Förderperiode 2023-2027 durch eine eigenständige Rege-

1808 Zur Beeinflussung des gesamten Wasserhaushaltes durch die Landwirtschaftliche Tätigkeit s. Teil IV § 9 B. IV. 1. c) bb) (3).

1809 *Gömann/Bender/Bolte et al.*, Agrarrelevante Extremwetterlagen und Möglichkeiten von Risikomanagementsystemen (Thünen Report 30), Juni 2015, S. 5, 91 ff.

1810 Vgl. einzelne Maßnahmen *ebd.*

1811 *Pape*, in: Landmann/Rohmer (Begr.), Umweltrecht, § 12 WHG Rn. 47.

1812 Insoweit liegt hier individualisierter Schutz vor, auf den es im Rest der Bearbeitung nicht ankommt.

1813 *BVerwG*, Urt. v. 1.12.1982, Az. 7 C III/81 (= NVwZ 1983, 151 (152)); *Pape*, in: Landmann/Rohmer (Begr.), Umweltrecht, § 12 WHG Rn. 54.

1814 *Bundesregierung*, Zweiter Fortschrittsbericht zur Deutschen Anpassungsstrategie an den Klimawandel, 2020, S. 53; *Zukunftskommission Landwirtschaft*, Zukunft Landwirtschaft – Eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe, August 2021, S. 41.

lung in Art. 74 GAP-Strategieplan-VO gestärkt wurde.¹⁸¹⁵ Diese ermöglicht die Bewässerung zwar in finanzieller Hinsicht und trägt damit zur Verhinderung der Realisierung des systemischen Risikofaktors „Wetter und Witterung“ bei. Allerdings ist auch für diese zunächst eine Erlaubnis erforderlich, sodass zumindest im Hinblick auf die zu erwartenden Nutzungskonflikte ein regulatives Defizit in der Weise festzustellen ist, dass keine Regelungen zur Klärung derselben existieren¹⁸¹⁶. Einen abschwächenden Effekt auf die Wassernutzungskonflikte besitzt die Verordnung (EU) Nr. 2020/741¹⁸¹⁷, mit der die Wiederverwendung von behandeltem Abwasser unter anderem für die landwirtschaftliche Bewässerung verbessert werden soll.

3. Zusammenfassung der Anforderungen an die gesetzgeberische Ausgestaltung im Rahmen der Leistungsdimension und zusammenfassende Bewertung ihrer Umsetzung

Zusammenfassend kann nach der bewertenden Untersuchung der Anforderungen an die gesetzgeberische Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge im Rahmen der Leistungsdimension zweierlei als Ergebnis festgehalten werden:

Erstens (zu 1.): Durch die Konkretisierung der Tatbestandsvoraussetzungen des Untermaßverbotes ergeben sich als allgemeine Anforderungen der Leistungsdimension die Wirksamkeit, Hinlänglichkeit und Erforderlichkeit öffentlicher Risikovorsorgemaßnahmen zur Erhaltung der dauerhaften und nachhaltigen Funktionsfähigkeit landwirtschaftlicher Produktionsstrukturen in Form leistungsfähiger Betriebe, die die Ernährung sowie den Erhalt der Kulturlandschaft zum Zwecke der Nahrungsmittelerzeugung sicherstellen¹⁸¹⁸. Aufgrund der Ausgestaltung als materiell-verfassungsrechtlicher und materiell-primärrechtlicher Gewährleistungsauftrag liegt die originäre

1815 Vgl. Teil II § 4 B. I. 2. a) dd).

1816 Vgl. zum Folgeproblem, dass die Verwaltungen sehr unterschiedliche Entscheidungskriterien anlegen Verbändeanhörung im Bericht des BMEL und der Länder zu TOP „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2018, S. 60.

1817 VO (EU) Nr. 2020/741 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.5.2020 über die Mindestanforderungen an die Wasserwiederverwendung (ABl. L177/32 v. 5.6.2020).

1818 Vgl. zu den geschützten landwirtschaftlichen Produktionsstrukturen in Form leistungsfähiger Betriebe Teil III § 6 B. I. 3. d).

Wahrnehmung in der Hand der landwirtschaftlichen Betriebe, sodass es in erster Linie auf ihre Möglichkeiten ankommt, sich selbst und mithin die landwirtschaftlichen Produktionsstrukturen zu erhalten. Insoweit kann sich auch ein privatwirtschaftliches Risikomanagement als wirksam und hinlänglich darstellen. Hieraus und aus der Erforderlichkeit ergibt sich ein Vorrang des privatwirtschaftlichen Risikomanagements. Erst wenn die landwirtschaftlichen Betriebe die systemischen Risikofaktoren in strukturgefährdender Weise nicht mehr selbst bewältigen können (Marktversagen) und damit eine Sachlage entsteht, die bei ungehindertem Fortlauf der Dinge zum Verlust der landwirtschaftlichen Produktionsstrukturen führt, ist das Untermaß unterschritten und öffentliches Handeln verpflichtend. Aufgrund der Aktivierung des Vorsorgeprinzips ist auch in Situationen der Ungewissheit der Eintritt einer solchen Sachlage zu verhindern. Die strukturgefährdende Weise ist hierbei eine sehr einzelfallabhängige Größe, sodass nicht jedes Anzeichen für Marktversagen in Bezug auf ein einzelnes privatwirtschaftliches Risikomanagementinstrument eine Handlungsverpflichtung begründet. Hier sind spezifische Erhebungen für die Feststellung notwendig. Die hier als Vorsorgeziel ausgemachten landwirtschaftlichen Produktionsstrukturen sind daher abstrakt und als juristischer auslegungsbedürftiger Begriff zu verstehen. Darüber hinaus würde die erste Verpflichtungsstufe entsprechend dem Aufgabenwahrnehmungsmodus „Gewährleistungsverantwortung“ zunächst eine „Hilfe zur Selbsthilfe“, beispielsweise in Form von Marktstruktur- oder Regulierungsverwaltung oder der Schaffung rechtlicher Rahmenbedingungen, bedeuten. Der rechtsstaatliche Abwägungsprozess im Rahmen der Leistungsdimension wird darüber hinaus durch das Verursacherprinzip beeinflusst. Zugleich ist stets der hohe Rang der Erhaltung einer dauerhaften und nachhaltigen Funktionsfähigkeit landwirtschaftlicher Produktionsstrukturen in Form von leistungsfähigen Betrieben aufgrund der Tatsache, dass sie mittelbar elementare Freiheitsvoraussetzungen (Nahrung) sichern, sowie die (zumindest zeitweise) Irreversibilität des Flächenausfalls in den Abwägungsprozess einzubeziehen.¹⁸¹⁹ Da die Leistungsdimension nicht nur den Bereich der Untermaßgrenze umfasst, sondern vielmehr bis zur Übermaßgrenze und der Grenze des optimalen Ausgleichs mit gleichrangigen Rechtsgütern reicht (vgl. das Bild des Korridors¹⁸²⁰), besitzt die ebenfalls vorgenommene Bewertung des Sta-

1819 Vgl. Teil III § 6 B. II. 3.

1820 Calliess, Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbotes als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten, in: Grote/Härtel/Hain et al. (Hrsg.), FS Starck, 201

tus Quo der öffentlichen Risikovorsorge und im Vorhinein des privatwirtschaftlichen Risikomanagements einen Mehrwert.

Zweitens (zu 2.): Die aufgrund dessen vorgenommene Bewertung privatwirtschaftlicher Risikomanagementinstrumente und dazugehöriger öffentlicher Risikovorsorgemaßnahmen hat ergeben, dass vereinzelt Defizite festzustellen sind. Im Rahmen der Untersuchung der strukturellen Markttransparenz zeigt sich ein auf Informationsasymmetrie begründetes Marktversagen, auf das das Agrarrecht durch Verbesserung der Marktposition und Marktinformationsberichterstattung reagiert. Das wichtige privatwirtschaftliche Risikomanagementinstrument der Absicherung weist insbesondere im Hinblick auf das privatwirtschaftliche Versicherungsangebot aus Gründen der adversen Selektion ein Marktversagen auf. Öffentliche Unterstützungsmaßnahmen zeigen keinen ausreichenden Effekt, den Mangel an Versicherungsangeboten zu beheben. Im Sektor Milch zeigt sich tendenziell ein Marktversagen in den dort vorzufindenden Strukturen. Dies betrifft insbesondere privatwirtschaftliche Risikomanagementinstrumente der Angebotssteuerung und der Preisabsicherung sowie den Umgang mit den strukturellen Problemen des Preisbildungsmechanismus und der Markttransparenz. Im Rahmen der öffentlichen Risikovorsorge sind diesbezügliche Defizite festzustellen. Hinsichtlich der privatwirtschaftlichen Möglichkeiten klimaschützender Maßnahmen lässt sich die Situation, insbesondere der finanzielle Kostenaufwand, nicht abschließend bewerten. Es bestehen dennoch aufgrund der Annahme des hohen Kostenaufwandes finanzwirksame Maßnahmen zur Unterstützung klimaschützender Maßnahmen. Es sei an dieser Stelle die defizitäre Berücksichtigung des Klimaschutzes in der Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge vorweggenommen.¹⁸²¹ Im Hinblick auf die zu erwartenden Wassernutzungskonflikte besteht ein regulatives Defizit in der Weise, dass keine Regelungen zur Klärung derselben existieren. Die ausgemachten Defizite stellen die Grundlage der in § 10 formulierten Verbesserungsvorschläge dar.

In einem multipolaren Verfassungsrechtsverhältnis ist des Weiteren zwingend erforderlich, auf die dem Untermaßverbot ebenfalls innewohnen-

(216 m. w. N.). Ähnlich *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 219; *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie, S. 14. Ausführlich Teil IV § 9 B. II. 1. b) bb) (2).

1821 Hierzu und zum notwendigen Transformationsprozess sogleich unter Teil IV § 9 B. IV. 1. c) bb) (2).

de Abwägungskomponente¹⁸²² zurückzukommen, die lediglich aus Gründen der Übersichtlichkeit im folgenden Abschnitt IV. erörtert wird.

IV. Konkretisierung und bewertende Untersuchung der Anforderungen an die gesetzgeberische Ausgestaltung im Rahmen der Eingriffs- und Ausgleichsdimension

Im Unterschied zur soeben erörterten Leistungsdimension richten sich die Anforderungen an die gesetzgeberische Ausgestaltung der öffentlichen Risikoversorge im Rahmen der Eingriffs- und Ausgleichsdimension nach dem Übermaßverbot¹⁸²³ und der praktischen Konkordanz¹⁸²⁴. Mithin geht es um die Frage, wie weit die öffentliche Risikoversorge in der Landwirtschaft reichen darf, um den verfassungs- und unionsrechtlichen Auftrag zur öffentlichen Risikoversorge wahrzunehmen. Insbesondere kommt es darauf an, dass die unter Abschnitt I. 2. aufgezeigten typischerweise entgegenstehenden gleichrangigen Rechtsgüter nicht übermäßig durch Maßnahmen der öffentlichen Risikoversorge beeinträchtigt werden und ein optimaler Ausgleich zwischen dem verfassungs- und unionsrechtlichen Auftrag zur öffentlichen Risikoversorge und den entgegenstehenden gleichrangigen Rechtsgütern und Aufträgen gefunden wird. Im Folgenden sind daher wie im Rahmen der Leistungsdimension zunächst die Anforderungen zu konkretisieren (1.) und sodann deren Umsetzung im Status Quo der öffentlichen Risikoversorge zu bewerten (2.). Der Abschnitt schließt mit einer Zusammenfassung (3.).

1. Konkretisierung der Anforderungen an die gesetzgeberische Ausgestaltung im Rahmen der Eingriffs- und Ausgleichsdimension anhand des Übermaßverbotes und der praktischen Konkordanz

Die Konkretisierung der Anforderungen an die gesetzgeberische Ausgestaltung der öffentlichen Risikoversorge im Rahmen der Eingriffs- und Aus-

1822 Vgl. statt vieler *Stern*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdStR IX, § 185 Rn. 92 mit Verweis auf *BVerfG*, Beschl. v. 8.8.1978, Az. 2 BvL 8/77 – Kalkar I (= BVerfGE 49, 89 (137)); *BVerfG*, Urt. v. 28.5.1993, Az. 2 BvF 2/90 – Schwangerschaftsabbruch II (= BVerfGE 88, 203 (269)).

1823 Vgl. Teil IV § 9 B. II. 1. a) sowie 2. b).

1824 Vgl. Teil IV § 9 B. II. 1. c) sowie 2. d).

gleichsdimension anhand des Übermaßverbotes und der praktischen Konkordanz richtet sich auch¹⁸²⁵ hier nach der Ausgestaltung der Tatbestandsmerkmale im Lichte der Besonderheiten der öffentlichen Risikoversorge in der Landwirtschaft. Wie bereits dargestellt, modifiziert das Prinzip der praktischen Konkordanz die Angemessenheitsprüfung.¹⁸²⁶ In diesem Sinne erfolgt die Konkretisierung der Anforderungen vornehmlich durch den optimalen Ausgleich der ermittelten Abwägungsgewichte (c) cc).

a) Legitimer Zweck und Geeignetheit

Im Rahmen der Untermaßbewertung wurden diese ersten Tatbestandsvoraussetzungen des legitimen Zwecks und der Geeignetheit bereits konkretisiert.¹⁸²⁷ Der legitime Zweck der öffentlichen Risikoversorgemaßnahmen ist die Wahrnehmung des verfassungs- und unionsrechtlichen Auftrags zur öffentlichen Risikoversorge in der Landwirtschaft. Die jeweilige Maßnahme der öffentlichen Risikoversorge muss die Wahrnehmung zumindest fördern. Ihre Geeignetheit ist nicht aufgrund der inhärenten Ungewissheit auszuschließen.¹⁸²⁸

b) Erforderlichkeit

Der zweite Prüfungspunkt des Übermaßverbotes ist die Erforderlichkeit der öffentlichen Risikoversorgemaßnahme in der Landwirtschaft. Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung werden die durch die öffentliche Risikoversorge beeinträchtigten Rechtsgüter einbezogen und untersucht, ob gleich geeignete¹⁸²⁹, aber weniger beeinträchtigende Alternativen öffentli-

1825 Vgl. bereits in der Leistungsdimension Teil IV § 9 B. III. 1. b).

1826 Vgl. Teil IV § 9 B. II. 1. c) sowie 2. d).

1827 Vgl. Teil IV § 9 B. III. 1. b). Vgl. darüber hinaus zur „Zweckidentität“ von Übermaß- und Untermaßverbot *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 84, und *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, S. 515.

1828 *Wahl/Appel*, Prävention und Vorsorge: von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung, in: *Wahl* (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1 (55); s. auch *Poscher*, in: *Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz* (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 3 Rn 62, der die „prognostischen Unsicherheiten“ insbesondere der Geeignetheitsprüfung des Gesetzgebers zuschreibt.

1829 Vgl. zum Untermaßverbot in der Leistungsdimension: „gleich wirksame“, Teil IV § 9 B. III. 1. b).

chen Handelns zur Verfügung stehen.¹⁸³⁰ Insoweit bezieht sich dieser Prüfungsschritt auf tatsächliche Umstände, wohingegen in der folgenden Angemessenheitsprüfung (c) auf die rechtlichen Umstände abgestellt wird.¹⁸³¹ In klassischen (Eingriffs-) Konstellationen des öffentlichen Handelns stehen in diesem Prüfungspunkt vorwiegend die Grundrechte der Maßnahmenadressat:innen in Rede. Die in § 4 untersuchten Maßnahmen hingegen privilegieren die Maßnahmenadressat:innen teilweise (z. B. finanzwirksame Maßnahmen), sodass es im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung öffentlicher Risikovorsorgemaßnahmen in der Landwirtschaft vor allem auf Beeinträchtigungen von Gemeinwohlgütern und Rechtsgütern Dritter ankommt. Die Untersuchung rein hypothetischer Alternativmaßnahmen sprengt aufgrund der Uferlosigkeit den vorliegenden allgemeinen und auf einzelne Beispiele bezogenen Rahmen. Allgemein lässt sich hier jedoch anführen, dass hinsichtlich des alternativen milderen Mittels zu beachten ist, dass dieses nicht zugleich „höhere Belastungen der staatlichen Ressourcen“ bedeuten darf.¹⁸³²

c) Angemessenheit unter Berücksichtigung praktischer Konkordanz:
Optimaler Ausgleich zu gleichrangigen Verfassungswerten

Kern des rechtsstaatlichen Abwägungsprozesses ist damit die Angemessenheitsprüfung des Übermaßverbotes, in der zum einen der Zweck in Relation zum Mittel und der damit einhergehenden Beeinträchtigung eines anderen Rechtsguts gesetzt wird¹⁸³³ und zum anderen – bei Vorliegen gleichrangiger Rechtsgüter – ein optimaler Ausgleich im Sinne der prakti-

1830 Statt vieler *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 20 (VII. Rechtsstaat) Rn 115.

1831 *Klatt/Meister*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JuS 2014, 193 (194); *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, S. 168.

1832 *Poscher*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 3 Rn 63. *BVerfG*, Beschl. v. 6.10.1987, Az. 1 BvR 1086, 1468, 1623/82 (= BVerfGE 77, 84 (110 f.)); *BVerfG*, Beschl. v. 14.11.1989, Az. 1 BvL 14/85, 1 BvR 1276/84 (= BVerfGE 81, 70 (91 f.)). Ausführlich dazu *Wischmeyer*, Die Kosten der Freiheit, S. 54 ff. A. A. *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 20 (VII. Rechtsstaat) Rn 116, der auf die Ungenauigkeit der Argumentation verweist und anführt, dass in diesen Fällen ebenfalls die „Folgen für andere Rechtsgüter gegebenenfalls nicht milder [sind] im Sinne einer geringeren Beeinträchtigung geschützter Rechtsgüter“.

1833 Statt vieler *Michaelis*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JA 2021, 573 (577).

schen Konkordanz zwischen geschütztem und beeinträchtigtem Rechtsgut geschaffen wird.¹⁸³⁴ Teilweise erfährt dieser Abwägungsprozess Kritik, weil er zu stark von subjektiven Prägungen abhängig ist und generell keiner rationalen Methode folgt.¹⁸³⁵ Der Abwägungslehre *Alexys*¹⁸³⁶ folgend wird in der nachfolgenden Untersuchung der Rationalität durch Einteilung der Abwägung in drei Prüfungsschritte Rechnung getragen: Erstens ist der konkret verfolgte Zweck zu gewichten, zweitens die konkrete Eingriffsintensität und drittens ist danach zu fragen, ob das Gewicht des verfolgten Zwecks im konkreten Fall das Gewicht der Eingriffsintensität überwiegt.¹⁸³⁷ Hierbei empfiehlt sich allgemein eine Orientierung an folgenden Punkten: Ranghöhe und Art der abzuwägenden Rechtsgüter, Bedrohungsintensität und mögliche gesteigerte Dynamik, Kernbereichsschutz, Erhalt der Funktionsfähigkeit der abzuwägenden Rechtsgüter (im Umkehrschluss Irreversibilität), evidente Einseitigkeit sowie die Bedrohungsquelle der öffentlichen Risikovorsorgemaßnahme (Verursacherprinzip).¹⁸³⁸ Aufgrund der bereits festgestellten Gleichrangigkeit (Abschnitt I.) ist der optimale Ausgleich¹⁸³⁹ zwischen den Rechtsgütern und Aufträgen zu suchen.

Im Folgenden wird daher zunächst das Gewicht des mit den öffentlichen Risikovorsorgemaßnahmen verfolgten Zwecks bestimmt (aa)). Hierbei fließen Überlegungen ein, die bereits im Rahmen der Aktivierung des Vorsorgeprinzips im Bereich der Landwirtschaft sowie im Rahmen der

1834 S. zum Verhältnis von Angemessenheit und praktischer Konkordanz oben Teil IV § 9 B. II. 1. c) sowie 2. d).

1835 *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, S. 114, 151 f., 211; *Klatt/Meister*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JuS 2014, 193 (194, 198 f.), der drei Problemfelder der Abwägung bespricht, aber entkräftet: Vorrangproblem, Objektivitätsproblem „Äpfel-und-Birnen-Problem“. Sowie die rechtswissenschaftliche Kritik zusammenfassend *Klatt/Meister*, Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip, Der Staat 51 (2012), 159 (161 f.).

1836 „Abwägungsgesetz“ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 146 ff.

1837 *Alexy* folgend *Klatt/Meister*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JuS 2014, 193 (196).

1838 *BVerfG*, Beschl. v. 24.3.2021, Az. 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20 – Klimabeschluss, Rn. 229. Vgl. *Canaris*, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip, JuS 1989, 161 (163); *Wahl/Appel*, Prävention und Vorsorge: von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung, in: Wahl (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1 (36); zum Verursacherprinzip und Vermeidung von Einseitigkeit als Abwägungsregel: *Ekarde*, Umweltverfassung und „Schutzpflichten“, NVwZ 2013, 1105 (1109 f.). S. bereits Teil III § 6 A. III. 2. c) sowie Teil IV § 9 B. II. 3.

1839 *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik, § 2 Rn. 72; *Grabitz*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des BVerfG, AöR 98 (1973), 568 (576).

Konkretisierung und bewertenden Untersuchung der Leistungsdimension entworfen worden sind. In einem zweiten Schritt sind die jeweiligen Abwägungsgewichte der unter Abschnitt I. herausgearbeiteten typischerweise in Ausgleich zu bringenden Rechtsgüter und Aufträge des gleichen Rangs zu bemessen (bb)). Dies erfolgt insbesondere vor dem Hintergrund der externen Effekte der landwirtschaftlichen Tätigkeit. Im Grunde stellt die Gewichtung auch eine Untersuchung der Abwägungs- und Berücksichtigungsdefizite im sonstigen Agrarrecht dar, da die Erhaltung der leistungsfähigen Betriebe zugleich bedeutet, dass die landwirtschaftliche Tätigkeit in dem gesetzten Rechtsrahmen weitergeführt werden kann. Da eine ausführliche Untersuchung der jeweiligen Berücksichtigungsdefizite den Rahmen der vorliegenden Bearbeitung sprengt, konzentriert sich die Gewichtung auf die wesentlichsten Probleme. Die Bestimmung der Abwägungsgewichte dient der Vorbereitung der Bewertung des optimalen Ausgleichs zwischen dem Zweck der öffentlichen Risikoversorge in der Landwirtschaft – Erhaltung der dauerhaften und nachhaltigen Funktionsfähigkeit landwirtschaftlicher Produktionsstrukturen in Form leistungsfähiger Betriebe, die die Ernährung und den Erhalt der Kulturlandschaft zum Zwecke der Nahrungsmittelerzeugung sicherstellen¹⁸⁴⁰ – und den gleichrangigen Rechtsgütern im Status Quo (2.).

aa) Gewicht des mit den öffentlichen Risikoversorgemaßnahmen verfolgten Zwecks

Wie bereits dargestellt, verfolgen öffentliche Risikoversorgemaßnahmen den legitimen Zweck der Wahrnehmung des verfassungs- und unionsrechtlichen Auftrags zur öffentlichen Risikoversorge in der Landwirtschaft und mithin der Erhaltung der dauerhaften und nachhaltigen Funktionsfähigkeit landwirtschaftlicher Produktionsstrukturen in Form leistungsfähiger Betriebe, die die Ernährung und den Erhalt der Kulturlandschaft zum Zwecke der Nahrungsmittelerzeugung sicherstellen.¹⁸⁴¹ Der zugrunde liegende materiell-verfassungsrechtliche Auftrag der Ernährungssicherstellung besitzt als unabkömmliche Freiheitsvoraussetzung (vgl. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 20 Abs. 1 GG) grundsätzlich einen hohen Rang. Eine Über-

1840 Vgl. zu den geschützten landwirtschaftlichen Produktionsstrukturen in Form leistungsfähiger Betriebe Teil III § 6 B. I. 3. d).

1841 Teil III § 6 B. II. 3.

schussproduktion¹⁸⁴² schmälert hingegen das Abwägungsgewicht. Hinsichtlich der Bedrohungsintensität wurde bereits eine besondere Schadensdimension aufgrund des immensen Schadensausmaßes, einer gesteigerten Dynamik und der Irreversibilität ausgemacht.¹⁸⁴³ Der Ursprung der Bedrohung ist in den in § 3 ausgemachten systemischen Risikofaktoren zu sehen. Das Abwägungsgewicht des Erhalts landwirtschaftlicher Produktionsstrukturen in Form leistungsfähiger Betriebe ist damit als stark zu gewichten.

bb) Gewicht der Eingriffsintensität öffentlicher Risikovorsorgemaßnahmen

Zunächst ist für die Gewichtung der Eingriffsintensität öffentlicher Risikovorsorgemaßnahmen festzustellen, dass die zu untersuchenden Rechtsgüter und Aufträge zumindest insoweit als gleichrangig anzusehen sind, als dass sie derselben Normstufe entspringen (vgl. Abschnitt I.). Eine konkrete Gewichtung unter Einbeziehung der weiteren Merkmale wird im Folgenden rechtsguts- respektive auftragspezifisch vorgenommen.

(1) Grundrechte

Wie bereits dargestellt,¹⁸⁴⁴ sind die Schutzbereiche der Grundrechte der Art. 3 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 12 und Art. 14 GG von Eingriffen¹⁸⁴⁵ durch die Maßnahmen der öffentlichen Risikovorsorge betroffen.¹⁸⁴⁶ Hierbei kann es sich um Grundrechte der Maßnahmenadressat:innen selbst oder um Grundrechte Dritter handeln. Eine pauschale „Rangordnung“ der verschiedenen Grundrechte untereinander schließt sich mit Ausnahme der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) aus, da eine solche durch das Grundgesetz selbst festgelegt sein müsste.¹⁸⁴⁷ Eine Orientierung bieten al-

1842 Vgl. hierzu auch *Czybulka/Fischer-Hüftle/Hampicke/Köck/Martinez*, Ein Landwirtschaftsgesetz für Deutschland im Zeichen von Umweltschutz und Biodiversität, NuR 2021, 227 (230).

1843 Teil III § 6 B. II. 3.

1844 Teil IV § 9 B. II. 2. a).

1845 Zu den Eingriffsbegriffen *J. Ipsen*, Staatsrecht II, § 3 Rn. 143 ff.

1846 Z. B. kann Art. 3 Abs. 1 GG durch die kartellrechtliche Freistellung bestimmter Erzeugerorganisationen, Art. 2 Abs. 1 GG durch die Regulierung von Vertragsinhalten, Art. 12 GG und Art. 14 GG durch seuchenrechtliche Anordnungen betroffen sein.

1847 *Hufen*, Staatsrecht II, § 4 Rn. 6.

lein die Grundrechtsschranken.¹⁸⁴⁸ Die genannten Grundrechte unterliegen alle einem einfachen Gesetzesvorbehalt (Art. 2 Abs. 1, Art. 12 und Art. 14 GG) bzw. einem Rechtfertigungserfordernis (Art. 3 Abs. 1 GG, „Neue Formel“¹⁸⁴⁹). Darüber hinaus ist die Bedrohungsintensität durch Maßnahmen der öffentlichen Risikovorsorge aufgrund der sektoralen Regelungen, einer fehlenden gesteigerten Dynamik und des Mangels an Irreversibilität im vorliegenden Sachzusammenhang weniger intensiv. Das Abwägungsgewicht der Grundrechte ist damit als moderat zu gewichten.

(2) Klimaschutz: Die Notwendigkeit des Transformationsprozesses

Das Abwägungsgewicht des Klimaschutzes als Staatszielbestimmung und Querschnittsziel ist insgesamt als hoch zu bewerten. Dies begründet sich vor allem auf dem voranschreitenden Klimawandel.¹⁸⁵⁰ Insoweit ist hierin eine das Abwägungsgewicht beschwerende gesteigerte Dynamik zu erblicken, die weiter durch sog. „Kippunktprozesse im Klimasystem“¹⁸⁵¹ verstärkt wird. Diesen Kippunktprozessen ist eine Irreversibilität inhärent.¹⁸⁵² Die Bedrohungsintensität der Beeinträchtigung des Schutzgutes Klima durch die öffentliche Risikovorsorge in der Landwirtschaft ist indirekt darin zu sehen, dass durch Maßnahmen der öffentlichen Risikovorsorge die landwirtschaftliche Tätigkeit aufrechterhalten wird. Es kommt

1848 *Ebd.*

1849 Vgl. aus der bundesverfassungsgerichtlichen Rspr. nur *BVerfG*, Beschl. v. 7.10.1980; Az. 1 BvL 50, 89/79, 1 BvR 240/79 (= *BVerfGE* 55, 72 (88)).

1850 *BVerfG*, Beschl. v. 24.3.2021, Az. 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20 – Klimabeschluss, Leitsatz Ia: „Dabei nimmt das relative Gewicht des Klimaschutzgebots in der Abwägung bei fortschreitendem Klimawandel weiter zu.“

1851 *BVerfG*, Beschl. v. 24.3.2021, Az. 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20 – Klimabeschluss, Rn. 21: „Kippelemente sind Teile des Erdsystems, die eine besondere Bedeutung für das globale Klima haben und die sich bei zunehmender Belastung abrupt und oft irreversibel verändern. Beispiele sind die Permafrostböden in Sibirien und Nordamerika, die Eismassen in den polaren Zonen, der Amazonasregenwald und bedeutende Luft- und Meeresströmungssysteme.“

1852 *BVerfG*, Beschl. v. 24.3.2021, Az. 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20 – Klimabeschluss, Rn. 21, 229 sowie Rn. 161: „Vor allem die Instabilität mariner Eisschilde in der Antarktis und irreversible Verluste des Grönland-Eisschildes könnten einen Anstieg des Meeresspiegels um mehrere Meter über einen Zeitraum von hunderten bis tausenden von Jahren zur Folge haben.“ und Rn. 186 f.: „mit jeder CO₂-Emissionsmenge, die heute zugelassen wird, [verkleinert sich] das verfassungsrechtlich vorgezeichnete Restbudget irreversibel.“

daher auf den Beitrag der landwirtschaftlichen Tätigkeit zum Klimawandel an und auch auf klimaschützende Konzepte im gesamten Agrarrecht. Dies entspricht ebenfalls der Folgenorientierung des sog. Risked-Based-Approach¹⁸⁵³, die unter Einbeziehung sozialer, ökonomischer und ökologischer Aspekte zu erfolgen hat.¹⁸⁵⁴ Der Beitrag der landwirtschaftlichen Tätigkeit zum Klimawandel ergibt sich vor allem aus den THG-Emissionen der landwirtschaftlichen Bodenbearbeitung (inkl. Düngung) und der Tierhaltung.¹⁸⁵⁵ Insgesamt emittiert die deutsche Landwirtschaft 13,4 % der gesamten deutschen THG-Emission.¹⁸⁵⁶ Trotz der multikausalen anthropogenen Beschleunigung des Klimawandels ergibt sich hieraus dennoch die Notwendigkeit eines Transformationsprozesses auch in der Landwirtschaft. Diese Annahme wird durch den Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts bekräftigt.¹⁸⁵⁷ Aus diesem ergibt sich, dass der „Übergang zu Klimaneutralität rechtzeitig einzuleiten“ ist und hierfür „frühzeitig transparente Maßgaben für die weitere Ausgestaltung der Treibhausgasreduktion formu-

-
- 1853 Ausführlich hierzu *Appel/Mielke*, Strategien der Risikoregulierung, 37 ff. Der angloamerikanische Risked-Based-Approach-Ansatz zielt „darauf ab, risikoregulierende Maßnahmen anlassadäquat auszuformen und einzusetzen.“ S. zur Übertragbarkeit auf den Vorsorgegrundsatz, a. a. O., S. 153 ff. Die Folgenorientierung ist dem Vorsorgeprinzip in Form der Kosten-Nutzen-Analyse inhärent, vgl. hierzu Teil III § 6 A. III. 2. c).
- 1854 *Appel/Mielke*, Strategien der Risikoregulierung, S. 73 f.; kritisch hierzu *Scherzberg*, Risikomanagement vor der WTO, ZUR 2005, 1 (3).
- 1855 *Grethe/Martinez/Osterburg et al.*, Klimaschutz im Agrar- und Ernährungssystem Deutschlands, Gutachten für die Stiftung Klimaneutralität, 2021, S. 1. Vgl. auch *Feindt/Krämer/Früh-Müller et al.*, Ein neuer Gesellschaftsvertrag für die Landwirtschaft, S. 29 ff.
- 1856 *Ebd.*, S. 2. Allerdings wird der Gesamtanteil steigen. Dies liegt an „diffuse[n] Methan- und Lachgasemissionen aus biologischen Prozessen, die nicht vollständig vermieden werden können.“ (a. a. O., S. 3).
- 1857 *BVerfG*, Beschl. v. 24.3.2021, Az. 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20 – Klimabeschluss, vgl. Rn. 149, 183, 192. Eindringlich beschreibt das BVerfG in Rn. 186, dass „jeder CO₂-Emissionsmenge, die heute zugelassen wird, das verfassungsrechtlich vorgezeichnete Restbudget irreversibel verkleinert und CO₂-relevanter Freiheitsgebrauch stärkeren, verfassungsrechtlich gebotenen Restriktionen ausgesetzt sein wird [...]. Ein schneller Verbrauch des CO₂-Budgets schon bis 2030 verschärft jedoch das Risiko schwerwiegender Freiheitseinbußen [...]. Je kleiner das Restbudget und je höher das Emissionsniveau ist, desto kürzer ist die verbleibende Zeit für die erforderlichen Entwicklungen. Je weniger aber auf solche Entwicklungen zurückgegriffen werden kann, desto empfindlicher werden die Grundrechtsberechtigten von den bei schwindendem CO₂-Budget verfassungsrechtlich immer drängenderen Beschränkungen CO₂-relevanter Verhaltensweisen getroffen.“

liert werden [müssen], die für die erforderlichen Entwicklungs- und Umsetzungsprozesse Orientierung bieten und diesen ein hinreichendes Maß an Entwicklungsdruck und Planungssicherheit vermitteln.¹⁸⁵⁸ Die Notwendigkeit des klimaneutralen Transformationsprozesses der Landwirtschaft ist darüber hinaus aufgrund der Möglichkeiten der landwirtschaftlichen Betriebe, CO₂-Senken zu bilden und erneuerbare Energien herzustellen,¹⁸⁵⁹ besonders stark zu verfolgen. Insgesamt ist das Abwägungsgewicht so stark, dass eine Notwendigkeit eines Transformationsprozesses besteht.

(3) Umweltschutz

Für das Abwägungsgewicht des Umweltschutzes kommt es abermals auf die auf der Beeinträchtigung des Schutzgutes Umwelt beruhenden Bedrohungsintensität der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft an. Die Beeinträchtigung ist in diesem Fall ebenso als indirekt einzustufen, weil die Maßnahmen der öffentlichen Risikovorsorge die landwirtschaftliche Tätigkeit aufrechterhalten werden. Insoweit sind die Beeinträchtigung der Umwelt durch die landwirtschaftliche Tätigkeit und die umweltschützenden Konzepte im gesamten Agrarrecht ausschlaggebend.¹⁸⁶⁰ Die naturgebundene Produktionsweise der Landwirtschaft¹⁸⁶¹ bedingt denklogisch und zwingend die Benutzung der zentralen Umweltmedien Wasser und Boden.¹⁸⁶² Aufgrund dessen stehen Landwirtschaft und Umweltschutz naturbedingt und seit jeher in einem Spannungsverhältnis.¹⁸⁶³ Zwar zeichnet

1858 *BVerfG*, Beschl. v. 24.3.2021, Az. 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20 – Klimabeschluss, Leitsatz 4.

1859 *Grethe/Martinez/Osterburg et al.*, Klimaschutz im Agrar- und Ernährungssystem Deutschlands, Gutachten für die Stiftung Klimaneutralität, 2021, S. 1; *Martinez*, Klimaschutz durch nachhaltige Landwirtschaft, in: Fang/ders./Qi (Hrsg.), Nachhaltigkeit und Landwirtschaft in China und Deutschland, 101 (102 f.).

1860 Vgl. auch hier Folgenorientierung des sog. Risked-Based-Approach, *Appel/Mielke*, Strategien der Risikoregulierung, S. 73 f.

1861 Vgl. hierzu bereits Teil II § 3 B. II.

1862 Vgl. *Tröder*, Bauern braucht das Land!, Vorwort; vgl. *Pitschel*, Die gute fachliche Praxis, S. 493 f.

1863 *Martinez*, Landwirtschaft und Umweltschutz, in: Gesellschaft für Umweltrecht e. V. (Hrsg.), Dokumentation zur 43. wissenschaftlichen Fachtagung der GfU 2019, 99 (100); *Martinez*, Landwirtschaft und Umweltschutz, DVBl. 2020, 1186 (1186); *Pitschel*, Die gute fachliche Praxis, S. 501. Vgl. Kurzdarstellung der negativen Umwelteffekte der Landwirtschaft bei *Feindt/Krämer/Früh-Müller et al.*, Ein neuer Gesellschaftsvertrag für die Landwirtschaft, S. 23 ff.

sich das Spannungsverhältnis grundlegend durch eine Dreiteiligkeit¹⁸⁶⁴ aus. Im Folgenden sollen auf dieser Stufe der Abwägungsgewichtsermittlung nur die negativen externen Effekte auf die Umweltmedien Wasser und Boden betrachtet werden. Mit Blick auf die negativen externen Effekte der landwirtschaftlichen Tätigkeit auf das Umweltmedium Wasser¹⁸⁶⁵ ist die Beeinträchtigung durch Pflanzenschutz- und Düngemiteleinsetz hervorzuheben, die zu schädlichen überhöhten Stickstoffeinträgen in Grundwasser und Oberflächenflächengewässern führen.¹⁸⁶⁶ Hinsichtlich der negativen externen Effekte der landwirtschaftlichen Tätigkeit auf das Umweltmedium Boden stehen Bodenerosion, Bodenverdichtung und wiederum der Pflanzenschutz- und Düngemiteleinsetz im Vordergrund.¹⁸⁶⁷ Darüber hinaus beeinträchtigt die intensive landwirtschaftliche Bodenbewirtschaftung die Artenvielfalt durch den Einsatz von Pestiziden, Pflanzenschutz- und Düngemitteln sowie der Verminderung des Nahrungsmittelangebots.¹⁸⁶⁸ Diese Art der landwirtschaftlichen Tätigkeit, die eine Vielzahl negativer externer Effekte auf die eigene Produktionsgrundlage besitzt, ist historisch gesehen unüblich und vielmehr Folge zweier wesentlicher Intensivierungsschübe der landwirtschaftlichen Produktion in der Mitte des 19. und in der Mitte des 20. Jahrhunderts.¹⁸⁶⁹ Vor allem der Intensivierungsschub nach dem zweiten Weltkrieg war zudem politisch und rechtlich forciert. Vor

1864 Statt vieler *Pitschel*, Die gute fachliche Praxis, S. 488 ff. (Landwirtschaft als Verursacherin von Umweltschäden (negative externe Effekte), Landwirtschaft als Betroffene von Umweltgefahren und Landwirtschaft als Erbringerin von positiven externen Effekten). Vgl. auch *Priebe*, Die subventionierte Naturzerstörung, S. 10, 29 „Naturschützer, ob sie wollen oder nicht.“

1865 *Holzer/Reischauer*, Agrarumweltrecht, S. 157.

1866 *Pitschel*, Die gute fachliche Praxis, S. 497 f.

1867 Ausführlich: *Pitschel*, Die gute fachliche Praxis, S. 499, 749 ff.; *Priebe*, Die subventionierte Naturzerstörung, S. 45 ff.; *Heißenhuber/Haber/Krämer* (i. A. d. *Umweltbundesamtes*), 30 Jahre SRU-Sondergutachten „Umweltprobleme der Landwirtschaft“, April 2015, S. 5; *Kloepfer*, Dimensionen der Umweltagrarpolitik, NuR 2018, 11 (11 f.).

1868 *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina/acadtech/Union der deutschen Akademien der Wissenschaften*, Artenrückgang in der Agrarlandschaft, 2018, S. 4, 9; *Pitschel*, Die gute fachliche Praxis, S. 859 f.; s. auch *Heißenhuber/Haber/Krämer* (i. A. d. *Umweltbundesamtes*), 30 Jahre SRU-Sondergutachten „Umweltprobleme der Landwirtschaft“, April 2015, S. 3; *Gellermann/Fischer-Hüftle*, Artenschutz und landwirtschaftliche Bodennutzung, NuR 2019, 234 (234 ff.).

1869 *Norer*, Lebendiges Agrarrecht, S. 297 f.; vgl. *Martinez*, Landwirtschaft und Umweltschutz, in: Gesellschaft für Umweltrecht e. V. (Hrsg.), Dokumentation zur 43. wissenschaftlichen Fachtagung der GfU 2019, 99 (101); vgl. *Pitschel*, Die gute fachliche Praxis, S. 496. Vgl. zur organischen Entwicklung der Agrarstrukturen: *Priebe*,

dem Hintergrund der mangelhaften Versorgungslange in der Nachkriegszeit wurde die Produktivitätssteigerung im Zielkatalog der Gemeinsamen Agrarpolitik (Art. 39 Abs. 1 lit. a) AEUV) aufgenommen.¹⁸⁷⁰ Es folgten rund vier Jahrzehnte, in denen die Agrarpolitik und das Agrarrecht das „ökonomisch und ökologisch rechte Maß“¹⁸⁷¹ ins Ungleichgewicht brachten, indem marktpolitische Anreize ausschließlich für die Produktivitätssteigerung¹⁸⁷² gesetzt und Subventionen vornehmlich zur Einkommenssicherung gezahlt wurden.¹⁸⁷³ Die Notwendigkeit der Regulierung der landwirtschaftlichen Tätigkeit hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf die Umwelt¹⁸⁷⁴, mithin die Notwendigkeit eines Agrarumweltrechts, wurde erst später erkannt.¹⁸⁷⁵ Seit der *MacSharry*-Reform 1992 wurden immer mehr Ökologisierungsschritte des Agrarrechts unternommen.¹⁸⁷⁶ Gleichzeitig wird die Intensivierung durch internationalen Wettbewerbsdruck weiter vorangetrieben.¹⁸⁷⁷ In einer Gesamtschau wird die rechtliche Ausgestaltung des Spannungsverhältnisses von Landwirtschaft und Umweltschutz trotz der vorgenommenen Verbesserungen in den letzten dreißig Jahren weiterhin als unzureichend bewertet

Die subventionierte Naturzerstörung, S. 12 ff. sowie derselbe, a. a. O., S. 17 ff. zur naturgerechten Wirtschaftsweise.

1870 Vgl. *Priebe*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, Art. 39 AEUV Rn. 8; vgl. *Martinez*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 39 AEUV Rn. 5.

1871 *Priebe*, Die subventionierte Naturzerstörung, S. 36.

1872 Die Fehlanreize des Agrarmarktes liegen allen voran in der Exportorientierung und im niedrigen Preisniveau, dass zum einen durch den Lebensmitteleinzelhandel erzwungen wird (s. zur Marktstellung bereits Teil II § 3 und Teil IV § 9 B. III. 2. a); *Martinez*, Landwirtschaft und Umweltschutz, in: Gesellschaft für Umweltrecht e. V. (Hrsg.), Dokumentation zur 43. wissenschaftlichen Fachtagung der GfU 2019, 99 (101 f.) und zum anderen auch Zielvorgabe der Gemeinsamen Agrarpolitik ist (Art. 39 Abs. 1 e)).

1873 Vgl. *Martinez*, Landwirtschaft und Umweltschutz, in: Gesellschaft für Umweltrecht e. V. (Hrsg.), Dokumentation zur 43. wissenschaftlichen Fachtagung der GfU 2019, 99 (101 f.).

1874 *Pitschel*, Die gute fachliche Praxis, S. 492.

1875 Vgl. zur Entwicklung einer europäischen Agrarumweltpolitik: *Götz*, Umweltschutz und Landwirtschaft, in: Rengeling (Hrsg.), Umweltschutz und andere Politiken der EG, 173 (173 ff.); *Heißenhuber/Haber/Krämer* (i. A. d. *Umweltbundesamtes*), 30 Jahre SRU-Sondergutachten „Umweltprobleme der Landwirtschaft“, April 2015, S. 245 ff.; *Martinez*, Das Greening der Gemeinsamen Agrarpolitik, NuR 2013, 690 (690 ff.); vgl. auch *Czybulka/Fischer-Hüftle/Hampicke/Köck/Martinez*, Ein Landwirtschaftsgesetz für Deutschland im Zeichen von Umweltschutz und Biodiversität, NuR 2021, 227 (231).

1876 Vgl. zur Ökologisierung *Norer*, Lebendiges Agrarrecht, S. 289 ff.

1877 *Kloepfer*, Dimensionen der Umweltagrarpolitik, NuR 2018, II (12).

und eine grundlegende Neuordnung angeraten.¹⁸⁷⁸ Sinnbildlich für die defizitäre Rechtslage steht die Verurteilung Deutschlands¹⁸⁷⁹ im Vertragsverletzungsverfahren aufgrund der unzureichenden Umsetzung der unionalen Nitratrichtlinie^{1880, 1881}. Die negativen externen Effekte der landwirtschaftlichen Tätigkeit auf die Umwelt sind umfassend. Überdies ist vor dem Hintergrund des vorzufindenden rechtlichen Steuerungsdefizits die indirekte Beeinträchtigung der Umwelt durch Maßnahmen der öffentlichen Risikovorsorge als intensiv zu gewichten. Hinzu kommt, dass die Verringerung negativer externer Effekte zugleich dem Eigeninteresse der Landwirtschaft an einer gesunden Umwelt als Produktionsgrundlage dient.¹⁸⁸² Das Abwägungsgewicht des Umweltschutzes ist damit als stark zu gewichten.

(4) Tierschutz

Gleichlaufend zur Gewichtung des Umweltschutzes ist für das Abwägungsgewicht des Tierschutzes die auf der Beeinträchtigung des Schutzgutes Tier beruhende Bedrohungsintensität durch die öffentliche Risikovorsorge in der Landwirtschaft relevant. Die Bedrohungsintensität ist hier in zweierlei

-
- 1878 *Martinez*, Landwirtschaft und Umweltschutz, in: Gesellschaft für Umweltrecht e. V. (Hrsg.), Dokumentation zur 43. wissenschaftlichen Fachtagung der GfU 2019, 99 (124); *Czybulka/Fischer-Hüftele/Hampicke/Köck/Martinez*, Ein Landwirtschaftsgesetz für Deutschland im Zeichen von Umweltschutz und Biodiversität, NuR 2021, 227 (227 ff.); vgl. auch *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Zur effektiven Gestaltung der Agrarumwelt- und Klimaschutzpolitik im Rahmen der Gemeinsamen Agrarpolitik der EU nach 2020, Mai 2019, S. 4 f. Vgl. auch *Kloepfer*, Dimensionen der Umwelta-grarpolitik, NuR 2018, 11 (15 f.), der vor einer „Schutzguterstarrung“ warnt.
- 1879 *EuGH*, Urt. v. 21.6.2018, Rs. C-543/16, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2018:481. Hierzu *Härtel*, Zwischen Grundwasserschutz und effizienter Landwirtschaft, NuR 2019, 289 (289 ff.); *Reinhardt*, Schutz der Gewässer vor Nitrateinträgen aus landwirtschaftlicher Bodennutzung, NuR 2019, 217 (217 ff.).
- 1880 RL 91/676/EWG des Rates v. 12.12.1991 zum Schutz der Gewässer vor Verunreinigung durch Nitrat aus landwirtschaftlichen Quellen (ABl. L 375/1 v. 31.12.1991).
- 1881 Vgl. *Martinez*, Landwirtschaft und Umweltschutz, DVBl. 2020, 1186 (1190).
- 1882 Vgl. *Kloepfer*, Dimensionen der Umwelta-grarpolitik, NuR 2018, 11 (11); *Queisner*, Das Leitbild einer umweltverträglichen Landwirtschaft in den Europäischen Verträgen, AUR 2015, 161 (164); v. *Eickstedt*, Vom Landwirt zum Landschaftspfleger, S. 16. Vgl. auch *Priebe*, Die subventionierte Naturzerstörung, S. 33, der die in der agrarpolitischen Diskussion im Vordergrund stehenden Finanzlasten und Einkommensprobleme nur als „Spitze eines Eisberges“ ansieht und in der Erhaltung des Bodens ein Existenzproblem der Landwirtschaft sieht (S. 47). Vgl. *Pitschel*, Die gute fachliche Praxis, S. 495, speziell für den Boden, S. 748.

Form denkbar. Zum einen wirken tierseuchenrechtliche Maßnahmen der öffentlichen Risikovorsorge direkt und bis hin zur intensivsten Art der Bedrohungsintensität, der Tötung, auf das Tier ein. Diese Maßnahmen dienen jedoch zugleich mit Blick auf noch nicht betroffene Tiere ebenfalls dem Tierschutz, sodass in diesen Fällen das Abwägungsgewicht als moderat zu bewerten ist. Zum anderen finden sich im Rahmen des Tierschutzes indirekte Beeinträchtigungen, durch die Maßnahmen der öffentlichen Risikovorsorge die landwirtschaftliche Tätigkeit aufrechterhalten. Zumindest die tierhaltenden Betriebe (ca. 70 % der Betriebe¹⁸⁸³) arbeiten zwingend mit Tieren und beeinträchtigen in der Folge das Schutzgut Tier.¹⁸⁸⁴ Die Gewichtung dieser zwingenden Beeinträchtigung muss sich dabei ebenfalls – wie bereits im Rahmen des Umweltschutzes dargelegt – nach tierschützenden Konzepten im gesamten Agrarrecht richten. Der Tierschutz umfasst neben der Vermeidung von Leiden den artgerechten Zustand des Tieres sowie artgerechte Haltungsbedingungen^{1885, 1886}. Insbesondere die Nutztierhaltungsbedingungen stehen immer wieder in der Kritik der Gesellschaft und Wissenschaft.¹⁸⁸⁷ Zwar konnten in den letzten Jahren Verbesserungen in den Bereichen der besonders kritisierten betäubungslosen Ferkelkastration¹⁸⁸⁸, den Kastenstandhaltungen von Säuen¹⁸⁸⁹ und dem „Kükenschred-

1883 *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Wege zu einer gesellschaftlich akzeptierten Nutztierhaltung, März 2015, S. 15.

1884 Vgl. auch hier Folgenorientierung des sog. Risked-Based-Approach, *Appel/Mielke*, Strategien der Risikoregulierung, S. 73 f.

1885 Es kommt hierbei auch zu Konflikten mit klimaschützenden Maßnahmen (in Form der TA-Luft), vgl. (allerdings nicht ausdrücklich) *Maisack/Felde*, Tierschutz bei Außenklimaställen und Ställen mit Auslauf ins Freie, NuR 2019, 170 (170 ff.).

1886 *Frenz*, Umwelt- und Tierschutzklausel im AEUV, NuR 2011, 104, (106, 107); Vgl. Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, CDU/CSU, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, FDP zur Änderung des Grundgesetzes (Staatsziel Tierschutz) v. 23.4.2002, BT-Drs. 14/8860, S. 3; *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), Das Recht der EU, Art. 13 AEUV Rn. 12. Vgl. zur Abgrenzung von anthropozentrischem und ethischem Tierschutz in Art. 20a GG, *Scholz*, in: *Dürig/Herzog/ders.* (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 20a Rn. 72 ff.

1887 Empfehlungen des Kompetenznetzwerks Nutztierhaltung (Borchert-Kommission) v. 11.2.2020, S. 2 ff.; *Czybulka/Fischer-Hüftle/Hampicke/Köck/Martinez*, Ein Landwirtschaftsgesetz für Deutschland im Zeichen von Umweltschutz und Biodiversität, NuR 2021, 227 (228).

1888 Tierschutzbericht der Bundesregierung 2019, Dezember 2019, S. 11 ff.

1889 Tierschutzbericht der Bundesregierung 2019, Dezember 2019, S. 10 f. Vgl. aber *Schürmeier*, Kastenstandhaltung und kein Ende, NuR 2021, 522 (522 ff.).

dern¹⁸⁹⁰ erzielt werden.¹⁸⁹¹ Ein eigens zur Verbesserung des Tierwohls in Nutztierhaltung eingesetztes Kompetenznetzwerk kommt dennoch in Anbetracht der „zögerlichen Weiterentwicklung“ des ordnungsrechtlichen Rechtsrahmens und der Förderpolitik zu dem Ergebnis, dass ein „erheblicher Handlungsbedarf zur Verbesserung des Tierwohlniveaus in der Nutztierhaltung“ existiert.¹⁸⁹² Vor diesem Hintergrund sind die negativen externen Effekte der landwirtschaftlichen Tätigkeit auf die Tiere und damit auch die indirekte Beeinträchtigung der Schutzgutes Tier durch Maßnahmen der öffentlichen Risikovorsorge umfassend und als intensiv zu gewichten. Das Abwägungsgewicht des Tierschutzes ist damit als stark zu gewichten.

(5) Funktionsgarantie „Marktwirtschaft“ und damit verbundene Wettbewerbsfreiheit

Für das Abwägungsgewicht der Funktionsgarantie „Marktwirtschaft“ und des dadurch geschützten freien Wettbewerbs ist die Beeinträchtigung des freien Marktes und des freien Wettbewerbes maßgebend. Eine direkte Beeinträchtigung erfolgt insbesondere durch die agrarkartellrechtlichen Sonderbestimmungen¹⁸⁹³ und den Beihilfencharakter¹⁸⁹⁴ der finanzwirksamen Maßnahmen. Die Beeinträchtigungen sind jedoch sektoral und begrenzt.

1890 Vgl. nur *Müller-Lancé*, Bundesteag verbietet Kükenschreddern, *Süddeutsche Zeitung*, 20.5.2021.

1891 Agrarpolitischer Bericht der Bundesregierung 2019, v. 24.10.2019, BT-Drs. 19/14500, S. 41.

1892 Empfehlungen des Kompetenznetzwerks Nutztierhaltung (Borchert-Kommission) v. 11.2.2020, S. 5, vor allem fehle es an Vorgaben in der Tierschutz-NutztierhaltungsVO, die die Mindestanforderungen für Haltungsverfahren aus Tierschutzsicht beschreiben für alle Tierarten. Vgl. auch *Bruhn/Wollenteit*, Konventionelle Schweinehaltung und Tierschutzgesetz, NuR 2018, 160 (160 ff.), die zeigen, „dass die Vorgaben der Tierschutznutztierhaltungsverordnung (TierSchNutzV) zur Schweinehaltung nicht im Einklang mit zentralen Grundsatznormen des Tierschutzrechts stehen. Mastschweine werden nicht im Sinne von § 2 Nr. 1 TierSchG nach ihrer Art und ihren Bedürfnissen angemessen ernährt, gepflegt und verhaltensgerecht untergebracht.“ Vgl. auch *Martinez*, Paradigmenwechsel in der landwirtschaftlichen Nutztierhaltung, RW 2016, 441 (445 ff., 452 ff.); *Czybulka/Fischer-Hüfle/Hampicke/Köck/Martinez*, Ein Landwirtschaftsgesetz für Deutschland im Zeichen von Umweltschutz und Biodiversität (Teil 2), NuR 2021, 297 (301).

1893 S. hierzu bereits Teil II § 4 B. II. 2. b).

1894 S. hierzu bereits Teil II § 4 B. I. 1. sowie *Poppe*, Nachhaltige Landwirtschaft und ökonomisches Risiko, in: *Fang/Martinez/Qi* (Hrsg.), Nachhaltigkeit und Landwirtschaft in China und Deutschland, 171 (177).

Eine gesteigerte Dynamik oder Irreversibilität liegt ebenfalls nicht vor. Die Maßnahmen der öffentlichen Risikovorsorge dienen vielmehr der Wiederherstellung gleicher Wettbewerbsvoraussetzungen.¹⁸⁹⁵ Diese Widersprüchlichkeit des Agrarwettbewerbsrechts formuliert *Martinez* treffend im Zusammenhang mit der sog. Omnibus-Verordnung¹⁸⁹⁶: „Es mag paradox klingen: Die Begrenzung des Wettbewerbs durch die Omnibus-Verordnung ist ein notwendiger Zwischenschritt weg vom System des staatlichen hin zu einem marktbasieren Risikomanagements [sic] mit einem wettbewerbsorientierten Agrarmarkt. Wie bei der Echternacher Springprozeßion geht es also einen Schritt zurück, um dann (hoffentlich bei entsprechendem politischen [sic] Willen) zwei Schritte voranzuschreiten.“¹⁸⁹⁷ Insoweit handelt es sich vielmehr um eine „fiktive Liberalisierung“ des Agrarmarktes.¹⁸⁹⁸ Das Abwägungsgewicht der Funktionsgarantie der Marktwirtschaft ist damit als gering zu gewichten.

cc) Optimaler Ausgleich der Abwägungsgewichte

Letztlich ist ein optimaler Ausgleich zwischen dem Zweck der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft – Erhaltung der dauerhaften und nachhaltigen Funktionsfähigkeit landwirtschaftlicher Produktionsstrukturen in Form leistungsfähiger Betriebe, die die Ernährung und den Erhalt der Kulturlandschaft zum Zwecke der Nahrungsmittelerzeugung sicherstellen¹⁸⁹⁹ – und den gleichrangigen Rechtsgütern herzustellen.

1895 Vgl. zu den besonderen Wettbewerbsbedingungen auf dem Agrarmarkt Teil II § 3 B. III. 1. und Teil IV § 9 B. III. 2. a).

1896 VO (EU) Nr. 2017/2393 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.12.2017 zur Änderung der VO (EU) Nr. 1305/2013 über die Förderung der ländlichen Entwicklung durch den Europäischen Landwirtschaftsfonds die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER), (EU) Nr. 1306/2013 über die Finanzierung, die Verwaltung und das Kontrollsystem der Gemeinsamen Agrarpolitik, (EU) Nr. 1307/2013 mit Vorschriften über Direktzahlungen an Inhaber landwirtschaftlicher Betriebe im Rahmen von Stützungsregelungen der Gemeinsamen Agrarpolitik, (EU) Nr. 1308/2013 über eine gemeinsame Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse und (EU) Nr. 652/2014 mit Bestimmungen für die Verwaltung der Ausgaben in den Bereichen Lebensmittelkette, Tiergesundheit und Tierschutz sowie Pflanzengesundheit und Pflanzenvermehrungsmaterial (ABl. L 350/15 v. 29.12.2017).

1897 *Martinez*, Kartellrecht und Agrarpolitik, NZKart 2018, 245 (246).

1898 *Martinez*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 40 Rn. 8.

(1) Grundrechte

Hinsichtlich der gleichrangigen Grundrechte überwiegt aufgrund der ermittelten Abwägungsgewichte das Abwägungsgewicht der Erhaltung der dauerhaften und nachhaltigen Funktionsfähigkeit landwirtschaftlicher Produktionsstrukturen in Form leistungsfähiger Betriebe, die die Ernährung und den Erhalt der Kulturlandschaft zum Zwecke der Nahrungsmittelerzeugung sicherstellen.

(2) Klimaschutz

Im Rahmen des Klimaschutzes steht dem generell stark zu gewichtenden Erhalt landwirtschaftlicher Produktionsstrukturen in Form leistungsfähiger Betriebe die Notwendigkeit eines Transformationsprozesses als Abwägungsgewicht gegenüber. Allerdings ist die Bedrohungsintensität des Klimas insgesamt stärker und konkreter ausgeprägt als im Rahmen des abstrakten Erhalts landwirtschaftlicher Produktionsstrukturen. Aufgrund dessen überwiegt in der derzeitigen Situation der Klimaschutz, sodass die öffentlichen Risikovorsorgemaßnahmen so zu konzipieren sind, dass sie mittelbar zur Reduktion der negativen externen Effekte der landwirtschaftlichen Tätigkeit auf das Klima beitragen und keine klimaschädlichen Produktionsstrukturen schützen. Aus dem Abwägungsgewicht der Erhaltung der dauerhaften und nachhaltigen Funktionsfähigkeit landwirtschaftlicher Produktionsstrukturen in Form leistungsfähiger Betriebe, die die Ernährung und den Erhalt der Kulturlandschaft zum Zwecke der Nahrungsmittelerzeugung sicherstellen, folgt im Sinne eines optimalen Ausgleichs allerdings zugleich das Erfordernis einer öffentlichen (rechtlichen) Begleitung des Transformationsprozesses, die Planungssicherheit für die landwirtschaftlichen Betriebe schafft (hierzu unter § 10 D.).

(3) Umweltschutz

In Bezug auf den optimalen Ausgleich zwischen dem durch Maßnahmen der öffentlichen Risikovorsorge verfolgten Erhalt landwirtschaftlicher

1899 Vgl. zu den geschützten landwirtschaftlichen Produktionsstrukturen in Form leistungsfähiger Betriebe Teil III § 6 B. I. 3. d).

Produktionsstrukturen in Form leistungsfähiger Betriebe und dem Umweltschutz ist festzustellen, dass beiden ein starkes Abwägungsgewicht zukommt. Im Rahmen des konkreten Spannungsverhältnisses und der komplexen Wechselwirkungen wiegt das Abwägungsgewicht der Umwelt jedoch etwas schwerer. Dies begründet sich in der unvermeidbaren Nutzung zentraler Umweltmedien durch die landwirtschaftliche Produktion für die lebensnotwendige Nahrungsmittelerzeugung sowie des damit zusammenhängenden Eigeninteresses der Landwirtschaft an dem Erhalt der Funktionsfähigkeit der Umwelt unter Berücksichtigung der derzeitigen Umweltbelastungen.¹⁹⁰⁰ Für die Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft bedeutet dies zunächst, dass die jeweiligen Maßnahmen nicht in Widerspruch zum Ziel des Umweltschutzes stehen dürfen. Darüber hinaus ist für den optimalen Ausgleich zwischen Erhalt der landwirtschaftlichen Produktionsstrukturen und Umweltschutz eine Berücksichtigung des Umweltschutzes im Rahmen der gesetzgeberischen Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge erforderlich, damit keine umweltschädlichen Produktionsstrukturen geschützt werden.¹⁹⁰¹ Zugleich wirkt das Abwägungsgewicht des Erhalts landwirtschaftlicher Produktionsstrukturen in Form leistungsfähiger Betriebe derart, als dass die unvermeidbare Nutzung der Umweltmedien nicht völlig untersagt werden darf und eine gewisse Wirtschaftlichkeit der landwirtschaftlichen Tätigkeit zu erhalten ist.¹⁹⁰² Ein optimaler Ausgleich wirkt zudem auf den Erhalt und die Verstärkung der positiven externen Effekte der landwirtschaftlichen Tätigkeit hin.

1900 Vgl. *Pitschel*, Die gute fachliche Praxis, S. 492.

1901 Weitergehende Notwendigkeiten zur Verbesserung des Agrarumweltrechts sind nicht Gegenstand dieser Bearbeitung.

1902 *Pitschel*, Die gute fachliche Praxis, S. 492; *Martinez*, Landwirtschaft und Umweltschutz, DVBl. 2020, 1186 (1188): „Dieser Inhaltsbestimmung [des Eigentums] des Staates sind dadurch Grenzen gesetzt, dass die ökonomische und soziale Anreizwirkung der Landwirtschaft erhalten bleiben muss, wenn die Staatsaufgabe »Erhaltung einer leistungsfähigen Landwirtschaft« erfüllt werden soll.“ Vgl. auch *Martinez*, Landwirtschaft und Umweltschutz, in: Gesellschaft für Umweltrecht e. V. (Hrsg.), Dokumentation zur 43. wissenschaftlichen Fachtagung der GfU 2019, 99 (103 f.), mit dem Hinweis, dass die ökologische Landwirtschaft nicht als Klimaschutzmaßnahmen zu empfehlen sind und daher die konventionelle Landwirtschaft umweltverträglicher auszugestalten ist.

(4) Tierschutz

In Bezug auf die direkten Beeinträchtigungen des Schutzgutes Tier durch tierseuchenrechtliche Maßnahmen überwiegt das Abwägungsgewicht des Erhalts landwirtschaftlicher Produktionsstrukturen. Im Rahmen der indirekten Beeinträchtigungen liegt eine vergleichbare Ausgangssituation zum Umweltschutz hinsichtlich der Abwägungsgewichte und der notwendigen Nutzung der Tiere¹⁹⁰³ (im Falle der tierhaltenden Betriebe) vor. Der optimale Ausgleich zwischen dem Erhalt landwirtschaftlicher Produktionsstrukturen in Form leistungsfähiger Betriebe und dem Tierschutz verlangt, dass die Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft nicht gänzlich in Widerspruch zum Tierschutz stehen. Zudem ist der Tierschutz bei der Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge in der Weise zu berücksichtigen, als dass keine tierwohlschädlichen Produktionsstrukturen geschützt werden.¹⁹⁰⁴

(5) Funktionsgarantie „Marktwirtschaft“ und damit verbundene Wettbewerbsfreiheit

Aufgrund des geringen Abwägungsgewichts der Funktionsgarantie „Marktwirtschaft“ überwiegt das starke Abwägungsgewicht des Erhalts landwirtschaftlicher Produktionsstrukturen in Form leistungsfähiger Betriebe.

1903 Auf die Frage der Notwendigkeit tierischer Produkte zur Sicherstellung der menschlichen Ernährung kann im Rahmen dieser Bearbeitung nicht eingegangen werden. Die Bearbeitung orientiert sich an den Grundzügen der vorzufindenden Ernährungsgewohnheiten der Menschen, mithin an der Tatsache, dass tierische Produkte konsumiert werden. Dass die Ernährungsgewohnheiten insbesondere im Hinblick auf die klimaschädlichen Auswirkungen tierischer Produkte zu verbessern sind, zeigt die Empfehlung „Konsum tierischer Produkte global verträglich gestalten – ‚Weniger und besser‘“ des *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Politik für eine nachhaltigere Ernährung, Juni 2020, S. xiii, 660 ff.: „Eine global verträgliche Ernährung erfordert zwingend einen Rückgang des hohen Konsums tierischer Produkte in wohlhabenden Ländern. Eine Reduktion kann in Deutschland zu positiven Gesundheitseffekten beitragen. Auf der Produktionsseite eröffnet eine Transformation der Nutztierhaltung Chancen für mehr Tierwohl und liefert Beiträge zu Biodiversitäts- und Klimaschutz. Diese Transformation sollte in eine umfassende Nutztier- und Ernährungsstrategie eingebettet sein.“

1904 Weitergehende Notwendigkeiten zur Verbesserung des agrarbezogenen Tierschutzrechts sind nicht Gegenstand dieser Bearbeitung.

2. Die Bewertung des Status Quo der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft im Rahmen der Eingriffs- und Ausgleichsdimension

Für die Bewertung des Status Quo der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft im Rahmen der Eingriffs- und Ausgleichsdimension sind die soeben dargelegten Anforderungen auf ihre Umsetzung hin zu untersuchen. Die Ergebnisse dieser Bewertung stellen die Grundlage der Überlegungen zur Verbesserung der Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge in § 10 dar.

Hinsichtlich der gleichrangigen Grundrechte und der gleichrangigen Funktionsgarantie für die Marktwirtschaft und des damit zusammenhängenden freien Wettbewerbs sind aufgrund der ermittelten Abwägungsgewichte keine Defizite im Rahmen der Eingriffs- und Ausgleichsdimension des Status Quo der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft festzustellen. Gleiches gilt in Bezug auf die direkten Beeinträchtigungen des Schutzgutes Tier durch tierseuchenrechtliche Maßnahmen, bei denen ebenfalls aufgrund des moderaten Abwägungsgewichtes kein Defizit im rechtsstaatlichen Abwägungsprozess festzustellen ist. Defizite sind allerdings in Bezug auf die Berücksichtigung des Umweltschutzes und des Tierschutzes auszumachen. Die Maßnahmen des Status Quo der öffentlichen Risikovorsorge sehen keine Koppelungen an Umwelt- oder Tierschutz vor. Das größte Defizit ist im Bereich des Klimaschutzes festzustellen.¹⁹⁰⁵ Hier ergibt sich aus dem rechtsstaatlichen Abwägungsprozess eine Notwendigkeit eines Transformationsprozesses in der Landwirtschaft, dem sich auch die öffentliche Risikovorsorge nicht entziehen kann.

1905 Vgl. allgemein zum Klimaschutzdefizit in der Landwirtschaft *Martinez*, Klimaschutz durch nachhaltige Landwirtschaft, in: Fang/ders./Qi (Hrsg.), Nachhaltigkeit und Landwirtschaft in China und Deutschland, 101 (114): „Das Ziel ‚landwirtschaftlicher Klimaschutz‘ ist nicht erreicht“; oder auch die kritische Würdigung der gegenwärtigen Agrarumwelt- und Klimaschutzpolitik innerhalb der GAP in Deutschland in *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Zur effektiven Gestaltung der Agrarumwelt- und Klimaschutzpolitik im Rahmen der Gemeinsamen Agrarpolitik der EU nach 2020, Mai 2019, S. 4 f.

3. Zusammenfassung der Anforderungen an die gesetzgeberische Ausgestaltung im Rahmen der Eingriffs- und Ausgleichsdimension und zusammenfassende Bewertung ihrer Umsetzung

Zusammenfassend konnten die folgenden Anforderungen an die gesetzgeberische Ausgestaltung im Rahmen der Eingriffs- und Ausgleichsdimension anhand des Übermaßverbotes und der praktischen Konkordanz ermittelt werden. Hierbei orientierte sich die Untersuchung an den in Abschnitt I. aufgezeigten typischerweise im Spannungsverhältnis zur öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft stehenden gleichrangigen Rechtsgütern und Aufträgen. Grundsätzlich sind diese in einen optimalen Ausgleich zu bringen. Anforderungen ergeben sich dabei im Hinblick auf den Umwelt-, Tier- und Klimaschutz. Der optimale Ausgleich des mit der öffentlichen Risikovorsorge verfolgten Zwecks der Erhaltung der dauerhaften und nachhaltigen Funktionsfähigkeit landwirtschaftlicher Produktionsstrukturen in Form leistungsfähiger Betriebe, die die Ernährung und den Erhalt der Kulturlandschaft zum Zwecke der Nahrungsmittelerzeugung sicherstellen, und des Umweltschutzes fordert eine Berücksichtigung des Umweltschutzes im Rahmen der Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge, damit keine umweltschädlichen Produktionsstrukturen geschützt werden. Hierbei ist jedoch ein Maß zu finden, das die landwirtschaftliche Tätigkeit aufgrund der unvermeidbaren Nutzung der Umweltmedien weder „tatsächlich noch aus wirtschaftlichen Gründen unmöglich“ macht¹⁹⁰⁶ und den Erhalt und die Verstärkung der positiven externen Effekte der landwirtschaftlichen Tätigkeit forciert. Ähnliches gilt für den optimalen Ausgleich mit dem Tierschutz. Die gesetzgeberische Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorgemaßnahmen dürfen keine tierwohlschädigenden Produktionsstrukturen schützen. Die dringlichste Anforderung ergibt sich aus dem optimalen Ausgleich zum Klimaschutz. Es besteht die Notwendigkeit eines Transformationsprozesses der Landwirtschaft hin zur Klimaneutralität. Dieser Not-

1906 *Pitschel*, Die gute fachliche Praxis, S. 492; *Martinez*, Landwirtschaft und Umweltschutz, DVBl. 2020, 1186 (1188): „Dieser Inhaltsbestimmung [des Eigentums] des Staates sind dadurch Grenzen gesetzt, dass die ökonomische und soziale Anreizwirkung der Landwirtschaft erhalten bleiben muss, wenn die Staatsaufgabe »Erhaltung einer leistungsfähigen Landwirtschaft« erfüllt werden soll.“ Vgl. auch *Martinez*, Landwirtschaft und Umweltschutz, in: Gesellschaft für Umweltrecht e. V. (Hrsg.), Dokumentation zur 43. wissenschaftlichen Fachtagung der GfU 2019, 99 (103 f.), mit dem Hinweis, dass die ökologische Landwirtschaft nicht als Klimaschutzmaßnahmen zu empfehlen sind und daher die konventionelle Landwirtschaft umweltverträglicher auszugestalten ist.

wendigkeit ist auch bei der Ausgestaltung der öffentlichen Risikoversorge nachzukommen. Sie muss mittelbar zur Reduktion der negativen externen Effekte der landwirtschaftlichen Tätigkeit auf das Klima beitragen und darf keine klimaschädlichen Produktionsstrukturen schützen. Der Transformationsprozess bedarf jedoch einer öffentlichen (rechtlichen) Begleitung, um Planungssicherheit für die landwirtschaftlichen Betriebe zu schaffen.

Defizite des rechtsstaatlichen Abwägungsprozesses im Rahmen der Eingriffs- und Ausgleichsdimension lassen sich im vorgefundenen Status Quo der öffentlichen Risikoversorge im Bereich der Berücksichtigung des Umwelt- und Tierschutzes sowie vor allem hinsichtlich der Berücksichtigung des Klimaschutzes ausfindig machen.

V. Spannungsverhältnis der Anforderungen an die gesetzgeberische Ausgestaltung aufgrund multipolarer Verfassungsrechtsverhältnisse

Insgesamt sieht sich der rechtsstaatliche Abwägungsprozess im Rahmen der öffentlichen Risikoversorge in der Landwirtschaft mit einer Vielzahl komplexer Wechselwirkungen auf der Tatsachenebene und auf rechtlicher Ebene mit multipolaren Rechtsverhältnissen konfrontiert. Es besteht damit sowohl auf tatsächlicher als auch auf rechtlicher Ebene ein vielgestaltiges Spannungsverhältnis. Zwei Punkte sind hierbei hervorzuheben: Zum einen führen die besondere Definition des Vorsorgeziels (Erhaltung der dauerhaften und nachhaltigen Funktionsfähigkeit landwirtschaftlicher Produktionsstrukturen in Form leistungsfähiger Betriebe, die die Ernährung und den Erhalt der Kulturlandschaft zum Zwecke der Nahrungsmittelerzeugung sicherstellen¹⁹⁰⁷) und die Tatsache, dass originär die landwirtschaftlichen Betriebe die zugehörigen Aufträge wahrnehmen, stets dazu, dass immer auch Einzelpersonen (Landwirt:innen) von der öffentlichen Risikoversorgemaßnahme profitieren, obwohl es *nicht* auf den Erhalt *einzelner* landwirtschaftlicher Betriebe ankommt. Zum anderen verursacht die landwirtschaftliche Tätigkeit selbst negative externe Effekte für gleichrangige Rechtsgüter. Insofern sind allgemeingültige Aussagen lediglich auf abstrakter Ebene zu treffen. Die teilweise vorzufindende gesteigerte Dynamik erschwert die Allgemeingültigkeit zusätzlich. Ausdruck dieser Multipolarität sind zwei Dimensionen der öffentlichen Risikoversorge in der Landwirtschaft: Zum einen begründen die Aufträge des Verfassungs- und Unionsrechts zur

1907 Vgl. zu den geschützten landwirtschaftlichen Produktionsstrukturen in Form leistungsfähiger Betriebe Teil III § 6 B. I. 3. d).

öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft eine Leistungsdimension (I. 1.). Zum anderen bildet das Erfordernis des rechtsstaatlichen Abwägungsprozesses in Verbindung mit den typischerweise vorzufindenden durch die öffentlichen Risikovorsorgemaßnahmen betroffenen gleichrangigen Rechtsgüter und Aufträge eine Eingriffs- und Ausgleichsdimension (I. 2.). Zu diesen typischerweise in Ausgleich zu bringenden Rechtsgütern und Aufträgen zählen Grundrechte, die Staatszielbestimmungen und Querschnittsklauseln Umwelt-, Tier- und Klimaschutz sowie die Funktionsgarantie für die Marktwirtschaft und der damit zusammenhängende freie Wettbewerb. In methodischer Hinsicht ist für die Auflösung des rechtsstaatlichen Abwägungsprozesses der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, verstanden als Oberbegriff für das Untermaßverbot, Übermaßverbot und die praktische Konkordanz, heranzuziehen (II. 1. und 2.). Der rechtsstaatliche Abwägungsprozess wird hierbei durch das Vorsorge- und Verursacherprinzip beeinflusst (II. 3.).

Hinsichtlich des rechtsstaatlichen Abwägungsprozesses im Rahmen der Leistungsdimension der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft ergeben sich aus der vorgenommenen Konkretisierung der Tatbestandsvoraussetzungen des Untermaßverbotes folgende Anforderungen für die gesetzgeberische Ausgestaltung (III. 1. b)). Für die Wirksamkeit, Hinlänglichkeit und Erforderlichkeit öffentlicher Risikovorsorgemaßnahmen zur Erhaltung der dauerhaften und nachhaltigen Funktionsfähigkeit landwirtschaftlicher Produktionsstrukturen in Form leistungsfähiger Betriebe, die die Ernährung sowie den Erhalt der Kulturlandschaft zum Zwecke der Nahrungsmittelerzeugung sicherstellen, sind aufgrund der Ausgestaltung als materiell-verfassungsrechtlicher und materiell-primärrechtlicher Gewährleistungsauftrag in erster Linie die Möglichkeiten privatwirtschaftlichen Risikomanagements der landwirtschaftlichen Betriebe maßgebend. Erst wenn die landwirtschaftlichen Betriebe die systemischen Risikofaktoren in *strukturegefährdender Weise* nicht mehr selbst bewältigen können (Marktversagen) und damit eine Sachlage entsteht, die bei ungehinderter Fortlauf der Dinge zum Verlust der landwirtschaftlichen Produktionsstrukturen führt, kommt ein abgestuftes öffentliches Handeln in Betracht, das stets den größtmöglichen Ausgleich zwischen verfassungs- und primärrechtlichen Aufträgen und grundrechtlich eingeräumter Freiheit her-

stellt¹⁹⁰⁸. Entsprechend des Aufgabenwahrnehmungsmodus in Form der Gewährleistungsverantwortung ist zunächst eine „Hilfe zur Selbsthilfe“ beispielsweise in Form von Marktstruktur- oder Regulierungsverwaltung oder der Schaffung rechtlicher Rahmenbedingungen anzustreben. Defizite des Status Quo der öffentlichen Risikovorsorge im Hinblick auf die herausgearbeiteten Anforderungen im Rahmen der Leistungsdimension konnten bei dem privatwirtschaftlichen Versicherungsangebot (III. 2. b)), den Strukturen im Sektor Milch (III. 2. c)) sowie bei der Regulierung der zu erwartenden Wassernutzungskonflikte (III. 2. d) (2)) ausgemacht werden.

Hinsichtlich des rechtsstaatlichen Abwägungsprozesses im Rahmen der Eingriffs- und Ausgleichsdimension der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft ergeben sich aus dem optimalen Ausgleich des mit der öffentlichen Risikovorsorge verfolgten Zwecks des Erhalts der dauerhaften und nachhaltigen Funktionsfähigkeit landwirtschaftlicher Produktionsstrukturen in Form leistungsfähiger Betriebe, die die Ernährung und den Erhalt der Kulturlandschaft zum Zwecke der Nahrungsmittelerzeugung sicherstellen, und dem Umwelt-, Tier- und Klimaschutz folgende Anforderungen (IV. 1. c) cc)). Zunächst ist die Nutzung von Umwelt und Tieren Kernelement der landwirtschaftlichen Tätigkeit und notwendig für die Nahrungsmittelerzeugung.¹⁹⁰⁹ Es ist hingegen auch verfassungs- und primärrechtlicher Fakt, dass Umwelt, Klima und Tiere von der öffentlichen Hand zu schützen sind. Nehmen die Gesetzgeber diese Aufträge ernst, kann es kein „Zurück“ und kein „Weiter so“ im Umwelt-, Klima- und Tierschutz im Agrarrecht und folglich in der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft geben. Umwelt- und Tierschutz müssen im Rahmen der Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge in der Weise Berücksichtigung finden, als dass damit keine umweltschädlichen und tierwohlschädigenden Produktionsstrukturen geschützt werden. Darüber hinaus besteht die Notwendigkeit eines Transformationsprozesses der Landwirtschaft hin zur Klimaneutralität. Die gesetzgeberische Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge muss mittelbar zur Reduktion der negativen externen Effekte der landwirtschaftlichen Tätigkeit auf das Klima beitragen und darf keine klimaschädlichen Produktionsstrukturen schützen. Defizite des rechtsstaatlichen Abwägungsprozesses im Rahmen der Eingriffs- und Ausgleichsdimension lassen sich im vorgefundenen Status Quo der öffentlichen Risiko-

1908 Vgl. *Ekardt*, Umweltverfassung und „Schutzpflichten“, NVwZ 2013, 1105 (1109 f.); *Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, S. 279.

1909 *Pitschel*, Die gute fachliche Praxis, S. 492.

vorsorge im Bereich der Berücksichtigung des Umwelt- und Tierschutzes und vor allem hinsichtlich des Klimaschutzes ausfindig machen.

Insgesamt wird durch die entwickelte Definition der Leistungsfähigkeit und die Kopplung des materiell-verfassungsrechtlichen Schutzgehaltes der Landwirtschaft an einen unerlässlichen Beitrag zu obligatorischen Staatsaufgaben die komplexe Stellung der Landwirtschaft im Spannungsfeld zwischen besonderer Gemeinwohlverpflichtung sowie besonderer Gemeinwohleleistungen und Wettbewerbs- sowie Marktorientierung deutlich. Das durch die Politik der vergangenen Jahrzehnte mobilisierte Selbstverständnis der Landwirt:innen als ausschließliche Unternehmer:innen verstärkt die Spannung zusehends. Die verpflichtenden, notwendigerweise stärker zu berücksichtigenden Anforderungen gleichrangiger Rechtsgüter und Aufträge als Teil der Gemeinwohlverpflichtung stehen daher in einem Spannungsverhältnis zu einem globalen Agrarmarkt.¹⁹¹⁰ Denn die erzeugten öffentlichen Güter Umwelt-, Klima- und Tierschutz sind nicht marktfähig und nur vereinzelt internalisierbar, sodass eine kostenintensivere Produktion¹⁹¹¹ keine höheren Preise auf dem globalen Agrarmarkt zur Folge haben. Bei anderen Marktteilnehmenden besitzen diese öffentlichen Güter teilweise einen anderen Stellenwert. Privatwirtschaftliche Honorierungssysteme für die Herstellung öffentlicher Güter sind daher anzuzweifeln. Diesem Spannungsverhältnis entspringt im Grunde in Bezug auf die öffentliche Risikoversorge die *Schlagkraft* aller systemischen Risikofaktoren. Ohne die finanziellen Möglichkeiten, ein ausreichendes eigenes Risikomanagement zu betreiben, ist es ausgeschlossen, die systemischen Risikofaktoren ohne öffentliche Risikoversorge zu bewältigen.¹⁹¹² Der Transformationsdruck auf die landwirtschaftlichen Betriebe ist vor dem Hintergrund der gegenwärtigen

1910 Vgl. hierzu bereits Teil II § 3 B. III. 1. c). Vgl. auch *Hiltrud Nieberg (Thünen-Institut)* auf Agrarkongress des Bundesumweltministeriums am 14.1.2020: „Fehlende Planungssicherheit als Kernproblem der Landwirtschaft“, *Agra-Europe* 4/2020, Länderberichte, S. 38 f.; vgl. Mitteilung der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, „Ernährung und Landwirtschaft der Zukunft“ v. 29.11.2017, COM(2017) 713 final, S. 4.

1911 Vgl. hierzu bereits Teil IV § 9 B. III. 2. d) aa). Kritisch zu den Kostennachteilen durch Auflagen und Standards *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Für eine gemeinwohlorientierte GAP der EU nach 2020, April 2018, S. 27 f.

1912 Vgl. ähnlich in Bezug auf die agrarökonomische Leistungsfähigkeit eines Betriebes *Holzer*, *Agrarrecht*, S. 77; *Köhne*, *Der leistungsfähige Betrieb in der Agrarökonomie und im Recht*, in: *Martinez* (Hrsg.), *Der Schutz des leistungsfähigen landwirtschaftlichen Betriebes*, 13 (17).

gen Herausforderungen enorm. Der Druck des Agrarmarktes ist es ebenso. Die monetäre Würdigung der Gemeinwohlleistungen der Landwirtschaft kann hierbei eine Lösung für die Finanzierung der Transformation und des privatwirtschaftlichen Risikomanagements darstellen. Zugleich liegt hierin die Chance, das Selbstverständnis der Landwirt:innen im Hinblick auf ihren unerlässlichen Beitrag zur Ernährungssicherstellung sowie zur Gestaltung und Erhaltung der Kulturlandschaft zum Zwecke der Nahrungsmittelerzeugung zu schärfen.

C. Anforderungen des Art. 39 Abs. 2 AEUV – die normierte Begrenzung des systemischen Risikofaktors der rechtlichen Rahmenbedingungen

Nicht nur im Hinblick auf die in § 7 untersuchten Zielbestimmungen besitzt Art. 39 AEUV eine besondere Bedeutung für die öffentliche Risikoversorge in der Landwirtschaft, sondern auch im Hinblick auf die in Absatz 2 formulierten Rahmenbedingungen, die bei der Gestaltung verpflichtend¹⁹¹³ zu beachten sind. Die Vorschrift dient in erster Linie der Ermöglichung von differenzierten regionsspezifischen Maßnahmen,¹⁹¹⁴ die grundsätzlich in einem Spannungsverhältnis zum Diskriminierungsverbot des Art. 40 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV¹⁹¹⁵ stehen.¹⁹¹⁶ Für die öffentliche Risikoversorge ist das

1913 *EuGH*, Urt. v. 23.2.1988, Rs. C-68/86, *Vereinigtes Königreich/Rat*, ECLI:EU:C:1988:85, Slg. 1988, 855 (895); *EuGH*, Urt. v. 21.2.1990, Rs. C-267-285/88, *Wuidart u. a.*, ECLI:EU:C:1990:79, Slg. 1990, I-467 (I-487 Rn. 38); *EuGH*, Urt. v. 23.2.1988, Rs. C-131/86, *Vereinigtes Königreich/Rat*, ECLI:EU:C:1988:86, Slg. 1988, 905 (929 Rn. 15); *Khan*, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), *EUV/AEUV*, Art. 39 AEUV Rn. II; *Bittner*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), *EU-Kommentar*, Art. 39 AEUV Rn. 2.

1914 *Priebe*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der EU*, Art. 39 AEUV Rn. 36; *Van Rijn*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, Art. 39 AEUV Rn. 17; *Khan*, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), *EUV/AEUV*, Art. 39 AEUV Rn. II; *Mögele*, *Europäische Union: Bedeutung, Auslegung und Steuerungswirkung des Art. 39 AEUV*, in: Norer (Hrsg.), *Landwirtschaft und Verfassungsrecht*, 89 (91); *EuGH*, Urt. v. 15.11.1979, Rs. C-36/79, *Denkavit Futtermittel*, ECLI:EU:C:1979:258, Slg. 1979, 3439 (3456 Rn. 16); *EuGH*, Urt. v. 12.2.1998, Rs. C-4/96, *NIFPO u. Northern Ireland Fishermen's Federation*, ECLI:EU:C:1998:67, Slg. 1998, I-781 (I-738 Rn. 59); *EuGH*, Urt. v. 19.9.2013, Rs. C-373/11, *Panellinos Syndesmos Viomichanion Metapoisis Kapnou*, ECLI:EU:C:2013:567, Rn. 27.

1915 S. hierzu allgemein *Priebe*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der EU*, Art. 40 AEUV, Rn. 99 ff. und spezifisch zum Spannungsverhältnis bei regionaler

Erfordernis der stufenweisen Anpassung (Abs. 2 lit. b)) hingegen von Relevanz. Hierdurch ist eine gewisse Sensibilität vom Gesetzgeber gefordert, eine „abrupte und radikale Neuausrichtung“ der rechtlichen Rahmenbedingungen, die zu einer Großzahl von Betriebseinstellungen führen könnte, vor dem Hintergrund der Versorgungssicherstellung durch die landwirtschaftlichen Betriebe zu verhindern.¹⁹¹⁷ Allerdings sind „[w]esentliche Anpassungen innerhalb eines Wirtschaftsjahres [...] nicht ausgeschlossen, soweit ein überwiegendes öffentliches Interesse sie gebiete[n]“.¹⁹¹⁸ Insoweit ist in Art. 39 Abs. 2 lit. b) AEUV keine Sicherung des Status Quo enthalten. Die hierin normierte, vom Gesetzgeber geforderte Sensibilität führt demselben stets vor Augen, dass er respektive das durch ihn gesetzte Recht selbst einen systemischen Risikofaktor darstellt.¹⁹¹⁹ Es entsteht der Eindruck, als wolle sich der Gesetzgeber mit dieser Normierung an die systemische Schlagkraft seines Handelns wie mit einem Notizzettel erinnern. Das Erfordernis der stufenweisen Anpassung ist damit als normierte Begrenzung des systemischen Risikofaktors der rechtlichen Rahmenbedingungen anzusehen. Kern des systemischen Risikofaktors der rechtlichen Rahmenbedingungen ist die Planungsunsicherheit. Diese stellt insbesondere im Hinblick auf die hohen Investitionssummen in der Landwirtschaft ein wesentliches Problem dar.¹⁹²⁰ Zudem sind noch heute Auswirkungen der über Jahrzehnte lang verfolgten Preisstützung und Abschottung bemerkbar, als dass sich in der Landwirtschaft kein Know-How im Bereich des Risikomanagements entwickeln konnte.¹⁹²¹ Darüber hinaus trifft die Zunahme von Volatilitäten durch

Differenzierung Rn. 115 ff.; *Khan*, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 39 AEUV Rn. 11.

1916 *Busse*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge-Kommentar, Art. 39 AEUV Rn. 18, 21, sieht in Abs. 2 lit. a) das Erfordernis die besondere Eigenart der landwirtschaftlichen Erzeugung und damit die Abhängigkeit von Witterungsbedingungen zu berücksichtigen, allerdings lässt der Wortlaut diese Auslegung nicht zu, da die „besondere Eigenart der landwirtschaftlichen Tätigkeit“ aufgrund des Relativsatzes auf die Agrarstruktur und ihre Diversität bezogen ist.

1917 Vgl. *Härtel*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 39 AEUV Rn. 13.

1918 *Priebe*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, Art. 39 AEUV Rn. 4 mit Verweis auf *EuG*, Urt. v. 15.11.2007, Rs. T-310/06, ECLI:EU:T:2007:343, Slg. 2007, II-4619 (II-4653 Rn. 106).

1919 Vgl. Teil II § 3.

1920 Vgl. *Hiltrud Nieberg (Thünen-Institut)* auf Agrarkongress des Bundesumweltministeriums am 14.1.2020: „Fehlende Planungssicherheit als Kernproblem der Landwirtschaft“, *Agra-Europe* 4/2020, Länderberichte, S. 38 f.

1921 Vgl. *Petersen/Herlinghaus/Menrad*, Risikomanagement auf globalen Agrarmärkten, Februar 2012, S. 8; vgl. *Tangermann*, Risk management in Agriculture and the

die Agrarmarkliberalisierung insbesondere die zuvor erheblich öffentlich unterstützen Produktionsbereiche (z. B. Milchsektor), die einen hohen Spezialisierungsgrad und hohe Fremdkapitalanteile aufweisen.¹⁹²² Vor dem Hintergrund der aufgezeigten Defizite hinsichtlich der Berücksichtigung des Umwelt- und Tierschutzes sowie vor dem Hintergrund des notwendigen Transformationsprozesses der Landwirtschaft hin zur Klimaneutralität¹⁹²³ sind erhebliche Änderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen zu erwarten. Aufgrund der Dringlichkeit der Behebung der Defizite muss die stufenweise Anpassung des Art. 39 Abs. 2 lit. b) AEUV so ausgelegt werden, dass die landwirtschaftlichen Betriebe zumindest Planungssicherheit durch langfristige Konzepte erhalten und die Transformationsprozesse durch einen rechtlichen Fahrplan begleitet werden.¹⁹²⁴ Derzeit lässt sich weder in inhaltlicher noch in zeitlicher Hinsicht eine Kohärenz der rechtlichen Rahmenbedingungen feststellen, sodass ein gesetzliches oder gar verfassungsrechtliches und primärrechtliches Leitbild ein gewisses Maß an Planungssicherheit generieren würden. Das Fehlen eines rechtlich bindenden Leitbildes stellt damit nicht nur im Rahmen der prozeduralen Rationalität (Abschnitt A.) ein erhebliches Defizit dar, sondern ebenfalls im Rahmen der unionsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung der Gemeinsamen Agrarpolitik.¹⁹²⁵

Future of the EU's Common Agricultural Policy, Juni 2011, S. 21. Die Marktstützungspolitik sorgte einerseits für Produktionssteigerung, andererseits erhöhten sich gleichzeitig die Investitionen, sodass Rentabilität nur im jeweiligen vom globalen Agrarmarkt abgeschotteten und öffentlich unterstützten System erzeugt werden konnte, Niehaus, Das Bauerntum in Wirtschaft und Gesellschaft, in: Niehaus/Priebe (Hrsg.), Agrarpolitik in der Sozialen Marktwirtschaft, 11 (18).

1922 *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft, April 2011, S. 5.

1923 Teil IV § 9 B. IV. 1 c).

1924 Vgl. *Martinez*, Landwirtschaft und Umweltschutz, DVBl. 2020, 1186 (1189 f.): „Im Lichte der heutigen gesellschaftlichen Herausforderungen an die Landwirtschaft und den europarechtlichen Vorgaben dient die fehlende Konkretisierung nur vordergründig dem Schutz des Status quo der Landwirtschaft und der Rechts- und Planungssicherheit der Landwirte/innen. Im Ergebnis perpetuiert sie für die betroffenen Landwirte/innen und Vollzugsbehörden die bestehende Rechtsunsicherheit, denn der gesellschaftliche, politische und zumindest europarechtliche Druck besteht fort und wächst sogar an.“

1925 Vgl. zur Notwendigkeit und Funktion eines Leitbildes *Czybulka/Fischer-Hüftle/Hampicke/Köck/Martinez*, Ein Landwirtschaftsgesetz für Deutschland im Zeichen von Umweltschutz und Biodiversität, NuR 2021, 227 (227 ff.).

D. Anforderungen des Agrarbeihilfenrechts

Letztlich ergeben sich speziell für die Ausgestaltung finanzwirksamer Maßnahmen der öffentlichen Risikovorsorge Anforderungen aus dem Agrarbeihilfenrecht. Die grundlegenden Regelungen des relevanten Agrarbeihilfenrechts wurden bereits im Rahmen der rechtlichen Einordnung und Konkretisierung der Kategorie „finanzwirksame Maßnahmen“ in § 4¹⁹²⁶ dargestellt, sodass in diesem Abschnitt lediglich noch eine Bewertung der (mitglied-) staatlichen Umsetzung durch Deutschland vorgenommen wird. Eine Überschreitung des agrarbeihilfenrechtlichen Spielraums in Form einer unionsrechtswidrigen Beihilfe ist im Bereich der öffentlichen Risikovorsorge in Deutschland nicht ersichtlich.¹⁹²⁷ Den agrarbeihilfenrechtlichen Spielraum schöpft Deutschland, wie bereits im Rahmen der privatwirtschaftlichen Möglichkeiten der Absicherung (B. III. 2. b)) dargestellt, im Hinblick auf die Prämiensubventionen (Förderperiode 2014-2022: Art. 36 Abs. 1 lit. a) und Art. 37 Abs. 1 ELER-VO; Förderperiode 2023-2027: Art. 76 Abs. 3 lit. a) GAP-Strategieplan-VO) und Beihilfen in Form von öffentlichen Finanzbeiträgen an Fonds auf Gegenseitigkeit (Förderperiode 2014-2022: Art. 36 Abs. 1 lit. c) i. V. m. Art. 39 ELER-VO; Förderperiode 2023-2027: Art. 76 Abs. 3 lit. b) GAP-Strategieplan-VO) nicht aus.¹⁹²⁸ Vielmehr finden sich lediglich Steuervergünstigungen für Ernterversicherungen.¹⁹²⁹ In Deutschland wurde kein entsprechendes rechtliches Zulassungssystem für Fonds auf Gegenseitigkeit errichtet, sodass folglich keine Beihilfen an diese geleistet werden. Simulationsrechnungen zeigen, dass die Einkommensvolatilität, die die Existenz der landwirtschaftlichen Betriebe bedroht, deutlich durch Fonds auf Gegenseitigkeit abnimmt.¹⁹³⁰ Korrespondierend zu den Problemen der privatwirtschaftlichen Absicherungs-

1926 Teil II § 4 B. I. 1.

1927 Vgl. jedoch Staatliche Beihilfe – Tschechien – SA.51501 (2019/NN) (ex-2018/N) – Beihilfe für Versicherungsprämien für große Unternehmen, Aufforderung zur Stellungnahme nach Artikel 108 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (ABl. C 60/54 v. 19.2.2021).

1928 Bericht des BMEL unter Beteiligung der Länder, der Versicherungswirtschaft und des Thünen-Instituts zu Versicherungslösungen mit und ohne staatliche Unterstützung zu TOP 14, 15, 16 „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2019, S. 33.

1929 Teil II § 4 B. I. 2. c).

1930 *Offermann/Efken/Ellßel/et al.*, Ausgewählte Instrumente zum Risikomanagement in der Landwirtschaft (Thünen Working Paper 72), April 2017, S. 33 f.

möglichkeiten kann hier ein Defizit in der Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge festgestellt werden.

E. Zusammenfassung der Anforderungen an die gesetzgeberische Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge und die Bewertung ihrer Umsetzung

Als zusammenfassendes Ergebnis des § 9 sollen zum einen die Anforderungen an die gesetzgeberische Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge in Form eines übersichtlichen Anforderungskataloges (I.) und zum anderen die diesbezüglich festgestellten Defizite im Rahmen des Status Quo öffentlicher Risikovorsorgemaßnahmen in der Landwirtschaft (II.) zusammengetragen werden.

I. Katalog der Anforderungen an die öffentliche Risikovorsorge in der Landwirtschaft

Für die gesetzgeberische Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft konnten folgende Anforderungen identifiziert werden:

1. In tatsächlicher Hinsicht ist das Risikovorsorgeelement der unmittelbaren Verhinderung der Realisierung des systemischen Risikofaktors am effizientesten und sollte daher stärker verfolgt werden.
2. Aus der prozeduralen Rationalität (A.) ergibt sich das Erfordernis der Definition des Vorsorgeziels in Form eines Leitbildes, einer wissenschaftsbasierten Risikoermittlung sowie einer transparenten und an den im Rahmen der besonderen Schadensdimension aufgestellten Kriterien¹⁹³¹ orientierten Risikobewertung.
3. Aus der Leistungsdimension (B. III.) ergeben sich folgende Anforderungen:
 - Öffentliche Risikovorsorgemaßnahmen müssen wirksam, hinlänglich und erforderlich sein in Bezug auf die Erhaltung der dauerhaften und nachhaltigen Funktionsfähigkeit landwirtschaftlicher Produktionsstrukturen in Form leistungsfähiger Betriebe, die die Ernährung und den Erhalt der Kulturlandschaft zum Zwecke der Nahrungsmittelherzeugung sicherstellen.

1931 Teil III § 6 A. III. 2. c).

- Hierbei gilt ein Vorrang des privatwirtschaftlichen Risikomanagements. Erst wenn die landwirtschaftlichen Betriebe die systemischen Risikofaktoren in strukturgefährdender Weise nicht mehr selbst bewältigen können (Marktversagen) und damit eine Sachlage entsteht, die bei ungehindertem Fortlauf der Dinge zum Verlust der landwirtschaftlichen Produktionsstrukturen führt, kommt die Verletzung des Untermaßes in Betracht. Aufgrund der Aktivierung des Vorsorgeprinzips ist auch in Situationen der Ungewissheit der Eintritt einer solchen Sachlage zu verhindern.
 - Die erste Stufe der öffentlichen Risikovorsorge ist stets die „Hilfe zur Selbsthilfe“, beispielsweise in Form von Marktstruktur- oder Regulierungsverwaltung oder der Schaffung rechtlicher Rahmenbedingungen.
4. Aus der Eingriffs- und Ausgleichsdimension (B. IV.) ergeben sich folgende Anforderungen:
- Die multipolaren Verfassungsrechtsverhältnisse erfordern einen optimalen Ausgleich des mit der öffentlichen Risikovorsorge verfolgten Zwecks der Erhaltung der dauerhaften und nachhaltigen Funktionsfähigkeit landwirtschaftlicher Produktionsstrukturen in Form leistungsfähiger Betriebe, die die Ernährung und den Erhalt der Kulturlandschaft zum Zwecke der Nahrungsmittelerzeugung sicherstellen, und den typischerweise kollidierenden gleichrangigen Werten des Umwelt-, Tier- und Klimaschutzes sowie des freien Wettbewerbs.
 - Der optimale Ausgleich zum Umweltschutz erfordert eine Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge, damit keine umweltschädlichen Produktionsstrukturen geschützt werden. Hierbei ist jedoch ein Maß zu finden, das die landwirtschaftliche Tätigkeit aufgrund der unvermeidbaren Nutzung der Umweltmedien weder „tatsächlich noch aus wirtschaftlichen Gründen unmöglich“ macht¹⁹³² und den Erhalt und die Verstärkung der positiven externen Effekte der landwirtschaftlichen Tätigkeit forciert.
 - Der optimale Ausgleich zum Tierschutz erfordert eine Berücksichtigung des Tierschutzes bei der Ausgestaltung der öffentlichen Risiko-

1932 *Pitschel*, Die gute fachliche Praxis, S. 492; *Martinez*, Landwirtschaft und Umweltschutz, DVBl. 2020, 1186 (1188): „Dieser Inhaltsbestimmung [des Eigentums] des Staates sind dadurch Grenzen gesetzt, dass die ökonomische und soziale Anreizwirkung der Landwirtschaft erhalten bleiben muss, wenn die Staatsaufgabe »Erhaltung einer leistungsfähigen Landwirtschaft« erfüllt werden soll.“

- vorsorge, damit keine tierwohlschädigenden Produktionsstrukturen geschützt werden.
- Die dringlichste Anforderung ergibt sich aus dem optimalen Ausgleich zum Klimaschutz. Es besteht die Notwendigkeit eines Transformationsprozesses der Landwirtschaft. Die Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge muss mittelbar zur Reduktion der negativen externen Effekte der landwirtschaftlichen Tätigkeit auf das Klima beitragen und darf keine klimaschädlichen Produktionsstrukturen schützen. Der Transformationsprozess bedarf jedoch einer öffentlichen Begleitung, um Planungssicherheit für die landwirtschaftlichen Betriebe zu schaffen.
 - Aus dem optimalen Ausgleich zum freien Wettbewerb folgt ebenfalls ein Vorrang des privatwirtschaftlichen Risikomanagements sowie dessen öffentliche Unterstützung, da diese regelmäßig weniger eingriffintensiv sind.
5. Dem Erfordernis der stufenweisen Anpassung (Art. 39 Abs. 2 AEUV, C.), die die normierte Begrenzung des systemischen Risikofaktors der rechtlichen Rahmenbedingungen darstellt, ist zu entnehmen, dass eine gewisse Planungssicherheit, insbesondere im Hinblick auf die erforderlichen Transformationsprozesse im Umwelt-, Tier- und vor allem dem Klimaschutz, durch einen rechtlichen Fahrplan begleitet werden muss.
6. Die mitgliedstaatliche gesetzgeberische Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge hat darüber hinaus das unionale Agrarbeihilfenrecht zu beachten (D.).

II. Festgestellte Defizite im Rahmen des Status Quo öffentlicher Risikovorsorgemaßnahmen in der Landwirtschaft

Zusammenfassend können die folgenden Defizite im Rahmen des Status Quo der öffentlichen Risikovorsorgemaßnahmen in der Landwirtschaft hinsichtlich der erarbeiteten Anforderungen festgehalten werden. Die Umsetzung der Anforderungen der prozeduralen Rationalität (A.) ist hinsichtlich des fehlenden Leitbilds im Rahmen des Agrarrechts sowie hinsichtlich der nicht auf einer Risikoermittlung und -bewertung basierten Ausgestaltung der Direktzahlungen als defizitär zu bewerten. Die Umsetzung der Anforderungen des rechtsstaatlichen Abwägungsprozesses zwischen den multipolaren Verfassungsrechtsverhältnissen im Rahmen der Leistungsdimension (B. III.) muss sich an den privatwirtschaftlichen Möglichkeiten des Risikomanagements der landwirtschaftlichen Betriebe orientieren. Hier

konnten Defizite bei dem privatwirtschaftlichen Versicherungsangebot, den Strukturen im Sektor Milch sowie bei der Regulierung der zu erwartenden Wassernutzungskonflikte ausgemacht werden. In Bezug auf die Umsetzung der Anforderungen des rechtsstaatlichen Abwägungsprozesses zwischen den multipolaren Verfassungsrechtsverhältnissen im Rahmen der Eingriffs- und Ausgleichsdimension (B. IV.) sind Defizite hinsichtlich der Berücksichtigung des Umwelt- und Tierschutzes und vor allem hinsichtlich des Klimaschutzes festzustellen. Die Bewertung der Umsetzung der Anforderungen der stufenweisen Anpassung fällt ebenfalls hinsichtlich des Fehlens eines rechtlich verpflichtenden Leitbildes defizitär auf (C.). Letztlich liegt korrespondierend zu den Problemen der privatwirtschaftlichen Absicherungsmöglichkeiten ein Defizit in dem Nichtgebrauch des agrarbeihilfenrechtlichen Spielraums vor (D.).

§ 10: Ausblick: Möglichkeiten zur verbesserten Umsetzung der Anforderungen

Nach der vorstehenden (§ 9) Herausarbeitung der Anforderungen und der Identifizierung von Defiziten im Status Quo der öffentlichen Risikoversorge in der Landwirtschaft gilt es, in diesem § 10 einen Ausblick auf rechtliche Möglichkeiten einer verbesserten Umsetzung der Anforderungen zu geben. Entsprechend der ausgemachten Defizite¹⁹³³ gliedern sich die nachfolgenden Verbesserungsvorschläge nach Ansätzen zur Behebung der Defizite im privatwirtschaftlichen Risikomanagement (A.), der defizitären Berücksichtigung von gleichrangigen Rechtsgütern (B.), der Defizite im Rahmen der prozeduralen Rationalität (C.) sowie nach Ansätzen zur Umsetzung des Erfordernisses der öffentlichen Begleitung eines notwendigen Transformationsprozesses (D.).

A. Ansätze zur Behebung der Defizite im privatwirtschaftlichen Risikomanagement

Die privatwirtschaftlichen Risikomanagementinstrumente haben stets Vorrang vor den öffentlichen Risikoversorgemaßnahmen. Darüber hinaus hat die Unterstützung des privatwirtschaftlichen Risikomanagements Priorität

1933 S. Zusammenfassung unter Teil IV § 9 E. II.

bei der Ausgestaltung öffentlicher Risikovorsorgemaßnahmen in der Landwirtschaft, da diese Art der öffentlichen Risikovorsorge weniger eingriffsinintensiv ist.¹⁹³⁴

I. Ansätze zur Verstärkung von Maßnahmen, die auf tatsächlicher Ebene an der Verhinderung der Realisierung von systemischen Risikofaktoren ansetzen

Im Hinblick auf öffentliche Risikovorsorgemaßnahmen, die auf tatsächlicher Ebene an der Verhinderung der Realisierung von Risikofaktoren ansetzen, ist insbesondere der Klimaschutz zu nennen. Klimaschützende Maßnahmen tragen zur Verlangsamung des Klimawandels bei, der wie in § 3 gezeigt, vor allem den systemischen Risikofaktor „Wetter und Witterung“ potenziert.¹⁹³⁵ Mittelbar wird damit die Realisierung des systemischen Risikofaktors verhindert oder zumindest verzögert oder abgeschwächt. Zudem sind klimaschützende Maßnahmen zwingend in der Ausgestaltung des Agrarrechts zu implementieren (s. Abschnitt B., s. zum notwendigen Transformationsprozess und seiner öffentlichen Begleitung Abschnitt D.).¹⁹³⁶ Zwar konnte nicht eindeutig ein Defizit im Rahmen der Leistungsdimension hinsichtlich privatwirtschaftlicher Möglichkeiten klimaschützender Maßnahmen festgestellt werden.¹⁹³⁷ Allerdings erscheint es in Anbetracht des notwendigen Transformationsprozesses sinnvoll, Anreize zu setzen.

Eine Möglichkeit besteht darin, die landwirtschaftliche Tätigkeit in den Anwendungsbereich des TEHG aufzunehmen (§ 2 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Anhang 1 Teil 2).¹⁹³⁸ Zweck des Gesetzes ist es, ein Emissionshandelssystem zu schaffen und dadurch mit einer kosteneffizienten Verringerung von Treibhausgasen zum weltweiten Klimaschutz beizutragen (§ 1 TEHG). Die Einbeziehung der Landwirtschaft erfordert eine rechnerische Ermittlung der einzelbetrieblichen THG-Emissionen,¹⁹³⁹ die insbesondere im Pflanzenbau

1934 Vgl. Teil IV § 9 B. III. 1. b).

1935 Teil II § 3 C. II. 2.

1936 Vgl. Teil IV § 9 B. IV. 1. c) bb) (2) und cc) (2).

1937 Vgl. Teil IV § 9 III. 2. d) aa).

1938 Vgl. z. B. Vorschlag von *Holm-Müller/Perez*, Opt-in of the Agricultural Sector of the European Trading Scheme for Greenhouse Gase Emissions, *Agrarwirtschaft* 56 (2007), 354 (354 ff.).

1939 S. zum Berechnungsstandard *Effenberger/Gödeke/Grebe et al.*, Berechnungsstandards für einzelbetriebliche Klimabilanzen (BEK) in der Landwirtschaft.

und im Rahmen der Tierhaltung auf Praktikabilitätsgrenzen trifft.¹⁹⁴⁰ Hierdurch und durch die Transaktion selbst entstehen Kosten, die vor allem für kleine Betriebe unwirtschaftlich sind.¹⁹⁴¹ Die Möglichkeit, die landwirtschaftliche Tätigkeit in das Emissionshandelssystem einzubeziehen, könnte daher durch eine finanzwirksame Maßnahme ergänzt werden, indem Beihilfen für die Transaktionskosten gewährt werden. Darüber hinaus könnte ein sektorspezifisches Emissionshandelssystem für die Landwirtschaft eingerichtet werden, das die Schwierigkeiten bei der rechnerischen Ermittlung der einzelbetrieblichen THG-Emissionen im Rahmen der Monitoring- und Vollzugsanforderungen berücksichtigt.¹⁹⁴²

Vor dem Hintergrund der höheren Standards auf dem europäischen Binnenmarkt, liegt darüber hinaus die Einführung von „Klimaschutzzöllen“ nahe.¹⁹⁴³ Dies würde allerdings eine Änderung des WTO-Rechts hinsichtlich einer Öffnungsklausel für Klimaschutz voraussetzen, die sich gegenwärtig allerdings als unwahrscheinlich darstellt.¹⁹⁴⁴

II. Ansätze zur Verbesserung des Versicherungsangebotes und des Angebotes von Fonds auf Gegenseitigkeit

Wie in § 9 offengelegt werden konnte, existieren im Rahmen der Versicherungen und der Fonds auf Gegenseitigkeit nicht genutzte unionsrechtliche Gestaltungsspielräume sowie ein defizitäres privatwirtschaftliches Angebot.¹⁹⁴⁵ Zur Behebung dieses spezifischen Defizits im privatwirtschaftlichen Risikomanagement werden nachfolgend die Einführung einer Versicherungspflicht (1.) sowie die organisatorische Einbindung der öffentlichen

1940 *Lünenburger* (Umweltbundesamt), Klimaschutz und Emissionshandel in der Landwirtschaft, Januar 2013, S. 27.

1941 Zu diesem Ergebnis kommen *Eckermann/Hunt/Stronzik/Taylor*, *The Role of Transaction Costs and Risk Premia in the Determination of Climate Change Policy Responses*, ZEW Discussion Paper No. 03-59, 2003, S. 24 und *Lünenburger* (Umweltbundesamt), Klimaschutz und Emissionshandel in der Landwirtschaft, Januar 2013, S. 23 ff.

1942 S. hierzu Ansätze bei *Lünenburger* (Umweltbundesamt), Klimaschutz und Emissionshandel in der Landwirtschaft, Januar 2013, S. 25. Zu den Vor- und Nachteilen s. dort.

1943 Kritisch im Hinblick auf vergleichbare Lebensmittelstandards, die ebenfalls Handels hemmend wirken, *Gehring*, in: *Hilf/Oeter* (Hrsg.), *WTO-Recht*, § 19 Rn. 2.

1944 Vgl. ebenso *Martinez*, Klimaschutz durch nachhaltige Landwirtschaft, in: *Fang/ders./Qi* (Hrsg.), *Nachhaltigkeit und Landwirtschaft in China und Deutschland*, 101 (108).

1945 Vgl. Teil IV § 9 B. III. 2. b).

Hand (2.) zur Verbesserung des Versicherungsangebotes und des Angebotes von Fonds auf Gegenseitigkeit diskutiert.

1. Versicherungspflicht

Die Versicherungspflicht zeichnet sich durch eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zum Abschluss eines privatrechtlichen Versicherungsvertrages aus.¹⁹⁴⁶ Eine solche Versicherungspflicht ist dem deutschen Rechtssystem nicht fremd. Zu denken ist beispielsweise an die KfZ-Haftpflicht (§ 1 PflVG, s. auch § 113 Abs. 1 VVG). Eine Versicherungspflicht kommt insbesondere für Ernteversicherungen und Elementarschadensversicherungen in Betracht.

Für die Versicherungspflicht spricht zunächst, dass sie die defizitäre Versicherungsquote beheben kann, indem sie die Anzahl der versicherten Betriebe erhöht und die Prämienhöhe infolgedessen sinkt, da eine Determinante für die Höhe der Versicherungsprämie die Anzahl der versicherten landwirtschaftlichen Betriebe ist¹⁹⁴⁷. Sie stellt damit auch ein Mittel gegen adverse Selektion dar, die das Versicherungsangebot verteuert.¹⁹⁴⁸ Insoweit ist eine Versicherungspflicht insbesondere für die Markteinführungsphase von Versicherungen geeignet.¹⁹⁴⁹ Darüber hinaus bringt sie den Vorteil mit sich, dass die landwirtschaftlichen Betriebe im Schadensfall mangels Versicherung auf Ad-hoc-Beihilfen der öffentlichen Hand angewiesen sind. Diese sind schwieriger in das betriebliche Risikomanagement einzurechnen.

1946 Vgl. auch *Schmidt/Schneil*, Pflichtversicherung, in: Weber (Hrsg.), *Weber kompakt – Rechtswörterbuch*, die von „gesetzlich zwingend vorgeschriebene Versicherung“ sprechen.

1947 Bericht des BMEL unter Beteiligung der Länder, der Versicherungswirtschaft und des Thünen-Instituts zu Versicherungslösungen mit und ohne staatliche Unterstützung zu TOP 14, 15, 16 „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2019, S.17. Diese Aussage bezieht sich auf die Netto-Versicherungsprämie (= Prämie ohne Versicherungssteuer).

1948 Vgl. *Odening*, Dürrehilfen für die Landwirtschaft – wie lässt sich agrarischer Exzeptionalismus verstehen und rechtfertigen?, ifo Schnelldienst 20/2018, 3 (5).

1949 Vgl. für neu angelegte Indexversicherung für Grünland in Österreich den Bericht des BMEL unter Beteiligung der Länder, der Versicherungswirtschaft und des Thünen-Instituts zu Versicherungslösungen mit und ohne staatliche Unterstützung zu TOP 14, 15, 16 „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2019, S. 36.

nen, da sie abhängig von politischer Stimmung und Staatshaushalt sind.¹⁹⁵⁰ Dagegen kann anhand einer Versicherungspolice genau berechnet werden, wie hoch eine Ausgleichszahlung im Schadensfall sein wird.

Gegen eine Versicherungspflicht spricht, dass sie einen gegen die Vertragsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG verstoßenden Kontrahierungszwang darstellt.¹⁹⁵¹ Dieser Kontrahierungszwang unterläge dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Insbesondere könnte eine Konditionalität der Ad-hoc-Beihilfen ein milderer Mittel darstellen.¹⁹⁵² Mit einer derartigen Konditionalität ist gemeint, dass die Tatbestände der Ad-hoc-Hilfen, die beispielsweise in Fällen von Extremwetterereignissen gezahlt werden, den Abschluss einer entsprechenden Versicherung zur Voraussetzung machen.¹⁹⁵³ Ob dies die gleiche Wirksamkeit aufweist, ist insbesondere vor dem Hintergrund der Markteinführungshilfe und der adversen Selektion fraglich. Vom Kontrahierungszwang sind insbesondere Betriebe mit geringer Risikoexposition negativ betroffen, da sie Betriebe mit hoher Risikoexposition durch

1950 Poppe, Nachhaltige Landwirtschaft und ökonomisches Risiko, in: Fang/Martinez/Qi (Hrsg.), Nachhaltigkeit und Landwirtschaft in China und Deutschland, 171 (182). Ähnlich *Offermann/Duden/Schmitt*, Sind staatlich subventionierte Versicherungen die Antwort auf Extremwetterereignisse?, ifo Schnelldienst 11/2021, 11 (11).

1951 Vgl. ausführlich zum Kontrahierungszwang *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 469 f.

1952 Den fiskalischen Berechnungen des BMEL zufolge belasten Ad-hoc-Beihilfen die öffentliche Hand in einem geringen Maße als Prämiensubventionen, s. Bericht des BMEL unter Beteiligung der Länder, der Versicherungswirtschaft und des Thünen-Instituts zu Versicherungslösungen mit und ohne staatliche Unterstützung zu TOP 14, 15, 16 „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2019, S. 75. Allerdings ist aufgrund der Zunahme von Extremwetterereignissen auch eine Zunahme von Ad-hoc-Beihilfen anzunehmen, wenn dies das einzige Vorsorgemittel bleiben sollte. Sieht man die Prämiensubventionen als Markteinführungshilfe an, so sinkt die finanzielle Belastung des Fiskus mit Zunahme der Versicherten. Hinzu kommt, die fehlende Planungssicherheit der landwirtschaftlichen Betriebe bei Ad-hoc-Beihilfen, die vom jeweiligen politischen Willen abhängig sind. Vgl. auch *Europäischer Rechnungshof*, Sonderbericht: Stabilisierung der Einkommen von Landwirten, 2019, S. 4, der annimmt, dass „[d]ie Art und Weise, wie mit Ex-post-Maßnahmen auf einige Risiken extremer Klimaereignisse reagiert wurde, [...] unter Umständen nicht im Einklang mit der Strategie [steht], die verstärkte Nutzung von Instrumenten wie Versicherungen zu unterstützen.“

1953 S. z. B. Ziff. 6.3 NRRL „Begrenzung bei fehlendem Versicherungsschutz“. A. A. *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Für eine gemeinwohlorientierte GAP der EU nach 2020, April 2018, S. 45, der es gerade als Herausforderung ansieht Ad-hoc-Hilfen auf nicht versicherbare „katastrophale“ Ereignisse zu begrenzen.

ihre Prämienzahlungen „subventionieren“.¹⁹⁵⁴ Darüber hinaus erhöht sich durch eine Versicherungspflicht rein rechnerisch – aufgrund der höheren Versicherungsnehmerzahl – die Wahrscheinlichkeit des moral hazard. Gemünzt auf den Fall der Ernteversicherungen bedeutet moral hazard, dass versicherte landwirtschaftliche Betriebe risikoreiche Sorten anbauen, um ihre erwartete Entschädigung zu erhöhen.¹⁹⁵⁵ Hinzu kommt, dass ein „Ansubventionieren“ gegen klimawandelbedingte standortunangemessene Produktion nicht zielführend ist.¹⁹⁵⁶ Letztlich wiegt der Kontrahierungszwang besonders in den Fällen schwer, in denen kein privatwirtschaftliches Versicherungsangebot besteht. Denn nur wenn ein kostengünstiges, flächendeckendes Angebot entsprechender Versicherungen besteht, ist eine Versicherungspflicht überhaupt sinnvoll. Andernfalls könnte sie auch zu finanziellen Belastungen oder Pflichtwidrigkeit durch Nichtabschluss eines Versicherungsvertrages (mangels Angebots) führen.

Um vorstehende Problempunkte zu lösen, sind die nachfolgenden Überlegungen zur konkreten Ausgestaltung einer etwaigen Versicherungspflicht anzumerken. Hinsichtlich der Vermeidung des moral hazard sollten Listen besonders risikoreicher Sorten in den jeweiligen Regionen geführt werden.¹⁹⁵⁷ Ertragsschäden dieser Sorten sollten aus den Versicherungspolice ausgenommen werden. Zugleich kommt die Kopplung der Auszahlung im Versicherungsfall an betriebliche Risikovorsorgemaßnahmen in Betracht.¹⁹⁵⁸ Ebenfalls kann ein System der Schadensfreiheitsklassifizierung moral hazard vorbeugen, indem schadenfreie Jahre zur Einstufung in eine günstige Schadensklasse und Schäden zur Einstufung in eine teurere Scha-

1954 Behrens, Die Naturgefahr Überschwemmung in den Allgemeinen Bedingungen der Sachversicherung, r+s 2020, 489 (490).

1955 Bericht des BMEL unter Beteiligung der Länder, der Versicherungswirtschaft und des Thünen-Instituts zu Versicherungslösungen mit und ohne staatliche Unterstützung zu TOP 14, 15, 16 „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2019, S. 8 Fn. 1.

1956 Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz, Für eine gemeinwohlorientierte GAP der EU nach 2020, April 2018, S. 48.

1957 Vgl. Osberghaus, Staatliche Fluthilfe, ifo Schnelldienst 11/2021, 3 (5).

1958 Vgl. auch Kühn, Zeitalter der Wetterextreme, GDV Positionen-Magazin, 19.9.21; vgl. auch Bericht des BMEL unter Beteiligung der Länder, der Versicherungswirtschaft und des Thünen-Instituts zu Versicherungslösungen mit und ohne staatliche Unterstützung zu TOP 14, 15, 16 „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2019, S. 18.

denklasse führen.¹⁹⁵⁹ Diese Klassifizierung würde zugleich das Ungleichgewicht zwischen den Versicherten und ihren jeweiligen Risikoexpositionen berücksichtigen.¹⁹⁶⁰ Insbesondere sollte eine Versicherungspflicht durch eine Prämiensubvention¹⁹⁶¹, die bereits im Unionsrecht angelegt ist (Art. 76 Abs. 3 lit. a) GAP-Strategieplan-VO sowie Art. 28 Agrar-FreistellungsVO), begleitet werden, um zum einen die Kosten für die landwirtschaftlichen Betriebe gering zu halten und zum anderen den Ausbau des privatwirtschaftlichen Angebots während der Markteinführungsphase¹⁹⁶² mittelbar zu fördern. Mit der Begrenzung der Prämiensubvention auf die Markteinführungsphase respektive einer Kopplung der Prämienhöhe an Marktverbreitung, kann zugleich einem „Durchreichen“ der öffentlichen Mittel an die Versicherungen¹⁹⁶³ vorgebeugt werden. Die Prämiensubventionen werden ebenfalls im Hinblick auf den Anreiz zu moral hazard¹⁹⁶⁴ kritisiert.¹⁹⁶⁵ Für sie gelten daher gleichfalls die genannten Einschränkungen.

1959 Bericht des BMEL unter Beteiligung der Länder, der Versicherungswirtschaft und des Thünen-Instituts zu Versicherungslösungen mit und ohne staatliche Unterstützung zu TOP 14, 15, 16 „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2019, S. 17.

1960 Vgl. *Osberghaus*, Staatliche Fluthilfe, ifo Schnelldienst 11/2021, 3 (4 f.).

1961 S. zum Problem des Überwälzungseffektes den Bericht des BMEL unter Beteiligung der Länder, der Versicherungswirtschaft und des Thünen-Instituts zu Versicherungslösungen mit und ohne staatliche Unterstützung zu TOP 14, 15, 16 „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2019, S. 77 f.

1962 Vgl. für neu angelegte Indexversicherung für Grünland in Österreich den Bericht des BMEL unter Beteiligung der Länder, der Versicherungswirtschaft und des Thünen-Instituts zu Versicherungslösungen mit und ohne staatliche Unterstützung zu TOP 14, 15, 16 „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2019, S. 36.

1963 Zum Überwälzungseffekt *Odening*, Dürrehilfen für die Landwirtschaft – wie lässt sich agrarischer Exzeptionalismus verstehen und rechtfertigen?, ifo Schnelldienst 20/2018, 3 (5); *Hirschauer/Mußhoff/Offermann*, Sind zusätzliche staatliche Hilfen für das Risikomanagement in der Landwirtschaft sinnvoll?, ifo Schnelldienst 20/2018, 12 (14); vgl. *Hirschauer/Mußhoff*, Was bringen agrarpolitische Maßnahmen für die Risikoabsicherung in der Landwirtschaft?, Agra-Europe 29/2018, Länderberichte, 21 (21).

1964 *Offermann/Efken/Ellßel/et al.*, Ausgewählte Instrumente zum Risikomanagement in der Landwirtschaft (Thünen Working Paper 72), April 2017, S. 7, 35.

1965 Vgl. *Odening*, Dürrehilfen für die Landwirtschaft – wie lässt sich agrarischer Exzeptionalismus verstehen und rechtfertigen?, ifo Schnelldienst 20/2018, 3 (6); vgl. *Gömann/Bender/Bolte et al.*, Agrarrelevante Extremwetterlagen und Möglichkeiten von Risikomanagementsystemen (Thünen Report 30), Juni 2015, S. 235.

2. Organisatorische Einbindung der öffentlichen Hand

Mangels eines kostengünstigen privatwirtschaftlichen Angebots an gewissen Ernteversicherungen ist es ebenso denkbar, die öffentliche Hand organisatorisch auf der Angebotsseite einzubinden. Dies kann in Form einer öffentlichen Monopolversicherung oder durch einen public-private-partnership ausgestaltet sein. Eine öffentliche Monopolversicherung würde die privatwirtschaftlichen Versicherungsangebote in den defizitären Bereichen ersetzen, die Prämien und Programme verwalten sowie die Deckung von Verlusten garantieren.¹⁹⁶⁶ Das Modell des public-private-partnership zeichnet sich durch die Einbindung der öffentlichen Hand durch Prämiensubventionen und die Bereitstellung von Rückversicherungen aus.¹⁹⁶⁷ Beide Modelle können durch eine Versicherungspflicht in der aufgezeigten Ausgestaltungsform begleitet werden, wobei in diesen Konstellationen weder das Markteinführungsargument noch das Argument zur Verhinderung der adversen Selektion greifen, da die Prämien ohnehin durch die organisatorische Einbindung der öffentlich Hand gering gehalten werden. Auch wenn der Eingriff in den freien Wettbewerb der Versicherungen im Falle einer öffentlichen Monopolversicherung stärker ist, umgeht diese Variante der organisatorischen Einbindung der öffentlichen Hand das Problem des Überwälzungseffektes der Prämiensubventionen auf die Versicherungsbranche.¹⁹⁶⁸

Eine andere Möglichkeit der organisatorischen Einbindung der öffentlichen Hand stellt die öffentliche Rückversicherung dar. Die öffentliche Rückversicherung könnte beispielsweise die Schadenskosten ab einer be-

1966 Bericht des BMEL unter Beteiligung der Länder, der Versicherungswirtschaft und des Thünen-Instituts zu Versicherungslösungen mit und ohne staatliche Unterstützung zu TOP 14, 15, 16 „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2019, S. 32. Beispiele in der EU finden sich in Griechenland und Zypern.

1967 Bericht des BMEL unter Beteiligung der Länder, der Versicherungswirtschaft und des Thünen-Instituts zu Versicherungslösungen mit und ohne staatliche Unterstützung zu TOP 14, 15, 16 „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2019, S. 32. Beispiele in der EU finden sich in Spanien und Portugal.

1968 Vgl. zum Überwälzungseffekt den Bericht des BMEL unter Beteiligung der Länder, der Versicherungswirtschaft und des Thünen-Instituts zu Versicherungslösungen mit und ohne staatliche Unterstützung zu TOP 14, 15, 16 „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2019, S. 77 f.

stimmten Schadensquote der jeweiligen Versicherung übernehmen.¹⁹⁶⁹ Hierdurch könnten ebenfalls die Kosten des privatwirtschaftlichen Angebots für die landwirtschaftlichen Betriebe gering gehalten werden.¹⁹⁷⁰

Eine weitere Möglichkeit der organisatorischen Einbindung bietet sich im Hinblick auf das spezielle defizitäre Versicherungsangebot¹⁹⁷¹ bezüglich der Quarantäneschadorganismen¹⁹⁷² in Form der Schaffung eines vergleichbaren Systems zu den öffentlich-rechtlichen Tierseuchenkassen an.

Die organisatorische Einbindung der öffentlichen Hand bedeutet in allen Fällen bürokratischen Aufwand. Insbesondere sind jedoch unionsrechtliche Grenzen in Bezug auf Monopolversicherungen zu beachten.¹⁹⁷³ Daher sollten die unionsrechtlich bereits existierenden Spielräume der Fonds auf Gegenseitigkeit (Art. 76 Abs. 3 lit. b) GAP-Strategieplan-VO) genutzt werden.¹⁹⁷⁴ Ein Zulassungssystem für Fonds auf Gegenseitigkeit könnte in die Systematik des AgrarOLG integriert werden, in dem bereits die staatliche Anerkennung von Agrarorganisationen und die Verbote unlauterer Handelspraktiken geregelt sind.

1969 *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft, April 2011, S. 16.

1970 *Ebd.*; Keller, Ernteversicherungen als Risikomanagementinstrument, S. 271

1971 Bericht des BMEL und der Länder zu TOP „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2018, S. 23 f.

1972 Legaldefinitionen in Art. 3 und 4 der VO (EU) Nr. 2016/2031 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.10. 2016 über Maßnahmen zum Schutz vor Pflanzenschädlingen, zur Änderung der VO (EU) Nr. 228/2013, (EU) Nr. 652/2014 und (EU) Nr. 1143/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 69/464/EWG, 74/647/EWG, 93/85/EWG, 98/57/EG, 2000/29/EG, 2006/91/EG und 2007/33/EG des Rates (ABl. L 317/4 v. 23.11.2016).

1973 Vgl. z. B. Art. 188 RL 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II) (ABl. L 335/1 v. 17.12.2009): „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die für den Zugang zur Tätigkeit in bestimmten Versicherungszweigen bestehenden Monopole, die den in ihrem Hoheitsgebiet errichteten Anstalten gewährt wurden und in Artikel 8 aufgeführt sind, abgeschafft werden.“

1974 A. A. *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft, April 2011, S. 3, 26.

III. Ansätze zur Verbesserung der Möglichkeiten privatwirtschaftlichen Risikomanagements im Milchsektor

Wie gezeigt, bestehen im Milchsektor zwei wesentliche Probleme mit Blick auf privatwirtschaftliche Risikomanagementinstrumente: zum einen hinsichtlich der Milchlieferbeziehungen und zum anderen hinsichtlich der teuren Preisabsicherung auf dem Warenterminmarkt. In Bezug auf die Milchlieferbeziehungen sollte die agrarmarktorganisatorische Maßnahme der Regulierung von Milchlieferverträge insoweit überarbeitet werden, als dass eine Kündigungshöchstfrist sowie die Vorgabe mehrerer Kündigungstermine pro Jahr in Art. 148 Abs. 2 c) iii) GMO-VO implementiert werden.¹⁹⁷⁵ Gleiches gilt für die Konkretisierung hinsichtlich eines Verbotes nachträglicher Preisfestsetzungen.¹⁹⁷⁶ Eine derartige Konkretisierung wäre in Art. 148 Abs. 2 c) i) oder iv) GMO-VO zu verorten.

Hinsichtlich der hohen Kosten auf dem Warenterminmarkt stellt die Sicherheitsleistung den tauglichsten Ansatzpunkt für öffentliche Risikovorsorge dar. Durch eine Förderung von Krediten für die Sicherheitsleistung oder durch eine öffentliche Übernahme einer Bürgschaft kann die Attraktivität dieses privatwirtschaftlichen Risikomanagementinstrumentes gesteigert werden.¹⁹⁷⁷ Für die Umsetzung kommt ein Förder- und/oder Bürgschaftsprogramm der Landwirtschaftlichen Rentenbank in Frage. Diese Art der öffentlichen Risikovorsorge ist aufgrund des generellen Vorrangs privatwirtschaftlicher Risikomanagementinstrumente und aufgrund der Argumente gegen öffentliche Versicherungslösungen den Vorschlägen zu einer Art Indexversicherung¹⁹⁷⁸ vorzuziehen.

1975 Vgl. Hinweise für die weitere Ausgestaltung der Milchlieferbeziehungen *Bundeskartellamt*, Sachstand im Verfahren zu Lieferbedingungen für Rohmilch, März 2017, S. 16.

1976 Vgl. Hinweise für die weitere Ausgestaltung der Milchlieferbeziehungen *Bundeskartellamt*, Sachstand im Verfahren zu Lieferbedingungen für Rohmilch, März 2017, S. 17.

1977 Als Beispiel dient das sog. Ammerländer Modell, bei dem die Molkerei Ammerland eG die Einrichtung der Handels- und Geldkonten an der Börse übernimmt. Hierdurch fallen die Kosten für Initial- und Variation-Margin nicht bei den Milchproduzenten an. Vgl. hierzu *Kalverkamp* im Interview *Elite: Magazin für Milchproduzenten* 2017, abrufbar unter: [https://www.elite-magazin.de/eliteplus/heft/uber-die-molkerei-milchpreise-der-borse-absichern-13389.html#:~:text=In%20der%20Regel%20ist%20das,weitem%20nicht%20alle%20Betriebe%20monatlich%20\(zuletzt%20abgerufen%20am%205.11.2023\).](https://www.elite-magazin.de/eliteplus/heft/uber-die-molkerei-milchpreise-der-borse-absichern-13389.html#:~:text=In%20der%20Regel%20ist%20das,weitem%20nicht%20alle%20Betriebe%20monatlich%20(zuletzt%20abgerufen%20am%205.11.2023).)

1978 S. *Offermann/Efken/Ellßel/et al.*, *Ausgewählte Instrumente zum Risikomanagement in der Landwirtschaft* (Thünen Working Paper 72), April 2017, S. 16, die ein

IV. Ansätze zur Verbesserung der Rücklagenbildung

Um die Rücklagenbildung für die landwirtschaftlichen Betriebe zu erleichtern, wird seitens des Deutschen Bauernverbandes e. V. bereits seit 2008 ohne Erfolg eine steuerliche Risikoausgleichsrücklage in Anlehnung an § 3 des Forstschäden-Ausgleichsgesetzes gefordert.¹⁹⁷⁹ Von einer steuerlichen Risikoausgleichsrücklage profitieren in erster Linie Betriebe mit hohen Einnahmen und Einkommen,¹⁹⁸⁰ sodass für viele Betriebe kein Anreizeffekt zur Rücklagenbildung einsetzt¹⁹⁸¹. Eine Studie aus dem Jahr 2011 kommt zu dem Ergebnis, dass die Steuerersparnis im Durchschnitt bei lediglich 178 Euro pro Betrieb liegt und mithin kein Beitrag zur Liquiditätsstabilisierung der Betriebe zu erwarten ist.¹⁹⁸² Die Rationalität und Effektivität einer steuerlichen Risikoausgleichsrücklage ist daran gebunden, dass tatsächlich eine vom restlichen Vermögen getrennte, zeitlich begrenzte Rücklage gebildet wird, deren Zugriff gesetzlich an Situationen gebunden ist, in denen sich

hypothetisches (staatlich gefördertes) Instrument zur Preisabsicherung für Milch in Form einer Indexversicherung vorschlagen, oder auch *Thiele/Richarts/Burchardi (ife)*, *Expertise Kriseninstrumente im Milchmarkt*, April 2015, die die Übertragbarkeit des US-amerikanischen „Milk Margin Protection Program (MPP)“ untersuchen.

- 1979 *Hirschauer/Mußhoff*, Was bringen agrarpolitische Maßnahmen für die Risikoabsicherung in der Landwirtschaft?, *Agra-Europe* 29/2018, Länderberichte, 21 (22); vgl. auch bereits *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft, April 2011, S. 20.
- 1980 *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft, April 2011, S. 20.
- 1981 *Gömann/Bender/Bolte et al.*, Agrarrelevante Extremwetterlagen und Möglichkeiten von Risikomanagementsystemen (Thünen Report 30), Juni 2015, S. 231 f.; vgl. auch *Bahrs*, Diskussion und Bewertung der möglichen Einführung einer Risikoausgleichsrücklage zum Ausgleich von wetter- und marktbedingten Risiken in der Landwirtschaft, Abschlussbericht 2011, S. 57, der darauf verweist, dass „[f]ür eine erhebliche Anzahl an Betrieben [...] der Glättungseffekt deutlich über dem genannten Durchschnittswert [liegt], während ein anderer Teil der Betriebe in den Simulationsrechnungen praktisch überhaupt nicht von der Risikoausgleichsrücklage profitieren kann, sei es weil sie gleichmäßige Einkommensströme aufweisen oder auf ihr Einkommen ohnehin kaum Steuern zahlen.“
- 1982 *Bahrs*, Diskussion und Bewertung der möglichen Einführung einer Risikoausgleichsrücklage zum Ausgleich von wetter- und marktbedingten Risiken in der Landwirtschaft, Abschlussbericht 2011, S. 57.

ein systemischer Risikofaktor realisiert.¹⁹⁸³ Darüber hinaus erscheint eine Kopplung an die Direktzahlungen sinnvoll. Wird ein festgelegtes Einkommensniveau erreicht, sollte ein Teil der Direktzahlungen in die Rücklage fließen.¹⁹⁸⁴ Hierbei sollten jedoch etwaige Investitionsvorhaben berücksichtigt werden. Eine Lösung für die Proportionalität der Wirksamkeit der Maßnahme zur Einkommenshöhe ist hiermit jedoch nicht gefunden. Insgesamt kommt die Diskussion um die Einführung einer steuerlichen Risikoausgleichsrücklage, die inzwischen über zehn Jahre geführt wird, immer noch zu keinem abschließenden Ergebnis hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung und Nützlichkeit der Maßnahme.¹⁹⁸⁵

Einen anderen Ansatz verfolgen die Vorschläge des *Thünen-Instituts*, die eine Subvention der Rücklagenbildung vorsehen.¹⁹⁸⁶ Hierbei zahlen die Landwirt:innen einen freiwilligen und selbstbestimmten Betrag auf ein separates Rücklagenkonto ein, der durch die öffentliche Hand subventioniert wird.¹⁹⁸⁷ Auch im Rahmen dieses Maßnahmenvorschlags sollten die Rationalität und Effektivität der Subvention durch gesetzlich festgelegte Auszahlungstatbestände gewahrt werden. Dieses System ähnelt dem Einkommensstabilisierungsinstrument der Art. 36 Abs. 1 lit. c) i. V. m. Art. 39

1983 *Hirschauer/Mußhoff/Offermann*, Sind zusätzliche staatliche Hilfen für das Risikomanagement in der Landwirtschaft sinnvoll?, ifo Schnelldienst 20/2018, 12 (14 f.); vgl. auch Anforderungen an die Ausgestaltung bei *Bahrs*, Diskussion und Bewertung der möglichen Einführung einer Risikoausgleichsrücklage zum Ausgleich von wetter- und marktbedingten Risiken in der Landwirtschaft, Abschlussbericht 2011, S. 61; vgl. auch Bericht des BMEL und der Länder zu TOP „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2018, S. 46 f.; *Hirschauer/Mußhoff*, Was bringen agrarpolitische Maßnahmen für die Risikoabsicherung in der Landwirtschaft?, Agra-Europe 29/2018, Länderberichte, 21 (23).

1984 *Hirschauer/Mußhoff*, Was bringen agrarpolitische Maßnahmen für die Risikoabsicherung in der Landwirtschaft?, Agra-Europe 29/2018, Länderberichte, 21 (23); Bericht des BMEL und der Länder zu TOP „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2018, S. 78.

1985 S. eine Zusammenfassung der Gegenargumente im Bericht des BMEL und der Länder zu TOP „Risiko- und Krisenmanagement in der Landwirtschaft“ für AMK September 2018, S. 76 ff.

1986 *Offermann/Efken/Ellßel/et al.*, Ausgewählte Instrumente zum Risikomanagement in der Landwirtschaft (Thünen Working Paper 72), April 2017, S. 41 f.

1987 Angelehnt ist das System an das kanadische „AgriInvest“-Programm, bei dem „[d]er Staat [...] die jährlich von den Landwirten auf ein Rücklagenkonto eingezahlten Beträge bis zu einer Höhe von maximal 1.200 Euro pro Betrieb und Jahr bzw. maximal 1 % des Nettoverkaufserlöses landwirtschaftlicher Produkte [verdoppelt]“; vgl. *Offermann/Efken/Ellßel/et al.*, Ausgewählte Instrumente zum Risikomanagement in der Landwirtschaft (Thünen Working Paper 72), April 2017, S. 41.

ELER-VO (in der Förderperiode 2023-2027 wird im Rahmen der Fonds auf Gegenseitigkeit nicht mehr unterschieden). Da hier bereits ein unionsrechtliches Gerüst existiert, ist in Bezug auf die Rücklagenbildung anzuraten, das unionsrechtliche Gerüst mitgliedstaatlich auszugestalten.

V. Ansätze zur Verbesserung der Produktionsanpassung an den Klimawandel

In Bezug auf die Möglichkeiten der klimawandelangepassten Produktion, konnte ein Defizit im Hinblick auf die Nichtregelung der zu erwartenden Wassernutzungskonflikte festgestellt werden. Zur Behebung dessen sollten frühestmöglich Entscheidungskriterien für die Wassernutzungskonflikte entwickelt und normiert werden, um für die landwirtschaftlichen Betriebe Planungssicherheit in Bezug auf diese Art des systemischen Risikofaktors „rechtliche Rahmenbedingungen“ zu generieren.

B. Ansätze zur Behebung der defizitären Berücksichtigung von gleichrangigen Rechtsgütern

Hinsichtlich der Behebung der defizitären Berücksichtigung der gleichrangigen Rechtsgüter Umwelt-, Tier- und Klimaschutz sind für diese Bearbeitung allein die Verbesserungsmöglichkeiten im Rahmen der gesetzgeberischen Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft relevant. Sonstige Defizite im Rahmen der Ausgestaltung des Agrarrechts können an dieser Stelle nicht berücksichtigt werden.¹⁹⁸⁸ Eine wirksamere Berücksichtigung des Umwelt-, Tier- und Klimaschutzes bei der gesetzgeberischen Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge ist durch eine Öko-, Tierschutz- und Klimaschutzkonditionalität in den Beihilfetatbestän-

1988 Vgl. zur Verbesserung der Berücksichtigung des Tierschutzes den Vorschlag zur Honorierung von Tierwohlleistungen *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Für eine gemeinwohlorientierte GAP der EU nach 2020, April 2018, S. 75. Vgl. zur Verbesserung der Berücksichtigung des Umwelt- und Klimaschutzes *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Zur effektiven Gestaltung der Agrarumwelt- und Klimaschutzpolitik im Rahmen der Gemeinsamen Agrarpolitik der EU nach 2020, Mai 2019. Vgl. neuere Ansätze zur Integration von Umweltanliegen im Governance-Rahmen *Feindt/Krämer/Früh-Müller et al.*, Ein neuer Gesellschaftsvertrag für die Landwirtschaft, S. 74 ff. sowie S. 223 ff.

den zu erreichen.¹⁹⁸⁹ Das bedeutet, dass nur solche landwirtschaftlichen Betriebe in den Tatbestand der finanzwirksamen öffentlichen Risikovor- sorgemaßnahmen einbezogen werden, die einen gewissen umwelt-, tier- und klimaschützenden Standard ihrer Produktion nachweisen können.

Mit der durch die „GAP 2023“ eingeführten Konditionalität (Art. 12 Abs. 1 lit. a) GAP-Strategieplan-VO) ist in dieser Hinsicht ein erster Schritt gegangen worden. Allerdings bezieht sich die Konditionalität in erster Linie auf die Direktzahlungen, die nicht als öffentliche Risikovor-sorgemaßnahme einzuordnen sind.

C. Ansätze zur Behebung der Defizite im Rahmen der prozeduralen Rationalität

Im Rahmen der prozeduralen Rationalität konnten zwei Defizite ausfindig gemacht werden:

Zum einen ist das Fehlen eines Leitbildes im Hinblick auf die prozedura- le Rationalität zu bemängeln. Daher sollte ein holistisches Leitbild geschaf- fen werden, das seiner Wortbedeutung eines den Gesetzgeber leitenden Bildes und Ziels gerecht wird. Einen aktuellen Vorschlag machen *Czybul- ka/Fischer-Hüftle/Hampicke/Köck/Martinez*. Ihr Leitbild setzt sich für eine Ernährungssicherung der Bevölkerung innerhalb ökologischer Grenzen, eine umweltgerechte und ressourcenschonende Landwirtschaft und die tierwohlgerechte Nutztierhaltung ein.¹⁹⁹⁰ Dieses Leitbild berücksichtigt die in § 9 ausgemachten, in Ausgleich zu bringenden multipolaren Verfassungs- rechtsverhältnisse bis auf das Spannungsverhältnis zum freien Wettbewerb. In dieser Hinsicht bedarf es einer Erweiterung, insbesondere vor dem Hintergrund des aus dem Marktgeschehen resultierenden systemischen Risikofaktors.

Zum anderen zeigt sich ein Defizit mit Blick auf die mangelhafte Ri- sikooermittlung und Risikobewertung bei der Ausgestaltung der Direktzah- lungen. Zunächst ist ein Bewusstsein dafür zu schaffen und in der Folge zu kommunizieren, dass es sich bei den Direktzahlungen in der gegen-

1989 Vgl. zur Einführung der Ökookonditionalität 2013 *Holzer*, Die neue Ökoarchitektur der GAP, in: *Norer/Holzer* (Hrsg.), *Agrarrecht: Jahrbuch 15* (2015), 121 (144 ff.).

1990 *Czybulka/Fischer-Hüftle/Hampicke/Köck/Martinez*, Ein Landwirtschaftsgesetz für Deutschland im Zeichen von Umweltschutz und Biodiversität, *NuR* 2021, 227 (234 ff.).

wärtigen Ausgestaltung mangels Orientierung der Ausgestaltung an den systemischen Risikofaktoren nicht um eine Maßnahme der öffentlichen Risikoversorge handelt, obgleich sie einen positiven Effekt auf die landwirtschaftlichen Einkommen besitzen.¹⁹⁹¹ Allerdings ist eine Ausklammerung der Direktzahlungen aus den Überlegungen zur Verbesserung der öffentlichen Risikoversorge nicht zielführend.¹⁹⁹² Dies gilt umso mehr mit Blick auf die finanziellen Mittel, die für die Direktzahlungen aufgewendet werden.¹⁹⁹³ Eine Möglichkeit zur Behebung der mangelhaften Orientierung an den systemischen Risikofaktoren ist darin zu sehen, einen Teil der Direktzahlungen auf ein „Sperrkonto“ auszuzahlen, von dem nur bei Eintritt eines Schadensereignisses Gelder entnommen werden können.¹⁹⁹⁴ Eine andere Möglichkeit besteht darin, die für die Direktzahlungen vorgesehenen Gelder von der ersten in die zweite Säule „umzuschichten“.¹⁹⁹⁵ In der zweiten Säule könnten die Mittel sodann für öffentliche Risikoversorgemaßnahmen ausgegeben werden,¹⁹⁹⁶ die den Anforderungen der prozeduralen Rationalität Rechnung tragen.¹⁹⁹⁷ Der Ansatz von Art. 19 GAP-Strategieplan-VO ist ebenfalls zu begrüßen.

1991 Cordier, Comparative Analysis of Risk Management Tools supported by the 2014 Farm Bill and the CAP 2014-2020, Dezember 2014, S. 24; vgl. *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Für eine gemeinwohlorientierte GAP der EU nach 2020, April 2018, S. 75.

1992 Offermann/Efken/Ellßel/et al., Ausgewählte Instrumente zum Risikomanagement in der Landwirtschaft (Thünen Working Paper 72), April 2017, S. 45.

1993 Nach dem mehrjährigen Finanzrahmen der Europäischen Union sind für das Jahr 2021 ca. 38,5 Millionen Euro für die Direktzahlungen vorgesehen, vgl. Anhang I der VO (EU, Euratom) 2020/2093 des Rates v. 17.12.2020 zur Festlegung des mehrjährigen Finanzrahmens für die Jahre 2021 bis 2027 (ABl. L 433 I/11 v. 22.12.2020).

1994 S. zum Vorschlag Offermann/Efken/Ellßel/et al., Ausgewählte Instrumente zum Risikomanagement in der Landwirtschaft (Thünen Working Paper 72), April 2017, S. 43; ähnlich Cordier, Comparative Analysis of Risk Management Tools supported by the 2014 Farm Bill and the CAP 2014-2020, Dezember 2014, S. 18.

1995 Vgl. hierzu Feindt/Krämer/Früh-Müller et al., Ein neuer Gesellschaftsvertrag für die Landwirtschaft, S. 233 ff.

1996 Vgl. Risikomanagement als Priorität in Art. 5 Abs.1 Nr. 3 ELER-VO sowie die spezifischen Ziele in Art. 6 Abs. 1 lit. a), b), c) GAP-Strategieplan-VO.

1997 Losgelöst vom Kontext der öffentlichen Risikoversorge besteht die Möglichkeit die Direktzahlungen an die Erbringung öffentlicher Güter zu koppeln, vgl. *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz*, Für eine gemeinwohlorientierte GAP der EU nach 2020, April 2018, S. 72.

D. Ansätze zur Umsetzung des Erfordernisses der öffentlichen Begleitung eines notwendigen Transformationsprozesses

Der Klimawandel stellt die Landwirtschaft nicht nur durch die Zunahme von Extremwetterereignissen oder Zunahme und globale Ausbreitung von Zoonosen und Schädlingen vor große Herausforderungen, sondern auch im Hinblick auf den notwendigen Transformationsprozess hin zu einer klimaschützenden, klimaneutralen oder zumindest zu einer weniger klimaschädlicheren Landwirtschaft. Die Notwendigkeit eines solchen Transformationsprozesses steht allerspätestens mit dem Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24.3.2021 außer Frage.¹⁹⁹⁸ Aus diesem ergibt sich, „dass frühzeitig transparente Maßgaben für die weitere Ausgestaltung der Treibhausgasreduktion formuliert werden [müssen], die für die erforderlichen Entwicklungs- und Umsetzungsprozesse Orientierung bieten und diesen ein hinreichendes Maß an Entwicklungsdruck und Planungssicherheit vermitteln.“¹⁹⁹⁹ Verstärkt wird die Notwendigkeit eines Transformationsprozesses durch die aufgezeigten Defizite im Rahmen der Berücksichtigung des gleichrangigen Rechtsgutes des Klimaschutzes im Status Quo der öffentlichen Risikovorsorge. Gleiches gilt für die Berücksichtigung des gleichrangigen Umwelt- und Tierschutzes, die ebenso eine gewisse Transformation der Landwirtschaft erforderlich machen. Ordnungsrechtliche Maßnahmen zur Durchführung des Transformationsprozesses werden auf den Weg gebracht werden. Insoweit treffen hier der systemische Risikofaktor der rechtlichen Rahmenbedingungen und die Anforderung aus der defizitären Berücksichtigung des Umwelt-, Klima- und Tierschutzes bei der Ausgestaltung der öffentlichen Risikovorsorge in der Landwirtschaft

1998 *BVerfG*, Beschl. v. 24.3.2021, Az. 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20 – Klimabeschluss, vgl. 149. Eindringlich beschreibt das BVerfG in Rn. 186, dass „jede CO₂-Emissionsmenge, die heute zugelassen wird, das verfassungsrechtlich vorgezeichnete Restbudget irreversibel verkleinert und CO₂-relevanter Freiheitsgebrauch stärkeren, verfassungsrechtlich gebotenen Restriktionen ausgesetzt sein wird [...]. Ein schneller Verbrauch des CO₂-Budgets schon bis 2030 verschärft jedoch das Risiko schwerwiegender Freiheitseinbußen [...]. Je kleiner das Restbudget und je höher das Emissionsniveau ist, desto kürzer ist die verbleibende Zeit für die erforderlichen Entwicklungen. Je weniger aber auf solche Entwicklungen zurückgegriffen werden kann, desto empfindlicher werden die Grundrechtsberechtigten von den bei schwindendem CO₂-Budget verfassungsrechtlich immer drängenderen Beschränkungen CO₂-relevanter Verhaltensweisen getroffen.“

1999 *BVerfG*, Beschl. v. 24.3.2021, Az. 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20 – Klimabeschluss, Leitsatz 4.

aufeinander und müssen in einen optimalen Ausgleich gebracht werden. Für die Lösung dieses Konfliktes ist neben dem aus dem rechtsstaatlichen Abwägungsprozess erwachsenden optimalen Ausgleich²⁰⁰⁰ insbesondere der speziell auf den systemischen Risikofaktor der rechtlichen Rahmenbedingungen zugeschnittene Art. 39 Abs. 2 b) AEUV zu beachten. Dieser erfordert eine stufenweise Anpassung bei der Gestaltung der Gemeinsamen Agrarpolitik.²⁰⁰¹ Aufgrund der Dringlichkeit des Klimaschutzes und der damit teilweise nicht vertretbaren Möglichkeit einer stufenweisen Anpassung muss diese Regelung dahingehend verstanden werden, dass der notwendige Transformationsprozess öffentlich begleitet wird. Das bedeutet insbesondere, dass der Transformationsprozess frühzeitig und mit Weitsicht auszugestalten ist und finanzielle Mittel für die Umsetzung einer zügigen Transformation bereitgestellt respektive Einkommensmöglichkeiten nach erfolgter Transformation geschaffen werden.²⁰⁰² Mit Blick auf die frühzeitige und weitsichtige Ausgestaltung sollte die der materiell-verfassungsrechtlichen und materiell-primärrechtlichen Gewährleistung leistungsfähiger Betriebe innewohnende Langzeitverantwortung²⁰⁰³ in der Weise institutionalisiert werden, dass „eine auf Dauer angelegte (Langzeitpräsenz), sowie auf Integration, Objektivität und Akzeptanz (Legitimation durch Vertrauen) ausgerichtete Institution mit der alleinigen Aufgabe, Langzeitinteressen zu ermitteln und zu vertreten, einzurichten ist.“²⁰⁰⁴ Die Begleitung durch öffentliche Maßnahmen trägt damit zum optimalen Ausgleich der Verfassungswerte durch die Umsetzung des Transformationsprozesses bei gleichzeitiger Berücksichtigung der erforderlichen Planungssicherheit der landwirtschaftlichen Betriebe bei. Ebenfalls ist in diesem Kontext die Schaffung eines rechtlich bindenden Leitbildes abermals anzuraten.²⁰⁰⁵

2000 Vgl. Teil IV § 9 B. II. 1. c).

2001 Vgl. Teil IV § 9 C.

2002 Vgl. z. B. Vorschlag von *Paulus/Berg*, Insolvenzrecht und Katastrophen – Lehren, die gezogen werden sollten, ZIP 2021, 1742 (1742 ff.), hinsichtlich eines Katastrophenschutzgesetzes, dass insolvenzrechtliche Ausnahmebestimmungen, die in den vergangenen Jahren stets als Reaktion auf (Natur-) Katastrophen geregelt wurden, im Sinne einer weitsichtigen Gesetzgebung beinhaltet.

2003 Vgl. Teil III § 6 B. I. 3. b) aa).

2004 Vgl. *Callies*, Rechtsstaat und Umwelstaat, S. 515 ff. in Bezug auf einen „Ökologischen Rat“.

2005 Vgl. bereits Teil IV § 10 C.; *Martinez*, Landwirtschaft und Umweltschutz, DVBL 2020, 1186 (1189 f.): „Im Lichte der heutigen gesellschaftlichen Herausforderungen an die Landwirtschaft und den europarechtlichen Vorgaben dient die fehlende Konkretisierung nur vordergründig dem Schutz des Status quo der Landwirtschaft

§ 11: Zusammenfassung

Mit dem vierten Teil der Untersuchung konnten die Untersuchungsziele²⁰⁰⁶ der Erstellung eines Anforderungskataloges und der Bewertung des Status Quo erreicht werden. In § 9 konnten zum einen die allgemeinen Anforderungen an die öffentliche Risikoversorge in der Landwirtschaft herausgearbeitet²⁰⁰⁷ und zum anderen die Umsetzung derselben in einer kritischen Bewertung des Status Quo überprüft werden²⁰⁰⁸. Auf Grundlage dieser Untersuchung und Bewertung wurden in § 10 Vorschläge der Verbesserung formuliert. Im Rahmen der Anforderungen, die an die gesetzgeberische Ausgestaltung der öffentlichen Risikoversorge in der Landwirtschaft gestellt werden, stehen vor allem multipolare Verfassungsrechtsverhältnisse hervor, die in einen optimalen Ausgleich zu bringen sind. Es zeigt sich darüber hinaus wiederholt das Fehlen eines rechtsverbindlichen Leitbildes. Eine tabellarische Übersicht der wesentlichsten erarbeiteten Anforderungen an die gesetzgeberische Ausgestaltung der öffentlichen Risikoversorge in der Landwirtschaft, den festgestellten Defiziten im Status Quo des einfachgesetzlichen Agrarrechts und den Verbesserungsmöglichkeiten beinhaltet Abbildung 3.

und der Rechts- und Planungssicherheit der Landwirte/innen. Im Ergebnis perpetuiert sie für die betroffenen Landwirte/innen und Vollzugsbehörden die bestehende Rechtsunsicherheit, denn der gesellschaftliche, politische und zumindest europarechtliche Druck besteht fort und wächst sogar an.“

2006 Vgl. Teil I § 1 B.

2007 Vgl. Anforderungskatalog in Teil IV § 9 E. I.

2008 Vgl. Zusammenfassung der festgestellten Defizite in Teil IV § 9 E. II.

Anforderungen an gesetzgeberische Ausgestaltung	Defizite im Status Quo	Verbesserungsmöglichkeiten
<p>Aus der prozeduralen Rationalität folgt das Erfordernis:</p> <ul style="list-style-type: none"> • einer Definition des Vorsorgeziels in Form eines Leitbildes • einer wissenschaftsbasierten Risikoermittlung sowie einer transparenten und sich an den Rahmen der besonderen Schadensdimensionen aufgestellten Kriterien orientierten Risikobewertung • Aus der Leistungsdimension folgt die Wirksamkeit, Hinlänglichkeit und Erforderlichkeit öffentlicher Risikovororgemaßnahmen hinsichtlich des Erhalts landwirtschaftlicher Produktionsstrukturen. • Hierbei gilt ein Vorrang des privatwirt. Risikomanagements sowie der „Hilfe zur Selbsthilfe“. 	<ul style="list-style-type: none"> • Fehlen eines rechtlich bindenden Leitbildes • Ausgestaltung der Direktzahlungen basiert nicht auf einer Risikoermittlung und -bewertung • Defizitäres privatwirt Versicherungsangebot für Dürre, Quarantäneschädlinge, Mehrgefahren- und Einkommensversicherungen • Defizite im privatwirt. Risikomanagement im Sektor Milch • Regulierung der zu erwartenden Wassernutzungskonflikte 	<ul style="list-style-type: none"> • Schaffung eines rechtlich bindenden Leitbildes • Teil der Direktzahlungen auf ein risikobehängiges „Sperrkonto“ auszahlen; Umschichtung von der 1. in die 2. Stufe • Einbindung der landwirtschaftlichen Tätigkeit ins TEHG • Einrichtung von Fonds auf Gegenseitigkeit • Weitergehende Regulierung von Milchlieferverträgen; Förderung der Sicherheitsleistung für Warentermimbörsen • Entwicklung von Entscheidungskriterien für Wassernutzungskonflikte
<p>Die multipolaren Verfassungsrechtsverhältnisse erfordern einen optimalen Ausgleich mit dem Umwelt-, Tier- und Klimaschutz:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Berücksichtigung von Umwelt- und Tierschutz, sodass keine umwelt- und tierwohlschädlichen Produktionsstrukturen erhalten werden. Zu beachten: Maß finden, in dem landwirtschaftliche Tätigkeit möglich bleibt. • Erforderlicher Transformationsprozess der Landwirtschaft im Klimaschutz. Öffentliche Risikovororgemaße mittelbar zur Reduktion der negativen externen Effekte beitragen und darf keine klimaschädlichen Produktionsstrukturen erhalten. Zu beachten: Es bedarf einer öffentlichen Begleitung, um Planungssicherheit für die landwirtschaftlichen Betriebe zu schaffen. 	<ul style="list-style-type: none"> • Keine Berücksichtigung des Umwelt-, Tier- und vor allem des Klimaschutzes 	<ul style="list-style-type: none"> • Öko-, Tierschutz- und Klimaschutzkonditionalität • Frühzeitige öffentliche Begleitung und Planung des notwendigen Transformationsprozesses
<ul style="list-style-type: none"> • Erfordernis der stufenweisen Anpassung agrarrechtlicher Regelungen (Art. 39 Abs. 2 AEUV) 	<ul style="list-style-type: none"> • Fehlen eines rechtlich bindenden Leitbildes 	<ul style="list-style-type: none"> • Schaffung eines rechtlich bindenden Leitbildes • Frühzeitige öffentliche Begleitung und Planung des notwendigen Transformationsprozesses • Entwicklung von Entscheidungskriterien für Wassernutzungskonflikte
<ul style="list-style-type: none"> • Beachtung des unionalen Agrarbeihilfenrechts 	<ul style="list-style-type: none"> • Nichtgebrauch des agrarbeihilfenrechtlichen Spielraums 	<ul style="list-style-type: none"> • Einrichtung von Fonds auf Gegenseitigkeit

Abbildung 3: Tabellarische Zusammenfassung der wesentlichsten Ergebnisse des Teil III

