Aufsätze

Stud. jur. Philip Rusche, Greifswald*

Unter die Räder gekommen: Ein Erklärungsansatz zur Durchsetzungsschwäche von Umweltbelangen im Planungsrecht

Die Entscheidung des OVG Hamburg im Fall *Mühlenberger Loch*[1] erfreute sich vor einiger Zeit großer Aufmerksamkeit. Das Gericht hatte über die Rechtmäßigkeit eines luftverkehrs- und wasserrechtlichen Planfeststellungsbeschlusses zu entscheiden. Dieser ermöglichte es der *EADS Airbus GmbH* am Standort Hamburg-Finkenwerder Teile eines Süßwasserwatts durch Zuschüttung zu zerstören, um eine an das bestehende Werk angeschlossene Landebahn erheblich zu erweitern. Das wiederum war für die geplante Produktion des Großraumflugzeuges Airbus A 380 notwendig geworden.

Diese Entscheidung ist allerdings nur die mediale Spitze einer ganzen Serie[2] von Urteilen höchster Verwaltungsgerichtsinstanzen, für die zweierlei kennzeichnend ist. Erstens wurde von den angefochtenen Vorhaben ein positiver wirtschaftlicher Impuls erhofft. Zweitens führten entgegenstehende Umweltbelange nicht zur Aufhebung der entsprechenden Genehmigungen.

In diesem Beitrag wird versucht, die Durchsetzungsschwäche von Umweltbelangen mit der Beschaffenheit einiger zum Schutz der Umwelt berufenen Normen zu erklären.

I. Einführung in die Planfeststellung

Zum Verständnis dieser Betrachtung sind rudimentäre Kenntnisse des Planungsrechtes erforderlich. Im Folgenden wird deshalb zunächst die rechtliche Struktur der Planfeststellung umrissen.

Ein Planfeststellungsverfahren ist gemäß § 72 I VwVfG durchzuführen, wenn es durch ein Planungsfachgesetz angeordnet wird. Der Planfeststellungsbeschluss ist gemäß § 74 I 1 VwVfG die Feststellung des Plans durch die Planfeststellungsbehörde. Materielle Anforderungen an diese Feststellung sind § 74 VwVfG nicht zu entnehmen. Auch die Planungsfachgesetze beschränken sich darauf, die Abwägung der betroffenen Belange zu fordern.[3] Es stellt sich also die Frage, wonach sich die materielle Rechtmäßigkeit eines Planfeststellungsbeschlusses richtet.

1. Planerischer Gestaltungsspielraum

Grundsätzlich muss die Behörde für ihre Entscheidung einen eigenen Gestaltungsspielraum haben, „weil Planung ohne Gestaltungsfreiheit ein Widerspruch in sich wäre".[4] Aus der größeren Komplexität der zu bewältigenden Entscheidung ergibt sich darüber hinaus nach allgemeiner Anschauung, dass Behörden hier ein wesentlich größerer Spielraum zugestanden werden muss als bei der Ausübung von Rechtsfolgeermessen oder bei der Ausfüllung eines unbestimmten Rechtsbegriffs.[5] Es gelte, eine Vielzahl unterschiedlicher, vom geplanten Vorhaben betroffener Elemente zu überblicken, die unter Umständen in schwer kalkulierbarer Weise miteinander interagieren. Dies lasse sich nur schwer mit Normen nach dem Tatbestand-Rechtsfolge-Schema bewerkstelligen. Insgesamt sei es sehr schwierig, Regeln für die planerische Entscheidung aufzustellen. Aufgrund der großen Anzahl und Unterschiedlichkeit der zu berücksichtigenden Belange ließen sich kaum Konflikte typisieren, aus deren Betrachtung sich abstrakte Wertungen in Form von Rechtsnormen ableiten lassen.[6] Nach dieser Auffassung werden Planungsentscheidungen stärker von situativen Erwägungen der Behörde bestimmt als von abstrakten Normen. Ausgangspunkt eines Planfeststellungsverfahrens ist also zunächst die planerische Freiheit einer Behörde.

2. Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

Um die planerische Freiheit rechtlich zu begrenzen, hat das BVerwG im Leitsatz der Entscheidung *B 42* vier Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen formuliert. Genannt sind dort: die Bindung an übergeordnete Planungsentscheidungen, die Rechtfertigung des konkret geplanten Vorhabens, die Maßgaben der gesetzlichen Planungsleitsätze und das Gebotes der gerechten Abwägung.[7] Die Rechtmäßigkeitsvoraussetzung „Maßgaben der gesetzlichen Planungsleitsätze" wurde später in der Entscheidung *Spange Eschenried* durch den exakteren Begriff des „entgegenstehenden zwingenden Rechts" ersetzt.[8]

---

* *Philip Rusche* studiert Jura an der Universität Greifswald.

1 OVG Hamburg, Urt. v. 02.06.2005, NVwZ-RR 2006, 97.

2 Zum Beispiel: BVerwG, Beschl. v. 21.12.1995, NVwZ 1996, 896 ff., *Neubaustrecke Erfurt-Leipzig/Halle*; BVerwGE 100, 238, Urt. v. 25.01.1996, *Eifelautobahn A 60*; BVerwGE 100, 388, Urt. v. 21.03.1996, *Spange Eschenried*; BVerwG, Urt. v. 07.03.1997, DVBl 1997, 838 ff., *A 94 Neuötting*; BVerwG, Urt. v. 27.08.1997, NuR 1998, 138 ff., *Staffelstein*; BVerwGE 107, 1, Urt. v. 19.05.1998, *Ostseeautobahn A 20*.

3 Etwa: § 17 I FStrG, § 18 I AEG, § 14 I WaStrG, § 28 I PBefG, § 43 I 1 EnWG, § 31 II KrWAbfG, § 6 I 2 LuftVG, § 14 I WHG.

4 BVerwGE 34, 301, 304, Urt. v. 12.12.1969.

5 *Werner Hoppe*, Zur Struktur von Normen des Planungsrechts, DVBl 1974, 641 (642); *Thomas Ellwein*, Politik und Planung, 1968, S. 58; *Peter Oberndorfer*, Strukturprobleme des Raumordnungsrechts, Die Verwaltung 1972, S. 257 ff.

6 *Karl-Heinz Ladeur*, Die rechtliche Kontrolle planerischer Prognosen, NuR 1985, 81 (83).

7 BVerwGE 48, 56, Urt. v. 14.02.1975.

8 BVerwGE 100, 370 (380).

a) Bindung an übergeordnete Planungsentscheidungen

Die Planfeststellungsbehörde muss sich zunächst an die Vorgaben der übergeordneten Planung halten.[9] Übergeordnete Pläne und Programme ergehen beispielsweise durch die allgemeine Raumordnung oder die spezielle räumliche Fachplanung.[10] Bestes Beispiel für eine übergeordnete Planungsentscheidung ist die Linienbestimmung des Bundesverkehrsministeriums bei Fernstraßen nach § 16 FStrG. Die planfeststellende Landesbehörde ist bei ihrer Entscheidung an die vom Bundesministerium festgesetzte Streckenführung gebunden.

b) Planrechtfertigung

Eine hoheitliche Fachplanung trägt ihre Rechtfertigung nicht schon in sich. Sie ist vielmehr hinsichtlich der von ihr ausgehenden Einwirkungen auf Rechte Dritter für die jeweils konkrete Entscheidung rechtfertigungsbedürftig. Dabei muss sie – erstens – auf die Verwirklichung des im jeweiligen Planungsfachgesetz verfolgten öffentlichen Belangs ausgerichtet sein. Zweitens muss sie zur Verfolgung des öffentlichen Belangs auch konkret erforderlich sein.[11] Da ein Vorhaben, das nicht vernünftigerweise geboten ist, ohnehin an der Rechtmäßigkeitsvoraussetzung der gerechten Abwägung scheitere, wird dieser Rechtmäßigkeitsvoraussetzung in der Literatur überwiegend nur wenig Bedeutung beigemessen.[12]

c) Entgegenstehendes zwingendes Recht

Die Bindung an Planungsleitsätze war zunächst eine sehr unklare Rechtmäßigkeitsvoraussetzung. Dies lag an der inkonsequenten Verwendung des Begriffs in der Rechtsprechung und des unterschiedlichen Bedeutungshorizonts im Baurecht einerseits und im Fachplanungsrecht andererseits.[13] Nach der Konkretisierung des Begriffs durch das BVerwG sind Planungsleitsätze nunmehr Normen des „zwingenden Rechts“. Dies schließt nur solche Rechtssätze ein, die strikte Beachtung verlangen, also nicht in der planerischen Abwägung überwunden werden können.[14]

d) Gebot der gerechten Abwägung

Durch die gerechte Abwägung findet der Ausgleich der vom Vorhaben betroffenen Interessen statt. Für die Rechtmäßigkeit der gerechten Abwägung gibt es laut BVerwG drei Voraussetzungen. Erstens: Die Abwägung muss überhaupt stattfinden. Zweitens müssen alle nach Lage der Dinge als relevant erkennbaren Belange in die Abwägung eingestellt werden. Drittens darf die Bedeutung der betroffenen Belange weder als solche verkannt, noch der Ausgleich zwischen ihnen in einer Weise vorgenommen werden, die zur objektiven Gewichtigkeit eines Belangs außer Verhältnis steht.[15] In der Literatur wurden auf Grundlage dieser Formulierung verschiedene Modelle einer Abwägungsbinnenstruktur entwickelt. Dabei kristallisierten sich im Wesentlichen drei Modelle heraus. Sie unterscheiden sich danach, wie viele gedanklich von einander zu trennender Schritte in der Abwägung vorzunehmen sind. Die Zerlegung eines so komplexen Vorgangs wie der Abwägung in kleinere Einheiten ist notwendig, um durch Normsetzung gezielt an einer bestimmten Stelle regulierend auf sie einwirken zu können. Keinem der drei Modelle kann eine vorherrschende Stellung in der Literatur attestiert werden.

Die weitestgehende Unterteilung kommt auf vier Schritte: die Ermittlung der von der Planung betroffenen Belange, deren Einstellung in die Abwägung, Gewichtung und Ausgleich.[16]

Im zweiten Modell werden die Schritte der Belangermittlung und -einstellung zu einem Schritt zusammengefasst.[17] Übrig bleiben drei Schritte. Diese Zusammenfassung, etwa unter einen ersten Schritt „fehlerfreies Abwägungsmaterial“, erscheint gut vertretbar. Sie hat auch keine Auswirkung auf die vorzunehmende Analyse der normativen Regulierung. Denn wenn eine Norm die Einstellung eines bestimmten Belanges in die Abwägung verlangt, ist damit implizit auch verlangt, dass die Behörde diesen Belang in richtiger Weise ermittelt. Andernfalls würde sie leerlaufen, da die Behörde das Einstellungsgebot durch eine unrichtige Ermittlung im Sinne der von der Behörde präferierten Entscheidung jederzeit unterlaufen könnte.

Im dritten Modell werden darüber hinaus die Schritte der Gewichtung und des Ausgleichs der Belange zusammengefasst.[18] Übrig bleiben zwei Schritte. Diese Zusammenfassung ist schwerwiegenderer Natur, da die planerische Freiheit dadurch an anderer Stelle wirkt. Im Modell mit drei Schritten liegt diese bei der Gewichtung der Belange, also dem vorletzten Schritt. Hier lässt die Behörde ihre autonome Entscheidung über das Gewicht eines bestimmten Belanges einfließen. Sind die Belange schließlich gewichtet, erfolge der heteronome Ausgleich strikt getrennt im dritten Schritt. Widerstreitende Belan-

9 BVerwGE 48, 56 (60).

10 *Franz-Joseph Peine*, Öffentliches Baurecht, 4. Aufl. 2002, Rn. 24–30.

11 BVerwGE 45, 56 (60).

12 *Bernhard Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 3. Aufl. 2005, Rn. 3951; *Jürgen Kühling/Nikolaus Herrmann*, Fachplanungsrecht, 2. Aufl. 2000, Rn. 275.

13 *Johannes Dreier*, Die normative Steuerung der planerischen Abwägung, 1995, S. 109.

14 BVerwGE 71, 163 (165), Urt. v. 22.03.1985.

15 BVerwGE 48, 56 (63 f.).

16 *Werner Hoppe/Martin Beckmann/Petra Kauch*, Umweltrecht, 2. Aufl. 2000, § 7 Rn. 9.

17 *Angelika Book*, Bodenschutz durch räumliche Planung, 1986, S. 42.

18 *Gunnar Folke Schuppert*, Self-restraints der Rechtsprechung: Überlegungen zur Kontrolldichte in der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl 1988, 1191 (1199).

ge würden dann in bloßer Anwendung der ihnen zugeschriebenen Gewichtung zurückgestellt oder bevorzugt. Es gäbe nur ein richtiges Ergebnis für diesen Prozess, der mit einem „Rechenwerk" gleichgesetzt werden könnte.[19] Wird dagegen nicht zwischen Gewichtung und Ausgleich unterschieden, findet die gestalterische Freiheit ihre Entfaltung im letzten Schritt. Als Vorzug des Modells der planerischen Abwägung in zwei Schritten wird angeführt, dass zwischen dem Ausgleich der Belange und ihrer Gewichtung nicht sinnvoll unterschieden werden könne, da die Entscheidung für die Vorzugswürdigkeit eines Belanges dessen Gewichtung impliziere.[20] Angeführt wird die Formulierung des BVerwG, dass es beim Ausgleich der Belange nicht nur um „den Vorgang des Abwägens, sondern – ihm vorausgehend und in gewisser Weise in ihn eingeschlossen – um eine Bestimmung der (relativen) Gewichtigkeit der abzuwägenden Belange" gehe.[21] Die autonome Gewichtung der Belange sei dem heteronomen Ausgleich also nicht streng vorgeschaltet, sondern beide Schritte seien miteinander verschränkt.[22]

Für die vorzunehmende Analyse ist das Modell der Abwägung in zwei Schritten vorzugswürdig, da es die Zuordnung der steuernden Normen erleichtert. Innerhalb der Rechtmäßigkeitsvoraussetzung der gerechten Abwägung wird also nach hier vertretener Ansicht nur zwischen zwei Schritten unterschieden, die eine Norm beeinflussen kann: die Erstellung des Abwägungsmaterials und die Abwägung im engeren Sinn.

II. Kategorisierung der steuernden Normen

Die Rechtmäßigkeit eines Vorhabens auf den Ebenen des entgegenstehenden zwingenden Rechts und der gerechten Abwägung richtet sich nach gesetzlichen Vorgaben. Für beide Bereiche finden sich zahlreiche Normen, welche die Berücksichtigung von Umweltbelangen als zwingendes Recht voraussetzen oder als Faktor in die Abwägung einführen. Beim eingangs erwähnten Mühlenberger Loch z. B. handelt es sich um ein Gebiet, das dem Schutz von § 34 BNatSchG unterlag. Diese Norm verbietet bestimmte Beeinträchtigungen in ihrem Schutzbereich.

Die oben aufgeführte Urteilsserie zeigt jedoch, dass sich Umweltbelange im Regelfall nicht durchsetzen. Im Folgenden wird die unterschiedliche Wirkungsweise dieser Normen untersucht. Dazu wird eine Kategorisierung vorgenommen, auf Grund derer die verschiedenen Funktionsweisen untersucht werden können. Ziel ist es, die geringe Durchsetzungsfähigkeit der Umweltbelange aus der Struktur der zu ihrem Schutz berufenen Normen zu erklären.

1. Kategorisierungssysteme

Insgesamt werden drei Kategorisierungssysteme vorgestellt, in welche die das Planfeststellungsverfahren regulierenden Normen eingeteilt werden können. Jedes der Systeme erlaubt es, einer Norm eine bestimmte Eigenschaft zuzuschreiben. Im Anschluss wird erläutert, wie von der jeweiligen Eigenschaft auf die Wirkmächtigkeit der Norm geschlossen werden kann.

a) Vorrang

Zunächst lässt sich nach der Art des Vorrangs unterscheiden, den eine Norm gewährt.

(1) Normalkonstellationen

Ein Vorrang kann hinsichtlich der Rechtsfolge entweder als absolut oder als relativ klassifiziert werden. Ein absoluter Vorrang setzt sich immer durch, während ein relativer Vorrang nur dazu führt, dass dem entsprechenden Belang in einer Konfrontation mit anderen betroffenen Belangen Gewicht zukommt.[23] Hinsichtlich der Voraussetzungen, unter denen die Norm den Belang schützt, lässt sich weiterhin zwischen generellem und situativem Vorrang unterscheiden. Ein genereller Vorrang bestünde in jeder Situation, ein situativer Vorrang nur in bestimmten Situationen.[24] Damit lassen sich durch Kombination vier Kategorien bilden. Normen können einem Belang einen generell-absoluten, einen situativ-absoluten, einen generell-relativen oder einen situativ-relativen Vorrang einräumen.[25]

(2) Sonderkonstellation des relativ-absoluten Vorrangs

Als weitere Kategorie wird der sog. relativ-absolute Vorrang genannt.[26] Dieser regelt eine spezifische Beziehung zwischen zwei Belangen und löst diese beiden innerhalb der Abwägung im engeren Sinne aus dem Geflecht der Vielzahl gegeneinander abzuwägender Belange heraus.[27] Im bestehenden Recht gibt es keine Norm dieser Kategorie, die als Beispiel dienen könnte. Allerdings war eine solche Norm im Entwurf des Umweltgesetzbuches (UGBE)[28] vorgesehen. In § 29 II UGBE heißt es: „Bei Zielkonflikten ist den Belangen des Umweltschutzes dann ein absoluter Vorrang einzuräumen, wenn eine

19 *Felix Weyreuther*, Rechtliche Bindung und gerichtliche Kontrolle planender Verwaltung im Bereich des Bodenrechts, BauR 1977, 293 (299).

20 *Hans-Jürgen Papier*, Die rechtlichen Grenzen der Bauleitplanung, DVBl 1975, 461 (465).

21 BVerwGE 34, 301 (308 f.).

22 *Felix Weyreuther*, Umweltschutz und öffentliche Planung, UPR 1981, 33 (35).

23 *Hans Friedrich Funke*, Die Lenkbarkeit von Abwägungsvorgang und Abwägungsergebnis zugunsten des Umweltschutzes, DVBl 1987, 511 (515).

24 *Wilfried Erbguth* et al., Materiellrechtliche Bedeutung des Umweltschutzes in der Fachplanung, NuR 1984, 209 (215).

25 *Dreier*, Fn. 13, S. 117.

26 *Dreier*, Fn. 13, S. 119.

27 *Weyreuther*, Fn. 22, S. 38.

28 *Michael Kloepfer et al.*, Umweltgesetzbuch Allgemeiner Teil: Forschungsbericht des Umweltbundesamts, 2. Aufl. 1991, S. 50.

schwere und langfristige Zerstörung der natürlichen Lebensgrundlagen droht."

Der Normbefehl lautet also, Umweltbelange in einem bestimmten Konfliktfall – bei einer drohenden schweren und langfristigen Zerstörung der natürlichen Lebensgrundlagen – anderen Belangen innerhalb der Abwägung im engeren Sinn automatisch vorzuziehen. Der den Umweltbelangen gewährte Vorrang ist also absolut. Er ist allerdings nicht situativ-absolut, da kein Abwägungsausfall bezüglich der Ziele des Vorhabens eintritt, deren Realisierung auch ohne eine drohende Zerstörung der natürlichen Lebensgrundlagen möglich ist. Die Umweltbelange genießen den absoluten Vorrang innerhalb der Abwägung im engeren Sinne nur hinsichtlich des genannten Zielkonfliktes. Die Behörde müsste zwar die Verfolgung der Ziele der Planrealisierung, deren Verwirklichung zur drohenden Zerstörung führt, zurückstellen, hätte aber im Übrigen noch gestalterische Freiheit im Bezug auf die anderen Ziele des Vorhabens.

Wäre das UGB in Kraft getreten, so könnte sich heute beispielsweise die Rechtmäßigkeit des Ausbaus der Havel-Wasserstraße im Rahmen des Verkehrsprojektes Deutsche Einheit 17 anders darstellen. Ziel des Ausbaus ist es, die Havel für große Containerschubverbänden schiffbar zu machen, um so für diese Binnenschiffe die Wasserstraßen um Berlin mit dem Rhein zu verbinden. Durch die zahlreichen Baumaßnahmen – Ausbaggerungen, Schleifendurchstiche, Schleusenneubauten – wird sich die Fließgeschwindigkeit der Havel stark beschleunigen. Dies beeinträchtigt zahlreiche wertvolle Habitate direkt im Fluß und in seinen Nebenarmen. Zusätzlich wird mit höherer Fließgeschwindigkeit auch die regelmäßige Überschwemmung der Flußauen unwahrscheinlich, auf welche die empfindlichen Biotope in den Auen angewiesen sind.[29] Die schwere und langfristige Zerstörung der natürlichen Lebensgrundlagen droht hier wegen der Intensität des Eingriffs: Die für das Landschaftsbild entlang von Havel und Havelseen prägende Flora und Fauna wäre von schwerer und langfristiger Zerstörung bedroht. Ein maßvoller Ausbau zur Verbesserung der Schiffbarkeit für kleinere Binnenschiffe wäre aber – wenn dadurch die zu erhaltenden Biotope nicht in der gleichen Weise oder in geringer Zahl beeinträchtigt würden – trotzdem noch möglich. Das Ziel der Schiffbarkeit für große Containerschubverbände träte also hinter den Schutz der Umweltbelange zurück. Dies gilt jedoch nicht für das allgemeinere Ziel, die Schiffbarkeit der Havel zu verbessern. Die verantwortliche Behörde kann das Vorhaben dann in einer im Wege der Abwägung modifizierten Form planfeststellen, welche die Schiffbarkeit nur bis zu dem Grad verbessert, der nicht zur langfristigen und schweren Zerstörung der Auen führt.

Der relativ-absolute Vorrang unterscheidet sich vom situativ-relativen Vorrang auf der Rechtsfolgenseite. Dem geschützten Belang muss in der Abwägung mehr Gewicht zukommen als dem konfligierenden Belang, der im Tatbestand der Norm umschrieben wird. Für diese spezifische Zweier-Konstellation ergibt sich also eine Abwägungssperre, da für den Konflikt keine eigene Wertung vorgenommen werden kann. Die Sperre ist allerdings partieller Natur, hindert also nur an einer eigenen Wertung im von der Norm typisierten Konfliktfall, und führt anders als bei Normen, die einen situativ-absoluten Vorrang einräumen, nicht zum Entfallen der Abwägung als solche. Eine Norm mit einer situativ-absoluten Schutzintention müsste anders lauten, etwa: „Ein Vorhaben, bei dessen Verwirklichung die schwere und langfristige Zerstörung der natürlichen Lebensgrundlagen droht, ist unzulässig." Bei einer solchen Formulierung wäre die Planfeststellung einer im Wege der Abwägung abgespeckten Version des ursprünglichen Vorhabens undurchführbar, da die Abwägung als solche entfällt. Im Beispiel Havel-Ausbau müsste der Träger des Vorhabens ein gänzlich neues Planfeststellungsverfahren einleiten.

(3) Übertragbarkeit des Modells

Obwohl das dem Vorrang-Modell zu Grunde liegende Schema von *Weyreuther*[30] für die Abwägung im engeren Sinne konzipiert wurde, erscheint es mir auf die anderen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen übertragbar. Entscheidend ist dabei die Kategorie der situativ-absoluten Vorranggewährung. Denn Normen dieser Kategorien führen zu einer totalen Abwägungssperre. Streng genommen wirkt eine solche Norm also nicht innerhalb, sondern außerhalb der Abwägung im engeren Sinn. Sie ist der Abwägung sozusagen vorgeschaltet. Denn erst wenn ihr Tatbestand nicht erfüllt ist, kommt es überhaupt zu einer Abwägung. Normen, die der Abwägung auf Ebene einer der drei anderen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen vorgeschaltet sind, wirken in derselben Weise. Nur wenn ihr Tatbestand erfüllt ist – sich an die übergeordnete Planung gehalten wird, die Planung des Vorhabens gerechtfertigt ist und kein zwingendes Recht entgegen steht – kommt es zur Abwägung. Somit lassen sie sich als Normen verstehen, die einen absoluten Vorrang gewähren. Als solche können auch sie in das Vorrang-System eingeordnet werden.

b) Regel und Prinzip

Das zweite System lehnt sich an *Alexys* Unterscheidung von Grundrechtsnormen in Regeln und Prinzipien an. Ihr zufolge sind Regeln solche Normen, die nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können. Prinzipien sind demgegenüber Normen, welche die Realisierung eines Rechtsgutes relativ zu den rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten gebieten, und deshalb in unterschiedlichem Maße erfüllt werden können.[31] Eine Kolli-

29 *Rocco Buchta*, Stellungnahme des Naturschutzbund Deutschland e. V. zum Bundesverkehrswegeplan 2003 – Teil Bundeswasserstraßen, 2003, S. 12–14, online: http://www.nabu.de/verkehr/wasserstrassen.pdf (29.01.2007).

30 *Weyreuther*, Fn. 22, S. 37 ff.

31 *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl. 1994, S. 75 f.

sion von Prinzipien wird durch Vergleich der jeweiligen Gewichtung gelöst: das Prinzip, dem die Rechtsordnung ein größeres Gewicht beimisst, geht vor.[32] Diese Differenzierung wurde auf die abwägungssteuernden Normen des Bauplanungsrechts[33] und des Raumplanungsrechts[34] übertragen, weshalb ihre allgemeine Übertragbarkeit auf das Fachplanungsrecht naheliegend ist.[35]

Mit *Alexys* Differenzierung lassen sich die nach Vorrang kategorisierten Normen in zwei Gruppen gliedern. Solche Normen, die einen absoluten Vorrang gewähren, sind als Regeln qualifizierbar. Bei Normen, die einen relativen Vorrang gewähren, handelt es sich um Prinzipien.

Planungsrechtliche Prinzipien unterscheiden sich jedoch von den grundrechtlichen Prinzipien *Alexys*: Während grundrechtliche Prinzipien ein möglichst hohes Maß an Realisierung verlangen,[36] verpflichten planungsrechtliche Prinzipien nicht zu einer möglichst weiten Erfüllung.[37] Ein durch planungsrechtliches Prinzip geschützter Belang muss lediglich in die Abwägung im engeren Sinne eingestellt und einem Ausgleich zugeführt werden, der nicht vollkommen außer Verhältnis zum objektiven Gewicht des Belangs steht.[38] Ein mit der praktischen Konkordanz im Bereich der Grundrechte vergleichbarer Ausgleich ist zwischen planungsrechtlichen Prinzipien gerade nicht notwendig.

Da die der Abwägung vorgeschalteten Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen von Normen gesteuert werden, die einen absoluten Vorrang gewähren, erfolgt die Regulierung der Planfeststellung auf diesen drei Ebenen ausschließlich durch Regeln. Die Abwägung dagegen wird augenscheinlich von Prinzipien gesteuert. Problematisch ist dabei die Einordnung von Normen, die einen relativ-absoluten Vorrang gewähren. In der jeweils geregelten Zweier-Konstellation ist bei Erfüllung des Tatbestandes als Rechtsfolge der geschützte Belang vorzuziehen. Dieser Normbefehl kann nur befolgt oder nicht befolgt werden. Mithin liegt eine Regel vor. Es kommt aber auch nicht zu einer totalen Abwägungssperre. Die Norm entfaltet ihre Wirkung trotzdem innerhalb der Abwägung. Die Abwägung im engeren Sinn wird also nicht nur durch Prinzipien, sondern, im Fall von Normen die einen relativ-absoluten Vorrang gewähren, auch durch Regeln gesteuert.

In Anlehnung an *Alexy* stellt sich nun auch im Planungsrecht die Frage nach Normen mit Doppelcharakter. Eine Grundrechtsnorm weißt Doppelcharakter auf, wenn sie trotz ihrer Formulierung als Regel durch eine Schrankenbestimmung im Wege eines Prinzips gegen andere Prinzipien abgewogen werden kann.[39] *Alexys* Paradebeispiel für eine Grundrechtsnorm mit Doppelcharakter ist Art. 5 III 1 GG: Dort heißt es unter anderem, die Kunst sei frei. Von der Formulierung her liegt also eine Regel vor: Staatliche Eingriffe in die Freiheit der Kunst sind unzulässig. Eingriffe können aber trotzdem zulässig sein, wenn verfassungsimmanente Prinzipien entgegenstehen, deren Gewichtung höher ist als die der Kunstfreiheit. So konnte beispielsweise die Aufstellung zweier Monumentalstatuen aus der NS-Zeit rechtmäßig untersagt werden, da der Kunstfreiheit das verfassungsimmanente Prinzip des Naturschutzes – hier die Beeinträchtigung des Landschaftsbildes – aus Art. 20 a GG entgegenstand und als gewichtiger beurteilt wurde.[40] Obwohl mit Art. 5 III 1 GG also eine Regel vorliegt, deren Tatbestand erfüllt ist („Kunst"), tritt nicht die Rechtsfolge ein („ist frei"). Stattdessen wird er durch andere Verfassungsnormen beschränkt. Dabei wird die Konfrontation beider Normen im Wege ihrer Gewichtung gelöst. Art. 5 III 1 GG wirkt hier also nicht wie eine Regel, sondern wie ein Prinzip.

Das Problem des Doppelcharakters scheint sich aber auf grundrechtliche Normen zu beschränken. Denn nur bei diesen fundamentalen Regeln lässt sich ein Sachverhalt vorstellen, bei dem die Einhaltung der einen Regel die Einhaltung der anderen vereitelt. Eine solche Konstellation liefert beispielsweise der *Sprayer von Zürich*.[41] Dieser hatte private Außenmauern mit Graffiti-Strichmännchen versehen. Bei einem staatlichen Eingriff gegen den Sprayer würde dessen Kunstfreiheit verletzt. Würde der Eingriff unterlassen, wäre das privaten Eigentum an der Außenmauer verletzt. Doch selbst wenn eine solche Konstellation im Planungsrecht existieren würde, kann die Frage nach deren Bedeutung bei den hier thematisierten planungsrechtlichen Regeln (§ 34 II BNatSchG, § 41 I BImSchG) vernachlässigt werden. Beide Regeln sind mit einem expliziten Schrankenvorbehalt versehen, so dass kein impliziter Vorbehalt konstruiert werden muss. Das Konstrukt der Norm mit Doppelcharakter könnte aber zu den später im Einzelnen bei § 34 II BNatSchG und § 41 I BImSchG konstatierten Auslegungstendenzen beitragen.

c) Abwägungsdirektive, Gewichtungsvorgabe und Optimierungsgebot

Das dritte System der Kategorisierung erstreckt sich nur auf Prinzipien, also auf die Normen, welche die Abwägung im engeren Sinn regulieren, indem sie einen relativen Vorrang gewähren. Es differenziert danach, ob die Norm regulierenden Einfluss auf den ersten Schritt der Abwägung – die Zusammenstellung des Abwägungsma-

32 *Alexy*, Fn. 31, S. 78 f.

33 *Marten Pfeifer*, Regeln und Prinzipien im Bauplanungsrecht, DVBl 1989, 337 (342).

34 *Werner Hoppe*, „Ziele der Raumordnung und Landesplanung" und „Grundsätze der Raumordnung und Landesplanung" in normtheoretischer Sicht, DVBl 1993, 681 (685).

35 *Dreier*, Fn. 13, S. 98.

36 *Alexy*, Fn. 31, S. 75.

37 *Pfeifer*, Fn. 33, S. 343.

38 BVerwGE 34, 301 (309).

39 *Alexy*, Fn. 31, S. 123 ff.

40 BVerwG, NJW 1995, 2648.

41 BVerwG, NJW 1984, 1293 (1294).

terials – oder den zweiten Schritt – die Abwägung im engeren Sinne – hat.[42]

Die Prinzipien der ersten Gruppe werden im Folgenden als Abwägungsdirektiven bezeichnet. Sie entscheiden, ob ein geschützter Belang überhaupt in die Abwägung einbezogen wird. Im anfangs eingeführten Fall *Mühlenberger Loch* etwa ging es um die erhebliche Erweiterung einer Landebahn. Ein solches Vorhaben ist gem. § 8 I 1 LuftVG planfeststellungsbedürftig. § 8 I 2 LuftVG beinhaltet die dazugehörige Abwägungsdirektive. Diese besagt, dass „die von dem Vorhaben berührten öffentlichen und privaten Belange einschließlich der Umweltverträglichkeit im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen" sind. Soll die Planfeststellung rechtmäßig erfolgen, so müssen die von der Erweiterung der Landebahn berührten Umweltbelange Eingang in das Abwägungsmaterial finden, damit sie im Abwägungsvorgang Beachtung finden.

Normen aus der zweiten Gruppe werden hier Gewichtungsvorgaben genannt. Sie bewirken, dass der geschützte Belang in der Abwägung besonders gewichtet werden muss. Soll ein solcher Belang in der Abwägung überwunden werden, so bedarf dies einer besonderen Rechtfertigung. Leider finden sich im geltenden deutschen Recht keine Normen dieser Kategorie. Für ein Beispiel muss deshalb wieder auf den Entwurf des Umweltgesetzbuchs zurückgegriffen werden. In § 29 I UGBE heißt es: „Alle Behörden und öffentlichen Stellen des Bundes und der Länder haben bei ihren raumbedeutsamen Planungen die Belange des Umweltschutzes […] mit einem ihrer herausgehobenen Bedeutung entsprechenden Gewicht zu berücksichtigen".[43] Diese Formulierung bringt zum Ausdruck, dass Umweltbelangen ein besonderes Gewicht zukommt. Wäre der UGBE in Kraft getreten, könnten diese in der Abwägung nur überwunden werden, wenn die Gewichtung der gegenläufigen Belange das den Umweltbelangen beigelegte besondere Gewicht noch überträfen.

In Literatur und Rechtsprechung taucht im Zusammenhang mit der Gewichtungsvorgabe zusätzlich der Begriff des Optimierungsgebotes auf. Als Optimierungsgebot wird eine Norm bezeichnet, die eine „möglichst weitgehende Beachtung bestimmter Belange fordert".[44] Beispielsweise § 50 BImSchG wird übereinstimmend als Optimierungsgebot beschrieben.[45] Diese Norm besagt, dass bei raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen für eine bestimmte Nutzung vorgesehene Flächen einander so zuzuordnen sind, dass schädliche Umwelteinwirkungen auf schutzbedürftige Gebiete so weit wie möglich verhindert werden. Das Gebot zur Optimierung wird in der Formulierung „so weit wie möglich" gesehen. Fraglich ist, was genau unter Optimierung zu verstehen ist. Optimierung kann jedenfalls nicht wörtlich als das Anstreben des für den geschützten Belang besten Zustandes verstanden werden. Denn die Rechtsprechung hält auch den Schutz eines Optimierungsgebotes für überwindbar, wenn es dafür „überragende Gründe" gibt.[46] Es richtet sich also vielmehr nach den anderen abwägungsrelevanten Belangen, wie weit dem geschützten Belang genügt werden kann. Sogar seine Unbeachtlichkeit kommt bei Vorliegen sehr gewichtiger anderer Belange in Betracht.[47] Für § 50 BImSchG könnte das z. B. heißen, dass trotz des schützenden Optimierungsgebotes unter Umständen ein schutzbedürftiges Gebiet – etwa ein reines Wohngebiet – auch in der Nähe eines emittierenden Betriebes – etwa ein Anlage zur Produktion und Verladung von Beton – geplant werden dürfe. Es gäbe ja schließlich noch andere Belange, die bei der Bauleitplanung zu berücksichtigen seien.[48] Die Vorgabe, ein Belang sei möglichst weitgehend zu berücksichtigen, bedeutet also nicht, dass eine unter Umständen disproportionale Berücksichtigung stattfinden muss, um den Normbefehl zu erfüllen. Optimierungsgebote messen der enthaltenen Zielvorstellung also lediglich ein besonderes Gewicht zu und verschieben die Argumentationslast zu deren Gunsten.[49] Damit besteht kein nennenswerter Unterschied zu einem Prinzip, das nur einen einfachen relativen Vorrang ohne eine Pflicht zur „Optimierung" gewährt. In beiden Fällen ist die Überwindung des Belangs in der Abwägung möglich. In beiden Fällen muss diese Überwindung gerechtfertigt werden. Hier wird daher auf die Kategorie des Optimierungsgebotes verzichtet. Es unterfällt der Kategorie Gewichtungsvorgabe.

2. Mächtigkeit des Schutzes

Die Beurteilung der Mächtigkeit des Schutzes erfolgt nach der Eignung der Norm, dem Umweltbelang zur Durchsetzung zu verhelfen. Regeln, die einen generell- oder situativ-absoluten Vorrang gewähren, sind am stärksten, da sich der geschützte Belang bei Verwirklichung des Tatbestandes immer durchsetzt. Diesen schließen sich solche Regeln an, die einen relativ-absoluten Vorrang gewähren. Zwar setzt sich der geschützte Belang in einem bestimmten Kollisionsfall ebenfalls durch, in der Abwägung kann er aber trotzdem von anderen Belangen überwogen werden.

Prinzipien sind in ihrer Durchsetzungsfähigkeit schwer zu fassen. Gewichtungsvorgaben ist eine größere Fähigkeit zu attestieren, da sie eine Entscheidung zu Ungunsten des geschützten Belangs erschweren, obgleich ihre Wertung in der Abwägung überwunden werden kann. Abwägungsdirektiven schließlich sind am wenigsten durchset-

42 *Dreier*, Fn. 13, S. 103.

43 *Kloepfer et al.*, Fn. 28, S. 50.

44 BVerwGE 71, 163 (165).

45 *Dreier*, Fn. 13, S. 275; *Kühling/Herrmann*, Fn. 12, Rn. 233; *Axel Bosselmann*, DVBl 1988, 724 (731); *Martin Ibler*, DVBl 1988, 469 (472).

46 OVG Koblenz, Urt. v. 02.05.1984, UPR 1985, 31.

47 *Horst Sendler,* Die Bedeutung des Abwägungsgebots in § 1 VI BauGB für die Berücksichtigung der Belange des Umweltschutzes in der Bauleitplanung, UPR 1995, 41 (45).

48 VGH München, Urt. v. 22.03.1982, NJW 1983, 297 (299).

49 *Rainer Wahl*, Entwicklung des Fachplanungsrechts, NVwZ 1990, 426 (437).

zungsfähig, da sie nur zur Einstellung des Belangs in die Abwägung verpflichten.

3. Beispielhafte Normen

Um die beschriebenen Kategorien verständlich darzustellen, werden sie im Folgenden beispielhaft mit für die Fachplanung relevanten umweltrechtlichen Normen erläutert.

a) Generell-absoluter Vorrang

Diese Kategorie ist ausschließlich theoretischer Natur. Eine Norm, die einem bestimmten Belang in jeder denkbaren Konfrontationskonstellation mit anderen Belangen einen absoluten Vorrang einräumt, ist mit der abstrakten Zielsetzung planerischer Entscheidungen unvereinbar.[50] Für einen Interessenausgleich wäre kein Spielraum vorhanden, da die anderen Belange auch bei starker Betroffenheit unabhängig von der Intensität der Betroffenheit des geschützten Belangs zurücktreten müssten. Dies läuft dem Verhältnismäßigkeitsprinzip zuwider, auf dessen grundsätzlichen Gerechtigkeitserwägungen das Institut der Abwägung fußt.[51]

b) Situativ-absoluter Vorrang: § 34 BNatSchG

Der bereits erwähnte § 34 BNatSchG regelt das Schutzregime für Gebiete, die gemäß § 33 I 1 BNatSchG von den Ländern nach Maßgabe der Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie (FFH-Richtlinie)[52] und der Vogelschutzrichtlinie[53] auszuweisen sind. Nach § 34 II BNatSchG sind Vorhaben, die zu erheblichen Beeinträchtigungen eines solchen Gebietes führen, unzulässig. Diese Formulierung lässt darauf schließen, dass die Norm dem Schutz dieser Gebiete im Fall ihrer erheblichen Betroffenheit – also situativ – einen absoluten Vorrang einräumt. Wird der Tatbestand erfüllt, ist das entsprechende Vorhaben unzulässig. Aufgrund der Gewähr eines absoluten Vorranges wäre § 34 II BNatSchG eine Regel.

Beim schon erwähnten Mühlenberger Loch handelt es sich um eine gering durchströmte Elbbucht mit tidebeeinflussten Süßwasserwattflächen. Der Hamburger Senat hatte dieses Gebiet 1982 per Verordnung[54] als Landschaftsschutzgebiet ausgewiesen. Da neben weiteren Wasservögeln die stark gefährdete Löffelente im Mühlenberger Loch brütete, war das Gebiet 1998 der Europäischen Kommission als Schutzgebiet nach der Vogelschutz- sowie der FFH-Richtlinie gemeldet worden.[55] Damit waren die Anforderungen des § 33 BNatSchG erfüllt. Das Mühlenberger Loch unterfiel dem Schutzregime des § 34 II BNatSchG. Die Zuschüttung der Süßwasserwattfläche beeinträchtigte das Schutzgebiet erheblich in seiner maßgeblichen Funktion, da gerade die Wattfläche ein bedeutendes Habitat für die Wasservögel darstellte. Der Tatbestand der Regel ist erfüllt. Folglich war die Zuschüttung im Grunde rechtswidrig.

Zu einem anderen Ergebnis könnte eine Betrachtung kommen, die den dritten Absatz von § 34 BNatSchG in die Auslegung einbezieht. Dieser stellt eine Ausnahmeregelung zu Absatz zwei dar. Demnach gilt die Regel des Absatz zwei unter folgenden Voraussetzungen nicht: Zum einen muss das Vorhaben aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses – gemäß Art. 6 IV FFH-Richtlinie auch solche sozialer und wirtschaftlicher Art – notwendig sein (Nr. 1). Zum anderen darf es keine zumutbare Alternativen mit geringeren Beeinträchtigungen geben (Nr. 2). Es könnte sich hierbei um zwei negative Tatbestandsmerkmale mit unbestimmten Rechtsbegriffen handeln. Dann hätte die Behörde vor der planerischen Abwägung durch Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe zu ermitteln, ob der Tatbestand vorliegt und daher das Schutzregime nicht zur Anwendung gelangt. Trotz der weichen Formulierung erscheint das Merkmal nach Nr. 1 noch bestimmbar, während die Pflicht zur Prüfung auf das Vorliegen von zumutbaren Alternativen nach Nr. 2 erhebliche Probleme bereitet.

Beim *Mühlenberger Loch* konnte eine aufwendige Prüfung des Tatbestandes unterbleiben, da die Europäische Kommission nach § 34 IV 2 BNatSchG die negativen Auswirkungen des Projekts in einer Stellungnahme von April 2000 aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses für gerechtfertigt hielt.[56] Eine solche Stellungnahme hebelt den Naturschutz nach der Vogelschutz- sowie der FFH-Richtlinie komplett aus.

Keine Kommissionsgenehmigung dagegen gab es beim Bau der A 44 im Bereich des 2000 als FFH-Schutzgebiet gemeldeten Lichtenauer Hochlandes in Hessen, weshalb hier die korrekte Anwendung von § 34 III BNatSchG gerichtlich überprüft wurde. Nach dem Willen der zuständigen hessischen Straßenbaubehörde hätte das Lichtenauer Hochland teilweise in Tunnel- und Tieflage durchschnitten werden sollen. Ziel des Fernstraßenbauvorhabens war das Schließen einer Lücke im Autobahnnetz zwischen dem Ruhrgebiet und den überregionalen Zentren in Thüringen und Sachsen. Die hessische Behörde verfolgte weiterhin das Ziel, den Durchgangsverkehr in den anliegenden Kommunen zu reduzieren. Der Kläger warf den hessischen Behörden vor, eine für das FFH-Schutzgebiet schonendere Alternative zur planfestgestellten Linienführung unrechtmäßiger Weise ausgeschlossen zu haben. Die Behörde entgegnete, dass diese Alternative zwar bzgl. des Fernverkehrs ebenso wirksam sei wie die planfestgestellte Linienführung, aber nicht in vergleich-

50 *Funke,* Fn. 23, S. 515.

51 *Dreier*, Fn. 13, S. 41 f.

52 Richtlinie 92/43/EWG, Abl. Nr. L 206, S. 7.

53 Richtlinie 79/409/EWG, Abl. Nr. L 103, S. 1.

54 Verordnung über das Landschaftsschutzgebiet Mühlenberger Loch, HmbGVBl. 1982, S. 188.

55 OVG Hamburg, NVwZ-RR 2006, 97.

56 BVerfG, Beschl. v. 05.09.2001, online: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20010905_1bvr048101.html (29.01.2007).

barem Umfang zur Entlastung der anliegenden Kommunen beitrage.[57]

Es stellt sich daher die Frage nach dem Umfang der Alternativen-Prüfung. Das BVerwG stellt hohe Anforderungen an das Vorliegen einer Alternative. Dies ergibt sich aus der Fassung des sachlichen Prüfungsumfangs durch das Gericht: dieser schließt auch alle „naturschutzexternen Gründe“ mit ein.[58] Ergänzend wird der räumliche Prüfungsumfang eng gefasst.[59] Eine Alternative muss also bzgl. der Zielerreichung dem ursprünglich geplanten Vorhaben stark ähneln, und sich darüber hinaus in geringer räumlicher Entfernung vom diesem bieten.

Im Fall des Lichtenauer Hochlandes entschied das BVerwG trotzdem, dass die für das FFH-Schutzgebiet schonendere Variante der Linienführung eine Alternative im Sinne des § 34 III Nr. 2 BNatSchG sei. Durch Einbeziehung der naturschutzexternen Belange hatte das Gericht zwar auch die regionalen Verkehrsinteressen zu berücksichtigen, bewertete diese aber unter Berufung auf die Zweckbestimmung zugunsten des weiträumigen Verkehrs in § 1 I FStrG als untergeordnet.

Die Verwirklichung der Alternative muss weiterhin zumutbar sein. Dies sei der Fall, wenn die dem Vorhabenträger durch die Alternativlösung entstehenden Anstrengungen außerhalb jedes vernünftigen Verhältnisses zu dem mit Ihnen erreichbaren Gewinn für Natur und Umwelt stünden. Finanzielle Erwägungen werden für diese Prüfung ausdrücklich legitimiert.[60]

Im vorliegenden Fall wurde der Planfeststellungsbeschluss für nicht vollziehbar erklärt, um die Alternative hinsichtlich ihrer Zumutbarkeit zu prüfen. Insbesondere hatte die Straßenbaubehörde Bedenken, dass auch auf der Alternativtrasse ein FFH-Schutzgebiet beeinträchtigt werden könnte.

Mit der Einbeziehung sämtlicher naturschutzexterner Belange in die Alternativ-Prüfung und einem Zumutbarkeitsprüfung, die stark an eine allgemeine Verhältnismäßigkeitsprüfung erinnert, wird das Feld der zu berücksichtigenden Belange so groß, dass die Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffes und die anschließende planerische Abwägung als stofflich identisch erscheinen. Obwohl das BVerwG zwischen beiden Erwägungen trennt, wird in der Literatur vermehrt der Schluss gezogen, die Alternativen-Prüfung solle mit der fachplanerischen Abwägung inhaltlich verschmolzen werden.[61] In dieser Weise verfuhr das Gericht zeitweise mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen des § 41 II BImSchG. Allerdings wurde die Identität von Verhältnismäßigkeitsprüfung und fachplanerischer Abwägung zu diesem Zeitpunkt auch klar formuliert.[62] Deshalb steht zu befürchten, dass die trennscharfe Unterscheidung zwischen Alternativen-Prüfung und der fachplanerischen Abwägung ausgehöhlt werden könnte. In Folge dieser Auslegung wäre die Norm, anders als es der Wortlaut vermuten läst, wegen des Vorbehalts im dritten Absatz nicht als Regel, sondern eher als Prinzip zu qualifizieren, das einen situativ-relativen Vorrang gewährt. Da das Schutzregime auch bei diesem Verständnis der Norm nur aus zwingenden Gründen des überwiegenden Interesses der Allgemeinheit überwunden wird, liegt es nahe, für diesen Fall das Vorliegen einer Gewichtungsvorgabe anzunehmen.

c) Situativ-relativer Vorrang: § 50 BImSchG

Beispiel für eine Norm, die einem Belang einen situativ-relativen Vorrang einräumt, ist § 50 BImSchG. Diesem zu Folge sind bei raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen für eine bestimmte Nutzung vorgesehene Flächen einander so zuzuordnen, dass schädliche Umwelteinwirkungen auf schutzbedürftige Gebiete so weit wie möglich verhindert werden.

In einem Bebauungsplan war vorgesehen, eine bislang ungenutzte Fläche, die zwischen einem allgemeinen Wohngebiet (§ 4 BauNVO) und einer einzeln stehenden Produktions- und Verladungsstätte für Beton lag, als Bauland für Wohnzwecke auszuweisen. Um die Wohnbevölkerung vor den – auch nächtlichen – Staub- und Geräuschemissionen zu schützen, sah der Bebauungsplan ein 30 Meter tiefes Mischgebiet (§ 6 BauNVO) vor. Das Betriebsgrundstück selbst wurde als Gewerbegebiet (§ 8 BauNVO) festgesetzt. Weiterhin wurde der abstrakte Vermerk aufgenommen, dass geeignete und ausreichende Schallschutzmaßnahmen zu ergreifen seien. Die Betreiberin des Betonwerks wieß darauf hin, dass ihr Betrieb keinesfalls als „nicht erheblich belästigender Gewerbebetrieb“ im Sinne des § 8 I BauNVO gelten könne. Das Gericht prüfte daher, ob der Bebauungsplan durch das Ignorieren der Emissionen des Betonwerks auf die als Wohngebiet vorgesehene und dem Schutzregime des § 50 BImSchG unterfallende Fläche, abwägungsfehlerhaft war.[63]

Der Normbefehl lautet, einen unerwünschten Zustand bereits in der Planungsphase so weit wie möglich zu verhindern. § 50 BImSchG gewährt demnach keinen absoluten, sondern nur einen relativen Vorrang. Dieser ist situativer, und nicht genereller Natur, da sich an der allgemeinen Zulässigkeit schädlicher Umwelteinwirkungen nichts ändert. Nur in der Nähe der in § 50 BImSchG auf-

57 BVerwGE 116, 254, Urt. v. 17.05.2002.

58 BVerwGE 116, 254 (267).

59 *Britta Erbguth*, Naturschutz und Europarecht: Wie weit reicht die Pflicht zur Alternativenprüfung gemäß Art. 6 IV der Habitatrichtlinie, DVBl 1999, 588 (592).

60 BVerwGE 116, 254 (267).

61 *Erbguth*, Fn. 59, S. 592; *Astrid Epiney*, Vogel- und Habitatschutz in der EU, UPR 1997, 303 (308); *Bernd Thyssen*, Europäischer Habitatschutz entsprechend der FFH-Richtlinie in der Planfeststellung, DVBl 1998, 877 (882).

62 BVerwGE 104, 123 (139), Urt. v. 05.03.1997.

63 VGH München, NJW 1983, 297 ff.

gezählten schutzwürdigen Gebiete – also situativ – soll eine Belästigung durch vorausschauende Planung vermieden werden. § 50 BImSchG lässt sich also, da ein situativ-relativer Vorrang gewährt wird, als Prinzip qualifizieren. Weiterhin lautet der Normbefehl nicht nur auf Einstellung des Belangs in die Abwägung, sondern beschreibt mit der Formulierung „so weit wie möglich" bereits das erstrebenswerte Abwägungsergebnis. Soll ein anderes Ergebnis erzielt werden, bedarf es einer Rechtfertigung. Demnach handelt es sich um ein Prinzip, das zwar in der Abwägung überwunden werden kann, allerdings nur wenn es dafür „überragende Gründe" gibt.[64] Mithin handelt es sich bei der Norm nicht um eine Abwägungsdirektive, sondern um eine Gewichtungsvorgabe.

Das Gericht konnte einen überragenden Grund für das Zurücktreten des § 50 BImSchG nicht finden. Da eine konforme Zuordnung schutzbedürftiger Flächen und emittierender Betriebe vor allem durch räumliche Trennung zu erreichen sei, schlug das Gericht Folgendes vor: das Betriebsgelände des Betonwerks müsse als Industriegebiet (§ 9 BauNVO) und das im Bebauungsplan als Mischgebiet festgelegte Gebiet als Gewerbegebiet ausgewiesen werden. Zusätzlich müssten Teile der als allgemeines Wohngebiet festgesetzten Fläche als Mischgebiet ausgewiesen werden. Eine solche Stufung schütze das Wohngebiet in einer dem § 50 BImSchG entsprechenden Weise.

Trotz der oben begründeten normtheoretischen Einordnung wird § 50 BImSchG selbst in neuerer Literatur noch als „Planungsleitsatz" bezeichnet.[65] Diese Einordnung ist das Resultat der bereits erwähnten Verwirrung um die Bedeutung des Begriffs. Sie verdeutlicht die Notwendigkeit der vom BVerwG durchgeführten Konkretisierung dieser Rechtmäßigkeitsvoraussetzung.[66] Da nun nur noch zwingendes Recht, also abwägungsunüberwindliche Normen, außerhalb der Abwägung Beachtung finden, können nur Regeln Planungsleitsätze darstellen. Da es sich bei § 50 BImSchG um ein Prinzip handelt, ist die Bezeichnung dieser Norm als Planungsleitsatz fehlerhaft.

d) Generell-relativer Vorrang

Da Normen, die einem Umweltbelang einen generell-relativen Vorrang einräumen, aufgrund der bei Prinzipien möglichen Binnendifferenzierung in Abwägungsdirektiven und Gewichtungsvorgaben eingeteilt werden können, erscheint je ein Beispiel für beide Kategorien angebracht. Mit § 12 UVPG entstammt das Beispiel für die generelle Abwägungsdirektive zu Gunsten der Umweltbelange dem geltenden Recht. Eine generelle Gewichtungsvorgabe für Umweltbelange kennt das bestehende deutsche Recht nicht. Allerdings sah der nicht in Kraft getretene Entwurf des UGB eine Norm vor, welche dieser Kategorie zuzuordnen gewesen wäre.

(1) Abwägungsdirektive: § 12 UVPG

Gemäß § 12 UVPG sind im Rahmen der Umweltverträglichkeitsprüfung beim Planfeststellungsverfahren die im Umweltbericht nach § 11 UVPG zusammengefassten Daten zu den Umweltauswirkungen des Vorhabens bei der Abwägung zu berücksichtigen. Die Umweltverträglichkeitsprüfung gilt dabei jedoch nicht als eigenes Verfahren, sondern ist unselbständiger Teil des Planfeststellungsverfahrens (§ 2 I 1 UVPG).

Zweifelsohne gewährt § 12 UVPG keinen absoluten Vorrang, da die Norm der Planungsbehörde nicht vorschreibt wie sie zu entscheiden hat, sondern nur auf welcher Grundlage. Da für nahezu jedes vorstellbare planfeststellungsbedürftige Vorhaben die Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung vorgeschrieben ist,[67] lässt sich von einem generellen Vorrang sprechen. Mithin gewährt § 12 UVPG einen generell-relativen Vorrang.

Ob der Umweltbericht lediglich die Einstellung der enthaltenen Belange in die Abwägung sichern, oder ob weitergehend auch eine in der Abwägung zu berücksichtigende Wertung dieser Belange erfolgen sollte, wurde eine Zeit lang diskutiert. Die Rechtsprechung entschied aber gegen eine solche Bedeutung.[68]

In einem der ersten hierzu entschiedenen Fälle hatte eine baden-württembergische Straßenbaubehörde einen komplexen Kreuzungspunkt bestehend aus zwei Bundesautobahnen mit Zubringern zu zwei Bundesstraßen nach § 17 FStrG planfestgestellt. Dabei hatte sie die Beachtung der zu diesem Zeitpunkt pflichtwidrig nicht in deutsches Recht umgesetzten UVP-Richtlinie[69] unterlassen. Der Kläger vertrat die Auffassung, dass die Richtlinie unmittelbar anwendbar sei. Der Planfeststellungsbeschluß sei deshalb aufgrund der darin enthaltenen materiellen Aufwertung zu Gunsten der Belange des Umwelt- und Naturschutzes wegen der erheblichen, nicht nach § 8 BNatSchG a. F. (aktuell: § 19 BNatSchG) ausgleichbaren, Eingriffe abwägungsfehlerhaft. Das Gericht hielt dieser Argumentation entgegen, dass die UVP-Richtlinie keine materielle Aufwertung, sondern lediglich die Pflicht zur Einbeziehung von Umweltbelangen in die Abwägung beinhalte. Deren Einbeziehung sei, da es sich um einen öffentlichen Belang handele, in § 17 FStrG ohnehin vorgesehen.[70]

Somit ist deutlich, dass sich der von § 12 UVPG vermittelte generell-relative Vorrang nur als Abwägungsdirektive und nicht als Gewichtungsvorgabe auswirkt.

(2) Gewichtungsvorgabe: § 29 I UGBE

Die Möglichkeit des Gesetzgebers, Umweltbelangen einen generell-relativen Vorrang auch in Form einer Gewichtungsvorgabe einzuräumen, wurde in den 1980er Jahren kontrovers diskutiert. Um die Verwaltung kontrollieren zu können, müsse der Spielraum des Gesetzgebers beim Erlass abstrakter Vorschriften größer sein, als derjenige der Behörden bei konkreten Entscheidungen. Daher schien eine generelle Verlagerung des planerischen Abwägungsmaßstabes zu Gunsten von Umwelt-

64 OVG Koblenz, UPR 1985, 31.

65 *Hans Jarass*, Kommentar zum Bundesimmissionsschutzgesetz, 5. Aufl. 2002, § 50, Rn. 16.

66 BVerwGE 71, 163 (165).

67 Siehe Anlage 1 nach § 3 I 1 UVPG und Anlage 3 nach § 3 I a UVPG.

68 VGH München, Urt. v. 19.10.1993, NuR 1994, 244 (245); VGH Mannheim, Urt. v. 07.08.1992, NuR 1993, 138 (139).

69 Richtlinie 85/337/EWG, Abl. Nr. L 175, S. 40.

70 VGH Mannheim, NuR 1993, 138 (139).

belangen durch Gesetz nach damaliger Rechtslage legitim.[71] Durch die 1994 erfolgte Einführung des Staatsziels Umweltschutz in Art. 20 a GG wäre diese Position, würde die Debatte erneut geführt, noch fundierter.[72] Ausfluss dieser Ansicht war der bereits erwähnte § 29 I UGBE.

e) Regel und Prinzip: § 41 BImSchG

§ 41 BImSchG ist ein gutes Beispiel dafür, dass es nicht immer ganz einfach ist, eine Norm in das Regel-Prinzip-Schema einzuordnen. Der erste Absatz der Norm besagt, dass beim Bau und bei der wesentlichen Veränderung von öffentlichen Straßen sowie Schienenwegen sicher zu stellen ist, dass keine schädlichen Umwelteinwirkungen durch Verkehrsgeräusche hervorgerufen werden können, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind.

Die Formulierung lässt – wie bei den entsprechenden Regelung für Anlagen in den §§ 6, 22 BImSchG – zunächst auf eine Regel schließen, die dem geschützten Umweltbelang einen situativ-absoluten Vorrang einräumt. Bei Erfüllung des Tatbestandes – ein der Norm unterfallendes Verkehrsvorhaben soll durchgeführt werden, und es drohen nach Realisierung schädliche Umwelteinwirkungen durch Verkehrsgeräusche, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind – darf das entsprechende Vorhaben nur realisiert werden, wenn sichergestellt ist, dass die drohenden Lärmimmissionen verhindert werden.

In Hamburg musste wegen der Elektrifizierung der Fernbahntrasse nach Berlin ein neues, räumlich getrenntes Gleis für die S-Bahn gelegt werden. Durch die neue Trassenführung wäre das Anwesen der Klägerin in wesentlich stärkerem Maße vom Eisenbahnverkehrslärm betroffen. Der Planfeststellungsbeschluß des Eisenbahnbundesamtes sah aus Kostengründen lediglich passive, nicht jedoch aktive Schallschutzmaßnahmen vor. Die Klägerin sah dadurch § 41 BImSchG verletzt, da technisch vermeidbare Lärmemissionen trotz des ohnehin bereits hohen Lärmniveaus nicht vermieden würden.[73]

Entsprechend dem Eindruck, die Norm sei trotz der beiden unbestimmten Rechtsbegriffe „Stand der Technik“ und „schädliche Umwelteinwirkungen“ eine Regel, wurde sie in älterer Rechtsprechung[74] und Literatur[75] vereinzelt als Planungsleitsatz eingeordnet. Besonders deutlich äußerte sich der 4. Senat des BVerwG, der § 41 BImSchG als „zwingendes Recht“ bezeichnet und von auszufüllenden „Tatbestandsmerkmalen“ sowie einer „gebundenen Entscheidung“ spricht.[76] Eine andere Einordnung könnte sich – ähnlich wie bei den Ausführungen zu § 34 BNatSchG – aus dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit im zweiten Absatz ergeben. Diesem zu Folge gilt der erste Absatz nur, wenn die Kosten der Schutzmaßnahme nicht außer Verhältnis zum Schutzzweck stehen. Dieser Vorbehalt ließe sich zunächst als negatives Tatbestandsmerkmal zum ersten Absatz verstehen. Zusätzlich zu den bestehenden drei Merkmalen darf die erforderliche Schutzmaßnahme nicht unangemessen teuer sein. Die Angemessenheit wäre dann ein weiterer unbestimmter Rechtsbegriff, der mittels einer Abwägung auszufüllen ist.[77] Die Abwägung zur Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffes wäre der fachplanerischen Abwägung vorgelagert, da Letztere bei Erfüllung des Tatbestandes als Rechtsfolge des § 41 I BImSchG entfiele.

Der entscheidende 11. Senat des BVerwG hatte im vorliegenden Fall jedoch eine abweichende Rechtsauffassung. In Anlehnung an ein älteres Urteil desselben Senates[78] und gegen die oben zitierte Entscheidung des 4. Senates wurde der Norm lediglich die Funktion einer „äußersten Grenze“ zugedacht. Obwohl die Wahlfreiheit nicht so groß sei, wie dies „für die fachplanerische Abwägung typisch ist“, könne die Verhältnismäßigkeit der Kosten gemäß § 41 II BImSchG nur im Wege einer Abwägung ermittelt werden, die „untrennbar mit der allgemeinen fachplanerischen Abwägung verbunden“ sei.[79] Konkret hieße dies im vorliegenden Fall, dass sich die Klägerin mit den passiven Schallschutzmaßnahmen zufrieden geben musste. Die Tatsache, dass nur wenige Anwohner von dem Schallschutz profitiert hätten, und die geringere Schutzwürdigkeit der Klägerin wegen der ohnehin hohen Lärmvorbelastung ließen die begehrten Maßnahmen im Kontext des festgestellten Planes als unverhältnismäßig erscheinen. § 41 BImSchG sei in der zum Planfeststellungsbeschluß führenden Abwägung ausreichend berücksichtigt worden.

Obwohl die normtheoretische Einordnung in der Entscheidung explizit offen gelassen wird, deutet trotz der oben skizzierten Einschränkungen des 11. Senates einiges daraufhin, dass § 41 BImSchG eher als Prinzip denn als Regel aufgefasst wird. Neben der behaupteten Verschränkung des Verhältnismäßigkeitsvorbehaltes aus dem zweiten Absatz mit der allgemeinen fachplanerischen Abwägung spricht dafür vor allem die Intensität der gerichtlichen Kontrolle, die dem Verhältnismäßigkeitsvorbehalt zukommen soll. Der 4. Senat hatte einen planerischen Gestaltungsspielraum negiert und die Entscheidung voll auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüft.[80] Eine volle gerichtliche Kontrolle aber indiziert die Deutung des Verhältnismäßigkeitsvorbehaltes als negatives Tatbestandsmerkmal im Bezug auf den Rechtssatz im ersten Absatz. Das Zurückweisen dieser Deutung durch den 11. Senat legt nahe, dass der Behörde ein planerischer

71 *Funke*, Fn. 23, S. 511.

72 *Sendler*, Fn. 47, S. 42.

73 BVerwGE 110, 370, Urt. v. 15.03.2000.

74 OVG Lüneburg, Urt. v. 29.10.1992, UPR 1993, 192 (193).

75 *Hansjochen Dürr*, Aus der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zur Planfeststellung von Straßen, UPR 1993, 161 (168); *Fritz Kastner*, Die Eigentumsgarantie in der fernstraßenrechtlichen Planfeststellung, VerwArch 1989, 74 (85).

76 BVerwGE 108, 248, Urt. v. 28.01.1999.

77 *Dürr*, Fn. 75, S. 168.

78 BVerwGE 104, 123.

79 BVerwGE 110, 370 (382).

80 BVerwGE 110, 370 (381).

Gestaltungsspielraum zugestanden wird. Auch wenn dieser „nicht annähernd" so groß sei wie bei der planerischen Abwägung, spricht dies dafür, dass § 41 BImSchG hier als Prinzip behandelt wurde. Durch das vom 11. Senat praktizierte Zusammenziehen der beiden Abwägungsvorgänge ändert sich der Charakter der Norm von einer Regel zu einem Prinzip, das in die fachplanerische Abwägung einzustellen ist und überwunden werden kann.

III. Fazit

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, dass ein Zusammenhang angenommen werden kann zwischen der Durchsetzungsschwäche von Umweltbelangen und der Tatsache, dass diese meistens von Prinzipien geschützt werden, die durch Abwägung überwindbar sind. Bedenkenswert erscheint mir in diesem Zusammenhang insbesondere die für § 34 BNatSchG und § 41 BImSchG festgestellte Tendenz, als Regel formulierte Normen wie Prinzipien zu behandeln.

Wie die eingangs aufgezählten Beispiele zeigen, ist ein Umweltschutz, der größten Teils auf Prinzipien gestützt wird, nicht ausreichend. Die Planungsbehörden finden bei Infrastrukturmaßnahmen oder Industrieansiedlung oft einen Belang, der aus ihrer Perspektive dem Schutz der Umwelt vorzuziehen ist. In Anbetracht der herrschenden Massenarbeitslosigkeit werden Vorhaben, von denen man sich unmittelbar oder mittelbar die Entstehung von Arbeitsplätzen erhofft, unabhängig von ihrer Schadhaftigkeit für Umwelt als alternativlos dargestellt. Wo allein Arbeit Vorfahrt hat, muss es einer Behörde schwer fallen, den politisch Verantwortlichen gegenüber die Zurückstellung eines als Wirtschaftsförderungsmaßnahme verstandenen Vorhabens wegen entgegenstehender Umweltbelange zu rechtfertigen.

Ein besonders schönes Beispiel für die Macht dieser Argumentationsstruktur liefert wieder das *Mühlenberger Loch*. Da es sich beim Träger dieses Vorhabens – anders als bei den erwähnten Bundesfernstraßen, Bundeswasser- und Schienenwegen – um die private *EADS Airbus GmbH* handelte, musste für die Rechtmäßigkeit bestimmter mit dem Vorhaben verbundener Eingriffe eine Gemeinnützigkeit gegeben sein. Um auf Nummer sicher zu gehen, wurde dies dem Vorhaben von der Bürgerschaft gleich in Form eines Gesetzes attestiert. Dort heißt es in § 1 I: „Maßnahmen zum Erhalt und zur Erweiterung der Flugzeugproduktion am Standort Finkenwerder […] dienen dem Wohl der Allgemeinheit. Zu diesen Maßnahmen gehören insbesondere die Erweiterung des Airbus-Werksgeländes durch Inanspruchnahme einer Teilfläche des Mühlenberger Lochs […] sowie Errichtung und Betrieb erforderlicher baulicher und luftverkehrlicher Anlagen. Soweit die Maßnahmen Gegenstand einer Planfeststellung sind, finden auf sie die Vorschriften Anwendung, die für gemeinnützige Vorhaben gelten."[81] Die Perversion ist gelungen: Die privaten Interessen der *EADS Airbus GmbH* werden vom Hamburger Gesetzgeber und der Europäischen Kommission als öffentliche Interessen behandelt, während Privatpersonen, die das originär öffentliche Interesse des Umwelt- und Naturschutzes verfolgen, scheitern.[82]

In Anbetracht der sich langsam dem Ende zuneigenden Naturressourcen in Deutschland sind solche Vorkommnisse nicht nur für die kommenden Generationen bedauerlich, sondern im Hinblick auf Art. 20 a GG bereits heute verfassungsrechtlich bedenklich. Zur effektiven Umsetzung der Staatszielbestimmung ist eine weitere gesetzliche Einschränkung des planerischen Freiraums der Behörden dringend geboten. Geeignet dafür scheinen ein generell-relativer Vorrang für Umweltbelange und die Verankerung von Normen, die besonders sensiblen Umweltbelangen einen relativ-absoluten Vorrang gewähren.

Würde eine generelle Gewichtungsvorgabe für Umweltbelange positiv-rechtlich verankert, wird es für die Behörden schwieriger, deren Zurückstellen zu rechtfertigen. Dieser gestiegene Rechtfertigungsdruck könnte geeignet sein, das Abwägungsverhalten der Behörden zu verändern. Da aber auch ein generell-relativer Vorrang abwägungsüberwindbar ist, könnten Umweltbelange von den planenden Behörden trotz alledem zurückgestellt werden. Dies scheint mir aufgrund der oben beschriebenen Dynamik im Bezug auf die Schaffung neuer Arbeitsplätze ein ernstzunehmendes Risiko zu sein.

Deshalb erscheint es angeraten, Behörden die Abwägung zwischen konfligierenden Belangen in besonders sensiblen Bereichen gänzlich zu entziehen. Dies ließe sich durch Normen bewerkstelligen, die Umweltbelangen in diesen Bereichen einen relativ-absoluten Vorrang einräumen. Gegen den grassierenden Flächenverbrauch etwa ließe sich vorgehen, indem im BauGB eine Norm eingefügt wird, die einer Kommune die Ausschreibung neuen Baulandes für gewerbliche Nutzung verbietet, solange bereits ausgewiesene Flächen noch nicht genutzt werden oder nicht renaturiert worden sind.

81 Gesetz zum Erhalt und zur Stärkung des Luftfahrtindustriestandorts Hamburg, HmbGVBl 2002, S. 96, online: http://hh.juris.de/hh/gesamt/LFIndStOG_HA.htm#LFIndStOG_HA_P1 (30.01.2007).

82 Vgl. hierzu: *Karin Bieback*, Löffelente versus Riesenvogel: Keine Durchsetzungskraft des Umweltrechts bei der Airbuserweiterung in Hamburg, FoR 2003, S. 90 ff.; *Ralf Michaels*, Standortwettbewerb als Rechtsfigur: Die Entscheidung des OVG Hamburg zum Airbus A 380 im Lichte der Globalisierungsdebatte, KJ 2001, S. 458 ff.