

Engel, Christoph

Working Paper

Die Grammatik des Rechts: Funktionen der rechtlichen Instrumente des Umweltschutzes im Verbund mit ökonomischen und politischen Instrumenten

Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, No. 2000/3

Provided in Cooperation with:

Max Planck Institute for Research on Collective Goods

Suggested Citation: Engel, Christoph (2000) : Die Grammatik des Rechts: Funktionen der rechtlichen Instrumente des Umweltschutzes im Verbund mit ökonomischen und politischen Instrumenten, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, No. 2000/3, Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, Bonn

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/85076>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.



Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie

Preprints
aus der Max-Planck-Projektgruppe
Recht der Gemeinschaftsgüter
Bonn
2000/3

Die Grammatik des Rechts
Funktionen der rechtlichen Instrumente des Umweltschutzes
im Verbund mit ökonomischen und politischen Instrumenten

von
Christoph Engel



Die Grammatik des Rechts

Funktionen der rechtlichen Instrumente des Umweltschutzes
im Verbund mit ökonomischen und politischen Instrumenten

Christoph Engel

Januar 2000

Die Grammatik des Rechts

Funktionen der rechtlichen Instrumente des Umweltschutzes im Verbund mit ökonomischen und politischen Instrumenten

Die Grammatik des Rechts	1
I. Fragestellung	2
II. Die juristische Basis nicht-rechtlicher Steuerungsinstrumente.....	3
1. Öffentliche Bewirtschaftung.....	4
2. Anreizsteuerung	4
3. Verhandlungen.....	6
4. Regulierung durch Organisation und Verfahren	7
5. Rechtlich begrenzte gesellschaftliche Selbststeuerung	7
6. Organisierte Öffentlichkeit	7
7. Organisierte Moral.....	8
8. Staatliche Marktteilnahme	8
III. Recht als Steuerungsinstrument	9
1. Einführung.....	9
2. Ökonomische Deutungen.....	11
3. Steuerungsunschärfe	11
4. Störungsresistenz	13
5. Variable Steuerungsintensität	14
6. Diskursive Steuerung	15
7. Einfluß auf kognitive Modelle	16
8. Kontextsensibilität	18
9. Evolutorischer Charakter.....	19
10. Normativität.....	21
11. Gewollte Begrenzung der Steuerungswirkung	22
IV. Grenzwerte: Recht unter seinen Möglichkeiten	23
V. Grenzen der Leistungsfähigkeit des Rechts	24
1. Informationsgewinnung	25
2. Ausdifferenzierung	26
3. Komplexe Wirkungsbeziehungen.....	27
4. Wandel.....	27
5. Extraterritorialität	28
6. Keine kausale Therapie.....	28
VI. Recht im Institutionenverbund	29
1. Einführung.....	29
2. Gefahr – Vorsorge.....	30
3. Grob – fein	31
4. Qualitativ – quantitativ	32
5. Ganzheitlich – punktuell	32

6. Verbraucher – Unternehmer.....	33
7. Heute – morgen	35
8. Risiken eines Verbunds von Ordnungsrecht und Anreizsteuerung	35

I. Fragestellung

Kaum jemand kennt die Grammatik seiner eigenen Sprache. Das braucht er auch nicht. Erfahrung und Intuition ersetzen ihm Deklination, Konjugation und Syntax.

Für einen Ausländer ist er jedoch ein schlechter Lehrer. Denn Erfahrung und Intuition lassen sich nicht einfach in einen anderen Menschen verpflanzen. Ja mehr noch: Die intuitive Beherrschung seiner Heimatsprache verstellt dem Ausländer oft sogar den intuitiven Zugang zu der fremden Sprache. Es ist deshalb kein Zufall, daß die Grammatik der Sprachen vor allem aufgeheilt worden ist, um Ausländer leichter unterrichten zu können.

Genauso liegt es mit den Juristen¹. Erfahrung und Intuition sagen ihnen, wie sie ihr feines Instrument einsetzen müssen, damit es seine soziale Wirkung tut. Solange sie unter sich sind, ist das vollauf genug. Im interdisziplinären Diskurs lassen sich die juristische Erfahrung und Intuition aber nicht einfach verpflanzen. Ja mehr noch: Seine eigene Methode und disziplinäre Kultur verstellt dem Nachbarwissenschaftler oft den Zugang zur Intuition des Juristen. Soll das interdisziplinäre Gespräch fruchtbar werden, muß der Jurist deshalb zunächst die Grammatik des Rechts vermitteln. Je methodisch strenger die Nachbarwissenschaft ist, desto wichtiger ist dieses Anliegen. Das gilt vor allem im Verhältnis zur Ökonomie. Sie kennt ihre eigene Grammatik nicht nur ganz genau, sondern sie definiert sich in ihrer Mehrheit sogar über die Verwendung einer ganz bestimmten Grammatik².

Unter dem Einfluß dieses machtvollen intellektuellen Instruments lassen sich die Juristen nämlich leicht dazu verführen, eine fremde, die ökonomische Sprache zu sprechen. Vieles läßt sich in dieser präzisen Sprache wirklich besser sagen. Erst die genauere Kenntnis der Grammatik des Rechts erlaubt aber, die Fragen zu

¹ Für hilfreiche Kommentare danke ich *Adrienne Héritier, Erik Gawel, Jörn Lüdemann, Martin Schonger und Marco Verweij*.

Vorsorglich sei betont: der Beitrag ist aus der Perspektive eines deutschen Juristen geschrieben. Manche ausländischen Rechtsordnungen sind anders organisiert und gehen von anderen Leitbildern aus. Man denke nur an die asiatischen Rechte.

² Das wird besonders deutlich, wenn die Ökonomie zur Ökonomik fortgedacht wird. Ihr Anliegen ist die Analyse nichtwirtschaftlicher Vorgänge mit Hilfe des ökonomischen Modells. Paradigmatisch *Gary S. Becker*. *Der ökonomische Ansatz zur Erklärung menschlichen Verhaltens* (Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften 32) Tübingen² 1993. In den Wirtschaftswissenschaften gibt es allerdings auch andere Strömungen. Am deutlichsten weicht die evolutorische Ökonomik ab. Sie denkt vom Phänomen des Wirtschaftens her, nicht von einer bestimmten Methode.

bestimmen, in denen man sich weiterhin besser juristisch ausdrückt. Und nur in Kenntnis der jeweiligen Grammatik kann man sich auf das Wagnis einlassen, über denselben Gegenstand in mehreren disziplinären Sprachen zugleich zu sprechen. Dieser Versuch soll im folgenden am Beispiel der Umweltpolitik unternommen werden.

Man kann das Anliegen dieses Beitrags auch so formulieren: Es geht ihm um die Funktionalität des Rechts für die Umweltpolitik. Diese Formulierung zwingt zu zwei Klarstellungen. Der Beitrag will sagen, wie Recht ist, nicht wie es aus der Sicht des Rechts selbst sein sollte. Der Beitrag nimmt also, systemtheoretisch gesprochen, eine Beobachterperspektive ein, nicht die Perspektive eines (juristischen) Akteurs. Deshalb ist die im folgenden entwickelte Grammatik des Rechts auch etwas anderes als die (aus der Akteursperspektive gedachte) juristische Dogmatik einzelner Steuerungsinstrumente. Auch eine Legitimationstheorie ist nicht beabsichtigt. Insbesondere werden keine Aussagen darüber gemacht, ob das Recht, so wie es ist, auch verfassungsrechtlich erträglich ist.

Aus dem Anliegen des Beitrags folgt zweitens, daß wir den Untersuchungsgegenstand begrenzen müssen. Kaum ein umweltpolitische Steuerungsversuch kommt ganz ohne Recht aus (II). In unserem Zusammenhang interessiert das Recht aber nur, wenn es selbst als Steuerungsinstrument wirkt (III). Auch dann bleibt es oft hinter seinen Möglichkeiten zurück. Die für das deutsche Umweltordnungsrecht charakteristischen Grenzwerte zeigen das besonders deutlich (IV). Für den Institutionenvergleich zwischen dem Recht und anderen Steuerungsinstrumenten muß man sich der Grenzen der Leistungsfähigkeit des Rechts vergewissern (V). Auf dieser Grundlage läßt sich schließlich einschätzen, ob ein Verbund rechtlicher und nicht-rechtlicher Steuerungsinstrumente geeignet ist, den Steuerungserfolg zu verbessern (VI).

II. Die juristische Basis nicht-rechtlicher Steuerungsinstrumente

Begriffe sind soviel wert, wie sie leisten. Wodurch sich ein rechtliches von einem nicht-rechtlichen Steuerungsinstrument unterscheidet, können wir deshalb im Grunde erst sagen, wenn wir die Grammatik des Rechts formuliert haben. Rechtlich ist ein Instrument dann, wenn es sich dieser Grammatik bedient und keiner anderen. Wir können uns dem Begriff der rechtlichen Steuerung jedoch gleichsam negativ annähern. Wir können also Situationen aussondern, in denen das Recht die nicht-

rechtliche Steuerung nur ermöglicht, unterstützt oder begrenzt³. Fast der gesamte Instrumentenkasten der Umweltpolitik ist auf diese, bloß indirekte Weise vom Recht beeinflusst. Wir wollen den Zusammenhang kurz für die wichtigsten Instrumente benennen. Die öffentliche Bewirtschaftung (1), die Anreizsteuerung (2), Verhandlungen (3), die Regulierung durch Organisation und Verfahren (4), die rechtlich organisierte gesellschaftliche Selbststeuerung (5), die rechtlich organisierte Öffentlichkeit (6), die rechtlich organisierte Moral (7) oder schließlich die staatliche Marktteilnahme (8).

1. Öffentliche Bewirtschaftung

Wenn Recht als Steuerungsinstrument verwendet wird, achtet es die Grenze zwischen Staat und Gesellschaft. Der Ausgangspunkt des Rechts ist die Freiheit der Bürger. Das Recht will ihr Verhalten beeinflussen, nicht ihre Entscheidungen ersetzen. Wenn der Staat ein Umweltgut der öffentlichen Bewirtschaftung unterwirft, setzt er seine zentrale Entscheidung über die Nutzung dieses Guts dagegen an die Stelle der Entscheidungen der Bürger. Die Wasserwirtschaftspläne des § 36 b WHG und die Abfallwirtschaftspläne des § 29 KrW/AbfG sind die bekanntesten Beispiele⁴. Das Recht ist dann auf zwei Funktionen beschränkt: es regelt Organisation und Verfahren der Planaufstellung, und es befiehlt Plangehorsam. Allenfalls enthält es noch materielle Vorgaben für die planende Stelle.

2. Anreizsteuerung

Wenn in der umweltrechtlichen oder umweltpolitischen Diskussion von „ökonomischen“ Instrumenten die Rede ist, ist damit für gewöhnlich die Steuerung durch staatliche Anreize gemeint. Positive Anreize ergeben sich vor allem aus Subventionen⁵, aber etwa auch aus Benutzungsvorteilen. Das klassische Beispiel

³ Dieses Vorgehen ist für unseren juristischen Zweck besser geeignet als eine an sich durchaus verwandte politikwissenschaftliche Kategorisierung. Sie unterscheidet „regulative Politik“ von „Anreizsteuerung“ und „persuasive Programmen“. „Regulative Normen [lassen sich] in einer ersten Annäherung als unpersönlich formulierte Verhaltensvorschriften kennzeichnen, die sich an bestimmte Adressaten richten, mit einer Sanktionsdrohung verknüpft sind und als Gebote, Verbote oder bedingte Erlaubnisse formuliert sein können“: *Renate Mayntz*: Implementation von regulativer Politik, in: *dies.* (Hrsg.): Implementation politischer Programme II, Opladen 1983, 50-74 (51).

⁴ Ein Überblick über die Einsatz von Planungsinstrumenten im Umweltrecht findet sich bei *Michael Kloepfer*: Umweltrecht² 1998, § 5-33. *Kloepfer* verwendet allerdings einen umfassenderen Begriff der Planung.

⁵ Zum Recht der Umweltsubventionen näher *Kloepfer* (FN 4) § 5, R 232-249.

waren die Vergünstigungen der Smogverordnungen für schadstoffarme Autos⁶. Negative Anreize ergeben sich vor allem aus Umweltabgaben⁷, aber etwa auch aus den Rücknahmepflichten, mit denen das Abfallrecht eine recyclingfreundliche Produktgestaltung erzwingen will⁸. All diesen Steuerungsinstrumenten ist gemein, daß sie an den Adressaten keine Verhaltensanforderungen richten. Den Steuerungserfolg wollen sie vielmehr indirekt erreichen, indem sie die Restriktionen verändern, unter denen der Steuerungsadressat entscheidet. Ökonomisch gesprochen: sie verändern die relativen Preise⁹. Das Recht beschränkt sich in diesen Fällen darauf, den Anreiz zu setzen. Es bestimmt also etwa, wie hoch die Umweltabgabe sein soll, und es setzt sie durch.

In einem weiteren Sinne sind auch Umweltzertifikate eine Form der Anreizsteuerung. Die deutsche Umweltpolitik hat sich bislang bekanntlich nur zur Verwendung einer Vorstufe entschließen können, zu den Kompensationslösungen im Immissionsschutzrecht¹⁰. Das Recht beschränkt sich in diesen Fällen darauf, Umweltnutzungsrechte (begrenzt) handelbar zu machen. Da die Umweltmedien nicht physisch den Besitzer wechseln können, besteht die Aufgabe des Rechts vor allem darin, die Nutzungsrechte zu definieren und ihre Einhaltung zu erzwingen. Außerdem muß das Recht Institutionen für den Handel mit diesen Nutzungsrechten zur Verfügung stellen und für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf den Märkten für Nutzungsrechte sorgen.

⁶ Nachweise zu diesem und anderen Beispielen bei *Kloepfer* (FN 4) § 5, R 229-231.

⁷ Näher zum Recht der Umweltabgaben *Kloepfer* (FN 4) § 5, R 250-299.

⁸ Näher *Erik Gawel*: Konzeptionen und Instrumente zur Realisierung von Produktverantwortung im Abfallrecht (Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie. Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter 1999/4) insb. 43-46 und 55-63.

⁹ Deshalb verwenden Ökonomen auch den Begriff des „preisorientierten Umweltschutzes“, s. etwa *Hannelore Weck-Hannemann*: Rationale Außensteuerung menschlichen Umweltverhaltens – Möglichkeiten und Grenzen, in: *Erik Gawel/Gertrude Lübke-Wolff* (Hrsg.): Rationale Umweltpolitik – rationales Umweltrecht. Konzepte, Kriterien und Grenzen rationaler Steuerung im Umweltschutz (Recht, Ökonomie und Umwelt 8) Baden-Baden 1999, 67-92 (69); vgl. auch *Erik Gawel*: Umweltordnungsrecht – ökonomisch irrational? Die ökonomische Sicht, ebd. 237-322 (298).

¹⁰ Einzelheiten bei *Kloepfer* (FN 4) § 5, R 309-311.

3. Verhandlungen

Noch unschärfer als der Begriff der „ökonomischen“ Steuerungsinstrumente ist der der „politischen“. Meist ist dabei an Selbstbeschränkungsabreden der Industrie gedacht. Das im Augenblick wichtigste Anwendungsbeispiel ist die Produktverantwortung. Der Bundesumweltminister handelt mit dem jeweiligen Verband materielle Regeln und ein System zu ihrer Durchsetzung aus. Das Ergebnis dieser Verhandlungen kann zwar anschließend in eine Rechtsverordnung aufgenommen werden¹¹. Typischerweise bleibt es aber bei bloßen sozialen Normen, bestenfalls bei verbandsinternem Recht. Zwischen dem Minister und dem Verband besteht dann gerade kein rechtliches Band, sondern nur das, was man einen politischen Vertrag nennen könnte. Das Recht beschränkt sich darauf, dem Minister die Verhandlungsmasse zu sichern. Dafür eignen sich vor allem Verordnungsermächtigungen, die ihn zum einseitigen Erlaß belastender Vorschriften berechtigen. Die Drohung wird noch wirksamer, wenn das Gesetz den Minister zur förmlichen Festlegung umweltpolitischer Ziele ermächtigt, wie das in § 25 I KrW/AbfG geschehen ist¹². Solche Selbstbeschränkungsabkommen sind also keine Form der Steuerung durch Recht, sondern der gesellschaftlichen Steuerung im Schatten des Rechts¹³.

Das Umweltrecht wirkt auch dann als bloßes Drohmittel, wenn die Umweltverwaltung seinen Vollzug durch Verhandlungen mit den Adressaten ersetzt¹⁴. Das kann die Form einer Duldung eigentlich umweltrechtswidrigen Verhaltens annehmen¹⁵. Vor allem sichert die ordnungsrechtliche Eingriffsbefugnis aber die Kooperationsbereitschaft der Adressaten¹⁶.

¹¹ Diese Vorstellung liegt den §§ 35-37 des Kommissionsentwurfs eines Umweltgesetzbuchs zugrunde.

¹² Näher zum ganzen *Christoph Engel*: Selbstregulierung im Bereich der Produktverantwortung. Instrumente und deren Ausgestaltung (Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter 1998/7).

¹³ So die plastische Formulierung bei *Renate Mayntz* und *Fritz W. Scharpf*: Steuerung und Selbstorganisation in staatsnahen Sektoren, in: *dies.* (Hrsg.): Gesellschaftliche Selbstregulierung und politische Steuerung (Schriften des Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung Köln 23) Frankfurt 1995, 9-38 (28 f.).

¹⁴ Programmatisch *Gerd von Wedemeyer*: Kooperation statt Vollzug im Umweltrecht, Aachen 1995.

¹⁵ Näher *Karsten Heider*: Die Bedeutung der behördlichen Duldung im Umweltrecht, in: NuR 1995, 335-342.

¹⁶ Eingehend *Gertrude Lübbe-Wolff*: Modernisierung des Umweltordnungsrechts. Vollziehbarkeit – Deregulierung – Effizienz, Bonn 1996, 158-181. Besondere Bedeutung hat das für die Sanierung von Altlasten, näher *Stephan Kippes*: Aushandlungsprozesse bei der Sanierung von Altlasten. Eine Analyse auf Basis einer Fallstudie, in: Die Verwaltung 1996, 405-424; umfassend *Hans-Heinrich Trute*: Vom Obrigkeitsstaat zur Kooperation. Zur Entwicklung des umweltrechtlichen Instrumentariums zwischen klassischem Ordnungsrecht und moderner Verwaltung, in: Rückzug des Ordnungsrechts im Umweltschutz. 14. Trierer Kolloquium zum Umwelt- und Technikrecht (Umwelt- und Technikrecht 48) Berlin 1999, 13-52.

4. Regulierung durch Organisation und Verfahren

Auf einen anderen indirekten Wirkungspfad verläßt sich die Umweltpolitik, wenn sie nur Organisation und Verfahren reguliert. Das prominenteste Beispiel ist mittlerweile das Öko-Audit. Hierher gehören aber etwa auch die vielen Betriebsbeauftragten. Die Steuerungsphilosophie ist der Systemtheorie entlehnt. „Reflexives Recht“ soll dem selbstreferentiellen Subsystem Wirtschaft eine andere Richtung geben. Das Recht beschränkt sich darauf, diesen Steuerungsimpuls zu setzen¹⁷.

5. Rechtlich begrenzte gesellschaftliche Selbststeuerung

Das Recht nimmt sich noch weiter zurück, wenn es gesellschaftliche Selbststeuerung nicht aktiv beeinflusst, sondern ihr umgekehrt nur Grenzen setzt. Das klassische Beispiel stammt aus dem Kartellrecht. Soll das Kartellverbot auch dann eingreifen, wenn Wettbewerber belegen können, daß ihre Kooperation dem Umweltschutz dient¹⁸? Durch die empirischen Untersuchungen von *Elinor Ostrom* hat die Frage eine zusätzliche Dimension erhalten. Frau Ostrom belegt mit einer Vielzahl von Beispielen, daß lokale Umweltprobleme ganz ohne Zutun des Rechts von den Betroffenen selbst bewältigt werden. Auf diese Weise wird etwa die Übernutzung der Almen, die Überfischung von Gewässern oder die Verschmutzung von Flußläufen vermieden¹⁹. Diese Mechanismen funktionieren aber regelmäßig nur solange, wie das Recht nicht störend auf sie einwirkt²⁰. Man kann sich sogar fragen, ob der Zugang zum Zivil- und öffentlichem Recht verhindert werden muß, weil sonst ein Mitglied das Arrangements sprengen könnte.

6. Organisierte Öffentlichkeit

Die Umweltverbände haben die Öffentlichkeit als Steuerungsressource entdeckt. Das spektakulärste Beispiel war die von Greenpeace erzwungene Entsorgung der Bohrplattform von Brent Spar an Land. Das Recht kann auch hierauf zunächst

¹⁷ Näher *Christoph Engel*: Regulierung durch Organisation und Verfahren in: FS Ernst-Joachim Mestmäcker 1996, 119-138; aus politikwissenschaftlicher Sicht *Adrienne Windhoff-Héritier*: Politikimplementierung. Ziel und Wirklichkeit politischer Entscheidungen. Königstein 1980, 53 f. mwN.

¹⁸ *Wolf Heinrich von Bernuth*: Umweltschutzfördernde Unternehmenskooperationen und das Kartellverbot des Gemeinschaftsrechts (Schriftenreihe des Europakollegs Hamburg zur Integrationsforschung 11) Baden-Baden 1996.

¹⁹ *Elinor Ostrom*: *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge 1990.

²⁰ *Axel Ostmann/Werner W. Pommerehne/Lars P. Feld/Albert Hart*: Umweltgemeingüter?, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften 117 (1997) 107-144 (118).

einmal negativ einwirken. Brent Spar hat bekanntlich zu einer juristischen Diskussion über die Grenzen des Verbraucherboykotts geführt²¹. Der Staat kann aber auch aktiv auf das Umweltbewußtsein der Bevölkerung einwirken. Am intensivsten tut er das mit hoheitlichen Warnungen. Die Aufgabe des Rechts besteht dann nicht in der Grenzziehung für Private, sondern für Behörden²². Hierher gehören schließlich ökologische Publizitätspflichten. Sie finden sich etwa in den Vorgaben für die Kennzeichnung von Produkten²³ und für die Pflicht zur Umweltrechnungslegung²⁴.

7. Organisierte Moral

Zumindest idealtypisch läßt sich die Mobilisierung der Öffentlichkeit von der Einwirkung auf die Umweltmoral scheiden. Im ersten Fall sollen die schon vorhandenen umweltpolitischen Überzeugungen der Bürger genutzt werden. Im zweiten Fall geht es darum, diese Überzeugungen erst zu bilden. Neuerdings interessiert sich auch die Rechtswissenschaft für diesen Vorgang²⁵. Geschieht die staatliche Einwirkung auf die private Umweltmoral vermittelt durch die Normativität des Rechts, sind wir mitten in der Funktionalität dieses Steuerungsinstruments²⁶. Davon sind jedoch direkte staatliche Erziehungsversuche zu unterscheiden, wie sie man etwa beim Getrenntsammeln von Abfällen beobachten kann. Sie werfen vor allem die verfassungsrechtliche Frage auf, ob der Staat die Trennung von Staat und Gesellschaft offen überspielen darf.

8. Staatliche Marktteilnahme

Der Staat verfolgt umweltpolitische Ziele schließlich auch als Marktteilnehmer. Beispiele aus dem Abfallrecht sollen die Möglichkeiten illustrieren. Nach § 13 I 1 KrW/AbfG sind die Haushalte nach wie vor verpflichtet, ihren Restmüll dem zuständigen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zu überlassen. Er hat nach § 15

²¹ S. etwa *Thomas M. J. Möllers*: Zur Zulässigkeit des Verbraucherboykotts – Brent Spar und Mururoa, in: NJW 1996, 1374-1378.

²² Zusammenfassend *Udo di Fabio*: Information als hoheitliches Gestaltungsmittel, in: JuS 1997, 1-7.

²³ *Fritz Ossenbühl/Thomas v. Danwitz*: Umweltpflege durch hoheitliche Produktkennzeichnung (Recht, Technik, Wirtschaft 72) Köln 1995.

²⁴ *Matthias Schellhorn*: Umweltrechnungslegung. Instrumente der Rechenschaft über die Inanspruchnahme der natürlichen Umwelt, Wiesbaden² 1997.

²⁵ S. vor allem *Gertrude Lübbe-Wolff*: Recht und Moral im Umweltschutz (Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtslehre und Rechtssoziologie 23) Baden-Baden 1999; s. auch *Guy Kirsch*: Umweltmoral – ein Ersatz für staatliche Umweltpolitik?, in: FS *Karl-Heinrich Hansmeyer*, Berlin 1994, 261-271.

²⁶ Näher unten III 10.

KrW/AbfG regelmäßig ein Gebietsmonopol²⁷. Und § 37 I 2 KrW/AbfG verpflichtet alle öffentlichen Stellen, bei ihrer Beschaffungspolitik wiederverwertbare oder schadstoffarme Produkte zu bevorzugen. Das Recht nimmt also auf die Marktstruktur und auf das Marktverhalten der öffentlichen Hand Einfluß. Die Steuerungswirkung ergibt sich aber nicht unmittelbar aus diesen Rechtsregeln, sondern aus der Veränderung von Marktdaten.

III. Recht als Steuerungsinstrument

1. Einführung

Bei den bisher betrachteten Steuerungsinstrumenten ist das Recht in einer dienenden Funktion. Es sichert ihre Voraussetzungen, oder es begrenzt ihren Einsatz. Das ist anders, wenn der Steuerungserfolg gerade mit den Mitteln des Rechts erreicht werden soll. Prototyp ist das Umweltordnungsrecht. An sich kann man auch das Umwelthaftungsrecht²⁸ und das Umweltstrafrecht hierher rechnen²⁹. In beiden Materien wird der Steuerungsanspruch aber nur gebrochen wirksam. Das Haftungsrecht hat zunächst eine ausgleichende, bestenfalls versteckt eine verhaltenslenkende Wirkung. Und die Strafzwecklehre rückt die Lenkungswirkung der Strafvorschriften bekanntlich ganz in den Hintergrund. Der folgende Abschnitt konzentriert sich deshalb auf das Ordnungsrecht.

Im interdisziplinären Diskurs hat es keine gute Presse. Von einer Legitimations- und Akzeptanzkrise ist die Rede³⁰, ja sogar vom Rechtsversagen³¹. Seine Rationalität wird in Zweifel gezogen³². Kritiker verweisen auf das häufige Vollzugsdefizit³³, auf hohe Regulierungskosten³⁴ und einen Hang zum Perfektionismus³⁵. Eine

²⁷ Weiteres Material bei *Kloepfer* (FN 4) § 5, R 372-379.

²⁸ Umfassend *Kloepfer* (FN 4) § 6, dort auch zu weiteren einschlägigen Teilen des Umweltprivatrechts.

²⁹ Näher *Kloepfer* (FN 4) § 7, dort auch zum verwandten Umweltordnungswidrigkeitenrecht.

³⁰ *Erik Gawel*: Umweltallokation durch Ordnungsrecht. Ein Beitrag zur ökonomischen Theorie regulativer Umweltpolitik (Schriften zur angewandten Wirtschaftsforschung 65) Tübingen 1994, 31f.

³¹ Ebd. 47.

³² Eine Auseinandersetzung mit dem Vorwurf findet sich in den beiden aufeinander abgestimmten Beiträgen von *Gawel* in *Gawel/Lübbe-Wolff* (FN 9) und von *Wolfgang Köck*: Umweltordnungsrecht – ökonomisch irrational? Die juristische Sicht, in: *Erik Gawel/Gertrude Lübbe-Wolff* (Hrsg.): Rationale Umweltpolitik – rationales Umweltrecht. Konzepte, Kriterien und Grenzen rationaler Steuerung im Umweltschutz (Recht, Ökonomie und Umwelt 8) Baden-Baden 1999, 323-360.

³³ Umfassend *Adrienne Windhoff-Héritier* (FN 17).

³⁴ *Hellmut Wagner*: Effizienz des Ordnungsrechts für den Umweltschutz?, in: NVwZ 1995, 1046-1052 (1047).

³⁵ Ebd. 1048 f.

Gewichtsverschiebung zu Gunsten anderer Instrumente, besonders der Anreizsteuerung wird angemahnt³⁶. Auch die umweltpolitische Praxis zieht sich langsam aus dem Ordnungsrecht zurück. Sie setzt in Deutschland allerdings kaum auf Anreizsteuerung, wohl aber auf die Regulierung durch Organisation und Verfahren und auf ausgehandelte Regeln.

Für diesen wissenschaftlichen und politischen Trend gibt es manchen guten Grund. Um nur zwei besonders offensichtliche zu nennen: je voller das Recht seine Vorteile ausspielt, desto mehr Zeit und Ressourcen verschlingt seine Anwendung. Und weil es keine Preise gibt, fällt dem Recht die Bestimmung von Knappheitsrelationen sehr schwer³⁷. Bisher leidet die Diskussion aber an einem stark verengten Blick auf die Funktionalität des Rechts. Nur wenn der Umweltpolitik die reiche Grammatik des Rechts bewußt ist, kann sie zur richtigen Wahl zwischen oder Mischung von rechtlichen mit nicht-rechtlichen Steuerungsinstrumenten finden.

Sie muß insbesondere Abschied von rein ökonomischen Deutungen des Ordnungsrechts nehmen (2). Erst dann sieht sie die für das Recht charakteristische Steuerungsunschärfe (3), seine Störungsresistenz (4) und die Möglichkeit, die Steuerungsintensität situationsgerecht zu variieren (5). Sie bemerkt, daß das Recht seine Steuerungswirkungen im Diskurs mit dem Adressaten erreicht (6) und Zugriff auf die kognitiven Modelle hat, mit denen er die Welt sieht (7). Sie wird der Sensibilität des Rechts für den historischen Kontext (8) und seines evolutorischen Charakters gewahr (9). Vor allem versteht sie aber, welche Wirkungen die Normativität des Rechts hat (10). Schließlich entwickelt sie Verständnis für die vom Recht gewollte Begrenzung seiner eigenen Steuerungswirkung (11). Nicht all diese Elemente sind in jedem Fall und in vollem Umfang präsent, in dem Recht als Steuerungsinstrument eingesetzt wird. Im Gegenteil werden wir im anschließenden Abschnitt ja sehen, daß die für das deutsche Umweltordnungsrecht charakteristischen Grenzwerte weit hinter den Möglichkeiten rechtlicher Steuerung zurückbleiben³⁸. Wenn es will, kann das Recht diese Möglichkeiten aber mobilisieren. Wieviel es kann, sollen die folgenden Überlegungen zeigen.

³⁶ So etwa der Rat von Sachverständigen für Umweltfragen: Umweltgutachten 1994, Stuttgart 1994, 31.

³⁷ Es muß sich mit relativ unscharfen Substituten behelfen, insbesondere dem Ausmaß des Vollzugswiderstands.

³⁸ S. unten IV.

2. Ökonomische Deutungen

Die ökonomische Analyse des Rechts ist ein nützliches Unterfangen. Das gilt auch für das Ordnungsrecht. Das ökonomische Modell darf aber nicht dazu verführen, ausschließlich auf den negativen Anreiz der Sanktionen zu blicken, die bei seiner Verletzung angedroht sind³⁹. Man entdeckt dabei zwar wichtige Fragen, etwa den Zusammenhang zwischen frei verfügbarem Einkommen und Sanktionsempfindlichkeit⁴⁰. Ein Blick in die Wirklichkeit mahnt aber zur Vorsicht. Den Anforderungen des ökonomischen Rationalmodells genügen im Regelfall nicht einmal die vom Wettbewerb kontrollierten Unternehmen. Sie vergleichen also nicht das Produkt aus der angedrohten Sanktion und dem erwarteten Entdeckungsrisiko mit dem erwarteten Nutzen aus der Normverletzung⁴¹. Erst recht darf man bei den Haushalten keine lineare Reaktion auf Verschärfungen der Sanktion erwarten. Auch andere ökonomische Modellierungen erfassen nur einen kleinen Teil der Funktionen. So kann man das Ordnungsrecht mit gewissem Recht als ein Instrument zur Redefinition von Verfügungsrechten an Umweltgütern begreifen⁴², bemerkt dann aber schnell, daß dies ziemlich unvollkommen geschieht⁴³. Es ist auch nicht ganz falsch, wenn man das Ordnungsrecht als eine Verkürzung des individuellen Handlungsraums interpretiert⁴⁴. Aber wie man es auch anstellt: man kann die Wirkungen des Ordnungsrechts nicht vollständig in das ökonomische Modell pressen. Allgemeiner gesprochen: ein einfaches Rationalmodell genügt zum Verständnis dieses Steuerungsinstruments nicht. Man muß zu dem übergehen, was mittlerweile manchmal als Rationalmodell der zweiten Generation bezeichnet wird⁴⁵.

3. Steuerungsunschärfe

Das Ordnungsrecht ist vorsätzlich kein trennscharfes Instrument. Es sagt nur im wesentlichen, was es will. Schon der Text läßt oft mehrere Deutung zu. Weitere

³⁹ In diese Richtung gehen *Karin Holm-Müller*: Anreizwirkungen von Auflagen im deutschen Abfallrecht, in: List-Forum 1994, S. 353-369; *Siegfried Gelbhaar*: Monetäre Sanktionen als Instrumente staatlichen Handelns. Ökonomik der Geldstrafen und ihre Funktion im umweltpolitisch motivierten Staatshaushalt (Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen Analyse des Rechts 20) Berlin 1994.

⁴⁰ *Jennifer A. Arlen*: Should Defendants' Wealth Matter?, in: Journal of Legal Studies 21 (1992) 413-429.

⁴¹ Näher (und kritisch) *Gawel*: Ordnungsrecht (FN 30) 50.

⁴² *Gawel* Ordnungsrecht (FN 30) 39.

⁴³ Ebd. 205.

⁴⁴ *Erik Gawel*: Internalisierung durch das Ordnungsrecht – eine ökonomische Betrachtung, in: ZfU 1996, 521-540 (530).

⁴⁵ Den Begriff verwendet *Elinor Ostrom*: A Behavioral Approach to the Rational Choice Theory of Collective Action (Presidential Address to the American Political Science Association annual meetings, August 28-31) 1997.

Sollbruchstellen ergeben sich aus systematischer Interpretation, also dem Abgleich mit anderen normativen Geboten, und einer Interpretation, die es konform mit höherrangigem Recht macht. Zusätzliche Freiheit kann sich der Interpret durch die Art verschaffen, wie er den Sachverhalt ermittelt.

Das heißt nicht, daß das Umweltordnungsrecht den analytischen Ausgangspunkt der Umweltökonomie verwirft. Die Umweltprobleme entstehen daraus, daß es keine Verfügungsrechte an den Umweltmedien gibt. Deshalb besteht die Gefahr, daß diese Medien übermäßig genutzt werden. Wer das tut, schafft eine negative Externalität. Er behält den Nutzen für sich, verteilt die Nachteile aber auf alle⁴⁶. Daraus folgt aber noch nicht ohne weiteres, daß die Rechtsordnung so kausal wie möglich therapieren sollte. Dann müßte die gesamte Umweltpolitik auf Zertifikate umgestellt werden, weil sie die beste Annäherung an das Modell der Verfügungsrechte sind. Die zweitbeste Lösung wären Lenkungsabgaben. Denn sie internalisieren tendenziell die Externalität, indem sie umweltbeeinträchtigendes Verhalten künstlich verteuern.

Beide Überlegungen sind streng utilitaristisch gedacht. Normativer Maßstab ist die Wohlfahrt, also der aggregierte Wohlstand aller, nicht das individuelle Wohlbefinden. Das Ordnungsrecht ist demgegenüber auch für die Vorstellung der Belastungsgleichheit offen⁴⁷. Es kann ein ökologisches Existenzminimum sichern, also die Versorgungssicherheit jedes einzelnen Individuums mit einer Mindestumweltqualität⁴⁸. Es wird mit verknüpften Präferenzen fertig, also mit Gerechtigkeitsvorstellungen, die sich nicht auf das eigene, sondern auf fremdes Wohl beziehen⁴⁹. Sie liegen implizit vor allem den Fairness-Konzepten zugrunde. Das Ordnungsrecht kann Rücksicht darauf nehmen, daß die Definition umweltpolitischer Ziele keine ausschließlich wissenschaftliche, sondern auch eine politische Frage ist⁵⁰. Im Prozeß der Rechtsanwendung kann das Regulierungsziel schleichend ausgetauscht oder das Gewicht zwischen mehreren Regulierungszielen neu austariert werden. Über die Erreichung des eigentlichen Steuerungsziels hinaus

⁴⁶ Eine gut lesbare Einführung findet sich bei *Alfred Endres*: Umweltökonomie. Eine Einführung, Darmstadt 1994.

⁴⁷ Vgl. *Köck* in *Gawel/Lübbe-Wolff* (FN 32) 343.

⁴⁸ Vgl. *Gawel* Ordnungsrecht (FN 30) 149 f.

⁴⁹ Eine eingängige, auch graphische Darstellung der Zusammenhänge findet sich bei *Fritz W. Scharpf*: *Games Real Actors Play. Actor-Centered Institutionalism in Policy Research* (Theoretical Lenses on Public Policy) Boulder 1997, 84-89 (Scharpf verwendet allerdings nicht den ökonomischen Begriff der verknüpften Präferenzen, sondern spricht von Interaktionsorientierung).

⁵⁰ Darauf weist sehr anschaulich hin *Peter Knoepfel*: Rationalitäten und Rationalität im Wechsel der westeuropäischen Luftreinhaltepolitiken (1960-2000) in *Erik Gawel/Gertrude Lübbe/Wolff* (Hrsg.): *Rationale Umweltpolitik – rationales Umweltrecht. Konzepte, Kriterien und Grenzen rationaler Steuerung im Umweltschutz* (Recht, Ökonomie und Umwelt 8) Baden-Baden 1999, 93-118 (96 und passim).

hat das Ordnungsrecht immer auch die Bewältigung von Konflikten im Auge⁵¹. Das Ordnungsrecht ist offen für die abweichende Behandlung des überraschend abweichenden Einzelfalls. Kurz: die Rationalität des Ordnungsrechts steht beständig unter dem Vorbehalt der Urteilskraft des Rechtsanwenders.

Ordnungsrecht ist aus all diesen Gründen zumindest latent immer Final-, nicht Konditionalsteuerung. Das Gesetz gibt dem Interpreten ein Steuerungsprogramm an die Hand, es macht ihn nicht bloß zur Vollzugsmaschine. Der Interpret darf nicht nur zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit vermitteln, er soll das auch. Würde die buchstabengetreue Anwendung der allgemeinen Regel im Einzelfall offensichtlich ungerecht, mißt er sehenden Auges mit verschiedenem Maß.

Durch seine Steuerungsunschärfe wird das Ordnungsrecht zugleich mit einem Problem besser als andere Steuerungsinstrumente fertig, das die Politikwissenschaften herausgearbeitet haben: im Gesetzgebungsprozeß ist eine gemeinwohlförderliche Reform manchmal nur dadurch zu bewältigen, daß man sich nur allgemein, aber nicht konkret einigt. Was im offenen politischen Streit nicht zu leisten war, muß dann im Prozeß der Regelanwendung nachgeholt werden⁵².

4. Störungsresistenz

Kein Regulator ist unfehlbar. Seine Vorstellungskraft ist notwendig kleiner als die Wirklichkeit, auf die er einwirken will. Wenn er vollständig daneben gelegen hat, hilft nichts: die unwirksame oder gar kontraproduktive Vorschrift muß durch eine bessere ersetzt werden. Mit kleineren Störungen oder atypischen Einzelfällen wird das Recht dagegen relativ gut fertig. Das liegt gerade an der beschriebenen Steuerungsunschärfe. Die ganze Juristenausbildung ist im Grunde ein Exerzitium in der Bewältigung pathologischer Fälle mit einem Normenmaterial, das dafür eigentlich nicht gedacht war. Der letzte Rettungsanker des Juristen sind Generalklauseln wie die Eingriffsbefugnis bei Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder das Umgehungsverbot. Zur Kunst des Juristen gehört jedoch, solche Rettungsanker wirklich nur in höchster Not zu werfen. Meist findet sich bei genügendem Nachdenken auch eine kunstgerechte Lösung näher an den konkret einschlägigen Normen.

⁵¹ Vgl. *Jochen Hucke/Arieh A. Ullmann*: Konfliktregelung zwischen Industriebetrieb und Vollzugsbehörde bei der Durchsetzung regulativer Politik, in: *Renate Mayntz (Hrsg.): Implementation politischer Programme*, Königstein 1980, 105-126; *Erich Schanze*: Legalism, Economism, and Professional Attitudes Towards Institutional Design, in: *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 149 (1993) 122-150 (125).

⁵² Näher *Windhoff-Héritier* (FN 17) 29-31.

Ebenso gut wird das Recht mit der Unvollkommenheit der Rechtsanwender fertig. Das eindringlichste Beispiel ist der Verwaltungsakt. Legt der Adressat nicht fristgerecht Widerspruch ein, wird ein Verwaltungsakt bestandskräftig. Der Adressat wird mit der Behauptung nicht mehr gehört, es sei in der Sache falsch entschieden worden. Und die Behörde kann einen begünstigenden, aber rechtswidrigen Verwaltungsakt nur noch in den engen Grenzen für die Rücknahme von Verwaltungsakten korrigieren⁵³.

Schließlich ist das Recht auch für ein Problem vorbereitet, das die Ökonomie gerade erst entdeckt hat. Der Adressat einer staatlichen Intervention in den Markt muß sich nicht passiv verhalten. Er ist also nicht darauf beschränkt, unter veränderten Restriktionen neu zu optimieren. Vielmehr kann er darauf auch kreativ reagieren. Das kann für den Regulator ein Vorzug sein. Wird einem Unternehmen etwa eine umweltbeeinträchtigende Produktionstechnik verboten, kann das der Anreiz sein, eine noch unbekannte, umweltschonende Technik zu entwickeln. Der Adressat kann sein Verhalten statt dessen aber auch in einer Weise modifizieren, die das Regulierungsziel noch viel stärker verfehlt als sein ursprüngliches Verhalten. Wird ihm die luftbeeinträchtigende Produktionstechnik etwa verboten, kann er eine Technik wählen, die die Umwelt noch viel mehr beeinträchtigt, für die es nur noch keine Regeln gibt⁵⁴. Bemerkt ein Jurist das, wird er sich auf den Sinn der Vorschrift berufen, ihre analoge Anwendung versuchen, das Umgehungsverbot bemühen oder auf eine Generalklausel ausweichen. Das hilft natürlich nicht immer. Die kreative Aushebelung des Ordnungsrechts ist aber viel schwerer als die kreative Umgehung eines punktförmigen Steuerungsimpulses.

5. Variable Steuerungsintensität

Im letzten kann die Rechtsordnung den Widerstand eines Rechtsunterworfenen mit physischer Gewalt brechen. Sie schießt aber nicht mit Kanonen auf Spatzen. Vielmehr reagiert das Recht fein abgestuft auf den Konflikt mit dem Bürger. Die äußerste Eskalationsstufe ist die Vollstreckung. Auch das Vollstreckungsrecht versucht es aber regelmäßig zunächst einmal mit der bloßen Androhung des

⁵³ Näher *Christoph Engel*: Legal Responses to Bounded Rationality in German Administration, in: *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 1994, 145 – 162.

⁵⁴ Das ist der Kerngedanke der Habilitationsschrift von *Gerhard Wegner*: *Wirtschaftspolitik zwischen Selbst- und Fremdsteuerung – ein neuer Ansatz* (Contributions Jenenses 3) Baden-Baden 1996; der Gedanke ist schon angedeutet bei *Werner Bohnert/Wolfgang Klitzsch*: *Gesellschaftliche Selbstregulierung und staatliche Steuerung. Steuerungstheoretische Anmerkungen zur Implementation politischer Programme*, in: *Renate Mayntz* (Hrsg.): *Implementation politischer Programme*, Königstein 1980, 200 – 215 (205 f.: „Reaktivität des Feldes“).

Zwangsmittels. Der Vollstreckung geht ein Erkenntnisverfahren voraus, in dem die Rechtslage und die sich daraus ergebenden Pflichten des Bürgers förmlich festgestellt werden. Die Verwaltungsgerichte werden damit nur befaßt, wenn die Frage zwischen Behörde und Bürger im Streit bleibt. Dann stehen gegebenenfalls sogar mehrere Instanzen zur Verfügung. Der Alltag der Rechtsanwendung ist aber das Verwaltungsverfahren. Es wird mit dem schon erwähnten Verwaltungsakt förmlich abgeschlossen. Hat das Anliegen des Rechts kein allzu hohes Gewicht, findet nicht einmal notwendig ein Verwaltungsverfahren statt. Das Recht unterwirft die regulierte Aktivität dann keinem Genehmigungsverfahren, sondern ermächtigt nur eine Behörde zum Einschreiten. Ist das so, erwartet die Rechtsordnung oft nicht einmal, daß sich die Rechtsunterworfenen die Rechtslage bewußt machen. Sie hofft im Gegenteil darauf, daß das rechtliche Gebot in einer sozialen Normen gespiegelt oder zum Gegenstand einer Entscheidungsroutine wird⁵⁵.

6. Diskursive Steuerung

Wenn es nicht anders geht, kann in den Formen des Rechts befohlen werden. Der Polizist befiehlt dem Amokschützen, seine Waffe fallenzulassen. Notfalls verleiht er seinem Befehl mit einem Warnschuß Nachdruck oder schießt den Schützen gar kampfunfähig. Juristisch sind all das Verwaltungsakte, gestützt auf die Eingriffsbefugnisse des Polizeirechts. Das Recht zum Befehl hat eine Behörde aber nur bei Gefahr im Verzuge. Das Schutzgut würde verletzt, wenn sie erst mit dem Adressaten diskutieren müßte. Der verwaltungsrechtliche Normalfall ist dagegen der Diskurs zwischen dem Rechtsunterworfenen und der Behörde oder den Gerichten⁵⁶. Das Recht legt dann den gewollten Zusammenhang zwischen dem Steuerungsziel und der Wirkung des Steuerungsinstruments offen. Rechtliche Gebote sind deshalb viel seltener mehrdeutig als Preissignale. Recht ist textgebunden. Rechtsanwendung stellt die Verbindung zwischen der allgemeinen Regel, also dem Text, und der Wirklichkeit des Einzelfalls her. Das Verfahrensrecht verpflichtet den Rechtsanwender, seine Entscheidung in dieser Weise zu begründen. Der Rechtsanwender kommuniziert also mit dem Rechtsunterworfenen. Die Begründung

⁵⁵ Sehr anregend *Gerd Gigerenzer/Peter M. Todd: Simple Heuristics that Make Us Smart (Evolution and Cognition) New York 1999.* Manchmal ist der Hinweis auf die Rechtslage oder gar der Gang zu Gericht sogar nur als Drohpotential geeignet. Macht eine Seite damit Ernst, ist die soziale Beziehung schon beinahe beendet. Darauf hat etwa hingewiesen *Erhard Blankenburg: Die Implementation von Recht als Programm, in: Renate Mayntz (Hrsg.): Implementation politischer Programme, Königstein 1980, 127-138.*

⁵⁶ Der Diskurs ist das entscheidende Element an der von den politischen Wissenschaften schon früh hervorgehobenen Interaktion zwischen Vollzugsbehörden und Regelungsadressaten, s. etwa *Mayntz in dies. (FN 3) 65-69.*

wirbt um dessen Einsicht. Sozialpsychologische Untersuchungen belegen, daß die Koordination von Verhalten viel besser gelingt, wenn die Betroffenen darüber kommunizieren⁵⁷.

Schließlich verläuft diese Kommunikation nicht einseitig. Bevor sie entscheidet, muß die Behörde den Adressaten vielmehr anhören. In der Begründung muß sie auf seine Einwände eingehen. Verwaltungs- und Gerichtsverfahren sind deshalb auch Instrumente der Partizipation. Sie vermitteln dem Rechtsunterworfenen das Gefühl, daß er ernst genommen wird. Das erhöht die Akzeptanz von Norm und Entscheidung. Nebenbei ist dieses Verwaltungsverfahren auch ein Instrument der rechtsstaatlichen Kontrolle. Ja, man kann sogar noch weiter ausgreifen und das Verwaltungs- und Gerichtsverfahren als den wichtigsten Ort interpretieren, an dem die Rechtsunterworfenen Widerspruch gegen eine Regel anmelden können⁵⁸. Geschieht das nicht nur vereinzelt, erfährt der Staat auf diese Weise, daß eine Regel nicht den gewünschten Erfolg hat, oder daß dieser Erfolg aus der Sicht der Betroffenen zu teuer bezahlt wird⁵⁹.

7. Einfluß auf kognitive Modelle

Der diskursive Charakter macht die Rechtsanwendung zu einem Prozeß der Sinnverständigung zwischen Behörde und Adressat. Meist gelingt es beiden Seiten, sich darauf zu verständigen, worin das regelungsbedürftige Problem besteht. Jedenfalls steuert das Recht aber nicht mit unsichtbarer, sondern mit sichtbarer Hand. Zumindest weiß der Adressat im Anschluß an das Verwaltungsverfahren also, wie die Behörde das Problem sieht. Wie wichtig dieser Umstand ist, läßt sich gerade mit Hilfe der ökonomischen Theorie zeigen. Die Beziehung zwischen Behörde und Bürger ist bilateral. Keines Seite ist in ihrem Verhalten also vom Wettbewerb kontrolliert. Sie hat die Chance zu strategischen Verhalten. Sie wird nicht gezwungen, ihre wirklichen Interessen offenzulegen, sondern kann sich taktisch verhalten. Spieltheoretisch formuliert: Spiele werden unlösbar, wenn nicht wenigstens eine Seite weiß, was die andere Seite für die Struktur des Spiels hält⁶⁰.

⁵⁷ Eindringlich *Iris Bohnet*: Kooperation und Kommunikation. Eine ökonomische Analyse individueller Entscheidungen (Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften 98) Tübingen 1997.

⁵⁸ Grundlegend *Albert O. Hirschman*: Abwanderung und Widerspruch: Reaktionen auf Leistungsabfall bei Unternehmungen, Organisationen und Staaten (Schriften zur Kooperationsforschung A 8) Tübingen 1974.

⁵⁹ *Stefan Okruch*: Innovation und Diffusion von Normen. Grundlagen und Elemente einer evolutischen Theorie des Institutionenwandels, Berlin 1999, S. 159ff..

⁶⁰ Näher *Randall L. Calvert/ James Johnson*: Interpretation and Coordination in Constitutional Politics (W. Allen Wallis Institute of Political Economy, University of Rochester, Working Paper 15/1998) insbes. 19 – 21; eine gut lesbare, auf die Zwecke der Juristen zugeschnittene

Die Sinnverständigung ist aber nicht nur die Voraussetzung jeglicher Verhaltenskoordination. Vielmehr gibt es regelmäßig mehrere Möglichkeiten für die Definition des Problems. Diese Möglichkeiten unterscheiden sich vor allem in ihren Verteilungseffekten⁶¹. Deshalb ist kein Zufall, daß der politische Kampf um Interessen oft als ein Kampf um die richtige Definition des politischen Problems geführt wird⁶². Gelingt es der sichtbaren Hand des Rechts also, die kognitive Karte der Regelungsadressaten zu verändern, erreicht es den Steuerungserfolg viel nachhaltiger als ein pekuniärer Anreiz.

Oft reicht die Wirkung des Rechts sogar noch tiefer. Psychologische Untersuchungen belegen nämlich, daß die Grenze zwischen Erkennen und Wollen überwindlich ist. Den wichtigsten Mechanismus nennen die Psychologen den Abbau kognitiver Dissonanz. Ziemlich verkürzt kann man ihn so charakterisieren: niemand läuft gern mit der Vorstellung herum, wesentliche Teile seines Verhaltens seien fremdbestimmt. Kann er sich dem äußeren Druck nicht entziehen, baut er die kognitive Dissonanz häufig dadurch ab, daß sich schleichend seine Präferenzen ändern⁶³. Diese Wirkung kann natürlich auch eintreten, wenn sich die Umwelt durch einen vom Staat gesetzten Anreiz verändert hat. Das Recht hat aber gerade deshalb größere Chancen, von diesem Mechanismus zu profitieren, weil es dem Rechtsunterworfenen zugleich ein alternatives kognitives Modell anbietet. Akzeptiert er dieses Modell, ergibt sich die veränderte Präferenz oft gleichsam von selbst. Ist die Präferenz auf diese Weise einmal geändert, ist die Änderung tendenziell auch viel stabiler. Denn der Rechtsunterworfene hat ja nicht einfach gehorcht, sondern eingesehen. Er hat die neue Präferenz also mit Hilfe seiner Rationalität gelernt. Solche Präferenzen sind schwer zu erschüttern. Denn auch der Verlust dieser Präferenz ist psychologisch wieder ein Lernvorgang. Er muß die feste Verankerung des alten Lernvorgangs in der Rationalität des Individuums erst wieder lockern⁶⁴.

Einführung in die Spieltheorie findet sich bei *Douglas G. Baird/Robert H. Gertner/ Randall C. Picker: Game Theory and the Law*, Cambridge, Mass. 1994.

⁶¹ Man kann die einheitliche Problemdefinition in einem weitgefaßten Sinne deshalb auch als Institution deuten. Jedenfalls paßt auch hierauf die Einsicht von *Jack Knight*. Institutioneller Wandel wird vor allem durch die Aussicht auf Verteilungseffekte getrieben, *Jack Knight: Institutionen und Gesellschaftlicher Konflikt* (Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften 99) Tübingen 1997.

⁶² Anschaulich *Knoepfel* in *Gawel/ Lübbe-Wolff* (FN 50); vgl. auch den Hinweis von *Weck-Hannemann* ebd. (FN 9) 85 auf Framing-Effekte.

⁶³ Näher *Dieter Frey/Anne Gaska: Die Theorie der kognitiven Dissonanz*, in: *Dieter Frey/Martin Irlle* (Hrsg.): *Theorien der Sozialpsychologie I Kognitive Theorien*, Bern² 1994, 275 – 326.

⁶⁴ Diese Hinweise verdanke ich *Eva Jonas*.

8. Kontextsensibilität

In seiner klassischen Struktur entwirft das ökonomische Modell Lösungen für Individuen, die einander zuvor nie gesehen haben. Sie wissen nichts über einander. Insbesondere gehöre sie keiner Kultur an. Außerdem ist der Ausgangspunkt solcher Analysen frei von Institutionen. Das Modell bewegt sich in einer Welt ohne Geschichte. Tatsächlich sind staatliche Steuerungsversuche aber in vorhandene soziale Zusammenhänge eingebettet⁶⁵. Der rechtspolitische Normalfall ist nicht das institutionelle Design, sondern die institutionelle Reform. Der Rechtspolitiker steht deshalb stets auch vor einem transitorischen Problem. Er muß darauf Rücksicht nehmen, daß sich die Rechtsunterworfenen auf die zuvor vorhandenen Institutionen eingestellt hatten. Institutionen führen also zu Pfadabhängigkeiten⁶⁶.

Hiermit liegt ein wichtiger Grund, warum die theoretisch gut begründeten Empfehlungen für eine Umstellung der Umweltpolitik auf Zertifikate oder Lenkungsabgaben in Deutschland bisher so wenig Gehör gefunden haben. Sie stoßen sich an einer gewachsenen Regulierungskultur des Ordnungsrechts⁶⁷. Die Vorstellung, man müsse für die Nutzung der Umweltmedien einen Preis entrichten, ist den deutschen Regelungsadressaten viel weniger eingängig als die Vorstellung, der Staat müsse Gefahren für die Umweltmedien durch hoheitliches Handeln abwehren.

Das Umweltordnungsrecht gehört aber nicht nur zum Kontext, in den heute Umweltpolitik in Deutschland gestellt ist. Vielmehr wird das Ordnungsrecht als Instrument mit der unvermeidlichen Kontextgebundenheit staatlichen Steuerungsversuche auch von seiner Struktur her besser fertig. Auch Anreizsteuerung kann natürlich um ein transitorisches Programm angereichert werden. Der Steuerungsimpuls wird dann etwa schrittweise verstärkt. Oder es werden zunächst diejenigen ausgenommen, die im Vertrauen auf die alte Institution Kosten versenkt haben. Bei der Anreizsteuerung muß all das aber explizit geschehen. Das Ordnungsrecht kann dagegen von seiner Steuerungsunschärfe profitieren. Es kann das Endziel als Finalprogramm sofort festlegen. Möglicherweise

⁶⁵ Darauf hat vor allem aufmerksam gemacht *Mark Granovetter: Economic Action and Social Structure. The Problem of Embeddedness*, in: *American Journal of Sociology* 91 (1985) 481 – 510.

⁶⁶ S. nur den Leitartikel von *W. Brian Arthur: Competing Technologies, Increasing Returns and Lock-in by Historical Events*, in: *Economic Journal* 99 (1989) 116 – 131.

⁶⁷ Eingehend *Daniel H. Cole/Peter Z. Grossman: When is Command and Control Efficient ? Institutions, Technology, and the Comparative Efficiency of Alternative Regulatory Regimes for Environmental Protection*, Working Paper, can be found on the following website: <http://www.ssrn.com>; s.auch *Michael Häder: Umweltpolitische Instrumente und Neue Institutionenökonomik* 1997.

leitet es daraus auch unmittelbar ein Konditionalprogramm ab, gibt den Rechtsanwendern aber Ermessen für die Gewährung von Ausnahmen. Oder es konkretisiert das Steuerungsziel zunächst nur teilweise und regelt im übrigen nur Organisation und Verfahren für die Operationalisierung. Es kann die Operationalisierung auch „der Rechtsprechung überlassen“, die dann einzelfallbezogen die Maßstäbe schrittweise verschärft. Weil die Regelungsadressaten wissen, daß Recht meist nicht so heiß gegessen wird, wie es gekocht wurde, stimmen sie vergleichsweise scharfen Regeln in der politischen Auseinandersetzung vielleicht sogar von vornherein zu.

Umgekehrt kann das Recht von der sozialen Einbettung des Geschehens viel stärker profitieren als die Anreizsteuerung. Denn die Einbettung verhindert ja nicht, daß sich die egoistischen Interessen schließlich doch durchsetzen. Sie macht das nur weniger wahrscheinlich. Das Recht kann sich deshalb darauf beschränken, auf die Fälle einzuwirken, in denen die soziale Einbettung nicht stark genug war. Es macht sich diese Einbettung regelmäßig sogar aktiv zu Nutze. Denn eine Rechtsnorm ist gerade kein isolierter staatlicher Anspruch, sondern Teil der Rechtsordnung. Die normativen Anforderungen des Rechts appellieren also offen an die Einbindung des Rechtsunterworfenen in die Rechtsgemeinschaft. Weil das so ist, wird Ordnungsrecht durch Steuerungsdefizite auch viel weniger leicht erschüttert als Anreizsteuerung. Soll der Vollzugsaufwand nicht prohibitiv werden, sind solche Defizite kaum zu vermeiden. Viele theoretisch möglichen Vollzugsschritte wären in einem freiheitlichen Rechtsstaat überdies unerträglich. Solange der Normbruch nicht zum Massenphänomen wird, erschüttert das die Legitimität des Ordnungsrechts aber nicht. Denn der normative Anspruch bleibt ja erhalten. In den Worten von Erich Kaufmann: Das Problem ist nicht die Normverletzung, sondern erst das fehlende Bewußtsein davon.

9. Evolutorischer Charakter

Recht ist im Augenblick der Regelbildung nicht endgültig. Die Grenze zwischen Regelbildung und Regelanwendung ist begrenzt durchlässig. Die Anwendungsgeschichte des Rechts ist nicht nur eine Wirkungsgeschichte, sondern auch eine Entwicklungsgeschichte. Nicht nur der Gesetzgeber, auch der Regelanwender darf und muß von seiner Urteilskraft Gebrauch machen. Die Grenze zwischen Steuerungsziel und Steuerungsinstrument bleibt bewußt unscharf. Recht will nie bloß Regelgehorsam. Das Recht hebt die Spannung zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit nicht auf, sondern hält sie aus.

Rechtliche Steuerung ist deshalb ein Prozeß. Politikwissenschaftlich gesprochen: der Politikinhalt entwickelt sich zum Teil erst während des Durchführungsprozesses⁶⁸. Der Gesetzgeber braucht deshalb nicht zu warten, bis das Kausalwissen vollständig vorhanden ist. Er kann politische Widerstände ausräumen, indem er zunächst einmal Sollbruchstellen einbaut. Er kann sich darauf beschränken, einen sozialen Lernprozeß in Gang zu setzen. Er kann zunächst einmal selbst nur ein Finalprogramm festschreiben und seine Konkretisierung dem Verordnungsgeber, allgemeinen Verwaltungsvorschriften oder technischen Gremien überlassen.

Recht kann nicht nur schrittweise besser oder konkreter werden. Es ist auch bewußt offen für einen schrittweisen Wandel der Ziele und Instrumente. Kontinuität in disziplinierter Erneuerungskraft hat *Paul Kirchhof* das genannt⁶⁹. Recht enthält also gleichsam von selbst eine Art Experimentierklausel. Es ist permanent mit seiner eigenen Evaluation beschäftigt⁷⁰. Denn die Anwendungsgeschichte generiert Erfahrungswissen. Die juristische Dogmatik macht diese Evidenzerlebnisse auch für andere, systematisch vergleichbare Fallgestaltungen nutzbar⁷¹.

Dogmatik und Prozeßrecht sind zugleich dafür verantwortlich, daß die theoretisch große Flexibilität des Rechts nicht in Beliebigkeit umschlägt⁷². Die Gerichte haben kein Initiativrecht. Sie können das Recht also nur fortbilden, wenn ein geeigneter Fall sie erreicht. Und sie können die Entscheidung des Gesetzgebers nicht einfach mit der Begründung beiseite schieben, sie habe sich als falsch erwiesen. An den Text des Gesetzes bleiben sie gebunden. Sie können also nur solche Spielräume nutzen, die ihnen die Hermeneutik läßt. Überdies müssen sie die Einheit der Rechtsordnung wahren. Das eröffnet nicht nur Interpretationsspielräume, sondern lenkt die Interpretation auch in die Richtung des Systemerhalts⁷³. Je weiter sie sich bei einem jungen Gesetz vom erkennbaren Willen des Gesetzgebers und bei einem älteren Gesetz von der bisherigen Auslegungspraxis entfernen, desto höher wird ihre Argumentationslast.

⁶⁸ *Windhoff-Héritier* (FN 17).

⁶⁹ Vgl. auch *Ostmann* (FN 20) ZWS 1997, 121.

⁷⁰ Vgl. aus politikwissenschaftlicher Sicht auch *Windhoff-Héritier* (FN 17) 88: Die Vollzugsebene verwirklicht das gesetzliche Programm im Wege des „lernenden Handelns“.

⁷¹ Vgl. *Schanze* (FN 51) JITE 1993, 130.

⁷² *Okruch* Normwandel (FN 59) 167ff., 173.

⁷³ *Joachim Schulz* nennt das den Korpusgedanken, näher *Joachim Schulz*: Methoden der Juristen – eine ahistorische Skizze, in: *Rainer Künzel/Jörn Ipsen/Chryssoula Kambas/Heinz W. Trapp* (Hrsg.): Profile der Wissenschaft, Osnabrück 1999, 185-213.

10. Normativität

Die Wirkung von Recht als Steuerungsinstrument versteht man nur, wenn man Recht nicht ausschließlich als Steuerungsinstrument versteht. Noch schärfer: aus normativer Perspektive kann man die Funktionalität von Normativität eigentlich überhaupt nicht verstehen. Nur der Beobachter, nicht der Akteur sieht die bewußtseinsprägende Kraft der Normativität. Er stellt fest, daß Rechtsregeln nicht nur Restriktionen schaffen, sondern auch motivieren⁷⁴ und den Regelungsadressaten in die Verantwortung nehmen⁷⁵. Die Rechtsanwendung ist nur latent Vollzug, vorrangig dagegen Sinnverständigung mit dem Regelungsadressaten. Sie versucht vor allem, an die Einsicht des Adressaten in die Legitimität der Norm zu appellieren. Eine Sanktion will weniger den Möglichkeitsraum des Adressaten verkleinern, als ihn an die Verhaltenserwartung der Norm erinnern.

Aus all diesen Gründen greift es auch zu kurz, eine Norm als bloß symbolische Politik zu brandmarken⁷⁶. Natürlich hätte die Norm noch mehr Wirkungsmöglichkeiten, wenn sie notfalls auch zwangsweise vollzogen werden kann⁷⁷. Und natürlich wüßte der Regelungsadressat genauer, was die Rechtsordnung von ihm erwartet, wenn die Norm in vollzugstauglicher Weise operationalisiert ist⁷⁸. Auch scheinbar zahnlose Normen prägen aber Bewußtsein, stabilisieren vorhandene Einstellungen und setzen soziale Lernprozesse im Gang.

An dieser bewußtseinsprägenden Kraft liegt es gerade, daß Recht die Chance hat, mit sehr geringen Rechtsanwendungskosten Verhalten zu steuern⁷⁹. Die Steuerungswirkung des Rechts läßt sich also nicht auf seine Positivität reduzieren. Es muß nur hilfsweise auf die Bereitschaft der Adressaten setzen, die Norm allein deshalb zu beachten, weil sie gilt. Vorrangig versucht das Recht dadurch zu wirken, daß die Rechtsunterworfenen es für gerecht halten. Aus dem gleichen Grunde rechnet das Recht auch nur hilfsweise auf das Interesse des Rechtsunterworfenen. Es richtet sich zunächst einmal nicht an das kalkulierende Individuum, sondern es setzt auf seine Legitimität. Auf diese Weise bekommt das Recht auch Zugang zu individuellen Entscheidungen, für die das Interesse kaum eine Rolle spielt. Im umweltpolitischen Zusammenhang sind das vor allem Kleinkosten-Situationen. Wer etwa entscheiden soll, ob er Verpackungsabfälle getrennt sammelt, ermittelt nicht

⁷⁴ Vgl. *Ostmann* (FN 20) ZWS 1997, 127.

⁷⁵ Ebd. 134.

⁷⁶ So etwa *Gawel* Ordnungsrecht (FN 30) 137 f.; wohl auch *Windhoff-Héritier* (FN 17) 52 f.

⁷⁷ Zum Crowding Out s. allerdings unten VI 8.

⁷⁸ Zu Funktionsverlusten bei zu kleinteiliger Operationalisierung s. allerdings unten IV.

⁷⁹ Näher oben 5.

erst die Opportunitätskosten seiner Zeit und vergleicht sie anschließend mit dem Produkt aus der angedrohten Sanktion mit der Entdeckungswahrscheinlichkeit⁸⁰.

11. Gewollte Begrenzung der Steuerungswirkung

Die Steuerungswirkung des Rechts reicht weit über das hinaus, was im ökonomischen Modell begründbar wäre. Das Recht formt das Bild, das sich die Rechtsunterworfenen von der Wirklichkeit machen. Es appelliert an ihre Einsicht, ihr Verantwortungsgefühl und ihre Einbindung in die Rechtsgemeinschaft. Ja, es macht sich sogar anheischig, Präferenzen zu verändern. Das ist normativ nur erträglich, weil das Recht dabei ganz bewußt nicht aufs Ganze geht. Ja mehr noch: in seiner gewollten und erkennbaren Zurückhaltung liegt das Geheimnis seines Erfolges. Nur deshalb, weil diese Steuerungswirkungen das Individuum vielfach kontrolliert und gebrochen erreichen, lassen sich die Individuen darauf ein.

Dadurch unterscheidet sich Recht zunächst einmal von der Moral. Die Normativität des Rechts stellt eben gerade keinen ethischen, sondern nur einen rechtlichen Anspruch an das Individuum. Die Rechtsnorm wendet sich an den Adressaten nicht als Person, sondern nur als Rechtsträger. Ist der Adressat von der Legitimität der Rechtspflicht nicht überzeugt, stellt ihm der Rechtsstaat eine Vielzahl von Verfahren zur Verfügung, um seine Einwände vorzutragen. Bleibt unklar, ob der konkrete Fall wirklich unter die Norm paßt, entscheidet sich der Rechtsstaat ganz bewußt gegen die Effektivität und für die individuelle Freiheit. Auch sonst hat das Recht eine befreiende Wirkung. Es verhindert, daß sich der Adressat der unkontrollierten Gewalt von Verbänden und anderen sozialen Gruppen unterwerfen muß, um sein Interesse wahrzunehmen. Individuelle Freiheit wird bei rechtlicher Steuerung also nicht zur Partizipationschance mediatisiert. Wer sich sozialem Druck nicht unterwerfen mag, dem gibt das Recht die Freiheit, sich von dieser Gruppe abzuwenden, aber Mitglied der Rechtsgemeinschaft zu bleiben⁸¹.

⁸⁰ Der wissenschaftliche Entdecker der Kleinkosten-Situationen ist *Gebhard Kirchgässner*. Er hat ihn in drei Aufsätzen näher entfaltet: *Gebhard Kirchgässner*: Towards a Theory of Low Cost Decisions, in: *European Journal of Political Economy* (1992) 305-320; *Gebhard Kirchgässner/Werner Pommerehne*: Low Cost Decisions as a Challenge to Public Choice, in: *Public Choice* 77 (1993) 107-115; *Gebhard Kirchgässner*: Bemerkungen zur Minimalmoral, in: *Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften* 116 (1996) 223-251.

⁸¹ Um Mißverständnissen vorzubeugen: auch dies ist wieder nur eine beschreibende Aussage, keine vergleichende. So ist etwa die Anreizsteuerung (oben II 2) in dem Sinne freiheitlicher als das Ordnungsrecht, daß sie es seinem Kalkül überläßt, ob er die normative Anforderung erfüllt.

IV. Grenzwerte: Recht unter seinen Möglichkeiten

In der umweltpolitischen und umweltrechtlichen Instrumentendiskussion sind die Steuerungswirkungen von Recht unter seinen Möglichkeiten gehandelt worden⁸². Das dürfte nicht zuletzt daran liegen, daß das Recht selbst in diesem Feld weit hinter seinen Möglichkeiten zurückgeblieben ist. Das Paradigma des Umweltordnungsrechts ist ein Emissionsgrenzwert. Er reduziert das Recht wirklich beinahe auf das Zerrbild eines mit staatlicher Zwangsgewalt durchgesetzten Befehls.

Die Steuerungsunschärfe ist fast vollständig verschwunden. Das Steuerungsziel ist eindeutig und abschließend operationalisiert. Finale Elemente sind weitgehend verschwunden. Der Grenzwert selbst ist weder interpretationsbedürftig noch interpretationsfähig. Streiten kann man bestenfalls über seinen Anwendungsbereich. Grenzwerte sind starr und deshalb auch nicht störungsresistent. Die Rechtsanwendung hat kaum noch eine Chance, nach dem Ausmaß der individuellen Betroffenheit zu differenzieren. Sie wird in die Duldung, also die Grauzone zur Rechtswidrigkeit gedrängt.

Zwischen dem umweltpolitischen Ziel und dem Grenzwert liegen so viele Operationalisierungsschritte, daß die Rechtsanwendung wirklich zum Vollzug degradiert wird. Sie ist der diskursiven Elemente fast vollständig entkleidet. Eine Sinnverständigung zwischen der Behörde und dem Adressaten findet nicht mehr statt. Das Recht gewinnt deshalb kaum noch Einfluß auf die kognitive Karte der Adressaten. Der Gesetzgeber etwa des Bundesimmissionsschutzgesetzes hat das zwar gesehen und qualitative Betreiberpflichten als normative Anforderungen formuliert. Im Prozeß der Rechtsanwendung ist der Rekurs auf diese allgemeinen Pflichten durch die zweifelsfreie Präzision der Grenzwerte aber weitgehend abgeschnitten.

Weil der Grenzwert präzise ist, trägt die Regelanwendung auch nichts mehr zur Evolution der Norm bei. Die Rechtsordnung lernt aus der Regelanwendung also nichts mehr. Sie muß den gesamten Informationsaufwand bereits bei der Regelbildung treiben. Rechtsänderung ist nur noch als offene Änderung der allgemeinen Regeln vorstellbar.

⁸² Das soll natürlich nicht heißen, daß in dieser Diskussion die gesamte Grammatik des Rechts verborgen geblieben wäre. Um die Anreicherung der Diskussion hat sich vor allem *Erik Gawel* verdient gemacht. S. nur *sein* Ordnungsrecht (FN 30).

Aus all dem sollte man nicht vorschnell ein Verdikt über die deutsche umweltrechtliche Philosophie der Emissionsgrenzwerte ableiten. Es hat auf ihrer Grundlage in Deutschland ja erhebliche umweltpolitische Fortschritte gegeben. Außerdem ist Deutschland unter dem Einfluß der Grenzwerte zum wichtigsten Exportland für Umwelttechnologie geworden⁸³. Schließlich schafft ein geeignet ausgestalteter Grenzwert Wettbewerbsgleichheit zwischen den betroffenen Unternehmen. Man sollte sich allerdings keinen Illusionen hingeben. Gerade Grenzwerte können auch als Instrument zur Verzerrung des Wettbewerbs eingesetzt werden. Dann brauchen sie nicht etwa gegen die (großen) Unternehmen durchgesetzt zu werden, sondern liegen umgekehrt in deren Interesse. Das ist offensichtlich, wenn der Standard auf eine Umwelttechnologie zugeschnitten ist, die nur einem bestimmten Unternehmen zu Gebote steht oder bei der die Umstellungskosten asymmetrisch verteilt sind. Auch wenn die von dem Grenzwert vorgeschriebene Umwelttechnologie nur teuer ist, hat das eine konzentrationsfördernde Wirkung⁸⁴. Für manche umweltpolitische Steuerungsaufgaben kann ein Grenzwert deshalb durchaus die angemessene Lösung sein. Man kann sich im Lichte unserer Überlegungen aber schon fragen, ob die deutsche Umweltpolitik vielleicht zu einseitig auf Planungssicherheit gesetzt und dabei die anderen Funktionen des Rechts zu sehr vernachlässigt hat. Damit verwandt ist die Frage, ob das deutsche Umweltrecht zu stark technikorientiert gewesen ist⁸⁵.

V. Grenzen der Leistungsfähigkeit des Rechts

Keine Institution ist vollkommen. Es kann deshalb nicht darum gehen, eine vermeintliche Überlegenheit des Rechts darzutun. Die angemessene Perspektive ist vielmehr der Institutionenvergleich, also die Herausarbeitung der komparativen Vor- und Nachteile verschiedener Institutionen⁸⁶. Die Leistungsfähigkeit und damit die

⁸³ So der berechtigte, beinahe schon verwunderte Einwand von *Natalie M. Derzko*: Using Intellectual Property Law and Regulatory Process to Foster the Innovation and Diffusion of Environmental Technologies, in: *Harvard Environmental Law Review* 20 (1996) 3-59 (21, s. auch 19).

⁸⁴ S. etwa *G.J. Stigler*: The Theory of Economic Regulation, in: *Bell Journal of Economics* 2 (1971) 3-21; *R.I. Holcombe/L.P. Holcombe*: The Market for Regulation, in: *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 142(1986) 684-696; *D.D. Haddock/J.R. Macey*: Regulation on Demand. A Private Interest Model, With an Application to Insider Trading Regulation, in: *Journal of Law and Economics* 30 (1987) 311-352; *M.T. Malony/R.E. McCormick*: A Positive Theory of Environmental Quality Regulation, in: *Journal of Law and Economics* 1982, 99 – 123.

⁸⁵ *Gawel* (FN 44) *ZfU* 1996, 535; s. auch *Gertrude Lübke-Wolff*: Ist das Umweltrecht zu technikorientiert? – Untersuchung am Beispiel der Regulierung von Schadstoffemissionen aus ortsfesten Anlagen*** [in diesem Band].

⁸⁶ Siehe nur als eine Stimme unter vielen *Robert Stavins*: Transaction Costs and the Performance of Markets for Pollution Control (Resources for the Future Discussion Paper No. QE93-16)

Vorzüge des Rechts haben wir gerade dargelegt. Wir müssen uns nun mit den Leistungsgrenzen des Rechts beschäftigen, oder jedenfalls dem, was dafür gehalten wird. Das Recht braucht viel Information und kann nur bestimmte Arten von Information verarbeiten (1). Allgemeine Regeln stünden im Widerspruch zur Differenziertheit der Wirklichkeit, heißt es (2). Mit komplexen Wirkungsbeziehungen könnte sich das Recht schwerer tun (3). Es könnte der Gegenwart zuviel Aufmerksamkeit schenken, auf Kosten von Wandel und Innovation (4). Es könnte mit Phänomenen schwer zurechtkommen, deren räumliche Reichweite über den Zuständigkeitsbereich des Gesetzgebers hinaus reicht (5). Schließlich ist das Recht keine kausale Therapie für die Umweltprobleme (6).

1. Informationsgewinnung

Anders als die Anreizsteuerung beschränkt sich das Recht nicht darauf, einen Steuerungsimpuls zu setzen. Tendenziell muß der Regulator deshalb mehr wissen. Dieses Wissen muß aber nicht notwendig schon bei der Regelbildung vorhanden sein. Je weniger der Gesetzgeber oder der Verantwortliche für die untergesetzliche Normbildung weiß, desto stärker wird er die Norm final ausgestalten. Das Wissen kann sich dann im Prozeß der Regelanwendung schrittweise anreichern. Je mehr Erfahrungen vorliegen, desto stärker kann dann auch die allgemeine Regel konkretisiert werden. Auch die Regelanwendung muß nicht notwendig auf die „Fiktion umfassender Information der Behörde“ gestützt werden⁸⁷. Die Aufgabe des umweltrechtlichen Vorsorgeprinzips ist es ja gerade, den Rekurs auf das umweltpolitische Problem abzuschneiden. Die Rechtsordnung gibt sich mit der bloßen Wahrscheinlichkeit zufrieden, daß das eingesetzte Instrument das Steuerungsziel erreicht. Sie tut das, weil die Unsicherheit über die Wirkungszusammenhänge nach gegenwärtigem Erkenntnisstand gerade nicht oder jedenfalls nur zu unvermeidbaren Kosten aufzulösen wäre.

Der Preis der erwähnten Techniken ist aber eine relativ hohe Rechtsunsicherheit. Den Unternehmen wird dadurch Planungssicherheit vorenthalten. Solange sie schwer abschätzen können, wie sich die künftige Regulierungspraxis entwickelt, werden sie sich auch mit umweltförderlichen Investitionen zurückhalten. Ist das umweltpolitische Ziel nur durch solche Investitionen zu erreichen, muß der Staat Institutionen finden, um den Unternehmen Regelungsstabilität glaubwürdig zuzusichern. Zentral festgelegte Grenzwerte haben genau diese Wirkung.

1993, 29: „There is no simple answer, no policy panacea. Inevitably, case-by-case examinations are required“.

⁸⁷

So aber *Trute* (FN 16) 27.

Ein weiteres Hindernis für die staatliche Informationsgewinnung ergibt sich aus den rechtsstaatlichen Anforderungen an das Verfahren der Regelanwendung. Tatsachen dürfen hier nicht einfach vermutet werden. Sind sie im Streit, muß darüber notfalls Beweis erhoben werden. Läßt sich die behauptete Tatsache nicht beweisen, müssen Verwaltung und Gerichte nach Beweislast entscheiden. Informationsökonomisch gesprochen heißt das: der Rechtsstaat kann nur mit verifizierbarer Information etwas anfangen. Was nicht bewiesen werden kann, darf keine Rolle spielen. Ja es genügt nicht einmal, daß sich die Behörde über eine Frage sicher ist, die in die Sphäre des Regelungsadressaten gehört. Kommt es zum Streit, darf sie diese Tatsache nur verwerten, wenn sie vor Gericht auch bewiesen werden kann. Der Rechtsstaat kann also nicht einmal mit dem etwas anfangen, was die Informationsökonomie beobachtbare Informationen nennt⁸⁸.

Diese Einschränkung ist für die Umweltpolitik deshalb so hinderlich, weil zwei ihrer wichtigsten Parameter typischerweise nicht verifizierbar sind: das Ausmaß der Präferenzen für ein Umweltgemeingut und der individuelle Vermeidungsaufwand, also die Opportunitätskosten einer bestimmten Methode der Bereitstellung des Umweltguts.

2. Ausdifferenzierung

Implizit haben wir damit auch schon eine zweite Frage ausgelotet. An sich ist das Recht geradezu daraufhin angelegt, im Prozeß der Regelanwendung situationsspezifisch ausdifferenziert zu werden. Es ist auch nicht so, daß der regelanwendenden Behörde jede Information über die individuelle Kostenstruktur des Verursachers versagt bliebe⁸⁹. Ein besonders deutliches Signal ist das Ausmaß des lokalen Vollzugswiderstands⁹⁰. Dieses Signal ist oft auch durchaus glaubwürdig. Denn die Unternehmen stehen ja in einer langfristigen Beziehung zu ihrer Behörde. Diese guten Beziehungen werden sie nur dann aufs Spiel setzen, wenn die Sache wichtig genug ist⁹¹. In einem Rechtsstaat können die Behörden dieses Signal aber jedenfalls nicht offen verwerten. Selbst wenn sie, etwa durch die Ausgestaltung des Verfahrens oder im Beweisrecht, indirekte Wege finden, muß das doch ein relativ grobes Instrument bleiben.

⁸⁸ Näher zu den informationsökonomischen Kategorien *Baird/Gertner/Picker* (FN 60) 79 – 158.

⁸⁹ Vgl. *Wagner* (FN 34) NVwZ 1995, 1050.

⁹⁰ *Gawel* (FN 44) ZfU 1996, 533.

⁹¹ Näher zur Überwindung von Informationsasymmetrien durch Signalisierung *Baird/Gertner/Picker* (FN 60) 122 – 158.

3. Komplexe Wirkungsbeziehungen

Die Umweltpolitik hat es häufig mit komplexen Wirkungsbeziehungen zu tun. Die Beeinträchtigung der Umweltqualität läßt sich oft nicht auf eine einzige Ursache zurückführen. Auch dort, wo das ausnahmsweise einmal möglich ist, liegen zwischen Ursache und Wirkung oft längere und komplizierte Kausalketten. Das schon erwähnte Vorsorgeprinzip erlaubt dem Recht, auch damit in einer rechtsstaatlich vertretbaren Weise umzugehen. Die Norm wird dann aber unvermeidlich ein Stück weit dezisionistisch. Der Rechtsanwender wird der Anschaulichkeit des Konflikts weitgehend beraubt. Die Betroffenen stehen nicht als Parteien vor ihnen. Das Recht wird in solchen Konstellationen seiner Vorzüge teilweise beraubt.

4. Wandel

Ökonomen werfen dem Ordnungsrecht manchmal vor, es falle ihm schwer, die einmal getroffene Entscheidung an veränderte Umweltbedingungen anzupassen⁹². Wir haben jedoch gesehen, daß die kontrollierte Flexibilität im Gegenteil einer der wichtigsten Vorzüge dieses Regulierungsinstruments ist⁹³. Auch ein zweiter Vorwurf ist nur bedingt richtig: das Ordnungsrecht setze wenig Anreize für technischen Fortschritt⁹⁴. Das hängt vielmehr maßgeblich davon ab, wie die ordnungsrechtliche Norm ausgestaltet ist, wie das umweltpolitische Ziel also operationalisiert wird. Schreibt das Ordnungsrecht die Beachtung des Stands der Technik vor, kommt es allerdings wirklich zu dem bekannten Schweigekartell der Oberingenieure⁹⁵. Wenn es vor allem auf technische Innovationen setzt, kann das Ordnungsrecht dafür jedoch durch geeignete Ausgestaltung Luft schaffen. So läßt § 12 II 2 BImSchG zu, eine Anlage an den eigentlich geltenden Standards vorbei auf Widerruf zum Zwecke der Erprobung zu genehmigen. § 15 a BImSchG läßt die einstweilige Gestattung zu, noch bevor ein möglicherweise langwieriges Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren abgeschlossen ist.

Außerdem hilft Innovation allein der Umwelt noch nicht. Vielmehr muß sich die bessere Technik am Markt auch durchsetzen. Man kann rigide rechtliche Vorgaben für die Verwendung einer bestimmten Umwelttechnik deshalb gerade evolutorisch begründen. Der Staat oder die von ihm eingesetzten Gremien maßen sich dann zwar

⁹² So etwa *Gawel* Ordnungsrecht (FN 30) 54 f.

⁹³ S. o. III 9.

⁹⁴ Ebd. 54 f.

⁹⁵ S. nur *Holger Bonus*: Reform der Umweltpolitik, in: *Roland Vaubel/Dieter Barbier* (Hrsg.): *Handbuch Marktwirtschaft*, Pfullingen 1986, 355 – 361 (355).

technisches Wissen an, sorgen aber auch sehr wirkungsvoll für dessen Diffusion⁹⁶. Die Rechtsordnung muß letztlich beim Institutionenvergleich also zwischen Innovation und Diffusion abwägen.

5. Extraterritorialität

Viele Umweltprobleme halten sich nicht an Landesgrenzen. Sind nur wenige benachbarte Länder betroffen, mag es möglich sein, die umweltpolitischen Ziele und Instrumente in einem völkerrechtlichen Vertrag niederzulegen. Beschränkt sich das Problem im wesentlichen auf das Gebiet der Europäischen Gemeinschaft, liegt die europarechtliche Regelung nahe. Ist keine der beiden Voraussetzungen erfüllt, wie etwa beim Klimaschutz oder dem Schutz der Biodiversität, tut sich das Ordnungsrecht schwer. Es ist zunächst einmal auf einen nationalen Alleingang zurückgeworfen. Soweit dem das Recht der WTO keinen Riegel vorschiebt, kann es auch versuchen, die eigenen Regeln extraterritorial anzuwenden.

Das Problem stellt sich für die Anreizsteuerung aber sogar noch schärfer. Denn die Steuerungsunschärfe und der evolutorische Charakter des Ordnungsrechts machen es einfacher, daß sich verschiedene Länder auf einen gemeinsamen Text einigen. Man weiß dann zwar vorher, daß er von den Verwaltungen dieser Länder nicht gleichmäßig angewendet wird. Wenigstens die Richtung stimmt dann aber überein. Die Anreizsteuerung ist viel starrer. Vor allem will sie das Eigeninteresse der Adressaten ja aber instrumentalisieren. Die Adressaten verhalten sich nur anreizkonform, wenn sie den Vorgang dorthin verlagern, wo die rechtliche Restriktion sie weniger intensiv trifft. Es ist deshalb kein Zufall, daß gerade die grenzüberschreitenden Umweltprobleme zu einem Anwendungsfeld für „politische“ Instrumente geworden sind.

6. Keine kausale Therapie

Schließlich und vor allem: Ordnungsrecht ist keine kausale Therapie für das Versagen von Märkten. Es doktert an den Symptomen herum. Ordnungsrecht ist eine Form der zentralen Steuerung. Sie ist der dezentralen, marktmäßigen Steuerung aus den gleichen Gründen unterlegen, aus denen die Marktwirtschaften über die Planwirtschaften gesiegt haben⁹⁷. Die kausale Therapie ist bei den meisten

⁹⁶ Das ist der zentrale Gedanke von *Derzko* (FN 83) HarvELR 1996, 41, s. auch 25.

⁹⁷ Zu den literarischen Belegen aus den umweltpolitischen Diskussion *Gawel* Ordnungsrecht (FN 30) 52.

Umweltproblemen nur kaum zu bewerkstelligen. Denn man müßte dann ja Verfügungsrechte an den Umweltmedien schaffen. Das scheidet meist schon technisch aus. Man kann das tägliche Quantum Atemluft nun einmal nicht in Säcke packen und an Märkten vertreiben. Ja schlimmer noch: die Qualität der einzelnen Einheit Luft, Wasser oder Boden ist gar kein sinnvolles Schutzgut. Denn ihre Qualität erhält sie nur durch ihre Einbindung in den Naturhaushalt. Wer den Naturhaushalt parzellieren will, zerstört ihn. Auch Zertifikate sind keine kausale Therapie. Handelbar wird dadurch nicht das Umweltmedium, sondern nur das Recht, es in einer definierten Weise zu beeinträchtigen. Der Erwerber eines Zertifikates hat deshalb kein Interesse an der Hege des Umweltmediums. Er wird gerade nicht dazu angehalten, ganzheitlich zu denken. Zertifikate sind nur eine – allerdings sehr elegante – Form der Anreizsteuerung. Wenn alles gut funktioniert, erhält die Befugnis zur Umweltbeeinträchtigung einen knappheitsgerechten Preis.

VI. Recht im Institutionenverbund

1. Einführung

Unsere bisherigen Überlegungen führen zu einem typisch juristischen Ergebnis: es kommt darauf an. Es gibt keine einheitliche Antwort darauf, welchem umweltpolitischen Steuerungsinstrument der Vorzug gebührt. Vielmehr sind eine Vielzahl von Gesichtspunkten in den Institutionenvergleich einzustellen und gegeneinander abzuwägen. Diese Einsicht führt zu einer naheliegenden Folgefrage: muß sich die Umweltpolitik wirklich immer entscheiden? Kann sie nicht statt dessen verschiedene Steuerungsinstrumente so kombinieren, daß sich ihre Vorzüge ergänzen⁹⁸? Sollte also ganz bewußt Raum dafür bleiben, daß sich mal die eine Rationalität durchsetzt (etwa die utilitaristische des Markts), ein anderes Mal die andere (etwa die egalitaristische der Fairneß) ? Sollte das normative Ziel also aus „clumsy institutions“ bestehen⁹⁹ ? Auf unsere Frage bezogen: sollte das Recht in einen Verbund mit anderen Steuerungsinstrumenten gebracht werden?

⁹⁸ Umfassend *Erik Gawel*: Umweltpolitik durch gemischten Instrumenteneinsatz. Allokative Effekte instrumentell diversifizierter Lenkungsstrategien für Umweltgüter (Finanzwissenschaftliche Forschungsarbeiten 58) Berlin 1991. Die jüngere Literatur ist nachgewiesen bei *Gawel* Ordnungsrecht (FN 30) 116; s. auch SRU Gutachten 1994 (FN 36) 35; *Rüdiger Breuer*. Zunehmende Vielgestaltigkeit der Instrumente im deutschen und europäischen Umweltrecht – Probleme der Stimmigkeit und des Zusammenwirkens, in: NVwZ 1997, 833 – 845; *Neil Gunningham/Darren Sinclair*: Regulatory Pluralism. Designing Policy Mixes for Environmental Protection, in: Law & Policy 21 (1999) 49-76.

⁹⁹ Diesen Hinweis auf den von *Michael Shapiro* geprägten Begriff verdanke ich *Michael Thompson*.

Solch ein Verbund kann prinzipiell drei verschiedene Formen annehmen: die Umweltpolitik kann die Instrumente verdoppeln; die Instrumente können in einem Verhältnis der Komplementarität stehen; ein Instrument kann subsidiär gegenüber einem anderen ausgestaltet werden. Alle drei Formen des Verbunds kommen in der Praxis vor. Rechtliche und politische Steuerung werden häufig parallel eingesetzt. Ein Beispiel ist das Getrennsammeln des Abfalls. Die Umweltpolitik setzt hier vor allem auf die Abfallmoral. Sie führt selbst Aufklärungskampagnen durch. Zugleich legt die Verpackungsverordnung die Quoten für die stoffliche Verwertung aber so hoch an, daß das Duale System sie nur erfüllen kann, wenn es selbst durch Werbemaßnahmen auf die Bevölkerung einwirkt. Parallel haben viele Kommunen außerdem Abfallsatzungen erlassen, nach denen eine Rechtspflicht zum Getrennsammeln besteht. Manchmal können Verletzungen sogar mit Bußgeldern geahndet werden¹⁰⁰. Die Generalklausel des Allgemeinen Polizeirechts, aber auch die allgemeinen Eingriffsbefugnisse des Umweltordnungsrechts stehen neben praktisch allen anderen umweltpolitischen Instrumenten subsidiär zur Verfügung. Die Diskussion um einen Instrumentenverbund interessiert sich vor allem aber für die Komplementarität verschiedener Steuerungsmittel. Diese Frage soll deshalb auch im Mittelpunkt der folgenden Überlegungen stehen.

Anhand der folgenden Grenzen könnten die Aufgaben verteilt werden: Gefahr und Vorsorge (2), Grob- und Feinsteuerung (3), qualitative und quantitative Steuerung (4), ganzheitliche und punktuelle Steuerung (5), Steuerung der Verbraucher und der Unternehmen (6), Steuerung heute und morgen (7). Ohne Risiko ist der Verbund von Ordnungsrecht und Anreizsteuerung aber nicht (8).

2. Gefahr – Vorsorge

In der umweltpolitischen Diskussion trifft man vor allem auf einen Vorschlag für die Kombination von Ordnungsrecht und Anreizsteuerung: Das Ordnungsrecht soll für den Gefahrenbereich zuständig sein, die Anreizsteuerung für die Vorsorge¹⁰¹. Praktisch führt das zu einer Restverschmutzungsabgabe¹⁰². Man kann diese Grenze auf

¹⁰⁰ Diese Hinweise verdanke ich *Jörn Lüdemann*.

¹⁰¹ *Horst Siebert*: Economics of the Environment. Theory and Policy⁴ 1995, 145 f.; *Fritz Söllner*: Umweltabgaben und Umweltauflagen – ein Gegensatz auch in der Praxis?, in: *Ordo* 47 (1996) 195-213; *Ekkehard von Knorring/Peter Welzel*: Effiziente Umweltauflagen durch abgabenorientierte Sanktionierung?, in: *Zeitschrift für Umweltpolitik und Umweltrecht* 21 (1998) 341-358; *Gawel* in: *Gawel/Lübbe-Wolff* (FN 9) 297; *Köck* in: *Gawel/Lübbe-Wolff* (FN 32) 344.

¹⁰² Näher *Erik Gawel/Dieter Ewringmann*: Lenkungsabgaben und Ordnungsrecht. Zur allokativen Logik der Restverschmutzungsabgabe, in: *Steuer und Wirtschaft* 71 (1994) 295-311.

unterschiedliche Weise begründen. Die erste Begründung steht dezidiert außerhalb des Paradigmas der Ökonomen. Sie verweist darauf, daß eine Mindestqualität der Umwelt jedermann gesichert sein soll, unabhängig von seiner Zahlungsbereitschaft und Zahlungsfähigkeit. Es geht also um Versorgungssicherheit. Sie ist abgeleitet aus der Vorstellung, insbesondere die menschliche Gesundheit sei unveräußerlich¹⁰³. Hierher passen aber auch eine Reihe der Gründe, die wir als Grenzen der Steuerung durch Recht kennengelernt haben. Im Vorsorgebereich wird unter Unsicherheit entschieden. Jede Entscheidung ist hier also unvermeidlich dezisionistisch. Die zugrundeliegenden Wirkungsketten sind regelmäßig komplex. Die Entscheidung muß auf nicht verifizierbare Informationen zurückgreifen¹⁰⁴. Der Gefahrenbereich ist demgegenüber gerade durch die Kenntnis von den Wirkungsbeziehungen und durch die größere Anschaulichkeit der zugrundeliegenden Konflikte gekennzeichnet.

3. Grob – fein

Bei einer zweiten Lösung beschränkt sich das Ordnungsrecht auf den Rahmen und überläßt die Feinsteuerung den Märkten¹⁰⁵. Das führt zu einer Kombination von Ordnungsrecht und Anreizsteuerung, wenn auch innerhalb des ordnungsrechtlichen Rahmens noch Externalitäten entstehen. Konzeptionell gehören auch ordnungsrechtliche Öffnungsklauseln hierher. Praktisch finden sie sich im deutschen Recht in der Form der schon erwähnten Kompensationsregeln¹⁰⁶. Dadurch wird gerade die individuelle Last der ordnungsrechtlichen Pflicht in einen negativen Anreiz verwandelt.

¹⁰³ Näher zu dieser Kategorie *Peter Behrens*: Die ökonomischen Grundlagen des Rechts. Politische Ökonomie als rationale Jurisprudenz (Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften 46) Tübingen 1986, 101-104 und passim; vgl. auch *Gawel* in: *Gawel/Lübbe-Wolff* (FN 9) 298 „die für die Wahrnehmung des Effizienzauftrags essentiellen Freiheitsgrade der Mikroallokation von Umweltgütern“.

¹⁰⁴ Näher oben III 3.

¹⁰⁵ Konzeptionell hat diesen Gedanken vor allem *Erik Gawel* ausgestaltet, s. etwa *Gawel* Ordnungsrecht (FN 30) 210: „Das Ordnungsrecht definiert den zielgeleiteten Rahmen der Verfügungsmöglichkeiten über Umweltgüter, schreibt einen zweiseitig zulässigen Bereich möglicher Allokationszustände aus und übernimmt selbst die effiziente Wahrnehmung von Punktzielaufträgen durch Fixierung einer Primärallokation (Basissteuerung). Marktliche Tauschvereinbarungen loten innerhalb des gesetzten Rahmens Effizienzverbesserungen aus und realisieren diese, soweit die Zielfunktion Ausgangs- und Endzustand des Marktprozesses als gleichwertig anerkennt“; s. auch ebd. 208 „Schaffung limitationaler Milieus“ und ebd. 117: Das Ordnungsrecht enthält Ergebnisregeln, die den Raum für einen möglichen Tausch eingrenzen.

¹⁰⁶ S. oben II 2.

4. **Qualitativ – quantitativ**

Ordnungsrecht und Anreizsteuerung unterscheiden sich vor allem in einer Hinsicht: Das Ordnungsrecht denkt qualitativ, die Anreizsteuerung quantitativ. Denn beim Ordnungsrecht geht es um Legitimität, bei der Anreizsteuerung um Interessen. Natürlich kann die Legitimität eines Verhaltens auch davon abhängen, wie intensiv es ein Rechtsgut beeinträchtigt. Das Ordnungsrecht ist aber nicht darauf ausgerichtet, Konflikte gleichsam zu kalibrieren. Umgekehrt löst die Anreizsteuerung Abwägungsprobleme implizit quantitativ. Für den Adressaten hat der Anreiz einen Schattenpreis. Dadurch verändern sich die relativen Preise der Güter und folglich die Opportunitätskosten des regulierten Verhaltens¹⁰⁷.

Das Ordnungsrecht eignet sich deshalb bei Umweltproblemen besonders gut, die im Kern qualitativer Natur sind oder die zu einer Güterabwägung nötigen. Die Anreizsteuerung paßt dagegen für Umweltprobleme, die im Kern quantitativer Natur sind. Besonders deutlich ist das, wenn der Umwelt schon dadurch geholfen wird, daß Spitzenbelastungen vermieden werden. Das ist gar nicht so selten. Denn die Nutzung der Umweltmedien ist weder über den Tag noch über die Woche oder über das Jahr stabil. Andererseits haben wir erst seit wenigen Jahrzehnten ein Umweltrecht, obwohl die Menschen die Umwelt schon immer genutzt haben. Sie haben nur lange Zeit die Toleranzschwellen nicht erreicht oder der Natur wenigstens Zeit genug für die Regeneration gegeben. Liegt es so, genügt ein staatlicher Eingriff, der bloß die schädlichen Spitzen abbaut.

5. **Ganzheitlich – punktuell**

Die Anreizsteuerung überläßt, ökonomisch gesprochen, den Märkten die Reallokation der Verfügungsrechte. Auf diese Weise ist die Anreizsteuerung ganzheitlich. Ja sie ist ganzheitlicher, als das Ordnungsrecht je sein kann. Denn zwischen welchen Personen, in welcher Gestalt und zu welchen Preisen diese Reallokation bewirkt wird, braucht den Regulator nicht zu interessieren. Dafür sorgen die Märkte. Die Anreizsteuerung zahlt für ihre Ganzheitlichkeit ex post aber ex ante einen Preis. Der Steuerungseingriff muß punktuell an einer ganz bestimmten Stelle ansetzen. Das kann zwei Nachteile haben. Auf den ersten hat *Ronald Coase* aufmerksam gemacht. Lebten wir in einer utopischen Welt ohne Transaktionskosten, wäre es letztlich gleichgültig, wo der regulierende Staat ansetzt. Die Märkte würden

¹⁰⁷ Vgl. *Gawel* (FN 44) ZfU 1996, 534: „da das Ordnungsrecht überdies außermonetär kommuniziert [...]“.

anschließend schon dafür sorgen, daß der umweltpolitische Erfolg von dem erreicht wird, der das zu den geringsten Kosten tun kann¹⁰⁸. In dieser Welt leben wir aber natürlich nicht. Deshalb kommt es sehr wohl darauf an, daß der staatliche Eingriff möglichst gleich an der richtigen Stelle ansetzt. Vor allem setzt die Anreizsteuerung aber voraus, daß sich das umweltpolitische Problem in einzelne Ursachenbeiträge zerlegen läßt. Das Steuerungsziel muß sich also in bilaterale Beziehungen zwischen dem regulierenden Staat und Regelungsadressaten auflösen lassen. Regelmäßig setzt die Anreizsteuerung überdies nicht an der Person, sondern an einem bestimmten Verhalten an. Dann muß sich das umweltpolitische Ziel auch auf ganz bestimmte Verhaltensweisen rückrechnen lassen. Der Ruf nach integriertem Umweltschutz zeigt, daß diese Art der Steuerung zunehmend als sachwidrig empfunden wird¹⁰⁹. Dieses Anliegen läßt sich nur im Ordnungsrecht verwirklichen. Es kann multipolare Rechtsverhältnisse¹¹⁰ und multikausale Vorgänge nämlich in einem Verwaltungsverfahren bündeln¹¹¹. Das liegt nahe, den bilateralisierbaren und quantifizierbaren Kern eines Umweltproblems der Anreizsteuerung zu überlassen, für seine multikausalen und multipolaren Aspekte dagegen das Ordnungsrecht einzusetzen.

6. Verbraucher – Unternehmer

Alle bisherigen Vorschläge waren solcher einer Trennung nach Gegenständen. Nahe liegt auch die Unterscheidung nach Adressaten. Für die Unternehmen bedeuten umweltrechtliche Interventionen regelmäßig höhere Kosten. Sind die Unternehmen von funktionsfähigem Wettbewerb kontrolliert, vermindern höhere Produktionskosten die Ertragserwartungen. Deshalb darf die Rechtsordnung begründet darauf rechnen, daß die Unternehmen Steuerungsanreize als Preissignale interpretieren und darauf sensibel reagieren. Dieselbe Voraussetzung gilt für die Haushalte nur sehr bedingt. Ökonomisch gesprochen: die Preiselastizität ihres umweltpolitisch erheblichen Verhaltens ist nicht groß. Die Mineralölsteuer zeigt das deutlich. Sie ist in den vergangenen Jahren immer wieder erheblich erhöht worden, ohne daß sich die Fahrleistung merklich verändert hätte. Das ist auch kein Ausdruck von Irrationalität. Die fixen Kosten für das Auto fallen ja auch bei geringerer Fahrleistung an. Hat sich der Haushalt einen Neuwagen gekauft, hat das Auto überdies durch die frühere

¹⁰⁸ *Ronald H. Coase: The Problem of Social Cost*, in: *Journal of Law and Economics* 3 (1960) 1-44.

¹⁰⁹ S. nur *Harald Kracht/Andreas Wasielewski: Integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung*, in: *Hans-Werner Rengeling* (Hrsg.): *Handbuch zum Europäischen und Deutschen Umweltrecht I Allgemeines Umweltrecht*, Köln 1998, 1070-1131.

¹¹⁰ Vgl. *Köck* in *Gawel/Lübbe-Wolff* (FN 32) 340.

¹¹¹ Es ist übrigens kein Zufall, daß der Integrationsgedanke auch die deutsche Philosophie der Grenzwerte auf eine harte Probe stellt.

Benutzung erheblich an Wert verloren. Der Haushalt hat, ökonomisch gesprochen, also Kosten versenkt. Selbst wenn all diese Umstände keine Rolle spielen, kann es für den Haushalt rational sein, bei gestiegenen Benzinpreisen auf andere Waren und Dienstleistungen zu verzichten. Ökonomisch gesprochen maximiert ein Haushalt nämlich bestenfalls einen aus vielen verschiedenen Einzelposten bestehenden Nutzen, nicht das Einkommen¹¹². In den erwähnten Kleinkosten-Situationen spielen Preissignale sogar gar keine Rolle¹¹³.

Umgekehrt sind Unternehmen viel schwerer diskursiv, kognitiv oder durch offene Normativität zu steuern¹¹⁴. Denn kommunizieren kann man nur mit Personen. Nur Personen nehmen die Wirklichkeit in einem kognitiven Modell wahr. Nur Personen beziehen ihr Selbstwertgefühl aus der Übereinstimmung mit den von ihnen anerkannten normativen Werten. Unternehmen sind dagegen Organisationen. Die eigentliche Aufgabe von Organisationen ist die Verselbständigung von Zwecken. Sie gelingt gerade durch die Rationalisierung ihres Verhaltens¹¹⁵. Ein Aktionär wäre auch kaum bereit, einem Unternehmen Geld zu geben, wenn die Unternehmensorganisation nicht dafür sorgen würde, daß sich das Management im wesentlichen darauf beschränkt, den Unternehmenszweck zu erfüllen. Ein weiteres Indiz ist das Unternehmensstrafrecht. Es sanktioniert nicht das Unternehmen als Organisation, sondern die Manager als Personen.

Ein weiterer Grund für die Unterscheidung liegt im Vollzug. Denn die Anreizsteuerung arbeitet ja mit der Veränderung der Restriktionen. Sie macht sich das Eigeninteresse der Adressaten also zu Nutze. Das funktioniert nur, wenn die Restriktion auch wirklich durchgesetzt wird. Gegenüber einer begrenzten Zahl von Unternehmen mag das gelingen. Im übrigen führt die Mißachtung von Restriktionen zu einem Wettbewerbsvorteil. Deshalb sind die Konkurrenten so etwas wie ein privater Staatsanwalt. Die Durchsetzung von Restriktionen gegenüber 80 Millionen Einwohner ist dagegen praktisch ausgeschlossen. Hier ist das Ordnungsrecht im Vorteil, weil es seine Anforderungen ja nur ganz ausnahmsweise auch wirklich vollziehen muß¹¹⁶. Umgekehrt ist das gegenüber den Haushalten auch viel eher zu vertreten. Da sie untereinander nicht im Wettbewerb stehen, haben sie aus einer unentdeckten Regelverletzung auch viel weniger zu gewinnen.

¹¹² Vgl. Köck in *Gawel/Lübbe-Wolff* (FN 32) 330 und – skeptisch – *Weck-Hannemann* ebd. (FN 9) 71 f und FN 11; zum Beispiel der Verkehrsemissionen s. auch *Gawel* (FN 44) ZfU 1996, 536.

¹¹³ S. oben III 10.

¹¹⁴ Vgl. oben III 6 und 7 sowie 10.

¹¹⁵ Näher *Engel* (FN 53) JITE 1994, 156 f.

¹¹⁶ Näher oben III 5.

7. Heute – morgen

Die letzte Option ist eine Aufgabentrennung in der Zeit. Die Umweltpolitik beginnt mit Ordnungsrecht und stellt später auf Anreizsteuerung um. Dafür kann es eine Reihe von Gründen geben. Der wichtigste liegt in der Einbindung des Regelungsgeschehens in eine Regelungsgeschichte. Sie hat in Deutschland wie in nahezu allen anderen Ländern mit dem Ordnungsrecht begonnen. Hierauf hat sich die Regulierungskultur eingestellt. Die Adressaten wissen, wie sie mit solchen Anforderungen umgehen sollen. Im Wege der Rechtsanwendung hat die Rechtsordnung einen Schatz von Erfahrungen gesammelt, der bei einem Wechsel des Instruments im wesentlichen wertlos würde¹¹⁷.

Außerdem kommt das Ordnungsrecht wegen seiner Steuerungsunschärfe, seiner Störungsresistenz und seines evolutorischen Charakters¹¹⁸ mit konzeptioneller und faktischer Unsicherheit über das regelungsbedürftige Problem besser zurecht. Auch dieser Umstand legt nahe, daß neu entdeckte Regelungsprobleme zunächst ordnungsrechtlich bearbeitet werden. Das Ordnungsrecht wird weiter gebraucht, wenn zunächst einmal ein kognitives Modell in der Bevölkerung verbreitet oder der Anstoß zum sozialen Lernen gegeben werden soll¹¹⁹. Das ist schon deshalb häufig nötig, weil die Nutzung der Umweltmedien in der Vergangenheit ja vollständig kostenlos war. Je weiter die Entwicklungsgeschichte des Umweltrechts voranschreitet, desto genauer werden sich dagegen die Teilprobleme herausstellen, mit denen die Anreizsteuerung eleganter fertig wird.

8. Risiken eines Verbunds von Ordnungsrecht und Anreizsteuerung

Risikolos ist der Verbund von Ordnungsrecht und Anreizsteuerung aber nicht. Denn die beiden Steuerungsimpulse müssen ja schließlich ein und denselben Adressaten erreichen. Vor allem wenn der Adressat eine natürlich Person ist, kann es dabei zu unverhofften Ergebnissen kommen. Der Anreiz, der eigentlich nur die Steuerungswirkung in den Vorsorgebereich ausdehnen sollte, kann den Steuerungserfolg im Gefahrenbereich gefährden. Dafür ist ein psychologisches Phänomen verantwortlich. In der Terminologie der Sozialpsychologen: Extrinsische Anreize können intrinsische Motivation zerstören. Man spricht auch vom Crowding

¹¹⁷ Dies ist die Grundthese von *Cole/Grossman* (FN 67) 3 und passim.

¹¹⁸ S. oben III 3, 4 und 9.

¹¹⁹ S. oben III 7.

out¹²⁰. Diese Gefahr ist ernst zu nehmen. Denn wir hatten ja gesehen, daß das Ordnungsrecht den Steuerungserfolg in der Masse gerade dadurch erreicht, daß es die Adressaten in die Verantwortung nimmt¹²¹. Wer nun aber für die kleine zusätzliche Anstrengung im Vorsorgebereich eine Belohnung erhält oder wer einen Nachteil erleidet, falls er sie unterläßt, strengt sich leicht auch im Gefahrenbereich nicht mehr an. Legitimität und Interesse vertragen sich nicht gut miteinander. Psychologisch ist das ein Anwendungsfall, der sog. Reaktanztheorie¹²². Plastisch könnte man auch sagen: der Adressat wird bockig¹²³.

Reaktanz ist allerdings nicht die einzig mögliche Reaktion des Adressaten auf einen extrinsischen Anreiz. Auch das vollständige Gegenteil kommt vor: unter der Drohung negativer Sanktionen wandelt sich die Einstellung. Wir haben den Zusammenhang unter dem Blickwinkel des Präferenzlernens schon kennengelernt und als Mechanismus zum Abbau kognitiver Dissonanz bezeichnet¹²⁴. Schließlich kann der zusätzliche extrinsische Anreiz als Impuls auch eine latent vorhandene Einstellung aktualisieren. Auch diesen Mechanismus haben wir bereits in anderem Zusammenhang erwähnt, bei der Aktualisierung sozialer Normen durch Kommunikation¹²⁵.

Solange die Bedingungen nicht näher aufgeklärt sind, unter denen mit einer dieser Reaktionen zu rechnen ist¹²⁶, ist die Kombination von Ordnungsrecht und Anreizen für den umweltpolitischen Regulator also eine riskante Strategie. Zumindest sollte er sich bemühen, den Anwendungsbereich beider Instrumente möglichst deutlich voneinander zu trennen. Das ist gerade bei den Formen des Instrumentenverbunds schwierig, die bisher die größte Aufmerksamkeit gefunden haben: bei einer Trennung an der Grenze zwischen Gefahr und Vorsorge und an der Grenze zwischen heute und morgen.

¹²⁰ Außerhalb der Psychologie hat darauf vor allem *Bruno S. Frey* aufmerksam gemacht, s. nur *Bruno S. Frey/Iris Bohnet*: Die Ökonomie zwischen extrinsischer und intrinsischer Motivation, in: *Homo Oeconomicus* 11 (1994) 1-20; jüngst etwa *Uri Gneezy/Aldo Rustichini*: A Fine is a Price, in: *Journal of Legal Studies* 29 (2000) ***.

¹²¹ S. oben III 10, vgl. auch III 5-7.

¹²² S. dazu im einzelnen *Dorothee Dickenberger/Gieslar Gniech/Hans-Joachim Grabitz*: Die Theorie der psychologischen Reaktanz, in: *Dieter Frey/Martin Irle* (Hrsg.): *Theorien der Sozialpsychologie I Kognitive Theorien*, Bern² 1993, 243-274.

¹²³ Diese schöne Kurzformel für die Reaktanztheorie verdanke ich *Esther Freistedt*.

¹²⁴ S. oben III 7.

¹²⁵ S. oben III 6.

¹²⁶ Einen theoretischen Versuch habe ich unternommen in: *Christoph Engel*: Vertrauen: Ein Versuch (Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie. Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter 1999/12) 40-42.