

Johannes Reich*

Pfadabhängigkeit als Erfahrungswissen: Ansätze für ein robustes Umweltrecht jenseits performativen «Greenwishings»

Résumé ———> 670 / Riassunto ———> 671

* Dieser Beitrag beruht auf einem an der VUR-Jahrestagung vom 13. Juni 2025 in Zürich unter dem Titel «Zukunft des Umweltrechts: Visionen und innovative Ansätze für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts» gehaltenen Vortrag.

Pfadabhängigkeit als Erfahrungswissen: Ansätze für ein robustes Umweltrecht jenseits performativen «Greenwishings»

I.	Verhinderung des « <i>environmental backsliding</i> » – der «Beruf unserer Zeit»?	648
1.	Vergangenheit: Tatkraft und Pioniergeist	648
1.1	Vom Punk zum Pop: Etablierung des Umweltrechts	648
1.2	Aufstieg des Umweltrechts zum Referenzgebiet des Allgemeinen Verwaltungsrechts	649
2.	Zukunft: hereinbrechende Düsternis	650
3.	Gegenwart: resignative Grundstimmung	651
4.	Folgerung: leuchtende Vergangenheit, prekäre Gegenwart, düstere Zukunft?	651
II.	Pfadabhängige und inkrementelle Entwicklung des Umweltrechts	652
1.	Erfahrung statt Logik: Alternative zum «Nirwana-Fehlschluss»	652
2.	Pfadabhängigkeit: kontingente Ausgangsbedingungen und folgenreiche Weichenstellungen	652
3.	Inkrementalismus: Umweltpolitik unter den Bedingungen der (polarisierten) Verhandlungsdemokratie	653
4.	Folgerung: Weichenstellungen als Erfahrungsschatz für die Fortentwicklung des Umweltrechts	654
III.	Folgenreiche Weichenstellungen: Gebirgswald, Lufthygiene und Landschaftsschutz	654
1.	Forstpolizeigesetz von 1876: wirtschaftliche Interessengruppen, politische Kommunikation und Schutz öffentlicher Güter	654
1.1	«Rentenstreben»: Umweltpolitik und wirtschaftliche Interessengruppen	654
1.2	Politische Kommunikation: «Storytelling» avant la lettre	655
1.3	Allmendgüter: Schutzgüter des Umweltrechts	656
2.	BGE 90 I 184 zum Schwerölkraftwerk Chavalon: Auslagerung der Durchsetzung wesentlicher Teile des Umweltrechts an private Organisationen	657
2.1	Negative externe Effekte: Vermeidung durch umweltrechtliche Vorschriften	657
2.2	Schutz von Allmendgütern: Private als Fürsprecher (auch) öffentlicher Interessen?	658
2.3	Altruistische und kollektive statt administrativer Rechtsdurchsetzung: ideelle Verbandsbeschwerde	658
3.	«Kampf um Rheinau» und «Rothenthurm»: Potenzial und Grenzen der umfassenden Koordinations- und Abwägungspflicht	659
3.1	Erbe von «Rheinau»: Koordinations- und Abwägungspflicht hinsichtlich widerstrebender Schutz- und Nutzungsinteressen	659
3.2	«Welcome to the Hotel California»: Unentrinnbarkeit der umfassenden Abwägungspflicht	660

Pfadabhängigkeit als Erfahrungswissen: Ansätze für ein robustes Umweltrecht jenseits performativen «Greenwishings»

IV.	Folgen der Weichenstellungen: ausgelagerte Durchsetzung des Umweltrechts aufgrund von «Feueralarmen» im Kontext komplexer Interessenabwägungen	661
1.	«Feueralarme» statt «Polizeistreifen»: dezentralisierte und ausgelagerte Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen	661
2.	Komplexität: umfassende Interessenabwägung als Vermittlungsproblem	662
3.	Ideelle Organisationen als informelle Aufsichtsorgane und Blitzableiter: Diffusion und Vermeidung politischer Verantwortlichkeit	663
V.	Ansätze einer Neuausrichtung: Verantwortlichkeit, Ganzheitlichkeit und Wettbewerb von Fachwissen	665
1.	Verantwortlichkeit: Bundesaufsicht durch «autonome Polizeistreifen» und Stärkung des Beschwerderechts betroffener Privater	665
2.	Zurechenbarkeit und Ganzheitlichkeit: räumlich erweiterte und bundesrechtlich verbindlich angeleitete Koordination und Interessenabwägung	666
3.	Wettbewerb umweltrechtlich relevanter Expertise: institutionalisierte verwaltungsunabhängige Politikberatung	667
VI.	Epilog: Umweltrecht als Einfallstor für performatives «Greenwishing»	668
1.	Asymmetrien: politische Kosten wirkungsvollen Umweltrechts	668
2.	Umweltrecht als Beruf und Berufung – oder: die Fähigkeit, «Dennoch!» ausrufen zu können	669

Zusammenfassung

Das schweizerische Umweltrecht hat sich nicht durch Logik, sondern aufgrund von Erfahrung herausgebildet. Einzelne Verfassungsrevisionen, Gesetzgebungsprojekte oder Urteile haben sich im Rückblick als Weichenstellungen erwiesen, deren Folgen zunächst unabsehbar waren. Die Analyse der Herausbildung des Umweltrechts nach dem Muster der Pfadabhängigkeit liefert Erklärungs- und Lösungsansätze für die umweltrechtlichen Krisenphänomene der Gegenwart. Zu diesen zählen der dezentrale, an ideelle Organisationen ausgelagerte Vollzug wesentlicher Bereiche des Umweltrechts und die hohe, für Beobachter nur mit erheblichem Aufwand nachvollziehbare Komplexität der umfassenden Koordinations- und Interessenabwägung. Ideellen Organisationen wird die Rolle als politische Blitzableiter und die Funktion informeller Organe der Bundesaufsicht aufgedrängt, während Fachbehörden des Bundes Verantwortlichkeit für die Überwachung des Vollzugs des Umweltrechts abwälzen können. Diese Gemengelage liesse sich durch die Konzentration der Behördenbeschwerde bei einer mit Autonomie ausgestatteten Einheit der Bundesverwaltung und der Stärkung des Beschwerderechts betroffener Privater aufbrechen. Bei Grossprojekten ist eine durch den Bund verbindlich angeleitete räumliche Koordination notwendig. Wirksames Umweltrecht hat stets politische Kosten. Die Politik läuft daher Gefahr, bloss symbolisches Umweltrecht zu beschliessen («Greenwashing»). Auch daher ist die Institutionalisierung wissenschaftlich informierter Beratung der Politik in Umweltfragen angezeigt.

I. Verhinderung des «*environmental backsliding*» – der «Beruf unserer Zeit»?

1. Vergangenheit: Tatkraft und Pioniergeist

1.1 Vom Punk zum Pop: Etablierung des Umweltrechts

«Früher war alles besser, früher war alles gut. Da hielten alle noch zusammen, die Bewegung hatte noch Wut.»¹ Wer seine Adoleszenz in den 1980er Jahren durchlebte, durchfeierte und durchlitt, wird wissen, dass diese spöttischen Zeilen von einer Band aus Düsseldorf stammen, die damals noch zur rebellisch-randständigen Subkultur des Punkrock gezählt werden konnte, inzwischen aber längst an jenem sozialen Ort angekommen ist, den man wahlweise mit «Mitte der Gesellschaft»², kulturellem «Mainstream»³ oder schlicht «Pop»⁴ umschreibt. In ähnlicher Weise hat sich die ökologische Bewegung mit der «ökologischen Wende» (frz.: «*tournant*

1 DIE TOTEN HOSEN, Wort zum Sonntag (Liedtext; Autor: CAMPINO), veröffentlicht auf dem Album «Damenwahl» (Virgin Records/Totenkopf) am 25. August 1986.

2 Zum Begriff vgl. HERFRIED MÜNKLER, *Mitte und Mass*, Berlin 2010, S. 43 ff.

3 Der Begriff ist im Englischen seit dem Ende des 16. Jahrhunderts nachgewiesen und beschreibt die dominante Entwicklung hinsichtlich gesellschaftlicher und kultureller Strömungen; vgl. Oxford English Dictionary, Eintrag «mainstream (n.), sense 2,» (Fassung vom Juni 2025), <https://doi.org/10.1093/OED/6420376472>.

4 «Pop» ist die seit den 1950er Jahren gängige Kurzform für «popular music» (Populärmusik); Oxford English Dictionary, Eintrag «pop (n.8 & adj.), sense 1.a» (Fassung vom September 2025), <https://doi.org/10.1093/OED/6763702799>.

écologique») um 1970 zunächst von ihren konservativen und bildungsbürgerlichen, auf den Schutz von Heimat und Natur fokussierten Ursprüngen partiell emanzipiert und sich anschliessend von einer ausserhalb der institutionell organisierten Politik angesiedelten sozialen Bewegung, die sich in Kaiseraugst und anderswo in zivilem Ungehorsam übte, zu einer etablierten politischen Kraft gewandelt.⁵ Nachdem sich der Konflikt zwischen Landschafts- und Umweltschutz einerseits und wirtschaftlichen Interessen andererseits 1954 am erfolglosen Widerstand gegen Errichtung und Betrieb eines Niederdruck-Laufkraftwerks zur Elektrizitätsgewinnung bei Rheinau im Kanton Zürich erstmals öffentlich manifestiert hatte,⁶ erklärte der Bundesrat Mitte der 1960er Jahre den «Schutz des Antlitzes unserer Heimat» als «immer dringendere moralische Pflicht», die «beim Schaffen von gesetzlichen Abwehrmitteln keine Zaghafteigkeit mehr» zulasse.⁷ Der «Umweltschutz» erhielt am 6. Juni 1971 und damit knapp vier Monate nach der Einführung des Frauenstimm- und -wahlrechts in eidgenössischen Angelegenheiten eine Grundlage in der Bundesverfassung und der Bund eine entsprechende Gesetzgebungszuständigkeit.⁸

1.2 Aufstieg des Umweltrechts zum Referenzgebiet des Allgemeinen Verwaltungsrechts

Auf dieser durch Bundesverfassung und Gesetzgebung gelegten Basis verdichtete die aufstrebende Umweltrechtswissenschaft, flankiert von einer innovativen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, das Umweltrecht zu einem eigenständigen Gebiet des Besonderen Verwaltungsrechts.⁹ Analog zur Einbindung der ökologischen Bewegung in die institutionalisierte Politik erlangte die Umweltrechtswissenschaft der Schweiz mit der «Vereinigung für Umweltrecht» (VUR) als Fachorganisation und der «Umweltrecht für die Praxis» (URP) als Fachzeitschrift einen formalen Rahmen zur Festigung und Weiterentwicklung des Rechtsgebiets.¹⁰

-
- 5 Vgl. FRANÇOIS WALTER, Bedrohliche und bedrohte Natur: Umweltgeschichte der Schweiz seit 1800, Zürich 1996, S. 192–194 (zur «Antiatomkraftbewegung» als «Subkultur»); DAMIR SKENDEROVIC, Die Umweltschutzbewegung im Zeichen des Wertewandels, in: URS ALTERMATT (Hrsg.), Rechte und linke Fundamentalopposition, Basel/Frankfurt am Main 1994, 33–61, S. 34 f., 38 f., 42–46; MONIKA GISLER, Die Grünen und die Umweltbewegung, in: SARAH BÜTIKOFER/WERNER SEITZ (Hrsg.), Die Grünen in der Schweiz. Entwicklung – Wirken – Perspektiven, Zürich/Genf 2023, S. 181–189, 182 f., 186 f.
- 6 Dazu nachstehend unter III/3; eingehend CHRISTOPH GRAF, Das Kraftwerk Rheinau und die Rheinau-Initiative 1954, Zürich 1972, S. 115–175; EUGEN SCHAEPPPI, Der Kampf ums Kraftwerk Rheinau 1951–1954, Zürich 1978, S. 16–66; ferner WALTER (Fn. 5), S. 180 f.; retrospektiv aus rechtlicher Sicht ANDREAS KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, S. 331–334; JOHANNES REICH, Direkte Demokratie und völkerrechtliche Verpflichtungen im Konflikt. ZaöRV 2008, 979–1025, S. 1001–1003.
- 7 Botschaft zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz vom 12. November 1965, BBl 1965 III 89, S. 91, 93 (teilweise aus einem Kreisschreiben vom 10. Dezember 1962 zitierend).
- 8 BBl 1971 I 1403, 1405, 1407; zu den Hintergründen vgl. statt anderer HERIBERT RAUSCH, Zum 50-Jahre-Jubiläum des Umweltschutzartikels der Bundesverfassung – Ein kritischer Essay, URP 2022, 129, S. 137; zur Herausbildung des Umweltrechts allgemein ALAIN GRIFFEL, Umweltrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, S. 3–10; KARIN INGOLD/STÉPHANE NAHRATH, Environmental and Spatial Planning Policies, in: PATRICK EMMENEGGER et al. (Hrsg.), Oxford Handbook of Swiss Politics, Oxford/New York 2023, 642–657, S. 644–646.
- 9 Pionierhaft etwa HERIBERT RAUSCH, Die Umweltschutzgesetzgebung – Aufgabe, geltendes Recht und Konzepte, Zürich 1977, S. 157–284.; dazu ALAIN GRIFFEL, Zum Tod von Heribert Rausch, URP 2025, 639–641, S. 639 («[b]ahnbrechend»).
- 10 Zu den Motiven zur Gründung der VUR und der URP vgl. URSULA BRUNNER, 25 Jahre Vereinigung für Umweltrecht und Umweltrecht in der Praxis, URP 2011, 753, S. 759.

In den ersten zwei Dekaden des neuen Jahrtausends stieg das Umweltrecht zu einem verwaltungsrechtswissenschaftlichen «Referenzgebiet»¹¹ auf. Dieser für das deutsche Verwaltungsrecht konstatierte Vorgang¹² lässt sich auch in der schweizerischen Verwaltungsrechtswissenschaft beobachten: In ihrem Anwendungsbereich auf das Umweltrecht beschränkte rechtsdogmatische Konstruktionen wie das Verursacherprinzip haben Eingang in die Dogmatik des *Allgemeinen* Verwaltungsrechts gefunden.¹³

2. Zukunft: hereinbrechende Düsternis

Einige Erfolge der Pionierphase des Umweltrechts sind beachtlich: Die Luftqualität verbesserte sich im Vergleich zu 1960 erheblich,¹⁴ der Anteil der Wohnbevölkerung, die über einen Anschluss an eine Abwasserreinigungsanlage verfügt, stieg von 30 % (1970) binnen zwei Jahrzehnten auf 90 % (1990),¹⁵ die Recyclingquote hat sich im Bereich der Siedlungsabfälle binnen zwanzig Jahren verdoppelt.¹⁶ Die Herausforderungen sind gleichwohl nicht verschwunden, sondern haben sich in vielerlei Hinsicht akzentuiert. «Die Biodiversität ist in der Schweiz in einem schlechten Zustand», stellt der Bundesrat in seinem jüngsten Bericht zum Zustand der Umwelt lakonisch fest.¹⁷ Der anthropogene Klimawandel schreitet beschleunigt voran. Heisse Tage und starke Niederschläge sind häufiger und intensiver geworden, die Vegetationsperiode hat sich verlängert, die Nullgradgrenze ist seit 1965 um mehrere Hundert Meter gestiegen.¹⁸ Die Gletscher der Schweizer Alpen haben seit 1865 mehr als 60 % ihres Volumens eingebüsst,¹⁹ 22,5 Kubikkilometer allein zwischen 1980 und 2010.²⁰ Die Reduktionsziele für die Periode 2021–2030 zur Verminderung der Treibhausgasemissionen²¹ wird die Schweiz aller Voraussicht nach «verfehlen – und dies massiv».²²

11 Stilbildend EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-
idee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2006, Kap. 1 N. 12–16.

12 SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 11), Kap. 3 N. 23.

13 Zu beobachten etwa bei ALAIN GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Recht-
sprechung, 2. Aufl., Zürich/Genf 2022, N. 203–207, 463.

14 Bundesrat, Umwelt Schweiz 2022, S. 78.

15 MARTIN ILLI, Abwasser (Version vom 31.05.2002), in: Historisches Lexikon der Schweiz (HLS),
<<https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/007861/2002-05-31/>>; vgl. auch HANS W. STUTZ, Gewässer-
schutz unter Druck, URP 2025, 572–595, S. 574 (wonach 98 % der Haushalte an eine Abwasser-
reinigung angeschlossen sind).

16 Bundesrat (Fn. 14), S. 150.

17 Bundesrat (Fn. 14), S. 150.

18 Zusammenfassend MeteoSwiss/ETH Zurich (Hrsg.), Climate CH2025, Zürich 2025, S. 5 f.
(<https://doi.org/10.18751/climate/scenarios/ch2025/sr/1.0/>).

19 National Center for Climate Services NCCS, CH2018 – Climate Scenarios for Switzerland: Tech-
nical Report, Bern 2023, S. 44.

20 MAURO FISCHER/MATTHIAS HUSS/MARTIN HOELZLE, Surface Elevation and Mass Changes of
all Swiss Glaciers 1980–2010, Cryosphere 2015, 525–540, S. 531 f.

21 Art. 3 CO₂-Verordnung [Stand: 1. Januar 2026].

22 RETO BURKARD, Vizedirektor des BAFU und Leiter des Direktionsbereichs Klima, zitiert
nach ANNIKA BANGERTER, «Werden Klimaziele 2030 massiv verfehlen»: Oberster Klimabe-
amter kritisiert das Parlament, Watson vom 8.11.2025, <[https://www.watson.ch/schweiz/
klima/161790770-kritik-am-parlament-werden-klimaziele-2030-massiv-verfehlen](https://www.watson.ch/schweiz/klima/161790770-kritik-am-parlament-werden-klimaziele-2030-massiv-verfehlen)>; wenig
zuversichtlich auch Bundesrat ALBERT RÖSTI, in: Amtliches Bulletin Nationalrat [provisori-
sche Fassung] (Wintersession 2025, Sitzung vom 17.12.2025, Geschäft 25.9021, [https://www.
parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?Subject-
Id=70199](https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=70199)): «Ehrlich gesagt bin ich mir nicht sicher, ob die Schweiz ihre Klimaziele bis 2030 er-
reichen kann.»

3. Gegenwart: resignative Grundstimmung

Angesichts dieser düsteren Zukunftsaussichten, die im Kontrast zu einer tatsächlich oder vermeintlich von politischem Gestaltungswillen und Pioniergeist geprägten, leuchtenden Vergangenheit noch dunkler erscheinen, dominiert Resignation den umweltrechtlichen Diskurs der Gegenwart. Symptomatisch für die diagnostizierte «Misere»²³ und den angeblichen «Sturm der Irrationalität», der die für «uneinnehmbar» gehaltene «Festung» des Umweltrechts zu schleifen droht,²⁴ ist das Immissionsschutzrecht. Der Bundesrat beziffert die verlorenen Lebensjahre, die ohne Lärm jährlich bei guter Gesundheit hätten gelebt werden können (krankheitsbereinigte Lebensjahre; engl.: *disability-adjusted life years*, DALY), auf 69 300.²⁵ Gleichwohl wird dem Bundesgesetzgeber nicht zu Unrecht attestiert, «nicht den Lärm, sondern den Lärmschutz zu bekämpfen».²⁶

4. Folgerung: leuchtende Vergangenheit, prekäre Gegenwart, düstere Zukunft?

Mit den Errungenschaften der Vergangenheit im Rücken, der bedrückenden Resignation der Gegenwart auf den Schultern und im Angesicht einer bedrohlichen Zukunft scheint die Sicherung des Erreichten das vernunftgemässe Gebot der Stunde.²⁷ Ähnlich einer Verfassungsrechtswissenschaft, die ihre Aufgabe darin sieht, das Abgleiten in den demokratisch und rechtsstaatlich defizitären Zustand einer «illiberalen Demokratie»²⁸ zu verhindern (engl.: *democratic backsliding*),²⁹ scheint das analoge Zurückfallen auf eine tiefere Entwicklungsstufe – ein «*environmental backsliding*» – für jene, die «Umweltrecht» zum Gegenstand ihrer praktischen oder wissenschaftlichen Tätigkeit erkoren haben, zum «Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft»³⁰ geworden zu sein.³¹ «Beruf» kann besonders in diesem Zusammenhang sowohl sprachlich als auch in der eigenen Wahrnehmung beides sein: (erlernte) Arbeit und innere Bestimmung.

-
- 23 RAUSCH, Jubiläum (Fn. 8), S. 164; äusserst skeptisch auch ALAIN GRIFFEL, Frontalangriff auf das Umweltrecht, recht 2023, 52–55, S. 54 («Betrüblicher Ausblick»); hinsichtlich des quantitativen Gewässerschutz warnend STUTZ (Fn. 15), S. 589, 593; mit dem Akzent auf raumplanungsrechtliche Aspekte «eher pessimistisch» RENATA TRAJKOVA, Energiewende und Solarausbau in der Landschaft: Quo vadis, Raumplanungsrecht?, recht 2024, 214–222, S. 222.
- 24 RETO SCHMID, Das Umweltrecht im Zeitalter der Irrationalität, URP 2025, 1–3, S. 2.
- 25 Bundesrat (Fn. 14), S. 123 f.
- 26 ALAIN GRIFFEL, Gegenläufige Entwicklungen im Lärmschutzrecht, URP 2025 4–30, S. 28; kritisch gegenüber entsprechenden Diagnosen PETER KARLEN, Zeichen eines Paradigmenwechsels im Umweltrecht? – Ein Diskussionsbeitrag, URP 2024, 535–547, S. 540–544.
- 27 In der Diagnose ähnlich MARCEL HÄNGGI, Aus der Defensive kommen, URP 2024, 477–479, S. 477 f.
- 28 Eingehend MATTHIAS MAHLMANN, «Liberale» und «illiberale» Demokratie, in: UWE KISCHEL/HANNO KUBE (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III: Demokratie, Heidelberg 2024, N. 22–67.
- 29 Vgl. statt anderer NANCY BERMEO, On Democratic Backsliding, Journal of Democracy 2016, 5–19; analytisch vertiefend DAVID WALDNER/ELLEN LUST, Unwelcome Change: Coming to Terms with Democratic Backsliding, Annual Review of Political Science 2018, 93–113; einflussreich ANNE APPLEBAUM, Twilight of Democracy: The Seductive Lure of Authoritarianism, New York 2020, S. 1; kritisch zur empirischen Nachweisbarkeit des Phänomens ANDREW T. LITTLE/ANNE MENG, Measuring Democratic Backsliding, Political Science & Politics 2024, 149–161, S. 160.
- 30 In offenkundiger, aber bloss semantischer Anlehnung an FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814.
- 31 In diesem Sinn lassen sich u.a. die Ausführungen von GRIFFEL, Frontalangriff (Fn. 23), S. 54 f. und ARNOLD MARTI, Energiewende und Versorgungssicherheit: Wie weiter mit dem Bau von Energieanlagen und der Umwelt?, URP 2023 249–259, S. 259 deuten.

II. Pfadabhängige und inkrementelle Entwicklung des Umweltrechts

1. Erfahrung statt Logik: Alternative zum «Nirwana-Fehlschluss»

Die Drohkulisse eines Abgleitens des umweltrechtlichen Schutzniveaus («*environmental backsliding*») kann vor allem vor dem Hintergrund einer in leuchtenden Farben gezeichneten Vergangenheit dazu verführen, entweder den umweltrechtlichen Status quo unkritisch positiv zu bewerten und zu verteidigen oder aber im Gegenteil gleichsam im luftleeren Raum ein utopisches Ideal des schweizerischen Umweltrechts zu entwerfen, das den Test der politischen und rechtlichen Realisierbarkeit nicht einmal antreten könnte.³² Eine potenziell ertragreichere Alternative sowohl zur unbesehenen Verteidigung des aktuellen positiven Umweltrechts als auch zum «Nirwana-Fehlschluss» der perfekten, aber nicht realisierbaren Gesetzgebung,³³ nimmt die Erkenntnis, dass nicht nur die Evolution des *Common Law*, sondern auch die Entfaltung des schweizerischen Umweltrechts nicht auf Logik, sondern auf *Erfahrung* beruht,³⁴ zum analytischen Ausgangspunkt: Das schweizerische Umweltrecht entwickelte sich demnach *pfadabhängig*.

2. Pfadabhängigkeit: kontingente Ausgangsbedingungen und folgenreiche Weichenstellungen

«Pfadabhängigkeit» beschreibt das in unterschiedlichen Kontexten zu beobachtende Phänomen, wonach früher getroffene Entscheidungen, unabhängig von ihrer Vernünftigkeit, den Möglichkeitsraum späterer Entscheidungen zusehends reduzieren («Lock-in-Effekt»³⁵), da Abweichungen vom eingeschlagenen Pfad mit erheblichen monetären oder nicht-monetären Anpassungskosten verbunden wären.³⁶ Da diese Aufwendungen im Zeitablauf typischerweise zunehmen, impliziert dies umgekehrt, dass der eingeschlagene Pfad mit stetig wachsenden Vorteilen gegenüber alternativen Lösungen einhergeht.³⁷ In vergleichender Perspektive beschreibt das Modell der «Pfadabhängigkeit» einen *eigendynamischen, sich selbst verstärkenden Prozess*, der dazu führt, dass *kontingente*, inhaltlich nur marginal von-

-
- 32 Gegenteilig JUDITH SCHÄLI, Zwischen Krisen und Ohnmacht: Die Nachhaltigkeitsforschung in der Pflicht, URP 2025, 547–556, S. 555 (die für die Nachhaltigkeitsforschung «Narrenfreiheit» in Anspruch nimmt und deren «Losgelöstheit vom politischen Korsett» als Vorteil preist).
- 33 Stilbildend HAROLD DEMSETZ, Information and Efficiency: Another Viewpoint, *Journal of Law and Economics* 1969, 1–22, S. 1, wonach ein «*nirvana approach*» verfolgt wird, wenn reale institutionelle Arrangements mit einem utopischen Ideal verglichen werden.
- 34 Locus classicus OLIVER WENDELL HOLMES, *The Common Law*, London 1882: «The life of the law has not been logic; it has been experience.»
- 35 Vgl. PAUL A. DAVID, Clio and the Economics of QWERTY, *American Economic Review* 1985, 332–337, S. 334; W. BRIAN ARTHUR, Competing Technologies, Increasing Returns, and Lock-In by Historical Events, *Economic Journal* 1989, 116–131, S. 128; im Kontext der Politik KATHLEEN THELEN, Historical Institutionalism in Comparative Politics, *Annual Review of Political Science* 1999, 369–404, S. 385.
- 36 Vgl. THELEN (Fn. 35), S. 384–399; ferner PAUL PIERSON, Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics, *American Political Science Review* 2000, 251–267, S. 252 f. sowie DAVID (Fn. 35), S. 334; ARTHUR (Fn. 35), S. 117–128; STAN J. LIEBOWITZ/STEPHEN E. MARGOLIS, Path Dependence, Lock-In, and History, *Journal of Law, Economics, & Organization* 1995, 205–266, S. 205–214.
- 37 ARTHUR (Fn. 35), S. 127 f.; DAVID (Fn. 35), S. 335; PIERSON (Fn. 36), S. 252.

einander abweichende Ausgangsentscheidungen und Weichenstellungen (engl.: *critical junctures*) langfristig als Folge der eingeschlagenen Entwicklungspfade zu inhaltlich erheblich voneinander *abweichenden* institutionellen Arrangements führen.³⁸ «Kontingenz» ist nicht mit «Zufall», «kontingent» nicht mit «zufällig» zu verwechseln. «Kontingenz» meint vielmehr, dass ein Zustand oder eine Entscheidung weder notwendig noch unmöglich ist (oder war), also auch anders sein könnte (oder hätte sein können), aber nicht beliebig anders.³⁹

3. Inkrementalismus: Umweltpolitik unter den Bedingungen der (polarisierten) Verhandlungsdemokratie

Abstrakt äussert die Schweizer Bevölkerung in Umfragen praktisch durchgehend eine hohe Präferenz für den Schutz der Umwelt.⁴⁰ Folgerichtig sind ökologische Interessen wiederholt durch Volksinitiativen durchgesetzt worden.⁴¹ Selbst über derjenigen Bundesgesetzen, die durch Volksinitiativen direkt oder indirekt initiiert worden sind, schwebt jedoch das Damoklesschwert des fakultativen Referendums, das Mehrheitsentscheidungen der Bundesversammlung zunichtemachen kann.⁴² Um die politische Unsicherheit des fakultativen Referendums zu reduzieren, sind breit abgestützte parlamentarische Koalitionen notwendig.⁴³ Solche Allianzen sind nur um den Preis inhaltlicher Konzessionen zu haben.⁴⁴ Umweltrechtliche Innovation wird daher in der Regel bloss schrittweise – also *inkrementell* – erfolgen, soweit sie sich in einer zunehmend *polarisierten* Verhandlungsdemokratie überhaupt verwirklichen lässt.⁴⁵

Der Schutz der natürlichen Umwelt bildete zunächst ein konservatives, auf die Bewahrung von Heimat, Natur und Landschaft in ihrer ursprünglichen Ästhetik gerichtetes Projekt, das sich ab der Mitte des 20. Jahrhunderts unter veränderten Vorzeichen zu einem Anliegen der ökologisch-progressiven Linken wandelte.⁴⁶ Daher dürften Politikprogramme zum Schutz der Umwelt unter den

38 Vgl. DAVID (Fn. 35), S. 332–334; PETER A. HALL, Politics as a Process Structured in Space and Time, in: ORFREO FIORETOS/TULIA G. FALLETI/ADAM SHEINGATE (Hrsg.), The Oxford Handbook of Historical Institutionalism, Oxford/New York 2016, 1–50, S. 42 f.

39 NIKLAS LUHMANN, Soziale Systeme, Frankfurt am Main 1984, S. 152: «Kontingent ist etwas, was weder notwendig ist noch unmöglich ist; was also so, wie es ist (war, sein wird), sein kann, aber auch anders möglich ist.»

40 MARKUS FREITAG/ALINA ZUMBRUNN, Politische Kultur, in: YANNIS PAPADOPOULOS et al. (Hrsg.), Handbuch der Schweizer Politik, 7. Aufl., Zürich 2022, 85–109, S. 103 f.

41 Vgl. INGOLD/NAHRATH (Fn. 8), S. 644 f., 646 f.; ferner auch HERIBERT RAUSCH, Volksinitiativen als Motor der Gesetzgebung, ZSR 2008 I 425–445 (mit zahlreichen umweltpolitischen Beispielen).

42 Stilbildend für die These von der «repräsentativen Umbildung des fakultativen Referendums» LEONARD NEIDHART, Plebiszit und pluralitäre Demokratie, Bern 1970, S. 287 f., 313 f.

43 Vgl. ISABELLE STADELMANN-STEFFEN, Citizens as Veto Players: Climate Change Policy and the Constraints of Direct Democracy, Environmental Politics 2011, 485–507, S. 500; allgemein ALEXANDER H. TRECHSEL/PASCAL SCJARINI, Direct democracy in Switzerland: Do elites matter?, European Journal of Political Research 1998, 99–124, S. 199.

44 Aufgezeigt anhand der Revision des CO₂-Gesetzes bei JOHANNES REICH/NINA BOSS, Switzerland, Yearbook of International Environmental Law 2024, 149–156, S. 150 f. m.w.Nw. (<https://doi.org/10.1093/yiel/yvad032>).

45 Zum Befund der Polarisierung s. DANIEL BOCHSLER/REGULA HÄNGGLI/SILJA HÄUSERMANN, Consensus lost? Disenchanted democracy in Switzerland, Swiss Political Science Review 2015, 475–739, S. 476–479 m.w.Nw.

46 SKENDEROVIC (Fn. 5), S. 49–52; WALTER (Fn. 5), S. 83–95, 184–194.

Bedingungen der Verhandlungsdemokratie vor allem dann Durchsetzungschancen aufweisen, wenn eine temporäre Allianz zwischen Konservativen und Progressiven zustande kommt.⁴⁷

4. Folgerung: Weichenstellungen als Erfahrungsschatz für die Fortentwicklung des Umweltrechts

Der Befund der inkrementellen Fortentwicklung des Umweltrechts unter den Bedingungen der Verhandlungsdemokratie trübt die leuchtenden Farben, in welche die Pionierphase des Umweltrechts in der Retrospektive zuweilen verklärend getaucht wird. Die *Rhetorik*, mit der Bundesrat und Parlament in den 1970er Jahren, jeder «Zaghaftigkeit» entsagend,⁴⁸ nichts weniger als einen fundamentalen «radikale[n] Kurswechsel»⁴⁹ zum Schutz der Umwelt in Aussicht gestellt hatten, fiel auch damals weit schärfer aus als die durch Verhandlungsdemokratie und bundesstaatlich dezentralisierten Vollzug abgeschliffene *Implementierung* des Umweltrechts.⁵⁰

Erfolgt die Evolution des schweizerischen Umweltrechts pfadabhängig und inkrementell, kommen Weichenstellungen eine langfristig folgenreiche Bedeutung zu.⁵¹ Bildet nicht in erster Linie Logik, sondern Erfahrung die Triebfeder der Herausbildung des Umweltrechts,⁵² vermitteln eben diese Weichenstellungen sowohl Einsichten in Defizite des umweltrechtlichen Status quo als auch Lehren für die Ausgestaltung tragfähiger Konzepte eines zukünftigen schweizerischen Umweltrechts.

III. Folgenreiche Weichenstellungen: Gebirgswald, Lufthygiene und Landschaftsschutz

1. Forstpolizeigesetz von 1876: wirtschaftliche Interessengruppen, politische Kommunikation und Schutz öffentlicher Güter

1.1 «Rentenstreben»: Umweltpolitik und wirtschaftliche Interessengruppen

Das Bundesgesetz betreffend die eidgenössische Oberaufsicht über die Forstpolizei im Hochgebirge vom 24. März 1876⁵³ gilt gemeinhin als erster gesetzgeberischer Akt des noch jungen Bundesstaates, der Zielsetzungen des Umweltschutzes ver-

47 Paradigmatisches Beispiel dürfte die eidgenössische Volksinitiative «zum Schutz der Moore – Rothenthurm-Initiative» (BBl 1988 I 572) bilden; vgl. STEPHANIE MÜLLER, Rothenthurm. Der Kampf um den Waffenplatz, Zürich 2023, S. 128–136; zurückhaltend zur Relevanz von Werthaltungen LORENZ KUMMER, Erfolgchancen der Umweltbewegung: Eine empirische Untersuchung anhand von kantonalen politischen Entscheidungsprozessen, Stuttgart/Wien 1996, S. 347 f.

48 Botschaft NHG (Fn. 7), 91 u. 93.

49 RAUSCH, Jubiläum (Fn. 8), S. 139 f. m.w.Nw.

50 Vgl. JAKOB TANNER, Geschichte der Schweiz im 20. Jahrhundert, München 2015, S. 401 f.; für frühe Befunde von Vollzugsdefiziten, die eine dezentralisierte Implementierung nach sich ziehen, WOLF LINDER, Politische Entscheidung und Gesetzesvollzug in der Schweiz, Bern/Stuttgart 1987, S. 123–133 (am Beispiel von Energiesparmassnahmen); aus rechtlicher Sicht JOHANNES REICH, Federalism and Mitigating Climate Change: The Merits of Flexibility, Experimentation, and Dissonance, *Transnational Environmental Law* 2021, 263–291, S. 268 f., 274 f. (<https://doi.org/10.1017/S2047102521000121>).

51 Vgl. vorne unter II/2.

52 Vgl. vorne unter II/1.

53 AS 2 353.

folgte.⁵⁴ In der Literatur wird das Bundesgesetz zuweilen als paradigmatisches Beispiel eines einträchtigen Zusammenwirkens von Regierung, Verwaltung, Parlament und Wissenschaft zwecks Entwicklung rationaler Politikprogramme auf der Basis naturwissenschaftlich identifizierter ökologischer Herausforderungen dargestellt.⁵⁵ Demnach sollen wissenschaftlich fundierte Erkenntnisse – der kausale Zusammenhang zwischen der Übernutzung voralpiner und alpiner Waldungen einerseits und Überschwemmungen im Mittelland andererseits – für die Bundespolitik Anlass genug gewesen sein, das erste umweltrechtliche Bundesgesetz des schweizerischen Bundesstaates zu beschliessen.⁵⁶

Ein solcher Ursache-Wirkungs-Zusammenhang (sog. «Abholzungsparadigma») lässt sich auf der Basis des heutigen Wissensstands jedoch *nicht schlüssig rekonstruieren*.⁵⁷ Er wurde auch zeitgenössisch erheblich in Zweifel gezogen.⁵⁸ Das «Abholzungsparadigma» bildete jedoch die politische Rechtfertigung für vielfältige finanzielle Leistungen des Bundes zur Förderung der Forstwirtschaft.⁵⁹ Aus der Perspektive der modernen Ökonomik lag demnach ein Modellfall von «Rentenstreben» (engl.: *rent seeking*) vor: Der gut organisierten Forstwirtschaft war es als wirtschaftlicher Interessengruppen gelungen, *eigene* Interessen als *öffentliche* darzustellen und auf diesem Weg staatliche Gelder verfügbar zu machen.⁶⁰

1.2 Politische Kommunikation: «Storytelling» avant la lettre

Unabhängig von diesen politökonomischen Motivlagen erzeugte das «Abholzungsparadigma» in den Zentrumsregionen Aufmerksamkeit und Unterstützung für Politikprogramme, die schwergewichtig zu Investitionen in alpinen und voralpinen Randregionen führten.⁶¹ Diese finanziellen Anstrengungen trugen Früchte: Die initiierten Aufforstungen verbesserten die Ökologie im Berggebiet und vermochten lokale Schadensereignisse (Lawinen, Murgänge, Erosion, Überschwemmungen) wirksam einzudämmen.⁶² Diese Erfolge weisen darauf hin, dass wis-

54 Statt aller GRIFFEL, Umweltrecht (Fn. 8), S. 4.

55 Vgl. statt aller HANS-PETER JENNI, Kommentar WaG, Vor Art. 1 N. 2–6; SCHMID (Fn. 24), S. 1; ferner auch etwa GOTTHARD BLOETZER, Zur Entwicklung der schweizerischen Forstgesetzgebung, Schweizerische Zeitschrift für Forstwesen 1992, 607–627, S. 607 f.; MARTIN LOOSER/ALEXANDER LUEGER, Art. 77 BV, in: STEFAN SCHLEGEL/ODILE AMMANN (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung, 2024, N. 2–4 m.w.Nw.; sinngemäss wohl auch Botschaft zu einem Bundesgesetz über Walderhaltung und Schutz vor Naturereignissen (Waldgesetz, WaG) vom 29. Juni 1988, BBl 1988 III 173, S. 177.

56 Besonders deutlich JENNI (Fn. 55), N. 2–6; SCHMID (Fn. 24), S. 1 und BLOETZER (Fn. 55), S. 607 f.; sinngemäss auch LOOSER/LUEGER (Fn. 55), N. 2–4 m.w.Nw. und Botschaft WaG (Fn. 55), S. 177.

57 CHRISTIAN PFISTER/DANIEL BRÄNDLI, Rodungen im Gebirge – Überschwemmungen im Voralp: Ein Deutungsmuster macht Karriere, in: ROLF PETER SIEFERLE/HELGA BREUNINGER (Hrsg.), Natur-Bilder. Wahrnehmungen von Natur und Umwelt in der Geschichte, Frankfurt am Main/New York 1999, 297–323, S. 308–318.

58 Vgl. die Nachweise bei PFISTER/BRÄNDLI (Fn. 57), S. 310 f.

59 PFISTER/BRÄNDLI (Fn. 57), S. 310 f., 318.

60 Grundlegend zu diesem Phänomen ANNE O. KRUEGER, The Political Economy of the Rent-seeking Society, American Economic Review 1974, 291–303; aus verfassungsrechtlicher Perspektive JOHANNES REICH, Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, in: OLIVER DIGGELMANN/MAYA HERTIG RANDALL/BENJAMIN SCHINDLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Bd. I, Zürich/Basel/Genf 2020, 333–355, S. 347/N. 20 m.w.Nw.

61 PFISTER/BRÄNDLI (Fn. 57), S. 302 f., 319.

62 PFISTER/BRÄNDLI (Fn. 57), S. 319.

senschaftlich erhärtete Zusammenhänge für sich allein der Politik meist keine ausreichenden Anreize für entschlossenes Handeln vermitteln. Erforderlich ist vielmehr eine *kommunikative Vermittlung*, die den Problemdruck glaubhaft vermittelt und mehrheitsfähigen Allianzen den Boden bereitet. Aus dieser Perspektive lässt sich das Forstpolizeigesetz von 1876 als früherer Zeuge für die Notwendigkeit einer politischen Strategie aufrufen, die sich in heutiger Diktion als «*Framing*» oder «*Storytelling*» beschreiben lässt.

1.3 Allmendgüter: Schutzgüter des Umweltrechts

Umweltrechtliche Vorschriften dienen dem «Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen» (Art. 74 Abs. 1 BV; Art. 1 Abs. 1 USG). Das Forstpolizeigesetz von 1876 illustriert, dass die Anknüpfung an materiellen «*Einwirkungen*» (frz.: «*atteintes*»; ital.: «*effetti*»; Art. 7 Abs. 1 USG) zumindest in bestimmten Konstellationen zu extensiv und unpräzise erscheint. Beziehen sich «*Einwirkungen*» auf Güter, an denen definierte Eigentumsrechte bestehen, haben die Berechtigten ausreichende Anreize, sich gegen die entsprechenden Immissionen zur Wehr zu setzen (vgl. Art. 684 und Art. 641 Abs. 2 ZGB).⁶³ Anders verhält es sich bei Gütern, an denen kollektive oder keine gesicherten Eigentumsrechte bestehen. Solche *Allmendgüter* zeichnen sich dadurch aus, dass Akteure von ihrer Nutzung nicht wirkungsvoll ausgeschlossen werden können und die Nutzung durch einen Akteur das gesamte Nutzungspotenzial reduziert.⁶⁴

Instruktiv für die Anreizstruktur, die Allmendgüter typischerweise hervorrufen, sind *Schutzwälder*, deren Rodung das Forstpolizeigesetz von 1876 untersagte.⁶⁵ Schutzwaldungen schirmen Siedlungen und Verkehrswege gegen Naturgefahren (Lawinen, Murgänge etc.) ab.⁶⁶ Die sichernde Funktion eines Schutzwalds ist vor allem deshalb latent gefährdet, weil Individuen aus dem Holzschlag direkter Nutzen erwächst (z.B. Gewinnung von Brennholz oder Weideland), während von Investitionen in die Waldpflege (Aufforstungen etc.) eine Vielzahl von Individuen profitiert (Einwohner der geschützten Siedlung, Benutzerinnen des gesicherten Verkehrswegs etc.). Anstatt selbst in die Waldpflege zu investieren, haben Individuen daher Anreize, von den Aufwendungen Dritter zu profitieren (*Trittbrettfahren*; engl.: *free-riding*).⁶⁷ Unter diesem Blickwinkel betrachtet, weist das Forstpolizeigesetz von 1876 darauf hin, dass umweltrechtliche Vorschriften schwergewichtig der *Bewahrung von Allmendgütern* dienen.

63 Anschaulich etwa BGE 131 III 505 (Verschmutzung einer Strassenparzelle durch Laubfall überlagernder Äste der sich auf der Nachbarparzelle befindenden Bäume).

64 Grundlegend PAUL A. SAMUELSON, *The Pure Theory of Public Expenditure*, *Review of Economics and Statistics* 1954, 387–389; s.a. C. DUSTIN BECKER/ELINOR OSTROM, *Human Ecology and Resource Sustainability*, *Annual Review of Ecology and Systematics* 1995, 113–133, S. 114.

65 Art. 11 und Art. 2 Ziff. 2 Forstpolizeigesetz (Fn. 53).

66 Vgl. STÉPHANE LOSEY/ANDRÉ WEHRLI, in: Bundesamt für Umwelt, *Schutzwald in der Schweiz*, Bern 2013, S. 5.

67 ELINOR OSTROM, *Coping with Tragedies of the Commons*, *Annual Review of Political Science* 1999, 493–535, S. 498; vgl. dazu JOHANNES REICH, «Litigating the commons»: *KlimaSeniorinnen als gerichtliche Durchsetzung der Verfassung der globalen Allmende*, *Klima und Recht* 2025, 194–202, S. 195 f., 202.

2. BGE 90 I 184 zum Schwerölkraftwerk Chavalon: Auslagerung der Durchsetzung wesentlicher Teile des Umweltrechts an private Organisationen

2.1 Negative externe Effekte: Vermeidung durch umweltrechtliche Vorschriften

Die in der umweltrechtlichen Literatur kaum mehr beachtete Entscheidung des Bundesgerichts in Sachen *Emile Ernst* vom 17. Juni 1964⁶⁸ zeigt nicht nur die verfahrensrechtlichen Herausforderungen des Schutzes von Allmendgütern auf, sondern markiert eine *folgenreiche Weichenstellung* im Bezug auf den Modus der Durchsetzung umweltrechtlicher Vorschriften. Der in Aigle im unteren Rhonetal wohnende *Emile Ernst* setzte sich gegen den Bau eines Schwerölkraftwerks auf dem Plateau von Chavalon in Vouvry (Kanton Wallis) zur Wehr.⁶⁹ Sowohl der auf rund 450 Höhenmetern über dem Talboden des Rhonetals gelegene Standort als auch der 120 Meter hohe Kamin versinnbildlichen bis heute das Ausmass der prognostizierten Emissionen der Anlage.⁷⁰ Gleichwohl trat das Bundesgericht auf *Emile Ernsts* Beschwerde nicht ein.⁷¹ Die geplante Centrale thermique de Vouvry (Schwerölkraftwerk Chavalon) liege mehrere Kilometer von *Emile Ernsts* Grundstück entfernt, weshalb der Beschwerdeführer nicht in seinen privaten Interessen betroffen sei.⁷² Der geltend gemachte Schutz vor ernsthaften Gefährdungen der Gesundheit der Bevölkerung des Rhonetals bilde ein *öffentliches* Interesse, zu dessen Durchsetzung *Emile Ernst* nicht berechtigt sei.⁷³

Aus einer ökonomisch informierten regulierungstheoretischen Perspektive machte *Emile Ernst* mit der öffentlichen Gesundheit und der Lufthygiene den Schutz von *Allmendgütern* geltend, während das Schwerölkraftwerk Chavalon einen idealtypischen Fall *negativer externer Effekte* – oder synonym: negativer Externalitäten – bildet: Während der Nutzen der Anlage (Einnahmen durch den Verkauf von Elektrizität) bei der Betreiberin (Verursacherin) anfallen sollte, konnte ein erheblicher Teil der monetären und nicht-monetären *Kosten* (Emissionen aufgrund des Verbrennens von Schweröl, die u.a. Schwefeldioxid, Feinstaub, Stickoxide und Schwermetalle enthalten) auf *unbeteiligte Dritte* (Bevölkerung des unteren Rhonetals) abgewälzt werden.⁷⁴ Umweltrechtliche Vorschriften sind verbreitet darauf ausgerichtet, solches *Marktversagen* zu korrigieren, indem die von

68 BGE 90 I 184.

69 BGE 90 I 184 S. 185; eingehender dargestellt in SJ 1965, 81–83, S. 82.

70 Angaben zur Anlage gemäss SJ 1965, 81–83, S. 82 und R. VITTONÉ/A. DÉCOPPET, *Rôle de l'architecte dans l'étude et la réalisation de la Centrale thermique de Vouvry*, Bulletin technique de la Suisse romande 1966, 128–131, S. 128 f.

71 BGE 90 I 184 S. 186.

72 BGE 90 I 184 S. 185. – Die mittlerweile stillgelegte Anlage befindet sich am Standort 2'556'893.50, 1'132'973.73 (Schweizer Koordinatensystem). Dieser liegt 7,4 km (Luftlinie) vom Zentrum von Aigle (Bahnhof; 2'563'452.51, 1'129'550.66) entfernt; vgl. <https://map.geo.admin.ch>.

73 BGE 90 I 184 S. 186.

74 Stilbildend zu negativen externen Effekten (synonym: negative Externalitäten) ARTHUR CECIL PIGOU, *The Economics of Welfare*, 3. Aufl., London 1929, S. 136 («... costs are thrown upon people not directly concerned ...»); sinngemäss statt anderer auch etwa PAUL A. SAMUELSON/WILLIAM D. NORDHAUS, *Economics*, 20. Aufl., New York/Chennai 2022, S. 46 f.

unbeteiligten Dritten verursachten (externen) Kosten dem Verursacher angelastet (d.h. *internalisiert*) werden.⁷⁵

2.2 Schutz von Allmendgütern: Private als Fürsprecher (auch) öffentlicher Interessen?

Aufgrund der beschriebenen Anreizstruktur, die Allmendgüter typischerweise hervorrufen, werden Private wie *Emile Ernst* in vergleichbaren Konstellationen höchstens ausnahmsweise den Rechtsweg beschreiten: Erstens ist dieser mit individuell zu tragenden Kosten und Prozessrisiken verbunden, und zweitens kommt der eventuelle Nutzen des Obsiegens (Verweigerung der Baubewilligung, Emissionsbeschränkungen etc.) nicht nur dem Beschwerdeführer, sondern einer grossen Anzahl von Personen – im geschilderten Kontext: der Bevölkerung des unteren Rhonetales – zugute.

Aus einer regulierungstheoretischen Perspektive bildet diese Anreizstruktur jedoch keine Grundlage, Privaten das Beschwerderecht (materielle Beschwer) in entsprechenden Konstellationen generell abzusprechen. Zum Zweck der effektiven Verwirklichung und Durchsetzung des objektiven Rechts kann es vielmehr angezeigt sein, Privaten zumindest dann die Geltendmachung öffentlicher Interessen zuzugestehen, wenn sich diese etwa im Bereich des Immissionsschutzes nicht eindeutig von privaten abgrenzen lassen.⁷⁶ Bei raumbezogenen Vorhaben, bei denen sich das Beschwerderecht vornehmlich aufgrund der räumlichen Distanz bestimmt,⁷⁷ ist diese Konzeption in weiten Teilen bereits verwirklicht. Beschwerdeberechtigte sind befugt, auch *öffentliche Interessen* geltend zu machen, die sich auf den Landschafts-, Ortsbild-, Natur- oder Gewässerschutz beziehen, soweit das Vorgebrachte bei einem subjektiv positiven Verfahrensausgang dazu führen würde, dass das fragliche Vorhaben nicht oder anders als ursprünglich geplant realisiert würde.⁷⁸

2.3 Altruistische und kollektive statt administrativer Rechtsdurchsetzung: ideelle Verbandsbeschwerde

Bundesrat und Bundesversammlung nahmen das Urteil des Bundesgerichts in Sachen *Emile Ernst*⁷⁹ jedoch zum Anlass, Private nur auf ganz spezifische Art und Weise, nämlich in *kollektiv organisierter Form*, zu Wächtern zentraler Aspekte des Umweltrechts zu erheben. In seiner Botschaft zum NHG vom 12. November 1965

75 Statt aller WOLFGANG BUCHHOLZ/CHRISTIANE REIF/DIRK RÜBBELKE, *Foundations of Environmental Economics*, 2. Aufl., Cham 2024, S. 14–20 m.w.Nw.

76 JOHANNES REICH, Information als Voraussetzung des Verwaltungshandelns, VVDStRL 2024, 317–366, S. 344 f. (<https://doi.org/10.1515/9783111299044>); zur fehlenden Unterscheidbarkeit auch ANNE-CHRISTINE FAVRE/SOPHIE RIBAUT, *La pesée des intérêts en droit de l'environnement: méthodologie et principes applicables*, URJ 2025, 249–284, S. 255 f.

77 Vgl. etwa BGE 137 II 30 E. 2.2.3 S. 33 und 128 II 168 E. 2.3 S. 171; s.a. BGE 141 II 50 E. 2.1 S. 52. BGE 141 II 50 E. 2.1 S. 52; 139 II 499 E. 2.2 S. 504; im Grundsatz ständige Rechtsprechung seit BGE 104 Ib 245 E. 7c S. 255 vom 27. Oktober 1978; vgl. auch BGE 128 II 168 E. 2.6 S. 172 (Mobilfunkanlage Stadt Zürich); zur Genese dieser Rechtsprechung eingehend MERET REHMANN, *Besondere Betroffenheit als Element der Beschwerdebefugnis im Umweltrecht*, Zürich/Baden-Baden/Wien 2024, N. 253 ff. (<https://doi.org/10.3256/978-3-03929-039-0>).

79 BGE 90 I 184.

begründete der Bundesrat seinen Antrag, «Natur und Heimatschutzverbände mit dem Beschwerderecht» zu betrauen, explizit mit dem Hinweis auf BGE 90 I 184 in Sachen *Emile Ernst*.⁸⁰ Mit der schrittweisen Ausdehnung des Verbandsbeschwerderechts wurde nicht nur die Durchsetzung wesentlicher Teile des Umweltrechts an private Organisationen, die sich ideellen Zwecken verschrieben haben, *ausgelagert*, vielmehr *substituierte* die ideelle Verbandsbeschwerde zusehends auch die *Behördenbeschwerde* des Bundes,⁸¹ obwohl diese funktionell «ein Instrument der Bundesaufsicht» bildet.⁸² Aufschlussreich ist die Begründung, die der Bundesrat gegen die eidgenössische Volksinitiative «Verbandsbeschwerderecht: Schluss mit der Verhinderungspolitik (...)» ins Feld führte: Um seine «Funktion als «Anwalt der Natur» anstelle der privaten Umweltschutzorganisationen wahrnehmen zu können, müssten im Bundesamt für Umwelt (BAFU) «mindestens drei neue Arbeitsstellen» geschaffen werden.⁸³ Das BAFU habe bis dahin nämlich «nur in ein bis zwei Fällen pro Jahr» von der Behördenbeschwerde Gebrauch machen müssen.⁸⁴

3. «Kampf um Rheinau» und «Rothenthurm»: Potenzial und Grenzen der umfassenden Koordinations- und Abwägungspflicht

3.1 Erbe von «Rheinau»: Koordinations- und Abwägungspflicht hinsichtlich widerstrebender Schutz- und Nutzungsinteressen

Nachdem sie an einem die Elektrizitätswirtschaft repräsentierenden, in Anlehnung an die Tellensage Unterdrückung symbolisierenden Gesslerhut⁸⁵ vorbeigegangen waren, versammelten sich am 27. Januar 1952, begleitet von Böllerschüssen und dem Geläut der Klosterkirche, rund 10 000 Menschen auf dem Klosterplatz in Rheinau zu einer «Volkskundgebung».⁸⁶ Derweil war die Stadt Schaffhausen in Trauerbeflaggung gehüllt.⁸⁷ Verabschiedet wurde auf dem Klosterplatz eine Resolution, «die Schönheit dieser Landschaft» zwischen Rheinau und dem Rheinfluss «zu erhalten», statt «im Dienste der Interessen einiger weniger über den vaterländi-

80 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz vom 12. November 1965, BBl 1965 III 89, S. 97; zur Entstehung und Ausdehnung des Verbandsbeschwerderechts eingehend REGINA MEIER, Das ideelle Verbandsbeschwerderecht, Zürich 2015, S. 25–173; ferner ALAIN GRIFFEL, Das Verbandsbeschwerderecht im Brennpunkt zwischen Nutz- und Schutzinteressen, URP 2006 95–126, S. 99–103; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI/LIVIO BUNDI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 4. Aufl., Zürich/Genf 2025, N. 988–1002a.

81 Vgl. Art. 111 Abs. 2 bzw. Art. 89 Abs. 2 Bst. d BGG bzw. Art. 48 Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG, jeweils i.V.m. mit einer spezialgesetzlichen Bestimmung, insbesondere Art. 56 Abs. 1 USG, Art. 67a GSchG oder Art. 12a Abs. 2 NHG.

82 BGE 148 II 369 E. 3.3.1 S. 373; BGER 1C_238/2021 vom 27. April 2022 E. 1.1 (Oberfreudenberg); zu den unterschiedlichen Funktionen von Behörden- und Verbandsbeschwerde vgl. MEIER (Fn. 80), S. 214–216.

83 Botschaft zur Volksinitiative «Verbandsbeschwerderecht: Schluss mit der Verhinderungspolitik – Mehr Wachstum für die Schweiz!», BBl 2007 4347, S. 4360.

84 Botschaft Volksinitiative Verbandsbeschwerderecht (Fn. 83), S. 4359.

85 Für eine geschichtswissenschaftliche Einordnung vgl. THOMAS MAISSEN, Schweizer Heldengeschichten – und was dahintersteckt, 6. Aufl., Baden 2022, S. 23 f.

86 SCHAEPPI (Fn. 6), S. 166 f.; vgl. auch WALTER (Fn. 5), S. 180.

87 SCHAEPPI (Fn. 6), S. 168.

schen Willen des Volkes hinwegzuschreiten.»⁸⁸ An diesem «Kampf um Rheinau»⁸⁹ trat eine Kontroverse in Erscheinung, die den umweltrechtlichen Diskurs bis heute dominiert: der Konflikt zwischen gegensätzlichen Schutz- und Nutzungsinteressen, insbesondere zwischen dem Gewässer- und Landschaftsschutz einerseits und der Elektrizitätsgewinnung andererseits. Als indirekte Folge der Errichtung des Kraftwerks Rheinau wurde die *umfassende Koordinations- und Abwägungspflicht* zur rechtsnormativen Methode erhoben, die entsprechende konfliktträchtige Entscheidungen anleiten soll.⁹⁰

3.2 «Welcome to the Hotel California»: Unentrinnbarkeit der umfassenden Abwägungspflicht

Die Zustimmung von Volk und Ständen zur «Rothenthurm-Initiative» am 6. Dezember 1987,⁹¹ die daraus hervorgegangene Verfassungsbestimmung und die darauf beruhende Gesetzgebung legen in paradoxer Weise sowohl die *Problemlösungskapazität* als auch die *Grenzen* dieser umfassenden Koordinations- und Abwägungspflicht offen. «Moore und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und gesamtschweizerischer Bedeutung» geniessen verfassungsrechtlich «*absoluten Vorrang*», weshalb «eine Abwägung mit anderen Interessen im Einzelfall» *ausgeschlossen* bleiben muss (Art. 78 Abs. 5 BV bzw. Art. 24^{sexies} Abs. 5 aBV).⁹² Politisch äusserte sich in der Zustimmung zur Initiative das *Misstrauen* gegenüber der Kompetenz von Regierung und Verwaltung, Schutzinteressen gegenüber widerstrebenden Nutzungsinteressen angemessen zu berücksichtigen.⁹³ Symbolischen Ausdruck fand dieser Argwohn wie bereits am 27. Januar 1952 in Rheinau wiederum im Gesslerhut.⁹⁴

Der auf Art. 78 Abs. 5 BV beruhende Art. 23d NHG lässt sich mit seinen Kriterien der «Schutzdienlichkeit» und der «Schutzverträglichkeit» zumindest bei wohlwollender Betrachtung als Beleg für das *Potenzial* der Koordinations- und Abwägungspflicht deuten, da «Moorlandschaften» regelmässig auch Kulturlandschaften mit minimalen Siedlungsstrukturen umfassen, was eine Interessenabwägung unumgänglich erscheinen lässt.⁹⁵ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung weist jedoch darauf hin, dass ein rechtsnormativer Ausschluss der Interessenabwägung genau besehen nicht etwa die Interessenabwägung als solche *ausschliesst*, sondern bloss deren *Gegenstand* austauscht. Objekt der Interessenab-

88 Resolution der Volkskundgebung in Rheinau vom 27. Januar 1952, zitiert nach GRAF (Fn. 6), S. 176.

89 Vgl. zu dieser zeitgenössisch fest etablierten Wendung die zahlreichen, bei GRAF (Fn. 6), S. 177 u. 179 wörtlich wiedergegebenen Beiträge aus Tageszeitungen.

90 Illustrativ BGE 148 II 36 E. 5.5 S. 46 f. (Grenchenberg); vgl. statt anderer FAVRE/RIBAUT (Fn. 76), S. 255, 260, 262–271 m.w.Nw.; RICCARDO JAGMETTI, in: JEAN-FRANÇOIS AUBERT et al. (Hrsg.), Basel/Zürich/Bern 1995, Art. 24^{bis} N. 17–28; ARNOLD MARTI, St. Galler Kommentar, Art. 76 N. 6 m.w.H.

91 Vgl. Fn. 47.

92 BGE 138 II 281 E. 6.2 S. 295 (Zürcher Oberlandautobahn) – Kursivdruck hinzugefügt; sinngemäss auch BGE 143 II 241 E. 5 S. 246 (Grimsel), 138 II 23 E. 3.3 S. 27 (Ufenau); ferner statt aller STEPHAN HAAG, Commentaire romand Constitution fédérale, Art. 78 N. 40; BERNHARD WALDMANN, Der Schutz von Mooren und Moorlandschaften: Inhalt, Tragweite und Umsetzung des «Rothenthurmartikels», Freiburg Schweiz 1997, S. 17 ff., 137 ff., 231 ff.

93 Vgl. MÜLLER, Rothenthurm (Fn. 47), S. 33 f., 133, 135 f.

94 Vgl. die Fotografien bei MÜLLER, Rothenthurm (Fn. 47), S. 78 u. 88.

95 Sinngemäss etwa ARNOLD MARTI, St. Galler Kommentar, Art. 78 N. 32 m.w.H.; kritisch demgegenüber WALDMANN (Fn. 92), S. 283 f.

wägung werden die räumlichen *Grenzen* des Verbots im Einzelfall – konkret: die Perimetergrenze einer Moorlandschaft.⁹⁶ Eine zunächst *ausgeschlossene* Kategorie wird damit in veränderter Form wieder in die argumentative Strukturierung der Entscheidung *eingeführt*. Von der Koordinations- und Abwägungspflicht scheint es kein Entrinnen zu geben. Oder wie es im Stück «Hotel California» heisst: «*You can check out any time you like, but you can never leave.*»⁹⁷

IV. Folgen der Weichenstellungen: ausgelagerte Durchsetzung des Umweltrechts aufgrund von «Feueralarmen» im Kontext komplexer Interessenabwägungen

1. «Feueralarme» statt «Polizeistreifen»: dezentralisierte und ausgelagerte Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen

Gemäss einer in der Wissenschaft des U.S.-amerikanischen Verwaltungsrechts breit rezipierten und metaphorisch eingängigen Unterscheidung lässt sich die parlamentarische Aufsicht über die Verwaltung nach zwei unterschiedlichen Grundmustern organisieren: mit «Polizeistreifen» oder «Feueralarmen».⁹⁸ Demnach kann das Parlament die Verwaltung etwa durch öffentliche Anhörungen, aufgrund einverlangter Berichte oder mittels Inspektionen beaufsichtigen.⁹⁹ Solche «Polizeistreifen» binden jedoch knappe personelle, zeitliche und finanzielle Ressourcen. Daher kann es sich aus Sicht des Parlaments als politisch effektiver und effizienter erweisen, gesetzliche Grundlagen zu schaffen, um *Privaten* zu ermöglichen, im Fall rechtswidriger Handlungen der Verwaltung «Feueralarm» zu schlagen, indem sie beispielsweise berechtigt werden, Tatsachen bei der entsprechenden Parlamentskommission anzuzeigen oder Beschwerde beim zuständigen Gericht zu erheben.¹⁰⁰

Die ab 1967 in Teilen des schweizerischen Umweltrechts geschaffene und in der Folge schrittweise nach Sachgebieten erweiterte Befugnis «rein ideellen Zielen»¹⁰¹ verpflichteter Vereinigungen, gegen bestimmte Verwaltungsentscheidungen Beschwerde zu erheben, entspricht angesichts der partiellen Substitution der Behördenbeschwerde durch die ideelle Verbandsbeschwerde¹⁰² in ihren Grundzügen dem Muster der ausgelagerten und dezentralisierten Verwaltungskontrolle der

96 Vgl. BGE 143 II 241 E. 7.2 S. 250 f. (Grimsel); NINA DAJCAR/ALAIN GRIFFEL, Basler Kommentar, Art. 78 N. 37.

97 The Eagles, Hotel California (Liedtext; Autor: DON HENLEY), veröffentlicht als Single (Asylum Records) am 22. Februar 1977.

98 MATHEW D. McCUBBINS/THOMAS SCHWARTZ, Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire Alarms, *American Journal of Political Science* 1984, 165–179, S. 166; vgl. bereits REICH, *Verwaltungshandeln* (Fn. 76), S. 359 f.

99 McCUBBINS/SCHWARTZ (Fn. 98), S. 166, 171 f.; siehe REICH, *Verwaltungshandeln* (Fn. 76), S. 360.

100 Vgl. McCUBBINS/SCHWARTZ (Fn. 98), S. 166, 173 f.; RODERICK D. KIEWIET/MATHEW D. McCUBBINS, *The Logic of Delegation*, Chicago 1991, S. 32; vgl. auch REICH, *Verwaltungshandeln* (Fn. 76), S. 360.

101 Art. 12 NHG; vgl. auch etwa Art. 55 Abs. 1 Bst. b USG.

102 Vgl. vorne unter III/2/2.3.

«Polizeistreifen».¹⁰³ Zwar bezieht sich das ideelle Verbandsbeschwerderecht formal auf das verwaltungsgerichtliche Verfahren, zeitigt aber erhebliche Vorwirkungen auf das Verwaltungsverfahren.¹⁰⁴ Die mit dieser Auslagerung und Dezentralisierung verbundenen Vorteile sind in der umweltrechtlichen Literatur anerkannt:¹⁰⁵ Beschwerdeberechtigte Organisationen verfügen über spezialisiertes technisches und rechtliches Wissen,¹⁰⁶ was ihren Beschwerden eine nachweislich weit überdurchschnittlich hohe Erfolgsquote in gerichtlichen Verfahren beschert.¹⁰⁷

2. Komplexität: umfassende Interessenabwägung als Vermittlungsproblem

Entscheidungen sind üblicherweise dann «komplex», wenn mehrere und verschiedenartige alternative Lösungen in Betracht kommen und diese in einer Weise interdependent sind, dass die Realisierung der einen Alternative die Verwirklichung einer anderen ausschliesst oder zumindest erschwert.¹⁰⁸ Von einem solchen Begriffsverständnis ausgehend, erweisen sich insbesondere Entscheidungen, für die zwecks Verwirklichung des Ganzheitlichkeitsprinzips (vgl. Art. 8 USG) eine Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich ist (vgl. Art. 10a–10g USG), als «komplex».¹⁰⁹

Besonders bei raumrelevanten Grossprojekten ist die umfassende Koordinations- und Abwägungspflicht zwar gestuft gegliedert (vgl. nur Art. 2 Abs. 1 RPG) und strukturiert,¹¹⁰ weist aber angesichts des Umstands, dass alternative Lösungsansätze gegeneinander abgewogen werden müssen, bezogen auf den konkreten Einzelfall dennoch *inhaltliche Spielräume* auf, die sich zwar durch Prinzipien anleiten,¹¹¹ nicht jedoch mittels rechtlicher Konditionalprogramme¹¹²

103 REICH, Verwaltungshandeln (Fn. 76), S. 360 f.

104 Vgl. GRIFFEL, Umweltrecht (Fn. 8), S. 69 f.; REICH, Verwaltungshandeln (Fn. 76), S. 360 f. m.w.Nw.

105 KONZIS ALAIN GRIFFEL/HERIBERT RAUSCH, Kommentar USG, Ergänzungsband, Art. 55 N. 3.

106 REICH, Verwaltungshandeln (Fn. 76), S. 361 m.w.Nw.

107 Vgl. GRIFFEL, Umweltrecht (Fn. 8), S. 77 f.; ALEXANDRE FLÜCKIGER/CHARLES A. MORAND/THIERRY TANQUEREL, Evaluation du droit de recours des organisations de protection de l'environnement, Genf 2000, S. 86; Botschaft Volksinitiative Verbandsbeschwerderecht (Fn. 83), S. 4358 f.

108 NIKLAS LUHMANN, Zur Komplexität von Entscheidungssituationen, in: ERNST LUKAS/VERONIKA TACKE (Hrsg.), Niklas Luhmann: Schriften zur Organisation, Band 2, Wiesbaden 2019, S. 161–197, 166–169.

109 Vgl. zur Illustration der Existenz möglicher, sich aber regelmässig gegenseitig ausschliessender Alternativen statt anderer etwa BGE 148 II 36 E. 14 S. 70 (Grenchenberg), 140 II 262 E. 5–10 S. 270–287 (Obergoms) oder BGE 1C_27/2022, 1C_33/2022 vom 20. April 2023 E. 14 (Brüttisellen).

110 Vgl. detailliert FAVRE/RIBAUT (Fn. 76), S. 256–263; ALAIN GRIFFEL, Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, Zürich 2001, S. 329–333; ferner FRÉDÉRIC BERNARD, La pesée des intérêts en droit public, ZSR 2024 II, 101–179, S. 151–156.

111 Vgl. denn auch Favre/RIBAUT (Fn. 76), S. 262–271, die nur Grundsätze (frz.: *principes*) namhaft machen, welche die Interessenabwägung anleiten; zum Unterschied zwischen Regeln und Prinzipien stilbildend RONALD DWORCKIN, The Model of Rules, University of Chicago Law Review 1967, 14–46, S. 23–29.

112 Konditionalprogramme legen im Sinn einer «Wenn/Dann-Beziehung» fest, welche (Rechts-)Folge ein bestimmter Sachverhalt nach sich ziehen soll. Konditional programmierte Rechtsnormen finden sich insbesondere im Strafrecht: Wer X tut, wird mit Y bestraft. Vgl. dazu NIKLAS LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1995, S. 83 f., 195–204.

ausfüllen lassen.¹¹³ Sollen diese administrativen Gestaltungsspielräume *prozedural* ausgeglichen werden, indem an die Erhebung des Sachverhalts, namentlich an die Identifikation und Würdigung sämtlicher relevanter Gesichtspunkte, oder an die erforderliche Begründungstiefe erhöhte Anforderungen gestellt werden,¹¹⁴ wird lediglich Komplexität mit *weiterer* Komplexität «kompensiert», wenn auch mit anders gearteter.

Hochgradig komplexe und umfassende Interessenabwägungen erhöhen aus der administrativen *Binnenperspektive* das Risiko von Verfahrensfehlern, die im Rechtsmittelverfahren zu rückweisenden Urteilen führen.¹¹⁵ Aus der *Beobachterperspektive* schaffen sie ein *Vermittlungsproblem*. In komplexen Entscheidungsverfahren liessen sich aufgrund der sie kennzeichnenden, eng am spezifischen Sachverhalt abwägenden Evaluation möglicher Lösungsansätze regelmässig *unterschiedliche* Ergebnisse zureichend begründen. Gleichzeitig lassen sich die konkreten, erheblich situativen Entscheidungen aus externer Perspektive oft nur mit erheblichem Aufwand nachvollziehen, einordnen und würdigen. Bundesgesetzliche Hierarchisierungen von Interessen (vgl. Art. 12 EnG oder Art. 9a Abs. 3 und 4 StromVG) lassen sich daher auch als Ausdruck eines Vermittlungsproblems deuten.¹¹⁶

3. Ideelle Organisationen als informelle Aufsichtsorgane und Blitzableiter: Diffusion und Vermeidung politischer Verantwortlichkeit

Von diesem Vermittlungsproblem sind Verwaltungsbehörden und Gerichte kaum betroffen. Judikate gewinnen besonders für Unbeteiligte nicht primär durch die Urteilsgründe, sondern durch das Verfahren Akzeptanz.¹¹⁷ Verwaltungsbehörden wiederum sind durch ihre Kompetenz, verbindlich zu entscheiden, und ihre Einbindung in politische Strukturen von Konsensbeschaffung weitgehend entlastet.¹¹⁸

113 In der Einschätzung zumindest ähnlich FAVRE/RIBAUT (Fn. 76), S. 262; BERNARD (Fn. 110), S. 164; GRIFFEL, Grundprinzipien (Fn. 110), S. 333 f.

114 Allgemein BGE 127 V 431 E. 2b/cc S. 435 (wonach die «Unbestimmtheit der anzuwendenden Norm (...) durch verfahrensrechtliche Garantien gewissermassen zu kompensieren» sei); spezifisch im umweltrechtlichen Kontext etwa BGE 147 II 164 E. 5.5 S. 183 f. (Grimsel), BGer 1C_368/2020 vom 21. Dezember 2022 E. 3.3.3 f. (Mormont), BGE 150 II 133 E. 5 S. 146–151 (Stockeri) und zur Begründungstiefe im Richtplanverfahren BGE 148 II 36 E. 2.5 S. 41 (Grenchenberg); für erhöhte Anforderungen an die Begründung in Abhängigkeit vom Entscheidungsspielraum der Behörde generell BGE 142 II 324 E. 3.6 S. 338 (Outlook-Agenda des ehem. Rüstungschefs) und BGE 129 I 232 E. 3.3 S. 239 (Einbürgerung); einlässlich BERNARD (Fn. 110), S. 172 m.w.Nw.; vgl. als Ausweis der langen Tradition dieses kompensatorischen Ansatzes WINFRIED BROHM, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), 245–318, S. 269 f., 298, 309 und ANDREAS VOSSKUHL, Das Kompensationsprinzip, Tübingen 1999, S. 44 f.; kritisch REICH, Verwaltungshandeln (Fn. 76), S. 351 f.

115 Vgl. z.B. BGE 147 II 164 E. 5.5 S. 184 (Grimsel) [und Art. 71b EnG; in Kraft 1. Oktober 2022–31. Dezember 2025; AS 2022 543]; BGer 1C_368/2020 vom 21. Dezember 2022 E. 3.3.3 f. (Mormont) und für die Verortung der Interessenabwägung in der Nutzungsplanung statt im Verfahren betreffend Errichtungs- und Betriebsbewilligung sodann BGE 150 II 133 E. 5 S. 146–151 (Stockeri).

116 Für weit weniger wohlwollende Deutungsangebote vergleichbarer Bestimmungen vgl. GRIFFEL, Frontalangriff (Fn. 23), S. 53 f.; MARTI, Energiewende (Fn. 31), S. 256 f.; zurückhaltender TRAJKOVA (Fn. 23), S. 259. – Kaum verhohlenen Misstrauen gegenüber der gerichtlichen Praxis der Interessenabwägung hinsichtlich Energieanlagen äussert die Botschaft zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 (...), BBl 2013 7561–7756, S. 7665.

117 NIKLAS LUHMANN, Legitimation durch Verfahren, Frankfurt am Main 1983, S. 122–128.

118 Vgl. NIKLAS LUHMANN, Die Grenzen der Verwaltung, Berlin 2021, S. 127 f.

Anders verhält es sich für die hinsichtlich der ideellen Verbandsbeschwerde beschwerdeberechtigten Organisationen. Allein aus dem Blickwinkel der bundesgerichtlichen Weichenstellung vom 17. Juni 1964 (Chavalon)¹¹⁹ betrachtet, nehmen diese ideellen Organisationen aggregierte *private* Interessen wahr.¹²⁰ Liegt der Fokus dagegen auf den Folgerungen, die der Bundesrat und in dessen Gefolge der Gesetzgeber aus dem Urteil gezogen haben,¹²¹ erscheint die bundesgerichtliche Formulierung, wonach die ideellen Organisationen einem «ihnen erteilten *Auftrag zur Wahrung der Umweltschutzinteressen*» nachkommen,¹²² einsichtig. Stellt man in Rechnung, dass die Behördenbeschwerde funktional zum Instrumentarium der Bundesaufsicht zählt,¹²³ führt die Substitution der Behördenbeschwerde durch die ideelle Verbandsbeschwerde¹²⁴ dazu, dass ideelle Organisationen faktisch in die ihnen rechtsnormativ nicht zuerkannte Rolle *informeller Organe der Bundesaufsicht* gedrängt werden.¹²⁵

Mit der Auslagerung der Durchsetzung der relevanten öffentlichen Interessen an einen privaten «Beauftragten» sind für Regierung und Verwaltung strategische *Vorteile* verbunden, die Erklärungsansätze für die beobachtete partielle Substitution der Behördenbeschwerde durch die ideelle Verbandsbeschwerde¹²⁶ liefern. Diese beschränken sich nicht darauf, dass der Bund ideellen Organisationen für die ihnen «übertragenen Geschäfte oder Dienste»¹²⁷ im Unterschied zu einem Auftraggeber weder «Auslagen» noch «Verwendungen» zu «ersetzen» hat,¹²⁸ obwohl die ideellen Organisationen nach der legislatischen Konzeption *öffentliche* Interessen wahrnehmen. Infolge der Funktion des Umweltrechts, negative externe Effekte zu internalisieren und Allmendgüter vor Übernutzung zu bewahren, können umweltrechtliche Entscheidungen für die Betroffenen *einschneidende wirtschaftliche Konsequenzen* zeitigen.¹²⁹ Deren negative Reaktionen und jene einer breiteren Öffentlichkeit richten sich voraussehbar auch oder vor allem gegen die betreffende ideelle Organisation, die aus der Perspektive des Adressaten der kritisierten Entscheidung in erster Linie in ihrer Stellung als *Gegenpartei* im Rechtsmittelverfahren, nicht als Vertreterin öffentlicher Interessen wahrgenommen werden dürfte. Demgegenüber kann die Fachbehörde des Bundes, die zur Erhebung der Behördenbeschwerde berechtigt ist, und über den Departementsvorsteher oder die Departementsvorsteherin in die politische Verantwortlichkeit eingebunden

119 BGE 90 I 184.

120 Vgl. dazu III/2/2.1–2.

121 Siehe dazu III/2/2.3.

122 BGE 118 Ib 206 E. 8c S. 216. – Kursivdruck hinzugefügt; deutlich in diesem Sinn auch STEPHAN WULLSCHLEGER, Das Beschwerderecht der ideellen Verbände und das Erfordernis der formellen Beschwer, ZBL 1993, 359–376, S. 366, 372, wonach «das Beschwerderecht der ideellen Organisationen ausschliesslich der Gewährleistung objektiv rechtmässigen Staatshandelns und damit der Sicherstellung der Anwendung des objektiv richtigen Rechts» diene und die Organisationen «in Erfüllung einer spezifischen staatlichen Funktion» handelten.

123 Dazu unter III/2/2.3/Haupttext zu Fn. 82.

124 Dazu unter III/2/2.3.

125 Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang die auf einer umsichtigen Aufarbeitung der parlamentarischen Debatte von 1982/83 zum USG beruhende Feststellung von WULLSCHLEGER (Fn. 122), S. 372, wonach ideelle Organisationen mit dem Beschwerderecht «eine staatliche Funktion» wahrnehmen würden.

126 Dazu unter III/2/2.3.

127 Art. 394 Abs. 1 OR (zum Begriff des Auftrags des Privatrechts).

128 Art. 402 Abs. 1 OR (zu den Verpflichtungen des Auftraggebers).

129 Näher zu diesen Asymmetrien unter VI/1.

ist,¹³⁰ dank der ideellen Verbandsbeschwerde gleichsam in Deckung verharren und sich dadurch Kritik wirksam entziehen.

Die Verlagerung der gerichtlichen Durchsetzung wesentlicher Aspekte des Umweltrechts in Verfahren, die durch ideelle Organisationen ausgelöst werden, lässt demnach Verantwortlichkeit *diffundieren* und eröffnet Verwaltungsbehörden die Möglichkeit, Kritik auf Dritte *umzuleiten*. In diesen Konstellationen von «*blame shifting*» und «*blame avoidance*» fungieren ideelle Organisationen in einem metaphorischen Sinn als *Blitzableiter*.¹³¹ Gleichzeitig werfen die Vorwirkungen der ideellen Verbandsbeschwerde, namentlich die beträchtlichen Anreize, in einem frühen Planungsstadium mit ideellen Organisationen in Verhandlungen einzutreten, legitimationstheoretische Fragen auf.¹³²

V. Ansätze einer Neuausrichtung: Verantwortlichkeit, Ganzheitlichkeit und Wettbewerb von Fachwissen

1. Verantwortlichkeit: Bundesaufsicht durch «autonome Polizeistreifen» und Stärkung des Beschwerderechts betroffener Privater

Legitimatorische Defizite, die eine solche Gemengelage erzeugt, werden hinsichtlich der ideellen Verbandsbeschwerde in der umweltrechtlichen Literatur nur am Rand erörtert.¹³³ Dafür dürfte die berechtigte Erwartung mitverantwortlich sein, dass Änderungen der bundesgesetzlichen Grundlagen der ideellen Verbandsbeschwerde zu einer Aushöhlung des Umweltrechts («*environmental backsliding*») führen würden.¹³⁴ Angesichts solcher Zusammenhänge hat die Diffusion und Vermeidung von Verantwortlichkeit auch *politische Konsequenzen*: die ideellen Organisationen fungieren auch im politischen Diskurs als Blitzableiter,¹³⁵ auch wenn diese Blitze eigentlich die Unterminierung umweltrechtlicher Schutzstandards zum Ziel haben.¹³⁶

Verfassungsrechtlich ist der *Bundesrat* jene Behörde, die vornehmlich «über die Einhaltung des Bundesrechts durch die Kantone (...) wacht» (Art. 49 Abs. 1 i.V.m. Art. 186 Abs. 4 BV). Der Bundesrat ist grundsätzlich befugt, Aufgaben der Bundesaufsicht an nachgeordnete Organe zu delegieren.¹³⁷ Durch Bundesgesetz können Verwaltungsaufgaben zudem Einheiten der *dezentralen Bundesverwaltung* übertragen werden (vgl. Art. 178 Abs. 3 BV). Daher liesse sich eine Bundesverwal-

130 Vgl. Art. 37 Abs. 1 RVOG: «Der Departementsvorsteher oder die Departementsvorsteherin führt das Departement und trägt dafür die politische Verantwortung.»

131 Vgl. aus der Literatur, die entsprechende Strategien theoretisch und analytisch aufarbeitet, statt anderer R. KENT WEAVER, *The Politics of Blame Avoidance*, *Journal of Public Policy* 1986, 371–398, S. 375; die Metapher des «Blitzableiters» (engl.: «*lightning rod*») ist RICHARD J. ELLIS, *Presidential Lightning Rods: The Politics of Blame Avoidance*, *Lawrence* 1994, S. 4, 8 f., 146–148 entlehnt.

132 Eingehender REICH, *Verwaltungshandeln* (Fn. 76), S. 361 f.

133 Vgl. z.B. THEO LORETAN, *Kommentar USG*, Art. 55, N. 3 (fehlende Entschädigung der ideellen Organisationen).

134 Vgl. dazu vorne unter I/4 und II/1.

135 Siehe in diesem Zusammenhang auch Abschnitt IV/3.

136 Sinngemäss auch GRIFFEL, *Frontalangriff* (Fn. 23), S. 54; MARTI, *Energiewende* (Fn. 31), S. 258.

137 GIOVANNI BIAGGINI, *BV Kommentar*, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 49 N. 21, Art. 186 N. 9.

tungsbehörde mit der Wahrnehmung des Rechts zur Erhebung der Behördenbeschwerde in umweltrechtlichen Belangen betrauen, die zumindest im Kernbereich ihrer sachlichen Zuständigkeit keinen Weisungs-, Kontroll- oder Selbsteintrittsrechten übergeordneter Einheiten unterliegt (vgl. dazu Art. 38 Satz 1 RVOG).¹³⁸ Diese organisationsrechtliche Ausgestaltung könnte eher gewährleisten, dass die Durchsetzung des Vorrangs des Umweltrechts des Bundes gegenüber den Kantonen mittels Behördenbeschwerde als Teil der Bundesaufsicht¹³⁹ allein rechtlichen und fachlichen Kriterien verpflichtet ist und gleichwohl verantwortlich ausgeübt wird. Hergestellt wird diese Verantwortlichkeit insbesondere durch die parlamentarische Oberaufsicht (Art. 169 BV) und die spezialgesetzlich geregelte Aufsicht des Bundesrates (vgl. Art. 178 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Art. 8 Abs. 4 RVOG). Eine solche Einheit der dezentralen Bundesverwaltung nähme ihre Aufgabe gemäss dem Modell einer um Autonomie ergänzten «*Polizeistreife*»¹⁴⁰ wahr. Zumindest in jenen Konstellationen, in welchen sich private und öffentliche Interessen überschneiden, ist es angezeigt, *Privaten* das Beschwerderecht zuzuerkennen.¹⁴¹ Wer auch eigene Interessen verfolgt, verfügt typischerweise über besondere Kenntnisse der tatsächlichen Verhältnisse und trägt dadurch zur Qualität der Rechtsdurchsetzung bei.¹⁴²

Diese Schärfung der Verantwortlichkeiten würde umgekehrt die bundesgesetzliche Funktion ideeller, zur Erhebung der Verbandsbeschwerde berechtigten Organisationen klarer umreissen. Ideelle Organisationen sind *berechtigt*, aber nicht verpflichtet, als *Private* jene öffentlichen Interessen in gerichtlichen Verfahren geltend zu machen, die infolge der bundesgerichtlichen Weichenstellung vom 17. Juni 1964 (Chavalon)¹⁴³ potenziell unzureichend geschützt sind.¹⁴⁴ «Staatliche» Aufgaben nehmen sie deswegen aber nicht wahr. Die Verwirklichung öffentlicher Interessen ist in einem freiheitlichen Verfassungsstaat keine ausschliesslich «staatliche» Funktion.

2. Zurechenbarkeit und Ganzheitlichkeit: räumlich erweiterte und bundesrechtlich verbindlich angeleitete Koordination und Interessenabwägung

Die als Konsequenz der Weichenstellung nach dem «Kampf um Rheinau» zum Problemlösungsansatz erhobene Koordinations- und Abwägungspflicht ist ihrem Anspruch nach zwar sachlich umfassend, doch sind ihr in *räumlicher* Hinsicht meist (kantonale) Grenzen gesetzt. Das gilt insbesondere für den ab 1954 dominanten und seit 2022 erneut aufgeflamten Konflikt zwischen der Produktion

138 Entsprechende Sicherungen der Autonomie lassen sich auf vielfältige Weise herstellen, etwa durch die Errichtung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit (vgl. z.B. Art. 5 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 Finanzmarktaufsichtsgesetz; SR 956.1) oder bundesgesetzlichen Garantien hinsichtlich der Selbständigkeit (vgl. z.B. Art. 1 Abs. 2 Finanzkontrollgesetz; SR 614.0), Unabhängigkeit (vgl. z.B. Art. 19 Abs. 1 Satz 1 Kartellgesetz; SR 251) und Weisungsfreiheit (z.B. Art. 56 Abs. 2 Satz 1 Fernmeldegesetz; SR 784.10), aber auch betreffend der Einschränkung von Nebentätigkeiten (z.B. Art. 96 Geldspielgesetz; SR 935.51).

139 Dazu unter III/2/2.3/Haupttext zu Fn. 82.

140 Zur metaphorischen Unterscheidung zwischen «*Polizeistreifen*» und «*Feueralarmen*» vgl. Abschnitt IV/1.

141 Vgl. dazu vorne unter III/2/2.2.

142 REICH, Verwaltungshandeln (Fn. 76), S. 344–346 m.w.Nw.

143 BGE 90 I 184.

144 Vgl. dazu unter III/2.

von und der Versorgung mit Elektrizität einerseits und dem Landschafts-, Gewässer- und Umweltschutz andererseits.¹⁴⁵ Die Festlegung der für die Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien geeigneten Gebiete und Gewässerstrecken im Richtplan ist Aufgabe der Kantone (vgl. Art. 6 Abs. 2 Bst. b^{bis} und Art. 8b RPG; Art. 10 Abs. 1 EnG). Der Bund ist auf eine unterstützende Rolle zurückgebunden (vgl. Art. 75 Abs. 2 BV; Art. 11 Abs. 1 EnG). Zum Zweck übergreifender Koordination ist der Bund daher auf *informelle Aushandlungsprozesse* zwischen den massgeblichen Interessengruppen angewiesen.¹⁴⁶

Die direkte Überführung der im vermeintlich herrschaftsfreien Diskurs der Interessengruppen erzielten Ergebnisse in bundesgesetzliche Vorschriften¹⁴⁷ ist mit verschiedenen bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben unvereinbar, insbesondere mit der Zuständigkeit der Kantone für die Raumplanung (Art. 75 Abs. 1 Satz 2 BV).¹⁴⁸ Einer solchen eigentümlichen *Vermengung von Informalität und Autoritarismus* vorzuziehen ist die Zuständigkeit des Bundes zur verbindlichen Planung jener Wasser-, Solar- und Windkraftanlagen, die eine bestimmte Leistungsschwelle überschreiten.¹⁴⁹ Diese räumliche Erweiterung der Koordinations- und Abwägungspflicht entspräche nicht nur dem umweltrechtlichen *Ganzheitlichkeitsprinzip*, sondern würde auch intransparente Informalität durch eine klare Zurechenbarkeit rechtlicher und politischer *Verantwortlichkeit* ersetzen.

3. Wettbewerb umweltrechtlich relevanter Expertise: institutionalisierte verwaltungsunabhängige Politikberatung

Die auf tatsächlich oder bloss vermeintlich naturwissenschaftlich gesicherte Wirkungszusammenhänge rekurrierende Genese des Forstpolizeigesetzes von 1876 unterstreicht die Bedeutung von Expertise für die umweltrechtliche Gesetzgebung und deren Vollzug.¹⁵⁰ Das Bundesamt für Umwelt (BAFU) ist denn auch als «*Fachbehörde für die Umwelt*» ausgestaltet.¹⁵¹ Aufbau und Aktualisierung von Fachwissen binden knappe personelle, sachliche und finanzielle Ressourcen. Im Unterschied zu Anbietern, die im Wettbewerb mit Dritten am Markt auftreten, besteht für eine Verwaltungsbehörde jedoch kein sinnvoller Massstab, der Hin-

145 Zu diesem Konflikt vorne unter III/3.1; zu dessen Verschärfung statt anderer ARNOLD MARTI, *Energiewende verstärkt Schutz-Ungleichgewicht im Natur- und Heimatschutz*, ZBl 2016, 457–458, S. 457; ANDREAS STÖCKLI, *Sonderregime für Anlagen zur Stromproduktion aus erneuerbaren Energien: Eine Zwischenwürdigung der dynamischen Rechtsentwicklung*, URp 2024, 335–337, S. 336 f.; vgl. mit anderer Akzentsetzung auch PETER HETTICH, *Rechtliche Massnahmen zur Verhinderung und Bewältigung einer Strom- und Gasmangellage*, ZBl 2022, 650–659, S. 658 f.

146 Zum «Runden Tisch Wasserkraft», an dem von August 2020 bis Dezember 2021 u.a. die Kantone, die Wasserwirtschaft und Umweltverbände beteiligt waren, vgl. *Botschaft zum Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien*, BBl 2021 1666, Ziff. 3.1.3.2.

147 Vgl. Art. 9a Abs. 3 i.V.m. Anhang 2 StromVG.

148 Zur fehlenden Vereinbarkeit mit Art. 78 Abs. 2 BV vgl. ALAIN GRIFFEL, *Energiewende versus Landschaftsschutz: zur Tragweite von Art. 78 Abs. 2 BV*, ZBl 2023, 113–114, S. 114.

149 In der Sache ebenso MARTI, *Energiewende* (Fn. 31), S. 252 (wonach sich «die Schaffung eines besonderen Bundeskonzepts und die Einführung konzentrierter kantonaler Plangenehmigungsverfahren» ohne Revision der Bundesverfassung verwirklichen lasse; Kursivdruck weggelassen) und GRIFFEL, *Frontalangriff* (Fn. 23), S. 55 (der eine Teilrevision der Bundesverfassung für notwendig hält).

150 Vgl. dazu vorne unter II/1/1.1 f.

151 Art. 12 Abs. 1 Organisationsverordnung für das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (OV-UVEK); SR 172.217.1. – Kursivdruck hinzugefügt.

weise liefern würde, in welchem Umfang und in welcher Qualität Fachwissen vorzuhalten ist.¹⁵² Einem «Wettbewerb des Fachwissens» zwischen den generalisierten rechtlichen Würdigungen von Lebenssachverhalten des BAFU einerseits und kantonalen Amtsstellen andererseits ist zumindest in jenen Bereichen des Umweltrechts ein Riegel vorgeschoben, die abschliessend bundesrechtlich geregelt sind: Die Verwaltungsverordnung des BAFU setzt sich aufgrund des Vorrangs des Bundesrechts gegenüber widersprechenden kantonalen Vollzugshilfen durch (vgl. Art. 49 Abs. 1 BV).¹⁵³

Angesichts dieser Interessenlage könnten die Anreize für die Generierung spezifischen Fachwissens innerhalb der Bundesverwaltung unzureichend sein.¹⁵⁴ Zudem ist die Politik latent versucht, umweltrechtliche Vorschriften zu beschliessen, die sich in Symbolik erschöpfen («Greenwashing»)¹⁵⁵. Aus diesen Gründen und angesichts der zentralen Funktion des BAFU bei der Vorbereitung umweltrechtlicher Politikprogramme,¹⁵⁶ erscheint es sinnvoll, zumindest in zentralen Bereichen der Umweltpolitik, insbesondere für den Klimaschutz, die Bewahrung und Förderung der Biodiversität und den qualitativen Gewässerschutz, *verwaltungsunabhängige Politikberatung* institutionalisiert zu organisieren. Organisationsrechtlich steht hierfür die Ausserparlamentarische Kommission in ihrer Ausgestaltung als Verwaltungskommission zur Verfügung (vgl. Art. 8a Abs. 1 und 2 RVOV). Fachliche Autorität und Reputation sind jedoch nicht von der gewählten Organisationsform, sondern von der personellen Zusammensetzung und dem Selbstverständnis dieser Behörden abhängig.

VI. Epilog: Umweltrecht als Einfallstor für performatives «Greenwashing»

1. Asymmetrien: politische Kosten wirkungsvollen Umweltrechts

Das Forstpolizeigesetz von 1876 steht stellvertretend für die Funktion des Umweltrechts, Allmendgüter zu bewahren,¹⁵⁷ während das Schwerölkraftwerk Chavalon die Anreize negativer externer Effekte veranschaulicht,¹⁵⁸ die Umweltrecht zu internalisieren sucht. Von solchen umweltrechtlichen Vorschriften sind die relevanten Akteure unterschiedlich intensiv tangiert. Die Betreibergesellschaft eines Schwerölkraftwerks ist durch die Internalisierung der von ihr verursachten externen Effekte *erheblich* und *unmittelbar* betroffen, während der Nutzen (z.B. positive gesundheitliche Auswirkungen der verbesserten Luftqualität) für jedes einzelne der von diesen Externalitäten betroffene Individuum regelmässig nur *marginal* ausfällt und sich zudem oft erst auf längere Frist deutlich manifestiert. Mit dem Vorbehalt der «wirtschaftlichen Tragbarkeit» (vgl. z.B. Art. 11

152 REICH, Verwaltungshandeln (Fn. 76), S. 327 f.

153 Sinngemäss zum qualitativen Gewässerschutz BGer 1C_390/2008 vom 15. Juni 2009 E. 2.3, 4.2 f. (Laufstall Pfäffikon); kritisch HANS W. STUTZ, Gelockerter Grundwasserschutz?, URP 2009, 673–685, S. 681 f.; einordnend REICH, Verwaltungshandeln (Fn. 76), S. 327 f.

154 Zur administrativen Wissensgenerierung als Anreizproblem vgl. REICH, Verwaltungshandeln (Fn. 76), S. 328–330 m.w.Nw.

155 Näher dazu weiter hinten unter VI/1 und 2.

156 Vgl. Art. 12 Abs. 3 Bst. a OV-UVEK (Fn. 151).

157 Vgl. vorne unter III/1/1.3.

158 Vgl. vorne unter III/2/2.1–2.

Abs. 2 USG)¹⁵⁹ berücksichtigt das Umweltrecht diese Asymmetrien – bezeichnen derweise zu Gunsten des *Verursachers*.

Analog verhält es sich mit Vorschriften, die auf die Verhinderung der Übernutzung von lokalen oder globalen Allmendgütern (Schutzwälder, globales Klima etc.)¹⁶⁰ gerichtet sind. Akteure, die solche Güter übermässig beanspruchen – z.B. Personen, die in Schutzwäldern Holz schlagen, Zementwerke, die hohe Kohlendioxid-(CO₂-)Emissionen verursachen, oder Vielflieger, die einen überdurchschnittlich grossen «CO₂-Abdruck» aufweisen, – sind von umweltrechtlichen Vorschriften, die solche Übernutzungen einzudämmen suchen (Rodungsverbot für Schutzwälder,¹⁶¹ CO₂-Abgabe¹⁶² u.a.m.), *sofort* und *erheblich* tangiert, während sich der Nutzen für Dritte wiederum individuell *marginal* ausnimmt.

2. Umweltrecht als Beruf und Berufung – oder: die Fähigkeit, «Dennoch!» ausrufen zu können

Die gleichen Asymmetrien, die Allmendgüter und negative externe Effekte charakterisieren, zeigen sich demnach auch in den Auswirkungen des auf sie anwendbaren Umweltrechts – wenn auch *spiegelbildlich*: Eine bestimmte, meist relativ kleine Zahl von Akteuren ist von diesen umweltrechtlichen Vorschriften unmittelbar und intensiv in wirtschaftlichen Interessen tangiert. Gruppen, die *klar definierte Interessen* vertreten, erweisen sich im politischen Entscheidungsverfahren nachweislich als erheblich mobilisierungs-, konflikt- und *durchsetzungsfähig*.¹⁶³ Umweltrecht, das wirksam sein will, muss daher mit Widerstand rechnen, hat also *politische Kosten* zu gewärtigen. Die hohe Priorität, die der Schutz der Umwelt in der Bevölkerung abstrakt geniesst,¹⁶⁴ ist daher kein Garant für die erfolgreiche Durchsetzung ökologischer Interessen in der Demokratie.

Deshalb bestehen für Mitglieder der Legislative erhebliche Anreize, zwecks Vermeidung politischer Kosten umweltrechtliche Vorschriften zu erlassen, die sich durch blosser *Performativität* auszeichnen,¹⁶⁵ sich also in ihren Deklamationen erschöpfen. Solches «Greenwashing»¹⁶⁶ durch gesetzliche Zielvorgaben ohne definierte Massnahmen zu deren Erreichung ist vor allem im Klimaschutzrecht verbreitet – eine Tendenz, welcher der Europäische Gerichtshof für Menschen-

159 Die umweltrechtliche Rechtsprechung und Lehre deuten den Vorbehalt rechtsdogmatisch überwiegend als Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips; vgl. BGE 140 II 33 E. 5.3 S. 40 (Möhlhlin); GRIFFEL/RAUSCH (Fn. 105), Art. 11 N. 13; eingehend GRIFFEL, Grundprinzipien (Fn. 110), S. 119–126, je m.w.Nw.

160 Vgl. eingehend REICH, Verfassung der globalen Allmende (Fn. 76), S. 195 f.

161 Vgl. vorne unter III/1/1.3 (Haupttext bei Fn. 65).

162 Art. 29–33 CO₂-Gesetz.

163 Klassisch MANCUR OLSON, *The Logic of Collective Action*, Cambridge MA 1971, S. 53–65.

164 Zu diesen Präferenzen vgl. vorne unter II/Haupttext zu Fn. 40.

165 EMMA LEES/OLE W. PEDERSEN, *Performative Environmental Law*, *Modern Law Review* 2025, 124–154, S. 124 f., 131–134.

166 ROBERT G. LEE/OLE W. PEDERSEN/ELEN STOKES, *Legislative Greenwashing*, *Journal of Environmental Law* 2025, 197–202, S. 199 f.

rechte durch seinen prozeduralisierenden Ansatz im «KlimaSeniorinnen-Urteil»¹⁶⁷ weiteren Vorschub geleistet haben dürfte.¹⁶⁸

Gegenüber einer verbreiteten Tendenz, sich an weitgehend symbolischen, in politischen Verfahren und vor allem vor Gerichten erzielten Erfolgen zu ergötzen, erscheint es wesentlich konsequenter, die mit der Setzung wirkungsvollen Umweltrechts *unausweichlich* verbundenen politischen Kosten zu antizipieren und dabei zu gewärtigen, dass nur jene «den Beruf» bzw. die Berufung zur «[Umwelt-]Politik» und zur Stärkung der Effektivität und Widerstandskraft des Umweltrechts haben, die selbst im Moment des Scheiterns «*dennoch!*» zu sagen» vermögen.¹⁶⁹

Résumé

En Suisse, le droit de l'environnement n'est pas le fruit d'un processus logique, mais le résultat de l'expérience. Certaines modifications de la Constitution, certains projets d'acte législatif et jugements ont apporté une pierre à l'édifice, dont on ne pouvait s'imaginer le résultat final dans un premier lieu. Aborder la genèse du droit de l'environnement d'après le modèle de la dépendance au chemin offre des pistes pour décrypter les phénomènes contemporains de la crise que traverse ce domaine et y apporter des solutions. Parmi ces phénomènes figurent l'exécution du droit de l'environnement décentralisée par des organisations à but non lucratif dans certains domaines essentiels et la grande complexité de la coordination et la pesée complètes des intérêts, que des observateurs ne comprendraient qu'à raison d'un effort considérable. Les organisations à but non lucratif se voient confier la fonction d'organes informels de surveillance fédérale et servent ainsi de paratonnerre politique, tandis que les autorités compétentes de la Confédération se déchargent précisément de la responsabilité de contrôler l'application du droit. Pour rompre avec cette situation, il faudrait concentrer le recours des autorités au sein d'une unité de l'administration fédérale autonome et renforcer le droit de recours des particuliers concernés. En ce qui concerne les projets de grande envergure, il est nécessaire que la Confédération dirige la coordination spatiale. Une législation environnementale efficace n'est pas sans coûts sur le plan politique. Par conséquent, il existe un risque que la politique n'adopte qu'une législation purement symbolique en matière d'environnement («greenwashing»), une raison supplémentaire pour institutionnaliser la consultation scientifique de la politique en matière d'environnement.

167 Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (Grosse Kammer), *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz und Andere gegen die Schweiz*, Nr. 53600/20, 9. April 2024.

168 JOHANNES REICH, Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Sachen Verein KlimaSeniorinnen Schweiz – ein Fanal «gerichtlichen Aktivismus?», *Juristische Blätter* 2026, Abschnitt. E (im Erscheinen).

169 In Adaption und Anlehnung an MAX WEBER, *Politik als Beruf* (1919), in: WOLFGANG J. MOMMSEN/WOLFGANG SCHLUCHTER (Hrsg.), *Max Weber Gesamtausgabe*, Band 17/1, Tübingen 1992, S. 252, wonach «den Beruf zur Politik» nur habe, wer «auch dem Scheitern aller Hoffnungen gewachsen» und sich sicher sei, «dennoch!» ausrufen zu können, «wenn die Welt, von seinem Standpunkt aus gesehen, zu dumm oder zu gemein ist für das, was er ihr bieten will (...)» – Kursivdruck im Haupttext hinzugefügt.

Riassunto

Il diritto ambientale svizzero non si è sviluppato in modo logico, ma sulla base dell'esperienza. Con il senno di poi, singole revisioni della Costituzione e sentenze nonché alcuni progetti legislativi si sono rivelati essere degli orientamenti fondamentali le cui implicazioni erano in un primo momento imprevedibili. L'analisi dell'evoluzione del diritto ambientale, eseguita sulla base del concetto di dipendenza dal percorso, fornisce delle spiegazioni e soluzioni in merito alle crisi odierne del diritto ambientale. Tra queste vi è il trasferimento dell'applicazione di ambiti essenziali del diritto ambientale ad associazioni ideali e l'elevata complessità del coordinamento globale e della ponderazione degli interessi. Per degli osservatori, quest'ultima è comprensibile solo con notevole sforzo. Alle associazioni ideali viene imposto il ruolo di parafulmine politico e la funzione di organi informali di vigilanza federale, mentre le autorità specializzate della Confederazione possono scaricare la responsabilità del controllo dell'applicazione del diritto ambientale. Questa situazione complessa e intricata potrebbe essere risolta concentrando i ricorsi delle autorità presso un'unità autonoma dell'amministrazione federale e rafforzando il diritto di ricorso dei privati interessati. Per i grandi progetti è necessario un coordinamento territoriale vincolante da parte della Confederazione. Un diritto ambientale efficace ha sempre dei costi politici. La politica corre quindi il rischio di approvare solo leggi ambientali simboliche («greenwashing»). Anche per questo motivo è opportuno istituzionalizzare una consulenza scientifica rivolta alla politica sulle tematiche ambientali.