

Umweltrecht

Bearbeitet von
Prof. Dr. Reiner Schmidt, Prof. Dr. Wolfgang Kahl, Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz

10. Auflage 2017. Buch. Rund 500 S. Kartoniert
ISBN 978 3 406 71463 4
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Umweltrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

BVerwG etwa die baden-württembergische *Naturschutzabgabe*⁴²⁷ von den verfassungsgerichtlichen Anforderungen an Sonderabgaben mit der Begründung ausgenommen, die Ausgleichsabgabe erfülle keine typische Lenkungs-, sondern eine Wiedergutmachungsfunktion; im Vordergrund stehe alleine die „Entschädigung“ für den erfolgten Eingriff in Natur und Landschaft, nicht aber eine Finanzierungsfunktion.⁴²⁸

b) Zertifikatehandel

Im weiteren Zusammenhang mit den abgabenrechtlichen Instrumenten ist auch der *Zertifikatehandel* zu erwähnen. Dieses Instrument, dessen nähere Ausgestaltung für einen Teilbereich im TEHG und in der jeweiligen Zuteilungsverordnung (aktuell: ZuV 2020)⁴²⁹ für eine Handelsperiode (aktuell: 2013-2020) geregelt ist, beruht ebenfalls auf dem Regelungsansatz, ein bislang kostenlos zur Nutzung oder Verschmutzung zur Verfügung stehendes Umweltgut Marktmechanismen zu unterwerfen, um die externen Kosten der Allgemeinheit zu internalisieren und hierdurch über den Hebel einer Einpreisung sichtbar zu machen. Insoweit ähnelt der Zertifikatehandel zwar den Umweltabgaben, verfeinert deren holzschnittartige Wirkungsweise aber durch ein besonderes Marktelement, das zusätzliche Anreize zur Entwicklung umweltfreundlicher Technik bzw. umweltfreundlichen Verhaltens setzen soll: Für die Nutzung eines Umweltgutes bedarf es hiernach eines (idR mengenbezogenen) Zertifikats, wodurch es zu einer künstlichen Marktverknappung kommt.⁴³⁰ Stehen Zertifikate für eine avisierte Umweltbelastung nicht oder nicht in genügendem Umfang zur Verfügung, müssen diese zugekauft werden. Zugleich werden Zertifikate für handelbar erklärt, so dass derjenige, der (zB auf Grund technologischer Verbesserung) seine Zertifikatmenge nicht benötigt, diese gewinnbringend (zB rationalitätssteigernd im Rahmen einer Versteigerung⁴³¹) veräußern kann. Hierdurch entsteht ein Markt. Das Regelungskonzept ist prinzipiell auf sämtliche mengenmäßig erfassbaren Umweltbelastungen anwendbar, sofern sich diese mit vertretbarem Aufwand messen lassen.⁴³²

c) Umweltsubventionen

Der Staat kann ökologische Lenkungsziele auch dadurch verfolgen, dass er umweltpolitisch erwünschtes Verhalten durch Sach- oder Geldmittel direkt subventioniert (*Leistungssubvention*⁴³³). Grundsätzlich ist nach etablierter – obgleich nicht unbestrittener Auffassung – für die Gewährung umweltbezogener Beihilfen keine spezi-

⁴²⁷ Die Naturschutzabgabe ist auf Grundlage des § 19 IV BNatSchG aF (jetzt: § 15 VI BNatSchG) eingeführt worden, der die Länder zur Einführung einer Ersatzzahlung für unvermeidbare Eingriffe in Natur und Landschaft ermächtigt, die nicht ausgeglichen oder ersetzt werden können, aber – als Ergebnis einer Abwägung – dennoch zuzulassen sind; näher dazu § 10 Rn. 68 ff.

⁴²⁸ So BVerwGE 74, 308 (309 ff.); 81, 220 (225 f.).

⁴²⁹ Zuteilungsverordnung 2020 v. 26.9.2011 (BGBl. I 1921).

⁴³⁰ Näher zum Mechanismus sowie seinen Vor- und Nachteilen Gärditz, in: Kirchhof/Korte/Magen (Hrsg.), *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2014, § 6 Rn. 3, 47 ff.; Kloepfer, FS Peine, 2016, S. 145 ff.

⁴³¹ S. Verordnung (EU) Nr. 1031/2010 der Kommission v. 12.11.2010 über den zeitlichen und administrativen Ablauf sowie sonstige Aspekte der Versteigerung von Treibhausgasemissionszertifikaten gemäß der Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft (ABIEU L 302 S. 1); Funke/Ertl, N & R 2011, 2 ff.; Gärditz (o. Fn. 430), § 6 Rn. 47 ff.; Koenig, in: Löwer (Hrsg.), *Vielfalt des Energierechts*, 2009, S. 71 (75 ff.).

⁴³² S. zum Klimaschutzpolitischen Instrument des *Emissionszertifikatehandels* ausf. § 6 Rn. 26 ff.

⁴³³ Hierzu und zum Unterschied zur sog. Verschonungssubvention insb. im Steuerrecht Maurer (o. Fn. 293), § 17 Rn. 4.

fische Ermächtigung erforderlich, sofern die Förderung nicht (verdeckt) mit mittelbaren Eingriffen in spezifische Grundrechte Dritter verbunden ist. Nach herkömmlicher Auffassung ist eine Subvention rechtmäßig, wenn

- sie sich auf einen hinreichenden haushaltsrechtlichen Titel stützen lässt, der die Verwaltung spezifisch zu entsprechenden Ausgaben ermächtigt, und
- Förderrichtlinien, die ggf. als Verwaltungsvorschrift zu erlassen sind, die Kriterien der Förderung festlegen und insoweit eine gleichmäßige sowie kontrollierbare – mithin mit Art. 3 I GG in Einklang stehende – Förderpraxis sicherstellen.⁴³⁴

Inhaltlich ist eine Subvention zulässig, wenn hinreichend gewichtige vernünftige – insb. umweltpolitische – Sachgründe eine Besserstellung der geförderten Personen gegenüber anderen rechtfertigen.⁴³⁵ Ist der umweltpolitische Nutzen plausibel dargelegt, spricht prima facie bereits Art. 20a GG für die Zulässigkeit einer (einfachen, ohne substanzielle Eingriffe in die Rechte Dritter einhergehenden) Förderung ökologisch erwünschten Verhaltens. Gerade auf kommunaler Ebene können insoweit Subventionen Handlungsspielräume für eine aktive lokale Umweltpolitik eröffnen.⁴³⁶

Allerdings sind auch in diesem Rahmen die allgemeinen Grenzen zu beachten, die das *EU-Wettbewerbsrecht* unternehmensbezogenen Beihilfen setzt (Art. 107 f. AEUV).⁴³⁷ Verletzungen des Beihilfeverbots (Art. 107 I AEUV) bzw. der Notifizierungspflicht und des Durchführungverbots (Art. 108 III 1, 3 AEUV) führen zur Rechtswidrigkeit des Bescheides und grundsätzlich zur Rücknahme nach § 48 VwVfG.⁴³⁸ Beihilfen zu Zwecken des Umweltschutzes lassen sich ggf. durch eine Ausnahme nach Art. 107 III AEUV rechtfertigen.⁴³⁹

Die konkrete Subventionsentscheidung im Einzelfall (der Rechtsgrund der Subventionierung) ist immer öffentlich-rechtlich (Verwaltungsakt nach § 35 VwVfG oder öffentlich-rechtlicher Vertrag nach § 54 VwVfG), wohingegen die Abwicklung auch privatrechtlich ausgestaltet sein kann (zB Darlehensvertrag).⁴⁴⁰

d) Umweltschutz im Rahmen öffentlicher Auftragsvergabe

- 115 Besondere praktische Bedeutung erlangt hat auch die Berücksichtigung umweltbezogener Belange im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe, deren Verfahren und materielle Standards eingehend in den §§ 97 ff. GWB⁴⁴¹ und (untergesetzlich) VgV⁴⁴² bzw. KonzVgV⁴⁴³ geregelt sind.⁴⁴⁴ Öffentliche Aufträge (§ 103 GWB) und Konzessions-

⁴³⁴ BVerwGE 90, 112 (126); *Maurer* (o. Fn. 293), § 6 Rn. 19 ff.; krit. aber *Kämmerer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 3. Aufl. 2007, § 124 Rn. 32; *Unger*, in: Schmidt/Wollenschläger (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2016, § 8 Rn. 8, die mit beachtlichen Gründen einen Grundrechtseingriff in Art. 12 GG annehmen, der dem Vorbehalt des Gesetzes unterfalle.

⁴³⁵ BVerfGE 137, 305 (371).

⁴³⁶ Allg. zum Recht der Kommunalsubventionen *Lange*, Kommunalrecht, 2013, Kap. 14 Rn. 263 ff.

⁴³⁷ Dazu weiterführend *Unger* (o. Fn. 434), § 8 Rn. 11 ff.

⁴³⁸ Weiterführend *Maurer* (o. Fn. 293), § 17 Rn. 38a ff.

⁴³⁹ *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 107 Rn. 67 f.; vgl. auch *Europäische Kommission*, Ein Rahmen für die Klima- und Energiepolitik im Zeitraum 2020–2030, KOM(2014) 15 endg.

⁴⁴⁰ Vgl. *Maurer* (o. Fn. 293), § 17 Rn. 11 ff. (mit Kritik an der sog. Zwei-Stufen-Theorie Rn. 14 ff.).

⁴⁴¹ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen idF v. 26.6.2013 (BGBl. I 1750, 3245), zgd G. v. 29.3.2017 (BGBl. I 626).

⁴⁴² Vergabeverordnung v. 12.4.2016 (BGBl. I 624).

⁴⁴³ Konzessionsvergabeverordnung v. 12.4.2016 (BGBl. I 624, 683).

⁴⁴⁴ Zu den teils parallel erlassenen Landesvergabegesetzen, die seit mehreren Jahren für die Landes- und Kommunalverwaltung beim Vollzug von Bundesgesetzen (Art. 84 GG) und

sionen (§ 105 GWB) werden von öffentlichen Auftraggebern (§ 98 ff. GWB) nach § 97 I 1 GWB im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben, die im Einzelnen in den §§ 119 ff. GWB (einschließlich spezifischen Rechtsschutzes) geregelt sind. Dabei werden nach § 97 I 2 GWB die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit gewahrt. Die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren sind nach § 97 II GWB gleich zu behandeln (*Diskriminierungsverbot*). Bei der Vergabe werden Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und *umweltbezogene* Aspekte berücksichtigt (§ 97 III GWB). Bei öffentlichen Aufträgen wird eine Leistung (z. B. eine Dienstleistung, ein Bauauftrag, eine Warenbeschaffung) gegen Entgelt von der öffentlichen Hand „eingekauft“. Konzessionen sind nach § 105 I GWB hingegen Verträge, bei denen einem Auftragnehmer ein Recht zur Leistungserbringung (z. B. Altpapiersammlung) übertragen wird, die Erlöse aber aus Vereinbarungen mit Dritten gezogen werden;⁴⁴⁵ die §§ 148 ff. GWB sehen für diese ein besonderes Vergabeverfahren vor, für das teils abweichende Regelungen gelten.

Das geltende Vergaberecht sieht eine differenzierte Prüfungskaskade vor,⁴⁴⁶ die einerseits der öffentlichen Hand eine effektive und wirtschaftliche Beschaffung ermöglichen, andererseits aber auch Diskriminierungen (insb. aus politischen Gründen, sprich: Protektionismus) verhindern soll. Hierbei unterscheidet das GWB unionsrechtskonform strikt zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien:⁴⁴⁷

Öffentliche Aufträge werden an *fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen* vergeben, die nicht rechtmäßig ausgeschlossen worden sind (§ 122 I GWB). Ein Unternehmen ist geeignet, wenn es die durch den öffentlichen Auftraggeber im Einzelnen zur ordnungsgemäßen Ausführung des öffentlichen Auftrags festgelegten Kriterien (*Eignungskriterien*) erfüllt, insbes. die technische und berufliche Leistungsfähigkeit (§ 122 II Nr. 3 GWB). Öffentliche Auftraggeber können unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn das Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nachweislich gegen geltende umweltrechtliche Verpflichtungen verstoßen hat (§ 124 I Nr. 1 GWB).

Der *Zuschlag* wird nach § 127 I 1 GWB auf das *wirtschaftlichste Angebot* erteilt (für Konzessionen entsprechend § 152 GWB). Dies bedeutet nicht zwangsläufig eine Zuschlagserteilung auf den billigsten Angebotspreis. Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich vielmehr gem. § 127 I 3 GWB nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Zu dessen Ermittlung können neben dem Preis oder den Kosten nach § 127 I 4 GWB ausdrücklich auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden. Insoweit können umweltbezogene Aspekte zum Gegenstand der Leistungsbeschreibung gemacht und als primäres Vergabeziel in den Bieterwettbewerb einbezogen werden, wenn der Beschaffungsgegenstand erst hierdurch definiert wird (etwa Umweltstandards eines zu errichtenden Gebäudes, einzuhaltende Standards der Abfallentsorgung). Daneben können – im Einklang mit der Rechtsprechung des *EuGH*⁴⁴⁸ – aber

beim Vollzug von Landesgesetzen zum Teil sehr intensive Anforderungen zur Verfolgung auch ökologischer Zwecke statuieren, s. im Überblick *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 7 Rn. 17 ff. (dort auch zu kompetenzrechtlichen Bedenken: § 6 Rn. 31, § 7 Rn. 22 f.).

⁴⁴⁵ Vgl. speziell zu Konzessionen im Umweltrecht *Wollenschläger*, EurUP 2016, 380 ff. Die umweltrechtlich besonders relevanten Wasserkonzessionen fallen allerdings nach § 149 Nr. 9 GWB aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts; zu deren (unionsrechtskonformer) Behandlung eingehend *Schröder*, NVwZ 2017, 504 ff.; s. auch *Lotzke/Dierkes*, RdE 2017, 165 ff.

⁴⁴⁶ Hierzu *Burgi* (o. Fn. 444), § 4 Rn. 21 ff.; *Diederichsen/Renner*, in: Schmidt/Vollmöller (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2016, § 7 Rn. 15 ff.

⁴⁴⁷ *Diederichsen/Renner* (o. Fn. 446), § 7 Rn. 122.

⁴⁴⁸ Vgl. *EuGH*, Rs. C-513/99 (Concordia Bus Finland), Slg. 2002, I-7213 Rn. 69; Rs. C-448/01 (Wienstrom), Slg. 2003, I-14527 Rn. 30 ff.: Umweltbezogene Kriterien müssen mit dem Auftrag zusammenhängen, dürfen dem Auftraggeber keine beliebige Handlungsfreiheit eröffnen und sind in der Ausschreibung transparent zu machen. Hierzu auch *Diederichsen/*

iRd § 127 I 4 GWB auch auftragsbezogene ökologische Standards (zB Herkunfts- oder Verwendungsnachweise) vorgegeben werden, die nicht notwendig sind, den Auftrag funktionsgerecht zu erfüllen, die aber legitimen und transparent gemachten ökologischen Sekundärzielen dienen (sog. „vergabefremde Aspekte“; zB die Verwendung von Holz aus nachhaltigem Anbau im Rahmen eines Bauauftrags).⁴⁴⁹ Insgesamt ist hierbei jeweils das Verhältnismäßigkeitsgebot zu beachten;⁴⁵⁰ namentlich dürfen überzogene Umwelanforderungen nicht missbraucht werden, verdeckt und mittelbar Wettbewerber zu diskriminieren (zB durch ökologisch nicht zwingend gebotene Festlegung auf einen Produktionsstandard, den nur ein spezielles Unternehmen erfüllt). Vorschriften für die Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Leistungen und von Straßenfahrzeugen in den §§ 67 f. VgV enthalten umweltspezifische Spezialregelungen.⁴⁵¹

Insgesamt ermöglicht das geltende Vergaberecht, dass die öffentliche Hand die gewaltige Gestaltungsmacht öffentlicher Nachfrage mit Haushaltsmitteln auch ökologisch sensibel einsetzt, die Wirtschaftlichkeit des Beschaffungsgebarens also als Hebel gemeinwohlverträglicher Steuerung genutzt wird.

5. Informale Instrumente

- 116 In der (umweltrechtlichen) Praxis handelt der Staat häufig informal. Wenn die öffentliche Hand auf ihre hoheitlich-imperativen Instrumente verzichtet und eine konsensual-dialogische Lösung mit den Betroffenen anstrebt, zeigt sich darin der Wandel vom Ordnungsstaat zum *kooperativen* und *informalen* Staat. Das Kooperationsprinzip (Rn. 33 ff.) findet hier seine weitestgehende Verwirklichung. Informales Handeln verspricht eine größere Effizienz und Flexibilität, Kosten- und Zeitersparnis, eine verbesserte Akzeptanz und damit einhergehend weniger Rechtsstreitigkeiten. Zugleich trennt diese Vorteile aber nur ein schmaler Grat von signifikanten Nachteilen: Gemeinwohlinteressen und Umweltstandards stehen in Gefahr, je nach der Verhandlungsposition des Gegenübers wegverhandelt zu werden, konkurrierende Interessen außenstehender Dritter drohen unberücksichtigt zu bleiben. Ein Mangel an Transparenz und gerichtlicher Kontrolle sowie eine Ungleichheit der Rechtsanwendung werden beklagt,⁴⁵² ferner die Unsicherheit der Befolgung (Ausweichverhalten der Bürger)⁴⁵³ und folglich nicht ein – an sich erhoffter – Abbau, sondern – im Gegenteil – eine Verstärkung von Vollzugsdefiziten im Umweltrecht.

Informales Handeln findet in Gestalt rechtlich nicht geregelter Kontakte, Absprachen, Arrangements, Vorabstimmungen und gemeinsamer Aktionen zwischen Verwaltung und Bürger statt;⁴⁵⁴ auch staatliche Listungen, Empfehlungen, Warnungen,

Renner (o. Fn. 446), § 7 Rn. 124; Huber/Wollenschläger, WiVerw 2005, 212 ff.; Rosenkötter, NVwZ 2012, 867 (874).

⁴⁴⁹ Fundamentalistisch hiergegen Dreher, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2/2, 5. Aufl. 2014, § 97 Rn. 235 ff.: Instrumentalisierung zu politischen Zwecken, Benachteiligung kleinerer Unternehmen, Belastung der Haushalte durch zusätzliche Kosten, Wettbewerbsverfälschung.

⁴⁵⁰ Hierzu Burgi (o. Fn. 444), § 6 Rn. 26, § 7 Rn. 16.

⁴⁵¹ Vertiefend Kloepfer, EurUP 2015, 214 ff.; Dageförde, Umweltschutz im öffentlichen Vergabeverfahren, 2012; Burgi (o. Fn. 444), § 7 Rn. 15; § 16 Rn. 37, § 17 Rn. 17 ff.

⁴⁵² Vgl. etwa Schmidt-Aßmann (o. Fn. 140), S. 348 ff.; ferner Bauer, VerwArch 1987, 241 ff.; Henneke, NuR 1991, 267 ff.; Oster, NuR 2008, 845 ff.; Sparwasser/Engel/Voßkuhle, § 2 Rn. 196 ff.

⁴⁵³ Zu dieser Gefahr Kirchhof, ZRP 2015, 136 (137).

⁴⁵⁴ Frühzeitig bereits erkannt von Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 10. Aufl. 1973, S. 73 f.

Appelle und Umweltberatung zählen dazu⁴⁵⁵ sowie nicht zuletzt normvollziehende sowie normvorbereitende und -ersetzende Absprachen.⁴⁵⁶

Normvollziehende Absprachen betreffen die Anwendung bestehender Rechtsnormen, etwa die Frage, wie das Umweltschutzziel einer Norm auch ohne den Erlass einer hoheitlichen Verfügung (die auf ihrer Grundlage ergehen könnte) oder den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages erreicht werden kann. Vor allem aber sind sie im Vorfeld eines Verwaltungsverfahrens anzutreffen. Insb. bei komplexen Genehmigungsverfahren bietet sich schon vor Stellung eines förmlichen Antrags eine frühzeitige Kontaktaufnahme mit den zuständigen Behörden an, um etwa einzureichende Unterlagen, relevante Sachfragen oder einzuhaltende Pflichten informell abzuklären. Aus Sicht der Genehmigungsbehörde kann es sinnvoll sein, den Entwurf eines Bescheides vorab zuzuleiten, um das Rechtsmittelrisiko abzuschätzen. In § 2 II der 9. BImSchV, § 5 UVPG oder auch § 71c II (L)VwVfG ist dieser sog. *Scoping*-Prozess mittlerweile auch gesetzlich anerkannt worden. 117

Normvorbereitende Absprachen wurden zuletzt insb. in der deutschen Energiepolitik praktiziert; hinzuweisen ist auf den sog. „paktierten Atomausstieg“ v. 14.6.2000 zwischen der Bundesregierung und Energieversorgungsunternehmen. Im Schrifttum wird hierin ein Anwendungsfall „kooperativer Rechtserzeugung“ bzw. „*Collaborative Governance*“ gesehen.⁴⁵⁷

Normvertretende (bzw. normersetzende oder normvermeidende) Absprachen setzen hingegen schon im Vorfeld des Normerlasses mit dem Ziel an, diesen zu verhindern. Gemeint sind Selbstverpflichtungen der Wirtschaft, etwa der Automobilindustrie zur Senkung des Kraftstoffverbrauchs bzw. der CO₂-Emissionen oder im Chemikalien- und Entsorgungsbereich.⁴⁵⁸ Im Gegenzug verzichtet die öffentliche Hand, regelmäßig die Regierung oder das Parlament, auf eine entsprechende gesetzliche Regelung. Solche informellen Absprachen können zwar der praktischen Problembewältigung dienen, aber zugleich auch die demokratische Öffentlichkeit des parlamentarischen Verfahrens sowie die Allgemeinheit des Gesetzes als Instrument der Freiheits- und Gleichheitssicherung⁴⁵⁹ aushebeln.⁴⁶⁰ Ein von der Regierung geschlossener Vertrag über konkrete Inhalte der Gesetzgebung kann schon im Hinblick auf die funktionale Gewaltengliederung (Art. 20 II 2 GG) den parlamentarischen Gesetzgeber nicht binden. Wer sich auf eine solche Absprache verlässt, ist auch in seinem Vertrauen grundsätzlich nicht geschützt, wenn dann der Gesetzgeber – zumal mit anderen Mehrheiten nach einer Wahl – doch handelt und sich von den Abreden der Regierung löst. DIE FACHBUCHHANDLUNG

Neuerdings vermehrt in die Diskussion geraten sind als (vermeintlich) goldener Mittelweg zwischen Ordnungsrecht und Laissez-faire (sog. „libertärer Paternalismus“) diverse Formen des „Schubsens“ (*Nudging*) von Bürgern (Konsumenten), die durch unbewusste oder halb bewusste Anreize in Richtung auf ein umweltschutzfreundliches Verbraucherverhalten gelenkt werden sollen (zB grüne Fußabdrücke auf dem Gehweg, die zum nächsten Mülleimer führen; Informationen über den eigenen Energieverbrauch und den der Nachbarn, die zu einem „Wettbewerb“ um 118

⁴⁵⁵ S. Bohne, in: HdUR I, Sp. 1046 ff.; Schröder, NVwZ 1998, 1011 ff.

⁴⁵⁶ Vgl. hierzu und zum Folgenden Schmidt-Aßmann (o. Fn. 140), S. 352 ff.; Kloepfer, UmweltschutzR, § 4 Rn. 95.

⁴⁵⁷ S. Bauer, ZfE 2010, 237 ff.; Köpp, Normvermeidende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, 2001, S. 45 ff.; Schuppert, Governance und Rechtsetzung, 2011, S. 60 ff.; allg. auch Hansjürgens/Köck/Kneer (Hrsg.), Kooperative Umweltpolitik, 2003. Speziell mit Blick auf den „paktierten Atomausstieg“ Kabl/Bews, JURA 2014, 1004 (1007 ff.); Schorkopf, NVwZ 2000, 1111 ff.; Böhm, NuR 1999, 661 ff.; Köck, NuR 2001, 1 ff.

⁴⁵⁸ Vgl. Anderl, Gesetzgebung und kooperatives Regierungshandeln, 2006, S. 56 ff.; Dempfle, Normvertretende Absprachen, 1994, S. 3 ff.; Schuppert (o. Fn. 457), S. 65 ff.; SRU, Gutachten 1998, BT-Drs. 13/10195, Tz. 266 ff.

⁴⁵⁹ Hierzu prononciert Kirchhof, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009.

⁴⁶⁰ Krit. daher Becker, Kooperative und konsensuale Strukturen der Normsetzung, 2005, S. 261 ff.; Gärditz (o. Fn. 397), S. 76; Kloepfer, ZG 2010, 346 ff.; Kloepfer/Bruch, JZ 2012, 377 (383 f.).

das Energiesparen stimulieren sollen).⁴⁶¹ Das „Nudging“ wirft eine Reihe von bislang nicht abschließend geklärten Rechtsfragen auf, nicht zuletzt mit Blick auf die – gerade in der Summation mit anderen informalen oder formalen Instrumenten – nicht zu unterschätzende Beeinträchtigung (auch negativer) individueller Freiheit.⁴⁶² Umso dringlicher stellt sich die Frage nach den rechtsstaatlichen Grenzen des informalen Verwaltungshandelns.

- 119 Informales Handeln erfolgt nicht im rechtsfreien Raum. Die Grundrechtsbindung (Art. 1 III GG) und der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit (Art. 20 III GG) enden nicht mit dem Verzicht der öffentlichen Hand, förmlich zu handeln. Insb. bleibt die Verwaltung an den Gesetzesvorrang, die Kompetenzordnung, das Verhältnismäßigkeitsprinzip, den Gleichheitssatz und das Neutralitätsgebot gebunden. Verpflichtende Vereinbarungen zulasten Dritter sind im konsensualen Verfahren ausgeschlossen.⁴⁶³ Im Übrigen ließe sich ein Mindestmaß an Transparenz, ohne dass hierdurch der Charakter des Informalen verloren ginge, durch die Verpflichtung erreichen, getroffene Absprachen zu veröffentlichen.⁴⁶⁴ Ferner sollte das informale Verwalten nach Möglichkeit auf einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers beruhen, die zunächst im Parlament diskutiert und sodann im Bundesgesetzblatt verkündet wird.⁴⁶⁵

6. Umwelthaftung

a) Öffentliches und privates Umweltrecht

- 120 Vor Inkrafttreten des Grundgesetzes und der modernen Umweltgesetze lag die gerichtliche Durchsetzung umweltschutzrechtlicher Belange – von ersten Anklagen eines öffentlichen Umweltrechts im Gewerberecht abgesehen⁴⁶⁶ – schwerpunktmäßig im Zivilrecht.⁴⁶⁷ Mit der Ausformung subjektiver öffentlicher Rechte wird diese Aufgabe nunmehr zum größten Teil durch die öffentlich-rechtliche Nachbarlage wahrgenommen. Dieses Nebeneinander von privatem und öffentlichem Umweltrecht hat zu einem zweigleisigen, sich überschneidenden und überlagernden Rechtsschutz geführt, der die Gefahr divergierender Entscheidungen mit sich bringt. Öffentlich-rechtliche Planungsentscheidungen drohen durch privatrechtliche Abwehransprüche konterkariert zu werden, denn zunächst einmal stehen das private und das öffentliche Umweltrecht gleichberechtigt nebeneinander.⁴⁶⁸ Insoweit besteht

⁴⁶¹ Deren verstärkten Einsatz erwägen *Bundesregierung*, Koalitionsvertrag 2013, S. 105; Kabinettsbeschluss v. 4.6.2014, S. 6; *Wirtschafts- und Sozialausschuss der EU*, Stellungnahme, ABl. 2011 C 318, S. 155. Im Schrifttum grundlegend *Thaler/Sunstein*, Nudge. Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 4. Aufl. 2014, insb. S. 14 ff., 251 ff., 331 ff.; weiterführend zuletzt *Kemmerer/Möllers/Steinbeis/Wagner* (Hrsg.), *Choice Architecture in Democracies, Exploring the Legitimacy of Nudging*, 2016. Vgl. auch für den Lebensmittelbereich *Kabl*, ZLR 2017, 147 ff.

⁴⁶² Vgl. *Holle*, ZLR 2016, 596 ff.; *Kirchhof*, ZRP 2015, 136 ff.; *Smeddinck*, ZRP 2014, 245 ff.

⁴⁶³ So auch *Maurer* (o. Fn. 293), § 15 Rn. 21; *Oster*, NuR 2008, 845 (848); *Schoch*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR III, 3. Aufl. 2005, § 37 Rn. 128 ff. S. auch BVerfGE 104, 249 (266), zur Bindung informalen Handelns an die Kompetenzordnung.

⁴⁶⁴ Vgl. *Schmidt-Aßmann* (o. Fn. 140), S. 354.

⁴⁶⁵ *Schoch* (o. Fn. 463), Rn. 114 ff., 127 ff.; *Kirchhof*, Verw. 46 (2013), 361 (366 ff.); *ders.*, ZRP 2015, 136 (137).

⁴⁶⁶ Vgl. bereits den – dem heutigen § 4 I BImSchG ähnlichen – § 26 der Preußischen Gewerbeordnung v. 1845.

⁴⁶⁷ Regelmäßig war hierbei der Kausalitätsnachweis zwischen der Verletzungshandlung und der (umweltrelevanten) Rechtsgutsverletzung problematisch, vgl. *Cosack/Enders*, DVBl 2008, 405.

⁴⁶⁸ *Dolderer*, DVBl 1998, 19 (21 ff.).

zwischen öffentlichem und privatem Umweltrecht ein gewisses *Spannungsverhältnis*. Inzwischen sind das öffentliche und das private Umweltrecht freilich weitgehend harmonisiert worden, was die Spannungen deutlich abgemildert, wenn auch nicht völlig beseitigt hat. Vielfach stehen beide Rechtsgebiete sogar im Verhältnis von wechselseitigen Auffangordnungen zueinander (*Ergänzungsverhältnis*).⁴⁶⁹

b) Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs

aa) Unterlassungsansprüche

Der wichtigste zivilrechtliche Abwehranspruch findet sich in § 1004 I BGB. Er gewährt dem Eigentümer einen verschuldensunabhängigen Beseitigungs- (S. 1) und Unterlassungsanspruch (S. 2) gegen eine Beeinträchtigung seines Eigentums jedweder Art – auch durch schädliche Umwelteinwirkungen.⁴⁷⁰ Inhaltlich gleichartige Ansprüche hat ein Besitzer gegen eine Störung seines Besitzes durch verbotene Eigenmacht (§§ 862 I, 858 BGB). Schließlich erstreckt der sog. quasi-negatorische Rechtsschutz den Unterlassungsanspruch auch auf drohende widerrechtliche Eingriffe in ein sonstiges, durch §§ 823 ff. BGB geschütztes Rechtsgut, insb. Leben und Gesundheit.⁴⁷¹ Allen Unterlassungsansprüchen ist gemein, dass sie ausgeschlossen sind, wenn der Rechtsgutsträger zur Duldung verpflichtet ist. Eben diese Duldungspflicht konkretisiert § 906 I BGB für die Zuführung unwägbarer Stoffe aller Art (sog. Imponderabilien), etwa auch für Immissionen iSd BImSchG.⁴⁷² So hat der Eigentümer eines Grundstücks solche Einwirkungen zu dulden, die sein Grundstück nur unwesentlich beeinträchtigen (S. 1). Eine unwesentliche Beeinträchtigung liegt *in der Regel* vor, wenn die in Gesetzen oder Rechtsverordnungen (wie beispielsweise den verschiedenen BImSchV) enthaltenen Grenz- oder Richtwerte eingehalten werden (S. 2). Gleiches gilt für die Grenzwerte in Verwaltungsvorschriften wie der TA Lärm oder TA Luft, die auf Grundlage des § 48 BImSchG erlassen worden sind und den Stand der Technik wiedergeben (S. 3).

§ 906 I 2, 3 BGB kommt somit die Funktion einer *Brücken-* bzw. *Scharniernorm* zwischen öffentlichem und privatem Umweltschutzrecht zu. Zwar wird der Richter einer zivilrechtlichen Nachbarstreitigkeit nicht absolut an öffentlich-rechtliche Grenzwerte gebunden, doch indiziert ihre Einhaltung eine nur unwesentliche und damit unbeachtliche Beeinträchtigung wie umgekehrt ihre Überschreitung für eine wesentliche Einwirkung spricht. Diese Indizwirkung kann durch die Umstände des Einzelfalls (in beide Richtungen) erschüttert werden, jedoch muss der Richter ein Abweichen vom gesetzlichen Regelfall begründen.⁴⁷³ Mittelbar führt die Regelvermutung des § 906 I BGB so zu einer Harmonisierung und einem relativen Vorrang des öffentlichen vor dem privaten Umweltschutzrecht.⁴⁷⁴ § 906 II BGB enthält schließlich eine

⁴⁶⁹ Grundlegend hierzu die Beiträge in *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996.

⁴⁷⁰ Entgegen dem Wortlaut von § 1004 I 2 BGB („weitere Beeinträchtigungen“) genügt eine erstmals drohende, ernsthafte Beeinträchtigung, vgl. BGHZ 2, 394; *Baldus*, in: *MüKoBGB*, Bd. 6, 6. Aufl. 2013, § 1004 Rn. 289.

⁴⁷¹ Zu diesem quasi-negatorischen Unterlassungsanspruch auf Grundlage einer Gesamtanalogie zu den §§ 1004, 862, 12 BGB schon RGZ 60, 6 (7 f.); 61, 366 (369); 116, 151 (153 ff.), hierzu *Wagner*, in: *MüKoBGB*, Bd. 5, 6. Aufl. 2013, Vor § 823 Rn. 35.

⁴⁷² Zum Immissionsbegriff s. § 7 Rn. 55 ff. Zum Sonderproblem sog. „Klimaschäden“ s. *LG Essen NVwZ* 2017, 734; krit. *Frank*, *NVwZ* 2017, 664 ff.

⁴⁷³ So kann einerseits eine wesentliche Beeinträchtigung nach den Umständen des Einzelfalls trotz Einhaltung der Grenzwerte vorliegen, andererseits aber auch eine Beeinträchtigung trotz Überschreitens der einschlägigen Grenzwerte unwesentlich sein, vgl. BGHZ 111, 63 (66 ff.); 148, 261 (264 f.); *BGH NVwZ* 2004, 1019 (1021). *Petersen*, *Duldungspflicht und Umweltschutz*, 1996, S. 77, spricht zutreffend von einer „limitierten Verwaltungsakzessorietät“.

⁴⁷⁴ Vgl. *Calliess*, *Verw.* 34 (2001), 169 (188); *Kloepfer*, *UmwR*, § 6 Rn. 24 ff. Zum Ganzen auch *Appel/Bulla*, *DVB* 2008, 1277 (1282 f.).

gesteigerte Duldungspflicht gegenüber wesentlichen, aber *ortsüblichen Beeinträchtigungen*, soweit notwendige Schutzmaßnahmen dem Störer wirtschaftlich nicht zumutbar sind (S. 1).⁴⁷⁵ In diesem Fall hat der zur Duldung Verpflichtete aber einen Anspruch auf angemessenen Ausgleich in Geld (S. 2).⁴⁷⁶

bb) Schadensersatzansprüche

- 122 Bei Beeinträchtigung eines der in § 823 I BGB geschützten Rechtsgüter kann neben dem eben erwähnten quasi-negatorischen Unterlassungsanspruch auch *Schadensersatz in Geld* beansprucht werden. Eine weitere Anspruchsgrundlage enthält § 823 II BGB im Falle der (schuldhaften) Verletzung eines Schutzgesetzes. Als *Schutzgesetz* kommt jede Rechtsnorm in Frage (Art. 2 EGBGB), die zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts zu schützen. Entscheidend hierfür ist neben der Intention des Gesetzgebers insb. der Sinn und Zweck des Gesetzes. Es genügt, dass die Norm auch das Interesse des Einzelnen schützen soll, mag sie auch in erster Linie das Interesse der Allgemeinheit im Auge haben.⁴⁷⁷

In diesem Sinne drittschützend sind etwa die §§ 5, 22 BImSchG⁴⁷⁸ oder §§ 13 I, 14 III WHG,⁴⁷⁹ soweit sie konkrete Verhaltenspflichten mit nachbarschützendem Bezug enthalten bzw. dem Betroffenen eine materielle Rechtsstellung einräumen. Auch ein Verwaltungsakt ist unter diesen Voraussetzungen ein Schutzgesetz (im materiellen Sinne), beispielsweise eine Baugenehmigung, die mit einer Lärmschutzaufgabe zugunsten der Nachbarschaft versehen wird.⁴⁸⁰ *Keine* Schutzgesetze sind demgegenüber technische Standards, die wie die TA Luft oder TA Lärm durch Sachverständigengremien unter Beteiligung der Wirtschaft erarbeitet werden (vgl. § 48 BImSchG) oder Regelwerke von Verbänden (zB DIN/EN-, CEN-, ISO- und andere Normen).⁴⁸¹

- 123 Wenngleich diese Schadensersatzansprüche primär der Befriedigung und Genugtuung des geschädigten Rechtsgutsträgers dienen, wohnt ihnen auch eine nicht zu vernachlässigende *Präventionsfunktion* inne (zum Vorsorgeprinzip s. Rn. 20 ff.). Das Verhalten des potentiellen Schädigers wird durch die im Schadensfalle drohende Kostenbelastung ökonomisch gesteuert. Er erhält einen Anreiz, sich so zu verhalten, dass der Schadensfall, hier also eine Gefährdung von Leben und Gesundheit Dritter, nicht eintritt.⁴⁸²

In der Praxis sieht sich der Geschädigte bei der Geltendmachung zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche freilich regelmäßig erheblichen *Beweisschwierigkeiten* ausgesetzt, da er für sämtliche Anspruchsvoraussetzungen die Beweislast trägt. Insb. der Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität und des Verschuldens ist – zumal bei Summations- und Distanzschäden – oft kaum zu erbringen.⁴⁸³ Wie das Beispiel

⁴⁷⁵ Zur Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Ortsüblichkeit sind die Benutzung des störenden (nicht des betroffenen) Grundstücks mit der Benutzung anderer, das Gebiet prägender Grundstücke der Umgebung zu vergleichen (sog. Geprägetheorie), vgl. BGHZ 15, 146; 30, 273; 54, 384 (389); 117, 110 (113).

⁴⁷⁶ Vgl. zum Verhältnis von § 906 II 2 BGB und § 22 II WHG aF (§ 89 II WHG nF) BGH NVwZ 2000, 110.

⁴⁷⁷ BGH NJW 1992, 241 (242); NJW 2004, 356 (357); NJW 2004, 1949.

⁴⁷⁸ Vgl. BGH DVBl 1997, 424 f.

⁴⁷⁹ BGH NJW 1977, 1770 (1774); BayObLGE 80, 168.

⁴⁸⁰ BGHZ 121, 1.

⁴⁸¹ S. BGHZ 139, 16.

⁴⁸² Vgl. Wagner (o. Fn. 471), Vor § 823 Rn. 40 f., 45 ff. Ferner Marton, AcP 162 (1963), 1 (45 ff.); Wagner, AcP 206 (2006), 352 (363 f.).

⁴⁸³ Michalski, JURA 1995, 617.