



Umweltschutz zwischen Ordnungsrecht und Anreizpolitik

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung	1
2. Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung im Umweltrecht	2
a) Allgemeines	2
b) Anreizinstrumente im weiteren Sinne	4
aa) Verhältnis Staat – Umweltbelaster	5
bb) Verhältnis Staat – Umweltbelaster – Betroffener	7
cc) Bewertung	8
c) Anreizinstrumente im engeren Sinne	9
aa) Positive ökonomische Anreizinstrumente	10
bb) Negative ökonomische Anreizinstrumente	11
cc) Zertifikatmodell	13
3. Anreizbasiertes Umweltrecht und Verfassung	14
a) Gesetzesvorbehalt	14
b) Umweltabsprachen und paktierende Gesetzgebung	15
c) Fragen im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie	16
4. Ausblick und Schluss	18

1. Einleitung

Ist – wie *Carl Schmitt* formulierte – ein Befehl wirklich das Beste in der Welt?¹ Der moderne Staat setzt immer weniger auf imperative und immer stärker auf influenzierende Maßnahmen.

Etwa 15 Jahre nach der Begründung des modernen Umweltrechts in der Bundesrepublik Deutschland im Jahr 1971² begann in der Rechtswissenschaft die Diskussion über die Frage, ob die – seinem polizeirechtlichen Ursprung geschuldete – rein ordnungsrechtliche Konzeption des Umweltrechts im Hinblick auf die **effektive Durchsetzung des Umweltschutzes** noch ausreiche.³ Zuvor waren zudem schon aus den Wirtschaftswissenschaften Forderungen nach einer stärkeren Implementierung ökonomischer Instrumente in das Umweltrecht laut geworden.⁴

Kaum fünf Jahre später unterstrich der Professorenentwurf zu einem **Umweltgesetzbuch** – Allgemeiner Teil (UGB-ProfE-AT)⁵ in seinem § 6 Abs. 3 den Vorrang nicht-imperativer Maßnahmen gegenüber klassischen Eingriffsregelungen unter der Voraussetzung gleich umweltschützender Wirkung. § 87 UGB-ProfE-AT betonte ebenfalls den Vorrang flexibler Instrumente. Der in § 6 Abs. 3 UGB-ProfE zum Ausdruck kommende Vorrang indirekter Steuerungsmittel findet sich abgeschwächt auch in § 7 Abs. 2 des im Jahr 1998 im Auftrag des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit erarbeiteten UGB-Entwurfs (UGB-KomE).⁶ Auch in den weiteren Entwürfen zum UGB⁷ sind die Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung verstärkt berücksichtigt worden.

Wie es sich auch in den unterschiedlichen bisher freilich erfolglosen UGB-Entwürfen widerspiegelt, ist die Diskussion um die Anreizpolitik im Umweltrecht seitdem nicht mehr zum Erliegen gekommen. Die Schaffung und der Ausbau etlicher ökonomischer Instrumente,

¹ Vgl. *Schmitt*, Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951, 1991, S. 274.

² S. dazu *Kloepfer*, Umweltrecht, 3. Aufl. 2004, § 2 Rn. 76 ff.; *ders.*, Umweltschutzrecht, 2. Aufl. 2011, § 1 Rn. 5 ff.

³ *Ritter*, NVwZ 1987, 929 (930, 936).

⁴ *Lübbe-Wolff*, NVwZ 2001, 481 (482) unter Hinweis auf *Bonus* in: Gutzler (Hrsg.), Umweltpolitik und Wettbewerb, 1981, S. 103 ff.

⁵ *Kloepfer/Rehbinder/Schmidt-Aßmann/Kunig*, Umweltgesetzbuch – Allgemeiner Teil –, Berichte 7/90 des Umweltbundesamtes, Berlin 1990.

⁶ Sowohl der UGB-ProfE als auch der UGB-KomE enthalten zudem spezielle Regelungen über indirekte Steuerungsinstrumente wie Umweltafgaben, Umweltsubventionen, Umweltinformation und Umwelthaftung (vgl. Kapitel sechs bis acht UGB-ProfE-AT und Kapitel sechs und sieben UGB-KomE).

⁷ S. dazu *Kloepfer*, Umweltschutzrecht, 2. Aufl. 2011, § 1 Rn. 50 ff.

die der Gesetzgeber zwischenzeitlich vorgenommen hat – man denke an die zahlreichen Umweltabgaben und Umweltsubventionen oder an das Emissionshandelssystem –, wird nach wie vor insbesondere von einer intensiven Debatte über die Effizienz und Wirksamkeit und – rechtlich – über die Verfassungsmäßigkeit, vor allem über die Vereinbarkeit mit tragenden Prinzipien der Staatsorganisation des Grundgesetzes, begleitet⁸. Gleichzeitig hat sich aber ersichtlich weitgehend Einigkeit darüber eingestellt, dass es heute wie auch in Zukunft weder ein rein ordnungsrechtliches noch ein rein marktbasiertes Umweltrecht geben kann⁹. Erklärtes Ziel ist übereinstimmend die **Erreichung einer bestmöglichen, vor allem effizienten Mischung zwischen ordnungsrechtlichen und nicht-imperativen Instrumenten**. Meinungsunterschiede bestehen darüber, wie diese bestmögliche Mischung zusammengesetzt sein soll.

Diese eher politisch-ökonomische Debatte soll hier nicht geführt werden. Vielmehr sollen rechtliche Fragen im Vordergrund stehen. Daher wird dieser Beitrag sich zunächst auf eine Vorstellung der möglichen Instrumente eines anreizbasierten Umweltrechts konzentrieren (dazu unter 1.), sich sodann der Diskussion um verfassungsrechtliche Bedenken zuwenden (dazu unter 2.) und schließlich versuchen, einen Ausblick auf die weitere Entwicklung der nicht-imperativen Instrumente zu geben (dazu unter 3.). Für ein Eingehen auf das zivilrechtliche Umwelthaftungsrecht bleibt nur höchst fragmentarisch, für ein solches auf das Umweltstrafrecht in seiner Präventivwirkung bleibt hier gar kein Raum.

2. Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung im Umweltrecht

a) Allgemeines

Das „klassische“ Ordnungsrecht – es soll hier dahingestellt bleiben, inwieweit es als solches heute noch in Erscheinung tritt¹⁰ – zeichnet sich insbesondere durch gebietende und verbietende Verwaltungsakte aus. Denen stehen Instrumente je nach Sichtweise gegenüber oder zur Seite, die anstelle von Befehlen vorrangig auf **Verhaltensmotivation durch Anreize** gerichtet sind.¹¹ Umweltrelevantes Verhalten soll dadurch in eine dem staatlichen

⁸ Kloepfer, ZAU 1996, 56 ff.; ders., *Umweltschutzrecht*, 2. Aufl. 2011, § 4 Rn. 59 ff.; ders./Bruch, JZ 2011, 377 ff.; Di Fabio, NVwZ 1995, 1 ff.; Lübke-Wolff, NVwZ 2001, 481 (v. a. 493 m. w. N. in Fn. 100); Volkmann, JuS 2001, 521 ff.

⁹ Kloepfer, *Umweltrecht*, 3. Aufl. 2004, § 5 Rn 175; Lübke-Wolff, NVwZ 2005, 481 (482 f.); Volkmann, JuS 2001, 521 (528); Wagner, NVwZ 1995, 1046 (1047, 1052).

¹⁰ Lübke-Wolff, NVwZ 2001, 481 (482 f.), wehrt sich vehement gegen die Verzerrung der Wahrnehmung vom Ordnungsrecht als einem „Negativmodell-Ordnungsrecht“.

¹¹ Kloepfer, ZAU 1996, 59 (56); s.a. ders., *Umweltschutzrecht*, 2. Aufl. 2011, § 4 Rn. 59.

Willen entsprechende Richtung gelenkt werden, dass der Bürger ohne Auferlegung zwangsbewehrter Pflichten unter Ausnutzung vorwiegend wirtschaftlicher Interessen zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen motiviert wird. Diese ergebnisoffenere Struktur schränkt zugleich die Rechtsverbindlichkeit als staatliche Verhaltenslenkung im Sinne von Zielfixierung ein. An die Stelle der klaren, aber bisweilen harten Alternative „geboten/verboden“ tritt also die konturenschwache, weichere Verhaltenssteuerung „**erwünscht/unerwünscht**“.¹²

Das Für und Wider einer Umorientierung der staatlichen Umweltpolitik und des aus ihr fließenden Umweltrechts hin zu mehr Anreizpolitik lässt sich, abgesehen von den verfassungsrechtlichen Fragen, wie folgt zusammenfassen¹³: rein oder doch ganz überwiegend ordnungsrechtlich geprägte Umweltpolitik schenkt ökonomischer und ökologischer Effizienz nicht immer die gebotene Aufmerksamkeit mit der Folge gelegentlicher Disproportionalität von Aufwand und Erfolg. Die **Vorteile** der Anreizpolitik sind beträchtlich. Der Einsatz indirekt wirkender Instrumenten unter Vermeidung unnötigen Zwanges wendet sich an die wirtschaftliche Vernunft des Bürgers und soll damit die „Normbefolgungsbereitschaft“¹⁴ steigern. Indirekte Instrumente sind weniger anfällig für die Vollzugsdefizite, die im Ordnungsrecht auftreten. Sie werden auch nicht mit dem Problem einer auf gesetzliche Grenzen beschränkten Effektivität konfrontiert, lassen eine Vielzahl unterschiedlicher Maßnahmen zu und nehmen die individuelle Kostenstruktur des Verursachers genauer in den Blick. Sie bieten die Perspektive einer höheren Wirkung mit der gleichen oder gar einer besseren Gesamtkostenbilanz.

All dies darf nicht blind machen für die **Nachteile** indirekt wirkender Instrumente. Die praktische Umsetzung von Anreizinstrumenten gestaltet sich mitunter durchaus schwierig; bei handelbaren Umweltnutzungsrechten ergeben sich beispielsweise Probleme hinsichtlich der Konzentration von Emissionen in einem eng begrenzten Raum bis zu einem gesundheitsschädlichen Maß (sog. *hot-spot*-Problem).¹⁵ Zudem wird bei der Kosten-Nutzen-Analyse häufig übersehen, dass neben den Kosten beim Verursacher auch Überwachungskosten auf staatlicher Seite entstehen, die zum Teil beträchtliche

¹² Kloepfer, Umweltrecht, 3. Aufl. 2004, § 5 Rn. 166 ff.; s.a. Franzius, Die Herausbildung der Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2000, passim.

¹³ S. dazu Kloepfer, Umweltrecht, 3. Aufl. 2004, § 5 Rn. 171 ff.; Wagner, NVwZ 1995, 1046 (1050); differenzierend Lübke-Wolff, NVwZ 2001, 481 (481).

¹⁴ Kloepfer, ZAU 1996, 56 (57).

¹⁵ Lübke-Wolff, NVwZ 2001, 481 (487).

Größenordnungen annehmen und damit die Wirtschaftlichkeitsanalyse von Instrumenten indirekter Steuerung erheblich beeinflussen können. Prägende Begriffe für die gegen Anreizinstrumente vorgebrachten Bedenken sind Langwierigkeit, Wirkungsunsicherheit und Wirkungsunvollständigkeit. Oft sind bei Anreizinstrumenten lediglich Prognosen über die wahrscheinliche Reaktion der Normadressaten möglich (Lenkungsunschärfe).¹⁶

Wegen ihrer Unfähigkeit, Umweltbelastern absolute Grenzen zu setzen – es ist bei Anreizinstrumente stets unsicher, ob sich der Normadressat für die vom Staat erwünschte Verhaltensweise entscheidet –, ist die **Verwendungsmöglichkeit indirekter (inflenzierender) Instrumente begrenzt**. Bei drängenden und besonders schwerwiegenden Gefahren für die Umwelt scheiden solche indirekten Instrumente (als alleinige Mittel) folglich von vornherein aus.¹⁷ Das Umweltschutzminimum muss weiterhin mit den administrativen Mitteln der direkten Verhaltenssteuerung gesichert werden; indirekte Steuerungen können allerdings flankierend (im Instrumentenverbund) zu einer Umweltschutzoptimierung eingesetzt werden.¹⁸

Anreizbasierte Umweltschutzzinstrumente sollen im folgenden unter ökonomischen Gesichtspunkten in Anreizinstrumente im weiteren Sinne und im engeren Sinne unterteilt werden¹⁹. **Anreizinstrumente im weiteren Sinne** sind solche, die in erster Linie einen politisch-moralischen Impuls bei denjenigen erzeugen, die zu umweltschonenderem Verhalten motiviert werden sollen, aus dem sich dann wirtschaftliche Anreize ergeben können. Unter **Anreizinstrumenten im engeren Sinne** sind diejenigen zu verstehen, aus denen sich im Falle der Herstellung von Verhaltensübereinstimmung mit dem staatlichen Lenkungsziel unmittelbar wirtschaftliche Folgen ergeben. Innerhalb dieser Gruppe können positive und negative Anreizinstrumente unterschieden werden.

b) Anreizinstrumente im weiteren Sinne

Indirekte ökonomische Anreize ergeben sich insbesondere aus dem so genannten **informellen Verwaltungshandeln**.

¹⁶ Klopfer, Umweltrecht, 3. Aufl. 2004, § 5 Rn. 174.

¹⁷ Meßerschmidt, Umweltabgaben als Rechtsproblem, 1986, S. 83 ff.

¹⁸ Klopfer, Umweltschutzrecht, 2. Aufl. 2011, § 4 Rn. 61.

¹⁹ Ein anderes Ordnungssystem verwendet Lübbe-Wolff, NVwZ 2001, 481 (485 ff.), die in ökonomische, reflexive und konsensuale sowie schließlich Instrumente zweiter Ordnung einteilt; Volkmann, JuS 2001, 521 (522 ff.), lässt sich in der Kategorienbildung nicht vom Anreizbegriff, sondern von der – wohl subjektiv unterlegten – Intensität und Effektivität der Instrumente leiten; ohne erkennbares Ordnungssystem Wagner,

aa) Verhältnis Staat – Umweltbelaster

Informelles Verwaltungshandeln kann zum einen **im bipolaren Verhältnis** zwischen dem Staat und dem Bürger, der zu umweltschonenderem Verhalten bewegt werden soll, stattfinden. Zu unterscheiden sind hier einseitige Maßnahmen sowohl des Staates als auch Privater einerseits sowie konsensuale Maßnahmen andererseits.

Einseitige Maßnahmen sind in Erörterungen und Beratungen, aber auch Duldungen seitens der Behörden zu sehen. Als Folge von Beratungen zwischen dem Staat und (umweltbelastenden) Bürgern bzw. Unternehmern, kann es zu (einseitigen) „freiwilligen“ Selbstverpflichtungserklärungen kommen, durch die sich Umweltbelaster zu einem bestimmten umweltschonenden Verhalten verpflichten (z.B. Selbstverpflichtung der Automobilindustrie zur Entwicklung eines Drei-Liter-Autos [1995], Selbstverpflichtung der emittierenden Industrie zur Reduktion der CO₂-Emissionen [1995, 1996, 2000]).

Neben diese einseitigen Maßnahmen können auch Absprachen zwischen der öffentlichen Verwaltung und Privaten unterschiedlichen Verdichtungsgrades bis hin zu einvernehmlichem Verwaltungshandeln, bei dem also Einvernehmen zwischen Staat und Bürger über ein Verwaltungshandeln besteht, treten. Diese **konsensualen Maßnahmen** stehen auf einer Vorstufe zur vertraglichen Gestaltung von Rechtsbeziehungen, denn ihr Zustandekommen ist nicht rechtlich normiert, und auch ihr Inhalt entbehrt rechtlich verbindlicher Verhaltensanforderungen.²⁰ Damit sind informelle Absprachen der Prototyp moralisch und politisch wirkender Anreizinstrumente.²¹ Dabei ist aber in den Blick zu nehmen, dass Absprachen doch regelmäßig die Drohung mit dem Ordnungsrecht bzw. wie im Falle des Atomkonsenses von 2000 mit einer ordnungsrechtlichen Gesetzgebung vorangeht. Dies zeigt besonders plastisch, dass das Ordnungsrecht für den Umweltschutz unverzichtbar bleibt. Umweltabsprachen illustrieren aber auch ein weiteres: Formale und informale Vorgehensweisen des Staates sind häufig untrennbar miteinander verknüpft. Dies zeigt sich etwa an dem praktisch relevanten Fall eines weitgehend ausgehandelten Verwaltungsaktes.

NVwZ 1995, 1046 ff.. Über die unter dem Begriff „Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung“ zusammengefassten Steuerungsmittel besteht im Ergebnis jedoch grundsätzlich Einigkeit.

²⁰ Vgl. in Bezug auf paktierte Gesetzgebung: *Kloepfer/Bruch*, JZ 2011, 377 (380 f.); *Michael*, Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat, 2002, S. 44 f.

²¹ S. zur faktischen Bindungswirkung auch *Kloepfer/Bruch*, JZ 2011, 377 (380 f.); *Michael*, Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat, 2002, S. 44 f.

Regulative Absprachen zwischen dem Staat und Akteuren der Wirtschaft, also solche Vereinbarungen, welche eine bestimmte Gesetzgebung des Staates zum Gegenstand haben, können normprägende oder normkonservierende, aber vor allem auch auch normabwendende Wirkung haben.²² „Erfolgreich“ hinsichtlich der Abwendung schärferer Regelungen waren insoweit die Vereinbarungen zur Verringerung von asbesthaltigen Baustoffen und zur Produktion von umweltfreundlichen Lacken. Als Vorlage für die Kritiker von Absprachen dienten hingegen diejenigen mit der Verpackungs- und Getränkeindustrie sowie dem Getränkehandel, deren Hauptanliegen – die Verhinderung eines weiteren Zuwachses beim Marktanteil von Einweg- zulasten von Mehrwegverpackungen – nicht erreicht wurde. Wichtige Beispiele für regulative Absprachen sind darüber hinaus die Atomkonsense aus den Jahren 2000²³ – dieser hatte die zwischen der Bundesregierung *Schröder/Fischer* und den Energieversorgungsunternehmen „vereinbarten“ Atomausstieg zum Gegenstand – und 2010²⁴, in dem die Bundesregierung *Merkel/Westerwelle* mit den Energieversorgungsunternehmen die Verlängerung der Laufzeiten der deutschen Kernkraftwerke vereinbarte. „Erfolgreich“ war letztlich nur der Atomkonsens I. Der Atomkonsens II ist durch die Rücknahme der Laufzeitverlängerung von 2010 und die Festschreibung konkreter Abschaltzeiten durch die 13. Atomgesetznovelle²⁵ obsolet geworden.

Das Problem des paktierenden Vorgehens leitet über zu den aus dem Abfallrecht bekannten so genannten **Zielfestlegungen**. Nach der Regelung des § 25 KrW-/AbfG trifft die Bundesregierung, nachdem sie die beteiligten Kreise angehört hat, zunächst Zielfestlegungen, die binnen angemessener Zeit zu erreichende Ziele definieren. Diese Zielfestlegungen²⁶ sind selbst weder Verordnungen noch Vereinbarungen mit Beteiligten.

Zu den Anreizinstrumenten im weiteren Sinne ist auch die **Mediation** zu rechnen. Mediationsverfahren nehmen im Umweltrecht wie auch insgesamt in der Rechtsordnung eine immer wichtiger werdende Stellung ein.²⁷ Im Mittelpunkt der Mediation steht dabei die Lösung eines Interessenkonflikts unter Einschaltung eines neutralen Dritten (Mediator), der

²² Kloepfer/Bruch, JZ 2011, 377 (381).

²³ S. dazu Kloepfer, Umweltrecht, 3. Aufl. 2004, § 15 Rn. 42 ff.

²⁴ S. dazu Kloepfer/Bruch, JZ 2011, 378 ff.; Waldhoff/v. Aswege, Kernenergie als „goldene Brücke“?, 2010.

²⁵ S. dazu Bruch/Greve, DÖV 2011, 794 ff.; Kloepfer, DVBl. 2011, 1437 ff.; ders., UPR 2012, 41 ff.

²⁶ S. dazu Kloepfer, Umweltschutzrecht, 2. Aufl. 2011, § 4 Rn. 107 f. sowie ders./Elsner, DVBl. 1996, 964 ff.

²⁷ vgl. etwa Wagner/Engelhardt, NVwZ 2001, 470 ff.; Bercher/Engel, JZ 2010, 226 ff.; Nistler, JuS 2010, 685 ff.

in einem Diskursprozess versucht eine einvernehmliche Lösung zwischen den Beteiligten herbeizuführen.²⁸

bb) Verhältnis Staat – Umweltbelaster – Betroffener

Der Staat nutzt Informationen zunehmend als Lenkungsmittel (**Informationsinterventionismus**). Erst die Zusammenschau vielfältiger und detaillierter Informationen als Entscheidungsgrundlage hat in vielen Fällen die notwendige Transparenz für einen effektiven Umweltschutz geschaffen.²⁹ Zur umweltbezogenen **staatlichen Informationstätigkeit** gehören Umweltberichte, Umweltberatung und Umweltaufklärung. Bedeutsam in der Zeit zunehmender Medienmacht sind die Maßnahmen informellen Verwaltungshandelns, die in dem tripolaren Verhältnis von Staat, Betroffenen und Öffentlichkeit anzusiedeln sind, sprich **Warnungen und Empfehlungen**, deren nicht zu unterschätzende Wirkung Anlass einer Vielzahl von Äußerungen in Literatur und Rechtsprechung war.³⁰

Erfreulicher für die Betroffenen stellen sich gegenüber Warnungen behördliche Empfehlungen dar, die häufig in Verbindung mit Zertifizierungsverfahren stehen. Derartigen Empfehlungen, die meist in Form von **Prüfsiegeln** abgegeben werden, wird ein Persuasionseffekt beim Konsumenten zugunsten des ausgezeichneten Produkts – z. B. beim „blauen Umweltengel“ – bzw. im Falle der Zertifizierung nach der europarechtlichen **Öko-Audit-Verordnung**³¹ zugunsten des ausgezeichneten Produktionsstandortes zugeschrieben. Zugleich wird das Öko-Audit-System auch als „dritter Weg“ zwischen direkter und indirekter Steuerung aufgefasst, indem in seinem Rahmen neben der „Belohnung“ mit dem Zertifikat –

²⁸ Ramsauer, in: Koch, Umweltrecht, 3. Aufl. 2010, § 3 Rn. 113.

²⁹ Vgl. Schrader, in: Schlacke/Schrader/Bunge (Hrsg.), Informationsrechte, Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz im Umweltrecht – Aarhus-Handbuch, 2010, § 1 Rn. 3.

³⁰ Aus dem Bereich des Umweltschutzes Ossenbühl, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, 1986; krit. dazu Storm, NVwZ 1987, 965 ff.; allgemein zu staatlichen Warnungen BVerfGE, 105, 252 ff. – Glykol; 105, 279 ff. – Osho; sowie Murswiek, DVBl. 1997, 1021 (1023 f.); ders., NVwZ 2003, 1 (2) m.w.N; Schmidt, Staatliches Informationshandeln und Grundrechtseingriff, 2004; zu alledem noch näher unter 3.

³¹ VO (EWG) Nr. 1836/93, ABl. EG 1993 Nr. L 168 S. 1, ber. ABl. EG 1995 Nr. L 203 S. 17; abgelöst durch VO (EG) Nr. 761/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates über die freiwillige Beteiligung von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (EMAS II), ABl. EG 2001 Nr. L 114 S. 1; zu dieser Verordnung und der Ergänzung im deutschen Recht durch das Umweltauditgesetz Langerfeldt, NVwZ 2002, 1156 ff.; zu dem Aspekt der Kontrollverlagerung vom Staat auf Private Kloepfer, NVwZ 2002, 645 (652).

wie auch in § 52a des Bundes-Immissionsschutzgesetzes³² – verbindliche **Vorgaben für die Betriebsorganisation** gemacht werden.³³

Ein weiteres wichtiges Instrument im Konzept der informierten Öffentlichkeit zur Durchsetzung des Umweltschutzes ist die **Normierung von Informationszugangsansprüchen** der Bürger.³⁴ Das Umweltrecht hat als besonders modernes Rechtsgebiet mit dem **Umweltinformationsgesetz** in Deutschland erstmals (1994) einen voraussetzungslosen Informationsanspruch für jedermann geschaffen. In Deutschland hat insbesondere die Unterzeichnung der Aarhus-Konvention, aber auch die europäische Richtlinie 2003/4/EG vom 14. 2. 2003³⁵ über den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen die Umweltinformationsrechte des im Februar 2005 novellierten Umweltinformationsgesetzes sichtlich gestärkt und erweitert.³⁶

Nachdem der Bund das Umweltinformationsgesetz des Bundes von 2005 aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken³⁷ in seinem Anwendungsbereich nur auf die Bundesebene beschränkt hatte (§ 1 Abs. 2 UIG), war eine Umsetzung der Umweltinformationsrichtlinie (RL 2003/4/EG) mit Frist bis zum 14. Februar 2005 auch auf Länderebene erforderlich. Mittlerweile sind jedoch alle Bundesländer ihren Umsetzungsverpflichtungen nachgekommen und haben entsprechende **Umweltinformationsgesetze der Länder** erlassen, die weitestgehend dem Bundes-UIG entsprechen. Die allgemeine Rechtsordnung ist dem erst erheblich später, insbesondere mit dem **Informationsfreiheitsgesetz** des Bundes³⁸ und momentan 11 Informationsfreiheitsgesetzen auf Landesebene gefolgt.

cc) Bewertung

Die hier aufgezeigten indirekten (influenzierenden) Steuerungsinstrumente eint, dass sie an die Stelle obrigkeitlicher Anordnungen „weiche“ verhaltenssteuernde Impulse setzen. Es dürfte heute konsensfähig sein, dass gerade Empfehlungen und Warnungen tief greifende

³² Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge, BGBl. I 2002 S. 3830, zuletzt geändert durch Art. 1 G zur Umsetzung der RL 2003/105/EG zur Änderung der RL 96/82/EG zur Beherrschung der Gefahren bei schweren Unfällen mit gefährlichen Stoffen vom 25.06.2005, BGBl. I 2005 S. 1865.

³³ S. dazu *Kloepfer*, Umweltschutzrecht, 2. Aufl. 2011, § 4 Rn. 110 ff.

³⁴ S. dazu *Kloepfer*, Umweltschutzrecht, 2. Aufl. 2011, § 4 Rn. 65 ff.

³⁵ ABl. L 41, S. 26

³⁶ *Zschiesche/Sperfeld*, ZUR 2011, 71 (71); *Butt*, NVwZ 2003, 1071 ff.; siehe auch die Beiträge von *Epiney* und *Kämmerer*, in: Hecker/Hendler/Proelß/Reiff (Hrsg.), Aktuelle Rechtsfragen und Probleme des freien Informationszugangs, insbesondere im Umweltschutz (UTR Bd. 108), 2011, S. 27 ff., 123 ff.

³⁷ S. dazu etwa *Gurlit*, EurUP 2006, 224 (225 f.).

³⁸ Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes vom 5. 9. 2005, BGBl. I S. 2722.

tatsächliche Folgen nach sich ziehen können, deren Wirkungsumfang mitunter größer sein kann als der regulativer ordnungsrechtlicher staatlicher Maßnahmen. Ein bevorzugter Anwendungsbereich derartiger Handlungsformen liegt ersichtlich im **Umgang mit Zukunftsrisiken**, bei denen die Wahrscheinlichkeit des Eintritts und das zu erwartende Ausmaß ihrer Folgen zunächst nur sehr vage bestimmt werden können. Hier geraten die auf die Gefahrbegriffe des Ordnungsrechts aufbauenden Kontrollinstrumente des Staates häufig objektiv an ihre Grenzen. Absprachen können ihr Potential daneben gerade auch dort ausspielen, wo Kenntnisse über innerbetriebliche Abläufe Voraussetzung einer wirksamen technischen Umsetzung sind.

Insgesamt wird deutlich, dass die Schwarz-Weiß-Sichtweise der Dinge, die Ordnungsrecht und Anreizpolitik als zwei getrennt nebeneinander stehende Systeme begriff, lange Zeit den Blick auf die indirekte Verhaltenssteuerung durch ordnungsrechtliche Instrumente verstellt hat. Vielmehr kann aber die Verpackungsverordnung³⁹ als exemplarisch dafür angesehen werden, wie effizient die **Verschränkung von Ordnungsrecht und Anreizpolitik** sein kann. Dadurch, dass die Ergreifung direkter Maßnahmen in Form von Rücknahmepflichten in Aussicht gestellt wurde, ist indirekt der Aufbau eines privaten Abfallentsorgungssystems – der Duales System Deutschland GmbH⁴⁰ – mit dem Ziel der Abfallvermeidung in die Wege geleitet worden.

c) Anreizinstrumente im engeren Sinne

Bei Anreizinstrumenten im engeren Sinne steht die unmittelbare ökonomische Wirkung im Mittelpunkt. Hier ist wiederum einer zu starren Trennung zwischen ordnungsrechtlichen und indirekten Steuerungsinstrumenten entgegenzutreten: zu bedenken ist, dass auch ordnungsrechtlichen Handlungsformen eine ökonomische Wirkung innewohnen kann⁴¹; beispielhaft sei hier nur auf Bußgelder und die Belastung mit Nachrüstkosten zwecks Einhaltung von Grenzwerten hingewiesen. Die ökonomischen Instrumente setzen sich grundsätzlich aus positiven und negativen zusammen.

³⁹ Verordnung über die Vermeidung und Verwertung von Verpackungsabfällen vom 21.08.1998, BGBl. I S. 2379, zuletzt geändert durch Art. 1 Vierte ÄndVO vom 30.12.2005, BGBl. I 2006 S. 2; unter steuerungstheoretischen Aspekten dazu ausführlich *Hendler*, NVwZ 2003, 1168 ff.

⁴⁰ 1990 als GmbH gegründet, wurde das Unternehmen von 1997 bis 2005 als Aktiengesellschaft ohne Börsennotierung geführt; seit 15. Dezember 2005 ist Rechtsform wieder die GmbH.

⁴¹ Eindrucksvoll dazu, wenngleich schon etwas veraltet, das Zahlenmaterial bei *Wagner*, NVwZ 1995, 1046 (1047 ff.).

aa) Positive ökonomische Anreizinstrumente

Zu den positiven, die an ein bestimmtes Verhalten eine Verbesserung der wirtschaftlichen Situation des Betroffenen knüpfen, gehören unmittelbar Subventionen, Kompensationsmodelle und Benutzungsvorteile.

Die **Subventionierung** wird zum Teil aus dem Bereich der positiven ökonomischen Anreizinstrumente herausgenommen. Dies wird damit begründet, die Subventionierung folge nicht dem in der Umweltpolitik vorherrschenden Verursacherprinzip, sondern ergebe sich aus dem Gemeinlastprinzip⁴². Für die hiesige Kategorisierung ist diese – zutreffende – Erkenntnis indes ohne Belang. Die Impulse der Subventionierung für den Umweltschutz werden ohnehin nicht negiert.

Als Beispiel für die Subventionierung sei hier die Regelung des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien (**Erneuerbare-Energien-Gesetz** – EEG⁴³) genannt, nach dem Stromversorgungsunternehmen Strom aus alternativen Energiequellen in ihre Netze einzuspeisen und dafür einen bislang deutlich über dem Marktpreis liegenden Mindestpreis zu zahlen. Regional ist dadurch der Anteil an Strom aus regenerativen Energien auf deutlich über zehn Prozent angestiegen.⁴⁴ Derzeit wird aber über die Modifizierung bzw. sogar über die Abschaffung dieses Gesetzes nachgedacht.

Zu den positiven ökonomischen Anreizinstrumenten können auch die **Kompensationsmodelle** gezählt werden.⁴⁵ Kern des Kompensationsgedankens ist es, Verschiebungsspielräume innerhalb eines bestimmten Beeinträchtigungskontingents zu schaffen. Seine Grundlage ist eine ordnungsrechtliche Genehmigung für eine bestimmte Anlage, wobei die dadurch eingeräumte Rechtsposition in bestimmten Grenzen auf andere Anlagen des Betreibers oder auf Anlagen anderer Betreiber übertragen werden kann.

Ein Paradefall des Kompensationsmodells liegt in der Stilllegung einer genehmigten Anlage, deren Beeinträchtigungskontingent auf eine neue, aufgrund des Standes der Technik sauberere – eigene oder fremde – Anlage übertragen wird. Die Synergie von ökonomischen und ökologischen Aspekten wird darin erblickt, dass umweltschützende Maßnahmen dort

⁴² Klopfer, ZAU 1996, 56 (62).

⁴³ BGBl. I 2004 S. 1918, zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 35 des Gesetzes v. 07.07.2005, BGBl. I S. 1970.

⁴⁴ So in Schleswig-Holstein nach den Feststellungen des EuGH, Urt. v. 13.03.2001, Rs. C-379/98 – „Preussen Elektra“, Slg. 2001-I, S. 2099, in der dieser die Regelungen des Stromeinspeisungsgesetzes, dem Vorläufer des EEG, als mit Gemeinschaftsrecht vereinbar ansah.

⁴⁵ S. dazu auch Klopfer, Umweltrecht, 2. Aufl. 2011, § 4 Rn. 81.

ergriffen werden, wo es den geringsten Kostenaufwand erzeugt, also etwa bei der neueren und eben nicht bei der alten Anlage. Das kann eine erhebliche Aufwandminderung bei durch die Deckelung mittels des Emissionskontingents gleich bleibendem Umweltschutzniveau ermöglichen.

In das geltende Umweltrecht hat das Kompensationsmodell z.B. in §§ 7 Abs. 3, 17 Abs. 3a, 48 Nr. 4 BImSchG⁴⁶ und in Nr. 6.2.5 TA Luft⁴⁷ Eingang gefunden. Die Grenzen zum Zertifikatsmodell⁴⁸ sind fließend; die wesentlichen Unterschiede liegen in der erhöhten Verkehrsfähigkeit der Zertifikate und der Loslösung von der Genehmigung für eine konkrete Anlage.

Zu den positiven Anreizinstrumenten sind auch **Benutzungsvorteile** zu rechnen. Benutzungsvorteile werden durch Regelungen gewährt, welche die Nichtgeltung allgemeiner Verwendungsbeschränkungen oder -verbote für solche Produkte anordnen, die ein vergleichsweise hohes Maß an Umweltverträglichkeit aufweisen. Dieses Anreize setzende Regelungsmodell ist in der Bundesrepublik Deutschland bislang erst in einigen Bereichen verwirklicht. So wird in § 7 Abs. 1 Nr. 2 der Geräte- und Maschinenlärmschutzverordnung (32. BImSchV)⁴⁹ Benutzern von bestimmten umweltfreundlicheren Gartengeräten eine partielle Befreiung von zeitlichen Betriebsbeschränkungen in Wohngebieten gewährt. Einer breiten oder gar flächendeckenden Verwendung von Benutzungsvorteilen im Umweltrecht steht jedoch seine relative Überwachungsaufwändigkeit entgegen.⁵⁰

bb) Negative ökonomische Anreizinstrumente

Charakteristisch für negative ökonomische Anreizinstrumente ist, dass Umweltbelastung durch sie **mit wirtschaftlichen Einbußen verbunden** ist. Zu ihnen gehören insbesondere Umweltabgaben sowie die Duldung der Mitbenutzung und zum Teil auch die Umwelthaftung.

⁴⁶ Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge, BGBl. I 1974 S. 721, 1193, neugefasst durch Bek. v. 26.09.2002, BGBl. I S. 3830; zuletzt geändert durch G v. 25.06.2005 BGBl. I S. 1865.

⁴⁷ Erste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft), GMBL. 2002 S. 511.

⁴⁸ Dazu unten.

⁴⁹ V. v. 29. 8. 2002, BGBl. I S. 3478. Eine ähnliche Regelung findet sich für besonders leise Flugzeuge und Motorsegler in § 4 der Landeplatz-Lärmschutz-Verordnung v. 5. 1. 1999, BGBl. I S. 35.

⁵⁰ näher zu Benutzungsvorteilen *Kloepfer*, Umweltrecht, 3. Aufl. 2004, § 5 Rn. 190 ff.

Eine weitere klassische staatliche Handlungsform mit Lenkungswirkung sind **Abgaben** (Steuern und nichtsteuerliche Abgaben).⁵¹ Im Bereich des Umweltrechts haben sie die wesentliche Aufmerksamkeit etwa durch die Mineralölsteuer und die Stromsteuer⁵², aber auch durch die Luftverkehrsteuer⁵³ und die Kernbrennstoffsteuer⁵⁴ erhalten. Doch die Geschichte der Umweltabgaben reicht weiter zurück und ist nicht bloß auf den Abgabentypus Steuer verengt. Im Abwasserabgabengesetz von 1976⁵⁵ fand das Modell der Umweltabgaben frühzeitig eine zumindest theoretisch adäquate Umsetzung durch die Abwasserabgabe.⁵⁶ Daneben findet sich auf Landesebene eine Vielzahl an Umweltabgaben (z.B. Naturschutzausgleichsabgaben, Walderhaltungsabgaben, Wasserpfennig bzw. Wassercent etc.). Auch auf der europarechtlichen Ebene rückt das Instrument der Umweltabgaben zunehmend in das Blickfeld.⁵⁷

Die **Effektivität der Umweltabgaben** teilt in der Beurteilung in etwa das Schicksal Tabaksteuer. Der Staat belegt ein Verhalten mit einer Abgabenlast, damit Umweltnutzung (bzw. Tabakkonsum) einen Kostenfaktor darstellt. Gleichzeitig hat er aus Gründen seines Haushalts aber ein Interesse an den so generierten Einnahmen. Dies verhindert im Ergebnis eine Abgabenhöhe mit wahrer Abschreckungsqualität. Damit wird die Politik des Anreizens verlassen und der Umweltschutz weitgehend kontraproduktiv zur Erhöhung der allgemeinen Staatseinnahmen benutzt.⁵⁸ Gleichzeitig gerät diese Abgabenpolitik, soweit sie sich auf Sonderabgaben erstreckt, in Konflikt mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu diesen nichtsteuerlichen gruppennützigen Lasten.

Die **Verpflichtung von Anlagenbetreibern zur Duldung der Mitbenutzung** ist als Instrument z. B. in § 28 Abs. 1 KrW-/AbfG für Abfallbeseitigungsanlagen und im Gewässerschutzrecht der Länder für Wasserbenutzungsanlagen (etwa § 89 WG BW) vorgesehen. Dem verwandt ist die **Verpflichtung von Versorgungsunternehmen zur Durchleitung** von Strom oder Gas eines Konkurrenten durch das eigene Leitungsnetz. Diese – meist europarechtlich vorgeschriebenen – Regelungen sind Ausfluss der kartellrechtlichen

⁵¹ S. dazu grundlegend *Meßerschmidt*, Umweltabgaben als Rechtsproblem, 1986.

⁵² Gesetz zum Einstieg in die ökologische Steuerreform vom 24.03.1999, BGBl I S. 378; s. dazu *Kloepfer*, Umweltschutzrecht, 2. Aufl. 2011, § 4 Rn. 92..

⁵³ S. dazu *Kloepfer/Bruch*, BB, 2010, 2791 ff.

⁵⁴ S. dazu *Bruch/Greve*, BB 2012, 234 f.

⁵⁵ Gesetz über Abgaben für das Einleiten von Abwasser in Gewässer, BGBl. I 1976 S. 2721, heute gültig in der Fassung der Bekanntmachung vom 18.1.2005, BGBl I S. 114.

⁵⁶ S. dazu *Kloepfer*, Umweltschutzrecht, 2. Aufl. 2011, § 4 Rn. 91 m.w.N.

⁵⁷ S. dazu *Kloepfer*, Umweltschutzrecht, 2. Aufl. 2011, § 4 Rn. 90 m.w.N.

⁵⁸ *Kloepfer*, ZAU 1996, 56 (65).

„Essential-Facilities-Doctrine“.⁵⁹ Die erneute Verwertung von Prüfnachweisen und Unterlagen im Zusammenhang mit der Anmeldung neuer Stoffe sehen etwa § 20 a ChemG und § 13 Abs. 1 PflSchG vor

Die im **Umwelthaftungsgesetz**⁶⁰ geregelte – zivilrechtliche – Umwelthaftung kann insoweit unter den Begriff indirekter Verhaltenssteuerung mit ökonomischen Anreizen subsumiert werden, als es der Wille des Gesetzgeber war, dass die Umwelthaftung auch eine präventive Wirkung entfalten sollte⁶¹. Daran, dass dies ein realistisches Ziel darstelle, kamen frühzeitig Zweifel auf. Durch die pflichtige Deckungsvorsorge nach diesem Gesetz ist unmittelbar spürbare ökonomische Belastung für den Betroffenen in der Regel allein die Versicherungsprämie, die unabhängig vom Eintritt eines Schadensfalles anfällt.

cc) Zertifikatmodell

Zwischen positiven und negativen ökonomischen Anreizinstrumenten steht in gewisser Hinsicht das Zertifikatmodell, das in Deutschland mit dem bereits erwähnten **TEHG** trotz einer gewissen Skepsis Mitte der 1990er Jahre demgegenüber, ob es in Deutschland überhaupt noch implementiert werden würde⁶², nunmehr ebenfalls zum umweltrechtlichen Instrumentarium rechnet.⁶³ Seine Zwitterstellung ergibt sich daraus, dass das Zertifikatmodell zwar einerseits eine Gesamtemissionsobergrenze sowie ein Emissionskontingent für jede erfasste Anlage festlegt, aber auch die Betreiber emissionsarmer Anlagen aus der Veräußerung eines Teils ihres Kontingents aber finanzielle Mittel generieren können, während die Betreiber stark emittierender Anlagen entweder in den Erwerb von Zertifikaten oder in die technische Verminderung ihres Emissionsvolumens investieren müssen⁶⁴. Die Zertifikate unterliegen einem börslichen Handel. Hiermit ist am ehesten gewährleistet, dass Umweltgüter einen Marktpreis gemäß dem Gesetz von Angebot und Nachfrage erhalten. In der wirtschaftlichen Logik ist also zu erwarten, dass sich durch den Marktmechanismus die optimale Allokation der knappen Ressource einstellen muss.

⁵⁹ vgl. etwa von *Bechtolsheim*, WRP 2002, 55 ff.

⁶⁰ BGBl. I 1990 S. 2634, zuletzt geändert durch Art. 129 des Gesetzes v. 19.04.2006, BGBl. I S. 866; zu der bevorstehenden Umgestaltung des Umwelthaftungsrechts durch die Richtlinie 2004/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden, ABl. L 143 S. 56, aus zivilrechtlicher Sicht insbesondere *Wagner*, VersR 2005, 177 ff..

⁶¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 127/90, S. 1, 33.

⁶² *Kloepfer*, ZAU 1996, 56 (64), meinte in den 1990er Jahren noch, es sei um das Zertifikatmodell „verhältnismäßig ruhig geworden“.

⁶³ S. zur derzeitigen Rechtslage *Kloepfer*, Umweltschutzrecht, 2. Aufl. 2011, § 4 Rn. 82, § 10 Rn. 20 ff.

⁶⁴ *Kobes*, NVwZ 2004, 513 (514).

Hinzutritt, dass das Gesamtemissionskontingent in mehreren Phasen reduziert, das Gut also weiter verknappt wird.

3. Anreizbasiertes Umweltrecht und Verfassung

Aus den rechtlichen Bedenken gegen einen stärkeren Rückgriff auf Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung sollen hier die virulentesten herausgegriffen werden (Gesetzesvorbehalt bei staatlicher Informationstätigkeit, paktierende Gesetzgebung, Rechtsschutz).

a) Gesetzesvorbehalt

Was Warnungen als Form der **staatlichen Informationstätigkeit** angeht, hat das **Bundesverwaltungsgericht** Anfang der 1990er Jahre Klarheit in die bis dahin zum Teil gegenläufige Rechtsprechung gebracht, indem es sich zu der Auffassung durchrang, dass Aufgabenzuweisungsnormen für die Exekutive nur dann rechtfertigend im Hinblick auf tatsächliche („informale“) Grundrechtseingriffe wirken können, wenn sie zugleich einen hinreichend deutlich erkennbaren ermächtigungsgrundlagenhaften Charakter haben⁶⁵. Diese Äußerung lässt sich unschwer auf Empfehlungen und Hinweise übertragen, soweit sie die Schwelle zum faktischen Grundrechtseingriff überschreiten.

Der **UGB-AT-ProfE** wollte das Problem der staatlichen Informationstätigkeit auf eine gesicherte gesetzliche Grundlage stellen und sah in § 107 eine eigene Ermachtigungsgrundlage für Warnungen, Hinweise und Empfehlungen in Bezug auf umweltgerechtes Verhalten vor (vgl. auch § 214 **UGB-KomE**).

Das **Bundesverfassungsgericht** hat in zwei viel beachteten (und kritisierten) Entscheidungen aus dem Jahre 2002 zur Erforderlichkeit einer gesetzlichen Grundlage für die staatliche Informationstätigkeit grundsätzlich Stellung genommen.⁶⁶ Eine entsprechende Befugnis von Bundesministern bzw. der Bundesregierung zur Aussprache von Warnungen ergäbe sich dabei aus der ihnen übertragenen Aufgabe der Staatsleitung. Wenn und soweit eine Warnung inhaltlich richtig sei und sachlich kommuniziert würde, bestünde kein Erfordernis für eine (weitergehende) gesetzliche Grundlage.⁶⁷ Bei sicherer Tatsachengrundlage, also erwiesener Schädlichkeit, sind Warnungen aus der Sicht der

⁶⁵ BVerwGE 90, 122 ff.

⁶⁶ BVerfGE 105, 252 ff. – Glykol; 105, 279 ff. – Osho.

⁶⁷ Näher zur Problematik der Warnungen ohne gesetzliche Grundlage *Kloepfer*, Umweltrecht, 3. Aufl. 2004, § 5 Rn. 387 ff.

individuellen Rechtssphäre regelmäßig als milderes Mittel zu betrachten. Fraglich kann aber sein, ob der Staat seiner Schutzpflicht gegenüber Dritten wirklich genügt, wenn er vor umweltbelastendem Verhalten Dritter nur warnt, dieses aber nicht verbietet. Dies kann ein Verstoß gegen das Untermaßverbot sein.⁶⁸

Die **Anreizinstrumente im engeren Sinne** werfen im Hinblick auf den Gesetzesvorbehalt heute kaum noch Fragen auf, denn ihr Einsatz erfolgt – ob es sich um Umweltabgaben, Kompensationslösung oder Zertifikatmodell handelt – ohnehin auf gesetzlicher Grundlage. Auch im Hinblick auf Umweltabgaben⁶⁹ und die Subventionierung hat sich zu den elementaren verfassungsrechtlichen Fragen in Literatur und Rechtsprechung längst eine herrschende Meinung herausgebildet.⁷⁰ Bei Umweltabgaben und Subventionierungen durch Abgabenverschonung ist ausnahmslos, bei Lenkungssubventionen ist regelmäßig eine gesetzliche Grundlage erforderlich.

b) Umweltabsprachen und paktierende Gesetzgebung

Umweltabsprachen erfordern hingegen eine Betrachtung aus einem anderem Blickwinkel. Einerseits werden sie gerade im Bereich quasi-normativer Absprachen bisweilen fast **kollusiv von Verwaltung und Betroffenen** gewählt, um den Bindungsgrad, aber auch die mögliche Kontrolle seitens der Judikative gering zu halten bzw. unterbinden. Dabei bleibt beiden Seiten die Möglichkeit unbenommen, im Falle einer Veränderung der Tatsachengrundlage von der getroffenen Vereinbarung abzuweichen.

In dem Maße, in dem sich der Staat durch die informale Festlegung auf das Unterlassen einer schärferen Normgebung stärker in eine Umweltabsprache einbringt, erhöht sich andererseits der Rechtfertigungsdruck für die Wahl von Umweltabsprachen. Die **Gefahr** liegt darin, den **Anspruch geltender Gesetze auf unbedingte Beachtung zu relativieren**, weil ein über sie hinausgehendes, wenngleich nicht rechtlich verbindliches Regime⁷¹ geschaffen wird. Hier ist staatlicherseits dafür Sorge zu tragen, dass die Erwartung freiwilliger Befolgung nicht zulasten der Universalität der effektiven und obrigkeitlichen Durchsetzung des Rechts geht. Die paktierende Gesetzgebung (z.B. Atomkonsens I [2000] und II [2010])

⁶⁸ Vgl. *Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. II, 2010, § 48 Rn. 70; ferner *Störring*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, 2009.

⁶⁹ S. dazu *Kloepfer*, Umweltrecht, 3. Aufl. 2004, § 5 Rn. 241 ff.; *ders./Bruch*, BB 2010, 2791 (2792 ff.).

⁷⁰ Zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen s. *Jarass/Pieroth*, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 2 Rn. 13, Art. 12 Rn. 16, 20, Art. 14 Rn. 13 und Art. 20 Rn. 51; zum europäischen Beihilferecht einführend *Classen*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 4. Aufl. 2009, § 22 Rn. 1 ff.

⁷¹ Vgl. *Kloepfer/Bruch*, JZ 2011, 377 (380 f.); *Kloepfer*, UPR 2012, 41 (42 f.).

kann damit gegen das **Demokratieprinzip** verstoßen.⁷² Sie ist auch im Hinblick auf die in den Art. 76 ff. GG zum Ausdruck kommende **Gewaltenverschränkung** (mit Letztentscheidungsbefugnis des Parlaments) nicht unproblematisch.⁷³ Wo Umweltabsprachen das Phänomen des sogenannten „freiwilligen Zwanges“⁷⁴ hervorrufen, ist die Frage nach der Notwendigkeit einer Ermächtigungsgrundlage auch unter dem Aspekt der Beeinträchtigung der Interessen Dritter zu stellen und regelmäßig wohl dahingehend zu beantworten, dass im Falle vorhersehbarer Drittbelastung von Umweltabsprachen eher zugunsten formalisierter Handlungsformen Abstand zu nehmen ist.

Projektbezogene Umweltabsprachen begegnen nicht schon deshalb Zulässigkeitsbedenken, weil sie nicht wenigstens abstrakt-generelle Wirkung entfalten sollen, sondern sich auf den Einzelfall beziehen. Insoweit ist auch die Problematik des Gesetzesvorbehaltes, um die es hier geht, als weniger schwerwiegend anzusehen. Hier ist allein sicherzustellen, dass das Prinzip der Legitimation durch Verfahren⁷⁵ nicht dadurch unterlaufen wird, dass aufgrund eines bereits vorher ausgehandelten Ergebnisses ein notwendigesungsverfahren nur noch als lästiger Formalakt „abgehakt“ wird.

c) Fragen im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie

Eng mit der Frage nach dem Gesetzesvorbehalt verknüpft, aber mit ihm nicht deckungsgleich, ist die Frage nach effektivem Rechtsschutz einerseits der Betroffenen, andererseits der Dritten, denn beim Rechtsschutz geht es im Endeffekt um nichts anderes als die **Durchsetzung der Beachtung des Gesetzesvorbehaltes** zugunsten der subjektiv-öffentlichen Rechte Einzelner.

Auf den ersten Blick einfach gelagert ist der Fall des Rechtsschutzes für Betroffene auf Einvernehmlichkeit angelegter Handlungsformen. Die Antworten scheinen zu sein: „es gibt grundsätzlich **keinen Rechtsschutz gegen sich selbst**“,⁷⁶ denn es gilt der Satz: „*volenti non fit iniuria*“. Dies führt aber eben gerade zurück auf die Frage des „freiwilligen Zwangs“. Aufgrund des begrenzten zur Verfügung stehenden Raumes dazu nur soviel:

⁷² Kloepfer/Bruch, JZ 2011, 377 (381 f.); Kloepfer, UPR 2012, 41 (43).

⁷³ Kloepfer/Bruch, JZ 2011, 377 (382); Kloepfer, UPR 2012, 41 (43).

⁷⁴ Kloepfer, ZAU 1996, 200 (205 f.); in dem Bericht von Schmidt-Preuß, VVDStRL Bd. 56 (1997), 160 (185) weniger drastisch, aber auch weniger anschaulich als „motivationaler Systemdruck“ bezeichnet.

⁷⁵ Grundlegend Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 3. Auflage 1978, Frankfurt am Main, Nachdruck 1993; differenzierend Zippelius in: FS Karl Larenz 1973, S. 293.

⁷⁶ Kloepfer, ZAU 1996, 200 (204).

Motivationaler Systemdruck gegen die private Partei einer normprägenden oder normabwendenden Umweltabsprache folgt weniger aus der Vereinbarung selbst als vielmehr aus anderen von außen kommenden Einflüssen. Die Sensibilisierung der Öffentlichkeit für den Umweltschutz ist – von der Wirkung her – ein keinesfalls zu unterschätzendes Moment. Daneben tritt die in jedem Fall unterschwellige Drohung mit den Mitteln des Ordnungsrechts. Im Wesentlichen deshalb wirkt der Betroffene an einer Umweltabsprache mit, die einen staatlichen Hoheitsakt verhindert, gegen den er sich im Wege gerichtlichen Rechtsschutzes zur Wehr setzen könnte. Dem steht eben gerade aus den vorbezeichneten Gründen in Wahrheit nicht die Option des Betroffenen gegenüber, sich vereinbarungswidrig zu verhalten, nur weil die Vereinbarung selbst nicht direkt zwangsweise durchsetzbar ist. Hinzu tritt, dass nicht alle ordnungsrechtlichen Handlungsformen des Staates den Betroffenen jeglichen Spielraum im Hinblick auf das „Wie“ der Erfüllung ihrer Ordnungspflichten nehmen.

Ein ähnliches Problem stellt sich in Anbetracht der **Gefährdung des Rechtsschutzes Dritter**: In verwaltungsrechtlicher Hinsicht „verliert“ der Dritte mit der Vermeidung einer verhaltensoktroyierenden staatlichen Anordnung den Akt, gegen den er Rechtsschutz begehren kann. Plastisch wird die Folge im Hinblick auf das Kompensationsmodell: Wer im Einzugsgebiet einer stark emittierenden Anlage wohnt, der wird sich nicht damit zufrieden geben wollen, wenn der Anlagebetreiber an anderer Stelle eine sauberere Anlage betreibt und so sein Emissionskontingent insgesamt womöglich sogar unterbietet.

Damit sind grundlegende Anforderungen an den Staat im modernen anreizbasierten Umweltschutz hinreichend illustriert: Eine Verlagerung des Schwerpunktes umweltschützenden Staatshandelns hin zu mehr Anreizpolitik darf nicht einem Rückzug des Staates aus seiner Umweltverantwortung für jeden einzelnen seiner Bürger gleichkommen. Das **Gewaltmonopol des Staats** muss auch dort nach wie vor seine Geltung behalten. Allein die Entwicklung und der Einsatz von Anreizinstrumenten genügt daher nicht; ihnen müssen effektive Schutzformen zur Seite gestellt werden. Mitte der 1990er Jahre wurde daher in der Literatur schon das Instrument einer Beeinflussungsabwehrklage vorgeschlagen⁷⁷; seine Einführung lässt jedoch bis heute auf sich warten. Insoweit ist *Volkmann* zuzustimmen, wenn er auch unter staatsphilosophischen Gesichtspunkten davon ausgeht, dass „die Umstellung von imperativer Steuerung zu gesellschaftlicher Selbstregulierung [...] einer Reise [gleich],

⁷⁷ Klopfer, ZAU 1996, 200 (209).

die gerade erst begonnen hat und von der sich nicht voraussagen lässt, wohin sie am Ende führen wird.“⁷⁸

4. Ausblick und Schluss

Auch wenn Anreizinstrumente im weiteren und engeren Sinne immer noch spürbarer Skepsis begegnen, sind sie aus dem Umweltrecht nicht mehr weg zu denken und werden zukünftig dessen Gestalt wohl noch stärker beeinflussen. Daraus zu schlussfolgern, das Ordnungsrecht habe ausgedient, ist weder für den heutigen Stand noch für die absehbare Zukunft ernstlich vertretbar. Das Ende der Privatisierungseuphorie trägt dazu bei, die Hoffnung auf eine Allmacht ökonomischer Instrumente entscheidend zu verringern. Hinzuarbeiten bleibt weiter auf eine **Integration** der indirekten Instrumente in ein konvergentes System. Rechtlich könnte dieses am besten in Form einer Umweltrechtskodifikation, also in einem umfassenden Umweltgesetzbuch gefasst werden.

⁷⁸ Volkmann, JuS 2001, 521 (528).