

Umweltschutz zwischen Ordnungsrecht und Anreizpolitik

FACHBEITRAG ZUM PANEL 1

Fachbeitrag von Prof. Dr. Michael Klöpfer, Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht, Umweltrecht, Finanzrecht und Wirtschaftsrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin im Rahmen eines Internationalen Fachgespräches zum Thema „Umweltrechtliche Gestaltung der Zukunft“ Ende Mai in Peking.

Ungefähr zur Halbzeit der Entwicklungsphase des modernen Umweltrechts in Deutschland, dessen Beginn für gewöhnlich auf das Jahr 1971 datiert wird, rückte allmählich auch in das Bewusstsein der Rechtswissenschaften, dass rein ordnungsrechtliche Konzeptionen entsprechend der polizeirechtlichen Herkunft des Umweltrechts die Grenzen ihrer Effektivität erreicht haben¹. Zuvor hatten bereits Äußerungen aus Richtung der Wirtschaftswissenschaften eine stärkere Implementierung ökonomischer Instrumente in das Umweltrecht gefordert².

Kaum ein halbes Jahrzehnt später unterstrich der Professorenentwurf zu einem Umweltgesetzbuch – Allgemeiner Teil (UGB-AT)³ in seinem § 6 Abs. 3 den Vorrang nichtimperativer Maßnahmen gegenüber klassischen Eingriffsregelungen unter der Voraussetzung gleich umweltschützender Wirkung. § 87 UGB-AT betonte ebenfalls den Vorrang flexibler Instrumente.

Die Diskussion um die Anreizpolitik im Umweltrecht ist seitdem nicht mehr zum Erliegen gekommen. Die Schaffung und der Ausbau etlicher ökonomischer Instrumente, die der Gesetzgeber zwischenzeitlich vorgenommen hat – jüngst beispielsweise des Gesetzes über den Handel mit Berechtigun-

gen zur Emission von Treibhausgasen (Treibhausgas- Emissionshandelsgesetz – TEHG)⁴ –, wird nach wie vor insbesondere von einer intensiven Debatte um die Verfassungsmäßigkeit, vor allem die Vereinbarkeit mit tragenden Prinzipien der Staatsorganisation des Grundgesetzes, begleitet⁵. Gleichzeitig hat sich aber ersichtlich weitgehend Einigkeit darüber eingestellt, dass es heute wie auch in Zukunft weder ein rein ordnungsrechtliches noch ein rein marktbasierendes Umweltrecht geben kann⁶. Erklärtes Ziel ist übereinstimmend die Erreichung einer bestmöglichen Mischung zwischen ordnungsrechtlichen und nicht-imperativen Instrumenten. Meinungsunterschiede bestehen darüber, wie sich diese bestmögliche Mischung zusammensetzt.

Diese eher politische Debatte soll hier nicht geführt werden. Daher wird dieser Beitrag sich zunächst auf eine Vorstellung der möglichen Instrumente eines anreizbasierten Umweltrechts konzentrieren (dazu unter 1.), sich sodann der Diskussion um rechtsstaatliche 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 kein Raum, wobei sich im Hinblick auf das letztgenannte angesichts der weiteren Panels⁷ der Veranstaltung auch keine Notwendigkeit dazu ergibt.

1. Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung im Umweltrecht

Das „klassische“ Ordnungsrecht – es soll hier dahingestellt bleiben, inwieweit es als solches heute noch in Erscheinung tritt⁸ – 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 influenzierend und motivierend wirkende Steuerungsmittel aufbauen⁹. Umweltrelevantes Verhalten soll dadurch in eine dem staatlichen 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.

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, verknüpft wie folgt zusammenfassen¹⁰: 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. Der Einsatz indirekt wirkender Instrumenten wendet sich unter Vermeidung unnötigen Zwanges an die wirtschaftliche Vernunft des Bürgers und erhöht damit die „Normbefolgungsbereitschaft“¹¹; sie 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. Auf der Gegenseite gestaltet sich die praktische Umsetzung von Anreizinstrumenten 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)¹². 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 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 -unvollständigkeit.

Anreizbasierte Umweltschutzinstrumente sollen im folgenden unter ökonomischen Gesichtspunkten in Anreizinstrumente im weiteren Sinne und im engeren Sinne unterteilt werden¹³. 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 dann wirtschaftliche Anreize fließen 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.

a) Anreizinstrumente im weiteren Sinne

Indirekte ökonomische Anreize ergeben sich insbesondere aus dem so genannten informellen Verwaltungshandeln. Dies kann zum einen im 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 und konsensuale Maßnahmen. Einseitige Maßnahmen können die Form von Erörterungen und Beratungen, aber auch Duldungen seitens der Behörden oder auch diejenige von Selbstverpflichtungserklärungen seitens der Wirtschaft annehmen.

Wichtiger gerade in einer Zeit zunehmender Medienmacht sind zum anderen jedoch 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 war¹⁴. 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 Öko-Audit-Verordnung¹⁵ zugunsten des ausgezeichneten (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, NVwZ 1995, S. 1046. Über die unter dem Begriff „Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung“ zusammengefassten Steuerungsmittel besteht im Ergebnis jedoch grundsätzlich Einigkeit.

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 – wie auch in § 52a des Bundes-Immissionsschutzgesetzes¹⁶ – verbindliche Vorgaben für die Betriebsorganisation gemacht werden.

Neben diese unilateralen Mittel können auch Absprachen zwischen der öffentlichen Verwaltung und Privaten unterschiedlichen Verdichtungsgrades bis hin zu einvernehmlichem Verwaltungshandeln angenäherten Formen treten. Sie stehen auf einer Vorstufe zur vertraglichen Gestaltung von Rechtsbeziehungen, denn ihr Zustandekommen ist nicht rechtlich normiert, und auch ihr Inhalt entbehrt rechtlich verbindlicher Verhaltensanforderungen. Damit sind informelle Absprachen der Prototyp moralisch und politisch wirkender Anreizinstrumente. Dabei ist aber in den Blick zu nehmen, dass Abspra-

chen doch regelmäßig die vorausgegangene Drohung mit dem Ordnungsrecht eignet.

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 ergibt sich aus dem praktisch relevanten Fall eines weitgehend ausgehandelten Verwaltungsaktes.

Bei regulativen Absprachen, also solchen, die einen quasi-normativen Inhalt aufweisen, zwischen dem Staat und Akteuren der Wirtschaft soll sich eine Verschärfung der Rechtslage erübrigen. Erfolgreich waren insoweit die Vereinbarungen zur Verringerung von asbesthaltigen Baustoffen oder 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.

Diese Problematik leitet über zu den aus dem Abfallrecht bekannten so genannten Zielfestlegungen (§ 14 Abs. 2 AbfG a. F., nunmehr § 25 Abs. 1 KrW-/AbfG¹⁷). Nach dieser Regelung trifft die Bundesregierung, nachdem sie die beteiligten Kreise angehört hat, zunächst Zielfestlegungen, die binnen angemessener Zeit zu erreichende Ziele definieren. Diese Vorgaben sind selbst weder Verordnungen noch Vereinbarungen mit Beteiligten. Die hier aufgezeigten Handlungsmöglichkeiten der öffentlichen Verwaltung eint, dass sie an die Stelle obrigkeitlicher Anordnungen „weiche“ verhaltenssteuernde Impulse setzen. Es dürfte konsensfähig sein, dass gerade Empfehlungen und Warnungen tief greifende tatsächliche Folgen nach sich ziehen können, deren Wirkungsumfang mitunter größer sein kann als der regulativer staatlicher Maßnahmen. Der bevorzugte 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 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 Verpackungsverordnung¹⁸ 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 GmbH¹⁹ – mit dem Ziel der Abfallvermeidung in die Wege geleitet worden.

b) 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 kann²⁰; 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.

aa) Positive ökonomische Anreizinstrumente

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

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 Gemeinlastprinzip²¹. 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 – EEG²²) 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 angestiegen²³.

bb) Negative ökonomische Anreizinstrumente

Charakteristisch für negative ökonomische Anreizinstrumente ist, dass ein unerwünschtes Verhalten durch sie mit wirtschaftlichen Einbußen verbunden ist. Zu ihnen gehören insbesondere die so genannten Kompensationsmodelle, Umweltabgaben und zum Teil auch die Umwelthaftung.

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 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 in §§ 7 Abs. 3, 17 Abs. 3a, 48 Nr. 4 BImSchG²⁴ und in Nr. 6.2.5 TA Luft²⁵ Eingang gefunden. Die Grenzen zum Zertifikatsmodell²⁶ sind fließend; die wesentlichen Unterschiede liegen in der erhöhten Verkehrsfähigkeit der Zertifikate und der Loslösung von der Genehmigung für eine konkrete Anlage.

Eine weitere klassische staatliche Handlungsform mit Lenkungswirkung sind Abgaben. Im Bereich des Umweltrechts haben sie die wesentliche Aufmerksamkeit in letzter Zeit durch die so genannte Ökosteuer²⁷ erhalten. Doch ihre Geschichte reicht weiter zurück und ist nicht bloß auf den Abgabentypus Steuer verengt. Im Abwasserabgabengesetz von 1976²⁸ fand das Modell der Umweltabgaben frühzeitig eine zumindest theoretisch adäquate Umsetzung. Die Effektivität der Umweltabgaben teilt in der Beurteilung in etwa das Schicksal Tabaksteuer. Der Staat belegt ein Verhalten mit einer Abgabenlast, damit Umweltnutzung 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. Schon vor zehn Jahren wurde dies treffend zusammengefasst: „Damit wird die Politik des Anreizens verlassen und der Umweltschutz weitgehend kontraproduktiv zur Erhöhung der allgemeinen Staatseinnahmen benutzt.“²⁹

Gleichzeitig gerät diese Abgabenpolitik, soweit sie sich auf Sonderabgaben erstreckt, in Konflikt mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu diesen nichtsteuerlichen gruppennützigen Lasten³⁰.

Die im Umwelthaftungsgesetz³¹ 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 sollte³². 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) Das Zertifikatmodell

Zwischen beiden 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 würde³³, nunmehr ebenfalls zum umweltrechtlichen Instrumentarium rechnet. Seine Zwitterstellung ergibt sich daraus, dass das Zertifikatmodell zwar einerseits eine Gesamtemissionsobergrenze sowie ein Emissionskontingent für jede erfasste Anlage festlegt, 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 müssen³⁴. 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. Hinzutritt, dass das Gesamtemissionskontingent in mehreren Phasen reduziert, das Gut also weiter verknappt wird.

2. Anreizbasiertes Umweltrecht und Verfassung

Aus den rechtlichen Bedenken gegen einen stärkeren Rückgriff auf Instrumente indirek-

ter Verhaltenssteuerung sollen hier die beiden virulentesten herausgegriffen werden: diejenigen, die sich mit der Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage insbesondere für staatliche Informationstätigkeit befassen, sowie Fragen betreffend den Rechtsschutz gegen den Einsatz oder die Wirkung solcher Instrumente.

a) Gesetzesvorbehalt

Was Warnungen als Form der 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 haben³⁵. Diese Äußerung lässt sich unschwer auf Empfehlungen und Hinweise übertragen, soweit sie die Schwelle zum faktischen Grundrechtseingriff überschreiten. Der Entwurf des UGB-AT wollte diese Problematik auf eine gesicherte gesetzliche Grundlage stellen und sah in § 107 eine eigene Ermächtigungsgrundlage für Warnungen, Hinweise und Empfehlungen in Bezug auf umweltgerechtes Verhalten vor.

Umweltabsprachen erfordern hingegen eine Betrachtung aus anderem Blickwinkel. Einerseits werden sie gerade im Bereich quasi-normativer Absprachen sozusagen 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 allerdings der Rechtfertigungsdruck für die Wahl von Umweltabsprachen. Die Gefahr liegt darin, den Anspruch geltender Ge-

setze auf unbedingte Beachtung zu relativieren, weil ein über sie hinausgehendes, wengleich nicht rechtlich verbindliches Regime 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. Wo Umweltabsprachen das Phänomen des so genannten „freiwilligen Zwanges“³⁶ 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 Verfahren³⁷ nicht dadurch unterlaufen wird, dass aufgrund eines bereits vorher ausgehandelten Ergebnisses ein notwendiges Verwaltungsverfahren nur noch als lästiger Formalakt „abgehakt“ wird.

Die Anreizinstrumente im engeren Sinne werfen im Hinblick auf den Gesetzesvorbehalt heute kaum noch Fragen auf, denn ihr Einsatz erfolgt – ob es sich um Umweltaufgaben, Kompensationslösung oder Zertifikatmodell handelt – ohnehin auf gesetzlicher Grundlage. Auch im Hinblick auf die Subventionierung hat sich zu den elementaren verfassungsrechtlichen Fragen in Literatur und Rechtsprechung längst eine herrschende Meinung herausgebildet³⁸.

b) 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 subjektivöffentlichen 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“³⁹ und *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:

Motivationaler Systemdruck entsteht insbesondere bei regulativen Umweltabsprachen weniger aus der Vereinbarung selbst als aus von außen kommenden Einflüssen. Die Sensibilisierung der Öffentlichkeit für den Umweltschutz ist ein keinesfalls zu unterschätzendes Moment. Daneben tritt die in jedem Fall unterschwellige Drohung mit den Mitteln des Ordnungsrechts. Im wesentlichen aufgrund dessen 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. Hinzutritt, dass nicht alle ordnungsrechtlichen Handlungsformen des Staates den Betroffenen jeglichen Spielraum im Hinblick auf das „Wie“ der Erfüllung ihrer Ordnungspflichten nehmen.

Im Kern dasselbe Problem stellt sich in Anbetracht der Gefährdung des Rechtsschutzes Dritter: in verwaltungsrechtlicher Hinsicht verliert der Dritte mit der Vermeidung einer verhaltensokroyierenden 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 Staates 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 vorgeschlagen⁴⁰; 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], die gerade erst begonnen hat und von der sich nicht voraussagen lässt, wohin sie am Ende führen wird.“⁴¹

3. Ausblick und Schluss

Auch wenn Anreizinstrumente im weiteren und engeren Sinne immer noch spürbarer Skepsis begegnen, sind sie aus dem Umweltrecht nicht mehr hinweg zu denken und werden zukünftig dessen Gestalt noch wesentlich mehr beeinflussen. Daraus zu schlussfolgern, das Ordnungsrecht habe ausgedient, ist weder für den heutigen Stand noch für die absehbare Zukunft ernstlich vertretbar. Hinzuarbeiten bleibt auf eine bessere Integration der Instrumente in ein konvergentes System.

Insgesamt verbreitete schon 1997 die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer nach einer Debatte über „Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung“ kaum gebremsten Optimismus: „Die Entwicklung zu selbstregulativer Steuerung ist in vollem Gange. Sie wirft fundamentale Strukturfragen auf. Verwaltung und Verwal-

tungsrecht sind gewappnet, diese Herausforderung anzunehmen und zu bestehen.“⁴² Wenn dafür nicht nur Verwaltung und Verwaltungsrecht, sondern auch die Umwelt gewappnet ist, ist dem nichts mehr hinzuzufügen.

Anmerkungen

¹ Ritter, NVwZ 1987, S. 929 (930, 936).

² Lübbe-Wolff, NVwZ 2001, S. 481 (482) unter Hinweis auf Bonus in: Gutzler (Hrsg.), *Umweltpolitik und Wettbewerb*, 1981, S. 103 ff.

³ Kloepfer/Rehbinder/Schmidt-Aßmann/Kunig, *Umweltgesetzbuch – Allgemeiner Teil* –, Berichte 7/90 des Umweltbundesamtes, Berlin 1990.

⁴ Vom 08.07.2004, BGBl. I 2004 S. 1578, zuletzt geändert durch Art. 2 G zur Einführung der projektbezogenen Mechanismen nach dem Protokoll von Kyoto zum Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen vom 11. Dezember 1997, zur Umsetzung der Richtlinie 2004/101/EG4 und zur Änd. Des Kraft-Wärme-KopplungsG vom 22.09.2005, BGBl. I 2005 S. 2826; Überblick über den Emissionshandel bei Kobes, NVwZ 2004, S. 513; zur Vertiefung s. Körner/Vierhaus, *TEHG*, Kommentar, München 2005.

⁵ Kloepfer, ZAU 1996, S. 56; aus jüngerer Zeit z. B. Lübbe-Wolff, NVwZ 2001, S. 481 (v. a. 493 m. w. N. in Fn 100); Volkmann, JuS 2001, S. 521; Erbguth/Schlacke, *Umweltrecht*, Baden-Baden, 2. Aufl. 2004, Rn 115.

⁶ Kloepfer, *Umweltrecht*, München, 3. Aufl. 2004, § 5 Rn 175; Lübbe-Wolff, NVwZ 2005, S. 481 (482 f.);

Volkmann, JuS 2001, S. 521 (528); Wagner, NVwZ 1995, S. 1046 (1047, 1052).

⁷ S. Panel 5.

⁸ Lübbe-Wolff, NVwZ 2001, S. 481 (482 f.), wehrt sich vehement gegen die Verzerrung

der Wahrnehmung vom Ordnungsrecht als einem „Negativmodell-Ordnungsrecht“.

⁹ Kloepfer, ZAU 1996, S. 56.

¹⁰ Wagner, NVwZ 1995, S. 1046 (1050); differenzierend Lübbe-Wolff, NVwZ 2001, S. 481.

¹¹ Kloepfer, ZAU 1996, S. 56 (57).

¹² Lübbe-Wolff, NVwZ 2001, S. 481 (487).

¹³ Ein anderes Ordnungssystem verwendet Lübbe-Wolff, NVwZ 2001, S. 481 (485 ff.), die in ökonomische, reflexive und konsensuale sowie schließlich Instrumente zweiter Ordnung einteilt; Volkmann, JuS 2001, S. 521

¹⁴ Aus dem Bereich des Umweltschutzes Ossenbühl, *Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen*, Köln 1986; krit. dazu Storm, NVwZ 1987, S. 965; allgemein zu staatlichen Warnungen BVerfG, Beschl. v. 15.08.1989, Az. 1 BvR 881/89, NJW 1989, S. 3269; Beschl. v. 26.06.2002, Az. 1 BvR 558/91 u. a., NJW 2002, S. 2621; Beschl. v. 26.06.2002, Az. 1 BvR 670/91, NJW 2002, S. 2626; zu alledem noch näher unter 2.

¹⁵ 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, S. 1156; zu dem Aspekt der Kontrollverlagerung vom Staat auf Private Kloepfer, NVwZ 2002, S. 645 (652).

¹⁶ 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

Konrad-Adenauer-Stiftung e. V.

CHINA

MICHAEL KLOEPFER

Juni 2006

www.kas.de/china

www.kas.de

bei schweren Unfällen mit gefährlichen Stoffen vom 25.06.2005, BGBl. I 2005 S. 1865.

¹⁷ Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen, BGBl. I 1994 S. 2705, zuletzt geändert durch Art. 2 § 3 Abs. 3 des G v. 01.09.2005, BGBl. I 2005, S. 2618.

¹⁸ Verordnung über die Vermeidung und Verwertung von Verpackungsabfällen vom 21.08.1998, BGBl. I 1998

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, S. 1168.

¹⁹ 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.

²⁰ Eindrucksvoll dazu, wenngleich schon etwas angejährt, das Zahlenmaterial bei Wagner, NVwZ 1995, S. 1046 (1047 ff.).

²¹ Kloepfer, ZAU 1996, S. 56 (62).

22 BGBl. I 2004 S. 1918, zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 35 des Gesetzes v. 07.07.2005, BGBl. I 2005, S. 1970.

²³ 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.

²⁴ 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 2002 S. 3830; zuletzt geändert durch G v. 25.06.2005 BGBl. I 2005 S. 1865.

²⁵ Erste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zur

Reinhaltung der Luft), GMBI. 2002 S. 511.

²⁶ Dazu unten.

²⁷ Gesetz zum Einstieg in die ökologische Steuerreform vom 24.03.1999, BGBl. I 1999 S. 378.

²⁸ 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 2005 S. 114.

²⁹ Kloepfer, ZAU 1996, S. 56 (65).

³⁰ Erbguth/Schlacke (Fn 5); zu den Voraussetzungen der Zulässigkeit von Sonderabgaben BVerfG, Urt. v. 10.12.1980, Az. 2 BvF 3/77, BVerfGE 55, S. 274 und Folgerechtsprechung.

³¹ BGBl. I 1990 S. 2634, zuletzt geändert durch Art. 129 des Gesetzes v. 19.04.2006, BGBl. I 2006, 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, ABI. L 143 S. 56, aus zivilrechtlicher Sicht insbesondere Wagner, VersR 2005, S. 177.

³² Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 127/90, S. 1, 33.

³³ Kloepfer, ZAU 1996, S. 56 (64), meinte, es sei um das Zertifikatmodell „verhältnismäßig ruhig geworden“.

³⁴ Kobes, NVwZ 2004, S. 513 (514).

³⁵ BVerwG, Urt. v. 27.03.1992, Az. 7 C 21/90, BVerwGE 90, S. 122.

³⁶ Kloepfer, ZAU 1996, S. 200 (205 f.); in dem Bericht von Schmidt-Preuß, VVDStRL Bd. 56 (1997), S. 160 (185) weniger dras-

Konrad-Adenauer-Stiftung e. V.

CHINA

MICHAEL KLOEPFER

Juni 2006

www.kas.de/china

www.kas.de

tisch, aber auch weniger anschaulich als „motivationaler Systemdruck“ bezeichnet.

³⁷ Grundlegend Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 3. Auflage 1978, Frankfurt am Main, Nachdruck 1993; differenzierend Zippelius in: Paulus/Diederichsen/Canaris (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 293.

³⁸ Zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen s. Jarass/Pieroth, GG, München, 8. Aufl. 2006, Art. 2 Rn 12, Art. 12 Rn 13, 20, Art. 14 Rn 13 und Art. 20 Rn 49; zum europäischen Beihilferecht einfürend Streinz, Europarecht, Heidelberg, 7. Aufl. 2005, Rn 1016 ff.

³⁹ Kloepfer, ZAU 1996, S. 200 (204).

⁴⁰ Kloepfer, ZAU 1996, S. 200 (209).

⁴¹ Volkmann, JuS 2001, S. 521 (528).

⁴² Bericht von Schmidt-Preuß, VVDStRI Bd. 56 (1997), S. 160 (227).