

Schriften zur Rechtstheorie

---

Heft 164

# Immissionsschutzrecht als Rechtsinstrument

Voraussetzungen und Kritik  
des US-amerikanischen Instrumentalismus  
in vergleichender Perspektive

Von

Michael Moeskes



Duncker & Humblot · Berlin

**MICHAEL MOESKES**

**Immissionsschutzrecht als Rechtsinstrument**

# **Schriften zur Rechtstheorie**

**Heft 164**

# **Immissionsschutzrecht als Rechtsinstrument**

**Voraussetzungen und Kritik  
des US-amerikanischen Instrumentalismus  
in vergleichender Perspektive**

**Von**

**Michael Moeskes**



**Duncker & Humblot · Berlin**

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Moeskes, Michael:**

Immissionsschutzrecht als Rechtsinstrument : Voraussetzungen  
und Kritik des US-amerikanischen Instrumentalismus in  
vergleichender Perspektive / von Michael Moeskes. — Berlin :  
Duncker und Humblot, 1994

(Schriften zur Rechtstheorie ; H. 164)

Zugl.: Münster (Westfalen), Univ., Diss., 1992

ISBN 3-428-07938-8

NE: GT

D 6

Alle Rechte vorbehalten

© 1994 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0472

ISBN 3-428-07938-8

***Meinen Eltern und  
meinen Großeltern***



## Vorwort

In den staatlich organisierten Rechtssystemen der modernen westlichen Welt — sei es in den Vereinigten Staaten von Amerika, sei es in den Staaten Westeuropas — gewinnen die Rechtsprobleme des Umweltschutzes, insbesondere der Reinhaltung von Wasser und Luft, in ständig steigendem Maße an Bedeutung. Nicht von ungefähr sind gerade hier die rechtlichen Instrumente eines Umwelt- und Immissionsschutzes — den hier deutlicher als anderswo zutage tretenden Zwecken und Zielen des Immissionsschutzrechtes folgend — besonders früh und besonders gründlich erprobt und weiterentwickelt worden. Auch wenn das US-amerikanische Rechtssystem, anders als die staatlich organisierten Rechtsordnungen Kontinentaleuropas mit ihren Kodifikationen und ihren gesetzgeberisch ausgestalteten Rechtssystemen, in seiner Struktur und seinen Funktionen naturgemäß ganz charakteristische Unterschiede aufweist, kann doch nicht ignoriert werden, daß sie im Hinblick auf die mit Mitteln des jeweils geltenden Rechts verfolgten Zwecke durchaus vergleichbar sind.

Von einer Darstellung der Genese immissionsschutzrechtlicher Zielvorgaben ausgehend, wie sie im *Air Pollution Control Act* von 1955 vorliegen, sollen im folgenden in paradigmatischer Absicht zunächst die Zielsetzung und die Instrumentierung dieses rechtlichen Programms untersucht werden. Daran schließt sich an eine Erörterung derjenigen Instrumente, die das Common Law seit jeher bietet (Torts-Klagen usw.), sowie eine Analyse derjenigen administrativen Instrumente, die durch den *Clean Air Act* von 1963 bzw. 1970 / 77 geschaffen wurden. Ein besonderes Erkenntnisinteresse besteht ferner an den experimentellen Befugnissen der gliedstaatlichen Handlungssysteme, die sich im Rahmen eines „Cooperative Federalism“ bieten. Ganz spezifische Relevanz kommt — immer mit Blick auf den hier praktizierten Instrumentalismus im Rechtsdenken der Gegenwart — ferner den in den USA angestellten Bemühungen um eine immissionsschutzrechtliche Vorbeugung zu sowie den Bemühungen um eine normative Standardisierung der hier vorgesehenen Maßnahmen und Institutionen. Das Hauptaugenmerk richtet sich hier auf die Ziele und Instrumente des *Air Quality Standard Act*, die — auch insoweit durchaus vergleichbar mit der Entwicklung des Umweltschutzrechts in Deutschland — die charakteristischen Züge einer Rechtserzeugung durch die Administrative erkennen lassen. Besonders lehrreich erscheint in diesem



Zusammenhang die Darstellung der nationalen Immissionsstandards, wie sie von der *U.S. Environmental Protection Agency* gehandhabt werden, sowie die Möglichkeiten einer Bürger- und Verbandsklage (*citizen suit*), die manche Parallelen, aber auch Unterschiede zur deutschen Rechtsentwicklung aufweist.

Der Ansatz bei den Rechtsproblemen des Immissionsschutzes und der Reinhaltung der Luft wurde — dem hier vorausgesetzten Primat der Praxis vor aller Rechtstheorie folgend — von vornherein ganz bewußt gewählt und durchgehalten, um zugleich in normentheoretisch vergleichender Perspektive eine für das US-amerikanische wie für das deutsche Rechtssystem gemeinsame Ausgangsbasis zu gewinnen, wie sie in den modernen Industriegesellschaften der westlichen Welt nun einmal besteht. Auch wird insoweit von der Annahme ausgegangen, daß in diesen Rechtssystemen die Vorschriften des jeweiligen Immissionsschutzrechts mit ihren Rechtsnormen (i) als im Dienste bestimmter Ziele und Zwecke stehende rechtliche Mittel fungieren und (ii) daß dies — unbeschadet der im übrigen bestehenden strukturellen Unterschiede zwischen dem US-amerikanischen und dem kontinentaleuropäischen, insbesondere dem deutschen Rechtssystem — jedenfalls *sub specie functionis* anzustellende Vergleiche erlaubt. Ferner liegt auf der Hand, daß gerade an diesen Rechtsproblemen (iii) in exemplarischer Weise die möglichen Ursache-Wirkungs-Beziehungen von Rechtsnormen mit Blick auf das durch sie zu regulierende menschliche Verhalten studiert werden können sowie die hieran anknüpfenden Rückkopplungseffekte auf das Rechtssystem.

Während sich der erste Teil der Untersuchung — auch in vergleichender Perspektive — mit der Struktur und den Funktionen des nordamerikanischen Immissionsschutzwesens, insbesondere der Reinhaltung der Luft, befaßt, behandelt der zweite, dem Inhalt nach gewichtigere Teil der Untersuchung die dem System des US-amerikanischen Immissionsschutzrechts zugrundeliegende, genuin juristische Methodologie und Rechtstheorie eines Instrumentalismus im Recht oder, um eine andere, aber nahezu gleichbedeutende Etikettierung zu wählen, des nordamerikanischen Rechtspragmatismus. Letzterer wird in prominenter, heute weite Beachtung findender Form vor allem von dem Rechtstheoretiker und Rechtsphilosophen *Robert S. Summers*, Cornell University in Ithaca, N. Y., vertreten. Der Bezug seiner Untersuchungen zum deutschen Rechtssystem sowie der zugehörigen juristischen Methodenlehre und Rechtstheorie ist darin zu erblicken, daß der nordamerikanische Instrumentalismus oder Rechtspragmatismus in der von Summers vertretenen und bevorzugten Form eine Reihe von Familienähnlichkeiten (*family resemblances*) und sehr charakteristischen Gemeinsamkeiten mit

dem durch *Ihering* am Ausgang des vorigen Jahrhunderts begründeten deutschen Rechtsrealismus aufweist. Die im folgenden angestellten Untersuchungen machen es sich zur Aufgabe, die Beziehungen zu analysieren, die zwischen dem nordamerikanischen Rechtspragmatismus (Legal Realism, Sociological Jurisprudence) und den im Deutschland des ausgehenden 19. Jhdts. schon wesentlich früher begründeten Ansätzen zu einer auch soziologisch fundierten Jurisprudenz und Rechtstheorie bestehen. Ein pragmatischer Instrumentalismus und ein gegenüber allem geltenden Recht sinnkritischer, auch soziologisch aufgeklärter Rechtsrealismus, um den es heute sowohl im nordamerikanischen als auch im deutschen Rechtsdenken geht, erscheinen gegenwärtig wie kaum eine andere methodologische bzw. rechtstheoretische Position geeignet, gegenüber dem verbreiteten analytischen Rechtspositivismus einerseits und allen restaurativen Versuchen zur moralphilosophischen Begründung des Rechts (Naturrecht, Vernunftnaturrecht) andererseits in der Rechtstheorie eine *jenseits* von beiden angesiedelte *dritte* Position zu begründen.

Die hier durchgeführten Untersuchungen machen es sich nicht nur zur Aufgabe, mit Hilfe von Analysen des Umweltschutzrechts in Nordamerika, das exemplarisch als manifester Ausdruck instrumentalistischer Rechtsauffassungen angesehen werden kann, in paradigmatischer Form den Nachweis zu führen, daß und inwiefern alles moderne Recht durch seinen Zweck- und Maßnahmecharakter gekennzeichnet wird. Gegenüber einem einseitig staatlich orientierten juristischen Positivismus und Etatismus wird im folgenden belegt, daß Rechtserzeugung in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft, insbesondere in den industriellen Gesellschaften der westlichen Welt, nicht mehr und jedenfalls nicht allein nach dem tradierten Muster und den normativistischen Paradigmata des überkommenen Gesetzes- und Rechtspositivismus verstanden und gedeutet werden kann. Es liegt auf der Hand, daß eine von vornherein auf reale Wirkungen hin konzipierte Normen- und Rechtserzeugung, die naturgemäß nur im Rahmen von Ursache-Wirkungs-Beziehungen wirkliche Effektivität zu erlangen vermag, sich nicht mehr durch das von derartigen Beimengungen freie und insofern reine, bloß analytisch-hermeneutische Rechtsdenken eines längst überständigen Normativismus bewältigen läßt. Das US-amerikanische Umweltschutzrecht und seine rechtswissenschaftliche Durchdringung stellen uns somit heute, ähnlich wie in Deutschland, vor weitgehend neue rechtspraktische und rechtstheoretische Probleme. Nicht von ungefähr wird hier auf der Ebene der Rechtspraxis und der zugehörigen praktischen Rechtswissenschaft in den USA wie in Deutschland die gewöhnlich praktizierte, rechtstechnisch begründete und insofern auch durchaus berechtigte Unterscheidung zwischen Tatfragen und Rechtsfragen zunehmend obsolet, da es

sich — wie jedenfalls auf der Ebene methodologischer und rechtstheoretischer Reflexion deutlich wird — sehr weitgehend um „mixed questions“ handelt. Auch ist klar, daß derartige Problemstellungen naturgemäß gar nicht frei sein können von rechtspolitischen Erwägungen (policy judgments) und das Rechtsdenken nahezu zwangsläufig in die Nähe eines „hybrid lawmaking“ führen. Daß eine derartiges Rechtsverständnis auch eine gewandelte Theorie der Gerechtigkeit nach sich zieht, wird in der hier praktizierten *Pragmatic Justice* deutlich.

Diese Untersuchung wäre in der jetzt vorliegenden rechtpraktisch fundierten, ihrem Erkenntnisinteresse nach jedoch primär rechtstheoretischen Form nicht möglich geworden ohne einige längere Forschungsaufenthalte in den USA. Der Verf. hatte Gelegenheit, sich auf die Durchführung seines Projekts in zwei mehrmonatigen Studienreisen vorzubereiten, die ihm auch dazu dienten, sich mit der US-amerikanischen Rechtspraxis des Umweltschutzes vertraut zu machen. Ein Aufenthalt bei der Rechtsabteilung der *United States Environmental Protection Agency* in Chicago diente dazu, während einer Referendarstation dort als „Intern“ nicht nur die notwendigen rechtspraktischen Informationen zu erheben, sondern auch — zumindest mittelbar — die erforderlichen institutionellen Erfahrungen zu sammeln. Dafür bin ich zu großem Dank verpflichtet. Von unschätzbarem Wert war für mich ein mehrmonatiger Aufenthalt an der *Cornell University Law School*, der mit dank des Entgegenkommens von Herrn Prof. Dr. Dres. h. c. *Robert S. Summers* die Gelegenheit gab, mit ihm im 2-Wochen-Rhythmus einen ca. 120 Seiten umfassenden „first draft“ meiner Arbeit zu diskutieren. Hierfür schulde ich ihm ganz besonderen Dank! Mein besonderer Dank gilt ferner Herrn Prof. Dr. *Russell K. Osgood* für seine freundliche Unterstützung während meines Aufenthalts an der *Cornell Law School*. Herzlich danken möchte ich der *Konrad-Adenauer-Stiftung* in St. Augustin, die meine Arbeit über einen mehrjährigen Zeitraum durch ein Graduiertenstipendium gefördert hat.

Für vielfältige Anregungen, Unterstützung und Förderung danken ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. Werner Krawietz, an dessen Lehrstuhl für Rechtssoziologie, Rechts- und Sozialphilosophie ich eine Reihe von Jahren als Wissenschaftliche Hilfskraft und als Korrekturassistent für die Übungen im öffentlichen Recht tätig gewesen bin.

Herzlich danken möchte ich an dieser Stelle meinen Eltern und Großeltern, die mir diese Studien ermöglicht haben, auch für mancherlei sonstige Hilfe und Ermutigung.

Die Westfälische Wilhelms Universität zu Münster hat mir den Preis für ausgezeichnete Dissertationen verliehen und meine Arbeit mit einem Druck-

kostenzuschuß gefördert, für den ich sehr zu Dank verpflichtet bin. Für die freundliche finanzielle Unterstützung der Drucklegung danke ich ferner der Sozietät Dr. Appelhagen & Partner, Braunschweig und Magdeburg, in der ich seit 1992 als Rechtsanwalt tätig bin.

Dem Geschäftsführenden Gesellschafter des Verlages Duncker & Humblot, Herrn Professor Norbert Simon, danke ich für sein freundliches Interesse an meiner Untersuchung, die hilfreiche Förderung und seine Bereitschaft, diese Arbeit in die Schriften zur Rechtstheorie aufzunehmen.

Magdeburg, im Frühjahr 1994

*Michael Moeskes*



# Inhaltsverzeichnis

## Erster Teil

### **Verkettungen und Aufbau des Immissionsschutzrechtlichen Instrumentariums in den USA (Luftreinhaltung)**

I. Genese immissionsschutzrechtlicher Ziele .....	15
1. Police Power und lokale Verordnungen (public nuisance) .....	15
2. Gemeinsamkeiten und Unterschiede zur deutschen Entwicklung .....	16
3. Erfahrungen und Genese des Air Pollution Control Act (1955) .....	18
4. Interessenschutz im Immissionsschutzrecht .....	20
5. Zielsetzung und Instrumentierung des Programms .....	21
II. Instrumente des Common law .....	24
1. Torts-Klagen .....	25
2. Entscheidungsketten des „trespass“: Rechtsfortbildung und Strict Liability .....	26
3. Private Nuisance .....	31
4. Möglichkeiten und Grenzen des Common Law im Umweltrecht .....	32
a) Rechtssätzliche Grenzen .....	32
b) Kontextliche Beschränkungen .....	34
III. Entwicklung administrativer Instrumente .....	35
1. Zentralisierung und Koordinierung von Instrumenten .....	35
2. Ziele und Instrumente des Clean Air Act 1963 .....	36
a) Problemstellung und Zielsetzung .....	36
b) Ziele und Instrumente der Staatsverträge (interstate compacts) .....	38
3. Experimentelle Befugnisse gliedstaatlicher Handlungssysteme .....	41
a) Politische Funktionalität .....	41
b) „Creative“ und „Cooperative Federalism“ .....	43
4. Entwicklung von Bundeskompetenzen .....	48
a) Entscheidungsketten nach der Commerce Clause .....	48
b) Einbau in den Immissionsschutz .....	51
c) Verdrängung (Preemption) durch Ziele .....	54
IV. Immissionsschutzrechtliche Vorbeugung in den USA .....	56
1. Ziele und Instrumente des Air Quality Standards Act .....	57

2. Administrative Rule Making .....	61
3. Instrumente des Clean Air Act 1970 / 77: Gemeinsamkeiten und Unterschiede .....	63
a) Nationale Immissionsstandards (U.S. Environmental Protection Agency) .....	64
b) Implementation und Durchsetzung .....	68
c) Citizen Suit (Bürger- und Verbandsklage) .....	70
aa) Grundsätze (Rechtssätze) .....	70
bb) Ausprägungen (Rechtssätze) .....	72
d) Kontrollinstrumente: Citizen Suits und Vorsorge im Zusammenwirken .....	75
e) Planungs- und Verteilungsfunktionen .....	77
aa) Zweck und Kontext .....	77
bb) Raumweite Auswirkungen .....	78
cc) Funktion .....	79
f) Margin of Safety .....	83
g) Zweckprogrammatisierung von Vorsorge und „precaution“ .....	85
V. Mittel-Zwecke-Programmierung im Umweltrecht der USA .....	90
1. Prämissen .....	90
2. „Mixed Questions“ and „Hybrid Lawmaking“ .....	94
3. Institutional Approach .....	98

## Zweiter Teil

### **Instrumentalistische Rechtsauffassung und Positivität von Mitteln und Zwecken**

VI. Rechtliches Verhältnis von Mitteln und Zwecken .....	103
1. Recht als gesellschaftliches Instrument .....	103
2. Rechtspragmatik .....	107
3. Problematik des Instrumentalismus .....	111
4. Beziehungen von Mitteln und Zielen im US-amerikanischen Instrumentalismus .....	114
5. Dynamische Interaktionen zwischen Mitteln und Zielen im Pragmatischen Rechtsdenken von <i>Robert S. Summers</i> und <i>Kenneth C. Davies</i> .....	118
VII. Formalcharakter des Rechts .....	122
1. Ansatz der Analytical Jurisprudence im amerikanischen Rechtsdenken .....	122
a) Voraussetzungen und Auswirkungen auf den Charakter des Rechts .....	123
aa) Common Law .....	125
bb) Statute Law .....	127
b) Autorität und Normativität des Rechts durch Akte .....	128
c) Widersprüche und Kritik des Analytischen Rechtsbegriffs .....	132

d) Beispiele und Alternativen aus dem Positiven Recht .....	135
aa) Allgemeine Prämissen .....	135
bb) Beispiele und Alternativen aus dem Common Law .....	137
cc) Beispiele und Alternativen aus dem Statute Law und der U.S. Verfassung .....	141
2. Oliver Wendell Holmes als Wegbereiter des Rechtspragmatismus .....	144
a) Analytische Elemente der Rechtsauffassung von Holmes .....	144
b) Kritik der Analytical Jurisprudence .....	146
c) Instrumentalität und Determination des Rechts .....	150
d) Instrumentalität der Form .....	154
e) Kritik der rechtspragmatischen Basisannahmen durch Robert Summers und Aleksander Peczenik .....	160
VIII. Recht als Mittel zum Zweck im US-amerikanischen Rechtspragmatismus .....	163
1. Formalismus und Instrumentalismus .....	163
2. Philosophische Prämissen des Rechtspragmatismus .....	165
a) Zum Verhältnis von Erfahrung und Handeln bei Charles Sanders Peirce und William James .....	165
b) Begriff der Rechtsregel bei John Dewey: Operation und Funktion .	171
aa) Maßnahmen und Wirkungen .....	171
bb) Hypothetik normativer Entscheidungsprogramme .....	173
cc) Ursprung des Rechts .....	179
dd) Verhältnis von Operation und Funktion .....	180
3. Instrumentalität des Rechts und der Rechtsanwendung bei John Dewey und Roscoe Pound .....	186
a) Recht und Rechtswirkungen .....	186
b) Notwendige Unsicherheiten von Entscheidungen im Recht .....	189
c) Experimentalcharakter des Rechts und Verhältnis von Experiment und Erfahrung .....	192
IX. Einbau von Zwecken in das rechtliche Entscheidungsprogramm .....	197
1. Interessenschutz .....	197
2. Behaviorism: Regel- und Faktenskeptizismus im Legal Realism .....	200
3. Kontexte von Mitteln und Zielen .....	203
a) „Legislative und Adjudicative Facts“ .....	203
b) Rückkopplungen auf Zwecke .....	206
c) Verhältnis von Zweckbildungen und Entscheidungsketten .....	210
d) Regelungscharakter des Rechts und Konditionierung von menschlichem Verhalten .....	213



## Dritter Teil

**Zweck- und Maßnahmecharakter des Rechts**

X. Struktur rechtlicher Regelkreise und Pragmatischer Rechtsbegriff	217
1. Polyzentrismus der Normverursachung	217
2. Rechtspragmatismus und Rechtsbegriff	224
XI. Grenzen der Machbarkeit des Rechts	229
Ausblick	235
<b>Schrifttumsverzeichnis</b>	<b>240</b>
<b>Personen- und Sachregister</b>	<b>255</b>

# Abkürzungsverzeichnis

## I. US-amerikanische Terminologien

aff'd	= affirmed (bestätigt)
A.L.R. (2nd, 3rd, 4th, Fed.)	= American Law Reports (2nd, 3rd, 4th, Federal Series)
APA	= Administrative Procedure Act (1960)
APCA	= Air Pollution Control Act
CAA	= Clean Air Act (Die jeweilig verwandte Fassung des Gesetzes ist durch die der Abkürzung vorangestellte Jahreszahl als Zeitpunkt des Inkrafttretens kenntlich gemacht.)
CEQ	= Council on Environmental Quality
cert. denied	= Certiorary denied (Revisionsantrag abgelehnt)
CFR	= Code of Federal Regulations (Sammlung der Administrative Rules der Union)
Cir.	= Circuit (Bundesgerichtsbezirk für Appellationsgerichte)
cl.	= Clause (jeweilige Klausel der US-Constitution)
Cong.	= Congress
CWA	= Clean Water Act
D. C. Cir.	= United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit (Bezeichnung des Bundes-Appellationsgerichtes für den Bezirk Washington, D. C.)
D. D. C.	= United States District Court for the District of Columbia
D. Md.	= United States Court for the District of Maryland (Bezeichnung des Bundes-Distriktsgerichtes für den Bezirk des Staates Maryland)
ELR	= Environmental Law Reporter
EPA	= Environmental Protection Agency („Umweltschutzbehörde“; die jeweilige gliedstaatliche EPA wird durch die Beifügung der Bezeichnung des Gliedstaates vor der Abkürzung gekennzeichnet)
F.Supp.	= Federal Supplement
HEW	= Secretary of Health, Education and Welfare
How.	= Howard's Reports
H.R.Res.	= Resolution of the House of Representatives
L.Ed. (2nd)	= United States Supreme Court Reports, Lawyers Edition (2nd Series)
N.E. (2nd)	= North Eastern Reporter (2nd Series)
NEPA	= National Environmental Policy Act

NSPS	= New Source Performance Standards
N.W. (2nd)	= North Western Reporter (2nd Series)
N.Y.S. (2nd)	= New York Supplement (2nd Series)
ORC	= Office of Regional Counsel (Justizariat der jeweilig auf ein bestimmtes Gebiet bezogenen U.S. EPA)
P. (2nd)	= Pacific Reporter (2nd Series)
Pet.	= Peter's United States Supreme Court Reports
PSD	= Prevention of Significant Deterioation
S. Ct.	= Supreme Court Reporter (Offizielle Sammlung der Entscheidungen des Obersten Bundesgerichts)
Sect.	= Section
Stat.	= United States Statutes at large
U.S.	= United States Reports (Sammlung der Entscheidungen des Obersten Bundesgerichts)
U.S.C.	= United States Code
U.S.C.A.	= United States Code Annotated
U.S.Const.	= United States Constitution
U.S.EPA	= United States Environmental Protection Agency („Bundesumweltschutzbehörde“)
Wheat.	= Wheaton's United States Supreme Court Reports

## II. Deutsche Abkürzungen

Die mit Bezug zum deutschen Recht verwandten Abkürzungen entsprechen Kirchner, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Aufl., Berlin, New York 1993.

## *Erster Teil*

# **Verkettungen und Aufbau des immissionsschutzrechtlichen Instrumentariums in den USA (Luftreinhaltung)**

## **I. Genese immissionsschutzrechtlicher Ziele**

### **1. Police Power und lokale Verordnungen (public nuisance)**

Die ersten öffentlichen Maßnahmen gegen Luftverunreinigungen werden in den USA schon vor der Jahrhundertwende von größeren Industriestädten in Form von städtischen Verordnungen (municipal ordinances) erlassen. Bereits im Jahre 1881 nutzen Chicago und Cincinnati, wichtige Industriezentren des Mittleren Westens, diese Möglichkeit zur Kontrolle und Bekämpfung des Industrierauchs, der durch die vermehrte Stahlerzeugung und Kohleverhüttung in den ökonomisch aufstrebenden USA mit seinen expandierenden Industriezentren bewirkt wurde und immer stärker anstieg. Bis zum Jahre 1912 haben die meisten größeren amerikanischen Industriestädte bei gleicher Problemlage entsprechende Verordnungen erlassen.<sup>1</sup> Gesetzgeberische Eingriffe zum Immissionsschutz durch die Einzelstaaten, geschweige denn durch den Bund, sind bis in die Mitte der fünfziger Jahre nicht vorhanden.<sup>2</sup>

Luftverunreinigungen stellen dennoch kein erst jüngst wahrgenommenes Phänomen dar. Sie sind so alt wie die Industriegesellschaft. In den Blickpunkt des breiten öffentlich-politischen Interesses kommen sie in Amerika jedoch erst um 1950, einige Jahre später auch in der Bundesrepublik, die sich vorher auf den wirtschaftlichen Wiederaufbau konzentriert. Erste Konturen zeichnen sich indes dort bereits Ende der vierziger Jahre in Kalifornien, aber auch andernorts in Amerika ab.

Die auf der ursprünglichen Police Power der Städte basierenden lokalen Verordnungen erfassen die Emission von „dichtem Rauch“ (dense smoke) als Public Nuisance und verbieten sie mit dem Mittel des Strafrechts; die herkömmlichen privatrechtlichen Möglichkeiten nach Common Law hatten sich als untauglich erwiesen.<sup>3</sup> Der hoheitliche Zwangs- und Sanktionscharakter tritt zunächst in den Vordergrund.

---

<sup>1</sup> Vgl. zum vorstehenden z. B. *Council on Environmental Quality (CEQ)*, First Annual Report, S. 61-70 (transmitted to Congress August 1970).

<sup>2</sup> Siehe *CEQ*, a. a. O.

<sup>3</sup> Siehe *Edelman*, *The Law of Air Pollution Control*, Environmental Research and Applications, Inc. (1970), S. 74; vgl. auch: *Juergensmeyer*, *Control of Air Pollution*

Die weite Befugnis der Police Power umfaßt das Recht, zum Schutze öffentlicher Interessen, wie z. B. der allgemeinen Sicherheit, Gesundheit und Wohlfahrt, tätig zu werden<sup>4</sup> und ist nicht auf Einzelakte und Gefahrenabwehr beschränkt.<sup>5</sup> Mit dem Einsetzen hoheitlich-politischer Funktionen wird das Problem — zunächst auf lokaler Ebene — erst einmal öffentlich-administrativ erfaßt. Seitdem spielt traditionell im Rahmen der Police Power die Bekämpfung der besonderen Verschmutzung durch Rauch bis in die Mitte unseres Jahrhunderts hinein die zentrale Rolle.<sup>6</sup>

## 2. Gemeinsamkeiten und Unterschiede zur deutschen Entwicklung

Unter ähnlichen Vorzeichen wie in den USA setzt die Entwicklung in Deutschland ein. Mit dem Beginn der Industrialisierung, die in Deutschland etwas früher startet, wird zunächst in Preußen durch die Allgemeine Gewerbeordnung von 1845 in den §§ 26 ff. eine spezielle Genehmigungspflicht eingeführt, die in Amerika in der Regel bei den frühen Ordinances wegen der allgemeinen Fundierung auf dem strafrechtlichen Handlungsinstrumentarium in Form der Public Nuisance zunächst noch fehlt. Den präventiv-verwaltungsrechtlichen Instrumentarien werden in den USA vielmehr erst zur Mitte dieses Jahrhunderts durch verschiedene Bundesgesetze der Weg geebnet. Die frühzeitige Erkenntnis der mit der einsetzenden industriellen Entwicklung verbundenen Gefahren<sup>7</sup> und Risiken in dem hervorbrechenden bürgerlich-industriellen Zeitalter in Deutschland um 1848 und die Notwendigkeit zu Abhilfemaßnahmen führen bei bestimmten störenden Anlagen zu einer Einschränkung der Gewerbefreiheit.

Die Preußische Gewerbeordnung ist ihrerseits Vorläufer der Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes von 1869 und der späteren Reichsgewerbeordnung und enthält mit der Vorschrift des § 26 Abs. 1 eine dem späteren § 16 GewO entsprechende Regelung im Hinblick auf die Genehmigung. Nach § 68 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG sind die §§ 16 bis 26 GewO (mit Ausnahme der §§ 24 bis 24 d) mit dem Bundesimmissionsschutzgesetz von 1974 außer Kraft getreten.

Ihre praktische Bedeutung liegt zunächst primär in den aufstrebenden Industriegebieten in Oberschlesien, Berlin und dem Rheinland. Anders als in den ersten

---

Through the Assertion of Private Rights, 1967 Duke L.J. 1126, 1130; *Note*, Local Regulation of Air Pollution, in: 1968 Wash.U.L.Qu., S. 232 ff.; State Regulation of Air Pollution, 1968 Wash.U.L.Qu., S. 249 ff.

<sup>4</sup> So z. B. *Day-Brite Lighting, Inc. v. Missouri*, 342 U.S. 421, 424 (1952).

<sup>5</sup> *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. (9 Wheat.) 1, 208 (1824); *Nowak u. a.* Constitutional Law, 2nd ed., St. Paul 1983, S. 121 ff., 480; *Tribe*, Constitutional Law, 2nd ed., Mineola, N.Y., 1988, S. 405 ff.; *Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, S. 41.

<sup>6</sup> *CEQ*, a. a. O.; *Grad*, Environmental Law, S. 257 ff.

<sup>7</sup> *Heigl*, Von der Gewerbeordnung zum Bundes-Immissionsschutzgesetz, BayVBl. 1974, 244.

Ordinances in den USA erstreckt sie sich bei schon größerer Industriedichte als in Amerika auf bestimmte, positiv aufgeführte Anlagen. Im einzelnen geht es in Preußen bei der Genehmigung darum, ob die Anlage mit den bestehenden gesundheits- und feuerpolizeilichen Regelungen in Einklang steht; ferner, ob sie mit erheblichen Nachteilen, Gefahren oder Belästigungen für die Nachbarn oder das Publikum verbunden ist, § 29 Abs. 1 Pr.AllGewO.<sup>8</sup> Eine ganz ähnliche Reichweite ergibt sich heute in § 3 Abs. 1 BImSchG für den Begriff der schädlichen Umwelteinwirkungen.

Da in den USA der Umfang der Police Power räumlich auf das jeweilige Herrschaftsgebiet beschränkt ist,<sup>9</sup> geht diese Regelung einerseits — anders als in den USA — mit größerer räumlicher Geltung und andererseits ähnlich wie dort über eine reine Gefahrenabwehr hinaus.<sup>10</sup> Sie reicht andererseits vom zur Verfügung stehenden Instrumentarium — Genehmigungsvorbehalt für bestimmte Anlagen, nicht primär Strafrecht — weiter. Neben der Feuergefährlichkeit sind es vor allem „Rauch, Geruch, Getöse“, welche die Behörden nicht nur durch eine vom Polizeirecht gebotene Gefahrenabwehr im Hinblick auf das Schutzgut Gesundheit veranlassen.<sup>11</sup> Die strenge Anlagenorientierung hat sich, freilich mit beträchtlichen Erweiterungen in neuerer Zeit, in das Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) hinein erhalten.

In Amerika eröffnen die Municipal Ordinances auf der Basis der Police Power Handlungsdimensionen auf den Gesundheitsschutz (Rauch). Erst zu Beginn unseres Jahrhunderts kommt hier auch der präventive Aspekt hinzu. Die Municipal Ordinances sind allerdings im Hinblick auf das zu erfassende und so zu regulierende Privatverhalten vielerorts ohne Anlagenorientierung.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> Vgl. zur Preußischen Allgemeinen Gewerbeordnung auch *Offerman-Clas*, Luftreinhaltung in der Bundesrepublik Deutschland, S. 31; *Heigl*, a. a. O.

<sup>9</sup> *The License Cases*, 46 U.S. (5 How.) 504, 584 (1847).

<sup>10</sup> Im Hinblick auf die Entwicklung hiezulande: *Offermann-Clas*, a. a. O.

<sup>11</sup> *Heigl*, a. a. O., m. w. N.

<sup>12</sup> Auf der Basis der einzelstaatlichen und lokalen Police Power (Polizeigewalt) zur „Smoke Control“ heißt es z. B. in Boston: „No substance in any way liable to be distributed or blown about by wind or air currents shall be sieved, screened, agitated, or otherwise handled or exposed in any street or public place, nor elsewhere in such a manner that particles or portions of such substances are scattered, blown or otherwise pass into or upon any such street or public place, or into or upon any inhabited buildings. This shall not apply to the delivery of coal, provided suitable precautions for dampening are taken.“ (Digest of Health Laws, 143, Boston 1904, zitiert nach *Grad*, Environmental Law, Third Edition, New York / San Francisco 1985, S. 297). Der Aspekt des Gesundheitsschutzes wird auch deutlich in der in New York City angewendeten späteren Regelung: „No person shall cause, suffer or allow dense smoke to be discharged from any building, vessel, stationary or locomotive engine or motor vehicle, . . .“. (Sanitary Code of the City of New York, New York Code of Ordinances, ch. 20, art. 12, sec. 211, zitiert nach *Grad*, S. 298, 301. Im Unterschied zu Boston fällt hier die Abstraktheit („dense smoke“) und geringere Rigorosität dieser späteren Verordnung auf.