

Schriften zum Umweltrecht

Band 126

Verfassungsrechtliche Grenzen eines Marktes handelbarer Emissionsrechte

**Untersuchung eines sogenannten
marktwirtschaftlichen Umweltschutzzinstruments –
dargestellt am Beispiel der Luftreinhaltung**

Von

Kim Lars Mehrbrey



Duncker & Humblot · Berlin

KIM LARS MEHRBREY

Verfassungsrechtliche Grenzen eines Marktes
handelbarer Emissionsrechte

Schriften zum Umweltrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. Michael Kloepfer, Berlin

Band 126

Verfassungsrechtliche Grenzen eines Marktes handelbarer Emissionsrechte

Untersuchung eines sogenannten
marktwirtschaftlichen Umweltschutzzinstruments –
dargestellt am Beispiel der Luftreinhaltung

Von

Kim Lars Mehrbrey



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln
hat diese Arbeit im Jahre 2001 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0935-4247
ISBN 3-428-10713-6

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Abhandlung wurde im Sommersemester 2001 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden bis zum Mai 2001 und vereinzelt auch darüber hinaus berücksichtigt. Im Hinblick auf die zunehmende Bedeutung des Emissionshandels in der Umweltpolitik, insbesondere die geplante Einführung eines Handels mit Zertifikaten für die Emission von Treibhausgasen in der Europäischen Union, wurde die Arbeit im Sommer 2002 an einzelnen Stellen aktualisiert.

Danken möchte ich zunächst meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Peter J. Tettinger, der die Arbeit durch wertvolle Anregungen gefördert hat. Mein Dank gilt auch Herrn Professor Dr. Hartmut Schiedermaier für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens und die vorübergehende Betreuung des Promotionsvorhabens nach dem plötzlichen Tod Herrn Professor Dr. Hartmut Krügers, der die Arbeit im Anfangsstadium mit richtungweisenden Anregungen begleitet hatte.

Mein Dank gilt ferner Herrn Professor Dr. Johannes Dietlein, der mir den nötigen Zuspruch und die Unterstützung gab, neben meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf die Untersuchung fertigzustellen. Zu Dank verpflichtet bin ich des weiteren Herrn Professor Dr. Michael Kloepfer für die Aufnahme der Arbeit in die von ihm herausgegebene Reihe „Schriften zum Umweltrecht“.

Abschließend möchte ich meinen Eltern und Großeltern meinen Dank aussprechen, ohne deren Hilfe und Unterstützung, die sie mir in jeder Hinsicht geleistet haben, ich diese Arbeit nicht hätte schreiben können.

Düsseldorf, im Januar 2003

Kim Lars Mehrbrey

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einführung	
Umweltlizenzen als marktwirtschaftliches Umweltinstrument	15
A. Möglichkeiten der Verhaltenssteuerung in der Luftreinhaltepolitik	15
I. Das herkömmliche Instrumentarium direkter Verhaltenssteuerung	16
II. Möglichkeiten indirekter Verhaltenssteuerung (ökonomische Instrumente)	19
B. Funktionsweise handelbarer Umweltzertifikate	21
I. Effizienzgewinne	21
II. Verbesserung der Umweltqualität	22
III. Abgrenzung zu Kompensationsmodellen	23
C. Entwicklungsgeschichte des Umweltzertifikatmodells	24
D. Anwendungsmöglichkeiten eines Modells handelbarer Umweltlizenzen	30
E. Ausgestaltungsformen des Zertifikatmodells	32
I. Räumliche Organisation des Lizenzmarktes	32
1. Grundmodell	32
2. Räumlich differenzierte Systeme	33
a) Emissionsorientierte Nutzungsrechte („Emission Discharge Permits“)	33
b) Lokal orientierte Nutzungsrechte („Local Discharge Permits“)	34
c) Immissionsorientierte Emissionszertifikate („Ambient Discharge Permit System“)	35
d) Emissionslizenzen mit Immissionskorrektur (Mischsysteme)	36
aa) Einzelfallkorrektur	37
bb) Typisierte Korrektur	37
3. Bewertung der Modellausprägungen in verfassungsrechtlicher Hinsicht	38
II. Bemessungsgrundlage der Zertifikate	38
III. Geltungsdauer der Lizenzen	39
IV. Abwertungen	40
V. Anfangsvergabe	40
VI. Marktteilnehmer	41
VII. Möglichkeiten staatlicher Einflußnahme	41
F. Rechtliche Beurteilung der Zertifikatmodelle	42
I. Überblick über die rechtlichen Probleme	42
II. Verfassungsrechtliche Fragen	43

§ 2 Grundrechtliche Probleme 45

A. Abkehr vom ordnungsrechtlichen System und Umwandlung bestehender Rechtspositionen	45
I. Konflikt mit grundrechtlichen Positionen der Altbetreiber	46
1. Die Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG)	46
a) Eröffnung des Schutzbereichs	47
aa) Schutzbereichsreduzierung bei umweltbelastender Tätigkeit?	47
bb) Sachlicher Schutzbereich – Verleihung eines Emissionsrechts	49
(1) Der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff	49
(2) Nutzung des privatrechtlichen Eigentums an betrieblichen Mitteln	52
(a) Gewährleistung der Nutzung im Privatrecht (§§ 903, 905 BGB)	54
(b) Einschränkende Normen des Privatrechts (§ 906 BGB)	56
(c) Regelung der Nutzung durch Normen des öffentlichen Rechts	57
(aa) Immissionsschutzrechtliche Genehmigung gemäß § 6 BImSchG	59
(bb) Dynamische Grundpflichten des § 5 BImSchG	63
(d) Zusammenfassung	64
(3) Eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb	64
(4) Immissionsschutzrechtliche Genehmigung als solche ...	66
(a) Genehmigung als Leistungskriterium	67
(b) Ins-Werk-Setzung der Genehmigung	68
(5) Grund- bzw. Anlageneigentum i. V. mit der Betriebsgenehmigung	69
(6) Zwischenergebnis	70
cc) Persönlicher Schutzbereich	70
b) Staatlicher Eingriff in die Eigentumsposition	72
2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs in eigentumsrechtliche Positionen	72
a) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	74
aa) Gratisvergabe der Lizenzen	74
(1) Ermittlung der Emissionskontingente	75
(a) Juristische Bezugsgrößen	75
(b) Tatsächliche Bezugsgrößen	78
(2) Bezweckung verfassungslegitimer Ziele	79
(3) Erfordernis der Geeignetheit	80
(4) Erforderlichkeit des Eingriffs	81
(5) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	83

(a)	Unangemessene Benachteiligungen durch den Verteilungsschlüssel entsprechend der tatsächlichen Anlagennutzung	87
(aa)	Elimination nicht genutzter Emissionsrechte ..	87
(bb)	Besonderheiten im Bemessungszeitraum	88
(cc)	Maß der Anlagennutzung	91
(dd)	Mitnahmeeffekte durch „Nachzügler“	92
(ee)	Verfassungskonforme Korrekturmöglichkeiten ..	93
(b)	Mögliche Härtefallregelungen	95
(aa)	Schonende Übergangsregelungen	96
(bb)	Gewährung finanzieller Ausgleichszahlungen ..	97
(cc)	Zuteilung von Sonderlizenzen	98
(dd)	Umverteilung des Lizenzguthabens	99
(ee)	Erfordernis einer allgemeinen Härteklausele ...	100
(6)	Zwischenergebnis	101
bb)	Kostenpflichtige Vergabe („Versteigerungslösung“)	102
(1)	Verfassungslegitime Ziele	103
(2)	Erfordernis der Geeignetheit	103
(3)	Erforderlichkeit des Eingriffs	104
(4)	Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	105
(a)	Abmilderung des Eingriffs durch Übergangsregelungen	107
(b)	Gewährung von Entschädigungszahlungen	109
(5)	Zwischenergebnis	109
cc)	Emissionsreduzierung durch Abwertungsklausel	110
(1)	Regelmäßig stattfindende Abwertungen	110
(a)	Eignung einer Abwertungsklausel	111
(b)	Erforderlichkeit einer Abwertungsklausel	112
(c)	Angemessene Gestaltung eines Abwertungsmechanismus	113
(aa)	Umfang und Maßstab der gerichtlichen Nachprüfbarkeit der gesetzgeberischen Prognoseentscheidung	114
(bb)	Verpflichtung zur Beachtung des Standes der Technik?	116
(2)	In das behördliche Ermessen gestellte Abwertungen ...	119
(3)	Kombinierte Anwendung regelmäßiger und gesonderter Abwertung	121
(4)	Zwischenergebnis	122
b)	Verletzung der Institutsgarantie durch Ausklammerung der Emissionsbefugnis aus dem Eigentum?	122
aa)	Parallele zur Beschränkung des Eigentumsinhalts bei Gewässernutzungen	123
bb)	Besonderheiten bei der Nutzung der Luft zur Emission	123

3. Das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 GG)	125
4. Gleichheit und Systemgerechtigkeit (Art. 3 Abs. 1 GG)	127
a) Maßstab der Systemgerechtigkeit	128
aa) Interne Systemgerechtigkeit	129
(1) Vergabe der Emissionsrechte	129
(2) Bestimmung des Marktumfangs	131
bb) Externe Systemgerechtigkeit	132
b) Zwischenergebnis	134
5. Ergebnis	134
II. Grundrechte der Neubetreiber	135
1. Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) ..	136
a) Verschiedenbehandlung der Alt- und Neubetreiber	136
b) Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	137
aa) Verhältnismäßiger Ausgleich der betroffenen Rechtsposi- tionen	137
bb) Sachliche Rechtfertigung durch Befolgung des Prioritäts- prinzips?	139
c) Auswirkungen auf die Organisation des Lizenzmarktes	140
aa) Rückfall frei werdender Kapazitäten an den Staat	141
bb) Bildung einer Lizenzreserve	141
(1) Gefahr der Vergrößerung der Gesamtemissionsmenge ..	141
(2) Denkbare Vergabemodalitäten	143
2. Ergebnis	143
III. Grundrechte nicht emittierender Dritter	144
B. Grundrechtsbeeinträchtigungen nach Ingangsetzen des Handels	145
I. Art. 14 GG	146
1. Schutzbereich	146
a) Vermögensbelastung durch Pflicht zum Lizenzwerb	146
b) Zugriff auf individuell zurechenbare Emissionslizenzen	148
aa) Erworbene Lizenzen als privatrechtliche Positionen	150
bb) Erworbene Lizenzen als öffentlich-rechtliche Positionen ...	150
(1) Kostenfrei zugeteilte Lizenzen	150
(2) Auf dem Markt erworbene Lizenzen	151
cc) Bedeutung für den grundrechtlichen Schutz der Lizenz- inhaber	151
2. Eingriff	152
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	152
a) Sich planmäßig vollziehende Eigentumseingriffe	152
b) Nachträgliche eigentumsrelevante Maßnahmen	153
II. Art. 12 GG	154
1. Anwendbarkeit	154
2. Schutzbereich	155
a) Gewährleistung der Unternehmerfreiheit	155

b) Schutz juristischer Personen des Privatrechts	157
c) Schutz ausländischer Emittenten	157
3. Eingriff	158
4. Rechtfertigung der Einschränkung der Berufsfreiheit	159
a) Versuch einer „Stufenzuordnung“	160
b) Grenzen der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers	160
c) Maßstäbe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	162
aa) Eingriffsintensität einer Berufsausübungsregelung	162
bb) Berufsausübungsregelung mit Wahlcharakter	163
(1) Wirkung einer subjektiven Zulassungsbeschränkung ...	163
(2) Wirkung einer objektiven Zulassungsbeschränkung ...	164
III. Art. 2 Abs. 1 GG	165
IV. Art. 3 Abs. 1 GG	166
V. Ergebnis	166

§ 3 Finanzverfassungsrechtliche Beurteilung des Emissionsrechtshandels

169

A. Gebühren	170
I. Verwaltungsgebühr	171
II. Benutzungsgebühr	171
III. Verleihungsgebühr	172
1. Tatbestandliche Voraussetzungen	173
a) Weiter Leistungsbegriff	173
b) Enger Leistungsbegriff	174
c) Stellungnahme	174
d) Rechtsverleihung oder Duldung der Nutzung als maßgebende staatliche Leistung?	176
aa) Abgrenzung zur Duldungsgebühr	176
bb) Verleihung eines Rechts	177
cc) Zusammenfassung	177
2. Sachliche Rechtfertigung	178
a) Grundrechte des Gebührenbelasteten	178
aa) Abgrenzung zu anderen durch die Gebühr verursachten Be- lastungen	178
bb) Mögliche Grundrechtsbeeinträchtigungen	179
b) Maßstäbe für die Bestimmung der verfassungsrechtlich zulässigen Gebührenhöhe	179
aa) Äquivalenzprinzip und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ..	179
bb) Berücksichtigung der intendierten Lenkungswirkung	181
cc) Zusammenfassung	183
c) Kompensatorische Funktion der Verleihungsgebühr	184

aa) Genehmigung gemäß § 6 BImSchG	184
bb) Verfassungsrechtliche Grenzen der Ausgestaltung des im-	
missionsschutzrechtlichen Genehmigungsanspruchs	185
3. Zwischenergebnis	187
B. Beitrag	187
C. Steuer	188
D. Sonderabgabe	188
E. Sonstige nicht-steuerliche Abgaben	189
I. Grundsätze des Wasserpfennig-Beschlusses des BVerfG	189
1. Begrenzungs- und Schutzfunktion der Finanzverfassung	189
2. Konsequenzen für die materiellrechtliche Beurteilung nicht-steuer-	
licher Abgaben	190
a) Sachliche Legitimation durch Abschöpfung eines Sondervor-	
teils	190
b) Hinreichende Unterscheidbarkeit der nicht-steuerlichen Abgabe	
von der Steuer	192
c) Vollständigkeit des Haushaltsplanes	192
3. Bedeutung des „Wasserpfennig-Beschlusses“	193
II. Zusammenfassung	195
F. Ergebnis	195
§ 4 Bewertung der Ergebnisse und Ausblick	196
Literaturverzeichnis	202
Sachverzeichnis	218

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere(r) Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz, Absätze
abw.	abweichend
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein(e)
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AtG	Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren [Atomgesetz]
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich(en)
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebs-Berater
BBergG	Bundesberggesetz
Bd.	Band
begr.	begründet
Bek.	Bekanntmachung
BFHE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofes
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
Bl.	Blatt
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz
BTDrs.	Drucksachen des Deutschen Bundestags
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht

BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BWaldG	Bundeswaldgesetz
bzw.	beziehungsweise
CAA	Clean Air Act
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DM	Deutsche Mark
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum BGB
EGV (n.F.)	Vertrag über die Europäische Union
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
entspr.	entsprechend
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f., ff.	folgende(r) Seite(n)/Paragraph(en)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FDP	Freie Demokratische Partei
Fn.	Fußnote(n)
FS	Festschrift
GBL	Gesetzesblatt
GewArch	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung [GmbH-Gesetz]
grdl.	grundlegend
Hg.	Herausgeber(in)
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
hrsg.	herausgegeben
HStR	Handbuch des Staatsrechts
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel

i. E.	im Ergebnis
i. H. v.	in Höhe von
insbes.	insbesondere
i. S. d.	im Sinne des/der
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
jew.	jeweils
Jg.	Jahrgang
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
krit.	kritisch
lit.	Buchstabe
Lit.	Literatur
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LS	Leitsatz
Mrd.	Milliarde(n)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Nachw.	Nachweise
NdsVBl.	Niedersächsische Verwaltungsblätter
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer(n)
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	NVwZ-Rechtsprechungs-Report Verwaltungsrecht
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
o. g.	oben genannt(e)
OVG	Oberverwaltungsgericht
PrGS	Preußische Gesetzessammlung
RdE	Recht der Energiewirtschaft
RGBl.	Reichsgesetzblatt
Rn.	Randnummer(n)
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
S.	Seite(n), Satz <i>oder</i> Siehe
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannte(r/n)
Sp.	Spalte(n)
s. u.	siehe unten
st.	ständige(n)
StGB	Strafgesetzbuch
str.	streitig

st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
SZ	Süddeutsche Zeitung
u.	unten
u. a.	unter anderem
UBA	Umweltbundesamt
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
UTR	Schriftenreihe des Instituts für Umwelt- und Technikrecht
v.	vom; von
VBIBW.	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
Verf.	Verfasser
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VOC	flüchtige organische Verbindungen
Vorbem.	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WUR	Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht
z.	zu; zum; zur
zahlr.	zahlreich(en)
ZAU	Zeitschrift für angewandte Umweltforschung
z. B.	zum Beispiel
ZfU	Zeitschrift für Umweltrecht und Umweltpolitik
zit.	zitiert
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
z. T.	zum Teil
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
zzgl.	zuzüglich

§ 1 Einführung

Umweltlizenzen als marktwirtschaftliches Umweltinstrument

Nach wie vor stellt die Luftverschmutzung die dicht bevölkerten Industriestaaten vor erhebliche Umweltschutzprobleme. Obwohl in den vergangenen Jahren schon zum Teil beachtliche Erfolge bei der Luftreinhaltung erzielt werden konnten, ist die Belastung der Luft mit Schadstoffen insgesamt immer noch hoch und verursacht erhebliche Umweltgefahren.¹ Dabei ist bei den von der Luftverunreinigung ausgehenden Gefahren eine Akzentverschiebung zu beobachten. Während unmittelbar gesundheitsschädlichen und häufig nur regional begrenzten Belastungen zunehmend weniger Bedeutung beigemessen wird, haben globale Probleme wie die drohende Erdklimaveränderung durch die Akkumulation sogenannter Treibhausgase zunehmend an Bedeutung gewonnen.² Die Aufgabe, eine Verbesserung der Luftqualität effektiv und angesichts wirtschaftlicher Problemlagen auch möglichst kostengünstig, mit anderen Worten effizient³ zu verwirklichen, ist daher von ungebrochener Aktualität.⁴

A. Möglichkeiten der Verhaltenssteuerung in der Luftreinhaltspolitik

Im Bereich der Luftreinhaltung bieten sich dem Gesetzgeber im wesentlichen zwei verschiedene Wege, umweltbelastendes Verhalten der Emittenten zu beeinflussen. Neben oder anstelle von Maßnahmen der direkten Ver-

¹ Vgl. etwa den Sechsten Immissionsschutzbericht der Bundesregierung (1990–94), BTDRs. 13/4825, 39 ff. und jüngst den Bericht des *Rats von Sachverständigen für Umweltfragen*, Umweltgutachten 2000, Rn. 140 ff.

² Dazu knapp *Kloepfer*, Umweltrecht, § 14 Rn. 4; BTDRs. aaO., S. 40 ff.; *Rat von Sachverständigen für Umweltfragen*, Umweltgutachten 2000, Rn. 26, 134 ff.

³ Zur Unterscheidung des Begriffspaars gerade im Hinblick auf den Umweltschutz, s. *Zimmermann*, Erfolgskontrolle der Umweltpolitik, S. 29 f.

⁴ Im Zeitraum von 1985 bis 1995 betrug der Anteil der Investitionen und laufenden Ausgaben des produzierenden Gewerbes in den alten Bundesländern für die Luftreinhaltung 50,3% aller Umweltschutzinvestitionen (Gesamtvolumen: 193,4 Mrd. DM), Quelle: Statistisches Bundesamt, zit. nach: *Die Zeit*, Nr. 9 v. 19. 2. 1998, S. 22; eine Tabelle für den Zeitraum 1980 bis 1992 findet sich in BTDRs. 13/4825, 156. Zur wirtschaftlichen Bedeutung der Luftreinhaltspolitik auch *Kabelitz*, ZfU 1983, 153 f.

haltenssteuerung, die weitgehend Befehlscharakter haben, kann er auch „weiche“ Instrumente einsetzen, die lediglich Anreize zu weniger umweltbelastendem Verhalten setzen und den Betroffenen eine gewisse Handlungsfreiheit bei der Befolgung der staatlicherseits erstrebten Umweltschutzziele belassen.

I. Das herkömmliche Instrumentarium direkter Verhaltenssteuerung

Das gegenwärtige Immissionsschutzrecht setzt vorrangig auf Maßnahmen direkter Verhaltenssteuerung, die grundsätzlich mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden können und deren – rechtswidrige – Nichterfüllung mit Sanktionen geahndet wird. Die Ursprünge dieses Instrumentariums reichen weit zurück. Das Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) ging ursprünglich aus dem Gewerberecht hervor. Teil II des am 15. März 1974⁵ in Kraft getretenen BImSchG entsprach weitgehend den §§ 16 ff. der GewO⁶, welche ihrerseits ihre Wurzeln in der Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes⁷ und der Allgemeinen Gewerbeordnung für Preußen aus dem Jahre 1845⁸ hatten.

All diese Regelungen setzten an der Störereigenschaft des Emittenten an. Auch noch heute stellen viele Regelungen des BImSchG materiell-rechtlich betrachtet im Grundsatz – wenngleich im einzelnen fein ausdifferenziert – bloß eine Ausgestaltung der polizeilichen Gefahrenabwehr auf dem Gebiet der schädlichen Umwelteinwirkungen (§ 1 BImSchG), insbesondere der Lufteinwirkungen (§ 3 Abs. 1 bis 4 BImSchG), dar.⁹ Von maßgeblicher Bedeutung sind dabei die in § 1 BImSchG verankerten Prinzipien des Schutzes und der Vorsorge, welche durch die Grundpflichten des § 5 BImSchG für die Betreiber genehmigungsbedürftiger immissionsschutzrechtlicher Anlagen konkretisiert werden.

Zur Verwirklichung dieser Prinzipien dienen administrative Kontrollinstrumente, die auf die unmittelbare Abwehr von Umweltgefahren oder die

⁵ BGBl. I, S. 721, 1193.

⁶ Zuvor „Reichsgewerbeordnung“, Bekanntmachung v. 26. 7. 1900, RGBl., S. 871.

⁷ BGBl. des Norddeutschen Bundes, S. 245.

⁸ PrGS 1845, S. 41. Die Allgemeine Preußische Gewerbeordnung entwickelte die ordnungsrechtliche Generalklausel des Allgemeinen Preußischen Landrechts weiter. Näher dazu *Bender/Sparwasser/Engel*, Umweltrecht, § 6 Rn. 36; *Feldhaus*, WiVerw 1986, 68 f.; *GK-BImSchG-Blankenagel* (Stand: Jan. 1995), § 4 Rn. 8; *Tettinger*, in: *Tettinger/Wank*, GewO, Einl. Rn. 8 ff.

⁹ *Enders*, Kompensationsregelungen, S. 17; *ders.*, DÖV 1998, 188; vgl. auch *Wickel*, UPR 2000, 94 f. Zu einer Ausnahme sogleich B. III.

Verhinderung von Umweltschädigungen gerichtet sind. Dazu zählen insbesondere normative Verpflichtungen zu einem bestimmten Verhalten, aber auch Ermächtigungen zum Erlaß von Einzelfallanordnungen und die für Anlagen größeren Umfangs geltende Genehmigungspflicht.¹⁰ Auf der einen Seite bieten derartige Instrumente wegen ihrer klaren Zielvorgaben einige Vorteile. So lassen sich – jeweils eine effektive Überwachung vorausgesetzt – die angestrebten Umweltschutzziele mit Mitteln des Ordnungsrechts schnell und wirksam erreichen; besonders in kritischen Situationen können meist nur Ge- und Verbote rasch die Gefährdung beseitigen.¹¹ Auf der anderen Seite sind mit dem ordnungsrechtlichen Instrumentarium, das in den Wirtschaftswissenschaften als „auflagengeprägte“ Umweltpolitik bezeichnet wird¹², auch eine Reihe von Nachteilen verbunden.¹³

Diese ergeben sich zunächst daraus, daß das Ordnungsrecht Umweltschutzprobleme gesetzestechisch nach einem zu simplen Muster erfaßt, indem lediglich zwischen schädlichen und damit verbotenen und nichtschädlichen, also erlaubten Umwelteinwirkungen, unterschieden wird.¹⁴ Für die Bestimmung der Schädlichkeit bzw. Unschädlichkeit einer Luftbelastung kommt es dabei grundsätzlich auf die Emissionsmenge oder die Immissionskonzentration an, welche zwar aufgrund naturwissenschaftlicher Kenntnisse, letztlich aber willkürlich von der Legislative oder vom untergesetzlichen Normgeber festgesetzt werden.¹⁵ Diese Vorgehensweise hat zur Folge, daß sämtliche unter der Schädlichkeitsgrenze liegenden Emissionen, die auch eine Verschmutzung der Umwelt verursachen, erlaubt sind und dennoch die Addition all dieser für sich genommen erlaubten Emissionen zu einer erheblichen Verschmutzung führen kann. Zudem führt das Abstellen auf den „Stand der Technik“ (immissionsschutzrechtliche Legaldefinition in § 3 Abs. 6 BImSchG)¹⁶ im Zusammenhang mit Emissionsgrenzwerten

¹⁰ Näher dazu: *Feldhaus*, DVBl. 1984, 553; *Schmidt/Müller*, Umweltrecht, § 1 Rn. 19; sehr ausführlich *Kloepfer*, Umweltrecht, § 5 Rn. 34 ff. m. w. N.

¹¹ *Wicke*, Umweltökonomie, S. 201; *Bender/Sparwasser/Engel*, Umweltrecht, § 1 Rn. 135 (Fn. 201).

¹² *Wicke*, Umweltökonomie, S. 195 ff.; *Cansier*, Umweltökonomie, S. 131 u. 204; *ders.*, NVwZ 1994, 646; *Endres*, Umweltzertifikate, S. 3 ff.; *ders.*, ZRP 1985, 197 ff.

¹³ Statt vieler: *Wicke*, Umweltökonomie, S. 202 ff.; *Kabelitz*, ZfU 1983, 160 ff.; *Wahl/Appel*, Prävention und Vorsorge, S. 28 ff.; *Praml*, RdE 45(1984), 270 f.; *Endres*, aaO., S. 3; *Hoppe/Beckmann*, Umweltrecht, § 9 Rn. 2; sehr ausführlich zum Vollzugsdefizit: *Lübbe-Wolff*, Modernisierung des Umweltordnungsrechts, S. 1 ff.

¹⁴ GK-BImSchG-*Blankenagel* (Stand: Jan. 1995), § 4 Rn. 12; *Bender/Sparwasser/Engel*, Umweltrecht, § 1 Rn. 135.

¹⁵ *Blankenagel*, aaO., Rn. 12.

¹⁶ Der Stand der Technik ist abzugrenzen von anderen technischen Standards. Wie das Bundesverfassungsgericht im Kalkar-Beschluß herausgearbeitet hat, sind an den „Stand der Technik“ höhere Anforderungen zu stellen als an die „allgemein