

**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

<b>§ 1 Einführung</b>	
<b>Umweltlizenzen als marktwirtschaftliches Umweltinstrument</b>	<b>15</b>
<b>A. Möglichkeiten der Verhaltenssteuerung in der Luftreinhaltepolitik</b>	<b>15</b>
I. Das herkömmliche Instrumentarium direkter Verhaltenssteuerung	16
II. Möglichkeiten indirekter Verhaltenssteuerung (ökonomische Instrumente)	19
<b>B. Funktionsweise handelbarer Umweltzertifikate</b>	<b>21</b>
I. Effizienzgewinne	21
II. Verbesserung der Umweltqualität	22
III. Abgrenzung zu Kompensationsmodellen	23
<b>C. Entwicklungsgeschichte des Umweltzertifikatmodells</b>	<b>24</b>
<b>D. Anwendungsmöglichkeiten eines Modells handelbarer Umweltlizenzen</b>	<b>30</b>
<b>E. Ausgestaltungsformen des Zertifikatmodells</b>	<b>32</b>
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
<b>F. Rechtliche Beurteilung der Zertifikatmodelle</b>	<b>42</b>
I. Überblick über die rechtlichen Probleme	42
II. Verfassungsrechtliche Fragen	43

## § 2 Grundrechtliche Probleme 45

<b>A. Abkehr vom ordnungsrechtlichen System und Umwandlung bestehender Rechtspositionen</b> .....	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>B. Grundrechtsbeeinträchtigungen nach Ingangsetzen des Handels .....</b>	<b>145</b>
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

<b>A. Gebühren</b> .....	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>B. Beitrag</b> .....	187
<b>C. Steuer</b> .....	188
<b>D. Sonderabgabe</b> .....	188
<b>E. Sonstige nicht-steuerliche Abgaben</b> .....	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
<b>F. Ergebnis</b> .....	195
<b>§ 4 Bewertung der Ergebnisse und Ausblick</b> .....	196
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	202
<b>Sachverzeichnis</b> .....	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.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> Die Aufgabe, eine Verbesserung der Luftqualität effektiv und angesichts wirtschaftlicher Problemlagen auch möglichst kostengünstig, mit anderen Worten effizient<sup>3</sup> zu verwirklichen, ist daher von ungebrochener Aktualität.<sup>4</sup>

#### **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-

---

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

<sup>2</sup> Dazu knapp *Kloepfer*, Umweltrecht, § 14 Rn. 4; BT Drs. aaO., S. 40 ff.; *Rat von Sachverständigen für Umweltfragen*, Umweltgutachten 2000, Rn. 26, 134 ff.

<sup>3</sup> Zur Unterscheidung des Begriffspaares gerade im Hinblick auf den Umweltschutz, s. *Zimmermann*, Erfolgskontrolle der Umweltpolitik, S. 29 f.

<sup>4</sup> 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 BT Drs. 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 1974<sup>5</sup> in Kraft getretenen BImSchG entsprach weitgehend den §§ 16 ff. der GewO<sup>6</sup>, welche ihrerseits ihre Wurzeln in der Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes<sup>7</sup> und der Allgemeinen Gewerbeordnung für Preußen aus dem Jahre 1845<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> 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

---

<sup>5</sup> BGBl. I, S. 721, 1193.

<sup>6</sup> Zuvor „Reichsgewerbeordnung“, Bekanntmachung v. 26. 7. 1900, RGBl., S. 871.

<sup>7</sup> BGBl. des Norddeutschen Bundes, S. 245.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> *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.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup> Auf der anderen Seite sind mit dem ordnungsrechtlichen Instrumentarium, das in den Wirtschaftswissenschaften als „auflagengeprägte“ Umweltpolitik bezeichnet wird<sup>12</sup>, auch eine Reihe von Nachteilen verbunden.<sup>13</sup>

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.<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> 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)<sup>16</sup> im Zusammenhang mit Emissionsgrenzwerten

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

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

<sup>12</sup> *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.

<sup>13</sup> 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.

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

<sup>15</sup> *Blankenagel*, aaO., Rn. 12.

<sup>16</sup> 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