

Aufsatz ÖR

Prof. Dr. Dr. h. c. Wolfgang Kahl, M. A.* und Sophia Effinger

Instrumente des Umweltrechts (Teil 2)

<https://doi.org/10.1515/jura-2022-3219>

Dieser zweiteilige Beitrag vermittelt einen Überblick über die wichtigsten Instrumente des Umweltrechts. Der erste Teil (JURA 2022, 1394 ff.) behandelte im Schwerpunkt das Planungsrecht, die direkten Instrumente (Ordnungsrecht) und das Verfahren. Der zweite Teil beschäftigt sich vor allem mit dem informalen Verwaltungshandeln, den indirekten (sog. ökonomischen) Instrumenten sowie der Umwelthaftung.

Stichwörter: Umweltrecht, Instrumente des Umweltrechts, informales Verwaltungshandeln, Umwelthaftung

V. Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung

1. Allgemeines

a) Begriff und Systematik

Indirekte Umweltinstrumente sind influenzierende, nicht zwangsweise durchsetzbare staatliche Maßnahmen der Verhaltenssteuerung durch Setzung positiver oder negativer Anreize, die es dem Bürger überlassen, ob er dem Anreiz folgt oder nicht.¹ Die Rede ist von weicher Regulierung bzw. Steuerung.² Der Staat wirkt auf von ihm erwünschte Verhaltensweisen hin, ohne diese zu gebieten, oder sucht

¹ Franzius Die Herausbildung der Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2000, S. 103; Kloepfer/Durner Umweltschutzrecht, 3. Aufl. 2020, § 4 Rn. 59; Kluth/Smeddinck/Kluth Umweltrecht, 2. Aufl. 2020, § 1 Rn. 166.

² Kahl/Gärditz Umweltrecht, 12. Aufl. 2021, § 4 Rn. 124; vgl. auch Smeddinck DVBl. 2019, 744 (749 ff.).

***Kontaktperson: Wolfgang Kahl**, ist geschäftsführender Direktor des Instituts für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht der Universität Heidelberg sowie der Forschungsstelle für Nachhaltigkeitsrecht, ebendort.

Sophia Effinger, cand. iur., ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Kahl.

von ihm unerwünschte Verhaltensweisen zu verhindern, ohne diese zu verbieten.³ Der Bürger entscheidet sich zwischen mehreren legalen Verhaltensweisen, wobei seine Entscheidung (u. a.) von den staatlich gesetzten Anreizen beeinflusst wird.⁴

Systematisch lassen sich indirekte Umweltinstrumente in informationelle (V. 2.), ökonomische (V. 3.–V. 6.), konsensuale (V. 7.), informale (V. 8.) und (betriebs-)organisatorische Instrumente (V. 9.) untergliedern.⁵ Von besonderer Bedeutung ist die Umwelthaftung bzw. -verantwortlichkeit (VI.), die den ökonomischen Instrumenten zugerechnet werden kann.⁶

b) Vor- und Nachteile

Indirekte Umweltinstrumente versprechen eine hohe Flexibilität,⁷ weil sie ihrem Adressaten die Freiheit belassen, sich für oder gegen umweltfreundliches Verhalten zu entscheiden (»legal compliance«). Dadurch steigt zum einen ihre Akzeptanz, zum anderen die Motivation, sich über das gesetzlich gebotene Maß hinaus um Umweltschutz zu bemühen (»beyond compliance«).⁸ Damit verbunden ist eine gesteigerte Kosteneffizienz sowie eine gewisse Entlastung der Verwaltung in einem Bereich wie der Umweltpolitik, der ohnehin – aufgrund begrenzter sächlicher und personeller Mittel der Administrative – unter einem Vollzugsdefizit leidet.⁹

Oft steckt in indirekten Instrumenten aber eine mittelbar-faktische Freiheitseinschränkung, etwa wenn dem Bürger aufgrund der wirtschaftlichen Nachteile einer Maßnahme praktisch kaum mehr eine Wahlmöglichkeit verbleibt. Oftmals versagen dann Rechtsschutzmechanismen, weil diese traditionell auf die Abwehr direkter Eingriffe ausgerichtet sind, was – gerade bei informalen

³ Kloepfer Umweltrecht, 4. Aufl. 2016, § 5 Rn. 759.

⁴ Franzius (Fn. 1), S. 103.

⁵ Vgl. Kloepfer (Fn. 3), § 5 Rn. 761.

⁶ Schoch/Eifert Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, Kap. 5 Rn. 133.

⁷ Franzius (Fn. 1), S. 103; Kloepfer/Durner (Fn. 1), § 4 Rn. 60.

⁸ Kloepfer (Fn. 3), § 5 Rn. 772.

⁹ Franzius (Fn. 1), S. 108; Voßkuhle/Eifert/Möllers/Sacksofsky GVwR II, 3. Aufl. 2022, § 39 Rn. 52.

Instrumenten (s. V. 8.) – in Verbindung mit dem Mangel an Transparenz und Rechtssicherheit zu rechtsstaatlichen Bedenken führt.¹⁰ Zudem besteht die Gefahr, dass die ökonomische Effizienz indirekter Verhaltenssteuerung auf Kosten deren ökologischer Effektivität geht, weil das gewünschte Verhalten nicht mit Zwang durchgesetzt werden kann (Problem der Steuerungsunschärfe bzw. -schwäche).¹¹ Zuletzt können mit indirekten Instrumenten ein zusätzlicher Bürokratiezuwachs und die Entstehung von Transaktionskosten einhergehen.¹²

c) Verwendungsmöglichkeit

Indirekte Instrumente (z. B. Abgaben, Subventionen, Informationen) können zunächst punktuell auf konkrete umweltrelevante Verhaltensweisen bezogen werden (sog. nicht-institutionalisierte Anreize). Sie können aber auch im Rahmen weitergehender, verschiedene Regelungsbereiche integrierender Anreizsysteme eingesetzt werden, um die strukturelle und nachhaltige Verbesserung beispielsweise des Umweltschutzes in Unternehmen zu erreichen (sog. institutionalisierte Anreize).¹³ Dabei können die indirekten Instrumente angesichts ihrer o. g. Nachteile direkte Instrumente i. d. R. nicht vollständig ersetzen, sondern das weiterhin unverzichtbare und vorrangige Ordnungs- und Planungsrecht nur ergänzen.¹⁴ Vor allem bei besonders akuten und schwerwiegenden Umweltgefahren ist aus Gründen eines effektiven Umweltschutzes (Art. 2 II 1 GG [staatliche Schutzpflicht], 20a GG) auf ordnungsrechtliche Instrumente zurückzugreifen. Indirekte Instrumente werden flankierend zu den direkten Umweltinstrumenten im Instrumentenverbund insbesondere dort eingesetzt, wo herkömmliche Maßnahmen versagen.¹⁵

2. Umweltinformation

FALL 6:¹⁶ Das Bundesverkehrsministerium (BMV) gelangte im Zusammenhang mit dem »Dieselskandal« an Unterlagen des Autoherstellers B, die Informationen über die Abgasmessbedingungen bei der Fahrzeugzulassung enthalten. Die nach § 3

UmwRG anerkannte Umweltvereinigung A möchte der potenziellen Abgasmanipulation nachgehen und wendet sich daher an das BMV mit dem Begehren, Einsicht in die Unterlagen zu erhalten. Das BMV lehnt den Antrag mit der Begründung ab, dass sich das Ministerium an einem laufenden EU-Gesetzgebungsverfahren zur Vereinheitlichung der Emissionsmessstandards beteilige und die Unterlagen hierfür zur Vorbereitung der deutschen Stellungnahme verwende. Es handele sich bei den Unterlagen zudem um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der B. Schließlich könne sich die Preisgabe der Informationen an A nachteilig auf die strafrechtlichen Ermittlungen gegen B auswirken, die u. a. auf Grundlage dieser Unterlagen wegen Verdachts falsch angegebener Abgaswerte laufen. Hat A einen Anspruch gegen das BMV auf Einsicht in die Unterlagen?

a) Bedeutung und Rechtsgrundlagen

Staatliche Umweltinformation, sowohl in Form von antragsunabhängiger Information (aktive Information) als auch in Form von Ansprüchen der Bürger auf Informationszugang (passive Information),¹⁷ ist von besonderer Bedeutung für den Umweltschutz, da die Information der Öffentlichkeit die Grundlage (umwelt-)verantwortlichen Handelns, insbesondere der effektiven prozessualen Verteidigung eigener subjektiver Rechte und der Ausübung von Partizipationsrechten (z. B. Bürgerbegehren, Demonstrationsteilnahme, Petition etc.) sowie des aktiven Wahlrechts, bildet (Konzept der informierten Öffentlichkeit¹⁸).¹⁹ Damit kommt insbesondere Informationszugangsrechten als Teilhabe- und Kontrollinstrument und Ausprägung des Kooperationsprinzips eine zentrale Bedeutung im freiheitlichen demokratischen Rechtsstaat zu.²⁰

Im internationalen Kontext bildet die Information die erste von drei Säulen (»Information – Partizipation²¹ – Rechtsschutz«) des Umweltschutzes (Aarhus-Konvention).²² Unionsrechtlich sind Informationsrechte Ausprägung der im Primärrecht der EU verankerten Prinzipien der Offenheit und Bürgernähe gem. Art. 1 II, 10 II 2, 11 II, III EUV, Art. 15, 298 I AEUV, Art. 42 GRCh. Auf sekundärrechtlicher Ebene regelt die EU-Umweltinformationsricht-

¹⁰ Reh binder/Schink/Reh binder Grundzüge des Umweltrechts, 5. Aufl. 2018, Kap. 3 Rn. 338.

¹¹ Kloepfer (Fn. 3), § 5 Rn. 775.

¹² Lüb be-Wolff NVwZ 2001, 481 (482).

¹³ Kloepfer (Fn. 3), § 5 Rn. 771; s. auch Franzius (Fn. 1), S. 104 f.

¹⁴ Kloepfer/Durner (Fn. 1), § 4 Rn. 61.

¹⁵ Dazu u. VII.; vgl. Guckelberger NuR 2022, 221 (223).

¹⁶ Nach BVerwGE 172, 232 ff.; OVG Berlin-Brandenburg NVwZ 2019, 1372; VG Berlin BeckRS 2017, 140070.

¹⁷ Zu den Begriffen Kahl/Ludwigs/Spiecker gen. Döhm ann HVwR I, 2021, § 23 Rn. 66.

¹⁸ Schmidt-Aßmann Das Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2006, S. 359.

¹⁹ Ehlers/Vorbeck JURA 2013, 1124 (1124); ausf. Ehlers/Pünder/Ehlers Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 1 Rn. 81 ff.; Kahl/Ludwigs/Spiecker gen. Döhm ann (Fn. 17), § 23 Rn. 1 ff.

²⁰ Ehlers/Pünder/Ehlers (Fn. 19), § 1 Rn. 87; Kloepfer/Durner (Fn. 1), § 4 Rn. 67; Kahl/Ludwigs/Spiecker gen. Döhm ann (Fn. 17), § 23 Rn. 1.

²¹ Dazu Teil I dieses Aufsatzes (IV. 4.).

²² Art. 4 f. AK, BGBl. II 2006, 1251; Schlacke/Schrader/Bunge/Bunge Aarhus-Handbuch, 2019, S. 12 f.

linie (UI-RL)²³ das Recht auf Zugang zu behördlichen Umweltinformationen sowie die Pflicht des Staates, diese aktiv und unter Verwendung des Internets zu verbreiten.²⁴ Unter dem Einfluss des Unionsrechts hat sich – im Sinne eines Paradigmenwechsels – die traditionelle Vorstellung des deutschen Verwaltungsrechts einer grundsätzlich nicht-öffentlichen Verwaltung (sog. Arkanprinzip) grundlegend geändert und ist dem Transparenzprinzip gewichen,²⁵ was in den allgemeinen Informationsfreiheitsgesetzen des Bundes (IFG) und der Länder²⁶ sowie in sektorspezifischen Informationsgesetzen des Bundes (Umweltinformationsgesetz [UIG], Verbraucherinformationengesetz [VIG]) und der Länder²⁷ zum Ausdruck kommt.

b) Aktive Umweltinformation

Die antragsunabhängige Informationstätigkeit von staatlichen Stellen erfolgt in erster Linie in Form von Aufklärung, Warnungen und Empfehlungen (Öffentlichkeitsarbeit).²⁸ So können staatliche Organe, etwa Regierungen, Informationen über die Umwelt durch Umweltberichte (z. B. Waldzustandsbericht) und Warnungen vor umweltgefährdenden Verhaltensweisen bzw. Produkten (z. B. gewässerbelastende Reinigungsmittel) verbreiten oder zu einem bestimmten Verhalten raten (z. B. zum Energiesparen durch bestimmtes Heiz- oder gar Duschverhalten).²⁹ Der Staat kann durch die Vergabe von Umweltzeichen wie dem »Blauen Engel« einen Anreiz zum Konsum umweltfreundlicher Produkte setzen.³⁰ Diese Informationstätigkeit der Behörden ist schlichtes Verwaltungshandeln (Realakt).³¹ Vor allem Warnungen vor Produkten können Eingriffe in die Grundrechte (insbes. Art. 14 I, 12 I GG) der Hersteller darstellen. Dies wirft die Frage nach einer gesetzlichen Grundlage für staatliches Informationshandeln auf (Vorbehalt des Gesetzes, Art. 20 III GG). Nach dem BVerfG soll die Aufgabe der Staatsleitung der Regierung (Art. 65 GG) Warnungen der Ministerien umfassen.³² Min-

destanforderung ist, dass die Warnung inhaltlich zutreffend, sachlich kommuniziert und verhältnismäßig ist.³³ Inzwischen finden sich spezielle gesetzliche Grundlagen z. B. in § 11 ProdSG oder §§ 10, 11 UIG bzw. Landesrecht³⁴.

c) Passive Umweltinformation

aa) Akteneinsichtsrechte und allgemeine

Auskunftsansprüche

Nach § 29 VwVfG haben Beteiligte eines Verwaltungsvorgangs (§§ 9, 13 VwVfG) einen Anspruch auf Akteneinsicht, wenn die Einsicht zur Geltendmachung oder Verteidigung ihrer rechtlichen Interessen erforderlich ist. Es gelten die Ausnahmen und Einschränkungen nach §§ 29 I 2, 3, II, 30 VwVfG (Grundsatz der beschränkten Aktenöffentlichkeit)³⁵. Die Öffentlichkeit kann während der Planauslegung im Planungsverfahren (§ 3 I, II BauGB) und im Planfeststellungsverfahren (§ 73 III VwVfG) Einsicht in die entsprechenden Unterlagen nehmen. Nach § 63 II BNatSchG können Naturschutzvereinigungen Einsicht in Sachverständigengutachten nehmen. Daneben beinhalten z. B. § 25 VwVfG³⁶, § 72 I Hs. 2 VwVfG, §§ 19, 20 UVPD und §§ 9, 10 UmwHG Auskunftsansprüche gegenüber der jeweils zuständigen Behörde.³⁷

bb) Voraussetzungslose Informationszugangsansprüche, insbesondere: § 3 I 1 UIG

Die für den Umweltschutz maßgebliche Anspruchsgrundlage für einen voraussetzungslosen Informationszugang ist § 3 I 1 UIG (bzw. die entsprechende Norm des Landesumweltinformationsrechts). Im Fall von Umweltinformationen ist diese Vorschrift *lex specialis* gegenüber dem allgemeinen Anspruch nach § 1 I 1 IFG (bzw. Landes-IFG) sowie gegenüber § 2 I 1 VIG (vgl. § 1 III IFG, § 2 IV VIG).

Zweck des UIG ist es nach dessen § 1 I, den freien Zugang zu Umweltinformationen und deren Verbreitung zu ermöglichen;³⁸ damit sollen der freie Meinungs-austausch und das allgemeine Umweltbewusstsein gestärkt werden.³⁹ Anspruchsberechtigt ist nach § 3 I 1 UIG jedermann (sog. Jedermannsrecht), also vor allem jeder Bürger, aber

²³ RL 2003/4/EG, ABl. L 41/26.

²⁴ Schlacke Umweltrecht, 8. Aufl. 2021, § 5 Rn. 128.

²⁵ Kloepfer (Fn. 3), § 5 Rn. 1364 ff.

²⁶ Z. B. LIFG BW, LTranspG Rh.-Pf.

²⁷ Z. B. UVwG BW, UIG Bayern, UIG Niedersachsen; dazu Guckelberger NuR 2018, 378 (379).

²⁸ Landmann/Rohmer/Reidt/Schiller Umweltrecht, 97. EL. Dez. 2021, § 1 UIG Rn. 10.

²⁹ Vgl. Koch/Hofmann/Reese/Ramsauer Handbuch Umweltrecht, 5. Aufl. 2018, § 3 Rn. 106.

³⁰ Schlacke (Fn. 24), § 5 Rn. 109.

³¹ Ehlers/Vorbeck JURA 2014, 34 (38).

³² BVerfGE 105, 252 (268 ff.).

³³ Koch/Hofmann/Reese/Ramsauer (Fn. 29), § 3 Rn. 108.

³⁴ Z. B. §§ 30, 31 UVwG BW.

³⁵ Landmann/Rohmer/Reidt/Schiller (Fn. 28), Vorbem. UIG Rn. 4.

³⁶ Dazu Ehlers/Vorbeck (Fn. 19), 1125 ff.

³⁷ Kahl/Gärditz (Fn. 2), § 4 Rn. 183.

³⁸ Zwei Säulen des UIG (§§ 3 ff. und §§ 10 ff. UIG), vgl. dazu Landmann/Rohmer/Reidt/Schiller (Fn. 28), § 1 UIG Rn. 3.

³⁹ Kahl/Gärditz (Fn. 2), § 4 Rn. 187.

auch Umweltverbände und Unternehmen. Anspruchsgegner ist nach § 1 II i. V. m. § 2 I Nr. 1 UIG die informationspflichtige Stelle (Bundesbehörde). Gegenstand des Anspruchs sind gem. § 3 I 1 i. V. m. § 2 III UIG Umweltinformationen, über die die informationspflichtige Stelle verfügt.⁴⁰ Nach § 8 I UIG können dem Anspruch öffentliche Belange, nach § 9 I UIG private Interessen wie der Schutz personenbezogener Daten (Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG), das Recht am geistigen Eigentum (Urheber-, Patent- und Markenrechte, Art. 14 I GG) oder der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen (Art. 12 I, 14 I GG) entgegenstehen.⁴¹ §§ 3 III, 4, 5 UIG regeln das Verfahren.

LÖSUNG FALL 6: Rechtsgrundlage für das Begehren der A ist § 3 I 1 UIG, nach dem jede Person anspruchsberechtigt ist, also auch A. Bei den begehrten Informationen über die Emissionsmessbedingungen handelt es sich um Umweltinformationen i. S. d. § 2 III Nr. 3 lit. a i. V. m. III Nr. 1 und 2 UIG, da nicht nur Informationen über Emissionen an sich, sondern auch über die Umstände ihrer Messung erfasst sind.⁴² Das BMV ist auch informationspflichtige Stelle i. S. d. § 2 I Nr. 1 UIG, bei der die Informationen vorhanden sind. Es kann sich nicht nach § 2 I Nr. 1 S. 3 lit. a UIG darauf berufen, dass es als oberste Bundesbehörde in der Gesetzgebung tätig ist, weil Gesetzgebungsverfahren auf EU-Ebene hiervon nicht erfasst sind.⁴³ Es könnte jedoch ein Ablehnungsgrund gem. §§ 8, 9 UIG vorliegen. Strafrechtliche Ermittlungen gem. § 8 I 1 Nr. 3 Alt. 3 UIG sind nicht beeinträchtigt, wenn der Staatsanwaltschaft die Unterlagen wie hier bereits vorliegen.⁴⁴ Die pauschale Behauptung, durch die Bekanntgabe der Unterlagen werden Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse verletzt (§ 9 I 1 Hs. 1 Nr. 2 UIG), reicht nicht aus; zudem würde in einer Interessenabwägung (§ 9 I 1 Hs. 2 UIG) das erhebliche öffentliche Interesse an der Aufklärung der Abgasmanipulationen gegenüber dem aufgrund des mutmaßlich strafbaren Vorverhaltens weniger schutzwürdigen Geheimhaltungsinteresse der B überwiegen, zumal immer noch die Möglichkeit von partiellen Schwärzungen besteht. Somit hat A einen Informationsanspruch aus § 3 I 1 UIG.

3. Umweltabgaben

FALL 7:⁴⁵ In den öffentlichen Mülleimern der Stadt S sammelt sich durch den hohen Konsum von Coffee-To-Go-Bchern und Einweggeschirr in großen Mengen Müll an. Um dieser »aus-

ufernden Verpackungsflut« entgegenzuwirken, erlässt S am 1.1.2022 eine Satzung, nach der Verkaufsstellen, die Speisen und Getränke zum sofortigen Verzehr oder zum Mitnehmen ausgeben, eine Steuer i. H. v. 0,50€ für Einwegverpackungen und -geschirr sowie 0,20€ für Einwegbesteck entrichten müssen. Damit möchte S Haushaltseinnahmen generieren und einen Anreiz zur Nutzung von Mehrwegsystemen setzen. Ist die Verpackungssteuer zulässig?

a) Allgemeines

Umweltabgaben sind öffentlich-rechtliche Geldleistungspflichten des Bürgers gegenüber dem Staat, die zur Erreichung ökologischer Ziele auf Umweltbelastungen und -nutzungen erhoben werden und auf dem Verursacherprinzip beruhen (Internalisierung externer Kosten).⁴⁶ Es lassen sich Umweltlenkungs-, Umweltfinanzierungs-, Umweltnutzungs- und Umweltausgleichsabgaben unterscheiden.⁴⁷

In der Praxis stellt sich jedoch zum einen das Problem, dass der Verursacher oft schwer zu ermitteln⁴⁸ und die erforderliche Abgabenhöhe nicht sicher bestimmbar ist.⁴⁹ Zum anderen besteht die Gefahr, dass die Adressaten auf umweltschädliche Ausweichverhalten (z. B. Produktionsverlagerung ins Ausland) zurückgreifen oder die Abgabenzahlung günstiger ist als umweltverträgliches Verhalten.⁵⁰ Schließlich bergen Abgaben bei oftmals verbotsähnlicher Eingriffsintensität Rechtsschutzdefizite.⁵¹ Zum Ausgleich dieser Schwächen kann es sich anbieten, Umweltabgaben i. V. m. ordnungsrechtlichen Instrumenten einzusetzen.⁵²

b) Umweltsteuern

Eine Steuer i. S. d. Art. 105 ff. GG ist – anknüpfend an die Legaldefinition in § 3 I AO⁵³ – eine Geldleistung des Bürgers, die keine individuelle Gegenleistung für eine besondere Leistung ist, von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen allen auferlegt wird, auf die der Steuertatbestand zutrifft, und die (auch) der Erzielung staatlicher

⁴⁰ Der Begriff ist weit zu verstehen, vgl. dazu *Schlacke* (Fn. 24), § 5 Rn. 129.

⁴¹ Dazu *Kahl/Gärditz* (Fn. 2), § 4 Rn. 198 ff.

⁴² BVerwGE 172, 232 (239 f. Rn. 29 f.); OVG Berlin-Brandenburg (Fn. 16), Rn. 60.

⁴³ VG Berlin (Fn. 16), Rn. 28.; s. auch VG Berlin BeckRS 2018, 16158 Rn. 30.

⁴⁴ VG Berlin (Fn. 16), Rn. 35 ff.

⁴⁵ Nach VGH BW BeckRS 2022, 7811.

⁴⁶ *Schlacke* (Fn. 24), § 5 Rn. 88, 93.

⁴⁷ Näher dazu *Kluth/Smeddinck/Kluth* (Fn. 1), § 1 Rn. 169.

⁴⁸ *Kloepfer/Durner* (Fn. 1), § 4 Rn. 85.

⁴⁹ *Schoch/Eifert* (Fn. 6), Kap. 5 Rn. 142.

⁵⁰ *Kloepfer* (Fn. 3), § 5 Rn. 978 ff.

⁵¹ *Kloepfer* (Fn. 3), § 5 Rn. 986 f.

⁵² So auch *Voßkuhle/Eifert/Möllers/Sacksofsky* (Fn. 9), § 39 Rn. 59.

⁵³ BVerfGE 93, 319 (346); 149, 222 (248 f. Rn. 53); *Jäkel JURA* 2017, 630 (631).

Einnahmen dient.⁵⁴ Umweltsteuern auf nationaler Ebene sind z. B. die Kfz- und die Luftverkehrsteuer oder die Strom- und Mineralölsteuer⁵⁵ auf fossile Energiearten (sog. ökologische Steuerreform), die als Verbrauchsteuer i. S. v. Art. 106 I Nr. 2 GG eingeordnet wird⁵⁶; eine Kernbrennstoffsteuer hat das BVerfG dagegen als verfassungswidrig eingestuft⁵⁷. Diskutiert werden eine CO₂-Steuer (gestützt auf Art. 106 I Nr. 3 GG)⁵⁸ und eine Immissionssteuer auf Schmutz und Lärm⁵⁹. Auf unionsrechtlicher Ebene ist etwa die Plastiksteuer 2021 zu nennen;⁶⁰ geplant ist die Einführung einer CO₂-Steuer, die bei Grenzübertritt auf klimaschädlich in Drittstaaten hergestellte Produkte erhoben werden soll.⁶¹

c) Gebühren und Beiträge

Gebühren und Beiträge sind Geldleistungen für eine konkrete staatliche Leistung.⁶² Eine Gebühr wird dabei für eine tatsächlich in Anspruch genommene Leistung bezahlt (z. B. Müll-, Abwasser- oder Straßennutzungsgebühr).⁶³ Beiträge werden zur Deckung von Verwaltungskosten für die Bereitstellung öffentlicher Einrichtungen erhoben, und zwar unabhängig davon, ob die Einrichtung tatsächlich in Anspruch genommen wird (z. B. Klärbeitrag für die Errichtung einer Kläranlage).⁶⁴ Die Höhe der Beiträge und Gebühren darf nicht außer Verhältnis zum Wert der Leistung stehen (Äquivalenzprinzip) und muss die Verwaltungskosten decken (Kostendeckungsprinzip).⁶⁵

⁵⁴ Badura Staatsrecht, 7. Aufl. 2018, I Rn. 6; Maurer Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 21 Rn. 17.

⁵⁵ Allg. zu Energiesteuern Rodi/Rodi Handbuch Klimaschutzrecht, 2022, § 17 Rn. 3 ff.

⁵⁶ BVerfGE 110, 274 (295 ff.).

⁵⁷ BVerfGE 145, 171 (188 ff. Rn. 56 ff.).

⁵⁸ Vgl. dazu Frenz Grundzüge des Klimaschutzrechts, 2. Aufl. 2021, Rn. 499; Klinski/Keimeyer NVwZ 2019, 1465 (1469 ff.); Wieland EurUP 2019, 363 ff.

⁵⁹ Dazu Kahl/Gärditz (Fn. 2), § 4 Rn. 128 f.; zu weiteren Vorschlägen Kloepfer/Dumer (Fn. 1), § 4 Rn. 94 ff.

⁶⁰ Art. 2 I lit. c, II Beschluss 2020/2053 des Rates v. 14.12.2020, ABl. L 424/1.

⁶¹ Dazu Ismer DStR 2022, 1187 ff.; Rodi/Mehling/Rodi (Fn. 55), § 18 Rn. 20 ff.

⁶² BVerfGE 149, 222 (250 Rn. 55); Gröpl Staatsrecht I, 13. Aufl. 2021, Rn. 710.

⁶³ Badura (Fn. 54), I Rn. 6; Kahl/Gärditz (Fn. 2), § 4 Rn. 131.

⁶⁴ Badura (Fn. 54), I Rn. 6; Kloepfer (Fn. 3), § 5 Rn. 1052.

⁶⁵ Kloepfer Finanzverfassungsrecht, 2014, § 2 Rn. 33.

d) Sonderabgaben

Sonderabgaben sind Abgaben, die nicht als Gegenleistung für einen konkreten staatlichen Vorteil erhoben werden,⁶⁶ die aber für einen besonderen (hier: umweltpolitischen) Zweck einem bestimmten Adressatenkreis auferlegt werden, weil dieser davon besonders betroffen ist (Durchbrechung des Nonaffektationsprinzips⁶⁷).⁶⁸ Dabei kann differenziert werden zwischen Lenkungsabgaben (Sonderabgaben i. w. S.), die vorrangig einen umweltpolitischen Gestaltungszweck verfolgen (z. B. Abwasserabgabe) und Finanzierungsabgaben (Sonderabgaben i. e. S.) als reine Instrumente der Einnahmeerzielung, wobei die Einnahme häufig der Finanzierung einer spezifischen ökologischen Aufgabe dient (z. B. Abgabe zum Klärschlamm-Entschädigungsfonds).⁶⁹

Wegen ihrer Nähe zu den Steuern bedürfen Sonderabgaben einer besonderen Legitimation, um nicht gegen Art. 104a ff. GG (Prinzip des »Steuerstaats«), Art. 3 I GG (Gleichheit der Steuerschuldner) und Art. 110 GG (Budgethoheit des Parlaments) zu verstoßen.⁷⁰ So darf nur eine gesellschaftlich abgrenzbare, *homogene Gruppe* mit der Abgabe belastet werden, die *gruppennützig* verwendet werden muss. Diese Gruppe muss eine besondere *Sachnähe* zu dem Abgabenzweck und daher eine besondere *Verantwortung* für diese Aufgabe haben: So soll der Klärschlamm-Entschädigungsfonds Haftungsrisiken abdecken, die durch die landwirtschaftliche Verwertung von Klärschlamm entstehen.⁷¹ Bejaht werden die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Sonderabgabe ferner etwa für die Abwasserabgabe (§ 1 AbwAG) oder auf Landesebene die Naturschutzausgleichsabgabe (§ 15 VI BNatSchG). Dagegen wurden der sog. Kohlepennig und eine Abfallverbringungsabgabe (zum Solidarfonds Abfallrückführung) für verfassungswidrig erklärt.⁷²

LÖSUNG FALL 7: Die kommunale Satzungscompetenz (Art. 28 II 1 GG) ist von der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für das Recht der Abfallwirtschaft nach Art. 74 I Nr. 24 GG zu

⁶⁶ Gröpl (Fn. 62), Rn. 712.

⁶⁷ Das Nonaffektations- bzw. Gesamtdeckungsprinzip ist ein Haushaltsgrundsatz der Kameralistik, der besagt, dass alle Einnahmen der Deckung aller Ausgaben dienen und mithin eine zweckgerichtete Bindung von Einnahmen an spezielle Ausgaben nicht zulässig ist.

⁶⁸ Kahl/Gärditz (Fn. 2), § 4 Rn. 133.

⁶⁹ Kahl/Gärditz (Fn. 2), § 4 Rn. 133; s. auch Müller-Franken VerwArch 103 (2012), 315 (324 ff.).

⁷⁰ Z. B. BVerfGE 55, 274 (298 ff.). Dazu Gröpl (Fn. 62), Rn. 713; Jäkel (Fn. 53), 632.

⁷¹ BVerfGE 110, 370 (38 ff.); dazu Jäkel (Fn. 53), 637.

⁷² BVerfGE 91, 186 (203); 113, 128 (150 ff.).

trennen. Dabei dürfen die kommunalen Satzungsnormen nicht in Widerspruch mit der Rechtsordnung stehen (Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips gem. Art. 20 III, 28 I 1 GG).⁷³ Bei der Verpackungssteuer der S handelt es sich nicht um eine örtliche Verbrauchsteuer i. S. v. Art. 105 IIa 1 GG, weil insbesondere bezüglich der Take-Away-Produkte nicht sichergestellt ist, dass deren Konsum im Gemeindegebiet der S stattfindet.⁷⁴ Die mit der Höhe der Steuer verbundene Lenkungswirkung, die auf eine strikte Abfallvermeidung ausgerichtet ist, ist nach h. M. (str.)⁷⁵ systemwidrig zu den insoweit abschließenden abfallrechtlichen Regelungen (insbes. KrWG und VerpackG) des Bundesgesetzgebers.⁷⁶ Dieser habe sich gegen eine Verpackungssteuer und für ein Mischsystem unterschiedlicher Maßnahmen entschieden, das im Gegensatz zur Steuersatzung der S nach der Materialbeschaffenheit von Verpackungen differenziert und die Vermeidung von Einwegkunststoff als vorrangiges Ziel ansieht.⁷⁷ Die Verpackungssteuer der S ist somit nach h. M. verfassungswidrig (a. A. – mit entsprechender Begründung – gut vertretbar).

4. Umweltzertifikate

a) Rechtsgrundlagen und Funktionsweise

Das ursprünglich in den USA entwickelte Konzept eines Zertifikatehandels wurde für den völkerrechtlichen Klimaschutz im Kyoto-Protokoll (1997) als eine Maßnahme zur Emissionsminderung festgelegt.⁷⁸ Auf EU-Ebene wurde mit der Emissionshandelsrichtlinie (EH-RL)⁷⁹ das EU-ETS (»Emission Trading Scheme«) eingeführt, welches ein unionsweites Emissionshandelssystem errichtet

⁷³ VGH BW (Fn. 45), Rn. 103 f.

⁷⁴ VGH BW (Fn. 45), Rn. 80 ff.

⁷⁵ Zur Gegenansicht (zulässige örtliche Verbrauchsteuer) vgl. *Burgi* NJW 2022, 2726 (2729); *Böhm* EurUP 2019, 312 (316 f.); *Kahl* EurUP 2019, 321 (325). Danach sei der konturlose Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung entweder generell abzulehnen oder jedenfalls durch die *leges speciales* der Art. 70 ff. GG verdrängt, die – wegen nicht abschließender bundesgesetzlicher Regelung und mithin fehlender Sperrwirkung des KrWG (Art. 72 I GG) – eine ergänzende, einem bestmöglichen Umweltschutz i. S. v. Art. 20a GG dienende Regelung durch die Länder (hier: Kommunen) zuließen, der auch das eher konturenarme bundesabfallrechtliche Kooperationsprinzip, falls es überhaupt existierte (was mangels hinreichender Anhaltspunkte im Gesetzestext zu bezweifeln sei), nicht entgegenstehe. In dem Sinne etwa *Kahl/Gärditz* (Fn. 2), § 4 Rn. 130 m. Fn. 467.

⁷⁶ So früher bereits BVerfGE 98, 106 (118 ff.); für landesrechtliche Abfallabgaben BVerfGE 98, 83 (97 ff.).

⁷⁷ VGH BW (Fn. 45), Rn. 145; dazu *Hamacher* AbfallR 2022, 215 (219 ff.).

⁷⁸ *Frenz* Emissionshandelsrecht, 3. Aufl. 2012, S. 87 f.; näher *Zenke/Telschow* EnWZ 2020, 157 (157 f.).

⁷⁹ RL 2003/87/EG v. 13. 10. 2003, ABl. L 275/32, z. g. d. RL 2018/410, ABl. L 76/3.

und Emissionen aus Energieumwandlungsanlagen und energieintensiven Industrien sowie den innereuropäischen Flugverkehr (sog. ETS-Sektor) erfasst;⁸⁰ andere Sektoren wie Gebäude, Verkehr, Land- und Abfallwirtschaft (sog. Non-ETS-Sektor) unterliegen der EU-Klimaschutzverordnung⁸¹. In Deutschland erfolgte die Umsetzung der EH-RL durch das Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG). Zur Erreichung der nationalen Minderungsziele gem. § 4 I Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG) ergänzt das Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG) den nationalen Emissionshandel (nEHS) insbesondere für den Gebäude- und Verkehrssektor.

Umweltzertifikate als Instrument der Mengensteuerung für die Nutzung einer natürlichen Ressource bzw. für eine Umweltbelastung verknappen Umweltgüter künstlich.⁸² Die Gesamtmenge der zu vergebenden Zertifikate wird politisch festgelegt, die Preisbildung geschieht durch den Markt.⁸³ So müssen Marktteilnehmer, die z. B. viel CO₂ ausstoßen, Zertifikate kaufen, während andere, die aufgrund emissionsarmer Technologien weniger ausstoßen, diese auf dem Markt veräußern können. Auf diese Weise setzt das Zertifikatmodell einen Anreiz zur Vermeidung von Umweltbelastungen und damit zur Entwicklung umweltfreundlicher Technologien.⁸⁴ Zertifikathandelsmodelle brauchen oft einige Anläufe, bis die richtige Zertifikatsmenge festgelegt wird und der Preis für die Zertifikate eine gewisse Höhe erreicht hat.⁸⁵ Es besteht zudem die Gefahr, dass es zu Fehlsteuerungen kommt und sich etwa Emissionen in einer bestimmten Region konzentrieren (sog. »Hot Spots«).⁸⁶ Der Zertifikatehandel bietet sich daher besonders bei globalen Umweltbelastungen wie Treibhausgasen an.⁸⁷

b) EU-Emissionshandel

Anlagenbetreiber müssen nach § 7 I TEHG für den Ausstoß von Treibhausgasen an das nach § 19 I Nr. 3 TEHG zustän-

⁸⁰ *Guckelberger* (Fn. 15), 221 f.

⁸¹ VO 2018/842, ABl. L 156/26. Zum System des EU-Klimaschutzrechts *Guckelberger* (Fn. 15), 221 f.; *Kahl/Gärditz* (Fn. 2), § 6 Rn. 14; *Kreuter-Kirchhof* KlimR 2022, 70 (72).

⁸² *Fellenberg/Guckelberger/Fellenberg/Guckelberger* Klimaschutzrecht, 2022, Einl. Rn. 56; *Landmann/Rohmer/Weinreich* (Fn. 28), Vorbem. TEHG Rn. 7.

⁸³ *Koch/Hofmann/Reese/Ramsauer* (Fn. 29), § 3 Rn. 135.

⁸⁴ *Guckelberger* (Fn. 15), 226.

⁸⁵ So für das EU-ETS *Guckelberger* (Fn. 15), 225; *Meßerschmidt* EurUP 2021, 238 (244 f.).

⁸⁶ *Schlacke* (Fn. 24), § 5 Rn. 105.

⁸⁷ *Lübbe-Wolff* (Fn. 12), 487.

dige Umweltbundesamt eine entsprechende Anzahl an Zertifikaten abgeben. Ein Zertifikat berechtigt dabei gem. § 3 Nr. 3 TEHG zum Ausstoß einer Tonne CO₂. Das EU-ETS ist ein sog. »Downstream«-Emissionshandel, der bei den emittierenden Unternehmen ansetzt.⁸⁸ Es wird zunächst die Obergrenze der Gesamtzahl an Zertifikaten festgelegt (»Cap«), welche dann kontinuierlich abgesenkt wird (sog. linearer Kürzungsfaktor, der in der aktuellen vierten Handelsperiode 2021–2030 bei 2,2 % pro Jahr liegt).⁸⁹ Die Verteilung der Zertifikate erfolgt durch Versteigerung (§ 8 TEHG), ausnahmsweise durch kostenlose Zuteilung (§§ 9, 11 TEHG); sie ist inzwischen weitgehend harmonisiert und erfolgt nach einheitlichen Regeln (»Cap-and-Trade«-System).⁹⁰ Seit 2012 besteht ein gemeinsames EU-Emissionshandelsregister (§ 17 TEHG).⁹¹ Das EU-ETS darf die Wirtschaft und die Beschäftigung in der EU nur möglichst gering beeinträchtigen und muss den CO₂-Ausstoß in der EU so steuern, dass dieser nicht ins Ausland abwandert (»Carbon Leakage«), wodurch das EU-ETS umgangen und das Klima weiterhin belastet werden würde.⁹²

c) Nationaler Emissionshandel

Das BEHG erweitert auf nationaler Ebene den Emissionshandel auf Emissionen aus der Verbrennung von Benzin, Diesel, Heizöl, Erd- und Flüssiggas und Biomasse (§ 2 I i. V. m. Anl. 1 BEHG), ab 2023 auch von Kohle und Abfall⁹³. Anders als das EU-ETS setzt das nEHS bei denjenigen an, die die Brennstoffe in den Verkehr bringen (sog. »Upstream«-Emissionshandel), wobei die finanziellen Belastungen an Industrie und Verbraucher weitergegeben werden. Grund dafür ist, dass die Sektoren des nEHS sehr viele Emittenten (private Autofahrer, Hausbesitzer) erfassen, welche nicht alle direkt am Handel teilnehmen sollen, wohingegen das EU-ETS wenige große Akteure umfasst. Nach der Einführungsphase, in der die Zertifikate bis 2025 zu einem jährlich steigenden Festpreis verkauft werden (§ 10 II 1 BEHG) und 2026 einem Preiskorridor unterliegen (§ 10 II 4 BEHG), soll ab 2027 auch das nEHS auf einem »Cap-and-Trade«-System beruhen. Erst ab 2026 soll eine

⁸⁸ Guckelberger (Fn. 15), 227.

⁸⁹ Frenz (Fn. 58), Rn. 712.

⁹⁰ Fellenberg/Guckelberger/Ernst (Fn. 82), TEHG § 1 Rn. 8.

⁹¹ VO (EU) 389/2013, ABl. L 122/1.

⁹² Frenz (Fn. 58), Rn. 715.

⁹³ Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des BEHG v. 25.5.2022; Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des BEHG v. 19.9.2022, BT Drs. 20/3438.

jährliche Emissionshöchstgrenze festgelegt werden, weshalb Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des nEHS in seiner Einführungsphase bis 2026 bestehen. Denn mangels Gegenleistung könnte es sich um eine Steuer handeln, die einer der in Art. 105 I 2 i. V. m. 106 GG aufgezählten Steuerarten entsprechen muss.⁹⁴

5. Umweltsubventionen

FALL 8:⁹⁵ C und D betreiben Braunkohlekraftwerke⁹⁶. Im Zuge des sog. Kohleausstiegs sollen diese gemäß dem Kohleausstiegsgesetz abgeschaltet werden. Das Kohleverstromungsbeendigungsgesetz (KVBG) sieht vor, dass die Braunkohlekapazitäten bis 2022 auf 15 GW, bis 2030 auf 9 GW und bis 2038 auf 0 GW reduziert werden. Um die wirtschaftlichen Nachteile auszugleichen, wird in § 44 i. V. m. Anl. 2 KVBG eine Entschädigung für Betreiber von Braunkohlekraftwerken für die Gewinne, die sie wegen der vorzeitigen Stilllegung nicht erzielen können, festgelegt. Ist die Entschädigungszahlung mit dem EU-Beihilferecht (Art. 107 f. AEUV) vereinbar?

a) Begriff und Bedeutung

Subventionen sind vermögenswerte staatliche Zuwendungen, die ohne Gegenleistung zur Erreichung eines im öffentlichen Interesse liegenden Zwecks an Private gewährt werden.⁹⁷ Als Gegenstück zu den negativ anreizen den Abgaben fördert der Staat mit Subventionen umweltfreundliches Verhalten durch positiven Anreiz. Es lassen sich direkte Subventionen (unmittelbare Förderung, z. B. Zuschüsse, günstige Darlehen) und indirekte (Verschönerungs-)Subventionen, bei denen der Staat auf eine öffentlich-rechtliche Geldforderung verzichtet (z. B. Steuervergünstigung), unterscheiden.⁹⁸ Anders als Umweltabgaben und -zertifikate, die dem Verursacherprinzip Rechnung tragen, wird bei Subventionen ausnahmsweise das Gemeinlastprinzip (Finanzierung der Umweltschutz-

⁹⁴ Kahl/Gärditz (Fn. 2), § 6 Rn. 38 f.; dagegen Tappe EurUP 2021, 249 (252 f.); zum Ganzen Guckelberger (Fn. 15), 227 f.; Klinski/Keimeyer ZUR 2020, 342 (344 f.); Engel/Engel BEHG, 2022, § 10 Rn. 31.

⁹⁵ S. Pressemitteilung der Kommission v. 2.3.2021, Staatliche Beihilfen: Kommission leitet eingehende Prüfung der von Deutschland geplanten Entschädigung für die vorzeitige Stilllegung von Braunkohlekraftwerken ein.

⁹⁶ Zur verfassungsrechtlichen Bewertung von Steinkohlekraftwerken s. Kment/Fimpel DVBl. 2022, 947 ff.

⁹⁷ Maurer/Waldhoff Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 17 Rn. 5.

⁹⁸ Sparwasser/Engel/Voßkuhle Umweltrecht, 5. Aufl. 2003, § 2 Rn. 156.

maßnahmen durch die Allgemeinheit) angewendet.⁹⁹ Subventionen können bei hoher Akzeptanzwirkung gezielt Innovationen fördern, gerade direkte Subventionen haben durch die Möglichkeit der Verknüpfung mit Nebenbestimmungen eine Lenkungswirkung.¹⁰⁰ Allerdings haben Subventionen eine hohe finanzielle Belastung öffentlicher Haushalte zur Folge und können ökonomisch ineffizient sein, weil der Subventionsempfänger kein Interesse daran hat, über die Erfüllung des Subventionstatbestands hinaus umweltschützend tätig zu werden, oder wenn Maßnahmen gefördert werden, die auch ohne staatliche Hilfe ergriffen worden wären (»Mitnahmeeffekt«).¹⁰¹ Schließlich können Subventionen wettbewerbsverzerrend wirken und unzulässige Beihilfen i. S. d. Art. 107 f. AEUV darstellen.

b) Beispiele

Umweltsubventionen machen einen Großteil der Finanzhilfen und Steuervergünstigungen aus.¹⁰² Die »European Recovery«-Programme oder nationale Umweltschutzprogramme wie die der Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) oder der Deutschen Bundesstiftung Umwelt (DBU) beinhalten bedeutende direkte Umweltsubventionen.¹⁰³ Beispiele für indirekte Subventionen sind die Steuerbefreiung für besonders schadstoffreduzierte Kfz (§§ 3b, 3d, 9 KraftStG) oder die mit dem Klimaschutzprogramm 2030¹⁰⁴ eingeführte Einkommensteuerermäßigung bei Durchführung energetischer Maßnahmen an älteren Gebäuden (§ 35c EStG).¹⁰⁵

LÖSUNG FALL 8: Nach Art. 107 I AEUV sind staatliche Beihilfen grundsätzlich verboten. Eine Beihilfe i. S. d. Art. 107 I AEUV ist jede aus staatlichen Mitteln gewährte selektive Begünstigung eines bestimmten Unternehmens oder Produktionszweigs, die den Wettbewerb verfälscht und den mitgliedstaatlichen Handel einträchtigen kann.¹⁰⁶ Hier erfolgt die Entschädigung aus staat-

lichen Mitteln und hat potenzielle Auswirkungen auf den EU-Wettbewerb. Die Maßnahme richtet sich auch an bestimmte Unternehmen (Selektivität). Fraglich ist aber das Vorliegen einer Begünstigung. C und D haben mit der Zusage der früheren Stilllegung eine Gegenleistung für die staatliche Leistung erbracht.¹⁰⁷ Zudem kompensiert der Ausgleich lediglich die den Unternehmern entstandenen Schäden (hier: ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung nach deutschem Staatshaftungsrecht)¹⁰⁸, verschafft ihnen aber keinen Vorteil. Damit ist bereits zweifelhaft, ob tatbestandlich eine Beihilfe vorliegt.¹⁰⁹ Im Übrigen könnte eine Ausnahme vom Beihilfenverbot nach Art. 107 III lit. c AEUV gegeben sein.¹¹⁰ Danach kann (Ermessen) die Kommission Beihilfen als mit dem Binnenmarkt vereinbar ansehen, wenn diese die Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige fördern und nicht die Handelsbedingungen entgegen dem gemeinsamen Interesse verändern. Dies ist der Fall, wenn der positive Beitrag der Beihilfe auf ein Ziel von gemeinsamem Interesse (hier: Klimaschutz, Art. 191 I 4. Spstr. AEUV) schwerer wiegt als die negativen Auswirkungen auf den Handel.¹¹¹ Maßgeblich hierfür ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Die Maßnahme ist hier geeignet und erforderlich.¹¹² Hinsichtlich der Angemessenheit ist problematisch, dass sich die Entschädigungen auf weit in der Zukunft liegende entgangene Gewinne beziehen. Sie müssen daher auf das erforderliche Minimum zur Anreizsetzung für die Tätigkeit i. S. d. Art. 107 III lit. c AEUV begrenzt sein (keine Überkompensation).¹¹³ Die negativen Auswirkungen der Entschädigung auf den Wettbewerb wären hier aufgrund des stufenweisen »Ausstiegspfads« bis 2038 bei gleichzeitigem Ausbau erneuerbarer Energien wohl so begrenzt, dass die Maßnahme insgesamt eine positive Wirkung hat¹¹⁴ und von ihrer Angemessenheit und damit Verhältnismäßigkeit auszugehen ist (a. A. bei entsprechender Begründung vertretbar). Die Beihilfe kann damit jedenfalls gerechtfertigt werden.

6. Steuerung durch die öffentliche Auftragsvergabe

a) Bedeutung

Angesichts der hohen Nachfragemacht des Staates, der jährlich mehrere Milliarden Euro für Güter und Dienstleis-

⁹⁹ Kloepfer/Durner, (Fn. 1), § 4 Rn. 97, zum Gemeinlastprinzip § 3 Rn. 21 f.

¹⁰⁰ Kloepfer/Durner (Fn. 1), § 4 Rn. 98; Schlacke (Fn. 24), § 5 Rn. 86.

¹⁰¹ Kloepfer (Fn. 3), § 5 Rn. 857 ff.

¹⁰² So stellten Finanzhilfen mit Bezug zu den nationalen Klimaschutzziele 2021 38,5 % der gesamten Subventionen des Bundes dar, 28. Bericht der Bundesregierung über die Entwicklung der Finanzhilfen des Bundes und der Steuervergünstigungen für die Jahre 2019 bis 2022, S. 6.

¹⁰³ Kloepfer/Durner (Fn. 1), § 4 Rn. 99.

¹⁰⁴ BGBl. I 2019, 2886.

¹⁰⁵ Schlacke (Fn. 24), § 5 Rn. 86.

¹⁰⁶ Bekanntmachung der Kommission zum Beihilfenbegriff v. 19. 5. 2016, ABl. C 262/1.

¹⁰⁷ Vgl. Kommission, Beschl. v. 27. 5. 2016 – SA.42536, C(2016) 3124 final, Rn. 36 ff.; Frenz/Frenz Klimaschutzrecht, 2. Aufl. 2022, Einf. J Rn. 14.

¹⁰⁸ Dazu Paal/Poelzig/Fehrenbacher/Kahl Festschrift für Ebke, 2021, S. 471 (480 ff.).

¹⁰⁹ Näher dazu Kahl EurUP 2020, 305 (309).

¹¹⁰ Zur Systematik Oppermann/Classen/Nettesheim Europarecht, 9. Aufl. 2021, § 21 Rn. 13 ff.

¹¹¹ Kommission (Fn. 107), Rn. 55.

¹¹² Vgl. Kommission (Fn. 107), Rn. 62 ff., 65 ff.

¹¹³ Kommission (Fn. 107), Rn. 76 f.; Frenz/Frenz (Fn. 107), Einf. J Rn. 16.

¹¹⁴ Vgl. Kommission (Fn. 107), Rn. 82 ff.; Kahl (Fn. 109), 311; so auch Stürmlinger/Fuchs NuR 2021, 320 (327).

tungen zur Erfüllung seiner Aufgaben ausgibt,¹¹⁵ ist das Instrument der Verhaltenssteuerung durch öffentliche Auftragsvergabe von großer Bedeutung.¹¹⁶ Die Verwaltung schließt Verträge mit privaten Unternehmen über die Beschaffung von Sachmitteln für den laufenden Betrieb und über die Vergabe von Bau- und Dienstleistungsaufträgen, z. B. für den Ausbau von Straßen (öffentliche Aufträge, § 103 GWB, §§ 1 ff. VgV) oder auch über die Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen, z. B. für die Sammlung von Altpapier (§ 105 GWB, §§ 1 ff. KonzVgV).¹¹⁷ Diese Nachfragemacht kann der Staat dazu nutzen, um Umweltschutz zu fördern, indem umweltbezogene Aspekte in der öffentlichen Auftragsvergabe einbezogen werden.¹¹⁸

b) Einbeziehung von Umweltbelangen im Vergabeverfahren

Nach § 97 I 1 GWB erfolgt die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren, wobei die Teilnehmer des Verfahrens gleich zu behandeln sind (Diskriminierungsverbot, § 97 II GWB). Den Zuschlag erhält nach § 127 I GWB das wirtschaftlichste Angebot, also das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis¹¹⁹. In Umsetzung der Vorgaben des EuGH¹²⁰ und später der EU-Vergaberichtlinien¹²¹ werden Umweltbelange nach § 97 III GWB bei der Vergabe berücksichtigt. Des Weiteren können Umweltschutzbelange bei Festlegung der Zuschlagskriterien nach § 127 I 4 GWB einbezogen werden. Dies ist zulässig, solange ein Zusammenhang mit der Leistung besteht, die Umweltschutzkriterien zuvor bekannt gemacht wurden und nicht diskriminierend sind.¹²² Im Rahmen der Eignungsprüfung können Unternehmen gem. § 124 I Nr. 1 Var. 1 GWB vom Verfahren ausgeschlossen werden, wenn sie bei öffentlichen Aufträ-

gen gegen umweltrechtliche Verpflichtungen verstoßen haben.

7. Umweltabsprachen

FALL 9:¹²³ Landwirt E schließt mit dem Land L einen Vertrag nach den Richtlinien eines Vertragsnaturschutzprogramms des L, in dem sich E verpflichtet, eine Wiesenfläche nach bestimmten Kriterien zu bewirtschaften (insbesondere Verzicht auf Düngung und chemischen Pflanzenschutz). Für die Bewirtschaftung erhält E eine Prämie von jährlich 1000 €. Im Vertrag verpflichtet sich E zudem, keine anderen staatlichen Zuwendungen in Anspruch zu nehmen. E ist jedoch bereits Teilnehmer des Kulturlandschaftsprogramms des L und schließt dennoch den naturschutzrechtlichen Vertrag mit L ab. Als dies L nach drei Jahren bekannt wird, ficht es den Vertrag wirksam wegen arglistiger Täuschung an. Kann L die Rückforderung der Prämie für diese Zeit (3000 €) verlangen?

a) Allgemeines

Unter Umweltabsprachen versteht man Vereinbarungen, die zweiseitig (konsensual) getroffen werden und auf dem Kooperationsprinzip beruhen.¹²⁴ Es kann zum einen zwischen *vertikalen* Absprachen zwischen Staat und Bürger und *horizontalen*, staatlich angereizten Absprachen zwischen Privaten und zum anderen zwischen *informalen*, unverbindlichen und *formalen*, rechtsverbindlichen Absprachen unterschieden werden.¹²⁵ Letztere werden im Wege privatrechtlicher bzw. öffentlich-rechtlicher Verträge (§§ 54 ff. VwVfG) geschlossen. Nicht nur im Umweltrecht zeigt sich ein Wandel des normierenden und ordnenden zum kooperierenden Staat.¹²⁶ Solche kooperativen Instrumente haben den Vorteil der Flexibilität, der Kosten- und Zeiteffizienz sowie der Akzeptanz bei den Beteiligten.¹²⁷ Allerdings besteht die Gefahr, dass bei fehlender Transparenz Umwelt- und Drittinteressen je nach Verhandlungsmacht der Beteiligten nicht hinreichend berücksichtigt werden.¹²⁸ Bei unverbindlichen Vereinbarungen kann die Befolgung durch die Bürger nicht sicher gewährleistet werden. Absprachen zwischen Privaten können vor dem

¹¹⁵ 2021 waren es mehr als 300 Mrd. Euro, vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Monitoring-Bericht der Bundesregierung zur Anwendung des Vergaberechts 2021, S. 23.

¹¹⁶ Kahl/Gärditz (Fn. 2), § 4 Rn. 143.

¹¹⁷ Zu den Begriffsbestimmungen s. Burgi Vergaberecht, 3. Aufl. 2021, § 10 Rn. 2 ff.

¹¹⁸ Kahl/Gärditz (Fn. 2), § 4 Rn. 143; Kloepfer (Fn. 3), § 5 Rn. 1749.

¹¹⁹ Rosenauer/Steinthal KlimR 2022, 202 (203).

¹²⁰ Z. B. EuGH, Rs. C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495 Rn. 69; dazu Burgi (Fn. 117), § 7 Rn. 13.

¹²¹ RL 2014/24/EU, ABl. L 94/65, RL 2014/23/EU, ABl. 94/1 und RL 2014/25/EU, ABl. L 94/243.

¹²² Koch/Hofmann/Reese/Ramsauer (Fn. 29), § 3 Rn. 150; Rosenauer/Steinthal (Fn. 119), 203.

¹²³ Nach VGH München BeckRS 2000, 2307.

¹²⁴ Schlacke (Fn. 24), § 5 Rn. 110.

¹²⁵ Kloepfer/Durner (Fn. 1), § 4 Rn. 102 f.; Schlacke (Fn. 24), § 5 Rn. 112 f.

¹²⁶ Vgl. Kloepfer (Fn. 3), § 5 Rn. 1569.

¹²⁷ Franzius (Fn. 1), S. 169 f.

¹²⁸ Kloepfer/Durner (Fn. 1), § 4 Rn. 105; Reh binder/Schink/Rehbinder (Fn. 10), Kap. 3 Rn. 348.

Hintergrund des (unionsrechtlichen) Kartell- und Wettbewerbsrechts problematisch sein.¹²⁹

b) Umweltschutzverträge

Verbindliche Umweltabsprachen entstehen mit öffentlich-rechtlichem Vertrag gem. §§ 54 ff. (L)VwVfG, ggf. i. V. m. Spezialvorschriften (z. B. Vertragsnaturschutz gem. §§ 3 III, 14 III Nr. 1, 21 IV, 30 V, 32 IV, 44 IV 3 BNatSchG, bodenschutzrechtliche Verträge gem. § 13 BBodSchG oder auch städtebaurechtliche Verträge gem. §§ 11, 124, 146 III BauGB). § 3 III BNatSchG verweist für den Naturschutz ausdrücklich auf vorrangige vertragliche Vereinbarungen und § 13 IV BBodSchG für die Beseitigung von Altlasten auf den sog. Sanierungsvertrag.¹³⁰

c) Informelle Absprachen

Behörden und Wirtschaftsunternehmen vereinbaren vermehrt informelle Absprachen, deren Einhaltung freiwillig ist und nicht rechtlich durchgesetzt werden kann.¹³¹ Dabei lassen sich normvollziehende und normvertretende Absprachen unterscheiden.

aa) Normvollziehende Absprachen

Normvollziehende Absprachen beziehen sich auf die Anwendung bereits bestehender Normen und sind innerhalb oder bereits im Vorfeld von Genehmigungsverfahren anzutreffen, wo vorab Absprachen über den Ablauf- und Zeitplan oder die einzureichenden Unterlagen (z. B. § 25 II VwVfG) getroffen oder Entscheidungsentwürfe zugeleitet werden können.¹³² Sie sind vereinzelt gesetzlich geregelt (z. B. §§ 5, 15 UVPG, § 2 II der 9. BImSchV, § 1b AtVfV, § 12 BauGB).

bb) Normvertretende Absprachen

Normvertretende oder normabwendende Absprachen haben dagegen zum Ziel, den Erlass der Norm zu verhindern.¹³³ Hierbei verpflichten sich z. B. Wirtschaftsunter-

nehmen der Regierung gegenüber, ein bestimmtes Umweltziel zu erreichen, damit die Regierung im Gegenzug auf eine Normsetzung verzichtet. Zu nennen sind z. B. die Selbstverpflichtung von Papierherstellern, die Altpapierverwertung zu steigern, des Handels, Plastiktüten nur gegen Bezahlung auszugeben oder der Verzicht von Kosmetikherstellern auf den Einsatz von Mikroplastik (sog. deutscher »Kosmetik-Dialog«).¹³⁴

Unter dem Aspekt von Demokratieprinzip und Gewaltenteilung besonders kritisch zu betrachten sind sog. normvorbereitende Absprachen wie der sog. paktierte Atomausstieg zwischen Bundesregierung und Energieversorgungsunternehmen¹³⁵, bei denen der Staat mit Privaten zur Normsetzung zusammenwirkt (»collaborative governance«).¹³⁶

d) Mediationsverfahren

Mediationsverfahren sind Verhandlungen unter Hinzuziehung eines neutralen Mediators mit dem Ziel der einvernehmlichen Lösung eines Interessenkonflikts.¹³⁷ Die Beteiligten sind selbst an der Konfliktlösung beteiligt und können auf Lösungen hinwirken, die für sie und für die Umwelt vorteilhaft sind.¹³⁸ Mediation kann als Alternative zu Gerichtsverfahren, aber auch im Vorfeld förmlicher Verwaltungsverfahren zum Einsatz kommen.¹³⁹

LÖSUNG FALL 9: Der Anspruch auf Rückforderung des L kann sich aus dem öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch ergeben. Die Vermögensverschiebung zwischen E und L müsste aus einer öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehung folgen. Der Vertrag zwischen E und L bezweckt die öffentliche Aufgabe des Naturschutzes (vgl. Art. 20a GG, §§ 1f. BNatSchG), sodass er seinem Inhalt nach öffentlich-rechtlicher Natur ist (§ 54 S. 1 LVwVfG, Vertragsgegenstandstheorie).¹⁴⁰ Die Vermögensverschiebung darf nicht durch einen Rechtsgrund gerechtfertigt sein. Der Vertrag ist aufgrund der wirksamen Anfechtung durch L wegen arglistiger Täuschung (§ 62 S. 2 LVwVfG i. V. m. §§ 142, 123 BGB)¹⁴¹ nach § 59 I LVwVfG nichtig. Somit besteht der Anspruch auf Rückforderung.

¹²⁹ Dazu Frenz (Fn. 58), Rn. 296 ff.; Rehbinder/Schink/Rehbinder (Fn. 10), Kap. 3 Rn. 343.

¹³⁰ Maurer/Waldhoff (Fn. 97), § 14 Rn. 1, 6.

¹³¹ Koch/Hofmann/Reese/Ramsauer (Fn. 29), § 3 Rn. 139; Schlawke (Fn. 24), § 5 Rn. 113.

¹³² Koch/Hofmann/Reese/Ramsauer (Fn. 29), § 3 Rn. 140.

¹³³ Kahl/Gärditz (Fn. 2), § 4 Rn. 150.

¹³⁴ Diese Selbstverpflichtungen sind abrufbar unter www.bmu.de.

¹³⁵ Kloepfer (Fn. 3), § 5 Rn. 1630; ders./Bruch JZ 2011, 377 (380 ff.).

¹³⁶ Kloepfer (Fn. 3), § 5 Rn. 1647.

¹³⁷ Koch/Hofmann/Reese/Ramsauer (Fn. 29), § 3 Rn. 144.

¹³⁸ Kloepfer/Durner (Fn. 1), § 4 Rn. 109.

¹³⁹ Kloepfer (Fn. 3), § 5 Rn. 1688 ff.

¹⁴⁰ Kopp/Ramsauer/Tegethoff VwVfG, 23. Aufl. 2022, § 54 Rn. 63; allg. Hüther/Blänsdorf/Lepej JURA 2022, 304 (310); Siegel Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2022, § 17 Rn. 734.

¹⁴¹ Hüther/Blänsdorf/Lepej JURA 2022, 553 (564).

8. Nudging

Mit der Einrichtung eines »Nudging Units« der Bundesregierung¹⁴² hat das Instrument des Nudgings (engl. »to nudge« = »anschubsen«) vermehrt an Aufmerksamkeit gewonnen. Nudging ist informales Verwaltungshandeln unterhalb der Schwelle des Zwangs und des ökonomischen Anreizes, bei dem der Staat das Verhalten der Bürger sanft in eine bestimmte Richtung »schubsen« möchte.¹⁴³ Dieser ursprünglich in den USA geprägte Ansatz beruht auf Erkenntnissen der Verhaltensökonomie.¹⁴⁴ Nudging zielt anders als ökonomische Anreize auf das menschliche Unterbewusstsein ab und stellt damit eine sehr spezifische Anreizform dar.¹⁴⁵ Staatliches Nudging im Umweltbereich können z. B. grüne Fußabdrücke auf Gehwegen, die zum nächsten Mülleimer führen, aber auch Tierwohllabel oder der »Blaue Engel« sein, wobei hier von bloßem Informationshandeln abzugrenzen ist.¹⁴⁶ Während die Befürworter des Nudging hierin einen »libertären Paternalismus« sehen, der den Willen der öffentlichen Hand und der Bürger in Einklang bringe, sprechen Kritiker von einer Manipulation und Bevormundung des Bürgers.¹⁴⁷ Die dem Nudging zugrundeliegende Vorstellung eines Bürgers, der nicht in der Lage sei, autonom (ohne Fremdbeeinflussung) rationale Entscheidungen zu treffen, widerspreche dem Menschenbild des Grundgesetzes (vgl. Art. 1 I, 2 I GG).¹⁴⁸ Bei differenzierter Betrachtung ist richtig, dass Nudging wie jedes staatliche Handeln auf seine Rechtmäßigkeit geprüft werden muss (Art. 20 III GG), insbesondere Kompetenzordnung und Verfahren wahren und den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit, des Vorrangs des Gesetzes, des Gleichheitssatzes und des Neutralitätsgebots gerecht werden muss; vor allem verborgene Manipulation wäre verfassungswidrig.¹⁴⁹ Soweit die Verfassungsmäßigkeit gewährleistet ist, vermag das Nudging das tradierte Instrumententableau im Einzelfall sinnvoll zu ergänzen und einen effektiven Beitrag zum Umweltschutz zu leisten.

¹⁴² Hofmann-Riem/*Smeddinck* Innovationen im Recht, 2016, S. 420.

¹⁴³ Bornemann/*Smeddinck* ZParl 2016, 437 (438); Weber/*Schäfer* Der Staat 2016, 561 (573 f.).

¹⁴⁴ Thaler/*Sunstein* Nudge: Improving decisions about health, wealth and happiness, 14. Aufl. 2019. Zu den verhaltensökonomischen Grundlagen Weber/*Schäfer* (Fn. 143), 564 ff.

¹⁴⁵ Hufen JuS 2020, 193 (193); Voßkuhle/*Eifert/Möllers/Sacksofsky* (Fn. 9), § 39 Rn. 73.

¹⁴⁶ Hufen (Fn. 145), 195.

¹⁴⁷ Kirchhof ZRP 2015, 136 (136); *Smeddinck* ZRP 2014, 245 (245); Hofmann-Riem/*ders.* (Fn. 142), S. 423 ff.

¹⁴⁸ Hufen (Fn. 145), 197; Kirchhof (Fn. 147), 136.

¹⁴⁹ Kahl/*Gärditz* (Fn. 2), § 4 Rn. 152; Voßkuhle/*Eifert/Möllers/Sacksofsky* (Fn. 9), § 39 Rn. 79 a.

9. Instrumente der umweltbezogenen Betriebsorganisation

Durch die freiwillige oder verpflichtende Einführung von dem Umweltschutz dienenden betriebsorganisatorischen Strukturen in Unternehmen wird der Umweltschutz von der staatlichen auf die Unternehmensebene verlagert und damit die Verwaltung entlastet.¹⁵⁰ Beispiele sind die Regelungen zur betrieblichen Eigenüberwachung (§§ 26 ff. BImSchG), die Pflicht zur Erarbeitung eines Störfallverhinderungskonzepts (§ 8 der 12. BImSchV), zur Offenlegung betrieblicher Umweltinformationen (z. B. § 52a BImSchG, § 58 KrWG), vor allem aber die Bestellung eines Betriebsbeauftragten für Umweltschutz sowie das Umweltaudit nach der EMAS-Verordnung.

a) Umweltschutzbeauftragte

Besonders umweltbelastende Unternehmen haben die Pflicht zur Bestellung von Umweltschutzbeauftragten, z. B. eines Immissionsschutz- (§§ 53 ff. BImSchG), Störfall- (§§ 58a ff. BImSchG), Gewässerschutz- (§§ 64 ff. WHG) oder Abfallbeauftragten (§§ 59 ff. KrWG). Dieser hat eine betriebsinterne Position inne und handelt nicht etwa öffentlich-rechtlich als Beliehener.¹⁵¹ Seine Aufgaben bestehen in der Kontrolle der Einhaltung umweltrechtlicher Vorgaben, der Hinwirkung auf umweltverträgliche Verhaltensweisen sowie der Beratung des Unternehmens in Umweltangelegenheiten.¹⁵² Er stellt damit eine Ausprägung des Vorsorge- und des Kooperationsprinzips dar.

b) Umweltaudit (EMAS)

Ein weiteres Instrument ist die freiwillige Teilnahme am Umweltaudit-System nach der EMAS-Verordnung¹⁵³ und dem diese bloße Rahmenverordnung (»hinkende Verordnung«) konkretisierenden deutschen Umweltauditgesetz (UAG). Dies ist ein Zertifizierungssystem, durch das Organisationen (Art. 2 Nr. 21 EMAS-VO), insbesondere Betriebe, zur stetigen Verbesserung und effektiven Kontrolle des betrieblichen Umweltschutzes angeregt werden sollen.¹⁵⁴ Anreize zur freiwilligen Teilnahme werden dadurch ge-

¹⁵⁰ Schoch/*Eifert* (Fn. 6), Kap. 5 Rn. 119.

¹⁵¹ Kahl/*Ludwigs/Schmidt-Preuß* (Fn. 17), § 26 Rn. 23.

¹⁵² Kluth/*Smeddinck/Kluth* (Fn. 1), § 1 Rn. 189.

¹⁵³ Eco-Management-and-Audit-Scheme, VO Nr. 1221/2009, ABl. L 342/1.

¹⁵⁴ Schlacke (Fn. 24), § 5 Rn. 120.

setzt, dass EMAS-zertifizierte Unternehmen das sog. EMAS-Logo führen dürfen (Art. 10 EMAS-VO) und ihnen Vergünstigungen im Rahmen des Steuerrechts (z.B. § 10 III 1 Nr. 1 lit. b StromStG, § 55 IV 1 Nr. 1 lit. b EnergieStG) und der EEG-Ausgleichsregeln (§ 64 I Nr. 3 EEG) sowie Vorteile bei der ordnungsrechtlichen Kontrolle zugutekommen (z.B. § 4 I 2 der 9. BImSchV).¹⁵⁵ Das EMAS-System wird in einer umfassenden Umweltprüfung des Unternehmens erarbeitet, nachdem dieses eine eigene Umweltpolitik festlegt und sich zu deren Einhaltung verpflichtet hat (Art. 2 Nr. 1 EMAS-VO). Sodann stellt es ein konkretes Umweltprogramm und Umweltmanagementsystem auf, dessen Einhaltung fortlaufend durch interne (Art. 9 EMAS-VO) wie externe (Art. 18 ff. EMAS-VO, §§ 4 ff. UAG) Betriebsprüfer bzw. Umweltgutachter kontrolliert wird (Art. 6, 14 EMAS-VO). Nach jeder Prüfung wird eine Umwelterklärung an die Öffentlichkeit abgegeben (Art. 2 Nr. 18, Anh. IV EMAS-VO).¹⁵⁶ Die teilnehmenden Betriebe werden in ein Register eingetragen (Art. 12 ff. EMAS-VO, §§ 32 ff. UAG). Am 1. 8. 2022 waren in Deutschland 1122 Organisationen mit insgesamt 2412 Standorten an EMAS beteiligt.¹⁵⁷

VI. Umwelthaftung und Umweltverantwortlichkeit

FALL 10:¹⁵⁸ Auf der Insel I hat die Trauerseeschwalbe ein wichtiges Brutgebiet. Ursprünglich wurden die Grünlandflächen in dem Gebiet durch Weidemast genutzt. Um die landwirtschaftliche Nutzung zu ermöglichen, wurde der Boden zwar regelmäßig durch Parzellengräben entwässert, in den Sommermonaten aber stets ein hoher Wasserstand erreicht. Dann aber wurde die Bewirtschaftung des Grünlands intensiviert und teilweise zu Ackerland umgewandelt, sodass das Gebiet stärker entwässert wurde als zuvor. Die Betreiberin des Siel- und Schöpfwerks F, einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, der die Pflicht zur Unterhaltung der Gewässer auf I obliegt, entwässert das Gebiet nun aktiv, um den Wasserstand für die landschaftliche Nutzung dauerhaft niedrig zu halten. Durch diese Intensivierung und Entwässerung der Landwirtschaft ist laut einem Naturschutzgutachten der Bestand der geschützten Trauerseeschwalbe dramatisch zurückgegangen. Besteht ein Anspruch gegen die zuständi-

ge Behörde auf Anordnung von Sanierungsmaßnahmen nach dem USchadG?

1. Duales System

Das Umwelthaftungsrecht i. w. S. ist dual strukturiert: Das Umwelthaftungsrecht i. e. S. regelt die privatrechtliche Verantwortlichkeit Einzelner (insbesondere Unternehmer) für Umweltbeeinträchtigungen, die zu Schäden Privater an ihren Individualrechtsgütern wie Leben, Gesundheit und Eigentum führen (VI. 2.). Davon klar zu unterscheiden ist die öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit des Einzelnen (Anlagenbetreiber) für Schäden an Umweltgütern gegenüber den Behörden (VI. 3.).

2. Privates Umwelthaftungsrecht

Private sind zunächst nach den deliktischen, verschuldensabhängigen Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen nach §§ 823 ff. BGB zur Verantwortung zu ziehen. Zu erwähnen ist auch der Aufopferungsausgleich nach § 906 II 2 BGB. Wichtig sind umweltspezifische Gefährdungshaftungstatbestände wie z. B. § 89 WHG, §§ 25 ff. AtG, §§ 32 ff. GentG, aber vor allem die allgemeine umweltspezifische Gefährdungshaftung nach dem Umwelthaftungsgesetz (UmweltHG). Nach § 1 UmweltHG trifft den Betreiber einer Anlage eine verschuldensunabhängige Pflicht zum Ersatz von Schäden, die durch seine Anlage entstanden sind. §§ 6, 7 UmweltHG enthalten jedoch Vorschriften, die die Effektivität der Haftung stark mindern (»Achillesferse des UmweltHG«¹⁵⁹): Die Ursachenvermutung nach § 6 I 1 UmweltHG entfällt, wenn die Anlage bestimmungsgemäß betrieben wurde (§ 6 II, III UmweltHG). Wenn mehrere Anlagen oder andere Umstände dazu geeignet sind, den Schaden zu verursachen, schließt dies nach § 7 I, II UmweltHG die Kausalitätsvermutung zu lasten des Betreibers aus.

3. Öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit

a) Rechtsgrundlagen und Anwendungsbereich

Die ordnungsrechtliche Frage der Verantwortlichkeit des Einzelnen für Umweltschäden gegenüber dem Staat (Verwaltung) ist in allgemeiner Form vor allem im Umwelt-

¹⁵⁵ Schoch/*Eifert* (Fn. 6), Kap. 5 Rn. 130.

¹⁵⁶ Zum EMAS-Verfahren ausf. *Epiney* Umweltrecht der Europäischen Union, 4. Aufl. 2019, Kap. 6 Rn. 119.

¹⁵⁷ Zahlen abrufbar unter www.emas.de/statistiken. Zur Bewertung des EMAS-Systems aus praktischer Sicht s. *Kloepfer* (Fn. 3), § 5 Rn. 1558 ff.

¹⁵⁸ Nach BVerwG BeckRS 2021, 48614; OVG Schleswig BeckRS 2016, 48910.

¹⁵⁹ MüKomm-BGB/*Wagner* 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 1053.

schadensgesetz (USchadG) geregelt.¹⁶⁰ Das USchadG ist unabhängig neben der privatrechtlichen Haftung anwendbar, wobei strengere Vorschriften aus den Fachgesetzen¹⁶¹ vorrangig sind.¹⁶² Es setzt die Umwelthaftungsrichtlinie¹⁶³ der EU um. Das USchadG nimmt auf die Fachgesetze und deren Schutzgüter Bezug (z. B. § 2 Nr. 1 und 10 USchadG). Nach § 3 I USchadG gilt das USchadG für alle durch berufliche Tätigkeiten (§ 2 Nr. 4 USchadG) verursachten Umweltschäden (§ 2 Nr. 1 USchadG) und unmittelbare Gefahren solcher Schäden (§ 2 Nr. 5 USchadG). Es wird unterschieden zwischen Schädigungen durch besonders risikobehaftete berufliche Tätigkeiten nach Anl. 1, die eine verschuldensunabhängige Haftung begründen (§ 3 I Nr. 1 USchadG) und Schädigungen durch nicht in Anl. 1 genannte Tätigkeiten, die ein vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln voraussetzen und nur Schädigungen von Arten und Lebensräumen i. S. v. § 19 II, III BNatSchG (sog. Biodiversitätsschäden) umfassen (§ 3 I Nr. 2 USchadG).¹⁶⁴ Der sachliche Anwendungsbereich wird durch § 3 III USchadG begrenzt. Der örtliche und zeitliche Anwendungsbereich ergibt sich aus § 3 II bzw. § 13 USchadG.

b) Instrumente

Das USchadG begründet unmittelbar geltende Pflichten für den Verantwortlichen (§ 2 Nr. 3 USchadG). So hat dieser nach § 4 USchadG die Pflicht, die zuständige Behörde über alle bedeutsamen Aspekte eines potenziellen Umweltschadens unverzüglich zu unterrichten. Besteht die unmittelbare Gefahr eines Schadens, muss er nach § 5 USchadG die erforderlichen Vermeidungsmaßnahmen treffen. Ist der Schaden bereits eingetreten, trifft ihn nach § 6 USchadG die Pflicht der Schadensbegrenzung (§ 2 Nr. 7 USchadG) und der Ergreifung von Sanierungsmaßnahmen (§ 2 Nr. 8 i. V. m. § 8 USchadG i. V. m. Fachgesetz, z. B. § 19 IV BNatSchG, § 90 II WHG). Zudem hat er nach § 9 USchadG die Gefahrenabwehr- und Sanierungskosten zu tragen. Nach § 7 II USchadG kommt der Behörde ein Ermessen bezüglich der einzusetzenden Instrumente zu. Die Behörde wird gem. § 10 Hs. 1 USchadG von Amts wegen tätig oder wenn Betroffene oder nach § 11 II USchadG kla-

gebefugte Umweltverbände dies nach § 10 Hs. 2 USchadG beantragen.

4. Umweltstraf- und Umweltordnungswidrigkeitenrecht

Ergänzend und akzessorisch zum Umweltverwaltungsrecht (Ultima Ratio) erzwingt das Umweltstrafrecht rechtmäßiges Verhalten.¹⁶⁵ Neben dem Abschnitt über gemeingefährliche Straftaten (§§ 306 ff. StGB), der auch umweltrechtliche Straftatbestände enthält, dienen die §§ 324 ff. StGB (»Straftaten gegen die Umwelt«) der Einhaltung des Umweltverwaltungsrechts, insbesondere der Genehmigungsverfahren. Strafrechtliche Vorschriften finden sich auch in den einzelnen Umweltgesetzen (z. B. § 71 BNatSchG, § 39 GenTG). In ihnen finden sich auch Umweltordnungswidrigkeitenvorschriften (z. B. § 62 BImSchG, § 69 BNatSchG, § 26 BBodSchG), die durch die allgemeinen (Verfahrens-)Vorschriften des OWiG ergänzt werden.

LÖSUNG FALL 10: Der zeitliche Anwendungsbereich des USchadG ist nach § 13 I USchadG eröffnet. Der Betrieb der F stellt eine berufliche Tätigkeit i. S. d. § 3 I Nr. 2 i. V. m. § 2 Nr. 4 USchadG dar, die begrifflich auch Tätigkeiten umfasst, die – wie hier – aufgrund gesetzlicher Aufgabenübertragung im öffentlichen Interesse erfolgen.¹⁶⁶ Die Tätigkeit hat mit der Minderung des Vogelbestands nach § 3 I Nr. 2 USchadG i. V. m. § 19 II, III BNatSchG eine Schädigung i. S. d. § 2 Nr. 3 USchadG verursacht. Das Verschulden der F orientiert sich an den Maßstäben des § 276 BGB, wobei die Legalisierungswirkung einer Genehmigung der Tätigkeit die Haftung nicht ausschließt.¹⁶⁷ Die Schädigung müsste aber in Anwendung des § 19 I 1 BNatSchG erhebliche nachteilige Auswirkungen auf die Biodiversität haben. Dies hat das BVerwG abgelehnt, weil die Tätigkeit der F nach § 19 V 2 Nr. 2 BNatSchG einer »normalen Bewirtschaftung« entsprechen (str.).¹⁶⁸ Danach besteht kein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über Sanierungsmaßnahmen nach dem USchadG (a. A. mit entsprechender Begründung vertretbar).

VII. Instrumentenverbund

Angesichts der Vielzahl und Vielfalt der einsetzbaren Instrumente (»toolbox«) stellt sich die Frage, wie Gesetz-

¹⁶⁰ Koch/Hofmann/Reese/Paschke (Fn. 29), § 17 Rn. 2; Rehbinder/Schink/Rehbinder (Fn. 10), Kap. 3 Rn. 319.

¹⁶¹ Vgl. etwa für das Bodenschutzrecht (Altlastensanierung) §§ 4 ff. BBodSchG.

¹⁶² Landmann/Rohmer/Beckmann/Wittmann (Fn. 28), § 1 USchadG Rn. 8 ff., Rn. 28.

¹⁶³ RL 2004/35/EG, ABl. L 143/56.

¹⁶⁴ Kahl/Gärditz (Fn. 2), § 4 Rn. 12.

¹⁶⁵ Kloepfer/Durner (Fn. 1), § 4 Rn. 158.

¹⁶⁶ EuGH, Urt. v. 9.7.2020, Rs. C-297/19, ECLI:EU:C:2020:533 Rn. 76 f.

¹⁶⁷ OVG Schleswig (Fn. 158), Rn. 103; dazu Beckmann EurUP 2020, 238 ff.

¹⁶⁸ BVerwG (Fn. 158), Rn. 32 ff.; a. A. OVG Schleswig (Fn. 158), Rn. 75 ff.; Schumacher NuR 2022, 407 (408).

geber und Verwaltung sich für ein oder mehrere Instrumente bezogen auf ein bestimmtes Regelungsgebiet entscheiden. Bei dieser sog. Instrumentenwahl (»regulatory« bzw. »instrumental choice«)¹⁶⁹ kommt dem Gesetzgeber ein weiter Einschätzungsspielraum zu, wobei das Unionsrecht spezifische Anforderungen an den Instrumenteneinsatz stellen kann.¹⁷⁰ Auch der Verwaltung kann in den Grenzen des Übermaßverbots eine Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Instrumenten im Einzelfall zustehen.¹⁷¹ In die Wahlentscheidung fließen verschiedenste – teils rechtliche, teils politische – Kriterien wie insbesondere die ökologische Wirksamkeit, die ökonomische Effizienz, die Praktikabilität, die Akzeptabilität, die Flexibilität, die Nachhaltigkeit (auch in sozialer und ökonomisch-finanzieller Hinsicht) sowie die (auch intergenerationelle) Verteilungs- und Belastungsgerechtigkeit (Verursacherprinzip) mit ein.¹⁷²

In der Realität werden Gesetzgeber bzw. Verwaltung auf einen bestimmten zu regelnden Sachverhalt häufig nicht nur mit einem Instrument reagieren, sondern verschiedene Instrumente zu einem sog. Instrumentenverbund bzw. Instrumentenmix (»policy mix«) miteinander verknüpfen. Ein Instrumentenverbund besteht aus mehreren Einzelinstrumenten, die ein gemeinsames Ziel (hier: Umweltschutz) verfolgen und möglichst stimmig und funktional-komplementär zusammenwirken sollen.¹⁷³ »Gemixt« werden verschiedene Handlungsformen (z. B. Verwaltungsakte, Verwaltungsverträge, Realakte) bzw. verschiedene Instrumente (direkte Instrumente, indirekte Instrumente, Planungs- und Verfahrensinstrumente). Der Instrumentenmix ist Ausprägung des Integrationsprinzips und für eine Querschnittsmaterie wie den Umweltschutz notwendig, um effektive und effiziente Steuerung zu bewirken¹⁷⁴. So kann z. B. mit direkten Instrumenten vor allem das »ökologische Existenzminimum« (Art. 20a i. V. m. Art. 1 I GG) erhalten und dieser »Basisschutz« sodann durch flexible informale und ökonomische Instrumente ergänzt und ausgebaut werden. Ein Mix von Instrumenten birgt aber auch die Gefahr einer übermäßigen Belastung des Betroffenen, wenn beispielsweise ordnungsrechtliche Ge- und Verbote einerseits und Abgaben andererseits ku-

mulieren (sog. kumulativer bzw. additiver Grundrechtseingriff). Deshalb müssen die Instrumente aufeinander abgestimmt und widerspruchsfrei bezüglich ihrer Zwecke und Steuerungswirkungen sein, wofür neben dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz insbesondere die Prinzipien der Kohärenz bzw. Folgerichtigkeit und Systemgerechtigkeit (Art. 3 I GG) leitend wirken.

VIII. Fazit und Ausblick

Für eine Bewältigung der immer dringender werdenden Herausforderungen des Umwelt- und Klimaschutzes (globale »Ökokrise«) stellt die Frage der umweltrechtlichen Instrumente eine der Kernfragen dar. Die Instrumente der direkten und indirekten Verhaltenssteuerung, des Verfahrens und der Planung sind fortlaufend entlang der Umweltprinzipien (insbesondere Nachhaltigkeits-, Integrations-, Vorsorge-, Verursacher- und Kooperationsprinzip) auf ihr Steuerungspotenzial hin (kritisch) zu prüfen und ggf. – auch mit Blick auf mögliche dysfunktionale Effekte – rechtspolitisch nachzubessern. Ihrer sowohl horizontalen¹⁷⁵ als auch vertikalen¹⁷⁶ Abstimmung zu einem möglichst effektiven und effizienten, den Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzgrundsatz beachtenden Instrumentenverbund kommt dabei maßgebliche Bedeutung zu. Die Umweltplanung hat zu diesem Zweck ambitionierte, gleichzeitig aber differenzierte und widerspruchsfreie finale Programme vorzugeben, die zugleich der Binnenkoordinierung und Verzahnung der verschiedenen Instrumente untereinander dienen. Abstrakte Antworten auf die Frage nach den »besten« Umweltschutzinstrumenten sind dabei kaum möglich. Die Wahl der Instrumente muss vielmehr stets vom besten verfügbaren Stand der Wissenschaft ausgehen, flexibel und anpassungsfähig erfolgen (hohe Veränderungsdynamik ökologischer Herausforderungen) und vor allem auf den jeweiligen konkreten Regelungsbereich einzelfallgerecht (»passgenau«) abgestimmt sein. Dem Umweltordnungsrecht (direkte Instrumente) kommt insofern grundsätzlich auch weiterhin die Funktion des instrumentellen »Rückgrats« zu; daneben rücken indirekte (ökonomische) Instrumente (z. B. Zertifikatehandel, Abgaben), aber auch Information, Partizipation und Verfahren immer stärker in den Vordergrund. Letztlich stellt die Wahl der umweltrechtlichen Instrumente einen fortlaufenden Lernprozess dar, bei dem Gesetzgeber, Re-

¹⁶⁹ Zu den Begriffen Voßkuhle/Eifert/Möllers/Eifert *GVwR* I, 3. Aufl. 2022, § 19 Rn. 153.

¹⁷⁰ Kloepfer (Fn. 3), § 5 Rn. 53 f.; s. auch Voßkuhle/Eifert/Möllers/Eifert (Fn. 169), § 19 Rn. 159.

¹⁷¹ Kloepfer (Fn. 3), § 5 Rn. 55 f.

¹⁷² Kloepfer (Fn. 3), § 5 Rn. 48; Rodi *ZG* 2000, 231 (241 f.); Sparwasser/Engel/Voßkuhle (Fn. 98), § 2 Rn. 209. Zu den Kriterien der Instrumentenwahl auf internationaler Ebene Rodi/Mehling (Fn. 55), § 8 Rn. 14.

¹⁷³ Voßkuhle/Eifert/Möllers/Michael (Fn. 9), § 40 Rn. 26.

¹⁷⁴ Guckelberger (Fn. 15), 223; Rodi/Mehling (Fn. 55), § 8 Rn. 25.

¹⁷⁵ Bezogen nur auf eine politische Ebene, z. B. die des Bundes oder eines Landes.

¹⁷⁶ Bezogen auf das Mehrebenensystem aus internationaler Staatengemeinschaft, EU, Bund, Land, Gemeinden.

gierungen und Verwaltung, aber auch Umweltwissenschaften kooperativ und interdisziplinär (z. B. Rechts-, Politik- und Wirtschaftswissenschaft) zusammenwirken soll-

ten, für den aber auch Erkenntnisse aus der Politik- und Rechtsvergleichung immer wichtiger werden.