

Umweltrecht

Kahl / Gärditz

14. Auflage 2025
ISBN 978-3-406-83573-5
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

schen Parkraumbewirtschaftung in Betracht,⁴⁶⁹ die grds. zB auch klimapolitische Lenkungsziele integrieren dürfen.⁴⁷⁰

Strittig ist die rechtliche Einordnung des sog. „Wasserpfennigs“, der in den meisten Bundesländern als Abgabe für die Entnahme von Grundwasser (teilweise auch von Oberflächenwasser) vor allem von Wasserversorgungsunternehmen und Industriebetrieben erhoben wird. Das BVerfG hat den „Wasserpfennig“ als „Abschöpfungsabgabe“ klassifiziert und damit weder als Steuer noch als Sonderabgabe oder Vorzugslast.⁴⁷¹ Hierbei handelt es sich um eine hoheitlich auferlegte Geldleistungspflicht, die dazu dient, einen *individuellen* (anderen Interessenten nicht gewährten) Sondervorteil⁴⁷² des Abgabepflichtigen (hier: Recht zur Nutzung des knappen Gutes der Allgemeinheit „Wasser“) zu kompensieren. I.Erg geht das Gericht wohl von einer Art Ressourcennutzungsgebühr aus, die den Sondervorteil abschöpfe, der aus dem Verbrauch öffentlicher Umweltgüter wie dem Grundwasser resultiere. Die staatliche Leistung bestehe demnach in dem konkreten (wirtschaftlichen) Vorteil, der mit der Wasserentnahme in Anspruch genommen werde. Problematisch an der Argumentation des BVerfG ist vor allem, dass sich (im Rahmen der Verhältnismäßigkeit) prinzipiell jede Ressource in einem ersten Schritt in ein öffentlich-rechtliches Nutzungsregime überführen und hierdurch der privatnützigen Freiheitsentfaltung entziehen ließe, um dann in einem zweiten Schritt diese Freiheit über den Hebel einer Ressourcennutzungsabgabe rückzueräußern.⁴⁷³ Freiheitsentfaltung wird so durch Verknappung zum Finanzierungstitel („Preis für Freiheit“).⁴⁷⁴ Abschöpfungsabgaben unterliegen daher – neben den allgemeinen Anforderungen an die Rechtfertigung nichtsteuerlicher Abgaben (→ Rn. 135 ff.) – verschiedenen besonderen Anforderungen, namentlich, dass (1.) die Ausübung der mit der Zahlungspflicht belasteten Tätigkeit in zulässiger Weise einer staatlichen Bewirtschaftung unterworfen worden ist (sprich, dass es sich tatsächlich um ein knappes Gut handelt, bei dem die rechtliche Zuweisung eines Nutzungsrechts einen wirtschaftlichen Sondervorteil begründet), (2.) die Abgabe ihrer Höhe nach „nicht außer Verhältnis zum Wert der öffentlichen Leistung“ steht und (3.) mit dem Schutzzweck der Bewirtschaftung vereinbar ist.⁴⁷⁵ Eine differenzierte Inanspruchnahme (wie Ausnahmen für Kühlwasser oder die Nichtbelastung der Küstengewässernutzung) liegt grds. nach Art. 3 I GG im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers.⁴⁷⁶

132

cc) Umweltsonderabgaben

Neben Steuern, Gebühren und Beiträgen werden vom Staat weiterhin noch *Sonderabgaben* erhoben. Insoweit lassen sich Lenkungsabgaben (Sonderabgaben iwS),⁴⁷⁷ die vorrangig einen umweltpolitischen Gestaltungszweck verfolgen, und Finanzierungsabgaben (Sonderabgaben ieS) als reine Instrumente der Einnahmeerzielung unterscheiden,⁴⁷⁸ wobei die Einnahme oftmals der Finanzierung einer spezifischen ökologischen Aufgabe dient.⁴⁷⁹ In jedem Fall zeichnen sich Sonderabgaben – im Kontrast zur Steuer – durch eine strukturelle Verwendungsbindung und die damit einhergehende Haushaltsflüchtigkeit (Durchbrechung des Nonaffektations-

133

⁴⁶⁹ Ringwald in Faßbender/Köck (Hrsg.), *Rechtliche Herausforderungen und Ansätze für eine umweltgerechte und nachhaltige Stadtentwicklung*, 2021, S. 103 (106 ff.).

⁴⁷⁰ VG Mannheim ZUR 2022, 613 (617 f.).

⁴⁷¹ Dazu BVerfGE 93, 319 (345 ff.); Bestätigung der Kategorie in BVerfG NVwZ 2003, 467.

⁴⁷² Vgl. Jarass, *Nichtsteuerliche Abgaben und lenkende Steuern unter dem Grundgesetz*, 1999, S. 36 ff. Für die Windnutzung Köck ZUR 2017, 684 ff.

⁴⁷³ Krit. Waldhoff DVBl 2011, 653 ff.; ders. FS Papier, 2013, 401 ff.

⁴⁷⁴ Mit Recht krit. Kirchhof in Isensee/Kirchhof StaatsR-HdB V § 119 Rn. 37; Müller-Franken VerwArch 103 (2012), 315 (328 f., 331).

⁴⁷⁵ Müller-Franken VerwArch 103 (2012), 315 (331); Seiler in Henneke/Pünder/Waldhoff (Hrsg.), *Recht der Kommunal Finanzen*, 2006, § 18 Rn. 9.

⁴⁷⁶ BVerfG NVwZ 2021, 56 (58 f.).

⁴⁷⁷ Ausf. Wernsmann, *Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem*, 2005, S. 457 ff.

⁴⁷⁸ Vgl. Müller-Franken VerwArch 103 (2012), 315 (324 ff.).

⁴⁷⁹ ZB der Klärschlamm-Entschädigungsfonds; gebilligt durch BVerfGE 119, 370 (387 ff.), weil die Belastung der Klärschlammhersteller durch die gruppennützige Verwendung der Abgabe zur Aufrechterhaltung der Klärschlammaufbringung als Entsorgungsweg diene.

prinzips) aus.⁴⁸⁰ Sonderabgaben sollen daher eine enge und fortwährend zu überprüfende Ausnahme sein.⁴⁸¹

- 134 Eine wichtige Lenkungsabgabe findet sich im *Abwasserabgabengesetz* (AbwAG), wonach für das Einleiten von Abwasser in ein Gewässer eine Abgabe zu entrichten ist (§ 1 AbwAG).⁴⁸² Es handelt sich um eine zulässige Sonderabgabe.⁴⁸³ Die Höhe der Abgabe richtet sich dabei nach der Schädlichkeit des Abwassers und wird auf der Grundlage des Bescheides, der die Einleitung genehmigt, ermittelt (§§ 3, 4 AbwAG). Dies macht deutlich, dass die Abwasserabgabe die direkte administrative Steuerung nicht ersetzt, sondern nur ergänzt: So darf nicht beliebig die Gewässer verschmutzen, wer für die Einleitung von Abwasser nur bezahlt; Grundvoraussetzung für das Einleiten von Abwässern bleibt weiterhin der Besitz einer wasserrechtlichen Erlaubnis nach § 10 WHG, die ua auch die Einleitungsmengen festlegt und nur erteilt wird, wenn die Schadstofffracht im Abwasser so gering gehalten wird, wie dies nach dem Stand der Technik möglich ist (§ 57 I Nr. 1 WHG). Die Abwasserabgabe entfaltet hier einen ökonomischen Anreiz zu zusätzlichen, überobligatorischen Anstrengungen, die einzuleitenden Abwässer zu reinigen.
- 135 Auch jeder Umweltsonderabgabe ist jedoch ungeachtet einer etwaigen primären Lenkungsfunktion stets der Grundzweck der Einnahmeerzielung immanent. Sie bedarf daher einer besonderen Legitimation, durchbricht sie doch die verfassungsrechtliche Grundentscheidung für den Steuerstaat. Danach hat der Staat seinen Finanzbedarf durch die Erhebung von Steuern zu decken, ihm stehen „parafiskalische Sonderabgaben“ nicht beliebig zur Verfügung, weil anderenfalls die Begrenzungsfunktion der Finanzverfassung (Art. 105–107 GG), die Gleichheit der Steuerschuldner (Art. 3 I GG)⁴⁸⁴ und die Budgethoheit des Parlaments (Art. 110 GG) unterlaufen werden könnte.⁴⁸⁵ Die Gesetzgebungskompetenz für Sonderabgaben richtet sich nach der Sachgesetzgebung.⁴⁸⁶ Nach der verfassungsgerichtlichen Rspr. sind Sonderabgaben nur zulässig, wenn
- eine gesellschaftlich homogene Gruppe vorliegt, die sich aufgrund ihrer gemeinsamen Interessenlage von der Allgemeinheit abgrenzen lässt,
 - die Gruppe eine spezifische Sachnähe zum Abgabenzweck aufweist und
 - aus diesem Grund eine besondere Finanzierungs- bzw. Gruppenverantwortung für diese Aufgabe trägt.
- Weiterhin muss das Abgabenaufkommen gruppennützig verwendet werden und die Sonderabgabe in angemessenen Zeiträumen überprüft und in den Haushaltsplänen dokumentiert werden.⁴⁸⁷
- 136 Das BVerfG hat zB den sog. „Kohlepfennig“ für verfassungswidrig erklärt. Diese Ausgleichsabgabe zur Stabilisierung des deutschen Steinkohlebergbaus sollte von den Elektrizitätsunternehmen gezahlt werden; schon von Gesetzes wegen war aber vorgesehen, die Abgabe auf die Endverbraucher umzulegen. Damit mangelte es bereits an einer abgrenzbaren homogenen Gruppe, denn die Finanzierungsverantwortlichkeit

⁴⁸⁰ Waldhoff in Isensee/Kirchhof StaatsR-HdB V § 116 Rn. 144.

⁴⁸¹ BVerfG Urt. v. 26.3.2025 – 2 BvR 1505/20 Rn. 75.

⁴⁸² Eingehend Breuer/Gärditz WasserR Rn. 83 ff. mwN.

⁴⁸³ BVerwG Urt. v. 13.11.2024 – 9 C 3/23 Rn. 23.

⁴⁸⁴ Dazu Kirchhof StW 2017, 3 ff. Vergleichbare Grundsätze hat das BVerfG auch auf die Veräußerungskürzung nach §§ 19, 20 ZuG 2012 angewendet: BVerfG NVwZ 2018, 972 ff. (Verfassungskonformität bejaht).

⁴⁸⁵ Vgl. BVerfGE 91, 186 (202).

⁴⁸⁶ Zuletzt BVerfG ZUR 2022, 412 (415 f.) zur Ausgleichsabgabe nach § 11 BüGembeteilG M-V. Krit. Rheinschmitt ZUR 2022, 532 (537 ff.).

⁴⁸⁷ BVerfGE 55, 274 (300 ff.); 82, 159 (179 ff.); 92, 91 (113 ff.); 93, 319 (342 f.); 101, 141 (147 ff.); 108, 186 (218 f.); 110, 370 (387 ff.); 113, 128 ff.; 122, 316 ff.; 123, 132 ff.; 135, 155 ff.; 136, 194 ff.; StGH Bremen Urt. v. 16.12.2024 – St 5/23 Rn. 100 ff.; OVG Lüneburg Beschl. v. 24.3.2025 – 9 ME 84/24 Rn. 38. Zur Nichtübertragbarkeit auf steuernde Vorzugslasten BVerwGE 165, 373 ff.

traf letztlich die Allgemeinheit.⁴⁸⁸ Entsprechendes Vorbringen von energieerzeugenden Unternehmen gegen § 13 III StromPBG hat das BVerfG mangels hinreichender Substantiierung zurückgewiesen. Die Verfassungsbeschwerde habe nicht hinreichend erkennen lassen, inwiefern die Erlösabschöpfung trotz der kriegsbedingten Sondersituation keinen Sachgründen nach Art. 3 I GG folge.⁴⁸⁹

Auch die sog. *Abfallverbringungsabgabe*, die den Solidarfonds Abfallrückführung finanzieren sollte, erfüllte nicht die verfassungsgerichtlichen Anforderungen an eine Sonderabgabe. Zwar belastete die Abgabe Abfallexporteure nach Art und Menge der bei einer Ausfuhr notifizierten Abfallmengen und somit *prima facie* eine homogene Gruppe. Die Leistungen aus dem Solidarfonds sollten indes die Kosten illegaler Abfallverbringung abdecken. Zu Recht hat es das BVerfG als unzulässig angesehen, legal handelnde Exporteure zur Finanzierung der Folgen fremden Fehlverhaltens heranzuziehen.⁴⁹⁰ Dem ist zuzustimmen, denn individuelles Fehlverhalten kann keine besondere Gruppenverantwortung begründen. 137

Diese an sich klare Linie des BVerfG zu den Sonderabgaben wird allerdings dadurch verwischt, dass hiervon die sog. *Ausgleichsabgaben* ausgenommen werden, bei denen die Finanzierung einer besonderen Aufgabe weder Haupt- noch Nebenzweck ist. So hat das BVerfG etwa die baden-württembergische *Naturschutzabgabe*⁴⁹¹ von den verfassungsgerichtlichen Anforderungen an Sonderabgaben mit der Begründung ausgenommen, die Ausgleichsabgabe erfülle keine typische Lenkungs-, sondern eine Wiedergutmachungsfunktion; im Vordergrund stehe alleine die „Entschädigung“ für den erfolgten Eingriff in Natur und Landschaft, nicht aber eine Finanzierungsfunktion.⁴⁹² 138

b) Zertifikatehandel

Im weiteren Zusammenhang mit den abgabenrechtlichen Instrumenten ist auch der *Zertifikatehandel* zu erwähnen.⁴⁹³ Dieses Instrument, dessen nähere Ausgestaltung für einen Teilbereich im TEHG und in der jeweiligen Zuteilungsverordnung (aktuell: ZuV 2020)⁴⁹⁴ für eine Handelsperiode (aktuell: 2013–2020) geregelt ist, beruht ebenfalls auf dem Regelungsansatz, ein bislang kostenlos zur Nutzung oder Verschmutzung zur Verfügung stehendes Umweltgut Marktmechanismen zu unterwerfen, um die externen Kosten der Allgemeinheit zu internalisieren und hierdurch über den Hebel einer Einpreisung sichtbar zu machen. Insoweit ähnelt der Zertifikatehandel zwar den Umweltabgaben, verfeinert deren holzschnittartige Wirkungsweise aber durch ein besonderes Marktelement, das zusätzliche Anreize zur Entwicklung umweltfreundlicher Technik bzw. umweltfreundlichen Verhaltens setzen soll: Für die Nutzung eines Umweltgutes bedarf es hiernach eines (idR mengenbezogenen) Zertifikats, wodurch es zu einer künstlichen Marktverknappung kommt.⁴⁹⁵ Stehen Zertifikate für eine avisierte Umweltbelastung nicht oder nicht in genügendem Umfang zur Verfügung, müssen diese zugekauft werden. Zugleich werden Zertifikate für handelbar erklärt, sodass derjenige, der (zB aufgrund technologischer Verbesserung) seine Zertifikatmenge nicht benötigt, diese gewinnbringend (zB rationalitätssteigernd im 139

⁴⁸⁸ BVerfGE 91, 186 (203).

⁴⁸⁹ BVerfG Urt. v. 28. 11. 2024 – 1 BvR 460/23 Rn. 40 f.

⁴⁹⁰ BVerfGE 113, 128 (150 ff.).

⁴⁹¹ Näher dazu → § 10 Rn. 66 ff.

⁴⁹² So BVerwGE 74, 308 (309 ff.); 81, 220 (225 f.).

⁴⁹³ Eingehend → § 6 Rn. 33 ff.

⁴⁹⁴ BGBl. 2011 I 1921.

⁴⁹⁵ Näher zum Mechanismus sowie seinen Vor- und Nachteilen Gärditz in Kirchhof/Korte/Magen (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2014, § 6 Rn. 3, 47 ff.; Kloepfer FS Peine, 2016, 145 ff.

Rahmen einer Versteigerung⁴⁹⁶) veräußern kann. Hierdurch entsteht ein Markt. Das Regelungskonzept ist prinzipiell auf sämtliche mengenmäßig erfassbaren Umweltbelastungen anwendbar, sofern sich diese mit vertretbarem Aufwand messen lassen. Das Modell wurde daher konsequent durch das *Brennstoffemissionshandelsgesetz v. 12.12.2019*⁴⁹⁷ auf Treibhausmissionen ausgedehnt, die von Brennstoffen ausgehen.⁴⁹⁸ Diskutiert wird etwa eine Anwendung zur Steuerung der baulichen Flächeninanspruchnahme.⁴⁹⁹

c) Umweltsubventionen

- 140 Der Staat kann ökologische Lenkungsziele auch dadurch verfolgen, dass er umweltpolitisch erwünschtes Verhalten durch Sach- oder Geldmittel direkt subventioniert (*Leistungssubvention*).⁵⁰⁰ Grds. ist nach etablierter – obgleich nicht unbestrittener Auffassung – für die Gewährung umweltbezogener Beihilfen keine spezifische Ermächtigung erforderlich, sofern die Förderung nicht (verdeckt) mit mittelbaren Eingriffen in spezifische Grundrechte Dritter verbunden ist. Nach herkömmlicher Auffassung ist eine Subvention rechtmäßig, wenn sie sich auf einen hinreichenden haushaltsrechtlichen Titel stützen lässt, der die Verwaltung spezifisch zu entsprechenden Ausgaben ermächtigt, und Förderrichtlinien, die ggf. als Verwaltungsvorschrift zu erlassen sind, die Kriterien der Förderung festlegen und insoweit eine gleichmäßige sowie kontrollierbare – mithin mit Art. 3 I GG in Einklang stehende – Förderpraxis sicherstellen.⁵⁰¹ Inhaltlich ist eine Subvention zulässig, wenn hinreichend gewichtige vernünftige – insbes. umweltpolitische – Sachgründe eine Besserstellung der geförderten Personen gegenüber anderen rechtfertigen.⁵⁰² Ist der umweltpolitische Nutzen plausibel dargelegt, spricht prima facie bereits Art. 20a GG für die Zulässigkeit einer (einfachen, ohne substanzielle Eingriffe in die Rechte Dritter eingehenden) Förderung ökologisch erwünschten Verhaltens. Gerade auf kommunaler Ebene können insoweit Subventionen Handlungsspielräume für eine aktive lokale Umweltpolitik eröffnen.
- 141 Allerdings sind auch in diesem Rahmen die allgemeinen Grenzen zu beachten, die das *EU-Wettbewerbsrecht* unternehmensbezogenen Beihilfen setzt (Art. 107 f. AEUV). Verletzungen des Beihilfeverbots (Art. 107 I AEUV) bzw. der Notifizierungspflicht und des Durchführungsverbots (Art. 108 III 1, 3 AEUV) führen zur Rechtswidrigkeit des Bescheides und grds. zur Rücknahme nach § 48 VwVfG. Beihil-

⁴⁹⁶ S. VO (EU) Nr. 1031/2010 der Kommission v. 12.11.2010 über den zeitlichen und administrativen Ablauf sowie sonstige Aspekte der Versteigerung von Treibhausgasemissionszertifikaten gem. der RL 2003/87/EG (ABl. L 302, 1); Funke/Ertl N&R 2011, 2 ff.; Gärditz in Kirchhof/Korte/Magen (Hrsg.), *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2014, § 6 Rn. 47 ff.; Koenig in Löwer (Hrsg.), *Vielfalt des Energierechts*, 2009, S. 71 (75 ff.).

⁴⁹⁷ BGBl. I 2728.

⁴⁹⁸ Hierzu Altenschmidt ZfZ 2020, 122 ff.; Frenz RdE 2020, 281 ff.; Klemm REE 2020, 1 ff.; Kortländer ZNER 2020, 69 ff.; Meßerschmidt UPR 2021, 46 ff.; Vollmer NuR 2020, 237 ff. Finanzverfassungsrechtlich krit. Meßerschmidt DÖV 2021, 605 ff.; Wernsmann/Bering NVwZ 2020, 497 ff.; nach Abschöpfungszeiträumen differ. Klinski/Keimeyer ZUR 2020, 342 (344 ff.).

⁴⁹⁹ Kümper NVwZ 2021, 365 ff.; Köck/Bovet/Tietz ZUR 2018, 67 ff.

⁵⁰⁰ Dazu Kahl/Effinger Jura 2023, 19 (25 f.); detailliert zum Naturschutz Ekardt/Heß/Rath ZUR 2022, 21 ff.

⁵⁰¹ BVerwGE 90, 112 (126); krit. Kämmerer in Isensee/Kirchhof StaatsR-HdB V § 124 Rn. 32; Unger in Schmidt/Wollenschläger (Hrsg.), *Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 6. Aufl. 2024, § 8 Rn. 8.

⁵⁰² BVerfGE 137, 305 (371).

fen zu Zwecken des Umweltschutzes lassen sich ggf. durch eine Ausnahme nach Art. 107 III AEUV rechtfertigen.

d) Umweltschutz im Rahmen öffentlicher Auftragsvergabe

Besondere praktische Bedeutung erlangt hat auch die Berücksichtigung umweltbezogener Belange im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe,⁵⁰³ deren Verfahren und materielle Standards eingehend in den §§ 97 ff. GWB⁵⁰⁴ und (untergesetzlich) in der VgV⁵⁰⁵ bzw. KonzVgV⁵⁰⁶ geregelt sind. Öffentliche Aufträge (§ 103 GWB) und Konzessionen (§ 105 GWB) werden von öffentlichen Auftraggebern (§§ 98 ff. GWB) nach § 97 I 1 GWB im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben, die iE in den §§ 119 ff. GWB (einschließlich spezifischen Rechtsschutzes) geregelt sind. Dabei werden nach § 97 I 2 GWB die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit gewahrt. Die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren sind nach § 97 II GWB gleich zu behandeln (*Diskriminierungsverbot*). Bei der Vergabe werden Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und *umweltbezogene* Aspekte berücksichtigt (§ 97 III GWB). Bei öffentlichen Aufträgen wird eine Leistung (zB eine Dienstleistung, ein Bauauftrag, eine Warenbeschaffung) gegen Entgelt von der öffentlichen Hand „eingekauft“. Konzessionen sind nach § 105 I GWB hingegen Verträge, bei denen einem Auftragnehmer ein Recht zur Leistungserbringung (zB Altpapiersammlung) übertragen wird, die Erlöse aber aus Vereinbarungen mit Dritten gezogen werden;⁵⁰⁷ die §§ 148 ff. GWB sehen für diese ein besonderes Vergabeverfahren vor, für das teils abweichende Regelungen gelten.

Das geltende Vergaberecht sieht eine differenzierte Prüfungskaskade vor,⁵⁰⁸ die einerseits der öffentlichen Hand eine effektive und wirtschaftliche Beschaffung ermöglichen, andererseits aber auch Diskriminierungen (insbes. aus politischen Gründen, sprich: Protektionismus) verhindern soll. Hierbei unterscheidet das GWB unionsrechtskonform strikt zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien:⁵⁰⁹ Öffentliche Aufträge werden an *fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen* vergeben, die nicht rechtmäßig ausgeschlossen worden sind (§ 122 I GWB). Ein Unternehmen ist geeignet, wenn es die durch den öffentlichen Auftraggeber iE zur ordnungsgemäßen Ausführung des öffentlichen Auftrags festgelegten Kriterien (*Eignungskriterien*) erfüllt, insbes. die technische und berufliche Leistungsfähigkeit (§ 122 II Nr. 3 GWB). Öffentliche Auftraggeber können unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn das Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nachweislich gegen geltende umweltrechtliche Verpflichtungen verstoßen hat (§ 124 I Nr. 1 GWB). Ergänzend tritt der Ausschlussgrund nach § 22 Lieferkettensorgfaltspflichtgesetz (LkSG) hinzu.

Der *Zuschlag* wird nach § 127 I 1 GWB auf das *wirtschaftlichste Angebot* erteilt (für Konzessionen entsprechend § 152 GWB). Dies bedeutet nicht zwangsläufig eine Zuschlagserteilung auf den billigsten Angebotspreis. Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich vielmehr gem. § 127 I 3 GWB nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Zu dessen Ermittlung können neben dem Preis oder den Kosten nach

⁵⁰³ Kahl/Effinger Jura 2023, 19 (27).

⁵⁰⁴ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen idF v. 26.6.2013 (BGBl. I 1750, 3245).

⁵⁰⁵ VgV v. 12.4.2016 (BGBl. I 624).

⁵⁰⁶ Konzessionsvergabeordnung v. 12.4.2016 (BGBl. I 624, 683).

⁵⁰⁷ Vgl. speziell zu Konzessionen im Umweltrecht Wollenschläger EurUP 2016, 380 ff. Die umweltrechtlich besonders relevanten Wasserkonzessionen fallen allerdings nach § 149 Nr. 9 GWB aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts; zu deren (unionsrechtskonformer) Behandlung eingehend Schröder NVwZ 2017, 504 ff.; zu wasserrechtlichen Genehmigungen Durner DVBl 2020, 149 ff.

⁵⁰⁸ Hierzu Burgi, Vergaberecht, 3. Aufl. 2021, § 4 Rn. 21 ff.

⁵⁰⁹ Diederichsen/Renner in Schmidt/Wollenschläger (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 7 Rn. 104 f., 122.

§ 127 I 4 GWB ausdrücklich auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden. Insoweit können umweltbezogene Aspekte zum Gegenstand der Leistungsbeschreibung gemacht und als primäres Vergabeziel in den Bieterwettbewerb einbezogen werden, wenn der Beschaffungsgegenstand erst hierdurch definiert wird (etwa Umweltstandards eines zu errichtenden Gebäudes, einzuhaltende Standards der Abfallentsorgung). Daneben können – im Einklang mit der Rspr. des EuGH⁵¹⁰ – aber iRd § 127 I 4 GWB auch auftragsbezogene ökologische Standards (zB Herkunfts- oder Verwendungsnachweise) vorgegeben werden (vgl. auch § 49 VgV), die nicht notwendig sind, den Auftrag funktionsgerecht zu erfüllen, die aber legitimen und transparent gemachten ökologischen Sekundärzielen dienen (sog. „vergabefremde Aspekte“; zB die Verwendung von Holz aus nachhaltigem Anbau im Rahmen eines Bauauftrags).⁵¹¹ Insgesamt ist hierbei jeweils das Verhältnismäßigkeitsgebot zu beachten;⁵¹² namentlich dürfen überzogene Umwelanforderungen nicht missbraucht werden, verdeckt und mittelbar Wettbewerber zu diskriminieren (zB durch ökologisch nicht zwingend gebotene Festlegung auf einen Produktionsstandard, den nur ein spezifisches Unternehmen erfüllt). Vorschriften für die Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Leistungen und von Straßenfahrzeugen in den §§ 67 f. VgV enthalten umweltspezifische Spezialregelungen.⁵¹³

5. Informale Instrumente

- 145 In der (umweltrechtlichen) Praxis handelt der Staat häufig informal. Wenn die öffentliche Hand auf ihre hoheitlich-imperativen Instrumente verzichtet und eine konsensual-dialogische Lösung mit den Betroffenen anstrebt, zeigt sich darin der Wandel vom Ordnungsstaat zum *kooperativen* und *informalen* Staat. Das Kooperationsprinzip (→ Rn. 33 ff.) findet hier seine weitestgehende Verwirklichung. Informales Handeln verspricht eine größere Effizienz und Flexibilität, Kosten- und Zeitersparnis, eine verbesserte Akzeptanz und damit einhergehend weniger Rechtsstreitigkeiten. Zugleich kann aber auch die Gefahr entstehen, dass Gemeinwohlbelange (namentlich des Umweltschutzes) oder legitime Drittinteressen je nach der Verhandlungsposition des Gegenübers wegerhandelt zu werden. Informales Handeln findet in Gestalt rechtlich oft nicht spezifisch geregelter Kontakte, Absprachen, Arrangements, Vorabstimmungen und gemeinsamer Aktionen zwischen Verwaltung und Bürger statt; auch staatliche Listungen, Empfehlungen, Warnungen, Appelle und Umweltberatung zählen dazu.
- 146 *Normvollziehende* Absprachen betreffen die Anwendung bestehender Rechtsnormen, etwa die Frage, wie das Umweltschutzziel einer Norm auch ohne den Erlass einer hoheitlichen Verfügung (die auf ihrer Grundlage ergehen könnte) oder den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages⁵¹⁴ erreicht werden kann. Vor allem aber sind sie im Vorfeld eines Verwaltungsverfahrens anzutreffen. Insbes. bei komplexen Genehmigungsverfahren bietet sich schon vor Stellung eines förmlichen Antrags eine frühzeitige Kontaktaufnahme mit den zuständigen Behörden an, um etwa einzureichende Unterlagen, relevante Sachfragen oder einzuhaltende Pflichten informell abzuklären. Aus Sicht der Genehmigungsbehörde kann es sinnvoll sein, den Entwurf eines Bescheides vorab zuzuleiten, um das Rechtsmittelrisiko abzuschätzen. In § 2 II der 9. BImSchV, § 5 UVPg oder auch § 71c II (L)VwVfG ist dieser sog. *Scoping*-Prozess mittlerweile auch gesetzlich anerkannt worden.
- 147 *Normvorbereitende* Absprachen wurden bspw. in der deutschen Energiepolitik praktiziert; hinzuweisen ist auf den sog. „paktierten Atomausstieg“ v. 14.6.2000 zwischen der Bundesregierung und Energieversor-

⁵¹⁰ Vgl. EuGH Rs. C-513/99 (Concordia Bus Finland), Slg. 2002, I-7213 Rn. 69; Rs. C-448/01 (Wienstrom), Slg. 2003, I-14527 Rn. 30 ff.

⁵¹¹ Eingehend Hattenhauer/Butzer ZfBR 2017, 129 ff.

⁵¹² Hierzu Burgi, Vergaberecht, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 26, § 7 Rn. 16.

⁵¹³ Vertiefend Kloepper EurUP 2015, 214 ff.; Dageförde, Umweltschutz im öffentlichen Vergabeverfahren, 2012; Burgi, Vergaberecht, 3. Aufl. 2021, § 7 Rn. 15, § 16 Rn. 37, § 17 Rn. 17 ff.

⁵¹⁴ Instrukтив Fontana EurUP 2017, 310 ff.

gungsunternehmen. Im Schrifttum wird hierin ein Anwendungsfall „kooperativer Rechtserzeugung“ bzw. „Collaborative Governance“ gesehen.⁵¹⁵

Normvertretende (bzw. normersetzende oder normvermeidende) Absprachen setzen hingegen schon im Vorfeld des Normerlasses mit dem Ziel an, diesen zu verhindern. Gemeint sind Selbstverpflichtungen der Wirtschaft, etwa der Automobilindustrie zur Senkung des Kraftstoffverbrauchs bzw. der CO₂-Emissionen oder im Chemikalien- und Entsorgungsbereich.⁵¹⁶ Im Gegenzug verzichtet die öffentliche Hand, regelmäßig die Regierung oder das Parlament, auf eine entsprechende gesetzliche Regelung. Solche informellen Absprachen können zwar der praktischen Problembewältigung dienen, aber zugleich auch die demokratische Öffentlichkeit des parlamentarischen Verfahrens sowie die Allgemeinheit des Gesetzes als Instrument der Freiheits- und Gleichheitssicherung⁵¹⁷ aushebeln.⁵¹⁸ Ein von der Regierung geschlossener Vertrag über konkrete Inhalte der Gesetzgebung kann schon im Hinblick auf die funktionale Gewaltengliederung (Art. 20 II 2 GG) den parlamentarischen Gesetzgeber nicht binden. Wer sich auf eine solche Absprache verlässt, ist auch in seinem Vertrauen grds. nicht geschützt, wenn dann der Gesetzgeber – zumal mit anderen Mehrheiten nach einer Wahl – doch handelt und sich von den Abreden der Regierung löst.

In die Diskussion geraten waren als (vermeintlich) goldener Mittelweg zwischen Ordnungsrecht und Laissez-faire (sog. „libertärer Paternalismus“) diverse Formen des „Schubsens“ (*Nudging*) von Bürgern (Konsumenten), die durch unbewusste oder halb bewusste Anreize in Richtung auf ein umweltschutzfreundliches Verbraucherverhalten gelenkt werden sollen.⁵¹⁹ Das *Nudging* wirft eine Reihe von bislang nicht abschließend geklärten Rechtsfragen auf, nicht zuletzt mit Blick auf die – gerade in der Summation mit anderen informellen oder formalen Instrumenten – nicht zu unterschätzende Beeinträchtigung (auch negativer) individueller Freiheit.⁵²⁰ Umso dringlicher stellt sich die Frage nach den rechtsstaatlichen Grenzen des informellen Verwaltungshandelns.

Informales Handeln erfolgt nicht im rechtsfreien Raum. Die Grundrechtsbindung (Art. 1 III GG) und der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit (Art. 20 III GG) enden nicht mit dem Verzicht der öffentlichen Hand, förmlich zu handeln. Insbes. bleibt die Verwaltung an den Gesetzesvorrang, die Kompetenzordnung, das Verhältnismäßigkeitsprinzip, den Gleichheitssatz und das Neutralitätsgebot gebunden.⁵²¹ Verpflichtende Vereinbarungen zugunsten Dritter sind im konsensualen Verfahren ausgeschlossen.⁵²² Im Übrigen ließe sich ein Mindestmaß an Transparenz, ohne dass hierdurch der Charakter des Informalen verloren ginge, durch die Verpflichtung erreichen, getroffene

⁵¹⁵ S. Bauer ZfE 2010, 237 ff.; Köpp, Normvermeidende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, 2001, S. 45 ff.; Schuppert, Governance und Rechtsetzung, 2011, S. 60 ff.; allg. auch Hansjürgens/Köck/Kneer (Hrsg.), Kooperative Umweltpolitik, 2003. Speziell mit Blick auf den „paktierten Atomausstieg“ Kahl/Bews JURA 2014, 1004 (1007 ff.); Schorkopf NVwZ 2000, 1111 ff.; Böhm NuR 1999, 661 ff. Eingehend Hahn, Der Gesetzgebungsvertrag als Rechtsproblem, 2017, S. 100 ff.

⁵¹⁶ Vgl. Anderl, Gesetzgebung und kooperatives Regierungshandeln, 2006, S. 56 ff.; Dempfle, Normvertretende Absprachen, 1994, S. 3 ff.; Schuppert, Governance und Rechtsetzung, 2011, S. 65 ff.; SRU, Gutachten 1998, BT-Drs. 13/10195, Tz. 266 ff.

⁵¹⁷ Hierzu prononciert Kirchhof, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009.

⁵¹⁸ Krit. daher Becker, Kooperative und konsensuale Strukturen der Normsetzung, 2005, S. 261 ff.; Kloepfer ZG 2010, 346 ff.; Kloepfer/Bruch JZ 2012, 377 (383 f.).

⁵¹⁹ Impulsgebend Thaler/Sunstein, Nudge, 4. Aufl. 2014, insbes. S. 14 ff., 251 ff., 331 ff.; weiterführend Honer DÖV 2019, 940 ff.; Hufen JuS 2020, 193 ff.; Kunzendorf, Gelenkter Wille, 2021.

⁵²⁰ Vgl. Holle ZLR 2016, 596 ff.; Hufen FS Schmidt-Preuß, 2018, 99 ff.; Kirchhof ZRP 2015, 136 ff.; Smeddinck ZRP 2014, 245 ff.; Smeddinck/Bornemann DÖV 2018, 513 ff.; Weber/Schäfer Der Staat 56 (2017), 561 ff.

⁵²¹ Zum Informationshandeln BVerfGE 148, 40 ff.; zur Bindung informellen Handelns an die Kompetenzordnung BVerfGE 104, 249 (266).

⁵²² So auch Maurer/Waldhoff AllgVerwR § 15 Rn. 21; Schoch in Isensee/Kirchhof StaatsR-HdB III § 37 Rn. 128 ff.

Absprachen zu veröffentlichen.⁵²³ Ferner sollte das informale Verwalten nach Möglichkeit auf einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers beruhen, die zunächst im Parlament diskutiert und sodann im Bundesgesetzblatt verkündet wird.⁵²⁴

6. Umwelthaftung

a) Öffentliches und privates Umweltrecht

- 151 Vor Inkrafttreten des Grundgesetzes und der modernen Umweltgesetze lag die gerichtliche Durchsetzung umweltschutzrechtlicher Belange – von ersten Anklagen eines öffentlichen Umweltrechts im Gewerberecht abgesehen – schwerpunktmäßig im Zivilrecht.⁵²⁵ Mit der Ausformung subjektiver öffentlicher Rechte wird diese Aufgabe nunmehr zum größten Teil durch die öffentlich-rechtliche Nachbarklage wahrgenommen. Dieses Nebeneinander von privatem und öffentlichem Umweltrecht hat zu einem zweigleisigen, sich überschneidenden und überlagernden Rechtsschutz geführt, der die Gefahr divergierender Entscheidungen mit sich bringt. Öffentlich-rechtliche Planungsentscheidungen drohen durch privatrechtliche Abwehransprüche konterkariert zu werden, denn zunächst einmal stehen das private und das öffentliche Umweltrecht gleichberechtigt nebeneinander.⁵²⁶ Insoweit besteht zwischen öffentlichem und privatem Umweltrecht ein gewisses *Spannungsverhältnis*. Inzwischen sind das öffentliche und das private Umweltrecht freilich weitgehend harmonisiert worden, was die Spannungen deutlich abgemildert, wenn auch nicht völlig beseitigt hat. Vielfach stehen beide Rechtsgebiete sogar im Verhältnis von wechselseitigen Auffangordnungen zueinander (*Ergänzungsverhältnis*).⁵²⁷

b) Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs

aa) Unterlassungsansprüche

- 152 Der wichtigste zivilrechtliche Abwehranspruch findet sich in § 1004 I BGB. Er gewährt dem Eigentümer einen verschuldensunabhängigen Beseitigungs- (S. 1) und Unterlassungsanspruch (S. 2) gegen eine Beeinträchtigung seines Eigentums jedweder Art – auch durch schädliche Umwelteinwirkungen. Inhaltlich gleichartige Ansprüche hat ein Besitzer gegen eine Störung seines Besitzes durch verbotene Eigenmacht (§§ 862 I, 858 BGB). Schließlich erstreckt der sog. quasi-negatorische Rechtsschutz den Unterlassungsanspruch auch auf drohende widerrechtliche Eingriffe in ein sonstiges, durch §§ 823 ff. BGB geschütztes Rechtsgut, insbes. Leben und Gesundheit.⁵²⁸ Allen Unterlassungsansprüchen ist gemein, dass sie ausgeschlossen sind, wenn der Rechtsgutsträger zur Duldung verpflichtet ist. Eben diese Duldungspflicht konkretisiert § 906 I BGB für die Zuführung unwägbarer Stoffe aller Art (sog. Imponderabilien), etwa auch für Immissionen iSd BImSchG.⁵²⁹ So hat der

⁵²³ Vgl. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidea, 2. Aufl. 2004, S. 354.

⁵²⁴ Schoch in Isensee/Kirchhof StaatsR-HdB III § 37 Rn. 114 ff., 127 ff.; Kirchhof VERW 46 (2013), 361 (366 ff.).

⁵²⁵ Vgl. zur Vorprägung durch Altbestand VGH Mannheim Ur. v. 26.11.2024 – 8 S 2532/22 Rn. 72.

⁵²⁶ Dolderer DVBl 1998, 19 (21 ff.); Kahl/Effinger Jura 2023, 19 (30).

⁵²⁷ Grdl. hierzu die Beiträge in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996.

⁵²⁸ Zu diesem quasi-negatorischen Unterlassungsanspruch schon RGZ 60, 6 (7 f.); 61, 366 (369); 116, 151 (153 ff.), hierzu Wagner in MüKoBGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, Vor § 823 Rn. 36.

⁵²⁹ OLG Schleswig KlimR 2024, 90 ff.; OLG Stuttgart Ur. v. 14.9.2023 – 14 U 159/21 Rn. 52 ff. Zu möglichen Divergenzen OLG Hamm Ur. v. 25.6.2024 – I-24 U 55/22 Rn. 147 ff. Zum Immissionsbegriff → § 7 Rn. 55 ff.