



der professionsspezifischen Kommunikation mit der Umwelt der Juristen und der professionsspezifischen Arbeit am Recht wie an den Sachverhalten nicht nur für die Darstellung des Arbeitsergebnisses, sondern vor allem für die Herstellung zentrale Bedeutung zuweisen. Wer ernsthaft auf die Einheit der Profession setzt, der wird im Sozialisationskontext anstelle der derzeit üblichen Reformen **die spezifische Kultur juristischen Handelns** im Kontext gesellschaftlicher Entwicklung in das Zentrum seiner Bemühungen zu stellen haben, der wird also Sozialisationsprogramme zu konzipieren haben, die auf Anlage und Entfaltung spezifischen Denkvermögens (Denk-, nicht Darstellungs-!) ebenso angelegt sind wie auf die Pflege von Gefühl und Erfahrung; der wird ferner dafür zu sorgen haben, dass dafür in der Ausbildung wie in der beruflichen Praxis hinreichend Zeit zur Verfügung steht. Alle Zeichen der Zeit sprechen gegen die Etablierung solcher Programme; alle Zeichen sprechen vielmehr für den Fortgang der auf Effektivierung zielenden Rationalisierung des Sozialisationsprogramms und für die weitere Reduzierung der Ressource Zeit in Ausbildung und Praxis.

Neuere Entwicklungen des Umweltrechts der EU

Von Prof. Dr. Gerd Winter, Universität Bremen

I. Einleitung

Lange Zeit hat sich das europäische Umweltrecht wie eine ständig wachsende Ansammlung einzelner Vorschriften dargestellt und ist in Teilen deshalb auch als ein Flickenteppich bezeichnet worden¹. In der Tat ist das Kräftefeld, aus dem das europäische Recht entsteht – die Vielfalt der nationalen Konzepte, die wechselnde Aktualität der politischen Themen und die Polyarchie in den europäischen Entscheidungsmechanismen – eher ein Zufallsgenerator. Doch hat es auch Kräfte gegeben – die Beständigkeit der europäischen „Funktionseelite“, die Präponderanz einzelner Staatenblöcke mit einem gemeinsamen Konzept, lange Wellen bestimmter „issues“ –, die Konzepte ausgeprägt haben, und angesichts der schier Masse des Rechts mehrten sich in den letzten Jahren Ansätze zu weitergehender Konsolidierung auf dem Wege zu einem Umweltrechtssystem der EG.

Strukturierend wirkt die Vermehrung von querschnittshafte gegenüber den sektoralen (im Jargon: von horizontalen gegenüber vertikalen) Rechtsnormen, die Ausdifferenzierung einer Hierarchie von Normen auf primärer (verfassungsrechtlicher), sekundärer und tertiärer (durchführender) Ebene, die Bildung von Rahmennormen als Grundlage für Ausfüllungsnormen, die Ergänzung des traditionellen regulativen Musters aus Programmaufstellungspflichten, Kontrollinstrumenten, prozeduralen Anforderungen, materiellen Kriterien und technischen Regeln durch Anregung von Eigenverantwortung und Verhandlungslösungen, etc. Vieles ist allerdings noch eher zufällig, wie z. B. die Wahl zwischen direkt anwendbaren und umsetzungsbedürftigen Normen, ist widersprüchlich wie die Doktrin der Direktwirkung von Richtlinien oder wie die Anforderungen an den Individualrechtsschutz im Hinblick auf eigene Rechtsakte einer-

seits, Rechtsakte der Mitgliedstaaten andererseits, oder ist noch unausgegoren wie die Mischung von regulativen, anreizenden und kontraktuellen Strategien oder wie die Kombinationen von Orientierungen am technisch Machbaren und am medial Tolerierbaren.

Die folgende Schilderung neuerer Entwicklungen im europäischen Umweltrecht kann nicht jede der Überfülle von Einzelheiten erwähnen, sondern konzentriert sich auf Aspekte, die im Hinblick auf die Klärung von grundsätzlicheren Strukturen von Interesse sind. Behandelt werden das Gemeinschaftsverfassungsrecht, die rechtspolitischen Strategien, das horizontale und das vertikale Sekundärrecht.

II. Gemeinschaftsverfassungsrecht

1. Rechtfertigung von Marktbeschränkungen: Umweltschutz trägt auch unterschiedlich wirkende Maßnahmen

Zum Umweltverfassungsrecht der EG zu rechnen sind die Grenzen, die das Primärrecht dem nationalen Gesetzgeber setzt, wenn er außerhalb des von EG-Sekundärrecht geregelten Raumes Vorschriften erlässt. Die für das Umweltrecht bedeutsamste Grenze betrifft Vorschriften, welche den grenzüberschreitenden Warenverkehr einschränken. Solche Marktbeschränkungen sind nach Art. 28 und 29 EGV grundsätzlich untersagt, können aber aus den in Art. 30 aufgeführten Gründen sowie aus weiteren zwingenden Erfordernissen des Gemeinschaftsrechts gerechtfertigt sein². Gründe des ersten Korbes (Art. 30) rechtfertigen Beschränkungen, die inländische und ausländische Waren gleich behandeln wie auch solche, die beide unterschiedlich behandeln. Gründe des zweiten Korbes („zwingende Erfordernisse“) rechtfertigen dagegen nur unterschiedslos geltende Beschränkungen. Man könnte dies damit erklären, dass unterschiedlich geltende Maßnahmen einen besonders starken Eingriff in den Binnenmarkt darstellen und deshalb nicht durch die eher diffusen Gründe des zweiten Korbes gerechtfertigt werden sollten. Doch ist diese Erklärung nicht besonders stimmig, weil die sonstigen „zwingenden Gründe“ ebenfalls von erheblichem Gewicht sein können. Gerade am Beispiel des Umweltschutzes lässt sich das demonstrieren.

Umweltschutz ist ein Grund im ersten Korb nur im Hinblick auf den Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen. In seinen anderen Aspekten gehört er in den zweiten Korb. Zum Beispiel ist die Reduktion des Abfallaufkommens nach der einschlägigen Leitentscheidung des EuGH zur dänischen Pfandflaschenregelung ein im zweiten Korb anerkannter Grund³. Eine neue Entwicklung deutet sich nun im Urteil des EuGH zum Stromspeisungsgesetz⁴ an. Nach dem Gesetz sind Netzbetreiber verpflichtet, Strom aus erneuerbaren Energien abzunehmen und mit einem nicht immer kostendeckenden Betrag zu vergüten. Die Abnahmepflicht beschränkt sich auf deutsche Stromerzeuger und schließt ausländische aus. Der EuGH sollte nun entscheiden, ob diese unterschiedliche Behandlung in- und ausländischen Stroms gerechtfertigt werden kann. Generalanwalt Jacobs hatte vorgeschlagen, die Dogmatik der beiden Rechtfertigungskörbe grundlegend umzu-

1 So R. Breuer, Europäisierung des Wasserrechts, NuR 2000, 541.

2 Rechtsdogmatisch konstruiert der EuGH diesen zweiten Korb von Gründen nicht als Ausnahme zu Art. 28, sondern als Tatbestandsmerkmal des Art. 28.

3 EuGH, Urteil v. 20.9.1988, Rs. 302/86, Slg. 1988, 4607 (Rdnr. 7 f.).

4 EuGH, Urteil v. 13. 3. 2001, Rs. C-379/98 (Preussen Elektra).



bauen und den zweiten Korb auch für unterschiedlich wirkende Regelungen zu öffnen. Der Gerichtshof hält im Ergebnis Umweltschutz in Gestalt des Klimaschutzes in der Tat für Gründe, die auch unterschiedlich wirkende Regelungen rechtfertigen können. Er macht aber nicht restlos klar, ob er dogmatisch dem Vorschlag des Generalanwalts folgt oder den Korb des Art. 30 für Umweltschutzgründe öffnet. In der letzteren Konstruktion wäre Umweltschutz nur über die Rechtsgüter Gesundheit und Leben von Menschen, Tieren und Pflanzen möglich⁵, was aber spezifische Verkürzungen mit sich brächte, schon beim Klimaschutz, aber auch bei weiteren Schutzbereichen wie der Biodiversität, des Bodens und anderer natürlicher Ressourcen. Der Verweis des Urteils auf die Querschnittsklausel in Art. 130r II UA 1 (jetzt Art. 6) EGV⁶ deutet dagegen darauf hin, dass der Gerichtshof der Konstruktion des Generalanwalts folgt.

2. Direktwirkung von Richtlinien: von der subjektivistischen zur objektivistischen Doktrin?

Wenn eine EG-Richtlinie nicht bis zum vorgesehenen Zeitpunkt umgesetzt ist, kommt in Betracht, sie unmittelbar anzuwenden. Das entgegenstehende nationale Recht wird verdrängt. Voraussetzung ist neben Fristablauf die Genauigkeit und Unbedingtheit der fraglichen Richtlinienvorschrift. Zusätzlich gilt eine Voraussetzung, die ich als X bezeichnen möchte, weil die Rechtsprechung des EuGH diesbezüglich nicht ganz eindeutig ist.

X ist vor allem in der deutschen Rechtsdogmatik so wahrgenommen worden, dass eine Richtlinie, um unmittelbar anwendbar zu sein, die Schaffung einer im Vergleich zum bestehenden nationalen Recht vorteilhaften Position für Einzelne vorsehen muss⁷. Der Vorteil kann in der Begründung eines subjektiven Rechts oder der Beseitigung einer Belastung bestehen⁸. Die Destinatäre können sich dann gegen ihren umsetzungsunwilligen Staat auf die Vorschrift berufen, wobei dies prozessual nicht geltendgemacht werden muss, sondern von Amts wegen zu berücksichtigen ist. Die Doktrin ist insofern schlüssig, als sie dem Grundsatz der unzulässigen Rechtsausübung entspricht, den der EuGH verschiedentlich zur Abstützung der Direktwirkung anklingen lässt⁹. Danach handelt ein Mitgliedstaat treuwidrig, wenn er einem Einzelnen Vorteile aus der Richtlinie verweigert, obwohl er seine Rechtsnormen längst hätte ändern müssen. Diese subjektivistische Doktrin vermag auch zu erklären, warum Direktwirkung in solchen Fällen abgelehnt wird, in denen die Richtlinie die Position des Bürgers gemessen am nationalen Recht verschlechtert (Fall Kolpinghuis¹⁰). Denn in solchen Fällen erwächst dem Bürger kein Recht (sondern allenfalls eine Pflicht) aus der Richtlinie.

Die subjektivistische Doktrin hat jedoch 2 Mängel: Erstens erklärt sie nicht, warum die Rechtsprechung direkte Anwendbarkeit auch in „objektiven“ Fällen annimmt, d. h. wenn aus der Richtlinie nur staatliche Handlungspflichten folgen, die Einzelne nicht begünstigen und auch nicht benachteiligen (Fall UVP bei Projekten der öffentlichen Hand¹¹). Zweitens stellt sie kein Kriterium zur Verfügung, das entscheidbar macht, ob die unmittelbare Anwendbarkeit auch dann gelten soll, wenn eine Richtlinie zugleich Rechte der einen und Pflichten der anderen Privaten schafft, sei es in „vertikalen“ (verwaltungsrechtlichen) Konstellationen (Fall UVP bei Projekten Privater) oder „horizontalen“ (privatrechtlichen) Konstellationen (Fälle von Verbraucherschutzrichtlinien wie z. B. Dori¹²).

Neuere Rechtsprechung des EuGH legt nahe, an die Stelle der subjektivistischen Interpretation von X eine ob-

jektivistische zu setzen, die nicht auf die Verwirklichung subjektiver Rechte, sondern auf der Suprematie des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem nationalen Recht aufbaut¹³. Anzusetzen ist hiernach an Art. 249 Abs. 3 EGV. Den Mitgliedstaaten wird ein Umsetzungsspielraum eingeräumt, der aber durch genaue und unbedingte Formulierungen der Richtlinie begrenzt ist. Wird die Grenze überschritten, so ist der Mitgliedstaat insoweit gebunden und die Vorgabe der Richtlinie unmittelbar anwendbar. Diese Doktrin geht vom Vorrang des Gemeinschaftsrechts aus, der von allen nationalen Organen auch gegen ihr eigenes Recht zu beachten sei. Sie ist insbesondere aus dem neueren Urteil in Sachen Kraaijeveld herauszulesen. Kraaijeveld, eine Wasserbaufirma, die durch einen geplanten Deichbau ihren Zugang zum offenen Wasser verlieren sollte, machte gegen den Plan geltend, es sein keine UVP durchgeführt worden. Das holländische Gericht legte dem EuGH die Frage vor, ob der Deichbau nach der UVP-RL UVP-pflichtig war und ob sich der Kläger ggf. hierauf berufen könne. Der EuGH antwortete, die Niederlande hätten gegen ihr Umsetzungsersuchen verstoßen, indem sie für Deiche in allen Fällen Befreiung von der UVP vorgesehen hätten. Die entsprechende nationale Vorschrift dürfe vom nationalen Gericht und den nationalen Behörden nicht angewendet werden. Dies könne auch der Kläger geltend machen, die Unanwendbarkeit sei aber in Ermangelung entsprechenden Klägervortrags auch von Amts wegen zu berücksichtigen¹⁴. Bemerkenswert ist, dass der Kläger als Wasserbauunternehmer nicht zu den von der Richtlinie geschützten Personen gehörte, also nur zufällig und reflexartig aus der Richtlinie einen Vorteil erfuhr.

Die objektivistische Doktrin kann besser als die subjektivistische erklären, warum Direktwirkung auch in den „objektiven“ Fällen anzunehmen ist, in denen die Richtlinie keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen zu Einzelnen definiert¹⁵. Sie hat jedoch Mängel insofern, als sie nicht erklären kann, warum Direktwirkung in den Belastungsfällen (Typ Kolpinghuis) verneint wird. Denn auch in diesen Fällen müsste ja eigentlich der Vorrang des Gemeinschaftsrechts gelten.

M. E. hilft alles Interpretieren der EuGH-Rechtsprechung nicht über die Erkenntnis hinweg, dass die Rechtsprechung widersprüchlich ist. Beide beschriebenen, prima facie ja recht eleganten Doktrinen müssen sich mit Schönheitsfehlern über diese Widersprüchlichkeit hinweghelfen. Die

5 Hierfür spricht der Hinweis in Rdnr. 75 des Urteils.

6 Rdnr. 76 des Urteils.

7 G. Winter, *Direktwirkung von Richtlinien*, DVBl. 1991, S. 657 ff.

8 Vgl. EuGH, Urteil v. 19.1.1982, Rs. 8/81 (Becker), Slg. 1982, 66 (Rdnr. 25).

9 EuGH, Urteil v. 19.1.1982, Rs. 8/81 (Becker), Slg. 1982, 66 (Rdnr. 24).

10 EuGH, Urteil v. 8.10.1987, Rs. 80/86 (Kolpinghuis), Slg. 1987, 3982.

11 ZB EuGH, Urteil v. 11.8.1995, Rs. C-431/92 (Großkrotzenburg), Slg. 1995, I-2189.

12 EuGH, Urteil v. 14.7.1994, Rs. C-91/92 (Dori), Slg. 1994, 3325.

13 S. die gute Zusammenfassung aus holländischer Sicht bei J. Jans, aaO S. 173 f., 188 ff. und die umfassendere Analyse von S. Prechal, *Does direct effect still matter?*, CMLR 2000, 1047 ff. S. auch zur französischen Perspektive, die diese Variante ebenfalls vertritt, S. Hein, *Unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien im deutschen und französischen Recht am Beispiel des Umweltschutzes*, 1999, S. 117 ff.

14 EuGH, Urteil v. 24.10.1996, Rs. C-72/95 (Kraaijeveld), Slg. 1996, I-5431. Ähnlich EuGH, Urteil v. 19.9.2000, Rs. C-287/98 (Linster); der Eigentümer eines Trassengrundstücks kann sich auf die Unterlassung einer UVP für die geplante Straße berufen, obwohl der Schutzzweck der UVP eigentlich nicht auf ihn ausgerichtet ist.

15 Zu diesen sind auch die Fälle zu rechnen, in denen eine nationale technische Norm nicht angewendet werden darf, weil sie der Kommission nicht notifiziert worden ist. Vgl. EuGH, Urteil v. 26.9.2000, Rs. C-443/98 (Unilever Italia), Rdnr. 51.



Lösung kann nur in der Anerkennung von Direktwirkung „rundum“ liegen, also auch in Belastungsfällen im Zweier- wie im Dreierverhältnis. Allein bei strafrechtlichen Sanktionen sollte eine Ausnahme gelten, weil der Grundsatz nulla poena sine lege, der auch im Gemeinschaftsrecht Verfassungsrang hat, besondere Klarheit über das geltende Recht verlangt und als Verfassungssatz bei der Auslegung des Art. 249 Abs. 3 zu berücksichtigen ist¹⁶.

Diese Lösung ist wohl am besten auf die objektivistische Doktrin zu stützen. Diese hat im Vergleich zu der subjektivistischen den Vorteil, dass sie eine merkwürdige staats-theoretische Vorstellung vermeidet, die die andere insinuiert, nämlich, dass der Staat einen Vorteil ziehe, wenn er seine Bürger durch sein geltendes Recht schwerer belastet als es die Richtlinie gestatten will, bzw. dass er einen Nachteil erleide, wenn er eine für die Bürger belastende Richtlinie nicht entgegen seinem eigenen günstigeren Recht direkt anwenden darf. Für die objektivistische Doktrin spricht im übrigen, dass der EuGH Direktwirkung in Belastungsfällen unter der Hand jedenfalls für verwaltungsrechtliche Vertikalverhältnisse bereits anerkannt hat, so etwa bei der Direktwirkung der UVP-Pflicht¹⁷, die ja immerhin für den Betreiber eine Belastung darstellt, und bei der Direktwirkung von Vergaberichtlinien, die demjenigen, der regelwidrig den Zuschlag erhalten hat, diese günstige Position wieder aus den Händen schlägt¹⁸. Subjektive Rechte sind nach der objektivistischen Doktrin folgerichtig nicht Voraussetzung der Direktwirkung, vielmehr können sie als Folge der Direktwirkung entstehen¹⁹.

3. Rechtsschutz: erweiterte Schutznormtheorie

Von der Frage der Direktwirkung von Richtlinien ist die Frage zu unterscheiden, wann eine Richtlinie von den Mitgliedstaaten verlangt, dass und für wen sie im Hinblick auf den Regelungsgehalt der Richtlinie nationalen gerichtlichen Rechtsschutz eröffnen müssen. Diese Frage stellt sich ebenso für Verordnungen, mit dem Unterschied, dass sich die Klagbefugnis bei diesen unmittelbar aus dem Text der Verordnung, im Lichte der entsprechenden Dogmatik interpretiert, ergibt, während bei Richtlinien in der nationalen Umsetzungsnorm entsprechende Formulierungen gefunden werden müssen. (Geschieht dies nicht, kommt freilich auch im Hinblick auf die Klagbefugnis Direktwirkung der Richtlinie in Betracht).

Der EuGH lässt offen, ob der Rechtsschutz materiellrechtlich (über ein subjektives Recht) oder prozessual (über Kriterien der Klagbefugnis) konstruiert wird. Er wendet eine Art erweiterte Schutznormtheorie an, die einerseits verlangt, dass die Norm Schutzgütern dient, die auch dem Typus des klagenden Einzelnen zugute kommen, die andererseits aber keine Individualisierung der Beziehung des Einzelnen zu dem Schutzgut fordert. In einem der einschlägigen und vielzitierten Urteile verlangt er Rechtsschutz Einzelner z. B. im Hinblick auf eine Richtlinie, die Qualitätsgrenzwerte für zur Trinkwassergewinnung genutzte Oberflächengewässer festsetzt, obwohl diese als Ziel nur allgemein den Gesundheitsschutz aufstellt, ohne zu spezifizieren, ob damit z. B. die Trinkwasserkonsumenten gemeint sind²⁰. In einem neueren Urteil, in dem Anrainer und der WWF gegen einen Flughafenausbau klagen, stellt der EuGH fest, dass „betroffene Personen“ die durch die Richtlinie den Behörden auferlegten Pflichten einklagen können müssen²¹.

Nach wie vor ungelöst ist freilich eine gewisse Widersprüchlichkeit dieser offenen Haltung des EuGH im Ver-

gleich mit der Haltung des EuGH und des EuG im Eigenprozessrecht. Die für direkte Individualklagen gegen Rechtsakte der EG eine sehr weitgehende Individualisierung der Betroffenheit verlangen²².

Es ist zu hoffen, dass die Richtlinie über nationalen Rechtsschutz, die zur Zeit von der Kommission ausgearbeitet wird, für Klagen im Zusammenhang mit dem Gemeinschaftsumweltrecht ein klares Konzept der Klagbefugnis entwickelt.

4. Umweltschutzziele und -pflichten: nur handlungsermöglichend oder auch handlungstreibend?

Schutzziele und -pflichten sind ein Charakteristikum der Gemeinschaft als eines auf die Verwirklichung bestimmter politischer Programme ausgerichteten Verbandes, der nicht wie ein Staat Kompetenz-Kompetenz besitzt. Diese dynamische Ausrichtung ist eine besondere Chance auch für das Umweltrecht. Umso wichtiger ist es aber, den rechtlichen Stellenwert der politischen Vorgaben zu bestimmen. Zu ihnen zählen:

- Die sog. Querschnitts- oder Integrationsklausel (Art. 6)
- Die Ziele des Umweltschutzes, des Gesundheitsschutzes, der rationellen Ressourcenverwendung und der Förderung internationaler Maßnahmen (Art. 174 Abs. 1)
- Die Grundsätze des hohen Schutzniveaus, der Vorsorge, der Vorbeugung und des Verursacherprinzips (Art. 174 Abs. 2)
- Die Gesichtspunkte der Berücksichtigung der verfügbaren wissenschaftlichen und technischen Daten, der regionalen Bedingungen, der Vor- und Nachteile von Maßnahmen und der Entwicklung der Gemeinschaft und ihrer Regionen (Art. 174 Abs. 3).

Konzeptionell klärungsbedürftig ist, ob diese Ziele, Grundsätze und Gesichtspunkte nur politisch-programmatischen oder rechtlich bindenden Charakter haben, welches ihr Inhalt ist und inwieweit den politischen Instanzen bei der Konkretisierung der Vorgaben (wenn sie denn verbindlich sind) Ermessen zukommt²³.

Für eine angemessene Antwort empfiehlt sich zu unterscheiden zwischen

- der Eröffnung von Kompetenzen zu Sekundärrechtssetzung
- der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen durch Sekundärrecht
- der Verpflichtung zum Erlass von Sekundärrecht

16 S. ebenfalls mit besonderer Betonung der strafrechtlichen Dimension EuGH, Urteil v. 26.9.1996, Rs. C-168 (Luciano Arcaro), Slg. 1996, I-4705 (Rdnr. 38 u. 42).

17 EuGH, Urteil v. 30.5.1995, Rs. C-431/92 (Großkrotzenburg), Slg. 1995, 2189.

18 EuGH, Urteil v. 22.6.1989, Rs. 103/88 (Fratelli Costanzo); v. 20.9.1988, Rs. C-31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4652. Dass manchmal die öffentliche Hand die Drittbelastete ist, wie etwa bei Infrastrukturvorhaben (vgl. BVerwGE 100, 238, 242), ändert nichts an der Tatsache, dass geklärt werden muss, wie zu urteilen ist, wenn Private betroffen sind.

19 So auch das BVerwGE 100, 238, 242.

20 EuGH, Urteil v. , Slg. 1991, I-5019. Vgl. F. Schoch und G. Winter, Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, NVwZ 1999, 457 bzw. 467.

21 EuGH v. 16.9.1999, Rs. C-435/97 (WWF / J. Bozen).

22 S. dazu B. Wegener, Rechte des Einzelnen – Die Interessentenklage im europäischen Umweltrecht, Baden-Baden 1998, S. 158 ff.

23 Für Rechtsverbindlichkeit A. Epiney, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, Köln 1997, S. 108. Für Programmatik L. Krämer, *EC environmental law*, 4. Aufl. London 2000, S. 8; J. Jans, *European environmental law*, London 1990, S. 20, beide Autoren mit Bezug auf den Grundsatz des hohen Schutzniveaus.



In den ersten beiden Fällen geht es um Politikermöglichkeit und -ausgestaltung, im dritten um Politikverpflichtung. Es liegt auf der Hand, dass der Rechtsgehalt der Vorgaben im ermöglichenden und ausgestaltenden Zusammenhang dichter ist als im verpflichtenden.

Im Hinblick auf die Eröffnung und Dimensionierung von Kompetenzen ergibt sich die rechtliche Verbindlichkeit jedenfalls für die Umweltschutzziele aus dem Verweis von Art. 175 auf Art. 174 Abs. 1 EGV. Aber auch die Grundsätze und Gesichtspunkte sind vom EuGH als verbindlich angesehen worden. Im BSE-Urteil hat er aus den Grundsätzen des hohen Schutzniveaus, der Vorbeugung und der Integration hergeleitet: „Wenn das Vorliegen und der Umfang von Gefahren für die menschliche Gesundheit ungewiss ist, können die Organe Schutzmaßnahmen treffen, ohne abwarten zu müssen, dass das Vorliegen und die Größe dieser Gefahren klar dargelegt sind²⁴.“ Im Urteil Bettati hat der Gerichtshof den Gesichtspunkt der Berücksichtigung der verfügbaren wissenschaftlichen Daten angewendet (und angenommen, er sei im Fall hinreichend respektiert worden)²⁵.

Im Hinblick auf die Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen haben die europäischen Gerichte nur selten auf Art. 174 EGV zurückgegriffen. „Nahe dran“ sind das Urteil Standley, in dem der EuGH Beschränkungen des Eigentumsgrundrechts von Landwirten – es handelte sich um Regelungen von Düngemittelsatz – damit rechtfertigte, dass sie der öffentlichen Gesundheit dienen²⁶; und das Urteil Bettati, in dem der EuGH sagt, das Verbot eines Gefahrstoffs sei im Hinblick auf das Umweltschutzziel verhältnismäßig²⁷.

Bei der Ausgestaltung der Maßnahmen, mit denen Kompetenzen und Eingriffe in Anspruch genommen werden, kann auch der Inhalt der jeweiligen Vorgaben zur Geltung gebracht werden. Im Bettati Fall zieht der EuGH den Grundsatz des hohen Schutzniveaus heran und definiert ihn so, dass er nicht das technisch höchste Niveau fordere²⁸. Der Gerichtshof schöpft also die Bedeutung voll aus und überlässt sie nicht etwa den politischen Instanzen.

Im Hinblick auf die Verpflichtung zum Handeln gibt es dagegen m. W. noch keine Kasuistik. Da der EuGH aber Politikverpflichtungen in anderen Bereichen durchaus als rechtlich verbindlich angesehen hat – wie insbesondere im Urteil zur gemeinsamen Verkehrspolitik²⁹ – so ist anzunehmen, dass dies auch für die umweltpolitischen Verpflichtungen gilt. Allerdings kann das Pflichtenprogramm in diesem Zusammenhang nicht von den Gerichten durchkonkretisiert werden. Die Gerichte schwängen sich sonst zum Gesetzgeber auf. Deshalb kann nur ein Pflichtenkern als justiziabel angesehen werden. Dazu könnte mit einer Art a maiore ad minore-Argumentation folgendes gerechnet werden: Gefahrvermeidung als Kernbestand des Vorsorgeprinzips; minimaler Schutz der Umwelt, wenn an sich sogar ein hohes Schutzniveau geboten ist; Begründungspflichten hinsichtlich des Integrationsprinzips, wenn an sich sogar Integration im Ergebnis geboten ist. Was jenseits dieses Kernes liegt, kann dagegen dem Ermessen des Gesetzgebers überlassen werden. Debatten über die Tragweite des Vorsorgeprinzips, der Kosten-Nutzen-Betrachtung, etc. sind deshalb tunlichst auf der Ebene des Sekundärrechts zu führen³⁰.

Neben Handlungspflichten ist an Unterlassungspflichten zu denken. Sie sind im Anspruch an die politischen Akteure bescheidener und insofern realistischer. Sie könnten aus Art. 174 EGV abgeleitet werden. Alternativ dazu ist eine entsprechende Formulierung zur Aufnahme als Art. 6 Abs. 2

EGV vorgeschlagen worden, die lautet: „Vorbehaltlich zwingender Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses ist es unzulässig, die Umwelt oder die menschliche Gesundheit erheblich zu beeinträchtigen³¹.“

III. Instrumente der Umweltpolitik: der alte Adam und neue Brüche im System

Das EU-Umweltrecht hat seinen ursprünglich rein ordnungsrechtlichen Ansatz seit längerem diversifiziert. Instrumente der Selbstregulierung, der ökonomischen Anreize, der Kooperation, weniger dagegen der Umweltabgaben sind hinzugekommen. Angesichts der Dynamik des Wandels, der vor allem durch die Debatte um den Handel mit Emissionszertifikaten angeheizt wird, treten 2 Probleme immer mehr in den Vordergrund. Das eine besteht darin, dass sämtliche neuen Instrumente die altbekannten Probleme des Vollzugsdefizits aufwerfen und auf eine teils noch aufwendigere Überwachung angewiesen sind, die kaum oder um den Preis weiterer Kostenerhöhung für die privaten Akteure ebenfalls privatisiert werden kann. Das andere Problem besteht in möglichen Systembrüchen zwischen den Instrumenten, sowohl wenn sie zeitgleich angewendet werden wie wenn in der Hektik der Symbolproduktion von einem aufs andere übergegangen wird, bevor das vorhergehende System sich hat bewähren können. Eine Konzeptverträglichkeit, wie sie das Bundesverfassungsgericht – wenn auch zunächst nur kompetenzrechtlichen Zusammenhängen – gefordert hat³², könnte auch auf europäischer Ebene als Verfassungsgrundsatz notwendig werden.

An neueren Entwicklungen ist die Reform des Öko-Audit-Systems zu nennen: das System wird statt wie bisher nur auf Betriebsstandorte nunmehr auf Organisationen bezogen, der Adressatenkreis wird von industriellen auf alle Arten von Organisationen erweitert, die Auditierung wird nicht mehr nur an organisatorischen Standards, sondern auch an der Einhaltung der materiellen umweltrechtlichen Vorschriften orientiert, und bei auditierten Organisationen können zur Vermeidung von Doppelprüfungen Vollzugs-

24 EuGH, Urteil v. 5.5.1998, Rs C-180/96 (BSE), Slg. 1998, I 2265 (Rdnr. 99).

25 EuGH, Urteil v. 14.7.1998, Rs C-341/95 (Bettati / Safety Hi-Tech), Slg. 1998, I-4355 (Rdnr. 49).

26 EuGH, Urteil v. Rs C-293/97 (Standley), Slg. 1999, I 2603 (Rdnr. 56).

27 EuGH, aaO Rdnr. 54 f.

28 EuGH, aaO Rdnr. 49. S. auch EuGH, Urteil v. 1997, Rs C-233/94 (Deutschland / Parlament und Rat), Slg. 1997, I-3405 (Rdnr. 48) zum hohen Schutzniveau in Art. 95 Abs. 3 EGV.

29 EuGH, Urteil v. 22.5.1985, Rs 13/83 (EP / Rat), Slg. 1985, 1513 (Rdnr. 49).

30 Als Beispiel s. H.-W. Rengeling, *Europarechtliche Vorgaben für die Zulassung von Pflanzenschutzmitteln in Deutschland*, NaR 2000, 549 ff.; stärker das Gemeinschaftsverfassungsrecht auslösend dagegen G. Winter, H. Ginzky, B. Hansjürgens, *Die Abwägung von Risiken und Kosten in der europäischen Chemikalieregulierung*, Berlin 1999.

31 Vorschlag der Avosetta Group (www.uni-brno.cz/avosetta). Zur Begründung heisst es: „The proposed amendment to the Treaty is inspired by the jurisprudence on the Treaty Articles 28-30 and has four functions. First, the intention is to ensure, that environmental interests/protection in the balance of interests has at least the same priority as free trade. Second, the intention is to give environmental protection direct effect, requiring EU-institutions as well as Member State to not make decisions or activities which significantly impair the environment or human health, unless such impairment can be reasoned by overriding public interests. Third, the scope is limited to 'significant impairment' to ensure, that focus in the court of law is on substantial issues, which leave some discretion for minor impairment. Fourth, when the impairing source (the polluter, the project, the use of natural resources and so on) or the affected part of the environment are covered by EC legislation – it is the EC legislation which defines what is acceptable and thereby, what is significant – in the same way as exhaustive harmonization preempts Member States from recalling the Treaty article 30. The Avosetta Group find, that the proposed amendment establish a fair and reasonable balance between environmental protection and the importance of leaving discretion for policy-makers“.

32 BVerfGE 98, 106, 130 f.; BVerfGE 102, 99, 115 ff.



erleichterungen praktiziert werden³³. Erwähnenswert sind weiterhin Umweltvereinbarungen³⁴, die jedoch sowohl als Alternative für verbindliches Sekundärrecht wie als Ersatz für ordnungsrechtlichen Vollzug von Sekundärrecht rechtliche Probleme bereiten und deren Effektivität im Vergleich zum Ordnungsrecht bisher nicht bewiesen ist³⁵. Handelbare Zertifikate sind bisher gemeinschaftsrechtlich nicht vorgesehen³⁶, jedoch im Gefolge der Umsetzung des Kioto-Protokolls zu erwarten³⁷.

Umweltabgaben, obwohl mittlerweile als probates Mittel insbesondere bei diffusen Verursachungsquellen anerkannt, sind dagegen immer noch eine sleeping beauty des Gemeinschaftsrechts. Die von der Kommission bereits 1992 vorgeschlagene obligatorische CO₂/Energieabgabe wurde nach Widerstand im Rat 1995 in ein optionales Konzept umgewandelt, das aber bis heute nicht verabschiedet ist³⁸ und im Hinblick auf den Neuanfang der klimapolitischen Instrumente als aufgegeben gelten muss. Auch der EuGH hat sich mit Umweltabgaben bisher nicht anfreunden können und gewisse Initiativen der Mitgliedstaaten blockiert. Dies zeigt sich an dem Urteil von Juni 1999 zur schwedischen Luftverkehrsabgabe³⁹. In dieser Entscheidung ging es um die in Schweden von 1988 bis 1996 erhobene Abgabe auf inländische Flüge. Diese bestand aus zwei Komponenten, nämlich einer Krone pro kg verbrauchten Treibstoffs und 12 Kronen pro kg emittierten CO und NO_x. Die Bezugsdaten der Abgabe wurden nicht nach der Realität des Einzelfalles gemessen, sondern auf der Basis von Durchschnittswerten für bestimmte Flugzeugtypen und Flüge berechnet.

Die Hauptfrage war, ob die Abgabe als Verbrauchssteuer aufzufassen ist und als solche dann dem Verbot der Erhebung von Mineralölsteuern auf Kerosin für den Luftverkehr nach Art. 8 Abs. 1 lit. b RL 92/81 unterfällt, oder ob es sich um ein aliud handelt. Generalanwalt Fennelly unterschied in seinen Schlussanträgen zwischen einer echten Verbrauchssteuer und einer auf Emissionsvermeidung zielenden Abgabe, die sozusagen nur zum Schein auf den Verbrauch bezogen wird, weil dieser die Emissionen indiziert. Nur die erstere werde vom Verbot der RL 92/81 erfasst. Die letztere falle dagegen nicht in den Anwendungsbereich des genannten Verbots⁴⁰. Wichtiges Kriterium sei dabei, ob die Abgabe „genuinely and significantly advance an environmental object“ (im Fall: „of encouraging the use of less polluting aircraft“⁴¹). Der Generalanwalt meinte, es komme den nationalen Stellen zu zu entscheiden, welcher Fall vorliege⁴².

Der Gerichtshof verfolgt in seinem Urteil dagegen einen anderen Ansatz. Er fragt nicht nach Zwecken, sondern „kausal“ nach dem Tatbestand, auf den die Abgabe bezogen werde. Dies sei der Verbrauch von Kerosin. Daran ändere auch nichts, dass letztlich die Emission erfasst und mit Abgabe belegt werden solle, denn die Emission sei untrennbar Resultat des Verbrauchs von Kerosin.

Das Urteil des EuGH stellt sich einseitig auf die Position der Herstellung gleicher Bedingungen im Binnenmarkt und dehnt die in dieser Tradition stehenden Verbrauchssteuer-richtlinien auf Tatbestände aus, die aus völlig anderen Politikzielen, nämlich dem Umweltschutz, her motiviert sind. Der Generalanwalt hatte diese Problematik erkannt und eine entsprechende Unterscheidung vorgeschlagen. Allerdings hätte er klarer machen können, dass eine Emissionsabgabe gar nicht erst in den Anwendungsbereich der Verbrauchssteuerrichtlinien fällt, also nicht einmal der Kompetenzreserve für indirekte Steuern nach Art. 3 Abs. 2

RL 92/12 bedarf. Denn bei ihr handelt es sich nicht um eine Steuer, sondern um eine nicht-steuerliche Abgabe.

Der EuGH verfolgt dagegen einen Ansatz, der merkwürdig technizistisch an den Zusammenhang von Emission und Kerosinverbrauch anknüpft. Nach dieser Logik dürfte auch keine Start- und Landegebuhr für Flugzeuge erhoben werden, weil ein Flugzeug nicht starten und landen kann, ohne Kerosin zu verbrauchen. Der Ansatz ist blind für die jeweils verfolgten Politikziele und damit juristisch-methodisch nicht lege artis⁴³.

IV. Horizontales Umweltrecht

1. Umweltverträglichkeitsprüfung: prozedural oder materiell?

Das Konzept der Richtlinie 85/337/EWG wurde durch die Änderungsrichtlinie 97/11/EG komplettiert. Diese erweitert den Kreis UVP-pflichtiger Projekte, präzisiert für die Anhang II-Projekte, die nur nach näherer Bestimmung UVP-pflichtig sind, die Auswahlmaßstäbe, schreibt ein Scoping-Verfahren vor und „vergesellschaftet“ das Beteiligungsverfahren bei grenzüberschreitenden Projektauswirkungen, indem nicht mehr nur Behörden, sondern auch die Öffentlichkeit selbst Gelegenheit zu Stellungnahmen erhalten muss. Nimmt man hinzu, dass der EuGH auch für solche Vorhaben, die nur bei Kumulation mit anderen erhebliche Umweltauswirkungen haben, UVP-Pflichtigkeit angenommen hat⁴⁴, und dass er kein selbständiges Dokument „UVP“, sondern nur die inhaltliche Prüfung gefordert hat⁴⁵, so kann man von einer nunmehr ausgereiften Konzeption der UVP sprechen. Sie ist kürzlich noch durch die UVP für Pläne und Programme ergänzt worden, so dass auch die notwendige Frühzeitigkeit, aber auch eine mögliche Abschichtung der UVP auf höherer Planungsebene gesichert wird.

Im Hinblick auf die Grundkonzeption der UVP ist immer noch offen, ob die europäische UVP nur *prozedurale*

33 VO (EG) Nr. 761/2001, ABl. L 114/2001, S. 1, Art. 1, 3 II a und 10 II. S. zu den Anlässen der Novellierung L. Knopp, Novellierung der EG-Umwelt-Audit-Verordnung (EMAS II), EWS 2000, 329 ff.

34 S. dazu die Mitteilung der Kommission über Umweltvereinbarungen, Kom (96) 561; Beispiele in Kom (98) 495 und (99) 446.

35 Vgl. dazu L. Krämer, EC Environmental Law, 4. Aufl., London (Sweet & Maxwell) 2000, S. 45 f.

36 Zu ersten Ansätzen im geltenden Recht in Gestalt der (nicht übertragbaren) nationalen Emissionsquoten für SO₂ und NO_x sowie der (ebenfalls nicht übertragbaren) nationalen „Öko-Punkte“ für die Alpenüberquerung durch Österreich s. L. Krämer, aaO S. 51 f. m. w. H.

37 S. dazu das Grünbuch der Kommission zum Handel mit Treibhausgasemissionen in der EU, Kom (2000) 87; zu der Frage der Kompatibilisierung mit dem ordnungsrechtlichen Ansatz im Anlageneignungsrecht H.-J. Koch, A. Wieneke, Klimaschutz durch Emissionshandel, DVBl. 2001, 1085 ff.

38 Vgl. L. Krämer, aaO S. 228 m. w. H.

39 Urteil v. 6. 1999, Rs. C-346/97 (Braathens Sverige AB).

40 Dabei macht er freilich nicht ganz klar, ob diese Kompetenzreserve aus Art. 3 Abs. 2 der Rahmenrichtlinie der RL 92/81, der Richtlinie 92/12/EWG, resultiert, die „andere indirekte Steuern für besondere Zwecke“ ausnimmt, oder ob die Emissionsabgabe von vornherein gar nicht in den Anwendungsbereich der Verbrauchssteuerrichtlinien 92/12 und 92/81 fällt.

41 Schlussanträge vom 12.11.1999, Nr. 29.

42 Schlussanträge vom 12.11.1999, Nr. 15.

43 S. dazu G. Winter, ZLW 2000. Will man trotz dieser Rechtsprechungslage dennoch eine Emissionsabgabe einführen, bleiben zwei Wege, nämlich entweder eine Änderung der RL 92/81 in die Wege zu leiten, die die Privilegierung des Luftverkehrs abschafft, was aber wegen der völkerrechtlichen Bindung an das Chicago-Abkommen als unzulässig gilt oder die Emissionsabgabe so auszugestalten, dass die Verbindung zum Kerosinverbrauch gelöst wird, etwa in der Art, dass auf die geflogenen Kilometer eine Abgabe erhoben wird, die allein nach der Anreizwirkung für die Luftverkehrsunternehmen und Dienstleistungskonsumenten kalkuliert ist.

44 Urteil v. 21.9.1999, Rs. C-362/98 (Kommission v. Irland).

45 Vgl. Urteil v. 11.8.1995, Rs. C-341/92 (Großkrotzenburg), Slg. 1995, 2212 Rnr. 41 - 45.



oder auch materielle Bedeutung hat⁴⁶. Art. 2 Abs. 2 UVP-RL („im Rahmen der Verfahren“) scheint für die erste, Art. 8 („zu berücksichtigen“) für die zweite Variante zu sprechen. Richtiger ist jedoch wohl eine mittlere Variante, die Auffassung nämlich, dass die Richtlinie gar nicht nach prozeduralen und materiellen Anforderungen unterscheidet. Eine solche Auffassung wird auf dem Hintergrund derjenigen (zahlreichen) nationalen Rechtsordnungen verständlich, die keine ausgebildeten materiellen Kriterien, sondern nur Prüfpflichten kennen, welche aber auch ohne materielle Maßstäbe auf das Ergebnis durchschlagen. Die Kriterien dafür, ob ein Vorhaben tolerabel ist oder nicht, werden dabei pragmatisch aus der näheren Analyse und Bewertung der Risiken des einzelnen Falles selbst gewonnen⁴⁷.

Dieses UVP-Konzept musste im deutschen Recht mit seinem Denken von materiellen Maßstäben her Umsetzungsschwierigkeiten hervorrufen. Mit einer gewissen Berechtigung ist denn auch immer wieder behauptet worden, dass die im deutschen Recht typischen Maßstäbe der Gefahrenvermeidung und Vorsorge ohnehin bereits dazu zwängen, umfangreiche Daten über die Auswirkungen von Vorhaben zu erheben. Aber erstens hat die UVP die Risikobewertung als eigenständige Operation gefordert und damit die Dichotomie von (prozeduraler) Tatsachenermittlung und (materieller) rechtlicher Subsumtion verflüssigt, und zweitens erfasst die UVP doch mehr Belastungspfade und Schutzgüter als es von vielen Fachgesetzen vorgesehen wird; sie nimmt in gewisser Weise den erst späteren Trend zur übergreifenden Betrachtung vorweg. In diesen beiden Beziehungen bleibt die Frage relevant, ob in der UVP festgestellte und als problematisch bewertete Risiken das Ergebnis beeinflussen müssen. Hinzu kommt die weitere Frage, ob insoweit auch von Dritten Rechtsschutz beansprucht werden kann.

Das BVerwG hat auf der Grundlage der dichotomischen Auffassung verneint, dass der UVP materiellrechtliche Bedeutung zukomme. In Konsequenz dessen bestreitet es alle Absichten des europäischen Gesetzgebers, etwas im Ergebnis bewirken zu wollen: „Dieses Berücksichtigungsgebot (des Art. 8 der RL, d.Vf.) lässt sich nicht als Ausdruck des Willens des Richtliniengebers deuten, auf den Inhalt der Entscheidung Einfluss zu nehmen⁴⁸.“ Ganz im Sinne der o. g. Verflüssigung relativiert das Gericht dieses Verdikt dann aber für das Fachplanungsrecht, indem es der UVP eine bedeutende Rolle für den Abwägungsvorgang zumisst⁴⁹. In den Rechtsbereichen ohne Abwägungsgebot, insbesondere dem Immissionsrecht, in denen diese Möglichkeit nicht zur Verfügung steht, bleibt es aber bei der rein prozeduralen Einordnung der UVP.

Auch das Artikelgesetz, das die Änderungsrichtlinie 97/11/EG einschließlich der genannten und anderer Rechtsprechung der europäischen Gerichte mit mehr als zweijähriger Verspätung umsetzt⁵⁰, bemüht sich nicht um eine neue Lösung, sondern hält an der Formulierung des § 12 UVPG fest, die in ihrem Pendeln zwischen dem weiten Kriterienpektrum des UVPG und dem engeren der Fachgesetze zwar noch das Problem widerspiegelt, aber doch im Lichte der Rechtsprechung des BVerwG verstanden werden muss. Im Ergebnis bedeutet dies, dass eine lückenhafte UVP im Fachplanungsrecht und Bauplanungsrecht⁵¹ immerhin einen Fehler im Abwägungsvorgang darstellt, der jedoch nach § 74 Abs. 1 a VwVfG bzw. 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB nur entscheidungserheblich ist, wenn er „offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen ist“, während sie im Immissionsrecht von vornherein nur relevant ist,

wenn dadurch ein materieller Rechtsverstoß ausgelöst wird⁵². Jedenfalls die letztere Folge scheint mir mit der UVP-Richtlinie unvereinbar zu sein. Allerdings hat das Artikelgesetz in Umsetzung der IVU-Richtlinie zugleich die materiellen Maßstäbe der Immissionsgenehmigung in Richtung auf das Integrationsprinzip erweitert, so dass das Gefälle zwischen UVP und materiellem Programm kleiner geworden ist⁵³.

Nach dem gegenwärtigen Konzept bedeutet UVP immer volles Programm: Umfassende UVP und umfassende Öffentlichkeitsbeteiligung. Im Interesse der Rechtsvereinfachung wäre für die Zukunft zu überlegen, ob für weniger problematische Vorhaben nicht der Typus einer Genehmigung mit reduzierter UVP und reduzierter (z. B. auf Einwendungen ohne Erörterungstermin beschränkter) Öffentlichkeitsbeteiligung eingeführt werden sollte. Eine solche vereinfachte Genehmigung könnte auch im Anwendungsbereich der IVU-Richtlinie eingeführt werden. Vorbild wären die Plangenehmigung und die vereinfachte Genehmigung nach § 19 BImSchG, deren Konstruktion durch europäische Anerkennung zugleich erleichtert würde⁵⁴. Zugleich könnte das überkomplizierte System der Einzelfallprüfung, das das Artikelgesetz in deutscher Perfektion in §§ 3 c und d UVPG verwirklicht hat⁵⁵, flexibler ausgestaltet werden. Man könnte dann über das „entweder-oder“ des Pakets „UVP plus förmliches Verfahren“ hinaus eine einfachere dritte Variante ins Spiel bringen.

Ein Konstruktionsproblem von minderer, aber nicht zu vernachlässigender Bedeutung betrifft die Dimensionierung der für die UVP zentralen Alternativenprüfung. Leider wurde die widersinnige Klausel, dass nur die vom Träger des Vorhabens geprüften, also nicht die von der Sache her nahe liegenden Alternativen vorzulegen sind, von der Änderungsrichtlinie nicht korrigiert. So besteht eine Ungereimtheit insofern, als bei Vorhaben in Natura 2000-Gebieten auf die objektiv vorhandenen⁵⁶, bei sonstigen UVP-pflichtigen Vorhaben dagegen auf die subjektiv geprüften Alternativen abzustellen ist. Diese Ungereimtheit setzt sich im nationalen Recht im Dualismus der objektiven Konstruktion der Alternativen im Fachplanungsrecht⁵⁷ und der subjektiven im

46 Vgl. einerseits Schmidt-Preuß, Der verfahrensrechtliche Charakter der UVP, DVBl. 1995, 485 ff., andererseits W. Erbguth, Das BVerwG und die UVP, NuR 1997, 261 ff.

47 Vgl. dazu das rechtsvergleichende Material der Datenbank www.uni-bremen.de-penelope.

48 BVerwGE 100, 238, 243.

49 BVerwGE 100, 238, 244.

50 Gesetz vom 27.8.2001, BGBl. I 1950, das zugleich die IVU-Richtlinie und einige andere Richtlinien transformiert.

51 Hierzu s. H. J. Koch, Der Schutz der Umwelt in der Rechtsprechung zum Bauplanungsrecht, Die Verwaltung 1998, 505 (509 ff.).

52 Dem Gericht muss dann freilich den Sachverhalt nicht selbst aufarbeiten, sondern es hat die Möglichkeit, die Genehmigung wegen mangelnder Sachaufklärung aufzuheben, s. § 113 Abs. 3 VGO.

53 Dazu s. unten.

54 Eine solche vereinfachte Genehmigung hat auch die UGB-Kommission vorgeschlagen, s. BMU (Hrsg.), Umweltgesetzbuch (UGB-KomE), Berlin 1998, §§ 109 und 110.

55 Bei aller Perfektion ist immer noch fraglich, ob die starre Untergrenze, unterhalb derer in keinem Fall eine UVP erforderlich ist, mit dem Irland-Urteil des EuGH im Einklang steht. Denn auch unterhalb der unteren Schwellenwerte sind noch UVP-würdige Projekte denkbar. Z. B. ist vorstellbar, dass eine einzige riesige Windanlage, die damit unter die Schwelle von 3 Anlagen fällt (Anlage I zum UVPG, Nr. 1.6), erhebliche Umweltauswirkungen unter Standortaspekten haben kann. Gleiches ist z. B. bei Mastgeflügelanlagen mit weniger als 30.000 Plätzen (aaO Nr. 7.1 bis 7.9) oder beim Bau eines Freizeitparks mit weniger als 4 ha (aaO Nr. 18.1 bis 18.9) vorstellbar.

56 Art. 6 Abs. 4 UA 1 FFH-Richtlinie. Vgl. auch § 19 c Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG.

57 Vgl. BVerwGE 81, 128, 136 u. st. Rspr. einerseits, § 4 e Abs. 3 der 9. BImSchV andererseits.



Immissionsrecht und UVP-Recht fort⁵⁸. Auch das Artikelgesetz hat sich in dieser Frage nicht vorwärtsbewegt.

Ein weiteres, ebenfalls folgenreiches Konzeptproblem betrifft die UVP-Pflicht bei *Betriebserweiterung von Infrastrukturanlagen*, z. B. die Öffnung einer innerstädtischen Straße für den Durchgangsverkehr mit entsprechend gesteigertem Verkehrsaufkommen. Das Artikelgesetz schließt in § 2 Abs. 2 UVPG eine UVP-Pflichtigkeit bei Betriebsänderungen von sog. sonstigen Anlagen aus⁵⁹. Die UVP-Richtlinie äußert sich zu dieser Frage nicht eindeutig, ihr Begriff von „Änderung oder Erweiterung“ in Anhang II Nr. 13 kann aber durchaus so verstanden werden, dass er auch Betriebserweiterungen von Infrastrukturanlagen mitumfasst. Jedenfalls empfiehlt es sich aber rechtspolitisch, erhebliche Nutzungssteigerungen bei Infrastrukturanlagen, die zusätzliche Umweltauswirkungen haben, UVP-pflichtig zu machen. Im nationalen Recht müsste hierzu ein Trägerverfahren zur Verfügung gestellt werden, und zwar in der Weise, dass nicht nur Anlagenerweiterungen, sondern auch Nutzungsausweitungen planfeststellungspflichtig werden.

2. Integrierte Vermeidung und Verminderung von Umweltverschmutzung: „Neue Unübersichtlichkeit“?

Die mit der Richtlinie 96/61/EG eingeführte Pflicht zur integrierten Vermeidung und Verminderung von Umweltverschmutzung ist gewissermaßen die materielle Fortsetzung der eher prozeduralen UVP. Sie nimmt den integrierten Ansatz der UVP auf und differenziert ihn materiell in Grundpflichten und technische Standards aus. Insofern kann auch sie als ein horizontaler Rechtsakt aufgefasst werden. Allerdings beschränkt sich ihr Anwendungsbereich auf Industrieanlagen, während die UVP-Richtlinie auch Infrastrukturanlagen, Anlagen der Primärproduktion und städtebauliche Projekte mitumfasst.

Das Artikelgesetz übernimmt an mehreren Stellen die Integrationsrhetorik der IVU-Richtlinie (vgl. § 1: „integrierte Vermeidung“, § 3 Abs. 6: „allgemein hohes Schutzniveau für die Umwelt insgesamt“, § 3 Abs. 1: „Umwelt insgesamt“), aber man hat den Eindruck, dass es möglichst viel Flagge zeigen will, ohne sich ein präzises Bild von dem gemacht zu haben, was Integration sinnvoll und realistisch bedeuten kann. Daran hat freilich die IVU-Richtlinie ein gerüttelt Maß Anteil.

Zum Verständnis des Integrationsprinzips muss man sich die Entwicklungsgeschichte klarmachen. Das Integrationskonzept kommt aus Großbritannien⁶⁰. Dort war das Umweltschutzrecht geprägt durch:

- eine Vielzahl zuständiger Behörden
- eine Vielzahl einzuholender Genehmigungen
- ein Nebeneinander von Baugenehmigung (planning permission) und Genehmigung zur Verschmutzungskontrolle
- eine Divergenz der materiellen Kriterien (medial orientiertes Wasserrecht, an best practicable means orientiertes Luftreinhaltrecht, kriterienloses Abfallrecht)

Regelungslücken insbesondere bzgl. Bodenschutz.

Im Laufe der Zeit wurden in allen genannten Dimensionen integrierte Lösungen verwirklicht:

- viele Fachbehörden wurden zu drei Environment Agencies zusammengelegt
- neben der planning permission gibt es nur noch eine Umweltgenehmigung
- beide werden aufeinander abgestimmt

Lücken in der Erfassung einzelner Schützgüter wurden durch ein umfassendes Umweltgesetz geschlossen

die Kriterien werden auf zwei konzentriert, nämlich das emissionsbezogene Kriterium best available techniques not entailing excessive cost (batneec) und das immissionsbezogene Kriterium best environmental option (beo)

Die IVU-Richtlinie übernahm nicht einfach das Ergebnis des britischen Entwicklungsprozesses. Vielmehr geriet das Integrationskonzept in eine eigenständige europäische Diskussion, in der manche der britischen Dimensionen fallengelassen wurden, andere aber hinzugekommen sind.

Nicht aufgenommen wurde die Zusammenlegung von Behörden, ebenso wenig die Konzentration von Genehmigungen. Vielmehr wird eine bessere Koordinierung der Behörden und Verfahren vorgeschrieben.

Aufgenommen wurde dagegen der Gedanke der Schließung der Schutzlücken sowie der Vereinheitlichung der Kriterien. Allerdings wurden die britischen Kriterien beo und batneec nicht schlicht abgeschrieben. Vielmehr wurde das Kriterium der best environmental option einerseits in die besten verfügbaren Techniken, andererseits in die medienbezogenen Kriterien hineinformuliert: die besten verfügbaren Techniken sollen Auswirkungen „auf die gesamte Umwelt“ vermeiden⁶¹, und angestrebt wird ein hohes Schutzniveau „für die Umwelt insgesamt“⁶². Diese Betonung der Umwelt als Ganzer war der Tatsache geschuldet, dass die europäische Diskussion bald das Problem der Belastungsverschiebung ganz in den Vordergrund rückte. Während dies unter Verhältnissen von Regelungslücken und divergierenden Kriterien plausibel erscheint, ist es für ein System wie das deutsche, das rundum auf vorsichtige Immissionswerte und am Stand der Technik orientierte Emissionswerte zielt, schwerer nachvollziehbar. Wenn auch die bisher noch breiten Pfade mangelnder Abfallvermeidung/-verwertung und Energieeffizienz nun strenger reguliert werden, sind kaum je Fälle solcher Belastungsverschiebung erwarten⁶³.

Geht man dennoch davon aus, dass es Situationen gibt, in denen die Belastung eines Mediums eine größere Belastung eines anderen Mediums vermeiden hilft, so stellen sich 2 Probleme, die im Artikelgesetz nicht vollends geklärt werden. Zum einen ist fraglich, ob die Integrationsklauseln in § 1 und § 5 Abs. 1 vor Nr. 1 BImSchG (neu), die die „Umwelt insgesamt“ als Schutzgut erwähnen, nur für die Ebene der Standardsetzung gelten, oder ob darüberhinaus im Einzelfall von (bisher) verbindlichen Grenzwerten abgewichen werden kann. Aus Gründen der Vollzugseffektivität ist zu wünschen, dass die Grenzwerte im Einzelfall maßgeblich bleiben⁶⁴. Die Formulierungen in §§ 7 und 48 BImSchG (neu) weisen darauf hin, dass die Problematik der Belastungsverschiebung durch Standardsetzung gelöst wer-

58 G. Winter, Alternativen in der administrativen Entscheidungsbildung, Düsseldorf (Werner Verlag) 1997, S. 44 ff.

59 Dies entspricht für planfeststellungspflichtige Anlagen (z. B. Straßen, Flughäfen) dem geltenden Recht, das für solche Anlagen bei Betriebsänderung keine Änderungsgenehmigung verlangt. § 2 Abs. 2 Nr. 4 UVPG (alt) hängt mangels Trägerverfahrens insoweit in der Luft.

60 S. dazu R. Macrory, Integrated prevention and pollution control: the UK experience, in: C. Backes, G. Betlem (ed.), Integrated pollution prevention and control, The Hague 1999, p. 53 ff.; J. Zöttl, Integrierter Umweltschutz in der neuesten Rechtsentwicklung, 1998, S. 101 ff.

61 So die Definition der besten verfügbaren Techniken nach Art. 2 Nr. 11.

62 S. Art. 9 Abs. 1.

63 J. Masing, Kritik des integrierten Umweltschutzes, DVBl, 1998, 549 (551).

64 G. Lübke-Wolff, Integrierter Umweltschutz – Brauchen die Behörden mehr Flexibilität?, NuR 1999, 241 ff.



den soll⁶⁵. Im Einzelfall ist das Integrationsprinzip also nur dann heranzuziehen, soweit Grenzwerte fehlen⁶⁶. Zum anderen ist vom Wortlaut der Vorschriften her nicht klar ausgeschlossen, dass eine Anlage zugelassen wird, die für den Menschen oder ein betroffenes Umweltmedium die Gefahrenschwelle überschreitet, wenn in anderer Hinsicht die Gefahrenschwelle in einem größeren Maß unterschritten wird. Man wird diese Möglichkeit wohl über die Formel „hohes Schutzniveau“ ausschließen können, doch ist diese im deutschen Recht bisher ein Fremdkörper, weil sie nicht auf den gewohnten Unterschied von Gefahrenabwehr und Risikovorbeugung Bezug nimmt⁶⁷.

Im verbreiteten Zweifel am Sinn des Integrationsprinzips ist ein Gesichtspunkt verloren gegangen, der eine konstruktive Deutung auch im Sinne modernen Umweltschutzes ermöglicht. Die Formel „Umwelt insgesamt“ bietet nämlich einen Ansatzpunkt für eine ökosystemare Betrachtung, die Wechselwirkungen und mittelbare Wirkungen von Belastungen einbezieht. Zugleich wird das Spektrum der zu prüfenden Belastungspfade verbreitert, indem neben den über die Luft vermittelten Emissionen in § 1 Abs. 2 wie auch in § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG (neu) die direkt die Gewässer oder den Boden erreichenden Emissionen einbezogen werden. Dadurch wird eine umfassende Sicht auf die Belastungspfade ermöglicht. Durch diese ökosystemare und pfadübergreifende Betrachtung weitet sich zugleich das materielle Kriteriengerüst, so dass die ebenfalls ökosystemar und pfadübergreifend ansetzende UVP fachgesetzlichen Anschluss findet.

Neben der Integrationsformel gibt es noch weiteren Neuendruck der IVU-Richtlinie. § 6 Abs. 3 BImSchG (neu) hält an dem Ausdruck Stand der Technik und einer eigenständigen deutschen Definition dieses Ausdrucks fest. Dem setzt die Richtlinie den Terminus „beste verfügbare Techniken“ mit seiner eigenen Definition entgegen. Es fragt sich, ob das deutsche Recht hierauf nicht gänzlich, unter Einschluss des Terminus, einscheren sollte. Der Vorteil des gemeinschaftsrechtlichen Begriffs ist, dass er die Problematik der Kosten der Technik offen legt, während die Definition des Standes der Technik diesen Gesichtspunkt verschweigt, obwohl er in praxi präsent ist⁶⁸. Problematisch ist allerdings das große Gewicht, das in Art. 2 Nr. 11 IVU-RL den ökonomischen Folgen zugemessen wird. Ökonomische Folgen können erstens in Gestalt der wirtschaftlichen Vertretbarkeit für die betroffene Branche und zweitens in Gestalt der Verhältnismäßigkeit zwischen wirtschaftlichen Kosten und ökologischem Nutzen berücksichtigt werden. Die wirtschaftliche Vertretbarkeit war früher Maßstab für die Begrenzung nachträglicher Anordnungen nach § 17 BImSchG a. F., wurde aber abgeschafft, weil er zu schwer zu konkretisieren war und Rechtsunsicherheit verursachte. Stattdessen wurde der Verhältnismäßigkeitsmaßstab eingeführt, der anscheinend weniger Probleme macht. Wenn sich das europäische Konzept der besten verfügbaren Techniken dieser Erfahrung auch verschließt, so ist das deutsche Recht jedenfalls nicht gehindert, in seiner Definition des Standes der Technik bzw. der besten verfügbaren Techniken das Kriterium wirtschaftliche Vertretbarkeit wegzulassen und allein auf die Verhältnismäßigkeit abzustellen.

Fehl am Platze in der Definition des Standes der Technik im Artikelgesetz (wie ebenso in der Definition der besten verfügbaren Techniken der IVU-RL) ist allerdings die Aufnahme der schon sprachlich missglückten Formel des „allgemein hohen Schutzniveaus für die Umwelt insgesamt“. Es genügt zu sagen, dass der Stand der Technik schädliche

Auswirkungen auf die Umwelt vermeiden soll. Die Formel vom „allgemein hohen Schutzniveau“ verunklart diese Aussage.

Viel Rätsel gibt Art. 9 Abs. 4 IVU-RL auf, wonach Emissionswerte in der einzelnen Genehmigung zwar auf die besten verfügbaren Techniken zu stützen sind, andererseits aber u. a. der geographische Standort und die örtlichen Umweltbedingungen zu berücksichtigen sind, drittens in jedem Fall jedoch eine weitest gehende Verminderung der weiträumigen oder grenzüberschreitenden Umweltverschmutzung vorzusehen ist und viertens ein hohes Schutzniveau für die Umwelt insgesamt sicher zu stellen ist. Dieser Mischmasch von Kriterien ist nur aus der Gesetzgebungsgeschichte verständlich, in der die Umweltqualitätsorientierung gegen die Technikorientierung stand⁶⁹. Festzuhalten ist zunächst, dass die Relativierung des Standes der Technik sich nur auf die konkrete Genehmigung, also nicht auf die Festlegung der allgemeinen Emissionswerte oder Technikstandards bezieht⁷⁰. Im Übrigen kann (nicht muss, vgl. das weiche „berücksichtigen“⁷¹) wegen örtlicher Bedingungen vom Maßstab der besten verfügbaren Techniken abgewichen werden, und zwar nach oben wie auch nach unten, wobei Verschlechterungen der Umwelt jedoch lokal bleiben müssen (Minimierung weiträumiger und grenzüberschreitender Umweltverschmutzung)⁷² und jedenfalls ein hohes Schutzniveau einzuhalten ist.

V. Vertikales Umweltrecht

1. Naturschutzrecht: Faktische Schutzgebiete und Interessenabwägung

Das große Konzept des europäischen Naturschutzrechts ist die Bewahrung des gemeinsamen europäischen Naturerbes, eine Art trust-Gedanke, der u. a. die Schaffung des Netzes Natura 2000 geboren hat. Der trust besteht aus einem national und europäisch verschränkten Regime der Selektion von geeigneten Gebieten, ihrer Unterschutzstellung und der Kontrolle von beeinträchtigenden Vorhaben. Die maßgeblichen Richtlinien, die Vogelschutzrichtlinie 79/409/EWG und die Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie 92/43/EWG gehören mit ihren Entstehungsjahren 1979 und 1992 gewiss nicht mehr zum neueren Umweltrecht (von dem hier die Rede ist), aber die noch heute andauernden und besonders hartnäckigen Verzögerungen bei der Umsetzung haben zu spezifischen Neuerungen der Direktwirkung von Richtlinien veranlasst.

65 H.-J. Koch, H. Siebel-Huffmann, Das Artikelgesetz ..., NVwZ 2001, 1081 (1083 f.).

66 So auch D. Sellner, Der integrative Ansatz im BImSchG, in: K.-P. Dolde (Hrsg.) Umweltrecht im Wandel, Berlin 2001, S. 401, 414.

67 Der Ausdruck stammt aus dem Kontext des Warenverkehrs und soll hier vermeiden, dass die Harmonisierung der produktbezogenen Anforderungen, die unter dem Aspekt der Erleichterung des Warenverkehrs indifferent gegenüber der Schutzhöhe ist (auch eine geringe Schutzhöhe ist eine gute Regelung, wenn sie nur den Warenverkehr erleichtert). Von Art. 100a Abs. 1 EGV (Version der EEA) ist das „hohe Schutzniveau“ dann in Art. 130r (Versionen von Maastricht und Amsterdam) eingeflossen, wo es in nach wie vor ungeklärtem Verhältnis zum Vorsorgeprinzip steht.

68 Nämlich insofern, als exorbitant teure Techniken als nicht geeignet angesehen werden, und insofern, als die Verhältnismäßigkeit zwar nicht bei der Festlegung von Standards, wohl aber bei ihrer Anwendung berücksichtigt wird. S. G. Feldhaus, Beste verfügbare Techniken und Stand der Technik, NVwZ 2001, 1 ff.

69 S. dazu G. Lübke-Wolff, IVU-Richtlinie und europäisches Vorsorgeprinzip, NVwZ 1998, 777, 780.

70 Feldhaus NVwZ 2001, S. 7.

71 Lübke-Wolff NVwZ 1998, S. 782.

72 A. A. Lübke-Wolff NVwZ 1998, S. 783, die aber die Bedeutung der britischen „Regelungsphilosophie“ überschätzt. Das Vereinigte Königreich ist längst auf den Maßstab der best available techniques eingeschwenkt, vgl. Macrory, aaO.



Zur *Vogelschutzrichtlinie* ist die Rechtsprechung gefestigt. Hiernach besteht eine Verpflichtung zur Ausweisung von für die geschützten Vogelarten repräsentativen Gebieten, und zwar rein nach fachlichen, nicht nach ökonomischen Kriterien. Wird die Ausweisung versäumt, genießt das Gebiet als sog. faktisches Vogelschutzgebiet den direkt wirkenden gemeinschaftsrechtlichen Schutz. Fraglich war bis vor kurzem nur noch, welches Beeinträchtigungsregime gilt: die strengere Regelung nach Art. 4 Abs. 4 Vogelschutzrichtlinie, welche nach dem Leybucht-Urteil des EuGH Beeinträchtigungen praktisch nur zulässt, wenn sie Sicherheits- oder Gesundheitsinteressen oder der ökologischen Verbesserung dienen, oder aber die flexiblere Regelung des Art. 6 Abs. 2 - 4 FFH-Richtlinie, die auch Interessen wirtschaftlicher und sozialer Art zum Zuge kommen lässt, allerdings verbunden mit einer deutlichen Alternativenprüfung und strenger gefasst im Fall von prioritären Arten und Lebensräumen. Der EuGH hat den Streit kürzlich in seinem Urteil *Basses Corbières* entschieden⁷³. Mit der Erwägung, dass die säumigen Mitgliedstaaten so zur Ausweisung der faktischen Gebiete gedrängt werden können, hält er das strengere Regime für anwendbar, bis die Ausweisung und nationale Unterschützstellung wirklich erfolgt ist.

Zur *FFH-Richtlinie* ist die Rechtsprechung dagegen noch gänzlich offen. Der EuGH hat zu der Frage, ob es ähnlich wie „faktische Vogelschutzgebiete“ auch „faktische FFH-Gebiete“ geben kann, noch nicht Stellung nehmen können. Stattdessen sind nationale Gerichte tätig geworden. Der niederländische Staatsrat hat eine solche Direktwirkung der Richtlinie verneint, ein niederländisches Berufungsgericht hat sie bejaht, ebenfalls bejaht hat sie der britische High Court⁷⁴. In der ausländischen Literatur gibt es Zustimmung⁷⁵ wie Ablehnung⁷⁶. Das BVerwG hat im A 20-Urteil noch hypothetisch⁷⁷ und im Urteil zur Hildesheimer Ortsumgehung definitiv⁷⁸ eine Vorwirkung der FFH-Richtlinie angenommen.

Rechtsdogmatisch gesehen bedeutet Vorwirkung wohl nicht Direktwirkung i. S.d. traditionellen Direktwirkungsdoktrin. Diese setzt bekanntlich Genauigkeit und Unbedingtheit der Richtlinie voraus. Angesichts des komplexen Entscheidungsprozesses gem. Art. 4 FFH-Richtlinie ist Unbedingtheit nicht anzunehmen. Vorwirkung ist eher eine auf Art. 10 EGV gründbare Sanktion für die Nichtbeachtung einer bereits fälligen Verpflichtung (nämlich eine Liste geeigneter Gebiete einzureichen), die der EuGH selbst entwickelt hat, und zwar sogar für den eigentlich ferner liegenden Fall einer noch nicht fälligen Verpflichtung aus der Abfallrahmenrichtlinie⁷⁹. Die Sanktion besteht in einer Art Stillhaltepflicht.

Da die rechtsdogmatische Konstruktion ungeklärt ist, nimmt nicht Wunder, dass auch die Konsequenzen für das *Beeinträchtigungsregime* bei potentiellen Schutzgebieten unklar sind. Das BVerwG hatte zunächst die recht strengen Regeln des Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-Richtlinie direkt angewendet⁸⁰, ist davon inzwischen aber abgerückt und stellt nur noch darauf ab, ob die Gebiete „zerstört oder anderweitig so nachhaltig beeinträchtigt werden, dass sie für eine Meldung nicht mehr in Betracht kommen“⁸¹. Ganz im Gegensatz dazu könnte man ebenso gut behaupten, dass die Vorwirkung eine scharfe Stillhaltepflicht bis zur Erfüllung der Meldepflicht begründet, weil nur so ihr Sanktionscharakter zur Geltung komme. Dass sich an das potentielle FFH-Gebiet dann ein strengeres Regime anknüpft als im Fall des vollgültigen FFH-Gebiets, wäre kein zwingendes Argument mehr, seit der EuGH den Paralleleinwand gegen Anwend-

barkeit des Art. 4 Abs. 4 Vogelschutz-RL (statt Art. 6 FFH-RL) auf faktische Vogelschutzgebiete mit eben demselben Sanktionsgedanken zurückgewiesen hat. Unzweifelhaft ist das alles aber keineswegs. Trotzdem weigern sich die Gerichte, gerade auch die letztinstanzlichen, bisher, ihrer Vorlagepflicht nach Art. 234 EGV nachzukommen⁸².

Offene Fragen stellen sich auch hinsichtlich des *Beeinträchtigungsregimes* nach Art. 6 Abs. 4 FFH-Richtlinie, soweit es anwendbar ist. Insbesondere ist klärungsbedürftig, wie weit der Kreis der zu prüfenden *Alternativen* zu ziehen ist. Dies wurde im Fall *Emssperrwerk virulent*. Das Sperrwerk dient (neben dem Küstenschutz) dazu, die Ems zur Überführung von Schiffen mit großem Tiefgang aufzustauen. Die Frage ist, ob als Alternative zum Sperrwerk die Verlagerung des Großschiffbaus der 40 km flussauf liegenden Werft an die Küste als Alternative hätte geprüft werden müssen. Man kann den Streit unter dem Gesichtspunkt der Zielebene führen: ein enges Spektrum von Varianten ergibt sich bei konkreter Zieldefinition (hier: den Stauereffekt zu erzielen), ein weites bei abstrakterer Definition (hier: Stärkung der regionalen Wirtschaftskraft). Das VG Oldenburg geht im Fall den zweiten Weg. Es engt das somit weite Spektrum in einem zweiten Schritt aber wieder ein, indem es im Anschluss an das BVerwG⁸³ zwischen grundsätzlichen Alternativen (manchmal Konzept- oder Systemalternativen genannt) und konkreten Alternativen (z. B. Varianten der Projektverwirklichung) unterscheidet. Die Vorgabe der ersteren, zu denen es die Wertverlagerung zählt, sei eine „nicht justiziable politische Entscheidung“. Ihre Komplexität überfordere das verwaltungsbehördliche Zulassungsverfahren⁸⁴. Hiergegen ist einzuwenden, dass für die höherstufige planerische Entscheidung in der Regel rechtliche Verfahren zur Verfügung stehen (Raumordnungsverfahren, Linienbestimmung, etc.), die die Zulassungsbehörde durch Abschichtung entlasten, und dass die FFH-Richtlinie die höherstufige Entscheidung keineswegs von der Beachtung es Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL entlastet.

2. Wasserrecht: Kombination von Emissions- und Immissionsprinzip

Am 22. Dezember 2000 trat die Wasserrahmenrichtlinie in Kraft⁸⁵. Sie soll die Vielzahl der einzelnen teils emissions-, teils immissionsbezogenen, teils generellen, teils

73 EuGH, Urteil v. 7. 12. 2000, Rs. C-374/98 (*Basses Corbières*).

74 High Court, Queen's Bench Division, Maurice Kay J, in einer Entscheidung vom 5. Nov. 1999 (www.courtservice.gov.uk/judgments).

75 N. de Sadeleer in *Revue Francaise de Droit Administratif*, Mai 2000, S. 614; G. Winter in *Revue Européenne de Droit de l'Environnement* 1999, S. 187.

76 J. Jans, *The Habitats Directive*, *Journal of Environmental Law* 2000, S. 385 ff., 388.

77 BVerwGE 107, I, 21.

78 BVerwGE 110, 302, 308.

79 EuGH Urteil v. 18. 12. 1997, Rs. C-129/96 (*Interenvironnement Wallonie*), Slg. 1997, I-7435.

80 BVerwGE 110, 302, 308.

81 BVerwG DVBl. 2001, 386, 390 (A 71).

82 Zur Verfassungswidrigkeit solcher Verweigerungshaltung s. BVerwG DVBl. 2001, 720.

83 BVerwG 107, I, 14.

84 VG Oldenburg, Urteil v. 10.8.2001 (1 A 3558/98), Umdruck S. 95 unter Hinweis auf U. Ramsauer, *Die Ausnahmeregelungen des Art. 6 Abs. 4 der FFH-Richtlinie*, NuR 2000, 601, 606, der meint, im Plan für das konkrete Vorhaben werde das öffentliche Interesse verbindlich konkretisiert und verengt dadurch auch das Spektrum von Varianten. „Systemalternativen“ seien damit ausgeschlossen. Es ist aber gerade fraglich, ob das Gemeinschaftsrecht eine solche Konkretisierung des öffentlichen Interesses akzeptiert. ME akzeptiert es lediglich eine Eingrenzung in gestuften Verfahren, in denen gesichert ist, dass Systemalternativen auf der höheren Stufe geprüft werden.

85 RL 2000/60/EG, ABl. L 327/2000, S. 1.



sektoralen Richtlinien sukzessive in ein schlüssiges Gesamtkonzept überführen. Das Ziel der Richtlinie ist, in 15 Jahren überall einen „guten ökologischen Zustand“ der Gewässer zu verwirklichen. Als Mittel zu diesem Ziel wird ein konzeptionell völlig neuer Versuch gestartet, der sich am französischen Modell der Flusseinzugsgebiete orientiert und mit dem deutschen Modell der Landeszuständigkeiten in Spannung geraten wird. Die Elemente dieses Konzepts sind:

1. Die administrative Organisierung von nationalen und internationalen Flusseinzugsgebieten, von denen es in der BRD 8 geben wird
2. eine Bestandsaufnahme des Gewässerzustands und der Nutzungen
3. die Festlegung nationaler Maßnahmen der Mitgliedstaaten wie Genehmigungsvorbehalte, Überwachung, Emissions- und Gewässerqualitätsstandards zur Kontrolle von Schadstoffeinträgen und Wasserentnahmen
4. die Festlegung nationaler Bewirtschaftungspläne für die Einzugsgebiete
5. die Annahme von Listen sowie Emissions- und Qualitätsstandards für prioritäre Schadstoffe auf Gemeinschaftsebene.

Nicht Gegenstand der Richtlinie ist allerdings die Bewirtschaftung der Wassermengen⁸⁶.

Ein Hauptproblem der neuen Richtlinie besteht in der Zeit, die die Verwirklichung der vorgesehenen Maßnahmen kostet. Schon der bisherige Ansatz litt vor allem unter der Unfähigkeit der gemeinschaftsrechtlichen Verfahren, für eine große Menge verschiedener Schadstoffe Emissions- und Immissionsstandards festzulegen. So wurden in den 25 Jahren der Geltung der Richtlinie 76/464 nur für 17 Stoffe Emissionsstandards festgelegt⁸⁷. Ein wesentlicher Grund liegt darin, dass für die eher technischen Standards in jedem Einzelfall das volle Gesetzgebungsverfahren mit Rat und Europäischem Parlament zu durchlaufen war. Daran hält die neue Richtlinie fest⁸⁸. Effektiver wäre eine *Delegation der Standardsetzung* gewesen, und zwar entweder an die Kommission plus Regelungsausschuss oder an eine zu gründende EG-Agentur.

Ein weiteres Problem liegt darin, dass die bereits nach geltendem Recht suboptimale Kombination von *Emissions- und Immissionsansatz* kaum verbessert wird⁸⁹. Optimal wäre eine kumulative Strategie mit einem am Maßstab der besten verfügbaren Techniken orientierten Emissionsansatz und einem am Vorsorgeprinzip orientierten Immissionsansatz⁹⁰. Im Normalfall wäre dann der Emissionsstandard der stärker greifende, bei starkgenutzten oder besonders empfindlichen Gewässern wirkt sich dagegen u. U. der Immissionsstandard stärker aus. Nach bisher maßgeblichen Gewässerrichtlinie 76/464 sind zwar grundsätzlich ebenfalls nebeneinander sowohl Immissionswerte wie Emissionswerte aufzustellen und einzuhalten, doch gilt weder der Vorsorgemaßstab für die Ersteren noch der Maßstab des Standes der Technik für die Letzteren. Die Emissionswerte sollen für die besonders gefährlichen Stoffe der Liste I zwar an den „besten verfügbaren technischen Hilfsmitteln“ ausgerichtet werden, doch besteht die Option des Umstiegs auf eine Ausrichtung auf die Immissionswerte⁹¹, eine Regelung, die ohnehin für die Liste II Stoffe gilt. Die Mitgliedstaaten können zwar mit dem Maßstab Stand der Technik weitergehen, doch können sie nicht vorbringen, diese Strategie sei effektiver und mache die Immissionsstrategie überflüssig⁹².

Durch die Wasserrahmenrichtlinie wird der kumulative Ansatz immerhin insofern verstärkt, als der Umstieg auf den reinen Immissionsansatz ausgeschlossen ist und für die Emissionsstandards, abgesehen davon, dass sie mindestens die Immissionswerte einhalten müssen, eigenständige Maßstäbe gelten. Diese bestehen jedoch nicht durchgängig in den besten verfügbaren Techniken, vielmehr gilt ein verwaschenes Konglomerat aus angemessenem Niveau, Kostenwirksamkeit und Verhältnismäßigkeit⁹³. Art. 10, der die Umsetzung in den Mitgliedstaaten steuert, kennt zwar noch die „Emissionsbegrenzung auf der Grundlage der besten verfügbaren Technologien“⁹⁴, jedoch nur als eine Option neben den Emissionswerten, die nach den eben genannten Maßstäben von der Gemeinschaft festgesetzt werden⁹⁵. Widersprüchlich ist freilich, dass als dritte Option Emissionswerte im Rahmen der IVU-Richtlinie genannt werden, denn diese sind an den besten verfügbaren Technologien orientiert.

3. Abfallrecht: Ist es überreguliert?

Das Abfallrecht ist der Zweig des sektoralen Umweltrechts, in dem die EG in den letzten Jahren vermutlich am produktivsten gewesen ist⁹⁶. Obwohl die Deponiesicherheit eines der ältesten Anliegen des Abfallrechts ist, ist sie in den Mitgliedstaaten immer noch defizitär. Deshalb bedurfte es der Richtlinie 1999/31 über Abfalldeponien⁹⁷. Sie stellt jedoch nicht nur strenge Anforderungen an Deponien, und zwar an neue wie – mit Übergangsfrist bis 2009 – auch bestehende, sondern dringt in modernere Anliegen des Abfallrechts vor, indem sie auch Vermeidungs- und Verwertungsstrategien zur Reduktion des Aufkommens an zu deponierenden Abfällen vorschreibt. Konkretere Schritte in Verwertungsrichtung und weitergehend in Richtung auf Produktverantwortung geht die Richtlinie über Altfahrzeuge⁹⁸, die Instrumente der Richtlinie über Verpackungsabfälle⁹⁹ aufnimmt, aber für den Automobilbereich stringenter formuliert. Sie stellt Herstellerpflichten zur Konzipierung wiederverwertbarer Automobile auf, legt bestimmte Zielvorgaben für das Recycling fest und schreibt Rücknahmesysteme vor, ermöglicht dabei aber vertragliche Lösungen.

86 Der Grund dafür ist das nach Art. 175 Abs. 2 EGV hierfür geltende Einstimmigkeitsprinzip, das die Richtlinie noch stärker verwässert hätte.

87 R. Breuer, Zunehmende Vielgestaltigkeit der Instrumente im deutschen und europäischen Umweltrecht – Probleme der Stimmigkeit und des Zusammenwirkens, NVwZ 1997, 833, 837.

88 Mit gleicher Kritik, jedoch mit dem Vorschlag, die Verfahren im Rat und dem EP zu verbessern, statt der Kommission mehr Kompetenzen zu übertragen, O. Lell, J. Rechenberg, Überfordertes Gesetzgebungsverfahren? Eine Innenansicht aus den Beratungen zur Wasserrahmenrichtlinie, ZUR 2001, 120 ff.

89 Ähnlich Breuer NuR 2000, 541.

90 L. Meinken, Emissions- versus Immissionsorientierung, Baden-Baden 2001, S. 294 ff.

91 Art. 6 (1) und (3).

92 So EuGH, Urteil v. 11.11.1999, Rs. C-184/97 (Kommission v. BRD), NVwZ 2000, 304 = DVBl. 2000, 184 (Rdnr. 39).

93 Kritisch dazu auch G. Lübke-Wolff, Europarechtliche Grenzen der Deregulierung und Privatisierung im Umweltrecht, in: Staat und Privat im Umweltrecht, Schriftenreihe Wasser und Abfall Heft 141, Wien 2000, S. 54.

94 Art. 19 (2) a).

95 Lell/Rechenberg ZUR 2001, 122.

96 Dieser Erfolg ist vermutlich den besonderen Fähigkeiten des Leiters des entsprechenden Referats der DG Umwelt zu verdanken, der inzwischen – man hat den Eindruck: gerade wegen seines Erfolgs – versetzt worden ist.

97 ABl. L 182/1999, S. 1.

98 Richtlinie 2000/53/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 269/2000, S. 34.

99 Richtlinie 94/62 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 365/1994, S. 10.



Ein weiterer Markstein ist die Richtlinie über die Verbrennung von Abfällen¹⁰⁰, die die bisherigen Richtlinien zur Abfallverbrennung¹⁰¹ weiterentwickelt. Sie setzt strengere Standards für die Verbrennung von Abfällen in dafür gewidmeten Anlagen wie auch für die Mitverbrennung in anderen Zwecken gewidmeten Anlagen. Der aus der Mitverbrennung resultierende Abgasanteil darf keine höheren Schadstoffemissionen verursachen als wenn die Abfallcharge in spezifischen Verbrennungsanlagen verbrannt worden wäre. Wenn die neue Richtlinie auch de facto implementiert wird, löst sich möglicherweise das notorische Problem der Mitverbrennung in technisch unterausgerüsteten Industrieanlagen, insbesondere Zementfabriken¹⁰². Abfälle zur Verwertung können dann unbesorgt solcher Mitverbrennung zugeführt werden. Zwar wird den Kommunen dadurch Abfall für ihre teuren Beseitigungsanlagen entzogen, aber die Versuche der Bundesländer, die Entsorgung von Abfällen zur Verwertung in Substandardanlagen als Scheinverwertung anzusehen und andienungs- oder überlassungspflichtig zu machen, hat vor dem EuGH ohnehin keinen Bestand, da die Unterscheidung Verwertung / Beseitigung nicht an der Umweltverträglichkeit der Anlage ansetzt¹⁰³.

Soweit die Abfallverbrennung als Verwertung gelten kann¹⁰⁴, stellt sich grundsätzlicher die Frage nach der Hochwertigkeit der Verwertung, insbesondere, ob nicht stoffliche Verwertung ressourcenschonender ist. Das Hochwertigkeitsgebot des § 5 Abs. 2 Satz 3 KrW-/AbfG ist nach inzwischen wohl h. M. Rechtspflicht und sollte durch branchenorientierte, gemeinschaftsrechtlich möglichst harmonisierte Verwertungsordnungen konkretisiert werden¹⁰⁵. Solange eine Harmonisierung nicht erfolgt ist, stellt sich die Frage, ob eine Behörde (direkt oder mittelbar über Überlassungs- oder Andienungspflichten) den Export von Abfall zur Verwertung mit der Begründung untersagen kann, es gebe im Inland eine bessere Verwertungsmöglichkeit. Wird dieses Argument auf die Abfallwirtschaftsplanung des Landes gestützt, kann es m. E. nach Art. 7 Abs. 4a) AbfallverbringungsVO als Einwand gegen eine Verbringung ins Ausland geltendgemacht werden¹⁰⁶.

Neuerdings ist Kritik an dem Grundkonzept des europäischen Abfallrechts aufgekommen. Danach sei es erstens nicht notwendig, ein besonderes Umweltrecht für Abfälle zu schaffen, weil das bestehende Umweltrecht einen hinreichenden Rahmen für alle Arten der Beseitigung und Verwertung zur Verfügung stelle, und zweitens fehle es im Hinblick auf die Ressourcenschonung an ordnungsrechtlichen Steuerungsmöglichkeiten, weshalb der Markt, mit flexiblen Instrumenten öffentlich angereizt, die bessere Lösung sei¹⁰⁷.

M. E. sollte man dennoch an dem Grundkonzept des EG-Abfallrechts als eines Ordnungsrechts, das nur sekundär flexible Lösungen zulässt, festhalten, wobei Vereinfachungs- und Effektivierungsmöglichkeiten vorbehalten bleiben. Denn auf spezifisches Umweltschutzrecht kann nicht verzichtet werden. Z. B. ist es unabdingbar, für Verbrennungsanlagen für schadstoffhaltige Abfälle spezifische technische Ausrüstungen zu verlangen. Hinzukommt, dass das herkömmliche Umweltschutzrecht, indem es normalerweise Konzentrationsgrenzwerte pro Prozess- oder Produkteinheit aufstellt, das Problem der Prozess- und Produktmengen und der damit verbundenen Schadstofffrachten ignoriert. Gleiches würde bei Verzicht auf ein mengenbezogenes Abfallumweltrecht für die Menge der Abfälle gelten. Deshalb ist unverzichtbar, dass hoheitlich auf eine Verminderung des

Abfallaufkommens hingewirkt wird. Dies gilt nicht nur aus Gründen des Umweltschutzes, sondern auch aus solchen der Ressourcenschonung. Die Instrumente werden ohnehin weitgehend den Mitgliedstaaten überlassen. Allerdings müssen Zielvorgaben eingelöst werden, auch dann, wenn Marktlösungen gewählt werden.

4. Gentechnikrecht: Von der Vormarkt- zur Nachmarktkontrolle

Die beiden wichtigsten Richtlinien zur Gentechnik sind in neuerer Zeit reformiert worden. Richtlinie 98/81 änderte das Recht der gentechnischen Arbeiten in geschlossenen Systemen¹⁰⁸. Die Änderungen zielen insgesamt auf eine Vereinfachung, insbesondere einen Abbau von Kontrollen, wo die bisherige Erfahrung die Sicherheit bestimmter Arbeiten erwiesen hat. So wurde die sehr komplizierend wirkende Unterscheidung zwischen Anlagen zu Forschungs- und solchen zu gewerblichen Zwecken aufgegeben. Risiko ist hier Risiko, gleich wie es verursacht wird. Kritik wegen möglicher Verletzung der grundrechtlichen Forschungsfreiheit, die aus deutscher Sicht formuliert werden könnte¹⁰⁹, ist nicht laut geworden. Neu ist weiterhin die Freistellung von Arbeiten mit als ungefährlich geltenden GVO von vorherigen Genehmigungs- und Anmeldepflichten.

Auch die neue Richtlinie zur Freisetzung und zum Inverkehrbringen von GVO war ursprünglich als ein auf Erfahrungen reagierender Schritt zur Vereinfachung geplant. In den Gesetzgebungsprozess fiel jedoch ein Umschwung der öffentlichen Meinung insbesondere in Großbritannien in Bezug auf gentechnische modifizierte Lebensmittel. Das Ergebnis ist eine Richtlinie, die vor allem hinsichtlich des Inverkehrbringens auf eine Anhebung des Schutzniveaus der Kontrollen zielt¹¹⁰. Das Vorsorgeprinzip wird ausdrücklich erwähnt, die Risikoanalyse für in Verkehr zu bringende GVO wird ausdifferenziert, am Verfahren der Genehmigungserteilung für Inverkehrbringen wird – erstmals überhaupt im Produktrecht – eine Öffentlichkeitsbeteiligung vorgesehen, die Schutzklausel für nationale Alleingänge ist relativ weit gezogen, die Genehmigung des Inverkehrbringens ist auf 10 Jahre zu befristen. Konzeptionell neu sind

100 Richtlinie 2000/76/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 332/2000, S. 91.

101 RL 89/369, ABl. L 163/1989 S. 32 und 89/429, ABl. L 203/1989 S. 50 über die Verringerung der Luftverunreinigung durch Verbrennungsanlagen für Siedlungsmüll. RL 94/67 über die Verbrennung von gefährlichen Abfällen, ABl. L 365/1994, S. 34.

102 S. dazu und zu den Implikationen für die kommunale Entsorgungsinfrastruktur s. F. Petersen, Die kommunale Abfallentsorgung, in: K.-P. Dolde (Hrsg.), Umweltrecht im Wandel Berlin 2001, S. 575 ff., 588 f., 599.

103 Urteil v. 25.6.1998, Rs. C-203/96 (Dusseldorf), Slg. 1998, I-4111 (Rdnr. 44); ebenso.

104 Zu der entsprechenden Diskussion über Mindestheitzwerte und allgemeiner über die Verteilung der Kompetenz zur Konkretisierung solcher Werte zwischen Kommission und Mitgliedstaaten s. Petersen, aaO S. 582.

105 Ausführlich dazu Petersen, aaO S. 603 ff.

106 G. Winter, Die Steuerung grenzüberschreitender Abfallströme, DVBl. 2000, 657 ff., 666., der sich auch mit dem häufig anders interpretierten Dusseldorf-Urteil des EuGH auseinandersetzt.

107 Rat von Sachverständigen für Umweltfragen, Umweltgutachten 1998, Stuttgart 1998, S. 250 ff.; H.-J. Koch, Abfallrechtliche Regulierung der Verwertung – Chancen und Grenzen, DVBl. 2000, 300ff.; grundlegend M. Reese, Kreislaufwirtschaft im integrierten Umweltrecht, Baden-Baden 2000.

108 Richtlinie 98/81/EG des Rates zur Änderung der Richtlinie 90/219/EG über die Anwendung genetisch veränderter Mikroorganismen in geschlossenen Systemen, ABl. L 330/1998, S. 13.

109 Vgl. UGB-KomE S. 1393.

110 Richtlinie 2001/18/EG des EP und des Rates über die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt und zur Aufhebung der Richtlinie 90/220/EG des Rates, ABl. L 106/2001 S. 1.



Monitoringpflichten nach Inverkehrbringen, die eine Art eigenverantwortlicher Nachmarktkontrolle der Betreiber ermöglichen¹¹¹. Konzeptionell bedeutsam ist auch die Klärung des Verhältnisses zu sonstigen Produktregimen (z. B. Arzneimittel-, Pflanzenschutzmittel- oder Saatgutverkehrsrecht). Die geänderte Richtlinie sorgt dafür, dass ihre Anforderungen nicht durch Verschieben der Genehmigung in sektorale Gesetzgebung unterlaufen wird. Vielmehr müssen im sektoralen Verfahren alle materiellen und prozeduralen Bedingungen eingehalten werden, einschließlich Selbstmonitoring und Kennzeichnungspflichten¹¹². Unter Aspekten der Risikotransparenz ist bedeutsam, dass die Richtlinie nunmehr obligatorisch macht, dass Produkte, die GVO enthalten, dies deklarieren müssen¹¹³.

111 Art. 4 Abs. 6, 13 Abs. 2, 19 Abs. 3 lit. f und 20 Abs. 1 sowie Anhang VII der Richtlinie.

112 Art. 12 der Richtlinie.

113 Art. 21 mit Anhang IV der Richtlinie.

Elektronisch übermittelte Willenserklärungen

Regierungsrat Thorsten Vehslage, Hamburg¹

I. Einleitung

Das Internetrecht ist eine Materie, die nahezu alle bisherigen Rechtsgebiete betrifft. Viele mit dem Internet in Zusammenhang stehende Rechtsfragen lassen sich in schon bekannte juristische Kategorien einordnen². Dies gilt insbesondere deshalb, weil es bereits in den 80er Jahren Kommunikation mittels Datenfernübertragung (z. B. BTX) gab. Gleichwohl wirft die elektronische Kommunikation eine Vielzahl ungelöster Fragen auf.

Weder das am 30.6.2000 in Kraft getretene Fernabsatzgesetz³ noch das am 1.8.2001 in Kraft getretene Gesetz zur Anpassung von Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr⁴ enthalten Regelungen über Abgabe (II.), Zugang (III.), Widerruf (IV.) und Anfechtung (V.) elektronischer bzw. elektronisch übermittelter Erklärungen. Der Gesetzgeber erachtet die Vorschriften des allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die überwiegend noch aus dem Jahre 1896 stammen, als ausreichend. Dem kann nicht zugestimmt werden. Der elektronische Rechtsgeschäftsverkehr weist vielmehr Besonderheiten auf, denen durch richtungsweisende gesetzgeberische Entscheidungen Rechnung getragen werden sollte.

II. Abgabe

Dass es sich bei elektronisch übermittelten Erklärungen um Willenserklärungen handelt, bedarf keiner weiteren Erörterung, da auch automatisierte Erklärungen echte Willenserklärungen sind⁵.

Willenserklärungen sind regelmäßig gegenüber anderen Personen abzugeben. Nur mit der Abgabe sind sie existent und können wirksam werden⁶. Nicht eindeutig ist die Ein-

ordnung, wann eine elektronisch übermittelte Erklärung abgegeben worden ist.

Die Abgabe einer Erklärung liegt nach allgemeinen Grundsätzen vor, wenn der Erklärende alles seinerseits Erforderliche getan hat, um die Wirksamkeit der Erklärung herbeizuführen. Diese Voraussetzung ist dann erfüllt, wenn er sie derart in den Rechtsverkehr gebracht hat, dass er mit ihrem Zugang beim Empfänger rechnen konnte⁷. Bei einer empfangsbedürftigen Willenserklärung ist weiter erforderlich, dass sie mit Willen des Erklärenden in den Verkehr gebracht wurde⁸. Übertragen auf elektronische Dokumente ist eine Erklärung jedenfalls dann abgegeben, wenn der Erklärende in seinem E-Mail-Programm den Befehl „Senden“ ausführt⁹. Dies gilt allerdings nur, wenn er zu dieser Zeit direkt mit dem Internet verbunden ist.

Zweifelhaft ist hingegen die Rechtslage, wenn sich der Erklärende dazu entscheidet, eine fertiggestellte E-Mail später zu senden und die Übertragung automatisch auf Grund einer Routine des E-Mail-Programms¹⁰ erfolgt. In diesem Falle dürfte die darin verkörperte Erklärung nicht abgegeben worden sein. Dem Empfänger steht jedoch in analoger Anwendung von § 122 BGB¹¹ oder aus culpa in contrahendo¹² ein Anspruch auf Ersatz seines Vertrauensschadens zu, wenn er auf die Wirksamkeit der ihm zugegangenen, aber nicht abgegebenen Erklärung vertraut hat.

III. Zugang

Willenserklärungen, die gegenüber anderen Personen abzugeben sind und sich an Abwesende richten, werden – vorbehaltlich eines rechtzeitigen Widerrufs – mit Zugang wirksam (vgl. § 130 BGB). Sie lösen also erst ab diesem Zeitpunkt die beabsichtigten Rechtsfolgen aus. Dies gilt auch für geschäftsähnliche Handlungen.

1. Willenserklärungen unter Abwesenden

Für die Frage, ob und ggf. wann eine Willenserklärung zugeht, kommt es auf die Frage an, ob es sich beim elektronischen Rechtsgeschäftsverkehr um Willenserklärungen unter An- oder Abwesenden (§ 147 Abs. 1 bzw. 2 BGB) handelt.

Nach wohl überwiegender Auffassung handelt es sich um Erklärungen unter Abwesenden¹³. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass telefonische Erklärungen den Erklärungen von Anwesenden gleichgestellt werden, da diese Einordnung auf der Sondervorschrift des § 147 Abs. 1 Satz 2 BGB beruht, wonach ein telefonischer Antrag – wie bei Anwesenden – nur sofort angenommen werden kann.

1 Der Verfasser ist Rechtsreferent in der Finanzbehörde Hamburg und Mitglied des Landesjustizprüfungsamtes beim Hanseatischen Oberlandesgericht.

2 Hoffmann, NJW 2001, Beilage zu Heft 14.

3 BGBl. I S. 897, berichtet S. 1139; zum Gesetz: Ring, Fernabsatzgesetz, 2000; Härtling, Fernabsatzgesetz, 2000; Vehslage, ZAP 2000, 891 ff.; DuD 2000, 546 ff. Anmerkung der Redaktion: Das Fernabsatzgesetz wurde durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts zum 1.1.2002 aufgehoben. Die Regelungen wurden in des BGB integriert: §§ 312b bis 312d BGB n. F.

4 BGBl. I S. 1542; zum Entwurf: Vehslage, DB 2000, 1801.

5 Vgl. Clemens, NJW 1985, 1998.

6 Hk-BGB/Dörmer, 1. Auflage, 2001, § 130 Rdnr. 2.

7 RGZ 170, 382.

8 BGHZ 65, 14 f.; BGH WM 1983, 712.

9 Hk-BGB/Dörmer, 1. Auflage, 2001, § 130 Rdnr. 2.

10 Z. B. automatisch alle 5 Minuten senden und empfangen.

11 Hk-BGB/Dörmer, 1. Auflage, 2001, § 130 Rdnr. 2.

12 BGHZ 65, 14 f.

13 Fritzsche/Mulzer, DNotZ 1995, 11; Ernst NJW-CoR 1997, 166; Heun, CR 1994, 598; Hoffmann, NJW 2001, Beilage zu Heft 14, 7; Mehrings, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimediarecht, Teil 13, 1 Rdnr. 64 ff.