

# Gerd Winter

## Tauschförmiges Recht, zum Beispiel Wohnungssubvention und Abwasserabgabe\*

Ich möchte Rechtsformen untersuchen, bei denen die Verhaltensmotivierung nicht ganz oder überhaupt nicht auf einseitiger Anordnung beruht, sondern auf Tauschbeziehungen, auf die sich der Staat mit dem Normadressaten einläßt. Diese Tauschbeziehungen sind dadurch charakterisiert, daß der Staat Geld einzieht oder Geld zahlt für das, was er erreichen möchte<sup>1</sup>. Wo er eine positive Leistung erbracht sehen will, heißt es nicht: »Du mußt«, sondern: »Wenn Du Dich binden läßt, erhältst Du ein Entgelt.« Wo er ein Unterlassen erreichen will, heißt es nicht: »Du darfst nicht«, sondern: »Wenn Du frei sein willst zu handeln, zahle ein Entgelt.« Die Bereitschaft zu dem erwünschten Verhalten wird »eingekauft«, das Recht zum unerwünschten Verhalten wird »verkauft«.

Unterscheidet sich diese Tauschform somit von rein *imperativen Rechtsformen* durch eine Aufweichung der Unbedingtheit des Gehorchenmüssens, so ist sie doch nicht zu verwechseln mit *freisetzenden Rechtsformen*. Bei diesen handelt es sich um Angebote des Staates an den privaten Verkehr, sich einer rechtlichen Gestaltung, etwa eines im BGB ausgeformten Vertragstyps oder auch nur der allgemeinen Vertragsform überhaupt, zu bedienen. Darauf, ob die Form benutzt wird, oder ob die Transaktion unterbleibt, nimmt der Staat hier keinen Einfluß. Nur wenn die Form benutzt wird, tritt eine mehr oder weniger engmaschige Verhaltensbindung ein. Hiervon unterscheidet sich die im folgenden zu untersuchende Tauschform dadurch, daß sie durch Zufügung finanzieller Vor- oder Nachteile dazu motiviert, sich der Bindung auszusetzen.

Als Beispiele möchte ich die Wohnungsbausubvention und die Abwasserabgabe behandeln. Bevor ich ins Einzelne gehe, noch eine historische Anmerkung: Es fragt sich, ob die Tauschformen neuere Erscheinungen sind. Man wird das bejahen, wenn man die reinen imperativen und freisetzenden Rechtsformen als vorherrschenden Typ des Konkurrenzkapitalismus ansieht, und diesen im 19. Jahrhundert verortet. Doch ist dieses schematische Bild bekanntlich falsch<sup>2</sup>. Tatsächlich hat es in großem Umfang einerseits Subventionen, andererseits Abgaben zur Erreichung spezifischer Zwecke gegeben, Subventionen z. B. im Rahmen der preußischen Gewerbeförde-

\* Erweiterte Fassung eines Vortrages vor der damals in statu nascendi befindlichen Vereinigung für Rechtssoziologie am 9. 4. 1976 in Berlin.

<sup>1</sup> Geld ist zwar die typische, aber nicht die einzige Form von Vor- oder Nachteilen, die zugefügt werden. Das Prägende ist das Austauschverhältnis.

<sup>2</sup> Vgl. K. Groth, Strukturprobleme der staatlichen Intervention in der Ökonomie, unveröffentlichtes Manuskript 1977: »In der Literatur wird regelmäßig die theoretische Kritik der »liberalen« preußischen Reformbürokratie an der merkantilistischen Politik der preußischen Krone im 18. Jahrhundert mit der Praxis eben dieser Reformbürokratie zu Beginn des 19. Jahrhunderts gleichgestellt«. Am ehesten trifft das Bild die Verhältnisse der USA, vgl. J. W. Hurst, Law and the Conditions of Freedom in the 19th-Century United States, Madison 1956, S. 9-32.

rungepolitik etwa für Musterfabriken, Abgaben z. B. in Gestalt der Ablösesummen der Bauern für die Aufhebung der Feudallasten, die den Fabrikherren Arbeitskräfte zuführten. Allerdings fällt diese Art von Subventionen und Abgaben vorwiegend noch in die Phase der für Deutschland typischen obrigkeitlichen Erzeugung der kapitalistischen Ordnung. Sie wurde mit der Durchsetzung dieser Ordnung etwas zurückgedrängt zugunsten mehr allgemeiner, weniger spezifisch zielender Orientierungen: Einerseits zur Verantwortlichkeit des Staates für die allgemeinen Produktionsbedingungen (z. B. Straßen) und andererseits zu allgemeinen und von spezifischen Verwendungszwecken freien Steuern. Das Neue an der Tauschform ist somit einmal ihre große Verbreitung. Des weiteren ist es – dies gilt auch im Vergleich zur Phase der Kapitalismuserzeugung – die genauere Abstimmung und engere Verflechtung von Leistung und Gegenleistung. Das erwünschte Verhalten wird festgelegt, nicht freigestellt, es wird genau umschrieben, es wird auf die Gegenleistung abgestimmt und die Gegenleistung wird umgekehrt auf das gewünschte Verhalten abgestimmt. Schießlich – auch das dürfte im Vergleich zur Entwicklungs- und Etablierungsphase des Kapitalismus neu sein – ist das gewünschte Verhalten auch inhaltlich engermaschig, es greift stärker in die Interessen der Betroffenen ein. Im Rahmen einer Evolutionstheorie der zunehmenden Vergesellschaftung kann man diesen Sachverhalt auch so beschreiben, daß die Vergesellschaftung, die in der Engmaschigkeit staatlicher Verhaltensanordnung liegt, ihr Pendant findet in der Vergesellschaftung (Subventionierung) der privaten Profitrisiken, die jene Verhaltensanordnungen mit sich bringen.

Ich werde nun die beiden Beispiele, Wohnungsbausubvention und Abwasserabgabe, im Einzelnen untersuchen. Zunächst werde ich jeweils kurz das soziale Problem, das zu lösen ist, beschreiben, und dann fragen, wie unterschiedliche Rechtsformen, insbesondere aber die Tauschform, einen Beitrag zur Lösung oder auch Nichtlösung des Problems gegeben haben.

### I. Wohnungsbausubvention

Das zu bewältigende soziale Problem ist eine adäquate Wohnungsversorgung. Ich widme mich hier nur den Fragen der Wohnungsversorgung durch Mietwohnungsbau, und zwar Mietwohnungsbau für Minderbemittelte. Für diesen ist charakteristisch eine bereits 1867 von dem Berliner Statistiker Schwabe erkannte und bis heute gültige Gesetzmäßigkeit, nämlich daß Haushalte einen um so größeren Einkommensteil für Miete ausgeben, je weniger sie verdienen<sup>3</sup>. Ein weiterer Mangel besteht darin, daß auch die Qualität und Quantität der Wohnungsversorgung für die Minderbemittelten geringer ist<sup>4</sup>. Wenn wir die durchweg anerkannten sog. Kölner Empfehlungen als Mindestsatz nehmen, d. i. 69,5 qm für 4-Personenhaushalte, so ergibt sich für 1969, daß 57% der Arbeiterhaushalte und 36% der Angestelltenhaushalte unterversorgt waren<sup>5</sup>. Sicher haben sich die Wohnverhältnisse, absolut gesehen, in den letzten 100 Jahren sehr erheblich verbessert, doch sowohl absolut wie im Verhältnis der Bevölkerungsschichten bleiben ernste Mängel.

<sup>3</sup> F. Lütge, Wohnungswirtschaft, 1949, hat die These in Einzelheiten modifiziert, bejaht aber seine prinzipielle Fortgeltung. Ebenso mit neueren Daten Glatzer, Ziele, Standards und soziale Indikatoren für die Wohnungsversorgung, in: W. Zapf (Hrsg.) Lebensbedingungen in der Bundesrepublik, Frankfurt 1977, S. 641.

<sup>4</sup> Glatzer, a. a. O., S. 654.

<sup>5</sup> Gutachten »Familie und Wohnen«, Schriftenreihe des Bundesministers für Jugend, Familie und Gesundheit, Band 20, Stuttgart 1975, S. 59.

Für 6-Personenhaushalte sind die Zahlen 84% und 72%.

Die Frage ist nun, welche Rechtsformen auf diese Entwicklung eingewirkt haben. Ich unterscheide 3 Typen: der erste Typ ist formales Privatrecht, also die Vertragsfreiheit beim Bauen, Finanzieren und Vermieten. Er herrscht vor bis zum Beginn des 1. Weltkrieges und galt weitgehend im Sektor des sog. freifinanzierten Wohnungsbaues von etwa 1961 bis 1970<sup>6</sup>. Ergebnis dieses Typs war: Der »freie« Markt, der so ungehindert wirken konnte, berücksichtigte völlig theoriekonform nur die kaufkräftige Nachfrage und differenzierte den Preis nicht etwa nach der Leistungsfähigkeit der Mieter. Das führte zur proportionalen Höherbelastung oder/und qualitativen und quantitativen Schlechtersstattung der Minderbemittelten<sup>7</sup>. Durch Ausspielen von Marktverzerrungen konnten die Vermieter zudem die Preise weit über die Kosten hochtreiben.

Zur Vermeidung dieser Folgen, die sich nach den Weltkriegen noch drastisch verschärften, kommt ein zweiter Typ auf, und zwar ein im Mieterinteresse materialisiertes Privatrecht z. T. mit öffentlichrechtlicher Flankierung, also eine weniger freisetzende als imperative Rechtsform. Der Typ, von seinen Gegnern Wohnungszwangswirtschaft genannt, besteht aus Kündigungsschutz, aus Mietpreiskontrolle bis hin zum Preisstopp und aus der Beschränkung der Freiheit des Vermieters, den Mieter auszuwählen. Er herrscht vor in der Zeit nach der Inflation<sup>8</sup> und, für den Altwohnungsbestand, in der Zeit nach dem 2. Weltkrieg bis etwa 1960<sup>9</sup>, und in abgeschwächter Form auch seit 1971 für den freifinanzierten Sektor insgesamt<sup>10</sup>.

Als Folge dieser imperativen Rechtsform war zu erwarten, daß wegen der beeinträchtigten Gewinnchance der Neubau von Wohnungen ins Stocken geriet – weshalb die Wohnungszwangswirtschaftsphase diesen auch freistellte –, daß der Altbau mit Modernisierungen zögerte – weshalb das reine Vergleichsmietenkonzept im Gesetz zur Regelung der Miethöhe ab 1975 um Kostenelemente erweitert wurde –, daß Umgehungsstrategien (nämlich die Bereinigung der Grundmiete von allen Anteilen von Bewirtschaftungskosten, dadurch Bildung einer veritablen Zweitmiete) erfunden wurden, und daß – wiewohl hierüber nur Vermutungen möglich sind – das Gesetz schlichtweg übertreten wurde. Verweigerung, Umgehung und Vollzugsdefizit sind typische Reaktionen auf strikt gefaßte Auflagen, die Gewinnchancen beschneiden<sup>11</sup>.

Der Ausweg aus dem Dilemma, daß bei freisetzendem Recht an den Bedürfnissen der Minderbemittelten vorbeigebaut und bei imperativem Recht zu wenig gebaut wird, wurde im dritten Typ, dem tauschförmigen Recht gesucht. Der Wohnungsbau für Minderbemittelte wird subventioniert. Dafür, daß sich der Bauherr an Beschränkungen seiner Freiheit der Mieterauswahl, an bestimmte Preisvorschriften und an Mindestnormen für Wohnungsgröße und Ausstattung binden läßt, erhält er öffentliche Mittel, die ihm durchschnittliche Erträge sichern sollen. Die Mittel werden als

6 In der Zeit vor der liberalen Phase des 19. Jahrhunderts, während der merkantilistischen Epoche, hatte es dagegen bereits Wohnungsbausubventionierung in erheblichem Umfang gegeben. Preußen hat z. B. zwischen 1770 und 1785 hierfür durchschnittlich 5% der Haushaltsabgaben verwendet (H. Jaschinski, Abbau oder Umbau der Subventionierung im Wohnungsbau, in: Studien zu Wohnungswirtschaft und Städtebau, hrsg. v. Seraphim, Köln-Braunsfeld 1963, S. 29–49, 32). Heute sind es, incl. der indirekten Subventionen, wohl etwa 6%.

7 Vgl. U. Blumenroth, Wohnungspolitik seit der Reichsgründung, Münster 1975, S. 86–91.

8 Reichsmietengesetz v. 24. 3. 1922, RGBl. 1922 I S. 273; Mieterschutzgesetz v. 1. 6. 1923, RGBl. I S. 353–9 Wohnraumbewirtschaftungsgesetz v. 31. 3. 1953, BGBl. I S. 97; Bundesmietengesetz v. 27. 7. 1955, BGBl. I S. 458, 9mal novelliert.

10 Gesetz über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum v. 25. 11. 1971, BGBl. I S. 1839.

11 Das gilt für unternehmerische Vermietung mehr als für Vermietung durch private Vermieter; diese achten zeitweise weniger auf Eigenkapitalverzinsung zum Kapitalmarktzins. Vgl. R. Ulbrich, Verteilungswirkungen des Förderungssystems für den Wohnungsbau: Subventionsumfang und Subventionswirkung im sozialen Wohnungsbau, unveröff. MS März 1977.

zinsgünstige Darlehen zur Kapitalaufstockung oder zur Zins- und Tilgungserleichterung und als verlorene Zuschüsse gegeben.

Dieser tauschförmige Typ tritt in zwei Arten auf. In der ersten wird gegen die Subvention eine Bindung an einen festen Mietpreis eingehandelt. Die Höhe der Subvention wird darauf abgestimmt, daß bei Einhaltung der Preisgrenze noch Erträge anfallen<sup>12</sup>. In der zweiten, hier im Mittelpunkt stehenden Form wird gegen die Subvention eine Bindung an die flexiblere Kostenmiete eingehandelt<sup>13</sup>. Die Berechnung der Kostenmiete ist detailliert geregelt und garantiert einen Ertrag<sup>14</sup>.

Die Frage ist nun, ob dieser Tausch »Preis- und Qualitätsbindung gegen öffentliche Mittel« funktioniert, ob er das Ziel, die Wohnungsversorgung Minderbemittelter zu verbessern, verwirklicht. Eine exakte Antwort ist ohne umfangreiche Vergleichsrechnungen leider nicht möglich. Man ist auf Vermutungen angewiesen.

Immerhin sind in der Zeit von 1949 bis 1976 im sozialen Wohnungsbau 5,3 Mio. Wohnungen erstellt worden, davon, mit abnehmender Tendenz, zwischen 55% und 40% Mietwohnungen. Doch gilt das Schwabesche Gesetz auch in diesem Sektor. Die Mieten haben sich im Laufe der Zeit immer mehr denen im freifinanzierten Sektor angenähert, so daß vielfach eine Nachsubventionierung mit Wohngeld stattfinden muß. Ein großer Teil der billigeren Wohnungen, man schätzt zwischen 20% und 60%, ist von Mietern belegt, deren Einkommen nicht mehr unterhalb der Einkommensgrenze liegt; dies, obgleich die Einkommensgrenze mehrfach angehoben worden ist und heute etwa 60% der Haushalte umfaßt. Man kann deshalb vermuten, daß die distributive Genauigkeit und die quantitative Effizienz des Tauschgeschäfts nur mäßig gewesen ist.

Dies läßt sich erklären und zugleich noch plausibler machen, wenn man das Bild Rechtsform – Problemlösung um zwei Variablen erweitert, und zwar die Eigengesetzlichkeiten zum einen der privaten Wohnungsproduktion und -verwertung, zum anderen der staatlichen Steuerung. Diese sind gleichsam der Stoff, den die jeweilige Rechtsform gestaltet. Die Kombination beider erst stellt die Hauptdeterminante der Lösung oder auch Nichtlösung des sozialen Problems dar.

Unter »Eigengesetzlichkeit« einerseits des Marktes, andererseits der Steuerung (synonym gebrauche ich auch »Marktkräfte« und »Steuerungskräfte« oder »Markt- und Steuerungselemente«) sind zu verstehen: Kräfte (wie z. B. der Konkurrenzdruck oder der Legitimationszwang) und Entwicklungstendenzen (wie z. B. die zur Konzentration oder die zu zunehmender Komplexität), die für den Markt bzw. die Steuerung typisch sind. »Typisch« heißt dabei idealtypisch im Weberschen Sinn der Abstraktion aus einer Realität, die selbst »unrein«, mischförmig ist, aber doch deutlich zu dem Idealtyp paßt.

Ich frage also, wie der tauschförmige Rechtstyp die Eigengesetzlichkeiten von Markt und Steuerung beeinflusst. Die Frage wird als rechtstheoretische kaum je gestellt<sup>15</sup>, eher schon, wenn auch ohne Abheben auf den Tauschaspekt, als staats-theoretische<sup>16</sup> und als wirtschaftstheoretische<sup>17</sup>. Als wohnungswirtschaftliche findet sie – freilich in weniger systematischer Formulierung – meist eine zwiespältige Antwort. Die Liberalen kritisieren die mit der Subvention eingehandelte Bindung

12 Das ist die Konzeption der »Hauszinssteuerära« nach der Inflation bis 1932 und des 1. Wohnungsbaugesetzes v. 24. 4. 1950, BGBl. I S. 83.

13 Das ist die Konzeption des 2. Wohnungsbaugesetzes v. 27. 6. 1956, BGBl. I S. 523. S. auch Wohnungsbindungsgesetz v. 24. 8. 1965, BGBl. I S. 945, § 8.

14 2. Berechnungsverordnung v. 17. 10. 1957, BGBl. I S. 1719.

15 Ein Hinweis findet sich bei S. Strömholm, Allgemeine Rechtslehre, Göttingen 1976, S. 151.

16 S. C. Offe, Berufsbildungsreform. Eine Fallstudie über Reformpolitik, Frankfurt 1975, S. 201–210.

17 S. Hansmeyer, Ewringmann, Zur Beurteilung von Subventionen, 1975, S. 81 f.

als Eingriff in die positiven Marktgesetze<sup>18</sup>, die Anhänger staatlicher Steuerung halten die Kombination Subvention/Bindung dagegen für eine optimale Mischung, die die positiven Marktkräfte mit den positiven Steuerungskräften vereint<sup>19</sup>. Ich sehe eher Anlaß, von einer Kumulation negativer Effekte zu sprechen. Meine Hypothese ist, daß der tauschförmige Rechtstyp die positiven Elemente von Markt und Steuerung abbaut und die negativen Elemente konserviert. »Positiv« und »negativ« soll dabei zunächst einmal nur definiert sein als Eignung oder Nichtneigung für die Erreichung des öffentlichen Zweckes, hier also der angemessenen Wohnungsversorgung für Minderbemittelte.

	... des Marktes	... der Steuerung
<i>Konservierung negativer Eigengesetzlichkeit</i>	Gewinnmaximierung Produktaneignung durch Unternehmer Verteilungseffekt Konjunkturzyklen Marktverzerrungen	Komplexitätssog Bürokratischer Schematismus Legitimationszwang
<i>Abbau positiver Eigengesetzlichkeit</i>	Kosteneinsparung → Kostenabwälzung Preiskonkurrenz → Preiskartell	Distanz → »capture« Distanz → »In-Sich-Konkurrenz« Strukturpolitik → »Kopflosgigkeit«

1.a) Eine *Konservierung negativer Eigengesetzlichkeiten des Marktes* liegt zunächst darin, daß der Staat sich auf das Streben nach *Gewinnmaximierung* einläßt. Das investierte Eigenkapital darf in der Kostenmiete verzinst werden. Der zugelassene Zinssatz ist zwar nur 4%<sup>20</sup>. Tatsächlich ist er aber um die jeweilige Inflationsrate höher, weil das Eigenkapital in Sachwerte fließt. Hinzu kommt ein doppelter leverage-Effekt<sup>21</sup>: Schon kraft Gesetzes wird im Verhältnis zu anderen Branchen enorm wenig Eigenkapital verlangt, nämlich 10–15%<sup>22</sup>. Tatsächlich nutzen die Wohnungsunternehmen zusätzlich die von §§ 15, 16 2. BVO gebotene Möglichkeit, bestimmte Fremdmittel als Eigenkapital anerkennen zu lassen, so daß sie häufig nur 5–10% Eigenmittel investieren.

Konserviert wird auch der mit dem Markt verbundene Symbolwert des Eigentums und die Legitimität der *Aneignung des Produktes durch den Unternehmer*. Der Bauherr gilt als der »Unternehmer« des Projektes, nicht der mehr als dieser zahlende Staat und nicht die am meisten zahlenden Mieter. Was an Mitteln investiert wird, wird letztlich dem Bauherrn zugerechnet. Deshalb wird er nicht etwa als Verwalter von Eigentum der Bewohner oder des Staates eingesetzt, sondern als Eigentümer. Das Eigentum ist zwar zunächst hoch belastet, also nur ein juristischer Titel, erwächst aber mit zunehmender Entschuldung auch zu einem wirtschaftlichen Wert.

Konserviert wird weiterhin viel von dem *spezifischen Verteilungseffekt* des Marktes zuungunsten Minderbemittelter. Zwar dürfen die Vermieter nur Mieter aufnehmen,

18 Z. B. H. K. Schneider, R. Kornemann, Soziale Wohnungsmarktwirtschaft, Bonn 1977, S. 1 f.

19 Z. B. ARGE Bau, Soziale Absicherung der Wohnungsmarktwirtschaft durch Individualsubventionen<sup>2</sup>, in: Der langfristige Kredit 1974, S. 39–45.

20 § 20 2. BVO.

21 Leverage-Effekt: Sind von 100 Gesamtinvestition 50 Eigenkapital und wird auf die 100 10% Reingewinn gemacht, so verzinsen sich die 50 zu 20%. Wird nur 10 Eigenkapital investiert, so verzinsen sich diese mit 100%. Die Differenz von 20 und 100% ist die »leverage«.

22 § 34 2. WoBauG i. V. m. den Landesförderungsbestimmungen.

deren Einkommen unterhalb bestimmter Grenzen liegt. Vermieter wählen jedoch mit Vorliebe die grenznahen Schichten aus, nicht die besonders Bedürftigen. Denn die grenznahen Schichten sind diejenigen, die die Mietzahlung am sichersten garantieren. Die Grenzen selbst werden dagegen dort festgesetzt, wo »gerade eben noch«, nicht, wo schwerpunktmäßig gefördert werden soll. Der Effekt entspricht dem, was plastisch als »Creaming the Poor« bezeichnet worden ist<sup>23</sup>.

Schließlich werden als negative Eigengesetzlichkeiten zumindest der dem Wohnungsmarkt vorgelagerten Märkte die *Marktverzerrungen* und *Konjunkturzyklen* konserviert. Preiszuschläge durch Baukartelle<sup>24</sup> und Steigerungen des Kapitalmarktzinses in Boomphasen können in der Kostenmiete an die Mieter durchgereicht werden<sup>25</sup>. Ein Zwang etwa zur Kündigung hochverzinslicher Darlehen in Niedrigzinszeiten besteht nicht.

b) Korrelat der Konservierung negativer Marktkräfte ist der *Abbau positiver Eigengesetzlichkeiten von staatlicher Steuerung*, positiv in dem Sinn, daß sie geeignet sein könnten, den Markt auf die o. g. Problemlösung hin zu treiben. Wirksame Steuerung setzt ein gewisses Maß von Unabhängigkeit des Staates von dem zu Steuernden voraus. Indem der Staat aber den Bauherrn als Tauschpartner akzeptiert und ihn nicht als Privaten mit eigenem Risiko im staatlich gesetzten Datenkranz sieht, sondern sich um die Kostenstruktur und Belastbarkeit des Bauherrn kümmert, gerät er in Gefahr, in die private Perspektive hineingezogen zu werden. Seine *Distanz*, die er zum Ausgleich konfligierender Interessen benötigt, geht um so mehr verloren, je detaillierter er die Kostenstruktur nachvollzieht. Denn er kann sie nur simulieren und aus Gründen der beschränkten Informationsrechte und Verarbeitungskapazität nicht tatsächlich durchschauen. Umgekehrt gesehen, gewinnt so der Bauherr, insbesondere die unternehmerische Wohnungswirtschaft, an Einfluß auf die Ausformung der Mietpreiskontrolle. Beleg dafür sind die wiederholten Anpassungen der Pauschale für Instandhaltungskosten in der 2. BVO. Der Effekt kommt dem nahe, was für das Verhältnis der amerikanischen regulierten Industrien zu den ihnen zugeordneten Behörden als »capture« bezeichnet worden ist<sup>26</sup>.

Die Distanz, durch die die imperative (aber auch die freisetzende) Rechtsform gekennzeichnet ist, wird auch dadurch abgebaut, daß der Staat *sich selbst Konkurrenz zu machen* beginnt, je mehr er den tauschförmigen Typ auch in anderen Wirtschaftszweigen verwendet. Subventioniert der Staat z. B. auch Schiffbau, Flugzeugbau, Kraftwerksbau, Berlininvestitionen usw., um auf diesen Märkten die Verwirklichung bestimmter Ziele »einzukaufen«, so muß er sich im Wohnungssektor unter Umständen selbst überbieten, um das freie Kapital und den Kredit in diesen Sektor »zurückzuholen«. Der Sachverhalt ist bekannt aus der Konkurrenz der lokalen Wirtschaftsförderung. Im Wohnungsbau ist er vielleicht nicht deutlich spürbar, in der Tauschform als genereller Handlungsform aber doch als Möglichkeit angelegt.

23 S. M. Miller, P. Roby, A. A. de Vos van Steenwijk, *Creaming the Poor*, 8 *Transaction*, 39-45 (1970).

24 V. Hoffmann, V. Strauch, *Kartelle in der Bauindustrie*, in: *Technologie und Politik*, hrsg. v. F. Duve, Bd. 5, Reinbek 1975, S. 57-142.

Der Gegensteuerungsversuch des § 7 Abs. 1 2. BVO klingt recht hilflos.

25 § 12 Abs. 4, § 23 Abs. 4 2. BVO.

26 So L. M. Friedmann, St. Macaulay (Hrsg.), *Law and the Behavioral Sciences*, New York 1969, S. 455. Beispiele geben M. Bernstein, *Regulating Business by Independent Commissions*, Princeton 1955 und G. Kolko, *From Railroads and Regulation*, Princeton 1965.

Leider fehlt es an politologischen Studien zum Verhältnis Wohnungswirtschaft - Staat. Man kann sicher nicht so weit gehen, von einer völligen Assimilation des Staates zu sprechen. So ist bei der jüngsten Anhebung der Instandhaltungspauschale auch nicht der von der Wohnungswirtschaft geforderte Satz von DM 10,- bewilligt worden, sondern nur DM 7,40 (die freilich nach eingehenden, im Auftrag der Bundesregierung durchgeführten Berechnungen die Kosten vollauf decken).

deren Einkommen unterhalb bestimmter Grenzen liegt. Vermieter wählen jedoch mit Vorliebe die grenznahen Schichten aus, nicht die besonders Bedürftigen. Denn die grenznahen Schichten sind diejenigen, die die Mietzahlung am sichersten garantieren. Die Grenzen selbst werden dagegen dort festgesetzt, wo »gerade eben noch«, nicht, wo schwerpunktmäßig gefördert werden soll. Der Effekt entspricht dem, was plastisch als »Creaming the Poor« bezeichnet worden ist<sup>23</sup>.

Schließlich werden als negative Eigengesetzlichkeiten zumindest der dem Wohnungsmarkt vorgelagerten Märkte die *Marktverzerrungen* und *Konjunkturzyklen* konserviert. Preiszuschläge durch Baukartelle<sup>24</sup> und Steigerungen des Kapitalmarktzinses in Boomphasen können in der Kostenmiete an die Mieter durchgereicht werden<sup>25</sup>. Ein Zwang etwa zur Kündigung hochverzinslicher Darlehen in Niedrigzinszeiten besteht nicht.

b) Korrelat der Konservierung negativer Marktkräfte ist der *Abbau positiver Eigengesetzlichkeiten von staatlicher Steuerung*, positiv in dem Sinn, daß sie geeignet sein könnten, den Markt auf die o. g. Problemlösung hin zu treiben. Wirksame Steuerung setzt ein gewisses Maß von Unabhängigkeit des Staates von dem zu Steuernden voraus. Indem der Staat aber den Bauherrn als Tauschpartner akzeptiert und ihn nicht als Privaten mit eigenem Risiko im staatlich gesetzten Datenkranz sieht, sondern sich um die Kostenstruktur und Belastbarkeit des Bauherrn kümmert, gerät er in Gefahr, in die private Perspektive hineingezogen zu werden. Seine *Distanz*, die er zum Ausgleich konfligierender Interessen benötigt, geht um so mehr verloren, je detaillierter er die Kostenstruktur nachvollzieht. Denn er kann sie nur simulieren und aus Gründen der beschränkten Informationsrechte und Verarbeitungskapazität nicht tatsächlich durchschauen. Umgekehrt gesehen, gewinnt so der Bauherr, insbesondere die unternehmerische Wohnungswirtschaft, an Einfluß auf die Ausformung der Mietpreiskontrolle. Beleg dafür sind die wiederholten Anpassungen der Pauschale für Instandhaltungskosten in der 2. BVO. Der Effekt kommt dem nahe, was für das Verhältnis der amerikanischen regulierten Industrien zu den ihnen zugeordneten Behörden als »capture« bezeichnet worden ist<sup>26</sup>.

Die Distanz, durch die die imperative (aber auch die freisetzende) Rechtsform gekennzeichnet ist, wird auch dadurch abgebaut, daß der Staat *sich selbst Konkurrenz zu machen* beginnt, je mehr er den tauschförmigen Typ auch in anderen Wirtschaftszweigen verwendet. Subventioniert der Staat z. B. auch Schiffbau, Flugzeugbau, Kraftwerksbau, Berlininvestitionen usw., um auf diesen Märkten die Verwirklichung bestimmter Ziele »einzukaufen«, so muß er sich im Wohnungssektor unter Umständen selbst überbieten, um das freie Kapital und den Kredit in diesen Sektor »zurückzuholen«. Der Sachverhalt ist bekannt aus der Konkurrenz der lokalen Wirtschaftsförderung. Im Wohnungsbau ist er vielleicht nicht deutlich spürbar, in der Tauschform als genereller Handlungsform aber doch als Möglichkeit angelegt.

23 S. M. Miller, P. Roby, A. A. de Vos van Steenwijk, *Creaming the Poor*, 8 *Transaction*, 39-45 (1970).

24 V. Hoffmann, V. Strauch, *Kartelle in der Bauindustrie*, in: *Technologie und Politik*, hrsg. v. F. Duve, Bd. 5, Reinbek 1975, S. 57-142.

Der Gegensteuerungsversuch des § 7 Abs. 1 2. BVO klingt recht hilflos.

25 § 12 Abs. 4, § 23 Abs. 4 2. BVO.

26 So L. M. Friedmann, St. Macaulay (Hrsg.), *Law and the Behavioral Sciences*, New York 1969, S. 455. Beispiele geben M. Bernstein, *Regulating Business by Independent Commissions*, Princeton 1955 und G. Kolko, *From Railroads and Regulation*, Princeton 1965.

Leider fehlt es an politologischen Studien zum Verhältnis Wohnungswirtschaft - Staat. Man kann sicher nicht so weit gehen, von einer völligen Assimilation des Staates zu sprechen. So ist bei der jüngsten Anhebung der Instandhaltungspauschale auch nicht der von der Wohnungswirtschaft geforderte Satz von DM 10,- bewilligt worden, sondern nur DM 7,40 (die freilich nach eingehenden, im Auftrag der Bundesregierung durchgeführten Berechnungen die Kosten vollauf decken).

Subventionen verführen schließlich dazu, Strukturpolitik zu vermeiden. Strukturelle Mängel werden zugekleistert, die *Macht des steuernden Staates, in Strukturen einzugreifen*, bleibt ungenutzt. Strukturelle Mängel bestehen bei der Wohnungsversorgung insofern, als die dem Wohnungsmarkt vorgelagerten Märkte unbeeinflusst bleiben. Bei diesen handelt es sich um den Boden-, Bau- und Kapitalmarkt. Auf ihnen entstehen wohnungsspezifisch hohe Kosten, die, würden sie vermieden, einen guten Teil der Subventionen überflüssig machen und rechtlichen Geboten des imperativen Typs zur Wirksamkeit verhelfen könnten. Zu diesen die Wohnung besonders treffenden Kosten gehört die Bodenrente, der besonders große Anteil an Fremdkapital beim Wohnungsbau, und der geringe Rationalisierungsgrad der Bauwirtschaft<sup>27</sup>, – Umstände, die auch in einer kapitalistischen Wirtschaftsordnung gegenüber staatlicher Beeinflussung nicht immun sind. Spitzen sich diese Umstände katastrophal zu, wie etwa bei den Wohnungen, die während der Zeit exorbitanter Zins- und Baupreissteigerungen gebaut worden sind, so bleibt nur der kopflose Ausstieg aus dem Tauschgeschäft: der heute oft propagierte Verkauf von Sozialwohnungen. Kopflös ist dies, weil die öffentliche Zweckbindung verlorengegeben wird, und die zum Verkauf zugelassenen Wohnungen keineswegs auf die teuren Jahrgänge beschränkt werden – wer würde sie auch schon kaufen wollen.

2. Auf der anderen Seite werden *negative Eigengesetzlichkeiten der Steuerung konserviert* und *positive Eigengesetzlichkeiten des Marktes*, die an sich die negativen Steuerungselemente vermeidbar machen können, *abgebaut*.

a) Staatliche Steuerung von Wirtschaftsprozessen hat unter hier nicht zu spezifizierenden Bedingungen den Hang, immer mehr Information zu benötigen und immer differenzierter zu werden. Dieser *Hang zu immer größerer Komplexität* wird durch das tauschförmige Recht nicht verringert. Das zeigt sich etwa in der Kompliziertheit und den raschen Veränderungen der Förderungssysteme und Mietberechnungsvorschriften im sozialen Wohnungsbau<sup>28</sup>. Das ganze System ist für Parlamentarier nicht mehr durchschaubar, desgleichen und verstärkt nicht für Mieter, und auch in der Rechts- und Wirtschaftswissenschaft beschränken sich die Kenner auf einige wenige, die zudem meist mit den politischen »Machern« identisch sind. Strukturmängel der Steuerungsformen, die mit einem solchen Komplizierungsprozeß unweigerlich verbunden sind, werden so immer schwerer durchschaubar. Hierunter leidet die öffentliche Kontrolle und der private Rechtsschutz.

Trotz des Hanges zu zunehmender Komplexität gehört zur Steuerung auch die Regelhaftigkeit, der *bürokratische Schematismus*. Entgegen der Erwartung höherer Flexibilität, die meist mit der Tauschform verbunden wird, konserviert diese zumindest im Wohnungssektor den Schematismus. Die Tauschrelationen sind genau fixiert. Zudem wird das Geschäft auf die beiden Kontrahenten Bauherr und Staat beschränkt. Dritte, nämlich zukünftige Mieter, einzubeziehen, widerspricht dem Tauschprinzip: die Mieter könnten nichts einzahlen und würden nur fordern. So kommt es zu teils bürokratischen, teils privatwirtschaftlich-rationalitätsbewußten Vorstellungen von dem, was Mieter wohl wünschen könnten, d. h. den Standardmaßen je abgetrennter Kleinwohnungen, die man auszählen, auf Haushalte und Personenzahlen radizieren, finanziell genau kalkulieren und in Statistiken fort-

<sup>27</sup> Hierzu s. detaillierter G. Winter, Housing in West Germany: Legal Instruments and Economic Structure, in: G. Jowell, M. Partington (ed.), Social Policy and Welfare Law, London (i. E.).

<sup>28</sup> Wieweit man ins Einzelne geht, zeigt z. B. eine jüngst im Bundesministerium für Raumordnung, Bauwesen und Wohnungsbau angestellte Überlegung, ob man anordnen solle, daß die Eichung der Warmwassermeßgeräte nicht in einer Aktion, sondern umschichtig zu erfolgen hat, so daß für die Zeit, in der die Eichung stattfindet, nicht überall neue Austauschgeräte eingebaut werden müssen, sondern die je geeichten Geräte für die neu herauszunehmenden eingebaut werden können.

schreiben kann. Gestaltungsräume, Anpaßbarkeit an Familienzyklen, Zusammenlegung von Funktionen durch mehrere Haushalte, Wohngemeinschaften usw. bleiben auf der Strecke.

Mit der staatlichen Steuerung ist, weil sie immer Herrschaft darstellt, ein *Legitimationszwang* verbunden<sup>29</sup>. Wenn der Staat nun über das Tauschgeschäft »Subvention gegen Bindung« einerseits die sonst private Aufgabe der Wohnungsversorgung zur öffentlichen macht, andererseits aber diese nun öffentliche Aufgabe privat verwirklichen zu lassen sucht, wird er von den Mietern als mitverantwortlich für die Wohnungsversorgung angesehen. Verteuerung des Mietzinses erscheint nun auch als Unterbleiben von Subventionierung und Preiskontrolle. Der Staat muß deshalb seine Politik legitimieren. Hierfür reicht aber nur der *Erfolg* der Politik aus, nicht die bloße Legalität des Handelns; denn der Staat hat sich nicht auf bloße gesetzliche Rahmensetzung beschränkt, sondern hat Ziele (Wohnungsbauprogramme) verkündet und ist ins Detail der Umsetzung gegangen. Damit ist die Wohnungswirtschaft zugleich ein Stück Weges der Notwendigkeit enthoben, ihre eigene Nicht- oder Fehlleistung zu legitimieren, die – wie geschildert – unter Bedingungen freisetzen den Rechts entsteht und mit der Ideologie der Eigentums- und Vertragsfreiheit möglicherweise nicht mehr zu legitimieren wäre<sup>30</sup>.

b) Eine positive Marktgesetzlichkeit, die abgebaut wird, ist die *Motivation zur Kosteneinsparung*. Wer Kosten spart, macht bei gegebenem Preis Sondergewinne. Möglich ist dies in der Wohnungswirtschaft z. B. dadurch, daß preisbewußt Bauland gekauft wird, zinsbewußt Kredit aufgenommen wird, oder Baukartelle durchbrochen werden. Das Interesse hieran wird durch die Möglichkeit reduziert, über die Kostenmiete alle, aber auch nur die anfallenden Kosten über die Mieter abzuwälzen. So kommt es, daß die Baupreise im sozialen Wohnungsbau trotz des Appells durch § 7 Abs. 1 2. BVO<sup>31</sup> seit je höher liegen als die im freifinanzierten Wohnungsbau.

Abgebaut wird weiterhin ein Stück Konkurrenzzwang, und zwar vor allem die *Preiskonkurrenz*. Die Kostenmiete wirkt wie ein gesetzlich vorgeschriebenes Kartell: Jeder Vermieter kann sich auf die Kostenmiete als gesetzlich sanktionierter Preis berufen und suggeriert durch extensives Zitieren der gesetzlichen Grundlagen auf den Mieterhöhungsbescheiden wohl auch, daß es sich um einen vorgeschriebenen Preis, nicht um einen Höchstpreis handelt. Der Höchstpreis wird, von Verzichteten auf gewisse Rechnungsposten in kritischen Jahren abgesehen, zum Regelpreis.

## II. Abwasserabgabe

Mein zweites Beispiel eines tauschförmigen Rechtstyps ist die Abwasserabgabe. Das soziale Problem, auf das sie gerichtet ist, ist vor allem die Verschmutzung öffentlicher Gewässer durch Abwasser. Obwohl systematische Messungen erst in jüngerer Zeit durchgeführt werden, ist die Feststellung wohl berechtigt, daß sich der Zustand der öffentlichen Gewässer seit der Industrialisierung stetig und immer nur verschlechtert hat. Auch das Gutachten des Sachverständigenrats für Umweltfragen

<sup>29</sup> Daß dieser hier als »negatives« Steuerungselement bezeichnet wird, ist wie oben gesagt, nicht wertend, sondern aus dem instrumentellen Bezug zur Problemlösung zu verstehen. Im Hinblick auf diese wirkt der Legitimationszwang in der Tat steuerungsschwerend.

<sup>30</sup> Ausführlicher zu diesem Legitimationsproblem des Sozialstaats C. Offe, a. a. O. (Anm. 16) S. 310–316.

<sup>31</sup> »Baukosten dürfen nur angesetzt werden, soweit sie . . . und soweit sie bei gewissenhafter Abwägung aller Umstände, bei wirtschaftlicher Bauausführung und bei ordentlicher Geschäftsführung gerechtfertigt sind«. In den Förderungsbestimmungen der Länder wird zudem die Anwendung der VOB vorgeschrieben.

von 1978, das über eine Phase vorher nie gekannter Aufmerksamkeit der Gesetzgebung und Verwaltung für Umweltschutz berichtet, kommt zu dem Ergebnis:

»Im aquatischen Bereich ist nach wie vor ein relativ großer Anteil der Ökosysteme überbelastet, d. h. die Selbstreinigungskraft der Gewässer ist überfordert, der Stoffkreislauf gestört und der Energiefluß gegenüber dem Naturzustand verändert. Da auch der Artenbestand starkem Wandel unterworfen ist, besteht im Sinne der verwendeten Kriterien kein Zweifel an einem Überschreiten der Belastbarkeit«<sup>32</sup>.

Es gibt einzelne Ausnahmen, vor allem den Bodensee. Dort muß man aber berücksichtigen, daß die Reinhaltung mehr als anderswo statt von den Verschmutzern aus öffentlichen Haushalten bezahlt wird. Dies allgemein zu praktizieren, würde die öffentlichen Haushalte überlasten.

Unter den Rechtsformen, die auf diese Entwicklung eingewirkt haben, spielt das Privatrecht nur eine geringfügige Rolle. Als die Verschmutzung spürbar wurde, war die vorwiegend privatrechtliche Phase der Benutzung der Gewässer<sup>33</sup> bereits durch zwecksetzendes öffentliches Recht, nämlich die Wassergesetze der deutschen Staaten (ab Mitte des 19. Jahrhunderts) abgelöst. Die Benutzung wurde genehmigungspflichtig. Allerdings war der Zweck der Gesetzgebung zunächst nicht der, die Reinhaltung des Wassers zu schützen, sondern dieses gerade erst der Industrie zur freien, bisher durch private und feudale Rechte behinderten Benutzung zu öffnen, also, übertrieben gesagt, die Verschmutzung zu schützen. Dann hat aber, ohne daß sich die Rechtsformen stark geändert haben, ein Zweckwandel zugunsten von Reinhaltung stattgefunden<sup>33a</sup>.

Das öffentlichrechtliche Instrumentarium, das in der Folgezeit (Wasserhaushaltsgesetz, Wassergesetze der Bundesländer) noch ausgebaut wurde (Rücknahme, Auflagen, Reinhalteordnungen usw.), ist offensichtlich nicht effektiv gewesen. Teils nutzten die Behörden die Spielräume der Genehmigungstatbestände und Auflagenerteilung nicht aus, teils wurde schlicht ungenehmigt oder unter Überschreitung der genehmigten Margen eingeleitet, trat also ein Vollzugsdefizit ein<sup>34</sup>.

Ähnlich wie im Wohnungsbereich in den besonders zugespitzten Situationen nach den Weltkriegen hat man im Umweltbereich in der zugespitzten Situation der letzten Jahre eine Interventionsform gewählt, die sich von den bisher gewohnten freisetzenden oder imperativen Formen grundsätzlich unterscheidet. War es dort, dem Charakter der Wohnung als »merit good« entsprechend, die Subvention im Tausch gegen eine Verhaltensbindung, so ist es hier, dem Charakter der Umweltverschmutzung als »social cost« entsprechend, die Abgabe<sup>35</sup> im Tausch gegen die Verhaltensfreigabe<sup>36</sup>. Das Konzept ist eingegangen in das »Gesetz über Abgaben für das Einleiten von Abwasser in Gewässer« vom 13. 9. 1976 (BGBl. I S. 2721). Wer Abwasser in öffentliche Gewässer einleitet, muß dafür zahlen. Die Höhe des Betrages ist abhängig von der Schädlichkeit des Abwassers. Die Schädlichkeit ist durch die Parameter absetzbare Stoffe, sauerstoffzehrende Stoffe und Giftigkeit definiert und wird nach Schadeinheiten gemessen (z. B.: 100 kg Jahresmenge

32 Umweltgutachten 1978, Kurzfassung zur Vorinformation, Febr. 1978, S. 5.

33 Ein privatrechtliches Instrument, das auch heute noch erhebliche Bedeutung besitzt, ist die Gefährdungshaftung nach § 22 WHG.

33a S. H. Seiler, Die Gewässerbenutzungen und ihre Rechtsgrundlagen im Verlauf der Geschichte des Wasserrechts, Diss. Bonn 1976, S. 150, 156, 187, 219, 230, 249, 374.

34 Vgl. die Fallschilderung bei G. Winter, Das Vollzugsdefizit im Wasserrecht. Ein Beitrag zur Soziologie des öffentlichen Rechts, Berlin 1975.

35 Der Terminus »Abgabe« wird hier wirtschaftlich verstanden. Juristisch handelt es sich um sog. Sonderabgaben. Vgl. W. Richter, Zur Verfassungsmäßigkeit von Sonderabgaben, Baden-Baden 1977, S. 55 f., 76.

36 Über ähnliche Konzepte in der DDR berichtet K. Sieveking, Neue Rechtsformen im Wirtschaftsrecht der DDR, in: Jahrbuch für Ostrecht 1977, S. 34-40.

oxydierbare Stoffe gleich 2,2 Schadeinheiten). Eine Schadeinheit entspricht ungefähr einem Schädlichkeitsquantum, das ein Einwohner jährlich ins Abwasser abgibt. Die Abgabe, die für eine eingeleitete Schadeinheit zu zahlen ist, beträgt ab 1. 1. 1981 DM 12,-. Sie wird bis 1986 auf DM 40,- steigen. Dieser Betrag fällt aber nur an, soweit der Einleiter mehr einleitet, als ihm nach der wasserrechtlichen Benutzungserlaubnis gem. § 7 WHG erlaubt ist.

Hält er sich an die erlaubte Grenze, verringert sich die Abgabe für die Restverschmutzung auf 50% (§ 9 Abs. 5 AbwAG). Die Anzahl emittierter Schadeinheiten wird den in der wasserrechtlichen Genehmigung festgesetzten Werten entnommen und nicht in der Realität gemessen. Es wird lediglich stichprobenartig nachgeprüft, ob die faktische Einleitung mit der zugelassenen übereinstimmt. Ergeben 2 Stichproben höhere Schadeinheiten, so erhöht sich der zu zahlende Betrag (§ 4 Abs. 4 AbwAG).

Die Frage ist nun wiederum, ob dieser Tausch von privatem Geld gegen Verschmutzungsfreiheit geeignet ist, das Ausmaß der Gewässerverschmutzung zu verringern. Ich bin dabei auf Spekulationen angewiesen, da das Konzept in Westdeutschland keinen Vorläufer hat und mir empirische Untersuchungen über Auslandserfahrungen etwa in den Niederlanden oder in Frankreich nicht bekannt sind.

Die Urheber des Konzepts<sup>37</sup> versprachen sich von diesem eine Verminderung der Verschmutzung entweder durch Maßnahmen der Verschmutzer selbst (Vermeidung und Reinigungsanstrengungen) oder durch Subventionierung der Reinigung aus dem Abgabenaufkommen. Welcher Weg beschritten würde, sollte davon abhängen, ob für den jeweiligen Verschmutzer die Kosten für die Beseitigung weiterer Schadeinheiten höher oder niedriger sind als die Abgabe, die auf die weiteren Schadeinheiten entfiel. Bei dem ursprünglich vorgesehenen Betrag von DM 40,- pro Schadeinheit rechnete man mit einer Reinigungsleistung von  $\frac{3}{4}$  des auf das Bundesgebiet bezogenen Gesamtreinigungsgrades<sup>38</sup>. Diese Selbstreinigung wurde der Reinigung mit Hilfe des Abgabenaufkommens vorgezogen, weil die Vermeidungskosten der Verschmutzer pro Schadeinheit meist geringer sind als die Kosten der nachträglichen Reinigung. Die Absicht des Tauschgeschäfts war also nicht – wie die Bezeichnung als Tausch freilich suggeriert –, daß möglichst viel »umgesetzt« wird, sondern im Gegenteil, daß möglichst wenige auf ihn eingehen. Es sollte kein blühendes Geschäft werden, vielmehr sollte der Preis prohibitiv wirken. Ob in der Realität aber nicht doch das blühende Geschäft zu erwarten ist, ist noch ungewiß. Die Wahrscheinlichkeit hat zugenommen, nachdem der Preis einer Schadeinheit in der Endfassung des Gesetzes erheblich herabgesetzt worden ist, nämlich auf DM 6,- bis 20,- (von 1981 bis 1986 wachsend) für die Schadeinheiten, die unter den allgemein einzuhaltenden Maximalwerten liegen. Ist diese Vermutung richtig, so reicht auch das Abgabenaufkommen bei weitem nicht aus, um die nachträgliche Reinigung zu bezahlen. Denn jene DM 20,- deckten schon 1974 nur die Bau- und Betriebskosten einer vollbiologischen (nicht auch chemischen) Reinigung einer halben Schadeinheit<sup>39</sup>; wieviel weniger weit werden sie dann aber erst 1986 reichen.

Ganz im Gegensatz zu dieser Prognose ist nach Meinung des Bundesinnenministers »die erforderliche Feststellung erlaubt, daß das Abwasserabgabengesetz bereits heute (sc. 1977) – vier Jahre vor Inkrafttreten der Abgabepflicht – einen beachtli-

37 Vgl. Entwurf eines Gesetzes über Abgaben für das Einleiten von Abwasser in Gewässer v. 18. 6. 1974, BT-Drucksache 7/2272. S. auch E. Rehbinder, Politische und rechtliche Probleme des Verursacherprinzips, Berlin 1973, 137-153.

38 A. a. O., S. 23, r. Sp.

39 A. a. O., S. 23, l. Sp.

chen Einfluß auf das Investitionsverhalten insbesondere der Unternehmen ausübt<sup>40</sup>. Gemeint sind Vermeidungs- und Reinhaltungsinvestitionen. Die Feststellung, die auch in der Presse als Erfolg gefeiert wurde, basiert auf einer empirischen Untersuchung von Abwassereinleitern (Unternehmen, Gemeinden und Abwasserverbänden). Genau besehen, stellt diese Untersuchung aber lediglich fest, daß die Unternehmen (nicht die Gemeinden und Abwasserverbände) wegen der erwarteten Abgabepflicht ihre Investitionen *beschleunigen*, nicht aber, daß sie diese deswegen *überhaupt tätigen*. Daß sie überhaupt investieren, wird auf die nach dem Wasserhaushaltsgesetz vorgesehenen Grenzwerte, in meiner Terminologie also auf eine Rechtsform des imperativen Typs, zurückgeführt<sup>41</sup>. Einen eigenständigen Anreiz ermittelt das Gutachten nur für den sog. Restschmutz, d. h. für den Schmutz, der die erlaubten Grenzwerte unterschreitet.

Beide Ergebnisse der Untersuchung sind jedoch, abgesehen von ihrer mangelnden Repräsentativität (14 Unternehmen, 20 Gemeinden, 7 Abwasserverbände) weder valide noch reliabel<sup>42</sup>. Aus der Antwort, daß Reinhaltemaßnahmen »wegen des AbwAbgG frühzeitiger«<sup>43</sup> ergriffen worden seien, kann man nicht einfach folgern, daß dies historisch auch wirklich so war und nicht vielleicht eine nachträgliche Rechtfertigung im Kontext des Interviews vorliegt. Aus der Antwort, daß Maßnahmen zur Verminderung des Restschmutzes überlegt und entworfen worden sind und als notwendig angesehen werden, kann man nicht folgern, daß »von der ›Restverschmutzungsabgabe‹ bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt starke Impulse vor allem auf Industriebetriebe ausgehen, die Intensität und Richtung des abwasser-spezifischen technologischen Fortschritts bestimmen«<sup>44</sup>. Dies gilt insofern erst recht, als andererseits geantwortet wurde, daß die Reinhaltekosten für den Restschmutz zwischen DM 26,- und DM 81,- pro Schadeinheit betragen würden<sup>45</sup>, während als Abwasserabgabe nur DM 6,- bis 20,- zu Preisen von 1977 also ca. DM 8,- bis 24,- geschuldet wäre. Meinen ist etwas anderes als Handeln, und Reden ist noch einmal etwas anderes als Meinen, zumal dann, wenn der Redende den Zweck der Untersuchung kennt und an deren Ergebnis ein finanzielles Interesse hat.

Ist die Hypothese richtig, daß das Tauschgeschäft »Verschmutzungsfreiheit gegen privates Geld« den realen Verschmutzungsgrad nicht verbessert, so stellt sich wiederum die Frage nach den intervenierenden Variablen, die den Erfolg konterkarieren. Ich betrachte wieder das Zusammenspiel des Tauschgeschäfts mit den Eigengesetzlichkeiten des Marktes und der Steuerung.

Im Unterschied zum oben besprochenen Fall »öffentliche Mittel gegen Bindung« wird der Tausch »Freistellung gegen privates Geld« in der Literatur auch als rechtstheoretische Frage behandelt, freilich meist ohne genauere Wirkungsanalyse vorschnell durch Werturteile beantwortet. Die Befürworter sprechen meist von Flexibilitätsgewinnen des Staates, die Gegner von einem Verkauf von Hoheitsfunktionen<sup>46</sup>.

40 Minister Maihofer, Vorwort zu: Auswirkungen des Abwasserabgabengesetzes auf Investitionsplanung und -abwicklung in Unternehmen, Gemeinden und Abwasserverbänden, Gutachten, bearbeitet von V. Hoffmann u. D. Ewringmann, im Auftrag des Bundesumweltamtes, 1977 (unveröff.).

41 A. a. O., S. V: »Sein (sc. des AbwAG) eigener, ihm unmittelbar zuzurechnender Wirkungsbeitrag muß sich jedoch vor dem Hintergrund des gleichzeitigen WHG-Vollzuges auf Beschleunigungseffekte beschränken.«

42 Sie sind insofern ein Beispiel, wie Sozialwissenschaft trotz – selbst erkannter – empirischer Unzulänglichkeit der Politik zur Legitimationsbeschaffung dient.

43 Fragen 41, 43, 45, 47, 49, 51, 53, 55, 57, 59 des Fragebogens, a. a. O., Anhang II.

44 A. a. O., S. VI.

45 A. a. O., S. II u. S. 81 f.

46 Der Disput geht vor allem um die Zulässigkeit von Verträgen, in denen Bauwillige (meist größere Bauträger) Zahlungen (»Kulturbeiträge«, »Folgelastenbeiträge«, »Gemeindebeiträge« u. ä.) dafür ver-

Blickt man dagegen zunächst auf Auswirkungen, so spricht wiederum manches dafür, daß der tauschförmige Rechtstyp die positiven Elemente von Markt und Steuerung abbaut und die negativen Elemente konserviert. »Positiv« und »negativ« heißt dabei auch hier nur die Eignung zur Zielerreichung, nämlich der Reduzierung der Gewässerverschmutzung.

	... des Marktes	... der Steuerung
<i>Konservierung negativer Eigengesetzlichkeit</i>	Priorität des Tauschwertes	Komplexitätssog Vollzugsdefizit Legitimationszwang
<i>Abbau positiver Eigengesetzlichkeit</i>	Schutz der Verfügungsfreiheit → Verfügung der »Klasse« der Immittenten	Aufgabenorientierung → »Entmaterialisierung« Normativität → Kostenoptimierung Selbstverwaltung → Kostenoptimierung

1. Zunächst zur *Konservierung negativer Marktgesetzmäßigkeiten* und ihrem Korrelat, dem Abbau positiver Steuerungseigenschaften. Der Markt gehorcht dem Prinzip, daß *Tauschwert Priorität besitzt* und Gebrauchswert den Produzenten nur soweit interessiert, wie er Voraussetzung des Tauschwertes ist. Daß Tausch- und Gebrauchswert zusammenfallen, oder, wie es nach der subjektiven Wertlehre heißt, die Individuen ihre Präferenzen nur durch ihre Zahlungsbereitschaft äußern, kann heute wohl auch vom weltfernten Theoretiker nicht mehr behauptet werden. Die Priorität des Tauschwertes oder allgemeiner: des finanziellen Kalküls vor dem inhaltsbezogenen Kalkül, gilt nicht nur hinsichtlich der Erzeugung von Gütern, sondern auch hinsichtlich der Erzeugung von »Schlechten«, d. h. hier von Schadstoffen. Ausmaß und Art der Schadstoffemission wird danach bestimmt, ob die Vermeidungs- und Reinigungskosten einer Schadeinheit höher oder niedriger sind als Schadensersatzzahlungen, die aus privatrechtlichen Klagen anfallen. Inhaltliche Anforderungen, bestimmte Emissionen zu unterlassen, z. B. privatrechtliche Unterlassungsklagen oder öffentlichrechtliche Auflagen und Verbote, sind im Rahmen dieses Kalküls eher Störfaktoren als finanzielle Anforderungen. Denn sie stammen aus einem ganz anderen Kalkülkontext, nämlich einem primär an inhaltlichen Werten (Gesundheit, Lebensqualität usw.) ausgerichteten Rahmen, in dem finanzielle Auswirkungen zwar nicht unberücksichtigt bleiben, aber doch pauschaler und als sekundäre. Insbesondere sind inhaltliche Anforderungen häufig unsensibel hinsichtlich des Punktes, an dem die Reinigungskosten mit weiterer Intensivierung überproportional zu steigen beginnen (Problem der sog. Restverschmutzung) und hinsichtlich des Punktes, an dem die Vermeidungs- und Reinigungskosten höher werden als die zu erwartenden Entschädigungsverpflichtungen. Zudem sind die finanziellen Auswirkungen inhaltlicher Anforderungen schwer voraussehbar, weil sie einen zusätzlichen Umrechnungsgang erfordern. Ist all dies ein Störfaktor für die

sprechen, daß die Gemeinde »Bedenken gegen das Vorhaben zurückstellt« oder einen Dispens von bauordnungs- oder bauplanungsrechtlichen Vorschriften erteilt. Vgl. R. Stützle, Verträge und Abgaben zur Deckung kommunaler Folgekosten der Wohnsiedlungstätigkeit, Diss. Göttingen 1974; E. Schulze, Baudispensverträge, Stuttgart 1964. Die wichtigste Entscheidung ist BVerwGE 42, 331 ff. Weniger unter dem Zulässigkeitsgesichtspunkt als unter dem Gesichtspunkt der Auswirkung auf die Gültigkeit des Bebauungsplans werden die Industrieansiedlungsverträge diskutiert, bei denen die Gemeinde freilich für die Zurückstellung von Bedenken nicht Geld verlangt, sondern auf Arbeitsplätze und Steuereinkünfte hofft. Wichtigste Entscheidung hier ist BVerwG 45, 309 (Floatglas).

Emittenten, so ist es doch eine Chance für staatliche Maßnahmen der Gewässerreinigung, die sich, gleichsam ein »Die Kosten sind Dein Problem« im Munde, an die physischen Ergebnisse halten können.

Die *Priorität des finanziellen Kalküls vor dem inhaltsbezogenen* wird nun durch den hier untersuchten tauschförmigen Rechtstyp verstärkt. Der Emittent kann genau kalkulieren, wieviel Vermeidung und Reinigung sich lohnt. Was er inhaltlich emittiert, welche Schäden er dadurch verursacht, ist ihm gleichgültig, da er sich nur an seine Kostenfunktion zu halten braucht. Das Konzept ersetzt Sensibilität für Schäden durch Sensibilität für Kosten. Zudem ist, was emittiert wird und von der öffentlichen Hand somit nachzureinigen ist, für diese nicht vorhersehbar, weil ihr die jeweiligen betrieblichen Kostenfunktionen unbekannt sind, zusätzliche öffentliche Investitionen in die Reinigung also erst nach Feststellung faktisch anfallender Schadstoffe getätigt werden können, wenn – wie wahrscheinlich – nicht große und dann möglicherweise ungenutzte Kapazitäten vorgehalten werden können.

Der Verstärkung des Tauschwertprinzips als Marktgesetzlichkeit entspricht auf der Seite der Steuerungsmerkmale ein *Verlust an Aufgabenorientierung*. Staatliche Steuerung neigt, wie sich am deutlichsten im kameralistischen Prinzip der Haushaltswirtschaft zeigt, zum Handeln primär nach inhaltlich bestimmten Aufgaben, sekundär nach fiskalischen und gesellschaftlichen Kostenfolgen. Der Tausch Abgabe – Verschmutzungsfreiheit kehrt dieses Verhältnis um. Mag ein inhaltliches Ziel von Gewässerzuständen auch avisiert werden – bei der Festlegung der Tauschrelationen herrscht das finanzielle Kalkül vor. Bereits die Denkweise des Tausches, nämlich die, Lebenswerte zu monetarisieren, bringt diese in eine nachteilige Position. Denn der finanzielle Wert der Lebenswerte tritt nur zu einem kleinen Teil real in Erscheinung, im übrigen ist er Fiktion und hat als solche keine »harten« Argumente zur Hand<sup>47</sup>. Im Tauschverhältnis selbst wirkt sich dies dahin aus, daß die Abgabe, wenn es hoch kommt, nach den Kosten für eine nachträgliche Reinigung mittlerer Intensität bemessen wird – wie gezeigt, wird dies vom AbwAbgG nicht einmal erreicht –, nicht aber nach den sozialen »Kosten« der Schadstoffe. Denn diese sind überwiegend eben nicht monetarisierbar. Da man sich mit dem Tauschkonzept aber nun einmal auf die Ebene der Monetarisierung begeben hat, hält man sich lieber an die greifbare Realität der Reinigungskosten.

Man könnte einwenden, daß der Emittent ja nach wie vor an die Genehmigung nach § 7 WHG gebunden sei und die darin festgesetzten Grenzwerte nicht überschreiten dürfe. Über entsprechende Auflagen, die flexibel auf neuere Erkenntnisse über Schadwirkungen reagieren könnten, bleibe die inhaltliche Orientierung erhalten<sup>48</sup>. Juristisch gesehen ist das richtig. Abgabe und Genehmigung mit Auflagen stehen selbständig nebeneinander. Die Genehmigung ist sogar bedeutsamer insofern, als die Höhe der Abgabe nach ihren Festsetzungen bemessen wird (§ 4 AbwAG). Im Hinblick auf die praktische Umsetzung des Konzepts ist aber ein Abbau der inhaltlichen Orientierung zu erwarten: Antragsteller werden, um Abgaben zu sparen, die zu genehmigenden Schadeinheiten eher niedrig ansetzen und auf mangelnde Überwachungskapazität der Behörden spekulieren. Die Wasserbehörde hat keinen besonderen Anreiz, einen realistischeren Wert festzusetzen. Denn den vollen

<sup>47</sup> Das gilt auch für allerlei Vorschläge zur Verfeinerung der Umrechnungsmethoden (z. B. Indizierung durch Zahlungsbereitschaft; Zahlungsverhalten, regionale Wanderung), vgl. H. Siebert, Das produzierte Chaos, 197 (S. 105–110). Der Sog, wenn man einmal rechnet, alles zu berechnen, ist offenbar so stark, daß Meißner u. Hödl in ihrem Kosten-Nutzen-Modell die sozialen Indikatoren, die eigentlich den nicht monetisierbaren Werten zu ihrem Recht verhelfen sollen, doch letztlich wieder monetarisieren (vgl. Meißner, Hödl, Positive ökonomische Aspekte des Umweltschutzes, Berichte des Umweltbundesamtes 3/77, S. 35 einerseits, S. 122 andererseits).

<sup>48</sup> Vgl. Umweltgutachten 1974, Stuttgart 1974, S. 64.

Satz der Abgabe erhält sie nur, wenn der Emittent den genehmigten Grenzwert überschreitet. Im übrigen widerspräche es wohl der Konstruktion des mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsaktes, wenn die Behörde höhere Margen genehmigen würde als beantragt worden sind; denn die höheren Margen hätten nicht nur begünstigenden Effekt für den Antragsteller, sondern würden höhere Abgabepflichten auslösen. Weiterhin: Die Untersagung von Schadstoffeinführungen, die über die genehmigte Grenze hinausgehen, wird, wenn sie durch Zwangsmittel, etwa durch Zumauern des Kanals, durchgesetzt werden soll, vermutlich nicht vollstreckt, da der Emittent darauf verweisen kann, daß er ja für die Emission bezahle<sup>49</sup>.

Ein letzter Sog zu »Entmaterialisierung« läßt sich auf der Ebene der Gesetzgebung feststellen: § 7a WHG hat als Maßstab für die Erlaubnis die Einhaltung der »allgemein anerkannten Regeln der Technik« gewählt, und nicht den strikteren, im Bundesimmissionsschutzgesetz verwendeten Maßstab des »Standes der Technik«<sup>50</sup>. Dieses Nachgeben bei den inhaltsbezogenen Kriterien entspricht ganz dem Denken in Tauschbeziehungen: mit der Abgabepflicht meint man den Verlust an inhaltlich bestimmtem Reinigungszwang ausgleichen zu können.

In diesen Auswirkungen der Tauschform auf die Steuerungsgesetzlichkeiten liegt nicht nur – inhaltsbezogen – ein Verlust an Aufgabenorientierung, sondern – mehr formenbezogen – auch ein *Verlust an Normativität*. Normativität enthält ein Stück Irrationalität, Unausgewiesenheit, Dezision, die eine Pufferzone bildet, innerhalb derer Handlungsspielräume ausgenutzt, freilich auch – je nach politischer Macht-Konstellation – vergeben werden können. Solche Spielräume werden entweder im politischen Vorfeld der Normgebung »konsumiert«, so daß eine präzise Anordnung herauskommt, oder sie werden im Normausspruch offengelassen und damit dem administrativen Normvollzug zugeschoben. Der erste Fall ist im Umweltbereich der von genauen Standards oder Grenzwerten, der zweite Fall ist z. B. der des § 7 WHG. Ginge es allein nach dieser Bestimmung, so könnte die Behörde eine Erlaubnis mit der Begründung verweigern: »Die beantragten Schadeinheiten beeinträchtigen das Wohl der Allgemeinheit«. Nach dem Erlaß des AbwAbgG wird die Behörde dagegen wohl sagen müssen: »Die beantragten Schadeinheiten verursachen die und die Sozialkosten, und diese Kosten sind größer als die Abgabe, weshalb die zulässigen Schadeinheiten herabzusetzen sind«<sup>51</sup>. Die zweite Begründung ist falsifizierbar, sie enthält weniger Dezision als die erste.

Der Verlust an Normativität im Normvollzug wäre im Hinblick auf das Ziel Gewässerreinheit unschädlich, wenn die Abgabehöhe die Sozialkosten einer Schadeinheit repräsentierte. Das ist jedoch im Fall des AbwAbgG nicht so, und zwar wohl nicht zufällig. Denn der Handlungsspielraum, der der Gesetzgebung zukommt, solange sie anhand von inhaltlichen Werturteilen über Interessen entscheidet, schwindet, indem sie sich auf die Sprachebene und den theoretischen Bezugsrahmen

<sup>49</sup> Vgl. W. Merkel, Gedanken zum Abwasserabgabengesetz aus der Sicht der öffentlichen Trinkwasserversorgung, Wasser/Abwasser 1974, 367. Natürlich läßt sich einwenden, daß die Abgabe ja den sozialen Schaden nicht decke, aber in der Verwaltungspraxis, die schon Schwierigkeiten hatte, das reine Auflagenkonzept zu verwirklichen, verschlagen solche feinen Unterscheidungen nichts. Vgl. auch Winter, a. a. O. (Fn. 31) S. 36–38, 57 f. Daß diese faktische Schwierigkeit doch auch auf die rechtliche Ebene einwirkt, zeigt der Vorschlag von Salzwedel (Zur Anpassung der Erlaubnis-Bewilligungsbescheide an das neue Abwasserabgabengesetz . . ., in: Recht der Wasserwirtschaft Heft 20, Köln 1977, S. 70), daß Verwaltungszwang erst angewendet werden darf, wenn der erlaubte Höchstwert »um ein bestimmtes Maß überschritten worden ist.« Hierzu auch: G. Winter, Widersprüche zwischen WHG und AbwAG, DVBl 1978, 523.

<sup>50</sup> Zu Definition und Abstufung solcher Formeln vgl. Riegel, Wie Technik in die Gesetze kommt, in: Umwelt 1975, S. 46.

<sup>51</sup> Daß § 7a WHG das Kriterium der allgemein anerkannten Regeln der Technik als Genehmigungsmaßstab setzt, hindert nicht striktere Anforderungen nach dem Gemeinwohlkriterium (vgl. 7a Abs. 1 S. 2 WHG).

des Tauschgeschäfts Geld gegen Verschmutzungsfreiheit einläßt: Sie muß sich dann mit höchst unsicheren gesamtwirtschaftlichen Prognosen über Reinternalisierungseffekte auf das magische Viereck befassen. Diese Prognosen erwecken trotz ihrer dünnen Faktenbasis den Schein der Wissenschaftlichkeit und lassen als Gegenargumente nur wieder wissenschaftliche, also nicht moralische oder politische, zu. Diese stehen aber der Regierung und erst recht dem Parlament, da im politischen Raum Zeitdruck herrscht, nicht beliebig zur Verfügung. Man ist dann in Argumentationsnot und um ein (nicht jedes) Mittel zur Distanzgewinnung gegenüber Interessenten ärmer.

Der Erosion der Normativität ähnelt der Abbau eines Steuerungselementes, das in Zusammenhang mit der Reinigungsaufgabe der Gemeinden und Abwasserverbände steht. Für diese ist die Abwasserreinigung eine Selbstverwaltungsangelegenheit. Als solche ist sie mit der *Dignität der demokratischen Selbstbestimmung* und des nur durch Rechtsaufsicht überwachten *Anvertrautsein* ausgestattet. Gemeinden und Abwasserverbände unterliegen ebenso wie Private dem Abwasserabgabengesetz, müssen also für Abwassereinleitungen in öffentliche Gewässer Abgaben zahlen. Zwar bleibt daneben ihre gesetzliche Reinigungsaufgabe – juristisch gesehen – unverändert bestehen. Doch dürfte der besondere Motivationskontext, den Selbstverwaltung und Anvertrautsein darstellen, durch das Ansinnen des Tauschhandels zerstört werden<sup>52</sup>. Die Gemeinden und Abwasserverbände werden nun – weit über die Rechtsaufsichtsmittel hinaus – staatlich instrumentalisiert und werden ihren Erfolg nun daran bemessen, ob sie zwischen Reinigung und Abgabe den Optimalpunkt getroffen haben.

2. *Positive Marktkräfte*, die durch den tauschförmigen Rechtstyp *abgebaut* werden könnten, sind im Bereich der Gewässerverschmutzung schwer auszumachen. Denn es steht um diese als zu lösendem Problem so schlecht, daß eigentlich nur von dem Wirken negativer Marktkräfte, und zwar hier dem aus der Konkurrenz resultierenden Zwang zur Kostenexternalisierung, gesprochen werden kann. Dennoch gibt es einen Restbereich sich auswirkender Marktgesetzlichkeit: wenn Marktteilnehmer miteinander in Geschäftsverkehr eintreten können sollen, so müssen ihre Produktionsmittel und Waren nicht nur rechtlich zu Benutzung bzw. Verkauf frei sein, sondern sie müssen auch gegen Eingriffe nicht rechtsgeschäftlicher Art geschützt sein. Dies ist einer der historischen und systematischen Gründe dafür, daß mit dem sich entwickelnden Kapitalismus die außervertraglichen Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche im allgemeinen und die Immissionsansprüche im besonderen ausgebaut werden. Hinsichtlich der immissionsbezogenen Unterlassungsansprüche vollzog sich eine Ausweitung des geschützten Gegenstands vom Grundstückseigentum zu allen rechtlich anerkannten Rechtsgütern (incl. Recht am Gewerbebetrieb, körperliche Unversehrtheit) sowie eine Ausweitung der angreifbaren Eingriffe von Rechtsanmaßung (*actio negatoria*) und bestimmten Immissionen (*interdictum uti possidetis*)<sup>53</sup> zu sämtlichen Imponderabilien (§ 906 BGB)<sup>54</sup> und Wasserverschmutzungen (quasinegatorischer Anspruch analog § 1004 BGB)<sup>55,56</sup>. Entschädigungs- oder Schadensersatzansprüche wurden verschuldensunabhängig gemacht (§ 906

52 Dieser Aspekt wird in der Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit des AbwAG im Hinblick auf die Selbstverwaltungsgarantie (vgl. Reh binder, a. a. O. (Anm. 37) S. 48 f., 149–151) nicht beachtet.

53 Kaser, Römische Privatrecht, 10. Aufl., München 1977, S. 97 u. 114.

54 Vgl. Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches III (1888), S. 264.

55 Vgl. Breuer, Öffentliches und privates Wasserrecht, München, 1976, S. 164–178. Die Erstreckung des Unterlassungsanspruchs auf Eingriffe in das Recht am Gewerbebetrieb ist im Wasserbereich noch in der Entwicklung begriffen, s. Breuer, a. a. O., S. 172 f.

56 Zur Entwicklung insgesamt s. Kötz, Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, Eine rechtsvergleichende Skizze, AcP 1974, 145–166, bes. 146 f., 161.

i. d. F. ab 1960, § 22 WHG). Im Wasserrecht schließt – anders als im Luftimmissionsrecht – eine Immissionserlaubnis den Unterlassungsanspruch nicht aus (vgl. § 11 WHG).

Diese Ansprüche, die trotz aller Ausweitung ohnehin nur Tropfen auf den heißen Stein darstellen<sup>57</sup>, könnten nun durch den tauschförmigen Rechtstyp »Abgabe gegen Verschmutzungsfreiheit« zusätzlich ausgehöhlt werden; dies freilich nur dann, wenn die Höhe der Abgabe so bestimmt wird, daß alle sozialen Kosten der Immissionen abgedeckt sein sollen, also nicht im Fall der gegenwärtigen Regelung, nach der die Abgaben viel niedriger liegen. Es würde dann seitens der Immittenten ein politischer Druck daraufhin entstehen, neben der Abgabenzahlung nicht auch noch Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen, somit doppelter Haftung unterworfen zu werden. (Ob sich dieser Druck interpretatorisch, etwa durch Einführung eines Rechtfertigungsgrundes für bezahlte Immissionen, oder gesetzgeberisch etwa nach Art des Haftungsausschlusses gem. § 11 WHG umsetzen würde, ist in diesem Zusammenhang gleichgültig). Dem Geschädigten müßten dann Ersatzleistungen aus dem Abgabefonds zugesprochen werden. Der soziale Effekt wäre, daß die Geschädigten ein Stück von der o. g. markttypischen Entscheidungsfreiheit verlieren würden, die nämlich, selbst zu bestimmen, ob sie ihr Produktionsmittel oder ihre Ware (z. B. den Gewerbebetrieb oder die unversehrte Arbeitskraft) benutzen bzw. verkaufen wollen oder nicht. Der Gewerbebetrieb oder die Arbeitskraft *wird* »benutzt« bzw. »angeeignet«, indem der Immittent Stoffe einleitet, die etwa die Fische der Fischzucht oder die Gesundheit des Wassertrinkers beschädigen. Die Geschädigten können dies inhaltlich, stofflich nicht mehr verhindern, sondern nur Geldersatz beanspruchen; sie müssen dulden und können lediglich liquidieren. Damit wird eine klassische Voraussetzung der gesamtgesellschaftlichen »efficiency« eingeschränkt. Die (inhaltliche) Verfügungsfreiheit von jedermann wird bei einer neuen »Klasse«, nämlich der der Immittenten, monopolisiert.

Diese Reduktion der markttypischen, auf maximalen Geschäftsverkehr zielenden Pflege des Produktionsmittel- und Warenbesitzes hat, worauf nur hingewiesen werden soll, noch einen weiteren Aspekt. Wie schon oben anhand der Aushöhlung der öffentlichrechtlichen inhaltlichen Auflagen gezeigt, findet auch im hier angesprochenen Bereich der privatrechtlichen Ansprüche eine Erosion der substantiellen zugunsten der finanziellen Rationalität statt, mit Folgen, die den oben genannten ähneln dürften.

3. Realitätsnäher als dieser zugegebenermaßen sehr spekulative Vorgriff in eine mögliche Zukunft ist, daß der tauschförmige Rechtstyp eine Reihe von »negativen«, d. h. der Problemlösung hinderlichen *Steuerungsmerkmale konserviert*, obwohl er diese Hindernisse durch größere Marktkonformität, d. h. durch Verlagerung von Entscheidungszuständigkeit auf die Immittenten, gerade abbauen soll.

Konserviert wird zunächst der *Komplexitätssog* von Steuerung. Komplex ist zum einen der Informationsbedarf, zum anderen der notwendige Regelungsgehalt. Der *Informationsbedarf* ist aber bei der Abgabenlösung nicht geringer als bei dem an Standards geknüpften Genehmigungskonzept. Es müssen möglichst viele und genaue physische Schadensfunktionen nebst monetärer und qualitativer Bewertung bekannt werden, damit bei der reinen Abgabenlösung die Abgabe und beim gemischten Konzept die Genehmigungsaufgabe den sozialen Kosten angepaßt werden kann. Desgleichen müssen die Kostenfolgen des Standards bzw. der Abgabe/des Reinigungsaufwandes für die Immittenten sowie die Belastungsgrenzen bekannt

<sup>57</sup> Zur geringen Reichweite und Effektivität vgl. Simitis, Haftungsprobleme beim Umweltschutz, Versicherungsrecht 1972, S. 1087–1095, bes. 1090 ff.

sein. Bei der Abgabenslösung entsteht sogar ein *zusätzlicher* Informationsbedarf, weil nicht, wie beim Standard, schon von der rechtlichen Ausgestaltung her bekannt ist, ob der Immittent Abwasser ableitet und zahlt oder lieber selbst reinigt. Das ist typisch für die Tauschform, weil sie dem Immittenten die Entscheidungsfreiheit einräumt, das Tauschangebot anzunehmen oder zu reinigen.

Der notwendige *Regelungsgehalt* ist nicht minder komplex als beim Genehmigungskonzept, weil alle schädlichen Stoffe aufgeführt und entweder ihren sozialen Kosten oder ihren Reinigungskosten zugeordnet werden müssen.

Konserviert wird weiterhin die der Steuerung eigene Gesetzmäßigkeit, daß mit zunehmender Eingriffsintensität *ceteris paribus* das *Vollzugsdefizit* größer wird. Allerdings ist hier gegenüber reinen, d. h. nicht tauschförmigen Steuerungskonzepten ein Formwandel des Vollzugsdefizits zu erwarten. Dieses wird vorverlegt. Das Gerangel um die Verhinderung der Verwaltungsvollstreckung verliert, der Streit um die Verlässlichkeit von Messungen gewinnt an Bedeutung. Beim Grenzwert genügt die Feststellung, daß dieser überhaupt mindestens hinsichtlich eines Parameters überschritten worden ist; beim Verkauf von Verschmutzungsfreiheit kommt es dagegen auf das genaue Ausmaß und die genaue Zusammensetzung der Schmutzfracht an, denn die Berechnung des Preises setzt ein genaues Abwiegen der Ware voraus. Die schon unter Geltung des Grenzwertkonzepts bestehenden Schwierigkeiten, daß Immittent und Behörde ein Meßergebnis des je anderen akzeptieren, werden sich potenzieren<sup>58</sup>. Beibehalten wird schließlich der *Legitimationszwang*, dem staatliche Steuerung unterliegt. Der Staat, der den Preis einer Schadeinheit festsetzt, bleibt Staat. Er wird nicht etwa, indem er auf die Tauschform umsteigt, zum Teilnehmer an einem Markt, hier also einem Monopolisten, der die Umweltressourcen allein besitzt und demgemäß zu einem beliebigen Preis verkaufen könnte. Er bleibt politisch abhängig und muß sich dem Einfluß der Betroffenen öffnen. Wieweit dieser trägt, zeigt die Herabsetzung des Preises einer Schadeinheit, bezogen auf 1981, auf DM 6,- bis DM 12,- gegenüber DM 80,- im Vorschlag des Sachverständigengutachtens von 1974 und DM 40,- im Entwurf von 1974.

### III. *Schlußbemerkung*

Mit allem soll nun nicht gesagt werden, daß der tauschförmige Rechtstyp immer und nur positive Markt- und Steuerungsgesetzlichkeiten zerstört und negative konserviert. Es ist eine Fülle von Gestaltungen denkbar, die diesen Folgen entgegenwirken. Doch scheint mir eine strukturell verankerte »Drift« in die aufgezeigte Richtung zu bestehen.

<sup>58</sup> Die Verknüpfung der Abgabe mit der Festsetzung in der Erlaubnis nach § 6 WHG, wie sie § 4 AbwAbgG vorsieht, bringt hier sicher einige Erleichterung. Doch wird, da ein Interesse an möglichst niedriger Festsetzung besteht, die faktische Immission häufig höher liegen, die Überwachung also dennoch von großer Bedeutung sein.