

Schriften zum Umweltrecht

Band 66

Kompensationsregelungen im Immissionsschutzrecht

**Zur gesetzlichen Begründung von Emissionsrechten
und ihrer Übertragung nach den Kompensationsregeln
des Bundes-Immissionsschutzgesetzes
im Bereich der Luftreinhaltung**

Von

Christoph Enders



Duncker & Humblot · Berlin

CHRISTOPH ENDERS

Kompensationsregelungen im Immissionsschutzrecht

Schriften zum Umweltrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. Michael Klopfer, Berlin

Band 66

Kompensationsregelungen im Immissionsschutzrecht

**Zur gesetzlichen Begründung von Emissionsrechten
und ihrer Übertragung nach den Kompensationsregeln
des Bundes-Immissionsschutzgesetzes
im Bereich der Luftreinhaltung**

Von

Christoph Enders



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Enders, Christoph:

Kompensationsregelungen im Immissionsschutzrecht : zur gesetzlichen Begründung von Emissionsrechten und ihrer Übertragung nach den Kompensationsregeln des Bundes-Immissionsschutzgesetzes im Bereich der Luftreinhaltung / von Christoph Enders. – Berlin : Duncker und Humblot, 1996
(Schriften zum Umweltrecht ; Bd. 66)

Zugl.: Freiburg, Univ., Diss., 1995

ISBN 3-428-08541-8

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1996 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0935-4247

ISBN 3-428-08541-8

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

Meinen Eltern

Vorwort

Unter dem Regime des Bundes-Immissionsschutzgesetzes sind nach und nach rechtliche Rahmenbedingungen eines Marktes für "Emissionsbefugnisse" geschaffen worden. Behalten die Rahmenbedingungen den Vorteil der Umwelt im Auge, so führt der Handel mit Emissionsrechten, obgleich profitorientiert, zu einem Ausgleich von Umweltbelastungen, der für eine bessere Ressourcenallokation steht. Dieser Ausgleich, allgemein Kompensation genannt, kann dann ein wichtiges zusätzliches Instrument der Luftreinhaltung darstellen. Dennoch: Während der gesetzlich nicht normierte räumlich-einwirkungsbezogene Ausgleich von Immissionsbeiträgen weitgehend problemlos vonstatten geht, haben die Betreiber genehmigungsbedürftiger Anlagen als potentielle Marktteilnehmer das staatliche Angebot im Bereich des Vorsorgeprinzips, d. h. der anlagenbezogenen geregelten Emissionsvorgänge, offenkundig nicht angenommen. Was ist der Grund? Obwohl gerade die Voraussetzungen der Vorsorge-Kompensation unmittelbar im Gesetz geregelt sind, verbreitet die Ungewißheit einiger Tatbestandsmerkmale erhebliche Rechtsunsicherheit. Ab wann kann man überhaupt von den geforderten überobligationsmäßigen Schadstoffreduktionen sprechen? Sind hierbei auch die Immissionsverhältnisse maßgeblich zu berücksichtigen? Darf oder muß die Kompensation befristet werden, damit sie ihren gesetzlichen Zweck erfüllt? Worauf genau richtet sich ein allfälliger Anspruch des Betreibers? Welche Rolle spielen für die genannten Punkte jetzt und in der Zukunft untergesetzliche Kompensationskonzepte? Wie ist schließlich die ordnungsgemäße Durchführung der jeweiligen Kompensationsvereinbarung verwaltungsrechtlich sicherzustellen? Das sind nur einige der Fragen, die sich Anlagenbetreibern wie Behörden aufdrängen und die Wahrnehmung der rechtlich eröffneten Handlungsmöglichkeiten verhindern. Die vorliegende Untersuchung, die im Sommer 1995 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen wurde und sich, nachdem sie für die Veröffentlichung überarbeitet wurde, auf dem Stand von Juni 1995 befindet, will zur Klärung dieser Zweifel beitragen, indem sie die Voraussetzungen der Kompensation im Schutz- und Vorsorgebereich gegeneinander abgrenzt, vor allem aber die marktwirtschaftliche Öffnung auf dem Hintergrund des nach wie vor gefahrenabwehrrechtlichen gesetzlichen Gesamtzusammenhangs darstellt und dabei nicht zuletzt nach verfassungsrechtlichen Grenzen fragt. Dann werden Strukturen sichtbar, die aus

der ordnungsrechtlichen Einbindung der Umweltpolitik resultieren und gesetzestechnisch andere Lösungen nahelegen.

Die Themenwahl wurde angeregt durch ein umweltrechtliches Seminar, das Herr Professor Dr. Dietrich Murswiek im Sommersemester 1991 an der Universität Freiburg gehalten hat. Er hat die Arbeit, die später während meiner Assistententätigkeit an seinem Lehrstuhl entstand, betreut und dabei in zentralen Punkten zu Wendungen des Argumentationsgangs den Anstoß gegeben. Vor allem aber hat er, auch und gerade wo meine Thesen sich nicht mit den seinen treffen, an der Freiheit zu eigenständiger wissenschaftlicher Entfaltung nie einen Zweifel aufkommen lassen. Dafür danke ich ihm herzlich. Dank schulde ich auch Herrn Professor Dr. Rainer Wahl, der das Zweitgutachten erstellt und Hinweise gegeben hat, denen ich für die Veröffentlichung gerne nachgegangen bin. In vieler Hinsicht versteht sich diese Arbeit als Fortsetzung des Gedankenaustauschs, an dem ich seinerzeit als wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. Ernst-Wolfgang Böckenförde während der Lehrstuhlgespräche teilhaben durfte, zu denen sich die Herren Professoren Böckenförde und Wahl wöchentlich mit ihren Mitarbeitern trafen. Mein besonderer Dank gilt ferner und nicht zum ersten Mal Joachim Wieland, der mich, selbst wo er Kritik übte, stets ermutigt und so ganz maßgeblich zum Entstehen auch dieser Arbeit beigetragen hat. Ivo Appel, Stephan Gerstner, Ansgar Hense, Georg Hermes, Johannes Masing, Susanne Meyer, Albrecht Philipp, Peter Schütz und Ute Ziegler haben in Freiburg durch unermüdliche Gesprächsbereitschaft und mit kritischen Ratschlägen den Schaffensprozeß gefördert; von Bielefeld bzw. Erlangen aus haben die langjährigen Diskussionspartner Johannes Hellermann und Joachim Lege manchen Gedanken klären helfen. Schließlich möchte ich Herrn Leitenden Ministerialrat Dr. Klaus Hansmann, Ministerium für Umwelt, Raumordnung und Landwirtschaft, Düsseldorf, der mir unkompliziert und hilfsbereit den Gemeinsamen Entwurf der Arbeitsgruppe "Umweltrecht und Verwaltungsorganisation" der Gemeinsamen Umweltkommission zum Umweltrahmengesetz zugänglich gemacht hat, ebenso danken, wie Herrn Leitenden Regierungsdirektor Dr. Wolfram Haug vom Regierungspräsidium Freiburg für Einblicke in die Praxis. Frau Gudula Diesch, Freiburg, hat die Arbeit mit großer Einsatzbereitschaft zuverlässig in Form gebracht.

Freiburg, im August 1995

Christoph Enders

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Der rechtliche Rahmen genehmigungsbedürftiger Umwelt- nutzung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz	17
---	----

Erstes Kapitel

Einleitung: Marktwirtschaftliche Instrumente und Gefahrenabwehr im Immissionsschutz	17
I. Der Gedanke eines Austauschs von Emissionsberechtigungen zwischen den Betreibern genehmigungsbedürftiger Anlagen	17
II. Defizite des Ordnungsrechts und marktwirtschaftliche Orientierung der Um- weltnutzung im Bundes-Immissionsschutzgesetz?.	21
III. Das begrenzte Sanierungsziel des Bundes-Immissionsschutzgesetzes im Be- reich anlagenbezogener Vorsorge	25

Zweites Kapitel

Die (ordnungsrechtliche) Kontrolle der Umweltnutzung durch das Bundes-Immissionsschutzgesetz	26
I. Die Tradition des Polizeirechts und die sog. vorbeugende Gefahrenabwehr . .	26
1. Schädlichkeit i. S. der polizeilichen Generalklausel.	27
2. Die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts nach allgemeinem Polizei- recht	29
3. Verantwortung im Polizeirecht.	34
II. Sicherheitsstandard und Verantwortlichkeit nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG (mit §§ 6, 7, 48 BImSchG)	37
1. Schädlichkeit und Eintrittswahrscheinlichkeit im BImSchG	37
2. Der Anlagenbetreiber als potentieller Störer (Verhaltensstandard)	40
3. Zurechnung der Schädlichkeit und ihre Grenzen	44
a) Normative Zurechnung.	44
b) Grenzen der Zurechnung	46
III. Die Pflicht zur Vorsorge – Eine unvollkommene Rechtspflicht	51
1. Positive und negative Bestimmung des Vorsorgegebots.	51
2. Positive Strukturelemente der Vorsorgenormierung.	59

Drittes Kapitel

	Die Pflicht des Anlagenbetreibers zur Luftreinhaltung und der verfassungsrechtliche Schutz seiner Emissionsbefugnis	63
I.	Der Rechtsgrund von Umweltnutzungsbefugnissen	63
1.	Die Freiheit des Betreibers und das "Recht auf Umweltverschmutzung". . .	63
2.	Die Rechtsnatur von Umweltnutzungsbefugnissen und die Frage nach den Befugnisgrenzen	72
II.	Die Rechtfertigung des Schutzgebots vor der Freiheit des Betreibers	75
1.	Das Schutzgebot als gleichmäßiger Eingriff in die Berufsfreiheit	75
2.	Die Pflichtenkonkretisierung durch Verwaltungsvorschriften und ihr ver- fassungsrechtlicher Rahmen	81
a)	Bestimmtheit des Gesetzes und Bindungswirkung	81
b)	Die begrenzte Ermächtigung der §§ 5 Abs. 1 Nr. 1, 48 Nr. 1 BImSchG . . .	84
III.	Die Rechtfertigung des Vorsorgegebots vor der Freiheit des Betreibers	89
1.	Formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigung	89
2.	Charakter und Maßstab der einzelnen Vorsorgeanordnung	93

Viertes Kapitel

	Die Rechtsstellung des Anlagenbetreibers und "wohlerworbene Emissionsrechte" – Das Problem des Bestandsschutzes	99
I.	Freiheit der Betätigung und Schutz des wohlerworbenen Rechtsbestands (Be- standsschutz)	99
1.	Bedeutung und rechtliche Grundlagen des Bestandsschutzes	101
a)	Rechtsstaatliche Strukturen des Bestandsschutzes	101
b)	Bestandsschutz als Schutz betätigten Vertrauens.	104
c)	Der Schutz "wohlerworbener" rechtswidriger Erlaubnisse	112
2.	Die rechtliche Bemessung des Vertrauensbetätigungsschutzes	113
3.	Die grundrechtliche Absicherung des Vertrauensbetätigungsschutzes – Be- standsschutz als Eigentumsschutz?	116
II.	Bestandsschutz nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz	123
1.	Materielle Betreiberpflichten und Einzelfallermächtigung.	123
2.	Das Gebot verhältnismäßiger Durchsetzung der Grundpflichten gegenüber den Betreibern genehmigter Anlagen	128
3.	Die abstrakt-generelle Anbindung der Einzelfallermächtigungen an die Ver- fassung	129
III.	Nachträgliche Anordnung und Widerruf	132
1.	Reichweite und Grenzen der nachträglichen Anordnung	132

a) Die Tatbestandsvoraussetzungen als Eingriffsgrenzen	132
aa) Immissionsabwehr	132
bb) Anlagenbezogene Vorsorge	142
b) Die Verhältnismäßigkeit als Rechtsfolgenbegrenzung	143
c) Anordnungen gegenüber rechtswidrig genehmigten Anlagen	149
2. Differenzierungen im Bestandsschutz gegenüber Schutz- und Vorsorgeanforderungen beim Widerruf	150
a) Die Änderung der Sachlage und die Situationsgebundenheit des Anlagenbetriebs	150
aa) Heranrücken schutzbedürftiger Nutzungen und Abwehrobliegenheit des Betreibers	151
bb) Die Änderung der Sachlage durch nachträglichen Erkenntnisgewinn	154
b) Die Änderung der Rechtslage	156
aa) Rechtsförmige Sanierungsmaßgaben im Vorsorgebereich und ihre Bedeutung für die Verhältnismäßigkeit	156
bb) Gesetzliche Grenzen der Sanierung im Bereich anlagenbezogener Vorsorge	161
c) Die Gemeinwohlklausel als Auffangtatbestand (§ 21 Abs. 1 Nr. 5 BImSchG)	163
aa) Die Abwehr erheblicher Gefahren	163
bb) Der Widerruf nach § 21 Abs. 1 Nr. 5 zum Zweck der Vorsorge	166

Zweiter Teil

Die Kompensation im Bereich der Luftreinhaltung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz

169

Fünftes Kapitel

Der gesetzliche Tatbestand der Kompensation

169

I. Der positive Begriff der Kompensation	169
1. Kompensationen in Erfüllung des Schutzgebots (Immissionsbereich).	169
a) Die Einhaltung der Schädlichkeitsgrenzen durch Ausgleichsmaßnahmen und deren Sicherung	169
b) Reduktionen des allgemeinen Schädlichkeitsstandards	173
c) Sanierungsklauseln	177
aa) Die Sanierungsklausel der Nr. 2.2.1.1 lit. b TA Luft	177
bb) Die Sanierungsklausel der Nr. 2.2.3.2 Satz 3 TA Luft.	182
cc) Die Sanierungsklauseln des § 67a Abs. 2 BImSchG	186
2. Kompensation und Überkompensation im Emissionsverbund	189

a) Minimierung des Restrisikos durch Überkompensation im Emissionsbereich (Ausgleichsmaßnahmen zur Vorsorge)	189
b) Die Vorsorge-Kompensation als Sanierungsinstrument – absolute Ausschlußgründe	192
3. Das gesetzliche Konzept der Vorsorgekompensation	197
a) Die materiellen gesetzlichen Anforderungen an eine Überkompensation	197
aa) Die beiden Grundkonstellationen der verhältnismäßigen und der unverhältnismäßigen Vorsorge-Anforderung.	197
bb) Die Gleichbehandlung von geringfügigen Überschreitungen der Vorsorgeanforderungen (§§ 17 Abs. 3a i.V.m. 21 Abs. 1 Nr. 4 BImSchG)	204
cc) Die Gleichbehandlung sämtlicher Fälle der gravierenden Überschreitung von Vorsorgeanforderungen	206
b) Rechtswidrig genehmigte Anlagen.	210
II. Die hoheitliche Sicherstellung der Kompensationsvereinbarung durch "Anordnung" und die Freiwilligkeit der überobligationsmäßigen Emissionsminderung	211
1. Unspezifische und spezifische Möglichkeiten der Durchsetzung	211
2. Die nachträgliche Anordnung als Sicherungsmittel	213
a) Die Verpflichtung der passiv beteiligten Anlage.	213
b) Das Verhältnis der Anlagen(betreiber) im Emissionsverbund – öffentlich-rechtlich gesehen	219
3. Die Sicherstellung durch Widerruf	221
III. Untergesetzliche Beschränkungen der Vorsorge-Kompensation.	223
1. Die gesetzliche Erweiterung der Kompensationsmöglichkeiten mit der Dritten Novelle und ihre Grenzen.	223
a) Die Grundtendenz: Erweiterung der Kompensationsmöglichkeiten	223
b) Gesetzliche Grenzen der Kompensation	223
c) Die Förderung des Gesetzeszwecks	225
2. Die Fortschreibung der TA Luft für die neuen Bundesländer.	227
a) Die Geltungsanordnung des § 67a Abs. 3 BImSchG – Normative Befristung, räumliche und stoffliche Beschränkung von Kompensationen.	227
aa) Die Befristung in der TA Luft	228
bb) Anforderungen an die örtlichen Immissionsverhältnisse.	229
cc) Das Erfordernis vergleichbarer Wirkung	230
b) § 17 Abs. 3a BImSchG und das Kompensationskonzept für die neuen Bundesländer	231
c) Vergleichbarkeit der Wirkung – Ermächtigender und zwingender Charakter der Rechtsgrundlage	237

3. Das gesetzliche Verhältnis der Einzelfallermächtigung zu künftigen Kompensationskonzepten	239
a) Der tatbestandliche Vorrang des Kompensationskonzepts	239
b) Kompensationen im Rahmen gebietsbezogener Vorsorge als Ausnahme vom Sanierungskonzept?	242
c) Die Sicherung des konzeptionellen Vorrangs untergesetzlicher Sanierungs- und Kompensationsvorschriften.	244

Sechstes Kapitel

Rechtscharakter und verwaltungsdogmatische Strukturen der Kompensation	246
I. Die Kompensation als Formalisierung informellen Verwaltungshandelns	246
1. Rechtszwang und Freiwilligkeit als Wesensmerkmale der Kompensationsregelung.	246
2. Die Kompensation(svereinbarung) als Zweck und Mittel gesetzlichen Umweltschutzes	249
3. Die Kompensation als speziell geregeltes Austauschmittel	250
II. Der Anspruch "auf" Kompensation	252
1. Der Anspruch auf Kompensation als Genehmigungsanspruch im Geltungsbereich des Schutzprinzips	252
2. Der Anspruch auf Kompensation als Abwehranspruch im Bereich anlagenbezogener Vorsorge	253
a) Der Gegenstand des Kompensationsanspruchs	253
b) Der Kompensationsanspruch als Abwehranspruch.	254
3. Die Möglichkeit untergesetzlicher Ausgestaltung des Kompensationsanspruchs	254
a) Behördliches Ermessen und Anspruch auf Kompensation	254
b) Die Kompetenz der Verwaltung zur abstrakt-generellen Verkürzung des Kompensationsanspruchs	256
III. Die Rechtsschutzmöglichkeiten des kompensationswilligen Anlagenbetreibers	257
1. Der Rechtsschutz des Betreibers in Belastungsgebieten	257
a) Der Anspruch auf Genehmigung	257
b) Der Rechtsschutz gegenüber Gefahrenanordnungen	258
2. Der rechtliche Schutz des Kompensationsanspruchs im Bereich anlagenbezogener Vorsorge.	259
3. Der maßgebliche Entscheidungszeitpunkt	260
a) Der Anspruch auf (Änderungs-)Genehmigung in Belastungsgebieten	260
b) Die Gefahrenanordnung	261
c) Vorsorgeanordnung und Widerruf	264

Dritter Teil

Die rechtliche Zulässigkeit von Kompensationsregelungen 267*Siebtes Kapitel***Der rechtliche Schutz von Drittinteressen** 267

- I. Rechte Dritter als Grenze von Kompensationsregelungen 267
 - 1. Zur verfassungsrechtlichen Basis des Drittschutzes im Immissionsschutzrecht 267
 - a) Schutznormtheorie und Schutzpflichtlehre 267
 - b) Verfassungsrechtlich fundierter Nachbarschutz als Abwehr staatlich auferlegter Duldungspflichten 270
 - c) Das System der Beschränkung von zivilrechtlichen Immissionsabwehransprüchen 272
 - aa) Die logisch sekundäre Beschränkung der punktuellen (zivilrechtlichen) Immissionsabwehr (§ 14 BImSchG). 272
 - bb) Die (logisch primäre) Beschränkung punktueller Abwehransprüche im Zivilrecht auf das Schutzniveau des öffentlichen Rechts (§ 906 Abs. 1 BGB n.F.). 273
 - cc) Anlagenbezogene Emissionsbegrenzungen als Domäne des öffentlichen Rechts. 275
 - 2. Der (verfassungsrechtlich gebotene) Umfang des Drittschutzes gegen schädliche Umwelteinwirkungen 276
 - 3. Die Durchsetzung des verfassungsrechtlichen Anspruchs 279
- II. Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit von Kompensationsregelungen unter dem Aspekt des Drittschutzes 280
 - 1. Die allgemeine (untergesetzliche) Sanierungsklausel (Nr. 2.2.1.1 lit. b TA Luft). 280
 - 2. Die besonderen gesetzlichen Sanierungsklauseln, § 67a Abs. 2 BImSchG 282
 - a) § 67a Abs. 2 Nr. 1 BImSchG 282
 - b) § 67a Abs. 2 Nr. 2 BImSchG 283
 - 3. Schutz "durch Vorsorge" als Auslegungsproblem 285
- III. Rechtsschutzmöglichkeiten der Nachbarn 292

*Achtes Kapitel***Anforderungen aus Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes** 294

- I. Der Vorbehalt des verhältnismäßigen Gesetzes 294
 - 1. Immissionsabwehr – § 67a Abs. 2 BImSchG. 294
 - a) § 67a Abs. 2 Nr. 1 BImSchG 295

b) § 67a Abs. 2 Nr. 2 BImSchG	297
2. Die Minimierung des Restrisikos	299
a) Die Bestimmtheit der gesetzlichen Ermächtigung nach Art. 80 Abs. 1 GG	299
b) Kompensation im Emissionsbereich als Eingriff in die Freiheit des Be- günstigten (Überkompensation)?	301
c) Verfassungsrechtliche Bindungen von Austauschverhältnissen (– das Koppelungsverbot)	303
II. Der Vorrang des Gesetzes und die Wesentlichkeitslehre	307
1. Der Umfang der Ausnahme	307
2. Die gesetzliche Erweiterung der Kompensationsmöglichkeiten	311
III. Bindung und Bindungswirkung untergesetzlicher Normierung	312
1. Unterschiede zwischen Immissions- und Emissionsbereich	312
2. Die Bindung an das Gesetz	313
3. Die Bindungswirkung der untergesetzlichen Kompensationsregelung	314

Neuntes Kapitel

Schluß	315
-------------------------	-----

Literaturverzeichnis	320
--------------------------------	-----

Erster Teil

**Der rechtliche Rahmen genehmigungsbedürftiger
Umweltnutzung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz**

Erstes Kapitel

**Einleitung: Marktwirtschaftliche Instrumente
und Gefahrenabwehr im Immissionsschutz**

**I. Der Gedanke eines Austauschs von Emissionsberechtigungen
zwischen den Betreibern genehmigungsbedürftiger Anlagen**

Das Bundes-Immissionsschutzgesetz vom 15. März 1974¹, das im Bereich des anlagenbezogenen Immissionsschutzes die Gewerbeordnung² ablöste, war wie diese zunächst ordnungsrechtlich geprägt. Es gestaltete materiell-rechtlich gesehen polizeiliche Gefahrenabwehr³ auf dem Gebiet der schädlichen Umwelteinwirkungen (§ 1 BImSchG), namentlich der hier interessierenden Luftverunreinigungen (§ 3 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 BImSchG) zeitgemäß aus⁴. Von Anfang an geschah dies vor allem in zwei in § 1 BImSchG niedergelegten Grundprinzipien⁵. Das *Schutzgebot* sollte über die bislang eröffneten Möglichkeiten hinaus der Abwehr von Immissionen dienen und, soweit diese unter den Lebensumständen einer modernen Industriegesellschaft als unvermeidlich gelten müssen, jedenfalls nur unschädliche (zumutbare) Einwirkungen zulassen. Das – in seiner genauen Motivation und Zielrichtung umstrittene – *Vorsorgegebot*⁶ setzte noch eine Stufe vorher an und nahm präventiv (vorbeugend) die frühzeitige Vermeidung schädlicher Umwelteinwirkungen in den Blick. Einzelheiten interessieren an dieser Stelle nicht. Fest steht, daß die gesamte nach-

¹ BGBl. I S. 721, 1193.

² In ihrer ursprünglichen Fassung Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund vom 21. 6. 1869, Bundes-Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes S. 245, später Reichsgewerbeordnung, Bekanntmachung vom 26. 7. 1900, RGBl. S. 871 mit zahlreichen Änderungen.

³ Vgl. *Friauf*, Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Abschn., Rdnr. 10; *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Rdnr. 20, 24.

⁴ Vgl. *Feldhaus*, DVBl. 1984, S. 552, 553.

⁵ Vgl. zum Ganzen *Kutscheidt*, Grundzüge des Umweltrechts, S. 237 ff. Näher unten im 2. Kapitel.

⁶ Zu Einzelheiten auch hier weiter unten.

folgende Regelung des Rechts der genehmigungsbedürftigen Anlagen (§ 4 ff. BImSchG) auf diesen, den Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen in einem engeren und einem weiteren Verständnis⁷ normierenden Prinzipien fußt⁸. Von ihnen ausgehend entwickelt sie ein gesetzliches System gegen die einzelne Anlage gerichteter Anforderungen, das sich materiell zentriert um die selbständigen Grundpflichten (nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BImSchG) als Verhaltenspflichten des Betreibers⁹ und das hiervon ausgehend die Voraussetzungen der (rechtmäßigen) Genehmigung und ihres Entzugs (§§ 6 Nr. 1, 21 BImSchG¹⁰) und des weiteren Einschreitens gegen genehmigungsbedürftige Anlagen (§§ 17, 20 BImSchG) regelt.

Erstmals hat nun die zweite Novelle des Bundesimmissionsschutzgesetzes im Jahre 1985¹¹ über erste untergesetzliche Ansätze¹² hinaus dieses auf die einzelne Anlage zielende immissionsschutzrechtliche Instrumentarium erweitert: In der Verordnungsermächtigung des § 7 Abs. 3 BImSchG wurde dem Verordnungsgeber und über § 48 Nr. 4 BImSchG auch dem Verwaltungsvorschriftengeber die Möglichkeit eröffnet, unter näher bestimmten Voraussetzungen den Austausch von Emissionsberechtigungen zwischen genehmigungsbedürftigen Anlagen zuzulassen. Die neue Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft¹³ machte bereits 1986 von dieser Ermächtigung Gebrauch. Sie schrieb nicht nur – insoweit im unveränderten Rahmen der allgemeinen Ermächtigung zur Konkretisierung des Schutzgebots – überkommene, auf die Immissionslage bezogene Austauschmöglichkeiten fort (Nr. 2.2.1.1 lit. b, 2.2.3.2 Satz 3 TA Luft), sondern setzte in Nr. 4.2.10 die spezielle gesetzliche Ermächtigung in Gestalt einer neuen und auf die Emissionsfrachten bezogene Regelung "von Ausgleichsmaßnahmen zur Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen" um. Diese Weichenstellung der zweiten Novelle zum Bundes-Immissionsschutzgesetz und der ihr zugehörigen untergesetzlichen Regelungen bestimmt bis heute das hier zu untersuchende gesetzliche Modell einer kompensatorischen Übertragung von Emissionsrechten. Zwar lockerte die Dritte Novelle zum Bundesimmissionsschutzgesetz¹⁴ die eher rigiden Zulässigkeitsbeschrän-

⁷ Jarass, BImSchG, § 1, Rdnr. 13.

⁸ Zu den nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen, *ders.*, aaO, § 22, Rdnr. 19.

⁹ Die sich freilich auf die Anlage beziehen, vgl. *Friauf*, WiVerw 1986, S. 87, 98; *Jarass*, aaO, § 6, Rdnr. 2a.

¹⁰ Der Entzug der rechtswidrigen Genehmigung richtet sich nach der Rücknahmenvorschrift des § 48 (L)VwVfG.

¹¹ Vom 4. 10. 1985, BGBl. I S. 1950.

¹² Zunächst in der TA Luft v. 8. 9. 1964, GMBI. S. 433, sodann TA Luft v. 28. 8. 1974 (GMBI. S. 426, 525), geändert am 23. 2. 1983 (GMBI. S. 94). Zur Vorgeschichte *Rehbinder*, Umweltzertifikate und Kompensationslösungen, S. 28 ff.

¹³ TA Luft vom 27. 2. 1986, GMBI. S. 95, ber. S. 202.

¹⁴ Vom 11. 5. 1990, BGBl. I 870; Bekanntmachung der Neufassung vom 14. 5. 1990, BGBl. I 880.

kungen und führte nicht zuletzt neben der Ermächtigung des § 7 Abs. 3 BImSchG in § 17 Abs. 3a BImSchG eine Einzelfallermächtigung ein¹⁵. Für die neuen Bundesländer wurde wenig später mit Blick auf deren besondere wirtschaftliche und ökologische Situation in § 67a BImSchG eine eigene Ausnahmenvorschrift geschaffen¹⁶, die auch erweiterte Kompensationsmöglichkeiten betrifft. An der Grundstruktur der Kompensationsregelung hat sich dadurch – bis hin zum Entwurf des Allgemeinen Teils eines Umweltgesetzbuchs¹⁷ – nichts geändert.

Fragt man nach der Herkunft dieser Grundstruktur, so wird allgemein auf das US-amerikanische Vorbild¹⁸ verwiesen. Hier werde seit 1977 eine Politik des kontrollierten Emissionshandels (emissions trading policy) praktiziert¹⁹, die auf der Übertragbarkeit von Emissionsrechten basiere und darin auch das deutsche Modell beeinflusst habe²⁰. Zwei Stichworte sind es vor allem, die diese Politik des kontrollierten Emissionshandels kennzeichnen und damit die mögliche rechtliche Bedeutung einer Übertragung von Emissionsrechten umschreiben: Die *offset-policy* (Ausgleichspolitik) ermöglicht Anlagenzulassungen in "non-attainment areas", in Belastungsgebieten also, in denen an sich wegen der Überschreitung von gesetzlichen Luftverschmutzungs-Standards eine Neuansiedlung schadstoffemittierender Industrieanlagen nicht mehr in Betracht kommt²¹. Entscheidend ist nun weniger, was zum Teil hervorgehoben wird, daß die offsets einen Ausgleich zwischen verschiedenen Unternehmen, wenn auch innerhalb des nämlichen Belastungsgebiets ermöglichen²², entscheidend ist auch nicht ausschließlich, daß Neuanlagen in das Austauschverhältnis einbezogen sind²³. Den Kern der rechtlichen Bedeutung von offsets bezeichnet vielmehr ihre materiell berechtigende (befreiende) Wirkung. Werden nämlich

¹⁵ Vgl. bereits *Rehbinder/Sprenger*, Möglichkeiten und Grenzen, S. 321.

¹⁶ Durch Abschnitt II, Kap. XII des Einigungsvertrags-Gesetzes vom 23. 9. 1990, BGBl. II S. 880.

¹⁷ Vgl. §§ 87, 89 f. UGB-AT(E), und hierzu *Rehbinder*, in: *Kloepfer/Rehbinder/Schmidt-Aßmann/Kunig*, Umweltgesetzbuch – Allgemeiner Teil, S. 360 ff., 366.

¹⁸ Zu den rechtspolitischen Möglichkeiten vor allem *Kothe*, ZRP 1985, S. 145, 146 ff.; *Rehbinder/Sprenger*, Möglichkeiten und Grenzen.

¹⁹ *Endres*, Umweltzertifikate und Kompensationslösungen, S. 1, 23; *Kothe*, aaO, S. 146; *Rombach*, Der Faktor Zeit in umweltrechtlichen Genehmigungsverfahren, S. 69 f.

²⁰ *Bender/Sparwasser*, Umweltrecht, Rdnr. 97; *Endres*, Umweltzertifikate und Kompensationslösungen, S. 1, 23; *Gawel/Ewringmann*, NuR 1994, S. 120; *Huckestein*, ZfU 1989, S. 1.; *Kloepfer*, Umweltrecht, § 4, Rdnr. 224 spricht allerdings in diesem Zusammenhang von einem "Re-Import".

²¹ *Rehbinder/Sprenger*, Möglichkeiten und Grenzen, S. 41 f. *Rombach*, Der Faktor Zeit in umweltrechtlichen Genehmigungsverfahren, S. 66 f. m. Fn. 186, S. 68 in Fn. 191.

²² So freilich *Kloepfer*, Umweltrecht, § 4, Rdnr. 224; *Wasmeier*, NuR 1992, S. 219, 221.

²³ So *Endres*, Umweltzertifikate und Kompensationslösungen, S. 1, 20; vgl. *Rehbinder/Sprenger*, Möglichkeiten und Grenzen, S. 43, 49 f.