

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	21
§ 1 Die Privatisierungsdiskussion und das Ordnungsrecht	21
§ 2 Die rechtswissenschaftliche Erfassung und Begleitung der Privatisierung ...	30
1. Die verschiedenen Privatisierungsbegriffe	30
2. Der Begriff der Verantwortung im Ordnungsrecht	34
a) Der Begriff der Verantwortung und die Verantwortungsverantwortung ..	37
b) Der Anknüpfungspunkt – Der Verantwortungsbegriff im Ordnungsrecht	40
3. Verantwortungsteilung und Verantwortungsstufung	41
a) Das Konzept der Verantwortungsteilung	43
b) Die mittelbare Staatsverantwortung und die Gewährleistungsverantwortung	51
c) Die Verantwortungsteilung und die Privatisierungsbegriffe	55
d) Verantwortungsteilung und Deregulierung	55
§ 3 Gang der Untersuchung	56

Kapitel 1

Das Ordnungsrecht

und das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren	58
§ 4 Allgemeines zum Ordnungsrecht	58
1. Strukturmerkmale des Ordnungsrechts	58
2. Funktionen des Genehmigungsverfahrens	60
a) Richtigkeitsgewähr	61
b) Interesse des Antragstellers an Rechtssicherheit	62
c) Interessen der Drittbetroffenen	63
d) Rechtsschutz bzw. Grundrechtsschutz durch Verfahren	65
e) Verfahrenseffizienz	66
f) Der Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung	68
g) Das Interesse der Allgemeinheit an einer Kontrolle	69
3. Weitere Kriterien zur Beurteilung von Instrumenten der Verfahrensprivatisierung	69

a)	Das Kriterium der funktionellen Äquivalenz	69
b)	Die Wahrung der materiellen Standards	70
c)	Das Erfordernis einer Risikoabwägung	71
4.	Verantwortung im Ordnungsrecht: Die Bestimmung der Aufgabe	72
§ 5	Die Rolle interessenabhängiger Privater im Genehmigungsverfahren	74
1.	Die Rolle des Antragstellers	76
2.	Die Rolle von Einwendungen	82
3.	Systematik und abschließende Bemerkungen	84
§ 6	Konzepte der Einbeziehung unabhängiger Privater	85
1.	Mediation	86
a)	Die Einsatzmöglichkeiten der Mediation im Genehmigungsverfahren	86
b)	Die Funktionalität einer Mediation und das Genehmigungsverfahren	90
2.	Die Einbeziehung von Verwaltungshelfern	95
3.	Genehmigungsverfahren und Sachverständigenmodell	96
a)	Das Modell der gestuften Eröffnungskontrolle – Typen eines präventiven Verfahrens	96
aa)	Genehmigungsfreiheit/Untersagungsermächtigung für den Einzelfall	98
bb)	Anzeigeverfahren	99
cc)	Anmeldeverfahren	101
dd)	Vereinfachtes Genehmigungsverfahren	101
ee)	Genehmigungsverfahren	102
ff)	Die Rahmengenehmigung	103
b)	Zertifizierungsverfahren	103
aa)	Die Grundlage	104
bb)	Die „Neue Konzeption“	106
c)	Sachverständige Gremien	109
4.	Die ökonomischen Instrumente	110
5.	Systematisierung/ Typologisierung	113
a)	Systemkonforme und systemverändernde Instrumente	113
b)	Verwaltungssubstitution – Verwaltungskompensation – Verwaltungsergänzung	113
c)	Kontrollsubstitution – Kontrollkompensation – Kontrollergänzung	116
d)	Weitere Typologisierungsversuche	117
6.	Die Auswahl eines der Instrumente als Grundlage der weiteren Untersuchung	117
§ 7	Das System der gestuften Eröffnungskontrolle im BImSchG	119
1.	Das Genehmigungsverfahren nach § 10 BImSchG	119

2.	Das vereinfachte Genehmigungsverfahren nach § 19 BImSchG	119
3.	Das Anzeigeverfahren nach § 15 BImSchG	120
4.	Zulassung vorzeitigen Beginns	121
5.	Die Teilgenehmigung	122
§ 8	Die Sachverständigen im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren	122
1.	Der Begriff des Sachverständigen	123
2.	Die klassische Funktion des Sachverständigen	126
3.	Erweiterungen des Funktionsspektrums	127
4.	Der Sachverständige und die Rollenverteilung im Verfahren	128
5.	Der Sachverständige im Verwaltungsverfahren nach dem VwVfG	129
6.	Weitere Erscheinungsformen sachverständiger Tätigkeit im Verwaltungsverfahren	131
7.	Die Sachverständigen im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren	134
a)	Die Einbeziehung in das Genehmigungsverfahren nach der 9. BImSchV	134
b)	Weitere Möglichkeiten der Einbeziehung von Sachverständigen im BImSchG	137
aa)	Der Hintergrund der Regelungen	137
bb)	Die Einbeziehung von Sachverständigen	137
cc)	Übertragbare Prüfungen	139
c)	Die Regelung des § 26 BImSchG	139
d)	Die Rolle der Behörde im Rahmen der §§ 26, 29a BImSchG	140
e)	Sachverständige im Rahmen der Abnahmeprüfung	140
f)	Sachverständige im Emissionshandel	141
aa)	Die Einbeziehung von Sachverständigen	141
bb)	Die Regelungen über die Verifizierer	143
cc)	Die Regelung des § 20 Abs. 2 TEHG	144
g)	Umwelt-Audit und Immissionsschutzrecht	144
h)	Zusammenfassung	145

Kapitel 2

Die Entwicklung eines Sachverständigenmodells für das Genehmigungsverfahren

147

§ 9	Verfahrensprivatisierung und Deregulierung im Genehmigungsrecht	148
1.	Die Verfahren des Bauordnungsrechts	148
a)	Problembefund im Bauordnungsrecht und Ziele der Reformen	150

b) Gang der Untersuchung	155
c) Allgemeine Überlegungen zur Privatisierungsfähigkeit	156
d) Die Regelungsmodelle der reformierten Bauordnungen	158
aa) Genehmigungsfreie bzw. verfahrensfreie Vorhaben	162
bb) Die sogenannten Genehmigungsfreistellungsverfahren	164
(1) Anwendungsbereich	169
(2) Elemente des Genehmigungsfreistellungsverfahrens	171
(3) Zusammenfassung	180
cc) Das baurechtliche Anzeigeverfahren (Verfahrenstypus des Anmeldeverfahrens)	181
(1) Anwendungsbereich und -voraussetzungen	182
(2) Elemente des baurechtlichen Anzeigeverfahrens	183
(3) Zusammenfassung	188
dd) Das vereinfachte Genehmigungsverfahren	188
(1) Anwendungsbereich	190
(2) Elemente des vereinfachten Genehmigungsverfahrens	193
(3) Zusammenfassung	213
ee) Die sogenannte planungsrechtliche Genehmigung	214
(1) Charakter der planungsrechtlichen Genehmigung und Anwendungsbereich	215
(2) Elemente der planungsrechtlichen Genehmigung	216
(3) Zusammenfassung	217
ff) Das reguläre Genehmigungsverfahren/ Die klassische Baugenehmigung	218
(1) Anwendungsbereich	222
(2) Raum für Tätigkeit von Sachverständigen	223
(3) Zusammenfassung	229
2. Regelungselemente der Einbeziehung von Sachverständigen im Bauordnungsrecht	229
a) Staatlicher Prüfverzicht bei der Vorlage von Sachverständigenbescheinigungen	231
b) Die Regulierung der Einbeziehung des privaten Sachverständigen	232
aa) Die Ausgangsstufe: Die Bauvorlageberechtigung	233
bb) Die Zusatzstufe – besondere Anforderungen	234
cc) Der besonders qualifizierte Sachverständige	234
dd) Die Einbeziehung besonders qualifizierter Sachverständiger	234
ee) Vier-Augen-Prinzip	236
ff) Einzelne Modelle im Überblick	236
c) Beauftragung der Sachverständigen	239

d) Haftungsregelungen/Sanktionen	240
e) Das Abweichungsverfahren	241
f) Zusammenfassung und abschließende Bewertung	243
3. Die Tätigkeit von Sachverständigen im Rahmen der Zulassung von Arzneimitteln	245
a) Die verschiedenen Zulassungsverfahren	246
b) Die Beteiligung Sachverständiger im Zulassungsverfahren nach §§ 21 ff. AMG	247
aa) Vorprüfung durch unabhängige Sachverständige – § 25 a AMG	248
bb) Sachverständigengutachten nach § 24 AMG	249
cc) Die Regelung des § 25 Abs. 5 AMG	250
dd) Die Zulassungskommission – § 25 Abs. 6 AMG	252
ee) Die Kommission nach § 25 Abs. 7 AMG	254
ff) § 7 a AMG	254
c) Zusammenfassung	254
§ 10 Zusammenfassung: Elemente eines Sachverständigenmodells	256
1. Die Elemente eines Sachverständigenmodells	256
a) Allgemeine Überlegungen	256
b) Notwendige Elemente	258
2. Regelungsbedürftige Problembereiche	260
3. Zusammenfassung	262

Kapitel 3

Das Sachverständigenmodell im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren 263

§ 11 Die Eignung des Sachverständigenmodells	263
1. Die Diskussion im Baurecht	263
2. Die Gefahrenintensität	265
3. Standardisierbarkeit	266
4. Das Nachbarinteresse	267
5. Die Berücksichtigung von Interessen der Allgemeinheit	268
6. Die Verfügbarkeit geeigneter Dritter	269
7. Die Verantwortungsfähigkeit des Antragstellers	272
8. Die Aufgabenadäquanz	273
9. Die Durchsetzbarkeit des materiellen Rechts	274
10. Substituierbarkeit der Aufgaben	275
11. Wettbewerb und Haftung als qualitätssteigernde Elemente	275

12. Risiken einer Umsteuerung	275
13. Ergebnis – Die Eignung des Sachverständigenmodells für das Immissions- schutzrecht	276
§ 12 Die Genehmigungsvoraussetzungen und das Sachverständigenmodell	278
1. Die Grundpflichten und ihr Inhalt	279
a) § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG – Der Schutzgrundsatz	282
b) § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG: Der Vorsorgegrundsatz	288
c) § 5 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG: Der sogenannte Entsorgungsgrundsatz ...	294
d) § 5 Abs. 1 Nr. 4 BImSchG: Energienutzung	299
2. Die Konkretisierung der Grundpflichten	300
a) Die Bedeutung von unbestimmten Rechtsbegriffen im Rahmen der Grundpflichten	302
b) Der Ansatz der Konkretisierung	302
c) Der Sonderfall: Konkretisierung als zwingende Voraussetzung	304
3. Die Instrumente der Konkretisierung	305
4. Die Konkretisierung durch Rechtsverordnungen	307
a) Die Ermächtigungsgrundlage des § 7 BImSchG	307
aa) § 7 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG: Technische Anforderungen	309
bb) § 7 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG: Emissionsgrenzwerte	310
cc) § 7 Abs. 1 Nr. 2a BImSchG: Anforderungen an den Energieeinsatz	311
dd) § 7 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG: Messungen	311
ee) § 7 Abs. 1 Nr. 4 BImSchG: Sicherheitstechnische Prüfungen ...	312
ff) Die Problematik der Festlegung von Immissionswerten	312
gg) Die Einbeziehung technischer Regelwerke nach § 7 Abs. 5 BImSchG	313
b) Die Verordnungsermächtigungen des § 48a BImSchG	314
5. Die einzelnen Rechtsverordnungen und ihr Inhalt	315
a) Die Störfall-Verordnung (12. BImSchV)	315
aa) Anforderungen der Verordnung	316
bb) Die Verordnung und die Pflichten im Genehmigungsverfahren ..	319
b) Die Verordnung über Großfeuerungsanlagen (13. BImSchV)	321
c) Die Verordnung über die Verbrennung von Abfällen (17. BImSchV) .	324
aa) Der Inhalt der Verordnung	325
bb) Besonderheiten für das Genehmigungsverfahren	327
d) Die Verordnung über Immissionswerte (22. BImSchV)	328
e) Sonstige Rechtsverordnungen	330
6. Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften	332
a) Allgemeines zur Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften ...	334

aa) Die Rechtsfigur der normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften	335
bb) Der Umfang der Bindungswirkung	342
b) Die TA Luft	353
aa) Die Immissionswerte	354
(1) Arten von Immissionswerten und Aussagegehalt	355
(2) Prüfung der Einhaltung der Immissionswerte	356
(3) Die Einzelfallentscheidung im Wege der Sonderfallprüfung nach Nr. 4.8 TA Luft	359
(4) Zusammenfassung zu den Immissionswerten	361
bb) Die Emissionswerte	363
(1) Die Emissionsminderungsgebote der TA Luft	364
(2) Emissionsminimierungsgebote	366
(3) Messungen und Messverfahren	368
(4) Ableitung der Abgase	368
(5) Zusammenfassung zu den Emissionswerten	369
cc) Zusammenfassung zur TA Luft	369
c) TA Lärm	370
aa) Die Immissionsrichtwerte	370
bb) Die Prüfung	372
cc) Zusammenfassung	373
d) TA Abfall und TA Siedlungsabfall	374
7. Sonstige Verwaltungsvorschriften	374
8. Die Bedeutung von durch offiziell eingesetzte Gremien erarbeiteten Normen	375
9. Die sogenannten BVT-Merkblätter	379
a) Die Konzeption der IVU-Richtlinie	380
b) Die Bedeutung im Rahmen des Genehmigungsverfahrens	382
c) Zusammenfassung und Ergebnis zu den BVT-Merkblättern	385
10. Die Konkretisierung durch technische Regelwerke und sonstige Normen .	385
11. Die Konkretisierung im Einzelfall	393
a) Die Konkretisierung durch die Verwaltung	395
b) Die Privatisierung und die Art der zu privatisierenden Vorgaben	396
c) Der Begriff „Stand der Technik“	396
12. Die Einhaltung der sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften	400
a) Planerische Elemente der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung	401
b) Planerische Vorgaben und sachverständige Kontrolle	403
13. Zusammenfassung und Ergebnis: Privatisierungsspielräume bei der Kontrolle	404
a) Eine Analyse anhand des Vollzugsmodells	405

aa) Die Anforderungen aus Rechtsverordnungen	406
bb) Die Anforderungen aus normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften	408
cc) Die Anforderungen aus technischen Regelwerken	408
dd) Die im Einzelfall zu entwickelnden Anforderungen	410
ee) Zusammenfassung	411
b) Materieller Ansatz I – Die Art der inhaltlichen Vorgaben	412
c) Materieller Ansatz II – „Blockbildung“	414
d) Zusammenschau der beiden Ansätze	416
e) Der Vollzug der Anforderungen	417
§ 13 Grundstrukturen eines Sachverständigenmodells für das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren	418
1. Die Verfahrensinstrumente	419
a) Das Grundelement: Die sachverständige Bescheinigung	419
b) Ergänzendes Instrumentarium	420
aa) Verfahren für isolierte Fragen	420
(1) Abweichungsverfahren	421
(2) Kontrollverfahren	421
(3) Zusammenfassung zu den isolierten Verfahren	422
bb) Die mögliche Rolle von Gegengutachten	423
cc) Die Entscheidung im Einzelfall durch ein sachverständiges Gremium	423
c) Gewährleistungsverwaltungsrecht	424
2. Aspekte der Ausgestaltung des Sachverständigenmodells	424
a) Die Ausgestaltung des Grundmodells	425
b) Die Rolle von Abweichungs- und Kontrollverfahren	427
aa) Grundüberlegungen	428
bb) Die Notwendigkeit und Durchführung von Abweichungsverfahren	429
cc) Die Notwendigkeit und Durchführung von Kontrollverfahren	430
dd) Allgemeines Öffnungsverfahren	431
ee) Bündelung der isolierten Verfahren	431
ff) Die Einbettung in das „Gesamtverfahren“	432
gg) Herstellung einer Verbindlichkeit	433
hh) Der Inhalt der Sachverständigenbescheinigungen	435
3. Zusammenfassung und Ergebnis	435

Kapitel 4

**Der verfassungsrechtliche Rahmen
der Verfahrensprivatisierung**

437

§ 14 Die Vorgaben des Grundgesetzes	438
1. Die Grundrechte des Grundgesetzes	438
a) Die Grundrechte als Schutzpflicht	439
aa) Das Konzept der Grundrechte als Schutzpflichten	439
bb) Die Existenz einer grundrechtlichen Schutzpflicht im Immissions- schutzrecht	443
cc) Der Inhalt der Schutzpflicht im Hinblick auf die Verfahrensgestal- tung	445
dd) Ergebnis zu den grundrechtlichen Schutzpflichten	453
b) Die Perspektive der Antragsteller und Betreiber	453
aa) Eingriff in die Rechte der Antragsteller und Betreiber durch Pflich- tenstellung	454
bb) Anspruch auf die mit einer Genehmigung verbundene Rechtsposi- tion	458
c) Zusammenfassung	458
2. Die Staatsaufgaben	459
a) Die Kategorie der sogenannten „notwendigen“ Staatsaufgaben	460
b) Umweltschutz und Genehmigungsverfahren als Staatsaufgabe	463
c) Die Wahrnehmung von Staatsaufgaben	464
d) Schlussfolgerungen	468
3. Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG	468
a) Die Geltung des Funktionsvorbehalts im Immissionsschutzrecht	469
b) Konsequenzen bzw. Anforderungen aufgrund der Geltung des Funk- tionsvorbehalts	471
c) Zusammenfassung und Ergebnis	473
4. Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG	473
5. Die Staatszielbestimmung des Art. 20a GG	476
6. Das Demokratieprinzip	478
a) Der Gegenstand der demokratischen Legitimation	479
b) Die demokratische Legitimation im Rahmen eines Sachverständigenmo- dells – demokratische Legitimation und privater Sachverstand, Befund und Realität	485
c) Zusammenfassung und Ergebnis	493
7. Das Rechtsstaatsprinzip	494
a) Anforderungen an das Verfahren	494

b) Die Justizgewährleistungspflicht	499
8. Das Sozialstaatsprinzip	500
9. Zusammenfassung der inhaltlichen Rahmenbedingungen des Grundgesetzes: Das Minimum einer staatlichen Verantwortung	501
§ 15 Europarechtliche Grenzen einer Verfahrensprivatisierung	505
1. Das Primärrecht der europäischen Verträge	507
2. Eine Schutzpflichtendimension der europäischen Grundrechte (EG und EU)	509
3. Die IVU-Richtlinie	513
a) Die Vorgaben der IVU-Richtlinie	513
b) Das Verhältnis zu einer Verfahrensprivatisierung	514
aa) Die Spielräume aufgrund des Anwendungsbereiches	515
(1) Der formelle Anwendungsbereich	515
(2) Der materielle Anwendungsbereich	515
bb) Der Spielraum bei der Gestaltung des Genehmigungsverfahrens	516
(1) Die Kontrolle der Vorgaben des untergesetzlichen Regelwerks	516
(a) Das deutsche Regelwerk und der Begriff der „allgemein bindenden Vorschrift“	517
(aa) Gesetzliche Vorgaben	517
(bb) Vorgaben in Rechtsverordnungen	518
(cc) Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften	518
(α) Umsetzung von Richtlinien und normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften	519
(β) Die Zulässigkeit der Verwendung normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften	521
(dd) Sonstige Verwaltungsvorschriften und technische Regeln	525
(b) Sonstige Verbindlichkeit	525
(c) Die Regelung des Genehmigungsverfahrens und die Kontrollbedürftigkeit	527
(2) Die „zuständige Behörde“ – Notwendigkeit einer staatlichen Instanz?	528
cc) Gesamtschau und Zusammenfassung	529
4. Die Industrieanlagenrichtlinie	530
5. Die „Großfeuerungsanlagenrichtlinie“	531
6. Die UVP-Richtlinie	532
7. Zusammenfassung zu den europarechtlichen Vorgaben	534

*Kapitel 5***Die Umsetzung des Sachverständigenmodells –
Eine Problemskizze**

535

§ 16 Die Schaffung eines Gewährleistungsverwaltungsrechts	536
1. Gewährleistungsverwaltungsrecht als Ausdruck der Gewährleistungsverantwortung	536
2. Elemente eines Gewährleistungsverwaltungsrechts im Ordnungsrecht ...	540
3. Zusammenfassung und weitere Untersuchung	547
§ 17 Die Regulierung der Sachverständigentätigkeit – Die Kontrolle der Kontrolleure	548
1. Anforderungen an die Sachverständigen	550
a) Allgemeine (nicht-fachliche) Anforderungen	550
b) Aufgabenspezifische, aber nicht fachliche Anforderungen	551
c) Die fachlichen Anforderungen	553
d) Die ausreichende Haftungs vorsorge	554
2. Rechtliche Konzepte zur Kontrolle der Sachverständigen	555
a) Die direkte Kontrolle von Sachverständigen	557
b) Inhalt der Zulassung	561
c) Die repressive Kontrolle der Sachverständigen und die Überwachung .	562
d) Repressive Befugnisse im Hinblick auf fehlerhafte sachverständige Tätigkeit	564
e) Private Kontrolle der Kontrolleure	565
f) Publizität und Transparenz	565
g) Die Beauftragung des Sachverständigen	567
h) Sanktionen	568
3. Regelungen in anderen Gebieten und Bezugnahme darauf	569
4. Rechtsstellung der Sachverständigen	571
a) Beleihung und Verwaltungshilfe	571
b) Der Sachverständige im Rahmen des Sachverständigenmodells	572
5. Die Verfügbarkeit geeigneter Sachverständiger	578
6. Die Ergebnissicherung	578
§ 18 Die Stellung der Betroffenen und Fragen des Drittschutzes	580
1. Die Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes	581
2. Der Rechtsschutz im Rahmen des Sachverständigenmodells	581
a) Zivilrechtsschutz	583
b) Öffentlich-rechtlicher Schutz	585
aa) Kritik am Wegfall einer Genehmigung	586
bb) Der Rechtsschutz im deregulierten Bereich	586

c) Genehmigung und Deregulierung – die Problematik der vereinfachten Genehmigung	589
3. Abschließende Bewertung	590
4. Verfahrensrechtliche Gewährleistungen	592
a) Die Anhörung	592
b) Die Begründung	593
§ 19 Die Kompetenzen der Behörde	593
1. Die Wirkung von sachverständigen Bescheinigungen	593
2. Die Regelung einer Rückholoption	595
3. Die repressive Ebene	596
a) Kapazitätseffekt und Sanktionen	596
b) Übergang vom Opportunitätsprinzip zum Legalitätsprinzip	597
4. Kostenfragen	598
a) Verfahrenskosten	598
b) Sonstige Kosten	599
c) Nachteilige Auswirkungen der Kostenlast	599
5. Evaluation und Lernen	600
Schlussbetrachtung und Ausblick	601
Literaturverzeichnis	613
Sachwortverzeichnis	680