

Rechtliche Unsicherheiten bei der Störerauswahl im Bodenschutzrecht

*Rechtsanwalt Volker Hoffmann, Düsseldorf
und Rechtsreferendar Alessandro Balan, Bonn*

Inhaltsübersicht

		Rdnr.
	Zusammenfassung	1, 2
1	Einleitung	3, 4
2	Der Numerus clausus der bodenschutzrechtlich Verpflichteten	5
3	Grundlagen des Auswahlermessens	6 – 26
3.1	Überragendes Gebot der Effektivität der Gefahrenabwehr	7 – 9
3.1.1	Gleichrangigkeit aller potentiell Pflichtigen	8
3.1.2	Ausnahme: Gebietskörperschaften als Handlungsverantwortliche	9
3.2	Behördliche Sachverhaltsaufklärung (1. Stufe)	10 – 13
3.3	Befugnisse der Behörde zur Ermittlung des Sachverhaltes	14 – 19
3.3.1	Ermittlungsbefugnis gegen den potentiell Pflichtigen	15, 16
3.3.2	Informationsbeschaffung im Wege der Amtshilfe	17, 18
3.3.3	Auskünfte von privaten Dritten	19
3.4	Auswahlentscheidung im engeren Sinne (2. Stufe)	20 – 26
3.4.1	Lastengerechtigkeit und Ausgleichsanspruch	23, 24
3.4.2	Zivilrechtliche Vereinbarungen zwischen potentiell Pflichtigen	25, 26
4	Handlungsverantwortliche	27 – 34
4.1	Verursacher	27
4.2	Persönliche Verursacherhaftung des Geschäftsführers/ Vorstands	28, 29
4.3	Gesamtrechtsnachfolger des Verursachers	30 – 32
4.4	Besonderheiten	33, 34
5	Zustandsverantwortliche	35 – 54
5.1	Grundstückseigentümer	35 – 39
5.2	Der Inhaber der tatsächlichen Gewalt	40 – 43
5.3	Problematik der abdriftenden Schadstofffahnen	44 – 54
5.3.1	Rechtliche Problemstellung	46 – 49
5.3.2	Bewertung relevanter Konstellationen	50 – 54
6	Ermessensfehler	55 – 65
6.1	Praxisrelevante Beispiele	57 – 59
6.2	Begründungs- und Dokumentationspflicht	60, 61
6.3	Heilung von Ermessensfehlern	62 – 65
7	Fazit	66 – 69
	Literatur	

Schlagwortübersicht nach Rdnr.

Altlastenklausel 25	Grundwasserkontamination/-verunreinigung 45, 47, 53
Auskunftspflicht 15, 19	Haftung des Geschäftsführers 28 f.
Auswahlermessen 1, 4, 26, 66	Handlungsstörer 8, 47, 58
Begründungspflicht 60	Inhaber der tatsächlichen Gewalt 40, 42 f.
Datenschutz 17 19	Insolvenzverwalter 40, 42
Effektivität der Gefahrenabwehr 7 f., 12, 23, 47	Lastengerechtigkeit 23 f.
Erbbauberechtigte 40	Mieter 40
Ermessensfehler 2, 8, 50 ff., 60	Mitteilungs- und Auskunftspflicht 15
Ermessensfehlergebrauch 58	Nachholen der Begründung 60
Ermessensnichtgebrauch/-ausfall 57, 59 f., 64, 67	Nachholen der Ermessenserwägungen 62 ff.
Ermittlungsbefugnis 14 ff.	Öffentlich-rechtlicher Vertrag 68
Fahnengrundstück 46, 51, 53 f.	Rangfolge der Störer 1, 9, 20
Finanzielle/wirtschaftliche Leistungsfähigkeit 7, 9, 12, 17, 20, 23, 26, 57	Sachverhaltsaufklärung 10 ff., 43
Folgebescheid 59	Sanierungspflichtiger 52
Gebietskörperschaften 9, 58	Schadstofffahne 2, 44 f., 47 f., 51 ff.
Gesamtrechtsnachfolger des Verursachers 30	Sekundärquelle 54
Grundstückseigentümer 5, 35, 37, 41, 46 f., 49, 52, 58	Summationsschaden 34
	Verdachtsstörer 33
	Verursacher 5, 8, 27 f., 30, 32, 57
	Zustandsstörer 8, 33, 46, 53, 58

Zusammenfassung

- 1 Immer wieder ist zu beobachten, dass das Störerauswahlermessen im Bodenschutzrecht mit rechtlichen Unsicherheiten auf Behördenseite behaftet ist. Damit die Betätigung des Störerauswahlermessens rechtsfehlerfrei gelingen kann, hat die Behörde auf einer ersten Stufe zunächst sorgfältig und umfassend den entscheidungserheblichen Sachverhalt zu ermitteln und so die notwendige Tatsachengrundlage zu schaffen, um dadurch auf einer zweiten Stufe die eigentliche Auswahlentscheidung im engeren Sinne treffen zu können. Auf beiden Stufen werden die anzustellenden Erwägungen maßgeblich von dem Gebot der Effektivität der Gefahrenabwehr geleitet, woraus unter anderem folgt, dass zwischen den potentiell Pflichtigen kein Rangverhältnis besteht.
- 2 Der Blick auf die einzelnen bodenschutzrechtlich Verpflichteten zeigt zahlreiche Besonderheiten, die im Rahmen des Ermessens von der Behörde zu

beachten sind, wobei in dieser Abhandlung im Kontext der Zustandsverantwortlichkeit die nach wie vor umstrittene Problematik der abgedrifteten Schadstofffahne – bei einem eingetretenen Grundwasserschaden – zumindest überschlägig betrachtet wird. Ermessensfehler haben zur Folge, dass die Ordnungsverfügung materiell rechtswidrig ist. Eine „Heilung“ durch das Nachschieben von Gründen kommt nach den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts nur in Betracht, wenn überhaupt Ermessen ausgeübt worden ist und die neuen Gründe bereits bei Erlass des Verwaltungsaktes vorlagen. Dieser Beitrag soll anhand praxisrelevanter Beispiele die rechtlichen Unsicherheiten bei der Störerauswahl minimieren.

1 Einleitung

Untersuchungs- und Sanierungsanordnungen zur Abwehr von Gefahren durch Altlasten und schädliche Bodenveränderungen stellen die zuständigen Behörden stets vor die Frage, welche Verantwortlichen („Störer“) für eine Inanspruchnahme in Betracht kommen und welche potentiell Pflichtigen tatsächlich in Anspruch zu nehmen sind. Die anwaltliche Praxis zeigt immer wieder, dass die Störerauswahl den Behörden regelmäßig erhebliche Schwierigkeiten bereitet, da der Weg zu einer rechtsfehlerfreien Auswahlentscheidung eine Vielzahl von Fehlerquellen bereithält und von rechtlichen Unsicherheiten gesäumt ist. Gerade im Bodenschutzrecht ist jedoch ein rechtssicheres Verwaltungshandeln von besonderer Bedeutung. Denn langwierige Rechtsstreitigkeiten führen dazu, dass Kontaminationen sich durch die hydrogeologische Dynamik weiter ausbreiten und so das gesetzgeberische Ziel einer effizienten Gefahrenabwehr nicht erreicht wird.

Im Folgenden soll daher ein Überblick über die Anforderungen an die behördliche Ausübung des Störerauswahlmessens gegeben werden, der anhand der Judikatur auf häufige Problemstellungen eingeht und die Besonderheiten hinsichtlich der einzelnen bodenschutzrechtlich Verantwortlichen aufzeigt.

2 Der Numerus clausus der bodenschutzrechtlich Verpflichteten

Das Bundesbodenschutzgesetz (BBodSchG) bestimmt den Kreis der sieben Sanierungsverantwortlichen abschließend in § 4 Abs. 2, 3 und 6. Demnach haftet für die Sanierung einer schädlichen Bodenveränderung iSd § 2 Abs. 3 BBodSchG oder einer Altlast iSd § 2 Abs. 5 BBodSchG:

- der Verursacher, § 4 Abs. 3 S. 1 Var. 1,
- der Gesamtrechtsnachfolger des Verursachers, § 4 Abs. 3 S. 1 Var. 2,
- der Grundstückseigentümer, § 4 Abs. 3 S. 1 Var. 3,

- der Inhaber der tatsächlichen Gewalt, § 4 Abs. 3 S. 1 Var. 4,
- der aus handels- oder gesellschaftsrechtlichem Grund für eine juristische Person, der das Grundstück gehört, Haftende, § 4 Abs. 3 S. 4 Var. 1,
- der Derelinquent, also derjenige, der das Eigentum an einem Grundstück aufgibt, § 4 Abs. 3 S. 4 Var. 2,
- der frühere Grundstückseigentümer, § 4 Abs. 6.

3 Grundlagen des Auswahlermessens

- 6 Kommen mehrere Personen als Pflichtige in Betracht (Störermehrheit), muss die Behörde eine Auswahlentscheidung hinsichtlich des oder gegebenenfalls der Adressaten der Untersuchungs- oder Sanierungsanordnung treffen. Die Ausübung dieser Ermessensentscheidung erfolgt in zwei Stufen. Zunächst hat die Behörde auf der ersten Stufe den entscheidungserheblichen Sachverhalt vollständig aufzuklären sowie die Rechtslage zutreffend einzuschätzen. Erst diese Erkenntnisgrundlage versetzt die Behörde in die Lage, anschließend auf der zweiten Stufe die eigentliche Auswahlentscheidung im engeren Sinne zwischen mehreren potentiell Pflichtigen zu treffen.

3.1 Übertragendes Gebot der Effektivität der Gefahrenabwehr

- 7 Auf beiden Stufen der Auswahlentscheidung kommt dem Gebot der Effektivität der Gefahrenabwehr die entscheidende Rolle zu. Denn im Interesse der Allgemeinheit ist derjenige Verantwortliche vorrangig in Anspruch zu nehmen, der der Gefahr einer schädlichen Bodenveränderung oder Altlast am schnellsten und am wirksamsten begegnen kann. Maßgeblich ist daher, welcher Verantwortliche hierzu die persönliche und finanzielle Leistungsfähigkeit besitzt sowie rechtlich und tatsächlich auf das Grundstück zugreifen kann und damit die Möglichkeit hat, auf die Gefahrenquelle einzuwirken.

3.1.1 Gleichrangigkeit aller potentiell Pflichtigen

- 8 Aus dem Gebot der Effektivität der Gefahrenabwehr folgt, dass die Katalogaufzählung der Verpflichteten in § 4 Abs. 3 BBodSchG keine Rangfolge hinsichtlich der als Adressaten einer Sanierungsanordnung in Betracht kommenden Verantwortlichen begründen kann. Insbesondere existiert kein generell-abstrakter Vorrang des Handlungsstörers vor dem Zustandsstörer, wonach die Inanspruchnahme des Zustandsstörers nur dann ermessensfehlerfrei erfolgen könnte, wenn der Verursacher der Gefahr nicht vorhanden oder zur Gefahrenabwehr untauglich wäre [1]. Zwar ist der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung [2] davon ausgegangen, dass die „festgelegte Reihenfolge der Verantwortlichen [...] im Regelfall auch die Rangfolge der Ver-

pflichtung [bestimmt]“, doch kommt diesem „Regelfall“ allenfalls nachrangige Bedeutung zu. Denn direkt anschließend stellt die Gesetzesbegründung auf die alleinige Maßgeblichkeit der möglichst „schnelle[n] und effektive[n] Beseitigung der eingetretenen Störung“, mithin auf den Effektivitätsgrundsatz, ab. Auch die Rechtsprechung stellt in diesem Zusammenhang klar, dass die Effektivität der Gefahrenabwehr der allein maßgebliche Gesichtspunkt bei der Auswahl des heranzuziehenden Pflichtigen ist [3]. Dem stehen auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegen. So hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass Vorschriften, die unbeachtet der Haftung des Verursachers eine effektive Gefahrenabwehr auch durch den Eigentümer sicherstellen, zulässig den Inhalt und die Schranken des Eigentums iSd Art. 14 Abs. 1 S. 2 Grundgesetz bestimmen [4].

3.1.2 Ausnahme: Gebietskörperschaften als Handlungsverantwortliche

Eine Ausnahme von dem Prinzip der Gleichrangigkeit aller potentiell Pflichtigen gilt bei der feststehenden (!) Handlungsverantwortlichkeit einer Gebietskörperschaft. Ein daneben in Betracht kommender Zustandsverantwortlicher haftet lediglich nachrangig, da eine Entscheidung zulasten des Zustandsverantwortlichen in diesem Falle ermessensfehlerhaft wäre [5]. Gegen die Gebietskörperschaft greift eine Effektivitätsvermutung hinsichtlich der finanziellen Leistungsfähigkeit sowie dem fehlenden Vollstreckungserfordernis, da vermutet werden kann, dass eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ihren Verpflichtungen ordnungsgemäß nachkommt. Die Verursachung durch die Gebietskörperschaft muss jedoch zweifelsfrei feststehen. Die bloße Möglichkeit der Verursachung genügt nicht.

3.2 Behördliche Sachverhaltsaufklärung (1. Stufe)

Die fehlerfreie Ermessensausübung setzt auf der ersten Stufe stets die Ermittlung der vollständigen Tatsachengrundlage voraus, um auf der zweiten Stufe in sachgerechter Weise die Auswahlentscheidung im engeren Sinne treffen zu können [6]. Die Behörde ist daher zunächst gemäß § 24 Abs. 1 und 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) im Rahmen eines angemessenen und zumutbaren Verwaltungsaufwandes zur Ermittlung des entscheidungserheblichen Sachverhaltes von Amts wegen verpflichtet (Amtsermittlungsprinzip). Sie bestimmt dabei gemäß § 24 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 VwVfG die Art der Ermittlungen, wobei das Bestimmungsrecht zum einen durch die in § 26 Abs. 1 VwVfG normierten Beweismittel konkretisiert und zum anderen durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begrenzt wird.

Die Behörde hat bei der Ermittlung des entscheidungserheblichen Sachverhaltes zunächst alle ernsthaft in Betracht kommenden Pflichtigen einschließ-

lich ihrer jeweiligen Verantwortlichkeit zutreffend zu ermitteln und erschöpfend zu würdigen [7]. Hierzu gehört auch die Feststellung der gesicherten und zweifelsfreien Kausalität des Verursachungsbeitrages eines Handlungsverantwortlichen.

- 12 Im Lichte der Effektivität der Gefahrenabwehr ist überdies bedeutsam, welche individuellen Möglichkeiten der potentiell Pflichtige zur Beseitigung der Bodenverunreinigung oder Altlast hat. Regelmäßig spielt dabei die finanzielle Leistungsfähigkeit eine entscheidende Rolle, sodass die Behörde Feststellungen über die Vermögens- und Eigentumsverhältnisse der potentiell Pflichtigen zu treffen hat.
- 13 Die Beweislast für das (Nicht-)Vorliegen der Voraussetzungen einer Inanspruchnahme trägt die Behörde, da die für sie günstige Rechtsfolge der Eingriffsnorm betroffen ist [8].

3.3 Befugnisse der Behörde zur Ermittlung des Sachverhaltes

- 14 Soweit die Behörde zur Sachverhaltsaufklärung in die Rechte von Beteiligten oder Dritten eingreift, bedarf sie hierzu einer gesetzlich normierten Eingriffsbefugnis (Vorbehalt des Gesetzes). Maßnahmen, die hingegen keinen Eingriffscharakter besitzen, sind auch ohne besondere Ermächtigung zulässig. Hierzu zählen beispielsweise die Ermittlung von Informationen aus allgemein zugänglichen Quellen oder die Erstellung von behördeninternen Gutachten [9].

3.3.1 Ermittlungsbefugnis gegen den potentiell Pflichtigen

- 15 Die wohl wichtigste Informationsquelle der Behörden zur Sachverhaltsaufklärung ist die in den Bodenschutzgesetzen der Länder geregelte Mitteilungs- und Auskunftspflicht der potentiell Pflichtigen selbst [10]. So hat etwa nach § 3 Abs. 1 LBodSchG NRW der bodenschutzrechtlich Verpflichtete „den Bediensteten der für die Durchführung der Aufgaben des Bundes-Bodenschutzgesetzes, dieses Gesetzes und der auf Grund dieser Gesetze erlassenen Verordnungen zuständigen Behörde und deren Beauftragten auf Verlangen die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die erforderlichen Unterlagen vorzulegen, die diese zur Erfüllung dieser Aufgabe benötigen.“ Von dieser umfassenden Auskunfts- und Vorlagepflicht sind auch Informationen und Unterlagen zu den Vermögens- und Eigentumsverhältnissen erfasst. Denn die entsprechenden landesrechtlichen Befugnisnormen stellen eine ausreichende gesetzliche Grundlage für einen derartigen Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung des potentiell Pflichtigen dar [11].

Die Mitwirkungsverpflichtung kann mittels Zwangsgeldes durchgesetzt bzw. vollstreckt werden. Überdies kann die zuständige Bodenschutzbehörde einen vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstoß gegen die Auskunfts- und Vorlagepflicht beispielsweise gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, Abs. 3 LBodSchG NRW mit einer Geldbuße von bis zu 50.000 Euro ahnden. 16

3.3.2 Informationsbeschaffung im Wege der Amtshilfe

Um Informationen zur Sachverhaltsermittlung zu beschaffen, kann die zuständige Behörde gemäß §§ 4 ff. VwVfG eine andere Behörde im Wege der Amtshilfe zur Auskunftserteilung in Form der Übermittlung von Daten oder der Gewährung von Akteneinsicht verpflichten. Nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG kann eine Behörde um Amtshilfe ersuchen, „wenn sie zur Durchführung ihrer Aufgaben auf die Kenntnis von Tatsachen angewiesen ist, die ihr unbekannt sind und die sie selbst nicht ermitteln kann“. Ihre Grenzen findet die Amtshilfe in dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Bei der Ermittlung der finanziellen Leistungsfähigkeit eines potentiell Pflichtigen wird die Grenze für die Sachverhaltsfeststellungsrechte maßgeblich durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gebildet [12], da die Weitergabe von personenbezogenen Daten iSd Art. 4 Nr. 1 der Verordnung (EU) 2016/679 (Datenschutzgrundverordnung, DSGVO) betroffen ist. Die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) gehen gemäß § 1 Abs. 3 BDSG denen des VwVfG vor. Grundsätzlich sind die Verarbeitung und die Übermittlung personenbezogener Daten durch öffentliche Stellen gemäß Art. 6 Abs. 1 Lit. e, Abs. 2 DSGVO, §§ 3, 25 Abs. 1 BDSG zwar zulässig, wenn sie zur Erfüllung der in der Zuständigkeit der Behörde liegenden Aufgabe erforderlich sind, doch müssen darüber hinaus ebenfalls die Voraussetzungen des § 23 BDSG erfüllt sein, da die Weitergabe eine Zweckänderung darstellt. In Betracht kommen insbesondere § 23 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 4 BDSG, wenn die Behörde tatsächliche Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der durch den potentiell Pflichtigen vorgelegten Daten hat (Nr. 2) oder ein Ordnungswidrigkeitsverfahren eingeleitet wurde (Nr. 4). 17

Bei dem Ersuchen um Information im Wege der Amtshilfe bei Finanzbehörden gilt es darüber hinaus, das Steuergeheimnis gemäß § 30 der Abgabenordnung (AO) zu beachten, denn ein Tatbestand, der eine Offenbarung oder Verwertung der geschützten Daten gemäß § 30 Abs. 4 AO zulassen würde, kommt regelmäßig nicht in Betracht. 18

3.3.3 Auskünfte von privaten Dritten

Gemäß § 26 Abs. 1 S. Nr. 1 VwVfG kann die Behörde Auskünfte jeder Art einholen und dazu jedermann um Auskunft bitten. Eine Auskunftspflicht 19

besteht hingegen nicht, sodass die Behörde auf freiwillige Mitwirkung angewiesen ist. Bei der Zulässigkeit der Verarbeitung von personenbezogenen Daten ist darüber hinaus abermals der Vorrang des BDSG zu beachten. Auskunftersuchen an Kreditinstitute als private Dritte sind daher von der Mitwirkung des Informanten abhängig und können nicht durchgesetzt werden, wobei eine Kooperation regelmäßig an vertraglichen Geheimhaltungsverpflichtungen zwischen dem Kreditinstitut und dem potentiell Pflichtigen scheitern dürfte. Beachtlich ist jedoch, dass Auskünfte, die von Privatpersonen nur vertraulich gegeben wurden, rechtmäßig erlangt sein sollen und verwendet werden dürfen, wenn der Sachverhalt auf andere Weise nicht ermittelt werden kann [13].

3.4 Auswahlentscheidung im engeren Sinne (2. Stufe)

- 20 Verbleiben nach Abschluss der Sachverhaltsermittlung mehrere potentiell Pflichtige, hat die Behörde nunmehr auf Grundlage des in der ersten Stufe ermittelten Sachverhaltes die eigentliche Auswahlentscheidung zu treffen. Die leitende Maxime ist auch bzw. insbesondere auf der zweiten Stufe die Effektivität der Gefahrenabwehr. Maßgebliche Gesichtspunkte sind daher insbesondere die finanzielle und persönliche Leistungsfähigkeit sowie die örtliche Schadensnähe der potentiell Pflichtigen. An dieser Stelle sei nochmals darauf hingewiesen, dass zwischen den in Betracht kommenden Verantwortlichen kein Rangverhältnis besteht.
- 21 Die Behörde kann, gegebenenfalls mit Aufteilung für anteilige Maßnahmedurchführungen, auch von einer kumulativen Inanspruchnahme mehrerer Pflichtiger Gebrauch machen, da es nicht erforderlich ist, stets nur einen von mehreren Verantwortlichen auszuwählen [14].
- 22 Im Interesse einer möglichst effektiven Gefahrenabwehr ist auch nur die Inanspruchnahme derjenigen Person zulässig, die zweifelsfrei als Störer feststeht, unter gleichzeitigem Hintenanstellen derjenigen Personen, deren Störereigenschaft rechtlich unsicher ist, da sie beispielsweise nur durch eine langwierige rechtliche Auseinandersetzung mit unsicherem Ausgang bestimmt werden könnte [15].

3.4.1 Lastengerechtigkeit und Ausgleichsanspruch

- 23 Gerechtigkeitserwägungen spielen bei der Auswahlentscheidung grundsätzlich keine Rolle. Eine gerechte Lastenverteilung kann, wenn überhaupt, nur sehr untergeordnet und nachrangig in die Auswahlentscheidung einfließen. In Betracht kommt etwa die Berücksichtigung des Grades von Nachteilen für den Maßnahmenadressaten sowie des Anteils an der Verursa-

chung – bei gleicher Effektivität der Gefahrenabwehr und Leistungsfähigkeit der Verantwortlichen – im Rahmen der Erwägungen zur Verhältnismäßigkeit.

Der Aspekt der Lastengerechtigkeit ist vielmehr grundsätzlich auf die Sekundärebene verlagert und erfolgt dort durch den nachträglichen internen Ausgleich zwischen den verschiedenen Verpflichteten gemäß § 24 Abs. 2 BBodSchG. Dieser bodenschutzrechtliche Ausgleichsanspruch besteht jedoch gemäß § 24 Abs. 2 S. 2 BBodSchG nur gegenüber einem oder mehreren Handlungsverantwortlichen und nicht zwischen mehreren bloßen Zustandsverantwortlichen untereinander. Auch ist die Durchsetzung dieses Anspruchs mit einem Beweislast- und Insolvenzrisiko behaftet und erfordert weiteren Verfahrensaufwand. 24

3.4.2 Zivilrechtliche Vereinbarungen zwischen potentiell Pflichtigen

Der Umgang mit zivilrechtlichen Vereinbarungen zwischen den verschiedenen Pflichtigen ist im Einzelnen umstritten. Besondere Bedeutung erlangen hierbei Altlastenklauseln und Freistellungsregelungen in Grundstückskaufverträgen. Diese klären die Haftungsfrage inter partes aufgrund einer bereits erfolgten wirtschaftlichen Einigung zwischen den potentiell Pflichtigen, typischerweise in Form einer Kompensation für die Altlastenhaftung durch einen entsprechend niedrigen Kaufpreis und umgekehrt. 25

Im Rahmen des Ermessens darf eine solche privatrechtliche Vereinbarung nicht gänzlich unberücksichtigt bleiben. Zwar bindet sie die Behörde nicht unmittelbar, doch kann sich das Auswahlermessen der Behörde reduzieren, wenn der Effektivitätsgrundsatz dem nicht entgegensteht, wie etwa bei gleicher finanzieller und persönlicher Leistungsfähigkeit der potentiell Pflichtigen. 26

4 Handlungsverantwortliche

4.1 Verursacher

Verursacher gemäß § 4 Abs. 3 S. 1 Var.1 BBodSchG ist jede natürliche oder juristische Person, die durch ein Handeln, Dulden oder Unterlassen an der Bodenkontamination mitgewirkt hat. Nach der herrschenden „Theorie der unmittelbaren Verursachung“ ist derjenige Störer, der bei wertender Betrachtung und unter Einbeziehung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls durch seinen Beitrag die Gefahrenschwelle überschritten und dadurch die unmittelbare Ursache für den Eintritt der Gefahr gesetzt hat [16]. Um aber eine konturenlose Gefährdungshaftung für jegliche Folgen gewerblicher oder sonstiger Tätigkeit, allein wegen eines objektiv gefahrenträchtigen Verhaltens, auszuschließen, bedarf es zusätzlich der Voraussetzung des Über-

schreitens der Gefahrenschwelle. Die Grenze dieser Schwelle bemisst sich an dem sozialadäquaten Verhalten, wobei die Rechtswidrigkeit der Verursachungshandlung sowie die Zuordnung zur eigenen Risikosphäre entscheidend sind.

4.2 Persönliche Verursacherhaftung des Geschäftsführers/Vorstands

- 28 Der Geschäftsführer oder Vorstand einer Gesellschaft kann im Außenverhältnis zusätzlich zu bzw. neben der Gesellschaft, für die er als Organ gehandelt hat, auch persönlich als Verursacher gemäß § 4 Abs. 3 S. 1 BBodSchG in Anspruch genommen werden, soweit er (auch) in seiner Person selbst die Voraussetzungen der Verhaltensverantwortlichkeit erfüllt. Dies ist der Fall, wenn der Geschäftsführer bzw. Vorstand durch tatsächliche Entscheidungsverantwortung innerhalb der maßgeblichen Vorgänge einen wesentlichen Verursachungsbeitrag im Unternehmen selbst gesetzt hat [17].
- 29 Im Rahmen der Sachverhaltsermittlung hat die Behörde den konkreten Verursachungsbeitrag für jede Führungskraft im Einzelfall zu prüfen. Regelmäßig stehen der Behörde dann mindestens zwei Handlungsverantwortliche als potentiell Pflichtige zur Verfügung: die Gesellschaft und der Geschäftsführer oder Vorstand.

4.3 Gesamtrechtsnachfolger des Verursachers

- 30 Von den bodenschutzrechtlichen Pflichten ist gemäß § 4 Abs. 3 S. 1 Var. 2 BBodSchG auch der Gesamtrechtsnachfolger des Verursachers betroffen, sodass die Haftung grundsätzlich diejenigen trifft, die Kraft Gesetz in die gesamten Rechte und Pflichten des Verursachers eintreten. Eine Gesamtrechtsnachfolge liegt etwa vor bei einer Erbschaft gemäß § 1922 BGB, einer gesellschaftsrechtlichen Umwandlung gemäß Umwandlungsgesetz, einem Betriebsübergang gemäß § 613a BGB oder einer Eingemeindung.
- 31 In zeitlicher Hinsicht ist der Anwendungsbereich des § 4 Abs. 3 S. 1 BBodSchG – zumindest nach der jüngeren zivilrechtlichen Rechtsprechung – verfassungskonform zu reduzieren, um eine verfassungswidrige Rückwirkung zu vermeiden [18]. Das damit zu schützende Vertrauen erstreckt sich etwa bis in das Jahr 1970, denn für den davor liegenden Zeitraum sollten – zumindest nach dem Bundesgerichtshof – Gesamtrechtsnachfolger darauf vertrauen dürfen, dass öffentliche Rechte und Pflichten höchstpersönlich und nicht übertragbar sind bzw. waren.
- 32 Diskutiert wird zudem die Frage, ob auch die Erben des Verursachers von der Gesamtrechtsnachfolge umfasst sind, also die zweite usw. Erbgeneration [19]. Die wohl überwiegende Auffassung lehnt die sogenann-

te sukzessive Gesamtrechtsnachfolge durch mehrfache Erbfolge ab, da der Begriff der Gesamtrechtsnachfolge zivilrechtlich geprägt ist und das Zivilrecht des BGB eine Gesamtrechtsnachfolge vom verursachenden Erblasser auf den/die Erbeserben nicht kennt.

4.4 Besonderheiten

Bei der Inanspruchnahme des Handlungsverantwortlichen muss dessen Verursachungsbeitrag zumindest aus ex ante Sicht feststehen. Die bloße Möglichkeit der Verursachung genügt nicht. In engen Grenzen soll nach einem – zweifelhaften – Urteil des Verwaltungsgerichts Karlsruhe aber ausnahmsweise auch die Inanspruchnahme eines Verdachtsstörers möglich sein, wenn es sich um notwendige Untersuchungen zur Gefährdungsabschätzung handelt und nur objektive Faktoren als tragfähige Indizien vorhanden sind, die auf einen gesicherten Ursachenzusammenhang zwischen dem potentiellen Handlungsverantwortlichen und der eingetretenen Gefahr schließen lassen [20]. Vor dem Hintergrund des Effektivitätsgebotes erscheint es in dieser Konstellation jedoch naheliegender, stattdessen den Zustandsstörer in Anspruch zu nehmen [21].

Für sogenannte Summationsschäden, bei denen die nachträgliche Isolierung bzw. Aufteilung von Teilbeiträgen mehrerer Handlungsverantwortlicher für die Gesamtstörung nicht möglich ist, kann ein einzelner Handlungsverantwortlicher einheitlich – und damit über seinen eigentlichen Anteil hinaus – auf die Sanierung des Gesamtschadens in Anspruch genommen werden, wenn sein Verursachungsbeitrag feststeht und dieser darüber hinaus so erheblich ist, dass er für sich genommen sanierungsbedürftig ist [22].

5 Zustandsverantwortliche

5.1 Grundstückseigentümer

Der im Grundbuch eingetragene Eigentümer eines Grundstückes haftet allein wegen dieser Rechtsstellung gemäß § 4 Abs. 3 S. 1 Var. 3 BBodSchG für die von dem Grundstück ausgehenden Gefahren. Legitimation findet diese Haftung durch die Sachherrschaft über das Grundstück und der damit einhergehenden tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeit auf die Gefahrenquelle einzuwirken. Überdies rechtfertigt die Sozialbindung und -pflichtigkeit des Eigentums, den Grundstückseigentümer zur Abwehr von Gefahren zu verpflichten, die von seinem Grundstück für die Allgemeinheit, z. B. das Grundwasser, ausgehen. Denn der Eigentümer kann im Gegenzug den Nutzen sowie die wirtschaftlichen Vorteile aus dem Grundstück ziehen [23].

- 36 Abgesehen von einer etwaigen verfassungsrechtlichen Begrenzung, ist es für die Haftung grundsätzlich ohne Bedeutung, ob der Eigentümer bei Erwerb des Grundstücks hinsichtlich einer schädlichen Bodenveränderung gut- oder bösgläubig war und von welcher Person oder aufgrund welcher Umstände die schädliche Bodenveränderung verursacht wurde [24].
- 37 Im Rahmen der Erwägungen zur Angemessenheit der angeordneten Maßnahme ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Inanspruchnahme des Grundstückseigentümers diesem zumutbar sein muss. Zur Bestimmung der Grenze dessen, was einem Grundstückseigentümer an Belastungen zugemutet werden kann, dient als Anhaltspunkt der Verkehrswert des Grundstückes nach Durchführung der Sanierung. Denn wird der Verkehrswert von den Kosten überschritten, entfällt regelmäßig das Interesse des Eigentümers an einem zukünftigen privatwirtschaftlichen Gebrauch des Grundstückes [25].
- 38 Bei einer Wohnungseigentümergeinschaft ist stets genau zu prüfen und zu unterscheiden, wer Eigentümer der tatsächlich betroffenen Fläche ist. Während die Fläche, auf der das gemeinschaftliche Gebäude steht, Gemeinschaftseigentum ist, können Zusatzflächen, wie beispielsweise Gärten oder Garagen, Sondereigentum einzelner Eigentümer darstellen. Dies wiederum hat Auswirkungen darauf, wer Zustandsverantwortlicher ist: die Wohnungseigentümergeinschaft insgesamt oder ein einzelner Sondereigentümer.
- 39 § 4 Abs. 6 BBodSchG normiert – als Sonderfall im deutschen Rechtssystem – ergänzend eine sogenannte verlängerte Zustandsverantwortlichkeit für den früheren Eigentümer. Dieser haftet weiter, wenn er sein Eigentum nach dem 1. März 1999 übertragen hat und die schädliche Bodenveränderung oder Altlast dabei kannte oder kennen musste, es sei denn, er hat bei Erwerb des Grundstückes in schutzwürdiger Weise auf die Belastungsfreiheit des Grundstückes vertraut.

5.2 Der Inhaber der tatsächlichen Gewalt

- 40 Aufgrund der Möglichkeit der unmittelbaren Einwirkung auf die Gefahrenquelle vor dem Hintergrund der tatsächlichen Sachherrschaft, trifft gemäß § 4 Abs. 3 S. 1 BBodSchG auch den Inhaber der tatsächlichen Gewalt eine Zustandsverantwortlichkeit. Maßgeblich ist hierbei jedoch nicht der zivilrechtliche Besitzbegriff (§ 854 Abs. 1 BGB), sondern allein die tatsächliche Sachherrschaft, weshalb auch der bloße Besitzdiener (§ 855 BGB) erfasst ist [26]. Praktische Relevanz erlangen in diesem Zusammenhang insbesondere der Mieter und der Pächter sowie ferner der Insolvenzverwalter und der Erbbauberechtigte.

Im Rahmen der Auswahlentscheidung stehen diese regelmäßig neben dem Grundstückseigentümer als weitere Zustandsverantwortliche zur Verfügung. Die Inanspruchnahme des Inhabers der tatsächlichen Gewalt ist häufig jedoch ineffektiv, da leicht ein Haftungsentzug durch Vertragskündigung gelingt und keine verlängerte Nachhaftung analog zu derjenigen eines früheren Eigentümers nach § 4 Abs. 6 BBodSchG besteht. Auf die Wirksamkeit einer Kündigung kommt es dabei nicht an, entscheidend ist das Aufgeben der Sachherrschaft. 41

Als zustandsstörender Inhaber der tatsächlichen Gewalt (§ 148 Abs. 1 Insolvenzordnung, InsO) haftet der Insolvenzverwalter umfassend für Verunreinigungen aus der Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Diesbezüglich hat er jedoch durch Freigabe des Grundstückes aus der Masse die Möglichkeit, sich der Haftung zu entziehen. Verursacht der Insolvenzverwalter nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die schädliche Bodenveränderung im Rahmen der Insolvenzverwaltung, ist dieser als Handlungsstörer verantwortlich und kann sich der Haftung nicht durch Freigabe des Grundstückes entziehen. Entsprechendes gilt auch für die immissionsschutzrechtlichen Nachsorgepflicht auf „Wiederherstellung eines ordnungsgemäßen Zustandes des Anlagengrundstücks“ gemäß § 5 Abs. 3 Nr. 3 Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG), die den Insolvenzverwalter als stilllegenden Betreiber dann trifft, wenn er Anlagenbetrieb zunächst fortführt und dann im Laufe des Insolvenzverfahrens stilllegt. 42

Auch der Erbbauberechtigte unterliegt als Inhaber der tatsächlichen Gewalt der Zustandsverantwortlichkeit. Bei der Sachverhaltsaufklärung ist vor allem der Umfang des Erbbaurechts zu prüfen, denn die Zustandsverantwortlichkeit reicht nur so weit, wie das Erbbaurecht selbst, sodass etwaige Zusatz- und Nebenflächen ausgenommen sein können. 43

5.3 Problematik der abdriftenden Schadstofffahnen

Die Betrachtung der Problemstellungen im Hinblick auf abdriftende Schadstofffahnen bedarf dem Umfang nach eigentlich einer eigenen Abhandlung. Da sich die Problematik an dieser Stelle jedoch thematisch eingliedert, soll im Folgenden ein kursorischer, ergebnisorientierter Überblick erfolgen. 44

Gelangen schädliche Bodenverunreinigungen in das Grundwasser, breiten sich die Schadstoffe abhängig von der den topographischen und geologischen Gegebenheiten in Grundwasserfließrichtung aus. Überschreitet die Grundwasserverunreinigung dabei die Eigentumsgrenzen des Quellgrundstückes und unterfließt andere Grundstücke, spricht man von einer sogenannten abgedrifteten Schadstofffahne. 45

5.3.1 Rechtliche Problemstellung

- 46 Umstritten ist in diesem Zusammenhang, wie weit die Zustandsverantwortlichkeit der jeweils betroffenen Grundstückseigentümer reicht. Insbesondere stellt sich die grundlegende Frage, ob der Eigentümer des Quellgrundstückes als Zustandsstörer auch für Untersuchungs- und Sanierungsmaßnahmen auf fremden Fahnengrundstücken haftet [27], oder ob die Verantwortlichkeit des Zustandsstöres an der Grundstücksgrenze endet [28]. Eine höchstrichterliche Entscheidung ist hierzu bisher noch nicht ergangen. Gleichwohl zeigt die Rechtsprechung der vergangenen zehn Jahre eine klare Tendenz zu einer wohl herrschenden Auffassung, wonach die Verantwortlichkeit des Zustandsstörers nicht auf Beeinträchtigungen zu begrenzen ist, die auf dem in seinem Besitz oder Eigentum stehenden Grundstück eingetreten sind. Vielmehr ist die Zustandsverantwortlichkeit des Eigentümers bei abdriftenden Schadstofffahnen über die Grundstücksgrenzen hinaus anzunehmen, wenn die Kausalität zwischen Quelle und Fahne feststeht.
- 47 Dafür spricht bereits der Wortlaut des § 4 Abs. 3 BBodSchG, demzufolge der Grundstückseigentümer verpflichtet ist „durch schädliche Bodenveränderungen oder Altlasten verursachte Verunreinigungen von Gewässern“ zu sanieren. Darin ist eine ausdrückliche Pflicht zur Sanierung des Grundwassers normiert [29]. Diese Sanierungspflicht kann auch nicht an der Grenze des Quellgrundstücks enden, denn das Grundwasser ist nicht vom Grundstückseigentum umfasst, da es schon nicht Bestandteil des Bodens ist [30]. Damit verbunden spricht im Falle abdriftender Schadstofffahnen auch das überragende Gebot der Effektivität der Gefahrenabwehr für eine Ausdehnung der Zustandsverantwortlichkeit des Eigentümers über die eigenen Grundstücksgrenzen hinaus. Denn aufgrund der Tatsache, dass Grundwasser typischerweise fließt, mithin nicht örtlich gebunden ist, ist eine parzellengenaue Sanierung von vornherein weder effektiv noch sachgerecht [31]. Ferner bildet das Eigentum am Grundstück lediglich den Anknüpfungspunkt der Zustandsverantwortlichkeit und begrenzt nicht die Reichweite [32]. Mit hinein in diesen Zusammenhang spielt ferner auch, dass neben der tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeit zur Einwirkung auf die Gefahrenquelle, die Zustandsverantwortlichkeit verfassungsrechtlich auch durch die Sozialbindung und -pflichtigkeit des Eigentums legitimiert und begründet ist.
- 48 Letztlich bedarf es, zur gebotenen Begrenzung der ansonsten uferlosen Zustandshaftung, eines hinreichend engen Wirkungs- sowie Ursachenzusammenhanges in Form einer feststehenden Kausalität zwischen dem Schadstoffeintrag auf dem Quellgrundstück einerseits und der abdriftenden Schadstofffahne andererseits [33].

Die (sich auf dem Rückzug befindliche) Gegenansicht sieht die Haftung des Grundstückseigentümers auf den räumlichen Bereich des Grundstücks begrenzt. Maßgeblich für die verfassungsrechtliche Legitimation der Zustandsverantwortlichkeit sei allein die Nähe zur Gefahrenquelle, mithin die tatsächliche oder rechtliche Möglichkeit auf die Gefahrenquelle einzuwirken. Ist die Einwirkungsmöglichkeit der Grund für die Verantwortlichkeit, dann müsse sie zugleich aber auch die äußerste Grenze der Einwirkungspflicht darstellen [34].

5.3.2 Bewertung relevanter Konstellationen

Im Folgenden sollen in der gebotenen Kürze die Erwägungen der herrschenden Tendenz in der Rechtsprechung auf vier praxisrelevante Hauptkonstellationen übertragen werden, wobei darauf hingewiesen sei, dass darüber hinaus verschiedene Unterkategorien und Besonderheiten im Einzelfall existieren. 50

Die Inanspruchnahme des Eigentümers eines Quellgrundstückes für Maßnahmen auf einem Fahnengrundstück bei „normal“ abdriftender Schadstofffahne ist zulässig, wenn die Kausalität zwischen der Quelle und der Fahne feststeht [35]. 51

Der Grundstückseigentümer bleibt auch dann sanierungspflichtig, wenn die Schadstofffahne den räumlichen Bereich des Quellgrundstückes vollständig verlassen und keine unmittelbare Verbindung mehr hat, sich das verunreinigte Grundwasser mithin gar nicht mehr unter dem Quellgrundstück befindet (abgerissene Schadstofffahne) [36]. Im Vergleich zur vorherigen Konstellation besteht kein wesentlicher Unterschied, da sich die Sozialbindung des Eigentums fortsetzt und es allein vom hydrogeologischen Zufall abhängt, ob die Fahne abreißt. Besonderes Augenmerk ist aber insbesondere in dieser Konstellation darauf zu legen, dass der Zusammenhang zwischen der Quelle und der Restfahne feststeht. 52

Der Eigentümer eines lediglich unterströmten Fahnengrundstücks, ohne eigene Quellbeiträge, kann hingegen nicht als Zustandsstörer für die Sanierung einer das Grundstück unterströmenden Schadstofffahne in Anspruch genommen werden [37]. Anders als bei den vorgenannten Fällen besteht hier gerade kein die Zustandsverantwortlichkeit begründender Zurechnungsgrund. Denn die Grundwasserkontamination steht nicht in Verbindung mit dem bloßen Fahnengrundstück, da das Grundwasser nicht vom Eigentum an dem Grundstück umfasst ist und es lediglich unterströmt. 53

Anders zu beurteilen ist die (Sonder-)Konstellation, bei der Schadstoffe aus der Fahne in den Boden des Fahnengrundstückes gelangt sind. Hier haftet 54

der Eigentümer des kontaminierten Fahngrundstückes als Zustandsverantwortlicher, denn nunmehr geht die Gefahr der schädlichen Bodenveränderung unmittelbar von dem Fahngrundstück selbst aus. Dort hat sich schließlich eine „Sekundärquelle“ gebildet, deren Bezugspunkt wieder eine „echte“ Bodenverunreinigung darstellt. Im Rahmen der Adäquanzbetrachtung liegt es auch nicht außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit, dass Bodenkontaminationen durch Nachbargrundstücke erfolgen können, insbesondere nicht, wenn durch grundwasserrelevante Maßnahmen, wie Brunnen oder Bohrungen, eine latente Gefahr geschaffen wird [38].

6 Ermessensfehler

- 55 Der Bürger hat gegenüber der Verwaltung einen Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung. Im Rahmen der Störerauswahl sind sowohl auf der Ebene der Sachverhaltsermittlung als auch bei der Auswahlentscheidung im engeren Sinne Ermessensfehler möglich. Diese führen dazu, dass ein Verstoß gegen § 40 VwVfG vorliegt und die Ordnungsverfügung damit in der Regel materiell rechtswidrig ist. Nur ausnahmsweise führt ein Ermessensfehler nicht zur materiellen Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes. Dies ist lediglich dann der Fall, wenn Alternativerwägungen den Verwaltungsakt ermessensfehlerfrei tragen oder im konkreten Einzelfall ein Einfluss des Ermessensfehlers auf das Ergebnis der Entscheidung ausgeschlossen werden kann, weil jeder Verwaltungsakt mit einem anderen Inhalt fehlerhaft gewesen wäre (Ermessensreduzierung auf Null) [39].
- 56 Von den Ermessensfehlern zu unterscheiden sind Begründungsmängel, die den verfahrensrechtlichen Anforderungen des § 39 Abs. 1 VwVfG nicht genügen und die formelle Rechtswidrigkeit der Ordnungsverfügung zur Folge haben (dazu 6.2).

6.1 Praxisrelevante Beispiele

- 57 Von einer fehlerhaften Ermessensausübung ist zunächst auszugehen, wenn die Behörde den entscheidungserheblichen Sachverhalt nicht ausreichend ermittelt, sodass für die Auswahlentscheidung im engeren Sinne keine genügende Tatsachengrundlage zur Verfügung steht. Wird beispielsweise bei der Aufklärung des Sachverhalts ein Verantwortlicher übersehen, stellt dies einen partiellen Ermessensausfall dar [40]. Auch ist die Störerauswahl ermessensfehlerhaft, „wenn nicht alle in Betracht kommenden Störer in die Auswahl einbezogen werden oder bei einer Vielzahl von in Betracht kommenden Verursachern einer ausgewählt wird, ohne den Verursachungsbeiträgen der anderen nachzugehen“ [41]. Nimmt die Behörde ohne nähere Überprüfung die finanzielle Leistungs(un)fähigkeit eines potentiell Pflichti-

gen an, stellt dies einen Fall des Ermessensnichtgebrauchs dar. Diesbezüglich können für eine ermessensfehlerfreie Entscheidung gleichwohl bereits tragfähige Indizien ausreichen, da ausufernde Ermittlungen hinsichtlich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einer effektiven Gefahrenabwehr zuwiderliegen und überdies der Ermittlungserfolg maßgeblich von der Kooperationsbereitschaft des potentiell Pflichtigen abhängt.

Legt die Behörde der Auswahlentscheidung sachfremde Erwägungen, falsche Tatsachen oder falsche rechtliche Annahmen zu Grunde, ist ein Ermessensfehlergebrauch gegeben [42]. Dies ist etwa der Fall, wenn die Behörde bei ihrer Auswahlentscheidung davon ausgeht, dass der Handlungsstörer stets vor dem Zustandsstörer in Anspruch zu nehmen sei oder der Zustandsstörer nur herangezogen werden könne, wenn tatsächliche oder rechtliche Unklarheiten hinsichtlich des Handlungsstörers bestünden. Ermessensfehlerhaft ist nach der wohl herrschenden Auffassung [43] auch der Ausschluss eines Grundstückseigentümers aus dem Kreise der potentiell Pflichtigen mit der Begründung, seine Zustandsverantwortlichkeit sei grundsätzlich auf den räumlichen Bereich des Grundstückes begrenzt [44]. Ebenso ist eine Entscheidung ermessensfehlerhaft, die auf der Annahme beruht, dass gegen eine Kommune oder andere Behörde nicht vorgegangen und vollstreckt werden könne, sondern eine Inanspruchnahme nur in Betracht komme, wenn diese freiwillig handle [45].

58

Ein Fall des Ermessensnichtgebrauchs liegt ferner vor, wenn für einen Folgebeseid keine individuelle Störerauswahl getroffen wird, sondern lediglich auf eine frühere Behördenentscheidung verwiesen oder diese ohne erneute Ermessensausübung einfach übernommen wird. Denn die maßgeblichen Gesichtspunkte der vorherigen Entscheidung können sich mit Zeitablauf verändert haben.

59

6.2 Begründungs- und Dokumentationspflicht

In der behördlichen Verfügung sind die tragenden Gesichtspunkte der Ermessensentscheidung gemäß § 39 Abs. 1 S. 3 VwVfG zu begründen. Ein Verstoß gegen diese Begründungspflicht betrifft zwar allein die formelle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes und ist gemäß § 45 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 VwVfG unbeachtlich, wenn die erforderliche Begründung nachgeholt wird. Heilbar ist jedoch lediglich die unterbliebene formelle Begründung, nicht aber ein Ermessensfehler und insbesondere kein Ermessensausfall, in der Form, dass tatsächlich gar kein Ermessen ausgeübt wurde. Die Ausübung des Ermessens muss folglich tatsächlich und ordnungsgemäß erfolgt sein, wobei sich die maßgebenden Ermessenserwägungen zumindest aus der Dokumentation des Verwaltungsvorgangs in den Behördenakten nachvollziehen

60

lassen müssen [46]. Das alleinige Fehlen der formell ordnungsgemäßen Begründung führt daher nicht automatisch zu einem Ermessensfehler, ist jedoch regelmäßig ein Indiz dafür, dass auch materiell keine ausreichende Grundlage besteht bzw. tatsächlich keine Ermessenserwägungen angestellt wurden [47].

- 61 Für eine rechtsfehlerfreie Ordnungsverfügung nimmt die Behörde demnach bestenfalls im Bescheid selbst eine umfassende Würdigung aller potentiell Pflichtigen vor.

6.3 Heilung von Ermessensfehlern

- 62 Nach den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechtes dürfen neue Gründe für einen Verwaltungsakt nachgeschoben werden, wenn sie bereits bei Erlass des Verwaltungsaktes vorlagen, sie den Verwaltungsakt nicht in seinem Wesen verändern und der Betroffene nicht in seiner Rechtsverteidigung beeinträchtigt wird [48]. Die Voraussetzungen für die Berücksichtigung von nachträglichen Ermessenserwägungen im Verwaltungsprozess regelt § 114 S. 2 VwGO. Bereits nach dem Wortlaut sieht dieser nur ein Ergänzen von Ermessenserwägungen vor, sodass im Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung bereits Ermessenserwägungen angestellt worden sein müssen, das Ermessen also in irgendeiner Weise tatsächlich betätigt worden sein muss [49].
- 63 Zulässig sind daher die Ergänzung, Klarstellung und Verstärkung von bereits getroffenen oder im Ansatz bei Erlass des Verwaltungsaktes schon vorhandenen Ermessenserwägungen.
- 64 Hingegen nicht zulässig sind die Nachholung einer vollständig unterbliebenen Ermessensausübung oder die gänzliche Auswechslung der die Ermessensentscheidung tragenden Gründe [50]. Sind in Bezug auf einen potentiell Pflichtigen überhaupt keine Ermessenserwägungen angestellt worden, so ist der daraus resultierende partielle Ermessensausfall der Heilung gemäß § 114 S. 2 VwGO nicht zugänglich [51].
- 65 Auch ein Nachschieben von Ermessenserwägungen erst nach geraumer Zeit kann unzulässig sein, wenn dadurch die Rechtsverteidigung des Betroffenen erschwert wird, weil er die bisherige Verteidigung vollkommen umstellen muss [52].

7 Fazit

- 66 Die vorangegangene Auseinandersetzung mit der Störerauswahl im Bodenschutzrecht zeigt, dass die rechtmäßige Inanspruchnahme der Verantwortlichen ganz entscheidend mit der fehlerfreien Ausübung des Störerauswahlermessens steht und fällt.

Aus behördlicher Sicht ist hierbei darauf zu achten, dass bereits bei der Aufklärung des Sachverhaltes sämtliche entscheidungserheblichen Tatsachen, insbesondere alle potentiell Pflichtigen, sorgfältig ermittelt werden, um so das notwendige Fundament für die eigentliche Auswahlentscheidung im engeren Sinne zu setzen. Denn Fehler im Rahmen der Sachverhaltsermittlung sind als partieller Ermessensnichtgebrauch zu qualifizieren und können nachträglich kaum berichtigt werden.

67

Ein interessensgerechtes Problemvermeidungsinstrument, um den Unsicherheiten bei der Störerauswahl im Bodenschutzrecht zu begegnen, kann der öffentlich-rechtliche Vertrag gemäß § 54 VwVfG sein. Statt der Inanspruchnahme des Verantwortlichen durch ordnungsbehördliche Verfügung „von oben herab“, mit den dargestellten Schwierigkeiten tatsächlicher und rechtlicher Natur, kann der Pflichtige „auf Augenhöhe mitgenommen“ werden und so im Idealfall eine recht zügige und interessengerechte Lösung erreicht werden. Voraussetzung für diese Art der Lösung ist zwar stets die Kooperations- und Kompromissbereitschaft des potentiell Pflichtigen, doch zeigt die anwaltliche Praxis, dass gerade Unternehmen häufig gewillt sind, ihrer Sanierungspflicht grundsätzlich nachzukommen, sich durch die Ordnungsverfügung jedoch unverhältnismäßig benachteiligt sehen, weil ihre Interessen nicht ausreichend gewürdigt worden sind. Weitere Vorteile sind zudem, dass die oftmals schwierige Beweisführung der Sanierungsverantwortlichkeit entfällt und der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages regelmäßig schneller und effizienter erfolgt als die Inanspruchnahme durch eine behördliche Anordnung, insbesondere wenn so langwierige und kostenintensive Rechtsstreitigkeiten vermieden werden. Auch entsteht für alle Beteiligten Rechtssicherheit, denn die Behörde vermeidet die Anfechtung ihrer Anordnung und der Pflichtige erlangt finanzielle Planungssicherheit, die nicht nur für große Unternehmen von erheblicher Bedeutung sein kann. Letztlich ist die Untersuchungs- oder Sanierungspflicht für die Behörde auch genauso vollstreckbar, wie eine Ordnungsverfügung, wenn sich der Pflichtige gemäß § 61 Abs. 1 VwVfG der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dem öffentlich-rechtlichen Vertrag unterwirft, was heutzutage Standard ist.

68

Literatur

- [1] OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 27.03.2020 – 11 N 118.16 –, juris Rn. 3; Bayerischer VGH, Urteil vom 30.01.2018 – 22 B 16.2099 –, juris Rn. 16; VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 10.01.2018 – 9 L 3015/17 –, juris Rn. 58.
- [2] BT-Drs. 13/6701, S. 35.
- [3] BVerwG, Beschluss vom 16.02.2017 – 7 B 16/16 –, juris Rn. 6.

- [4] BVerfG, Beschluss vom 16.02.2000 – 1 BvR 242/91, 315/99 –, juris Rn. 46.
- [5] vgl. Bayerischer VGH, Beschluss vom 10.06.2010 – 22 ZB 09.1928 –, juris Rn. 14.
- [6] VG Düsseldorf, Urteil vom 29.07.2016 – 17 K 3089/15 –, juris Rn. 25.
- [7] Bayerischer VGH, Urteil vom 30.01.2018 – 22 B 16.2099 –, juris Rn. 16; VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 10.01.2018 – 9 L 3015/17 –, juris Rn. 53, 61.
- [8] *Ramsauer* in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 22. Auflage 2021, § 24 Rn. 42.
- [9] vgl. *Schneider* in: Schoch/Schneider, VwVfG, 1. EL August 2021, § 24 Rn. 79.
- [10] bspw.: § 3 Abs. 2 S. 1 LBodSchAG BW, § 31 Abs. 2 S. 1 BbgAbfBodG, § 4 Abs. 1 S. 2 HAltBodSchG, Art. 1 Abs. 1 S. 2 BayBodSchG.
- [11] vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 13.03.2014 – 10 S 2210/12 –, juris Rn. 32.
- [12] vgl. *Schmitz* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Auflage 2018, § 4 Rn. 8.
- [13] s. *Kallerhoff/Fellenberg* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Auflage 2018, § 26 Rn. 42, § 24 Rn. 34.
- [14] VG Gelsenkirchen, Urteil vom 25.09.2018 – 9 K 5544/14 –, juris Rn. 213; VG Augsburg, Urteil vom 18.09.2018 – Au 3 K 16.1061 –, juris Rn. 56 aE.
- [15] BVerwG, Beschluss vom 16.02.2017 – 7 B 16/16 –, juris Rn. 2.
- [16] OVG NRW, Urteil vom 20.09.2017 – 16 A 1920/09 –, juris Rn. 82.
- [17] OVG NRW, Urteil vom 20.05.2015 – 16 A 1686/09 –, juris Rn. 120 ff.
- [18] BGH, Urteil vom 29.09.2016 – I ZR 11/15 –, juris Rn. 32.
- [19] dagegen: OLG München, Urteil vom 01.04.2021 – 24 U 7001/19 –, juris Rn. 20 ff.; ausführlich zum Streitstand VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 18.12.2012 – 10 S 744/12 –, juris Rn. 48 ff.; a.A.: VG Augsburg, Urteil vom 18.09.2018 – Au 3 K 16.1061 –, juris Rn. 42.
- [20] VG Karlsruhe, Urteil vom 13.11.2019 – 2 K 6364/18 –, juris Rn. 74 mwN.
- [21] vgl. VG Augsburg, Urteil vom 18.09.2018 – Au 3 K 16.1061 –, juris Rn. 49 ff.
- [22] VG Karlsruhe, Urteil vom 13.11.2019 – 2 K 6364/18 –, juris Rn. 75 mwN; VG Düsseldorf, Urteil vom 29.07.2016 – 17 K 3089/15 –, juris Rn. 46 ff.
- [23] BVerfG, Beschluss vom 16.02.2000 – 1 BvR 242/91 –, juris Rn. 46; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 27.03.2020 – 11 N 118.16 –, juris Rn. 3.
- [24] Sächsisches OVG, Urteil vom 17.07.2020 – 4 A 525/18 –, juris Rn. 22.
- [25] BVerfG, Beschluss vom 16.02.2000 – 1 BvR 242/91 –, juris Rn. 56.

- [26] Kahl/Gärditz, Umweltrecht, 11. Auflage 2019, § 9. Bodenschutzrecht Rn 26.
- [27] OLG Karlsruhe, Urteil vom 29.12.2016 – 12 U 14/16 –, juris Rn. 63 ff.; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22.08.2014 – 11 N 53.12 –, juris Ls 4, Rn. 10; OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 19.05.2010 – 8 A 10162/10 –, juris Ls 4, Rn. 16; VG Ansbach, Urteil vom 02.06.2020 – AN 9 K 17.0080, AN 9 K 18.00928 –, juris Rn. 90 ff.; VG Augsburg, Urteil vom 18.09.2018 – Au 3 K 16.1061 –, juris Rn. 50; VG Bremen, Urteil vom 02.02.2017 – 5 K 420/15 –, juris Rn. 35 ff.; VG Darmstadt, Urteil vom 30.10.2013 – 6 K 1717/11.DA –, juris Rn. 40 ff.; VG Münster, Urteil vom 19.03.2010 – 7 K 1415/08 –, juris Rn. 24 ff.
- [28] VG Düsseldorf, Urteil vom 11.12.2013 – I-18 U 95/11, 18 U 95/11 –, juris Rn. 283 f.; VG Regensburg, Urteil vom 14.03.2005 – RO 13 S 03.1055 –, juris Rn. 209 ff. (relativierend: VG Regensburg, Urteil vom 15.10.2012 – RO 8 K 12.829 –, juris Rn. 50); VG Leipzig, Beschluss vom 11.09.2006 – 6 K 117/06 –, juris Rn. 44 ff.; VG Trier, Urteil vom 20.01.2000 – 4 K 1108/99 –, juris LS 1.
- [29] VG Ansbach, Urteil vom 20.04.2016 – AN 9 K 15.02552 –, juris Rn. 104; OLG Karlsruhe, Urteil vom 29.12.2016 – 12 U 14/16 –, juris Rn. 64.
- [30] BVerfG, Beschluss vom 15.07.1981 – 1 BvL 77/78 –, juris Rn. 128 ff.
- [31] VG Darmstadt, Urteil vom 30.10.2013 – 6 K 1717/11.DA –, juris Rn. 40 aE; OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 19.05.2010 – 8 A 10162/10 –, juris Rn. 16 aE.
- [32] VG Ansbach, Urteil vom 20.04.2016 – AN 9 K 15.02552 –, juris Rn. 106.
- [33] OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22.08.2014 – 11 N 53.12 –, juris Rn. 10 aE; VG Ansbach, Urteil vom 20.04.2016 – AN 9 K 15.02552 –, juris Rn. 107.
- [34] bspw. VG Regensburg, Urteil vom 14.03.2005 – RO 13 S 03.1055 –, juris Rn. 211 f.
- [35] s. Rdnr. 46.
- [36] ausdrücklich OLG Karlsruhe, Urteil vom 29.12.2016 – 12 U 14/16 –, juris Rn. 63; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22.08.2014 – 11 N 53.12 –, juris Rn. 10.
- [37] OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 08.11.2007 – 11 B 14.05 –, juris Rn. 53 aE.
- [38] *Sanden*, Störerverantwortlichkeit bei Grundwasserschäden ZFW 2012, 124, 138.
- [39] BVerwG, Urteil vom 27.05.1993 – 5 C 7/91 –, juris Rn. 19.
- [40] VG Gelsenkirchen, Urteil vom 25.09.2018 – 9 K 5544/14 –, juris Rn. 215 mwN.

- [41] Bayerischer VGH, Urteil vom 30.01.2018 – 22 B 16.2099 –, juris Rn. 16 aE.
- [42] VG Gelsenkirchen, Urteil vom 25.09.2018 – 9 k 5544/1 –, juris Rn. 217.
- [43] s. Rdnr. 46 ff.
- [44] VG Augsburg, Urteil vom 18.09.2018 – Au 3 K 16.1061 –, juris Rn. 49 f.
- [45] Schleswig-Holsteinisches VG, Beschluss vom 17.03.2021 – 6 B 21/20 –, juris Rn. 12.
- [46] vgl. VG München, Beschluss vom 06.05.2021 – M 3 E 21.1933 –, BAY-ERN.RECHT Rn. 39.
- [47] *Ramsauer* in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 22. Auflage 2021, § 39 Rn. 3.
- [48] BVerwG, Beschluss vom 09.06.2015 – 6 B 60/14 –, juris Rn. 21; st. Rspr.
- [49] BVerwG, Beschluss vom 09.06.2015 – 6 B 60/14 –, juris Rn. 20.
- [50] BVerwG, Beschluss vom 16.12.2008 – 1 WB 19/08 –, juris Rn 46.
- [51] Bayerischer VGH, Urteil vom 30.01.2018 – 22 B 16.2099 –, juris Rn. 46.
- [52] Bayerischer VGH, Urteil vom 30.01.2018 – 22 B 16.2099 –, juris Rn. 45.