

03.14

ER

EnergieRecht

Zeitschrift für die
gesamte Energierechtspraxis

3. Jahrgang
Mai 2014
Seiten 89–136

www.ERdigital.de

Herausgeber und Schriftleitung:

Prof. Dr. Tilman Cosack

Wissenschaftlicher Beirat:

Dr. Markus Appel, LL.M.

Karsten Bourwieg

Dr. Felix Engelsing

Prof. Dr.-Ing. Martin Faulstich

Dr. Michael Koch

Katrin van Rossum

Prof. Dr. Rüdiger Rubel

Dr. Christian Schneller

Dr. Boris Scholtka

Prof. Dr. Thomas Schomerus

Aufsätze

Simon Th. Groneberg

Das Konzessionsvertragsrecht im Lichte der
aktuellen BGH-Rechtsprechung

Ralf Hüting/Wolfgang Hopp

Die Duldung des Betriebs von Kraftwerken
nach Wegfall der Genehmigung

Sebastian Rohrer/Jan-Dirk kleine Holthaus

Der Begriff der Betriebsbereitschaft in § 17e EnWG
aus Sicht der Betreiber von Offshore-Anlagen

Hartmut Kahl

Wann gilt Ökostrom als subventioniert?

Standpunkte

Interview mit Herrn Dr.-Ing. E.h. Fritz Brickwedde,
Präsident des Bundesverbandes Erneuerbare Energie e.V.

ER aktuell

Aktuelle Entwicklungen im Energierecht

Rechtsprechung

Anforderungen an die Durchführung des Effizienz-
vergleichsverfahrens für die Betreiber von Gasverteiler-
netzen durch die Bundesnetzagentur – Stadtwerke
Konstanz GmbH

Kartellrechtswidrige Diskriminierung und unbillige
Behinderung von Bewerbern bei der Auswahlentscheidung
nach § 46 EnWG – Stromnetz Berkenthin

Haftung für Überspannungsschäden



Dr. Ralf Hüting
Rechtsanwalt in Hamburg,
Partner der Rechtsanwalts-
kanzlei ZENK, Hamburg/Berlin

Die Duldung des Betriebs von Kraftwerken nach Wegfall der Genehmigung

Strafbarkeitsrisiken für Betreiber und Mitarbeiter der Aufsichtsbehörden



Dr. Wolfgang Hopp
Rechtsanwalt in Hamburg,
Partner der Rechtsanwalts-
kanzlei ZENK, Hamburg/Berlin

Dr. Ralf Hüting und Dr. Wolfgang Hopp

Der Beitrag befasst sich mit der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der weitere Betrieb einer Anlage zur Erzeugung von Energie oder eines Industriebetriebs in Form einer Duldung möglich ist, nachdem die Genehmigung für den Betrieb der Anlage weggefallen ist. In dem Beitrag werden öffentlich-rechtliche Lösungswege und die Voraussetzungen zur Vermeidung einer Strafbarkeit von Anlagenbetreibern und Amtsträgern aufgezeigt.

Es gibt sie, die Situationen, in denen Anlagen zur Erzeugung von Energie und Industriebetriebe ohne Genehmigung dastehen, obwohl ihr Weiterbetrieb von hohem öffentlichem Interesse ist. Solche Situationen können entstehen, wenn die ursprünglich erteilte Genehmigung abgelaufen ist oder aufgrund von behördlichen oder gerichtlichen Entscheidungen wegfällt und Ersatzanlagen noch nicht in Betrieb sind. Eine vergleichbare Situation stellt sich, wenn die Genehmigung zurückgegeben wurde.¹

Eine Lösung für solche Fälle kann in der Anwendung des § 20 Abs. 2 Satz 1 BImSchG liegen. Danach „soll“ die zuständige Behörde anordnen, dass eine Anlage, die ohne die erforderliche Genehmigung errichtet, betrieben oder wesentlich geändert wird, stillzulegen oder zu beseitigen ist. Die Stilllegung oder Beseitigungsanordnung einer ungenehmigt betriebenen Anlage ist nach dieser Vorschrift der Regelfall. Jedoch ist die Behörde nicht strikt und ohne Ansehung des Einzelfalls verpflichtet, die sofortige Stilllegung der ungenehmigt betriebenen Anlage anzuordnen. Denkbar ist, die Stilllegungsverfügung mit einer Auslauffrist zu versehen. In der Zeit der Auslauffrist könnten die Ersatzanlage fertiggestellt oder andere Übergangslösungen geschaffen werden. Gründe für eine solche Auslauffrist können das öffentliche Wohl, beispielsweise die Vermeidung einer Unterversorgung der Bevölkerung mit der Energie oder Wärme, des (Teil-)Zusammenbruchs der Verkehrssysteme mangels Energie oder das Verhindern der Abschaltung von wichtigen Industrieanlagen sein. In einem solchen Falle bliebe bei Erlass einer Stilllegungsverfügung mit einer solchen Auslauffrist ein Zeitraum, in dem die Anlage ohne förmliche Genehmigung während der Auslauffrist betrieben werden

könnte. Bevor die zuständige Genehmigungsbehörde eine derartige Stilllegungsverfügung mit Auslauffrist erlässt und der Betreiber der förmlich nicht genehmigten Anlage von dieser Verfügung Gebrauch macht, stellt sich die Frage nach der möglichen Strafbarkeit des zuständigen Mitarbeiters der Genehmigungsbehörde und des Anlagenbetreibers. In Betracht kommen hierbei insbesondere die Straftatbestände des § 327 Abs. 2 StGB (Unerlaubtes Betreiben von Anlagen) und des § 325 StGB (Luftverunreinigung).

Eine täterschaftliche Begehung durch Amtsträger scheidet aus – soweit die Anlage nicht selbst betrieben wird –, weil es sich bei beiden in Betracht kommenden Tatbeständen um Sonderdelikte handelt, die sich an den Adressaten der verwaltungsrechtlichen Pflichten (§ 325 StGB) bzw. den Betreiber der Anlage (§ 327 StGB) richten.²

Möglich ist jedoch eine Strafbarkeit der Amtsträger durch Teilnahme an einer Haupttat. Eine solche Gehilfenstrafbarkeit setzt zunächst voraus, dass eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat vorliegt. Diese könnte durch die verantwortlichen Personen des Betreibers begangen werden, indem sie die Anlage ohne Genehmigung betreiben.

Für die Frage der Strafbarkeit der Amtsträger ist somit entscheidend, ob die in einer Stilllegungsverfügung mit Auslauffrist enthaltene Duldung eines ungenehmigten Betriebes für eine bestimmte Zeit den strafrechtlichen Tatbestand bei den Verantwortlichen des Betreibers der Anlage als mögliche Haupttäter ausschließt bzw. dazu führt, dass deren tatbestandliches Vorgehen aufgrund der Duldung nicht rechtswidrig ist. Wenn die Duldung für den Betreiber der Anlage keine unrechtausschließende Wirkung hat, kommt eine Gehilfenstrafbarkeit für die Amtsträger in Betracht. Für den Fall, dass die Duldung auf Seiten des Betreibers unrechtausschließend wirkt, fällt auch eine mögliche Strafbarkeit der Amtsträger weg. Ob die Duldung als aktives Tun oder als Unterlassen einzuordnen ist, ist von Bedeutung im Hinblick darauf, ob eine Garantenstellung des Amtsträgers erforderlich ist. Abzustel-

1 So haben bspw. in jüngerer Vergangenheit Kraftwerksbetreiber gemäß dem nunmehr nicht mehr geltenden § 20 Abs. 3 Satz 1 der 13. BImSchV die Erklärung abgegeben, eine Altanlage unter Verzicht auf die Berechtigung zum Betrieb aus der Genehmigung stillzulegen. Der Verzicht auf die Genehmigung führte dann zu herabgesetzten Anforderungen an Emissionen. Wenn nunmehr die geplante Ersatzanlage nicht zeitgerecht errichtet werden kann, ist eine Rücknahme der Verzichtserklärung nach § 20 Abs. 3 der 13. BImSchV nicht möglich.

2 Sack, Umweltschutz-Strafrecht, § 327 Rn. 203, § 325 Rn. 196.

len ist für die Abgrenzung nach ständiger Rechtsprechung auf den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit,³ der bei einer Stilllegungsverfügung auf dem Tun liegen dürfte, weil sie über das bloße Untätigbleiben der Behörde hinausgeht. Damit wäre eine Garantstellung nicht erforderlich und es käme auch für die Teilnahmestrafbarkeit des Amtsträgers allein auf die Wirkung der Duldung auf die Strafbarkeit des Betreibers an.

Von der weit überwiegenden Literatur wird vorausgesetzt, dass die von der zuständigen Behörde ausgesprochene Duldung verwaltungsrechtlich in dem Sinne rechtmäßig ist, dass auf der Grundlage des dort geltenden Opportunitätsprinzips eine Hin- nahme rechtswidriger Zustände möglich ist.⁴

Somit ist zunächst entscheidend, ob die geplante Stilllegungsverfügung mit Auslaufzeit verwaltungsrechtlich in dem angesprochenen Sinne rechtmäßig ist (dazu I.). Im Anschluss wird zu klären sein, wie eine solche Duldung strafrechtlich wirkt (dazu II.).

I. Verwaltungsrechtliche Zulässigkeit einer Stilllegungsverfügung

Als Rechtsgrundlage für die Stilllegungsverfügung mit Auslaufzeit kommt § 20 Abs. 2 Satz 1 BImSchG in Betracht. Danach „soll“ die zuständige Behörde anordnen, dass eine Anlage, die ohne die erforderliche Genehmigung errichtet, betrieben oder wesentlich geändert wird, stillzulegen oder zu beseitigen ist. Die Stilllegung oder Beseitigungsanordnung hinsichtlich einer ungenehmigt betriebenen Anlage ist gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 BImSchG der Regelfall. Jedoch ist die Behörde nicht strikt und ohne Ansehung des Einzelfalls verpflichtet, die (sofortige) Stilllegung einer ungenehmigt betriebenen Anlage anzuordnen. Vielmehr ist ihr in atypischen Fällen ein gewisses Ermessen eingeräumt.⁵ Bei Vorliegen eines atypischen Falls muss die Behörde aus Gründen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes prüfen und darüber entscheiden, ob ein milderes Mittel ausreicht, die Einhaltung der Pflichten des Betreibers gem. § 5 BImSchG zu gewährleisten.⁶

Eine rechtmäßige Duldung durch die Behörde setzt also das Vorliegen eines atypischen Falls voraus.

1. Materielle Rechtmäßigkeit/Genehmigungsfähigkeit

Ein solcher atypischer Fall kommt u. a. in Betracht, wenn die Behörde begründeten Anlass für die Annahme hat, die Anlage entspreche so, wie sie betrieben wird, materiell den immissionschutzrechtlichen Anforderungen und sei lediglich formell illegal.⁷ Es stellt sich aber die Frage, ob die Annahme eines atypischen

Falls im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 1 BImSchG zwingend eine Neugenehmigungsfähigkeit der Anlage voraussetzt, oder ob die Einhaltung der materiell-rechtlichen Anforderungen an die Anlage als Altanlage ausreicht.

a) Rechtsprechung

In der grundsätzlichen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Dezember 1989⁸ hat das Bundesverwaltungsgericht das Postulat der Einhaltung der materiellen immissionsschutzrechtlichen Anforderungen aufgestellt. Das Bundesverwaltungsgericht führt wie folgt aus:

„Hat die Behörde begründeten Anlass für die Annahme, die Anlage entspreche so, wie sie betrieben wird, materiell den immissionsschutzrechtlichen Anforderungen und sei lediglich formell illegal, so wird sie prüfen müssen, ob sie von der Stilllegung als einem unverhältnismäßigen Mittel absieht und dem Betreiber aufgibt, unverzüglich die für die Einleitung eines Genehmigungsverfahrens erforderlichen Unterlagen einzureichen.“

Einerseits wird somit von den materiellen immissionsschutzrechtlichen Anforderungen gesprochen, die von der Anlage eingehalten werden müssen, auf der anderen Seite allerdings auch von der Einleitung eines Genehmigungsverfahrens, was für das Erfordernis einer Neugenehmigungsfähigkeit spricht.

In seinem Urteil vom 25. Oktober 2000⁹ zur fehlenden Genehmigung im Sinne des § 9 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 AtG a.F. führt das Bundesverwaltungsgericht wie folgt aus:

„3. darf die Duldung eines formell illegalen Anlagenbetriebs Drittbetroffene nicht schlechter stellen, als sie stünden, wenn die erforderliche Genehmigung seinerzeit erteilt worden wäre.“

Hier stellt das Bundesverwaltungsgericht somit nicht auf eine Neugenehmigung ab, sondern auf die „seinerzeitige“ Genehmigung. Dies könnte dafür sprechen, dass lediglich auf die Anforderungen für die Altanlagen abzustellen ist. Die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts sind somit für die aufgeworfene Frage an dieser Stelle nicht eindeutig.

Dass noch nicht eindeutig geklärt ist, ob eine Neugenehmigungsreife erreicht werden muss oder auf die Anforderungen an eine Altanlage abgestellt werden darf, ist offenbar dem Umstand geschuldet, dass in den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen – soweit ersichtlich – sich die hier aufgeworfene Fragestellung nicht ergeben hat. In den veröffentlichten Entscheidungen war – soweit ersichtlich – regelmäßig die Situation gegeben, dass in den von einer Stilllegungsverfügung betroffenen Anlagen Tätigkeiten verrichtet wurden, für die es vom Anfang der Tätigkeit an keine Genehmigung gegeben hatte oder diese umstritten war.¹⁰ Soweit erkennbar hatte die Rechtsprechung somit noch keinen Grund die vorliegende Fallgestaltung zu entscheiden, in der eine Genehmigung wegfällt und das vormals genehmigte Verhalten für eine Zeit lang fortgesetzt werden soll.

b) Literatur

Auch in der Literatur wird davon ausgegangen, dass das Bundesverwaltungsgericht die (Neu-)Genehmigungsfähigkeit der Anlage als Voraussetzung der Anwendung des § 20 Abs. 2 Satz 1

3 BGH, Beschl. v. 17.08.1999 – 1 StR 390/99, NStZ-RR 1999, 607; BGH, Urt. v. 14.03.2003 – 2 StR 239/02, NStZ-RR 2003, 657; BGH, Urt. v. 12.07.2005 – 1 StR 65/05, NStZ-RR 2006, 174.

4 Schönke/Schröder, StGB, Vorbem. zu §§ 324 ff. Rn. 20; Heine, NJW 1190, 2434; Hüting, Die Wirkung der behördlichen Duldung im Umweltstrafrecht, S. 175 f.

5 BVerwG, Urt. v. 15.12.1989 – 7 C 35/87, NVwZ 1990, 963 (966); OVG Koblenz, Beschl. v. 06.11.1986 – 7 B II 3/86, NVwZ 1987, 246 (249).

6 BVerwG, Urt. v. 15.12.1989 – 7 C 35/87, NVwZ 1990, 963 (966); vgl. auch OVG Berlin, Beschl. v. 20.10.2000 – 2 S 9/00, NVwZ-RR 2001, 89 (92).

7 BVerwG, Urt. v. 15.12.1989 – 7 C 35/87, NVwZ 1990, 963 (966); BVerwG, Beschl. v. 04.11.1992 – 7 B 160/92, juris; BVerwG, Urt. v. 25.10.2000 – 11 C 1/00, NVwZ 2001, 567 (zur behördlichen Duldung formell illegal betriebener kerntechnischer Anlagen in atypischen Ausnahmefällen auf der Grundlage von § 19 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 AtG; es geht in der Entscheidung um eine atomrechtliche Anlage, die wesentlich abweichend von den erteilten Genehmigungen errichtet worden ist. Das Genehmigungsdefizit wurde erst nach über 20 Betriebsjahren erkannt); OVG Leipzig, Beschl. v. 18.05.2004 – 4 B 215/04, juris Rn. 12.

8 BVerwG, Urt. v. 15.12.1989 – 7 C 35/87, NVwZ 1990, 963 (966).

9 BVerwG, Urt. v. 25.10.2000 – 11 C 1/00, NVwZ 2001, 567.

10 Vgl. bspw. BVerwG, Urt. v. 15.12.1989 – 7 C 35/87; BVerwG, Urt. v. 25.10.2000 – 11 C 1/00, NVwZ 2001, 567; VGH München, Beschl. v. 25.09.2003 – 22 ZB 03.2110, 2111 und 2112, NVwZ-RR 2004, 94; OVG Berlin, Beschl. v. 16.07.1985 – 2 S 90/85, NVwZ 1985, 756.

BImSchG verlangt.¹¹ *Fest/Leifer* scheinen dabei davon auszugehen, dass die Begriffe materielle Legalität und Neugenehmigungsfähigkeit den gleichen Inhalt haben. Infrage gestellt wird dieses Ergebnis allerdings von *Fest/Leifer* selbst. Denn anstelle der unverzüglichen Stellung eines (Neu-)Genehmigungsantrags für die Anlage halten *Fest/Leifer* auch andere Maßnahmen für zulässig um einen formal rechtmäßigen Zustand zu erreichen. Diese Maßnahmen könnten beispielsweise auch in der Fertigstellung einer Alternativlösung in Form eines neuen Kraftwerks oder von technischen Alternativen dazu bestehen.¹² Während dieser Zeit kann die (alte) Anlage weiterlaufen. Auch die Literatur findet somit für die aufgeworfene Frage keine rechtssichere Antwort.

c) Beurteilung

Als Kriterium zur Entscheidung der Frage, ob es für die Rechtmäßigkeit einer Duldung auf der Grundlage des § 20 Abs. 2 Satz 1 BImSchG ausreichend ist, dass keine Neugenehmigungsfähigkeit, sondern lediglich eine (virtuelle) materielle Rechtmäßigkeit für den Weiterbetrieb der (alten) Anlage bei Wegdenken des Wegfalls der Genehmigung besteht, könnte auf die Betroffenheit von Umwelt und Nachbarschaft abgestellt werden.¹³ Wenn diese Betroffenheit in beiden Fällen gleich wäre, könnte auf das Erfordernis der Neugenehmigungsreife verzichtet werden.

Das Bundesverwaltungsgericht führt in seiner Grundlagenentscheidung vom 15.12.1989¹⁴ hierzu weiter aus, dass die Behörde nicht erst umfangreiche und zeitraubende Ermittlungen über die materielle Genehmigungsfähigkeit anzustellen braucht. Sie darf dies sogar umso weniger, je schädlicher die Umwelteinwirkungen sind, die von dem ungenehmigten Betrieb der Anlage ausgehen können. Dies gelte vor allem bei Gefahren für Leben und Gesundheit von Menschen. Der Schutz dieses Rechtsguts vor möglichen Gefahren wiege ungleich schwerer als das Interesse des Betreibers, den möglicherweise nicht gefährlichen Betrieb einer ungenehmigten Anlage vorerst fortsetzen zu dürfen. Diese Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts sprechen dafür, die Auswirkungen der Anlage auf Mensch und Umwelt genau festzustellen und entsprechend zu bewerten.

Ein strafrechtliches Risiko für Amtsträger bei Erlass einer geplanten Stilllegungsverfügung mit Auslauffrist ist vor dem Hintergrund der oben dargestellten Rechtsunsicherheit über die ungeklärte Rechtsfrage, ob auf die Anforderungen für eine Altanlage zurückgegriffen werden kann oder ob Neugenehmigungsreife zu verlangen ist, nicht auszuschließen. Es handelt sich jedenfalls nicht um ein zu vernachlässigendes Risiko.

Die Voraussetzung der Neugenehmigungsreife der Anlage ist allerdings nicht zwingend erforderliche Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit einer Duldung, wenn die Auswirkungen der Anlage auf Mensch und Umwelt genau festgestellt wurden und alles technisch Mögliche und Vertretbare getan worden ist, um diese Auswirkungen des Anlagenbetriebs möglichst zu minimieren, und Gefahren ausgeschlossen sind. Anderenfalls würde der Anwendungsbereich der Duldung sinnwidrig verkleinert. Bei Nichtvorliegen der Neugenehmigungsreife sollten zudem die Interessen an dem zeitweiligen Weiterbetrieb der Anlage besonders gewichtig sein. Das Nichtvorliegen der Neugenehmigungsreife

stellt höhere Anforderungen an die Abwägung der Interessen, ist aber kein zwingendes Ausschlusskriterium.

2. Mitwirkungspflicht des Betreibers

Neben dem Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen ist weiterhin für das zeitweise Absehen von einer Stilllegungsverfügung nach Wegfall der Genehmigung erforderlich, dass der Betreiber alles getan hat, um eine immissionschutzrechtliche Genehmigung alsbald zu erlangen.¹⁵

Angesichts von Fallkonstellationen mehrere Jahrzehnte alter Kraftwerke werden auch andere Maßnahmen der Betreiber als die formelle Rechtmäßigkeit des Betriebs der Anlage selbst für die Erfüllung der Mitwirkungspflicht als zulässig erachtet. Ein erstrebenswerter formell rechtmäßiger Zustand liege auch in der Fertigstellung einer Alternativlösung in Form eines neuen Kraftwerks oder von technischen Alternativen dazu und der damit einhergehenden technischen Verzichtbarkeit der formell illegalen Anlage, die dann stillgelegt werden könne.¹⁶

3. Abwägung der öffentlichen und privaten Belange

Auch wenn die Voraussetzungen der materiellen Rechtmäßigkeit (Genehmigungsfähigkeit) und der notwendigen Mitwirkung des Betreibers bejaht werden können, müssen in einem weiteren Schritt zur Bejahung der Voraussetzungen einer Stilllegungsverfügung nach § 20 Abs. 2 Satz 1 BImSchG mit einer Auslauffrist nach Wegfall der Genehmigung die verschiedenen öffentlichen und privaten Belange gegeneinander abgewogen werden.¹⁷ In diesem Zusammenhang ist u. a. das bisherige Verhalten der Behörde (Vertrauensschutz) und des Anlagenbetreibers (Vorwerfbarkeit seines Verhaltens) von Bedeutung. Zu berücksichtigen sind ferner die Auswirkungen auf die Nachbarschaft, die Arbeitnehmer und die Kunden des Anlagenbetreibers.¹⁸ Wesentlich ist zu bewerten, ob und inwiefern Auswirkungen auf Dritte, insbesondere die Nachbarschaft und Umwelt entstehen. In den Blick genommen werden sollten dabei allerdings nicht nur die Emissionen der Anlage, sondern es sollte auch eine Immissions-Betrachtung vorgenommen werden. Nach Auffassung des OVG Berlin¹⁹ hat die Vorschrift des § 20 Abs. 2 Satz 1 BImSchG (die Entscheidung spricht allerdings von § 20 Abs. 2 Satz 1 BImSchVO) das immissionschutzrechtliche Ziel, die Aufnahme des Betriebs bestimmter Arten von Anlagen, die ihrem Wesen nach gefahrenträchtig und deshalb einer förmlichen Genehmigungspflicht unterworfen worden sind, grundsätzlich und ohne den Nachweis des Eintritts einer Gefährdung im Einzelfall erst dann zuzulassen, wenn aufgrund eines durchgeführten Genehmigungsverfahrens sichergestellt ist, dass von ihnen keine schädlichen Umwelteinwirkungen im Sinne von § 5 Nr. 1 und § 6 BImSchG ausgehen können.²⁰ In die Prüfung ist somit aufzunehmen, inwieweit von den Emissionen der Anlage tatsächlich Gefahren für Mensch und Umwelt ausgehen. Nach dem OVG Berlin²¹ kann zur Bejahung eines atypischen Falls

11 *Fest/Leifer*, NVwZ 2011, 1046 (1049).

12 *Fest/Leifer*, NVwZ 2011, 1046 (1049).

13 Vgl. *Hansmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 20 BImSchG, Rn. 50; BVerwG, Urt. v. 25.10.2000 – 11 C 1/00, NVwZ 2001, 567 (570); *Fest/Leifer*, NVwZ 2011, 1046 (1049).

14 BVerwG, Urt. v. 15.12.1989 – 7 C 35/87, NVwZ 1990, 963 (966).

15 *Hansmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 20 BImSchG, Rn. 50; *Fest/Leifer*, NVwZ 2011, 1046 (1049): Der Betreiber muss alles Zumutbare für die Herstellung eines formell rechtmäßigen Zustandes tun.

16 *Fest/Leifer*, NVwZ 2011, 1046 (1049).

17 *Hansmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 20 BImSchG, Rn. 50.

18 *Hansmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 20 BImSchG, Rn. 50.

19 OVG Berlin, Beschl. v. 16.07.1985 – 2 S 90.85, NVwZ 1985, 756.

20 Vgl. auch *Peschau*, in: Feldhaus, BImSchR, § 20 BImSchG, Rn. 52.

21 OVG Berlin, Beschl. v. 16.07.1985 – 2 S 90.85, NVwZ 1985, 765.

auch der Umstand herangezogen werden, dass die zuständige Behörde die Anlage bereits seit längerer Zeit kennt. Das OVG Berlin führt hierzu wie folgt aus:

„Die vom Regelfall wesentlich abweichende Besonderheit des vorliegenden Falls ist darin zu sehen, dass hier die Umweltbehörde nicht erstmals und unvermittelt mit der Kenntnis von einer ungenehmigt betriebenen oder geänderten Anlage befasst wird, deren Wirkungsweise und Umweltverträglichkeit regelmäßig kurzfristig nicht beurteilt werden und deshalb durch gezielte Maßnahmen nicht sichergestellt werden kann. Vielmehr unterliegt der seit vielen Jahren an dieser Stelle ansässige und allen Behörden bekannte Betrieb der Beigeladenen mit sämtlichen hier in Frage stehenden Anlagen sowie den von diesen und sonstigen betrieblichen Aktivitäten ausgehenden Umwelteinwirkungen schon seit längerer Zeit einer ständig gesteigerten Überwachung und verschiedenen Einwirkungsmaßnahmen seitens der zuständigen Behörden“.

Ob mit dieser Argumentation des OVG Berlin allerdings allein ein atypischer Fall bejaht werden kann, ist fraglich.²² Die genaue Kenntnis über die Gefahrenträchtigkeit der Altanlage und die weitere Kontrolle kann allerdings positiv in die Abwägung der Interessen eingehen.

II. Strafrechtliche Wirkung der Duldung

Sofern die Duldung verwaltungsrechtlich rechtmäßig ist, stellt sich die Frage der strafrechtlichen Wirkung der verwaltungsrechtlichen Duldung auf die Strafbarkeit des Betreibers. Diese hat – wie dargestellt – unmittelbare Auswirkungen für die Strafbarkeit der Amtswalter. Zunächst wird daher im Folgenden geprüft, welche Auffassungen zur Wirkung einer behördlichen Duldung für die Strafbarkeit des Betreibers vertreten werden (1.). Anschließend wird dargestellt, welche Anforderungen an Form und Inhalt der Duldung gestellt werden (2.).

1. Auffassungen zur strafrechtlichen Wirkung einer verwaltungsrechtlichen Duldung

Ob und unter welchen Voraussetzungen einer behördlichen Duldung strafbefreiende Wirkung zukommen kann, ist weiterhin nicht eindeutig geklärt. Nachfolgend werden daher zunächst die Auffassungen der Rechtsprechung (a)) und anschließend der Literatur (b)) dargestellt. Im Anschluss daran wird ein Fazit gezogen (c)).

a) Auffassungen der Rechtsprechung

Zunächst ist festzuhalten, dass in Ansehung der praktischen Bedeutung der behördlichen Duldung sich relativ wenige veröffentlichte Gerichtsentscheidungen zu diesem Verwaltungshandeln finden lassen. Insbesondere finden sich kaum Entscheidungen zu den hier interessierenden Normen der §§ 327 und 325 StGB. Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 26. April 1990 die Duldung als Unrechtsausschlussgrund anerkannt und mit einer konkludenten Genehmigung gleichgesetzt. Als Voraussetzung nennt auch der BGH eine bewusste Duldungsentscheidung der Behörde und ein aktives Zur-Kennntnis-Bringen dieser Entscheidung gegenüber dem Adressaten.²³ Für das Betreiben einer

ungenehmigten Anlage im Rahmen des § 327 StGB hat der Generalbundesanwalt die Auffassung vertreten, dass bei Vorliegen einer behördlichen Duldungsentscheidung nach § 20 Abs. 2 BImSchG den verwaltungsrechtlichen Erwägungen, die einerseits die konkrete Gefahr eines weiteren Betriebs der genehmigten Anlage und andererseits die volkswirtschaftlich unerwünschten Folgen einer Betriebseinstellung berücksichtigen müssten, Vorrang eingeräumt werden müsse gegenüber der Erfüllung des abstrakten strafrechtlichen Gefährdungstatbestands.²⁴ Das Oberlandesgericht Karlsruhe führt in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1985 aus, das Moment der Widerrechtlichkeit im Sinne des § 327 StGB könne durch Behördenhandeln nur entfallen, wenn dieses rechtlich einer Erlaubnis gleichkomme. Eine bloße Duldung (ohne definitive Erlaubnisqualität) könne die Rechtswidrigkeit nicht ausschließen.²⁵ Das Oberlandesgericht Braunschweig hat im Jahr 1990 zu § 327 StGB ausgeführt, behördliches Unterlassen oder selbst langjährige Duldung könne eine Umweltstraftat nicht „legalisieren“.²⁶

Festzuhalten ist allerdings, dass die – spärlich vorhandene – Rechtsprechung der Strafgerichte dahingehend zu interpretieren ist, dass eine unrechtsausschließende Wirkung einer behördlichen Duldung unter bestimmten Voraussetzungen grundsätzlich anerkannt wird. Lediglich das Bayerische Oberste Landesgericht deutet in seiner Entscheidung vom 22.02.2000 an, eine aktive Duldung als Verbotsirrtum anzusehen.²⁷

Das Bundesverwaltungsgericht hat im Jahr 2000 in seiner Entscheidung zu § 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 AtG ausgeführt, es ergebe sich kein Wertungswiderspruch daraus, dass der Betrieb eines ungenehmigten Kernkraftwerks gemäß § 327 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbewehrt sei und zugleich das Ermessen der Anlagenaufsicht in § 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 AtG, ob und wie sie gegen den Betreiber einschreite, nach dem Wortlaut nicht eingeschränkt werde. Es sei davon auszugehen, dass eine behördliche Duldung formell illegal betriebener kerntechnischer Anlagen auf atypische Ausnahmefälle beschränkt bleiben müsse. In derartigen Fällen sei allerdings auch eine Strafbarkeit ausgeschlossen. Dies sei für den Gesetzgeber so selbstverständlich gewesen, dass er es nicht durch einen entsprechenden Normbefehl zum Ausdruck habe bringen müssen.²⁸

b) Auffassungen der Literatur

Eine Mindermeinung in der Literatur lehnt die unrechtsausschließende Wirkung einer behördlichen Duldung ab.²⁹ Als Begründung werden Verstöße gegen den Bestimmtheitsgrundsatz, gegen zwingende Formerfordernisse, gegen den gesetzgeberischen Willen, gegen den Grundsatz des rechtmäßigen Verwaltungshandelns und gegen die Prinzipien des Gesetzesvorbehalts und des Gesetzesvorrangs angegeben.

Dagegen geht der Großteil der Literaturauffassungen dahin, dass eine behördliche Duldung einer Bewertung des Täterverhaltens als rechtswidrig entgegensteht, sofern diese Entscheidung der Be-

24 Stellungnahme des Generalbundesanwalts in dem Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 327 Abs. 2 Nr. 1 StGB – Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des AG Nördlingen v. 22.10.1987, in: BVerfG, Beschl. v. 06.05.1987 – 2 BvL 11/85, BVerfGE 75, 329 (338).

25 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 03.01.1995, ZfW 1996, 406 (409).

26 OLG Braunschweig, Beschl. v. 29.05.1990 – Ws 25/90, ZfW 1991 52 (62).

27 BayObLG, Urt. v. 22.02.2000 – 4 St RR7/00, juris, Rn. 25.

28 BVerwG, Urt. v. 25.10.2000 – 11 C 1/00, NVwZ 2001, 567 ff. (570).

29 Grundlegend: Hallwauß, Die behördliche Duldung als Unrechtsausschlussgrund im Umweltstrafrecht; 10 ff.; ders., NuR 1987, 296; Hermes/Wieland, Die staatliche Duldung rechtswidrigen Verhaltens, 1988; Alleweldt, NuR 1992, 314; Witteck, in: Beck'scher Online-Kommentar StGB, § 327 Rn. 27.

22 Vgl. Peschau, in: Feldhaus, BImSchR, § 20 BImSchG, Rn. 52.

23 BGH, Urt. v. 26.04.1990 – 3 StR 24/90, BGHSt 37, 21 (28).

hörde verwaltungsrechtlich auf der Grundlage des Opportunitätsprinzips rechtmäßig ist.³⁰

c) Fazit

Wie aufgezeigt, ist mit der – wenn auch spärlichen – Rechtsprechung und der überwiegend vertretenen Auffassung in der Literatur davon auszugehen, dass eine (aktive) behördliche Duldung grundsätzlich unrechtausschließende (also tatbestandsausschließende oder rechtfertigende) Wirkung hat.

Die Auffassungen, die entweder eine strafbefreiende Wirkung der behördlichen Duldung ausschließen oder diese nur auf der Schuldebene anerkennen (was zwar zu einer Strafbefreiung des Täters, aber zu einer Strafbarkeit des Amtswalters führen kann), überzeugen letztlich nicht. Ob aus Gründen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, des Übermaßverbots, der Einheit der Rechtsordnung, der Verwaltungsakzessorietät, des Vertrauensschutzes, der Analogie zur Erlaubnis, Bewilligung oder Genehmigung oder aufgrund der kompetenziellen Zuständigkeit der Behörde sind die Auffassungen, die eine unrechtausschließende Wirkung der Duldung bejahen, begründet und dürften mittlerweile zumindest im Ergebnis etabliert sein. Auch wenn die Frage der behördlichen Duldungen gesetzlich – zwangsläufig – nur ansatzweise geregelt ist und deshalb in ihren rechtlichen Konsequenzen mehr Fragen aufwirft als konsentiertere Antworten bereithält³¹, ist von einer unrechtausschließenden Wirkung einer behördlichen Duldung unter bestimmten Voraussetzungen auszugehen.

2. Form und Inhalt der Duldung

Voraussetzung für die Anerkennung der Duldung als tatbestandsausschließend oder rechtfertigend ist, dass die Behörde

- ▼ Kenntnis von einer Situation hat, in der
- ▼ die Durchsetzung eines an sich herzustellenden rechtmäßigen Zustands zugunsten der Beibehaltung des bestehenden formell und/oder materiell rechtswidrigen Zustands bei Abwägung der entgegenstehenden anderen Interessen ausnahmsweise zugunsten dieser Interessen zurücktritt,
- ▼ wobei die Behörde sich bewusst sein muss, dass es sich tatsächlich um einen (formell oder materiell) rechtswidrigen Zustand handelt, oder zumindest sicher davon ausgehen muss, dass der zu beurteilende Zustand nach der möglicherweise längerwierigen rechtlichen Überprüfung sich als rechtswidrig erweisen wird, und die Behörde
- ▼ die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit zum Einschreiten hat, aber auf diese
- ▼ für einen einerseits nicht unerheblich kurzen, aber andererseits generell befristeten Zeitraum verzichtet.³²

Die weitere vom BVerwG im Urteil vom 25.10.2000 aufgestellte Voraussetzung, dass das Fehlen der erforderlichen Genehmigung

³⁰ *Fest/Leifer*, NVwZ 2011, 1046 (1049 f.); *Schönke/Schröder*, StGB, Vorbem. zu §§ 324 ff. Rn. 20; *Salliger*, in: Satzger/Schmidt/Widemaier, StGB, vor § 324 Rn. 40; *Schmitz*, in: Münchner Kommentar zum StGB, vor § 324 ff. Rn. 98; *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, Vorb. zu §§ 32 ff. Rn. 250.; *Hüting*, Die Wirkung der behördlichen Duldung im Umweltstrafrecht, S. 175 f.; *Randelshofer/Wilke*, Die Duldung als Form flexiblen Verwaltungshandelns, 80 ff.; *Bickel*, ZfW 1979, 143 ff.; *Wüterich*, UPR 1988, 248 ff.; *Heine*, in: Ökologie und Recht, 55 ff., 76 ff.; *Winkelbauer*, DÖV 1988, 727 ff.; *Schmitz*, Verwaltungshandeln und Strafrecht, 93 ff.; *Gentzke*, Informales Verwaltungshandeln und Umweltstrafrecht, S. 158 ff.; *Fluck*, NuR 1990, 197 ff.; *Wasmuth/Koch*, NJW 1990, 243 ff.; *Odersky*, Festschrift für Tröndle, 291 ff.; *Franzheim*, Umweltstrafrecht, 32 f.

³¹ *Schönke/Schröder*, StGB, Vorbem. §§ 324 ff. Rn. 20.

³² *Hüting*, Die Wirkung der behördlichen Duldung im Umweltstrafrecht, S. 30; *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, Vorbem. zu §§ 32 ff., Rn. 250.

dem Betreiber der Anlage verborgen geblieben sein muss³³, hat sich zum einen nicht durchgesetzt und ist zum anderen nicht zielführend. Bei Berücksichtigung dieser Voraussetzung würde der Kreis der anerkannten Duldungsszenarien erheblich und systemwidrig reduziert. Mit der behördlichen Duldung als Instrument für nichtgeregelt, aber komplizierte Situationen wäre es unvereinbar, wenn der Duldung unrechtausschließende Wirkung nur zukäme, wenn der Betreiber vom Fehlen der erforderlichen Genehmigung keine Kenntnis hätte.

3. Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine verwaltungsrechtlich rechtmäßige behördliche Duldung, die dem Betreiber der Anlage aktiv mitgeteilt wird und eine angemessene Befristung enthält, unrechtausschließende Wirkung entfalten kann.

III. Zusammenfassung und Ergebnis

Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten:

- ▼ Eine Strafbarkeit von Amtsträgern im Zusammenhang mit einer Stilllegungsverfügung mit Auslaufrfrist nach Wegfall der Zulassungsrechte kann nicht täterschaftlich, sondern nur als Gehilfe gegeben sein (jedenfalls soweit die Behörde nicht selbst Betreiber der Anlage ist).
- ▼ Eine Gehilfenstrafbarkeit setzt eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Haupttat des Anlagenbetreibers voraus.
- ▼ Eine Stilllegungsverfügung mit Duldung des genehmigungslosen Betriebs kann für den Betreiber tatbestandsausschließend bzw. rechtfertigend wirken, mit der Folge, dass seine Strafbarkeit wie auch die des Amtswalters entfällt.
- ▼ Erforderlich dafür ist, dass die Voraussetzungen für eine Anwendbarkeit des § 20 Abs. 2 Satz 1 BImSchG im Sinne des Duldens des befristeten Weiterbetriebs der Anlage nach Wegfall der Genehmigung vorliegen.
- ▼ Ungeklärt ist dabei, ob eine Neugenehmigungsfähigkeit vorliegen muss oder ob die Einhaltung der materiellen Anforderungen an eine Altanlage ausreicht. Es scheint vertretbar, dass eine Erfüllung der Auflagen für Altanlagen ausreichend ist, sofern aufgrund der nicht eingehaltenen Parameter für eine Neugenehmigung keine Gefahren bzw. nachteilige Folgen für Dritte und Umwelt bestehen. Es sollte somit genau geprüft werden, welche Auswirkungen die nicht erfüllbaren Anforderungen an die Neugenehmigungsfähigkeit auf Nachbarn und Umwelt haben.
- ▼ Weitere Voraussetzung ist, dass die zuständige Behörde eine ordnungsgemäße Abwägung zwischen den Interessen am formal rechtswidrigen Weiterbetrieb und den entgegenstehenden Interessen vornimmt.
- ▼ Wenn die Voraussetzungen einer Duldung nach § 20 Abs. 2 Satz 1 BImSchG vorliegen, kann eine unrechtausschließende Wirkung von dieser Duldung ausgehen, sofern die Duldung dem Betreiber mitgeteilt und angemessen befristet wird.

³³ BVerwG, Urt. v. 25.10.2000 – 11 C 1/00, NVwZ 2001, 567 (570).