

Julia Hoffmann

Verwaltungskooperative Standardsetzung

Die Praxis der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaften
der Umweltministerkonferenz



Nomos

Frankfurter Schriften zum Umweltrecht

Herausgegeben von

Prof. em. Dr. Michael Bothe

Prof. em. Eckard Reh binder

Prof. Dr. Indra Spiecker genannt Döhmann, LL.M.

Prof. em. Dr. Rudolf Steinberg

Band 46

Julia Hoffmann

Verwaltungskooperative Standardsetzung

Die Praxis der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaften
der Umweltministerkonferenz



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Frankfurt am Main, Univ., Diss., 2023

ISBN 978-3-8487-7437-1 (Print)

ISBN 978-3-7489-1442-6 (ePDF)

1. Auflage 2023

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2023 von der juristischen Fakultät der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main als Dissertation angenommen.

Mein Dank gilt meiner Doktormutter Professorin Dr. Indra Spiecker gen. Döhmann, die mich in der Wahl des Themas bestärkte und mir den nötigen Freiraum für Entfaltung gab, nicht nur in Bezug auf das Dissertationsvorhaben, sondern auch für zahlreiche Projekte im Rahmen meiner wissenschaftlichen Mitarbeit an ihrem Lehrstuhl und darüber hinaus. Mein Dank gebührt auch Herrn Professor em. Dr. Eckard Rehbinder, der nicht nur das Zweitgutachten zügig erstellt hat, sondern mir stets mit seinem reichen Erfahrungsschatz und wertvollem Rat zur Seite stand. Für die zeitnahe Disputation möchte ich meinen beiden Gutachtern sowie dem Prüfungsvorsitzenden, Herrn Professor Dr. Georg Hermes, herzlich danken.

Während meiner Promotion haben mich viele Kolleginnen und Kollegen am Institut für Öffentliches Recht stets in freundschaftlicher Weise begleitet. In wertvoller Erinnerung wird mir insbesondere die 59. Assistententagung bleiben, die wir in ihrer langjährigen Tradition erstmals in Frankfurt am Main mit einer Auftaktveranstaltung in der Paulskirche ausrichten durften. Für die gemeinsame Zeit und die gute Zusammenarbeit gebührt mein Dank Anne Arendt, Dr. Samira Akbarian, Alexander Benecke, Dr. Sebastian Bretthauer, Petra Czoik, Jubin Dejam, Marie Dickel-Görig, Andreas Ebert, Malte Feldmann, Dr. Wiebke Fröhlich, Dr. Sascha Gourdet, Alexander Heger, Dr. Christina Henrich, Lea Isabelle Lang, Victor Limberger, Dr. Paul Lorenz, Dirk Müllmann, Theresa Neumann, Berna Orak, Loïc Reissner, Mona Winau, Christina von Wintzingerode und Dr. Sören Zimmermann.

Besonders danken möchte ich meinen Kolleginnen Jennifer Ernst und Jennifer Kring für die emotionale Unterstützung und die stets offene und ehrliche Kritik. Die wissenschaftlichen Diskussionen im Rahmen unseres monatlichen Austausches haben ohne Zweifel zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Meiner Freundin Margarete Kalcher danke ich für die einwandfreien Korrekturarbeiten an meinem Text.

Einen ganz besonderen Dank möchte ich meiner Familie und – allen voran – meinen Eltern Heike und Dieter Hoffmann aussprechen, die mich zeitlebens gefördert und bei all meinen Projekten unterstützt haben.

Vorwort

Schließlich möchte ich meinem Ehemann Dr. Daniel Gomez Toro danken, der den Weg von Beginn an mitgegangen ist und in seiner bedingungslosen Unterstützung niemals nachgelassen hat.

Stuttgart, im Juli 2023

Julia Hoffmann

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	19
I. Problemstellung	20
1. Die Behörde zwischen technischem Fortschritt und veralteten Regelwerken	20
2. Rechtsdogmatische Verortung des Problems	22
3. Die Einordnung durch die Rechtsprechung	23
4. Aktualität und verwaltungspraktische Relevanz	25
II. Gegenstand der Untersuchung und Terminologie	28
1. Regelwerke von Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaften als Untersuchungsgegenstand	28
2. Herleitung des Begriffs der verwaltungskooperativ gesetzten Normen	29
a) Vielfalt möglicher Begriffsherleitungen	30
b) Der Begriff der informellen Regelung als Oberbegriff	30
c) Die Wortschöpfung der „verwaltungskooperativ gesetzten Norm“	31
III. Gang der Untersuchung	34
B. Das Zusammenspiel von Recht und Technik	37
I. Technische Normen und Umweltstandards	37
1. Der Begriff des Umweltstandards	37
2. Der Grenzwertbegriff	39
a) Zur Normativität des Grenzwertbegriffs	39
b) Zur Bedeutung des Schwellenwertes	40
c) Der Grenzwertbegriff als missglückter Oberbegriff	41
d) Arten von Grenzwerten	41
aa) Unterscheidung nach Wirkungs- und Vorsorgestandards	41
bb) Unterscheidung durch den Sachverständigenrat für Umweltfragen	42
e) Zusammenfassung	43

3. Zustandekommen	44
a) Schutzwürdigkeitsprofil	44
aa) Schutzgutbestimmung	44
bb) Der Durchschnittsmensch als Maßstab	45
b) Gefährdungsprofil	46
aa) Naturwissenschaftliche Grundlage	46
bb) Bedeutung der den Umweltstandards zugrundeliegenden Wertentscheidungen	48
cc) Zeitlicher Horizont	49
4. Zusammenfassung	50
II. Einbindung von Umweltstandards in das normative Konzept des Umweltrechts	50
1. Die Integration von Wissensbeständen in das Recht	51
2. Rechtstechnische Umsetzung	52
a) Direkte Rezeption	53
aa) Inkorporation	53
bb) Verweisung	54
aaa) Gesetzliche und administrative Verweisungen	54
bbb) Statische und dynamische Verweisungen	55
(1) Die statische Verweisung	55
(2) Die dynamische Verweisung	56
ccc) Abgrenzung zur „offenen“ Verweisung	57
ddd) Rechtswirkung der Verweisung	59
b) Indirekte Rezeption	59
aa) Abgrenzung zur Verweisung	60
bb) Die Generalklauselmethode	60
aaa) Allgemein anerkannte Regeln der Technik	61
bbb) Stand der Technik	62
ccc) Beste verfügbare Techniken	64
(1) Bedeutung	64
(2) BVT-Merkblätter und BVT-Schlussfolgerungen	65
(3) Umsetzung in nationales Recht	66
ddd) Stand von Wissenschaft und Technik	66
eee) Zusammenfassung	67
cc) Sonstige konkretisierungsbedürftige Tatbestandsmerkmale des Umweltrechts	67

c) Gesetzliche und tatsächliche Vermutungswirkungen	68
d) Bewertung	70
3. Die Ausfüllung der Rechtsbegriffe durch untergesetzliche Maßstäbe	71
a) Relevanz untergesetzlicher Normsetzung	71
b) Zur Problematik des defizitären untergesetzlichen Regelungsapparates	72
c) Der „Wildwuchs“ informeller Normen	73
4. Zusammenfassung	74
C. Verwaltungskooperativ gesetzte Normen	77
I. Die Regelsetzung durch Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaften	77
1. Hintergründe und Entstehungsgeschichte	77
a) Die Bildung der Ministerpräsident*innenkonferenz in der Gründungsphase der Bundesrepublik	78
b) Die Fachminister*innenkonferenzen und der Unterbau der Bund/Länder-Ausschüsse	80
c) Die Entwicklung der Kooperation im Umweltrecht	81
d) Aktuelle Entwicklung	82
2. Die Regelgeber	83
a) Die Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaften	84
aa) Zusammensetzung	85
bb) Aufgaben und Beschlussfassung	86
cc) Finanzierung	86
b) Die Umweltminister*innenkonferenz als Dachgremium	87
aa) Zusammensetzung und Geschäftsordnung	87
bb) Aufgaben	88
cc) Vorbereitung der Sitzungen durch die Amtschef*innenkonferenz	89
dd) Beschlussfassung	89
3. Das Verfahren des Zustandekommens der Vorschriften	90
II. Erscheinungsformen von verwaltungskooperativ gesetzten Standards	91
1. Nomen non semper est omen – Bewertung der verschiedenen Dokumenttitel	91

2. Ausgewählte Erscheinungsformen	92
a) Bericht „Bewertung von Schadstoffen, für die keine Immissionswerte festgelegt sind“	93
aa) Anwendungsbereich und wesentliche Inhalte	94
bb) Verhältnis zur 22. und 39. BImSchV	96
cc) Bedeutung in der Praxis und Probleme bei der Anwendung	96
b) Leitfaden zur Ermittlung und Bewertung von Bioaerosol-Immissionen	97
aa) Hintergrund	97
bb) Anwendungsbereich und wesentliche Inhalte	98
c) Freizeidlärm-Richtlinie	100
aa) Anwendungsbereich und wesentliche Inhalte	100
bb) Verhältnis zur 18. BImSchV	101
d) Hinweise zum Schallimmissionsschutz bei Windkraftanlagen	101
aa) Anwendungsbereich	102
bb) Wesentliche Inhalte	103
cc) Probleme bei der Anwendung	103
e) Hinweise zur Ermittlung und Beurteilung der optischen Immissionen von Windkraftanlagen	104
aa) Anwendungsbereich	104
bb) Wesentliche Inhalte	105
cc) Probleme bei der Etablierung	106
f) Hinweise zur Messung, Beurteilung und Verminderung von Lichtimmissionen	106
aa) Anwendungsbereich und wesentliche Inhalte	107
bb) Defizite und Anerkennung in der Praxis	109
g) Die Leitfäden zur Prüfung von Stickstoffeinträgen	109
aa) LAI-Leitfaden Stickstoffeinträge 2012	110
bb) Stickstoffleitfaden BImSchG-Anlagen	111
cc) Defizite und Anerkennung in der Praxis	112
3. Inhaltliches Zustandekommen der verwaltungskoooperativen Normen	113
a) Erkenntnisquellen	113
aa) Privatverbandliche Normen	113
bb) Sachverständige Gutachten und Forschungsarbeiten	115

cc)	Kumulation von Erkenntnisquellen	116
dd)	Frühe Beteiligung der Bund/Länder- Arbeitsgemeinschaften	117
ee)	Nachträgliche Absicherung von Erkenntnissen	117
b)	Inhaltliche Ausgestaltung	119
aa)	Wertentscheidung	119
aaa)	Gesundheitsbezogene Risikobewertung	119
bbb)	Rechtliche Abwägungsentscheidung	120
ccc)	Systematische Erwägungen	120
ddd)	Sonstige praktische Wertungen	120
bb)	Zeitlicher Horizont	121
c)	Bewertung	122
III.	Die Konkretisierungswirkung verwaltungskooperativer Vorschriften	122
1.	Ziel der Funktionsanalyse	123
2.	Zur generellen Funktionsweise von Konkretisierung	123
a)	Das Wesen der Konkretisierung	123
b)	Gegenstand der Konkretisierung	125
aa)	Deskriptive und normative unbestimmte Rechtsbegriffe	125
bb)	Besonderheit des Umweltrechts	126
c)	Die Kategorisierung von Konkretisierungsmechanismen	127
aa)	Konkretisierungswirkung und Rechtsbindung	127
bb)	Originäre und derivative Konkretisierungswirkung	127
cc)	Autonome und delegierte Konkretisierung	128
3.	Funktionsanalyse des untergesetzlichen Normgefüges im Umweltrecht	129
a)	Die Konkretisierungsebene der Rechtsverordnung	129
b)	Die normkonkretisierende Funktion der Verwaltungsvorschrift	131
aa)	Das Beispiel der TA Lärm	132
bb)	Das Beispiel der TA Luft	133
aaa)	Das Verhältnis zur 39. BImSchV	133
bbb)	Die Konkretisierungswirkung der TA Luft	134
ccc)	Weitergehende Anforderungen der TA Luft	135
cc)	Zusammenfassung	136

c) Die Konkretisierung durch DIN- und VDI-Richtlinien	136
aa) Delegierte Konkretisierungen	136
bb) Autonome Konkretisierungen	137
cc) Zusammenfassung	139
d) Die Konkretisierung durch verwaltungskooperative Vorschriften	139
aa) Das Beispiel der krebserregenden Stoffe	140
bb) Das Beispiel des Schallschutzes	141
cc) Zwischenergebnis	143
4. Erkenntnisse der Analyse	143
IV. Ergebnis	144
D. Auswirkungen und Einfluss verwaltungskooperativer Standardsetzung auf Behörden und Gerichte	147
I. Folgen für die behördliche Praxis	147
1. Grundlagen der materiellen Wissensgenerierung im behördlichen Verfahren	147
a) Wissensgenerierung am Beispiel des polizeirechtlichen Gefahrbegriffs	148
b) Wissensgenerierung am Beispiel umweltrechtlicher Tatbestände	149
aa) Norm- und Verfahrenswissen	150
bb) Sachverhaltswissen	152
cc) Entscheidungskontext	152
dd) Zusammenfassung	153
2. Typisierung als Hilfsmittel der Wissensgenerierung	154
3. Modifikation der Wissensgenerierung durch verwaltungskooperative Normen	155
a) Im Hinblick auf das Norm- und Sachverhaltswissen	156
b) Im Hinblick auf den Entscheidungskontext	157
4. Bewertung	158
II. Rezeption durch die Verwaltungsgerichte	159
1. Das Sachverständigengutachten im umweltgerichtlichen Prozess	159

2. Die verwaltungskooperative Norm als antizipiertes Sachverständigengutachten	161
a) Die Ursprünge der Figur des antizipierten Sachverständigengutachtens	162
aa) Der Ursprung der Figur des antizipierten Sachverständigengutachtens	162
bb) Die Geburtsstunde der normkonkretisierenden Verwaltungsvorschrift	164
cc) Zusammenfassung und Bewertung	166
b) Voraussetzungen und Wirkung des antizipierten Sachverständigengutachtens	167
c) Bestandsaufnahme der gerichtlichen Praxis	168
aa) Praxisbeispiele der immissionsschutzrechtlichen Rechtsprechung	169
bb) Analyse und Bewertung	171
aaa) Uneinheitliche Begriffsverwendung	171
bbb) Frage der rechtlichen Verbindlichkeit	172
ccc) Heranziehung zur Normkonkretisierung	173
d) Kritik	173
aa) Das Beweisrecht als unpassender dogmatischer Zugang	174
bb) Inkongruenz im Hinblick auf die normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften	175
cc) Bewertung	176
e) Die richtige Anwendung der Figur des antizipierten Sachverständigengutachtens	177
3. Zusammenfassung	179
E. Die rechtliche Zulässigkeit von verwaltungskooperativer Standardsetzung	181
I. Die Rechtstellung der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaften	181
1. (Verfassungs-) Geschichtlicher Hintergrund der Bund/Länder-Kooperationen	181
2. Unbedeutsamkeit der mangelnden Rechtsgrundlage	184
a) Die Kooperation im sozialen Bundesstaat	184
b) Intraföderale Kooperation im Umweltrecht	186

II. Rechtliche Einordnung der Beschlüsse der Bund/Länder- Arbeitsgemeinschaften	187
1. Rechtsdogmatische Verortung im Intraföderationsrecht	187
a) Kategorien vertraglicher Kooperation	188
aa) Verwaltungsabkommen und Staatsverträge	188
bb) Kooperationsabsprachen	189
b) Einordnung der UMK-Beschlüsse als Gebilde sui generis	189
2. Rechtsnormcharakter der Beschlüsse	191
a) Die verwaltungskooperative Norm als Verhaltensnorm	191
b) Die Rechtsnormqualität der UMK-Beschlüsse	193
aa) Unterscheidung von Einführung und Nichteinführung im Erlassweg	193
bb) Die normative Geltung	194
aaa) Organisierte Durchsetzbarkeit	194
bbb) Zuordnungsakt durch den Staat	196
ccc) Bewertung	197
cc) Die Rechtsetzungsermächtigung	198
aaa) Kraft Organisations- und Geschäftsleitungsgewalt und kraft (grund-) gesetzlicher Ermächtigung	198
bbb) Kraft Normkonkretisierungsspielraumes der Exekutive	200
ccc) Kraft administrativer Normsetzungsbefugnis	201
dd) Bewertung und Bedeutung für die verwaltungskooperative Norm	203
3. Ergebnis	204
III. Verfassungsrechtliche Grenzen	204
1. Das Bundesstaatsprinzip	204
a) Bundesstaatliches Kompetenzgefüge	205
b) Eigenstaatlichkeit der Länder	206
c) Grenzen kooperativer Zusammenarbeit	207
aa) Verantwortungszurechenbarkeit	207
bb) Verantwortungserhaltung	208

d) Bedeutung für die verwaltungskooperative Normsetzung	209
aa) Verantwortungszurechenbarkeit und intraföderale Verbindlichkeit	209
bb) Verantwortungserhaltung und das Einstimmigkeitsprinzip	212
cc) Bewertung	213
2. Das Rechtsstaatsprinzip	213
a) Das Gewaltenteilungsprinzip	213
b) Grundsatz der Grundrechts- und Gesetzesbindung der vollziehenden Gewalt	214
aa) Der Gesetzesvorbehalt	215
bb) Die Wesentlichkeitslehre	216
cc) Das Gebot der Gesetzesakzessorietät	218
aaa) Hintergrund und Entstehungsgeschichte	218
bbb) Inhalt des Gebotes der Gesetzesakzessorietät	219
ccc) Übertragbarkeit auf die verwaltungskooperative Normsetzung	221
ddd) Bedeutung für die verwaltungskooperative Normsetzung	222
eee) Zwischenergebnis	224
c) Das Gebot der Rechtssicherheit	224
aa) Das Bestimmtheitsgebot	225
aaa) Unbedenklichkeit unbestimmter Rechtsbegriffe im Umweltrecht	225
bbb) Bedeutung für die verwaltungskooperative Normsetzung	226
bb) Das Gebot der Normenöffentlichkeit	227
aaa) Veröffentlichung untergesetzlicher Normen	227
bbb) Das Problem der Normenöffentlichkeit von Bezugsnormen	229
ccc) Rechtsstaatliches Publizitätsmindestmaß	231
ddd) Bedeutung für die verwaltungskooperative Normsetzung	232
cc) Zwischenergebnis	233

d)	Rechtsweggarantie	234
aa)	Zur gesetzlichen Ausgestaltung	235
aaa)	Rechtsschutz über die Normenkontrolle nach § 47 VwGO	235
bbb)	Inzidente Normprüfung	237
bb)	Die uneingeschränkte Überprüfung unbestimmter Rechtsbegriffe	237
cc)	Zwischenergebnis	238
e)	Zusammenfassung	239
3.	Das Demokratieprinzip	239
a)	Bedarf demokratischer Legitimation	240
b)	Grundlagen des Legitimationsgefüges	241
aa)	Legitimationsarten	242
bb)	Das Legitimationsniveau	243
c)	Bedeutung für die verwaltungskooperative Normsetzung	245
aa)	Prüfung der Legitimationsarten	245
aaa)	Organisatorisch-personelle Legitimation	245
bbb)	Sachlich-inhaltliche Legitimation	246
(1)	Einfluss auf die inhaltliche Entscheidung	247
(2)	Zustandekommen der Standards	248
(3)	Verlässlichkeit der Informationsübermittlung	248
ccc)	Zusammenfassung	249
bb)	Bewertung des Legitimationsniveaus	250
aaa)	Berücksichtigung der gewaltenspezifischen Legitimationsordnung	250
bbb)	Legitimationsschwächende Aspekte	251
ccc)	Legitimationsstärkende Aspekte	252
ddd)	Legitimationssicherung durch Letztentscheidungsverantwortung	253
eee)	Bewertung	254
cc)	Ergänzende Legitimationsmittel	254
aaa)	Output-Legitimation	255
bbb)	Organisatorische und prozedurale Legitimation	257
d)	Ergebnis	258

IV. Das Adäquanzgebot der Rechtsformenlehre	259
1. Die verwaltungskooperative Norm als Handlungsinstrument der Verwaltung	259
2. Inhaltliche Anforderungen des Adäquanzgebotes	260
3. Die Verfahrensanforderungen an untergesetzliche Standardsetzung	261
a) Allgemeine Verfahrensregeln	261
aa) Zuständigkeit	262
bb) Verfahren	262
cc) Form	263
b) Besonderheiten des Umweltrechts	263
aa) Die Anhörung der beteiligten Kreise	263
bb) Die Zusendung der Rechtsverordnung an den Bundestag	265
cc) Die Zustimmung des Bundesrates	265
c) Zusammenfassung	266
4. Funktionen der jeweiligen Schutzvorkehrungen	267
a) Die Anhörung	267
b) Die Beteiligung des Parlaments	268
c) Die Zustimmung des Bundesrates	269
5. Umgehung der Schutzvorkehrungen durch die verwaltungskooperative Normsetzung	270
a) Keine Beteiligung von Bundesrat und Bundestag	270
b) Fehlende Anhörung beteiligter Kreise	271
c) Fehlende Verkündung	271
6. Ausgleich von Wirkweise und Schutzvorkehrung	272
a) Die Wirkweise der verwaltungskooperativen Standards	272
b) Das Maß notwendiger Schutzvorkehrungen	273
7. Zusammenfassung	274
V. Ergebnis	274
F. Schlussbetrachtung und Lösungswege	277
I. Vorteile und Leistungen der verwaltungskooperativen Standardsetzung	277
1. Vereinfachung des Vollzugs	277
2. Flexibilität	277
3. Operative Problemnähe und Expertise	278

4. Zeitnahe Problemlösung	279
II. Nachteile verwaltungskooperativer Standardsetzung	279
1. Interessenkonflikt der Bund/Länder- Arbeitsgemeinschaften	279
2. Verkürzung des gesetzlichen Prüfrahmens im behördlichen Vollzug	280
3. Fehlerhafte verwaltungsgerichtliche Rezeption	281
4. Verfassungsrechtliche Defizite	281
III. Ideen zur Regulierung verwaltungskooperativer Normsetzung	282
1. Die Regelung von Verfahrens- und Organisationsvorschriften	283
2. Das TALA-Verfahren als Vorbild	283
a) Entstehungsgeschichte und Funktionsweise	284
b) Gründe für die Abschaffung des TALA-Verfahrens	285
c) Bedeutung für die Normungsarbeit der UMK	286
IV. Die gesetzliche Rückbindung verwaltungskooperativer Normen	287
1. Gesetzliche Grundlage in § 7 Abs. 5 BImSchG	287
2. Vor- und Nachteile der gesetzlichen bzw. administrativen Rückbindung	288
V. Neue Wege rechtsstaatlicher Teilhabe	289
1. Gewährleistung einer verlässlichen Veröffentlichung	289
2. Beteiligung interessierter Kreise und der Öffentlichkeit	290
VI. Verwaltungsgerichtlicher Auftrag	291
G. Zusammenführung und Ausblick	293
Literaturverzeichnis	295

A. Einleitung

Umweltbehörden sehen sich aufgrund des technologischen Fortschritts und des umweltrechtlichen Vorsorgeprinzips, das komplexe Risikoentscheidungen erfordert, der Herausforderung ausgesetzt, fortwährend neue (fach-)wissenschaftliche Erkenntnisse in ihre Entscheidungsfindung zu integrieren. Die Verwaltung muss nicht nur aktuelle Gefahrenpotenziale erkennen, sondern auch zukünftige Entwicklungen prognostizieren und rechtlich bewerten.¹ Raum hierfür schaffen die unbestimmten Rechtsbegriffe des Umweltrechts, die regelmäßig durch untergesetzliche Vorschriften² sowie technische Normen von anerkannten Normungsverbänden inhaltlich ausgestaltet werden. Diese legen nicht nur Grenzwerte in Form von Zahlenwerten fest, sondern auch die entsprechenden Verfahrens- und Berechnungsmethoden zu ihrer Ermittlung.

Die Konkretisierung von Umweltgesetzen in Form von Standardisierung stößt jedoch da an Grenzen, wo der technische und (fach-) wissenschaftliche Erkenntnisfortschritt so schnell voranschreitet, dass eine verlässliche und zeitnahe Übertragung in das normative Konzept des Rechts nicht mehr gewährleistet ist – sei es aufgrund politischer (In-) Differenzen oder aufgrund unflexibler und komplexer Erlassverfahren, an die im Umweltrecht erhöhte Anforderungen gestellt werden.³

Substituiert oder ergänzt werden die klassischen untergesetzlichen Normen deshalb zusehends durch Papiere der umweltrechtlichen Bund/Län-

1 Vgl. dazu etwa *Schulze-Fielitz*, Technik und Umweltrecht, in: *Schulte/Schröder*, Handbuch des Technikrechts, S. 455, 475 f., der von der „besonderen Eigenart des Umweltrechts“ spricht, die in der „ausgeprägten Prävention gegenüber Risiken“ liege.

2 Der Begriff des untergesetzlichen Rechts beschreibt diejenigen Vorschriften, die nicht als förmliches Gesetz ergangen sind, und umfasst somit einerseits die klassischen Normen wie die Rechtsverordnung und die Verwaltungsvorschrift sowie andererseits informelle Vorschriften, s. unten, Abbildung 1, S. 34.

3 Den „Wettlauf zwischen anhaltend vorauseilendem technischem Fortschritt und einer nachhinkenden Technikrechtsentwicklung“ und die damit einhergehenden „Lücken im Netzwerk der rechtsstaatlichen Technikordnung und -kontrolle“ bereits im Jahr 1989 beschreibend *Pitschas*, DÖV 1989, S. 785 ff., 787, der gleichwohl darauf hinweist, dass es sich dabei um „dem Wesen des Rechts immanenten ‚Lücken des Rechtsstaats‘“ handelt.

der-Arbeitsgemeinschaften.⁴ Dabei handelt es sich um länderübergreifende Verwaltungskooperationen, die der Umweltminister*innenkonferenz (UMK) unterstehen und als Expert*innenkreise Fragen im Bereich der umweltrechtlichen Fachgebiete bearbeiten.

Da diese Papiere mittlerweile sowohl in der behördlichen als auch in der gerichtlichen Praxis eine wichtige Rolle einnehmen, stellt diese Arbeit die These auf, dass es sich bei der Kooperation der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaften nicht nur um bloße Beratung des Dachgremiums der UMK handelt, sondern in Teilen um Normungsarbeit. Da sich diese aber letztlich als eine Art informelle Gesetzeskonkretisierung darstellt, sind deren Zulässigkeit und Grenzen rechtswissenschaftlich zu untersuchen.

I. Problemstellung

1. Die Behörde zwischen technischem Fortschritt und veralteten Regelwerken

Fehlt es in der konkreten Entscheidungssituation der Fachbehörde an standardisierten Handlungsaufträgen durch Rechtsverordnung, Verwaltungsvorschrift oder DIN-Norm oder sind diese veraltet, ist die Behörde aufgefordert, durch Auslegung der gesetzlichen Grundlage und Abwägung der unterschiedlichen Interessen im Einzelfall zu ermitteln, welche konkrete, den bestmöglichen Umweltschutz garantierende Maßnahme festzusetzen ist, die zum einen technisch umsetzbar ist und zum anderen den Anlagenbetreiber möglichst gering belastet. Dieser schmale Grat der Zumutbarkeit ist auszuloten und in technische Anforderungen und sogar häufig in Zahlenwerte und damit exakte Grenzwerte zu übersetzen. Es ist selbstverständlich, dass nicht jede einzelne Fachbehörde eigene Untersuchungen anstellt oder Forschungsvorhaben in Auftrag gibt, um den neuesten Erkenntnissen von Wissenschaft und Technik gerecht zu werden. Hierzu sind die Fachbehörden weder finanziell noch personell ausgestattet.⁵ Wesentlich

4 S. exemplarisch Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz (LAI), Hinweise zur Messung, Beurteilung und Minderung von Lichtimmissionen v. 13.9.2012, abgedruckt in: v. Landmann/Rohmer et al., Umweltrecht-Kommentar, Umweltrecht Besonderer Teil (BImSchV, TA Luft, TA Lärm, TEHG u. a.), Ziff. 4.3.

5 Lübbe-Wolff, Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit im Umweltschutz, in: Aarnio, Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit: Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag, S. 383 ff., 394; mit einer ökonomischen Betrachtung der Wissensbeschaffung und

sinnvoller ist die Bündelung von Fachwissen in den oben beschriebenen Arbeitsgemeinschaften und der Rückgriff auf die von diesen entworfenen Handlungsempfehlungen, die Hilfestellung bei der behördlichen Entscheidung geben und einen einheitlichen Gesetzesvollzug garantieren sollen.⁶

Problematisch ist jedoch, wenn sich Behörden ebenso strikt an die genannten Handlungsempfehlungen halten wie an eine Rechtsnorm, wenn nicht sogar strikter, weil sie konkreter ausgestaltet sind und jedenfalls inhaltlich für sich beanspruchen, eine allgemeingültige und letztverbindliche Antwort auf eine spezielle Fachfrage geben zu können.⁷ Für die Behörden lohnt es sich, die Empfehlungen zu berücksichtigen, da deren Einhaltung einfach und schnell überprüft werden kann,⁸ und die Gerichte diese regelmäßig nicht beanstanden und so das Prozessrisiko minimiert wird, was wiederum dazu führt, dass die Behörde im Genehmigungsverfahren weniger konkret argumentieren muss. Hinzukommt, dass spezialisierte Gutachter*innen ihre sachverständigen Beurteilungen maßgeblich an den technischen Vorgaben der konkreten Standards und weniger am Gesetzeswortlaut ausrichten. Auch nicht juristisch vorgebildete Sachbearbeiter*innen der Behörde unterscheiden zuweilen ebenfalls nicht zwischen rechtsverbindlichen und rechtlich nicht bindenden Texten, sodass die Anwendung unverbindlicher, aber konkreterer Papiere zusätzlich begünstigt wird.⁹ Hinzukommt, dass die durch die Verwaltungskooperationen erarbeiteten Dokumente

der Einordnung von technischen Normen als Produkte und Güter *Yu*, DÖV 2020, S. 161 ff., 166 m.w.N.

- 6 Zur behördlichen Ressourcenschonung durch den Einsatz von technischen Regeln und Grenzwerten *Spiecker gen. Döhmman*, Technische Regeln und Grenzwerte im Umweltrecht, in: Gesellschaft für Umweltrecht e.V., Dokumentation zur 42. wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V. Leipzig 2018, S. 43 ff., 46.
- 7 Dies zeigt sehr anschaulich der Runderlass des Umweltministeriums Nordrhein-Westfalen, das in Bezug auf den Bericht des LAI „Bewertung von Schadstoffen, für die keine Immissionswerte festgelegt sind“ v. 21.09.2004 die Nutzung desselben als „Erkenntnisquelle“ empfiehlt und im selben Zug darum bittet, anstatt des bislang in NRW vorgegebenen Orientierungswerts für Nickel von 10 ng/m³ denjenigen des LAI-Berichts zu „verwenden“; der Bericht ist abrufbar unter <https://www.lanuv.nrw.de/umwelt/luft/immissionen/beurteilungsmassstaebe> (Aufruf am 29.4.2023); *Eifert*, § 19: Regulierungsstrategien, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle*, GVwR Bd. 1, Rn. 63; ähnlich *Buchholz*, der das Problem anhand von individuellen und generellen Grenzwerten beschreibt, *Buchholz*, Integrative Grenzwerte im Umweltrecht (2001), S. 20 f.
- 8 *Spiecker gen. Döhmman*, Technische Regeln und Grenzwerte im Umweltrecht, in: Gesellschaft für Umweltrecht e.V., Dokumentation zur 42. wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V. Leipzig 2018, S. 43 ff., 45.
- 9 *Rogmann*, Die Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften (1998), S. 5.

häufig wie Rechtstexte aufgebaut sind und die gesetzlichen Vorgaben vermeintlich fortschreiben. Wie etabliert die Papiere mittlerweile sind, zeigt die Anerkennung durch den DIN e.V. Dieser stellt auf seiner Internetpräsenz eine Liste aller technischen Normungswerke bereit und listet dort nicht nur die Regelungen der in Deutschland anerkannten Normungsverbände, sondern auch ausgewählte Regelwerke der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaften.¹⁰

Werden aber die Empfehlungen der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaften faktisch wie geltendes Recht behandelt,¹¹ reicht es nicht aus, auf deren theoretische Rechtsunverbindlichkeit zu verweisen. Immerhin ist die Komplexität der untergesetzlichen Standardisierungsverfahren des Umweltrechts maßgeblich dem Gebot rechtsstaatlicher Teilhabe und der Gewährleistung demokratischer Legitimation geschuldet. Füllt also ein länderübergreifender Zusammenschluss von Fachbehörden wesentliche umweltschutzrelevante Fragen in abstrakt-genereller Weise aus und werden dessen Papiere im behördlichen Vollzug wie geltendes Recht behandelt, stellt sich die Frage, ob rechtsstaatliche Gebote in unzulässiger Weise umgangen werden.

2. Rechtsdogmatische Verortung des Problems

Das hier skizzierte Problem verbindet mehrere Themenfelder, die bereits in vielfältiger Form Gegenstand rechtswissenschaftlicher Auseinandersetzung waren. Bezogen auf den Fokus der Wissensproduktion und -verarbeitung lassen sich folgende Dimensionen unterscheiden: die staatliche Wissensgenerierung und die Verknüpfung von Wissen und Recht, die Kooperation des Staates mit Externen zu ebendiesem Zweck sowie die Einbindung privater Expertise in den Prozess der Wissensproduktion und -verarbeitung. Rechtswissenschaftlich aufgearbeitet wurden die damit verbundenen Fragen sowohl in (wissens-) theoretischer als auch rechtsdogmatischer Hinsicht.

In der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Literatur haben sich ausgehend von konkreten Phänomenen wie der staatlichen Rezeption privat-

10 Die Liste ist abrufbar unter <https://www.dinsoftware.de/de/normen-management/regelwerke> (Aufruf am 29.4.2023).

11 Lübbe-Wolff, Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit im Umweltschutz, in: Aarnio, Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit: Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag, S. 383 ff., 384 in Bezug auf Regelwerke offizieller Beratungsgremien generell.

verbandlicher Standards, der Beteiligung Privater bei der staatlichen Standardsetzung oder der Rolle von Sachverständigen oder Sachverständigen-gremien bei der Rechtsetzung und Rechtsanwendung grundlegende Fragestellungen entwickelt. Diese betreffen beispielsweise die Rechtsnatur und Rechtsverbindlichkeit von untergesetzlichen und technischen bzw. (fach-) wissenschaftlichen Normen und ihre Stellung in der Normenhierarchie sowie ihre Bedeutung für die Ausfüllung des behördlichen Beurteilungsspielraumes und die damit verbundenen Grenzen verwaltungsgerichtlicher Kontrolle.

Wie lässt sich vor diesem Hintergrund das hier gegenständliche Phänomen einordnen? Vorliegend wirken Expert*innen der umweltrechtlichen Ministerien des Bundes und der Länder zum Zwecke der Wissensproduktion und Vereinheitlichung des Vollzugs zusammen und generieren Beschlusspapiere, die die zuständigen Fachbehörden bei der Einzelfallentscheidung berücksichtigen sollen. Das Ziel dieser interföderalen Kooperation sowie die Inhalte und Auswirkungen scheinen a prima vista vergleichbar mit anderen Sachverständigen-gremien, denen sich der Staat zur Wissensgenerierung bedient. Ein wesentlicher Unterschied besteht jedoch darin, dass es sich nicht um ein mit privaten Expert*innen besetztes und gesetzlich vorgesehenes Gremium mit dem parlamentarischen Auftrag von Wissensproduktion handelt. Vielmehr handelt es sich um eine binnenstaatliche Kooperation. Die Erkenntnisse über das rechtswissenschaftlich oft thematisierte Verhältnis des Staates mit Privaten und dessen Folgen für das Recht können hier nicht ohne Weiteres übertragen werden. Es ist somit eine grundlegende Befassung mit der noch unbehandelten Frage notwendig, wie es eigentlich zu bewerten ist, dass informell Normungsarbeit durch eine länderübergreifende Kooperation von Ministerien betrieben wird.

3. Die Einordnung durch die Rechtsprechung

Konkret zu der Heranziehung von Papieren der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaften im behördlichen Vollzug verhält sich ein Urteil aus dem Jahr 1995 des Bundesverwaltungsgerichts¹². Die zuständige Behörde hatte im Wege einer nachträglichen Anordnung strengere Grenzwerte von Stickstoffoxiden für eine Feuerungsanlage festgesetzt und sich hierfür auf einen Beschluss der UMK gestützt, der konkrete Emissionswerte für Stickstoffoxide

12 BVerwG, Beschl. v. 24.4.1995, 7 B 172/94, juris.

enthalten hatte und in inhaltsgleiche Ländererlasse übernommen worden war. Das Bundesverwaltungsgericht betonte, dass diese Grenzwerte lediglich als „bundeseinheitliche Vollzugsanweisung“ zur „Vereinheitlichung des Verwaltungsvollzugs“ zu begreifen seien, aber nicht über den Regelungsgehalt hinausreichen könnten, den sich die Erlasse selbst beimäßen. Sie stellten insofern keine Emissionsgrenzwerte mit Rechtsnormcharakter, sondern lediglich „Interpretationshilfen“ für die Großfeuerungsanlagenverordnung dar und enthoben die Behörden nicht der einzelfallbezogenen Verhältnismäßigkeitsprüfung.¹³ Ihre mangelnde Rechtsverbindlichkeit stützt das Bundesverwaltungsgericht wie folgt:

„Das folgt bereits daraus, daß die auf der Grundlage des UMK-Beschlusses bestimmten Emissionswerte die an bestehende Anlagen zu stellenden Anforderungen gerade nicht, wie es bei einem geschlossenen Konzept genereller Vorsorgeanierung der Fall ist, das Interesse der Kraftwerksbetreiber an einer gesicherten Grundlage für emissionschutzbedingte unternehmerische Entscheidungen abschließend berücksichtigen. Sie dienen lediglich dazu, jenseits der normativ festgelegten Emissionsgrenzwerte jeweils dasjenige Maß einer dem Stand der Technik entsprechenden Minderung von NO_x-Emissionen durchzusetzen, das sich mit verhältnismäßigem Aufwand im Einzelfall verwirklichen läßt (vgl. § 5 I Nr. 2 i.V. mit § 3 VI BImSchG), und haben demgemäß eine eingeschränkte Funktion im Verhältnis zu solchen den Vorsorgegrundsatz bei bestehenden Anlagen konkretisierenden Verwaltungsvorschriften, die in den hierfür gesetzlich vorgesehenen Verfahren zustandegekommen sind (vgl. §§ 48 Nr. 4, 51 BImSchG), auf einer generellen Beurteilung der Verhältnismäßigkeit von Sanierungsmaßnahmen beruhen, demgemäß die Vorsorgeanforderungen für Altanlagen aufgrund differenzierter, die Belange der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes angemessen berücksichtigender Sanierungsfristen bestimmen (vgl. Beschl. des Senats vom 10. 1. 1995 - 7 B 112/94) und aus diesem Grunde eine Beschränkung der individuellen Verhältnismäßigkeitsprüfung auf atypische Sonderfälle zulassen. Das schließt selbstverständlich nicht aus, daß den ‚Zielvorga-

13 BVerwG, Beschl. v. 24.4.1995, 7 B 172/94, juris Rn. 3 f.; auf die Papiere der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaften generell Bezug nehmend Paetow, NuR 1999, S. 199 ff., 200: „Keine Allgemeinen Verwaltungsvorschriften, sondern rechtlich unverbindliche Interpretationshilfen für die nachgeordneten Behörden sind die von [...] Länder-Arbeitsgemeinschaften herausgegebenen ‚Merkblätter‘ [...], auch wenn diese faktisch für die Vollzugspraxis erhebliche Bedeutung gewinnen können.“

ben‘ des UMK-Beschlusses für die Bestimmung des Standes der Technik jedenfalls im praktischen Ergebnis erhebliche Bedeutung zukommt, verbietet aber die Annahme, daß mit diesen Zielvorgaben zugleich über die Verhältnismäßigkeit der an ihnen ausgerichteten behördlichen Maßnahmen bereits hinlänglich befunden worden ist.“

Das Bundesverwaltungsgericht stellt hier zentrale Probleme der Heranziehung dieser Regelwerke heraus, nämlich, dass sie erstens, weder die unternehmerischen Interessen noch die Belange der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes hinreichend berücksichtigen, da sie, zweitens nicht in dem hierfür gesetzlich vorgesehenen Verfahren zustande gekommen sind und damit drittens, die Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht einzuschränken vermögen. Gleichwohl erkennt das Gericht eine praktische Bedeutung des UMK-Beschlusses bei der Bestimmung des Standes der Technik an.

Somit schließt sich das Bundesverwaltungsgericht der Literatur an, die die Rechtsunverbindlichkeit der Normen vielfach dargestellt und als wesentlich für den als unauflösbar erscheinenden Konflikt zwischen der Unverbindlichkeit der Regelungen und deren praktischer Relevanz identifiziert hat.¹⁴

4. Aktualität und verwaltungspraktische Relevanz

Trotz der Mahnung des Bundesverwaltungsgerichts ist der Trend der Heranziehung unverbindlicher Regelungen in der verwaltungsbehördlichen Praxis jedoch ungebrochen. Welche Relevanz rechtsunverbindlichen Regelungen zukommen kann, zeigt treffend eine Rechtsstreitigkeit, die im Jahr 2016 vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof verhandelt worden ist.

Das Gericht hatte über die Genehmigung dreier Windenergieanlagen zu entscheiden, die der Klägerin versagt worden war, da sowohl nach Ansicht der Behörde als auch nach Ansicht des Gerichts das Brutvorkommen eines Rotmilans den Tötungsverbotsbestand nach § 44 Abs.1 Nr.1 BNatSchG erfüllte und dem Vorhaben dementsprechend ein sonstiger Versagungs-

14 In Bezug auf privatverbandliche Regelungen stellv. für viele *Jarass*, NJW 1987, S. 1225 ff., 1231 und *Lübbe-Wolff*, ZG 1991, S. 219 ff., 226; in Bezug auf „technische Normen“ generell *Marburger/Klein*, Bezugnahme auf technische Normen im deutschen Umwelt- und Technikrecht, in: *Hendler/Marburger/Reinhardt*, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, S. 161 ff., 174; s. zudem Sachverständigenrat für Umweltfragen (SRU), Umweltgutachten 1996. Zur Umsetzung einer dauerhaft-umweltgerechten Entwicklung, BT-Drs. 13/4108 v. 14.3.1996, S. 256.

grund i.S.v. § 6 Abs 1 Nr. 2 BImSchG entgegenstand.¹⁵ Uneinig waren sich die Behörde und das Gericht bezüglich des geeigneten Abstandes der Windenergieanlage zu dem Nistplatz des Rotmilans, denn unterschiedliche Richtlinien sehen unterschiedliche Abstände vor. Während die zuständige Behörde zur Bestimmung des erforderlichen Abstandes die Anlage 2 des bayerischen Windkraftenerlasses (a.F.), die einen Abstand von 1.000 m festlegt,¹⁶ heranzog, befand das Gericht, es seien vielmehr die Abstandsempfehlung der sogenannten Helgoländer Papiere¹⁷ heranzuziehen,¹⁸ die einen Abstand von 1.500 m für erforderlich halten¹⁹. Die hier genannten Richtlinien weisen also eine Differenz von 500 m als „Orientierungswert“²⁰ auf. Bevor der Verwaltungsgerichtshof angerufen worden war und entschied, dass nunmehr die Distanzen der Tabelle 2 der Helgoländer Papiere gelten sollten, bestand demnach Uneinigkeit in der Frage, welche Richtlinie dem allgemein anerkannten Stand der Wissenschaft entsprach.²¹ Dies bedeutet

15 VGH München, Urt. v. 29.3.2016, 22 B 14.1875, 22 B 14.1876, juris.

16 Bayerische Staatsministerien, Hinweise zur Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen (WKA) – Gemeinsame Bekanntmachung der Bayerischen Staatsministerien des Innern, für Wissenschaft, Forschung und Kunst, der Finanzen, für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie, für Umwelt und Gesundheit sowie für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten v. 20.12.2011, S. 37 f., abrufbar unter https://www.stmb.bayern.de/assets/stmi/buw/staedtebau/iib6_energie_windenergieerlass_pdf.pdf (Aufruf am 29.4.2023).

17 Weiterführend zu den Inhalten der Helgoländer Papiere und ihrer rechtlichen Einordnung *Ruß*, *Natur und Recht* 2016, S. 803 ff. und *Schlacke/Schmittker*, Gutachterliche Stellungnahme zur rechtlichen Bedeutung des Helgoländer Papiers der Länderarbeitsgemeinschaft der Staatlichen Vogelschutzwarten (2015).

18 VGH München, Urt. v. 29.3.2016, 22 B 14.1875, 22 B 14.1876, juris Rn. 45; mit einer kritischen Würdigung des Urteils *Ruß*, *Natur und Recht* 2016, S. 686 ff., passim.

19 Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (LAG VSW), Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten, in: *Berichte zum Vogelschutz*, Band 51, 2014, S. 15 ff., 18, 27.

20 Unklar ist, was mit diesem Begriff gemeint ist. In einem der SRU-Umweltgutachten wird von Orientierungswerten bzw. Richtwerten mit Indizwirkung gesprochen. Sachverständigenrat für Umweltfragen (SRU), *Umweltgutachten* 1996. Zur Umsetzung einer dauerhaft-umweltgerechten Entwicklung, BT-Drs. 13/4108 v. 14.3.1996, S. 256; in der Rechtsprechung wird der Begriff der „Orientierungshilfe“ regelmäßig verwendet, vgl. nur BVerwG, Urt. v. 27.6.2017, 4 C 3.16, juris Rn. 15: „Das Berufungsgericht übersieht, dass die Geruchsimmissions-Richtlinie nicht rechtsatzartig, insbesondere nicht im Sinne einer Grenzwertregelung, sondern nur als Orientierungshilfe angewendet werden darf.“; s. hierzu ausführlich unten, Kap. D, II., 2 c) bb) aaa).

21 Die Rechtsprechung hat bis heute keine einheitliche Antwort auf diese Frage gefunden. Teile der Oberverwaltungsgerichte gehen davon aus, dass es sich bei dem

im Umkehrschluss, dass in der Vergangenheit in ähnlich gelagerten Fällen allein die Entscheidung über die Auswahl der jeweiligen Richtlinie über Zulassung bzw. Nichtzulassung einer Anlage entscheiden konnte.

Die Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaften verfolgen durch ihre länderübergreifende Zusammenarbeit das Ziel, den Vollzug zu vereinheitlichen. Oftmals stellt sich damit aber keine einheitliche Rechtsprechungslinie ein, weil die Oberverwaltungsgerichte die Anwendbarkeit der Papiere der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaften unterschiedlich beurteilen.²²

Neben etwaigen verfassungsrechtlichen Bedenken, etwa im Hinblick auf das Gewaltenteilungsprinzip, den Gesetzesvorbehalt und die demokratische Legitimation, bringt diese „Regelungstechnik“ also auch eine Vielzahl praktischer Probleme mit sich, wie die mangelnde Investitionssicherheit und Akzeptanz in Wirtschaft und Industrie. Der hier schwelende Unmut und die Dringlichkeit der Thematik spiegeln sich in einer viel beachteten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2018 wider.

Anlagenbetreiber hatten im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens für Windkraftanlagen unter Berufung auf Art. 19 Abs. 4 GG gerügt, dass die Behörde in Bezug auf die Bewertung des Tötungsrisikos für den Rotmilan willkürlich entschieden habe.²³ Zwar wurden die Verfassungsbeschwerden als unzulässig verworfen, der Senat äußerte aber, dass „in grundrechtsrelevanten Bereichen der Gesetzgeber Verwaltung und Gerichten nicht ohne weitere Maßgaben auf Dauer Entscheidungen in einem fachwissenschaftlichen ‚Erkenntnisvakuum‘ übertragen [dürfe], [sondern] für eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung beispielsweise durch Einsetzung fachkundiger Gremien zur Festlegung einheitlicher Maßstäbe und Methoden sorgen oder wenigstens genauere Regeln für die behördliche Entscheidung zwischen mehreren vertretbaren Auffassungen vorgeben [müsse]“²⁴.

Mindestabstand von 1.500 m um den aktuellen Stand der Wissenschaft handelt, vgl. m.w.N. VGH Kassel, Beschl. v. 14.1.2021, 9 B 2223/20, juris Rn. 15. Seit dem sog. „Rotmilan-Beschluss“ des Bundesverfassungsgerichts vom 23.10.2018 (Az. 1 BvR 2523/13) wird trotz der Möglichkeit einer Plausibilitätskontrolle wieder differenzierter auf untergesetzliche Maßstäbe geblickt, vgl. VGH Mannheim, Beschl. v. 6.8.2020, 10 S 2941/19, juris Rn. 21; OVG Koblenz, Urt. v. 6.10.2020, 1 A 11357/19.OVG, juris Rn. 65 ff.

22 Mit einer tabellarischen Darstellung zur gerichtlichen Anwendung der „Hinweise zum Schallimmissionsschutz bei Windkraftanlagen“, *Schmidt/Sailer*, Die Anwendung der neuen LAI-Hinweise in der Rechtsprechung und in den Bundesländern, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht, Nr. 33 v. 20.3.2018, S. 8.

23 BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018, 1 BvR 2523/13, juris.

24 BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018, 1 BvR 2523/13, juris Rn. 24.

II. Gegenstand der Untersuchung und Terminologie

1. Regelwerke von Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaften als Untersuchungsgegenstand

Die vorliegende Untersuchung hat also genau jene Regelwerke zum Gegenstand, die sich nicht den bekannten untergesetzlichen Kategorien der Rechtsverordnung oder der Verwaltungsvorschrift zuordnen lassen. Dabei konzentriert sich die Untersuchung auf die Vorschriften, die durch die Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaften des Umweltrechts erarbeitet werden.

Deren Veröffentlichungen weisen nicht nur formal, sondern auch inhaltlich eine große Varietät auf. Sie umfassen Durchführungsbestimmungen besonderer gesetzlicher Verfahren, Arbeitsergebnisse von Expert*innenkreisen oder Jahresberichte der jeweiligen Gremien sowie Vollzugs- und Handlungsempfehlungen.²⁵ Dementsprechend variieren auch die Titel der Veröffentlichungen. Häufige Erscheinungsformen sind die Fachkonvention, der Leitfaden, die Hinweise, die Vollzugsempfehlung oder der Vollzugsleitfaden sowie Handlungsempfehlungen und Durchführungsbestimmungen. Hinzukommen Eckpunkt- und Thesenpapiere.

Inhaltlich decken die Veröffentlichungen für jedes Fachgebiet ein breites, weit über die Anlagenzulassung hinausreichendes Fachwissen ab. Zudem haben die Dokumente unterschiedliche Zielrichtungen und dienen nicht grundsätzlich der Konkretisierung umweltrechtlicher Gesetze. Es gibt zahlreiche Veröffentlichungen, die planerische oder strategische Ansätze verfolgen²⁶ und damit einen Sachstand zu einem bestimmten Thema aufarbeiten und letztlich der politischen Positionierung der UMK dienen. All jene Veröffentlichungen bleiben hier außen vor.

Die zu untersuchenden Veröffentlichungen sind insbesondere solche, die gesetzliche Anforderungen des Anlagengenehmigungsverfahrens konkreti-

25 Eine Übersicht der aktuellen Veröffentlichungen der LAI ist abrufbar unter <https://www.lai-immissionsschutz.de/Veroeffentlichungen-67.html> (Aufruf am 29.4.2023).

26 S. beispielsweise LAI, Handlungsbedarf und -empfehlungen zur Einhaltung der NO₂-Grenzwerte, Stand: 16. Februar 2016, abrufbar unter dem Reiter „Luftqualität/Wirkungsfragen/Verkehr“ auf der Internetpräsenz der LAI <https://www.lai-immissionsschutz.de/Veroeffentlichungen-67.html> (Aufruf am 29.4.2023); LAWA, Strategiepapier „Auswirkungen des Klimawandels auf die Wasserwirtschaft“. Bestandsaufnahme und Handlungsempfehlungen, beschlossen auf der 139. LAWA-VV am 25./26.3.2010 in Dresden, und Empfehlungen zur Aufstellung von Hochwassergefahrenkarten, beschlossen auf der 139. LAWA-VV am 25./26.3.2010 in Dresden, beide abrufbar unter <https://www.lawa.de/Publikationen-363-Hochwasser-und-Niedrigwasser.html> (Aufruf am 29.4.2023).

sieren und in diesem Rahmen von der Behörde bei der Einzelfallbeurteilung herangezogen werden.

Ausgeklammert wird auch die Begutachtung von Vorschriften der einzelnen Länder²⁷, da sie rechtlich dem Innenrecht des jeweiligen Landes zuzuordnen sind und keine Geltung über die Ländergrenzen hinweg beanspruchen. Im Fokus der Bearbeitung steht somit die institutionalisierte Standardsetzung der umweltrechtlichen Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaften der Umweltminister*innenkonferenz.

2. Herleitung des Begriffs der verwaltungskooperativ gesetzten Normen

In der Literatur haben sich vielzählige Begriffe zu dem hier behandelten Phänomen der untergesetzlichen Standardsetzung entwickelt wie „außerrechtliches“, „außerjuridisches“, „extrajuridisches“ oder „externes“ Recht.²⁸ Daneben stehen Begriffe wie „privates“, „privatisiertes“²⁹ und „informelles“³⁰ Recht.

27 S. beispielsweise Hinweise zur Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen (WEA) (Windenergie-Erlass – BayWEE), Gemeinsame Bekanntmachung der Bayerischen Staatsministerien des Innern, für Bau und Verkehr, für Bildung und Kultus, Wissenschaft und Kunst, der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat, für Wirtschaft und Medien, Energie und Technologie, für Umwelt und Verbraucherschutz, für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten sowie für Gesundheit und Pflege vom 19.07.2016, AllMBl. 2016/10, S.1642 vom 19.07.2016; Richtlinie zur Feststellung und Beurteilung von Geruchsmissionen in Mecklenburg-Vorpommern (Geruchsmissions-Richtlinie - GIRL M-V), Richtlinie d. Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit und Tourismus v. 15.8.2011 – V 520 – 570-00003-2010/003 – (AmtsBl. M-V S. 534); mit einer rechtlichen Einordnung *Sauer*, NVwZ 2016, S. 201 ff., passim.

28 Der Begriff des „extrajuridischen“ Rechts geht auf *Augsberg* zurück, *Augsberg*, Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht (2013), passim, während *Hoffmann-Riem* von „externem“ Recht spricht, *Hoffmann-Riem*, Die Verwaltung 2016, S. 1 ff., passim.

29 Hierunter wurden vormals insbesondere technische Regelwerke gefasst, heute wird der Begriff jedoch weiter verstanden und soll beispielsweise Selbstverpflichtungserklärungen der Wirtschaft umfassen, vgl. *Michael*, Private Standardsetter und demokratisch legitimierte Rechtsetzung, in: *Bauer*, Demokratie in Europa, S. 431 ff., 432 f.

30 *Schulze-Fielitz*, Technik und Umweltrecht, in: *Schulte/Schröder*, Handbuch des Technikrechts, S. 455 ff., 472, der das hier zu untersuchende Phänomen wie folgt beschreibt: „Neben oder ‚unterhalb‘ solcher Verwaltungsvorschriften gibt es in bestimmten Bereichen des Umweltrechts eine Fülle von verwaltungspraktisch bedeutsamen Regelwerken, maßstäblichen Empfehlungen und Prüfungshinweisen, die sich einer klaren Zuordnung zum Spektrum der herkömmlichen Rechtsquellen entziehen.“; als Beispiel führt *Schulze-Fielitz* unter anderem die Geruchsmissionsrichtlinie an, s. *ders.*, S. 472.

a) Vielfalt möglicher Begriffsherleitungen

Der Begriff der „privaten“ Regelungen ist an dieser Stelle irreführend, da hiermit Regeln von oder unter Privaten assoziiert werden, zudem ist der Begriff bereits durch die privatverbandliche Regelungssetzung³¹ besetzt. Auch der Begriff des „externen Wissens“ oder der „externen Regelungen“ suggeriert den Einbezug von nicht staatlich, aber privat gesetztem Recht, und betrifft somit eine andere Problemstellung, die verbunden ist mit der Auslagerung von Gesetzesarbeit an Private.³² Zwar arbeiten auch die Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaften in der Vorbereitung von Standards eng mit privaten oder öffentlich-rechtlichen Forschungsinstituten zusammen, letztlich verantworten aber die behördlichen Expert*innenkreise die Veröffentlichungen.

Ähnlich verhält es sich mit den Begriffen des „außerrechtlichen“, „außerjuridischen“ bzw. „extrajuridischen“ Rechts. In der Tat handelt es sich vorliegend in der Sache um naturwissenschaftlichen Sachverstand und somit inhaltlich um eine Materie, die nicht der Rechtswissenschaft zuzuordnen ist.³³ Die Begriffe leiten aber fehl, denn behördliche Entscheidungen sind auch unabhängig von umweltrechtlichen Fragen immer „außerrechtlich“; der Polizeibeamte muss häufig eine psychologische Voreinschätzung treffen, der Finanzbeamte wirtschaftliche Zusammenhänge beurteilen.³⁴ Die Außerrechtlichkeit ist damit kein Alleinstellungsmerkmal der hier diskutierten Problematik.

b) Der Begriff der informellen Regelung als Oberbegriff

Als Oberbegriff kommt zunächst der Begriff der „informellen“ Regelung in Frage. Im Verwaltungsrecht werden als informelle Handlungen solche an-

31 Privatverbandliche Regelungen stammen von privatrechtlich organisierten Gremien wie dem DIN (Deutsches Institut für Normung e.V.) oder dem VDI (Verein Deutscher Ingenieure e.V.).

32 S. beispielsweise die Arbeit von *Woiki*, Gesetzgebungsoutsourcing unter dem Grundgesetz (2016).

33 Zur Nutzung des Begriffs der „Außerrechtlichkeit“ im technischen oder fachwissenschaftlichen Kontext BVerwG, Urt. v. 9.7.2008, 9 A 14/07, juris Rn. 64.

34 Vgl. zudem die Abhängigkeit des modernen positiven Rechts von praktischem Wissen, hierzu eingehend *Vesting*, Das moderne Recht und die Krise des gemeinsamen Wissens, in: *Dommann, Monika et al.*, Zürcher Jahrbuch für Wissensgeschichte II, Wissen, was Recht ist (2015), S. 61 ff., 61.

gesehen, „die sich nicht unter die herkömmlichen rechtlich formalisierten Handlungsformen der Verwaltung rubrizieren lassen“, also beispielsweise Absprachen, behördliche Warnungen und Empfehlungen.³⁵ Hauptmerkmal für „informelles“ Verwaltungshandeln ist hiernach, wenn dieses rechtlich nicht geregelt und damit unverbindlich ist.³⁶ Nach *Schulze-Fielitz* fallen unter informelle Standards „[...] eine Fülle von verwaltungspraktisch bedeutsamen Regelwerken, maßstäblichen Empfehlungen und Prüfungshinweisen, die sich einer klaren Zuordnung zum Spektrum der herkömmlichen Rechtsquellen entziehen.“³⁷ Trotz der Schriftlichkeit der Regelungen, die der Begriffsverwendung vorliegend entgegen gehalten werden könnte, bewegt sich der hier behandelte Untersuchungsgegenstand genau in diesem Spannungsverhältnis der Faktizität und Rechtsunverbindlichkeit bzw. Nichtzuordenbarkeit.

Der Begriff wird deshalb im Folgenden als Oberbegriff für all jene Regelungen verwandt, die nicht auf der Stufe des sonstigen, wenigstens eingeschränkt verbindlichen Rechts stehen und darüber hinaus nicht in einem gesetzlich geregelten, förmlichen Verfahren zustande kommen. Hierunter fallen beispielsweise auch privatverbandliche Normen.

c) Die Wortschöpfung der „verwaltungs kooperativ gesetzten Norm“

Für eine stichhaltige rechtsdogmatische Analyse von unverbindlichen Regelwerken ist eine verlässliche Kategorisierung der vielfältigen informellen Normen vonnöten. Dies macht zunächst eine Begriffsbestimmung der hier zu untersuchenden Papiere der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaften erforderlich. In Anlehnung an die Begriffe der privatverbandlichen und halbstaatlichen Normen³⁸ wird für den Untersuchungsgegenstand der Ar-

35 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 16.

36 Hierzu ausführlich *Kautz*, Absprachen im Verwaltungsrecht (2002), S. 32 ff.

37 *Schulze-Fielitz*, Technik und Umweltrecht, in: *Schulte/Schröder*, Handbuch des Technikrechts, S. 455 ff., 472, der das Beispiel der Geruchsimmissions-Richtlinie anführt.

38 Diese Begriffe gehen auf eine Arbeit von *Irene Lamb* zurück, die unter privatverbandliche Normen Regelungen von privatrechtlich organisierten Gremien fasst und dazu halbstaatliche Normen abgrenzt, die von sachverständigen Gremien stammen, die der Verwaltung angegliedert sind, und den staatlichen Auftrag innehaben, Standards zu entwickeln, die letztlich von der Verwaltung amtlich eingeführt werden, beispielsweise der Kerntechnische Ausschuss (KTA); zu den verschiedenen Typen kooperativer Standardsetzung *Lamb*, Kooperative Gesetzeskonkretisierung (1995), S. 71 ff., 97 ff.; der jüngst von *Köck* vorgeschlagene Begriff der „semi-hoheitlichen