

Studien und Gutachten aus dem Institut für Staatslehre,  
Staats- und Verwaltungsrecht der Freien Universität Berlin

---

Heft 11

# Die Duldung als Form flexiblen Verwaltungshandelns

Dargestellt an einem Fall des Wasserrechts

Von  
Prof. Dr. Albrecht Randelzhofer  
und  
Prof. Dr. Dieter Wilke



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

**A. RANDELZHOFFER / D. WILKE**

**Die Duldung als Form flexiblen Verwaltungshandelns**

**Studien und Gutachten aus dem Institut für Staatslehre,  
Staats- und Verwaltungsrecht der Freien Universität Berlin**

**Heft 11**

# Die Duldung als Form flexiblen Verwaltungshandelns

Dargestellt an einem Fall des Wasserrechts

Von  
Prof. Dr. Albrecht Randelzhofer  
und  
Prof. Dr. Dieter Wilke



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

**Alle Rechte vorbehalten**  
**© 1981 Duncker & Humblot, Berlin 41**  
**Gedruckt 1981 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65**  
**Printed in Germany**  
**ISBN 3 428 05037 1**

## Inhaltsverzeichnis

<b>I. Das Problem</b> .....	9
1. Die behördliche Duldung im Umweltrecht .....	9
2. Der Fall .....	11
3. Verunreinigung oder sonstige nachteilige Veränderung der Gewässer .....	13
a) Begriff der nachteiligen Veränderung .....	13
b) Das Problem der unerheblichen nachteiligen Veränderung ....	14
c) Verunreinigung als Unterfall der nachteiligen Veränderung ...	15
d) Bereits verschmutzte Gewässer .....	16
e) § 38 WHG als Generalklausel .....	16
f) Nachteilige Veränderungen der Wasserqualität im vorliegenden Fall .....	17
4. Das Problem der „unbefugten“ Gewässerverunreinigung .....	17
a) Das Merkmal „unbefugt“ .....	17
b) Das Merkmal „unbefugt“ und das 18. StrÄndG .....	18
c) Auslegung des Merkmals „unbefugt“ .....	22
d) Bewilligung, Erlaubnis und Zulassung vorzeitigen Beginns ...	22
e) Erfüllung des Merkmals „unbefugt“ durch Verstoß gegen Auflagen? .....	23
<b>II. Konkludente oder stillschweigende Erlaubnis</b> .....	29
1. Der Verwaltungsakt der Erlaubnis .....	29
2. Die Regelung der Form des Verwaltungsakts im Verwaltungsverfahrenrecht .....	29
3. Die Form des Verwaltungsakts im Spiegel der Rechtsprechung ..	35
4. Vermutung und Bestimmtheit des Verwaltungsakts .....	37

5. Die Regelung des Wasserrechts .....	38
6. Konkludente Erlaubnis? .....	40
7. Erlaubnis und Baugenehmigung .....	42
<b>III. Notstand .....</b>	<b>44</b>
1. Rechtfertigender Notstand .....	44
2. Geschützte Rechtsgüter .....	44
a) StA Mannheim .....	45
b) OLG Stuttgart .....	45
c) Literatur .....	46
3. Notstand und Einleitung .....	46
a) Sicherung der Arbeitsplätze und Produktion .....	47
b) Soziale Komponente .....	48
c) Abwägung .....	48
4. Rechtsprechung und Literatur .....	50
a) OLG Stuttgart .....	50
b) Literatur .....	51
5. Ergebnis .....	51
6. Folgerungen für den vorliegenden Fall .....	52
7. Überleitung zur Duldung .....	53
<b>IV. Duldung durch die Behörden .....</b>	<b>54</b>
1. Kenntnis der Behörden .....	54
2. Nichteinschreiten der Behörden .....	54
3. Opportunitätsprinzip .....	56
a) Duldung kein bereits allgemein anerkanntes Institut des Ver- waltungsrechts, aber häufige Erwähnung in der Rechtsprechung	56
b) Duldung im Wasserrecht .....	76
c) Verhalten der Behörden im vorliegenden Fall .....	79

Inhaltsverzeichnis	7
(1) Grundsatz des Vertrauensschutzes .....	79
(2) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit .....	80
(a) Geltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Wasserrecht .....	80
(b) Das Dilemma der Behörde .....	81
(c) Kooperation und flexiblere Verwaltungsformen .....	83
(d) Rechtfertigung kraft Duldung und Erlaubnis .....	93
(e) Umweltgutachten 1978 .....	94
(f) Rechtswidrige Duldung .....	105
<b>V. Schlußbemerkung</b> .....	<b>108</b>



# I. Das Problem

## 1. Die behördliche Duldung im Umweltrecht

In den letzten Jahren haben Presse, Rundfunk und Fernsehen häufig über Umweltskandale berichtet. Wirtschaftliche Unternehmen oder Einzelpersonen mußten sich vor dem Forum der Öffentlichkeit verantworten, weil sie die Gemeinschaftsgüter Luft, Wasser und Boden aus ökonomischen Gründen geschädigt hatten. Die zuständigen Fachbehörden sahen sich gleichfalls heftigen publizistischen Angriffen ausgesetzt. Man warf ihnen vor, ihre Kontrollpflichten vernachlässigt zu haben, und erklärte sie mitunter sogar zu Teilhabern einer Kumpanei von Staat und Wirtschaft. Ein spektakuläres Beispiel derartiger Enthüllungen bot der sogenannte Hamburger Giftmüllskandal<sup>1</sup>: Im Jahre 1979 wurden auf dem Gelände einer chemischen Fabrik explosive Gegenstände entdeckt; nähere Untersuchungen ergaben, daß das gesamte Areal von giftigen Stoffen verseucht war.

Derartige Vorfälle, aber auch zahlreiche alltägliche Ereignisse, bilden Belege für die häufig geäußerte These eines „Vollzugsdefizits“ im Umweltrecht<sup>2</sup>. Sie soll hier jedoch nicht untersucht werden. Vielmehr soll das Augenmerk auf eine neuartige (oder zumindest neuartig erscheinende) Handlungsform der Verwaltung gelenkt werden: die *behördliche Duldung genehmigungsbedürftigen, aber ungenehmigten privaten Handelns*<sup>3</sup>. Mit ihrer Hilfe vermag eine Behörde die Sach- und Rechtslage in einem Schwebezustand zu halten, indem sie weder eine Genehmigung erteilt noch sie verweigert oder gar ein Verbot ausspricht.

Diese Handlungsform, die das Verwaltungsverfahrensrecht nicht nennt und von der Verwaltungsrechtslehre noch nicht zur Kenntnis genommen worden ist, dürfte eine erhebliche Verbreitung haben. Die Verwal-

---

<sup>1</sup> Vgl. über ihn *Damkowski*, Die blinde Bürokratie. Analyse einer Affäre — Ursachen, verwaltungswissenschaftlicher Erkenntniswert und verwaltungspolitische Konsequenzen des Giftmüllskandals in Hamburg, Die Verwaltung 14 (1981), 219 ff.

<sup>2</sup> Vgl. *Stich*, Personale Probleme des Vollzugsdefizits in der Umweltschutzverwaltung, in: Öffentlicher Dienst. Festschrift für C. H. Ule, hrsg. v. König u. a., 1977, S. 215 ff.

<sup>3</sup> Die Verfasser haben erstmals in einem Gutachten im Jahre 1980 die Problematik der verwaltungsrechtlichen Duldung behandelt.

tungswissenschaft, die dem Umweltrecht auch schon bisher Aufmerksamkeit geschenkt hat<sup>4</sup>, hätte hier ein vielversprechendes Betätigungsfeld. Der Vorwurf, eine Behörde handle rechtswidrig, wenn sie ungenehmigtes Tun dulde, ist naheliegend, aber in Anbetracht einer typischen Verwaltungspraxis zweifelhaft. Deshalb erscheint es angebracht, die flexible Handlungsform der Duldung, die insbesondere beim Vollzug des Umweltrechts Verwendung findet, einer verwaltungs- und verfassungsrechtlichen Betrachtung zu unterziehen.

Wegen der Verknüpfung des öffentlichen Rechts mit dem Strafrecht ist es unumgänglich, auch auf — in jüngster Zeit häufiger erörterte — Probleme des Umweltstrafrechts<sup>5</sup>, zu denen auch die Frage nach der Strafbarkeit des im Umweltrecht tätigen Exekutivpersonals gehört<sup>6</sup>, einzugehen. Denn eine verwaltungsrechtliche Begriffsbildung, die das Strafrecht nicht als Proberstein und Kontrollmaßstab benutzte, wäre dem Vorwurf ausgesetzt, sich von Nachbarrechtsgebieten zu isolieren und die mit der Anwendung des Umweltrechts betrauten Behörden und Gerichte in erhebliche Schwierigkeiten zu bringen.

Da es bisher noch keine Ansätze für eine Dogmatik der verwaltungsrechtlichen Duldung gibt, soll nicht der Weg abstrakter Deduktionen beschritten werden. Vielmehr wird an Hand eines konkreten Falles dargestellt, daß die Rechtsfigur der Duldung ihre Berechtigung hat und auch nicht ohne Auswirkungen auf die strafrechtliche Bewertung ist. Allerdings darf die Tragweite der Duldung nicht überschätzt werden. Sie ist kein Freibrief für nachlässige Behörden und ungehorsame Gesetzesadressaten, sondern erlaubt lediglich eine angemessene Würdigung behördlicher Handlungen im Bereich des Opportunitätsprinzips<sup>7</sup> sowie mancher ungenehmigten Tätigkeiten oder Zustände.

<sup>4</sup> Vgl. *Damkowski*, Die Verwaltung 14 (1981), 219 ff.; *Winter*, Das Vollzugsdefizit im Wasserrecht. Ein Beitrag zur Soziologie des öffentlichen Rechts, 1975.

<sup>5</sup> Vgl. *Herrmann*, Die Rolle des Strafrechts beim Umweltschutz in der Bundesrepublik Deutschland, ZStrW 1979, 281 ff.; *Just-Dahlmann*, Stiefkind des Strafrechts: Umweltschutz, in: Festschrift für W. Sarstedt, hrsg. v. Hamm, 1981, S. 81 ff.; *Laufhütte/Möhrenschrager*, Umweltstrafrecht in neuer Gestalt, ZStrW 1980, 912 ff.; *Tiedemann*, Die Neuordnung des Umweltstrafrechts. Gutachtliche Stellungnahme zu dem Entwurf eines Sechzehnten Strafrechtsänderungsgesetzes (Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität), 1980; *Triffterer*, Die Rolle des Strafrechts beim Umweltschutz in der Bundesrepublik Deutschland, ZStrW 1979, 309 ff.; ders., Umweltstrafrecht. Einführung und Stellungnahme zum Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität, 1980.

<sup>6</sup> Vgl. hierzu *Horn*, Strafbares Fehlverhalten von Genehmigungs- und Aufsichtsbehörden?, NJW 1981, 1 ff.; *Ostendorf*, Die strafrechtliche Rechtmäßigkeit rechtswidriger hoheitlichen Handelns, JZ 1981, 165 ff.

<sup>7</sup> Vgl. zu diesem Begriff *Schmätz*, Die Grenzen des Opportunitätsprinzips im heutigen deutschen Polizeirecht, 1966, S. 41 f.

## 2. Der Fall

Der folgende Sachverhalt, der den weiteren Überlegungen zugrundegelegt wird, ist fiktiv, aber nicht unreal. Über Fälle ähnlicher Art ist mehrfach in den Massenmedien berichtet worden. Ein solches fallbezogenes Vorgehen hat — abgesehen von seiner Lebensnähe — den Vorzug, daß die Schwierigkeiten besonders deutlich werden, die ohne Anerkennung des Instituts der Duldung auftreten können, wenn es um die Beurteilung der Genehmigungslosigkeit geht. Zudem erleichtert die gewählte Methode die Prüfung und die Kritik der nunmehr ans Licht gezogenen Handlungsform der Duldung. Es ist ein methodischer Vorzug, daß der Fall im Wasserrecht und nicht in einem anderen Gebiet des Umweltrechts, zum Beispiel dem Immissionsschutzrecht, angesiedelt ist, weil die traditionsreiche Wasserrechtsgesetzgebung seit langem ein ausgebautes Instrumentarium aufweist und die Notwendigkeit, eine neue Rechtsfigur wie die Duldung zu akzeptieren, daher einer besonders überzeugenden Begründung bedarf.

Ein Unternehmen entnimmt seit Jahrzehnten aus einem benachbarten Fluß Wasser und leitet die bei der Produktion entstehenden Abwässer in ihn zurück. Menge und Zusammensetzung dieser industriellen Abwässer veränderten sich entsprechend dem Ausbau des Unternehmens und der Wandlung der Produkte. Gemäß den jeweils geltenden landesrechtlichen Vorschriften wurden im Laufe der Jahrzehnte zahlreiche gewerbe-, bau- und wasserrechtliche Genehmigungen, Bewilligungen und Konzessionen erteilt. Während des Krieges und in der ersten Nachkriegszeit wurde auf Drängen staatlicher Stellen der Betrieb, ohne daß neue Erlaubnisse eingeholt wurden, erheblich ausgedehnt, was zu einer vermehrten Belastung des Flusses führte. Die günstige Entwicklung der Konjunktur während des sogenannten Wirtschaftswunders führte zu einer weiteren Erhöhung der Fabrikation. Die ansteigenden Abwassermengen wurden nunmehr teils mechanisch, teils biologisch behandelt, ehe sie dem Fluß in weniger schädlicher Zusammensetzung zugeführt wurden.

Nachdem das Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz)<sup>8</sup> — WHG — am 1. 3. 1960 in Kraft getreten war<sup>9</sup>, meldete das Unternehmen gemäß § 16 WHG die ihm nach seiner Auffassung zustehenden alten Rechte und Befugnisse an. Zugleich beantragte es vorsorglich, ihm Erlaubnisse und Bewilligungen, wie sie in den §§ 7 und 8 WHG vorgesehen sind, zu erteilen. Die Prüfung der angemeldeten alten Rechte und Befugnisse bereitete der zuständigen Behörde beträchtliche Schwierigkeiten, da das Unternehmen sich auf eine Vielzahl von Genehmigungen, die zu unterschiedlichen Zeiten und auf Grund längst überholter Gesetze erlassen worden waren, berufen hatte. In einigen Fällen war es nicht einmal möglich, den Text frühe-

---

<sup>8</sup> v. 27. 7. 1957 (BGBl. I S. 1100). — Das Gesetz gilt nunmehr in der Fassung v. 16. 10. 1976 (BGBl. I S. 3017).

<sup>9</sup> Der in § 45 WHG zunächst vorgesehene Termin wurde durch § 1 des Gesetzes zur Änderung des WHG v. 19. 2. 1959 (BGBl. I S. 37) um ein Jahr verschoben.