

spruch gegen das duale System zu, welches die betreffenden Verkaufsverpackungen lizenziert hatte. In allen drei Fällen müssen sich die Pflichten in das gesetzlich vorgegebene Gesamtkonzept der Produktverantwortung der Wirt-

schaft (§§ 22 ff. KrW-/AbfG) einfügen, welches – ausgehend von der Intention des Gesetz- und des Verordnungsgebers – durch ein Zusammenwirken der Akteure bei der Erfüllung der Produktverantwortung geprägt ist.

Prof. Dr. Diederich Eckardt*

Umwelthaftung im Insolvenzverfahren

I. Einführung

Hinter dem Thema „Umwelthaftung im Insolvenzverfahren“ verbirgt sich in der Praxis vor allem eine ganz bestimmte Fragestellung, nämlich die der insolvenzmäßigen Bewältigung des Problems der Altlasten.¹ Es geht dabei in der Regel um langjährig betrieblich genutzte Grundstücke, die jetzt kontaminiert sind, sei es durch Akkumulierung von Abfällen, sei es durch schädliche Bodenveränderungen. Der gesamtwirtschaftliche Umfang des Problems ist beträchtlich: Auf ganz Deutschland bezogen setzte man den einschlägigen Sanierungsbedarf schon vor zehn Jahren bei 500 Milliarden Euro an.² Grundstücke im Vermögen insolventer Rechtsträger sind hiervon sogar überproportional häufig betroffen, schon weil umweltgerechtes Verhalten häufig teuer ist und in der Krise naturgemäß die Neigung fehlt, sich solchen kostenträchtigen Pflichten zu unterziehen; hinzu kommt, dass die zuständigen Umweltbehörden in der Krise häufig lange still halten, um die Existenz des Unternehmens nicht zu gefährden, nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens aber die Zeit zum Einschreiten gekommen sehen.

Der Verursacher des Problems, der Insolvenzschuldner – das ist in der Regel ja ein wie auch immer organisierter Verband und keine natürliche Person – hat sich im Insolvenzverfahren nun einmal auf Dauer verabschiedet, so

dass sich mit besonderer Schärfe die klassische Frage stellt: „Wer soll das bezahlen, wer hat so viel Geld?“ Im Ansatz ist das gar nicht so problematisch: Im Insolvenzverfahren geht es um kollektive Haftungsverwirklichung, also um die gemeinschaftliche und gleichmäßige Durchsetzung der Haftung des Vermögens des Schuldners für die von diesem begründeten Verbindlichkeiten.³ Dass die Insolvenzmasse im Prinzip auch für begründete öffentlich-rechtliche Forderungen gegen den Insolvenzschuldner einzustehen hat, steht deshalb natürlich außer Frage. Die Frage ist aber, ob diese Einstandspflicht die typisch insolvenzmäßige ist, also lediglich auf quotenmäßige Teilhabe am Verwertungserlös gerichtet ist, oder ob es sich hierbei nicht im Gegenteil um die Verpflichtung zur vollumfänglichen Befriedigung handelt, die das Insolvenzrecht für solche Forderungen vorsieht, die aus der Verwaltungstätigkeit des Insolvenzverwalters herrühren.

Das sind also die beiden konstruktiven und auch wertungsmäßigen Optionen: Die Sanierungspflicht kann zum einen dem Insolvenzschuldner zugeordnet werden; für die Verbindlichkeiten, die dieser begründet hat – die Insolvenzforderungen (§ 38 InsO) – haftet die Insolvenzmasse auch, aber nur unter strikter Gleichbehandlung aller Gläubiger, d.h. anteilig in Höhe der jeweiligen Insolvenzquote. Darin kommt der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger eines insolventen Schuldners zum Ausdruck, das wichtigste und elementarste Prinzip jeglichen Insolvenzrechts; dieses Postulat schließt den Staat als Gläubiger ein, seitdem im Zuge der Insolvenzrechtsreform mit Wirkung zum 1.1.1999 die bis dahin geltende (auch und gerade den Staat als Gläubiger begünstigende) Vorrechtsordnung abgeschafft wurden.⁴

Die konstruktive und wertungsmäßige Alternative besteht darin, die Sanierungspflicht mitsamt deren Kostenfolgen nicht dem Insolvenzschuldner zuzuordnen, sondern dem Insolvenzverwalter, der jetzt de iure und de facto den Betrieb führt: Für die vom Verwalter zu Lasten der Masse begründeten Verbindlichkeiten – die Masseschulden – besteht nämlich eine Art Vorwegbefriedigungsrecht, d.h. soweit die Masse ausreicht, sind solche Forderungen voll zu erfüllen (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 iVm § 53 InsO); sie unterfallen deshalb gerade nicht dem Gleichbehandlungsregime, das für die insolvenzmäßige Haftung kennzeichnend ist.

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht an der Universität Trier.

1 Aus dem kaum mehr übersehbaren Schrifttum vgl. dazu monographisch zuletzt Blum, *Ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit in der Insolvenz* (2001); Lwowski/Tetzlaff, *Umweltrisiken und Altlasten in der Insolvenz* (2002); Volkmer, *Die negatorische Sanierungsverpflichtung nach BBodSchG und ihre Stellung im Regelinsolvenzverfahren* (2002); Weber, *Die Altlastensanierung in der Insolvenz* (2002); Westpfahl, *Umweltschutz und Insolvenz* (1998); aus der Kommentarliteratur etwa Jaeger/Windel, *InsO*, 1. Aufl. (2004 ff.) § 80 Rn. 119-125; Henckel, ebd., § 38 Rn. 26-28; Lwowski/Tetzlaff, in: *Münchener Kommentar zur InsO*, 2. Auflage (2007 ff.) § 165 Rn. 190-209; Ott/Vuia, ebd., § 80 Rn. 136-144. Eine aktuelle Literaturübersicht findet sich etwa bei Jaeger/Windel aaO, § 80 vor Rn. 119.

2 Vgl. mwN Gaier, *NZM* 2005, 161.

3 Vgl. nur Jaeger/Henckel (Fn. 1) § 1 Rn. 6.

4 Vgl. nur Jaeger/Henckel (Fn. 1) § 38 Rn. 2, 8, § 39 Rn. 1; Windel, ebd. § 87 Rn. 1.

Welche dieser beiden Einordnungsmöglichkeiten denn nun „richtig“ ist, darüber wird bereits seit etwa 20 Jahren gestritten, und zwar nicht nur mit einer seltenen Intensität und Leidenschaft, sondern auch mit einer gleichfalls seltenen Trennschärfe zwischen den Umweltbehörden und Verwaltungsgerichten einerseits und den Insolvenzrechtlern andererseits.

Die Umweltbehörden haben – wofür natürlich einiges spricht – vor allem den effektiven Umweltschutz im Blick, der ein Vorgehen gegen den Insolvenzverwalter voraussetzt; die lediglich insolvenzmäßige Befriedigung der umweltrechtlichen Ansprüche laufe zudem darauf hinaus, dass man die Kosten der Sanierung im wesentlichen der Allgemeinheit aufbürde, während sie jedoch sachnäher von der Insolvenzmasse und damit letztlich von den übrigen Gläubigern des Insolvenzschuldners zu tragen seien. Dieser zumindest im Ansatz – und, wie noch zu zeigen sein wird, teilweise auch im Ergebnis – „masseunfreundlichen“ Linie folgen seit langem auch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts⁵ und der Oberverwaltungsgerichte⁶ und mit ihnen das umwelt- und verwaltungsrechtliche Schrifttum.⁷

Die Insolvenzrechtler, an vorderster Front natürlich die Insolvenzverwalter und mit ihnen die Bundesrichter des für das Insolvenzrecht zuständigen IX. Senats des BGH,⁸ sehen demgegenüber eine bevorzugte Behandlung der öffentlichen Hand und damit einen Verstoß gegen das insolvenzrechtliche Gleichbehandlungsgebot gegeben.⁹ In wirtschaftlicher Hinsicht steht dahinter – was natürlich

auch nicht von der Hand zu weisen ist – die Erwägung, die Insolvenzmasse werde anderenfalls in vielen Fällen wertauserschöpfend mit umweltrechtlichen Sanierungskosten belastet; dies mache nicht nur in den betroffenen Fällen eine Sanierung des Unternehmens unmöglich, sondern gefährde ganz generell die Funktionsfähigkeit des auf Förderung der Unternehmenssanierung gerichteten neuen Insolvenzrechts, da der Verwalter zur Vermeidung einer persönlichen Haftung in allen Zweifelsfällen auf eine schnellstmögliche Betriebsstilllegung drängen müsse.

Am längeren Hebel sitzt einstweilen freilich eindeutig die umweltrechtliche Seite, und zwar einfach deshalb, weil die Verwaltungsgerichte über die entsprechenden Klagen gegen die behördliche Inanspruchnahme wegen Altlasten zu entscheiden haben, während der BGH mit der Konstellation bislang nur anhand mietrechtlicher Parallelfälle befasst war und sich deshalb bislang auf einige wütende obiter dicta beschränken musste;¹⁰ eine Gelegenheit, die Frage dem Gemeinsamen Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes vorzulegen – die der BGH ohne Zweifel sofort wahrnehmen würde –, hat sich noch nicht geboten.¹¹ Ein klärendes Eingreifen des Gesetzgebers ist zumindest kurzfristig ebenfalls nicht zu erwarten, da die Ansichten innerhalb der Bundesregierung ebenfalls entlang der Kompetenzgrenzen divergieren.¹² Das Problem wird uns also noch eine Weile erhalten bleiben, was es vielleicht rechtfertigt, im Folgenden eine nicht an die Spezialisten adressierte Einführung in die insolvenzrechtliche Problematik

- 5 BVerwG, Urteil vom 20.1.1984 – 4 C 37.80, NJW 1984, 2427; BVerwG, Urteil vom 22.10.1998 – 7 C 38.97, BVerwGE 107, 299 = NJW 1999, 1416 = NZI 1999, 37; BVerwG, Urteil vom 10.2.1999 – 11 C 9.97, BVerwGE 108, 269 = NVwZ 1999, 653 = NZI 1999, 246; BVerwG, Urteil vom 25.2.2000 – 3 B 1.00, Buchholz 451.221 § 36 KrW-AbfG Nr. 2; BVerwG, Urteil vom 22.7.2004 – 7 C 17.03, NVwZ 2004, 1360 = NZI 2005, 55 = DÖV 2004, 1045 = DVBl 2004, 1556; BVerwG, Urteil vom 23.9.2004 – 7 C 22.03, BVerwGE 122, 75 = NVwZ 2004, 1505 = NZI 2005, 51 = DÖV 2005, 205 = DVBl 2004, 1564; BVerwG, Urteil vom 5.10.2005 – 7 B 65.05 BeckRS 2005, 30312 = ZInsO 2006, 495; BVerwG, Urteil vom 31.8.2006 – 7 C 3.06, BVerwGE 126, 326 = NVwZ 2007, 86 = DÖV 2007, 167 = DVBl 2006, 1517; zusammenfassend dazu Kley, DVBl 2005, 727 ff.
- 6 S. zuletzt VGH München, Urteil vom 4.5.2005 – 22 B 2208.99 und 2209.99, NVwZ-RR 2006, 537 = BayVerwBl 2006, 217 = UPR 2005, 446 = ZInsO 2006, 496; OVG Bautzen – Urteil vom 18.10.2005 – 4 B 271.02, BeckRS 2006, 21253 = NJ 2006, 186 = UPR 2006, 280; OVG Greifswald, Beschluss vom 17. 11.2005 – 3 M 71.04, NVwZ-RR 2006, 668 = NJ 2006, 378 = GewA 2006, 497 = NuR 2006, 579.
- 7 Vgl. – mit Unterschieden im Detail – etwa Beaucamp/Seifert, NVwZ 2006, 258 (261 f.); Franz, NuR 2000, 496 (500); Henning, LKV 2007, 212 ff.; Kley, DVBl 2005, 727 ff.; Kothe, Zeitschrift für Immobilienrecht (ZfIR) 2004, 1 ff.; ders., Altlasten in der Insolvenz (1999); Kurz/Schwarz, NVwZ 2007, 1380 (1381); Riese/Karsten, NuR 2005, 234 ff.; Ritgen, GewArch 1998, 393 ff.; Volkmer (Fn. 1) S. 208 ff., 228 f., jew. mwN.
- 8 S. insbes. BGH, Urteil vom 5.7.2001 – IX ZR 327/99, BGHZ 148, 252 (259 f.) = NJW 2001, 2966 = NZI 2001, 531; BGH, Urteil vom 18.4.2002 – IX ZR 161/01, BGHZ 150, 305 (313) = NJW-RR 2002, 1198 = NZI 2002, 425; s. dazu Berger, Festschrift f. Krefl (2004) S. 191, 198 ff., bes. 203 f.; Kirchhof, Festschrift f. Gerhardt (2004) S. 443

- (451 f.); Seidel/Flitsch, DZWIR 2005, 278 ff.; Vierhaus, ZInsO 2005, 127 ff. (ebenso übrigens der Österreichische Oberste Gerichtshof, vgl. OGH EWIR 2004, 1039 [Tetzlaff]). Aus BGH, Urteil vom 2.2.2006 – IX ZR 46/05, NJW-RR 2006, 989 = NZI 2006, 293, sub II.2. ergibt sich immerhin, dass der BGH die Einstufung der Ersatzvornahmekosten als Masseverbindlichkeit durch das BVerwG billigt, wenn die Ordnungspflicht zuvor bestandskräftig gegen den Verwalter festgesetzt worden ist.
- 9 Vgl. – mit Unterschieden im Detail – etwa Häsemeyer, Festschrift f. Uhlenbruck (2000) S. 97 ff.; Jaeger/Windel und Jaeger/Henckel, jew. aaO (Fn. 1); Kilger, Festschrift f. Merz (1992) S. 253 (272 f.); Lwowski/Tetzlaff (Fn. 1) S. 141 ff., 247 ff.; Pape, KTS 1993, 551 (574 ff.); Petersen, NJW 1992, 1202 (1205 ff.); Pöhlmann, NZI 2001, 486 (487); Seidel/Flitsch, DZWIR 2005, 278 ff.; Stoll, ZIP 1992, 1437 (1441 ff.); Tetzlaff, NZI 2001, 10 (11 f.); Uhlenbruck, KTS 2004, 275 ff.; Vierhaus, ZInsO 2004, 919 f. u. 2005, 127 ff., 1026 ff.; Weers/Hönig, ZInsO 2005, 244 ff.; Weitemeyer, NVwZ 1997, 533 (535 ff.); Westpfahl, Insolvenz und Umweltschutz (1998) S. 107 f., 131; v. Wilmowsky, ZHR 160 (1996) 593 (600 f.); a.A. insbes. Karsten Schmidt, NJW 1993, 2833 ff.; ders., ZIP 2000, 1913 ff.; ders., AG 2006, 597 (598 ff.); H.-F. Müller, Der Verband in der Insolvenz (2002) S. 114 f.; Weber (Fn. 1) S. 99 ff.
- 10 BGH aaO (Fn. 8) mit Replik darauf in BVerwG, Urteil vom 23.9.2004 (Fn. 5) sub II.1.
- 11 Denkbar wäre etwa die Einbettung der Rechtsfrage in eine Klage, mit der die persönliche Haftung des Insolvenzverwalters (§ 60 InsO) geltend gemacht wird.
- 12 Wie in BVerwG, Urteil vom 23.9.2004 (Fn. 5, insoweit aber nur in juris sowie in BeckRS 2004, 25208 abgedruckt), unter I. der Urteilsgründe mitgeteilt wird, folgt das Bundesumweltministerium der „masseunfreundlichen“, das BMJ dagegen der „massefreundlichen“ Linie.

zu geben. Aus der weiten Feld des Umweltrechts soll es dabei um das Abfall- und das Bodenschutzrecht als die beiden praktisch bedeutsamsten umweltrechtlichen Regelungsbereiche gehen.

II. Umweltrechtliche Verhaltensverantwortlichkeit

Beginnen möchte ich dabei aber nicht gleich mit den eigentlichen Altlasten, sondern mit solchen Umweltsünden, die sich auf den Insolvenzverwalter als Verursacher zurückführen lassen, wenn dieser zum Beispiel im Rahmen einer Betriebsfortführung, die ja im Einzelfall durchaus länger dauern kann, Abfall erzeugt oder eine schädliche Bodenveränderung verursacht hat. Im Abfallrecht betrifft dies bei nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen die Verpflichtung des Abfallerzeugers zur ordnungsgemäßen Beseitigung des Abfalls (§§ 3 Abs. 5, 5, 11 KrW-/AbfG).¹³ Im Bodenschutzrecht ist die Untersuchungs- und Sanierungsverpflichtung des Verursachers einer schädlichen Bodenveränderung (§§ 4 Abs. 1-3, 9 Abs. 2, 10 Abs. 1 BBodSchG) angesprochen.

1. Die Verhaltensverantwortlichkeit des Insolvenzverwalters

Es steht völlig außer Frage, dass sich die an ein solches Verhalten geknüpften Polizeipflichten dann auch gegen den

Verwalter richten: Die öffentlich-rechtlichen Rahmenbedingungen gelten selbstverständlich auch für die amtliche Haftungsabwicklung, und damit ebenso das allgemeine Polizeirecht wie auch das geltende Umweltrecht. Den Insolvenzverwalter hiervon auszunehmen, widerspräche dem Schutzzweck umweltrechtlicher Regelungen; überdies würde es dem Insolvenzschuldner und mittelbar den Gläubigern einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil gegenüber den Konkurrenten einräumen, indem die Betriebsfortführung von den Kosten für die Vermeidung von Umweltrisiken entlastet würde. An der prinzipiellen umweltrechtlichen Verantwortlichkeit des Verwalters ist im Ergebnis mithin nicht zu zweifeln.¹⁴

Als besonders instruktiv ist in dieser Konstellation immerhin der Umstand hervorhebenswert, dass der Insolvenzverwalter zwar Adressat der entsprechenden ordnungsbehördlichen Verfügungen ist, er wird hieraus aber gleichwohl nicht persönlich verpflichtet, sondern haftet immer nur mit der Insolvenzmasse.¹⁵ Auch darüber ist man sich im Ergebnis völlig einig, mit der Begründung hat man aber vielfach Schwierigkeiten. Sie liegt aus insolvenzrechtlicher Sicht darin, dass die Übertragung des Verwalteramts gewissermaßen eine Zweiteilung des Rechtskreises des Verwalters bedingt: Neben den Verwalter persönlich (d.h. „als Privatperson“, „als Mensch“) tritt als dessen alter ego der gleichfalls im eigenen Namen handelnde „Verwalter in seiner Eigenschaft als Amtsträger“. Zurechnungsendsubjekt der Rechte und Pflichten, die den Verwalter gerade in seiner spezifischen Eigenschaft als Amtstreuhänder treffen, ist deshalb nie der Verwalter, sondern immer die Masse und damit letztlich der Insolvenzschuldner als deren Rechtsträger.

Was damit umrissen ist, ist die sogenannte Amtstheorie:¹⁶ Sie bewirkt, um es noch einmal zusammenzufassen, dass der Verwalter, auch wenn er stets im eigenen Namen handelt, Rechtsfolgen nicht in der eigenen Sphäre erzeugt, sondern in der Rechtssphäre der Insolvenzmasse; dies gilt ganz selbstverständlich auch in ordnungsrechtlicher Hinsicht und erklärt mithin, warum eine persönliche Kostenbelastung des Verwalters nicht in Frage kommt.

2. Verhaltensverantwortlichkeit für „Altlasten“

Die Inanspruchnahme der Insolvenzmasse unter dem Aspekt der Verhaltensverantwortlichkeit kommt aber nicht in Frage, wenn die betreffenden Abfälle oder Bodenveränderungen allein auf Handlungen des Schuldners in der Zeit vor Verfahrenseröffnung zurückgehen; dies ist auch allgemein anerkannt. Der Grund besteht eben im insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsprinzip: Wie jeder andere Gläubiger auch ist der Staat hier für seine Ansprüche auf die Teilhabe an der insolvenzmäßigen Abwicklung verwiesen und muss seinen Kostenerstattungsanspruch nach durchgeführter Ersatzvornahme zur Insolvenztabelle anmelden (§§ 87, 174 ff. InsO).¹⁷

13 Vgl. BVerwG, Urteil vom 22.7.2004 (Fn. 5) sub II.1. dazu, dass § 22 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BImSchG bei nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen keine Rechtsgrundlage dafür bietet, den Betreiber zur Abfallsbeseitigung zu verpflichten; diese Verpflichtung trifft den Betreiber vielmehr nur, wenn er zugleich Erzeuger (vgl. zu diesem Begriff BVerwG, aaO sub II.2.a.; Enders, NVwZ 2005, 381 ff.) oder Besitzer ist.

14 Vgl. Jaeger/Windel (Fn. 1) § 80 Rn. 119, 123; Lwowski/Tetzlaff (Fn. 1) S. 146 ff.; s. jüngst noch BVerwG, Urteil vom 13.12.2007 – 7 C 40/07, NVwZ 2008, 583, zur (Verhaltens-)Haftung nach § 58 Abs. 1 BBergG.

15 S. insbes. BVerwG, Urteil vom 22. 10. 1998 (Fn. 5), sub II.; BVerwG, Urteil vom 10. 2. 1999 (Fn. 5) sub II.2.; BGH, Urteil vom 24.5.2005 – IX ZR 114/01, NJW-RR 2005, 1137 (1138) = NZI 2005, 500; Häsemeyer (Fn. 9) S. 105 f.; Jaeger/Windel (Fn. 1) § 80 Rn. 121. Die Zurechnung des Verwalterhandelns zur Masse erfolgt insoweit entsprechend § 31 BGB, vgl. mwN Eckardt, KTS 1997, 411, 431 ff.; Jaeger/Gerhardt (Fn. 1) § 60 Rn. 152; Windel, ebd. § 80 Rn. 53 ff.

16 Für sie auch BVerwG, Urteil vom 13.4.2005 – 6 C 4/04, BVerwGE 123, 203 = NZI 2005, 510 (511) = DVBl 2005, 1268; ausführlich zum Einordnungsproblem zuletzt Jacoby, Das private Amt (2007) S. 29 ff., 54 ff., 281 ff., 298 ff.; Jaeger/Windel (Fn. 1) § 80 Rn. 11 ff., 20 ff., 275; Preuß, Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger (2005) S. 301 ff., 330 ff.; Schürmbrand, Organschaft im Recht der privaten Verbände (2007) S. 202 ff.

17 Vgl. nur BVerwG, Urteil vom 22.7. 2004 (Fn. 5) sub II.2.b.; BVerwG, Urteil vom 23.9.2004 (Fn. 5) sub II.1. a.E.; VGH Kassel, Beschluss vom 22.10.1999 – 8 TE 4371/96, NZI 2000, 47; VG Hannover, Urteil vom 16.5.2001 – 12 A 1401/99, NJW 2002, 843 = NZI 2002, 171; Franz, NZI 2000, 10 (13); Lwowski/Tetzlaff (Fn. 1) S. 102, 149 f.

III. Umweltrechtliche Zustandsverantwortlichkeit

Die zweite Fallgruppe umweltrechtlicher Inanspruchnahme des Insolvenzverwalters ist die der umweltrechtlichen Zustandsverantwortlichkeit. Im Abfallrecht geht es bei nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen um die Verpflichtung des Abfallbesitzers zur ordnungsgemäßen Beseitigung des Abfalls (§ 3 Abs. 6, 5, 11 KrW-/AbfG).¹⁸ Im Bodenschutzrecht korrespondiert dem die Untersuchungs- und Sanierungsverpflichtung des Grundstückseigentümers bzw. Inhabers der tatsächlichen Gewalt bei schädlicher Bodenveränderung (§ 4 Abs. 1, Abs. 3 BBodSchG).

1. Zustandsverantwortlichkeit des Insolvenzverwalters

In der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte wird hier die Zustandsverantwortlichkeit des Insolvenzverwalters auf diejenigen Bestimmungen gestützt, die den Besitzer bzw. Inhaber der tatsächlichen Gewalt mit der Sanierungsverantwortlichkeit belasten, und zur Begründung darauf verwiesen, dass der Verwalter mit der Übertragung des Verwalteramts die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die zur Insolvenzmasse gehörigen Gegenstände erwerbe; das Eigentum hingegen verbleibe beim Insolvenzschuldner und könne deshalb eine Zustandsverantwortlichkeit des Insolvenzverwalters nicht begründen.¹⁹

Daran ist aus insolvenzrechtlicher Sicht richtig, dass sich im Insolvenzverfahren nicht die dingliche Zuordnung der massezugehörigen Vermögenswerte ändert; deren Inhaber bleibt vielmehr der Insolvenzschuldner. Jedoch wird diese dingliche Zuordnung gewissermaßen überlagert durch eine der Haftungsverwirklichung dienende haftungsrechtliche Zuordnung zu den Insolvenzgläubigern, aus der sich die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters ableitet. Für die ordnungsrechtliche Zustandsverantwortlichkeit macht das aber keinen Unterschied: Was dem Insolvenzschuldner geblieben ist, ist gewissermaßen die *nuda proprietas*, die rein formale Rechtsträgerschaft, während alle das dingliche Recht inhaltlich prägenden Eigentumsfunktionen in die Masse gefallen sind und durch den Verwalter wahrzunehmen sind. Dementsprechend muss auch die auf das Eigentum gestützte Zustandsverantwortlichkeit nunmehr die Masse treffen und nicht mehr den Insolvenzschuldner; bereits dies kann in der Tat genügen, um die Zustandsverantwortlichkeit des Insolvenzverwalters zu begründen.²⁰ Die Zustandshaftung als Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft, als Besitzer, kann unter Umständen daneben treten, aber nur und erst dann, wenn der Verwalter auch tatsächlich den Besitz an den betreffenden massezugehörigen Sachen ergreift – dazu ist er berechtigt und verpflichtet (§ 148 Abs. 1 InsO), aber er muss es eben erst einmal machen.²¹

Für diese Zustandsverantwortlichkeit gilt nach der Rechtsprechung mithin zunächst: Der Verwalter ist – mit

der Masse – als Zustandsstörer ordnungspflichtig, so dass ihn die Beseitigungskosten als Masseschuld treffen; ob die Kontamination vor oder nach Verfahrenseröffnung entstanden ist, ist nach dieser Rechtsprechung unerheblich.²² Dies ist allerdings, wie einleitend schon angedeutet, sehr streitig. Die insolvenzrechtliche Seite, darunter auch der BGH und Bundesjustizministerium, argumentiert, auch das Ordnungsrecht habe keine Sonderstellung und sei von den insolvenzrechtlichen Beschränkungen nicht freigestellt. Zwar seien ordnungsrechtliche Verpflichtungen der Masse nicht ohne weiteres mit zivilrechtlichen Ansprüchen gleichzusetzen. Gleichwohl handele es sich um Vermögensansprüche, die keine höchstpersönlichen Pflichten begründeten und deshalb in das insolvenzrechtliche System von Insolvenzforderungen einerseits, Masseschulden andererseits einzufügen seien. Für die Einordnung der Ansprüche sei demnach darauf abzustellen, ob der Eintritt der Gefahrenlage bereits vor Insolvenzeröffnung abgeschlossen gewesen sei oder sich erst nach Verfahrenseröffnung realisiert habe.²³

2. Beendigung der Verantwortlichkeit durch Veräußerung oder Freigabe

Ein praktisch sehr relevanter Unterschied zur Handlungsverantwortlichkeit ergibt sich jedoch daraus, dass der Verwalter sich dieser reinen Zustandshaftung auch nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts relativ problemlos wieder entziehen kann. Dies kann zum einen dadurch geschehen, dass er den Besitz an dem betreffenden Gegenstands – z.B. im Rahmen einer Betriebsveräußerung – an einen Erwerber überträgt. Als spezifisch insolvenzrecht-

18 Vgl. BVerwG, Urteil vom 22.7.2004 (Fn. 5) sub II.1. dazu, dass § 22 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BImSchG bei nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen keine Rechtsgrundlage dafür bietet, den Betreiber zur Abfallbeseitigung zu verpflichten; diese Verpflichtung trifft den Betreiber vielmehr nur, wenn er zugleich Besitzer (zu Begriff des Abfallbesitzers vgl. BVerwG aaO sowie jüngst BVerwG, Urt. v. 28.6.2007 – 7 C 5/07, BVerwGE 129, 93 = NVwZ 2007, 1185 m. Bespr. Versteyl, NVwZ 2007, 1150 ff. u. Shirvani/Schröder, UPR 2008, 41 ff.) oder Erzeuger des Abfalls ist.

19 Vgl. insbes. BVerwG, Urteil vom 23.9.2004 (Fn. 5) sub II.1.

20 Zur Begründung wird in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte teilweise (vgl. etwa BVerwG, Urteile vom 10.2.1999 und vom 25.2.2000 (Fn. 5); s. auch Kohte, ZfIR 2004, 1 (3 ff., 10); anders aber wohl der 7. Senat des BVerwG, vgl. die Nachw. Fn. 5) auf die Vorstellung einer zunächst nur abstrakt bestehenden und erst durch die Beseitigungsverfügung konkretisierten Ordnungspflicht abgehoben, die sich deshalb auch der Einordnung als eine schon vor Verfahrenseröffnung bestehende Insolvenzforderung entziehe; krit. etwa Jaeger/Windel (Fn. 1) § 80 Rn. 122; Pape, ZIP 2004, 1768 f.; ders., Festschr. f. Kreft (2004) S. 445 (449 ff.); Weitemeyer, DZWIR 1999, 384 ff.; v. Wilimowsky, ZIP 1997, 1445 ff.

21 Vgl. VGH München, Urteil vom 4.5.2005 (Fn. 6), sub II.2.a.; OVG Bautzen, Urteil vom 18.10.2005 (Fn. 6); Kurz/Schwarz, NVwZ 2007, 1380 (1382); Jaeger/Windel (Fn. 1) § 80 Rn. 124; s. auch OVG Greifswald, Beschluss vom 17.11.2005 (Fn. 6) NVwZ-RR 2006, 668 (669).

22 Vgl. insbes. BVerwG, Urteil vom 23.9.2004 (Fn. 5) sub II.1.

23 Nachw. s. oben (Fn. 8 f.).

liche Option zur Beseitigung der ordnungsrechtlichen Zustandsverantwortlichkeit hat darüber hinaus die Freigabe des betreffenden Gegenstands erhebliche Bedeutung erlangt.

a. Begriff und Rechtsfolgen der Freigabe

Als „Freigabe“ bezeichnet man die einseitige Erklärung des Insolvenzverwalters gegenüber dem Insolvenzschuldner, mit der dieser ein massezugehöriges, an sich dem Insolvenzbeschlagnahmefähiges Recht wieder in das insolvenzfreie Vermögen des Schuldners überführt.²⁴ Die grundsätzliche Zulässigkeit der Freigabe folgt aus der haftungsrechtlichen Trennung der Masse vom insolvenzfreien Vermögen des Schuldners: Wie der Verwalter kraft seines Verfügungsrechts über die massezugehörigen Rechte verfügen kann, ist er (allein) ebenso befugt, deren haftungsrechtliche Zuordnung im Verhältnis zum Schuldner zu ändern, der ohnehin Träger aller massezugehörigen Rechte ist. Der Zweck der Freigabe besteht darin, Gegenstände aus der Masse zu entlassen, deren Verwertung keinen Gewinn ergeben oder die Masse sogar zusätzlich belas-

ten würde. Da die Schonung der Masse mit dem Ziel, eine möglichst hohe Quote für die Insolvenzgläubiger zu erzielen, Pflicht des Insolvenzverwalters ist, wird die Freigabe kontaminierter Vermögenswerte regelmäßig eine haftungsbewehrte Amtspflicht des Insolvenzverwalters iSv § 60 InsO darstellen.²⁵

Hat der Insolvenzverwalter dergestalt die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Grundstück aufgegeben und ist diese damit bei dem Insolvenzschuldner (und damit, soweit es sich hierbei um eine juristische Person handelt, mittelbar bei deren Organen²⁶) wieder aufgelebt, so ist der Insolvenzverwalter gegenüber der Behörde nicht mehr für das Grundstück verantwortlich; dies hat das Bundesverwaltungsgericht nunmehr ausdrücklich anerkannt.²⁷ Ihn können insbesondere keine auf die Zustandsverantwortlichkeit gestützten umweltrechtlichen Sanierungsverpflichtungen mehr treffen; sind bereits Bescheide ergangen, aber noch nicht bestandskräftig, so sind sie nach erfolgtem Widerspruch aufzuheben.²⁸ Statt dessen kann und muss wieder gegen den Insolvenzschuldner persönlich vorgegangen werden.

b. Freigabe und Besitzübertragung

Voraussetzen ist nach der Rechtsprechung aber für eine Enthaltung der Masse, dass die tatsächliche Sachherrschaft an der gesamten Anlage bzw. an dem gesamten Grundstück (und nicht lediglich an den Abfällen bzw. einzelnen kontaminierten Anlagen- bzw. Grundstücksteilen²⁹) an den Insolvenzschuldner (im Rahmen der Freigabe) bzw. einen Erwerber (im Rahmen einer Betriebs- oder Grundstücksveräußerung) übergeht.³⁰ Für den Enthaltungstatbestand der Freigabe werden insoweit freilich häufig die beiden Aspekte „Insolvenzbeschlagnahme“ und „Besitzergreifung“ unzulässig vermengt. Richtigerweise wird man hier aus insolvenzrechtlicher Sicht wohl zu unterscheiden haben: Die auf den Insolvenzbeschlagnahme gestützte Verfügungsgewalt des Verwalters entsteht, wie gesehen, einerseits ohne weiteres mit Verfahrenseröffnung; sie kann andererseits aber auch ohne weiteres durch einseitige (Freigabe-)Erklärung des Verwalters aufgehoben werden. Die auf die tatsächliche Sachherrschaft gestützte Haftung entsteht demgegenüber zwar erst mit der konkreten Besitzergreifung an den massezugehörigen Gegenständen durch den Verwalter, erlischt aber umgekehrt auch erst mit der Übertragung der Sachherrschaft auf den Insolvenzschuldner bzw. seine Organe.³¹

IV. Umweltrechtliche Verantwortlichkeit des Anlagenbetreibers

Die letzte hier zu behandelnde Fallgruppe ist die der umweltrechtlichen „Betreiberhaftung“, im Abfallrecht also zur Pflichtenstellung des Betreibers einer genehmigungspflichtigen emittierenden Anlage (§ 5 Abs. 1 BImSchG)³² oder des Deponieinhabers (§ 36 KrW-/AbfG).³³

24 Vgl. hierzu und zum Folgenden aus der Rspr. zuletzt BGHZ 148, 252 (258 f.) = NJW 2001, 2966; BGHZ 163, 32 (34 f.) = NJW 2005, 2015; BGHZ 166, 74 (82 f.) = NJW 2006, 1286; BGH NJW-RR 2007, 845 (847) = NZI 2007, 173; BGH NJW-RR 2007, 1205 = NZI 2007, 407; aus der Lit. etwa Jaeger/H.-F. Müller (Fn. 1) § 35 Rn. 146 ff., Windel, ebd. § 80 Rn. 28 ff.; Lwowski/Peters in MünchKomm-InsO (Fn. 1) § 35 Rn. 84 ff., Hefermehl ebd. § 55 Rn. 50, Lwowski/Tetzlaff ebd. § 165 Rn. 183 ff.; Stürmer, Festschr. f. Merz (1992) S. 563 (575).

25 BVerwG, Urteil vom 23. 9. 2004 (Fn. 5) sub II.2.; Blum (Fn. 1) S. 214 mwN.

26 Vgl. dazu ausführlich Kurz/Schwarz, NVwZ 2007, 1380 ff.

27 BVerwG, Urteil vom 20.1. 1984 (Fn. 5); BVerwG, Urteil vom 23.9. 2004 (Fn. 5) sub II.1.; ebenso z.B. OVG Greifswald, Beschluss vom 17.11.2005 (Fn. 6); Lwowski/Tetzlaff, WM 1999, 2336 (2345f.) u. 2005, 921 (927 f.); dies., NZI 2004, 225 (228); dies. (Fn. 1) S. 104 ff., 327 ff.; Schwartmann, NZI 2001, 69 (72f.); Kebekus, NZI 2001, 63 (67); Drasdo, ZfIR 2005, 31 (32).

28 So der Sache nach BVerwG, Urteil vom 22.7.2004 (Fn. 5); BVerwG, Urteil vom 23.9.2004 (Fn. 5) sub II.1. a.E.; vgl. bereits BVerwG, Urteil vom 20.1.1984 (Fn. 5); BGH, Urteil vom 2.2.2006 (Fn. 8) sub II.2.; aus der Lit. etwa Kniesel, BB 1997, 2009; Küpper/Heinze ZinsO 2005, 409, 412; MünchKomm/Hefermehl (Fn. 1) § 55 Rn. 102.

29 Vgl. VGH München, Urteil vom 4.5.2005 (Fn. 6), sub II.2.c.; gebilligt von BVerwG, Urteil vom 5.10.2005 (Fn. 5).

30 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 5.10.2005 (Fn. 5); VGH München, Urteil vom 4.5.2005 (Fn. 6) sub II.2.c.; OVG Bautzen – Urteil vom 18.10.2005 (Fn. 6); Kurz/Schwarz, NVwZ 2007, 1380 (1382); s. auch OVG Greifswald, Beschluss vom 17.11.2005 (Fn. 6).

31 Vgl. auch Häsemeyer (Fn. 9) S. 107 f.; Jaeger/Windel (Fn. 1) § 890 Rn. 39, 121. Noch weiter differenzierend der BGH: Es müsse zwischen der Inbesitznahme als vorbereitender Handlung bzw. Sicherungsmaßnahme und der endgültigen Integration in die Masse unterschieden werden; erst die letztere lasse eine umfassende insolvenzrechtliche Verantwortung, d. h. vor allem die Zustandsstörerhaftung nach privatem Recht (§ 1004 BGB) als Masseverbindlichkeit entstehen (vgl. mwN BGH, Urteil vom 18.4.2002 (Fn. 8) sub II.3.b.aa.; BGH, Urteil vom 2.2.2006 (Fn. 8) sub II.2.).

32 S. zum Begriff etwa Jarass, BImSchG, 7. Aufl. (2007) § 3 Rn. 81 ff.

33 S. zum Begriff etwa BVerwG, Urteil vom 31.8.2006 (Fn. 5) m. Bespr. Henning, LKV 2007, 212 ff.; OVG Bautzen, Urteil vom 18.10.2005 (Fn. 6).

1. Der Insolvenzverwalter als „Betreiber“

Als Betreiber kommt auch der Insolvenzverwalter in Betracht, wenn er das Unternehmen, zu dem die Anlage gehört, und mit ihm den Betrieb der nicht genehmigungsbedürftigen Anlage von dem Insolvenzschuldner übernommen und fortgeführt hat und sich damit entschieden hat, die Anlage für die Masse zu nutzen.³⁴ Hervorzuheben ist immerhin, dass die Rechtsprechung damit für die Erlangung der Betreiberstellung nicht schon an den mit Verfahrenseröffnung eingetretenen Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Verwalter abstellt: Wenn der Verwalter die betreffende Anlage nach Übernahme des Verwalteramts „sofort“ – und nicht lediglich nach einer gewissen durchaus kurz bemessenen „Überlegungszeit“, in der die Anlage immerhin durch „betriebsgestaltendes Handeln“ fortgeführt wurde³⁵ – stilllegt, soll zumindest nach oberverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung³⁶ eine Haftung der Masse nicht begründet werden.³⁷ Auch hier gilt aber, dass wir uns den Insolvenzverwalter wieder nur als personalen Anknüpfungspunkt für eine an sich massebezogene Rechtswirkung vorstellen müssen; dies erhellt auch, dass Zurechnungsendpunkt für die Polizeipflicht wiederum die Masse ist und nicht der Insolvenzverwalter persönlich, der deshalb folgerichtig auch hier nicht mit seinem Privatvermögen haftet.³⁸

2. Erstreckung der Verantwortlichkeit auf „Altlasten“

Umweltrechtlich besteht die Gemeinsamkeit der Haftung des Verwalters als Anlagenbetreiber mit der Zustandshaftung (und der Unterschied zur Verhaltensverantwortlichkeit) darin, dass sie, jedenfalls nach der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, unterschiedslos auch diejenigen Abfälle erfasst, die noch vor der Insolvenzeröffnung durch den Insolvenzschuldner abgelagert worden sind.³⁹ Dem

liegt die Vorstellung zugrunde, der Insolvenzverwalter sei nun einmal im Rahmen der Unternehmensfortführung im immissionsschutzrechtlichen Sinne Betreiber der genehmigungspflichtigen Anlage geworden. Deshalb stehe auch außer Frage, dass die Pflicht zur Beseitigung der von dem Insolvenzschuldner abgelagerten Abfälle, soweit sie durch den Insolvenzschuldner nicht erfüllt worden sei, mit der uneingeschränkten Betriebsübernahme auf den Insolvenzverwalter übergehe. Mangels eines neuen Adressaten, also praktisch immer, wenn nicht die Beseitigungspflicht später ausdrücklich von einem Erwerber des Grundstücks übernommen werde, verbleibe sie dann bis zu ihrer Erfüllung beim Insolvenzverwalter, und zwar ungeachtet der zwischenzeitlichen Beendigung seiner Betreiberstellung.

3. Keine Beendigung der Verantwortlichkeit durch Veräußerung oder Freigabe

Einem verbreiteten Missverständnis zuwider hat das BVerwG der Freigabe nicht generell haftungsbefreiende Wirkung zugebilligt, sondern stellt auf die Tatbestandsmerkmale ab, an welche die Ordnungspflicht anknüpft.⁴⁰ In den Fällen der Betreiberhaftung führt dies regelmäßig dazu, dass die Freigabe ordnungsrechtlich ins Leere geht. So verhält es sich insbesondere im Falle der Verantwortlichkeit des früheren Betreibers einer Anlage (§§ 5 Abs. 1, Abs. 3, 17 BImSchG).⁴¹ Zur Haftung des Deponieinhabers nach § 36 KrW-/AbfG konnte die Rechtsprechung die Frage bislang offen lassen,⁴² hat aber durch die klare Unterscheidung zwischen Zustands- und Verhaltensverantwortlichkeit angedeutet, dass sie mit der Freigabe den tatbestandlichen Anknüpfungspunkt für die Betreiberhaftung nicht als beseitigt ansieht.⁴³

Für die Existenz einer auch durch Freigabe oder Veräußerung nicht zu vermeidenden Beseitigungspflicht des Insolvenzverwalters für Abfälle aus emittierenden Anlagen kommt es deshalb im Ergebnis zunächst darauf an, ob

34 Vgl. nur BVerwG, Urteil vom 22.7.2004 (Fn. 5) sub II.2.a.; Jarass, BImSchG, 7. Auflage (2007) § 5 Rn. 107.

35 So in VGH München, Urteil vom 4.5.2005 (Fn. 6), sub II.1.; gebilligt von BVerwG, Urteil vom 5.10.2005 (Fn. 5).

36 Das BVerwG hat dies noch nicht entschieden, jedoch ausdrücklich offen gelassen, ob ein Insolvenzverwalter ohne Weiteres in die Betreiberstellung einrücke, also auch dann, wenn er die Anlage „sofort“ stilllege (BVerwG, Urteil vom 22.10.1998 [Fn. 5]). Im Urteil vom 23.9.2004 (Fn. 5) hat das BVerwG es als „fragwürdig“ bezeichnet, ob bei einer Anknüpfung des Gesetzes an die Eigenschaft als Anlagenbetreiber schon die Inbesitznahme als solche für die ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit des Insolvenzverwalters ausreichte. In BVerwG, Urteil vom 31.8.2006 (Fn. 5) schließlich schied die Eigenschaft des Insolvenzverwalters als Betreiber/Deponieinhaber eindeutig aus, da dieser eine bei Verfahrenseröffnung „bereits (faktisch) dauerhaft stillgelegte Deponie übernommen (hatte), ohne einen erneuten Deponiebetrieb in der Folgezeit aufgenommen oder dies auch nur beabsichtigt zu haben“.

37 VGH München, Urteil vom 4.5.2005 (Fn. 6) sub II.1.; OVG Bautzen – Urteil vom 18.10.2005 (Fn. 6); VG Frankfurt/Oder, Urteil vom 6.3.2007 – 7 K 2193/02, BeckRS 2007, 22675.

38 S. bereits oben sub II.1.

39 Vgl. BVerwG, Urteil vom 22.10.1998 aaO (Fn. 5) sub II.; BVerwG, Urt. v. 31.8.2006 aaO (Fn. 5); OVG Lüneburg, Urteil vom 20.3.1997 – 7 L 2062/95, NJW 1998, 398; OVG Magdeburg, Beschluss vom 19.6.2001 – 2 M 175/00, BeckRS 2008, 31706; VG Potsdam, Beschluss vom 19.12.2001 – 5 L 259/01, NJW 2002, 3566 = NVwZ 2003, 767 = DVBl 2002, 1144; VG Hannover, Urteil vom 14.8.2003 – 12 A 2078/02, ZIP 2004, 625 = BeckRS 2003, 23964; VG Frankfurt/Oder, Urteil vom 6.3.2007 – 7 K 2193/02, BeckRS 2007, 22675; s. auch BVerwG, Urteil vom 5.10.2005 (Fn. 5); BVerwG, Beschluss vom 4.9.2006 – 7 B 64/06, BeckRS 2006, 25813.

40 BVerwG, Urteil vom 23.9.2004 (Fn. 5) sub II.1.

41 So zu § 5 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG a.F. BVerwG, Urteil vom 22.10.1998 (Fn. 5) BVerwGE 107, 299 [303]; VGH München, Urteil vom 4.5.2005 (Fn. 6) sub II.1., II.2.c. (gebilligt von BVerwG, Urteil vom 5.10.2005 (Fn. 5)).

42 Vgl. BVerwG, Urteil vom 31.8.2006 (Fn. 5); OVG Bautzen, Urteil vom 18.10.2005 (Fn. 6).

43 Zutr. Henning, LKV 2007, 212 (214 sub IV. 3.).

es sich um eine genehmigungspflichtige Anlage handelte oder nicht: Ist dies nicht der Fall, so ist die Masse nur als Abfallbesitzer zustandsverantwortlich; dieser Verantwortlichkeit kann sich der Verwalter durch rechtzeitige Freigabe oder Veräußerung problemlos wieder entziehen. Bei genehmigungspflichtigen Anlagen dagegen kann der Verwalter der Inanspruchnahme als Anlagenbetreiber nur dann entgehen, wenn er es vermeidet, überhaupt in die Betreiberstellung einzurücken; dies erfordert nicht nur diffezielle Distinktionen, sondern auch einen Prüfungs- und Entscheidungszwang, der der Situation unmittelbar nach Übernahme des Verwalteramts kaum adäquat ist.

V. Bewertung

Betrachtet man nun die Rechtslage insgesamt, so lässt sich in weitem Umfang mit dem Ergebnis auch aus insolvenzrechtlicher Sicht ganz gut leben. Das gilt insbesondere für die reine Zustandshaftung im Bodenschutzrecht und bei nicht genehmigungspflichtigen Anlagen auch im Abfallrecht, da hier die Freigabeoption – die, wie gesehen, auch nach Erlass des die abstrakte Störerverantwortlichkeit konkretisierenden Bescheids noch besteht – die Rechtsprechung des BVerwG zur Einstufung der Beseitigungskosten von Altschäden als Masseverbindlichkeiten auf ein für die Insolvenzabwicklung erträgliches Maß abmildert.⁴⁴

44 So die ehem. Richter des BGH-Insolvenzrechtssenats, Kirchhof, WuB VI A. § 55 InsO 1.05; Krefz EWIR 2005, 439 (440).

45 Diese Differenzierung ist nach der Rechtsprechung des EuGH zum weiten Geltungsbereich der Abfallrichtlinie europarechtlich ohnehin problematisch ist, vgl. EuGH, Urteil vom 7.9.2004 – Rs. C-1/03 (van de Walle/Texaco), NVwZ 2004, 1341; vgl. dazu Herbert, NVwZ 2007, 617 (619); Petersen, AbfallR 2006, 101 (103 f.); Petersen/Lorenz, NVwZ 2005, 257 ff.; Stuttmann, NVwZ 2006, 401 ff..

46 Vgl. Seidel/Flitsch, DZWIR 2005, 278 ff.; Vierhaus, ZInsO 2004, 919 f. u. 2005, 1026 ff.

47 Vgl. auch Häsemeyer (Fn. 9) S. 113 f.; Jaeger/Windel (Fn. 1) § 80 Rn. 42, 119; Pape, KTS 1993, 551 (582 f.); v. Wilmsky, ZIP 1997, 389 (398 ff.).

48 Beaucamp/Seifert, NVwZ 2006, 258 (260); H.-F. Müller, Der Verband in der Insolvenz (2002) S. 25 ff.; ders., in Jaeger (Fn. 1) § 35 Rn. 148; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002) S. 325 ff.; ders., ZIP 2000, 1913 (1916 ff.); a.A. (Freigabe im Verbandsinsolvenzverfahren zulässig) aber die ganz h.M., etwa BGH, Urteil vom 5.7.2001 (Fn. 8); BGH, Urteil vom 21.4.2005 – IX ZR 281/03, BGHZ 163, 32 = NJW 2005, 2015 (2016); BVerwG, Urteil vom 23.9.2004 (Fn. 5) sub II.1.; Henckel, Festschrift f. Krefz (2004) S. 291, 300 ff.; Jaeger/Windel (Fn. 1) § 80 Rn. 30; Kurz/Schwarz, NVwZ 2007, 1380 (1380 f.); MünchKomm-InsO/Lwowski (Fn. 1) § 35 Rn. 105

49 Zutr. OVG Greifswald, Urteil vom 16.1.1997 – 3 L 94/96, ZIP 1997, 1460 (1464); Beaucamp/Seifert, NVwZ 2006, 258 (262); Ritgen, GewArch 1998, 393 (401); vgl. zu einer ähnlichen Konstellation BVerwG, NVwZ 1997, 577; VGH Mannheim, VBIBW 1998, 312.

50 Zutr. Beaucamp/Seifert, NVwZ 2006, 258 (262); Karsten Schmidt, ZIP 2000, 1913 (1919); Schulz, NJW 1984, 2428; Stürner, Festschr. f. Merz (1992) S. 563 (576); vgl. zur Fortdauer der Verantwortlichkeit nach Übertragung des Besitzes jetzt auch BVerwG, Urteil vom 28. 6. 2007 – 7 C 5/07, BVerwGE 129, 93 = NVwZ 2007, 1185 m. Bespr. Versteyl, NVwZ 2007, 1150 ff.

Sehr problematisch bleibt jedoch die abfallrechtliche Betreiberhaftung bei den genehmigungspflichtigen Anlagen, bei der es eine Freigabe nicht gibt, auch nicht für die „Altlasten“, deren Entstehung in die Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällt. Hier führt also die Differenzierung zwischen Bodenschutz- und Abfallrecht⁴⁵ einerseits, zwischen genehmigungspflichtigen und nicht genehmigungspflichtigen emittierenden Anlagen andererseits zu Ergebnissen, deren Unterschiedlichkeit kaum durch Sachgründe zu rechtfertigen ist.⁴⁶ Schon im Hinblick auf die Betreiberhaftung bei genehmigungsbedürftigen Anlagen kann daher nach wie vor der Frage nicht ausgewichen werden, ob die „massefeindliche“ Linie der Verwaltungsgerichte insolvenzrechtlich überzeugend ist; hierauf soll, auch wenn die ausführliche Entwicklung einer eigenen Lösung nicht Sinn dieser kurzen Einführung sein kann, deshalb auch noch kurz eingegangen werden.

Die Antwort kann nur eine verneinende sein. Schon die vom Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich anerkannte Lösung über die Freigabe ist vor allem wichtig als Ausdruck der Erkenntnis, dass es wertungsmäßig eben doch überzeugend ist, die Insolvenzmasse nicht mit den Kosten der Altlastenbeseitigung zu belasten. Für sich genommen ist die Freigabelösung nämlich einigen Einwänden ausgesetzt,⁴⁷ was schon damit anfängt, dass es nach richtiger, wenngleich wohl mittlerweile chancenloser Auffassung eine Freigabe im Insolvenzverfahren juristischer Personen und anderer Verbände gar nicht geben kann, weil diese durch den Insolvenzverwalter vollabzuwickeln sind.⁴⁸ Vor allem aber müsste man die Freigabe, wenn denn die Prämisse von der unbedingten Einstandspflicht der Insolvenzmasse für die Altlasten zuträfe, wohl viel strenger betrachten, als dies durch das Bundesverwaltungsgericht geschieht, und sie vielleicht schon als sittenwidrig und damit nichtig ansehen, wegen der offensichtlichen und ausschließlichen Absicht, sich der ordnungsrechtlichen Haftung zu entziehen;⁴⁹ jedenfalls aber müsste man sie ordnungsrechtlich der Dereliktion gleichstellen und deshalb als für die Verwirklichung der Zustandshaftung unbeachtlich ansehen.⁵⁰

Der Punkt, an dem die „massefeindliche“ Lösung vor allem nicht zu überzeugen vermag, ist sehr verkürzt folgender: Die Gewissheit der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, dass ihre Lösung richtig ist, beruht letztlich auf dem Dogma von der strikten Konnexität der Primär- und Sekundärebene im Ordnungsrecht: Am Anfang steht die Feststellung, dass die Stellung des Insolvenzverwalters unter die umweltrechtlichen Haftungstatbestände subsumierbar ist und eine effektive Gefahrenabwehr ohne die Möglichkeit der Inanspruchnahme des Verwalters auch gar nicht auskommt. Daraus werden dann gleichermaßen, geradezu in einem Atemzug, dessen Störereigenschaft und Kostenhaftung der Masse gefolgert. Daran ist immerhin richtig, dass alle in der insolvenzrechtlichen Literatur unternommenen Versuche, die materielle Polizeipflicht als solche in das insolvenzrechtliche Schema von entweder vor oder nach Verfahrenseröffnung entstandenen Ansprü-

che einzuordnen, in ihrer Überzeugungskraft wesentlich davon abhängen, welches Ergebnis man als wünschenswert erachtet. Mit dem zweiten Schritt, dem notwendigen Konnex von materieller Polizeipflicht und Kostenhaftung, verhält es sich aber anders. Mit ihm hat die berühmte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 16. Februar 2000 in Sachen Tontaubenschießplatz und Kaninchenfellfabrik ein Ende gemacht: In dieser Entscheidung⁵¹ hat das Verfassungsgericht bekanntlich der Zustandshaftung auf der Sekundärebene, der Kostenebene, verschiedene Begrenzungen eingezogen, um zu verhindern, dass der Grundstückseigentümer ein Sonderopfer für die Gemeinschaft erbringt, mit dem Ergebnis einer regelmäßigen Begrenzung der Kostenhaftung auf den Verkehrswert des Grundstücks nach erfolgter Sanierung. Auf der Primärebene, der Ebene der Störereigenschaft, sollte nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts alles beim Alten bleiben, so dass die Effektivität der Gefahrenabwehr als solche auch nicht eingeschränkt wird. Damit ist für meine Begriffe aber auch klar, dass die herkömmliche Störerdogmatik nicht ohne Einbußen aufrecht erhalten werden kann: Die Aussage, dass auf der Sekundärebene, d.h. der Kostenebene, nie etwas anderes herauskommen könne als auf der Primärebene, auf der es um materielle Polizeipflicht geht, also die Störereigenschaft und die Verpflichtung zur Störungsbeseitigung, diesen unlösbaren Konnex von materieller Polizeipflicht und Kostenlast gibt es für die Zustandshaftung deshalb jetzt nicht mehr.

Wie diese Trennung technisch zu bewältigen ist, dafür gibt es mittlerweile eine Vielzahl von Vorschlägen.⁵² Vorzugswürdig erscheint es, die Sanierungsverfügung – einer Anregung des Bundesverfassungsgerichts folgend – explizit mit dem Vorbehalt einer späteren Entscheidung über die Kostenfrage zu verbinden. Dies hat insbesondere zur Folge, dass die Sanierungsgrundverfügung nicht schon aus dem Grund angefochten werden muss, weil der Zustandsverantwortliche seine Kostentragungspflicht in Frage stellt.

All dies lässt sich auch fruchtbar machen, um für das Altlastenproblem eine Lösung zu finden, und zwar eine Lösung, die sowohl der notwendigen Rigidität der ordnungsrechtlichen Gefahrenabwehr mit ihrem Fokus auf der effektiven Gefahrenbeseitigung Rechnung trägt als auch der notwendigen Rigidität der insolvenzrechtlichen Haftungsabwicklung mit dem Gebot der Gleichbehandlung aller Gläubiger, einschließlich des Staates als Anspruchsinhaber: Auf der Primärebene wird der Insolvenzverwalter als Störer behandelt, auf der Sekundärebene dagegen, der Kostenebene, wird danach unterschieden, ob auch der materiell polizeirechtswidrige Zustand in die Phase fällt, für die der Verwalter Verantwortung trägt – dann Masseschuld – oder ob dies nicht der Fall ist, dann Insolvenzforderung.⁵³

Man wende nicht ein, dies geschehe sonst ja auch nicht. Es geschieht sehr wohl, z.B. im Insolvenzsteuerrecht:⁵⁴ Dort gilt einerseits den Grundsatz der für den gesamten Veranlagungszeitraum notwendig einheitlichen Steuer-

festsetzung; den Verwalter trifft deshalb nach Verfahrenseröffnung eine einheitliche Verpflichtung, die steuerrechtlichen Pflichten des Schuldners zu erfüllen.⁵⁵ Für die Durchsetzung der Steueransprüche gilt aber seit den Zeiten des Reichsfinanzhofs gleichwohl der Grundsatz „Konkursrecht geht vor Steuerrecht“. Hieraus ergibt sich insbesondere, dass die Verfahrenseröffnung materiell eine Zäsur bildet und eine Differenzierung erfordert zwischen den als vor diesem Zeitpunkt angefallenen Einkünften, die nur Steueransprüche mit der Qualität einer Insolvenzforderung nach sich ziehen können, und den auf die Zeit danach entfallenden Einkünften, aus denen Steueransprüche mit der Qualität als Masseschuld resultieren.⁵⁶

So sollten wir auch im Umweltrecht verfahren, um das Gleichbehandlungsgebot zur Geltung zu bringen – das ist ja nicht irgendeine Konstruktion, gewissermaßen ein Steckenpferd der insolvenzrechtlich Tätigen, sondern ein ganz elementares Rechtsprinzip, das in fast allen Rechtsordnungen auf der Welt jedenfalls im Grundsatz anerkannt ist. Der rechtspolitische Gedanke dagegen, dass der Staat als Gläubiger hier irgendwie zu privilegieren sei, ist mit der Insolvenzrechtsreform zum 1.1.1999 endgültig ad acta gelegt; dem liegt die zutreffende Erwägung zugrunde, dass auch die öffentliche Hand aus der früheren privatautonomen wirtschaftlichen Tätigkeit des Insolvenzschuldners ihren Nutzen gezogen hat, man denke an die Steuern, ebenso wie andere Gläubiger, und deshalb wie diese dem Grundsatz der Gleichbehandlung unterliegen muss. Dieses Ergebnis ist, was speziell die Altlastensanierung angeht, auch wertungsmäßig nicht völlig unbefriedigend; dabei ist zu berücksichtigen, dass die Masse in jedem Fall unter dem Aspekt eines sog. Massebereicherungsanspruchs (§ 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO) sowie ggf. der öffentlichen Grundstückslast nach § 25 Abs. 6 BBodSchG diejenigen Wertsteigerungen voll entgelten muss, die ihr durch die staatlicherseits finanzierte Sanierung womöglich zufließen.⁵⁷

51 BVerfG, Beschl. v. 16.2.2000 – 1 BvR 242/91 u. 315/99, BVerfGE 102, 1 (20 ff.) = NJW 2000, 2573, 2575; vgl. hierzu etwa Ginzky, DVBl 2003, 169 ff.; Kohls, Nachwirkende Zustandsverantwortlichkeit (2002) S. 176 ff.; Knoche, Altlasten und Haftung (2001) S. 55 ff.; Mohr, NVwZ 2003, 686 ff.; Müggenborg, NVwZ 2001, 39 ff.; Numberger, NVwZ 2005, 529 ff., jew. mwN.

52 Nachw. aaO (Fn. zuvor).

53 Vgl. Häsemeyer (Fn. 9) S. 98 ff., 107 ff.; Jaeger/Henckel (Fn. 1) § 38 Rn. 26; Windel ebd. § 80 Rn. 125, jew. mwN.

54 Vgl. zum Folgenden Jaeger/Henckel (Fn. 1) § 38 Rn. 126 ff., 128, 130, 135, § 55 Rn. 33; Windel ebd. § 80 Rn. 134 ff.; MünchKomm/Ehricke (Fn. 1) § 38 Rn. 79 ff., Hefermehl ebd. § 55 Rn. 70 ff., Ott/Vuia ebd. § 80 Rn. 131 ff., Füchsl/Weishäupl ebd., § 155 Rn. 30, jew. mwN.

55 Vgl. BFH, ZIP 1994, 1969 (1970 ff., 1972) = BFH/NV 1995, 570; BFH, ZIP 1996, 430 (431).

56 Vgl. zuletzt BFHE 208, 10 = BStBl II 2005, 195 = NZI 2005, 276 mwN.

57 Vgl. Häsemeyer (Fn. 9) S. 110 f.; Lwowski/Tetzlaff (Fn. 1) S. 279 f., 479 ff.; dies. NZI 2001, 57 (61).