

German Working Papers in Law and Economics

Volume 2002

Paper 7

Grenzwerte und Entschädigung für
Immissionen: Löst §906 Abs.1 Satz 2 und
3 BGB einen Konflikt zwischen
öffentlichem und privatem Recht?

Georg von Wangenheim
University of Hamburg

Abstract

Copyright ©2002 by the authors.
<http://www.bepress.com/gwp>
All rights reserved.

Grenzwerte und Entschädigung für Immissionen

Löst § 906 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB einen Konflikt zwischen öffentlichem und privatem Recht?

Georg von Wangenheim*
Universität Hamburg, Institut für Recht und Ökonomik

Durch das Sachenrechtsänderungsgesetz von 1994 wurde § 906 Abs. 1 BGB um die Sätze 2 und 3 ergänzt, die scheinbare Konflikte zwischen öffentlichem und privatem Recht beseitigen sollten.¹ Die neue Vorschrift läuft darauf hinaus, daß Immissionen, die sich im Rahmen von öffentlich-rechtlichen Grenz- oder Richtwerten² halten, in der Regel nicht als wesentliche Störungen im Sinne des zivilrechtlichen Immissionsschutzes (§ 1004 i.V.m. § 906) angesehen werden sollten und deshalb auch nicht entschädigungsfähig sein sollten. Ich werde in diesem Aufsatz zeigen, daß die Vorschrift ihr Ziel, die Aufhebung des scheinbaren Widerspruchs, nicht erreichen kann. Im Gegenteil, sie verzerert Handlungsanreize in Bereichen, in denen sich bei einer ökonomisch vernünftigen Interpretation des Wesentlichkeitsbegriffs öffentliches und privates Recht ineinander sinnvoll ergänzen können.

Um dieses Ergebnis herzuleiten, werde ich zunächst die Stufen der Abgrenzung der verschiedenen in § 906 geregelten Fälle darstellen. Die Erläuterung des ökonomischen Hintergrundes wird das Verständnis für die Abgrenzungsstufen erleichtern. Die Kriterien der Ortsüblichkeit fügen sich problemlos in eine ökonomische Analyse ein, und auch die Zumutbarkeit von Maßnahmen zur Vermeidung von Beeinträchtigungen, die mit einer Nutzung eines Grundstückes verbunden sind, erfüllt einen ökonomischen Zweck. Die Abgrenzung von unwesentlichen und von zumutbaren Beeinträchtigungen, wie sie die Rechtsprechung formuliert und der Gesetzgeber übernommen hat, läßt dagegen jedes ökonomische Verständnis vermissen. Ich werde jeweils alternative, ökonomisch sinnvolle Interpretationen von Unwesentlichkeit und Zumutbarkeit von Beeinträchtigungen unterbreiten.

1) Abgrenzung der Fälle des § 906

§ 906 regelt die Zulässigkeit von Immissionen und die sich daraus ergebenden Ansprüche des Eigentümers³ gegen den Emittenten. Auf der Seite der Zulässigkeit wird zunächst die Art der Immissionen eingegrenzt, für die § 906 Sonderregelungen

* Eine frühere Version dieses Aufsatzes entstand während eines Forschungsaufenthaltes an der Universität Pompeu Fabra in Barcelona. Ich danke für die großzügige Unterstützung der BBVA-Stiftung, Spanien. Ich danke Fernando Gomez, Hans-Joachim Schäfer und Uta Wienhaus für hilfreiche Anregungen und Hinweise für die Überarbeitung des Aufsatzes. Alle verbleibenden Fehler habe ich selbst zu vertreten.

¹ §§ ohne Gesetzesangabe sind nachfolgend solche des BGB.

² Grenzwerte sind strenge Maximalwerte, Richtwerte sind "weiche" Maximalwerte die unter bestimmten Voraussetzungen überschritten werden können.

³ Inwieweit auch der Besitzer berechtigt ist, Ansprüche geltend zu machen, kann hier dahingestellt bleiben: es ist für die hier dargelegte Argumentation nicht wichtig.

gegenüber dem grundsätzlich bestehenden Abwehranspruch nach §§ 907, 1004 enthält. Erfasst werden von § 906 grundsätzlich alle körperlichen oder nichtkörperlichen Immissionen die sich typischerweise über mindestens ein weiteres Grundstück ausbreiten, wenn sie auf einem Grundstück entstehen. Damit sind die meisten grobkörperlichen Immissionen eben so ausgeschlossen wie Immissionen, die durch eine besondere Leitung zugeführt werden. Für letztere Immissionen gilt der Abwehranspruch nach § 1004, aber auch nach § 823.

Außerdem müssen die Immissionen im Prinzip physikalisch meßbar sein, um unter die Sonderregelungen des § 906 zu fallen. Das ist nicht dadurch ausgeschlossen, daß eine Immission (z.B. bei durch eine geringe Anzahl von Molekülen ausgelösten Gerüchen) unterhalb der technischen Meßbarkeitsgrenze liegen. Es reicht, daß die Immissionen meßbar wären, wenn sie sehr stark auftraten. Allerdings kann die Wesentlichkeitsgrenze unterschritten sein, wenn die Immission unterhalb der technischen Nachweisgrenze liegt. Ausgeschlossen werden so vor allem ästhetische Immissionen, z.B. der unschöne Anblick einer Werbetafel. Solche Immissionen werden aber teilweise von der Rechtsprechung (strittig in der Literatur) unter dem Rubrum eines nachbarschaftlichen Rücksichtnahmegebots (als Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben, § 242) ähnlich wie materielle Immissionen behandelt. Die Einzelheiten sind in der Rechtsprechung ausdifferenziert worden, spielen aber relativ selten eine ausschlaggebende Rolle und werden in diesem Beitrag nicht weiter behandelt.

Innerhalb der durch § 906 geregelten Immissionen wird zunächst zwischen wesentlichen und unwesentlichen Immissionen unterschieden. Gegen letztere kann sich ein Grundstückseigentümer nicht wehren. In einem zweiten Schritt werden die wesentlichen Immissionen aufgeteilt in solche, die von einer ortsüblichen Nutzung des emittierenden Grundstücks ausgehen, und solche, die von einer nicht ortsüblichen Nutzung ausgehen. Beruht die Emission auf einer nicht ortsüblichen Nutzung, so kann der Betroffene die Immission untersagen. § 14 Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) schränkt den Kreis der ortsunüblichen Nutzungen dahingehend ein, daß Anlagen, die nach diesem Gesetz genehmigt werden, wie ortsübliche Anlagen zu behandeln sind. Ausdrücklich weist § 14 BImSchG darauf hin, daß auch bei genehmigten Anlagen die Unterlassung von Emissionen, die mit wirtschaftlich zumutbaren Maßnahmen vermieden werden können, ebenso verlangt werden kann wie Schadensersatz⁴ für den Fall, daß eine Vermeidung nicht möglich oder wirtschaftlich nicht zumutbar ist.

Ist die emittierende Nutzung ortsüblich, so wird weiter unterschieden. Geht es um Immissionen, die der Emittent „durch Maßnahmen verhindern kann, die Benutzern dieser Art wirtschaftlich zumutbar sind,“ so kann der Betroffene verlangen, daß die Immission unterbunden wird. Sind die Immissionen in diesem Sinne nicht vermeidbar, so muß der Betroffene sie dulden.

Für einen Teil der zu duldenen Immissionen hat er aber einen Anspruch auf Entschädigung: wenn (die Rechtsprechung interpretiert dies meist auch als „soweit“) die Immissionen so weit gehen, daß „eine ortsübliche Benutzung des Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt“ wird.

⁴ § 14 S. 2 BImSchG spricht hier von „Schadensersatz“, während § 906 Abs. 2 S. 2 einen „angemessenen Ausgleich in Geld“ zugesteht.

Graphisch läßt sich die Struktur des § 906 wie folgt darstellen, wobei in der letzten Spalte bereits im Vorgriff auf den nächsten Abschnitt die – am amerikanischen Recht orientierte – ökonomische Interpretation der Regeln enthalten ist.

Tatbestandsmerkmale				Rechtsfolge	ökonomische Einordnung	
Immissionen	Grobkörperliche Immissionen ("Ponderabilien") und Zuführung durch Leitungen			→ Abwehranspruch aus § 1004	Property Right liegt beim Betroffenen, geschützt durch property rule	
	Physikalisch messbare Immissionen, die in typischerweise ausbreiten (Im ponderabilien)	Wesentliche Beeinträchtigungen	Ausortsunüblicher Nutzung resultierend	→	Entschädigung nach § 906 II 2	Property Right liegt beim Betroffenen, geschützt durch liability rule
			Wirtschaftlich abwendbar	→		
	Ausortsüblicher Nutzung resultierend	Wirtschaftlich nicht abwendbar	ortsübliche Nutzung betroffen	Störung unzumutbar	→	Property Right liegt beim Emittenten, geschützt durch property rule
				Störung ist zumutbar	→	
			Kein Abwehranspruch, keine Entschädigung	→		
Ideelle Immissionen	Unwesentliche Beeinträchtigungen	ortsunübliche Nutzung betroffen	→	Kein Abwehranspruch, keine Entschädigung	Property Right liegt beim Emittenten, geschützt durch property rule	
		→	→			

2) Ökonomischer Hintergrund

In diesem Abschnitt wird kurz der ökonomische Hintergrund der Verteilung von *property rights* für Fälle konfligierender Nutzungen von Eigentum, insbesondere von Grundstücken beschrieben. Darauf aufbauend werden in den nächsten Abschnitten Vorschläge zu einer ökonomisch sinnvollen Abgrenzung der Tatbestandsmerkmale zum Teil entwickelt, zum Teil aus der bereits vorhandenen Literatur zur ökonomischen Analyse des § 906 übernommen und mit der Rechtsprechung verglichen, insbesondere soweit sie in den Sätzen 2 und 3 von § 906 Abs. 1 gesetzlich fixiert wurde.

Aus ökonomischer Sicht⁵ stellen sich für den Bereich der nachbarlichen Störungen zwei Fragestellungen: (1) Soll der Störer das *property right* haben zu emittieren oder der Betroffene das *property right* der Abwesenheit von Immissionen? (2) Soll das *property right* durch eine *property rule* (negatorischer Anspruch gegen Verletzung des Rechts) oder durch eine *liability rule* (Entschädigungsanspruch gegen Verletzung des Rechts) durchgesetzt werden?

Grundsätzlich ergeben sich aus dem dualen Charakter der beiden Fragestellungen vier mögliche Antworten,⁶ von denen aber im deutschen Recht (wie auch in den Regeln der meisten anderen Länder) nur drei tatsächlich auftreten. Wenn dem Störer das Recht gewährt wird zu emittieren, dann wird dieses Recht nie durch einen Schadensersatz oder Entschädigungsanspruch geschützt, sondern stets durch einen negatorischen

⁵Einen Überblick über die Literatur bieten Swanson und Kontoleon (2000)

⁶Die Aufteilung geht zurück auf Calabresi und Melamed (1972).

Anspruch gegen jede Behinderung der Ausübung dieses Rechts.⁷ Die letzte Spalte der Tabelle zeigt wie die von § 906 vorgesehenen Rechtsfolgen ökonomisch einzuordnen sind.

Wichtiger als die Einordnung der Rechtsfolgen ist selbstverständlich die Frage, ob die Zuordnung der Fallgestaltungen zu den Rechtsfolgen aus ökonomischer Sicht sinnvoll – aus rechtlich-ökonomischer Sicht heißt das: effizient – ist. Lebten wir in einer Coase'schen Welt ohne Transaktionskosten und andere Marktunvollkommenheiten, würde sich das Problem nicht stellen: Unabhängig von der Ausgestaltung der *property rights* würde sich nach Tauschhandlungen zwischen den Nachbarn eine effiziente Ressourcenverwendung ergeben (Coase 1960). Nun leben wir aber nicht in einer solchen Welt, die auch gar nicht denkbar ist: Erstens gibt es Transaktionskosten und zweitens treten unter Nachbarn notwendig entweder Probleme der kollektiven Aktion (insbesondere holdout-Probleme) oder bilaterale Monopole (und damit die Gefahr des Scheiterns von Verhandlungen) auf.⁸

Aus ökonomischer Sicht muß dann Ziel des Rechts sein, die *property rights* so auszugestalten, daß in möglichst vielen Fällen eine effiziente Zuordnung der *property rights* (häufig wird es auch die effiziente Zuordnung geben) erreicht wird, und zwar zu möglichst geringen Transaktionskosten. Ob man dabei stärker auf dezentrale, marktliche Verfahren vertraut und Eigentumsrechte durch negatorische Ansprüche schützt, oder eher auf zentrale, gerichtliche Verfahren und deshalb Eigentumsrechte durch Schadensersatzansprüche schützt, hängt von den relativen Kosten (welche auch hin der Menge der Fehlentscheidungen bestehen) der beiden Verfahren ab.⁹

Von diesen Grundlagen ausgehend werde ich im folgenden zunächst zeigen, daß das Kriterium der Ortsüblichkeit unter verschiedenen Gesichtspunkten die Aufgabe der Minimierung der volkswirtschaftlichen Kosten gut erfüllt. Gleiches gilt für das Kriterium der wirtschaftlichen Zumutbarkeit von Maßnahmen zur Vermeidung von Immissionen. Schwieriger wird es, wenn man sich mit der Abgrenzung der wesentlichen von den unwesentlichen Beeinträchtigungen beschäftigt. Gleiches gilt für die Abgrenzung der zumutbaren von den unzumutbaren Beeinträchtigungen innerhalb der Menge der Störungen, die von einer ortsüblichen Nutzung ausgehen und eine ortsübliche Nutzung betreffen. Ich werde im folgenden zeigen, daß die Abgrenzung der Wesentlichkeit anhand von öffentlich-rechtlichen Grenz- und Richtwerten aus ökonomischer Sicht nicht zu einer sinnvollen Bestimmung öffentlich-rechtlicher Grenz- und Richtwerte paßt. Gleiches gilt auch für die Abgrenzung der Zumutbarkeit von Immissionen. Die gegenwärtige Interpretation von § 906 Abs. 2, Satz 2 und 3 durch die Rechtsprechung, wofür die Literatur weitgehend folgt, führt dazu, daß über das optimale Maß hinaus beeinträchtigt wird. Nur wenn man akzeptiert, daß die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Grenzwerte nichts mit der Wesentlichkeit und der Zumutbarkeit

⁷ So auch Bebchuk (2001) für das US-amerikanische Recht. Swanson und Kontoleon (2000) weisen darauf hin, daß im amerikanischen Recht die *liability rule* zum Schutz des *property right*'s des Störers erstmals 1986 angewendet wurde.

⁸ Calabresi und Melamed (1972), Cooter (1982 the cost of Coase) Swanson und Kontoleon (2000) mit zahlreichen weiteren Nachweisen; zuletzt nochmals Bebchuk (2001), und natürlich Coase selbst (1960); zahlreiche weitere Nachweise in Medema und Zerbe (2000)

⁹ Soz. B. Calabresi und Melamed (1972), Kaplow und Shavell (1996)

von Beeinträchtigungen zu tun hat, lassen sich die beiden Abgrenzungen ökonomisch sinnvoll verwenden. Dann lassen sich mit den Konzepten des § 906 sogar jene Fälle lösen, die in der ökonomischen Literatur zum *nuisance law* (anders aber in Ansätzen die ökonomische Literatur zu (*regulatory takings*)) als bisher nicht gelöste Problemfälle betrachtet werden.¹⁰

3) Ökonomisch richtige Abgrenzungen

a) Die Frage der Ortsüblichkeit

Da das Kriterium der Ortsüblichkeit im US-amerikanischen und im englischen Recht keine Entsprechung findet,¹¹ hat die rechts-ökonomische Literatur hier nur einen geringen Umfang. Finsinger und von Randow (1991) wollen das Kriterium der Ortsüblichkeit an der Frage festmachen, ob die Gerichte leicht feststellen können „ob und gegebenenfalls wie die konfligierenden Nutzungen aufeinander effizient abgestimmt werden können.“ In seinem Kommentar zu Finsinger und von Randow argumentiert Eger (1991), die Ortsüblichkeit habe einen davon abweichenden eigenen Gehalt. Ist eine Nutzung nicht ortsüblich, so wird in vielen Fällen die billigste Möglichkeit der Schadensvermeidung die Ansiedlung an einem anderen, weniger konflikträchtigen Ort sein. Wenn aber die Nutzung an dem durchgeführten Ort üblich ist, so ist das zumindest ein starker Hinweis darauf, daß die Ansiedlung an einem anderen Ort keine relevante Alternative darstellt: Der Nutzungskonflikt muß also am Ort gelöst werden und zwar unter Rückgriff auf die hier entstehenden Kosten und Nutzen.

Nun muß man aber berücksichtigen, daß eine ortsübliche Nutzung (von den Gerichten wird vielfach die Ortsüblichkeit der Störung betrachtet, was das folgende Argument noch stärkt) die Beurteilung der Möglichkeiten der Abstimmung mit konfligierenden Handlungen erleichtert. Typischerweise liegen nämlich bei ortsüblichen Nutzungen bereits Erfahrungen mit ähnlichen Fällen vor, so daß auf vergangene Beobachtungen zurückgegriffen werden kann. Dann läuft auch die Argumentation von Finsinger und von Randow nicht mehr stets auf eine verdeckte *Ersetzung* des Ortsüblichkeitskriteriums durch die Erkenntnismöglichkeiten der Gerichte hinaus, sondern kann in vielen Fällen eine *Begründung* für das Kriterium der Ortsüblichkeit dienen.

Die Argumentation paßt dann auch sehr schön zu den Erkenntnissen, die im Aufsatz von Kaplow und Shavell (1996) enthalten sind. Diese Autoren argumentieren, daß eine „liability rule“ insbesondere dann gegenüber einer „property rule“ aus Effizienzgründen vorzuzugwürdig ist, wenn die Höhe der Schäden bekannt ist oder im Vergleich zur Höhe der Kosten der Schadensvermeidung wenig streut.¹² Im Umkehrschluß ergibt sich auch,

¹⁰ vgl. hierzu Bebchuk (2001) sowie Swanson und Kontoleon (2000)

¹¹ vgl. Lang, (1979): Grundfragen des privatrechtlichen Immissionsschutzes in Rechtsvergleichender Sicht. 174 Archiv für die civilistische Praxis 381 ff

¹² Diesen letzten Punkt sehen Kaplow und Shavell in der hier gewählten abstrakten Form nicht, er läßt sich aber leicht aus dem in ihrem Aufsatz dargestellten Modell

daß eine property rule überlegen ist, wenn die Höhe der Schäden im Vergleich zur Höhe der Schadensvermeidungskosten besonders schwer einzuschätzen ist. Dies trifft eben dann zu, wenn entweder die störende oder aber die beeinträchtigte Aktivität nicht ortsüblich sind, wenn also Erfahrungen mit der Konfliktsituation für den betrachteten Ort nicht vorliegen.

Das Kriterium der Ortsüblichkeit hat damit in beiden Verwendungen in § 906 durchaus seinen ökonomischen Sinn, auch wenn weitere Fälle denkbar sind, in denen eine property rule mit den daraus eventuell resultierenden Verhandlungsnötigkeiten vorzuzugswürdig ist. Insbesondere die Ortsüblichkeit der beeinträchtigten Grundstücksnutzung als Voraussetzung für einen Entschädigungsanspruch erscheint differenzierter als die amerikanische Coming-to-the-nuisance Doktrin, welche Geschädigte, die sich nach der störenden Aktivität in einem Gebiet ansiedeln, von Schadensersatzansprüchen ausschließen will.¹³

b) Vermeidbarkeit von Störungen

Innerhalb der von ortsüblichen Grundstücksnutzungen hervorgerufenen Immissionen behandelt § 906 einige Immissionen ebenso wie Immissionen, die von orts unüblichen Grundstücksnutzungen hervorgerufen werden, und zwar solche, die durch Maßnahmen verhindert werden können, die dem Emittenten wirtschaftlich zumutbar sind.¹⁴ Damit wird nicht die Durchführung der emittierenden Handlung also solche in Frage gestellt, sondern es werden Maßnahmen gefordert, die zur Vermeidung oder Reduktion von Emissionen ergriffen werden müssen, wenn die beeinträchtigende Nutzung durchgeführt wird.

Typischerweise sind hier die Kosten der einzelnen Vermeidungsmaßnahmen relativ leicht abzuschätzen, während die Höhe der Schäden, welche die einzelnen Maßnahmen vermeiden können, nur sehr vage abschätzbar ist: Sie variiert stark mit der Art der Aktivitäten welche auf den benachbarten Grundstücken beeinträchtigt werden. Im Rahmen der Modellierung von Kaplow und Shavell (1996) läßt sich zeigen, daß für diese Fälle typischerweise ein negativer Anspruch der bessere Durchsetzungsmechanismus ist: Solange die Vermeidungskosten deutlich unterhalb der durchschnittlichen Schäden liegen, ergibt sich kein Unterschied zwischen den Regeln; wenn aber die Vermeidungskosten in der Nähe der durchschnittlichen Schäden liegen, so kann es vor dem Hintergrund eines negativen Anspruches leichter zu Verhandlungen kommen, in denen dem Störer die Beeinträchtigung erlaubt wird, wenn sie ökonomisch effizient ist (weil die tatsächlichen Schäden im Einzelfall vom Mittelwert nach unten abweichen). Auf Grundlage eines Entschädigungsanspruches wird der Schädiger in dem Modell von Kaplow und Shavell nie die Schädigung vermeiden, wenn seine (ihm selbst bekannten) Vermeidungskosten über den

ableiten. Dabei wird auch einsichtig, daß der Fall der bekannten Schadenshöhe nur der Grenzfall einer besonders geringen Streuung ist.

¹³E.g.: Swanson und Kontoleon (1999: 391-2)

¹⁴Dabei wird nicht auf den einzelnen Nutzer des emittierenden Grundstücks abgestellt, sondern auf den typischen Eigentümer (oder Besitzer), welcher das Grundstück in der Art nutzt, wie es der Emittent tut.

durchschnittlichen Schäden liegen. Das ist unproblematisch, wenn die Vermeidungskosten fast immer so groß sind, daß die Vermeidung ökonomisch nachteilig wäre. Gerade im Grenzbereich ist das aber nicht der Fall, so daß hier der negatorische Anspruch überlegen ist. Dieser unterschiedlichen Bedeutung der Gefahr, daß Schadensvermeidungsmaßnahmen nicht ergriffen werden, trägt das deutsche Recht Rechnung: Der negatorische Anspruch wird durch einen Entschädigungsanspruch ersetzt, wenn die Maßnahmen zur Schadensvermeidung wirtschaftlich nicht mehr zumutbar sind, was die deutsche Rechtsprechung richtigerweise dahingehend interpretiert, daß die Maßnahmen (deutlich) mehr kosten als sie an Schäden reduzieren.

4) Ökonomisch zweifelhafte Abgrenzungen

a) *Wesentlichkeit von Beeinträchtigungen*

Stellt eine Immission keine Beeinträchtigung dar oder nur eine unwesentliche, so sind nach § 906 alle Ansprüche des Betroffenen ausgeschlossen. We der kann der Betroffene verlangen, daß der Emittent Maßnahmen ergreift, die wirtschaftlich vertretbar sind, um Emissionen zu vermeiden oder zu reduzieren, noch hat er einen Entschädigungsanspruch. Die einzige Möglichkeit des Betroffenen, den Emittenten von seiner Emission abzuhalten, sind also Coase'sche Verhandlungen: Der Betroffene müßte dem Emittenten das Recht zu emittieren abkaufen. Wäre es – weil die Kosten der Emissionsvermeidung geringer sind als die durch die Immission verursachten Kosten – ökonomisch wünschenswert, eine als unwesentlich definierte Emission zu unterbinden, würden solche Verhandlungen bei Abwesenheit von Transaktionskosten zum erwünschten Ergebnis führen.

Nun bestehen im Bereich der Immissionen aber Transaktionskosten, so daß die *property rights* so ausgestaltet werden sollten, wie sie sich bei Abwesenheit von Transaktionskosten ergeben, und – soweit das nicht mit Sicherheit zu erreichen ist – so, daß eine Verbesserung der *property rights* Verteilung möglichst leicht erreicht werden kann. Da im Bereich der nachbarlichen Emissionen und Immissionen meistens mehrere Nachbarn betroffen sind, rühren die Transaktionskosten in besonderem Maße von den Problemen der kollektiven Aktion her. Bei der Ausgestaltung der *property rights* sind dies deshalb besonders zu berücksichtigen. Daneben ist auch zu beachten, daß selbst bei niedrigen Transaktionskosten häufig nicht zu erfolgreichen Verhandlungen kommt, da – gerade in Nachbarschaftsverhältnissen – das menschliche Verhalten von dem des homo oeconomicus abweicht und aufgrund von sogenannten Verhaltensanomalien mögliche Gewinne nicht wahrgenommen werden (vgl. hierzu Farnsworth 1999).

Die grobe Richtung, in der die *Property rights* verteilt werden sollten, ist schnell vorgegeben. Je geringer die Schäden der Immissionen im Vergleich zum Nutzen der emittierenden Nutzung (oder der Kosten ihrer Vermeidung), desto eher sollte der Störer das Recht zur Beeinträchtigung haben. Vom Ansatz her ist es also unmittelbar überzeugend, die besonders kleinen Immissionen – es liegt nahe zu sagen: die unwesentlichen – in keiner Weise durch Rechte des Betroffenen zu behindern. Allerdings darf dabei nicht übersehen werden, daß Immissionen, die aus ökonomischer Sicht sinnvollerweise zugelassen werden sollten, sich nicht nur durch ihren geringen Schaden auszeichnen, sondern auch durch ihre *relativ* hohen Vermeidungskosten.

Solange es also auch bei Immissionen, die nur geringe Schäden verursachen, noch vorkommt, daß ihre Vermeidung weniger kostet als sie an Schäden verursachen, sollte aus ökonomischer Sicht jene Rechtszuordnung gewählt werden, die für Zweifelsfälle optimal ist. Gäbe es keine Kosten der Durchsetzung von Entschädigungs- oder (ökonomisch gleichbedeutend:) Schadensersatzansprüchen, wäre dies das Recht des Betroffenen auf Immissionsfreiheit, welches durch Schadensersatzansprüche geschützt wird. Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen.

Haben die Nachbarn des Emittenten ein Recht auf Freiheit von Immissionen und wäre dieses Recht durch negatorische Ansprüche der einzelnen Nachbarn geschützt, so müßte der Störer diese zur Kooperation bewegen, wenn es ihm mehr Nutzen stiftet als es Schäden bei den Nachbarn anrichtet. Dabei dürften insbesondere holdout-Probleme entstehen: Da der Störer auch auf die Zustimmung des letzten Nachbarn angewiesen wäre, könnte dieser fast den gesamten Gewinn des Störers abschöpfen. Weil nun jeder Nachbar in dieser Rolle wäre, wird keiner bereit sein, vordem anderen sein Recht auf Abwesenheit von Immissionen zu verkaufen. Die Verhandlungen werden in vielen Fällen an Problemen der kollektiven Aktion und an sonstigen hohen Transaktionskosten scheitern. Soweit den Nachbarn das Recht auf ungestörte Nutzung ihrer Grundstücke zugestanden wird, sollte es also nur durch einen Schadensersatzanspruch geschützt werden, solange die Gefahr besteht, daß diese Zuordnung der *property rights* nicht kostenminimierend ist.

Aus ähnlichen Überlegungen heraus ist es auch nicht sinnvoll, dem Störer in Zweifelsfällen das Recht zur Beeinträchtigung zuzugestehen. Egal wie das Recht ausgestaltet wäre, es bedürfte immer der kollektiven Aktion der Nachbarn, wenn sie ihm das Recht abkaufen wollten, weil sie eine ungestörte Nutzung höher wertschätzen als der Störer sein Recht auf Verbreitung von Emissionen. Jeder Nachbar würde darauf hoffen, daß die anderen aktiv werden und so als *free-riders* von den Aufwendungen der anderen profitieren wollen.

Nur wenn man berücksichtigt, daß die Durchsetzung von Entschädigungsansprüchen Kosten verursacht, wird es ökonomisch sinnvoll, die besonders kleinen Immissionen nicht durch Rechte des Betroffenen zu behindern. Den Transaktionskosten, die dadurch eingespart werden können, daß den Betroffenen ein durch Schadensersatzansprüche geschütztes Recht auf Freiheit von Immissionen eingeräumt wird, stehen dann die Kosten der Durchsetzung von Entschädigungsansprüchen gegenüber. Gerade wenn man berücksichtigt, daß im Bereich von Immissionen die angemessene Höhe der Entschädigung häufig schwer zu bestimmen ist, wird deutlich, daß diese Kostenhöhen sein können als die Ersparnis durch die Rechtszuordnung entsprechend der soeben dargelegten Überlegungen. Selbst die Reallokation von *property rights* durch Aneignung und Entschädigung kann dann durch die Rechtsdurchsetzungskosten verhindert oder wenigstens ihres volkswirtschaftlichen Sinns beraubt werden.

Es ist deshalb sinnvoll, dem Emittenten Immissionen auf anderen Grundstücken zu erlauben, deren Schädlichkeit so gering ist, daß ihre Verhinderung typischerweise weder die Kosten der Durchsetzung von Entschädigungsansprüchen noch ihre Vermeidungskosten rechtfertigt. Würden die Immissionen, die diese Bedingungen erfüllen, als unwesentlich betrachtet, und alle anderen als wesentlich, so ergäbe sich

dem vorher gesagt, daß die Konsequenzen, die § 906 an die Unwesentlichkeit von Immissionen knüpft, ökonomischer Ratio entsprechen.

Sowohl die gesetzliche Regelung in § 906 Abs. 1 Satz 2 und 3 als auch die vor dieser gesetzlichen Normierung geltende (gleichlaufende) Rechtsprechung definieren die Unwesentlichkeit aber anders, nämlich durch die Erfüllung von (öffentlich-rechtlichen) Grenz- und Richtwerten.¹⁵ Diese dienen aber einem gänzlich anderen Zweck als der Bestimmung von Immissionen, die so geringe Schäden verursachen, daß sie eine gerichtliche Festsetzung und Durchsetzung von Entschädigungsansprüchen nicht rechtfertigen.

Orientierte man sich am Wortlaut der Zielbestimmung des Bundesimmissionsschutzgesetzes, so würde man vermuten, daß sehr viel weniger Immissionen die öffentlich-rechtlichen Grenz- und Richtwerte einhalten als unter den ebendargestellten ökonomisch sinnvollen Unwesentlichkeitsbegriffen würden: Das Bundes-Immissionsschutzgesetz scheint anzustreben, praktisch alle Schäden zu vermeiden.¹⁶

Nun sind die Behauptungen des BImSchG aber leider nur schöne Worte. Erste Hinweise darauf ergeben sich bei genauerer Lektüre des Gesetzes. So bestimmt § 14 BImSchG, daß eine öffentlich-rechtliche Genehmigung einer Anlage negatorische Ansprüche auf Einstellung des Betriebes nach § 906 ausschließt, Entschädigungsansprüche aber ausdrücklich nicht berührt. § 14 BImSchG geht also offensichtlich davon aus, daß auch mit öffentlich-rechtlicher Genehmigung noch schädliche Immissionen entstehen können.

Noch deutlicher wird § 19 BImSchG. Sofern es "nach Art, Ausmaß und Dauer der von diesen Anlagen hervorgerufenen (sic!) schädlichen (sic!) Umwelteinwirkungen und sonstigen Gefahren, erheblichen Nachteilen und erheblichen Belästigungen" mit dem Schutz der Allgemeinheit und der Nachbarschaft vereinbar ist, können Genehmigungen sogar in einem vereinfachten Verfahren erteilt werden. Selbst wenn eine Anlage schädliche Umwelteinwirkungen unzweifelhaft hervorruft, kann also noch das vereinfachte Verfahren beschritten werden – eine gesetzgeberische Entscheidung, die offensichtlich nicht mit der Vorstellung vereinbar ist, daß die Einhaltung aller immissionsschutzrechtlichen Vorschriften auch alle schädlichen Immissionen vermeidet. Auch die Erfahrung lehrt, daß die Einhaltung von Grenz- und Richtwerten

¹⁵ Streng genommen postuliert § 906 Abs. 1 Satz 2 nur eine widerlegliche Regelvermutung. Berücksichtigt man aber, daß es meist um Fälle geht, in denen die Feststellung der Höhe der durch die Immission ausgelösten Beeinträchtigungen schwer festzustellen ist, wird die Widerlegung der Regelvermutung nur in den seltensten Fällen gelingen, so daß faktisch von einer Definition der (unteren Schranke der) Unwesentlichkeitsgrenze ausgegangen werden kann.

¹⁶ § 1 BImSchG: "Zweck dieses Gesetzes ist es, Menschen, Tiere und Pflanzen, den Boden, das Wasser, die Atmosphäre sowie Kultur- und sonstige Sachgüter vor schädlichen Umwelteinwirkungen und, soweit es sich um genehmigungsbedürftige Anlagen handelt, auch vor Gefahren, erheblichen Nachteilen und erheblichen Belästigungen, die auf andere Weise herbeigeführt werden, zu schützen und dem Entstehen schädlicher Umwelteinwirkungen vorzubeugen." Deutlich in dieser Richtung geht auch § 5 BImSchG.

noch lange nicht bedeutet, daß keine Schäden mehr entstehen. Aus ökonomischer Sicht wäre das auch gar nicht sinnvoll.

Zweck der öffentlich-rechtlichen Grenz- und Richtwerte ist nämlich die Etablierung eines durch Vereinheitlichung der Kriterien schnellen und vorhersehbaren Verfahrens zur regulativen Entscheidung, ob ein Vorhaben aus gesamtgesellschaftlicher Sicht wünschenswert ist, also mehr Nutzen stiftet als es Kosten verursacht, und deshalb genehmigt werden sollte. Leider trägt hier aber auch die volkswirtschaftliche Literatur nicht viel zur Klärung bei: Den meisten Autoren im Bereich der Umweltökonomik ist es wichtiger zu zeigen, daß Umweltregulierung mit anderen Instrumenten deutlich effizienter ist. Das hat zur Folge, daß es kaum Stellen in der Literatur gibt, in denen dargestellt wird, wie allgemeine Umweltstandards sinnvoll gesetzt werden. Zumeist wird nur die einzelfallspezifische "command-and-control-Regulierung" als Referenzpunkt gewählt und mit eigentumsrechtlichen Lösungen verglichen. Daß allgemeine Standards ein Kompromiß sind zwischen den Kosten der Einzelfalloptimierung und den Kosten der mangelnden Vorhersehbarkeit von Verwaltungshandeln einschließlich der damit verbundenen Gefahr mangelnder Kontrolle von einzelfallbezogenen Entscheidungen, wird dann gar nicht mehr erläutert.

Richtig verstandene öffentlich-rechtliche Grenz- und Richtwerte lassen also sehr viel mehr Immissionen zu, als unter den oben hergeleiteten ökonomisch sinnvollen Begriff der unwesentlichen Immissionen fallen. Das führt erstens dazu, daß Immissionen, für die wegen ihrer ortsunüblichen Quelle aus den oben (Abschnitt 3a)) genannten Gründen ein Abwehranspruch nach § 1004 bestehen sollte, dem Emittenten ohne Entschädigungspflicht erlaubt werden. Zweitens führt es dazu, daß Emissionen, die mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand vermieden werden könnten (vgl. oben Abschnitt 3b)), ungehindert verursacht werden dürfen. Und drittens könnten es Fälle, in denen eine Entschädigung nach § 906 Abs. 2 Satz 2 wünschenswert ist, dem Anwendungsbereich dieser Vorschrift entziehen. Ob und inwieweit dies der Fall ist, kann erst nach der Diskussion der Zumutbarkeit von Beeinträchtigungen im Sinne dieser Regelung im nächsten Abschnitt entschieden werden.

b) Zumutbarkeit von Beeinträchtigungen

Innerhalb der wesentlichen Beeinträchtigungen ortsüblicher Nutzungen von Eigentum, die von ortsüblichen Nutzungen eines anderen Grundstücks ausgehen und nicht wirtschaftlich abwendbar sind, zieht § 906 eine weitere Grenzlinie: die Zumutbarkeit der Beeinträchtigung. Ist diese gegeben, darf der Emittent ohne Entschädigungspflicht emittieren, ist sie nicht gegeben, darf der Emittent ebenfalls emittieren, der Betroffene kann aber „einen angemessenen Ausgleich in Geld verlangen“.

Anders als im Bereich der Zumutbarkeit der Vermeidung von Beeinträchtigungen geht es hier um die Fälle, in denen nicht einzelne Schadensvermeidungsmaßnahmen in Frage stehen, sondern die Durchführung der gesamten störenden Aktivität. Aus ökonomischer Sicht sollte diese unterlassen werden, wenn sie mehr Schäden anrichtet als sie Nutzen stiftet. Grundsätzlich geht es hier also um dasselbe Problem wie bei der Wesentlichkeit von Beeinträchtigungen. So differenziert die Rechtsprechung hier auch häufig nicht zwischen der Wesentlichkeit und der Zumutbarkeit von Beeinträchtigungen. Damit

begibt sie sich allerdings in einen sinnvollen und im Gesetzeswortlaut zumindest der alten Fassung von § 906 auch angelegten Möglichkeit der Differenzierung.

Der Begriff der Zumutbarkeit wurde zunächst dahingehend verstanden, daß nur eine Zerstörung der wirtschaftlichen Existenz ausgeschlossen werden sollte. Soweit also die Immissionen nicht die wirtschaftliche Existenz des Eigentümers¹⁷ des beeinträchtigten Grundstücks wenigstens erheblich gefährdeten, sollte ihm zumutbar sein, die Störung entschädigungslos zu dulden. Von dieser Vorstellung hat sich die Rechtsprechung jedoch schon seit längerem und wiederholt¹⁸ verabschiedet.

Seit 1977 (BGHZ 64, 220, 223f, 229) vertritt der BGH die Auffassung, die Unzumutbarkeitsgrenze sei entsprechend der Wertungen des Immissionsschutzgesetzes zu bestimmen.¹⁹ Dies versteht er so, daß die Einhaltung der dort und in den nachrangigen und nachfolgenden Rechtsvorschriften vorgesehenen Grenz- und Richtwerte als Anhaltspunkte dienen sollen. Wenn diese Werte eingehalten werden, so sei in der Regel die Beeinträchtigung zumutbar. Damit hat die Rechtsprechung die Abgrenzungen der Wesentlichkeit und der Zumutbarkeit von Beeinträchtigungen weitgehend aneinander angeglichen. Im folgenden soll nun gezeigt werden, daß öffentlich-rechtliche Grenz- und Richtwerte nicht nur für die Wesentlichkeit sondern auch für die Zumutbarkeit von Beeinträchtigungen kein ökonomisch sinnvoller Standard sind.

Wie oben bereits erläutert, ist es in jenen Fällen, in denen die durch die Immission verursachten Kosten und die Kosten ihrer Vermeidung relativ nahe bei einander liegen, ökonomisch sinnvoll, dem Betroffenen ein durch einen Entschädigungsanspruch geschütztes Recht auf Freiheit von Immissionen einzuräumen. Dies hat seinen Grund in folgender Überlegung. In den genannten Fällen muß eine möglichst billige Art gefunden werden, staatlich vorgegebene Fehlallokationen der *property rights* durch private Interaktion zu korrigieren. Da Coase'sche Verhandlungen wegen der oben diskutierten Transaktionskosten nicht in Frage kommen, kann die Korrektur nur durch Aneignung und Entschädigung erfolgen. Würde dem Emittenten ein Recht auf Emission zugestanden, müßten die typischerweise mehreren Betroffenen sich dieses Recht kollektiv aneignen. Das würde aber an Problemen der kollektiven Aktion scheitern, ist also nicht nur eine sehr ungewöhnliche Rechtsausgestaltung, sondern auch für die hier betrachteten Fälle nicht sinnvoll. Es verbleibt das durch einen Entschädigungsanspruch geschützte Recht der Betroffenen auf Immissionsfreiheit. Dieses ist also für Fälle, in denen die durch die Immission verursachten Kosten und die Kosten ihrer Vermeidung relativ nahe bei einander liegen, ökonomisch gefordert – es sei denn die Immissionen

¹⁷ Dabei wurde nicht auf den individuellen Eigentümer abgestellt, sondern auf einen normalen Eigentümer eines entsprechenden Grundstücks, der das Grundstück entsprechend verwendet. Auf diese Einzelheiten braucht ob der Erledigung dieses Ansatzes und ob seiner ökonomischen Unsinnigkeit nicht weiter eingegangen zu werden.

¹⁸ Einige der Entscheidungen geben ein schönes Beispiel dafür, daß auch vor der Verbreitung von Computern in der Justiz Textbausteine immer und immer wieder verwendet wurden. (Nachweise)

¹⁹ Zwischenzeitlich (seit BGHZ 49, 148 (1967)) hatte er die Auffassung vertreten, Unzumutbarkeit erfordere zwar nicht die Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz, wohl aber schwere und unerträgliche Nachteile.

sind unwesentlich im oben dargestellten, ökonomisch sinnvollen Sinne, so daß wie dargestellt ein ungehindertes Emissionsrecht bestehen sollte.

Für einige Fälle, in denen die durch die Immission verursachten Kosten und die Kosten ihrer Vermeidung relativ nahe bei einander liegen, führt die gegenwärtige deutsche Rechtslage auch zu diesem Ergebnis, für andere aber nicht. Es sei unterstellt, daß Grenz- und Richtwerte im allgemeinen ökonomisch sinnvoll festgelegt sind.²⁰ Das heißt, daß sie Emissionen dann und nur dann zulassen, wenn die durchschnittlichen Kosten der resultierenden Immissionen geringer sind als die durchschnittlichen Kosten, die aus der Unterlassung der emittierenden Nutzung eines Grundstücks entstehen,²¹ wobei der Durchschnitt über alle Fälle zu nehmen ist, auf die die Werte Anwendung finden. Die Weite des Anwendungsbereichs ist, wie bereits erwähnt, ein Kompromiß zwischen den Kosten der Einzelfalloptimierung und den Kosten der mangelnden Vorhersehbarkeit von Verwaltungshandeln.

Bei Zugrundelegung dieser Werte wird schnell offensichtlich, daß das durch einen Entschädigungsanspruch geschützte Recht der Betroffenen auf Immissionsfreiheit die aus ökonomischer Sicht beste Regelung sowohl dann ist, wenn die Grenz- und Richtwerte überschritten werden, als auch wenn sie unterschritten werden. In beiden Fällen liegen die Immissionskosten und die Vermeidungskosten typischerweise nahe beieinander. Es kann aber wegen der Durchschnittsbildung, auf der die Festlegung von Grenz- und Richtwerten basiert, nicht allgemein gesagt werden, welche der beiden Kostenarten größer ist.

Die Durchschnittsbildung, welche der Festlegung von Grenz- und Richtwerten zugrunde liegt (oder zumindest zugrunde liegen sollte), impliziert notwendig, daß es sowohl (erstens) Fälle gibt, in denen die Grenz- und Richtwerte eingehalten werden, die Kosten der Emissionsvermeidung aber geringer sind als die Kosten der Immissionen, als auch umgekehrt (zweitens) Fälle, in denen die Grenz- und Richtwerte verletzt werden, die Kosten der Emissionsvermeidung aber höher sind als die Kosten der Immissionen. Die Gleichsetzung der Zumutbarkeit im Sinne von § 906 Abs. 2 Satz 2 mit der Einhaltung von Grenz- und Richtwerten führt dann aber dazu, daß im ersten Fall die Festlegung von Grenz- und Richtwerten für den Einzelfall zu hoch ist und nicht durch die zivilrechtliche Entschädigungsregelung korrigiert wird. Im zweiten Fall – die für den Einzelfall zu niedrige Festlegung der Grenz- und Richtwerte – hat die zivilrechtliche Zuordnung von *property rights* keinen Einfluß auf das

²⁰ Diese Unterstellung mag falsch sein, insbesondere wenn öffentlich-rechtliche Grenz- und Richtwerte aus ökonomischer Sicht falsch festgelegt sind, entweder weil sie interessenpolitisch beeinflusst sind oder weil die sie festlegenden Behörden bezüglich der Optimalitätsbedingungen irren. Sind sie zu hoch (also nicht streng genug) verstärkt sich das im Text dargestellte Problem; sind sie zu niedrig (also zu streng), sinkt die Bedeutung des Problems und kann ganz verschwinden. Selbst in letzterem Fall scheint es aber nicht sinnvoll, die Ausrichtung der zivilrechtlichen Zumutbarkeit an den zu niedrigen Werten gesetzlich zu fixieren, solange die Hoffnung besteht, daß die Grenz- und Richtwerte noch nach oben angepaßt werden.

²¹ Die Reduktion der Emission durch wirtschaftlich zumutbare Vermeidungsmaßnahmen unter Beibehaltung der emittierenden Nutzung fällt unter § 906 Abs. 2 Satz 1 und spielt deshalb für die an dieser Stelle dargestellte Argumentation keine Rolle.

Emissionsverhalten, wenn die Einhaltung der Grenz- und Richtwerte öffentlich-rechtlich durchgesetzt wird. Wird sie es nicht, so wird das Verhalten des Emittenten durch das für diese Fälle optimal ausgestaltete Zivilrecht gesteuert: Trotz Verletzung der Grenz- und Richtwerte wird der Emittent emittieren und so volkswirtschaftliche Kosten sparen.

Dieses Ergebnis folgt allerdings nur, wenn der Emittent die gesamten Kosten der Immissionen entschädigen muß. Muß er dagegen nur den Teil entschädigen, der aus Immissionen entsteht, die über das zumutbare Maß (also die Grenz- und Richtwerte) hinausgehen, hat er in vielen Fällen nicht den Anreiz, volkswirtschaftlich unsinnige Emissionen zu unterlassen. Die deutsche Rechtsprechung hat diesen Zusammenhang allerdings übersehen und wendet die üblicherweise sinnvolle Differenzschadenshypothese an. Sie interpretiert das „wenn“ in § 906 Abs. 2 Satz 2 auch als ein „soweit“. Daß die Anwendung der Differenzschadenshypothese hier nicht sinnvoll ist, hat seinen Grund darin, daß nicht das Niveau der Emission gesteuert wird – diese Steuerung erfolgt durch § 906 Abs. 2 Satz 1, also die Pflicht des Emittenten, Maßnahmen zur Vermeidung von Immissionen zu ergreifen, wenn sie wirtschaftlich zumutbar sind, ohne zur Einstellung der emittierenden Aktivität zu führen (vgl. oben Abschnitt 3)b)) – sondern das Ob der die Emission hervorrufenden Nutzung des Grundstücks.

Aber auch ohne die Korrektur dieses Fehlers in der deutschen Rechtslage läßt sich die volkswirtschaftliche Effizienz erhöhen, wenn die zivilrechtliche Zumutbarkeit von Beeinträchtigungen im Sinne von § 906 Abs. 2 Satz 2 niedriger festgesetzt wird, also schon geringere Immissionen als unzumutbar angesehen werden. Dann kann das Zivilrecht weitere staatlich vorgegebene Fehlallokationen der *property rights*, die aus der notwendigen Durchschnittsbildung im Zuge der Festlegung von Grenz- und Richtwerten resultieren, korrigieren. Auch in Fällen, in denen die Grenz- und Richtwerte eingehalten werden, die Kosten der Emissionsvermeidung aber geringer sind als die Kosten der Immissionen, führt dann der zivilrechtliche Entschädigungsanspruch zu einer optimalen Ressourcenverwendung. Da der Emittent zwar öffentlich-rechtlich emittieren darf, die Kosten der daraus resultierenden Immissionen aber selbst in Form von Entschädigungsleistungen tragen muß, wird er nicht emittieren und so volkswirtschaftliche Kosten vermeiden.²²

Führt man diese Überlegungen weiter, so ergibt sich, daß die Zumutbarkeitsgrenze immer niedriger festgelegt und schließlich – wenn sie die Unwesentlichkeitsgrenze unterschreitet – bedeutungslos werden sollte. Ebenso wie das im vorhergehenden Absatz dargestellte Argument ist dieses Ergebnis unabhängig davon, ob (fälschlicherweise) die Differenzschadenshypothese angewendet wird oder nicht. Es stellt sich dann aber die Frage, ob die Grenze der Zumutbarkeit von Beeinträchtigungen in § 906 Abs. 2 ganz entfallen sollte, oder ob es eine andere, sinnvollere Interpretation des Zumutbarkeitsbegriffs gibt. Diese Frage soll Gegenstand des folgenden Abschnitts sein.

²²Rose-Ackerman (1991) kommt hier zu einem anderen Ergebnis. Das liegt aber daran, daß sie unterstellt, daß die öffentlich-rechtlichen Grenzwerte optimal festgelegt sind, und zwar für jeden Einzelfall. Sie übersieht die notwendige Durchschnittsbildung bei der Festlegung von Grenz- und Richtwerten und die daraus folgende Suboptimalität der Werte für die meisten Einzelfälle.

c) Möglicher ökonomischer Gehalt der Zumutbarkeit von Beeinträchtigungen

Der Begriff der Zumutbarkeit kann aus ökonomischer Sicht für jene Fälle eine Rolle spielen, in denen nicht nur der Störer Maßnahmen ergreifen kann, um den Schaden gering zu halten, sondern auch der beeinträchtigte Grundstückseigentümer. Wichtig sind dabei vor allem solche Schadensvermeidungsmaßnahmen, die er nur selbst ergreifen kann. Drei Fallgruppen lassen sich hier unterscheiden: Erstens die Fälle, in denen der beeinträchtigte Eigentümer eine Entschädigung dafür bekommen hat, daß er Maßnahmen zur Vermeidung oder Minderung des Schadens (z.B. für den Einbau von Schallschutzfenstern) durchführen müßte, diese Maßnahmen aber nicht durchführt. Da er den dadurch entstehenden zusätzlichen Schaden freiwillig in Kauf nimmt, ist es ihm "zumutbar", diesen Schaden auch selbst zu tragen. Bekäme er auch die zusätzlichen Schäden ersetzt, hätte er keinen Anreiz, die Schäden zu vermeiden.

Zweitens geht es um die Fälle, in denen die billigste Maßnahme zur Vermeidung des Schadens ist, daß der beeinträchtigte Eigentümer seine Aktivität an einen anderen Ort verlagert und dafür eine Entschädigung erhält, oder gleich an einem anderen Ort bleibt (coming to the nuisance).²³ Wenn der beeinträchtigte Eigentümer dennoch am Ort der Schädigung bleibt bzw. dorthin kommt, dann ist das sein Problem, wie in der ersten Fallgruppe. Weitergehende Schäden bekommt er nicht ersetzt. Jede andere Entscheidung würde wiederum Anreize setzen, die Schäden in die Höhe zu treiben.

Die dritte Fallgruppe ist an einen Aufsatz von Bebchuk (2001) angelehnt. Es geht um Fälle, in denen beide Parteien vor Eintreten des Konfliktes Maßnahmen angesichts der bloßen Gefahr des Konfliktes hätten ergreifen müssen, dies aber nicht getan haben. Bebchuk zeigt für diese Fälle, daß keine der vier oben dargestellten Möglichkeiten der Eigentumszuordnung und des Eigentumsschutzes zur "first-best" Allokation der Ressourcen führt. Das wird verständlich, wenn man sich vor Augen führt daß unter diesen Bedingungen die Entscheidungsprobleme der Beteiligten vielmehr der typischen Situation des Tort Law (Recht der unerlaubten Handlungen) entspricht als der typischen Situation des Nachbarrechts:²⁴ Es müssen Schadensvermeidungsmaßnahmen ergriffen werden, bevor klar ist, ob ein Konflikt überhaupt auftritt, so wie z.B. im Bereich des Straßenverkehrs der Autofahrer oft über seine Vorsicht entscheiden muß, bevor er weiß, ob überhaupt ein anderer Verkehrsteilnehmer in der Nähe ist, der ihm in die Quere kommen könnte.

Wie im Tort Law führt dann eine Situation, in der beiderseitige Schadensvermeidungsmaßnahmen optimal sind, dazu, daß weder eine Regel, die den Schaden stets beim Opfer beläßt (casus sentit dominum), zu sozial optimalem Verhalten beider Seiten führt, noch die Regel, die den Schaden stets dem Schädiger aufbürdet (strikte Haftung). Die Lösung des Problems hält die ökonomische Theorie des Tort Law ebenfalls seit langem bereit: Jede Regel, die demjenigen, der allein zu wenig Sorgfalt

²³ Solche Fälle können selbstverständlich auch im Rahmen von ortsüblichen Nutzungen auftreten.

²⁴ so auch schon Calabresi und Melamed 1972

aufwendet, den Schaden aufbürdet, der aus der Sorgfaltspflichtverletzung resultiert, führt zu optimalen Anreizen. Das kann eine Verschuldenshaftung sein, eine strikte Haftung mit Mitverschuldenseinrede, oder eine Mischung aus beiden Haftungsregeln (Brown, 1973; Hirsch, 1988: 180 ff; Adams, 1985: 65 ff). Eine Einschränkung soll nicht unterdrückt werden: So eindeutig sind die Ergebnisse nur unter strengen Informationsannahmen, die in den wenigsten Fällen erfüllt sein dürften, insbesondere soweit es um die Übertragung der Überbelastung auf Fragender Eigentum srechte geht.

Es seien nun wieder die Probleme des Nachbarrechts betrachtet, insbesondere die erwähnten Fälle,²⁵ in denen beide Aktivitäten – die störende ebenso wie die gestörte – unter Effizienz Gesichtspunkten betrieben werden sollten, und beide Parteien ex ante nicht wußten, ob eine solche Situation eintritt, sich in ihrem Verhalten aber doch an der bloßen Möglichkeit dieser Situation hätten orientieren sollen (das zentrale Problem sind Irreversibilitäten: entweder in Form von versunkenen Kosten oder in Form von unterlassenen Maßnahmen, die sich nicht schnell nachholen lassen). Es ergibt sich dann, daß optimale Anreize nur gesetzt werden können, wenn diejenige Partei, die sich allein nicht ausreichend an der Möglichkeit der Situation des Konfliktes orientiert hat, den daraus resultierenden Schaden allein trägt. Wie in den beiden zuvor genannten Fallgruppen auch muß der Eigentümer des beeinträchtigten Grundstücks mindestens den Schaden tragen, der dadurch entstanden ist, daß er sich nicht ausreichend auf die Gefahr einer konfligierenden Nutzung eines Nachbargrundstückes eingestellt hat. Dieser Schaden ist ihm „zumutbar“. Hat er sich aber ausreichend auf diesen Konflikt eingestellt, so gibt es (außer den beiden anderen Fallgruppen) keinen Grund, den Störer zu entlasten. Jede Entlastung würde dazu führen, daß zu viele Emissionen produziert werden.

5) Schlußbemerkungen

Ich habe mit den Vorstehenden Überlegungen gezeigt, daß sich der größte Teil der Ausdifferenzierungen im deutschen privatrechtlichen Immissionsschutz des § 906 ökonomisch sinnvoll interpretieren läßt. Dabei habe ich im Wesentlichen auf die ökonomischen Überlegungen von Kaplow und Shavell (1996) zurück gegriffen.

Es ließ sich aber auch nachweisen, daß die gegenwärtig herrschende Auslegung der Begriffe der Wesentlichkeit und der Zumutbarkeit von nachbarlichen Beeinträchtigungen einer ökonomischen Prüfung nicht standhalten kann. Die Auslegung beruht entweder auf einem grundlegenden Mißverständnis der Funktion von öffentlichen rechtlichen Grenz- und Richtwerten oder darauf, daß die Steuerung menschlichen Verhaltens durch öffentliches und durch privates Recht unterschiedliche Wege gehen und sich deshalb ergänzen können. Zivilrechtliche Schadensersatzansprüche dürfen nicht stets ausgeschlossen werden, wenn öffentlich-rechtliche Grenz- und Richtwerte, die ja höchstens für den durchschnittlichen Fall optimal sind, eingehalten werden. Die

²⁵ Dasselbe gilt theoretisch auch für Fälle, in denen beide Parteien ex post Schadensreduktionsmaßnahmen ergreifen müssen, die die andere Partei nicht übernehmen kann (auch nicht finanziell). Praktisch sind solche Fälle allerdings kaum vorstellbar.

gegenwärtiger rschendeAn sichtläuftdieserÜberlegungz uwiderundfördertdamitein unwirtschaftlichhohesMaßvonI mmissionen.

6) Literatur

M. Adams, *Ökonomische Analyse der Gefährdungs - und Verschuldenshaftung* Heidelberg:v.Decker(1985)

L. Bebchuk, *Ex Ante Investments and t he Design of Property rights* Mimeo (2001), Vortrag beim Workshop on Law and Economics des ERASMUS -Programme in Law andEc onomics,16.Februar2001

J.P. Brown, „Toward an Economic Theory of Liability“ (1973) 2 Journal of Legal Studies323

G. Calabresi und A. D. Melamed, „Property Rules, Liability Rules and Inalienability: OneViewoftheCathedral“ (1972)85HarvardLawReview1089

R.D.Cooter,„TheCostofCoase“(1982)11JournalofLegalSt udies,1

R.H.Coase,„TheProblemofSocialCosts“(1960)3 JournalofLawandEconomics1

W. Farnsworth, „Do Parties to Nuisance Cases Bargain After Judgement? A Glimpse InsidetheCathedral“ (1999)66UniversityofChicagoLawReview373

W.Z.Hirsch, „LawandEconomics“ Bostonu.a.:Ac ademicPress(2.Auflage -1988)

L. Kaplow und S. Steven, „Property Rules versus Liability Rules: An Economic Analysis“(1996)109HarvardLawReview713

S. Lang, „Grundfragen des privatrechtlichen Immissionsschutzes in RechtsvergleichenderSicht“(1979)174Archivfürdiecivil istischePraxis381

S. G. Medema und R. O. Zerbe, „The Coase Theorem“ *Encyclopedia of Law and Economics*, Hrsg: Boudewijn Bouckaert und Gerrit DeGeest, Cheltenham u.a.: Elgar (2000)836

S.Rose -Ackerman,„RegulationandtheLawofTorts“(1991)81American Economic Review,PapersandProceedings,54

T.SwansonundA.Kontoleon,"Nuisance" *EncyclopediaofLawandEconomics* ,Hrsg: BoudewijnBouckaertundGerritDeGeest,Cheltenhamu.a.:Elgar(2000)380