

Redaktion:

Prof. Dr. iur. Alexander Ruch, Basel  
Ordinarius für Rechtswissenschaft an der ETH Zürich

PD Dr. iur. August Mächler, Pfäffikon

Vorsteher Rechts- und Beschwerdedienst Justizdepartement Kanton Schwyz

Dr. iur. Arthur Aeschlimann, Lausanne/Bern  
Bundesrichter

Dr. iur. Andreas Keiser, Zürich/Winterthur  
Verwaltungsrichter

PD Dr. iur. Arnold Marti, Schaffhausen  
Oberrichter

Redaktionssekretariat:

Professur Ruch, ETH Zentrum, HG E 63, Rämistrasse 101, 8092 Zürich

Lektorat:

Lic. iur. Marlies Niggli, Werikonweg 5, 8006 Zürich

Redaktionelle Mitarbeiter für Bundesgerichtsentscheide:

Dr. Gerold Steinmann/lic. iur. Thomas Hugli Yar

Erscheint am 15. jeden Monats. Abonnementspreis jährlich CHF 156.00/EURO 112.00

Einzelheft: CHF 18.00

Nachdruck nur unter deutlicher Quellenangabe gestattet – ISSN 1422-0709

Verlag und Abonnementsverwaltung:

Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2, Postfach, CH-8022 Zürich,

Telefon 044 200 29 19, Fax 044 200 29 18, e-mail: zs.verlag@schulthess.com

Internet: <http://www.schulthess.com>

Anzeigenmarketing:

**publimag**

Europastrasse 30, 8152 Glatfbrugg, Telefon 01 809 31 11, Fax 01 809 32 22

## Kostentragungspflichten bei der Sanierung und Überwachung von Altlasten im Zusammenhang mit Deponien

von Prof. Dr. *Beatrice Wagner Pfeifer*, Basel

### Inhaltsverzeichnis

Einleitung .....	118
1. Bestimmungen über die Kostentragungspflicht im geltenden Recht .....	118
2. Rechtsprechung zum Störerprinzip unter dem alten Gewässerschutzrecht .....	119
a) Allgemeine Hinweise .....	119
b) Einzelne Rechtsfälle .....	121
3. Rechtsprechung zum Verursacherprinzip unter dem heutigen USG .....	125
a) Allgemeine Hinweise .....	125
b) Einzelne Rechtsfälle .....	125
4. Lehrmeinungen zur Frage der Aufteilung der Kosten zwischen Verhaltensstörer und Zustandsstörer unter dem heutigen Art. 32d USG .....	127
a) Ermittlung der einzelnen Anteile aller beteiligten Verursacher .....	127
b) Mögliche Verhaltensstörer bei Deponien .....	128
c) Die Haftung des Zustandsstörers bei Deponien .....	130
5. Auswertung der Rechtsprechung und der Lehrmeinungen .....	131
a) Graduelle Abstufung verschiedener Verhaltens- und Zustandsstörer .....	131
b) Die Zuordnung des Deponiebetreibers und des verfügungsberechtigten Grundeigentümers bzw. Nutzungsberechtigten .....	132
c) Abfallerzeuger, Abfallbeförderer und Abfallentsorger als Mitverursacher? .....	133
6. Kostentragungspflicht von Rechtsnachfolgern? .....	138
a) Singularsukzession .....	138
b) Universalsukzession .....	139
7. Legalisierungswirkung behördlicher Bewilligungen? .....	142
8. Zeitlicher Geltungsbereich des Art. 32d USG .....	145
a) Rückwirkungsverbot .....	146
b) Verjährung .....	148
9. Haftung des Gemeinwesens .....	149
a) Das Gemeinwesen als Deponieinhaber oder entsorgungspflichtiger Abfallinhaber .....	149
b) Haftung für hoheitliches Handeln des Gemeinwesens .....	150
c) Staatliche Ausfallhaftung .....	150
10. Verfahrensrechtliches Vorgehen .....	152
Schlussfolgerungen .....	154

## Einleitung

Gemäss Art. 27 AltIV<sup>1</sup> hätten die kantonalen Altlastenkataster bis Ende 2003 erstellt sein sollen. Obwohl nicht alle Kantone diese Frist einhalten konnten, wurden im Zuge der erforderlichen Ermittlungstätigkeiten in zahlreichen Kantonen Sanierungsprojekte in Angriff genommen, welche für die sanierungspflichtigen Standortinhaber und für eventuelle «Verursacher» solcher Belastungen mit einschneidenden Kostenfolgen verbunden sein können. Nicht überraschend waren rechtliche Auslegungsfragen betr. die Durchführung von Sanierungen und die damit verbundene Kostenvorschusspflicht bereits mehrfach durch Beschwerdeinstanzen zu entscheiden. Noch kaum klärende Entscheide oder gar höchstrichterliche Urteile liegen demgegenüber zur Frage der Kostenaufteilung im Sinne des in Art. 32d USG festgehaltenen Verursacherprinzips vor.

Da bei sanierungsbedürftigen belasteten Standorten nicht selten auch das Gemeinwesen involviert ist, gab das BUWAL im Jahre 2002 bei Prof. *Pierre Tschannen*, Universität Bern, ein Gutachten zur Klärung der Kostenaufteilung bei der Sanierung von Deponien in Auftrag. Das Gutachten wurde von Prof. Pierre Tschannen zusammen mit lic. iur. *Martin Frick* am 11.9.2002 mit dem Vorbehalt abgeliefert, dass es vornehmlich auf Deponien mit wesentlichen Anteilen an Industrie- und Gewerbeabfällen zugeschnitten sei und nicht unbesehen auf Deponien für Siedlungsabfälle übertragen werden könne.

Das Gutachten, dessen Ergebnisse in der URP publiziert wurden<sup>2</sup>, gibt Anlass, hier eine teilweise abweichende Beurteilung zum Ausdruck zu bringen. Die Beantwortung der sich im Altlastenrecht stellenden verwaltungs- und verfassungsrechtlichen Rechtsfragen erscheint von so grosser Tragweite, dass die erarbeiteten Ergebnisse einer ersten Reflexion nicht das letzte Wort zum Stand der *lex lata* bleiben dürfen; vielmehr wäre die Eröffnung eines breiten wissenschaftlichen Diskurses, unter Einbeziehung möglichst auch von Stimmen aus dem Zivilrecht, wünschbar.

### 1. Bestimmungen über die Kostentragungspflicht im geltenden Recht

Gemäss Art. 32d Abs. 1 USG trägt der Verursacher die Kosten der Sanierung. Sind mehrere Verursacher beteiligt, so bestimmt Abs. 2, dass sie die Kosten «entsprechend ihren Anteilen an der Verursachung» zu tragen haben. In erster Linie soll die Kosten tragen, «wer die Sanierung durch sein Verhalten verursacht hat». Demgegenüber soll sich derjenige, der lediglich als Inhaber der Deponie oder des

<sup>1</sup> Verordnung vom 26.8.1998 über die Sanierung von belasteten Standorten (SR 814.680).

<sup>2</sup> URP 2003, 286 ff.

Standortes beteiligt ist, von der Kostentragungspflicht befreien können, wenn er den dreifachen Entlastungsbeweis zu erbringen vermag, dass

- a. er bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt von der Belastung keine Kenntnis haben konnte,
- b. die Belastung ihm keinen Vorteil verschaffte, und
- c. ihm aus der Sanierung kein Vorteil erwächst.»

Die AltIV enthält keine Ausführungsbestimmungen zu dieser Gesetzesnorm; sie regelt vielmehr ausschliesslich die Realleistungspflicht. So bestimmt Art. 20 AltIV, dass «Untersuchungs-, Überwachungs- und Sanierungsmassnahmen» vom «Inhaber» (oder «von der Inhaberin») eines belasteten Standortes durchzuführen sind. Diese Realleistungen sind für den Pflichtigen allerdings auch mit einer «Kostenvorschusspflicht» verbunden. Die Kostenvorschusspflicht knüpft jedoch grundsätzlich nicht an die Verursachereigenschaft an. Nur ausnahmsweise können gemäss Art. 20 Abs. 2 AltIV Dritte, welche die Belastung des Standortes «durch ihr Verhalten verursacht haben», zur Ergreifung von Massnahmen der Voruntersuchung, Überwachung oder Detailuntersuchung verpflichtet werden. Im gleichen Sinne kann die Behörde (mit Zustimmung des Standortinhabers) Dritte zur Ausarbeitung des Sanierungsprojektes und zur Durchführung der Sanierungsmassnahmen verpflichten, wenn diese Dritten die Belastung des Standortes durch ihr Verhalten verursacht haben (Abs. 3). *Tschannen/Frick* gehen in ihrem Rechtsgutachten daher davon aus, dass «der Kreis der potenziell kostenpflichtigen Verursacher (...) nicht weiter sein (können) als der Kreis der potenziell realleistungspflichtigen Störer»<sup>3</sup>. Weitere Schlussfolgerungen für die Auslegung des altlastenrechtlichen Verursacherprinzips lassen sich der AltIV aber nicht entnehmen. Im Sinne der historischen Rechtsentwicklung ist daher auf die Rechtsprechung zum «polizeirechtlichen Verursacherprinzip» gemäss Art. 59 USG und Art. 54 GSchG und zum noch älteren polizeirechtlichen Störerprinzip gemäss Art. 8 GSchG 1971<sup>4</sup> bzw. Art. 12 GSchG 1955<sup>5</sup> zurückzugreifen.

### 2. Rechtsprechung zum Störerprinzip unter dem alten Gewässerschutzrecht

#### a) Allgemeine Hinweise

Das polizeirechtliche Störerprinzip besagt zunächst, dass sich die Behörden gemäss einem allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsatz für die Beseitigung einer

<sup>3</sup> *Tschannen/Frick*, Rechtsgutachten, S. 5 f., wobei sie auf die unterschiedlichen Funktionen der beiden Begriffe hinweisen.

<sup>4</sup> AS 1972, 950.

<sup>5</sup> AS 1956, 1533.

Störung oder Gefahr an den «Störer» zu halten haben<sup>6</sup>. Auch die Pflicht zur Übernahme der Kosten, welche den staatlichen Behörden durch eine sog. *antizipierte Ersatzvornahme* entstanden sind, obliegt grundsätzlich demjenigen, der die Störung oder Gefahr verursacht hat<sup>7</sup>. Dabei gilt als Störer nicht nur derjenige, der durch eigenes Verhalten (Tun oder Unterlassen) oder durch das Verhalten von Dritten, für die er verantwortlich ist (z.B. Hilfspersonen eines Unternehmens), eine polizeiwidrige Gefahr oder Störung verursacht hat (sog. *Verhaltensstörer*), sondern auch derjenige, welcher über Personen oder Sachen, die den ordnungswidrigen Zustand geschaffen haben, Gewalt hat (sog. *Zustandsstörer*)<sup>8</sup>. Für die Auswahl des verantwortlichen Störers ist bei der sog. Polizeipflicht, d.h. gemäss altlastenrechtlicher Terminologie bei der Realleistungspflicht, primär die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit der wirksamen Wiederherstellung des polizeigemässen Zustandes von Bedeutung. Als Gesichtspunkte sind daher massgeblich: die leichte Feststellbarkeit des Verursachers, sachliche und örtliche Nähe zum Gefahrenherd, persönliche und sachliche Leistungsfähigkeit und Eignung<sup>9</sup>. Bei der bloss sekundären Zahlungspflicht ist demgegenüber gemäss bald 40-jähriger Rechtspraxis eine Kostenverlegung geboten, welche im Rahmen des Möglichen nach den allgemeinen Prinzipien des Haftpflichtrechts, d.h. in Anlehnung an Art. 50 Abs. 2 und Art. 51 Abs. 2 OR, den subjektiven und objektiven Anteilen an der Verursachung entspricht. In erster Linie soll der schuldhafte Verhaltensstörer den Schaden tragen; in letzter Linie der schuldlose Zustandsstörer<sup>10</sup>.

Das polizeirechtliche Störerprinzip umfasste also gemäss dieser, noch unter dem alten Art. 8 aGSchG 1971 bzw. Art. 12 aGSchG 1955 bzw. Art. 54 GSchG 1991 begründeten Rechtsprechung – entgegen kritischen Meinungen in der Literatur<sup>11</sup> – sowohl die Frage der Realleistungspflicht als auch jene der Kostentragungspflicht im Sinne des heute massgeblichen Verursacherprinzips. Obwohl jedoch beide Aspekte unter dem Titel «Störerprinzip» behandelt wurden, galten (und gelten) inhaltlich unterschiedliche Anforderungen für den polizeirechtlichen Eingriff einerseits und für die nachfolgende Kostenüberbindung andererseits.

Für die Auslegung des altlastenrechtlichen Verursacherprinzips gemäss Art. 32d USG sollen im Folgenden Entscheide besprochen werden, welche sich

<sup>6</sup> BGE 87 I 112 (113 f.); 90 I 1 E.1.a.

<sup>7</sup> Pra 65 (1976) Nr. 197 E.5.; vgl. zum Begriff der antizipierten Ersatzvornahme auch BGE 122 II 65 E.6.a, wonach darunter auch Vorkehrungen fallen, welche von vornherein technisch und rechtlich nur von den polizeilichen Organen oder den ihnen beigeordneten Spezialdiensten vorgenommen oder angeordnet werden können (Bestätigung der langjährigen Rechtspraxis).

<sup>8</sup> BGE 91 I 295 E.3.b.

<sup>9</sup> Vgl. BGE 102 Ib 203 E.2.

<sup>10</sup> BGE 101 Ib 410 = Pra 65 (1976) Nr. 197 E.6.; BGE 102 Ib 203 E.5.b.

<sup>11</sup> Ursprünglich insbesondere *Gygi*, ZBJV 114/1978, S. 106 f. Später aufgenommen von *Trüeb*, Komm. zu Art. 59 USG N 22; *Tschannen*, URP 2001, 782. *Seiler* scheint demgegenüber unter dem Aspekt der Zurechnung von der Gleichartigkeit von Störerprinzip und Verursacherprinzip auszugehen (Adäquanz oder Unmittelbarkeit der Verursachung): Komm. zu Art. 2 USG N 73, 90.

zum Verhältnis Verhaltensstörer – Zustandsstörer oder verschiedener Verhaltensstörer zueinander äussern.

## b) Einzelne Rechtsfälle

### – BGE 91 I 144 (1965) i.S. Kiesgruben G.Anlicker & Co. AG; Schnyder, Plüss & Co. AG / Kt. LU

In diesem Entscheid ging es um zwei Kiesgruben, welche zwischen 1956 und 1962 zuerst zum Kiesabbau und später zum Auffüllen genutzt worden waren. Aufgrund von Grundwassergefährdungen wurde das Auffüllen ab 1962 verboten. Zur Verhinderung illegaler Ablagerungen wurden die beiden Pachtunternehmen gestützt auf das GSchG 1955 verpflichtet, 2,5 m hohe Zäune zu errichten. Die damit verbundenen Kosten wurden als «nicht unzumutbar» qualifiziert, und die beiden Pachtunternehmen mussten diese Massnahmen des Gewässerschutzes daher auf eigene Kosten finanzieren.

### – BGE 94 I 403 (1968) i.S. Bruch einer Öldruckleitung im Rheinhafen Birsfelden

Hier entschied das Bundesgericht, dass Art. 12 aGSchG 1955 nicht verletzt worden sei, indem für den Kostenersatz *ausschliesslich* die Beschwerdeführerin als Eigentümerin der gebohrten Öldruckleitung herangezogen worden war, und nicht auch die mit der Durchführung von Löscharbeiten beauftragte Reederei. Denn die Beschwerdeführerin hatte nicht bewiesen, dass ihre Anlagen in gutem Zustand gewesen waren; vielmehr hatte sie aufgrund einer ungünstigen Konstruktion dieser Leitung selbst eine «Teilursache» gesetzt, welche sie zu verantworten hatte. Eine solidarische Haftbarkeit wurde unter dem Störerprinzip gemäss damaligem GSchG bejaht.

### – BGE vom 7.10.1981, ZBI 83/1982, 541 i.S. Sabotageakt an Heizöltank

In einer nächtlichen Aktion wurde ein im Eigentum der X. AG stehender Tank von unbekannt bleibenden Saboteuren so beschädigt, dass ca. 270 000 l Heizöl im Boden des im (damaligen) Gewässerschutzbereich B liegenden Grundstücks versickerten. Das kantonale Amt verfügte, dass die X. AG sämtliche Kosten aller erforderlichen behördlichen Massnahmen zu tragen habe.

Das Bundesgericht entschied, dass die X. AG nicht nur als Zustandsstörerin, sondern auch als Verhaltensstörerin zu qualifizieren sei, da die Tankanlagen nicht genügend gegen Zutritt und Benutzung durch Unbefugte gesichert waren und keine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs als Folge des Sabotageakts vorliege. Angesichts des ausserordentlich hohen Gefährdungspotenzials einer Anlage wie der vorliegenden sei es von der Sache her gerechtfertigt,

«den Inhaber der Anlage als Zustandsstörer an sich auch für konkurrierende Verursachungen, deren Urheber nicht belangbar sind, haftbar zu machen. Die Grenze der Zumutbarkeit gilt aber auch hier» (E.5.).

Das Bundesgericht verwies darauf, dass die zivilrechtliche Haftung im Gewässerschutzrecht durch die Entlastungsgründe des groben Drittverschuldens sowie höherer Gewalt gemildert werde. Die Zumutbarkeit der Verpflichtung zur Tragung sämtlicher Kosten wäre insbesondere dann fraglich, wenn

«es dem Saboteur nur durch ein besonders raffiniertes Vorgehen hätte gelingen können, in die Anlage einzudringen».

Unter dem Aspekt der Zumutbarkeit sei aber auch die Höhe der Kosten zu beachten, welche die wirtschaftliche Tragbarkeit übersteigen könne. Dabei sei auch zu berücksichtigen, ob ein Versicherungsschutz bestehe bzw. wieweit ein Versicherungsschutz überhaupt möglich gewesen wäre.

– **BGE vom 12.2.1986, ZBl 88/1987, 301 i.S. Kantonsstrasse St. Moritz – Maloja, Felssturz**

Diesem Entscheid lag ein Unfall zugrunde, bei welchem Motorenöl aus einem LKW in den Inn floss. Der Unfall war durch Herabstürzen eines 1,9 t schweren Felsbrockens auf die Kantonsstrasse St. Moritz – Maloja verursacht worden. Zu prüfen war, wer unter dem Aspekt der *Unmittelbarkeit* der Schadensverursachung mit den Kosten zur Beseitigung der Gewässerverunreinigung zu belasten war. Das Bundesgericht hielt fest:

«Um den Kreis der Kostenpflichtigen einzuschränken hat das Bundesgericht ... das Erfordernis der *Unmittelbarkeit der Verursachung der Gefahr oder der Störung* aufgestellt. Danach kommen als polizeirechtlich erhebliche Ursachen nur solche Handlungen in Betracht, die bereits selber die Grenze zur Gefahr überschritten haben; entferntere, lediglich mittelbare Verursachungen scheiden aus. Verhaltensstörer ist somit nur, aus wessen Handeln die polizeiliche Gefahr unmittelbar entsteht. Desgleichen kann als Zustandsstörer nur der Gewalthaber jener Sache haftbar gemacht werden, die selbst unmittelbar die Gefahrenquelle bildet (...). Bei einer Mehrheit von Störern können grundsätzlich alle im Rahmen ihrer Verursachungsanteile zur Kostentragung herangezogen werden» (E.1. vor a).

Obwohl die Gewässerverunreinigung durch das aus dem LKW auslaufende Motorenöl verursacht worden war, wurde nicht der LKW, sondern der Felsbrocken als unmittelbare Störungsquelle qualifiziert:

«Es ist offensichtlich, dass das ordnungsgemässe Führen eines Lastwagens noch keine Polizeiwidrigkeit bildet, welche der Polizei Anlass zum Einschreiten gäbe. Der polizeiwidrige Erfolg – das Auslaufen des Motorenöls in den Inn – wurde vielmehr unmittelbar durch den auf die Strasse bzw. das Fahrzeug stürzenden Felsblock verursacht.» (E.1.a)

– **BGE 114 Ib 44 (1988) i.S. Grundwasserverunreinigung durch Reinigungsmittel (CKW) im Kt. SG**

Anlässlich einer Trinkwasseruntersuchung hatte das kantonale Laboratorium festgestellt, dass das dem Pumpwerk N. entnommene Trinkwasser «weit über der Toleranzgrenze» liegende Konzentrationen von CKW enthielt. Bodenmessungen führten zur Erkenntnis, dass die Verunreinigung aus dem Betriebsareal der Firma X. stammte. Die näheren Umstände der Verunreinigung liessen sich aber nicht mehr mit Sicherheit klären.

Das Bundesgericht urteilte, dass die Firma X. als Eigentümerin der Parzelle, «welche eindeutig als Verschmutzungsherd identifiziert» worden war, Zustandsstörerin war. Als Inhaberin des darauf wirtschaftenden Betriebs war sie zugleich auch Verhaltensstörerin. Weitere mögliche Störer waren nicht ersichtlich. Das Bundesgericht bejahte die Zulässigkeit einer Feststellungsverfügung, mit welcher festgestellt wurde, dass die Firma X. für die Sanierung des Grundwassers und die allfällige Beseitigung des verseuchten Erdmaterials im Bereich ihrer Betriebsliegenschaft sowie für alle in diesem Zusammenhang entstehenden Untersuchungskosten haftbar gemacht werde. Ob ihr aber schlussendlich tatsächlich

«der volle Betrag überbunden werden könne, lasse sich endgültig erst beurteilen, wenn die Kosten im einzelnen feststünden. Es sei nicht ausgeschlossen, dass sich die Überwälzung des vollen Betrages als wirtschaftlich nicht mehr tragbar erweise und eine entsprechende Reduktion vorgenommen werden müsse. Dabei sei wohl auch noch zu berücksichtigen, wie weit die Schadenersatzleistung versichert oder überhaupt versicherbar gewesen sei» (E.3.).

– **BGE vom 12.10.1990, ZBl 92/1991, 212 i.S. Unterlassung der gebotenen Massnahmen der Gefahrenabwehr durch den Kt. GR bei der Sanierung einer alten Öltankanlage**

Das Bundesgericht stellte zunächst fest, dass der Kanton im vorliegenden Fall einzig als Verhaltensstörer in Betracht falle, weil er

«über die Sache, welche den ordnungswidrigen Zustand bewirkt hat, keine rechtliche oder tatsächliche Gewalt hatte» (E.5.a).

Der Kanton wäre aber zu ordnungswahrendem Handeln verpflichtet gewesen, da «der Schadeneintritt ernsthaft zu befürchten» gewesen war (E.5.c). Weiss der Kanton um eine anhaltende, konkrete Gefahr und unternimmt er trotzdem nichts, um den Eintritt der Störung zu verhindern, so ist sein Verhalten für die eingetretene Gewässerverschmutzung unmittelbar ursächlich (E.5.d).

In Abweichung von seiner früheren Rechtsprechung zu Art. 12 aGSchG 1955 bestätigte das Bundesgericht seine mit BGE 101 Ib 410 = Pra 65 (1976) Nr. 197 eingeleitete Praxisänderung, wonach Art. 8 aGSchG 1971 *keine Solidarhaft* schafft (E.6.). Im Übrigen stellte das Bundesgericht fest:

«Auch wenn einer von mehreren Verursachern Zustands- und Verhaltensstörer zugleich sein sollte, so hat diese doppelte Begründung seiner Haftung nicht von selbst seine ausschliessliche Pflicht zur Tragung aller Kosten zur Folge» (E.6.a).

– **Kt. AG, 20.4.1994, ZBl 97/1996, 128 betr. Ölunfall bei mangelhafter Tankanlage**

Der Regierungsrat verfügte hier, dass der Hauseigentümer nach einem Ölunfall infolge mangelhafter Tankanlage als schuldloser Zustandsstörer 40% der Kosten zu tragen habe. Mangels Hinweisen auf ein «unmittelbar ursächliches bzw. polizeiwidriges Verhalten» war er nicht zugleich auch als Verhaltensstörer zu qualifizieren (E.3.c). Der Kostenanteil der beiden Verhaltensstörer (Herstellerin bzw. Lieferantin der Tankanlage) war vom Gemeinwesen zu übernehmen, weil dieses nicht während laufender Verjährungsfrist gegen die Verhaltensstörer vorgegan-

gen war (E.6.b). Die Ursächlichkeit des Verhaltens dieser beiden Firmen für den eingetretenen Schaden wurde «im Sinne der Adäquanzlehre» bejaht (E.4.d/cc).

– **BGE vom 15.6.1994, URP 1994, 501 i.S. Aufräumarbeiten in staatlicher Liegenschaft**

Bei Aufräumarbeiten in der ehemaligen Malerei des Neumarkt-Theaters wurden grössere Mengen Tetrachlorkohlenstoff verschüttet, so dass der verbotene Stoff Boden und Grundwasser verunreinigte. Der für die Aufräumarbeiten verantwortliche Architekt und das Bauunternehmen wurden als Verhaltens- und Zustandsstörer qualifiziert und mit 40% bzw. 35% der Kosten belastet. Das Bundesgericht erachtete jedoch den verbleibenden Kostenanteil von 25% zulasten der Stadt Zürich als zu tief. Die Stadt Zürich sei nicht nur Zustands-, sondern zugleich auch Verhaltensstörerin:

«Als Grundeigentümerin trug sie in erster Linie die Verantwortung für die von ehemaligen Mietern zurückgelassenen Stoffe und hätte darum als Bauherrin alle geeigneten Massnahmen treffen müssen, damit während den Bauarbeiten alle Beteiligten diese Stoffe sachgerecht und vorschriftsgemäss entsorgen. Dass sie dem Architekten einen umfassenden Auftrag (inkl. vorgängige Kontrolle der Gebäude) erteilt hatte, genügt nicht zur Entlastung. Sie haftet vielmehr als Verhaltensstörerin, weil sie selbst nicht alles Zumutbare unternahm, um vorausschauend eine Gewässerverunreinigung zu verhindern» (E.4.g/bb).

– **Kt. SO, 21.11.1995, SOG 1995, 29 betr. Ölunfall aufgrund unüblicher Anordnung der Tankanlage**

Das Verwaltungsgericht Solothurn hatte einen Ölunfall zu beurteilen, der auf eine Verwechslung des aufzufüllenden Öltanks durch den Chauffeur der mit der Heizöllieferung betrauten Firma zurückzuführen war. Das Verwaltungsgericht qualifizierte den Chauffeur als Verhaltensstörer und kam zum Schluss, dass er – entgegen der Verfügung des Departements – in die Kostenregelung miteinzubeziehen sei, weil

«für die Verursacherqualität weder die Unrechtmässigkeit eines Verhaltens noch ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen Ursache und Schaden im Sinne der privatrechtlichen Verschuldenshaftung erforderlich ist. (...) Entscheidend ist, ob der Chauffeur die Gefahr unmittelbar verursacht, ob also sein Verhalten als polizeirechtlich erhebliche Ursache für das Auslaufen des Öls zu gelten hat» (E.4.c).

Im Folgenden wurden die Kosten im Verhältnis 1/3 zulasten des Chauffeurs als Verhaltensstörer und 2/3 zulasten der Liegenschaftseigentümerin aufgeteilt, wobei mitspielte, dass die Einfüllstutzen der Tanks von zwei Nachbargebäuden unüblich angeordnet waren, was der Anlass für die Verwechslung gewesen war.

– **Kt. BE, 12.2.1996, BVR 1997, 420 i.S. Ölunfall beim Nachfüllen eines Tanks**

Auch hier ging es um Kosten nach einem Ölunfall. Die BVED-BE auferlegte diese Kosten zu 80% dem schuldhaft handelnden Chauffeur und zu 20% dem schuldlosen Anlageneigentümer.

### 3. Rechtsprechung zum Verursacherprinzip unter dem heutigen USG

#### a) Allgemeine Hinweise

Die seit Inkrafttreten von Art. 32d USG (1.7.1997) publizierten Entscheide orientieren sich stark an der Praxis zum Störerprinzip gemäss altem Gewässerschutzrecht. Regelmässig werden die Definitionen von Verhaltensstörer und Zustandsstörer sowie der allgemeine Grundsatz der analogen Heranziehung von Art. 51 Abs. 2 OR übernommen. Auch am Erfordernis der *Unmittelbarkeit* der Verursachung hält die neuere Rechtspraxis fest.

«Danach kommen als polizeirechtlich erhebliche Ursachen nur solche Handlungen in Betracht, die bereits selbst die Grenze zur Gefahr überschritten haben. Nur derjenige ist polizeirechtlich Störer, dessen Verhalten schon selbst unmittelbar die Gefahr gesetzt hat; entferntere, lediglich mittelbare Verursachungen scheiden also aus» (...).H. J. Wolff (...) schlägt vor, auf die Polizeiwidrigkeit der Erfolgsverursachung abzustellen; wesentliche Ursachen sind danach diejenigen Tatsachen, welche als solche die Gefahr oder Störung in rechtlich missbilliger Weise herbeigeführt haben»<sup>12</sup>.

Die von einem Teil der Lehre aufgeworfene Frage, ob das Unmittelbarkeitserfordernis nicht analog der haftpflichtrechtlichen Adäquanz des Kausalzusammenhangs auszulegen sei<sup>13</sup>, wurde vom Bundesgericht offen gelassen, mit der Begründung:

«In vielen Fällen führt die Adäquanztheorie zum gleichen Ergebnis wie die Unmittelbarkeitstheorie»<sup>14</sup>.

*Tschannen/Frick* sprechen sich in ihrem Rechtsgutachten für die Beibehaltung der Unmittelbarkeitstheorie aus, weil auch «singuläre, d.h. aussergewöhnliche Folgen» adäquat kausal sein können und damit «die Adäquanztheorie die polizeirechtliche Verantwortlichkeit mitunter überspannen würde»<sup>15</sup>.

Weiter führende, konkrete Hinweise zur Berechnung der verschiedenen Kostenanteile sind in der neueren Rechtspraxis jedoch noch selten. Im Vordergrund steht die Frage der Realleistungs- bzw. *Kostenvorschusspflicht*. Für die Kostentragungspflicht nach Abschluss des Sanierungsverfahrens erwähnenswert sind immerhin die im Folgenden dargelegten vier Entscheide.

#### b) Einzelne Rechtsfälle

– **Kt. ZH, 3.5.2000, URP 2000, 386 i.S. kommunale Abfalldeponie/Dienstbarkeitsvertrag mit privatem Grundeigentümer**

Anlässlich der Durchführung eines Bauvorhabens durch den aktuellen Grundeigentümer P. wurde die Sanierung einer auf den früheren Betrieb einer Deponie

<sup>12</sup> BGE 102 Ib 203 E.3.

<sup>13</sup> Vgl. die Hinweise bei *Seiler*, Komm. zu Art. 2 USG N 62 f.

<sup>14</sup> BGE vom 27.9.2000, URP 2000, 785 E.2.c.

<sup>15</sup> *Tschannen/Frick*, Rechtsgutachten, S. 8 f. unter Bezugnahme auf deutsche Literaturstellen sowie auf BGE 87 II 117, 127 und 80 II 338, 343 f. Unbestimmt bleibt *Romy*, S. 159.

zurückzuführenden Altlast aktuell. Die kantonale Baudirektion qualifizierte die Gemeinde M. als damalige Deponiebetreiberin als Verhaltensstörer. P. wurde als Verhaltensstörer (Bautätigkeit) und Zustandsstörer qualifiziert. Die Kosten wurden im Verhältnis  $2/3 : 1/3$  zwischen P. und der Gemeinde M. aufgeteilt. Der Kaufvertragspartner von P., Willensvollstrecker im Nachlass der Witwe H. K., wurde weder als Zustandsstörer noch als Verhaltensstörer qualifiziert, da zum einen die Zustandshaftung einzig an die *aktuelle* Herrschaft über den Standort anknüpfe und zum andern keine Verhaltenshaftung für das Verhalten von Rechtsvorgängern bestehe.

– **BGE vom 27.9.2000, URP 2000, 785 i.S. Zivilschutz-Ausbildungszentrum Kt. SG**

In dieser Entscheidung ging es nicht um eine altlastenrechtliche Kostenverteilungsverfügung, vielmehr hatte sich das Bundesgericht nur abstrakt und grundsätzlich zur Frage zu äussern, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen der Bund bzw. das Gemeinwesen allgemein für sein hoheitliches Handeln bei der Anwendung von Art. 59 USG als Verhaltensstörer zu betrachten ist.

Das Bundesgericht stellte fest:

«Es (das Gemeinwesen) kann auch für sein hoheitliches Handeln als Verursacher betrachtet werden, so namentlich bei einer rechtswidrigen Verletzung seiner Aufsichtspflicht (...) Eine solche ist (...) – in Anlehnung an das allgemeine Staatshaftungsrecht – erst dann (anzunehmen), wenn eine wesentliche Amtspflicht verletzt, eine zwingend vorgeschriebene konkrete Aufsichtsmaßnahme unterlassen oder der Ermessensspielraum fehlerhaft oder in Missachtung allgemeiner Rechtsgrundsätze ausgeübt wurde» (E.2.d.).

– **BGE vom 12.2.2001 (1A. 191/2000, unpubliziert) i.S. nicht fachgemäss demontierte Ölleitung**

Die A. AG hatte die X. AG mit dem Abbruch einer Spritzanlage beauftragt, zu der ein Ölbrenner mit Ölleitung gehörte. Die X. AG trennte die Ölleitung ebenerdig ab und verschloss sie mit einem Holzzapfen. Als eine Woche später eine unbekannte Person am anderen Ende der Leitung die Ölpumpe in Betrieb setzte, flossen 2000 l Heizöl aus, weil der Holzzapfen dem Überdruck nicht standhielt. Das Öl versickerte über den Kabelkanal im Erdreich.

Umstritten war, wem die Kontrolle der korrekt erfolgten Demontage der Ölleitung und der dauerhaften Unterbrechung der Ölzufuhr oblag. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass der A. AG die Verfügungsmacht über die Anlage als ganzer zukam, und dass sie die Verantwortung für das Anstellen der Ölpumpe zu tragen hatte (Zustandsstörerin und Verhaltensstörerin). Die X. AG war jedoch ebenfalls als Verhaltensstörerin zu qualifizieren, weil sie mit den Abbrucharbeiten nicht hätte beginnen dürfen, sondern verlangen müssen, dass die Ölleitung zuvor von einem akkreditierten Revisionsunternehmen fachgerecht demontiert bzw. unbrauchbar gemacht wird. Eine Mithaftung des Kantons für die nicht im Sinne der gesetzlichen Vorschriften durchgeführte Revision der Tankanlage wurde mangels Kausalzusammenhangs verneint.

Die Kosten wurden gestützt auf Art. 54 GSchG/Art. 8 aGSchG im Verhältnis 80% A. AG : 20% X. AG aufgeteilt (nachdem das Baudepartement eine Aufteilung 70:30, der Regierungsrat eine Aufteilung 60:40 und das kantonale Verwaltungsgericht eine Aufteilung 100:0 vorgenommen hatten).

– **BGE vom 22.10.2002 (1A 86/2002, unpubliziert) i.S. Kiesgruben «Lostorf»**

Dieser Entscheidung äussert sich nur am Rande zur altlastenrechtlichen Kostentragungspflicht. Der Gemeindeverband Kehrrechtbeseitigung Region Aarau-Lenzburg (GEKAL) wurde als Standortinhaber zur Einreichung eines Sicherungs- und Überwachungskonzepts und zur Sanierung verpflichtet. Der Regierungsrat erklärte aber die Ortsbürger- und Einwohnergemeinden Buchs und Suhr als Grundeigentümer ebenso wie die beiden Kiesabbauunternehmen für grundsätzlich mithaftpflichtig. Zur Frage, ob die Gemeinden ausschliesslich als Zustandsstörer oder auch als Verhaltensstörer heranzuziehen sind, äussert sich der Entscheidung nicht, da die noch durchzuführenden Untersuchungsmassnahmen u.a. auch über diese Frage erst Aufschluss geben müssten.

#### 4. Lehrmeinungen zur Frage der Aufteilung der Kosten zwischen Verhaltensstörer und Zustandsstörer unter dem heutigen Art. 32d USG

##### a) Ermittlung der einzelnen Anteile aller beteiligten Verursacher

Die Lehre anerkennt, im Anschluss an die Praxis, zunächst einhellig eine Verpflichtung der Behörden zu «möglichst genauer Klärung des Hergangs» und zur «Würdigung aller objektiven und subjektiven Umstände» im Hinblick auf eine Kostenaufteilung unter *allen* verantwortlichen Verursachern<sup>16</sup>. Überwiegend stimmt die Lehre der höchstrichterlichen Meinung zu, wonach zwischen mehreren Verursachern *keine* Solidarhaftung besteht<sup>17</sup>. Für die Bemessung der Verursachungsanteile sollen die *Art der Verursachung* (Verhaltensstörer oder Zustandsstörer, mit oder ohne Verschulden) zu beachten sein; ferner das *Gewicht der Verursachung* (Haupt-/Nebenursache); schliesslich die Bedeutung nicht zu verantwortender Mitursachen wie *Naturereignisse, höhere Gewalt oder Zufälle*<sup>18</sup>.

*Billigkeitserwägungen*, wie die wirtschaftliche Interessenlage oder die wirtschaftliche Zumutbarkeit, sollen erst in einer zweiten Stufe zur Erhöhung oder

<sup>16</sup> Tschannen, Komm. zu Art. 32d USG N 15 m.w.H.; Tschannen/Frick, Rechtsgutachten, S. 20; Hartmann/Eckert, URP 1998, 632 f.; vgl. auch Hännli/Scruzzi, BR 2000, 91 f. betr. Lastengleichheitsprinzip und Gleichbehandlungsgrundsatz.

<sup>17</sup> Tschannen, Komm. zu Art. 32d USG N 16; Romy, S. 161; Cummins, S. 138 betr. Änderung der Rechtsprechung durch BGE 101 Ib 410; Hartmann/Eckert, URP 1998, 632; Stutz, URP 1997, 779.

<sup>18</sup> Tschannen, Komm. zu Art. 32d USG N 22; Derselbe, URP 2001, 785 f.

Herabsetzung des Kostenanteils herangezogen werden<sup>19</sup>. Das «deep-pocket-Prinzip» wird von der Lehre jedoch klarerweise abgelehnt<sup>20</sup>. Das Kriterium der wirtschaftlichen Interessenlage bzw. Zumutbarkeit ist vielmehr im Sinne des verfassungsrechtlichen Verhältnismässigkeitsgrundsatzes auszulegen<sup>21</sup>.

## b) Mögliche Verhaltensstörer bei Deponien

aa) Im Vordergrund der Kostentragungspflicht steht nach der Lehre in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung und im Sinne des analog herangezogenen Art. 51 Abs. 2 OR der schuldhaft handelnde *Verhaltensstörer*. Als Verhaltensstörer verantwortlich ist der Inhaber des Betriebs bzw. der Anlage, welche die Schadstoffbelastung unmittelbar verursachte. Bei einer Deponie ist es demnach der *Deponiebetreiber*<sup>22</sup>. Allerdings wird dieser Begriff in der Lehre nicht näher definiert. *Tschannen/Frick* umschreiben den Begriff mit der allgemeinen Formulierung, wie sie zur Klärung des Begriffs des «Standortinhabers» verwendet wird: Deponiebetreiber ist der «Inhaber der tatsächlichen Herrschaft über den Ablagerungsstandort»<sup>23</sup>. Offen bleibt damit, *wer* diese Herrschaft nun «tatsächlich» innehat oder innehatte und folglich als «Deponiebetreiber» anzusehen ist. *Romy* weist auf den vorne<sup>24</sup> erwähnten BGE 1A. 86/2002 hin, wonach «détenteur d'une décharge» sowohl «l'exploitant de l'installation» als auch die «propriétaires des biens-fonds» sein können<sup>25</sup>.

bb) Im Unterschied zum Deponiebetreiber soll der *Abfall-«Lieferant»*<sup>26</sup> gemäss den wenigen bisher publizierten Meinungen nur Verhaltensstörer sein, wenn er den Abfall nicht korrekt deklariert dem Deponiebetreiber übergab. So nennt *Dubs* als Beispiele das heimliche Einbringen von Abfällen; Täuschung des Kontrollorgans; Ablagerung in einer «unkontrollierten» (soll wohl heissen: nicht bewilligten), «wilden» Deponie. Die Baudirektion Zürich übernimmt diese Sichtweise in ihrem Entscheid vom 3.5.2000 im Ergebnis (ohne Verweis auf *Dubs*), verwendet aber nicht den Begriff des «Abfall-Lieferanten», sondern des «*Abfallproduzenten* (Haushalte)» bzw. des «*Abfallerzeugers*»<sup>27</sup>. Ähnlich vertreten *Brunner/Tschannen* im Kommentar zum USG die Meinung, dass ein polizeiwidriger, d.h. umweltbelastender Zustand von denjenigen Abfallinhabern geschaffen werde, die sich der Abfälle (bzw. «der Sache») «vorschriftswidrig entledigen»

(*Inhaber von Abfällen im subjektiven Sinn*). «Wer dagegen als Inhaber von Abfällen im subjektiven Sinn ordnungsgemäss handelt, erfüllt keinen Gefährdungstatbestand und ist daher auch kein Störer»<sup>28</sup>.

In ihrem Rechtsgutachten unterscheiden *Tschannen/Frick* nun aber aufgrund anderer Kriterien zwischen den möglichen Verantwortlichkeiten des «Abfallerzeugers», «Abfallbeförderers» und «Abfallentsorgers».

«*Abfallerzeuger*» sollen danach diejenigen Personen sein, die «durch ihr Tun oder Unterlassen bewirken, dass eine Sache zu Abfall i.S.v. Art. 7 Abs. 6 USG wird»<sup>29</sup>. Ein solcher Abfallerzeuger soll gemäss *Tschannen/Frick* – entgegen den Meinungen von *Dubs* sowie der Baudirektion Zürich – u.U. auch dann kostentragungspflichtiger Verhaltensstörer sein können, wenn er die Abfälle korrekt abgab bzw. soll er u.U. als kostentragungspflichtiger Verhaltensstörer ausser Betracht fallen, selbst wenn er die Abfälle anlässlich ihrer Abgabe falsch deklarierte. Massgeblich ist gemäss *Tschannen/Frick* nicht die Vorschriftswidrigkeit der Entsorgung; vielmehr soll die Verantwortlichkeit des Abfallerzeugers «entscheidend von der Beschaffenheit der produzierten Abfälle» abhängen. Dabei wollen *Tschannen/Frick* auf die «besondere Gefahrentendenz» der Abfälle im Sinne der Kategorien der Sonderabfälle gemäss VVS<sup>30</sup> abstellen, wobei im Einzelfall zu klären wäre, ob diese besondere Gefahrentendenz tatsächlich zur altlastenbedingten Gefahr oder Störung beigetragen hatte<sup>31</sup>. Zur Begründung ihrer These führen *Tschannen/Frick* Literaturzitate aus der deutschen Lehre an. Darauf ist hinten zurückzukommen<sup>32</sup>.

Neben diesem Erzeuger «besonders gefährlicher Abfälle» kommt als kostentragungspflichtiger Verhaltensstörer gemäss *Tschannen/Frick* ausnahmsweise auch der *Abfallbeförderer* in Betracht, wenn er etwa neben dem Transport zugleich auch «die Ablagerung der Abfälle vornimmt» oder bei einem «erheblichen Entscheidungsspielraum bezüglich der Deponiewahl» eine «ungeeignete Deponie» auswählt<sup>33</sup>.

Schliesslich gibt es gemäss *Tschannen/Frick* auch noch die Figur des *Abfallentsorgers*, der die zu entsorgenden Abfälle «behandelt». Wird die Gefahrentendenz der Abfälle durch eine solche Behandlung erhöht, so soll der Abfallentsorger ebenfalls kostentragungspflichtiger Verhaltensstörer sein; wird die «Reaktivität der an sich gefährlichen Abfälle durch den Behandlungsvorgang vermindert», so entfällt gemäss *Tschannen/Frick* die Verantwortlichkeit<sup>34</sup>.

<sup>19</sup> *Tschannen*, Komm. zu Art. 32d USG N 23; *Stutz*, URP 1997, 774 f.

<sup>20</sup> *Tschannen*, Komm. zu Art. 32d USG N 25 m.w.H.; *Baumgartner*, URP 2001, 844 f.

<sup>21</sup> Vgl. den BGE vom 7.10.1981, ZBl 83/1982, 541 E.5. (vorne S. 121 f.) sowie *Cummins*, S. 141 f. m.w.H.

<sup>22</sup> *Dubs*, URP 1993, 296 f.

<sup>23</sup> *Tschannen/Frick*, Rechtsgutachten, S. 17.

<sup>24</sup> S. 127.

<sup>25</sup> *Romy*, S. 155 f.

<sup>26</sup> *Dubs*, URP 1993, 296 f.

<sup>27</sup> URP 2000, 386 E.6.b (vorne S. 125 f.).

<sup>28</sup> *Brunner/Tschannen*, Vorbem. zu Art. 30–32e USG N 50.

<sup>29</sup> *Tschannen/Frick*, Rechtsgutachten, S. 11.

<sup>30</sup> Verordnung vom 12.11.1986 über den Verkehr mit Sonderabfällen (SR 814.610).

<sup>31</sup> *Tschannen/Frick*, Rechtsgutachten, S. 13.

<sup>32</sup> Abschnitt 5.c) hinten.

<sup>33</sup> *Tschannen/Frick*, Rechtsgutachten, S. 15.

<sup>34</sup> *Tschannen/Frick*, Rechtsgutachten, S. 15 f.

### c) Die Haftung des Zustandsstörers bei Deponien

Neben dem Verhaltensstörer ist nach der Lehre auch der *Zustandsstörer* für die Kostentragungspflicht mitherananzuziehen, jedoch werden gegen die Kostenbeteiligung des *schuldlosen* Zustandsstörers teilweise verfassungsrechtliche Bedenken geäussert<sup>35</sup>. Die Zulässigkeit der Zurechnung soll unter Rückgriffnahme auf die Kriterien des privaten Haftpflichtrechts zu beurteilen sein<sup>36</sup>. Massgeblich sind demnach Kriterien wie das Vorliegen einer «Willensbetätigung», die Herrschaft über eine mangelhafte Sache oder die Ausübung einer schadensgeneigten Tätigkeit<sup>37</sup>.

Das Altlastenrecht kennt mit der Exkulpationsmöglichkeit des Zustandsstörers gemäss Art. 32d Abs. 2 USG allerdings eine Spezialregelung, welche gegenüber den allgemeinen haftpflichtrechtlichen Grundsätzen vorgeht. Gemäss dieser Bestimmung kann sich derjenige (vollständig oder teilweise) von der Kostentragungspflicht befreien, der «lediglich» als Standortinhaber an der Entstehung der Schadstoffbelastung beteiligt ist, sofern ihm der dreifache Entlastungsbeweis gemäss lit. a–c gelingt<sup>38</sup>. Keine, zumindest keine vollständige Befreiung soll für denjenigen Eigentümer möglich sein, der es als Vermieter zugelassen hat, dass der Mieter ein Gewerbe ausübt, bei dem gewisse Schadstoffemissionen zu erwarten sind oder gar in Kauf genommen werden<sup>39</sup>. Dasselbe soll für denjenigen gelten, der sein «Grundstück einem Deponiebetreiber verpachtet hat»<sup>40</sup>. Noch weiter geht die *Urek-N* im Zusammenhang mit ihren Vorarbeiten betr. Revision des Art. 32d USG<sup>41</sup>, wenn sie den früheren Grundeigentümer, der sein Grundstück für eine Nutzung als Deponie durch einen rechtlich unabhängigen Deponiebetreiber zur Verfügung stellte, als *Verhaltensstörer* qualifiziert, sofern für die Ablagerungen ein Entgelt zu entrichten war<sup>42</sup>. Ein Entlastungsbeweis i.S.v. Art. 32d Abs. 2 USG fällt bei dieser Sichtweise von vornherein ausser Betracht.

<sup>35</sup> *Trüb*, Komm. zu Art. 59 USG N 26.

<sup>36</sup> *Trüb*, a.a.O.

<sup>37</sup> *Trüb*, Komm. zu Art. 59 USG N 28.

<sup>38</sup> Vgl. *Tschannen*, Komm. zu Art. 32d USG N 26 ff. sowie vorne S. 118 f.

<sup>39</sup> *Stutz*, URP 1997, 776.

<sup>40</sup> *Zaugg*, URP 1996, 492.

<sup>41</sup> Bericht vom 20.8.2002 zur Parlamentarischen Initiative 98.451 (*Baumberger*) betr. Altlasten. Untersuchungskosten, BB1 2003, 5008 ff. (5022).

<sup>42</sup> Das dort erwähnte Beispiel geht von einer Kostenaufteilung 60% Deponiebetreiber (Verhaltensstörer), 30% früherer Grundstückseigentümer (Verhaltensstörer), 10% heutiger Grundstückseigentümer (Zustandsstörer) aus, wobei die dem inzwischen nicht mehr existierenden Deponiebetreiber auferlegten 60% als *Ausfallkosten* gelten sollen, d.h. nicht auf die beiden anderen Mitverursacher sollen umgelegt werden dürfen.

### 5. Auswertung der Rechtsprechung und der Lehrmeinungen

#### a) Graduelle Abstufung verschiedener Verhaltens- und Zustandsstörer

Die dargelegten Fallbeispiele zeigen, dass es bei der Kostenaufteilung unter Verhaltensstörern und Zustandsstörern nicht um eine bipolare Gegenüberstellung des schuldhaft handelnden Verhaltensstörers einerseits und des schuldlosen Zustandsstörers andererseits gehen kann. Nicht nur gibt es Verhaltensstörer, deren Verursachungsanteil nur unwesentlich höher ist als derjenige des Zustandsstörers<sup>43</sup>, sondern dem Zustandsstörer kann aufgrund seiner tatsächlichen und rechtlichen Verfügungsmacht über das von Altlasten betroffene Grundstück auch eine Mitverantwortung für die Nutzung seines Grundstücks zukommen, welche ihn in die Nähe des Verhaltensstörers rückt bzw. eine besondere Art der Haftung als Verhaltensstörer darstellt. Denn der Grundeigentümer hat für die Erhaltung des ordnungsgemässen Zustandes seines Grundstücks zu sorgen und die Erhaltung bzw. Wiederherstellung dieses ordnungsgemässen Zustandes gegenüber seinen nutzungsberechtigten Vertragspartnern durchzusetzen (vgl. Art. 679/684 ff. ZGB). Deshalb unterliegt z.B. der Grundeigentümer, der die ihm gehörenden Parzellen eigens zum Betrieb einer Anlage zur Beseitigung von Betriebsabwässern durch Pächter/Dienstbarkeitsberechtigte zur Verfügung stellt, im Verhältnis zu geschädigten Nachbarn *selber* der Kausalhaftung nach Art. 679 ZGB<sup>44</sup>. Anknüpfungspunkt ist dabei *nicht* das formale Kriterium des Eigentums, sondern die vom Eigentümer durch die Verpachtung/Einräumung einer Dienstbarkeit ausgeübte tatsächliche Herrschaft über das Grundstück<sup>45</sup>.

Es war daher durchaus folgerichtig, wenn das Bundesgericht in seinem Entscheid vom 15.6.1994<sup>46</sup> urteilte, dass die Stadt Zürich als Vermieterin und Vertragspartnerin des Architekten mit einem höheren Kostenanteil als 25% zu belasten sei.

Für die altlastenrechtliche Kostentragungspflicht des Zustandsstörers ist also zu unterscheiden, ob der Grundstückseigentümer rein zufällig, durch ein Unglücksereignis oder Ähnliches, von der Schadstoffbelastung betroffen wurde<sup>47</sup>, oder ob er durch eigenes Dazutun («Willensbetätigung») selber eine Mitursache setzte. Eine solche «Willensbetätigung» liegt namentlich bei einem Vertragsschluss mit einem dinglich oder obligatorisch Nutzungsberechtigten vor, welcher auf dem Grundstück eine umweltgefährdende Tätigkeit ausübt.

Zwischen dem schuldhaft handelnden Verhaltensstörer und dem schuldlosen Zustandsstörer gibt es also verschiedene Zwischenstufen, welche bei der Auftei-

<sup>43</sup> So im Entscheid des Regierungsrats Kt. AG vom 20.4.1994, ZB1 97/1996, 128 (vorne S. 123 f.).

<sup>44</sup> BGE 104 II 15 E.4.

<sup>45</sup> A.a.O., E.2.a, 4.

<sup>46</sup> URP 1994, 501 (vgl. vorne S. 124).

<sup>47</sup> Wie z.B. in dem von *Trüb* angeführten Beispiel eines entgleisenden Zisternenwagens der Bahn, wodurch ein benachbartes Grundstück kontaminiert wird; Komm. zu Art. 59 USG N 27.

lung der Kosten zu beachten sind. Die Abstufung nach der Schwere des Verschuldens bzw. nach der Art der Haftung (Verschuldenshaftung – Gefährdungshaftung – gewöhnliche Kausalhaftung – Vertragshaftung) ist allerdings nur ein Aspekt der Kostenzurechnung. Ob im konkreten Fall z.B. eine Haftung aus leichtem Verschulden oder eine gewöhnliche Kausalhaftung stärker zu gewichten ist, beurteilt sich insbesondere auch nach Gewicht und Bedeutung der jeweiligen Ursache beim massgeblichen Kausalablauf.

Unter dem Aspekt der Art der Verursachung kann die Kaskadenordnung der verschiedenen Störer in Anlehnung an Art. 51 Abs. 2 OR wie folgt dargestellt werden:

- 1 (direkt oder eventual-) vorsätzlich handelnder Verhaltensstörer
- 2 grob fahrlässig handelnder Verhaltensstörer
- 3 mit mittlerer Fahrlässigkeit handelnder Verhaltensstörer
- 4 leicht fahrlässig handelnder Verhaltensstörer
- 5 kraft einfacher Kausalhaftung (insbes. Art. 58 OR) haftender (schuldloser) Verhaltensstörer
- 6 kraft Gefährdungstatbestand haftender (schuldloser) Verhaltensstörer
- 7 aufgrund einer «Willensbetätigung» haftender Zustandsstörer (evtl. Verhaltensstörer)
- 8 ohne eigene Mitwirkung haftender Zustandsstörer.

#### b) Die Zuordnung des Deponiebetreibers und des verfügungsberechtigten Grundeigentümers bzw. Nutzungsberechtigten

Wie vorne<sup>48</sup> erwähnt, gehen Lehre und Rechtsprechung davon aus, dass der «Deponiebetreiber» bei Deponien der primär kostentragungspflichtige Verhaltensstörer sei. Handelt es sich um eine gemäss TVA<sup>49</sup> bzw. seinerzeitigem Gewässerschutzrecht/kantonalem Gesetzesrecht bewilligungspflichtige Deponie, so ist der Inhaber der entsprechenden Bewilligung als massgeblicher Betreiber der Deponie zu qualifizieren. Vorzuziehen wäre es in diesem Sinne, den vom Gesetz- und Verordnungsgeber verwendeten Begriff des Deponieinhabers zu gebrauchen. Bei Deponien, die noch vor Inkrafttreten des ersten eidgenössischen GSchG (1.1.1957) und auch ohne kantonale Bewilligung in Gebrauch genommen wurden, stösst die Anknüpfung an den Begriff des Deponiebetreibers bzw. Deponieinhabers dagegen letztlich ins Leere. In einem solchen Fall stehen sich als potenzielle Verhaltensstörer vielmehr der damalige Grundeigentümer, eventuelle Mieter, Pächter oder Bauberechtigte, und schliesslich die damaligen Ablagerer gegenüber. Es wird noch zu klären sein, wie die Verantwortungsbereiche dieser verschiedenen Beteiligten gegeneinander abzugrenzen sind.

<sup>48</sup> S. 128.

<sup>49</sup> Technische Verordnung über Abfälle vom 10.12.1990 (SR 814.600).

Ist oder war der Deponiebetreiber Inhaber einer Betriebsbewilligung, so wird er in aller Regel in die Verhaltensstörer-Kategorie 6 fallen, d.h. seine Verantwortlichkeit ist mit dem abstrakten Gefährdungspotenzial einer solchen Anlage zu begründen, es sei denn, es würden konkrete Hinweise für ein fehlerhaftes Verhalten (Verletzung gesetzlicher Vorschriften, von Bewilligungsaufgaben oder allfälliger Sorgfaltspflichten) oder für einen «Mangel» der Anlage (vgl. Art. 58 OR) vorliegen. In einem solchen Fall kämen auch die Verhaltensstörer-Kategorien 1–4 bzw. 5 in Betracht.

Neben dem Deponieinhaber fällt als Mitverursacher namentlich ein vom Deponieinhaber verschiedener *Grundeigentümer*, gegebenenfalls ein weiterer Bauberechtigter (Recht zum Kies- oder Tonabbau) in Betracht, der sein Grundstück gegen Entgelt für die mit einer potenziellen Umweltgefährdung verbundene Nutzung als Deponie zur Verfügung stellte (Kategorie 7). Der heutige Grundeigentümer fällt in Kategorie 8.

#### c) Abfallerzeuger, Abfallbeförderer und Abfallentsorger als Mitverursacher?

Fraglich bleibt, ob bzw. in welchem Umfang neben Deponieinhaber, Grundeigentümer und allfälligen Bauberechtigten auch noch «Abfallproduzenten», «Abfallerzeuger», «Abfall-Lieferanten» oder auch «Abfall-Transporteure» als Verursacher mit in die Kostentragungspflicht einzubeziehen sind. Lehre und Rechtspraxis geben dazu, wie dargelegt, nur wenige und untereinander widersprüchliche Hinweise. Während *Dubs* und die Baudirektion Zürich die erforderliche Unmittelbarkeit der Verursachung bei den genannten potenziellen Störern nur für gegeben erachten,

«wenn im Zusammenhang mit der Ablagerung ein rechtswidriges Verhalten identifizierbarer Abfallerzeuger nachgewiesen wäre»<sup>50</sup>,

wollen *Tschannen/Frick* die Unmittelbarkeit der Verursachung der Störung stets dann bejahen,

«wenn mit der Abfallerzeugung eine wesentliche Ursache für die Gefahr oder Störung gesetzt wurde, welche künftig vom Ablagerungsstandort ausgeht»<sup>51</sup>.

Dies trifft gemäss *Tschannen/Frick* «fraglos» dann zu, wenn der Abfallerzeuger davon ausgehen musste, dass eine «risikolose» Ablagerung aufgrund der «besonderen Gefährlichkeit» der Abfälle «nicht gesichert» gewesen ist<sup>52</sup>.

Diese Betrachtungsweise will also den Verantwortungsbereich des Abfallerzeugers bei besonders gefährlichen Abfällen (und nur bei diesen) bis in den Pro-

<sup>50</sup> *Dubs*, URP 1993, 297; Baudirektion Zürich, Entscheidung vom 3.5.2000, URP 2000, 386 E.6.b. Vgl. vorne S. 125 f.

<sup>51</sup> *Tschannen/Frick*, Rechtsgutachten, S. 12.

<sup>52</sup> *Tschannen/Frick*, a.a.O.

zess des Ablagerungsvorgangs hinein ausdehnen. Als Grund für diese den Einflussbereich des Abfallerzeugers überschreitende Haftbarkeit wird das durch solche Abfälle «objektiv geschaffene Risiko» angeführt, das sich «in der Folge verwirklicht» habe. Zu prüfen ist, ob diese Auslegung dem vom Gesetzgeber geschaffenen Konzept des Abfallrechts gerecht wird. Bei der Untersuchung dieser Frage ist festzustellen, dass die reichhaltige und neue Terminologie («Abfallerzeuger», «Abfall-Lieferant», «Abfallentsorger» etc.) eher verwirrend als klärend wirkt. Im Folgenden sollen die für die Kostentragungspflicht ausschlaggebenden Verantwortungsbereiche gemäss dem vom Gesetzgeber vorgezeichneten abfallrechtlichen Entsorgungskonzept ermittelt werden.

Gemäss Art. 31b und Art. 31c USG sind für die Entsorgung von Abfällen verantwortlich entweder die Kantone – nämlich bei den Sonderabfällen – oder die Abfallinhaber – nämlich bei den sog. «übrigen Abfällen». Inhaber solcher «übriger Abfälle» sind diejenigen Personen, welche sich der Abfälle entledigen wollen (Inhaber von Abfällen im subjektiven Sinne) oder welche aus Gründen des öffentlichen Interesses verpflichtet sind, die Entsorgung an die Hand zu nehmen (Inhaber von Abfällen im objektiven Sinne)<sup>53</sup>. Bei der Wahrnehmung ihrer Entsorgungsaufgabe haben der Kanton bzw. der Inhaber «übriger Abfälle» die gesetzlichen Vorschriften zu beachten. Von Bedeutung ist insbesondere Art. 30c USG, der vorschreibt, dass Abfälle für die Ablagerung so behandelt werden müssen, dass sie möglichst wenig organisch gebundenen Kohlenstoff enthalten und möglichst wasserunlöslich sind (Abs. 1). Die Ablagerung solcher vorbehandelter sowie anderer ablagerungsfähiger Abfälle darf nur auf einer bewilligten Deponie erfolgen (Art. 30e Abs. 1 USG). Bei der Abgabe von Abfällen muss der Abfallinhaber nachweisen, dass seine Abfälle auf der vorgesehenen Deponie zugelassen sind (Art. 33 Abs. 1 TVA).

Für die Ausführung der Entsorgungsaufgabe kann der Kanton bzw. der Inhaber «übriger Abfälle» auch Dritte beiziehen (Art. 31c Abs. 1 Satz 2 USG). Als solche beigezogene Dritte sind insbesondere auch Personen zu betrachten, welche die Aufgabe der Behandlung schadstoffbelasteter Abfälle im Hinblick auf ihre Ablagerungsfähigkeit übernehmen. Dritter in diesem Sinne ist auch der Deponieinhaber, der die Abfälle zur Ablagerung entgegennimmt.

Vor der Annahme von Abfällen obliegt es dem Deponieinhaber zu kontrollieren, ob die Abfälle auf seiner Deponie zugelassen sind (Art. 34 lit. b TVA). Werden die Abfälle vom Deponieinhaber zulässigerweise entgegengenommen, so müssen sie anschliessend fachgemäss und nach dem Stand der Technik abgelagert werden. Der Deponieinhaber ist dafür verantwortlich, dass seine Anlagen die gesetzlichen Anforderungen erfüllen (vgl. Art. 24 ff., Art. 34 TVA).

Durch die Übernahme der Entsorgungsaufgabe geht also gemäss gesetzlichem Abfallentsorgungskonzept die Verantwortung für die Verhinderung polizeiwidriger Zustände auf den Deponieinhaber über. Der ursprüngliche Abfallinhaber

<sup>53</sup> Brunner/Tschannen, Vorbem. zu Art. 30–32e USG N 35 f.

kann von diesem Zeitpunkt an nur noch mitverantwortlich gemacht werden, wenn ihm ein späteres «Fehlverhalten»<sup>54</sup> des Deponieinhabers zugerechnet werden kann. Eine solche Zurechnung kommt aber nur dann in Frage, wenn der Deponieinhaber in seinem eigenen Verantwortungsbereich Anweisungen oder Informationen des ursprünglichen Abfallinhabers zu befolgen hatte. Dies ist beispielsweise denkbar, wenn der Abgeber von Sonderabfällen dem Empfänger Hinweise zu deren Behandlung zu geben hat (Art. 7 VVS). In solchen Fällen mag der Deponieinhaber als *Hilfsperson*<sup>55</sup> des Abfallerzeugers angesehen werden. Beruhen die Abfallbehandlung und der Deponiebetrieb dagegen auf *selbständigen unternehmerischen Entscheidungen* des «Abfallbehandlers» bzw. Deponieinhabers, so haben diese Abfallinhaber die Verwirklichung der typischen Betriebsgefahren ihrer eigenen Anlagen und Tätigkeiten selber zu verantworten. Eine Mittragung der Kosten für altlastenrechtliche Überwachungs- und Sanierungsmassnahmen durch den ursprünglichen Abfallinhaber ist insoweit rechtlich nicht begründbar.

Die Abgrenzung der Verantwortungsbereiche der verschiedenen beteiligten Verursacher ist also auf der Grundlage der vom positiven Recht vorgezeichneten Herrschafts- und Einflussbereiche vorzunehmen. Daraus ergeben sich die für die altlastenrechtliche Kostentragungspflicht massgeblichen *Risikosphären*. Auch ein allfälliger Fortschritt des Standes von Wissenschaft und Technik im Bereich der Erkenntnis und/oder Bewältigung von Gefahrenpotenzialen ist – entgegen *Tschannen/Frick*<sup>56</sup> – nicht generell dem Abfallerzeuger anzulasten, sondern ist den verschiedenen Verursachern gemäss den jeweiligen Risikosphären zuzuordnen. Wären nach heutigem Erkenntnisstand z.B. besondere Massnahmen der Abdichtung der Deponie geboten, so betrifft dies die Risikosphäre des Deponieinhabers und nicht jene des Abfallerzeugers. Offen bleibt dabei noch die Frage, ob eine Berücksichtigung dessen, was aus heutiger rechtlicher Sicht richtig und geboten wäre, unter dem Aspekt des Rückwirkungsverbot es überhaupt beachtet werden darf<sup>57</sup>.

Eine Unterscheidung der Kostentragungspflicht nach der Grösse der Gefahr, wie es *Tschannen/Frick* vorschlagen, lässt sich demgegenüber nur sehr bedingt auf die vom Gesetzgeber vorgezeichneten Verantwortungsbereiche und Risikosphären zurückführen und ist darüber hinaus wohl auch praktisch-technisch nicht handhabbar. Zum einen bleibt ausser Acht, dass sich die «besondere Gefährlichkeit» nicht ausschliesslich aus der Art der zu entsorgenden Abfälle herleiten lässt. Die abstrakte Gefahr, dass es zu überwachungs- oder sanierungsbedürftigen Schadstoffbelastungen im Deponiegrundstück kommen könnte, hängt vielmehr ganz entscheidend auch von Menge und Zusammenwirken verschiedener Stoffe

<sup>54</sup> *Tschannen*, Komm. zu Art. 31c USG N 14.

<sup>55</sup> Vgl. *Trüb*, Komm. zu Art. 59 USG N 23, gemäss Verweis von *Tschannen* in Komm. zu Art. 31c USG N 14.

<sup>56</sup> *Tschannen/Frick*, Rechtsgutachten, S. 14 f.

<sup>57</sup> Vgl. hierzu hinten Abschnitt 8.a).

und Abfälle, von den geologischen Verhältnissen am Deponiestandort, von der Grundwassersituation u.a. ab. Abstrakt gesehen können alle objektiven Abfälle mit Ausnahme der Inertstoffe «besonders gefährlich» werden, wenn sie ohne Vorbehandlung in einer unzulänglich ausgestatteten Deponie und womöglich in einer Grundwasserschutzzone abgelagert werden, während umgekehrt sogar bei Sonderabfällen der Gefährdungsgrad auf ein tolerierbares Mass reduziert werden kann, wenn eine Vorbehandlung erfolgt ist, ein geeigneter Deponiestandort gewählt wurde und die Deponie angemessen baulich und betrieblich gesichert wird. Der Risikozusammenhang zwischen der besonderen Gefährlichkeit einzelner Abfallarten i.S.d. VVS und der «Altlasten-Gefährdungstendenz» ist daher zu wenig nahe und konkret, als dass dem Unmittelbarkeitserfordernis Genüge getan wäre.

Dazu kommt, dass eine Aufteilung der Kosten nach Massgabe der abgelagerten besonders gefährlichen Abfälle in zahlreichen Fällen auf praktische Grenzen der Ermittelbarkeit stossen dürfte. Gegenstand der altlastenrechtlichen Untersuchungsmassnahmen bilden ja nicht oder nur in beschränkter Masse im Boden vorgefundene Abfallkategorien, wie sie im Anhang 2 zur VVS aufgelistet sind. Mit der technischen Untersuchung werden vielmehr chemische Stoffanalysen von Erdreich oder Grundwasser vorgenommen, deren Ergebnisse wohl eher selten klare Rückschlüsse auf einzelne Abfallerzeuger erlauben. In jedem Fall wird es äusserst schwierig, wenn nicht unmöglich sein, mit Bodenproben verbindliche Aussagen über die von verschiedenen Deponieeigentümern abgelagerten Mengen umweltgefährdender Abfälle zu machen. Im Ergebnis würde vielfach nur der Weg einer «Emittenten-Solidarität»<sup>58</sup> der verschiedenen bekannten Abfallerzeuger bleiben, d.h. gleiche Kostenanteile für alle diejenigen Abfallerzeuger, von denen bekannt ist, dass sie irgendwelche Abfälle mit irgendwelchen Mengen der gefundenen Schadstoffe in der betreffenden Deponie abgelagert hatten. Eine solche Kostenzuteilung würde jedoch dem Verursacherprinzip nicht gerecht. Wo die Ermittelbarkeit einzelner Abfallerzeuger bzw. der von ihnen abgelagerten Mengen schadstoffhaltiger Abfälle an praktisch-technischen Schwierigkeiten scheitert, müsste vielmehr von einer Rechtslage ausgegangen werden, welche die staatliche Ausfallhaftung auslösen kann<sup>59</sup>. Dies wäre insbesondere dann anzunehmen, wenn die Ergebnisse der historischen/technischen Untersuchungen in Bezug auf einzelne mitbeteiligte Abfallerzeuger zu unbestimmt blieben, als dass sich die Grösse deren Verursachungsanteile zumindest abschätzen liesse.

Auch die von *Tschannen/Frick* angeführten Hinweise auf die deutsche Lehre vermögen diese Erwägungen nicht zu widerlegen. Generell erscheint bei selektiven Literaturzitaten aus ausländischen Lehrbüchern, die losgelöst von einem vertieften Rechtsvergleich beigezogen werden, Vorsicht geboten. Konkret ist nicht nur festzustellen, dass die beiden Werke von *Kloepfer* vor Erlass bzw. Inkrafttreten

des neuen bundesweit geltenden BBodSchG<sup>60</sup> erschienen sind, sondern auch dass sich alle von *Tschannen/Frick* angeführten Zitate auf die Realleistungspflicht und nicht auf die Kostentragungspflicht beziehen. Das deutsche Altlastenrecht weist im Vergleich mit dem schweizerischen Altlastenrecht einige bedeutende Unterschiede auf, die hier nicht ausführlich behandelt werden können. Erwähnt sei immerhin, dass der Begriff des «Verursachers» im deutschen Altlastenrecht im Zusammenhang mit der «ordnungsrechtlichen Pflicht zur Gefahrenabwehr» diskutiert wird. § 4 Abs. 3 BBodSchG stellt hierzu erstmals einen bundeseinheitlichen Katalog der Sanierungsverantwortlichkeiten auf, der an erster Stelle den «Verursacher» (oder dessen Gesamtrechtsnachfolger<sup>61</sup>) für sanierungspflichtig erklärt. Damit soll im Verhältnis zwischen Sanierungsverantwortung des Verursachers und Sanierungsverantwortung des zustandsverantwortlichen Grundstückseigentümers bzw. des Inhabers der tatsächlichen Gewalt das Verursacherprinzip gestärkt werden<sup>62</sup>. Wird aufgrund der besseren Möglichkeit einer effektiven und schnellen Gefahrenabwehr dennoch der zustandsverantwortliche Grundstückseigentümer bzw. der Inhaber der tatsächlichen Gewalt zur Sanierung und Gefahrenabwehr verpflichtet, so steht ihm gegen den Verursacher ein Anspruch auf Kostenausgleich nach § 24 Abs. 2 BBodSchG zu, der als zivilrechtlicher Anspruch gilt. Ob und wie weit ein solcher Anspruch auf Kostenausgleich auch zwischen mehreren Verursachern i.S.v. Verhaltensstörern gegeben ist, wurde in der deutschen Lehre und Rechtsprechung bisher noch nicht untersucht<sup>63</sup>. Selbst wenn hierbei die von *Hoppe/Beckmann/Kauch* im Zusammenhang mit der «Verhaltensverantwortung» erwähnte «latente Gefährdung» der zu entsorgenden Abfälle mitzubersichtigen wäre, was so nirgends gesagt wird<sup>64</sup>, werden die Verantwortungsbereiche im deutschen Recht möglicherweise doch anders abgesteckt als im schweizerischen Recht. Rückschlüsse aus etwaigen im deutschen Recht bzw. in der deutschen Lehre für massgeblich erklärte Kriterien könnten insofern selbst dann nur mit Zurückhaltung gezogen werden, wenn der Kostenausgleich zwischen mehreren Verhaltensstörern und nicht die Realleistungspflicht gemeint gewesen wäre.

Im Übrigen erscheint das Kriterium der «besonderen Gefährlichkeit» von Abfällen auch deshalb fragwürdig, weil es dem Abfallinhaber weder bei «gewöhnlich gefährlichen» Abfällen noch bei «besonders gefährlichen» Abfällen möglich wäre, sich gegen Kostenrisiken *versichern* zu lassen, welche im Zusammenhang mit Massnahmen auf dem Betriebsgrundstück des Deponieinhabers resultieren. Der Deponieinhaber hat demgegenüber nach heute massgeblicher Rechtslage Versicherungsschutz oder eine andere Form der Sicherstellung zu leis-

<sup>58</sup> Vgl. *Wagner*, ZSR 1989 II 344.

<sup>59</sup> Vgl. Art. 32e Abs. 3 lit. c USG sowie hinten Abschnitt 9.c).

<sup>60</sup> Deutsches Bundes-Bodenschutzgesetz vom 17.3.1998 (BGBl I, 502).

<sup>61</sup> Vgl. dazu hinten Abschnitt 6.

<sup>62</sup> Vgl. *Knopp*, DÖV 2001, 448.

<sup>63</sup> Vgl. *Koch* (Hrsg.), S. 370.

<sup>64</sup> Vgl. *Hoppe/Beckmann/Kauch*, § 27 Rn. 44 ff.

ten (Art. 32b USG), und entsprechende Policen werden auf dem Versicherungsmarkt inzwischen auch angeboten<sup>65</sup>.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass es möglicherweise durchaus rechtspolitische Gründe für eine generelle Einbeziehung der Erzeuger besonders gefährlicher Abfälle in die altlastenrechtliche Kostentragungspflicht geben könnte. Nach geltender Rechtslage ist das Erfordernis der Unmittelbarkeit der Verursachung jedoch bei allen Verursachern nach einheitlichen Kriterien auszulegen. Werden besonders gefährliche Abfälle ordnungsgemäss einer Deponie übergeben, die zur Ablagerung solcher Abfälle behördlich ermächtigt ist, so ist das Erfordernis der Unmittelbarkeit der Verursachung eines polizeiwidrigen Zustandes *nicht* erfüllt. Denn andernfalls würden dem «Abfallerzeuger» im Ergebnis auch Fremdersachen, wie z.B. die geologischen Verhältnisse am Deponiestandort oder unzulängliche bauliche/betriebliche Massnahmen der Sicherung der Deponie, zugerechnet. Bei den übrigen Verhaltensstörern (Abfalltransporteur und Abfallbehandler bzw. -entsorger) bliebe demgegenüber nur der eigene unmittelbare Erfolgsbeitrag (Vornahme der Ablagerung oder Auswahl der Deponie bzw. Erhöhung der Gefährlichkeit durch die gewählte Abfallbehandlung) massgeblich. Mit einem solchermaßen unterschiedlichen Verständnis des Unmittelbarkeitserfordernisses je nach Kategorie Verhaltensstörer würden aber sowohl die Grundidee des Verursacherprinzips als auch das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) nicht in verfassungskonformer Weise gehandhabt. In diesem Sinne erscheint es auch als verfassungsrechtlich nicht zulässig, bei den Siedlungsabfällen, welche regelmässig ebenfalls Sonderabfälle i.S.v. Anhang 2 VVS mitenthalten, die besondere Gefährlichkeit und somit das Unmittelbarkeitserfordernis generell zu verneinen.

## 6. Kostentragungspflicht von Rechtsnachfolgern?

### a) Singularsukzession

In ihrem Entscheid vom 3.5.2000<sup>66</sup> hatte die kantonale Baudirektion Zürich festgehalten, dass der aktuelle Grundeigentümer nicht für das Verhalten seiner Rechtsvorgänger hafte und somit nicht zum Verhaltensstörer werde. Im konkreten Fall ging es um eine Rechtsnachfolge durch Singularsukzession. Werden einzelne Rechte an einem Grundstück oder an einem Geschäftsbetrieb durch Rechtsgeschäft auf einen Dritten übertragen, so gehen die damit verbundenen Passiven nur dann mit auf den Rechtsnachfolger über, wenn der Gläubiger zustimmt (Art. 176 Abs. 1 OR). Bei öffentlichrechtlichen Schulden ist zu unterscheiden, ob es um «quasi-dingliche» Pflichten geht, die an die übertragene Sache gebunden sind und

<sup>65</sup> Vgl. Swiss Re (*Spühler*), Umweltversicherung für Unternehmen, Zürich 1999 und zur Massgeblichkeit der Versicherbarkeit unter dem Aspekt der wirtschaftlichen Zumutbarkeit auch BGE 114 Ib 44 (E.3.) sowie den BGE vom 7.10.1981, ZBl 83/1982, 541 (vorne S. 121 f.).

<sup>66</sup> Vgl. vorne S. 125 f.

ohne weiteres auf den Erwerber übergehen, oder ob es um Geldschulden geht, die an die Person gebunden sind. Im zweiten Fall findet ein Schuldübergang nur statt, wenn eine gesetzliche Grundlage die Abgabesukzession regelt<sup>67</sup>. Bei der altlastenrechtlichen Kostentragungspflicht des Verhaltensstörers handelt es sich – im Gegensatz zur objektgebundenen Rechtsstellung des Zustandsstörers – um eine persönliche Schuld. Denn die Verhaltensstörer-Qualifikation setzt nicht notwendigerweise eine Rechtsbeziehung zum schadstoffbelasteten Grundstück oder zu der auf einer Grundstück betriebenen Deponie voraus, sondern knüpft am «persönlichen» Merkmal eines bestimmten «Verhaltens» an, weshalb z.B. auch ein «wilder» Ablagerer von Abfällen, ein Saboteur u.a. Verhaltensstörer sein können.

Im Fall einer Singularsukzession in die Rechte des Verhaltensstörers am Grundstück oder am Geschäftsbetrieb bleibt demnach ausschliesslich der ursprüngliche Verursacher als Verhaltensstörer haftbar. Dies gilt auch, wenn in einem zivilrechtlichen Rechtsgeschäft die Kostenübernahme für eine allfällig nötige Altlastensanierung durch den Erwerber vorgesehen wird. Das gegebenenfalls kostenersatzberechtigte Gemeinwesen<sup>68</sup> erwirbt durch eine solche Vertragsklausel kein eigenes Forderungsrecht gegenüber dem Rechtsnachfolger<sup>69</sup>.

### b) Universalsukzession

Im Unterschied zur Singularsukzession soll bei der Universalsukzession die Kostentragungspflicht auch ohne spezielle gesetzliche Grundlage auf den Rechtsnachfolger übergehen<sup>70</sup>. Gemäss *Cummins* gilt dies aber nicht für die Universalsukzession kraft *Erbrecht*. Hier verlangen Lehre und Rechtsprechung zu Art. 560 Abs. 2 ZGB bei öffentlichrechtlichen, persönlichen Schulden eine Anordnung der Abgabesukzession im Gesetz<sup>71</sup>.

Offen bleibt damit die Frage der Rechtsnachfolge bei Universalsukzession durch *Geschäftsübernahme*. Gemäss *Seiler* kommt in solchen Fällen Art. 181 OR zum Tragen<sup>72</sup>. *Tschannen* will die kostenmässige Belastung des Rechtsnachfolgers demgegenüber offenbar nur in Betracht ziehen, wenn «eine gesellschaftsrechtliche Umwandlung in die Wege geleitet wurde, um die umweltrechtliche Verantwortlichkeit in missbräuchlicher Weise abzuschütteln»<sup>73</sup>. *Cummins* kommt, unter Berufung auf die Entwicklungen im deutschen Recht, zu ähnlichen Schlüssen<sup>74</sup>.

<sup>67</sup> Vgl. BGE 103 Ia 26 E. 2 und BVR 2001, 341 E. 2 betr. Gebühren für Wasser- und Kanalisationsanschluss; *Knapp*, Bd. I, Ziffn. 787 ff.

<sup>68</sup> Vgl. hinten Abschnitt 9.c).

<sup>69</sup> *Imboden/Rhinow*, Nr. 30 B.II.c.

<sup>70</sup> *Seiler*, Komm. zu Art. 2 USG N 67.

<sup>71</sup> *Cummins*, S. 121, unter Verweis auf *Schwander*, BS-Komm. zu Art. 560 ZGB N 8 und auf *Nef*, S. 399; BGE 102 Ia 483 E. 6.b/dd.

<sup>72</sup> *Seiler*, Komm. zu Art. 2 USG N 67.

<sup>73</sup> *Tschannen*, Komm. zu Art. 32d USG N 32; vgl. auch *Derselbe*, URP 2001, 797.

<sup>74</sup> *Cummins*, S. 120 ff.

Das deutsche BBodSchG regelt in seinem § 4 Abs. 3 allerdings, wie bereits dargelegt<sup>75</sup>, nicht die Kostenfolgen, welche den Verhaltensstörer im Anschluss an eine altlastenrechtliche Sanierung treffen, vielmehr begründet diese Bestimmung eine *Realleistungspflicht* zulasten des Verursachers, die (u.a.) auch den Gesamtrechtsnachfolger des Verursachers treffen kann. Dabei fällt im deutschen Recht unter den Begriff des Gesamtrechtsnachfolgers auch der Erbe, der gemäss schweizerischer Lehre auszunehmen wäre. Im Übrigen steht den Behörden bei der Auswahl des Sanierungspflichtigen ein Ermessen zu, bei dessen Ausübung Gesichtspunkte der effektiven Gefahrenabwehr vorrangig sind<sup>76</sup>. Ob und in welchem Umfang der Gesamtrechtsnachfolger damit im konkreten Fall tatsächlich mit den Kosten einer altlastenrechtlichen Sanierung belastet wird und wieweit daraus Schlussfolgerungen auf die Rechtslage in der Schweiz gezogen werden können, bleibt offen. Dies gilt umso mehr, als sich der Kostenausgleich unter mehreren realleistungspflichtigen Mitverursachern im deutschen Recht nach *Zivilrecht* (BGB) richtet. Eine Analyse der Rechtslage im schweizerischen Recht wird sich daher an den schweizerischen Gesetzestexten und deren Auslegung gemäss Lehre und Rechtsprechung zu orientieren haben.

Das Bundesgericht erklärte in BGE 119 V 389 im Zusammenhang mit AHV-rechtlichen Beitragsforderungen Art. 181 OR für *analog* anwendbar, nachdem eine Kollektivgesellschaft ihre Aktiven und Passiven mittels Sacheinlagevertrag in eine neu gegründete und später in Konkurs gefallene Aktiengesellschaft eingebracht hatte. Die analoge Anwendung von Art. 181 OR hat für altlastenrechtliche Kostenersatzansprüche zur Folge, dass die mit dem übertragenen Geschäft verbundenen und vor dem Zeitpunkt der Schuldübernahme begründeten Schulden auf den Übernehmer übergehen. Entsprechendes wird nach dem Inkrafttreten des neuen FusG<sup>77</sup> für die dort geregelten Umstrukturierungen (Fusion, Spaltung, Vermögensübertragung) gelten. Auch noch nicht fällige Forderungen gehen auf den Rechtsnachfolger über; dagegen werden Forderungen, die erst künftig entstehen, nicht miterfasst<sup>78</sup>. Zur Frage der Abgrenzung zwischen bereits begründeten Forderungen einerseits und erst künftig entstehenden Forderungen andererseits äussert sich die Lehre, soweit ersichtlich, nicht. Ein haftungsrechtlicher Anspruch wird aber wohl dann als bereits begründet zu qualifizieren sein, wenn die haftungsbegründenden Sachverhaltselemente im Zeitpunkt der Schuldübernahme erfüllt waren. Die Tatsache, dass vom Gläubiger noch kein Kostenersatzanspruch geltend gemacht worden war und möglicherweise sogar dem ursprünglichen Schuldner selber das latente Haftungsrisiko noch gar nicht bekannt war, wäre demnach nicht ausschlaggebend. Ebenso würde auch das Risiko künftiger Ver-

schärfung der gesetzlichen Haftungsbestimmungen zusammen mit den Aktiven des Geschäfts auf den Übernehmer übergehen, soweit eine Rückwirkung späteren, strengerer Rechts überhaupt zulässig ist<sup>79</sup>.

Bei Geschäftsübernahmen, welche gemäss Parteivereinbarung und Mitteilung an die Gläubiger unter Bezugnahme auf eine bestimmte Geschäftsbilanz durchgeführt worden waren<sup>80</sup>, lässt sich allerdings mit guten Gründen auch die gegenteilige Meinung vertreten. Seinerzeit noch nicht erkennbare öffentlichrechtliche Kostenfolgen, wie sie aus den späteren altlastenrechtlichen Bestimmungen resultieren, stellen wohl kaum «Verbindlichkeiten» dar, «mit denen jeder Übernehmer rechnen muss, die aber üblicherweise erst bei Zahlung in die Bücher eingetragen werden»<sup>81</sup>, wie dies bei laufenden Lohnforderungen oder auch bei den vom Bundesgericht (BGE 119 V 389) zu beurteilenden Lohnnebenkosten der Fall war. Dies wird insbesondere bei der fragwürdigen Konstruktion einer Haftung des «Abfallerzeugers» zu bedenken sein, mit der die Parteien bei weit zurückliegenden Geschäftsübernahmen noch nicht rechnen mussten.

Relativiert wird die Bedeutung einer analogen Anwendung von Art. 181 OR für den angestrebten Gläubigerschutz dadurch, dass diese Bestimmung nicht wirklich einen Fall der Universalsukzession darstellt<sup>82</sup>. Es müssen nämlich nicht nur die Aktiven einzeln übertragen werden, sondern die Parteien können überhaupt frei bestimmen, welche Aktiven und Passiven von der Geschäftsübernahme betroffen sein sollen, sofern sich die Vertragsabrede nur auf ein «Geschäft» bzw. einen «organisch in sich geschlossenen Teil» davon bezieht<sup>83</sup>. Denkbar ist zum Beispiel, dass nur der Deponiebetrieb oder nur der Immobilienbesitz<sup>84</sup> mit den dazugehörigen Aktiven und Passiven, oder umgekehrt alle Aktiven *ausser* Deponie oder Deponiegrundstück, auf den neuen Rechtsträger übergehen. Das gilt selbst für die vom neuen FusG vorgesehenen «parziellen Universalsukzessionen». Übertragen werden nur die inventarisierten Aktiven und Passiven<sup>85</sup>. Ob die altlastenrechtlich relevanten Betriebsteile (Grundbesitz; Produktionsbereiche, in denen besonders gefährliche Abfälle entstanden sind) beim alten Rechtsträger verbleiben oder auf den neuen übergehen, liegt also im freien Gestaltungsermessen der beteiligten Parteien. Allfälligen Rechtsmissbräuchen wird durch die gesetzlichen Bestimmungen des Gläubigerschutzes begegnet. Im Falle des Rechtsübergangs einschliesslich Verursacherstellung haftet gemäss Art. 181 Abs. 2 OR der ursprüngliche Schuldner noch während 2 Jahren solidarisch mit, und diese Frist beginnt erst mit der Fällig-

<sup>75</sup> Vgl. vorne S. 137.

<sup>76</sup> Hoppe/Beckmann/Kauch, § 27 Rn. 67 und zum Begriff des Gesamtrechtsnachfolgers Rn. 63.

<sup>77</sup> Bundesgesetz vom 3.10.2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (BBl 2003, 6691).

<sup>78</sup> Vgl. Gauch/Spirig, ZH-Komm. zu Art. 181 OR N 109 ff.

<sup>79</sup> Vgl. hinten Abschnitt 8.a).

<sup>80</sup> Gauch/Spirig, ZH-Komm. zu Art. 181 OR N 118 ff.

<sup>81</sup> Gauch/Spirig, ZH-Komm. zu Art. 181 OR N 120.

<sup>82</sup> Gauch/Spirig, ZH-Komm. zu Art. 181 OR N 38; Tschäni, BS-Komm. zu Art. 181 OR N 1.

<sup>83</sup> Tschäni, BS-Komm. zu Art. 181 OR N 8 f.; Gauch/Spirig, ZH-Komm. zu Art. 181 OR N 78 f., 118 ff.

<sup>84</sup> Eine andere Frage ist, ob ein solcher Immobilienbesitz bzw. die Liegenschaftsverwaltung unter steuerrechtlichen Aspekten als wirtschaftlich selbständige Unternehmung betrachtet werden kann: Vgl. dazu BGE vom 3.3.1989, ASA 58, 676.

<sup>85</sup> Art. 37 lit. b, Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG.

keit der behördlichen Kostenverteilungsverfügung zu laufen. Das FusG sieht de lege ferenda bei Spaltungen sogar eine zeitlich unbefristete subsidiäre solidarische Haftung aller beteiligten Gesellschaften für nicht sichergestellte Forderungen bei Zahlungsunfähigkeit des primären Schuldners vor (Art. 47 FusG). Es ist zu vermuten, dass diese Regelung gegenüber der staatlichen Ausfallhaftung gemäss dem neu geplanten Art. 32d Abs. 2<sup>bis</sup> USG vorgehen wird<sup>86</sup>.

## 7. Legalisierungswirkung behördlicher Bewilligungen?

Breit anerkannt ist in Lehre und Rechtsprechung, dass die störer- bzw. altlastenrechtliche Kostentragungspflicht unabhängig sein soll von der Frage der Rechtswidrigkeit des Verhaltens im massgeblichen Zeitpunkt<sup>87</sup>. Auszunehmen ist einzig die Haftung für Unterlassungen, da hier die Kostentragungspflicht an die Missachtung einer besonderen Rechtspflicht zu sicherheits- oder ordnungswahrendem Handeln anknüpft<sup>88</sup>. Dies gilt namentlich auch für die Haftung des Gemeinwesens für sein hoheitliches Handeln, weil das Staatshaftungsrecht in diesem Sinne an eine pflichtwidrige Unterlassung anknüpft<sup>89</sup>. Im Übrigen ist das altlastenrechtliche Verursacherprinzip jedoch unabhängig von den Voraussetzungen des zivilen Haftpflichtrechts zu beurteilen. Diese gelten höchstens analog, soweit dies von der Sache her gerechtfertigt erscheint<sup>90</sup>. Primär massgeblich sind die vom Gesetzgeber gemäss dem verwaltungsrechtlichen Legalitätsprinzip aufgestellten Erfordernisse für die Kostenzurechnung.

Anknüpfungspunkt für die Kostentragungspflicht ist demnach der unmittelbar (mit-) verursachte polizei- bzw. rechtswidrige Zustand. Es stellt sich aber die Frage, ob dasselbe gilt, wenn dieser Zustand mit behördlicher Duldung oder sogar mit förmlicher Bewilligung geschaffen und aufrechterhalten wurde. Für den Bereich der *zivilrechtlichen* Haftung ist eine solche Legalisierungswirkung behördlichen Tuns oder Unterlassens abzulehnen, sofern es sich, wie im Fall einer Deponie, um einen Betrieb oder eine Anlage handelt, welche einer Gefährdungshaftung unterstellt ist (vgl. Art. 59a Abs. 2 lit. b und auch lit. a USG)<sup>91</sup>. Beim ver-

waltungsrechtlichen Kostenersatzanspruch ist die Unbeachtlichkeit einer behördlichen Genehmigung dagegen keineswegs offensichtlich und selbstverständlich. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang insbesondere ein Vergleich mit dem EU-Recht, wo der Vorschlag der Kommission vom 23.1.2002 für eine Richtlinie über Umwelthaftung betreffend die Vermeidung von Umweltschäden und die Sanierung der Umwelt<sup>92</sup> ausdrücklich die «gebührende Berücksichtigung» von Umständen fordert wie (u.a.) «Emissionen oder Ereignisse, die ausdrücklich genehmigt wurden oder deren schädigende Wirkung zum Zeitpunkt ihres Auftretens nicht vorhersehbar waren ... »<sup>93</sup>.

Demgegenüber begründet *Griffel* den Verzicht auf das Widerrechtlichkeitserfordernis damit, dass es gerade zur Bedeutung des Verursacherprinzips gehöre, dass auch solche Umweltbeeinträchtigungen erfasst würden, «welche die Rechtsordnung an sich duldet»<sup>94</sup>. Im Übrigen wird die Nicht-Erforderlichkeit der Widerrechtlichkeit beim öffentlichrechtlichen Kostenersatzanspruch nach antizipierter Ersatzvornahme von Lehre und Rechtsprechung nicht näher begründet. Haftungsrechtliche, polizei- und abgaberechtliche Aspekte bleiben unanalysiert miteinander vermischt.

Richtig ist wohl, dass die verwaltungsrechtliche Polizeiwidrigkeit eines gegenwärtigen Zustandes zu trennen ist vom haftungsrechtlichen Erfordernis der Widerrechtlichkeit eines bestimmten Tuns oder Unterlassens im massgeblichen Zeitpunkt. Das öffentliche Interesse ermächtigt aber nicht in jedem Fall zur Behebung einer nachträglich entstandenen Polizeiwidrigkeit. Zur Anwendung zu bringen sind vielmehr die aus den rechtsstaatlichen Garantien, namentlich dem Vertrauensgrundsatz und der grundrechtlich geschützten Eigentums- und Wirtschaftsordnung, hergeleiteten Voraussetzungen für die Anpassung und Rücknahme rechtskräftiger Verfügungen bei späterer Änderung der Rechtsgrundlagen oder erheblicher Änderung der tatsächlichen Verhältnisse. Wenn es sich bei altlastenrechtlichen Sanierungen auch nicht um Fälle eines eigentlichen Widerrufs handelt, so stellen das Vorliegen einer behördlichen Bewilligung und die Bestätigung der Übereinstimmung der bewilligten Tätigkeit mit den Bestimmungen des (damals) geltenden Rechts doch Umstände dar, welche die spätere Qualifikation des Bewilligungsinhabers als Verhaltensstörer und Verursacher eines polizeiwidrigen Zustandes nur auf der Grundlage einer Interessenabwägung zulassen, wie sie auch für die Anpassung ursprünglich fehlerfreier Verwaltungsakte verlangt wird. In die Interessenabwägung mitenzubeziehen sind aus Gründen des Ver-

<sup>86</sup> Vgl. vorne bei Anm. 41.

<sup>87</sup> *Tschannen*, Komm. zu Art. 32d USG N 46; *Derselbe*, URP 2001, 780; *Tschannen/Erick*, Rechtsgutachten, S. 17 f.; *Trüb*, Komm. zu Art. 59 USG N 23; *Cummins*, S. 117; *Hartmann/Eckert*, URP 1998, 629 f.; *Budliger*, URP 1997, 300 f.; *Griffel*, Nr. 247; BGE vom 26.2.1998, URP 1998, 152 E.4c/aa.; 114 Ib 44 E.2.c/cc.

<sup>88</sup> Vgl. *Trüb*, Komm. zu Art. 59 USG N 23 unter Verweis auf BGE 114 Ib 44 E.2.c/bb.

<sup>89</sup> Vgl. BGE vom 27.9.2000, URP 2000, 785 (vorne S. 126).

<sup>90</sup> Gemäss *Cummins* gelten die Voraussetzungen des privaten Haftpflichtrechts «in analoger Weise»: S. 116. *Cummins* verweist hierbei jedoch auch auf die Lehrmeinung von *Thürer*, der die Anerkennung eines eigenständigen, vom Polizeirecht unabhängigen «öffentlichen Haftpflichtrechts» für konsequenter erachtet: ZSR 102 I 483.

<sup>91</sup> *Trüb*, Komm. zu Art. 59a USG N 102 f.; vgl. auch N 92 betr. ausdrücklichen Verzicht des Parlaments auf Einfügung eines entsprechenden Entlastungsgrundes in Anlehnung an das PrHG.

Bei Betrieben, welche nicht unter den Haftungstatbestand des Art. 59a USG und auch nicht unter eine andere Gefährdungshaftung fallen, soll die staatliche Bewilligung demgegenüber *rechtfertigende Wirkungen* haben: *Gross*, S. 279.

<sup>92</sup> *Kom* (2002) 17 endg.; vgl. zum aktuellen Stand die Mitteilung der Kommission vom 19.9.2003, SEC (2003) 1027.

<sup>93</sup> Erwägungsgrund 17.

<sup>94</sup> *Griffel*, Nr. 247.

trauensschutzes nebst den von *Tschannen* erwähnten Billigkeitserwägungen<sup>95</sup> Aspekte der Zumutbarkeit und der wirtschaftlichen Tragbarkeit allgemein. Die kostenmässige Unverhältnismässigkeit kann daher den Entscheid über Ausmass und Ziel der Sanierung i.S.v. Art. 15 Abs. 2, 3 lit. b AltIV mitbeeinflussen. Zu beachten ist, dass auch im Recht der Anlagensanierung grundsätzlich zwar eine Pflicht zur Anpassung an geänderte gesetzliche Vorschriften besteht; das Verhältnismässigkeitsprinzip kann aber Erleichterungen gebieten (Art. 17 Abs. 1 USG).

Was die Frage der *Kostentragung* für die aufgrund überwiegender öffentlicher Interessen zu ergreifenden Sanierungsmassnahmen betrifft, so ergibt sich aus den allgemeinen abgaberechtlichen Voraussetzungen, dass für eine Überwälzung nach dem Verursacherprinzip der Kreis der potenziell abgabepflichtigen Verursacher vom (formellen) Gesetzgeber mit hinreichender Klarheit zu definieren wäre. Es genügt jedenfalls nicht, dass eine natürliche oder juristische Person in irgendeiner Weise an der natürlichen Kausalkette beteiligt war, sondern das Legalitätsprinzip und das Gebot der Rechtssicherheit erfordern, dass der/die zu belastenden Mitverursacher zumindest mit der Möglichkeit einer späteren kostenmässigen Belastung infolge Verschärfung der gesetzlichen Vorschriften rechnen mussten.

Dieses Erfordernis erscheint bei einer blossen behördlichen Duldung der Ablagerung von Schadstoffen für den Anlageninhaber regelmässig wohl als erfüllt. Liegt dagegen eine behördliche Bewilligung vor, welche *bestimmte* Umweltverschmutzungen ausdrücklich für tolerierbar erklärte, wie dies z.B. bei der Bewilligung einer Abwassereinleitung mit bestimmten Schadstoffgehalten der Fall ist, so wird der Vertrauensschutz grundsätzlich vorgehen müssen<sup>96</sup>. Zu beachten ist dabei auch, dass die AltIV bestimmte Mengen der Verunreinigung von Gewässern und der Luft durch belastete Standorte ausdrücklich toleriert (Anhänge 1, 2).

Der Umstand, dass eine bestimmte Tätigkeit oder Anlage aufgrund des seinerzeit massgeblichen Standes von Wissenschaft und Technik als gesetzeskonform qualifiziert wurde, kann nach alldem eine Mindergewichtung des dem Verhaltensstörer zuzurechnenden Verursachungsanteils und eine Miteinbeziehung der Allgemeinheit in die Kostentragungspflicht als angezeigt erscheinen lassen<sup>97</sup>.

Die «Legalisierungswirkung» früherer behördlicher Bewilligungen kann in diesem Sinne nicht generell verneint werden, sondern über das «Ob» und das

<sup>95</sup> *Tschannen*, Komm. zu Art. 32d USG N 23; vgl. vorne bei Anm. 19.

<sup>96</sup> Vgl. BGE 120 IV 300, wo das Bundesgericht anlässlich der Prüfung der Widerrechtlichkeit des Verhaltens aus strafrechtlicher Sicht das Vorliegen einer Einleitungsbewilligung als ausschlaggebendes Kriterium ansah: E.3.c. Nach *Papier* soll ausschlaggebend sein, ob die verantwortlich gemachte Person «im Zeitpunkt des Entstehens der Verunreinigung darauf vertrauen durfte, dass eine Beeinträchtigung der Umwelt nicht entstehen könne», und dass «dieses Vertrauen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles schutzwürdig ist»: DVBl 1996, 125, noch zum damaligen «Wissenschaftlerentwurf» eines deutschen Umweltgesetzbuches und zur Regelung im Hessischen Altlastengesetz.

<sup>97</sup> Vgl. hinten Abschnitt 9.c).

«Wieviel» nachträglicher Kostenbelastungen ist aufgrund einer wertenden Gewichtung der Umstände im konkreten Fall zu entscheiden. Dabei ist von einem umso geringeren Verursachungsanteil auszugehen, je stärker das Vertrauen des zu belastenden Verursachers schützenswert erscheint. Der Anteil des *schuldlosen Verhaltensstörers* darf namentlich dann nicht oder nur unwesentlich höher ausfallen als jener des *mitbeteiligten Zustandsstörers*, wenn der Zustandsstörer kraft «Willensbetätigung» an den wirtschaftlichen Vorteilen der Grundstücksnutzung beteiligt war<sup>98</sup>.

Das *Gemeinwesen* wird demgegenüber (nebst der dargelegten allfälligen Beanspruchung als Folge der Reduktion des Kostenanteils des ursprünglichen Verhaltensstörers wegen beschränkter Zumutbarkeit) nur dann auch *als selbständiger Mitverursacher* für kostentragungspflichtig erklärt werden können, wenn es entweder eine Bewilligung in Verletzung wesentlicher Amtspflichten erteilte (z.B. krass ungenügende Auflagen nach damaligem, insbes. Gewässerschutzrecht)<sup>99</sup> oder wenn es beim Betrieb der Deponie aktiv mitwirkte, z.B. indem es den Bewilligungsinhaber durch Bewilligungsaufgaben verpflichtete, kantonale oder kommunale Abfälle zur Deponierung entgegenzunehmen, oder indem es durch seine Fachinstanzen Einfluss auf Gegenstand und Art der Ablagerung nahm. In solchen Fällen ist mit *Dubs* darauf hinzuweisen, dass das Gemeinwesen nicht nur Mitverantwortung trug und trägt, sondern

«dass der Deponiebetreiber durch die unter aktiver Mithilfe der kantonalen Behörden erfolgte Öffnung seiner Deponie für problematische Abfälle zur Lösung einer öffentlichen Entsorgungsaufgabe beigetragen hat»<sup>100</sup>.

## 8. Zeitlicher Geltungsbereich des Art. 32d USG

Das USG selber und die AltIV enthalten keine gesetzlichen Bestimmungen zur Frage des zeitlichen Geltungsbereichs des Altlastenrechts. Weder die Anwendbarkeit neuen Rechts auf hängige Verfahren oder auf Sachverhalte, die sich vor Inkrafttreten der Art. 32c, d USG ereigneten, noch die Verjährung von Kostenersatzansprüchen sind geregelt. Im Folgenden sollen daher die Fragen der Bedeutung des Rückwirkungsverbots im Altlastenrecht und die Verjährung der Kostenersatzansprüche nach Art. 32d Abs. 3 USG aufgrund der Materialien, Lehre und Rechtsprechung geprüft werden.

<sup>98</sup> Vgl. vorne S. 131.

<sup>99</sup> Vgl. den BGE vom 12.10.1990, ZBl 92/1991, 212 und dazu vorne S. 123.

<sup>100</sup> *Dubs*, URP 1993, 299.

## a) Rückwirkungsverbot

Gemäss der Botschaft des Bundesrates zum geänderten USG<sup>101</sup> gelten im Bereich der neuen Regelungen der *Haftpflicht* (insbes. Art. 59a USG) die allgemeinen Grundsätze des Übergangsrechts im privaten und öffentlichen Recht. Verwiesen wird auf Art. 1 ff. SchIT ZGB. Danach begründen Tatsachen, die vor Inkrafttreten des neuen Rechts eingetreten sind, *keine* Haftung nach neuem Recht<sup>102</sup>. Hinweise zur zeitlichen Anwendung der neuen Bestimmungen des Abfallrechts enthält die Botschaft demgegenüber nicht.

Das öffentlichrechtliche Rückwirkungsverbot besagt, dass neues Recht dann nicht zur Anwendung gebracht werden darf, wenn sich der zu beurteilende *Sachverhalt abschliessend* vor Inkrafttreten des neuen Rechts *verwirklicht* hat<sup>103</sup>. Staatliche Verwaltungsakte unterstehen in der Regel der Rechtslage im Zeitpunkt ihres Ergehens; nachher eintretende Rechtsänderungen sind nicht zu berücksichtigen. Anders verhält es sich jedoch dort, wo «*zwingende Gründe*» für die sofortige Anwendbarkeit des neuen Rechts sprechen<sup>104</sup>.

Zu prüfen ist demnach, welche Bedeutung den Begriffen der «vor Inkrafttreten eingetretenen Tatsache» bzw. des «abschliessend verwirklichten Sachverhalts» im Altlastenrecht zukommt.

Gemäss Lehre und Rechtsprechung zu Art. 1 ff. SchIT ZGB hat ein Sachverhalt dann als «abgeschlossen» zu gelten, wenn das schädigende *Verhalten* abgeschlossen ist. Massgebliches Kriterium ist in diesem Sinne der Zeitpunkt der «juristischen Tatsache» und nicht der Zeitpunkt der Auswirkungen dieser Tatsache<sup>105</sup>. Ähnlich entschied das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Beurteilung eines immissionsrechtlichen Anspruchs nach Art. 679/685 ZGB, dass es für den Beginn der absoluten Verjährung

«unerheblich (ist), ob sich der Schaden auf dem Grundstück der Klägerin noch fortentwickelt» (...)*«massgeblich ist einzig der Zeitpunkt des den Schaden verursachenden Verhaltens»*<sup>106</sup>.

Nicht entscheidend ist dieser Zeitpunkt allerdings nach Meinung des überwiegenden Teils der schweizerischen Lehre ebenso wie des Bundesgerichts, soweit es um die Beurteilung der Realleistungspflicht geht und im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts die Umweltgefährdung noch andauert, bzw. wenn die behördliche Verfügung zur Untersuchung, Überwachung oder Sanierung des Standortes erst nach diesem Zeitpunkt ergeht<sup>107</sup>. Gelangen in diesem

Sinne die neuen altlastenrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung, so hat dies gemäss den zitierten Lehrmeinungen und Entscheiden auch zur Folge, dass sich der realleistungspflichtige Standortinhaber durch Begehren um Erlass einer Kostenverteilungsverfügung i.S.v. Art. 32d Abs. 3 USG zumindest teilweise und grundsätzlich von der Kostentragungspflicht befreien kann.

Offensichtlich ist diese Mehrheitsmeinung allerdings nicht. Die aus öffentlich-rechtlicher Sicht «*zwingenden Gründe*»<sup>108</sup> verlangen nämlich nur, dass das heutige Recht auf die Untersuchung, Überwachung und Sanierung des Standortes angewendet wird, d.h. dass alle nach heutigem Stand von Wissenschaft und Technik verfügbaren Massnahmen eingesetzt werden, um eine heute bestehende Belastung und konkrete Umweltgefährdung im Rahmen der gesetzlichen Zielsetzungen zu beseitigen. Reine Haftungs- und Kostenregelungen werden demgegenüber nicht im Interesse der öffentlichen Ordnung erlassen<sup>109</sup>.

Ein Teil der Lehre kritisiert daher die Beurteilung des Kostenersatzanspruchs nach neuem Recht bei Sachverhalten, welche bei Inkrafttreten des neuen Rechts bereits vorlagen. Geltend gemacht wird, dass sich eine solche «umfassende Rückwirkung aus fiskalischen Gründen allein nicht rechtfertigen» lasse<sup>110</sup>.

In der Regel geht es hier allerdings gar nicht um die Interessen des Fiskus. Bei Nicht-Anwendbarkeit des Art. 32d Abs. 3 USG käme nämlich die frühere Rechtsprechung zum Störerprinzip zum Tragen, wonach ein Kostenersatzanspruch nur dem allenfalls mittels antizipierter Ersatzvornahme tätig gewordenen Gemeinwesen zustand, nicht dagegen dem – nach heutigem Art. 32c USG – realleistungspflichtigen Standortinhaber. Dieser hätte dann sämtliche Kosten allein zu tragen. Eine solche Auslegung würde aber dem Willen des historischen Gesetzgebers bei Einführung von Art. 32d USG nicht gerecht. Denn mit Art. 32d USG sollte die Lage des heutigen Standortinhabers verbessert werden<sup>111</sup>. Im Ergebnis ist daher die Auslegung, wie sie vom Bundesgericht und von der Mehrheit der Lehre befürwortet wird, überzeugender. Dogmatisch lässt sich diese Auslegung auch mit der Einheit der neuen altlastenrechtlichen Bestimmungen (Art. 32c-e USG) begründen, deren Sinn und Zielsetzung bei einer nur teilweisen Anwendung des neuen Rechts in Frage gestellt wäre.

S. 158; *Liniger*, URP 2002, S. 804. Vgl. auch den Entscheid des Obergerichts Kt. SH vom 12.12.1997 (ABSH 1997, 121), wonach für die zeitliche Anwendbarkeit des Art. 54 GSchG massgeblich sein soll, wann «sich» die Gewässerverschmutzung ereignete (E.3.a). Bei Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Art. 1 ff. SchIT ZGB hätte massgeblich sein müssen, zu welchem Zeitpunkt die unsachgemässe Rekultivierung der Kiesgrube erfolgt war, welche die Ursache für die spätere Gewässerverschmutzung bildete.

<sup>108</sup> Vgl. vorne bei Anm. 104.

<sup>109</sup> BGE vom 26.2.1998, URP 1998, 152 E.4.d/bb m.w.H.; vgl. auch den Entscheid der BVED-BE vom 13.1.2000, BVR 2001, 83 E.2.

<sup>110</sup> So *Nef*, S. 402; vgl. auch S. 399.

<sup>111</sup> Vgl. Amtf. Bull. Ständerat 1994 (Sommeression), 478.

<sup>101</sup> Botschaft vom 7.6.1993 zu einer Änderung des Bundesgesetzes über den Umweltschutz, BBl 1993 II 1445.

<sup>102</sup> A.a.O., S. 1553.

<sup>103</sup> *Häfelin/Müller*, Rz. 329.

<sup>104</sup> BGE 127 II 209 E.2.b.

<sup>105</sup> *Mutzner*, BE-Komm. zu Art. 1 SchIT ZGB N. 46.

<sup>106</sup> BGE 127 III 257 E.2.b/aa, bb.

<sup>107</sup> BGE vom 26.2.1998, URP 1998, 152 E.4.d/bb; *Tschannen/Frick*, Rechtsgutachten, S. 19 und für die Kostenverteilungsregelung ferner *Tschannen*, Komm. zu Art. 32d USG N 46 m.w.H.; *Romy*,

## b) Verjährung

Zu beurteilen ist im vorliegenden Zusammenhang vor allem die Frage der absoluten Verjährung. Wie bereits im Zusammenhang mit den Ausführungen zum Rückwirkungsverbot dargelegt<sup>112</sup>, beginnt gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 679 ff. ZGB bei solchen ausservertraglichen Schädigungen eine absolute Verjährungsfrist «am Tag der schädigenden Handlung zu laufen».

Auch bei öffentlichrechtlichen Forderungen wird ein entsprechender Bedarf nach absoluter Verjährung aus *rechtsstaatlichen Gründen* geltend gemacht<sup>113</sup>. Vorgeschlagen wird eine absolute Verjährungsfrist von 30 Jahren, in Anlehnung an Art. 662 ZGB bzw. BGE 105 Ib 265 E.6. betr. Wiederaufforstungspflicht<sup>114</sup>. Das Bundesgericht hat in BGE 105 Ib 265 allerdings entschieden, dass «Ansprüche, die den Gehalt der sogenannten Polizeigüter ausmachen», von vornherein von der Verjährbarkeit auszuschliessen sind (E.3.b). *Polizeigut* in diesem Sinne ist im Abfallrecht die konkrete Gefahr für Mensch oder Umwelt. *Unverjährbar* ist demnach die *Pflicht zur Realleistung*, die immer besteht, solange die erwähnte konkrete Gefahr andauert bzw. (für die Untersuchungspflicht) solange ein entsprechender Gefahrenverdacht besteht. Wie im Zusammenhang mit dem allgemeinen Rückwirkungsverbot ausgeführt, gibt es demgegenüber für den *Kostenersatzanspruch* keine «zwingenden Gründe» des Polizeirechts, welche eine solche Unverjährbarkeit erforderlich machen würden<sup>115</sup>.

Romy vertritt allerdings in einer neueren Publikation die Meinung, dass auch die Ansprüche aus Art. 32d USG unverjährbar seien<sup>116</sup>. Begründet wird dies jedoch nicht, und der angeführte Literaturverweis ist unzutreffend, weil *Liniger* im Zusammenhang mit der Darstellung der prekären Situation des Käufers kontaminierter Grundstücke von der Unverjährbarkeit des «polizeilich störenden Zustandes», also von der Realleistungspflicht und nicht von der Kostentragungspflicht, spricht<sup>117</sup>. *Tschannen/Frick* bemerken zu dieser Frage «am Rande», dass «die Verjährung allfälliger Kostenforderungen so lange nicht zu laufen beginnt, als die Sanierungsbedürftigkeit anhält»<sup>118</sup>. Sie lassen dabei jedoch im Unklaren, ob damit nur die relative oder eventuell auch die absolute Verjährung gemeint ist. Die angeführten Literaturzitate beziehen sich jedenfalls zum einen wiederum auf die Realleistungspflicht, zum andern auf die relative Verjährung von fünf Jahren<sup>119</sup>. In der

<sup>112</sup> Vgl. vorne S. 146.

<sup>113</sup> *Seiler*, Komm. zu Art. 2 USG N 96; *Nef*, S. 404; *Pelloni* bezeichnet es als «unbefriedigend», dass die Behörden bei Art. 54 GSchG im Ergebnis über den Beginn der (relativen) Verjährungsfrist entscheiden können: S. 194.

<sup>114</sup> *Nef*, S. 404.

<sup>115</sup> Vgl. vorne S. 147.

<sup>116</sup> *Romy*, S. 158.

<sup>117</sup> *Liniger*, Unternehmensübernahmen, S. 116.

<sup>118</sup> *Tschannen/Frick*, Rechtsgutachten, S. 19.

<sup>119</sup> *Trüb*, Komm. zu Art. 59 USG N 49; BGE 114 Ib 44 E.4.

publizierten Rechtspraxis ist bisher nur die Baudirektion Zürich im vorne besprochenen Fall der kommunalen Abfalldeponie M.<sup>120</sup> im Ergebnis von der Unverjährbarkeit des Kostenersatzanspruchs ausgegangen, indem sie der Gemeinde M. als Deponiebetreiberin einen Drittel der Kosten auferlegte, dabei aber immerhin mitberücksichtigte, dass «die Ablagerung der Abfälle mehr als vierzig Jahre zurück (lag) und dem damaligen Stand der Technik (entsprach)»<sup>121</sup>. Ob dieser kantonale, erstinstanzliche Entscheid vom Bundesgericht geschützt worden wäre, bleibt offen.

Aus verfassungsrechtlicher Optik besteht kein Zweifel, dass der Grundsatz der Verjährung zu respektieren ist<sup>122</sup>. Hätte der Bundesgesetzgeber aber tatsächlich eine Verfassungsverletzung in Kauf nehmen oder eine besonders lange Frist vorsehen wollen, so müsste dies unzweideutig aus dem Gesetzeswortlaut hervorgehen. Als Konsequenz des Verjährungseintritts darf im Übrigen nicht der realleistungspflichtige Standortinhaber (oder Verursacher) stärker belastet werden; denn der Anspruch auf Kostenverteilung gemäss Art. 32d Abs. 3 USG bleibt erhalten. Führt die Verjährung aber zur Uneinbringlichkeit des Kostenanteils eines Mitverursachers, weil dieser die Verjährungseinrede geltend macht, so ist dies ein Fall, in dem die staatliche Ausfallhaftung aktuell wird<sup>123</sup>.

## 9. Haftung des Gemeinwesens

### a) Das Gemeinwesen als Deponieinhaber oder entsorgungspflichtiger Abfallinhaber

Das Bundesgericht hat wiederholt festgestellt, dass das Gemeinwesen «gleich wie ein Privater als Verhaltens- oder Zustandsstörer kostenpflichtig sein» könne<sup>124</sup>. Als Deponieinhaber wird das Gemeinwesen also nach denselben Kriterien kostentragungspflichtig wie ein privater Deponieinhaber. Auszugehen ist vom Verantwortungsbereich bzw. von der Risikosphäre des Deponieinhabers, und auf dieser Grundlage ist zu prüfen, ob beim Betrieb oder bei der baulichen Ausgestaltung der Deponie nach heutigem Stand von Wissenschaft und Technik weitergehende Massnahmen zur Verhinderung oder Verminderung von Umweltbeeinträchtigungen oder -gefährdungen angezeigt gewesen wären.

<sup>120</sup> Entscheid vom 3.5.2000, URP 2000, 386; vgl. vorne S. 125 f.

<sup>121</sup> A.a.O., E.6.c.

<sup>122</sup> Vgl. zur Verjährung als allgemeinem Rechtsgrundsatz des öffentlichen Rechts BGE 125 V 396 E.3.a; *Häfelin/Müller*, Rz. 778 ff.

<sup>123</sup> Vgl. hinten Abschnitt 9.c).

<sup>124</sup> BGE vom 27.9.2000, URP 2000, 785 E.2.d; vgl. auch BGE vom 15.6.1994, URP 1994, 501 E.4.g/bb; BGE vom 12.10.1990, ZBI 92/1991, 212 E.5.a; BGE vom 12.2.1986, ZBI 88/1987, 301 E.2. und ferner *Tschannen*, Komm. zu Art. 32c USG N 23; *Seiler*, Komm. zu Art. 2 USG N 77.

Abzulehnen wäre insbesondere eine unterschiedliche Beurteilung kommunaler Deponien unter dem Aspekt der Kostentragungspflicht des Abfallerzeugers. Das von *Tschannen/Frick* vorgebrachte Argument, wonach «der von einem gewöhnlichen Einzelhaushalt produzierte Abfall» nur «mittelbar zur Sanierungsbedürftigkeit einer Altlast» beiträgt<sup>125</sup>, gilt bei gewerblich-industriellen Abfällen ebenso. Die Schlussfolgerung kann nur die generelle Freistellung des Abfallerzeugers sein<sup>126</sup>.

## b) Haftung für hoheitliches Handeln des Gemeinwesens

Wie das Bundesgericht in seiner Entscheid vom 27.9.2000 festhielt, kann das Gemeinwesen «auch für sein hoheitliches Handeln als Verursacher betrachtet werden, so namentlich bei einer rechtswidrigen Verletzung seiner Aufsichtspflicht». Eine solche liegt – in Anlehnung an das allgemeine Staatshaftungsrecht – dann vor, wenn eine wesentliche Amtspflicht verletzt, eine zwingend vorgeschriebene konkrete Aufsichtsmaßnahme unterlassen oder der Ermessensspielraum fehlerhaft oder in Missachtung allgemeiner Rechtsgrundsätze ausgeübt wurde<sup>127</sup>. Eine Pflicht zu staatlichem Eingreifen besteht namentlich dann, wenn ein Schadenseintritt ernsthaft zu befürchten ist. Erscheint es als sehr wahrscheinlich, dass ohne ein präventives polizeiliches Eingreifen eine Störung eintreten wird, so dürfen die Behörden den Zustand nicht länger dulden<sup>128</sup>.

Aus der blossen Erteilung einer Bewilligung für potenziell (abstrakt) gefährliche Anlagen oder Tätigkeiten resultiert dagegen noch keine Haftung des Gemeinwesens als Verhaltensstörer, wenn sich die abstrakte Gefahr später konkretisiert. Von einer grundsätzlichen Mitverantwortlichkeit des Gemeinwesens als Verhaltensstörer ist dagegen auszugehen, wenn das Gemeinwesen bei der Bewilligungserteilung mit einem privaten Deponieinhaber kooperiert, insbesondere indem es diesem auch öffentliche Entsorgungsaufgaben überantwortet<sup>129</sup>.

## c) Staatliche Ausfallhaftung

Wie erwähnt<sup>130</sup>, verneinte das Bundesgericht seit BGE 101 Ib 410 wiederholt eine solidarische Haftbarkeit von Verhaltens- und Zustandsstörern bei der öffentlich-rechtlichen Rückzahlungspflicht mit der Begründung, dass es im Polizeirecht nicht wie im Zivilrecht darum gehe, dem Geschädigten die Erlangung von Scha-

<sup>125</sup> *Tschannen/Frick*, Rechtsgutachten, S. 12. Vgl. hierzu Abschnitt 5. c) vorne.

<sup>126</sup> Vgl. vorne S. 138.

<sup>127</sup> URP 2000, 785 E.2.d m.w.H.; vgl. vorne S. 126.

<sup>128</sup> BGE vom 12.10.1990, ZBI 92/1991, 212 E.5.b, c; vgl. vorne S. 123 f.

<sup>129</sup> Vgl. *Dubs*, URP 1993, 299 sowie vorne S. 145.

<sup>130</sup> Vorne S. 123.

denersatz auf rasche und einfache Weise zu ermöglichen. Hat die zuständige Behörde demnach die Kostenanteile der einzelnen beteiligten Störer getrennt zu ermitteln und einzufordern, so trägt sie auch das Ausfallrisiko für einen allfällig nicht einbringlichen Anteil.

Die Lehre teilt diese Auffassung grossmehrheitlich<sup>131</sup>. Eine solidarische Haftbarkeit wird als Widerspruch gegen das Verursacherprinzip erachtet<sup>132</sup>. Nur zwei Autoren sehen die Möglichkeit differenzierterer Lösungen vor, indem in einer zweiten Kostenverteilungsverfügung die Ausfallkosten auf die «zahlungskräftigen» (und noch ermittelbaren) Verursacher «umgelegt» werden könnten, wobei *Stutz* hierbei «Grenzen» sieht, weil die Solidarhaftung nicht «durch die Hintertür» wieder eingeführt werden dürfe<sup>133</sup>. *Cummins* verlangt, dass bei einer solchen Kostenumlegung die zuvor festgestellten Verursachungsanteile zu berücksichtigen seien<sup>134</sup>.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist anzumerken, dass die Einführung einer solidarischen Haftbarkeit nicht ohne hinreichende gesetzliche Grundlage möglich wäre. Art. 2 USG und auch Art. 32d USG genügen hierzu nicht, vielmehr lässt das dort geregelte Verursacherprinzip auf eine anteilmässige Kostentragungspflicht im Umfang der jeweiligen Verursachungsanteile schliessen. Auch Art. 50 Abs. 1 OR genügt als gesetzliche Grundlage für eine solidarische Haftung bei öffentlich-rechtlichen Kostenersatzansprüchen nicht. Ein klarer Verweis auf diese zivilrechtliche Bestimmung im USG wäre hierfür zu fordern. Der neu geplante Art. 32d Abs. 2<sup>bis</sup> USG<sup>135</sup> soll nun die staatliche Ausfallhaftung, d.h. die fehlende Solidarität, explizit regeln<sup>136</sup>.

Von der staatlichen Ausfallhaftung erfasst wird grundsätzlich jeder «Ausfall» beim Vollzug der Kostenverteilungsverfügung, d.h. insbesondere der Wegfall eines Schuldners durch Löschung im Handelsregister; Zahlungsunfähigkeit (ohne Belangbarkeit eines Solidarschuldners); die Verjährung eines Kostenanteils; die unzulängliche Ermittelbarkeit eines Verursachungsanteils<sup>137</sup>.

<sup>131</sup> *Tschannen*, Komm. zu Art. 32d USG N 16, 32; *Romy*, S. 160 f.; *Baumgartner*, URP 2001, 844 f.; *Nef*, S. 392; *Hartmann/Eckert*, URP 1998, 632; *Budtger*, URP 1997, 304 f.; *Zaugg*, URP 1996, 492 f.

<sup>132</sup> *Romy*, S. 161.

<sup>133</sup> *Stutz*, URP 1997, 779.

<sup>134</sup> *Cummins*, S. 163.

<sup>135</sup> BBI 2003, 5008 ff.; vgl. vorne bei Anm. 41.

<sup>136</sup> Wünschbar wäre allerdings ein klarerer Gesetzeswortlaut: Massgeblich kann nicht sein, ob ein Kostenanteil «nicht auf die Verursacher aufgeteilt werden kann» (a.a.O., S. 5033); vielmehr greift die staatliche Ausfallhaftung stets dann, wenn der einem Mitverursacher zugewiesene Anteil – aus welchen Gründen auch immer – uneinbringlich ist.

<sup>137</sup> Vgl. vorne S. 136, 149.

## 10. Verfahrensrechtliches Vorgehen

Das Verfahren auf Erlass der Kostenverteilungsverfügung wird vom massgeblichen kantonalen Recht bestimmt<sup>138</sup>. In räumlicher Hinsicht wird am Ort der gelegenen Sache anzuknüpfen sein, d.h. am kostenverursachenden belasteten Standort<sup>139</sup>. Keine Anhaltspunkte ergeben sich aus der Literatur für die Frage der räumlichen Anknüpfung bei sekundären Altlastenherden, welche durch räumliche Ausbreitung einer ursprünglichen Altlast entstanden sind. Sind in einem solchen Fall Sanierungsmassnahmen in einem Drittkanton durchzuführen, so wird hierfür eine eigene Kostenverteilungsverfügung zu erlassen sein, wenn der Drittkanton, beispielsweise bei polizeilicher Dringlichkeit, die erforderlichen Abwehrmassnahmen selber verfügt.

Die Einleitung des Verfahrens auf Erlass einer Kostenverteilungsverfügung erfolgt auf Antrag des Sanierungspflichtigen (Art. 32d Abs. 3 USG) oder eventuell auch anderer (potenzieller) Verursacher<sup>140</sup>. Was den Zeitpunkt betrifft, so scheint aus Art. 17 lit. d AltIV hervorzugehen, dass der Antrag zusammen mit der Einreichung des Sanierungsprojektes erfolgen sollte. Es ist aber nicht ersichtlich, aus welchen Gründen nicht auch eine spätere Antragstellung möglich sein sollte<sup>141</sup>, insbesondere da ja die vollstreckbaren Geldbeträge erst nach Abschluss des Sanierungsverfahrens festgesetzt werden können<sup>142</sup>. Vorbehalten bleibt die Festsetzung einer Verwirkungsfrist aufgrund allgemeiner Rechtsgrundsätze<sup>143</sup>.

Zur Diskussion gestellt wird in der Literatur, ob die Kostenverteilungsverfügung durch einen (privat- oder verwaltungsrechtlichen) Vertrag ersetzt werden könne<sup>144</sup>. Privatrechtliche Vereinbarungen sind insofern unbedenklich, als die beteiligten Verursacher auf einen Antrag auf Erlass einer Kostenverteilungsverfügung überhaupt verzichten können. Der öffentlichrechtliche Anspruch, gegenüber der Behörde einen Antrag auf Erlass einer Kostenverteilungsverfügung zu stellen, wird durch einen solchen privatrechtlichen Vertrag nicht tangiert<sup>145</sup>.

Ein verwaltungsrechtlicher Vertrag kommt demgegenüber nur in Betracht, soweit öffentlichrechtliche Fragen zu regeln sind<sup>146</sup>. Dies ist namentlich der Fall,

wenn das Gemeinwesen selber als Verursacher an der Altlastensanierung beteiligt ist. In dieser Lage stellt sich die Frage, ob das Gemeinwesen gleichermaßen über eine Dispositionsfreiheit bezüglich der Regelung der Kostenverteilung verfügt, wie dies bei privaten Verursachern der Fall ist, oder ob das öffentliche Recht hier zwingende Schranken setzt. Die Literatur äussert sich zu dieser Frage nicht. Die Antwort ist unter Heranziehung allgemeiner Grundsätze zu suchen:

Die Freiheit des Gemeinwesens bei der vertraglichen Regelung finanzieller Leistungen hängt davon ab, ob das öffentliche Recht diese Geldleistung abschliessend regelt oder ob es für die Bemessung Spielräume offen lässt<sup>147</sup>. Eine zwingende öffentlichrechtliche Schranke ergibt sich im Altlastenrecht aus dem (auch verfassungsrechtlich garantierten) Verursacherprinzip, dessen Auslegungsspielräume nicht überschritten werden dürfen. Daneben sind auch die verfassungsrechtlichen Grundsätze der Wahrung des öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit und der Rechtsgleichheit zwingender Natur. Im Ergebnis wird sich das Gemeinwesen in einem altlastenrechtlichen Kostenverteilungsvertrag weder zu eigenen Leistungen verpflichten dürfen, die klarerweise ausserhalb dessen liegen, was von einem privaten (Verhaltens- oder Zustands-) Störer verlangt werden könnte, noch wird es sich vom privaten Vertragspartner Leistungen zusagen lassen dürfen, die nicht auch Gegenstand einer Kostenverteilungsverfügung bilden könnten und vom Legalitätsprinzip gedeckt sind<sup>148</sup>. Der vertragliche Regelungsspielraum ist also bei einem Kostenverteilungsvertrag zwischen Gemeinwesen und Privaten klarerweise enger als bei einem ausschliesslich unter Privaten abgeschlossenen Vertrag, wo auch vom Verursacherprinzip abweichende Vereinbarungen getroffen werden dürfen<sup>149</sup>.

Werden die zwingenden Schranken des öffentlichen Rechts missachtet, so führt dies allerdings nicht automatisch und in allen Fällen zur Nichtigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrags. Die Möglichkeit einer Anfechtung, insbesondere wegen Willensmängeln, wird aber beiden Parteien offenstehen<sup>150</sup>.

Nach Abschluss eines Kostenverteilungsvertrags stellt sich die Frage nach der Pflicht zu dessen Eröffnung gegenüber allfälligen beschwerdelegitimierten Drittpersonen. Im Verfahren auf Erlass einer Kostenverteilungsverfügung soll gemäss Lehre allen potenziellen Verursachern und weiteren beschwerdelegitimierten Personen sowie dem Gemeinwesen *Parteistellung* zukommen<sup>151</sup>. Der Anspruch

der Behörde bei der Kostenverteilung und weitere «rechtliche und/oder tatsächliche Unklarheiten» sein: S. 287, unter Verweis auf Häfelin/Müller (4. Aufl.: Rz. 1078).

<sup>147</sup> Vgl. z.B. für den ausserhalb des Enteignungsverfahrens abgeschlossenen Expropriationsvertrag Art. 55 Abs. 1 EntG; für steuerrechtliche Abkommen Häfelin/Müller, Rz. 1088 sowie BGE 121 II 273 E.1.c; für gerichtliche Vergleiche Häfelin/Müller, Rz. 1083 und Rhinow/Koller/Kiss, Rz. 877 u.a.

<sup>148</sup> Vgl. Häfelin/Müller, Rz. 1077.

<sup>149</sup> Stutz, URP 2001, 806.

<sup>150</sup> Vgl. Häfelin/Müller, Rz. 1111 ff.

<sup>151</sup> Tschannen, Komm. zu Art. 32d USG N 46.

<sup>138</sup> Tschannen, Komm. zu Art. 32d USG N 46.

<sup>139</sup> Cummins, S. 259; vgl. Häfelin/Müller, Rz. 359 ff.

<sup>140</sup> Tschannen, Komm. zu Art. 32d USG N 46; Stutz, URP 2001, 812.

<sup>141</sup> In diesem Sinne Stutz, URP 2001, S. 812 f.; Cummins, S. 73; vgl. auch Tschannen, Komm. zu Art. 32d USG N 47 und jetzt auch zur künftigen Neuregelung die UREK-N (vorne Anm. 41), S. 5029; a.M. Hartmann/Eckert, URP 1998, 621, wobei auch diese Autoren spätere Änderungen der Kostenverteilungsverfügung aufgrund neuer Tatsachen ausdrücklich vorbehalten.

<sup>142</sup> Vgl. Stutz, URP 2001, 823 f.; Cummins, S. 290 Fn 46.

<sup>143</sup> Stutz schlägt 5 Jahre ab Rechtskraft «der Sachverfügung» vor: URP 2001, 812.

<sup>144</sup> Cummins, S. 286 ff.; Stutz, URP 2001, 825 ff.

<sup>145</sup> Möglich sind aber vertraglich festgesetzte Konventionalstrafen, mit welchen verhindert werden soll, dass von diesem Anspruch Gebrauch gemacht wird: Stutz, URP 2001, 808.

<sup>146</sup> Vgl. Stutz, URP 2001, 826. Gemäss Cummins können Motiv und Gegenstand eines solchen verwaltungsrechtlichen Vertrags insbesondere die Handhabung des «relativ grossen Ermessens»

auf «automatische Zustellung» richtet sich allerdings nach den Bestimmungen des kantonalen Rechts<sup>152</sup>. Beim Vertragsschluss werden demgegenüber in aller Regel nur diejenigen Parteien ins Verfahren miteinbezogen, welche sich zur Beteiligung an der Kostentragung verpflichten. Die «Eröffnung» einer solchen Vereinbarung gegenüber weiteren potenziellen Verursachern, z.B. in Form einer bestätigenden, auf den Vertrag verweisenden Verfügung, erübrigt sich aber wohl deshalb, weil ein Anfechtungsinteresse von kostenmässig nicht belasteten Drittpersonen letztlich nicht ersichtlich ist<sup>153</sup>. Werden aufgrund späterer neuer Erkenntnisse ergänzende Anordnungen in Erwägung gezogen, so bleiben die Parteirechte allfälliger weiterer Mitverursacher unbenommen.

## Schlussfolgerungen

Die Auswertung von Lehre und Rechtsprechung zum polizeirechtlichen Störerprinzip und zu Art. 32d USG ergibt, dass bei der altlastenrechtlichen Kostenverteilung die Anteile der verschiedenen beteiligten Mitverursacher aufgrund einer differenzierten Analyse der jeweiligen Verantwortlichkeiten zu bemessen sind.

In der Rechtsprechung zum Störerprinzip finden sich Kostenanteile des Zustandsstörers von 20% bis zu zwei Dritteln, je nach Zustand der Anlage. Der Anteil der Verhaltensstörer bewegte sich demnach in der Grössenordnung von einem Drittel bis zu 80%. Auch da, wo ein Verursacher Verhaltensstörer und Zustandsstörer zugleich ist, werden ihm nicht notwendigerweise sämtliche Kosten überbunden. Bei einer Mehrheit von Verhaltensstörern muss, nebst einem eventuellen Verschulden, auch den jeweils bezogenen wirtschaftlichen Vorteilen Rechnung getragen werden.

Bei einer Deponie steht als hauptsächlicher Verursacher der Deponieinhaber im Vordergrund. Als weitere Verhaltensstörer kommen insbesondere frühere Grundeigentümer oder andere Nutzungsberechtigte in Frage, welche ihr Grundstück gegen Entgelt für die Nutzung als Deponie zur Verfügung stellten. Eine Einbeziehung der Abfallerzeuger in die Kostentragungspflicht ist dagegen – entgegen *Tschannen/Frick* – mangels Unmittelbarkeit der Verursachung abzulehnen. Dies gilt auch für «besonders gefährliche» Abfälle, da der Abfallinhaber auch bei solchen Abfällen durch Auswahl einer geeigneten Deponie und korrekte Deklaration seinen Verpflichtungen vollumfänglich nachkommt. Die Verantwortung für eine geeignete bauliche und betriebliche Ausgestaltung der Deponie im Hinblick auf die beabsichtigte Entgegennahme und Ablagerung solcher besonders gefährlicher Abfälle obliegt allein dem Deponieinhaber. In seine Risikosphäre fallen daher auch allfällige Verschärfungen gesetzlicher Vorschriften in diesem

<sup>152</sup> *Cummins*, S. 284.

<sup>153</sup> Vgl. *Cummins*, S. 298 betr. das als lediglich mittelbar qualifizierte Interesse einer allenfalls belangbaren Versicherung oder kreditgebenden Bank.

Bereich. Ebenfalls Aufgabe des Deponieinhabers ist es, die Deponie gegen illegale Ablagerungen und Sabotageakte zu sichern.

Bei ursprünglich gesetzeskonformen und mit behördlicher Bewilligung betriebenen Deponien kann sich die Überbindung der Gesamtkosten auf die beteiligten Verhaltens- und Zustandsstörer als unverhältnismässig und unzumutbar erweisen. Dies gilt jedenfalls insoweit, also ein Verursacher nicht mit einer möglichen späteren Verschärfung gesetzlicher Vorschriften rechnen musste, weil gar nicht sein eigener Verantwortungsbereich betroffen ist. Das Legalitätsprinzip würde eine extensive Interpretation des Verursacherbegriffs nicht zulassen. In diesem Sinne wäre die kostenmässige Belastung früherer Abfallerzeuger daher nur mit einer entsprechend klaren Gesetzesgrundlage zulässig.

## Literaturverzeichnis

- Urs L. Baumgartner*, Altlasten-Kostenverteilung aus privatrechtlicher Sicht, URP 2001, 835 ff.  
*Ursula Brunner/Pierre Tschannen*, in: Kommentar zum USG, Vorbemerkungen zu Art. 30–32e USG.  
*Michael Budliger*, Zur Kostenverteilung bei Altlastensanierung mit mehreren Verursachern. Die Regelung im revidierten USG und im Vorentwurf zur neuen Altlasten-Verordnung, URP 1997, 296 ff.  
*Mark Cummins*, Kostenverteilung bei Altlastensanierungen, Diss. Zürich 2000.  
*Hans Dubs*, Wer soll das bezahlen? – Die Finanzierung der Sanierung, URP 1993, 289 ff.  
*Peter Gauch/Eugen Spirig*, Obligationenrecht, Kommentar zu Art. 175–183 OR, Teilband V 1k, 3. Aufl., Zürich 1994.  
*Alain Griffel*, Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, Habil. Zürich 2001.  
*Jost Gross*, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., Bern 2001.  
*Fritz Gygi*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1976, Verwaltungsrecht, ZBJV 114/1978, 97 ff.  
*Ulrich Häfelin/Georg Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002.  
*Peter Hänni/Marco Scruzzi*, Realleistungs- und Kostentragungspflicht von Altlasten-Voruntersuchungen, Bemerkungen zum Urteil des BGr. vom 3. Mai 2000, BR 2000, 88 ff.  
*Jürg E. Hartmann/Martin K. Eckert*, Sanierungspflicht und Kostenverteilung bei der Sanierung von Altlasten-Standorten nach (neuem) Art. 32d USG und Altlastenverordnung, URP 1998, 603 ff.  
*Werner Hoppel/Martin Beckmann/Petra Kauch*, Umweltrecht, München 2000.  
*Max Imboden/Rene A. Rhinow*, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I: Allgemeiner Teil, Basel/Stuttgart 1976.  
*Blaise Knapp*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, Basel/Frankfurt a.M. 1992.  
*Lothar Knopp*, Bundes-Bodenschutzgesetz und erste Rechtsprechung, DÖV 2001, 441 ff.  
*Hans-Joachim Koch* (Hrsg.), Umweltrecht, Neuwied/Kriftel 2002.  
*Hans U. Liniger*, Rezension von *Mark Cummins*: Kostenverteilung bei Altlastensanierungen, Ausgleich unter Störern und Gemeinwesen im Spannungsverhältnis zwischen öffentlichem und privatem Recht, Diss. Zürich 2000, in: URP 2002, 802 ff.  
*Hans U. Liniger*, Unternehmensübernahmen aus umweltrechtlicher Sicht, in: *Rudolf Tschäni* (Hrsg.), Mergers and Acquisitions II, Zürich 2000, 95 ff. (zitiert: Unternehmensübernahmen).

*Paul Mutzner*, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Schlusstitel I. Abschnitt, Art. 1–50, Bern 1926.

*Urs Ch. Nef*, Die Kostenpflicht bei der Sanierung von historischen Altlasten, in: Das Recht in Raum und Zeit, Festschrift für *Martin Lendi*, Zürich 1998, 389 ff.

*Hans-Jürgen Papier*, Zur rückwirkenden Haftung des Rechtsnachfolgers für Altlasten, DVBl 1996, 125 ff.

*Giovanni Pelloni*, Privatrechtliche Haftung für Umweltschäden und Versicherung, Diss. Zürich 1993.

*René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss*, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996.

*Isabelle Romy*, Les sites contaminés, in: Institut pour le droit suisse et international de la construction, Journées suisses du droit de la construction 2003, 139 ff.

*Ivo Schwander*, Kommentar zu Art. 560 ZGB, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Basel/Frankfurt a.M. 1998.

*Hansjörg Seiler*, in: Kommentar zum USG, Komm. zu Art. 2.

*Hans W. Stutz*, Verfahrensfragen bei der Kostenverteilung, URP 2001, 798 ff.

*Hans W. Stutz*, Die Kostentragung der Sanierung – Art. 32d USG, URP 1997, 758 ff.

*Swiss Re (Jürg Spühler)*, Umweltversicherung für Unternehmen, Zürich 1999.

*Daniel Thürer*, Das Störerprinzip im Polizeirecht, ZSR 102 (1983) I 463 ff.

*Hans Rudolf Trüb*, in: Kommentar zum USG, Komm. zu Art. 59; zu Art. 59a.

*Rudolf Tschäni*, Kommentar zu Art. 181 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, Basel/Frankfurt a.M. 1994.

*Pierre Tschannen*, in: Kommentar zum USG, Komm. zu Art. 31c; zu Art. 32c; zu Art. 32d.

*Pierre Tschannen*, Grundfragen der Kostenverteilung nach Art. 32d USG, URP 2001, 774 ff.

*Pierre Tschannen/Martin Frick*, Der Verursacherbegriff nach Artikel 32d USG, Rechtsgutachten zuhanden des Bundesamtes für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL), Bern 11.9.2002; [www.umwelt-schweiz.ch/imperia/md/content/recht/berichte/gutachten-tschannen-de.pdf](http://www.umwelt-schweiz.ch/imperia/md/content/recht/berichte/gutachten-tschannen-de.pdf)

*Beatrice Wagner*, Das Verursacherprinzip im schweizerischen Umweltschutzrecht, ZSR 108 (1989) II 321 ff.

*Vereinigung für Umweltrecht/Helen Keller (Hrsg.)*, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Zürich 2002 (zitiert mit dem Namen des jeweiligen Autors).

*Marco Zaugg*, Altlasten – die neuen Bestimmungen, URP 1996, 481 ff.