

# RECHTSGUTACHTEN

über die Fragen,

ob im Falle der Sanierung der Asbestzementschlammhalde  
der ehemaligen Fulgurit-Werke in Wunstorf-Luthe  
bezüglich der Sanierungskosten ein Haftungsdurchgriff  
auf die Rechtsnachfolger der ehemaligen Fulgurit-Werke möglich ist,

und

ob der Eichriede-Projekt GmbH für die Sanierung  
Beihilfen aus dem  
Europäischen Fonds für regionale Entwicklung  
bewilligt werden können

Erstattet von

ASSESSOR DR. IUR. STEFAN BAUFELD,  
wissenschaftlicher Autor aus Isernhagen  
(vormaliger wissenschaftlicher Mitarbeiter  
an der FernUniversität in Hagen)

Erstattet für

die Fraktion DIE LINKE  
in der Regionsversammlung der Region Hannover

# Inhalt

1. Teil: Tatbestand und Gutachtensauftrag.....	3
A) Tatbestand.....	3
I) Für die Tatbestandsermittlung verfügbare Informationsquellen.....	3
II) Der Tatbestand.....	4
B) Gutachtensauftrag.....	8
I) Begutachtung der Möglichkeit eines „Haftungsdurchgriffs“.....	8
1.) Die Fragestellung.....	8
2.) Sachdienliche Auslegung des Umfangs der Fragestellung.....	8
II) Begutachtung der Voraussetzungen eines Antrags auf EFRE-Beihilfen.....	9
III) Umfang der verfügbaren Sachverhaltsangaben.....	9
2. Teil: Begutachtung der Möglichkeit eines „Haftungsdurchgriffs“.....	10
A) Verwaltungsrechtliche Möglichkeiten eines Haftungsdurchgriffs; mögliche Adressaten einer Sanierungsverfügung.....	10
I) Verwaltungsrechtliche Grundlage.....	10
II) Sanierungsverfügung nach § 10 Abs. 1 Satz 1 BBodSchG.....	10
1.) Möglichkeiten der Auswahl von Sanierungsverantwortlichen.....	10
2.) Anwendbarkeit des BBodSchG.....	11
a) Vorliegen einer schädlichen Bodenveränderung.....	11
b) Mögliche Anwendbarkeit des vorrangigen KrW-/ AbfG.....	11
aa) Die Halde als Deponie i.S.d. § 36 KrW-/ AbfG.....	12
bb) Bodenbezogener Regelungsgehalt von § 36 Abs. 2 Satz 1 KrW-/ AbfG.....	13
cc) Anwendbarkeit von § 36 Abs. 1 Satz 1 KrW-/ AbfG: Stilllegung einer Deponie.....	13
c) Zwischenergebnis zur Anwendbarkeit des BBodSchG.....	15
III) Rekultivierungs- und Sicherungsanordnung nach § 36 Abs. 2 Satz 1 KrW-/ AbfG.....	15
1.) Anwendbarkeit von § 36 Abs. 2 Satz 1 KrW-/ AbfG.....	16
2.) Rechtsfolgenseite; möglicher Regelungsinhalt der Verfügung.....	16
a) Rekultivierungsmaßnahmen nach § 36 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BBodSchG.....	16
b) Sicherungs- und Sanierungsmaßnahmen nach § 36 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 KrW-/ AbfG.....	17
c) Auswahl der verhältnismäßigen Maßnahme.....	17
3.) Sanierungspflichtige.....	18
4.) Zwischenergebnis zur Verfügung aufgrund § 36 Abs. 2 Satz 1 KrW-/ AbfG.....	19
IV) Ergebnis zu den verwaltungsrechtlichen Möglichkeiten des Haftungsdurchgriffs hinter die Fulgurit Holding GmbH.....	19
B) Zivilrechtliche Möglichkeiten des Haftungsdurchgriffs hinter die Fulgurit Holding GmbH.....	19
I) Gesellschaftsrechtlicher Haftungsdurchgriff wegen Unterkapitalisierung der Fulgurit Holding GmbH.....	19
1.) Erfüllung der Voraussetzungen der Durchgriffshaftung wegen Unterkapitalisierung.....	20
a) Herleitung der tatbestandlichen Voraussetzungen des Haftungsdurchgriffs.....	20
b) Erfüllung des objektiven Tatbestands der Unterkapitalisierung.....	22
c) Subjektiver Tatbestand der rechtsmissbräuchlichen Unterkapitalisierung.....	23
2.) Der Schuldner des Durchgriffsanspruchs.....	27
3.) Weiterer Ermittlungsbedarf.....	27
4.) Unsicherheiten der Prognose über die tatsächliche Realisierbarkeit der Durchgriffshaftung.....	27
5.) Zwischenergebnis zur Durchgriffshaftung.....	28

II) Haftung der Alleingesellschafterin wegen vorsätzlich sittenwidriger Schädigung.....	29
1.) Erfüllung des Tatbestands.....	29
a) Verstoß gegen die guten Sitten.....	29
b) Vorsatz.....	29
c) Schaden.....	29
2.) Schuldner des Ersatzanspruchs.....	30
3.) Verwirklichung des Anspruchs.....	30
4.) Begründetheit einer möglichen Verjährungseinrede durch die Schuldnerin.....	31
5.) Weiterer Ermittlungsbedarf.....	32
6.) Zwischenergebnis zur Haftung wegen vorsätzlich sittenwidriger Schädigung.....	32
III) Haftung der Alleingesellschafterin wegen Missbrauchs ihrer Leitungsmacht.....	33
1.) Vorliegen eines faktischen Konzerns.....	33
2.) Verstoß des beherrschenden Unternehmens gegen das konzernrechtliche Nachteilsverbot.....	34
3.) Gläubiger und Verwirklichung des Anspruchs.....	34
4.) Weiterer Ermittlungsbedarf und Zwischenergebnis.....	35
IV) Zwischenergebnis zur zivilrechtlichen Haftung.....	35
C) Ergebnis der Begutachtung eines Haftungsdurchgriffs hinter die Fulgurit Holding GmbH.....	35

3. Teil: Erfolgsaussichten eines Antrags der Eichriede-Projekt GmbH auf Beihilfen aus dem Europäischen Fonds für regionale Entwicklung.....	37
A) Das einschlägige Förderprogramm.....	37
I) Auswahl des Förderprogramms.....	37
II) Inhalt der Förderrichtlinie.....	37
III) Verfahren der Auslegung der Richtlinie und Sicherheit der Entscheidungsprognose.....	38
B) Beurteilung möglicher Förderhindernisse.....	38
I) Förderhindernis persönliche Verantwortlichkeit des Antragstellers.....	38
II) Förderung bei Unmöglichkeit der Heranziehung des ordnungsrechtlich Verantwortlichen....	39
4. Teil: Ergebnisse des Gutachtens.....	42
A) Ergebnisse zum Haftungsdurchgriff hinter die Fulgurit Holding GmbH.....	42
B) Ergebnisse zur Möglichkeit von EFRE-Beihilfen für die Eichriede-Projekt GmbH.....	43

## 1. Teil: Tatbestand und Gutachtensauftrag

### A) Tatbestand

#### I) Für die Tatbestandsermittlung verfügbare Informationsquellen

Dem Gutachter standen für die Ermittlung des zu begutachtenden Sachverhalts ein Sachstandsbericht, in dem die Verwaltung der Region Hannover unter dem 07.11.2007 dem Ausschuss für Umwelt und Naherholung und dem Ausschuss für Abfallwirtschaft in der zu begutachtenden Angelegenheit unter Tatsachenvortrag berichtet hat<sup>1</sup>, sowie eine Beschlussdrucksache, in der die Verwaltung der Region Hannover vorbenannten Ausschüssen und dem Regionsausschuss Beschlussvorschläge unterbreitet und unter weiterem Tatsachenvortrag begründet<sup>2</sup>. Weiterhin wurden dem Gutachter von der Auftraggeberin weitere Drucksachen der Region Hannover überlassen.<sup>3</sup> Über die wesentlichen Aspekte der Historie der Ablagerung der Deponie konnte sich der Gutachter anhand der Wiedergabe des Sachstandsberichts der Regionsverwaltung im Protokoll der Sitzung des Ausschusses für Umwelt und Naherholung vom 22.01.2008 informieren.<sup>4</sup> Schließlich stand dem Gutachter ein weiteres Protokoll einer Ausschusssitzung<sup>5</sup> zur Verfügung, das in zwei Anlagen die Abdrucke der Präsentation enthält, mit der die Verwaltung der Region dem Ausschuss über den Sachstand berichtete.<sup>6</sup>

Weiterhin nahm der Gutachter am 31.03.2008 an einer Bürgerinformationsveranstaltung im Schulzentrum Isernhagen<sup>7</sup> teil, wo er auch eigene Fragen zur Rechtsansicht der Regionsverwaltung hinsichtlich der für die Sanierung der Asbestzementschlammhalde in Wunstorf-Luthe Verantwortlichen und deren Pflicht zur Tragung der Sanierungskosten gestellt hat. Dies war jedoch vor Erteilung des Gutachtensauftrags, sodass der Gutachter nicht gezielt nach den Lücken und Unklarheiten, die in den Sachstandsberichten der Regionsverwaltung vorhanden sind, fragen konnte.

Um die Angaben zur Wanit Fulgurit GmbH und die Adresse der Fulgurit Baustoffe GmbH zu ermitteln, führte der Gutachter eigene Recherchen im Internet durch.

- 
- 1 *Region Hannover, Der Regionspräsident, Fachbereich Umwelt, Sachstandsbericht zur Sanierung der Asbestzementschlammhalde des ehem. Fulgurit-Werks in Wunstorf-Luthe, Informationsdrucksache Nr. II 562/2007 vom 07.11.2007.*
  - 2 *Region Hannover, Der Regionspräsident, Fachbereich Umwelt, Fulgurit - Asbestzementschlammhalde in Wunstorf-Luthe, Beschlussdrucksache Nr. II 6/2008 vom 06.02.2008.*
  - 3 *Region Hannover, Der Regionspräsident, Sanierung der Asbestschlammdeponie Wunstorf-Luthe (ehemals Fulgurit-Werke, heute Eichriede-Projekt GmbH), Antwort auf die Anfrage des Regionsabgeordneten Bernhard Klockow von 4. September 2007, Informationsdrucksache Nr. II 390/2007 vom 05.09.2007.*
  - 4 *Region Hannover, Ausschuss für Umwelt und Naherholung, Niederschrift über die öffentliche Sitzung am 22.01.2008, vom 29.01.2008. Dem Dokument liegen die Ausdrücke einer Präsentation der Verwaltung an, aus denen sich die Geschichte der Asbestablagerungen und der bisherigen Sicherungs- und Sanierungsaktivitäten ergibt.*
  - 5 Leider fehlte das erste Blatt des Protokolls, sodass nicht anzugeben ist, um welche Ausschusssitzung es sich handelte.
  - 6 Im Folgenden wird das Dokument zitiert als: *Region Hannover, Protokoll über die Ausschusssitzung, Anlage I oder Anlage II.*
  - 7 Vgl. zu dieser Informationsveranstaltung: *Felix Harbart, Anwohner kritisieren Asbesthalde in Lahe. „Werden zum Ablageplatz der Region/Ausschuss entscheidet Mitte April über Verlagerung, Hannoversche Allgemeine Zeitung (HAZ) vom 01.01.2008, S. 18 und Ariane Arndt, Transporte sorgen für Unmut. Geplante Einlagerung von Asbestschlamm in Lahe empört viele Isernhagener Bürger, HAZ - Nordhannoversche Zeitung vom 02.02.2008, S. 11.*

## II) Der Tatbestand

Seit ca. 1935 bis ca. 1973 lagerte das ehemalige Fulgurit-Werk in Wunstorf-Luthe Produktionsrückstände haldenförmig auf seinem Betriebsgrundstück ab.<sup>8</sup> Bei diesen Rückständen handelt es sich um asbestzementhaltige Schlämme, die in einem Filterungsprozess anfielen und nicht für eine weitere Verarbeitung im Betrieb verwendet werden konnten.<sup>9</sup> Insgesamt wurden ca. 160.000t Asbestzementschlamm aufgehaldet.<sup>10</sup> Der Anteil an Chrysotilasbest in diesem Zementschlamm beträgt bis zu ca. 7%.<sup>11</sup> Z.T. wurden in den Proben auffällig hohe Gehalte an Chrom festgestellt<sup>2</sup>

Zur abstrakten Gefährlichkeit führt die Verwaltung der Region Hannover aus: „Chrysotilasbest (Weißasbest) ist ein natürlich vorkommendes Silikat mit sehr feinen Fasern (bis zu 0,03 µm stark). Es besteht die Gefahr ernster Gesundheitsschäden (Einschränkungen der Lungenfunktion, Krebs) bei längerer Exposition durch Einatmen, da die Fasern in der Lunge weder chemisch zerstört noch ausgeatmet werden und zeitlebens in der Lunge verbleiben.“<sup>43</sup>

Die Halde in Wunstorf-Luthe wurde mit einer maximal 5cm dicken Schicht aus Spritzmulch (Gemisch aus Boden, Mulch und Grassamen) überzogen. Sie ist mit Buschwerk und Bäumen bewachsen und - da über das Umgebungsniveau hinausragend - der Erosion durch Wind und Niederschläge ausgesetzt. Durch Sturm könnten Bäume umgerissen und entwurzelt werden; die herausreisenden Wurzeln könnten zu einem Aufbrechen der Spritzmulchoberfläche führen<sup>4</sup>

Beim Aufbrechen der Mulchoberfläche können sich folgende Gefahren realisieren: Umstürzende Bäume könnten Haldenmaterial an die Oberfläche befördern. Es bestünde die Gefahr des Abwehens asbesthaltigen Haldenguts.<sup>15</sup> Das unter der Mulchdecke befindliche Haldengut setzt aufgrund seiner Feuchte keine Asbestfasern in die Atemluft frei. An die Haldenoberfläche beförderter Zementschlamm kann austrocknen und abwehen. Weiterhin kann durch die offene Mulchdecke Niederschlagswasser in den Haldenkörper eindringen. Dort bildet sich alkalisches Sickerwasser, das im Grundwasserbereich geogen vorhandenes Arsen mobilisiert und zu einer Grundwasserbelastung führt.<sup>16</sup>

„Die Asbestzementschlammhalde ist abfallrechtlich nie genehmigt worden. Sie bestand bei Inkrafttreten der ersten einschlägigen abfallrechtlichen Norm, des Abfallgesetzes vom 27.08.1986, bereits als betriebseigene Beseitigungsanlage. Das Fulgurit-Werk war eine nach Immissionsschutzrecht genehmigungsbedürftige Anlage. Es wurde zwar ca. 1967 eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung beantragt, eine erteilte Betriebsgenehmigung konnte jedoch nicht recherchiert werden.

Nach Auffassung der Regionsverwaltung lag die überwachungsrechtliche Zuständigkeit für das Werk einschließlich der Halde bis zur Werksschließung beim Staatlichen Gewerbeaufsichtsamt Hannover. Danach war bis zur Gründung der Region Hannover die ehemalige Bezirksregierung Hannover die zuständige Abfallbehörde für die Betriebsdeponie.

Das Gewerbeaufsichtsamt hat 1978, 1981 und 1984 veranlasst, dass die Halde vollständig mit Spritzmulch abgedeckt wird. Die Bezirksregierung hat 1998 erwogen, eine Abdeckung der Halde mit einer Deponiefolie anzuordnen, letztlich aber wegen technischer Probleme davon Abstand ge-

8 Vgl. zu den Daten *Region Hannover, Ausschuss für Umwelt und Naherholung*, Niederschrift über die öffentliche Sitzung am 22.01.2008 (Fn. 4), Anlage: Präsentation der Verwaltung.

9 *Region Hannover*, Informationsdrucksache Nr. II 562/2007 (Fn. 1), Pkt. 1.

10 *Region Hannover*, Protokoll über die Ausschusssitzung (Fn. 6), Anlage I.

11 *Region Hannover*, Beschlussdrucksache Nr. II 6/2008 (Fn. 2), Pkt. 4.

12 *Region Hannover*, Protokoll über die Ausschusssitzung (Fn. 6), Anlage I.

13 *Region Hannover*, Informationsdrucksache Nr. II 562/2007 (Fn. 1), Pkt. 1.

14 *Region Hannover*, Informationsdrucksache Nr. II 562/2007 (Fn. 1), Pkt. 1.

15 *Region Hannover*, Beschlussdrucksache Nr. II 6/2008 (Fn. 2), Pkt. 1.

16 *Region Hannover*, Informationsdrucksache Nr. II 562/2007 (Fn. 1), Pkt. 1; *Region Hannover*, Beschlussdrucksache Nr. II 6/2008 (Fn. 2), Pkt. 1.

nommen und nur eine Einzäunung des Grundstücks angeordnet, um die Halde gegen Betreten und Eingriffe von außen zu schützen.“<sup>17</sup> Zwischen 1978 und 1995 fanden mehrere behördliche Begehungen auf dem Haldengrundstück statt. 1995 nahm der Landkreis Hannover eine Gefährdungsabschätzung vor.<sup>18</sup>

Das Betriebsgelände der ehemaligen Fulgurit-Werke umfasste ca. 50.000 qm; das Haldengrundstück war lediglich eine Teilfläche davon. Im Zuge der Einstellung des Produktionsbetriebs kam es in den 1990er Jahren zu Verkäufen mehrerer Parzellen des Gesamtareals. Zwischen 1996 und 2004 wurden mehrere Teilungen von Parzellen durchgeführt.<sup>19</sup>

Das Haldengrundstück stand – seit wann lässt sich dem dem Gutachter bekannten Sachverhalt nicht entnehmen – im Eigentum der Fulgurit GmbH & Co. Verwaltungs- und Beteiligungskommanditgesellschaft. Von ihr wurde das Grundstück am 26.07.2005 zum symbolischen Preis von 1€ an die Eichriede-Projekt GmbH veräußert.<sup>20</sup>

Die von der Verwaltung der Region Hannover gemachten Angaben zur Gesellschafterstruktur der Eichriede-Projekt GmbH sind teilweise widersprüchlich: Im zeitlich früheren Sachstandsbericht werden als Gesellschafter die Fulgurit GmbH & Co. Verwaltungs- und Beteiligungskommanditgesellschaft und die Neukirch Logistics GmbH genannt.<sup>21</sup> In der zeitlich späteren Begründung der Beschlussdrucksache wird die Beteiligungsstruktur so dargestellt: Alleinige Gesellschafterin der Eichriede-Projekt GmbH sei die TQS GmbH, deren Gesellschafter die Inhaber der Neukirch Logistics GmbH seien. Nach Beendigung der Grundstücksübergabe an die Eichriede-Projekt GmbH sei die Fulgurit GmbH & Co. Verwaltungs- und Beteiligungskommanditgesellschaft durch Verschmelzung in ihrer alleinigen Gesellschafterin – der Fulgurit Holding GmbH – aufgegangen.<sup>22</sup> Letzterer Vortrag der Regionsverwaltung erscheint als der glaubhafte. Denn er stimmt den erheblich detaillierteren Angaben der Verwaltung im Sachstandsbericht vor dem Ausschuss überein. Dort wird als Gesellschafterin der Eichriede-Projekt GmbH die TQS GmbH Wunstorf angegeben. Als Gesellschafter der TQS GmbH werden Oskar und Siegfried Neukirch – die Inhaber der Neukirch Logistics GmbH – benannt. Das Stammkapital der Eichriede-Projekt GmbH soll 26.000€ betragen, das der TQS GmbH wird von der Verwaltung mit 500.000€ beziffert.<sup>23</sup>

Gesellschaftszweck der Eichriede-Projekt GmbH ist die Verfügbarmachung des Haldengrundstücks für die gewerbliche Nutzung durch die Neukirch Logistics GmbH, deren derzeitiges Betriebsgelände an das Haldengrundstück grenzt. Die Neukirch Logistics GmbH möchte nach Sanierung der Halde das Haldengrundstück mit einer Lagerhalle bebauen.<sup>24</sup>

Die Regionsverwaltung konnte folgende Nebenabrede zum Grundstücksübergabevertrag ermitteln: „TQS GmbH und Fulgurit Holding GmbH haben vereinbart, dass die Gesellschaftsanteile der TQS an der Eichriede-Projekt GmbH bis zum 30.06.2008 an die Fulgurit übertragen werden können und sollen, wenn der Anteil der TQS an den Sanierungskosten für die Asbestzement-schlammhalde den Verkaufswert des Haldengrundstücks nach der Entsorgung übersteigen oder wenn im Zusammenhang mit der Sanierung behördliche Auflagen erfolgen, die als unzumutbar zu bewerten sind.“<sup>25</sup> Was unzumutbare Auflagen in diesem Sinne sein sollten, haben die Vertrags-

---

17 *Region Hannover*, Informationsdrucksache Nr. II 562/2007 (Fn. 1), Pkt. 5.

18 Vgl. zu den Daten *Region Hannover*, Ausschuss für Umwelt und Naherholung, Niederschrift über die öffentliche Sitzung am 22.01.2008 (Fn. 4), Anlage: Präsentation der Verwaltung.

19 *Region Hannover*, Informationsdrucksache Nr. II 390/2007 (Fn. 3), Pkt. 2.

20 *Region Hannover*, Beschlussdrucksache Nr. II 6/2008 (Fn. 2), Pkt. 10.

21 *Region Hannover*, Informationsdrucksache Nr. II 562/2007 (Fn. 1), Pkt. 3.

22 *Region Hannover*, Beschlussdrucksache Nr. II 6/2008 (Fn. 2), Pkt. 10.

23 *Region Hannover*, Protokoll über die Ausschusssitzung (Fn. 6), Anlage II.

24 *Region Hannover*, Informationsdrucksache Nr. II 562/2007 (Fn. 1), Pkt. 3.

25 *Region Hannover*, Beschlussdrucksache Nr. II 6/2008 (Fn. 2), Pkt. 10.

partner authentisch interpretiert: „Wenn die einvernehmlich angestrebte Abtragung der Halde – aus welchen Gründen auch immer – nicht realisiert werden sollte, würde das Grundstückseigentum von der Eichriede-Projekt GmbH wieder an die Fulgurit zurückfallen.“<sup>26</sup>

Nach einer Darstellung der Regionsverwaltung hat die Eichriede-Projekt GmbH die Stilllegung gemäß § 36 Abs.1 KrW-/AbfG angezeigt.<sup>27</sup> Nach anderer Darstellung der Verwaltung habe die Firma Fulgurit besagten Antrag im Jahre 2007 gestellt.<sup>28</sup> Seitdem befindet sich die Halde nach § 36 Abs. 1 S. 1 KrW-/AbfG in der Stilllegungsphase nach § 2 Nr. 28 der Verordnung über Deponien und Langzeitlager (DepV).<sup>29</sup> Eine endgültige Stilllegung der Deponie gem. § 36 Abs. 3 KrW-/AbfG kann von der Region als zuständige Abfallbehörde noch nicht festgestellt werden. Dem stehen die weiterhin bestehende Abwehungs- und Grundwassergefahr entgegen.<sup>30</sup> Damit müsste die Region Hannover Sicherungs- und Sanierungsmaßnahmen anordnen; erst danach kann die Stilllegung festgestellt werden. Als Adressat entsprechender Anordnungen käme die Fulgurit Holding GmbH in Betracht.

Die Regionsverwaltung hat die Liquiditätssituation der Fulgurit Holding GmbH überprüft und gelangte zu der Einschätzung, dass weder das vorhandene Kapital noch die zukünftig zu erwartenden Einnahmen dazu hinreichen werden, die Kosten einer Sanierung der Halde aufzubringen.<sup>31</sup> Das von der Regionsverwaltung angegebene Stammkapital der Gesellschaft von 64.000€<sup>32</sup> reicht für die Sanierungskosten nicht hin. Hieraus ergäbe sich für die Möglichkeit der Beitreibung der Sanierungskosten nach Ansicht der Regionsverwaltung das folgende Szenario: Es „wäre davon auszugehen, dass die als Deponieinhaberin zu verpflichtende Fulgurit Holding GmbH wirtschaftlich nicht in der Lage wäre, die aufzuerlegenden Verpflichtungen zu erfüllen. Die Fulgurit Holding GmbH würde Insolvenz anmelden müssen. In diesem Fall wäre die Region als Abfallbehörde verpflichtet, im Wege der Ersatzvornahme die angeordneten Sicherungsmaßnahmen selbst durchzuführen, ohne die aufzuwendenden Kosten von dem verpflichteten Deponiebetreiber erstattet zu bekommen“.<sup>33</sup>

Obwohl mehrere Konzepte einer Sanierung der Halde vor Ort – Einhausung mittels Betonsarkophags und Abdeckung und Hangsicherung durch Spundwände – realisierbar und geeignet wären, die Grundwasser- und Asbestgefahren zu beseitigen<sup>34</sup>, will die Regionsverwaltung ein anderes Sanierungskonzept vom Regionsausschuss beschließen lassen. Neben dem in der Begründung der Beschlussempfehlung genannten Motiv angeblich fehlender Refinanzierungsmöglichkeiten für die Kosten einer Ersatzvornahme wurde schon im September 2007 von der Regionsverwaltung ein weiteres Motiv dafür, eine Sanierung vor Ort weiter zu prüfen, genannt: Die Verwaltung verfolge diese Variante nicht weiter, weil es dafür keine Förderung des Landes und aus dem Europäischen Fonds für regionale Entwicklung sowie keine positiven ökonomischen Effekte für den Logistikstandort Wunstorf gäbe.<sup>35</sup> Die Deponie soll – da dies angeblich ohne Gesundheitsgefahren vonstaten gehen kann – abgetragen und das asbesthaltige Deponiegut in der Deponie Hannover-Lahe

26 *Region Hannover*, Informationsdrucksache Nr. II 562/2007 (Fn. 1), Pkt. 3.

27 *Region Hannover*, Informationsdrucksache Nr. II 562/2007 (Fn. 1), Pkt. 3.

28 Vgl. zu den Daten *Region Hannover, Ausschuss für Umwelt und Naherholung*, Niederschrift über die öffentliche Sitzung am 22.01.2008 (Fn. 4), Anlage: Präsentation der Verwaltung.

29 *Region Hannover*, Beschlussdrucksache Nr. II 6/2008 (Fn. 2), Pkt. 2.

30 Das ist auch die Ansicht der Regionsverwaltung: *Region Hannover*, Beschlussdrucksache Nr. II 6/2008 (Fn. 2), Pkt. 2.

31 So die Angaben der Vertreter der Regionsverwaltung in der Bürgerinformationsveranstaltung am 31.03.2008 und in *Region Hannover*, Informationsdrucksache Nr. II 562/2007 (Fn. 1), Pkt. 3 sowie in *Region Hannover*, Beschlussdrucksache Nr. II 6/2008 (Fn. 2), Pkt. 10.

32 *Region Hannover*, Protokoll über die Ausschusssitzung, Anlage II.

33 *Region Hannover*, Beschlussdrucksache Nr. II 6/2008 (Fn. 2), Pkt. 2.

34 So für die Sarkophag-Variante *Region Hannover*, Informationsdrucksache Nr. II 562/2007 (Fn. 1), Pkt. 2 und für alle untersuchten Konzepte *Region Hannover*, Beschlussdrucksache Nr. II 6/2008 (Fn. 2), Pkt. 6.

35 *Region Hannover*, Informationsdrucksache Nr. II 390/2007 (Fn. 3), Pkt. 5. u. 6.

endgelagert werden.<sup>36</sup> Hierbei soll der Regionsausschuss ein Durchführungs- und Finanzierungsmodell für die Sanierung beschließen, bei dem der Region Hannover voraussichtlich geringere Kosten entstehen, als dies bei der (von der Regionsverwaltung angenommenen) Uneinbringlichkeit der Kosten für die Sanierung vor Ort von 5 Mio. € (Variante Spundwand) bzw. 8,2 Mio. € (Variante Sarkophag)<sup>37</sup> der Fall wäre:

„Wenn die Asbestzementschlammhalde nicht an Ort und Stelle dauerhaft gesichert, sondern abgetragen und das Haldenmaterial in einer dafür zugelassenen Deponie abgelagert wird, eröffnet sich die Möglichkeit, das Haldengrundstück, das gegenwärtig als nicht überbaubare Industriefläche planungsrechtlich ausgewiesen ist, durch Sanierung gewerblich nutzbar zu machen. Sofern ein derartiges Vorhaben von einer Rechtsperson freiwillig, d.h. ohne rechtlich dazu verpflichtet zu sein, durchgeführt wird, eröffnet sich die Möglichkeit, eine Zuwendung des Landes Niedersachsen aus Mitteln des Europäischen Fonds für regionale Entwicklung (EFRE) und aus landeseigenen Mitteln zu erhalten.

Unmittelbar an das Grundstück der Fulgurit-Halde grenzen Gewerbeflächen der Spedition Neukirch. Die Spedition Neukirch ist interessiert, nach Abtragung der Halde das Grundstück gewerblich für den Bau einer Lagerhalle zu nutzen und ist bereit, die Abtragung der Halde durchführen zu lassen, wenn der Eigenanteil an den Kosten des Projektes den fiktiven Aufwand für einen Erwerb des baureifen Grundstücks nicht übersteigt.“<sup>38</sup>

„Anstelle einer abfallrechtlichen Sicherungsanordnung soll ein Sicherungs-/Sanierungsvertrag mit der Fulgurit Holding GmbH als verantwortlichem Deponieinhaber geschlossen werden. In diesem subordinationsrechtlichen Vertrag sind alle für eine Feststellung der endgültigen Stilllegung gem. § 36 Abs. 3 KrW-/AbfG erforderlichen Sicherungs- und Sanierungsmaßnahmen verbindlich zu regeln. Öffentlich-rechtlich verpflichtet für alle erforderlichen Sicherungs-/Sanierungsmaßnahmen bleibt die Fulgurit Holding GmbH.“<sup>39</sup>

„In einem zweiten privatrechtlichen Finanzierungs- und Durchführungsvertrag sollen die Durchführung der Sicherungs-/Sanierungsmaßnahmen durch die Eichriede-Projekt GmbH und die Finanzierungsmodalitäten des Projektes geregelt werden.

Die Gesamtkosten des Projektes sind von der BIG mit netto ca. 5 Mio. € ermittelt worden. Sie sollen durch EFRE-Mittel in Höhe von 2,5 Mio. €, Landesmittel in Höhe von 1,0 Mio. €, einem Investitionskostenzuschuss der Region in Höhe 0,5 Mio. €, einem noch nicht feststehenden Investitionskostenzuschuss der Stadt Wunstorf und im Übrigen von der Eichriede-Projekt GmbH finanziert werden.“<sup>40</sup>

„Die Verwaltung wird die Freigabe der Haushaltsmittel [= die von der Region zu übernehmenden Sanierungskosten<sup>41</sup>] erst dann beantragen, wenn ein Sicherungs-/Sanierungsvertrag mit der Fulgurit Holding GmbH abgeschlossen ist und parallel dem Abschluss eines Finanzierungs- und Durchführungsvertrages mit der Eichriede-Projekt GmbH zugestimmt wird.

Ungeachtet des Finanzierungsvorbehalts sind die beantragten Beschlüsse bereits jetzt erforderlich, da der EFRE-Förderantrag durch die Eichriede-Projekt GmbH bis Ende April 2008 gestellt sein muss.“<sup>42</sup>

Zur Geschichte der gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse der verschiedenen unter dem Namen Fulgurit firmierenden Unternehmen hat die Regionsverwaltung folgende Ermittlungsergebnisse bekannt gegeben: Wann und von wem die Fulgurit Holding GmbH gegründet wurde, hat die Verwaltung ebensowenig dargelegt wie deren satzungsmäßigen Zweck. Derzeitige Alleingeschäftlerin der mit einem Stammkapital von 64.000€ ausgestatteten Fulgurit Holding GmbH ist die Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH mit Sitz in Steyerberg. Die Fulgurit Holding GmbH war Komplementärin der Fulgurit GmbH & Co. Verwaltungs- und Beteiligungskommanditgesell-

36 *Region Hannover*, Beschlussdrucksache Nr. II 6/2008 (Fn. 2), Pkt. 5.

37 Vgl. zu den Kostenprognosen *Region Hannover*, Beschlussdrucksache Nr. II 6/2008 (Fn. 2), Pkt. 6 und *Region Hannover*, Protokoll über die Ausschusssitzung (Fn. 6), Anlage I.

38 *Region Hannover*, Beschlussdrucksache Nr. II 6/2008 (Fn. 2), Pkt. 3.

39 *Region Hannover*, Beschlussdrucksache Nr. II 6/2008 (Fn. 2), Pkt. 8.

40 *Region Hannover*, Beschlussdrucksache Nr. II 6/2008 (Fn. 2), Pkt. 9.

41 *Region Hannover*, Beschlussdrucksache Nr. II 6/2008 (Fn. 2), Pkt. 11, 1. Abs.

42 *Region Hannover*, Beschlussdrucksache Nr. II 6/2008 (Fn. 2), Pkt. 11.

schaft, deren Kommanditistin die Eichriede-Projekt GmbH war. Die Fulgurit Holding GmbH ersetzte später die Eichriede-Projekt GmbH als alleinige Kommanditistin der Fulgurit GmbH & Co. Verwaltungs- und Beteiligungskommanditgesellschaft. Durch Verschmelzung der Fulgurit Holding GmbH mit der sonach von ihr vollständig und alleinig gehaltenen Fulgurit GmbH & Co. Verwaltungs- und Beteiligungskommanditgesellschaft ging letztere Gesellschaft in der Fulgurit Holding GmbH auf.<sup>43</sup>

Die Regionsverwaltung hat keinerlei Ermittlungsergebnisse vorgelegt, aus denen sich die Gründer, der Gesellschaftszweck und die ursprüngliche Kapitalausstattung der Fulgurit GmbH & Co. Verwaltungs- und Beteiligungskommanditgesellschaft und der Fulgurit Holding GmbH ergeben. Ebenso blieb unaufgeklärt, in welcher gesellschaftsrechtlichen Beziehung beide Unternehmen zu den weiteren Unternehmen, die noch heute unter dem Namen Fulgurit firmieren und geschäftlich tätig sind, standen und heute stehen.

Nach Recherchen des Gutachters im Internet besteht noch eine Wanit Fulgurit GmbH, deren Sitz Wunstorf, Eichriede 4 ist. Dieser Sitz befindet sich in unmittelbarer Nähe zum in der gleichen Straße - Eichriede - befindlichen Deponiegrundstück. Weiterhin ließ sich eine Fulgurit Baustoffe GmbH mit Sitz in Wunstorf, Eichriede 1 ermitteln. Insbesondere die Wanit Fulgurit GmbH scheint erfolgreich am internationalen Baustoffmarkt tätig zu sein: Sie unterhält Büros und Niederlassungen im gesamten Bundesgebiet und darüber hinaus z.B. im Baltikum. Im Auslandsgeschäft arbeitet sie erfolgreich mit der Eternit AG zusammen. Der Regionspräsident erklärte in der Bürgerinformationsveranstaltung am 31.03.2008 sinngemäß lediglich, dass das Unternehmen, das die Halde aufgeschüttet hat bzw. deren Geschäftsnachfolger noch immer finanziell sehr erfolgreich am Markt seien. Nur die Fulgurit Holding GmbH tätige keine nennenswerten Umsätze und habe kein nennenswertes Vermögen. Bisher nicht ermittelt ist, wie die heute bestehenden Unternehmen aus gemeinsamen Vorgängerunternehmen - insbesondere dem die Ablagerung verursachenden - hervorgegangen sind und wie die gegenwärtigen Eigentums- und Beherrschungsstrukturen zwischen den Unternehmen, die den Namen Fulgurit in der Firma führen, beschaffen sind.

## **B) Gutachtensauftrag**

Die Fraktion DIE LINKE in der Regionsversammlung der Region Hannover hat dem Gutachter zwei Fragen vorgelegt.

### *1) Begutachtung der Möglichkeit eines „Haftungsdurchgriffs“*

#### *1.) Die Fragestellung*

Die erste Gutachtensfrage lautet: „Ist die rechtliche Durchgriffshaftung auf Fulgurit bzw. dessen Nachfolger bei der Fulgurit GmbH (Betreiberin der Deponie) zu Sicherungs- bzw. Sanierungsmaßnahmen möglich?“

#### *2.) Sachdienliche Auslegung des Umfangs der Fragestellung*

Die Frage dient der Verifikation der Begründung, die die Regionsverwaltung für ihren Vorschlag eines Sanierungs- und Finanzierungskonzepts gegeben hat. Die fragende Fraktion möchte wissen, ob die Region Hannover im Falle des Erlasses einer Sanierungsverfügung und deren anschließenden

---

<sup>43</sup> Region Hannover, Protokoll über die Ausschusssitzung (Fn. 6), Anlage II.

der Vollstreckung im Wege der Ersatzvornahme die Kosten für letztere nicht vom Sanierungsverpflichteten ersetzt bekommen könnte. Denn nur in diesem Falle hielte die Fragende es für politisch und haushalterisch vertretbar, Mittel aus öffentlichen Haushalten für die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten privater Unternehmen bereitzustellen. Um keine praktisch Erfolg versprechende Handlungsmöglichkeit der Region Hannover auszuschließen, bedarf die Gutachtensfrage sachdienlicherweise einer weiten Auslegung.

In Richtung auf die Auswahl eines zur Finanzierung der Sanierung finanziell Vermögenden liegt zunächst die *Frage nach den möglichen Adressaten einer Sanierungsverfügung*. Kämen hier andere Unternehmen als die finanziell nicht leistungsfähige Fulgurit Holding GmbH als Verantwortliche in Betracht, könnte gegen diese die Verfügung erlassen und vollstreckt werden; die Kosten der Vollstreckung trüge der alternative Adressat.

Jedoch kann es damit nicht sein Bewenden haben, wenn es neben der Auswahl des Verantwortlichen noch weitere rechtliche Möglichkeiten gäbe, die *Kosten der Ersatzvornahme der Sanierungsverfügung gegenüber Nichtadressaten geltend zu machen*. Dies schließt neben öffentlich-rechtlichen auch zivilrechtliche – insbesondere konzernrechtliche – Anspruchsgrundlagen und ggfs. insolvenzrechtliche und -praktische Überlegungen ein.

## II) *Begutachtung der Voraussetzungen eines Antrags auf EFRE-Beihilfen*

Sodann fragt die Fraktion: „Ist der in der Regionsdrucksache 6/2008 vorgeschlagene Weg, die Eichriede GmbH als Antragstellerin für einen EFRE-Antrag vorzusehen, rechtlich einwandfrei oder gibt es Verquickungen zwischen dem Sanierungspflichtigen und Teilhabern der Eichriede GmbH, die eine solche Antragstellung ausschließen?“ Diese Frage dient erkennbar dem Zweck zu erfahren, ob die Eichriede-Projekt GmbH trotz möglicher Verquickungen mit der sanierungsverantwortlichen Fulgurit die Voraussetzungen der Gewährung von Beihilfen aus dem EFRE-Programm erfüllt, womit zugleich die Frage nach der rechtlichen Realisierung des von der Regionsverwaltung anvisierten Finanzierungskonzepts gestellt ist.

## III) *Umfang der verfügbaren Sachverhaltsangaben*

Es erscheint möglich, dass der dem Gutachter verfügbare Sachverhalt nicht alle für die vollständige Beantwortung der Gutachtensfragen erforderlichen Angaben enthält. Hierauf wird an entsprechender Stelle hingewiesen werden. Um die Gutachtensfragen so umfassend wie möglich zu beantworten, werden alle denkbaren Fallgestaltungen alternativ untersucht.

## 2. Teil: Begutachtung der Möglichkeit eines „Haftungsdurchgriffs“

### A) Verwaltungsrechtliche Möglichkeiten eines Haftungsdurchgriffs; mögliche Adressaten einer Sanierungsverfügung

#### I) *Verwaltungsrechtliche Grundlage*

Die Sanierungsverfügung, deren Erlass die Regionsverwaltung für untunlich hält, ist ein Verwaltungsakt, der den Adressaten zu einer Handlung – hier zur Durchführung der angeordneten Sanierungsmaßnahmen – verpflichtet. Sofern die Verwaltung die Auswahl zwischen mehreren zu der Handlung Verpflichteten hat, kann sie durch Auswahl eines Adressaten ihrer Verfügung, dessen Vermögenssituation zur Durchführung der angeordneten Handlung hinreicht, sicherstellen, dass ihr keine eigenen Kosten bei der Durchführung/Durchsetzung der Handlung entstehen, die sie vom Adressaten des Verwaltungsakts nicht wiedererlangen kann.

Die pflichtige Handlung ist keine höchstpersönliche (eine, die nur der Adressat selbst ausführen kann), sondern eine vertretbare (die von jedermann ausgeführt werden kann). Die Vollstreckung solcher auf vertretbare Handlungen gerichteter Verfügungen erfolgt durch Ersatzvornahme, bei der die Behörde selbst oder durch beauftragte Dritte die Handlung an Stelle des Verpflichteten ausführt, § 66 Abs. 1 Satz 1 des Niedersächsischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Nds. SOG)<sup>44</sup>. Nach der gleichen Bestimmung hat die „betroffene Person“ die Kosten der Ersatzvornahme zu tragen. Die von einem Verwaltungsakt – hier von der Sanierungsverfügung – betroffenen Person ist regelmäßig der Adressat des Verwaltungsakts, da ihm durch letzteren die Pflicht zur Vornahme der vollstreckten Handlung auferlegt wurde. Durch die Wahl des Adressaten der Verfügung kann die Behörde damit zugleich über die (natürliche oder juristische) Person bestimmen, die der Behörde aus verwaltungsrechtlichem Rechtsgrund, § 66 Abs. 1 Satz 1 Nds. SOG, zum Ersatz der Kosten der Vollstreckung – im vorliegenden Falle der Ersatzvornahme der Sanierung – verpflichtet ist. Durch die Wahl eines hinreichend vermögenden Adressaten kann durch die Behörde die Einbringlichkeit der Kosten der Ersatzvornahme gesichert werden.

Da mithin die Auswahl eines finanziell hinreichend leistungsfähigen Adressaten der hier zu begutachtenden Sanierungsverfügung entscheidend ist für die Frage, ob die von der Regionsverwaltung vorausgesetzte Uneinbringlichkeit der Kosten der Sanierung nach Erlass einer Sanierungsverfügung tatsächlich unvermeidbar ist, ist zu prüfen, ob und ggfs. welche weiteren – finanziell leistungsfähigen – Adressaten der Sanierungsverfügung in Frage kommen.

#### II) *Sanierungsverfügung nach § 10 Abs. 1 Satz 1 BBodSchG*

##### 1.) *Möglichkeiten der Auswahl von Sanierungsverantwortlichen*

Die Sanierungsverfügung, deren Möglichkeit zu begutachten ist, könnte ihre Eingriffsermächtigung in § 10 Abs. 1 Satz 1 des Bundes-Bodenschutzgesetzes (BBodSchG) haben. Nach dieser Norm kann die zuständige Behörde – hier die Region Hannover – die zur Erfüllung der sich aus § 4 BBo-

---

<sup>44</sup> Die Anwendbarkeit des § 66 Nds. SOG auf die vorliegende Sanierungsverfügung, die nicht auf Befugnisse aus dem Nds. SOG, sondern auf Normen aus anderen polizei- oder ordnungsrechtlichen Gesetzen, wie dem BBodSchG oder dem KrW-/AbfG, ergibt sich aus § 3 Abs. 1 Nds. SOG nach dem Normen des letzteren Gesetzes auch dann Anwendung finden, wenn die Gefahrenabwehr – wie hier im BBodSchG oder KrW-/AbfG – in besonderen Gesetzen geregelt ist. Da beide Gesetze keinen Normen über die Vollstreckung enthalten, ist ergänzend auf § 66 Nds. SOG zurückzugreifen.

dSchG ergebenden Pflichten notwendigen Maßnahmen treffen. Als solche Maßnahme käme eine Sanierungsverfügung in Betracht.

Rechtlich vorteilhaft wäre eine Verfügung auf Grundlage dieser Ermächtigung, da sie gegenüber allen nach § 4 Abs. 3 BBodSchG zur Sanierung Verpflichteten erlassen werden könnte. Hierbei stünden neben dem Verursacher der Ablagerung und dessen Gesamtrechtsnachfolger auch der Inhaber der tatsächlichen Gewalt über das verunreinigte Grundstück sowie diejenigen natürlichen oder juristischen Personen, die handels- oder gesellschaftsrechtlich für eine juristische Person einzustehen haben, der das belastete Grundstück gehört, § 4 Abs. 3 Sätze 1 und 4 BBodSchG. Insbesondere die Einstandspflicht für eine juristische Person – im Fall die Fulgurit Holding GmbH – eröffnete – beim Vorliegen der Voraussetzungen der Einstandspflicht – die Möglichkeit, diejenigen Personen durch Verfügung zur Sanierung zu verpflichten, die noch heute unter dem Namen Fulgurit geschäftlich aktiv und dafür verantwortlich sind, dass die Fulgurit Holding GmbH derzeit zur Durchführung der Sanierung völlig unterkapitalisiert ist.

## 2.) *Anwendbarkeit des BBodSchG*

Damit die Verfügung auf § 10 Abs. 3 BBodSchG gestützt und gegen einen der nach § 4 Abs. 3 BBodSchG Verantwortlichen erlassen werden könnte, müsste im vorliegenden Fall der Anwendungsbereich des BBodSchG eröffnet sein.

### a) *Vorliegen einer schädlichen Bodenveränderung*

Damit der Anwendungsbereich des Gesetzes nach § 3 Abs. 1 BBodSchG eröffnet ist, müsste gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 BBodSchG eine schädliche Bodenveränderung oder Altlast gegeben sein. Eine schädliche Bodenveränderung läge gemäß der Legaldefinition dieses Begriffs in § 2 Abs. 3 BBodSchG vor, wenn eine Beeinträchtigung der Bodenfunktion gegeben wäre, die geeignet ist, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für den Einzelnen oder die Allgemeinheit herbeizuführen. Als beeinträchtigte Bodenfunktion kommt hier die natürliche Funktion des Bodens nach der Definition in § 2 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a) BBodSchG als Bestandteil des Naturhaushalts, insbesondere mit seinen Wasserkreisläufen in Betracht. Dazu müsste die Möglichkeit, dass Sickerwasser aus der Halde geogenes Arsen in das Grundwasser eindringen lässt, einen Eingriff in den natürlichen Wasserhaushalt sein. Die Anreicherung des für menschliche, tierische und pflanzliche Organismen schädlichen Arsens im Grundwasser verändert dieses stofflich, womit ein Einwirken in den Wasserhaushalt vorliegt. Diese Veränderung müsste zudem eine Gefahr für Einzelne oder die Allgemeinheit begründen. Hier könnte Arsen im Grundwasser Gesundheitsgefahren auslösen, also die rechtlich geschützte Gesundheit der Einzelnen beeinträchtigen.

Damit liegen sowohl ein Eingriff in die natürliche Funktion des Bodens als auch dessen die Einzelnen gefährdenden Effekte vor; die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Satz 1 BBodSchG sind erfüllt.

### b) *Mögliche Anwendbarkeit des vorrangigen KrW-/AbfG*

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 BBodSchG ist dieses Gesetz selbst beim Vorhandensein einer schädlichen Bodenveränderung nur anwendbar, soweit Vorschriften des KrW-/AbfG über die Stilllegung von Deponien Einwirkungen auf den Boden nicht regeln. Damit also das BBodSchG im vorliegenden Fall

anwendbar ist, dürfte keine Norm des KrW-/AbfG, die Regelungen für den Umgang mit Bodenveränderungen enthält, anwendbar sein.

Das KrW-/AbfG enthält eigenständige materielle Regelungen über die Stilllegung von Deponien<sup>45</sup>, § 36 KrW-/AbfG. Letztere Bestimmung könnte die Anwendbarkeit des BBodSchG ausschließen, wenn sie selbst auf die vorliegende Asbestzementschlammhalde anwendbar wäre.

*aa) Die Halde als Deponie i.S.d. § 36 KrW-/AbfG*

Da diese Norm ihrem eindeutigen Wortlaut nach die Stilllegung von Deponien regelt, müsste es sich bei der Asbestzementschlammhalde um eine Deponie i.S.d. § 36 KrW-/AbfG handeln, damit § 36 KrW-/AbfG im vorliegenden Fall die Anwendbarkeit des BBodSchG sperrt. Damit dies der Fall ist, müsste die Halde die Legaldefinition des Deponiebegriffs in § 29 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 KrW-/AbfG erfüllen<sup>46</sup>. Danach ist eine Deponie eine Abfallbeseitigungsanlage zur Endablagerung von Abfällen.

Abfälle sind nach § 3 Abs. 1 KrW-/AbfG bewegliche Sachen, die im Anhang I zum Gesetz aufgeführt sind und deren sich der Besitzer entledigt, entledigen will oder entledigen muss. Bei dem Ablagerungsgut handelt es sich um produktionsbedingte Filtrerrückstände, die zumindest die begrifflichen Voraussetzungen der Abfallgruppe Q1 der Anlage I – „nachstehend nicht näher beschriebene Produktions- oder Verbrauchsrückstände“ – erfüllen, weil es sich nach den Untersuchungsergebnissen der Regionsverwaltung und Produktionsrückstände der ehemaligen Fulgurit-Werke handelt. Ebenso ist die Voraussetzung, dass sich der Besitzer der Sachen entledigen wollte oder musste, erfüllt. Nach Angaben der Verwaltung waren die Filtrerrückstände nicht wieder in der Produktion der ehemaligen Fulgurit-Werke verwendbar, womit sich letztere durch Deponierung des Asbestzementschlammes entledigen wollten, weil sie keine Verwendung für dieses Abprodukt hatten. Nach alledem ist der aufgehaldete Asbestschlamm Abfall i.S.d. § 3 Abs. 1 KrW-/AbfG.

Damit nach § 29 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 KrW-/AbfG eine Deponie vorliegt, müsste zusätzlich zur Abfalleigenschaft des Haldenguts noch gegeben sein, dass die Abfallablagerung eine Endablagerung darstellt. Eine solche liegt vor, wenn Abfall auf Dauer und nicht nur für einen bestimmten endlichen Zeitraum abgelagert werden soll. Indiz für eine nur vorübergehend beabsichtigte Lagerung des Abfallguts ist, wenn die abgelagerten Stoffe für eine später beabsichtigte Verwendung oder Verwertung bereitgehalten werden sollen. Ist eine solche entweder nicht beabsichtigt oder wegen des objektiven technischen Fehlens einer Verarbeitungs- oder Verwertungsmöglichkeit unmöglich, spricht dies dafür, dass sich der Ablagernde mit der Ablagerung auf Dauer der Abfälle entledigen wollte. Auf letzteres lässt der festgestellte Sachverhalt schließen. So fehlt es an einer Weiterverarbeitungsmöglichkeit, da die Asbestzementschlämme nicht in der Produktion der Fulgurit-Werke eingesetzt werden konnten. Dies legt es nahe, dass die Fulgurit-Werke als Abfallbesitzer den Willen hatten, die Halde auf Dauer anzulegen, um sich so auf Dauer der nicht verwertbaren Stoffe zu entledigen. Für diesen Willen einer Ablagerung auf Dauer sprechen zudem die Zeiträume, in denen die Ablagerung entstand und unverändert aufrecht erhalten wurde. Die Aufhaldung wurde nach den Feststellungen der Verwaltung ca. 1973 eingestellt. Der Produktionsbetrieb der Fulgurit-Werke wurde danach noch mehrere Jahrzehnte lang aufrecht erhalten, ohne dass erkennbar geworden wäre, dass die Fulgurit-Werke an der Situation der Halde etwas ändern woll

<sup>45</sup> Frenz, Bundes-Bodenschutzgesetz (BBodSchG) Kommentar, München 2000, § 3 Rn. 22, 23.

<sup>46</sup> Für die Anwendbarkeit der Legaldefinition des § 29 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 KrW-/AbfG auf den Deponiebegriff des § 36 KrW-/AbfG auch Frenz, BBodSchG (Fn. 45), § 3 Rn. 22.

ten. Weiterhin wurden seitens der Fulgurit-Werke auch nach Einstellung des Produktionsbetriebs keinerlei Anstrengungen unternommen, die Halde abzutragen. Dies alles lässt hinreichend deutlich erkennen, dass es sich nicht nur um eine zeitweilige Aufhaldung handelte, sondern dass der Asbestzementschlamm als Abprodukt auf Dauer abgelagert werden sollte.

Da mithin Abfall zur Endablagerung gebracht wurde, ist eine Deponie gegeben. § 36 KrW-/AbfG ist damit grundsätzlich auf den vorliegenden Fall anwendbar.

*bb) Bodenbezogener Regelungsgehalt von § 36 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG*

Jedoch führt die Anwendbarkeit des § 36 KrW-/AbfG auf den vorliegenden Fall nur dann zum Ausschluss der Anwendung des BBodSchG, wenn auch das weitere Merkmal des § 3 Abs. 1 Nr. 3 BBodSchG erfüllt ist, dass nämlich das BBodSchG nur neben abfallrechtlichen Vorschriften mit bodenbezogenem Regelungsgehalt unanwendbar ist. Hier könnte die Anwendung von § 36 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG in Betracht kommen. Er schliesse die Anwendung des BBodSchG aus, wenn er bodenbezogene Regelungen enthielte.

Für die Phase der Stilllegung einer Deponie bestimmt § 36 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KrW-/AbfG, dass die zuständige Behörde den Inhaber der Deponie zu verpflichten hat, auf seine Kosten das Deponiegelände zu rekultivieren. Weiterhin hat die Behörde gemäß § 36 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 KrW-/AbfG in der Stilllegungsphase den Inhaber zu verpflichten, auf seine Kosten alle sonstigen erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die in § 10 Abs. 1 bis 3 genannten Anforderungen auch nach der Stilllegung zu erfüllen. § 10 Abs. 4 Nr. 3 KrW-/AbfG normiert, dass Abfälle so zu beseitigen sind, dass von ihnen keine Beeinträchtigung von Gewässern oder des Bodens ausgeht. Dient damit § 36 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 auch der Verhinderung und Beseitigung von schädlichen Bodenveränderungen, dann handelt es sich bei dieser Bestimmung um eine Bestimmung des KrW-/AbfG über die Stilllegung einer Abfallbeseitigungsanlage, die Einwirkungen auf den Boden regelt. Damit schließt § 36 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG für seinen Anwendungsbereich die Anwendung des BBodSchG aus, das nach seinem § 3 Abs. 1 Nr. 2 nur neben nicht bodenbezogenen abfallrechtlichen Bestimmungen Anwendung findet.<sup>47</sup>

*cc) Anwendbarkeit von § 36 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG: Stilllegung einer Deponie*

Außerhalb des Anwendungsbereichs des § 36 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG ist dagegen das BBodSchG auch auf Deponien im abfallrechtlichen Sinne anwendbar. Deshalb ist dessen Anwendungsbereich zu klären, um ermitteln zu können, ob die Asbestzementschlammhalde vom exklusiven Rechtsregime des KrW-/AbfG oder vom BBodSchG erfasst wird.

Die Anwendung des BBodSchG auf Deponien eröffnet § 36 Abs. 2 Satz 2 KrW-/AbfG. Nach dessen Wortlaut finden beim Verdacht, dass von einer stillgelegten Deponie Gefahren für den Einzelnen oder die Allgemeinheit ausgehen, auf die Sanierung der Deponie das BBodSchG Anwendung. Da die zeitlich vorausliegende Phase nach der Anzeige der beabsichtigten Stilllegung durch den Inhaber (§ 36 Abs. 1 KrW-/AbfG) der Prüfung der Voraussetzungen für eine Stilllegung dient und ggfs. der Herbeiführung dieser Voraussetzungen durch Anordnungen nach § 36 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG, regelt letztere Norm den Zeitraum vor erfolgter Stilllegung der Deponie. Mithin ist erst nach erfolgter Stilllegung mit § 36 Abs. 2 Satz 2 KrW-/AbfG auch das BBodSchG anwendbar; dagegen setzt § 36 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG voraus, dass eine Stilllegung noch nicht erfolgt ist.

---

<sup>47</sup> Das ist allgemeine Ansicht; vgl. statt aller *Frenz*, BBodSchG (Fn. 45), § 3 Rn. 23.

Damit im konkreten Falle das BBodSchG durch die Anwendung von § 36 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG verdrängt wird, müsste nach Vorstehendem also die Asbestzementschlammhalde eine still gelegte Deponie sein. Wann eine Stilllegung anzunehmen ist, ist umstritten.

Nach einer Ansicht kann die Behörde sofort nach Eingang der Stilllegungsanzeige durch den Deponieinhaber nach BBodSchG Maßnahmen der Erfassung, Untersuchung, Bewertung und Sanierung der Deponie anordnen.<sup>48</sup> Nach dieser Ansicht wäre mit der Stilllegungsanzeige (unabhängig von der im Sachverhalt nicht zu klärenden Frage, wer den Antrag wann gestellt hat) auch die Möglichkeit der Anordnung von Sanierungsmaßnahmen nach dem BBodSchG gegeben. Jedoch soll das nur für die Sanierungspflicht gelten. Da erst die behördliche Feststellung der Stilllegung einen Wechsel von § 36 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG zum Rechtsregime des BBodSchG ermögliche, weil erst so erstere Norm unanwendbar würde, könne vor der Feststellung der Stilllegung § 36 Abs. 2 Satz 2 KrW-/AbfG nur als Rechtsfolgenverweisung Geltung beanspruchen – mit der Folge, dass nur die Sanierungspflichten, nicht aber die Normen über die Sanierungsverantwortlichen des BBodSchG vor Feststellung der Stilllegung zur Anwendung kommen könnten.<sup>49</sup> Diese Ansicht muss nicht weiterverfolgt werden. Denn im vorliegenden Fall ist die Stilllegungsphase noch nicht abgeschlossen. Damit wäre auch der Kreis der Sanierungspflichtigen nach dieser Ansicht nicht dem BBodSchG sondern dem KrW-/AbfG zu entnehmen – ein Ergebnis, das rechtspraktisch in der gegebenen Situation wegen der Unterkapitalisierung der Deponiebetreiberin nicht Erfolg versprechend ist.

Eine zweite Ansicht geht davon aus, dass die Stilllegungsphase erst mit der behördlichen Feststellung der Stilllegung ende.<sup>50</sup> Dies folge aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit<sup>51</sup>, da der Betreiber erst durch eine rechtsförmliche Feststellung sicher wisse, in welchem Stadium der Stilllegung (Stilllegungsphase, Nachsorgephase) sich die Deponie befinde. Da die Stilllegungsphase noch immer anhält, wäre nach dieser Ansicht die Sanierung der Halde noch nicht abgeschlossen; das BBodSchG wäre nicht anwendbar.

Nach einer weiteren Ansicht könnte es auch faktische Stilllegungen geben. Nach dieser Ansicht wäre auch durch eine faktische Stilllegung eine Stilllegung i.S.d. § 36 Abs. 2 Satz 2 KrW-/AbfG gegeben. Dies hätte zur Rechtsfolge, dass ab Eintritt der faktischen Stilllegung letztere Norm und das BBodSchG und nicht § 36 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG auf die Deponie anzuwenden wären.<sup>52</sup> Damit eine faktische Stilllegung angenommen werden kann, müsste – auch ohne Stilllegungsanzeige des Deponieinhabers – die Deponie jahrelang faktisch stillgelegt gewesen sein. Im vorliegenden Falle wurde die Aufhaldung, also der Betrieb der Ablagerung in der Deponie, faktisch ca. 1973 eingestellt. Dieses faktische Außerbetriebnehmen durch den Betreiber genügt jedoch allein noch nicht, um das rein tatsächliche Verhalten mit der rechtsförmlichen behördlichen Entscheidung über die Stilllegung gleichzusetzen. Vielmehr bedarf es weiterer Voraussetzungen, aus denen entnommen werden kann, dass die zuständige Behörde von der Erfüllung der für die Stilllegung erforderlichen Voraussetzungen ausgegangen ist, woraus allein sich der Anspruch des Betreibers ergeben könnte, so behandelt zu werden, als hätte die Behörde die Stilllegung positiv fest-

48 Paetow, in: Kunig/Paetow/Versteyl, Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz. Kommentar, 2. Aufl., 2003, § 36 Rn. 25.

49 Frenz, Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, 3. Aufl., 2002, § 36 Rn. 24 f.; Paetow, in: Kunig/Paetow/Versteyl, KrW-/AbfG (Fn. 48), § 36 Rn. 27; OVG Magdeburg, AbfallR 2006, S. 144.

50 OVG Münster, ZUR 2001, S. 335; Conrady, Die Sanierungsverantwortlichkeit des Zustandsstörers nach dem Bundesbodenschutzgesetz: Reichweite und Grenzen, Diss. iur. Berlin 2003, S. 33; von Lersner, in: ders./Wendenburg, Recht der Abfallbeseitigung. Kommentar, Loseblatt, Stand November 2007, Krw-/AbfG, § 36 Rn. 51; Thärichen, AbfallR 2004, S. 55 (60).

51 Conrady, Sanierungsverantwortlichkeit (Fn. 50), S. 33.

52 Vgl. hierzu und zu den folgenden tatbestandlichen Voraussetzungen der faktischen Stilllegung BayVGh, NVwZ 2003, S. 1281 f.

gestellt. Diese Kriterien der Gleichsetzung ergeben sich aus dem Zweck des Stilllegungsverfahrens: Dieses dient der Behörde dazu, die Voraussetzungen einer Stilllegung zu prüfen und Maßnahmen anzuordnen, um diese Voraussetzungen herbeizuführen. Teil dieses Kontroll- und Sicherungsverfahrens ist notwendig die behördliche Überwachung der Erfüllung bzw. Herbeiführung der Stilllegungsvoraussetzungen. Wenn die Kontinuität dieser Überwachung abbricht, indem die Behörde über längere Zeiträume die Deponie und Sicherungsarbeiten weder überwacht noch ggfs. weitere erforderliche Sicherungsmaßnahmen prüft oder anordnet, können Deponiebetreiber und Allgemeinheit davon ausgehen, dass die Behörde weitere Maßnahmen nicht für erforderlich hält, also vom Vorliegen der Stilllegungsvoraussetzungen ausgeht. Auch wenn die Halde seit Jahrzehnten faktisch nicht mehr betrieben wurde, fehlt es hier an der für die Begründung einer faktische Stilllegung erforderlichen Nichtüberwachung der Behörde, aus der allein auf deren Überzeugung vom Vorliegen der Stilllegungsvoraussetzungen geschlossen werden könnte. Nach dem oben festgestellten Sachverhalt haben die verschiedenen zuständigen Behörden kontinuierlich seit Beendigung der Aufhaltung Maßnahmen der Sicherung geprüft und angeordnet. Es fanden einige Ortsbesichtigungen statt. Der Landkreis Hannover hat eine Gefährdungsabschätzung vornehmen lassen. Da der Betreiberin all diese Aktivitäten zur Sicherung nicht unbekannt geblieben sind, konnte sie zu keinem Zeitpunkt begründet davon ausgehen, dass die Behörden sich mit dem Zustand der Halde zufrieden geben wollen, sie also für sicher und damit stilllegungsfähig hielten. Mithin liegt ein Fall faktischer Stilllegung nicht vor; damit erfolgte auch aus diesem Rechtsgrund kein Regimewechsel vom Deponie- zum Bodenschutzrecht.

Da mithin die Voraussetzungen einer faktischen Stilllegung nicht erfüllt sind und eine Feststellung der Stilllegung noch nicht erfolgte, finden auf die Asbestzementschlammhalde die Vorschriften des § 36 Abs. 2 Satz 2 KrW-/AbfG und §§ 4, 10 BBodSchG keine Anwendung.

c) *Zwischenergebnis zur Anwendbarkeit des BBodSchG*

Bei der Asbestzementschlammhalde handelt es sich um eine Deponie i.S.d. § 36 KrW-/AbfG. Da deren Stilllegung noch nicht festgestellt wurde, kommt das BBodSchG nicht zur Anwendung. Des sen Anwendung wird durch § 3 Abs. 1 Nr. 2 BBodSchG verdrängt, der den Vorrang deponierechtlicher Normen bodenschützenden Inhalts vor dem BBodSchG anordnet. Da der auf nicht endgültig stillgelegte Deponien anwendbare § 36 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG bodenschutzrechtliche Gehalte hat, greift der Vorrang des Deponierechts im vorliegenden Falle.

Da wegen des gegebenen Vorrangs des Deponierechts eine Sanierungsverfügung nicht gegen einen der in § 4 Abs. 3 BBodSchG Verantwortlichen erlassen werden kann, besteht aus dem hier untersuchten bodenrechtlichen Regelungsregime keine Möglichkeit, einen von der Deponiebetreiberin verschiedenen – zahlungsfähigen – Verantwortlichen zur Sanierung der Asbestzementschlammhalde zu verpflichten.

III) *Rekultivierungs- und Sicherungsanordnung nach § 36 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG*

Nach Vorstehendem kann der Erlass einer Sanierungsverfügung nicht auf §§ 10 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 3 BBodSchG gestützt werden. Um trotzdem aus öffentlichem Recht gegen einen Sanierungsverantwortlichen vorgehen zu können, könnte auch eine auf § 36 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG gestützte Sanierungsverfügung in Betracht kommen.

Damit diese Verfügung rechtmäßig sein kann, müsste (1.) § 36 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG auf die Asbestzementschlammhalde anwendbar sein. Zudem müsste (2.) die Norm auf der Rechtsfol-

genseite die Behörde dazu ermächtigen, die von ihr beabsichtigten Maßnahmen durchzuführen. Damit andere als die Deponiebetreiberin zur Sanierung verpflichtet werden könnten, müsste zudem (3.) der Kreis der Sanierungspflichtigen den Erlass der Sanierungsverfügung gegen einen zahlungskräftigen Adressaten zulassen.

1.) *Anwendbarkeit von § 36 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG*

Damit die Verfügung, deren Möglichkeit zu begutachten ist, auf § 36 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG gestützt werden kann, müsste diese Norm auf den vorliegenden Fall anwendbar sein. Dazu müssten die Tatbestandsmerkmale, dass es sich bei der Asbestzementschlammhalde um eine Deponie handelt und dass deren Stilllegung noch nicht festgestellt ist (sonst wäre das BBodSchG anwendbar<sup>53</sup>) erfüllt sein. Dass diese Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, wurde schon nachgewiesen.<sup>54</sup> Damit ist § 36 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG hier vorliegend anwendbar; eine Verfügung könnte auf seiner Grundlage erlassen werden.

2.) *Rechtsfolgenseite; möglicher Regelungsinhalt der Verfügung*

a) *Rekultivierungsmaßnahmen nach § 36 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KrW-/AbfG*

Gemäß § 36 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KrW-/AbfG käme eine Anordnung von Rekultivierungsmaßnahmen in Betracht. Was unter Rekultivierungsmaßnahmen zu verstehen ist, ist durch Auslegung zu ermitteln, um den Umfang der im vorliegenden Falle möglichen Pflichtenanordnungen bestimmen zu können.

Die Norm selbst enthält keine Konkretisierungen des Begriffs der Rekultivierung. Nach normalem Sprachgebrauch ist der Wortlaut des Begriffes jedoch dahin zu deuten, dass das Deponiegelände wieder in seinen ursprünglichen natürlichen Zustand – oder zumindest einen Zustand, der einem natürlichen Bodenzustand weitestgehend entspricht – zurückzubringen ist.<sup>55</sup> Dies liefe auf die Herstellung einer naturidentischen Bodenoberfläche hinaus.<sup>56</sup> Dieses weite Verständnis wird jedoch durch den Wortlaut der Norm beschränkt, nach dem lediglich die zur Rekultivierung „erforderlichen“ Maßnahmen angeordnet werden können. Dies zielt darauf, dass nur die zur Wiedernutzbarmachung des Geländes notwendigen Maßnahmen erforderlich sind.<sup>57</sup> In diesem Sinne können auch die für das zu rekultivierende Gelände tatsächlich geplanten Nutzungen in die Bestimmung des Umfangs notwendiger Rekultivierungsmaßnahmen einbezogen werden.

Danach wäre zu berücksichtigen, dass das Grundstück gewerblicher Bebauung zugänglich gemacht werden soll. Dies könnte durch Abtragung der Halde – die die Grundwassergefahr ausräumt – erfolgen. Anders als bei der Herstellung eines naturidentischen Bodenzustands käme es bei der Herrichtung eines Baugrundstücks jedoch nicht darauf an, dass das Bodenprofil dem natürlichen entspricht. Vielmehr reichte eine Verfüllung mit mineralischen Materialien, die als Baugrund ausreichend verfestigt werden können. Zudem ließe sich die Baugrube gleich berücksichtigen; Aufwendungen für eine über die Baugrube hinaus gehende Verfüllung ließen sich sparen. Al

53 Vgl. zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche beider Rechtsregimes oben im 2. Teil, A) II) 2.) b) bb) und cc).

54 Dies bei der Frage der Anwendbarkeit des BBodSchG oben im 2. Teil, A) II) 2.) b).

55 *Ellinghaus*, Die Verantwortlichkeit des ehemaligen Betreibers einer genehmigungsbedürftigen Anlage für die Altlastensanierung unter besonderer Berücksichtigung der Rückwirkungsproblematik, 2006, S. 192; *Paetow*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, KrW-/AbfG (Fn. 48), § 36 Rn. 17.

56 *Ellinghaus*, Verantwortlichkeit (Fn. 55), S. 192.

57 *Schoeneck*, in: *Jarass/Ruchay/Weidemann*, Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz. Kommentar, Loseblatt, Stand März 2007, § 36 Rn. 75.

ternativ wäre an eine teilweise Abtragung zu denken, mit anschließender Überbauung durch einen Sarkophag, dessen Oberkante der Geländeoberkante entspricht. Wenn sich die Decke des Sarkophags zur Überbauung mit der beabsichtigten Halle eignete, wäre dies die wohl kostengünstigste Rekultivierungsmaßnahme. Gegenüber einer vollständigen Verfüllung mit Ziel eines naturnahen Bodenaufbaus ließen sich beide Rekultivierungsvarianten kostengünstiger erstellen. Diese Auslegung erweist sich also als die vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als milderes Mittel geforderte.

b) *Sicherungs- und Sanierungsmaßnahmen nach § 36 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 KrW-/AbfG*

§ 36 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 KrW-/AbfG lässt die Anordnung der Maßnahmen zu, die zur Einhaltung der Anforderungen des § 32 Abs. 1 bis 3 KrW-/AbfG auch nach Stilllegung der Deponie erforderlich sind. Es wurde schon gezeigt, dass von § 32 KrW-/AbfG auch der Schutz vor negativen Auswirkungen auf den Boden erfasst wird.<sup>58</sup> Zudem darf von der Deponie nach § 32 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a) i.V.m. § 10 Abs. 4 Nr. 1 und 4 KrW-/AbfG keine Gefahr für die menschliche Gesundheit oder von Luftverunreinigungen ausgehen. Zudem ist nach § 32 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b) durch bauliche und sonstige Maßnahmen Vorsorge gegen Beeinträchtigungen der genannten Schutzgüter zu treffen.

Was als Maßnahmen zum Schutz des Bodens hiernach möglich ist, ist mangels näherer Konkretisierung im Wortlaut des § 36 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 KrW-/AbfG durch Auslegung zu ermitteln. Hier bietet sich die systematische Auslegung unter Zuhilfenahme der Definition des Begriffs der Sanierung in § 2 Abs. 7 BBodSchG an. Da beide Normen dem Zweck dienen, schädliche Bodenveränderungen zu beseitigen, kann auch das Maß der dazu zulässigerweise von den Betroffenen zu fordernden Maßnahmen bei beiden Normen nur das gleiche sein. Deshalb kann die Behörde wie bei § 2 Abs. 7 BBodSchG auch nach § 36 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 KrW-/AbfG Dekontamination, Sicherung sowie Beseitigung und Vermeidung schädlicher Bodenveränderungen anordnen.<sup>59</sup> Damit könnten neben einer Dekontamination, also der Abtragung der Halde, als vermutlich kostengünstigere Maßnahmen Schritte angeordnet werden, durch die die Halde vor Ort abgedichtet werden könnte. Denn hiermit würde die Gefahr des Einsickerns von Niederschlägen und damit die Mobilisierung geogenen Arsens zukünftig effektiv ausgeschlossen. Der Kostenvorteil läge vor allem darin, dass es keines Transports von 166.000t Haldenmaterial bedürfte.

Zweiter Kostenvorteil ist, dass mit der Abdichtung nach oben auch zugleich alle Gesundheitsgefahren durch Verwehung von Asbestfasern ausgeschlossen würden.

Da nach den Forschungen der Verwaltung zwei Varianten zum Erfolg der Sicherung der Halde vor Ort zur Verfügung stehen, stehen zur Anordnung geeignete Maßnahmen der Sicherung der Halde zur Verfügung.

c) *Auswahl der verhältnismäßigen Maßnahme*

Fraglich ist, ob es nicht unverhältnismäßig – weil unangemessen – ist, wenn der Betroffene zu Rekultivierungsmaßnahmen herangezogen wird, wenn Sicherungs- und Sanierungsmaßnahmen den Adressaten der Verfügung finanziell wesentlich weniger belasteten. Für die Unverhältnismäßigkeit spricht, dass der abfallrechtlich Verantwortliche nach dem Zweck des Gesetzes zur Beseitigung derjenigen Gefahren, die sein Umgang mit Abfällen auslöst, verpflichtet wird. Er soll statt

<sup>58</sup> Vgl. hierzu oben im 2. Teil, A) II) 2.) b) bb).

<sup>59</sup> Von Lersner, in: ders./Wendenburg, KrW-/AbfG (Fn. 50), § 36 Rn. 41; Paetow, in: Kunig/Paetow/Versteyl, KrW-/AbfG (Fn. 48), § 36 Rn. 21; Schoeneck, in: Jarass/Ruchay/Weidemann, KrW-/AbfG (Fn. 57), § 36 Rn. 45.

der Allgemeinheit die Kosten seines früheren Handelns tragen. Dies wäre im Falle der Sanierung der Halde vor Ort erfüllt. Eine Rekultivierung überschritte diesen Gesetzeszweck. Aspekte der Wirtschaftsförderung wären das Motiv der Baureifmachung des Grundstücks. Es ist kein rechtlicher Grundsatz erkennbar, nach dem die öffentliche Hand Wirtschaftsförderung unter Zuhilfenahme privater Ressourcen betreiben dürfte. Da demnach der Verantwortliche nicht zu ihm finanziell belastenden Wirtschaftsförderungsmaßnahmen herangezogen werden darf, ist eine Steigerung der Kosten gegenüber denen für die reine Sicherung oder Sanierung der Halde eine Belastung des Betroffenen, die er von Rechts wegen nicht zu tragen hat und die damit außer Verhältnis zum Erfolg der Maßnahme steht, also unverhältnismäßig ist.

### 3.) Sanierungspflichtige

Weiterhin ist zu untersuchen, welche Personen zu Maßnahmen nach § 36 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG herangezogen werden können. Nach dieser Norm ist der Inhaber einer Deponie zu den Rekultivierungs- und Sanierungsmaßnahmen zu verpflichten. Zu untersuchen ist also, wer im vorliegenden Falle als Inhaber der Asbestzementschlammhalde in Frage kommt.

Nach allgemeiner Ansicht in Rechtsprechung und Literatur ist die Inhaberschaft nach der rechtlichen und tatsächlichen Verantwortlichkeit für die Deponie zu beurteilen.<sup>60</sup> Öffentlich-rechtlich und tatsächlich verantwortlich für eine Deponie ist nach dem im Abfallrecht allgemein geltenden Verursacherprinzip der Betreiber der Deponie als derjenige, in dessen Namen und auf dessen Rechnung die Abfallablagerung herbeigeführt wurde und dem die Steuerung der Abfallablagerung möglich ist, da ihm tatsächlich die Sachherrschaft über die Anlage zukommt.<sup>61</sup> Diese tatsächliche Sachherrschaft stand der Fulgurit Holding GmbH zu, da die Ablagerungen von den Fulgurit Werken beherrscht wurde und in deren Namen sowie auf deren Rechnung stattfand.

Da das Deponiegrundstück mittlerweile im Eigentum der Eichriede-Projekt GmbH steht, ist weiterhin zu untersuchen, ob letztere seit dem Erwerb von Eigentum und tatsächlicher Verfügungsmacht über das Grundstück gleichfalls Inhaberin der Deponie geworden ist. Da es – wie gerade gezeigt – auf die tatsächliche Sachherrschaft bezüglich der Ablagerung selbst ankommt, genügt für die Annahme einer Inhaberschaft die bloße sachenrechtliche Eigentümerschaft ebensowenig wie der tatsächliche Besitz an einer nicht mehr betriebenen Deponie, da beide Stellungen keinen tatsächlichen bestimmenden Einfluss auf die Deponierung vermitteln.<sup>62</sup> Aufgrund ihrer Eigentümerstellung ist die Eichriede-Projekt GmbH damit nicht Deponieinhaberin geworden. Der Erwerb der tatsächlichen Sachherrschaft über das Deponiegrundstück fand nach Ende der Ablagerungstätigkeiten statt. Diese wurden also weder von der Eichriede-Projekt GmbH kontrolliert, noch fanden sie in ihrem Namen und auf ihre Rechnung statt.

Der Sachverhalt bietet keinerlei Anhaltspunkte für weitere natürliche oder juristische Personen, die neben oder zeitlich vor bzw. nach der Fulgurit Holding die Anlage betrieben haben, sodass andere als die untersuchten Personen nicht als Deponieinhaber in Betracht kommen.

Nach alledem kann eine Sanierungsverfügung gestützt auf § 36 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG nur die Fulgurit Holding GmbH zur Adressatin haben.

60 *BVerwG*, Buchholz 451.221, § 36 KrW-/AbfG Nr. 2; *VG Meiningen*, LKV 2000, S. 410; *Paetow*, in: Kunig/Paetow/Versteyl, KrW-/AbfG (Fn. 48), § 36 Rn. 8; *Schoeneck*, in: Jarass/Ruchay/Weidemann, KrW-/AbfG (Fn. 57), § 36 Rn. 25.

61 Das ist allgemeine Meinung: *BayVGH*, NVwZ 1997, S. 1023; *VGH Kassel*, NVwZ 1987, S. 815 (816); *VGH Mannheim*, NVwZ 1998, S. 563; Ellinghaus, Verantwortlichkeit (Fn. 56), S. 192 Fn. 198; *Paetow*, in: Kunig/Paetow/Versteyl, KrW-/AbfG (Fn. 48), § 36 Rn. 8; *Schoeneck*, in: Jarass/Ruchay/Weidemann, KrW-/AbfG (Fn. 57), § 36 Rn. 25.

62 Das ist allgemeine Ansicht in Literatur und Rechtsprechung: *BVerwG*, Buchholz 451.221, § 36 KrW-/AbfG Nr. 2; *VG Meiningen*, LKV 2000, S. 410; *Frenz*, KrW-/AbfG (Fn. 49), § 36 Rn. 9.

#### 4.) *Zwischenergebnis zur Verfügung aufgrund § 36 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG*

§ 36 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG ist als Eingriffsermächtigung im vorliegenden Fall anwendbar. Auf ihn kann eine Verfügung zur Sanierung der Asbestzementschlammhalde vor Ort, das heißt ihrer Abdeckung, gestützt werden. Unverhältnismäßig scheint eine Rekultivierungsanordnung zu sein, da sie mit dem Ziel der Wirtschaftsförderung und Entwicklung bebaubarer Grundstücke einem Ziel dient, dessen Verfolgung die Eingriffsermächtigung nicht auf Kosten des Sanierungspflichtigen ermöglicht.

Jedoch kann eine solche Verfügung nur an die Fulgurit Holding adressiert werden. Die Eichriede-Projekt GmbH als bloße Grundstückseigentümerin ist abfallrechtlich nicht für die Deponie verantwortlich. Weitere Verantwortliche i.S.d. § 36 Abs.2 Satz 1 KrW-/AbfG sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen.

#### IV) *Ergebnis zu den verwaltungsrechtlichen Möglichkeiten des Haftungsdurchgriffs hinter die Fulgurit Holding GmbH*

Als nach Lage des Falles mögliche Eingriffsermächtigungen waren § 10 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 4 Abs. 3 BBodSchG sowie § 36 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG. Das BBodSchG hat sich als gegenüber § 36 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG subsidiär herausgestellt und findet deshalb im vorliegenden Fall keine Anwendung.

Die Anwendung von § 36 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG ermöglicht Anordnungen zur Sanierung der Asbestzementschlammhalde vor Ort. Eine Anordnung von Rekultivierungsmaßnahmen, also dem Abtragen und Wiederverfüllen der Halde, erweist sich beim gegenwärtigen Sachstand als un- verhältnismäßig. Die Anordnung kann nur gegenüber dem Inhaber der Deponie erlassen werden. Ausschließlich die Fulgurit Holding GmbH erfüllt die Voraussetzungen des Inhaberbegriffs, so- dass im Verfügungswege ausschließlich gegen sie vorgegangen werden kann.

Damit erweist sich eine verwaltungsrechtliche Verpflichtung einer von der Fulgurit Holding GmbH verschiedenen finanziell leistungsfähigen Person als rechtlich nicht möglich.

### **B) Zivilrechtliche Möglichkeiten des Haftungsdurchgriffs hinter die Fulgurit Holding GmbH**

Wenn nur die Fulgurit Holding GmbH als Adressatin einer Sanierungsverfügung in Betracht kommt, bedarf es der Untersuchung, ob auf zivilrechtlichem Wege ein Haftungsdurchgriff hinter die Fulgurit Holding GmbH möglich ist, um die möglichen Kosten einer Ersatzvornahme entwe- der bei der haftenden Person selbst zu vollstrecken oder die Haftung in Form eines Nachschusses in die Insolvenzmasse der Fulgurit-Holding GmbH zu realisieren.

#### I) *Gesellschaftsrechtlicher Haftungsdurchgriff wegen Unterkapitalisierung der Fulgurit Holding GmbH*

Als Schuldner eines möglichen Anspruchs auf Erstattung der Kosten der Ersatzvornahme einer möglichen Sanierungsverfügung kommt die Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH – die Al- leingesellschafterin der Fulgurit Holding GmbH – in Betracht. Damit ein solcher Anspruch der Re- gion besteht, müssten die Voraussetzungen der Durchgriffshaftung wegen Unterkapitalisierung gegeben sein.

## 1.) Erfüllung der Voraussetzungen der Durchgriffshaftung wegen Unterkapitalisierung

### a) Herleitung der tatbestandlichen Voraussetzungen des Haftungsdurchgriffs

Grundsätzlich haftet den Gläubigern einer GmbH nach dem sog. Trennungsprinzip des § 13 Abs. 2 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) nur die Gesellschaft selbst; als Haftungsmasse steht nur das Vermögen der GmbH zur Verfügung. Dieser Grundsatz bildet die Grundlage des gesamten Haftungsrechts der GmbH.<sup>63</sup> Damit ist ein Haftungsdurchgriff von der Gesellschaft auf die Gesellschafter – also die Möglichkeit, für Verbindlichkeiten der GmbH deren Gesellschafter in Anspruch zu nehmen – regelmäßig ausgeschlossen.<sup>64</sup> Für die Haftung der Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH als Alleingesellschafterin der Fulgurit Holding GmbH hieße dies, dass in jedem Falle für die Begleichung der Verbindlichkeiten aus der Sanierung der Asbestzementschlamhalde nur die Fulgurit Holding GmbH Schuldnerin der Region Hannover wäre. Und nur das Vermögen letzterer Gesellschaft stünde als vollstreckungsg geeignete Haftungsmasse zur Verfügung. Auch im Falle, dass dieses Vermögen die Kosten der Ersatzvornahme der Sanierungsverfügung nicht deckte – wovon nach den Ermittlungen der Regionsverwaltung auszugehen ist –, käme eine Haftung der Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH für die bei der Fulgurit Holding GmbH nicht beizubehaltenden Teile der Kosten gegenüber der Region Hannover nicht in Betracht.

Wegen dieses das Gesellschaftsrecht prägenden Grundprinzips kann nur in Ausnahmefällen ein Haftungsdurchgriff auf die Gesellschafter Platz greifen, mit der Rechtsfolge, dass die Gesellschafter selbst aus der Verbindlichkeit gegenüber den Gesellschaftsgläubigern verpflichtet wären, also die Verbindlichkeiten der Gesellschaft selbst gegenüber den Gesellschaftsgläubigern bereinigen müssen.<sup>65</sup> Dieser ausnahmsweise Haftungsdurchgriff auf die Gesellschafter ist im Grundsatz von der Rechtsprechung anerkannt.<sup>66</sup> Da es sich um eine Ausnahme von einer gesetzlichen Regel handelt, bedarf sie eines rechtlichen Rechtfertigungsgrundes. Dazu meint der Bundesgerichtshof, dass über die eigentliche rechtliche Trennung von Gesellschaft und Gesellschaftern wegen deren gesetzlicher Anordnung nicht leichtfertig hinweggegangen werden dürfe. Eine Ausnahme müsse jedoch gelten für die Fälle, in denen die Anwendung des Trennungsgrundsatzes zu Ergebnissen führe, die mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht in Einklang stünden und wenn die Ausnutzung der juristischen Verschiedenheit von Gesellschaft und Gesellschaftern einen Rechtsmissbrauch bedeute.<sup>67</sup> Dem haben sich auch das Bundesarbeitsgericht und das Bundessozialgericht angeschlossen.<sup>68</sup> Rechtlicher Anknüpfungspunkt der Haftung ist damit das Gebot des § 242 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) nach Treu und Glauben zu handeln<sup>69</sup>, der im Wege systematischer Auslegung zur Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 13 Abs. 2 GmbHG herangezogen wird.

Durch diese systematische Korrektur des § 13 Abs. 2 GmbHG soll dessen hinter der Trennung von Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen stehender Zweck mit dem des Grundsatzes von

63 *Bünnemeyer*, Die bodenschutzrechtliche Einstandsverantwortlichkeit unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsgründe der Konzernhaftung und der Haftung aus existenzvernichtendem Eingriff, 2007, S. 96; *Knopp/Albrecht*, BB 1998, S. 1853 (1856); *Schmitz-Rode/Bank*, DB 1999, S. 417 (418).

64 *Frenz*, BBodSchG (Fn. 45), § 4 Rn. 86.

65 *Spieth/Wolfers*, NJW 1999, S. 355 (357) und ihnen zustimmend *Frenz*, BBodSchG (Fn. 45), § 4 Rn. 86.

66 RGZ 129, 50 (53); 156, 271 (277); BGHZ 78, 318 (333). Das Bundesarbeitsgericht hat sich dieser Rechtsprechung angeschlossen: BAG, ZIP 1999, S. 24 (26) und ZIP 1999, S. 876 (879). Und auch das Bundessozialgericht hat diese Ausnahme zum Trennungsprinzip anerkannt: BSG, NJW 1963, S. 1373; NJW 1978, S. 2527 (2528); NJW 1984, S. 2117 (2118); ZIP 1996, S. 1134 (1135); NJW-RR 1997, S. 94.

67 Vgl. hierzu den Nachweis in Fn. 66.

68 Vgl. hierzu die Nachweise in Fn. 66.

69 BGHZ 54, 222 (224); BSG, NJW 1984, S. 2117 (2118).

Treu und Glauben in Einklang gebracht werden, um so die Einheitlichkeit der Zivilrechtsordnung zu gewährleisten. Damit ist Ansatzpunkt für die Herleitung der die Durchgriffshaftung begründenden Tatbestandsmerkmale der Zweck der Trennung von Gesellschafter- und Gesellschaftsvermögen.<sup>70</sup> Zu den Zwecken dieses Trennungsprinzips gehört es nicht, durch die Trennung der Vermögensmassen mit der Rechtsordnung im Widerspruch stehende Verhaltensweisen gegen Haftungsfolgen abzusichern, um damit die Funktionsfähigkeit anderer Rechtsnormen zu unterlaufen.<sup>71</sup> Eine solche andere Rechtsnorm ist § 242 BGB. In seinem Sinne ist als Verstoß gegen Treu und Glauben, also gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, angesehen worden, dass jemand zulasten eines Dritten eine ihm eingeräumte Rechtsposition zu Zwecken missbraucht, die er rechtlich mit dieser Rechtsposition nicht verfolgen darf (Verbot missbräuchlicher Rechtsausübung).<sup>72</sup> Dabei kann auch die Rechtsform einer GmbH missbraucht werden, wenn die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen mit ihr umgangen werden oder Dritte auf sonstige Weise rechtswidrig geschädigt werden sollen.<sup>73</sup> Dabei kann es sich ebenso um die Gründung einer GmbH zu missbräuchlichen Zwecken handeln wie um den missbräuchlichen Einsatz einer an sich nicht missbräuchlich gegründeten Gesellschaft.<sup>74</sup> Die sich bei der Berufung auf die rechtliche Selbstständigkeit der GmbH zeigenden rechtstatsächlichen Ergebnisse dürfen also nicht mit dem Grundsatz von Treu und Glauben in Einklang stehen; die Ausnutzung der rechtlichen Verschiedenheit von Gesellschaft und Gesellschaftern muss damit rechtsmissbräuchlich sein, um die Durchgriffshaftung auszulösen.<sup>75</sup> Insbesondere wenn die Gläubiger der Gesellschaft unter Verstoß gegen die ethischen Wertungen der Rechtsordnung (Treu und Glauben) durch die Berufung auf die Trennung der Vermögensmassen geschädigt werden sollen, liege ein Missbrauch der gesellschaftsrechtlichen Rechtsform vor.<sup>76</sup>

Allein aus dieser Missbrauchsformel lassen sich kaum Tatbestandsmerkmale ableiten, die für eine praktische Falllösung hinreichend präzise sind. Deshalb sind in der Rechtsprechung verschiedene Fallgruppen entwickelt worden, bei denen die Rechtsmissbräuchlichkeit der Berufung auf die Trennung von Gesellschaft und Gesellschaftern anerkannt ist.<sup>77</sup> Die hier in Frage kommende Fallgruppe ist die der Unterkapitalisierung einer Gesellschaft, die in der Rechtsprechung überwiegend anerkannt ist<sup>78</sup>. Eine abweichende Entscheidung des Bundesgerichtshofs lässt sich zwar nachweisen, jedoch stammt diese nicht von dem für das Gesellschaftsrecht zuständigen Senat.<sup>79</sup> Jedoch hat der Gesellschaftsrechtssenat in einer späteren Entscheidung an seiner Bejahung der Unterkapitalisierung als Grund für einen Haftungsdurchgriff festgehalten<sup>80</sup>, sodass – auch wenn eine Rechtsprechungsänderung nie auszuschließen ist – davon auszugehen ist, dass diese Fallgruppe auch weiterhin anerkannt sein wird. Damit könnte die Region Hannover begründet darauf hoffen, dass ein Anspruch gegen die Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH beim Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen der Unterkapitalisierung von den Gerichten nicht wegen der Nichtanerkennung der Fallgruppe scheitern wird.

---

70 Müller-Freienfels, AcP 156 (1957), S. 522 (537) und ihm zustimmend Frenz, BBodSchG (Fn. 45), § 4 Rn. 88.

71 Frenz, BBodSchG (Fn. 45), § 4 Rn. 88.

72 BGHZ 5, 186; 29, 113.

73 Frenz, BBodSchG (Fn. 45), § 4 Rn. 88.

74 BSG, NJW 1984, S. 2117 (2118).

75 RGZ 99, 232 (234); 103, 64 (66); 129, 50 (53 f.); BGHZ 20, 4 (14); 29, 385 (392); 31, 258 (271); 54, 222 (224); 59, 64 (68); 68, 312 (315); BSGE 45, 279 (283). Diese Rechtsprechung wurde vom Bundesverfassungsgericht anerkannt: BVerfGE 18, 224 (235).

76 Bauschke, BB 1975, S. 1322 (1324); Dempenwolf, DB 1961, S. 1011.

77 Bünnemeyer, Einstandsverantwortlichkeit (Fn. 63), S. 98.

78 BGHZ 54, 222 (224 f.).

79 BGHZ 68, 312 (317 ff.).

80 BGH, NJW 1977, S. 1683 (1686).

Erfasst werden von dieser Fallgruppe Fälle sog. materieller Unterkapitalisierung. Grundsätzlich sind zwar die Gesellschafter gesellschaftsrechtlich frei in der Bemessung des Stammkapitals.<sup>81</sup> Dies gilt jedoch nicht ausnahmslos: Das haftende Kapital darf von den Gesellschaftern nicht ohne Rücksicht auf das für die Erfüllung des satzungsmäßigen Zwecks erforderliche Kapital festgesetzt werden.<sup>82</sup> Treu und Glauben fordern hier bestimmte Mindestausstattungen. Nach der Rechtsprechung sei es ein Verstoß gegen die rechtsethischen Wertungen aller billig und gerecht Denkenden, wenn das Haftungsrisiko allein von den Gläubigern der Gesellschaft zu tragen sei. Vielmehr fordere die Redlichkeit des Rechtsverkehrs, dass einigermassen gesichert ist, dass von Rechts wegen erworbene Ansprüche mehr als bloße Form sind, sondern sich auch praktisch verwirklichen lassen. Der Schuldner ist deshalb gehalten, seine Kapitalausstattung den voraussehbaren wirtschaftlichen Belastungen seiner Geschäftstätigkeit anzupassen. Die Kapitalausstattung darf mithin nicht deutlich außerhalb des durch die Geschäfte bedingten, erwartbaren Kapitalbedarfs liegen.<sup>83</sup>

Wegen des Bezugs des Kapitalbedarfs auf die geschäftliche Tätigkeit ist erster nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zu ermitteln. Danach ist eine Gesellschaft unterkapitalisiert, „wenn das Eigenkapital nicht ausreicht, um den nach Art und Umfang der angestrebten oder tatsächlichen Geschäftstätigkeit unter Berücksichtigung der Finanzierungsmethoden bestehenden, nicht durch Kredite Dritter zu deckenden mittel- oder langfristigen Finanzbedarf zu befriedigen“.<sup>84</sup> Damit sind die objektiven Tatbestandsmerkmale einer rechtsmissbräuchlichen Unterkapitalisierung hergeleitet.

b) *Erfüllung des objektiven Tatbestands der Unterkapitalisierung*

Damit müsste im vorliegenden Falle die Finanzausstattung der Fulgurit Holding GmbH nicht ausreichend sein, um die nach der tatsächlichen Geschäftstätigkeit zu erwartenden finanziellen Belastungen zu tragen. Dabei sind die üblichen und am Markt typischerweise realisierbaren Möglichkeiten der Kreditbeschaffung kapitalerhöhend zu berücksichtigen.

Die Fulgurit Holding GmbH betrieb tatsächlich die Asbestzementschlammhalde. Bei dieser Tätigkeit ist objektiv davon auszugehen, dass dieses potentiell gesundheitsgefährdende Material nicht frei von behördlichen Auflagen und arbeitsschutzrechtlichen Sicherheitsauflagen gelagert werden darf. Mithin gehört zum typischen Geschäft des Deponiebetreibers, die rechtlich erforderlichen Sicherungs- oder Rekultivierungsmaßnahmen durchzuführen. Die dafür erforderlichen Mittel gehören zum mittel- und langfristigen Finanzbedarf, der sich schon bei Beginn der Ablagerungen einstellt, spätestens aber bei Beendigung des Ablagerns sicher eintreten wird, weil entsprechende rechtliche Regeln diese Maßnahmen zur zwingenden Rechtsfolge des Deponiebetriebs machen. Spätestens mit Inkrafttreten der ersten immissions- oder abfallrechtlichen Regelungen über die Sicherheitsstandards von Deponien ist damit der objektive Finanzbedarf für Sanierungs- und ggfs. Rekultivierungsmaßnahmen als mittel- oder langfristiger entstanden.

Die Sanierungskosten werden voraussichtlich 5 Mio. € (Spundwand) oder 8,2 Mio. € (Sarkophag) betragen. Dem steht ein Stammkapital der Fulgurit Holding GmbH von 64.000€ gegenüber. Nach den Angaben der Regionsverwaltung erwirtschaftet die Gesellschaft keine nennenswerten Einnahmen; weitere Aktiva sind höchstens in unbedeutender Höhe vorhanden. Für die Kreditsituation ist zu bedenken, dass der tatsächliche Unternehmensgegenstand ausschließlich in der Ver-

81 Frenz, BBodSchG (Fn. 45), § 4 Rn. 89.

82 BGHZ 31, 258 (268); BSG, NJW 1984, S. 2117 (2118); OLG Hamburg, BB 1973, S. 1231.

83 BSG, NJW 1984, S. 2117 (2118).

84 Ulmer, in: Hachenburg, Großkommentar zum GmbHG, begründet von Hachenburg, hrsg. von Ulmer, 8. Aufl., 1990, Anh. zu § 30 Rn. 16 und dem zustimmend Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, S. 240.

waltung des Haldengrundstücks bestand. Dieses ist gegenwärtig nicht mehr im Eigentum der Gesellschaft. Damit handelt es sich um ein extrem renditeschwaches Unternehmen. Geringe Umsatzerwartungen und extrem hohe finanzielle Risiken aus der Sanierungsverantwortung für die Halde lassen das Unternehmen als extrem ungeeignet für Kapitalanlagen wie Kredite oder Kapitalbeteiligungen erscheinen. Kein potentieller Geldgeber wird dazu bereit sein, in ein solch verlustträchtiges und extrem insolvenzgefährdetes Unternehmen zu investieren. Mithin steht dem Kapitalbedarf nur das Stammkapital gegenüber. Beide stehen der Höhe nach in einem extremen Missverhältnis; aus diesem Kapitalstock ist eine Deckung der erwarteten Kosten auch unter allergünstigsten Prognosen der geschäftlichen Entwicklung der Gesellschaft extrem unwahrscheinlich.

Eine objektive Unterkapitalisierung ist damit gegeben.

c) *Subjektiver Tatbestand der rechtsmissbräuchlichen Unterkapitalisierung*

Die Rechtsprechung lässt eine objektive Unterkapitalisierung zur Entstehung der Durchgriffshaftung nicht genügen, sondern fordert statt dessen, dass der Gesellschafter die Unterkapitalisierung vorsätzlich sittenwidrig herbeigeführt hat.<sup>85</sup> Bedingter Vorsatz genügt.<sup>86</sup> Für den Nachweis der tatsächlichen Umstände, aus denen sich die Vorsätzlichkeit der sittenwidrigen Schädigungshandlung ergibt, lässt die Rechtsprechung Beweiserleichterungen zu. Damit Umgehungen der Wertungen aus Treu und Glauben wirksam begegnet werden kann, muss der Geschädigte die Gesellschafter dazu zwingen können, die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, die nur ihm bekannt sein können, offenzulegen. Deshalb reicht ein Tatsachenvortrag des Geschädigten aus, aus dem sich die Vermutung einer missbräuchlichen Vorgehensweise bei der Kapitalausstattung der Gesellschaft ergibt. Diese Vermutung muss der Gesellschafter entkräften, indem er Tatsachen vorträgt, aus denen sich die Plausibilität der Vorgänge, die zur Unterkapitalisierung geführt haben, ergibt.<sup>87</sup>

Damit müssten im vorliegenden Falle Anhaltspunkte dafür gegeben sein, dass die Organe (Geschäftsführer, Gesellschafterversammlung) der Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH, deren Handeln dieser Gesellschaft gemäß § 31 BGB als Handeln der Gesellschaft zugerechnet wird<sup>88</sup>, die zu geringe Kapitalausstattung der Fulgurit Holding GmbH bewusst und mit dem Willen herbeigeführt haben, dass dadurch die Fulgurit Holding GmbH für ihre künftig entstehenden Verbindlichkeiten nicht wird aufkommen können. Für bedingten Vorsatz bedarf es, dass der Schädiger – hier die Organe der Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH – mit künftigen Forderungen rechnen konnten (auch wenn ihre Entstehung noch nicht sicher war) und zum Zwecke, diese nicht oder nur in bestimmter geringer Höhe (in Höhe des Stammkapitals) erfüllen zu müssen, die geringe Kapitalausstattung vorgenommen haben.

Bei diesen Vorgängen können zwei Fallgruppen unterschieden werden – die anfängliche rechtsmissbräuchlich geringe Kapitalausstattung bei Gründung der Gesellschaft, bei der schon im Gründungsstadium die Kapitalausstattung hinter dem Kapitalbedarf zurückbleibt, und die später

85 BGHZ 31, 258 (270 f.); NJW 1979, S. 2104; NJW-RR 1988, S. 1181 f.

86 BGH, NJW 1979, S. 2104 f.

87 Frenz, BBodSchG (Fn. 45), § 4 Rn. 97.

88 In der folgenden Subsumtion wird der sprachlichen Einfachheit halber stets von „Gesellschaftern“ gesprochen. Soweit es um die gesellschaftsrechtliche Stellung der Gesellschaft als Gesellschafter geht, ist mit „Gesellschaftern“ die Rechtsperson der Gesellschaft selbst gemeint. Wenn im Zusammenhang mit Wissen und Willen von der „Gesellschaft“ die Rede ist, bezieht sich dies auf die Organe der Gesellschaft, die Gesellschafterin der unterkapitalisierten Gesellschaft ist. Der Plural bietet sich dabei an: Zwar ist nach Sachverhalt eine Alleingesellschafterin gegeben. Jedoch ist nicht bekannt, ob deren vertretungsberechtigtes Organ nur aus einer oder mehreren Personen bestand. Um deutlich zu machen, dass auch bei einer Personenmehrheit die Zurechnung des Vorsatzes möglich ist, wird der Plural verwendet.

herbeigeführte Unterkapitalisierung, bei der der Gesellschaft nach ihrer Gründung Kapital entzogen wird.

Im Falle nach der Gründung herbeigeführten Unterkapitalisierung lässt es auf gewollte Gläubigerbenachteiligung schließen, wenn durch Verkäufe oder Ausgründungen anderer Unternehmen bei der Gesellschaft, die über die Deponiefläche verfügt, nur ein geringes Stammkapital und das kontaminierte Grundstück verbleiben. In solchen Fällen soll regelmäßig die ordnungsrechtliche Haftung vermieden werden<sup>89</sup>, respektive die wirtschaftlichen Verluste aus der Realisierung der Ordnungspflicht sollen auf ein Minimum beschränkt werden, indem die Kostenlast auf die öffentliche Hand abgewälzt<sup>90</sup> und dadurch die der unterkapitalisierten Gesellschaft vorher entzogenen Vermögenswerte für die Gesellschafter oder die Gesellschaften, auf die die Vermögenswerte übertragen werden, gesichert werden. So treffen die Nachteile der Geschäftstätigkeit notwendig ausschließlich die Gläubiger der Gesellschaft, was die Rechtsprechung als Verstoß gegen die rechtsethischen Wertungen der Allgemeinheit eingestuft hat.<sup>91</sup> In dieser Situation reicht es nach der Rechtsprechung für die Annahme des Vorsatzes aus, dass sich die bloße Möglichkeit einer Schädigung der Gläubiger der Gesellschaft den Gesellschaftern angesichts der objektiv gegebenen Möglichkeit der Unterkapitalisierung aufdrängen musste.<sup>92</sup> Für kontaminierte Liegenschaft gilt danach: Wenn sich die möglichen Gläubigerschädigungen im Verlaufe der Geschäftstätigkeit zeigen und die Möglichkeit bestünde, Rückstellungen für die kommenden Sanierungskosten zu bilden, und diese Rückstellungen werden nicht gebildet sondern dem Unternehmen wird Kapital in Form von Geld, Grundstücken oder Betriebsmitteln sogar noch entzogen, um die Haftungsmasse möglichst gering zu halten, legt die begründete Vermutung bewusster Unterkapitalisierung in der Absicht, einen Ausfall von Verbindlichkeiten der Gesellschaftsgläubiger hinzunehmen, vor, was vorsätzliche Sittenwidrigkeit begründet.<sup>93</sup>

Im Falle der ursprünglichen Unterkapitalisierung gilt Entsprechendes. Wird ein Unternehmen gegründet und werden ihm dabei Unternehmenszwecke zugewiesen, so lösen diese – wenn sie ins Werk gesetzt werden – einen bestimmten Kapitalbedarf aus. Statten die Gesellschafter das Unternehmen mit so wenig Kapital aus, dass die Gesellschafter erkennen mussten, dass die Kapitalausstattung wahrscheinlich nicht hinreichen wird, um die als wahrscheinlich vorhersehbaren Forderungen der Gläubiger zu befriedigen, steht diese erkennbare Unterkapitalisierung einer später eintretenden in Erkennbarkeit, Wirkung auf die Gläubiger und Schädigungsintention der Gesellschafter gleich. Wird mithin eine Gesellschaft gegründet, die nur über geringes Stammkapital verfügt, aber ein kontaminiertes, unsaniertes Grundstück betreiben soll, wollen die Gesellschafter die Haftungsmasse so gering wie möglich halten, um die Gläubiger der Sanierungskosten nicht voll befriedigen zu müssen. Diese Motivation entspricht genau der im Falle der nachträglichen Unterkapitalisierung und ist deshalb wie diese vorsätzlich sittenwidrig. Nur wenn die Sanierungskosten nach Gründung der Gesellschaft überraschend zum Vorschein kommen, kann von einem Vorsatz mangels sicheren Wissens um mögliche Schädigungen nicht ausgegangen werden.<sup>94</sup>

Die bisher von der Regionsverwaltung vorgelegten Ermittlungsergebnisse lassen nicht sicher darauf schließen, dass eine Unterkapitalisierung vorsätzlich herbeigeführt werden sollte. Allerdings sprechen viele der bekannten Sachverhaltsinformationen dafür.

---

89 Frenz, BBodSchG (Fn. 45), § 4 Rn. 92.

90 Frenz, BBodSchG (Fn. 45), § 4 Rn. 92.

91 BGH, NJW 1979, S. 2104; NJW-RR 1988, S. 1181; ZIP 1992, S. 694.

92 BGH, NJW 1979, S. 2104.

93 Frenz, BBodSchG (Fn. 45), § 4 Rn. 94.

94 Frenz, BBodSchG (Fn. 45), § 4 Rn. 94.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist, dass die Fulgurit-Werke, als die Deponierung ca. 1973 beendet wurde, über erheblichen Grundbesitz verfügten und zudem weiterhin auf diesen Liegenschaften Baustoffe produzierten. In den 1990er Jahren wurde die Produktion am Standort eingestellt. Die Betriebsgrundstücke wurden – bis auf das Haldengrundstück – veräußert; dies bis zum Jahre 2004. Bei der Fulgurit GmbH & Co. Verwaltungs- und Beteiligungskommanditgesellschaft – der Rechtsvorgängerin der Fulgurit Holding GmbH – könnte es sich um eine Ausgründung aus diesen ehemaligen Fulgurit-Werken handeln. Voraussetzung dafür wäre, dass die Gesellschafter der ehemaligen Fulgurit-Werke mit denen der Fulgurit GmbH & Co. Verwaltungs- und Beteiligungskommanditgesellschaft ganz – oder wenigstens teilweise – identisch sind. Dafür spricht beim gegenwärtigen Ermittlungsstand lediglich die Namensgleichheit. Denn es ist kaum zu erwarten, dass die Inhaber der ehemaligen Fulgurit-Werke geduldet hätten, dass ein von ihnen verschiedener Dritter sich ohne ihre Ermächtigung des für sie geschützten Namens bedient. Ebenso wahrscheinlich ist im gegenwärtigen Ermittlungsstadium, dass es sich bei der Fulgurit GmbH & Co. Verwaltungs- und Beteiligungskommanditgesellschaft nicht um die Rechtsnachfolgerin der Fulgurit-Werke sondern um die neu benannte, aber rechtlich mit den früheren Fulgurit-Werken identische Rechtsperson handelt. Denn auch aus diesem Grunde ließe sich erklären, warum der Name Fulgurit von einem neuen Unternehmen im Rechtsverkehr verwendet werden durfte. Auch hier wäre die Wahrscheinlichkeit durch sicheres Wissen zu ersetzen, indem die Regionsverwaltung Einsicht in das Handelsregister bzw. dessen Archiv nähme. Mit jeder dieser Fallgestaltungen ließe sich nachweisen, dass die Gesellschafter der ehemaligen Fulgurit-Werke wissentlich und willentlich die Gründung der Fulgurit GmbH & Co. Verwaltungs- und Beteiligungskommanditgesellschaft betrieben haben und dass sie damit gewillt und in der Lage dazu waren, bestimmten als möglich angesehenen Haftungsrisiken – wie eben der Sanierungsverantwortung für die Halde – von Gewinn versprechenden Teilen der ehemaligen Fulgurit-Werke abzuwenden, indem sie bei einzelnen Nachfolge- oder Tochterunternehmen konzentriert wurden oder vor Realisierung der Haftung veräußert und der Gewinn aus diesem Geschäft nicht wieder der das Haftungsrisiko tragenden Gesellschaft zugeführt wurden.

Zudem müsste sich auch ein Vorsatz hinsichtlich der Abschirmung vorhandener Aktiva gegen das drohende Haftungsrisiko nachweisen lassen. Nach den oben dargelegten Kriterien der Rechtsprechung genügt dafür der Nachweis, dass entweder Aktiva von einem Tochterunternehmen, das dem Haftungsrisiko ausgesetzt ist, wegverlagert wurden (dies für den Fall nachträglicher Unterkapitalisierung) oder dass bei der Gründung von Nachfolgeunternehmen die Verteilung von Aktiva und Haftungsrisiken durch die Gesellschafter von Vorgänger- und Nachfolgeunternehmen so festgelegt wurde, dass in einem Unternehmen nur die Haftungsrisiken konzentriert wurden, während die Gewinn versprechenden Geschäftstätigkeiten und die vorhandenen Aktiva auf andere selbstständige Nachfolgeunternehmen oder das Privatvermögen der Gesellschafter selbst verlagert wurden. Denn dieses Verhalten spricht nach Ansicht des Bundesgerichtshofs deutlich für die Vermutung, dass die Gesellschafter die Vermögensmasse des Vorläuferunternehmens dem Zugriff der Gläubiger desselben durch Trennung von Aktiva und Passiva in verschiedene selbstständige Vermögensmassen entziehen wollten. Dies ist nach Lage der gegenwärtigen Sachverhaltsinformationen wahrscheinlich. Neben der Fulgurit GmbH & Co. Verwaltungs- und Beteiligungskommanditgesellschaft bzw. deren Rechtsnachfolgerin Fulgurit Holding GmbH bestehen noch in unmittelbarer Nähe des Haldengrundstücks – vermutlich auf Liegenschaften aus dem Vermögen der ehemaligen Fulgurit-Werke – zwei weitere Unternehmen, die den Namen Fulgurit führen: die Fulgurit Baustoffe GmbH und die Wanit Fulgurit GmbH. Nach einer Pressemitteilung der Eternit AG betreibt letztere zusammen mit der Wanit Fulgurit GmbH das Auslandsgeschäft mit Baustoffen. Zu-

dem unterhält die Wanit Fulgurit GmbH Zweigstellen und technische Büros in vielen deutschen und ausländischen Mittel- und Großstädten. Es ist sehr wahrscheinlich, dass es sich bei diesen Geschäftspotentialen und Vermögensmassen entweder um diejenigen handelt, die aus den ehemaligen Fulgurit-Werken auf die beiden genannten Fulgurit-Unternehmen verlagert wurden oder dass es sich um Vermögen handelt, das vermittels der Vermögensbestände der ehemaligen Fulgurit-Werke erworben wurde. Schließlich ist nicht auszuschließen, dass die Gesellschafter der ehemaligen Fulgurit-Werke auch Aktiva in ihr Privatvermögen überführt haben. Wäre eine oder mehrere dieser begründeten Annahmen zu verifizieren – was die Regionsverwaltung durch geeignete Ermittlungen zu versuchen hätte – läge der begründete Verdacht nahe, dass nur die Fulgurit GmbH & Co. Verwaltungs- und Beteiligungskommanditgesellschaft als einziges der Nachfolgeunternehmen der ehemaligen Fulgurit-Werke nur mit dem Haftungsrisiko für die Halde, nicht aber mit Aktiva, die eine Realisierung der Haftung ermöglichten, ausgestattet wurde. Daraus schließt die Rechtsprechung nach den oben genannten Kriterien auf den Vorsatz, durch die Gestaltung der Vermögensnachfolge in das ehemalige Unternehmen nur den Schutz von Aktiva in den anderen Unternehmen und dem Privatvermögen der Gesellschafter bezweckt zu haben.

Weiterhin bedarf es nach den oben hergeleiteten Kriterien der Rechtsprechung für die Annahme einer vorsätzlichen Schädigung, dass Gesellschafter vorhergesehen haben, dass das Haftungsrisiko droht und auf diese Kenntnis hin ihren Willen dahin gehend betätigt haben, Aktiva vor dem Zugriff möglicher Gläubiger zu schützen. Die Kenntnis von möglichen Haftungsrisiken kann schon nach derzeitigem Ermittlungsstand als gesichert gelten. So hatte das Gewerbeaufsichtsamt 1978, 1981 und 1984 veranlasst, dass die Halde vollständig mit Spritzmulch abgedeckt wird. Die Bezirksregierung hat 1998 erwogen, eine Abdeckung der Halde mit einer Deponiefolie anzuordnen, und nur wegen technischer Probleme davon Abstand genommen und nur eine Einzäunung des Grundstücks angeordnet, um die Halde gegen Betreten und Eingriffe von außen zu schützen. Zwischen 1978 und 1995 fanden mehrere behördliche Begehungen auf dem Haldengrundstück statt. 1995 nahm der Landkreis Hannover eine Gefährdungsabschätzung vor. In einer nahezu kontinuierlichen Folge lassen sich damit behördliche Maßnahmen oder zumindest deren Versuche nachweisen. Spätestens nach der ersten Anordnung von Abdeckmaßnahmen musste den Gesellschaftern der Fulgurit-Unternehmen klar sein, dass die Behörden die Halde als Gefahrenherd ansehen. Damit wurde den Gesellschaftern auch deutlich, dass in Zukunft weitere solcher Maßnahmen angeordnet werden können. Schließlich waren auch umfangreiche Sanierungsmaßnahmen, wie die nunmehr erwogenen, sehr wahrscheinlich geworden. Jede nach Erlangung dieser Kenntnis getätigte Vermögensverfügung oder Unternehmensausgründung, die der Verlagerung von Aktiva weg von der Eigentümerin der Halde hin zu anderen Fulgurit-Unternehmen oder deren Gesellschaftern diente, begründen die für den Beweis des Schädigungsvorsatzes nach Ansicht des Bundesgerichtshofs ausreichende Vermutung, der Sicherung von Aktiva in bewusster Absicht der möglichen Schädigung von Gläubigern der Haldeneigentümerin.

Schließlich müsste für die Annahme des Schädigungsvorsatzes noch ein Nachweis geführt werden: Der Vorsatz muss beim Schädiger voll vorliegen. Damit die vorstehend geprüften Teilmomente des Vorsatzes auch der gleichen Gesellschafterperson zugerechnet werden können, müssen die willentliche Vermögensverlagerung, die Unternehmensausgründungen, das Wissen um und der Wille zur Gläubigerbenachteiligung, bei denselben Gesellschaftern vorgelegen haben. Das müsste – obzwar es gegenwärtig sehr wahrscheinlich ist – durch Einsicht ins Handelsregister abgeklärt werden.

## 2.) *Der Schuldner des Durchgriffsanspruchs*

Schuldner des Anspruchs sind die Gesellschafter der unterkapitalisierten Gesellschaft. Gegenwärtige Alleingesellschafterin der Fulgurit Holding GmbH und frühere alleinige Komplementärin der Fulgurit GmbH & Co. Verwaltungs- und Beteiligungskommanditgesellschaft ist die Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH. Diese könnte im Wege der Durchgriffshaftung wegen der Unterkapitalisierung ihres Tochterunternehmens in Anspruch genommen werden, wenn ihr selbst – das heißt ihren Organen – der Schädigungsvorsatz und die Herbeiführung der objektiven Unterkapitalisierung zuzurechnen sind.

Ob dies der Fall ist, kann anhand des Standes der Ermittlungen durch die Regionsverwaltung nicht beurteilt werden. Hier wäre die Entwicklung der Gesellschafterstruktur anhand des Handelsregisters aufzuklären.

Sollte sich dabei erweisen, dass die Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH nicht mit dem Gesellschafter oder den Gesellschaftern, die die Unterkapitalisierung zu vertreten haben, identisch ist, richtete sich der Anspruch aus Haftungsdurchgriff gegen den schuldhaft handelnden, nicht gegen den gegenwärtigen Gesellschafter.

## 3.) *Weiterer Ermittlungsbedarf*

Der Gutachter muss noch einmal betonen, dass es sich bei vorstehender Einschätzung der Sachlage nicht um eine abschließende rechtliche Beurteilung handeln kann. Wenn er die Erfüllung des haftungsauslösenden Tatbestands für wahrscheinlich hält, bezieht sich das Wahrscheinlichkeitsurteil nur darauf, dass angesichts der vorhandenen Ermittlungsergebnisse damit zu rechnen ist, dass weitere Nachforschungen ergeben könnten, dass auch die nur für wahrscheinlich – und eben nicht für erwiesen – gehaltenen Sachverhaltsumstände erwiesen werden.

Damit wird vorstehend festgestellt, dass vor einer Entscheidung, deren Grundlage die Annahme fehlender Refinanzierungsmöglichkeiten für die Kosten der Ersatzvornahme der Sanierungsverfügung ist, erst ermittelt werden sollte, ob tatsächlich diese Refinanzierungsmöglichkeiten fehlen. Nach gegenwärtigem Erkenntnisstand ist allerdings wahrscheinlicher, dass diese Möglichkeit besteht, weshalb nicht vor dem Abschluss weiterer Nachforschungen über die Sache entschieden werden sollte.

## 4.) *Unsicherheiten der Prognose über die tatsächliche Realisierbarkeit der Durchgriffshaftung*

Der Bundesgerichtshof greift nur dann auf das Rechtsinstitut der Unterkapitalisierung zurück, wenn er die Haftung nicht besser aus anderen – vor allem gesetzlich fixierten – Anspruchsgrundlagen herleiten kann.<sup>95</sup>

Zudem handelt es sich bei den Kriterien der Beurteilung der objektiven Unterkapitalisierung **um** nur in geringem Maße eindeutige.<sup>96</sup> Deshalb kann auch nicht sicher vorausgesehen werden, ob die Zivilgerichte der hier erarbeiteten Lösung folgen würden.

Mithin sollte nach weiteren Anspruchsgrundlagen gesucht werden, die eine sicherere Prognose erlauben.

<sup>95</sup> Vgl. dazu oben im 2. Teil, B) I) 1.) c).

<sup>96</sup> So auch *Schmidt*, Gesellschaftsrecht (Fn. 84), S. 240 und – mit ähnlicher Begründung – *Frenz*, BBodSchG (Fn. 45), § 4 Rn. 90.

### 5.) *Zwischenergebnis zur Durchgriffshaftung*

Der objektive Tatbestand der Unterkapitalisierung ist erfüllt. Der subjektive Tatbestand ist dagegen nur wahrscheinlich erfüllt. Die vorhandenen Sachverhaltsinformationen deuten darauf hin, dass die Alleingesellschafterin der Fulgurit-Holding GmbH in vorsätzlich sittenwidriger Weise die Unterkapitalisierung herbeigeführt hat, um damit die Gläubiger der Sanierungslasten zu schädigen, indem sie ihnen die mögliche und rechtlich geforderte Haftungsmasse vorenthält.

Nach gegenwärtigem Sachstand ist die Verifikation der als wahrscheinlich angenommenen Sachlage eher zu erwarten als eine Falsifikation. Deshalb sind vor der abschließenden Entscheidung über die anzuwendenden Sanierungskonzepte weitere Ermittlungen angezeigt.

Das mögliche Prozessrisiko lässt es angezeigt erscheinen, die Durchgriffshaftung auch auf andere Anspruchsgrundlagen abzustützen.

### II) *Haftung der Alleingesellschafterin wegen vorsätzlich sittenwidriger Schädigung*

Als alternative Anspruchsgrundlage kommt eine vorsätzlich sittenwidrige Schädigung der Region Hannover durch die Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH gemäß § 826 BGB in Betracht. Wer danach einem anderen in sittenwidriger Weise Schaden zufügt, ist ihm zu Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet.

#### 1.) *Erfüllung des Tatbestands*

Der Bundesgerichtshof greift in nahezu allen Fällen der Unterkapitalisierung auf § 826 BGB zurück, anstatt aus dem konturenloseren Tatbestand der Unterkapitalisierung Ansprüche abzuleiten.<sup>97</sup> Beide Anspruchsgrundlagen sind sich so ähnlich, dass nachfolgend weitreichend auf die Ausführungen zur Unterkapitalisierung verwiesen werden kann.

#### a) *Verstoß gegen die guten Sitten*

Das Verhalten der Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH bzw. das der für sie handelnden Organe bei der Kapitalausstattung der Fulgurit Holding GmbH und ihrer Rechtsvorgängerin müsste einen Verstoß gegen die guten Sitten darstellen. Sittenwidrig ist ein Verhalten, das gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.<sup>98</sup> Damit ist auf die tragenden Wertungen der Rechtsordnung und die herrschende Rechts- und Sozialmoral verwiesen; sie ist durch die Norm zum Beurteilungsmaßstab erhoben. Bei der Beurteilung ist ein durchschnittlicher Maßstab anzulegen.<sup>99</sup> Verletzt eine Handlung die grundlegenden Prinzipien der Rechtsordnung, so ist sie nach diesen Maßstäben als verboten anzusehen.<sup>100</sup> Es wurde schon oben nachgewiesen, dass dieses Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden auch das Rechtsprinzip ist, das Begründung und Tatbestand der Durchgriffshaftung prägte. Dieses Rechtsprinzip korrigiert das Trennungsprinzip des § 13 Abs. 2 GmbHG.<sup>101</sup> Damit ist der Rechtsmissbrauch, der in der Gläubiger benachteiligenden Schädigung durch unzureichende Finanzausstattung einer GmbH liegt, ein Verstoß gegen die guten Sitten – dass die Gläubiger benachteiligende Unterkapitalisierung einer GmbH gegen die grundlegenden Wertungen der Rechtsordnung verstößt, weil sie den Wertungen wider-

97 Vgl. die Nachweise bei *Conrady*, Sanierungsverantwortlichkeit (Fn. 50), S. 118.

98 BGHZ 10, 232; 69, 297.

99 BGHZ 10, 232.

100 BGHZ 68, 4; 80, 158; 100, 338.

101 Vgl. zu dieser Herleitung und den Tatbestandsmerkmalen der Sittenwidrigkeit oben im 2. Teil, B) I) 1.) a).

spricht, die dem Trennungsgrundsatz des GmbH-Rechts zugrunde liegen, wurde oben gezeigt.<sup>102</sup> Eine treuwidrige Unterkapitalisierung begründet damit auch den Vorwurf der Sittenwidrigkeit in der hier gegenständlichen Norm. In diesem Sinne sieht die höchstrichterliche Rechtsprechung rechtsmissbräuchliche Gläubigerbenachteiligungen auch als sittenwidrige Schädigungen i.S.d. § 826 BGB an.<sup>103</sup> Die Sittenwidrigkeit der Gläubigerschädigung kann sich dabei insbesondere aus dem Maß an Eigennutz bei der Missachtung legitimer Gläubigerinteressen ergeben.<sup>104</sup> Eben wurde gezeigt, dass die Organe der Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH vorsätzlich in rechtsmissbräuchlich sittenwidriger Weise die Unterkapitalisierung der Fulgurit Holding GmbH bzw. ihrer Rechtsvorgängerin herbeigeführt haben, wenn die ebenda angemahnten weiteren Ermittlungen die gewünschten – wahrscheinlichen – Ergebnisse zeitigen sollten.<sup>105</sup> Dass sich dabei ein besonderes Maß an Eigennutz bei der Ausnutzung der rechtlichen Selbstständigkeit der Fulgurit Holding GmbH zeigte, ergaben die Überlegungen zum legitimen Zweck des GmbH-rechtlichen Trennungsgrundsatzes: Dieser darf nach seinem Zweck gerade nicht dazu gebraucht werden, erkennbare Verbindlichkeiten durch Auszehrung der Haftungsmasse materiell zu entwerten. Wenn dies – wie im vorliegenden Falle – der einzige Zweck der Lokalisierung von Haftungsrisiken bei einer eigenkapitalschwachen Gesellschaft ist, während eine bessere Kapitalisierung möglich war, verfolgt der handelnde Gesellschafter ausschließlich Ziele, die nach den Grundwertungen des GmbHG rechtswidrig und damit rechtsmissbräuchlich sind.<sup>106</sup>

Damit ist der Verstoß gegen die guten Sitten wegen der bewussten Gläubigerbenachteiligung wahrscheinlich.

#### b) *Vorsatz*

Vorsatz bedeutet das Bewusstsein, dass das Handeln den schädigenden Erfolg haben wird. Nicht erforderlich ist das Bewusstsein, dass das Handeln sittenwidrig ist.<sup>107</sup> Dass die Organe der Anspruchschuldnerin die schädigende Wirkung ihres Handelns spätestens seit den ersten behördlichen Maßnahmen kannten und gleichwohl eine Kapitalausstattung der Fulgurit Holding GmbH herbeigeführt haben, die den Gläubigern als möglich vorhergesehener Sanierungskostenansprüche keinerlei adäquate Haftungsmasse zur Verfügung stellt, wurde schon als wahrscheinlich nachgewiesen. Ebendort wurde auch gezeigt, welche Ermittlungen noch erforderlich sind, um diese Wahrscheinlichkeit zur Gewissheit werden zu lassen.<sup>108</sup>

#### c) *Schaden*

Durch die schädigende Handlung müsste ein Schaden eingetreten sein. Schaden ist jede Minderung des Vermögens, die nicht eingetreten wäre, wenn das schädigende Ereignis wegfielen. Das schädigende Ereignis ist die Gläubiger benachteiligende Vermögensausstattung der Fulgurit Holding GmbH. Ohne diese bestünde die Vermögensmasse der ehemaligen Fulgurit-Werke fort. Zumindest wären die Einnahmen aus den Verkäufen der Grundstücke und die laufenden Einnahmen aus dem Geschäftsbetrieb der noch am Markt tätigen weiteren Nachfolgeunternehmen Bestandteil des Vermögens derjenigen Gesellschaft, die auch die Lasten aus der Sanierung der Halde zu tragen

102 Vgl. dazu oben im 2. Teil, B) I) 1.) a).

103 BGH, NJW 1988, S. 700 (703).

104 BGH, WM 1985, S. 866 (868).

105 Vgl. dazu oben im 2. Teil, B) I) 1.) b) und c).

106 Vgl. dazu die eingehende Begründung oben im 2. Teil, B) I) 1.) a).

107 BGH, WM 1962, S. 579.

108 Vgl. dazu oben im 2. Teil, B) I) 1.) c).

hat. Damit entsteht ein Schaden in dem Moment, indem der Region Hannover Ansprüche wegen der Ersatzvornahme der möglichen Sanierungsverfügung gegen die Fulgurit Holding bestehen und diese wegen der Unterkapitalisierung nicht einbringlich sind. Der Schaden ist so hoch, wie die Forderungen gegen die Gesellschaft uneinbringlich sind.

Im Einzelnen sind zwei unterschiedliche Zeitpunkte der Schadensentstehung möglich. Gemäß § 66 Abs. 1 Nds. SOG kann die Behörde anstelle und auf Kosten des Verpflichteten die Maßnahme – hier die Sanierung der Halde – durchführen. Dabei kann sie sich der kostenpflichtigen Hilfe Dritter bedienen. Sie kann diese Kosten vorlegen und nach erfolgter Ersatzvornahme beim Adressaten der Verfügung durch Bescheid geltend machen und den Bescheid notfalls vollstrecken. Erst mit dem Kostenbescheid würde die Zahlungspflicht entstehen, die die Fulgurit Holding GmbH mangels ausreichender Aktiva nicht erfüllen kann. Damit läge erst nach erfolgter Verauslagung der Kosten der Ersatzvornahme ein den Schadensersatzanspruch auslösender Schaden vor. Aber die Behörde kann auch von der Möglichkeit des § 66 Abs. 2 Satz 1 Nds. SOG Gebrauch machen und die voraussichtlichen Kosten der Ersatzvornahme vor deren Durchführung gegen den Pflichtigen geltend machen und vollstrecken. Dann entstünde der uneinbringliche Anspruch – und mit ihm der Schaden – bereits vor der Ersatzvornahme und einer Verauslagung von deren Kosten.

## 2.) *Schuldner des Ersatzanspruchs*

Schuldner des Anspruchs ist wie bei der Unterkapitalisierung derjenige, der die schädigende Handlung ausführt. Damit gilt hinsichtlich der Person des Schuldners dasselbe, das oben gesagt wurde.<sup>109</sup> Damit die Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH als Schuldnerin erwiesen werden kann, müsste festgestellt werden, dass ihre Organe die sittenwidrig schädigende Unterkapitalisierung herbeigeführt haben. Da dies nach gegenwärtigem Sachstand wahrscheinlich ist, wäre die gegenwärtige Alleingesellschafterin der Fulgurit Holding GmbH auch als Schuldnerin heranzuziehen.

## 3.) *Verwirklichung des Anspruchs*

Da es sich um einen Anspruch gegen die Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH und nicht gegen deren Tochterunternehmen Fulgurit Holding GmbH handelt, müsste die Region Hannover ihren Anspruch auch gegen erstere geltend machen. Da es sich um einen zivilrechtlichen Anspruchsgrund handelt, wäre bei Verweigerung der Zahlung der Weg zu den ordentlichen Gerichten zu beschreiten.

Dass der Anspruch direkt gegen die Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH gerichtet ist, bedeutet gegenüber den (noch zu prüfenden) konzernrechtlichen Ausgleichsansprüchen der Fulgurit Holding GmbH gegen ihre Alleingesellschafterin einen zeitlichen Vorteil bei der Anspruchsdurchsetzung und -befriedigung.<sup>110</sup> Die konzernrechtlichen Ansprüche stünden der Fulgurit Holding GmbH gegen ihre Alleingesellschafterin zu. Sie gingen auf Nachschuss zur Insolvenzmasse in der Höhe, in der die Insolvenzmasse nicht zur Befriedigung der Insolvenzgläubiger ausreicht. Mithin müsste – um diesen Anspruch zu realisieren – zunächst nach der Inanspruchnahme der Fulgurit Holding GmbH wegen der Kosten der Ersatzvornahme der Sanierungsverfügung ein Insolvenzverfahren beantragt und eröffnet werden. Im Rahmen dieses Verfahrens müsste die Region Hannover ihren Anspruch zur Insolvenztabelle anmelden. Nach Feststellung aller Verbindlichkei-

<sup>109</sup> Vgl. hierzu oben im 2. Teil, B) I) 2.).

<sup>110</sup> Vgl. dazu sogleich unten im 2. Teil, B) III).

ten in dieser Tabelle (was noch einmal durch mögliche Anerkennungsklagen abgewiesener Gläubiger verzögert werden könnte) muss der Insolvenzverwalter den Nachschussanspruch gegen die Alleingeschäftlerin geltend machen und ggfs. gerichtlich durchsetzen. Nach Zahlungseingang müsste die Gläubigerversammlung über den Plan zur Ausschüttung der Insolvenzmasse beschließen, bevor die Zahlungen aus der Insolvenzmasse an die Region Hannover fließen könnten.

Dem gegenüber kann die Region Hannover ihren Anspruch aus § 826 BGB direkt – ohne dazwischen geschaltetes Insolvenzverfahren – gegen die Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH geltend machen. Im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung wäre nur die Dauer dieses Verfahrens, nicht aber die zusätzliche Dauer des Insolvenzverfahrens abzuwarten. Im Falle eines obsiegenden Urteils in einer Instanz könnte aus diesem Urteil vorläufig – das heißt ohne die Rechtskraft der letztinstanzlichen Entscheidung abwarten zu müssen – vollstreckt werden. Im günstigsten Falle bedeutet das, dass das erstinstanzliche Urteil schon vollstreckt werden könnte. Für die Sache wäre nach dem Streitwert erstinstanzlich das Landgericht zuständig. Derzeit wahrscheinlich ist eine Verfahrensdauer dort von ca. einem halben bis zu einem Jahr.

Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass der Region Hannover zwei Möglichkeiten der Geltendmachung der Kosten der Ersatzvornahme zu Gebote stehen, aus denen sich unterschiedliche Zeitpunkte der Schadensentstehung ergeben.<sup>111</sup> Erließe die Region den Bescheid über die Kosten der Ersatzvornahme gegen die Fulgurit Holding GmbH erst nach erfolgter Ersatzvornahme, könnte die Geltendmachung des Anspruchs gegen die Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH frühestens zu diesem Zeitpunkt beginnen. Vorteilhafter erscheint dagegen der Weg über die Vorabgeltendmachung der Kosten der Ersatzvornahme nach § 66 Abs. 2 Satz 1 Nds. SOG. Damit entstände der Anspruch gegen die Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH bereits vor dem Zeitpunkt, in dem die Region Zahlungen an mit der Sanierung beauftragte Dritte leisten müsste.

Bei zu unterstellendem obsiegenden Urteil in der ersten zivilgerichtlichen Instanz könnte damit ca. ein halbes bis ein Jahr nach Ergehen des Urteils mit gedeckten Kosten der Ersatzvornahme gerechnet werden. Dies sollte dem von der Regionsverwaltung benötigten Zeitbedarf für die Vorbereitung der Ersatzvornahme – Planung der Maßnahmen, Ausschreibung der Leistung, Abschluss zivilrechtlicher Verträge – entsprechen. Längere Verzögerungen der Ersatzvornahme sind bei dieser Verfahrensvariante mithin nicht zu erwarten.

In der Zwischenzeit vom Erlass der Sanierungsverfügung bis zur Realisierung des Anspruchs gegen die Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH, auf die der Maßnahmenbeginn unmittelbar folgen kann, können natürlich die erforderlichen vorläufigen Sicherungsmaßnahmen angeordnet werden. Hierfür gilt erkennbar nichts anderes als in anderen Fallgestaltungen. Deshalb ist kein Zeitraum zu befürchten, in dem die Region Hannover hinsichtlich der Gefahrenabwehr handlungsunfähig würde.

#### 4.) *Begründetheit einer möglichen Verjährungseinrede durch die Schuldnerin*

Fraglich ist, ob der Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH gegen den Anspruch die Einrede der Verjährung zusteht. Dies wäre dann der Fall, wenn die gesetzlich bestimmte Verjährungsfrist verstrichen wäre. Für Schadensersatzansprüche, die nicht einen Körper- oder Gesundheitsschaden betreffen – was hier der Fall ist –, regelt § 199 Abs. 3 BGB Beginn und Länge der Verjährungsfrist.

Danach verjähren diese Ansprüche ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis des Geschädigten in zehn Jahren von der Anspruchsentstehung an oder ohne Rücksicht

---

<sup>111</sup> Vgl. dazu oben im 2. Teil, B) II) 1.) c).

auf die Kenntnis des Geschädigten in 30 Jahren von der Begehung der schädigenden Handlung an; maßgeblich ist die früher endende der beiden Fristen. Aus der Gegenüberstellung der Wortlaute beider Fristen ergibt sich, dass nur die erste Alternative die Entstehung des Anspruchs voraussetzt. Für die zweite Alternative ist dies nicht Voraussetzung; für deren Erfüllung genügt die Durchführung der schädigenden Handlung. Diese muss, um die Frist laufen zu lassen, noch nicht zur Entstehung eines Ersatzanspruchs geführt haben. Das ist z.B. dann der Fall, wenn der Schaden, der Voraussetzung der Entstehung des Anspruchs ist, zeitlich deutlich nach der schädigenden Handlung eintritt. Mithin kommt es für die erste Alternative auf den Zeitpunkt an, indem Schädigungshandlung und Schaden erstmals zusammen vorliegen; in der zweiten Alternative genügt die Vollendung der Schädigungshandlung.

Wie oben gezeigt<sup>112</sup>, entsteht der Schaden – und damit der Anspruch – erst, wenn ein Kostenbescheid erlassen wurde, der wegen der Unterkapitalisierung nicht realisiert werden kann. Da dies mangels eines schon erlassenen Bescheids über die Kosten der Ersatzvornahme noch nicht der Fall ist, begann die zehnjährige Frist noch nicht zu laufen; sondern sie beginnt erst, nachdem der Kostenbescheid erlassen wurde. Die schädigende Handlung besteht in denjenigen Tätigkeiten, die die Unterkapitalisierung herbeigeführt haben. Dies sind die Vorgänge der Grundstücksverkäufe. Diese fanden frühestens Anfang der 1990er Jahre statt. Also begann erst damals die dreißigjährige Frist zu laufen, die allerdings mangels Zeitablaufs noch nicht abgelaufen ist.

Nach alledem wäre derzeit eine von der Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH erhobene Einrede der Verjährung nicht begründet. Sie hindert die Anspruchsdurchsetzung nicht.

#### 5.) *Weiterer Ermittlungsbedarf*

Die Tatbestandsvoraussetzungen der Unterkapitalisierung und der vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung haben sich hinsichtlich ihrer rechtlichen Voraussetzungen und damit auch der tatsächlichen Umstände, die zur Tatbestandserfüllung vorliegen müssen, als im Wesentlichen identisch erwiesen. Deshalb kann für die Darstellung des noch bestehenden Ermittlungsbedarfs und der Wahrscheinlichkeit, dass die Ermittlungen die Voraussetzungen der Tatbestandsverwirklichung verifizieren werden, auf das zur Anspruchsgrundlage der Unterkapitalisierung Gesagte verwiesen werden.<sup>113</sup>

#### 6.) *Zwischenergebnis zur Haftung wegen vorsätzlich sittenwidriger Schädigung*

Da die Tatbestandsmerkmale der vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung denen der Unterkapitalisierung entsprechen, stellt sich eine Haftung aus § 826 BGB als ebenso wahrscheinlich dar, wie die aus Unterkapitalisierung. Eine endgültige Entscheidung über das Bestehen des Anspruchs aus § 826 BGB setzt die gleichen weiteren Sachverhaltsermittlungen voraus, wie sie zur Unterkapitalisierung nachgewiesen wurden. Dass sich diese Sachverhaltsteile tatsächlich erweisen werden, ist nach den derzeit vorhandenen Sachverhaltsinformationen überwiegend wahrscheinlich. Mit § 826 BGB steht damit eine Anspruchsgrundlage zur Verfügung, auf die die Rechtsprechung Ansprüche eher stützt, als auf den Tatbestand der Unterkapitalisierung. Damit erweist sich ein Durchdringen einer eventuellen Klage, gestützt auf § 826 BGB neben der Unterkapitalisierung, aus rechtlichen Gründen als wahrscheinlicher Fall.

---

112 Vgl. dazu oben im 2. Teil, B) II) 1.) c).

113 Vgl. hierzu oben im 2. Teil, B) I) 3.).

Ein unverjährter Anspruch der Region Hannover auf Ausgleich der im Falle der Zahlungsunfähigkeit der Fulgurit Holding GmbH eintretenden Uneinbringlichkeit der Kosten für die Ersatzvornahme einer Sanierungsverfügung ist also überwiegend wahrscheinlich gegeben. Er ist auch vor Beginn der Ersatzvornahme vollstreckbar, sodass Vorleistungen der Region Hannover nicht erforderlich sein dürften. Erhebliche Verzögerungen der Ersatzvornahme durch die Vollstreckung des Anspruchs aus § 826 BGB sind bei einem obsiegenden erstinstanzlichen Urteil nicht zu erwarten.

Wegen dieser geringen haushalterischen Risiken scheint es ein Gebot der haushaltsrechtlichen Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit zu sein, vor einer Entscheidung über die Bezuschussung der Sanierung mit öffentlichen Haushaltsmitteln noch zu Ende zu ermitteln, ob eine solche nicht unwirtschaftlich ist, weil die Maßnahmen auch durch Mittel der zu ihrer Durchführung Verpflichteten oder der für sie Einstandspflichtigen finanziert werden können.

### III) Haftung der Alleingesellschafterin wegen Missbrauchs ihrer Leitungsmacht

Letzter angesichts der Sachverhaltsdarstellungen möglicherweise erfüllter Haftungstatbestand ist die konzernrechtliche Anspruchsgrundlage des Missbrauchs der Leitungsmacht, die dem einen Konzern beherrschenden Unternehmen gegenüber den abhängigen Unternehmen eingeräumt ist, die sich aus analoger Anwendung der §§ 302, 303 des Aktiengesetzes (AktG) ergibt.

#### 1.) Vorliegen eines faktischen Konzerns

Als erstes Tatbestandsmerkmal müsste ein faktischer Konzern gegeben sein. Wesen des Konzerns ist, dass ein (Mutter-)Unternehmen die – faktische oder vertraglich begründete – Leitungsmacht über abhängige (Tochter-)Unternehmen ausübt. Damit bedarf es für die Annahme einer faktisch konzernabhängigen GmbH, dass eine GmbH und ein weiteres Unternehmen vorhanden sind. Die GmbH muss von letzterem faktisch – also nicht auf beherrschungsvertraglicher Grundlage – abhängig sein.<sup>114</sup>

Mit der Fulgurit Holding GmbH liegt eine GmbH vor. Über diese könnte die Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH faktische Leitungsmacht haben. Eine durch einen Beherrschungsvertrag begründete Leitungsmacht ist nach derzeitiger Sachstandskenntnis nicht ersichtlich. Allerdings müsste dies durch weitere Aufklärung abgesichert werden, da für einen Vertragskonzern andere Haftungsansprüche als für faktische Konzerne einschlägig sind. Eine faktische Leitungsmacht wird von Rechtsprechung und Rechtslehre angenommen, wenn ein Unternehmen tatsächlich der Macht eines anderen Unternehmens untersteht, das tatsächlich dazu in der Lage ist, allein die Geschicke des abhängigen Unternehmens zu bestimmen.<sup>115</sup> Das Tochterunternehmen muss also vom Mutterunternehmen abhängig sein.<sup>116</sup> Diese faktische Bestimmungsmacht kann sich aus der Stellung des beherrschenden Unternehmens als Allein- oder Mehrheitsgesellschafter der beherrschten GmbH ergeben.<sup>117</sup> Die Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH ist Alleingesellschafterin der Fulgurit Holding, kann diese also faktisch allein beherrschen. Ein faktischer Konzern ist damit gegeben, wenn nicht ein Vertragskonzern ermittelt werden sollte.

---

114 Schmidt, Gesellschaftsrecht (Fn. 84), S. 1220.

115 BGHZ 95, 330.

116 Schmidt, Gesellschaftsrecht (Fn. 84), S. 1220.

117 So wurde in BGHZ 149, 10 eine beherrschende Stellung des Alleingeschafters bejaht.

## 2.) *Verstoß des beherrschenden Unternehmens gegen das konzernrechtliche Nachteilsverbot*

Zudem müsste die Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH gegen das Verbot der Benachteiligung von konzernabhängigen Unternehmen verstoßen haben. Grundsätzlich darf das beherrschende Unternehmen dem beherrschten keine Nachteile zufügen, ohne dass sie diese Nachteile durch die Gewährung von Nachteilsausgleich kompensiert.<sup>118</sup> Diese Nachteile können darin bestehen, dass der abhängigen GmbH vom Mutterunternehmen so viele finanzielle Risiken oder Belastungen auferlegt werden, dass dadurch die Existenz des abhängigen Unternehmens gefährdet wird.<sup>119</sup> Dies ist vor allem dann anzunehmen, wenn das beherrschende Unternehmen das abhängige mit derart wenig Kapital oder Kapitalerwerbsmöglichkeiten ausstattet, dass es nicht mehr dazu in der Lage ist, die gleichfalls vom beherrschenden Unternehmen auf die Tochter abgewälzten Verbindlichkeiten und Risiken abzudecken.<sup>120</sup> Tritt aufgrund einer solchen Zuweisung von die Aktiva übersteigenden Lasten die Unterkapitalisierung<sup>121</sup> oder Insolvenzureife<sup>122</sup> des beherrschten Unternehmens oder gar der Zustand masseloser Insolvenz<sup>123</sup> ein, hat das beherrschende Unternehmen seine Treupflicht verletzt. Dass der Fulgurit Holding GmbH nur die Lasten aus der drohenden Sanierung der Halde, aber keine diese Lasten finanzierenden Aktiva zugewiesen wurden, wurde bereits oben nachgewiesen.<sup>124</sup> Ebendort wurde auch gezeigt, dass es nach Lage der Sachverhaltsinformationen zwar wahrscheinlich ist, dass diese Unterkapitalisierung von der Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH als Alleingesellschafterin verursacht wurde, dass es jedoch noch einer Einsicht ins Handelsregister bedarf um nachzuweisen, dass die Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH zum Zeitpunkt der Herbeiführung der Unterkapitalisierung schon Alleingesellschafterin der Fulgurit Holding GmbH war. Wäre dies nicht der Fall, müssten Ansprüche gegen die damaligen Gesellschafter geprüft werden. Dass die Fulgurit Holding GmbH im Falle des Erlasses einer Sanierungsverfügung insolvenzreif wäre, haben die Ermittlungen der Regionsverwaltung nachgewiesen.

Damit wäre eine Pflichtverletzung der beherrschenden Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH gegeben, sofern die dargestellten Ermittlungsergebnisse so wie angenommen sein werden.

## 3.) *Gläubiger und Verwirklichung des Anspruchs*

Da es sich bei der Verletzten um eine Pflicht gegenüber dem beherrschten Unternehmen handelt, ist dieses auch im Normalfall der Gläubiger des Anspruchs. Das beherrschende Unternehmen schuldet ihm einen seine Existenz sichernden finanziellen Ausgleich.<sup>125</sup> Jedoch gewährt die Rechtsprechung in Fällen masseloser Insolvenz dem Gläubiger des beherrschten Unternehmens einen eigenen Anspruch analog § 303, 322 Abs. 2 und 3 AktG.<sup>126</sup> Da diese Masselosigkeit nach den Sachverhaltsdarstellungen der Regionsverwaltung im vorliegenden Falle gegeben ist, stünde der Anspruch der Region Hannover selbst gegen die Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH zu.

---

118 BGH, NJW 1994, S. 446; NJW 1994, S. 3288 (3290); Frenz, BBodSchG (Fn. 45), § 4 Rn. 100; Schmidt, Gesellschaftsrecht (Fn. 84), S. 1222.

119 BGHZ 149, 10; Schmidt, Gesellschaftsrecht (Fn. 84), S. 1222.

120 BGHZ 65, 15.

121 BGHZ 95, 330.

122 Schmidt, Gesellschaftsrecht (Fn. 84), S. 1223.

123 BGHZ 31, 258 (278); 122, 123.

124 Vgl. dazu oben im 2. Teil, B) I) 1.).

125 BGHZ 65, 15.

126 BGHZ 31, 258 (278); 95, 330; 122, 123.

Deshalb kommt für die Realisierung des Anspruchs das gleiche Procedere in Betracht, wie es für die Haftung aus § 826 BGB entwickelt wurde.<sup>127</sup> Auch für die Verjährung gilt das zu diesem Anspruch Entwickelte.<sup>128</sup>

#### 4.) *Weiterer Ermittlungsbedarf und Zwischenergebnis*

Zu ermitteln bliebe nach dem Gesagten noch, ob nicht ein Vertragskonzern vorliegt und deshalb der vorliegende Anspruchsgrund nicht einschlägig wäre. Und es müsste noch überprüft werden, ob die Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH zum Zeitpunkt der Herbeiführung der Unterkapitalisierung bereits Allein- oder wenigstens Mehrheitsgesellschafterin der Fulgurit Holding GmbH war. Da dies allerdings überwiegend wahrscheinlich ist, erscheint das Vorliegen aller Voraussetzungen für eine Haftung nach konzernrechtlichen Grundsätzen überwiegend wahrscheinlich.

#### IV) *Zwischenergebnis zur zivilrechtlichen Haftung*

Die Begutachtung hat erhebliche tatsächliche Anhaltspunkte dafür gefunden, dass die Kosten der Ersatzvornahme einer Sanierungsverfügung, mit denen die Region gegenüber der Fulgurit Holding GmbH ausfiele, der Region durch die Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH im Schadensersatzwege zu begleichen wären.

Als Anspruchsgrundlagen kommen eine rechtsmissbräuchliche Unterkapitalisierung, § 826 BGB und konzernrechtliche Haftungsgrundsätze in Betracht. Nach gegenwärtigem Ermittlungsstand sind viele dafür notwendige tatsächliche Voraussetzungen bereits gegeben. Einige wenige Angaben wären noch abzuklären, bevor endgültige rechtliche Einschätzungen möglich sind. Jedoch liefert der bisherige Erkenntnisstand erhebliche Anhaltspunkte dafür, dass die noch nicht hinreichend erwiesenen Tatsachen so erweislich sind, wie es für die Erfüllung der Haftungstatbestände erforderlich wäre.

Eine Geltendmachung dieser Ansprüche gegen die Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH wird bei Wahl eines geeigneten Prozederes im Vergleich zu einer Ersatzvornahme unter normalen Umständen nicht zu einer zeitlichen Verzögerung der Durchsetzung der möglichen Sanierungsverfügung führen.

#### **C) Ergebnis der Begutachtung eines Haftungsdurchgriffs hinter die Fulgurit Holding GmbH**

Da das BBodSchG im vorliegenden Falle unanwendbar ist, kommt als einzige Eingriffsermächtigung nur § 36 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG in Betracht. Diese Norm ermächtigt nur zu Maßnahmen gegenüber dem Inhaber der Deponie. Andere Personen, die als Deponieinhaber in Frage kämen, sind nicht ersichtlich. Der Erlass einer Sanierungsverfügung ist mithin allein gegenüber der Fulgurit Holding GmbH möglich. Ein verwaltungsrechtlicher Haftungsdurchgriff auf hinter der Fulgurit Holding GmbH stehende Personen ist ausgeschlossen.

Zwar ermächtigt § 36 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KrW-/AbfG auch zur Anordnung von Renaturierungsmaßnahmen, ließe also auch die Verpflichtung der Fulgurit Holding GmbH zum Abtragen der Halde und zum Versetzen des Haldengrundstücks in einen naturidentischen Zustand zu. Angesichts der Tatsache, dass dieses Grundstück sich in einem Industriegebiet befindet, erscheinen

<sup>127</sup> Vgl. hierzu oben im 2. Teil, B) II) 3.).

<sup>128</sup> Vgl. hierzu oben im 2. Teil, B) II) 4.).

Renaturierungsmaßnahmen jedoch als unverhältnismäßig, da ein teurer herzustellender natürlicher Zustand des Bodens deutlich über dem Zustand der umliegenden Grundstücke läge.

Wenn auch noch einige Tatsachen zu ermitteln sind, ist es doch überwiegend wahrscheinlich, dass im Zivilrechtswege eine Inanspruchnahme der Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH für die Kosten der Ersatzvornahme der möglichen Sanierungsverfügung erfolgreich sein wird. Als taugliche Anspruchsgrundlagen stehen alternativ eine Haftung des Gesellschafters wegen rechtsmissbräuchlicher Unterkapitalisierung der Gesellschaft, vorsätzlich sittenwidrige Schädigung nach § 826 BGB und konzernrechtliche Haftungsgrundsätze zur Verfügung. Bereits beiderzeitigen Ermittlungsstand sind fast alle der dafür notwendigen tatsächlichen Gegebenheiten erweislich. Im Übrigen müssten für die verbleibenden Tatbestandselemente noch Ermittlungen angestellt werden. Nach derzeitigem Sachstand ist es jedoch wahrscheinlicher, dass die fehlenden haftungsbe gründenden Tatsachen erwiesen werden können, als dass das Gegenteil einträte. Verjährung ist in keinem Falle eingetreten, soweit das mit dem vorläufigen Ermittlungsergebnis beurteilt werden kann.

Verzögerungen gegenüber einer Ersatzvornahme unter normalen Umständen, die sich aus der zusätzlichen Inanspruchnahme einer vom Sanierungspflichtigen verschiedenen Person ergeben könnten, können vermieden werden. Macht die Regionsverwaltung von der Möglichkeit der Vorabgeltendmachung der Kosten der Ersatzvornahme nach § 66 Abs. 2 Satz 1 Nds. SOG Gebrauch, könnte sie bereits vor dem Beginn der Ersatzvornahme deren zu erwartende Kosten gegenüber der Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH geltend machen. Obsiegt die Region in der ersten zivilgerichtlichen Instanz (deren Verfahren ca. ein halbes bisein Jahr dauern könnte) über die Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH – was bei Erweislichkeit der fehlenden Sachverhaltsangaben wahrscheinlich ist – kann sie aus diesem Urteil vorläufig vollstrecken. Mithin ist mit einer Dauer von maximal einem Jahr zu rechnen, bis die Kosten der Ersatzvornahme beigetrieben werden könnten. Angesichts der für die Vorbereitung der Ersatzvornahme erforderlichen Zeit, z.B. für Planung und Ausschreibung der Maßnahmen, bedeutet das höchstens minimale Verzögerungen im Vergleich zu normalen Fällen der Ersatzvornahme.

In der Zeit zwischen Erlass der Sanierungsverfügung und dem Beginn der Ersatzvornahme können ggfs. erforderliche Sicherungsmaßnahmen im Verfügungswege erlassen werden.

Das Haushaltsrecht gebietet einen sparsamen und wirtschaftlichen Einsatz öffentlicher Mittel. Deshalb sollte über die Zuwendung von Haushaltsmitteln zur Sanierung der Asbestzement-schlammhalde nur dann entschieden werden, wenn feststeht, dass eine ausschließlich durch den Sanierungspflichtigen oder sonstigen zum Kostenersatz Verpflichteten finanzierte Sanierung unmöglich ist. Deshalb sollte die Regionsverwaltung zunächst die aufgezeigten Ermittlungsdefizite beheben, bevor der Regionsausschuss oder die Regionsversammlung endgültig über die von der Regionsverwaltung geplante Sanierungsvariante entscheidet.

### **3. Teil: Erfolgsaussichten eines Antrags der Eichriede-Projekt GmbH auf Beihilfen aus dem Europäischen Fonds für regionale Entwicklung**

Die Eichriede-Projekt GmbH beabsichtigt, die Rekultivierung des Geländes der Asbestzement-schlammhalde. Zur Regelung dieser Rekultivierung ist eine vertragliche Lösung vorgesehen. In einem öffentlich-rechtlichen Sanierungsvertrag, der eine Sanierungsverfügung ersetzen soll, soll zwischen der Region Hannover und der sanierungspflichtigen Fulgurit Holding GmbH ein Sanierungsplan verbindlich abgestimmt werden. In einem zweiten privatrechtlichen Finanzierungs- und Durchführungsvertrag soll neben der Finanzierung geregelt werden, unter welchen Voraussetzungen sich die Eichriede-Projekt GmbH dazu verpflichtet, die Sanierung durchzuführen. Geplant ist dabei, dass für die Förderung öffentliche Beihilfen in Anspruch genommen werden sollen.

Die Aufgabe des Gutachters besteht darin, die Erfolgsaussichten eines Förderantrages durch die Eichriede-Projekt GmbH zu prüfen. Dazu ist zunächst ein in Frage kommendes Förderprogramm aufzusuchen. Sodann ist zu untersuchen, ob dessen tatbestandliche Voraussetzungen in der Person der Eichriede-Projekt GmbH erfüllt sind.

#### **A) Das einschlägige Förderprogramm**

##### *I) Auswahl des Förderprogramms*

Der Gegenstand der begehrten Förderung soll die Sanierung/Rekultivierung eines Grundstücks mit schädlichen Bodenveränderungen sein. Fördermöglichkeiten für dieses Vorhaben könnten sich aus dem gemeinsam vom Land Niedersachsen und dem Europäischen Fonds für regionale Entwicklung aufgelegten Förderprogramm *Wiedernutzung brachliegender Industrie- und Gewerbeflächen* ergeben. Teil dieses Programms ist die Niedersächsische Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung der Wiedernutzung brachliegender Industrie- und Gewerbeflächen<sup>129</sup> – eine Verwaltungsvorschrift.

##### *II) Inhalt der Förderrichtlinie*

Ziffer 2.1.3 dieser Richtlinie bestimmt, dass die Sanierung von Flächen mit erhöhten Schadstoffgehalten, insbesondere von schädlichen Bodenveränderungen oder Altlasten, die zur Wiedernutzung der Flächen führen, gefördert werden. Zuwendungsberechtigt sind neben öffentlich-rechtlichen Körperschaften auch private Investoren. Jedoch sind für die Sanierung grundsätzlich diejenigen heranzuziehen, die ordnungsrechtlich aufgrund vorherigen Verhaltens, Eigentums oder Besitzes an einem Grundstück verantwortlich sind. Insbesondere wenn der Verantwortliche bereits mit Ordnungsverfügung für die Sanierung in Anspruch genommen wurde, soll keine Förderung gewährt werden. Dies soll nur dann nicht gelten, wenn die Inanspruchnahme des Störers unmöglich oder rechtlich unzulässig wäre.

---

<sup>129</sup> Vom 11.09.2007; Nds.MBl. 39/2007, S. 1003.

### III) *Verfahren der Auslegung der Richtlinie und Sicherheit der Entscheidungsprognose*

Der Wortlaut dieser Richtlinie ist der Auslegung fähig und bedürftig. Dabei wird sich die hier vorzunehmende Auslegung der Richtlinie der in Rechtsprechung und Rechtslehre anerkannten Auslegungsregeln bedienen.

Damit werden hier dieselben Methoden angewendet wie in der öffentlichen Verwaltung. Doch lässt sich mit der Anwendung der gleichen Methoden keine völlig sichere Prognose der Auslegung, die die über die Förderung entscheidende Behörde vornehmen wird, treffen. Ein solches Maß an Exaktheit vermögen die Regeln der juristischen Methodik nicht zu vermitteln.

Da die Texte der Förderbescheide üblicherweise nicht veröffentlicht werden, fehlt jeder Zugang zu Quellen, aus denen auf eine bereits eingeübte Auslegungspraxis geschlossen werden könnte. Damit kann hier keine sicherere Prognose abgegeben werden, als dies mit der juristischen Methodik überhaupt möglich ist.

## **B) Beurteilung möglicher Förderhindernisse**

### I) *Förderhindernis persönliche Verantwortlichkeit des Antragstellers*

Nach der Richtlinie sollen vorrangig die zur Sanierung ordnungsrechtlich Verantwortlichen herangezogen werden. Zwar sagt die Richtlinie nicht explizit, dass damit ein Antrag des Sanierungspflichtigen selbst ausgeschlossen wäre. Jedoch lässt sich dies dem Text durch Auslegung entnehmen. Im Wege systematischer Interpretation, mithilfe des normativen Kontexts der auszulegenden Norm (also aller Normen des gleichen Kodifikats oder der Rechtsordnung überhaupt), kann für eine Klärung insbesondere darauf abgestellt werden, dass eine Förderung nicht in Frage kommt, wenn der Verantwortliche zur Sanierung herangezogen wurde. Demgegenüber soll eine Förderung möglich sein, wenn der Sanierungsverantwortliche aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht herangezogen werden kann. Diese Regelungssystematik dient erkennbar dazu, die Wertungen der Förderrichtlinie mit denen des Ordnungsrechts in Einklang zu bringen: Die Heranziehung zur Ordnungspflicht beschreibt eine Lage, in der derjenige, der für die Gefahr verantwortlich ist, dazu verpflichtet wird, auf seine Kosten die Gefahr zu beseitigen. Hinter dieser Pflicht Privater, auf eigene Kosten Gefahren zu beseitigen, steckt die gesetzgeberische Gemeinwohlüberlegung, dass es unbillig ist, die Allgemeinheit – also die öffentlichen Haushalte – mit Ausgaben zu belasten, die das Gefahr verursachende Tun Privater herbeigeführt hat. Derjenige, der die öffentliche Gefahr verursacht hat, soll auch mit seinem Vermögen für die Beseitigung der Gefahr einstehen müssen und diese Verantwortung nicht auf die Allgemeinheit abwälzen dürfen. Indem die Richtlinie die Förderung für Sanierungsmaßnahmen ausschließt, für die ein Polizeipflichtiger vorhanden ist, stellt sie auf diesen Gemeinwohlgehalt des Ordnungsrechts ab und macht damit die gesetzliche Wertung, dass die Sanierung auf Kosten des Verantwortlichen der Sanierung auf Kosten der Allgemeinheit vorgeht, gleichzeitig zur Wertung auch der Richtlinie. Nur wenn der Störer nicht haftbar gemacht werden kann, muss die Gefahr auf Kosten der Allgemeinheit beseitigt werden.

Dieser Wertung widerspräche es, wenn der Ordnungspflichtige dadurch dem Einsatz seines eigenen Vermögens entgehen könnte, dass er staatliche Förderung für die Finanzierung der Maßnahme erhält, deren Kosten ihm der Gesetzgeber des Ordnungsrechts auferlegt hat. Mithin entspricht es dem Sinn und Zweck der Richtlinie, dem Sanierungspflichtigen keine Förderung zu gewähren. Dies gilt aber nur solange, als die Heranziehung des Ordnungspflichtigen nicht gemäß der Richtlinie tatsächlich oder rechtlich unmöglich ist. Denn in diesen Fällen lässt sich die Kostenlast für die Sanierung ohnehin nicht durch die Überwälzung auf den Verursacher von der Allge-

meinheit abwenden. Es widerspräche damit der Wertung der Richtlinie nicht, wenn der Sanierungspflichtige, dessen Heranziehung unmöglich ist, weil er nicht zahlungsfähig ist, Förderung beantragt, um seiner Ordnungspflicht Genüge tun zu können. Da die Kostenlast ohnehin die Allgemeinheit zu tragen hätte, sind im Zeck der Richtlinie beschlossene Gründe für einen Ausschluss von der Förderung nicht erkennbar.

Damit ist zunächst der liquide ordnungsrechtlich Verantwortliche kein tauglicher Antragsteller. Das trifft auf die Eichriede-Projekt GmbH nicht zu, da nur die Fulgurit Holding GmbH im vorliegenden Falle ordnungspflichtig ist.

Jedoch ließe sich mit dem Wortlaut und Zweck der Richtlinie auch eine Auslegung des Verantwortlichkeitsbegriffs rechtfertigen, die nicht solcherart stark an die ordnungsrechtliche Dogmatik angelehnt ist. Letzten Endes geht es der Richtlinie darum zu verhindern, dass öffentliche Mittel für diejenigen zur Verfügung gestellt werden, die aufgrund einer Wertung der Rechtsordnung dazu verpflichtet sind, die Kosten aus dem Gefahr verursachenden Tun zu tragen. In dieser Auslegung wären die Kriterien für den Ausschluss von der Förderung nicht auf Wertungen aus dem Ordnungsrecht beschränkt. Vielmehr ließen sich auch aus dem Zivilrecht stammende Verantwortlichkeitsgrundsätze fruchtbar machen. Damit wäre es möglich, privatrechtlich begründete Einstandspflichten für Gefahr verursachendes Tun oder Haftungspflichten, die einen Dritten zum Ersatz der vom Störer verursachten Kosten verpflichten, in die Förderung ausschließende Wertung der Richtlinie zu übernehmen.

Ob dies tatsächlich im Sinne der Richtlinie ist, muss hier nicht entschieden werden. Denn in der Person der Eichriede-Projekt GmbH sind solche privatrechtlichen Einstandspflichten nicht begründet. Eine solche könnte nur gegeben sein, wenn die Eichriede-Projekt GmbH aus zivilrechtlichen Gründen Kosten übernehmen müsste, die der Fulgurit Holding GmbH aus dem Betrieb der Halde entstanden sind. Hier käme allenfalls in Betracht, dass die Eichriede-Projekt GmbH zeitweise Kommanditistin der Rechtsvorgängerin der Fulgurit Holding GmbH – einer Kommanditgesellschaft – war. Jedoch haftet der Kommanditist für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nach § 161 Abs. 1 des Handelsgesetzbuches (HGB) nur mit seiner Kommanditeinlage. Eine persönliche Einstandspflicht für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft wird damit gerade ausgeschlossen. Eine solche trifft nur den Komplementär. Damit muss die Eichriede-Projekt GmbH nicht für das Gefahr verursachende Tun der Fulgurit Holding GmbH oder der daraus Dritten entstandenen Schäden einstehen.

Dass die Eichriede-Projekt GmbH sich vertraglich zur Sanierung verpflichtet, begründet keine Einstandspflicht im hergeleiteten Sinne. Denn die vertragliche Zusage erfolgt freiwillig – mithin ohne dazu verpflichtet zu sein, für die Sanierung einstehen zu müssen.

In der Person der Eichriede-Projekt GmbH liegende Förderhindernisse liegen mithin nicht vor.

## *II) Förderung bei Unmöglichkeit der Heranziehung des ordnungsrechtlich Verantwortlichen*

Als problematisch für den Erfolg des Antrags könnte sich jedoch erweisen, dass die Förderung beim Vorhandensein eines ordnungsrechtlich Verantwortlichen nur dann nicht ausgeschlossen ist, wenn seine Inanspruchnahme unmöglich ist. Der einzig erkennbare Grund für die Annahme einer Unmöglichkeit der Heranziehung der Fulgurit Holding GmbH könnte in deren wirtschaftlichem Unvermögen zur Aufbringung der Sanierungskosten liegen. Dieses wirtschaftliche Unvermögen müsste dem Begriff der Unmöglichkeit der Richtlinie unterfallen, damit der Antrag der Eichriede-Projekt GmbH förderfähig wäre. Ob dies der Fall ist, ist anhand der Auslegung der Richtlinie zu ergründen.

Die Richtlinie soll, das wurde gerade gezeigt, die fördernden Körperschaften davor bewahren, öffentliche Mittel einzusetzen, wenn die Finanzierung einer Sanierung von denjenigen verlangt werden kann, die für die Bodenveränderungen verantwortlich sind. Nur wenn solche Finanzierung nicht erreichbar ist, soll die Förderung gewährt werden. Neben den ordnungsrechtlichen sprechen haushaltsrechtliche Wertungen für eine solche Gestaltung der Förderbedingungen. Nach § 34 Abs. 2 Satz 1 der Niedersächsischen Landeshaushaltsordnung (LHO) dürfen Ausgaben nur soweit und nicht eher geleistet werden, als sie zur wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung erforderlich sind. Da die Landesverwaltung an diesen Grundsatz gebunden ist, muss sie sowohl ihre Förderrichtlinien als auch ihre Förderpraxis so gestalten, dass sie den Grundsätzen sparsamer Haushaltsführung gerecht werden. Damit kann die Richtlinie nur in Konformität mit § 34 Abs. 2 Satz 1 LHO ausgelegt werden. Nach diesem Grundsatz dürfen Haushaltsmittel nicht für Maßnahmen ausgegeben werden, deren Finanzierung nicht gesetzlich pflichtig ist und deren Finanzierung anderweitig gesichert ist.

In diesem Sinne wäre es mit einer sparsamen Haushaltsführung nicht vereinbar, wenn eine Förderung gewährt würde, nur weil der Ordnungspflichtige finanziell nicht leistungsfähig ist, wenn aber die öffentlich-rechtliche Körperschaft, die die haushalterischen Folgen der Uneinbringlichkeit zu tragen hätte, einen Rechtsanspruch gegen Dritte auf Ersatz der Sanierungskosten hat. Denn in diesem Fall könnte ohne den Verbrauch von Haushaltsmitteln der öffentlich-rechtlichen Sanierungspflicht genügt werden. Eine Fördermittelvergabe wäre mithin nicht erforderlich und damit i.S.d. haushaltsrechtlichen Sparsamkeit zu vermeiden.

Mithin muss der Begriff der Unmöglichkeit dahingehend interpretiert werden, dass eine Inanspruchnahme des Störers nur dann unmöglich ist, wenn die die Inanspruchnahme aussprechende und vollstreckende Stelle keinerlei rechtlich gesicherte Möglichkeit hätte, die Kosten der Sanierung im Falle der Ersatzvornahme von Dritten ersetzt zu bekommen. Stehen aber der Ordnungsbehörde wegen des wirtschaftlichen Unvermögens des Störers öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Ansprüche gegen Dritte auf Übernahme/Ersatz der Sanierungskosten zu, ist die Finanzierung der Sanierung auch ohne den Einsatz von Haushaltsmitteln gesichert; diese zu verauslagen ist nicht erforderlich und durch das Sparsamkeitsgebot untersagt. Da die Landesverwaltung bei der Fördermittelvergabe dies beachten muss, kann sie den Unmöglichkeitsbegriff nur so auslegen, dass auch behördliche Ansprüche gegen vom Störer verschiedene Dritte Unmöglichkeit ausschließen.

Im 2. Teil wurde nachgewiesen, dass die Region Hannover die Kosten einer Ersatzvornahme der Sanierung wohl von der Alleingeschafterin der Ordnungspflichtigen ersetzt verlangen kann. Damit ist die Heranziehung des Störers nicht wirtschaftlich unmöglich, da im Falle seiner Heranziehung die Finanzierung der Maßnahme rechtlich gesichert ist.

Sonach dürfte die Förderung der Eichriede-Projekt GmbH scheitern, wenn im Falle der Uneinbringlichkeit der Sanierungskosten bei der Fulgurit-Holding GmbH deren Alleingeschafterin einem Anspruch der Region Hannover auf Ersatz der Sanierungskosten ausgesetzt ist.

### **C) Ergebnis der Beurteilung der Erfolgsaussichten eines Antrags der Eichriede-Projekt GmbH auf Beihilfen aus den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung**

Die Eichriede-Projekt GmbH erfüllt keine in ihrer Person liegenden Gründe der Versagung einer Förderung aus dem Europäischen Fonds für regionale Entwicklung. Ihr fehlt es an der für diese Versagung notwendigen Verantwortlichkeit für die zu sanierende Halde – selbst bei weitester Auslegung des Verantwortlichkeitsbegriffs gelingt es nicht, dass die ehemalige gesellschaftsrechtliche

Verquickung der Eichriede-Projekt GmbH mit der Fulgurit Holding GmbH eine Verantwortlichkeit begründet.

Allerdings spricht eine am haushaltsrechtlichen Sparsamkeitsgebot orientierte Auslegung der Förderrichtlinie gegen die Förderungsfähigkeit des gesamten Sanierungsprojekts. Die Richtlinie erlaubt die Förderung nur, wenn die Heranziehung der Fulgurit Holding GmbH unmöglich wäre. Dies wäre aber allenfalls dann der Fall, wenn die Kosten der Sanierung wegen der Illiquidität der Fulgurit Holding GmbH vollständig die Region Hannover belasteten. Da dies wegen deren Ansprüchen gegen die Alleingesellschafterin der Fulgurit Holding nicht der Fall ist, ist die Heranziehung der Fulgurit Holding GmbH im Sinne der Förderrichtlinie nicht unmöglich.

Damit kann sich die Möglichkeit der Schadloshaltung bei der Alleingesellschafterin der Fulgurit Holding GmbH als Grund für das Scheitern der Projektentwürfe der Regionsverwaltung erweisen.

Mangels einer erkennbaren Förderpraxis des Landes Niedersachsen kann nicht sicher beurteilt werden, ob das Land die hier gefundene Auslegung teilen wird. Jedoch besteht eine außerordentlich hohe Wahrscheinlichkeit dafür, weil diese Auslegung aufgrund der allgemein anerkannten und damit auch von den Juristen im Landesdienst beachteten juristischen Methodik gewonnen wurde.

## 4. Teil: Ergebnisse des Gutachtens

### A) Ergebnisse zum Haftungsdurchgriff hinter die Fulgurit Holding GmbH

Da das BBodSchG im vorliegenden Falle unanwendbar ist, kommt als einzige Eingriffsermächtigung nur § 36 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG in Betracht. Diese Norm ermächtigt nur zu Maßnahmen gegenüber dem Inhaber der Deponie. Andere Personen, die als Deponieinhaber in Frage kämen, sind nicht ersichtlich. Der Erlass einer Sanierungsverfügung ist mithin allein gegenüber der Fulgurit Holding GmbH möglich. Ein verwaltungsrechtlicher Haftungsdurchgriff auf hinter der Fulgurit Holding GmbH stehende Personen ist ausgeschlossen.

Zwar ermächtigt § 36 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KrW-/AbfG auch zur Anordnung von Renaturierungsmaßnahmen, ließe also auch die Verpflichtung der Fulgurit Holding GmbH zum Abtragen der Halde und zum Versetzen des Haldengrundstücks in einen naturidentischen Zustand zu. Angesichts der Tatsache, dass dieses Grundstück sich in einem Industriegebiet befindet, erscheinen Renaturierungsmaßnahmen jedoch als unverhältnismäßig, da ein teurer herzustellender natürlicher Zustand des Bodens deutlich über dem Zustand der umliegenden Grundstücke läge.

Wenn auch noch einige Tatsachen zu ermitteln sind, ist es doch überwiegend wahrscheinlich, dass im Zivilrechtswege eine Inanspruchnahme der Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH für die Kosten der Ersatzvornahme der möglichen Sanierungsverfügung erfolgreich sein wird. Als taugliche Anspruchsgrundlagen stehen alternativ eine Haftung des Gesellschafters wegen rechtsmissbräuchlicher Unterkapitalisierung der Gesellschaft, vorsätzlich sittenwidrige Schädigung nach § 826 BGB und konzernrechtliche Haftungsgrundsätze zur Verfügung. Bereits beiderzeitigen Ermittlungsstand sind fast alle der dafür notwendigen tatsächlichen Gegebenheiten erweislich. Im Übrigen müssten für die verbleibenden Tatbestandselemente noch Ermittlungen angestellt werden. Nach derzeitigem Sachstand ist es jedoch wahrscheinlicher, dass die fehlenden haftungsbe gründenden Tatsachen erwiesen werden können, als dass das Gegenteil einträte. Verjährung ist in keinem Falle eingetreten, soweit das mit dem vorläufigen Ermittlungsergebnis beurteilt werden kann.

Verzögerungen gegenüber einer Ersatzvornahme unter normalen Umständen, die sich aus der zusätzlichen Inanspruchnahme einer vom Sanierungspflichtigen verschiedenen Person ergeben könnten, können vermieden werden. Macht die Regionsverwaltung von der Möglichkeit der Vorabgeltendmachung der Kosten der Ersatzvornahme nach § 66 Abs. 2 Satz 1 Nds. SOG Gebrauch, könnte sie bereits vor dem Beginn der Ersatzvornahme deren zu erwartende Kosten gegenüber der Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH geltend machen. Obsiegt die Region in der ersten zivilgerichtlichen Instanz (deren Verfahren ca. ein halbes bisein Jahr dauern könnte) über die Oesterheld Industrie-Beteiligungen GmbH – was bei Erweislichkeit der fehlenden Sachverhaltsangaben wahrscheinlich ist – kann sie aus diesem Urteil vorläufig vollstrecken. Mithin ist mit einer Dauer maximal einem Jahr zu rechnen, bis die Kosten der Ersatzvornahme beigetrieben werden könnten. Angesichts der für die Vorbereitung der Ersatzvornahme erforderlichen Zeit, z.B. für Planung und Ausschreibung der Maßnahmen, bedeutet das höchstens minimale Verzögerungen im Vergleich zu normalen Fällen der Ersatzvornahme.

In der Zeit zwischen Erlass der Sanierungsverfügung und dem Beginn der Ersatzvornahme können ggfs. erforderliche Sicherungsmaßnahmen im Verfügungswege erlassen werden.

Das Haushaltsrecht gebietet einen sparsamen und wirtschaftlichen Einsatz öffentlicher Mittel. Deshalb sollte über die Zuwendung von Haushaltsmitteln zur Sanierung der Asbestzement-schlammhalde nur dann entschieden werden, wenn feststeht, dass eine ausschließlich durch den

Sanierungspflichtigen oder sonstigen zum Kostenersatz Verpflichteten finanzierte Sanierung unmöglich ist. Deshalb sollte die Regionsverwaltung zunächst die aufgezeigten Ermittlungsdefizite beheben, bevor der Regionsausschuss oder die Regionsversammlung endgültig über die von der Regionsverwaltung geplante Sanierungsvariante entscheidet.

## **B) Ergebnisse zur Möglichkeit von EFRE-Beihilfen für die Eichriede-Projekt GmbH**

Die Eichriede-Projekt GmbH erfüllt keine in ihrer Person liegenden Gründe der Versagung einer Förderung aus dem Europäischen Fonds für regionale Entwicklung. Ihr fehlt es an der für diese Versagung notwendigen Verantwortlichkeit für die zu sanierende Halde – selbst bei weitester Auslegung des Verantwortlichkeitsbegriffs gelingt es nicht, dass die ehemalige gesellschaftsrechtliche Verquickung der Eichriede-Projekt GmbH mit der Fulgurit Holding GmbH eine Verantwortlichkeit begründet.

Allerdings spricht eine am haushaltsrechtlichen Sparsamkeitsgebot orientierte Auslegung der Förderrichtlinie gegen die Förderungsfähigkeit des gesamten Sanierungsprojekts. Die Richtlinie erlaubt die Förderung nur, wenn die Heranziehung der Fulgurit Holding GmbH unmöglich wäre. Dies wäre aber allenfalls dann der Fall, wenn die Kosten der Sanierung wegen der Illiquidität der Fulgurit Holding GmbH vollständig die Region Hannover belasteten. Da dies wegen deren Ansprüchen gegen die Alleingesellschafterin der Fulgurit Holding nicht der Fall ist, ist die Heranziehung der Fulgurit Holding GmbH im Sinne der Förderrichtlinie nicht unmöglich.

Damit kann sich die Möglichkeit der Schadloshaltung bei der Alleingesellschafterin der Fulgurit Holding GmbH als Grund für das Scheitern der Projektentwürfe der Regionsverwaltung erweisen.

Mangels einer erkennbaren Förderpraxis des Landes Niedersachsen kann nicht sicher beurteilt werden, ob das Land die hier gefundene Auslegung teilen wird. Jedoch besteht eine außerordentlich hohe Wahrscheinlichkeit dafür, weil diese Auslegung aufgrund der allgemein anerkannten und damit auch von den Juristen im Landesdienst beachteten juristischen Methodik gewonnen wurde.