

Neuere Entwicklungen in der immissionsschutzrechtlichen Anlagenüberwachung

– Staatsentlastung durch Betreiberbelastung –

Manfred Rebentisch

| | | |
|--------|---|-----|
| 1. | Das neue bayerische Überwachungsmodell..... | 106 |
| 1.1. | Konzept des bayerischen Umweltministeriums | 106 |
| 1.2. | Modifizierungen | 107 |
| 1.3. | Sachstand | 108 |
| 2. | Rechtliche Würdigung des bayerischen <i>Privatisierungskonzepts</i> | 109 |
| 2.1. | Begriffliches zur Privatisierung..... | 109 |
| 2.1.1. | Formelle Privatisierung..... | 109 |
| 2.1.2. | Materielle Privatisierung..... | 109 |
| 2.1.3. | Funktionale Privatisierung..... | 110 |
| 2.2. | Voraussetzungen und Grenzen der Erfüllungsprivatisierung im Rahmen der behördlichen Überwachungspflicht nach § 52 Abs. 1 BImSchG..... | 111 |
| 2.3. | Unzulässigkeit der faktischen Aufgabenprivatisierung der behördlichen Überwachung..... | 112 |
| 2.4. | Rechtliche Würdigung der sachverständigengestützten Eigenüberwachung | 113 |
| 2.4.1. | Rechtslage zur betrieblichen Eigenüberwachungspflicht | 114 |
| 2.4.2. | Numerus clausus der immissionsschutzrechtlichen Ausgestaltung der Eigenüberwachung | 114 |
| 2.4.3. | Zur Konkretisierungstheorie | 117 |
| 3. | Schlussbemerkung | 121 |

Die Qualität des Umweltschutzes in der Lebenswirklichkeit lässt sich nicht allein durch anspruchsvolle Zielvorgaben auf der normativen Ebene gewährleisten. Auch reichen hierfür die präventiven Instrumente der Genehmigungs- und Erlaubnisvorbehalte nicht aus. Die Wirksamkeit des Umweltrechts hängt zu einem wesentlichen Teil auch davon ab, dass seine Einhaltung administrativ überwacht und erforderlichenfalls mit repressiven hoheitlichen Mitteln durchgesetzt und somit verhindert wird, dass zwischen dem normativ festgelegten Soll und dem Ist eine unvermeidbar große Diskrepanz, also ein signifikantes Vollzugsdefizit entsteht.

Diesen Begriff hat der Rat von Sachverständigen für Umweltfragen (SRU) in seinem Umweltgutachten 1974¹ geprägt und zur Erforschung des Ausmaßes und der Ursachen eine Reihe von Untersuchungen in Auftrag gegeben. So kam das Institut für angewandte Sozialforschung der Universität Köln aufgrund einer empirischen Untersuchung in den Bereichen Immissionsschutz und Gewässerschutz zu dem Ergebnis, dass die behördliche Überwachung der Betriebe derjenige Aufgabenbereich im Immissionsschutz ist, für den sich am deutlichsten ein Vollzugsdefizit feststellen lässt.² Als Ursachen für diesen ernüchternden Befund wurden auch in weiteren Untersuchungen übereinstimmend vor allem eine unzulängliche Ausstattung der Behörden mit Fachpersonal, die Zuständigkeitszuweisung an die Behörden der allgemeinen Verwaltung (*Aufgabenkommunalisierung*) sowie die organisatorische Trennung zwischen fachlichem Sachverstand, über den die staatlichen Gewerbeaufsichts- oder Umweltämter als Sonderbehörden verfügen, und rechtlicher Entscheidungskompetenz, soweit diese den Behörden der allgemeinen Verwaltung zugewiesen ist.³

Nahezu dreißig Jahre später stellt der SRU in einem weiteren Sondergutachten fest, dass in vielen Bundesländern eine systematische und regelmäßige Überwachung von Anlagen kaum noch stattfindet und sich insoweit die schon früher beobachteten Defizite sogar gravierend verschlechtert haben.⁴ Das kann nicht verwundern. Statt ursachenadäquate Abhilfemaßnahmen zu ergreifen, flüchtet sich die Politik meist in populistische Deregulierungs- und Entbürokratisierungspostulate, die eine Aufgabenreduzierung bewirkt und mit deren Hilfe ein weiterer Stellenabbau legitimiert werden soll. In jüngster Zeit hat nunmehr die bayerische Staatsregierung ein Modell entwickelt, das das leckgeschlagene Schiff der Umweltverwaltung mit der wohlfeilen Kursbestimmung der *Privatisierung der Anlagenüberwachung* aus rauer See in glatte und ruhigere Gewässer führen soll. Mit ihm setzen sich die nachfolgenden Betrachtungen kritisch auseinander.

1. Das neue bayerische Überwachungsmodell

1.1. Konzept des bayerischen Umweltministeriums

Im Rahmen des so genannten Aufgabenkritik-Konzepts *Verwaltung 21* hat die Bayerische Staatsregierung am 28. Juni 2005 u.a. für den Bereich *Technischer Umweltschutz und Abfallwirtschaft* beschlossen, 24 Stellen für Umweltschutzingenieure durch *Privatisierung* der Aufgaben abzubauen, indem die Vor-Ort-Überwachung von BImSchG-Anlagen im Zuständigkeitsbereich der Kreisverwaltungsbehörden auf TÜV usw. *übertragen* wird und die Betreiber belastet werden, soweit keine staatliche Kostenübernahme erfolgt. Diese zum Teil kryptische politische

¹ BT-Drs. 7/ 2802, Rn. 660

² *Mayntz* u.a.: Vollzugsprobleme der Umweltpolitik. Stuttgart-Köln, 1978

³ vgl. dazu auch *Ule/Laubinger*, Gutachten für den 52. Deutschen Juristentag, 1. Teil, III und IV 3; *Rebentisch*, Technische Kontrolle in staatlicher Verantwortung. UTR Band 4, S. 41 (55); *Stich*, Personale Probleme des Vollzugsdefizits in der Umweltschutzverwaltung, in: FS für C. H. Ule, 1977, S. 215 (217)

⁴ Umweltverwaltungen unter Reformdruck, Sondergutachten Februar 2007, Berlin

Vorgabe hat das zuständige bayerische Umweltministerium durch mehrere Vollzugsbekanntmachungen präzisiert. Danach soll die regelmäßige Überwachung immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftiger Anlagen nicht mehr von den Bediensteten der zuständigen Kreisverwaltungsbehörden wahrgenommen werden, sondern von privaten Sachverständigen, die vom Anlagenbetreiber im Rahmen der betrieblichen Eigenüberwachung auf dessen Kosten im Hinblick auf die Einhaltung sämtlicher immissionsschutzrechtlicher Pflichten heranzuziehen sind. Mit dieser Maßnahme wird nach Auffassung des bayerischen Umweltministeriums die betriebliche Eigenüberwachung im Wege der externen Bestätigung durch einen privaten Sachverständigen gestärkt und die sich aus § 5 Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) ergebende Betreiberpflicht, sich zu vergewissern, dass die Anlage jederzeit ordnungsgemäß und sicher betrieben wird, konkretisiert. Diese grundsätzliche Betreiberpflicht könne wie die sonstigen Grundpflichten des § 5 BImSchG auch durch eine entsprechende Auflage im Genehmigungsbescheid oder im Falle bestehender Anlagen durch eine nachträgliche Anordnung nach § 17 Abs. 1 BImSchG näher bestimmt und durchgesetzt werden.

Von dieser *Konkretisierung* der Eigenüberwachungspflicht zu trennen sei die behördliche Überwachungsaufgabe nach § 52 Abs. 1 BImSchG. Diese verbleibe ebenso wie die *Überwachungsverantwortlichkeit* bei der zuständigen Überwachungsbehörde. Allerdings könne diese ihr insoweit bestehendes Ermessen im Falle einer durch externe Sachverständige verstärkten betrieblichen Eigenüberwachung dahingehend ausüben, dass sie auf eine turnusmäßige Regelüberwachung verzichtet.

1.2. Modifizierungen

Nach anfänglicher Sympathie für dieses Modell in Wirtschaftskreisen, die vornehmlich auf den regelmäßig positiv besetzten Begriff der Privatisierung zurückzuführen war, widersetzten sich die betroffene bayerische Wirtschaft und die sie repräsentierenden Verbände der vorgesehenen Vollzugspraxis, nachdem sie ihre grundlegende Fehleinschätzung und die damit einhergehenden Belastungen erkannt haben. Daraufhin modifizierte das Umweltministerium seine Vollzugsvorgaben, indem es den nachgeordneten Überwachungsbehörden nunmehr empfahl, von einer nachträglichen Anordnung nach § 17 Abs. 1 BImSchG grundsätzlich abzusehen, da sie nicht *das Mittel der ersten Wahl* sei. Vielmehr sollte für das vorgesehene Überwachungsmodell als unbürokratische und kostengünstige Lösung zur Umsetzung der Vorgaben der Staatsregierung geworben und die Anlagenbetreiber dazu angehalten werden, mittels einer kurz und einfach gehaltenen *freiwilligen Betreibererklärung* Art und Umfang der Eigenüberwachung sowie ihrer Verifizierung durch einen kompetenten Sachverständigen in dem geforderten Turnus einschließlich der Übermittlung des Prüfberichts gegenüber der Behörde verbindlich zuzusagen. Ein Anlagenbetreiber verhalte sich *rechtstreu*, wenn er auf diese Weise *sich der Einhaltung seiner Pflichten durch eine zertifizierte Eigenüberwachung vergewissere*. Falls jedoch eine solche Betreibererklärung nicht zu erreichen sei, soll die Behörde – ultima ratio – den Weg der *sachverständigengestützten* behördlichen Regelüberwachung

beschreiten, indem sie ihrerseits Sachverständige mit der Anlagenüberwachung beauftragt und vom Anlagenbetreiber nach § 52 Abs. 4 Satz 3 BImSchG die Erstattung der dabei entstehenden Kosten verlangt. In diesem Zusammenhang wird ausdrücklich unterstrichen, dass der Einsatz von eigenem Personal für Zwecke der Regelüberwachung ausscheide, da dies dem Beschluss der Staatsregierung widersprechen würde.

Im Genehmigungsverfahren, also in Bezug auf Neuanlagen, blieben die zuständigen Behörden dagegen unverändert angewiesen, die *Konkretisierung der Eigenüberwachungspflicht, wie auch sonst die Konkretisierung der Betreiberpflichten nach § 5 BImSchG*, durch Nebenbestimmung zur Genehmigung vorzunehmen. Dies begründet das Ministerium damit, dass ohne Eigenüberwachung die Einhaltung der gesetzlichen Betreiberpflichten nicht zu gewährleisten sei und sich ein Anlagenbetreiber immer wieder vergewissern müsse, dass seine Eigenüberwachung wirksam ist. Neu sei nur, dass diese Eigenüberwachung *konkretisiert* werde, und zwar in der Weise, dass ein externer Gutachter die Leistungsfähigkeit der Eigenüberwachung zertifiziert und so zur Qualitätssicherung beiträgt.

1.3. Sachstand

Betreibererklärungen der genannten Art wurden indessen nur in ganz wenigen Fällen abgegeben. Auch sind, soweit bekannt, bislang keine nachträglichen Anordnungen nach § 17 Abs. 1 BImSchG erlassen worden, durch die ein Anlagenbetreiber verpflichtet wurde, im Rahmen der betrieblichen Eigenüberwachung einen privaten externen Sachverständigen zu beauftragen. Einige Betreiber, die in Genehmigungsbescheiden entsprechende Auflagen erhalten haben oder in Leistungsbescheiden zur Erstattung der Kosten verpflichtet wurden, die durch die behördliche Beauftragung von Sachverständigen entstanden sind, haben aber mit Erfolg den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten beschritten. So entschied das Verwaltungsgericht (VG) München, dass eine Auflage, die vom Betreiber im Rahmen der betrieblichen Eigenverantwortung verlangt, eine Anlage auf seine Kosten regelmäßig von einem externen privaten Sachverständigen im Hinblick auf die Einhaltung aller immissionsschutzrechtlichen Pflichten überwachen zu lassen, nicht auf § 12 Abs. 1 BImSchG gestützt werden könne, da es sich dabei nach Art und Umfang um ein den Grundpflichten nach § 5 BImSchG nicht immanentes aliud gegenüber der allgemeinen Betreiberpflicht zur Eigenüberwachung handle⁵. Des weiteren hat das VG Regensburg in zwei Entscheidungen die Kostenbescheide für die Einschaltung privater Sachverständiger im Rahmen der behördlichen Anlagenüberwachung aufgehoben. Die seitens des jeweils unterlegenen Freistaates eingelegten Rechtsmittel wurden zwischenzeitlich vom Verwaltungsgerichtshof (VGH) München zurückgewiesen.^{5a} Darauf wird noch näher einzugehen sein.

Das Thema verdient auch im Hinblick darauf eine eingehende rechtliche Analyse, dass es vor dem Hintergrund leerer Staatskassen bei den Verfechtern der *Entbürokratisierung* und den Finanzpolitikern auch außerhalb Bayerns allzu leicht Anhänger und Nachahmer finden könnte.

⁵ VG München, Urt. v. 4. 3. 2008, NVwZ 2008, 114 (1148)

^{5a} VGH München, NVwZ-RR 2009, 594; UPR 2009, 273; UPR 2010, 315

2. Rechtliche Würdigung des bayerischen *Privatisierungskonzepts*

2.1. Begriffliches zur Privatisierung

In begrifflicher Hinsicht fällt zunächst einmal auf, dass das bayerische Überwachungsmodell undifferenziert als Privatisierung bezeichnet wird, obwohl es durch zwei diametral entgegengesetzte Konzepte gekennzeichnet ist. Zwar sind sie auf ein und dasselbe Ziel der staatlichen Stelleinsparung ausgerichtet, in ihrem strukturellen Aufbau aber grundverschieden. So geht es im einen Fall darum, dass der Anlagenbetreiber einen externen Sachverständigen zur Erfüllung seiner Pflicht zur betrieblichen Eigenüberwachung hinzuziehen soll, während im anderen Fall die zuständige Behörde ihre gesetzliche Überwachungspflicht faktisch durch die Beauftragung externer Sachverständiger erfüllen soll. Es muss daher zunächst einmal geklärt werden, welche Fallgestaltungen überhaupt mit dem Begriff der Privatisierung erfasst werden können.

Das vom Umweltministerium favorisierte Konzept der Verpflichtung des Anlagenbetreibers zur Sachverständigenbeauftragung im Rahmen der Eigenüberwachung stellt im Zusammenhang mit der Privatisierung ein aliud dar. Es hat schon deshalb mit Privatisierung nichts zu tun, weil die dem Anlagenbetreiber obliegende Pflicht zur betrieblichen Eigenüberwachung per se *privatisiert* ist. Seine instrumentelle und rechtliche Einordnung muss daher innerhalb anderer Koordinaten erfolgen. Darauf ist noch zurückzukommen. Mit dem Begriff der Privatisierung können also nur die auf die Erledigung öffentlicher Aufgaben bezogenen Fallkonstellationen erfasst werden. Sie treten in vielfältigen Erscheinungsformen auf, die sich im wesentlichen drei Grundtypen zuordnen lassen.

2.1.1. Formelle Privatisierung

Die formelle Privatisierung (auch *Organisationsprivatisierung*) ist dadurch gekennzeichnet, dass ein Verwaltungsträger sich privatrechtlicher Organisationsformen (z.B. GmbH) bedient, um öffentliche Aufgaben zu erfüllen. Der Staat wird dabei also in *privatwirtschaftlichem Gewande* tätig, z.B. bei kommunalen Verkehrs- oder Versorgungsbetrieben.⁶ Es liegt auf der Hand, dass das vorliegende Überwachungsmodell dieser Kategorie der Privatisierungstypen nicht zugeordnet werden kann.

2.1.2. Materielle Privatisierung

Unter der materiellen Privatisierung (auch *Aufgabenprivatisierung*) wird im Unterschied zur formellen Privatisierung der vollständige Rückzug des Staates aus der Aufgabenwahrnehmung zugunsten ihrer Erledigung durch Private unter den

⁶ vgl. Maurer, Allg. Verwaltungsrecht, 15. Aufl., § 23 Rn. 61; Ipsen, Die Rechtsordnung im Zeichen der Privatisierung, in: FS für H-W. Rengeling, 2008, S. 75 (76); Ludwig, Privatisierung staatlicher Aufgaben im Umweltschutz, Berlin, 1998, S. 133 ff. m.w.N.

dort herrschenden Bedingungen des Wettbewerbsprinzips verstanden.⁷ Beispielhaft sei hierzu nur auf die privatisierten Bereiche Post und Bahn hingewiesen. Auch dieser Privatisierungstypus liegt hier nicht vor. Das Umweltministerium hat nämlich stets betont, dass die Überwachungszuständigkeit und -verantwortung bei der staatlichen Überwachungsbehörde verbleibe. Im Übrigen kommt eine materielle Privatisierung ohnehin nur bei solchen Aufgaben in Betracht, zu deren Erfüllung der Staat oder andere Verwaltungsträger nicht verpflichtet sind.⁸ Nach § 52 Abs. 1 BImSchG sind die zuständigen Behörden jedoch verpflichtet, die Durchführung dieses Gesetzes und der darauf gestützten Rechtsverordnungen zu überwachen. Damit wird für die Behörde eine Handlungspflicht begründet, derer sie sich nicht im Wege der materiellen Privatisierung entledigen kann.⁹

2.1.3. Funktionale Privatisierung

Bei der Erscheinungsform der funktionalen Privatisierung (auch *Erfüllungsprivatisierung*) bedient sich der Staat bei der Aufgabenwahrnehmung privater Personen oder Institutionen, während Zuständigkeit und Aufgabenverantwortung bei ihm verbleiben.¹⁰ Die herangezogenen Privatpersonen handeln nach außen mit Hoheitsgewalt in den Formen des öffentlichen Rechts.¹¹ Als Beispiele lassen sich die Abfall- und Abwasserbeseitigung oder die privaten Abschleppunternehmen nennen, die polizeiwidrig geparkte Fahrzeuge aus dem öffentlichen Straßenraum entfernen. Im Zentrum dieses Privatisierungstypus stehen, soweit die Privaten wie in den Beispielfällen hoheitliche Befugnisse ausüben, die Rechtsinstitute des Verwaltungshelfers und der Beleihung.

In dieses Privatisierungsraster in Gestalt des Verwaltungshelfers fügt sich das bayerische Überwachungskonzept allerdings nur dort ein, wo der private Sachverständige von der Überwachungsbehörde hinzugezogen wird, nicht aber vom Anlagenbetreiber im Rahmen seiner betrieblichen Eigenüberwachung. Die herrschende Lehre versteht unter einem Verwaltungshelfer eine Privatperson, die unselbständig und nach Weisung eines Hoheitsträgers in dessen Aufgabenbereich tätig wird, ohne dabei über eigene Entscheidungs- oder Gestaltungsbefugnisse zu verfügen.¹² Als Privatisierung lassen sich also nur die innerhalb des bayerischen Privatisierungskonzepts als Auffang- oder Notlösung vorgesehenen Fälle der *sachverständigengestützten* behördlichen Überwachung nach § 52 Abs. 1 BImSchG charakterisieren.

⁷ Maurer, aaO.: Rn. 63; Ipsen, aaO., S. 78

⁸ vgl. Ipsen, aaO., S. 78

⁹ Jarass, BImSchG, 7. Aufl.: § 52 Rn. 2; Hansmann, in: Landmann/Rohmer, UmweltR I, Nr. 1, § 52 Rn. 12; Spindler, in: Feldhaus, BImSchR, Bd. 1, Teil II, § 52 Rn. 15

¹⁰ vgl. Maurer, aaO.: Rn. 62

¹¹ Kirchhof, F., Die Rechtsinstitute von Verwaltungshilfe und Beleihung im Sog zunehmender Privatisierung, in: FS für H-W. Rengeling (Fn.6), S. 127

¹² vgl. F. Kirchhof, aaO. (Fn.11), S. 128

Damit sind zunächst einmal die begrifflichen Klarstellungen vorgenommen. Von besonderem Interesse ist sodann die Frage nach den Voraussetzungen und Grenzen der Erfüllungsprivatisierung durch externe Sachverständige im Rahmen der staatlichen Überwachungspflicht nach § 52 Abs. 1 BImSchG.

2.2. Voraussetzungen und Grenzen der Erfüllungsprivatisierung im Rahmen der behördlichen Überwachungspflicht nach § 52 Abs. 1 BImSchG

Nach dem eingangs beschriebenen Überwachungskonzept des bayerischen Umweltministeriums soll im Rahmen der behördlichen Überwachung nach § 52 Abs. 1 BImSchG der Einsatz behördlichen Personals schon wegen der *Unvereinbarkeit* mit dem Beschluss der Staatsregierung ausscheiden. Insoweit soll nur eine so genannte sachverständigengestützte Regelüberwachung auf Kosten des Anlagenbetreibers in Betracht kommen. Im praktischen Ergebnis handelt es sich dabei jedoch um eine regelmäßige und systematische Verlagerung der behördlichen Überwachung auf private Sachverständige. Das lässt sich entgegen der Auffassung des bayerischen Umweltministeriums nicht lapidar mit dem Hinweis auf § 52 Abs. 2 Satz 1 BImSchG rechtfertigen, wonach die Behörde zu ihrer Unterstützung Sachverständige hinzuziehen dürfe.¹³ Das VG Regensburg¹⁴ hat einen in Verfolg der Weisungen des bayerischen Umweltministeriums erlassenen Kostenbescheid für die Durchführung der Regelüberwachung einer genehmigungsbedürftigen Anlage durch einen privaten Sachverständigen zwar mangels ausreichender Festlegung des Prüfungsumfangs und unterlassener Einholung von Vergleichsangeboten anderer Sachverständiger durch die Behörde als rechtswidrig aufgehoben, eigentümlicherweise jedoch eine Auslegung des § 52 BImSchG für möglich gehalten, die der Behörde hinsichtlich der Einschaltung externer Sachverständiger abweichend *von den im allgemeinen Verwaltungsverfahrensweg entwickelten Auffassungen* ein völlig freies Ermessen zugesteht.

§ 52 BImSchG sagt indessen nichts über die Voraussetzungen aus, unter denen externe Sachverständige im Rahmen der behördlichen Überwachung herangezogen werden können. Insoweit führt auch Absatz 2 nicht weiter, denn dabei handelt es sich im Verhältnis zu den Angehörigen der Überwachungsbehörde und deren Beauftragten lediglich um eine Befugnisnorm, die den genannten Personen bestimmte Kompetenzen (Zutritts-, Prüfungs- Auskunftsrechte) einräumt. Daher muss auf die allgemeinen verwaltungsverfahrenrechtlichen Grundsätze des § 26 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) zurückgegriffen werden. Danach kann die Behörde u.a. Äußerungen von Sachverständigen einholen, wenn sie dies nach pflichtgemäßem Ermessen für erforderlich hält. Grundsätzlich kann die Behörde also auch im Rahmen der immissionsschutzrechtlichen Überwachung Sachverständige hinzuziehen, wenn dies nach ihrer Einschätzung erforderlich ist. Allerdings kann das im Hinblick auf die den Anlagenbetreiber treffende Kostentragungspflicht nach § 52 Abs. 4 Satz 3 BImSchG nur in Betracht kommen,

¹³ Erlass des StMUGV vom 8. 2. 2008 (so genannte UMS), 72-U8721.12-2007/29-1, S. 6

¹⁴ Urt. vom 11. 12. 2008, RO 7 K 08.1072 (nicht rechtskräftig)

wenn die Behörde im Einzelfall die zur Sachverhaltsaufklärung notwendigen Informationen wegen der hierfür erforderlichen besonderen Fachkunde nicht aus eigenem Sachverstand ermitteln kann.¹⁵ Eine bloße Bezugnahme auf den *Privatisierungsbeschluss* der bayerischen Staatsregierung und die verwaltungsinternen Vollzugsvorgaben des Umweltministeriums reicht hierfür jedenfalls nicht aus. Die dort angelegte systematische Verlagerung der behördlichen Regelüberwachung auf externe Sachverständige ist schon nach allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsverfahrenrechts rechtswidrig und überschreitet auch den Regelungsrahmen des § 52 Abs. 2 BImSchG. Mit erfreulicher Klarheit hat der VGH München hierzu klargestellt, dass eine systematische und flächendeckende Verlagerung der Sachverhaltsermittlung bei der Überwachung immissionschutzrechtlich genehmigungsbedürftiger Anlagen auf externe Sachverständige mit § 52 Abs. 4 Satz 3 und Absatz 2 BImSchG nicht vereinbar ist. Zu den Voraussetzungen einer rechtmäßigen Einschaltung von Sachverständigen durch die Behörde bedürfe es vielmehr einer Ermessensentscheidung nach §§ 24, 26 VwVfG, bei der der Grundsatz der Erforderlichkeit zu wahren sei.^{15a} Es steht daher fest, dass der Gesetzgeber eine systematische und flächendeckende Einschaltung von Sachverständigen im Rahmen der immissionschutzrechtlichen Regelüberwachung nach § 52 BImSchG nicht im Auge gehabt hat.¹⁶ Es kann nach alledem also nicht davon ausgegangen werden, dass die zuständige Behörde im Rahmen der Überwachung nach § 52 BImSchG nach freiem Ermessen Sachverständige auf Kosten des Anlagenbetreibers hinzuziehen kann. Sie darf im übrigen auch aus allgemeinen rechtsstaatlichen Erwägungen nicht auf eine bloße Notarfunktion reduziert werden. Diese droht jedoch, wenn der Behörde mit der Zeit die praktische Erfahrung im Umgang mit immissionschutztechnischen Fragestellungen mehr und mehr abhanden kommt und sie dann mangels eigenem Urteilsvermögen letztlich von der Fachkompetenz der beauftragten Sachverständigen blindlings abhängt. Zu Recht hat daher das VG Regensburg immerhin in Zweifel gezogen, ob sich das mit der initiierten Privatisierungsmaßnahme verfolgte Ziel des Abbaus von 24 Stellen für Umweltschutzingenieure im Zuständigkeitsbereich der Kreisverwaltungsbehörden noch im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung des § 52 BImSchG hält.¹⁷

2.3. Unzulässigkeit der faktischen Aufgabenprivatisierung der behördlichen Überwachung

Das bayerische Umweltministerium hat in seinen Vollzugsanweisungen zur Privatisierung der Anlagenüberwachung stets betont, dass die *Konkretisierung* der betrieblichen Eigenüberwachungspflicht von der behördlichen Überwachungsaufgabe nach § 52 Abs. 1 BImSchG zu trennen sei, die ebenso wie die

¹⁵ VGH Kassel, NVwZ 1999, 1121 f.; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl., 2008, § 26 Rn. 29; Spindler, aaO. (Fn.9), Rn. 35

^{15a} VGH München, UPR 2010, 315

¹⁶ Di Fabio, Die Verlagerung immissionschutzrechtlicher Überwachungsverantwortung auf Private, DB, Beilage Nr. 16/96 zu Heft Nr. 46, S. 9

¹⁷ vgl. S. 7 des UA

Überwachungsverantwortlichkeit bei der zuständigen Überwachungsbehörde verbleibe. Diese Aussage könnte sich aber als bloßes Lippenbekenntnis erweisen, denn im gleichen Atemzug wird darauf hingewiesen, dass die Überwachungsbehörde das ihr im Rahmen des § 52 Abs. 1 BImSchG zustehende Ermessen im Falle einer durch externe Sachverständige *verstärkten* betrieblichen Eigenüberwachung dahingehend ausüben könne, dass sie auf eine turnusmäßige Regelüberwachung verzichtet.

Was in diesem Zusammenhang unter einer turnusmäßigen Regelüberwachung zu verstehen sein soll, bleibt unklar. Insoweit ist zunächst einmal darauf hinzuweisen, dass die zur Umsetzung der Anforderungen aus Art. 13 der Integrierten Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung (IVU)- Richtlinie im Jahre 2001 eingefügten Vorschriften des § 52 Abs. 1 Satz 2 und 3 BImSchG¹⁸ das grundsätzlich freie Ermessen der Behörde im Rahmen der Überwachung einschränken bzw. konkretisieren.¹⁹ So schreibt insbesondere Satz 2 in Bezug auf die im vorliegenden Zusammenhang interessierenden genehmigungsbedürftigen Anlagen eine anlassunabhängige regelmäßige Überprüfung der Genehmigung und erforderlichenfalls deren Aktualisierung durch nachträgliche Anordnungen vor. Wenngleich keine näheren Bestimmungen darüber getroffen werden, in welcher Häufigkeit und Intensität die regelmäßige Überprüfung stattzufinden hat, so dass die Behörde durchaus noch über einen gewissen Spielraum verfügt, dürfte ein mit dem Hinweis auf die sachverständigengestützte betriebliche Eigenüberwachung begründeter Verzicht auf die behördliche Überwachung dem gesetzlichen Überwachungsauftrag zuwiderlaufen. Insoweit erscheint es zweifelhaft, ob der Staat bei einer derart weitgehenden Verlagerung der behördlichen Überwachung auf die betriebliche Eigenüberwachung noch seiner grundrechtlich gewährleisteten Schutz- und Vorsorgepflicht gerecht würde.²⁰ Das BImSchG geht vielmehr von einem prinzipiell isolierten Nebeneinander von betrieblicher und behördlicher Überwachung aus. Der Staat kann sich daher nicht von seiner Pflichtaufgabe nach § 52 Abs. 1 BImSchG nach dem Prinzip kommunizierender Röhren im Hinblick auf eine *verstärkte* betriebliche Eigenüberwachung zurückziehen. Das würde im praktischen Ergebnis auf eine materielle Privatisierung hinauslaufen, die rechtlich im Hinblick auf die als verpflichtende Aufgabennorm ausgestaltete Vorschrift des § 52 Abs. 1 BImSchG von vornherein unzulässig wäre.

2.4. Rechtliche Würdigung der sachverständigengestützten Eigenüberwachung

Es ist schon darauf hingewiesen worden, dass das vom bayerischen Umweltministerium präferierte Modell, den Anlagenbetreiber durch Auflage im Genehmigungsbescheid oder durch eine nachträgliche Anordnung zu verpflichten, Sachverständige mit der betrieblichen Eigenüberwachung zu beauftragen, nicht in den strukturellen Rahmen der Trias aus Organisations-, Aufgaben- und

¹⁸ vgl. Art. 2 des Gesetzes vom 27. 7. 2001 (BGBl. I, S. 1950, 1973)

¹⁹ Jarass, aaO. (Fn. 9): § 52 Rn. 8; Hansmann, aaO. (Fn. 9): § 52 Rn. 12 a; Spindler, aaO. (Fn. 9): § 52 Rn. 26 ff.

²⁰ VG München, NVwZ 2008, 1149.

Erfüllungsprivatisierung passt, weil es dabei überhaupt nicht um Privatisierung der ohnedies privatisierten Eigenüberwachung geht, sondern um ein aliud, dessen instrumentelle und rechtliche Verortung in einem eigenen Koordinatensystem erfolgen muss. Dabei wird auch die vom Ministerium bemühte Argumentation auf den Prüfstand zu stellen sein, wonach mit der vorgesehenen Maßnahme die aus § 5 BImSchG resultierende Betreiberpflicht zur Eigenüberwachung lediglich *konkretisiert* werde.

2.4.1. Rechtslage zur betrieblichen Eigenüberwachungspflicht

Nach § 5 Abs. 1 BImSchG sind genehmigungsbedürftige Anlagen nach Maßgabe der Grundpflichten nach Satz 1 Nr. 1 bis 4 zu errichten und zu betreiben. Adressat dieser grundsätzlich unmittelbar wirkenden Grundpflichten ist der Anlagenbetreiber, wenngleich sie zu ihrer administrativen Durchsetzbarkeit auch im Hinblick auf ihren dynamischen Charakter regelmäßig der Aktualisierung bzw. Konkretisierung in Gestalt einer Rechtsverordnung oder eines Verwaltungsaktes bedürfen.²¹ Es handelt sich dabei also um Betreiberpflichten. Zu ihrer Erfüllung hat der Betreiber durch eine wirksame und kontinuierliche Eigenkontrolle sich u. a. Klarheit darüber zu verschaffen, ob von seiner Anlage schädliche Umwelteinwirkungen verursacht werden, damit er diesen effektiv begegnen kann.²² Es gehört somit zu den grundsätzlichen Pflichten des Betreibers, die Auswirkungen seiner Anlage und die sonstigen mit ihrem Betrieb zusammenhängenden Umstände zu überwachen, die in Bezug auf die materiellen Grundpflichten nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 4 BImSchG relevant sein können. Das schließt neben technischen Vorkehrungen naturgemäß auch logistische und organisatorische Maßnahmen ein, die erforderlich sind, um die Einhaltung der materiellen Grundpflichten zu gewährleisten. Folgerichtig enthält § 52 a Abs. 2 BImSchG nur die Verpflichtung des Anlagenbetreibers zur Mitteilung, *auf welche Weise sichergestellt ist*, dass die immissionsschutzrechtlichen Vorschriften und Anordnungen beim Betrieb beachtet werden. Die Vorschrift schreibt keine bestimmte Betriebsorganisation vor, sondern setzt deren Existenz vielmehr stillschweigend voraus.²³ Dies zu Recht, denn die Pflicht zur Einrichtung einer adäquaten Betriebsorganisation ist immanenter Bestandteil der materiellen Grundpflichten, deren tatsächliche Einhaltung ohne ein entsprechendes innerbetriebliches Managementsystem nicht gewährleistet werden kann.²⁴

2.4.2. Numerus clausus der immissionsschutzrechtlichen Ausgestaltung der Eigenüberwachung

Neben der Mitteilungspflicht über die umweltschutzsichernde Betriebsorganisation nach § 52 a Abs. 2 BImSchG enthält das Gesetz spezifische Ausgestaltungen der allgemeinen Pflicht zur betrieblichen Eigenüberwachung lediglich in den

²¹ *Breuer*, Anlageneignung und Grundpflichten, in: FS für Feldhaus, 1999, S. 49 (55); *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, UmwR I, Nr. 1, § 5 Rn. 10

²² *BVerwG*, NVwZ 1984, 724; *VG München*, NVwZ 2008, 1147 (1148)

²³ *Feldhaus*, Umweltschutzsichernde Betriebsorganisation, in: NVwZ, 1991, 927 (928 f.)

²⁴ *Hansmann*, aaO. (Fn. 9), § 52 a Rn. 14; *Rehbinder*, Umweltschutz und technische Sicherheit als Aufgabe der Unternehmensleitung, in: UTR Band 26, S. 26 (38); *Spindler*, aaO. (Fn. 9): § 52 a Rn. 66 jeweils m.w.N.

Regelungen der §§ 26, 28 und 29 BImSchG über die Anordnung zur Ermittlung von Emissionen und Immissionen bzw. in § 29 a BImSchG bezüglich der Anordnung sicherheitstechnischer Prüfungen sowie in den §§ 53 ff. und §§ 58 a ff. BImSchG über den Betriebsbeauftragten für Immissionsschutz bzw. den Störfallbeauftragten. Im Übrigen bleibt es der eigenverantwortlichen Entscheidung des Anlagenbetreibers überlassen, die in Bezug auf die von ihm betriebene Anlage adäquaten organisatorischen Vorkehrungen für eine wirksame Eigenüberwachung zu treffen. Zutreffend hat der VGH München betont, dass die Grundpflichten des § 5 Abs. 1 BImSchG auf *eigenverantwortliche Erfüllung durch den Betreiber angelegt* sind und *keine strukturierenden Vorgaben enthalten, die einer behördlichen Konkretisierung im Wege der Verpflichtung zur Eigenüberwachung mittels externer privater Sachverständiger zugänglich sind*. Das BImSchG enthalte vielmehr in § 7 Abs. 1 Nr. 3 und 4, § 15 Abs. 1, §§ 26 bis 29 a sowie 52 a, 53 und 58 a ein ausdifferenziertes Regelungssystem zur betrieblichen Eigenüberwachung, das den Schluss auf eine abschließende Kodifikation nahelege.^{24a}

§§ 26 ff. BImSchG

Die insgesamt der betreibereigenen Überwachung zuzuordnenden Regelungen der §§ 26, 28 und 29 BImSchG ermächtigen die zuständige Behörde, die dem Anlagenbetreiber obliegenden Ermittlungspflichten in bestimmtem Umfang zu konkretisieren.²⁵ So enthält § 26 BImSchG eine anlassbezogene behördliche Eingriffsbefugnis, kraft derer vom Anlagenbetreiber verlangt werden kann, dass er Art und Ausmaß der von der Anlage ausgehenden Emissionen sowie der Immissionen im Einwirkungsbereich der Anlage durch eine bekannt gegebene Messstelle in seinem Auftrag ermitteln lässt, wenn zu befürchten ist, dass durch die Anlage schädliche Umwelteinwirkungen hervorgerufen werden. Ferner können nach § 28 BImSchG bei genehmigungsbedürftigen Anlagen in bestimmten Zeitabständen auch ohne konkrete Anhaltspunkte für das Entstehen schädlicher Umwelteinwirkungen wiederkehrende Ermittlungen durch eine externe Messstelle sowie stattdessen oder zusätzlich kontinuierliche Messungen verlangt werden. Schließlich kann bei genehmigungsbedürftigen Anlagen nach § 29 a BImSchG auch angeordnet werden, dass der Anlagenbetreiber zu einem bestimmten Zeitpunkt oder Anlass sowie beim Verdacht sicherheitstechnischer Defizite einen der staatlicherseits bekannt gegebenen Sachverständigen mit der Durchführung bestimmter sicherheitstechnischer Prüfungen beauftragt.²⁶

Betriebsbeauftragte

Wie bereits dargelegt, bleibt es grundsätzlich dem Anlagenbetreiber überlassen, die zur Einhaltung seiner gesetzlichen Pflichten in bezug auf die jeweilige Anlage erforderlichen organisatorischen, logistischen und personellen Vorkehrungen

^{24a} VGH München, NVwZ-RR 2009, 594

²⁵ vgl. *Dolde/Vetter*: Überwachung immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftiger Anlagen – Möglichkeiten der Länder bei Gesetzgebung und Vollzug im Hinblick auf die Umwelt-Audit-Verordnung, NVwZ 1995, 943 (945); *Hansmann*, aaO. (Fn. 9): § 26 Rn. 2; *Jarass*, aaO. (Fn. 9): § 26 Rn 2; *VG München*, NVwZ 2008, 1148

²⁶ *Hansmann*, aaO. (Fn. 9): § 29 a Rn. 6

eigenständig und frei zu treffen. Bei bestimmten genehmigungsbedürftigen Anlagen, die auf Grund ihrer Art, Größe oder Komplexität besondere immissionsschutzspezifische Fragestellungen aufwerfen, hat der Gesetzgeber jedoch die Notwendigkeit gesehen, dergestalt in die innerbetriebliche Umweltschutzorganisation einzugreifen, dass er dem Betreiber auferlegt, sich bei der Wahrnehmung ihrer immissionsschutzrechtlichen Eigenverantwortung der fachkundigen Unterstützung durch besonders qualifizierte Berater zu bedienen. Zu diesem Zweck ist in den §§ 53 ff. BImSchG das Institut des Betriebsbeauftragten für Immissionsschutz und späterhin in den §§ 58 a ff. BImSchG das des Störfallbeauftragten aufgenommen worden. Sinn und Zweck beider Formen des Betriebsbeauftragten ist es, die Wahrnehmung der Eigenverantwortung für einen umweltgerechten Anlagenbetrieb dort wirksam zu gewährleisten, wo dies ohne den Rückgriff auf fachkundige Beratung und Überwachung innerhalb der Betriebsorganisation regelmäßig nicht ausreichend sichergestellt werden könnte. Der Immissionsschutz- und der Störfallbeauftragte sind Beauftragte des Anlagenbetreibers im Betrieb. Sie sind nicht der verlängerte Arm der Überwachungsbehörde und als solche elementarer Bestandteil des betrieblichen Eigenverantwortungssystems des Anlagenbetreibers.²⁷

Diese gesetzliche Ausgestaltung des betrieblichen Eigenverantwortungssystems durch das Institut der Betriebsbeauftragten findet im neuen bayerischen Überwachungskonzept keinerlei Beachtung. Es wird im Grunde schlicht negiert. Dabei wird ersichtlich verkannt, dass der jeweilige Betriebsbeauftragte weitaus detailliertere Kenntnisse über die immissionsschutzspezifischen Implikationen der betreffenden Anlage hat als ein externer Sachverständiger. Schon aus der gesetzlichen Aufgabenbeschreibung des Immissionsschutzbeauftragten in § 54 BImSchG bzw. des Störfallbeauftragten in § 58 b BImSchG wird deutlich, welche herausragende Rolle ihm im Rahmen des betrieblichen Eigenverantwortungssystems zukommt.²⁸ Die dem bayerischen Konzept offensichtlich zugrunde liegende Vorstellung, ein externer Sachverständiger biete generell eine höhere Richtigkeitsgewähr im Hinblick auf die Kontrolle der Einhaltung immissionsschutzrechtlicher Anforderungen als der vom Anlagenbetreiber bestellte Betriebsbeauftragte ist ebenso naiv wie lebensfremd. Insoweit ist ein Blick auf bestimmte Regelungen zum Immissionsschutz- bzw. Störfallbeauftragten durchaus erhellend.

Nach der gesetzlichen Leitvorstellung, die in einer Reihe von Einzelregelungen über die betriebsinterne Integration des Betriebsbeauftragten zum Ausdruck kommt,²⁹ soll der Anlagenbetreiber regelmäßig einen Betriebsangehörigen zum Immissionsschutzbeauftragten bestellen.³⁰ Dem liegt die ohne weiteres einsichtige Überlegung zugrunde, dass ein Betriebsbeauftragter, der als Beschäftigter

²⁷ Feldhaus, aaO. (Fn. 23): S. 930; Hansmann, aaO. (Fn. 9): vor § 53 Rn. 2 f.

²⁸ Feldhaus, aaO. (Fn. 23): S. 931

²⁹ Vgl. z.B. die Forderung nach innerbetrieblichen Organisationsmaßnahmen zur Gewährleistung des unmittelbaren Zugangs zur Geschäftsleitung (§ 57 bzw. 58 c BImSchG) sowie das Benachteiligungsverbot und den erweiterten Kündigungsschutz (§ 58 bzw. 58 d BImSchG).

³⁰ Zutreffend Hansmann, in: Landmann/Rohmer, UmweltR II, Nr. 2. 5, vor § 1 der 5. BImSchV, Rn. 15

des Unternehmens ständig *vor Ort* ist und somit als Insider fortlaufend über die Vorkommnisse in einer Anlage informiert ist, am ehesten die vielfältigen Beratungs- und Unterstützungsaufgaben als *Immissionsschutz- oder Sicherheitswissen* des Anlagenbetreibers wirksam wahrnehmen kann. Folgerichtig wird in § 1 Abs. 1 und 2 Satz 1 der Verordnung über Immissionsschutz- und Störfallbeauftragte (5. BImSchV) grundsätzlich die Bestellung eines *betriebsangehörigen* Immissionsschutz- bzw. Störfallbeauftragten gefordert. Die Bestellung eines nicht betriebsangehörigen Immissionsschutz- oder Störfallbeauftragten bedarf nach § 5 Abs.1 bzw. 2 der 5. BImSchV einer behördlichen Gestattung, deren Erteilung von der Gewährleistung einer sachgemäßen Aufgabenerfüllung durch den externen Beauftragten abhängt.

Ein nicht betriebsangehöriger Immissionsschutz- oder Störfallbeauftragter, der nur sporadisch, z.B. nur ein- oder zweimal im Jahr, mit den Gegebenheiten in einer Anlage befasst ist, kann den an ihn gestellten Anforderungen nicht gerecht werden. Er verfügt naturgemäß nicht über die erforderlichen Detailkenntnisse, von denen die faktische Einhaltung der gesetzlichen Betreiberpflichten abhängt. Über noch viel weniger Sachkenntnisse in Bezug auf eine konkrete Anlage verfügt ein externer Sachverständiger, der nur einmal im Jahr im Rahmen der betrieblichen Eigenüberwachung hinzugezogen wird. In Wahrheit würde es sich dabei häufig um eine bloße Alibiveranstaltung handeln.

2.4.3. Zur Konkretisierungstheorie

Entgegen der Auffassung des bayerischen Umweltministeriums stellt die u.a. auch durch eine geeignete Betriebsorganisation auszugestaltende Eigenüberwachungspflicht ihrerseits keine eigentliche Grundpflicht dar, die ebenso wie die materiellen Grundpflichten einer behördlichen Konkretisierung zugeführt werden könnte. Sie ist vielmehr nur eine instrumentelle Pflicht, die den materiellen Grundpflichten akzessorisch ist und dazu dient, diese zu erfüllen.³¹ Welche organisatorischen und sonstigen Maßnahmen hierfür zu treffen sind, ergibt sich aus der jeweiligen materiellen Grundpflicht sowie daraus, dass sich der Betreiber selbst Klarheit darüber zu verschaffen hat, ob er die an ihn gerichteten Betreiberpflichten einhält.³² Daher ist die bayerische Prämisse schon im Ansatz verfehlt, wonach sich das den (scil. materiellen) Grundpflichten regelmäßig immanente Konkretisierungserfordernis auch auf die Pflicht zur umweltschutzsichernden Eigenüberwachung erstreckt und somit dem Staat die Befugnis zur administrativen Überführung der abstrakten Eigenkontrolle in konkrete Handlungsanweisungen eröffnet, etwa in Gestalt der Verpflichtung zur *sachverständigengestützten* Eigenüberwachung. Zutreffend hat daher das VG München festgestellt, dass eine derartige Ausgestaltung der betreibereigenen Überwachung nach Art und Umfang den Grundpflichten nach § 5 Abs. 1 BImSchG nicht immanent ist und demzufolge auch nicht in sie hineingelesen werden kann.³³ Hierzu ist ergänzend anzumerken, dass derjenige,

³¹ *Rehbinder*, aaO.(Fn. 24); *Spindler*, aaO. (Fn. 24)

³² *BVerwG*, aaO. (Fn. 22)

³³ *VG München*, NVwZ 2008, 1147 (1148); *VGH München*, NVwZ-RR 2009, UPR 2009, 273

der wie das bayerische Umweltministerium gleichwohl eine *ungeschriebene* und insoweit konkretisierungsbedürftige Grundpflicht zur Eigenkontrolle in die Vorschrift des § 5 Abs. 1 BImSchG hineingeheimnist, um sie dann im Wege der Auslegung wieder aus ihr abzuleiten, nichts anderes als eine vom gewünschten Ergebnis determinierte finale Subsumtion betreibt.

Aus der dem Anlagenbetreiber obliegenden allgemeinen Pflicht zur Eigenüberwachung kann nicht zugleich auch die Pflicht abgeleitet werden, turnusmäßig externe private Sachverständige mit der Durchführung der Eigenüberwachung zu beauftragen. Es handelt sich dabei vielmehr um ein aliud, denn es bleibt dem Anlagenbetreiber insoweit gerade nicht selbst überlassen, durch geeignete Vorkehrungen die Einhaltung der gesetzlichen Grundpflichten sicherzustellen. Art und Umfang der zu treffenden Maßnahmen sollen ihm vielmehr durch eine Auflage zum Genehmigungsbescheid oder eine nachträgliche Anordnung vorgegeben werden. Gewisse instrumentelle Vorgaben sind zwar auch im Rahmen der Eigenüberwachung nicht gänzlich unbekannt, wie die nachfolgenden Darstellungen zeigen. Sie beruhen aber ausnahmslos auf besonderen gesetzlichen Regelungen, die wegen des jeweiligen Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit im Sinne des Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz (GG) den verfassungsrechtlichen Erfordernissen des Gesetzesvorbehaltes genügen. In Bezug auf die *sachverständigengestützte Eigenüberwachung* sind solche normativen Fundierungen indes nicht ersichtlich. Somit fehlt es insoweit an einer ausreichenden und hinreichend bestimmten Rechtsgrundlage im BImSchG.³⁴

Konkretisierung der Eigenüberwachung durch Nebenbestimmung?

Wie eingangs erwähnt, soll nach den Vorstellungen des bayerischen Umweltministeriums die Verpflichtung des Anlagenbetreibers zur turnusmäßigen Beauftragung eines externen Sachverständigen im Rahmen der betrieblichen Eigenüberwachung bei Neuanlagen durch eine Nebenbestimmung zur Genehmigung bewirkt werden. Im Falle der wesentlichen Änderung soll eine *die Anlage insgesamt erfassende entsprechende Nebenbestimmung in Betracht kommen, wenn wegen der zu genehmigenden Änderung auch darüber hinaus Anforderungen an die Gesamtanlage notwendig werden und sich die Genehmigung nicht auf solche an das Änderungsvorhaben beschränken lässt*.³⁵

Bei dem mit dem verwaltungsverfahrenrechtlichen Oberbegriff der Nebenbestimmung im Sinne des § 36 Abs. 1 VwVfG bezeichneten Genehmigungszusatz handelt es sich um eine (echte) Auflage im Sinne des § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG, durch die ein selbständiges Tun verlangt wird. Die darin enthaltene Verpflichtung zur sachverständigengestützten Eigenüberwachung hat auf den Bestand und die Wirksamkeit der Genehmigung keinen unmittelbaren Einfluss. Sie kann selbständig erzwungen werden und ist daher einer isolierten Anfechtung zugänglich.³⁶ Im vorliegenden Fall fehlt es jedoch an ihrer rechtlichen Zulässigkeit.

³⁴ so auch das *VG München*, NVwZ 2008, 1147 (1148); ebenso *VGH München*, NVwZ-RR 2009, 594

³⁵ *StMUGV*, UMS vom 10. 11. 2007, 721-U8721.12-2007/29-1, S. 6

³⁶ *Jarass*, aaO. (Fn. 9): § 12 Rn. 2; *BVerwG*, NVwZ 1984, 366; *VG München*, NVwZ 2008, 1147

Nach § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG kann die Genehmigung unter Bedingungen erteilt und mit Auflagen verbunden werden, soweit dies erforderlich ist, um die Erfüllung der in § 6 BImSchG genannten Genehmigungsvoraussetzungen sicherzustellen. Zunächst können die Nebenbestimmungen insbesondere der Erfüllung der Schutz- oder der Vorsorgepflicht nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 BImSchG sowie der Abfallpflichten nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BImSchG und des Energieeffizienzgebots des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BImSchG dienen.³⁷ Darüber hinaus können die Nebenbestimmungen auch auf die Sicherstellung sonstiger, die Anlage betreffender öffentlich-rechtlicher Vorschriften im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG sowie der Belange des Arbeitsschutzes gerichtet sein. Insofern können sich die Auflagen und Bedingungen auf die Errichtung, die Beschaffenheit, die Unterhaltung, die Wartung und den Betrieb der Anlage beziehen.³⁸

Im Hinblick darauf, dass den Anforderungen zur Vermeidung schädlicher Umwelteinwirkungen, wie durch Luftverunreinigungen, sowie zur Durchführung von Emissionsminderungsmaßnahmen nach dem Stand der Technik häufig nur entsprochen werden kann, wenn bestimmte Emissions- oder Immissionsermittlungen vorgenommen werden, können durch Nebenbestimmungen auch entsprechende Ermittlungspflichten festgelegt werden.³⁹ Voraussetzung ist insoweit aber stets, dass derartige *Hilfspflichten*⁴⁰ erforderlich sind, um die Einhaltung der materiellen Anforderungen sicherzustellen. Demzufolge verlangt die Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft (TA Luft), dass im Genehmigungsbescheid bestimmte Emissionsermittlungen in einer Nebenbestimmung zur Genehmigung gefordert werden.⁴¹ Wenn die Genehmigungsbehörde solche Emissions- oder Immissionsermittlungen in einer Nebenbestimmung zum Genehmigungsbescheid fordert, kann sie auch über die Ermittlungsmöglichkeiten der grundsätzlich abschließenden Regelungen der §§ 26, 28 BImSchG hinausgehen, wenn dies durch besondere Umstände des Einzelfalles geboten ist.⁴²

Im vorliegenden Fall des bayerischen Überwachungsmodells geht es indessen nicht um die konkrete Sicherstellung von Genehmigungsvoraussetzungen, sondern um die davon zu unterscheidende Einhaltung der Grundpflichten und der genehmigungsrechtlichen Anforderungen durch eine bestimmte instrumentelle Ausgestaltung der abstrakt bestehenden Betreiberpflicht zur Eigenüberwachung. Eine Nebenbestimmung zur Genehmigung ist nur erforderlich und deshalb zulässig im Sinne des § 12 Abs. 1 BImSchG, wenn ohne sie die Erfüllung einer bestimmten Genehmigungsvoraussetzung nicht sichergestellt werden könnte.

³⁷ Soweit es sich um eine emissionshandelspflichtige Anlage nach § 2 Abs. 1 Satz 1 TEHG handelt, dürfen gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 bis 4 BImSchG keine vorsorgebezogenen Anforderungen nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BImSchG zur Begrenzung der Treibhausgasemissionen und keine über die Pflichten des TEHG hinausgehenden Anforderungen zur effizienten Energieverwendung in Bezug auf CO₂-Emissionen gestellt werden, die auf Verbrennungs- oder anderen Anlagenprozessen beruhen.

³⁸ Vgl. die Amtl. Begründung: BT-Drs. 7/179, S. 35; *Jarass*, aaO. (Fn. 9): § 12 Rn. 7, m.w.N.

³⁹ *Hansmann*, aaO. (Fn. 9), vor § 26 Rn. 9; *Jarass*, aaO. (Fn. 9), § 12 Rn. 8; *Sellner*, in: Landmann/Rohmer (Fn. 9), § 12 Rn. 120; a. A. *Dolde/Vetter*, aaO.: (Fn. 25), S. 947

⁴⁰ Diesen Begriff verwendet *Jarass* (vgl. Fn. 39).

⁴¹ Vgl. Nr. 5.3.2.1 und 5.3.3.1 TA Luft.

⁴² *Jarass*, aaO. (Fn. 9): § 26 Rn. 6

Das ist prinzipiell von der die betriebliche oder behördliche Überwachung betreffenden Frage zu trennen, ob im späteren Anlagenbetrieb die materiellen Anforderungen auch tatsächlich eingehalten werden. Die Durchführung einer sachverständigengestützten betrieblichen Eigenüberwachung zählt, wie oben dargelegt, nicht zu den materiellen Grundpflichten des § 5 Abs. 1 BImSchG und folglich auch nicht zu den Genehmigungsvoraussetzungen des § 6 Abs. 1 BImSchG. Eine darauf gerichtete Nebenbestimmung kann daher weder der Konkretisierung noch der Sicherstellung einer gesetzlichen Genehmigungsvoraussetzung dienen. Sie ist mithin unzulässig.

Gleichwohl sind Nebenbestimmungen zum Genehmigungsbescheid, die sich auf bestimmte Überwachungsmaßnahmen beziehen, nicht in jedem Fall ausgeschlossen. So ist in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) geklärt, dass eine Auflage zum Genehmigungsbescheid zulässig ist, mit der durch die Festsetzung messtechnisch zu überwachender Kontrollwerte unterhalb der als Mindestanforderungen vorgegebenen Emissionswerte der Nachweis der Funktionstüchtigkeit installierter Emissionsbegrenzungseinrichtungen erbracht und damit die Nachprüfbarkeit des genehmigungskonformen Anlagenbetriebs ermöglicht wird.⁴³ Daraus kann aber nicht undifferenziert der Schluss gezogen werden, dass sämtliche Überwachungsmaßnahmen, die der Einhaltung der gesetzlichen Pflichten dienen, zugleich zum Gegenstand von Nebenbestimmungen des Genehmigungsbescheids gemacht werden dürfen.

Konkretisierung der Eigenüberwachung durch nachträgliche Anordnung?

In Bezug auf bestehende Anlagen soll nach den Vorstellungen des bayerischen Umweltministeriums die Verpflichtung zur sachverständigengestützten betrieblichen Eigenüberwachung jedenfalls dann mittels einer nachträglichen Anordnung nach § 17 Abs. 1 BImSchG durchgesetzt werden, wenn eine so genannte freiwillige Betreibererklärung (vgl. oben 1.2.) nicht erreichbar ist. Das verwundert, doch es bedarf im Grunde keiner näheren Begründung, dass eine solche Anordnung rechtswidrig wäre.

Unabdingbare Tatbestandsvoraussetzung einer nachträglichen Anordnung ist nämlich zunächst einmal, dass der Anlagenbetreiber eine ihm obliegende immissionsschutzrechtliche Pflicht nach dem BImSchG oder einer darauf gestützten Rechtsverordnung verletzt hat oder die Verletzung einer solchen Rechtspflicht konkret droht.⁴⁴ Fehlt es hieran, so sind Anordnungen quasi ins Blaue gerichtet und daher per se unzulässig. Dem BImSchG kann keine dem Anlagenbetreiber obliegende Rechtspflicht des Inhalts entnommen werden, dass er sich im Rahmen seiner betrieblichen Eigenüberwachung in bestimmten Zeitabständen eines externen Sachverständigen zu bedienen hat. Das kann auch nicht aus den Grundpflichten konkretisierend abgeleitet werden. Mithin kann eine nachträgliche Anordnung des besagten Inhalts nach § 17 Abs. 1 BImSchG unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt in Betracht kommen.

⁴³ *BVerwGE* 114, 342 ff.; *BVerwG*, NVwZ 2007, 1086; *BVerwG*, NVwZ 2008, 789

⁴⁴ *Hansmann*, aaO. (Fn. 9), § 17 Rn. 124; *Jarass*, aaO. (Fn. 9), § 17 Rn. 20; *VG München*, NVwZ 2008, 1147 (1150); *VGH München*, UPR 2010, 315

3. Schlussbemerkung

Das bayerische Überwachungsmodell erweist sich sowohl unter einfachrechtlichen als auch unter allgemeinen rechtsstaatlichen Erwägungen als ein bereits im Ansatz verfehlter Versuch, Staatsentlastung durch Aufgaben- und Personalabbau mittels rechtswidriger Betreiberbelastung zu erreichen. Wie manch andere politische Initiativen auf dem Weg zum *schlanken Staat* führt auch er in das rechtliche Abseits. Deshalb ist es dringend geboten, dass die Staatsregierung den ominösen Privatisierungsbeschluss aus dem Jahre 2005 zurücknimmt und dafür Sorge trägt, dass der Freistaat Bayern seinen verfassungsrechtlichen Pflichten im Bereich der immissionsschutzrechtlichen Überwachung von Industrieanlagen wieder gerecht wird. In diesem Zusammenhang dürfte es auch angezeigt sein, über strukturelle Fragen der Zuständigkeitsverteilung auf der Ebene der Vollzugsbehörden nachzudenken. Dabei sollte insbesondere auch das gerade in Bayern stark ausgeprägte Kommunalisierungsprinzip auf den Prüfstand gestellt werden. Zwar steht außer Frage, dass die Länder im Rahmen ihrer Organisationskompetenz grundsätzlich autonom darüber entscheiden, welchen Behörden bestimmte Vollzugsaufgaben zugewiesen werden. Gleichwohl sind sie dabei nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von Verfassungs wegen gehalten, *ihre Verwaltung nach Art, Umfang und Leistungsvermögen entsprechend den Anforderungen sachgerechter Erledigung des sich aus der Bundesgesetzgebung ergebenden Aufgabenbestandes einzurichten*.⁴⁵ Vor diesem Hintergrund muss in Bezug auf § 52 BImSchG ein Überwachungskonzept generiert werden, das nicht auf dem populistischen Etikettenschwindel der Privatisierung basiert.

⁴⁵ BVerfGE 55, 274 (318)

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Immissionsschutz, Band 1

– **Planung, Genehmigung und Betrieb von Anlagen** –

Karl J. Thomé-Kozmiensky, Michael Hoppenberg

– Neuruppin: TK Verlag Karl Thomé-Kozmiensky, 2010

ISBN 978-3-935317-59-7

ISBN 978-3-935317-59-7 TK Verlag Karl Thomé-Kozmiensky

Copyright: Professor Dr.-Ing. habil. Dr. h. c. Karl J. Thomé-Kozmiensky

Alle Rechte vorbehalten

Verlag: TK Verlag Karl Thomé-Kozmiensky • Neuruppin 2010

Redaktion und Lektorat: Professor Dr.-Ing. habil. Dr. h. c. Karl J. Thomé-Kozmiensky,

Dipl.-Ing. Ernst Thomé, Elisabeth Thomé-Kozmiensky, M.Sc. und Dr.-Ing. Stephanie Thiel

Erfassung und Layout: Nicole Bäker, Janin Burbott, Petra Dittmann, GINETTE Teske

Druck: Mediengruppe Universal Grafische Betriebe München GmbH, München

Foto auf dem Buchdeckel: Nicole Bäker, Molchow

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funksendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 9. September 1965 in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungspflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürfen.

Sollte in diesem Werk direkt oder indirekt auf Gesetze, Vorschriften oder Richtlinien, z.B. DIN, VDI, VDE, VGB Bezug genommen oder aus ihnen zitiert worden sein, so kann der Verlag keine Gewähr für Richtigkeit, Vollständigkeit oder Aktualität übernehmen. Es empfiehlt sich, gegebenenfalls für die eigenen Arbeiten die vollständigen Vorschriften oder Richtlinien in der jeweils gültigen Fassung hinzuzuziehen.