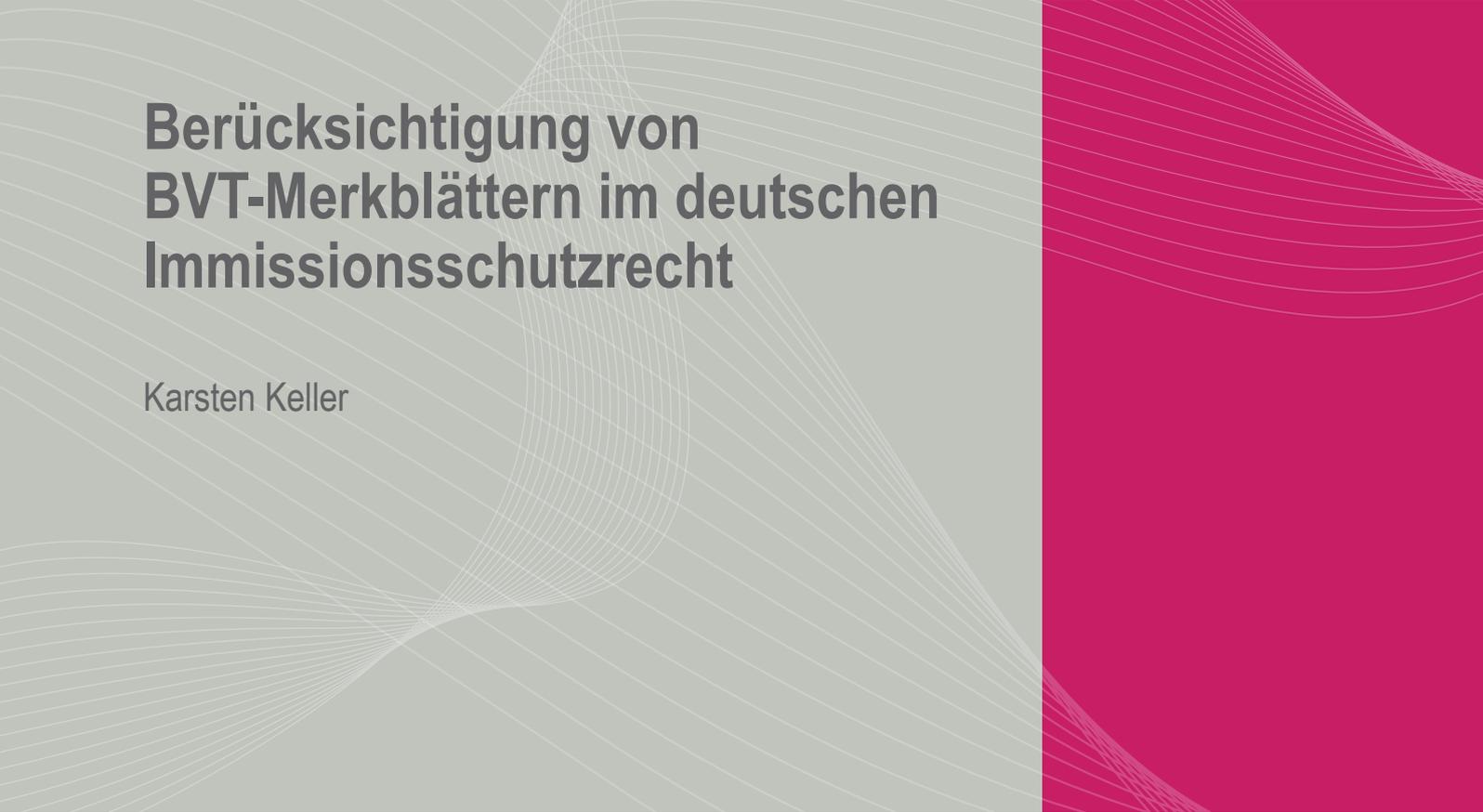




Interdisciplinary Research on Climate Change Mitigation and Adaptation

Discussion Paper 02/2011



Berücksichtigung von BVT-Merkblättern im deutschen Immissionsschutzrecht

Karsten Keller

Impressum

© 2011 beim Herausgeber
Alle Rechte vorbehalten

Herausgeber:

Universität Kassel
Prof. Dr. Alexander Roßnagel
Geschäftsführender Direktor
Kompetenzzentrum für Klimaschutz
und Klimaanpassung (CliMA)
Kurt-Schumacher-Str. 2
34117 Kassel
Tel.: 0561 804 7260

Deutsche Nationalbibliothek
ISSN 2193-4827

Redaktion/Layout

Jana Gattermann
Robin Kirakosian

Email: CliMA@uni-kassel.de
www.uni-kassel.de/uni/clima

Berücksichtigung von BVT-Merkblättern im deutschen Immissionsschutzrecht

*Von Ass. iur. Karsten Keller, Kassel**

I. BVT-Merkblätter

1. Erstellung
2. Inhalt und Aufbau

II. BVT-Merkblätter im deutschen Immissionsschutzrecht

1. Berücksichtigung im deutschen Recht
2. Berücksichtigung neuer BVT-Merkblätter
3. Rechtmäßigkeit Nr. 5.1.1 Abs. 5 TA Luft
4. Rechtsschutz gegen fehlende Berücksichtigung

III. BVT-Merkblätter nach der neuen Richtlinie über Industrieemissionen

1. Verfahrensregelungen, Genehmigungsauflagen
2. Überprüfung und Aktualisierung von Genehmigungsauflagen

IV. Fazit

Das über Jahrzehnte gewachsene deutsche Immissionsschutzrecht mit Ursprüngen in der Gewerbeordnung und ausführlicher Regelung in dem 1974 geschaffenen Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG)¹ wird zunehmend durch europäische Vorgaben geprägt. Wesentlichen Anteil daran hatte die Richtlinie über die integrierten Vermeidung und Verminderung der Um-

* Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter im Fachgebiet Öffentliches Recht, insb. Umwelt- und Technikrecht der Universität Kassel. Der Beitrag ist im Rahmen des BMBF-Forschungsprojekt „dABeI - Eine aktorsbasierte dynamische Analyse und Bewertung von umweltpolitischen Instrumenten am Beispiel des Immissionsschutzes“ entstanden.

¹ Bundes-Immissionsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. September 2002 (BGBl. I S. 3830), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 11. August 2010 (BGBl. I S. 1163) geändert worden ist.

weltverschmutzung (IVU-Richtlinie)². Diese Richtlinie enthält unter anderem die europaweite Vorgabe, bei bestimmten umweltrelevanten Anlagen emissionsbegrenzende Anforderungen auf Basis der besten verfügbaren Techniken festzulegen. Dazu werden sog. BVT-Merkblätter³ erarbeitet und veröffentlicht. Nicht nur in Deutschland wurde mit Spannung erwartet, ob diese Merkblätter zu einheitlichen Standards in Europa – auf hohem Niveau – beitragen würden.⁴ Inwieweit die BVT-Merkblätter heute im deutschen Immissionsschutzrecht berücksichtigt werden bzw. berücksichtigt werden können, ist Gegenstand des vorliegenden Beitrags. Darüber hinaus wird ein kurzer Ausblick zur Richtlinie über Industrieemissionen gegeben, die die IVU-Richtlinie ersetzt, das Konzept der BVT-Merkblätter aber beibehält und stärkt.

I. BVT-Merkblätter

Zur Erstellung oder zur Gestaltung von BVT-Merkblättern macht die IVU-Richtlinie keine konkreten Vorgaben, sondern überlässt dies der Konkretisierung insbesondere durch die Kommission der Europäischen Union (EU). Die hierzu entwickelten Verfahren und Vorgaben werden im Folgenden kurz dargestellt.

1. Erstellung

Zur Erstellung der Merkblätter führt die Kommission einen Informationsaustausch (sog. Sevilla-Prozess) über die besten verfügbaren Techniken i.S.d. Art. 2 Nr. 12 IVU-Richtlinie, zu den damit verbundenen Überwachungsmaßnahmen und den Entwicklungen auf diesem Gebiet zwischen den Mitgliedstaaten und der betroffenen Industrie durch.⁵ Im Rahmen dieses Informationsverfahrens nach Art. 17 Abs. 2 IVU-Richtlinie werden für bestimmte Bereiche BVT-Merkblätter erstellt.⁶ Die EU-Kommission hat zu

² Richtlinie 96/61/EG, ABl. L 257 vom 10.10.1996, S. 26, kodifiziert durch Richtlinie 2008/1/EG, ABl. L 24 vom 29.1.2008, S. 8.

³ BVT steht für beste verfügbare Technik und ist abgeleitet von Best Available Technique Reference (BREF).

⁴ Tausch, NVwZ 2002, 676 (679).

⁵ Hansmann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht (Stand: März 2010), TA Luft, Rn. 16.

⁶ Abrufbar unter <http://eippcb.jrc.es/reference/> (abgerufen am 17.05.11).

diesem Zweck eigens das European IPPC Büro (EIPPCB) in Sevilla aufgebaut, das aus Technischen Arbeitsgruppen (Technical Working Groups - TWGs) mit Vertretern der Mitgliedstaaten sowie der einschlägigen Industrie- und Umweltverbände besteht.⁷ Die Entwürfe für BVT-Merkblätter werden nach abschließender Diskussion im sog. Information Exchange Forum (IEF) der EU-Kommission vorgestellt, die nicht an die Vorgaben des IEF gebunden ist.⁸ Nach der Entscheidung der Kommission können die Merkblätter dann bekannt gemacht werden.⁹ Nationaler Koordinator für den Informationsaustausch ist das Umweltbundesamt, welches Deutschland in den Technischen Arbeitsgruppen als auch im sektorübergreifenden Steuerungsgremium Information Exchange Forum vertritt.¹⁰

2. Inhalt und Aufbau

Inhaltlich wird zwischen horizontalen und vertikalen BVT-Merkblättern unterschieden.¹¹ Die horizontalen behandeln allgemeine Themen, die für mehrere Industriezweige bedeutsam sein können, z.B. ökonomische und medienübergreifende Effekte.¹² Die meisten Merkblätter sind jedoch vertikal und betreffen einen bestimmten Industriesektor, wie Zement- und Kalkindustrie, Chloralkaliindustrie oder eine für verschiedene Produktionsprozesse in einem Industriesektor maßgebliche Stoffgruppe, z.B. feste anorganische Grundchemikalien.¹³ Die Merkblätter haben überwiegend eine einheitliche Struktur, die eine Zusammenfassung voranstellt.¹⁴ Zunächst werden die vorhandenen allgemeinen Informationen, die angewandten Verfahren und Techniken sowie die derzeitigen Emissions- und Verbrauchswerte ausgewertet. Im Schwerpunkt werden aus den infrage kommenden Techniken die besten verfügbaren Techniken herausgearbeitet, beschrieben und die

⁷ Ausführlich *Harff*, Immissionsschutz 2008, 23 (24); *Raab*, I+E 2011, 189 (190).

⁸ Näher *Harff*, Immissionsschutz 2008, 23 (24).

⁹ *Davids*, Die Nutzung der BVT-Merkblätter der EU bei der Anwendung der TA Luft, S. 2, abrufbar unter <http://igsvtu.lanuv.nrw.de/vtu/oberfl/de/dokus/13/dokus/fach105.pdf> (abgerufen am 17.05.11).

¹⁰ Näher <http://www.bvt.umweltbundesamt.de/sevilla/organisation.htm> (abgerufen am 17.05.11).

¹¹ Zum Inhalt und Aufbau der BVT-Merkblätter vgl. *Tausch*, NVwZ 2002, 676 (679) m. w. Nachw.; *Appel*, UTR 86 (2006), 67 (76) m. w. Nachw.

¹² *Appel*, UTR 86 (2006), 67 (76).

¹³ *Tausch*, NVwZ 2002, 676 (678).

¹⁴ Vgl. zur Struktur *Tausch*, NVwZ 2002, 676 (678); *Raab*, I+E 2011, 189 (190).

Auswahl begründet. Die Abschlusskapitel befassen sich mit Techniken in Entwicklung, Abschlussbemerkungen und Referenzen.

II. BVT-Merkblätter im deutschen Immissionschutzrecht

Die BVT-Merkblätter folgen damit der Vorgabe der IVU-Richtlinie emissionsbegrenzende Anforderungen auf Basis der besten verfügbaren Technik festzulegen. Diese „beste verfügbare Technik“ war im deutschen Immissionsschutzrecht schon vor Einführung der Richtlinie dem Grundsatz nach bekannt. So wurde bereits 1974 mit Herauslösung des Immissionsschutzrechts aus dem Gewerberecht die sog. Vorsorgepflicht eingeführt.¹⁵ Nach dieser in § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BImSchG geregelten Pflicht sind genehmigungsbedürftige Anlagen so zu errichten und zu betreiben, dass Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen getroffen wird, insbesondere durch die dem Stand der Technik entsprechenden Maßnahmen zur Emissionsbegrenzung.¹⁶

Dieser in § 3 Abs. 6 BImSchG definierte Begriff des Standes der Technik entspricht nach der Umsetzung des integrativen Ansatzes der IVU-Richtlinie im deutschen Recht¹⁷ trotz sprachlicher Unterschiede der besten verfügbaren Technik jedenfalls inhaltlich.¹⁸ Obwohl die BVT-Merkblätter die besten verfügbaren Techniken i.S.d. Art. 2 Nr. 12 IVU-Richtlinie darstellen sollen, kommt ihnen auf nationaler Ebene keine unmittelbare Wirkung bei der Konkretisierung der besten verfügbaren Technik zu.¹⁹ Nr. 12 des Anhang IV zur IVU-Richtlinie sieht lediglich vor, dass die Merkblätter bei der Festlegung der besten verfügbaren Technik im Allgemeinen wie im Einzelfall berücksichtigt werden müssen.

¹⁵ Vgl. Koch, Umweltrecht, 3. Auflage (2010), § 4 Rn. 117.

¹⁶ BVerwG, NVwZ 2001, 1165.

¹⁷ Durch ein sog. Artikelgesetz, Gesetz zur Umsetzung der UVP-Änderungsrichtlinie, der IVU-Richtlinie und weiterer EG-Richtlinien zum Umweltschutz v. 27. 7. 2001 (BGBl I, 1950).

¹⁸ Vgl. Feldhaus, NVwZ 2001, 1 (5); Tausch, NVwZ 2002, 676 (679); BT-Drs. 14/4599, S. 126.

¹⁹ Vgl. Tausch, NVwZ 2002, 676 (679) m. w. Nachw.; Hansmann, NVwZ 2003, 266 (271).

1. Berücksichtigung im deutschen Recht

Diese Berücksichtigungspflicht aus Anhang IV und die übrigen Vorgaben der IVU-Richtlinie wurden in Deutschland erst verspätet und nach enttäuschten Hoffnungen auf umfassende Regelung in einem Umweltgesetzbuch lediglich im Rahmen eines Artikelgesetzes umgesetzt.²⁰ Primär fand die Umsetzung durch Regelungen mit Gesetzesrang statt, aber auch bei der Novellierung von untergesetzlichen Regelungen wie der 2002 neugefassten Technischen Anleitung zur Reinhaltung der Luft (TA Luft)²¹ spielte die IVU-Richtlinie eine bestimmende Rolle, auf die im Folgenden besonders eingegangen wird.

a) Gesetzliche Vorgaben.

Der Anhang IV zur IVU-Richtlinie ist im deutschen Recht fast wortgleich als Anlage zu § 3 Abs. 6 BImSchG mit Kriterien zur Bestimmung des Standes der Technik übernommen worden,²² so dass insoweit keine Bedenken gegen die Richtlinienumsetzung bestehen.²³ Der in der Anlage zu § 3 Abs. 6 BImSchG aufgeführte Kriterienkatalog stellt für behördliche Entscheidungen eine praktische Arbeitshilfe mit Gesetzeskraft dar²⁴ und muss daher von allen, die den Stand der Technik bestimmen, unabhängig ob von der Genehmigungsbehörde oder vom Vorschriftengeber berücksichtigt werden.²⁵ Zu diesen Kriterien gehört unter Nr. 12 auch die Berücksichtigung der BVT-Merkblätter. Im Genehmigungsverfahren sind die Merkblätter daher grundsätzlich im Rahmen der Konkretisierung des Standes der Technik über § 6 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. §§ 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 3 Abs. 6 BImSchG relevant.

b) Untergesetzliche Vorgaben.

Darüber hinaus ist jedoch zu beachten, dass der Stand der Technik als „Zentralbegriff der Vorsorgepflicht“²⁶ aus § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BImSchG wesentlich durch Emissionsgrenzwerte bestimmt wird, bei denen man davon ausgeht, dass deren Überschreiten nach dem Stand der Technik vermeidbar

²⁰ Ausführlich hierzu *Wahl*, NVwZ 2000, 502.

²¹ Erste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft - TA Luft) v. 24. 7. 2002 (GMBI S. 511).

²² Nach der Gesetzesbegründung entspricht die Anlage dem Anhang vgl. BT-Drs. 14/4599, S. 130 zu Nr. 19.

²³ *Tausch*, NVwZ 2002, 676 (679).

²⁴ So *Czychowski/Reinhardt*, Wasserhaushaltsgesetz, 9. Auflage (2007), § 7a Rn. 49.

²⁵ *Feldhaus*, ZUR 2002, 1 (3).

²⁶ So *Koch*, in: Koch/Scheuing/Pache, GK-BImSchG (Stand: Oktober 2010), § 3 Rn. 342.

ist.²⁷ Diese Emissionsgrenzwerte finden sich in Rechtsverordnungen wie der 39. BImSchV²⁸ und vor allem in den untergesetzlichen Regelungen der TA Luft. Als Verwaltungsvorschrift richtet sich die TA Luft an die Vollzugsbehörden und bindet diese in ihren Entscheidungen soweit ihr Inhalt reicht.²⁹ Dadurch sind die Möglichkeiten der Behörde im Einzelfall den Stand der Technik zu ermitteln und gegenüber dem Antragsteller festzulegen erheblich eingeschränkt, denn die Verwaltungsvorschrift legt den Stand der Technik weitgehend abschließend fest.³⁰ Die TA Luft sperrt praktisch die direkte Berufung auf BVT-Merkblätter. Im Übrigen können die Vollzugsbehörden neue Erkenntnisse, wie z.B. in BVT-Merkblätter dargestellt, im Einzelfall nur berücksichtigen, soweit ein atypischer Fall gegeben ist,³¹ die TA Luft etwas nicht regelt oder sonst unvollständig ist, vgl. Nr. 5.1.1 Abs. 7 TA Luft.³²

2. Berücksichtigung neuer BVT-Merkblätter

Die beschriebene „Sperrwirkung“ der TA Luft ist insoweit unproblematisch, als bei deren Novellierung 2002 ausweislich Nr. 5.1.1 Abs. 4 TA Luft die Entwürfe der BVT-Merkblätter in die Regelungen der Verwaltungsvorschrift mit eingeflossen sind. Jedoch sollen nach Art. 17 Abs. 2 IVU-Richtlinie die Ergebnisse des Informationsaustausches zwischen den Mitgliedsstaaten zur besten verfügbaren Technik alle drei Jahre neu veröffentlicht werden und auch BVT-Merkblätter sollen stetig revidiert und überarbeitet werden. Die überwiegende Zahl der Merkblätter sind dementsprechend nach der Novellierung der TA Luft erstveröffentlicht und im Amtsblatt der EU bekannt gegeben worden.³³ In diesen bisher unberücksichtigten Merkblättern finden sich aufgrund fortschreitender Erkenntnisse in der Anlagentechnik Abweichungen zum in der TA Luft festgehaltenen Stand der

²⁷ Nr. 5.1.1 TA Luft am Anfang.

²⁸ BGBl I, 1065 (Nr. 40).

²⁹ Zur Bindungswirkung der TA Luft vgl. nur *Jarass*, BImSchG, 8. Auflage (2010), § 48 Rdnr. 41 ff.

³⁰ Zu den abschließend geregelten emissionsbegrenzenden Anforderungen *Dauids* (Fn. 9), S. 7.

³¹ *Jarass* (Fn. 29), § 48 Rn. 53.

³² Vgl. auch *Dauids* (Fn. 9), S. 8.

³³ Vgl. Übersicht zum EU-Arbeitsprogramm,

<http://www.bvt.umweltbundesamt.de/arbeitsprogramm.htm> (abgerufen am 17.05.11); *Schmidt-Eriksen*, I+E 2011, 183 (187).

Technik.³⁴ Beispielsweise sieht das am 30.08.2007 in dem Amtsblatt der EU veröffentlichte BVT-Merkblatt zur Herstellung anorganischer Grundchemikalien: Ammoniak, Säuren und Düngemittel (LVIC-AAF)³⁵ unter Kapitel 3.5 eine Grenzwertspanne von 0,12 – 0,6 kg/t für die Emission von Distickstoffoxid (N₂O) bei der Herstellung von Salpetersäure vor. Nr. 5.4.4.1m.1 TA Luft legt bei Neuanlagen für Distickstoffoxid dagegen einen Höchstwert von 0,80 g/m³ fest, was etwa 2,5 kg/t entspricht. Der in der TA Luft geregelte Grenzwert liegt damit erheblich über dem oberen Ende der Grenzwertspanne von 0,6 kg/t. Es stellt sich daher die Frage, wie neue BVT-Merkblätter berücksichtigt, i.S.d. Nr. 12 der Anlage zu § 3 Abs. 6 BImSchG, werden.

a) Verfahren.

Für neue BVT-Merkblätter schreibt Nr. 5.1.1 Abs. 5 S. 1 TA Luft ausdrücklich vor, dass diese die Regelungen der TA Luft nicht außer Kraft setzen, mithin die zuständigen Behörden die Merkblätter nicht berücksichtigen dürfen soweit der Inhalt der TA Luft reicht. Über deren Einbeziehung, bzw. über die Nichtanwendung bestimmter Teile der TA Luft berät zunächst vielmehr ein vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU) einzusetzender Ausschuss.³⁶ Dieser sog. TA Luft Ausschuss (TALA) hat sich trotz neu veröffentlichter BVT-Merkblätter seit Novellierung der TA Luft in 2002 erst im Dezember 2009 konstituiert.³⁷ Der TALA setzt sich entsprechend § 51 BImSchG aus Vertretern der Umweltverbände, Wirtschaft, Wissenschaft und Bundesländer zusammen, Nr. 5.1.1 Abs. 5 TA Luft. Seine Aufgabe ist es zu prüfen, inwieweit sich aus BVT-Merkblättern weitergehende oder ergänzende emissionsbegrenzende Anforderungen ergeben, als sie die TA Luft enthält.³⁸

³⁴ Nach *Schmidt-Eriksen*, I+E 2011, 183 (187) sind solche Diskrepanzen vorprogrammiert.

³⁵ Deutsche Übersetzung abrufbar unter http://www.bvt.umweltbundesamt.de/archiv/bvt_anorganische-grundchemikalien-ammoniak-saeuren-duengemittel_vv.pdf (abgerufen am 17.05.11).

³⁶ Zum Ausschussverfahren vgl. *Hansmann*, in: Landmann/Rohmer (Fn. 5), Nr. 5.1.1 TA Luft, Rn. 22; <http://www.bvt.umweltbundesamt.de/nutzung.htm#BeispielNeueTALUFT> (abgerufen am 17.05.11); *Schmidt-Eriksen*, I+E 2011, 183 (187).

³⁷ Vgl. Wirtschaftsvereinigung Metalle, Rundschreiben Nr. U 037 vom 23.03.10, S. 1 abrufbar für Mitglieder unter <http://www.wvmetalle.de/>; Jahresbericht 2009 der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz, S. 4 abrufbar unter <http://www.lai-immissionsschutz.de/servlet/is/20169/>.

³⁸ Wobei die Beratungen des TALA allerdings vertraulich sind und die Arbeitsdokumente nicht veröffentlicht werden soll, vgl. Geschäftsordnung des beratenden TA Luft Ausschusses (TALA), Anlage zur Bekanntmachung vom 10.2.2010 durch das BMU, BAz Nr. 32 vom 26.2.2010, Amtlicher Teil S. 576.

b) *Anpassungserfordernis.*

Solche Anforderungen liegen schon dann vor, wenn die in den Merkblättern dargestellte Bandbreite von erreichbaren Emissionsminderungen die Möglichkeit aufzeigt, die in der TA Luft festgelegten Emissionswerte deutlich zu unterschreiten.³⁹ Dazu wird anhand der BVT-Merkblätter ermittelt, inwieweit sich der Stand der Technik gegenüber den Festlegungen der TA Luft fortentwickelt hat oder die Festlegungen der TA Luft ergänzungsbedürftig sind.

c) *Verfahrensergebnis.*

Äußerungen des TALA zum Anpassungserfordernis sind Empfehlungen an das BMU. Das BMU prüft in eigener Verantwortung, ob auch aus seiner Sicht eine Aufhebung der Bindungswirkung der TA Luft geboten ist.⁴⁰ Soweit das BMU das Fortschreiten des Standes der Technik oder eine notwendige Ergänzung in einem dem § 31a Abs. 4 BImSchG a.F.⁴¹ entsprechenden Verfahren bekanntgegeben hat,⁴² sind die Genehmigungsbehörden an die der Bekanntmachung widersprechenden Anforderungen der TA Luft nicht mehr gebunden. In der Veröffentlichung ist im Einzelnen anzugeben, welche Regelungen der TA Luft den Stand der Technik nicht mehr umfassend und zutreffend wiedergeben. Nach der Veröffentlichung sind die entsprechenden Regelungen nicht mehr für die Vollzugsbehörden bindend und die BVT-Merkblätter können insoweit bei ihren Entscheidungen berücksichtigt werden.⁴³ Allerdings ist bisher eine solche Veröffentlichung nicht erfolgt.

3. Rechtmäßigkeit Nr. 5.1.1 Abs. 5 TA Luft

Fraglich ist daher, ob die Regelungen aus Nr. 5.1.1 Abs. 5 TA Luft die richtlinienkonforme Umsetzung mit der Anlage zu § 3 Abs. 6 BImSchG nicht konterkarieren und durch untergesetzliche Regelungen die Berücksichti-

³⁹ *Hansmann*, in: Landmann/Röhmer (Fn. 5), Nr. 5.1.1 TA Luft, Rn. 21.

⁴⁰ *Schmidt-Eriksen*, I+E 2011, 183 (187).

⁴¹ Der mit Wirkung vom 1.11.2005 durch Gesetz vom 25.6.2005 (BGBl. I S. 1865) aufgehoben und durch § 51a BImSchG ersetzt wurde.

⁴² Mit Zweifeln an der Rechtmäßigkeit des Verfahrens *Gerhold*, UPR 2003, 44 (48); anders dagegen *Schmidt-Eriksen*, I+E 2011, 183 (187).

⁴³ *Hansmann*, NVwZ 2003, 266 (271); *Schmidt-Eriksen*, I+E 2011, 183 (187).

gungspflicht aus Anhang IV zur IVU-Richtlinie im Ergebnis keine Wirkung entfalten kann.

Bei der Umsetzung von Richtlinien lässt Art. 288 Abs. 3 AEUV (ex Art. 249 EGV) den Mitgliedstaaten grundsätzlich die Wahl der Form und der Mittel. Allerdings hat der EuGH diese Wahlfreiheit dahingehend präzisiert, „dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, innerhalb der ihnen nach Art. 249 EGV belassenen Entscheidungsfreiheit die Formen und Mittel zu wählen, die sich zur Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit (effet utile) der Richtlinien unter Berücksichtigung des mit ihnen verfolgten Zwecks am besten eignen“.⁴⁴ Bei der Bewertung der Umsetzung ist dann vor allem das richtlinienkonforme Ergebnis entscheidend. Sofern dieses erreicht wird, halten auch komplexere mitgliedstaatliche Regelungsstrukturen den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts stand.⁴⁵

a) Zweck.

Zweck des Informationsaustausches über die beste verfügbare Technik ist es ausweislich des 27. Erwägungsgrundes der IVU-Richtlinie unter anderem dazu beizutragen, das Ungleichgewicht auf technologischer Ebene in der Gemeinschaft auszugleichen. Dazu sollen insbesondere nach Nr. 12 der Anlage IV zur IVU-Richtlinie die BVT-Merkblätter als Ergebnisse des Informationsaustausches berücksichtigt werden.

b) Wirksame Umsetzung.

Für Nr. 5.1.1 TA Luft ist zum einen fraglich, ob die beschriebene „neuartige Konstruktion“⁴⁶ der TALA-Empfehlung und anschließender Entscheidung des BMU geeignet ist, die europarechtlich vorgegebene Berücksichtigung zu erreichen. Zum anderen, ob es der Berücksichtigungspflicht entgegensteht, dass das Außerkraftsetzen der TA Luft durch BVT Merkblätter ohne Empfehlung des Ausschusses und Entscheidung des BMU ausgeschlossen ist.

aa) Die Reichweite der Berücksichtigungspflicht aus Nr. 12 Anhang IV zur IVU-Richtlinie bestimmt sich vor allem anhand des Verständnisses von „berücksichtigen“⁴⁷. „Berücksichtigen“ meint, dass etwas in Überlegungen mit

⁴⁴ EuGH, Rs. 48/75, Slg. 1976, 497, Rn. 69, 73 a. E. (Royer); *Ruffert*, in: Callies/Ruffert, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Auflage (2007), Art. 249 EGV, Rn. 62 m. w. Nachw.

⁴⁵ *Ruffert*, in: Callies/Ruffert (Fn. 44), Art. 249 EGV, Rn. 62.

⁴⁶ So *Hansmann*, NVwZ 2003, 266 (271).

⁴⁷ In der englischen Fassung der IVU-Richtlinie „to take into account“.

einbezogen wird,⁴⁸ es also nicht unbedingt übernommen, sondern mindestens gewürdigt wird.⁴⁹ Damit die Berücksichtigungspflicht nicht völlig leerläuft, muss die Auseinandersetzung mit den BVT-Merkblättern aber zumindest möglich sein und ist darüber hinaus nachvollziehbar zu machen.⁵⁰

bb) Das Verfahren nach Nr. 5.1.1 Abs. 5 TA Luft führt im Ergebnis dazu, dass das BMU durch seine Letztentscheidungskompetenz und die obersten Landesbehörden als Beteiligte sich im TALA mit den BVT-Merkblättern auseinandersetzen und Änderungsbedarf bei der TA Luft identifiziert werden kann. Denn insbesondere der TALA hat die Durchsicht und Prüfung von BVT-Merkblättern im Hinblick auf Unterschiede zur TA Luft zur Aufgabe. In dieser Auseinandersetzung mit den BVT-Merkblättern lässt sich eine Berücksichtigung i.S.d. IVU-Richtlinie erkennen, die schließlich nur eine Würdigung der Merkblätter verlangt. So wird es durch das Verfahren nach Nr. 5.1.1 Abs. 5 TA Luft in der Systematik der TA Luft letztlich überhaupt erst möglich auf die BVT-Merkblätter im Einzelfall zurückzugreifen, da dadurch die Bindungswirkung der Verwaltungsvorschrift für die Genehmigungsbehörden teilweise aufgehoben wird.

Dass über die Bundes- und Landesbehörden hinaus noch weitere Vertreter am TALA beteiligt sind, führt zwar dazu, dass diese unter Umständen mehrfach „beteiligt“ werden, einmal auf europäischer Ebene bei der Ausarbeitung der BVT-Merkblätter durch die Technischen Arbeitsgruppen⁵¹ und auf nationaler Ebene bei dem TALA, ändert an einer wirksamen Richtlinienumsetzung nichts. So ist durch die Beteiligung vieler Parteien keine Beschleunigung der Ausschussarbeit zu erwarten, jedoch belässt Art. 288 Abs. 3 AEUV ja gerade die Ausgestaltung des Verfahrens den Mitgliedstaaten und damit auch die Wahl der Beteiligten.

Mithin lässt sich bei einem funktionierenden Ausschuss von einer praktisch wirksamen Umsetzung sprechen, da über die Ausschussarbeit gewährleistet ist, dass eine Berücksichtigung neuer BVT-Merkblätter stattfindet.

cc) Problematisch ist dagegen die Regelung in Nr. 5.1.1 Abs. 5 S. 1 TA Luft wonach neue BVT-Merkblätter die Anforderungen der TA Luft nicht außer

⁴⁸ Duden - Das Universalwörterbuch, 6. Auflage (2006).

⁴⁹ So bzgl. der Berücksichtigung von BVT-Merkblättern auch *Tausch*, NVwZ 2002, 676 (680); weitergehend *Czychowski/Reinhardt* (Fn. 24), § 7a Rn. 49 wonach „berücksichtigen“, wertend in die Entscheidung mit einzubeziehen bedeute.

⁵⁰ Zur Erfordernis der Nachvollziehbarkeit *Appel*, UTR 86 (2006), 67 (93).

⁵¹ Siehe zum Problem des unterschiedlichen Gewichts der beteiligten Interessenvertreter *Appel*, UTR 86 (2006), 67 (101).

Kraft setzen, soweit nicht eine diesbezügliche Entscheidung des BMU aufgrund einer Empfehlung des TALA bekannt gegeben wurde.

(1) Diese Regelung führt ihrem Wortlaut nach dazu, dass soweit BVT-Merkblätter beste verfügbare Techniken aufführen, die strengere Anforderungen an Anlagen nahelegen als in der TA Luft enthalten sind, die Anforderungen der TA Luft entscheidend bleiben. Mithin insoweit keine Berücksichtigung der BVT-Merkblätter im Einzelfall durch die zuständige Behörde stattfinden kann, da sie keine strengeren Anforderungen mit der Begründung des in den BVT-Merkblättern zum Ausdruck kommenden fortgeschrittenen Standes der Technik stellen darf. Aufgrund dieser „Sperrwirkung“ hätten die zuständigen Genehmigungsbehörden die Merkblätter und damit die beschriebenen teilweise strengeren Grenzwerte über lange Zeit nicht berücksichtigen dürfen, da sich der TALA überhaupt erst im Dezember 2009 konstituiert⁵² hat. Gleiches müsste für den Fall gelten, in dem der TALA bestimmte Merkblätter noch nicht behandelt hat, auch hier griffe die „Sperrwirkung“ der Nr. 5.1.1 Abs. 5 TA Luft. Die Berücksichtigung i.S.d. Anlage zu § 3 Abs. 6 BImSchG wäre danach vom Ausschuss abhängig und könnte allein in diesem Rahmen erfolgen. Dies widerspräche allerdings den gesetzlichen Vorgaben der Anlage und würde die praktische Wirksamkeit der Umsetzung der IVU-Richtlinie in deutsches Recht infrage stellen, da im Ergebnis mangels Ausschussarbeit die geforderte Berücksichtigung nicht möglich wäre. Dies würde wiederum zur Rechtswidrigkeit der Verwaltungsvorschrift wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht führen und die TA Luft wäre insoweit für die zuständigen Behörden unbeachtlich.⁵³

(2) Hier ist jedoch eine gesetzeskonforme Auslegung der Vorschrift möglich und geboten. Eine gesetzeskonforme Auslegung kann jedenfalls dann vorgenommen werden, wenn Rechtssätze, deren Übereinstimmung mit höherrangigem Recht – wie hier - zweifelhaft oder zu verneinen ist, so ausgelegt werden können, dass sie mit dem höherrangigen Recht vereinbar sind.⁵⁴

So lässt sich die „Sperrklausel“, dass neue BVT-Merkblätter nicht die Anforderungen der TA Luft außer Kraft setzen, so auslegen, dass sie nur bei konkreter Würdigung der Merkblätter durch den TALA greift.⁵⁵ Dafür spricht vor allem der systematische Zusammenhang in dem die Regelung

⁵² S.o. Fn. 37.

⁵³ Jarass (Fn. 29), § 48 Rn. 54 m. w. Nachw.; a.A. Hansmann, in: Landmann/Rohmer (Fn. 5), § 48 BImSchG, Rn. 6.

⁵⁴ Zur gesetzeskonformen Auslegung vgl. BVerwGE 37, 252 (257).

⁵⁵ Ähnlich Appel, UTR 86 (2006), 67 (101).

steht. So ist im auf die „Sperrklausel“ folgenden Satz nur von dem eingerichteten Ausschuss die Rede. Das Gegenteil eines nicht eingerichteten Ausschusses, berücksichtigt weder dieser Satz noch der ganze fünfte Absatz in Nr. 5.1.1 TA Luft seinem Wortlaut nach. Daraus lässt sich schließen, dass der Vorschriftengeber bei diesem Abschnitt davon ausging, dass ein Ausschuss eingerichtet wird und sich mit neuen BVT-Merkblättern befasst. Dementsprechend können bei fehlender Ausschussarbeit nicht die gleichen Rechtswirkungen eintreten, wie in dem Fall, in dem den Anweisungen des Vorschriftengebers entsprochen wurde. Als Konsequenz aus der fehlenden oder lediglich teilweisen Umsetzung des Willens des Vorschriftengebers lässt sich der zu weit geratene Anfangssatz in Nr. 5.1.1 Abs. 5 TA Luft so einschränken, dass die „Sperrwirkung“ nicht greift, soweit kein funktionierender Ausschuss besteht. Diese Auslegung führt im Ergebnis dazu, dass der Widerspruch zur höherrangigen Anlage zu § 3 Abs. 6 BImSchG aufgelöst ist.

Da dies jedoch allein nicht zu einer Berücksichtigung der BVT-Merkblätter führt, ist davon auszugehen, dass unter einem eingerichteten Ausschuss i.S.d. Nr. 5.1.1 Abs. 5 TA Luft auch ein arbeitender Ausschuss zu verstehen ist, der sich seiner Aufgabe entsprechend mit den veröffentlichten Merkblättern auseinandersetzt. Denn ein zwar eingerichteter aber nicht arbeitender Ausschuss kann nicht anders behandelt werden, als ein nicht bestehender Ausschuss, da beide Varianten keine Berücksichtigung i.S.d. der Anlage zu § 3 Abs. 6 BImSchG ermöglichen.

dd) Entsprechend dieser Auslegung können die zuständigen Behörden im Einzelfall auf BVT-Merkblätter zurückgreifen soweit diese ein Fortschreiten des Standes der Technik nahelegen und noch keine Würdigung seitens des TALA oder des BMU erfolgt ist. Insoweit muss die Behörde deutlich machen, inwieweit sie die BVT-Merkblätter berücksichtigt hat und sie muss dies entsprechend begründen.⁵⁶ Mit einer Bekanntmachung des BMU i.S.d. Nr. 5.1.1 Abs. 5 TA Luft entfällt dann die Bindungswirkung der TA Luft für alle Behörden und die Berücksichtigung der Merkblätter ist ohne weitere Begründung möglich.⁵⁷

⁵⁶ *Appel*, UTR 86 (2006), 67 (102); *Tausch*, NVwZ 2002, 676 (680).

⁵⁷ Ähnlich *Appel*, UTR 86 (2006), 67 (101).

4. Rechtsschutz gegen fehlende Berücksichtigung

Die hier vertretene Auslegung lässt einen Anspruch Dritter gegenüber einer Genehmigungsbehörde auf Berücksichtigung der BVT-Merkblätter möglich erscheinen, soweit die Merkblätter neuere Erkenntnisse im Rahmen des Standes der Technik nahelegen. Dass eine fehlende Berücksichtigung von BVT-Merkblättern in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren relevant wird, war bisher allerdings wenig wahrscheinlich. Denn nach herrschender Meinung in der Rechtsprechung gewährt die Vorsorgepflicht nach § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BImSchG keinen Drittschutz.⁵⁸ Dies hat zur Folge, dass z.B. ein Nachbar einer Anlage insoweit nicht klagebefugt nach § 42 Abs. 2 VwGO ist, da ihm das hierfür notwendige subjektive öffentliche Recht⁵⁹ fehlt.

Geändert hat sich dies nach dem jüngsten Urteil des EuGH⁶⁰ zumindest für anerkannte Umweltverbände. Danach können Umweltverbände Rechtsbehelfe gegen Genehmigungen von Projekten einlegen, die i.S.v. Art. 1 Abs. 1 UVP-Richtlinie⁶¹ „möglicherweise erhebliche Auswirkungen auf die Umwelt haben“.⁶² Im Rahmen eines solchen Rechtsbehelfs können dann auch solche Rechte geltend gemacht werden, die bisher nach nationalem Verfahrensrecht mangels subjektiven öffentlichem Recht nicht geltend gemacht werden konnten, wenn diese aufgrund von Rechtsvorschriften der EU im Bereich der Umwelt umgesetzt worden sind.⁶³

Entsprechend dieser Voraussetzungen können die Umweltverbände auch bei Anlagen, die unter die IVU-Richtlinie fallen, die Missachtung der Vorsorgepflicht und die fehlende Berücksichtigung von BVT-Merkblättern rügen. Denn die Errichtung von IVU-Anlagen hat zum einen möglicherweise erhebliche Auswirkungen auf die Umwelt und zum anderen geht die Vorsorgepflicht in § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BImSchG unter anderem auf die europäische Vorgabe in Art. 3 Abs. 1 Buchst. a IVU-Richtlinie zurück. Diese allgemeine Vorgabe zur Vorsorge wird durch die BVT-Merkblätter koncreti-

⁵⁸ Vgl. zuletzt für BVT-Merkblätter VGH Kassel, Urteil v. 16.09.2009 - Az 6 C 1005/08.T, Rn. 75, zitiert nach Juris; Allgemein zum Drittschutz bei der Vorsorgepflicht *Jarass* (Fn. 29), § 5 Rn. 121 m. w. Nachw.; zur Gegenauffassung *Roßnagel*, in: Koch/Scheuing/Pache (Fn. 26), § 5 Rdnr. 851ff.

⁵⁹ Vgl. zum subjektiven öffentlichem Recht *Wahl/Schütz*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, 20. Ergänzungslieferung (2010), § 42, Rn. 43f.

⁶⁰ EuGH Urteil vom 12. Mai 2011, Rs. C-115/09 (Trianel Kohlekraftwerk Lünen).

⁶¹ Richtlinie über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten (85/337/EWG), ABl. L 175 vom 5.7.1985, S. 40 in der durch die Richtlinie 2003/35/EG, ABl. L 156 vom 25.6.2003, S. 17 geänderten Fassung.

⁶² EuGH (Fn. 60), Rn. 59.

⁶³ EuGH (Fn. 60), Rn. 48.

siert und Anhang IV der IVU-Richtlinie gibt ausdrücklich die Berücksichtigung der Merkblätter im Genehmigungsverfahren vor.

III. BVT-Merkblätter nach der neuen Richtlinie über Industrieemissionen

Angesichts der Entwicklungen auf europäischer Ebene ist die Zukunftsfähigkeit der Konstruktion der Nr. 5.1.1 Abs. 5 TA Luft darüber hinaus höchst fraglich. Denn am 6. Januar 2011 ist die EU-Richtlinie 2010/75/EU über Industrieemissionen (IE-RL)⁶⁴ in Kraft getreten,⁶⁵ welche mehrere Richtlinien ersetzt und unter anderem auch die IVU-Richtlinie novelliert.⁶⁶

1. Verfahrensregelungen, Genehmigungsaufgaben

Für Neuanlagen sind die Regelungen grundsätzlich bis zum 7. Januar 2013 durch die Mitgliedstaaten umzusetzen. Im Vergleich zur bisherigen Rechtslage führt die neue Richtlinie zu einer erheblichen Aufwertung der BVT-Merkblätter. So ist nunmehr das Verfahren zur Erstellung der Merkblätter ausdrücklich und ausführlich in Art. 13 IE-RL geregelt. Auch sind die BVT-Merkblätter nicht mehr nur zu „berücksichtigen“, sondern gem. Art. 14 Abs. 3 IE-RL dienen sog. BVT-Schlussfolgerungen, die gem. Art. 3 Nr. 12 IE-RL die Teile der BVT-Merkblätter mit den besten verfügbaren Techniken darstellen, als Referenz für die Festlegung der Genehmigungsaufgaben. Zur Festlegung der Emissionsgrenzwerte regelt Art. 15 Abs. 3 IE-RL, dass diese durch die zuständige Behörde so festgelegt werden müssen, dass die mit den besten verfügbaren Techniken assoziierten Emissionswerte i.S.d. Art. 3 Nr. 13 IE-RL nicht überschritten werden.

Damit dürfte das aufwändige Anpassungsverfahren nach Nr. 5.1.1 Abs. 5 TA Luft mit Ausschussarbeit und anschließender Entscheidung des BMU

⁶⁴ Richtlinie 2010/75/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 über Industrieemissionen (integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung) ABl. L 334/17 vom 17.12.2010, S. 17.

⁶⁵ Zum Werdegang der Richtlinie vgl. http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=de&DosId=196594 (abgerufen am 17.05.11).

⁶⁶ Vgl. näher zur IE-RL *Keller*, I+E 2011, 223.

entbehrlich sein, allenfalls sind die Grenzwerte der TA Luft entsprechend der assoziierten Emissionswerte stetig anzupassen. So müssen die zuständigen Behörden im Einzelfall mindestens die assoziierten Emissionswerte aus den BVT-Merkblättern in der Genehmigung festlegen, ein abweichen hiervon ist gem. Art. 15 Abs. 4 S. 2 IE-RL nur statthaft, wenn die Erreichung der Grenzwerte gemessen am Umweltnutzen aus den in Art. 15 Abs. 4 S. 2 IE-RL beschriebenen Gründe zu unverhältnismäßig höheren Kosten führen würde.⁶⁷

2. Überprüfung und Aktualisierung von Genehmigungsaufgaben

Auch zur Überprüfung und Aktualisierung von bestehenden Genehmigungen enthält die Richtlinie in Art. 21 Abs. 2 bis 4 wesentliche Neuerungen. Insbesondere ist nach Art. 21 Abs. 3 IE-RL durch die zuständige Behörde sicherzustellen, dass innerhalb von vier Jahren nach Veröffentlichung einer BVT-Schlussfolgerung zur Haupttätigkeit einer Anlage alle Genehmigungsaufgaben überprüft und ggf. an den neusten Stand angepasst werden. Darüber hinaus muss bei einer solchen Überprüfung auch den übrigen, einschlägigen BVT-Schlussfolgerungen Rechnung getragen werden.

IV. Fazit

Letztlich lässt sich feststellen, dass die institutionalisierte Berücksichtigung der BVT-Merkblätter über den TALA sich zwar den Regelungen nach in das gewachsene System der TA Luft einfügt, die Praxis aber erst spät angefangen hat die Regelungen zu verwirklichen. Alternativ ist es ohne weiteres denkbar, statt der komplexen Konstruktion mit TALA-Empfehlung und anschließender unabhängiger Entscheidung des BMU, lediglich die Entscheidung des BMU vorzusehen. Etwaige Verzögerungen durch die Ausschuss-

⁶⁷ Näher zum Inhalt und zur Auslegung der Abweichungsmöglichkeit *Keller*, I+E 2011, 223 (226).

arbeit und „Doppelbeteiligungen“ auf nationaler und europäischer Ebene ließen sich so vermeiden.

Bis zur Anpassung an die IE-RL mag die hier vertretene Auslegung im Einzelfall eine Möglichkeit aufzeigen, die Arbeit der zuständigen Behörden zu unterstützen und damit dem Ziel der IVU-Richtlinie, einheitliche Standards in der EU zu schaffen, ein Stück näher zu kommen.

Literaturverzeichnis

Appel, I., Konkretisierung rechtlicher Anforderungen durch technische Regeln: Immissionsschutzrecht, Gewässerschutzrecht, Bodenschutzrecht, UTR 86 (2006), S. 67 ff.

Callies, C./Ruffert, M., Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 3. Auflage, München 2007.

Czychowski, M./Reinhardt, M., Wasserhaushaltsgesetz: WHG, 9. Auflage, München 2007.

Davids, P., Die Nutzung der BVT-Merkblätter der EU bei der Anwendung der TA Luft, abrufbar unter <http://igsvtu.lanuv.nrw.de/vtu/oberfl/de/dokus/13/dokus/fach105.pdf>.

Duden - Das Universalwörterbuch, 6. Auflage, Mannheim 2006.

Feldhaus, G., Beste verfügbare Techniken und Stand der Technik, NVwZ 2001, S. 1 ff.

Feldhaus, G., Integriertes Anlagenzulassungsrecht materiell- und verfahrensrechtliche Anforderungen nach neuem Recht, ZUR 2002, S. 1 ff.

Gerhold, T., Anwendungsfragen der neuen TA Luft, UPR 2003, S. 44 ff.

Hansmann, K., Die neue TA Luft, NVwZ 2003, S. 266 ff.

Harff, K., 1997-2007 Beste Verfügbare Techniken Referenz Dokument, Immissionsschutz 2008, S. 23 ff.

Jarass, H. D. (Hrsg.), Bundes-Immissionsschutzgesetz, Kommentar; unter Berücksichtigung der Bundes-Immissionsschutzverordnungen der TA Luft sowie der TA Lärm (BImSchG), 8. Auflage, München 2010.

Koch, H.-J./Scheuing, E./Pache, D., Gemeinschaftskommentar zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (GK-BImSchG), Stand: Oktober 2010.

Koch, H.-J. (Hrsg.), Umweltrecht, 3. Auflage, München 2010.

Keller, K., Von der IVU-Richtlinie zur Richtlinie über Industrieemissionen, I+E 2011, S. 223 ff.

Landmann, R. v./Rohmer, G. (Hrsg.), Umweltrecht, Kommentar Bd. 1, München 2008.

Schmidt-Eriksen, C. , Weiterentwicklungen des Standes der Technik und TA Luft, I+E 2011, S. 183 ff.

Schoch, F./Schmidt-Aßmann, E./Pietzner, R., Verwaltungsgerichtsordnung, München 2010, Stand: 20. Ergänzungslieferung.

Tausch, C., Die Bedeutung der BVT-Merkblätter im Umweltrecht, NVwZ 2002, S. 676 ff.

Wahl, R., Materiell-integrative Anforderungen an die Vorhabenzulassung - Anwendung und Umsetzung der IVU-Richtlinie, NVwZ 2000, S. 502 ff.

Interdisciplinary Research on Climate Change Mitigation and Adaptation

Discussion Paper 01/2011