



Deutscher Bundestag
Ausschuss für Umwelt, Naturschutz
und nukleare Sicherheit

Ausschussdrucksache
19(16)156-H

zur Anhörung am 30.01.2019

29.01.2019

Prof. Dr. Ludger Giesberts LL.M.
DLA Piper UK LLP
Augustinerstraße 10
50667 Köln
T +49 221 277 277 350
F +49 221 277 277 80
E ludger.giesberts@dlapiper.com
W www.dlapiper.com

**Entwurf eines Dreizehnten Gesetzes zur Änderung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes
BImSchG (BT-Drs. 19/6335)**

**Hier: Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung durch den Ausschuss für Umwelt,
Naturschutz und Nukleare Sicherheit im Deutschen Bundestag**

Sehr geehrte Frau Kotting-Uhl,

für Ihre Einladung zur oben genannten Anhörung bedanke ich mich herzlich. Zum vorgelegten Gesetzesentwurf der Bundesregierung nehme ich wie folgt Stellung:

1. Ausgangspunkt einer juristischen Betrachtung

Eine juristische Betrachtung des vorliegenden Gesetzesentwurfs der Bundesregierung wirft die Frage nach vom Gesetzgeber zu beachtenden höherrangigem Recht auf. Dies sind europarechtliche Anforderungen und auf deutscher Ebene das Grundgesetz. Diese Grenzen hat der Gesetzgeber zu beachten. Ansonsten besteht ein weitgehender gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum.

Ausgangspunkt der Betrachtung ist deshalb die Richtlinie 2008/50/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über Luftqualität und saubere Luft für Europa. Der darin angeführte Luftqualitätsgrenzwert von 40 Mikrogramm/m³ im Jahresmittel für Stickstoffdioxidimmission ist zwingend zu beachten. Mit der 39. BImSchV ist diese Richtlinienvorgabe in deutsches Recht umgesetzt worden. Dieser Grenzwert kann vom deutschen Gesetzgeber nicht abgeändert werden. Der Gesetzgeber ist befugt, solche Auswahlregeln im Einklang mit höherrangigem Recht für Behörden und Gerichte zu setzen.

2. Grenzwert von 40 Mikrogramm/m³ bleibt unberührt

Beim vorliegenden Gesetzesentwurf geht es indes nicht um eine Abänderung des Grenzwertes von 40 Mikrogramm/m³. Ausweislich des eindeutigen Wortlautes der Neuregelung in § 47 Abs. 4a BImSchG wird allein eine Regelung über die **Auswahl von Maßnahmen zur Luftreinhaltung** getroffen. Dies ist aber weder eine ausdrückliche noch eine faktische Abänderung des Grenzwertes. Der Gesetzgeber setzt vielmehr Maßgaben für die

notwendigerweise zu treffende Auswahl unter der Vielzahl der in Betracht kommenden Maßnahmen.

Breits die jetzige Fassung des § 47 BImSchG setzt solche Anforderungen an die Auswahl von Maßnahmen: Die zuständige Behörde hat einen Luftreinhalteplan aufzustellen, welcher die **erforderlichen** Maßnahmen zur dauerhaften Verminderung von Luftverunreinigungen festlegt und den Anforderungen der Rechtsverordnung entspricht. Maßnahmen müssen nach § 47 Abs. 1 Satz 3 BImSchG **geeignet** sein, den Zeitraum einer Überschreitung von bereits einzuhaltenden Immissionsgrenzwerten **so kurz wie möglich** zu halten. Schließlich ist auf § 47 Abs. 4 Satz 1 BImSchG zu verweisen, wonach Maßnahmen **entsprechend des Verursachungsanteils** unter Beachtung des **Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit** gegen **alle Emittenten** zu richten sind.

Die jetzt angedachte Regelung trifft eine weitere Regelung zur Auswahl von Maßnahmen. § 47 Abs. 4a Satz 1 BImSchG sieht vor, dass für Kfz mit Selbstzündungsmotor Fahrverbote **regelmäßig** nur in Gebieten in Betracht kommen, in denen der Wert von 50 Mikrogramm Stickstoffdioxid/m³ im Jahresmittel überschritten wird. Der Gesetzgeber regelt damit indirekt, dass für Gebiete, in denen Grenzwertüberschreitungen zwischen 40 und 50 Mikrogramm/m³ bestehen, regelmäßig kein Fahrverbot in Betracht kommt. Eine solche Auswahlregelung lässt den Grenzwert vollständig unberührt. Mit Blick auf den Regelungsinhalt ist dies ohnehin offensichtlich. Dies gilt auch in faktischer Hinsicht, weil eine Auswahlregelung den eindeutigen Grenzwert nicht obsolet macht. Die Pflicht zur Einhaltung des Vorsorge- bzw. Risiko-Grenzwertes bleibt bestehen.

3. Gesetzgeber gibt für Maßnahmenauswahl eine Regelbetrachtung vor

Der Gesetzgeber legt mit § 47 Abs. 4a BImSchG lediglich fest, was Behörden aus verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Gründen ohnehin durchzuführen haben. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit gilt kraft Verfassungsrechts und Europarechts¹:

¹ Siehe die oben genannte Richtlinie 2008/50/EG in der die Verhältnismäßigkeit ausdrücklich in S. 2 des 25. Erwägungsgrundes in Bezug genommen wird und EuGH, 22. Februar 2018 C – 336/16, Rn 93.

Das Bundesverwaltungsgericht führt zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in seinen beiden Entscheidungen vom 27.02.2018 folgendes aus:

„Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beherrscht jegliches staatliche Handeln und hat verfassungsrechtlichen Rang. Er ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip und aus dem Wesen der Grundrechte selbst, die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt jeweils nur soweit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist (...) Hinsichtlich von Maßnahmen der Luftreinhaltung sieht zudem das einfache Recht in § 47 Abs. 1 Satz 1 BImSchG ausdrücklich vor, dass Maßnahmen entsprechend des Verursacheranteils und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit festzulegen sind. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit darf eine staatliche Maßnahme auch dann, wenn sie zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet und erforderlich ist, nicht außer Verhältnis zum Zweck beziehungsweise zum Ziel der Maßnahme stehen. Das Gebot der Verhältnismäßigkeit erfordert eine Abwägung zwischen dem Nutzen der Maßnahme und den durch diese herbeigeführten Belastungen und setzt den Belastungen hierdurch eine Grenze (...).

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze, zu denen auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehört, sind ebenfalls Bestandteil der Rechtsordnung der Europäischen Union (...).

Mithin muss die nähere Ausgestaltung des in Betracht zu ziehenden Verkehrsverbotes angemessen und für die vom Verbot Betroffenen zumutbar sein. Dies erfordert von dem Beklagten eine Abwägung zwischen den mit der Überschreitung der geltenden NO₂-Grenzwerte verbundenen Risiken für die menschliche Gesundheit mit den Belastungen und Einschränkungen, die mit dem Verkehrsverbot insbesondere für die betroffenen Fahrzeugeigentümer, Fahrzeughalter und Fahrzeugnutzer – und darüber hinaus auch für die Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft – verbunden sind.“²

Bei der Auswahl von Maßnahmen für Zwecke der Grenzwerteinhaltung ist somit das Verhältnismäßigkeitsprinzip anzuwenden. Maßnahmen müssen geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein. Bei der Anwendung sind die verschiedenen Betroffenen zu beachten. Hier sind unter anderem die in ihrer Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 GG) sowie die durch Fahrverbote in ihrer Mobilität (Art. 2 und 11 GG), ihrem Beruf (Art. 12 GG) sowie in ihrem Eigentum (Art. 14 GG) Betroffenen anzuführen. Auch ohne die in § 47 Abs. 4a BImSchG angedachte Regelung müsste dies geprüft werden. Die planaufstellende Behörde muss sich also fragen, ob Fahrverbote gleich welchen Umfangs (streckenbezogen, aber

² BVerwG vom 27.02.2018, 7 C 30/17 Rn. 39-41 (Stuttgart) und BVerwG vom 27.02.2018, 7 C 26/16, Rn. 36-38 (Düsseldorf); Vgl. auch die Zulassungsbeschluss des Hessischen VGH vom 17.12.2018, 9 A 2037/18.Z, Rn. 15-17.

insbesondere auch zonenbezogen) **bei geringfügigen Grenzwertüberschreitungen nicht zu scharfe Mittel** im Vergleich zu den anderweitigen Grundrechtsbeeinträchtigungen darstellen. Es macht für die Schutzwürdigkeit der in ihrer Gesundheit Betroffenen einen Unterschied, ob eine Grenzwertüberschreitung bei 41 Mikrogramm/m³ vorliegt oder bei 61 Mikrogramm/m³. Durch die Einführung des § 47 Abs. 4a BImSchG setzt der Gesetzgeber eine Regel für die behördliche Prüfung der Auswahl von Maßnahmen. Diese Regel mag man dogmatisch als Begrenzung des behördlichen Planungsermessens ansehen oder als ermessenslenkende Vorschrift betrachten.

Die angedachte Auswahlregel kann zudem die Frage aufwerfen, ob der Gesetzgeber mit 50 Mikrogramm/m³ den richtigen Wert für die Grenzziehung getroffen hat, ab welcher NO₂-Konzentration auch ein Fahrverbot als Maßnahme in Betracht kommt. Hier besteht seitens des Gesetzgebers ein Spielraum. Aus höherrangigem Recht lässt sich deshalb keine Regelung ableiten, die zu einem bestimmten Wert führt. Weder aus dem Verfassungsrecht noch dem EU-Recht können Grundsätze abgeleitet werden, die zu einem konkreten Grenzwert führen. Eine „Punktlandung“ für einen bestimmten Grenzwert wird man hier – wie auch ansonsten im (Umwelt-)Recht – nicht herleiten können.

Dies gilt übrigens auch für den seitens des EU-Gesetzgebers gesetzten Grenzwert von 40 Mikrogramm/m³ für Stickstoffdioxidmissionen. Wenn dieser Grenzwert abgeändert werden soll, weil dieser in fachlich-technischer Hinsicht als zu hoch oder zu niedrig angesehen wird, dann geht dies allein über eine Entscheidung des EU-Gesetzgebers hinsichtlich der Richtlinie und des deutschen Verordnungsgebers hinsichtlich der die Richtlinie umsetzenden Rechtsverordnung.

4. EU-Recht steht Neuregelung nicht entgegen

§ 47 Abs. 1 Satz 3 BImSchG schreibt vor, dass Maßnahmen eines Luftreinhalteplans geeignet sein müssen, den Zeitraum von Überschreitungen „**so kurz wie möglich**“ zu halten. Hier mag die Frage aufgeworfen werden, ob die neue Regelung in § 47 Abs. 4a BImSchG nicht eine Verzögerung herbeiführt, sodass eine Grenzwertüberschreitung nicht „so kurz wie möglich“ gehalten wird. Darin könnte ein EU-Verstoß gesehen werden, da die Formulierung in § 47 Abs. 1 Satz 3 BImSchG auf eine entsprechende Vorschrift in der oben genannten Richtlinie zurückzuführen ist (Art. 23 Abs. 1 Untersatz 2). Hierzu ist festzuhalten, dass darin kein

Verstoß liegt. Der Gesetzgeber hat durch die Formulierung „so kurz wie möglich“ schon zum Ausdruck gebracht, dass er eine sofortige und jederzeitige Grenzwerteinhaltung als **nicht realistisch** ansieht. Wenn dies der Fall wäre, hätte er die Formulierung „so kurz wie möglich“ nicht wählen können. Mit der Formulierung der Maßnahme führt der Gesetzgeber die Eignung der Maßnahmen auf ein realistisches Maß zurück. Der Planaufsteller hat somit bei der Eignung der Maßnahmen einen „**Realitätsvorbehalt**“ eingebaut, in dem er darauf abstellt, was möglich ist.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass Maßnahmen nicht nur den Eignungstest bestehen müssen, sondern wie ausgeführt auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen müssen. Vor diesem Hintergrund spielen die Grundrechte anderweitig Betroffener eine Rolle. Die Grenzwerteinhaltung wird schon heute **weder EU-rechtlich noch nach BImSchG „um jeden Preis“ gefordert**.

5. Ausnahmenkatalog sollte ohne Diskriminierungen aufgestellt werden

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass bestimmte Kraftfahrzeuge von Verkehrsverboten ausgenommen sind (§ 47 Abs. 4a Satz 2 BImSchG). Der **Entwurf trägt damit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Rechnung** für Fahrzeuge mit geringeren Stickstoffimmissionen (siehe hier Ziffern 1 und 2, für Fahrzeuge Euro 6 und bestimmte Euro 4 und Euro 5 Fahrzeuge mit geringen Stickstoffimmissionen im realen Fahrbetrieb).

Die Entwurfsregelungen in § 47 Abs. 4a Satz 2 Ziffer 4 und 5 BImSchG erscheinen rechtlich zweifelhaft, weil sie für eine Ausnahme an eine öffentliche Förderung anknüpfen. Kann also jemand die Anforderungen an eine öffentliche Förderung nicht erfüllen, so bekommt er nicht nur keine öffentliche Förderung für den Einsatz von neuer Abgastechnologie, sondern wird darüber hinaus auch vom Verkehrsverbot erfasst.

In § 47 Abs. 4a Satz 2 Ziffer 4 BImSchG werden **schwere Kommunalfahrzeuge** vom Verkehrsverbot ausgenommen. Hintergrund ist die öffentliche Förderung. Zu den schweren Kommunalfahrzeugen zählen ausweislich der Förderrichtlinie³ bestimmte juristische

³ Förderrichtlinie für die Nachrüstung von mit Selbstzündungsmotor angetriebenen Nutzfahrzeugen mit einer zulässigen Gesamtmasse von mehr als 3,5 t (schwere Kommunalfahrzeuge) der Schadstoffklassen Euro I, II, III, IV, V und EEV vom 15. November 2018.

Personen. Dies sind Gebietskörperschaften, kommunale Unternehmen sowie öffentliche und private Unternehmen, die also Dienstleistungserbringer für kommunale Betriebe agieren. Private Unternehmen sind also nur erfasst, wenn es sich um juristische Personen handelt. Private Personen sind also ausgenommen. Darüber hinaus muss das private Unternehmen als Dienstleistungserbringer für kommunale Betriebe agieren. Damit sind Unternehmen nicht erfasst, die Abfallentsorgung im Bereich von Gewerbe- und Industrieunternehmen vornehmen. Diese **Ungleichbehandlung** erscheint sachlich nicht gerechtfertigt. Darin liegt ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG.

Rechtlich nicht überzeugend ist auch die unterschiedliche Behandlung für **Handwerker- und Lieferfahrzeuge** in § 47 Abs. 4a Satz 3 Ziffer 5 BImSchG. In der Vorschrift wird eine Ausnahme für Fahrzeuge vorgesehen, die in den räumlichen Anwendungsbereich für eine bestimmte Förderung fallen. Förderberechtigt sind Fahrzeughalter mit gewerblich genutzten Fahrzeugen von 2,8 – 7,5 t, die ihren Firmensitz in der von Grenzwertüberschreitungen betroffenen Stadt oder den angrenzenden Landkreisen haben sowie gewerbliche Fahrzeughalter, deren Firma nennenswerte Aufträge in der Stadt hat⁴. Abgesehen von der zu beanstandenden Unbestimmtheit einer solchen Fördervoraussetzung wird hier eine Grenze gezogen zwischen solchen Fahrzeughaltern, die förderberechtigt sind und damit von der Ausnahme erfasst sind, und solchen, die keine Förderung erhalten, weil sie außerhalb des räumlichen Anwendungsbereichs ihren Firmensitz haben bzw. keine nennenswerten Aufträge (weniger als 25% der Aufträge des Halters) in der betreffenden Stadt haben.

Sollte für diese Handwerker keine anderweitige Ausnahme begründet werden können, dann kann dies zu **schweren Wettbewerbsverzerrungen** führen. Es kann der Fall auftreten, dass ein Handwerker von der Ausnahme erfasst ist, ein anderer jedoch nicht, weil er nicht in den räumlichen Anwendungsbereich fällt. Letzterer könnte allein deshalb einen Auftrag nicht wahrnehmen, weil das dann für ihn bestehende Fahrverbot ihn von der Fahrt zu seinen potenziellen Kunden abhält. Auch darin liegt ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Handwerker aus dem EU-Ausland können zudem eine **Beeinträchtigung ihrer Grundfreiheiten** nach Art. 34 ff., 49 ff., 56 ff. sowie Art. 92 AEUV geltend machen.

⁴ Vgl. Jeweils Ziffer 3 der Förderrichtlinie für leichte und schwere Handwerker – und Lieferfahrzeuge vom 18.11.2018 bzw. 10.12.2018.

Angesicht dessen ist zu empfehlen, eine solche Beschränkung herauszunehmen bzw. die Ausnahme entsprechend auszuweiten.

6. Nicht abschließender Ausnahmenkatalog empfehlenswert

Im Hinblick darauf, dass die Anzahl der erforderlichen Ausnahmen nur schwer vorhersehbar ist, erscheint es zudem ratsam, den Katalog der Ausnahmen als eine **nicht abschließende Aufzählung** auszugestalten, d. h. es wird ausdrücklich klargestellt, dass es über die ausdrücklich genannten Ausnahmen im Einzelfall weitere geben kann. § 47 Abs. 4a Satz 2 BImSchG könnte im Einleitungssatz wie folgt formuliert werden: „Insbesondere folgende Kraftfahrzeuge sind von Verkehrsverboten ausgenommen“.

Prof. Dr. Ludger Giesberts, LL.M. (LSE)
Rechtsanwalt