

**Professur für Öffentliches Recht
und Rechtstheorie**

Prof. Dr. Franz Reimer
Hein-Heckroth-Str. 5
D-35390 Gießen
Tel.: 0641 / 99 – 21180/81
Fax: 0641 / 99 – 21189
Email : franz.reimer@recht.uni-giessen.de

Ressourcenschutz im Immissionsschutzrecht

Stellungnahme im Rahmen der UBA-Fachtagung

„Verankerung des Ressourcenschutzes im Recht“ am 21.6.2016, Berlin

Liebe Frau Kollegin Hentschel, lieber Herr Kollege Roßnagel,

lassen Sie mich einleitend Dank sagen für die Gelegenheit zur Auseinandersetzung mit einem außerordentlich reizvollen Thema, mit einer präzisen juristischen Bestandsaufnahme, mit den ausgefeilten, höchst differenzierten rechtspolitischen Vorschlägen zum anlagenbezogenen Ressourcenschutz und mit einer überzeugenden verfassungsrechtlichen Bewertung.

Meine sehr verehrten Damen und Herren,

ich werde im Folgenden angesichts unseres Zeitplans Zustimmungs- und Beifallskundgebungen weitgehend streichen und mich auf einige kritische Rückfragen beschränken. Dabei konzentriere ich mich auf die Vorschläge zur „Weiterentwicklung der Instrumente zur Rohstoffeinsparung“ (UAP III.2, Entwurf, MS S. 11-21), d.h. im Wesentlichen auf den vorgeschlagenen § 5 Abs. 1 Nr. 5 BImSchG (n.F.). Die Ausführungen zur Ergänzung von § 1 Abs. 2 BImSchG (S. 11) sowie zu den nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen (S. 21 f.) sprechen für sich. Zur Ergänzung der Pflichten der Betreiber genehmigungsbedürftiger Anlagen wird folgende Formulierung vorgeschlagen:

„Genehmigungsbedürftige Anlagen sind so zu errichten und zu betreiben, dass zur Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus für die Umwelt insgesamt

5. Primärrohstoffe sparsam und effizient verwendet werden, soweit dies technisch möglich und zumutbar ist.“

Für eine solche Betreiberpflicht sprechen

- die Wünschbarkeit von Ressourcenschutz und Ressourcenvorsorge als Teil des geltenden Rechts, also die Verrechtlichung der Forderung „Ressourcengebrauch statt -verbrauch“;¹
- das Anliegen der Vermeidung eines Gegenschlusses aus § 5 Abs. 1 Nr. 3 und 4 (deren Anwendungsbereiche sich mit dem der neuen Nr. 5 nur zum kleineren Teil überschneiden); auch dürfte die Vorsorgepflicht der Nr. 2 trotz des Verweises auf den „Stand der Technik“ und damit u.a. auf das Kriterium „Verbrauch an Rohstoffen“² die Rohstoffeffizienz nur partiell erfassen,³
- die Aufwertung der immissionsschutzrechtlichen Grundpflichten durch Aktualisierung gemäß den Erfordernissen der Gegenwart,
- die derzeitige Wirkungslosigkeit von Preissignalen angesichts von Weltmarktpreisen, die die Knappheit offenbar nicht hinreichend widerspiegeln,⁴ und die zu erwartenden politischen Schwierigkeiten bei der Einführung von Abgaben auf Rohstoffgewinnung und -import,
- die mögliche ökologische Wirksamkeit einer ressourcenbezogenen Grundpflicht durch Einpreisung der Maßnahmen, die zur Erhöhung der Ressourceneffizienz führen, und damit der Herstellung ökologisch aussagekräftiger Preise,
- der Stimulierung einer „Kommunikation über Ressourcen und deren Einspar- sowie Substitutionsmöglichkeiten“ zwischen Behörde und Unternehmen (S. 16 f.).

Meine kritischen Rückfragen betreffen die Bestimmung des Schutzguts der Regelung (1.), den Anknüpfungspunkt (2.), den Bedarf nach untergesetzlicher Konkretisierung (3.), eine etwaige Relativierung der übrigen Grundpflichten (4.) sowie den Problemdruck insgesamt (5.).

1. Schutzgut der Regelung: Primärrohstoffe

Mit „Primärrohstoffen“ sind offenbar „alle natürlichen Ressourcen ... , die Quelle industrieller Prozesse sein können“, außer Flächen gemeint, aber einschließlich Wasser (S. 12), was wohl zu Kühlzwecken entnommenes Wasser umfasst, und einschließlich erneuerbarer Ressourcen (S. 12). Mir scheint, dass Energieträger als solche mit Blick auf § 5 Abs. 1 Nr. 4 BImSchG auszuklammern sind (wenn das so ist, sollte man allerdings in § 7 Abs. 1 Nr. 2a BImSchG beides, Energie und Primärrohstoffe, explizit – nebeneinander – nennen, vgl. S. 18). Der Zuschnitt des Schutzguts hängt wesentlich

¹ Fraunhofer-Projektgruppe für Wertstoffkreisläufe und Ressourcenstrategie IWKS, S. 3, zugänglich unter http://www.iwks.fraunhofer.de/content/dam/iwks/de/documents/FlyerIWKS/IWKS%20Allgemein_DT_07_15.pdf (25.7.2016).

² Anlage zu § 3 Abs. 6 BImSchG, Zf. 9.

³ Art. 11 lit. b IE-RL i.V.m. Anhang III Nr. 9 dürfte durch die bisherigen Regeln indes hinreichend umgesetzt sein.

⁴ Vgl. *Gäth*, Kreislaufwirtschaftsrecht, in: Reimer (Hrsg.), Ressourceneffizienz, 2016, S. 143 (149): „liegt der Marktpreis für Primärrohstoffe noch häufig unter dem für Sekundärrohstoffe, so dass aufwändige Recyclingtechnologien/-strategien (noch) nicht wirtschaftlich arbeiten können.“

ab von der Problemwahrnehmung für das Feld der genehmigungsbedürftigen Anlagen, d.h. die Antwort auf die Fragen, welche Ressourcenprobleme hier ökologisch besonders drängend sind; ich persönlich sehe hier noch nicht ganz klar (vielleicht können wir in der Diskussion darauf zurückkommen). Wie auch immer aber der bisher im Bundesrecht nicht gebräuchliche Begriff der Primärrohstoffe mit Blick auf den ökologischen Sinn der Regelung im Einzelnen zugeschnitten wird: er sollte in den Gesetzgebungsmaterialien oder im Wege der Legaldefinition in einem § 3 Abs. 4a BImSchG oder in einem Ressourcenschutzgesetz (vor die Klammer gezogen) bestimmt werden. Hierbei müsste auch – umgehungssicher – klargestellt werden, wann ein Rohstoff die Eigenschaft als *Primärrohstoff* verliert.

2. Anknüpfungspunkt: Erstreckung auf Vorkette und Produkte?

a) Vorkette?

Bei unbefangener Interpretation ist nur der Ressourcengebrauch unmittelbar durch die Anlage, nämlich durch ihre Errichtung und ihren Betrieb, nicht die Inanspruchnahme von Ressourcen in der Vorkette sowie durch Verwendung von in der Anlage produzierten Produkten erfasst. Doch stellt das Gutachten klar, dass es auch um den „Einsatz ressourcenschonend abgebauter Rohstoffe“ geht. „Insofern erstreckt sich die Pflicht auch auf die Vorkette in Bezug auf Abbau und Auswahl ressourcenschonend abgebauter Rohstoffe“ (beide Zitate: S. 12 des Entwurfs). Das kann faktischen und rechtlichen Problemen begegnen: faktischen, weil es einer Verständigung auf Kriterien und Verfahren zur Verifizierung bzw. Zertifizierung des Ressourcengebrauchs gerade auch in Nicht-EU-Ländern bedarf; rechtlichen Problemen, weil mir die WTO-Rechtskonformität dieser extraterritorialen Maßnahmen (bei Prüfung der Art. 2.1 und 2.2 TBT-Abkommen und des Art. III:4 i.V.m. Art. XX lit. b, g GATT) jedenfalls nicht ganz eindeutig zu sein scheint.⁵

b) Produktgestaltung?

Die Ressourcengrundpflicht erlaubt nach der Einschätzung des Gutachtens „Maßnahmen zu Materialeinsparungen anzuordnen, wenn sie nicht zu einem veränderten Produkt führen würden.“ (S. 17). Es geht m.a.W. nicht um die Einführung neuer Regeln zur Produktverantwortung an Ökodesignrichtlinie und KrWG vorbei. Dennoch scheinen mir die Grenzen nicht ganz klar gezogen. Führen Anforderungen an den Produktionsprozess nicht zuweilen auch zu veränderten Produkten? Hat Beton mit 5 % Recycling-Gesteinskörnungen exakt dieselben Eigenschaften wie Beton mit 25 % Recyclat (vgl. S. 13 oben)?

⁵ Zu dem verwandten Problem der WTO-Rechtskonformität von ökologischen Produkthanforderungen Tölle, Der Rechtsrahmen für den Erlass von Ökodesign-Anforderungen, 2016, S. 33 ff.

3. Erfordernis und Aussicht einer hinreichenden Konkretisierung?

a) Die Erfahrungen mit der Energieeffizienzgrundpflicht zeigen, dass eine Betreiberpflicht ohne untergesetzliche Konkretisierung in der Zulassungspraxis geringe Bedeutung erlangt.⁶ Dies würde hier wohl nicht zuletzt deshalb gelten, weil eine Ressourceneffizienzpflicht ebenso wenig wie die Energieeffizienzpflicht Drittschutz entfaltet,⁷ was eine Aktivierung durch Dritte erschwert. Wünschenswert wäre eine Konkretisierung durch Rechtsverordnung nach § 7 BImSchG oder Verwaltungsvorschrift nach § 48 BImSchG,⁸ etwa der Art, dass zur Produktion einer Tonne Papier nicht mehr als x kg des y-Primärrohstoffs oder zur Produktion einer Tonne Stahl nicht mehr als x Liter Frischwasser eingesetzt werden darf, oder durch Technische Regelwerke. Die Annahme, dass der Verordnungsgeber alsbald zu einer solchen Konkretisierung der Ressourceneffizienzgrundpflicht schreiten würde, schiene mir aber verwegen optimistisch. Dagegen spricht das Schicksal des § 5 Abs. 1 Nr. 4 BImSchG wie des § 23 KrWG⁹ (vielleicht auch die insgesamt schleppende Konkretisierung der Ökodesignrichtlinie durch Tertiärrechtsakte). Dahinter steht die Schwierigkeit für die Ministerialbürokratie, das notwendige Wissen zu erarbeiten und fortlaufend zu aktualisieren, zumal die Regelung wohl sehr viel gegenstandsspezifischer, d.h. viel enger an den relevanten Anlagentypen der 4. BImSchV orientiert sein müsste als bei den anderen Grundpflichten, und das Problem für die Politik, gegen Widerstände der Industrie konkrete Effizienzanforderungen festzulegen. Der Erlass von Verwaltungsvorschriften ist in meinen Augen gleichermaßen aufwendig und ebenfalls wenig wahrscheinlich. Die Probleme der Generierung (oder „Anmaßung“) von Wissen und der Statik (bzw. Aktualisierungsbedürftigkeit) der konkreten Vorgaben bezögen sich auch auf sie. Ohne Definition von Ressourceneffizienz, Parameter und Methoden geht eine Grundpflicht ins Leere. Man könnte einwenden, dass es zur Entwicklung präziser Definitionen, sinnvoller Messverfahren und Methoden eines Anstoßes, normativen Drucks, also beispielsweise der Einführung der Ressourceneffizienzgrundpflicht bedürfe. Das scheint mir aber unzutreffend; so arbeitet beispielsweise die Fraunhofer-Projektgruppe für Wertstoffkreisläufe und Ressourcenstrategie (IWKS) in Alzenau und Hanau mit den Themenkomplexen Ressourcenstrategien, Recycling und Wertstoffkreisläufe sowie Substitution von Roh- und Werkstoffen intensiv daran.¹⁰

⁶ So bereits *Britz*, UPR 2004, 55 (55 ff., insbes. 59 sowie 61).

⁷ Zum mangelnden Drittschutz bei letzterer *Jarass*, in: ders., BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 5 Rn. 138.

⁸ Ebenfalls von der Notwendigkeit einer näheren Konkretisierung ausgehend: *UBA*, Positionspapier Ressourcenschutzrecht, 2013, S. 14 („weil damit erst die technischen Anforderungen an den Einsatz von Rohstoffen bestimmt werden“); *Herrmann/Sanden/Schomerus/Schulze*, ZUR 2012, 523 (530).

⁹ Bewertung der Konkretisierung der Produktverantwortung durch VerpackV, BattG, AltfahrzeugVO und ElektroG als „Erfolgsgeschichte“: *Prelle*, in: Schmehl (Hrsg.), GK-KrWG, § 23 Rn. 46, aber ohne Stellungnahme zur Frage, ob diese Konkretisierungen nicht insgesamt gesehen viel zu punktuell geblieben sind.

¹⁰ Vgl. bspw. <http://www.iwks.fraunhofer.de/de/geschaeftsbereiche.html> (25.7.2016).

b) Allerdings bleibt auch eine nicht untergesetzlich konkretisierte Betreiberpflicht unmittelbar anwendbar,¹¹ d.h. insbesondere Maßstab für das Genehmigungsverfahren (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 BImSchG) einschließlich der Nebenbestimmungen (§ 12 BImSchG) und für nachträgliche Anordnungen (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BImSchG). Es bestünde also die Möglichkeit, dass eine Genehmigungsbehörde auf der Basis der (dann nach § 4d Abs. 2 9. BImSchV n.F.) vorzulegenden Unterlagen und ihrer Anschauung von mangelnder Ressourceneffizienz der geplanten Anlage deren Genehmigung in einer Plausibilitätsprüfung versagt. Man kann die hiermit verbundenen Rechtsunsicherheiten positiv wenden, indem man von den Anlagenbetreibern erwartet, dass sie nach Einführung der Ressourceneffizienzgrundpflicht Verbesserungsmöglichkeiten intensiv reflektieren und Sicherheitsmargen in der Ressourceneffizienz einplanen, so dass schon die unkonkretisierte Grundpflicht eine Art Vorwirkung entfalten würde, ferner indem man möglichen Rechtsstreitigkeiten über die Versagung von Genehmigungen Effizienzmaßstäbe entnehme, die zu einer inkrementellen Konkretisierung führen würden. Dennoch wäre die Wirkung eine beträchtliche Unberechenbarkeit und Ungleichmäßigkeit in der Rechtsanwendung - die in einem enorme Investitionen erfordernden Rechtsgebiet besonders unerwünschte Wirkungen hätten. Aus Sicht eines Anlagenbetreibers würde das ein Pingpong zwischen Genehmigungsbehörde, Bürgerinitiativen und Antragsteller bewirken und letztlich eine Umkehr der Darlegungslast herbeiführen, weil auf Nachfrage einer BI die Genehmigungsbehörde beim Antragsteller typischerweise ein Gutachten anfordern würde, was neben Geld vor allem Zeit kostet. Das läuft nicht nur den Interessen der Antragsteller, sondern u.U. auch dem Anliegen des Gesetzgebers zuwider, der dem BImSchG bekanntlich auch investitionsbeschleunigende Züge gegeben hat.

c) Auf eine untergesetzliche Konkretisierung kommt es von vornherein *nicht* an, wenn man die „rechtssymbolische Bedeutung“ der Grundpflichten betont (S. 17). Dagegen ist freilich daran zu erinnern, dass „symbolisches Recht“ auch negativ konnotiert ist, weil es Vollzugserwartungen enttäuscht; dies dürfte bei einer vergleichsweise technischen Materie wie dem anlagenbezogenen Umweltrecht in besonderes hohem Maße zutreffen. Der Katalog der Grundpflichten wäre dann unerkennbar zweigeteilt in einen Teil vollziehbarer und praktisch wirksamer Grundpflichten (Nr. 1-3) und einen Teil symbolischer Grundpflichten (Nr. 4, 5). M.E. sind symbolische Normen in der Tat in der Gefahr, auf Umsetzung und Vollzug ausgerichtete (also nicht-symbolische) Normen zu desavouieren, also das Anwendungsvertrauen der Rechtsgemeinschaft zu erschüttern. Wenn es daher voraussichtlich nicht gelingt, die Ressourceneffizienzgrundpflicht hinreichend zu konkretisieren (und die Aussichten darauf mögen ein Punkt für die Diskussion sein), sollte von einer solchen Grundpflicht Abstand genommen werden.

¹¹ Näher Jarass, in: ders., BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 5 Rn. 1.

4. Relativierung der anderen Betreiberpflichten?

Die immissionsschutzrechtlichen Grundpflichten sind kumulativ zu erfüllen. Es hülfe m.a.W. einem Betreiber in der Theorie nicht, wenn er die Pflichten der § 5 Nr. 1-4 BImSchG erfüllen und übererfüllen würde, ein etwaig erforderliches Ressourceneffizienzniveau nach § 5 Abs. 1 Nr. 5 BImSchG n.F. aber unterschritte. Dennoch stehen die Pflichten nicht unverbunden nebeneinander. Da die Einhaltung der Betreiberpflichten immer mit Spielräumen verbunden sein dürfte, was im Ermessen über Nebenbestimmungen nach § 12 Abs. 1 BImSchG zum Ausdruck kommt, müssen m.E. auch mögliche Wechselwirkungen zwischen den einzelnen Betreiberpflichten in den Blick genommen werden. Es wäre einerseits zu fragen, ob die Einhaltung oder gar Optimierung der Ressourceneffizienz faktisch die Anliegen einer der anderen Grundpflichten gefährden könnte (etwa weil die Rückgewinnung von Rohstoffen energetisch aufwendig wäre), und andererseits, ob die Erfüllung einer Ressourceneffizienzgrundpflicht normativ, nämlich qua Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, das übrige Pflichtenprogramm relativieren könnte. Wenn dies der Fall ist, so spricht das nicht *eo ipso* gegen eine zusätzliche Betreiberpflicht; notwendig ist aber eine Reflexion des potentiellen Konkurrenzverhältnisses, der potentiellen Kontraproduktivität mit Blick auf die anderen Betreiberpflichten und damit der Frage, ob die Betreiberpflichten abgestuft werden müssen.

5. Problemdruck?

Es liegt regelmäßig im dringenden ökologischen und ökonomischen Interesse des Anlagenbetreibers, mit Primärrohstoffen effizient und sparsam umzugehen. Das relativiert einerseits die Eingriffsintensität der Regelung, andererseits aber auch ihre ökologische Effektivität. Der Problemdruck scheint mir hier sehr gering, zumal angesichts inhaltlich überschneidender Vorgaben durch die anderen Grundpflichten und BVT-Merkblätter. Ungleich problematischer dürfte der Ressourcenschutz dort sein, wo Ressourcen dezentral schlummern, wie in den Althandys oder Altfahrzeugen von Verbrauchern.¹²

6. Zusammenfassung und Ausblick

Mehr Normen führen nicht notwendig zu besseren Steuerungsergebnissen; das könnte sich m.E. auch im Ressourcenschutzrecht erweisen. Insofern halte ich die Einstufung einer Ressourcenschutzpflicht als „effektiv“, weil sie ermögliche, „die Verwendung von Primärrohstoffen hinsichtlich ihrer Umweltbelastungen und ihrer Knappheit direkt zu steuern“ (S. 20), für optimistisch. Müsste man neben den Konkretisierungsproblemen zulasten der hier vorgeschlagenen anlagenbezogen ansetzenden Regelung nicht auch bedenken, dass sich die erhoffte Senkung des Verbrauchs an Primärrohstoffen in

¹² Vgl. Gäth (Fn. 4), S. 148 ff.

Deutschland in sinkenden Weltmarktpreisen für diese Rohstoffe und damit u.U. in einer höheren Nachfrage in anderen Ländern niederschlagen mag? Auch dieses Bedenken dürfte aber eher Stoff für die Diskussion als abschließendes Urteil über eine Ressourcengrundpflicht sein. Vielen Dank.

Literatur:

- *Britz*, Zur Effektivität der Energieeinsparinstrumente des BImSchG, UPR 2004, S. 55 ff.
- *Herrmann/Sanden/Schomerus/Schulze*, ZUR 2012, S. 523 ff.
- *Sanden/Schomerus/Schulze*, Entwicklung eines Regelungskonzepts für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 2012
- *Reimer/Tölle*, Ressourceneffizienz als Problembegriff, ZUR 2013, S. 589 ff.
- *UBA*, Positionspapier Ressourcenschutzrecht, 2013
- *Gäth*, Kreislaufwirtschaftsrecht: Ressourceneffizienz durch Kreislaufwirtschaft, in: Reimer (Hrsg.), Ressourceneffizienz – Leitbild für das Umweltrecht? (Gießener Abhandlungen zum Umweltrecht, Bd. 26), Baden-Baden 2016, S. 143 ff.
- *Roßnagel/Wüstefeld*, Stand des europäischen Ressourcenschutzrechts, in: Reimer (a.a.O.), S. 91 ff.
- *Schulze*, Zwischenbilanz und Nahperspektiven: Ansätze für Ressourcenschutzelemente im geltenden Recht, in: Reimer (a.a.O.), S. 247 ff.
- *Tölle*, Der Rechtsrahmen für den Erlass von Ökodesign-Anforderungen (Gießener Abhandlungen zum Umweltrecht, Bd. 27), Baden-Baden 2016.