

Edwin Wieder
Paul-Dieroff-Weg 19
D-22455 Hamburg
Telefon (040) 552 6714

Hamburg, 20.06.2004

Edwin Wieder Paul-Dieroff-Weg 19 D-22455 Hamburg
Freie und Hansestadt Hamburg
Bezirksamt Eimsbüttel
Widerspruchsausschuss
Postfach 13 22 11

20139 Hamburg

**Stellungnahme zu Ihrem Schreiben vom 11.06.2004 / Aktenzeichen RA 5-509/04
Unser Widerspruch gegen den Gebührenfeststellungsbescheid vom 09.03.2004 -
Aktenzeichen E/BA3/62.58-4/KB.317 und Antrag auf Aussetzung der Vollziehung**

Sehr geehrte Damen und Herren,

die o.g. Stellungnahme beweist erneut das Festhalten des Bezirksamtes Eimsbüttel an den rechtsirrigten Interpretationen von geltenden Bundesgesetzen und konkurrierenden Landes-Verordnungen hinsichtlich des Ausnahmetatbestandes der Kostenbefreiung des Anlagenbetreibers bei beanstandungsfreier Überprüfung einer nicht genehmigungspflichtigen Heizungsanlage.

Der Fall liegt hier so, daß unsere Heizungsanlage seit Inbetriebnahme im Jahr 1992 bei sämtlichen Überprüfungen die Beanstandungsfreiheit attestiert wurde.

Das Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) regelt grundsätzlich alle Emissionen und Immissionen. Art und Umfang von Emissionsmessungen an nicht genehmigungspflichtigen Heizungsanlagen werden durch die Erste Verordnung zur Durchführung des Bundesimmissionsschutzgesetzes (1. BImSchV) in der geltenden Fassung beschrieben.

Die 1. BImSchV ist eine Rechtsverordnung des BImSchG.

Damit gelten auch hierfür die im BImSchG unter *Sechster Teil Gemeinsame Vorschriften § 52 Überwachung* vollumfänglich (Siehe Kommentar von Jarass unter 3.).

Das Schornsteinfegergesetz sagt nichts über den Ausnahmetatbestand der beanstandungsfreien Überprüfung aus und ist daher in diesem Punkt irrelevant.

1. Konkurrierende Gesetzgebung

Der Ausnahmetatbestand der beanstandungsfreien Überprüfung hinsichtlich der Kostenübernahme ist im § 52 (4) BImSchG eindeutig geregelt:

"... Kosten, die durch sonstige Überwachungsmaßnahmen nach Absatz 2 und 3 entstehen, trägt der Auskunftspflichtige, es sei denn, die Maßnahme betrifft die Ermittlung von Emissionen und Immissionen oder die Überwachung einer nicht genehmigungsbedürftigen Anlage außerhalb des Überwachungssystems nach der Zwölften Verordnung zur Durchführung des Bundesimmissionsschutzgesetzes; in diesen Fällen sind die Kosten dem Auskunftspflichtigen nur aufzuerlegen, wenn die Ermittlungen ergeben, dass

1. *Auflagen oder Anordnungen nach den Vorschriften dieses Gesetzes oder der auf dieses Gesetz gestützten Rechtsverordnungen nicht erfüllt worden oder*
 2. *Auflagen oder Anordnungen nach den Vorschriften dieses Gesetzes oder der auf dieses Gesetz gestützten Rechtsverordnungen geboten*
- sind."

Der § 52 (4) BImSchG befindet sich im Abschnitt *Sechster Teil Gemeinsame Vorschriften des Bundesimmissionsschutzgesetzes* und gilt daher sehr wohl für alle Bestimmungen des BImSchG und der hierzu erlassenen Rechtsverordnungen, hier insbesondere die 1. BImSchV,

Es gibt in Deutschland bekanntermaßen folgende Gesetze, die das Schornsteinfegerwesen betreffen:

1. Das Grundgesetz (GG)
2. Das Bundesimmissionsschutzgesetz BImSchG
3. Erste Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (1. BImSchV)
4. Das Schornsteinfegergesetz (SchfG)
5. Verordnung über die Kosten für Kehr- und Überprüfungsarbeiten und Messungen durch den Bezirksschornsteinfeger in Hamburg (Verordnung über Schornsteinfegerarbeiten (VOSchA)) vom 04.12.1990 (HmbGVBl. Nr.44, S. 247), auch bezeichnet als Kehr- und Überprüfungsordnung (KÜO) der jeweiligen Bundesländer.

Die Gesetze 1 - 4 sind Bundesgesetze, das Gesetz 5 ist ein Landesgesetz.

Das Grundgesetz kennt in **Artikel 72, 73 und 74** eine ausschließliche und konkurrierende Gesetzgebung:

Art. 72

(1) Im Bereiche der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seinem Gesetzgebungsrecht keinen Gebrauch macht.

(2) Der Bund hat in diesem Bereich das Gesetzgebungsrecht, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.

(3) Durch Bundesgesetz kann bestimmt werden, dass eine bundesgesetzliche Regelung, für die eine Erforderlichkeit im Sinne des Absatzes 2 nicht mehr besteht, durch Landesrecht ersetzt werden kann.

Art. 73

Der Bund hat die ausschließliche Gesetzgebung über:
(bei diesem Thema nicht relevant) .

Art. 74

Die konkurrierende Gesetzgebung erstreckt sich auf folgende Gebiete:

23.

24. die Abfallbeseitigung, die Luftreinhaltung und die Lärmbekämpfung;

25.

Das Gesetz zu 2. (siehe Seite 2) Bundesimmissionsschutzgesetz BImSchG und zu 5. (siehe Seite 2) Verordnung über die Kosten für Kehr- und Überprüfungsarbeiten und Messungen durch den Bezirksschornsteinfeger in Hamburg (Verordnung über Schornsteinfegerarbeiten) widerspricht in sofern der Kehr- und Überprüfungsordnung (KÜO; in Hamburg VOSchA), als diese auch von den Bürgern Geld fordert, wenn sie ihre Heizungsanlagen ordnungsgemäß in Gebrauch halten und es keine Beanstandung durch den Bezirksschornsteinfegermeister gibt. Zumindest wird dieses Gesetz so praktiziert. Im Grunde ist die KÜO eine Preisliste.

Diese Gebühren sind allenfalls dann zu zahlen, wenn die Überprüfung durch den Bezirksschornsteinfeger eine Beanstandung ergeben hat.

Hierzu nachfolgend Auszüge aus dem Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG):

§ 30 Kosten der Messungen und sicherheitstechnischen Prüfungen

Die Kosten für die Ermittlungen der Emissionen und Immissionen sowie für die sicherheitstechnischen Prüfungen trägt der Betreiber der Anlage. Bei nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen trägt der Betreiber die Kosten für Ermittlungen nach § 26 oder § 29 Abs. 2 nur, wenn die Ermittlungen ergeben, dass

- 1. Auflagen oder Anordnungen nach den Vorschriften dieses Gesetzes oder der auf dieses Gesetz gestützten Rechtsverordnungen nicht erfüllt worden sind oder*
- 2. Anordnungen oder Auflagen nach den Vorschriften dieses Gesetzes oder der auf dieses Gesetz gestützten Rechtsverordnungen geboten sind.*

Dieser Paragraph wirkt allerdings nur für gesondert angeordnete Überprüfungen. (Messungen aus besonderem Anlass).

Es gibt aber noch den Paragraphen 52 des BImSchG.

§ 52 Überwachung

(1) Die zuständigen Behörden haben die Durchführung dieses Gesetzes und der auf dieses Gesetz gestützten Rechtsverordnungen zu überwachen. Sie haben Genehmigungen im Sinne des § 4 regelmäßig zu überprüfen und soweit erforderlich durch nachträgliche Anordnungen nach § 17 auf den neuesten Stand zu bringen. Eine Überprüfung im Sinne von Satz 2 wird in jedem Fall vorgenommen, wenn

- 1. Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Schutz der Nachbarschaft und der Allgemeinheit nicht ausreichend ist und deshalb die in der Genehmigung festgelegten Begrenzungen der Emissionen überprüft oder neu festgesetzt werden müssen,*

2. wesentliche Veränderungen des Standes der Technik eine erhebliche Verminderung der Emissionen ermöglichen,

3. eine Verbesserung der Betriebssicherheit erforderlich ist, insbesondere durch die Anwendung anderer Techniken, oder 4. neue umweltrechtliche Vorschriften dies fordern.

(2) Eigentümer und Betreiber von Anlagen sowie Eigentümer und Besitzer von Grundstücken, auf denen Anlagen betrieben werden, sind verpflichtet, den Angehörigen der zuständigen Behörde und deren Beauftragten den Zutritt zu den Grundstücken und zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung auch zu Wohnräumen und die Vornahme von Prüfungen einschließlich der Ermittlung von Emissionen und Immissionen zu gestatten sowie die Auskünfte zu erteilen und die Unterlagen vorzulegen, die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich sind. Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 des Grundgesetzes) wird insoweit eingeschränkt. Betreiber von Anlagen, für die ein Immissionschutzbeauftragter oder ein Störfallbeauftragter bestellt ist, haben diesen auf Verlangen der zuständigen Behörde zu Überwachungsmaßnahmen nach Satz 1 hinzuzuziehen. Im Rahmen der Pflichten nach Satz 1 haben die Eigentümer und Betreiber der Anlagen Arbeitskräfte sowie Hilfsmittel, insbesondere Treibstoffe und Antriebsaggregate, bereitzustellen.

(3) Absatz 2 gilt entsprechend für Eigentümer und Besitzer von Anlagen, Stoffen, Erzeugnissen, Brennstoffen, Treibstoffen und Schmierstoffen, soweit diese der Regelung der nach den §§ 32 bis 35 oder 37 erlassenen Rechtsverordnung unterliegen. Die Eigentümer und Besitzer haben den Angehörigen der zuständigen Behörde und deren Beauftragten die Entnahme von Stichproben zu gestatten, soweit dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist.

*(4) Kosten, die durch Prüfungen im Rahmen des Genehmigungsverfahrens entstehen, trägt der Antragsteller. Kosten, die bei der Entnahme von Stichproben nach Absatz 3 und deren Untersuchung entstehen, trägt der Auskunftspflichtige. **Kosten, die durch sonstige Überwachungsmaßnahmen nach Absatz 2 oder 3 entstehen, trägt der Auskunftspflichtige, es sei denn, die Maßnahme betrifft die Ermittlung von Emissionen und Immissionen oder die Überwachung einer nicht genehmigungsbedürftigen Anlage; in diesen Fällen sind die Kosten dem Auskunftspflichtigen nur aufzuerlegen, wenn die Ermittlungen ergeben, dass***

1. Auflagen oder Anordnungen nach den Vorschriften dieses Gesetzes oder der auf dieses Gesetz gestützten Rechtsverordnungen nicht erfüllt worden oder

2. Auflagen oder Anordnungen nach den Vorschriften dieses Gesetzes oder der auf dieses Gesetz gestützten Rechtsverordnungen geboten sind.

Damit ist die Verordnung über die Kosten für Kehr- und Überprüfungsarbeiten und Messungen durch den Bezirksschornsteinfeger in Hamburg (VOSchA) nur für den Fall gültig, dass der Betreiber der Anlage Beanstandungen der Anlage hat. **Die KÜO ist damit nur eine Preisliste, aber keinesfalls ein Gebot einem Betreiber einer Anlage jegliche Kosten des Fegers aufzuerlegen.**

Somit sind auch bisher an den Schornsteinfeger entrichtete Gebühren rechtswidrig gewesen und daher rückforderbar.

Bleibt noch zu klären, was nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen sind:

Dies klärt die Einführung des Bundesimmissionsschutzgesetzes des Prof. Dr. Hans Jarass (Beck-Texte im dtv) unter

3.) Errichtung und Betrieb von Anlagen Absatz b:

- b) Nicht genehmigungsbedürftige Anlagen
- aa) Anwendungsbereich und Grundpflichten.

Erheblich knappere Regelungen enthält das Bundes-Immissionsschutzgesetz für die nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen, also für alle Anlagen, die nicht von der 4. Bundes-Immissionsschutzverordnung (4. BImSchV) erfasst werden.

In dieser 4. Verordnung sind die üblichen Heizanlagen bis zu 120 KW nicht erfasst

Damit darf der Schornsteinfeger für Messungen an Gas- und Ölheizungen keine Gebühren erheben, wenn die Messungen keine Beanstandung ergeben haben.

Er darf zwar messen, aber bitte kostenlos.

2. Gerichtsurteile zum § 52 (4) BImSchG

2.1 Urteil des OVG Oldenburg vom 21. August 2002

Dieses Urteil würdigt nicht den Ausnahmetatbestand der Befreiung von Kosten im Falle der beanstandungsfreien Überprüfung, da dieser Punkt nicht Inhalt der Klageschrift des Klägers war und damit nicht zum Umfang der zu klärenden Punkte durch das OVG gehörte.

In Bezug auf den § 52 (4) BImSchG ist das Urteil nicht hilfreich.

2.2 Urteil des BVerG vom 15. August 1999, Aktenzeichen 8 C 12/98

Das Urteil bemüht sich, den Ländern einen großen Spielraum in der Gebührenforderung zu geben. Allerdings hat es in den Fällen, wo das Grundgesetz Art. 13 (Unverletzlichkeit der Wohnung) durch das BImSchG eingeschränkt ist, die Gebührenwut der Länder eingeschränkt und abschließend behandelt. Z. B. im § 52 (BImSchG).

Dieser besagt im Absatz 4 , dass die Überwachung der Feuerungsanlagen nur dann zu Kosten für den Betreiber führen, wenn dieser die Anlage nicht ordnungsgemäß betrieben hat. Damit können die Länder nicht durch Verordnungen in jedem Fall Gebühren erheben. Die KÜO ist also nur eine Preistabelle, die nur dann zur Wirkung kommt, wenn die Messungen des Fegers zu Beanstandungen führen. **Dieses Urteil, das eigentlich für genehmigungspflichtige Anlagen gilt, sagt in einem Umkehrschluss, dass die Erhebung der Fegergebühren, so wie sie praktiziert werden, illegal ist.**

Die Klägerin sollte für die Bearbeitung einer Emissionserklärung einer genehmigungspflichtigen Anlage eine Verwaltungsgebühr von 1400 DM zahlen.

Die Klägerin berief sich auf Paragraph 52 Absatz 4 des BImSchG und wollte Gebühren für die Bearbeitung einer Emissionsbescheinigung nicht bezahlen. Das Gericht wies die Klage ab.

Es wurde wie folgt begründet: Allein die Tatsache, dass es sich um einen Bundesgesetz handelte, reichte nicht aus, dass keine Gebühren durch Landesgesetze erhoben werden dürfen; mit anderen Worten hat das Gericht begründet, dass die Länder in ihrer Gebührengestaltung völlig frei sind.

Damit war die Klage ist abzuweisen. **Aber das Gericht hat auch begründet, warum der Paragraph 52 Absatz 4 nicht herangezogen werden kann. Gerade diese negative Aussage des Gerichtes ist es aber, was den Paragraphen 52 für den Fall der Schornsteinfegergebühren als zutreffend macht.**

Dieser Paragraph zielt darauf ab, Tätigkeiten zu beschreiben, die einen besonderen Zutritt in die Privatsphäre der zu Überprüfenden (Betretungsrecht) erfordert. Dieses Recht auf Zutritt durch den Schornsteinfeger, das heißt also ein **Eingriff in die Verfassung Art. 13 (Unverletzlichkeit der Wohnung)** kann, wenn überhaupt, nur durch ein Bundesgesetz erzwungen werden.

Das heißt, dass dieser Paragraph 52 nicht durch ein Landesgesetz ergänzt werden kann, weil dann das Land eine Einschränkung der Verfassung durch Gesetz beschließen müsste. Das ist aber auf Landesebene unzulässig. Insofern ist der Paragraph 52 ein Bundesgesetz, das einen Tatbestand abschließend behandelt hat, der nicht mehr durch Landesgesetze erweitert werden kann.

Die Tätigkeiten des Schornsteinfegers mit seiner Emissionsmessung und die Feuerstättenschau sind es aber gerade, die der Paragraph 52 behandelt. Welche Gebühren oder Auslagen meinte der Gesetzgeber sonst an dieser Stelle? Die Schornsteinfegergebühren sind ja auch keine Verwaltungsgebühren, sondern Auslagen, die die Behörde hat, wenn sie den gesetzlichen Erfordernissen (Überwachung) Rechnung trägt. Das heißt der Paragraph 52 Absatz 4 und ist voll auf die Schornsteinfegergebühren für die Emissionsmessung (Überwachungsmaßnahme) anwendbar.

Bei Tätigkeit des BSFM handelt es sich um einen **Eingriffsakt**, deshalb sind die diesbezüglichen Kosten keine Verwaltungsgebühren, sondern Kosten sonstiger Überwachungsmaßnahmen (siehe Kommentar von Jarass unter 3.).

Das bedeutet, dass der Feger nur Gebühren erheben darf, wenn es bei der Emissionsmessung eine Beanstandung gab. Im anderen Fall handelt es sich um eine strafbare Gebührenüberhebung durch den Schornsteinfeger (§352 StGB).

3. Kommentare zum § 52 (4) BImSchG

3.1 Kommentar von Prof. Dr. Hans D. Jarass, 5. Auflage, Ausgabe 2002, Seite 720, zum § 52 (4) BImSchG

" (3) In sonstigen Fällen der Überwachung gemäß Abs. 2 oder Abs. 3 trägt der Überwachungspflichtige i.d.R. gemäß Abs. 4, 5, 3 die Kosten. Bei genehmigungsbedürftigen Anlagen gilt das jedoch nicht, soweit es um die Ermittlung von Emissionen und Immissionen geht und der Überwachungspflichtige (bzw. einer seiner Mitarbeiter) nicht gegen Auflagen oder Anordnungen, die ihre Grundlage im BImSchG bzw. in darauf fußenden Rechtsverordnungen finden, verstoßen hat oder derartige Maßnahmen gegen ihn geboten, d.h. nach ganz h. M. möglich sind (Lechelt GK 246; Hansmann LR 29), näher dazu Rn. 5 zu § 30. Auf ein Verschulden kommt es nicht an (Hansmann LR 85, Spindler FE 99).

*Betrifft die Überwachung **nicht genehmigungsbedürftige Anlagen**, gilt diese Einschränkung generell, also nicht nur bei der Überwachung von Emissionen und Immissionen. Dies hat seinen Grund in dem Umstand, dass die Behörde hier nicht auf die Möglichkeiten der §§ 26 ff. ausweichen kann (Schmatz/Nöthlichs 13)."*

Dieser Kommentar belegt eindeutig die Kostenbefreiung bei einer beanstandungsfreien

Überprüfung einer nicht

genehmigungsbedürftigen Anlage. Zitat:

"... Auflagen oder Anordnungen, die ihre Grundlage im BImSchG bzw. in darauf fußenden Rechtsverordnungen finden ...": Hier werden explizit das BImSchG die Rechtsverordnungen genannt, also auch die 1. BImSchV als Arbeitsgrundlage für Emissionsmessungen und sonstige Überprüfungen.

3.2 Kommentar von Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Battis, Jurist an der Humboldt Universität Berlin und Regierungsberater in China, Thailand und Vietnam

In der rbb (Rundfunk Berlin Brandenburg) Sendung Klartext am 21. April 2004 gab Herr Prof. Battis im Rahmen eines Berichtes zur Schornsteinfegerproblematik folgenden Kommentar bezüglich der Kosten für Überprüfungen von Anlagen ab:

" ... Das Gesetz geht davon aus, dass grundsätzlich derjenige, der eine solche Anlage betreibt und der aufgrund des Gesetzes überwacht werden muß, zahlt, es macht aber - auch aus Gründen des Umweltschutzes - um Anreiz zu schaffen, damit man gute Anlagen hat, für nicht genehmigungspflichtige Anlagen die Ausnahme, die lautet, dass wenn dort nichts zu beanstanden ist, grundsätzlich nicht gezahlt werden muß."

4. Schlußbemerkungen

Zu den bereits in unserem Widerspruch vom 09.03.2004 gemachten ausführlichen Angaben zur Interpretation des Urteils des BVerwG vom 15. August 1999 erhalten Sie vorstehend weitere Ausführungen zur Bestätigung der Rechtsauffassung über den § 52 (4) BImSchG hinsichtlich Kostenbefreiung bei beanstandungsfreier Überprüfung unserer Heizungsanlage.

Wenn Sie und Ihre Kollegen weiterhin die Bestimmungen in willkürlich einseitiger und die Schornsteinfeger sowie die Aufsichtsbehörde begünstigender Weise interpretieren und uns als geltendes Recht plausibel machen wollen, sehen wir das als böswillige Täuschung und Betrugsversuch an. Sie machen sich gleich mehrerer Straftatbestände schuldig, die zu gegebener Zeit von der Staatsanwaltschaft zu untersuchen sind.

Wozu ist Ihrer Meinung nach dieser Ausnahmetatbestand im Gesetz verankert? Gilt er nur für elitäre Bevölkerungsgruppen oder für niemand? Oder ist der Anwendungsfall so verklausuliert, dass nur pfiffige "Winkeladvokaten" ihn erkennen können?
Warum suchen Sie und Ihre Kollegen sich nur gesetzliche Passagen heraus, die Ihre und die Meinung der Schornsteinfeger stützen und nicht solche, die den alle betreffenden Aspekt berücksichtigen?

Wir fordern Sie dringend auf, Maßnahmen in unserem Sinne zur Abhilfe der Beschwerdegründe zu ergreifen. Diese Aufforderung leiten wir aus dem GG-Artikel 20, Absatz 4 her.

Wir weisen Sie darauf hin, dass sämtliche Korrespondenz in dieser Angelegenheit der Presse, dem Fernsehen, allen Bundestagsabgeordneten, anderen Betroffenen, der bundesweit agierenden "Interessengemeinschaft gegen das Schornsteinfeger-Monopol" bekanntgegeben wird sowie Veröffentlichungen im Internet erfolgen, um diese rechtswidrigen Handlungen von willfähigen Bürokraten allen betroffenen Bürgern zugänglich zu machen.

Edwin Wieder