

Hinweis (*Entwurf*)

Die Clearingstelle EEG gibt folgenden Hinweis zur Auslegung und Anwendung von § 27 Abs. 5, § 66 Abs. 1 Nr. 4a und Anlage 2 Nr. I. 4 EEG 2009¹ –

BImSchG-Genehmigungsbedürftigkeit und NawaRo-Bonus sowie Emissionsminimierungsbonus ab 1. Juni 2012

1. (a) **Betreiberinnen und Betreiber von Biogasanlagen, die den Bonus für Strom aus nachwachsenden Rohstoffen gemäß Anlage 2 EEG 2009 („NawaRo-Bonus“) erhalten und deren Anlagen**
 - nach dem 31. Dezember 2008 und vor dem 1. Januar 2012 errichtet und nach § 3 Nr. 5 EEG 2009 in Betrieb genommen worden sind,
 - nicht immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig waren und
 - im Sinne von Nr. 1. 15 Spalte 2 des Anhangs der Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen (4. BImSchV) in der ab dem 1. Juni 2012 geltenden Fassung² eine Produktionskapazität von 1,2 Millionen Normkubikmetern Rohgas je Jahr oder mehr aufweisen,

¹Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074 ff.), zuletzt geändert durch Art. 13 Abs. 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634), nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/arbeitsausgabe>.

²Neugefasst durch Art. 5 Abs. 13 des Gesetzes zur Neuordnung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts vom 24.02.2012 (BGBl. I, S. 212, 250).

- müssen *nicht* gemäß Anlage 2 Nr. I. 4 EEG 2009 bei der Erzeugung des Biogases das Gärrestlager gasdicht abdecken und zusätzliche Gasverbrauchseinrichtungen für einen Störfall oder für eine Überproduktion verwenden, um weiterhin den Anspruch auf den NawaRo-Bonus zu haben.
- (b) Nicht Gegenstand dieses Hinweises ist die Frage, welche Rechtsfolgen für das Bestehen oder Nichtbestehen der Verpflichtung nach Anlage 2 Nr. I. 4 EEG 2009 Änderungen von Anlagen im Sinne des § 3 Nr. 1 EEG 2009 – wie bspw. ein Anlagenzubau – haben, die eine ggf. auch die bestehenden Anlagen erfassende Genehmigungspflicht nach dem BImSchG auslösen.
2. (a) Durch die Änderung von Nr. I. 15 Spalte 2 der 4. BImSchV mit Wirkung ab dem 1. Juni 2012 ergeben sich für den Emissionsminimierungsbonus gemäß § 27 Abs. 5 bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 keine Änderungen. Anlagen, die den Bonus gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 beanspruchen konnten, können dies auch ab dem 1. Juni 2012 weiterhin tun, selbst wenn sie eine Produktionskapazität von 1,2 Millionen Normkubikmetern Rohgas je Jahr oder mehr aufweisen.
- (b) Nicht Gegenstand dieses Hinweises ist die Frage, welche Rechtsfolgen für das Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruches auf den Emissionsminimierungsbonus Änderungen von Anlagen im Sinne des § 3 Nr. 1 EEG 2009 – wie bspw. ein Anlagenzubau – haben, die eine ggf. auch die bestehenden Anlagen erfassende Genehmigungspflicht nach dem BImSchG auslösen.

I Einleitung des Verfahrens

1 Die Clearingstelle EEG hat am 10. Mai 2012 durch den Vorsitzenden der Clearingstelle EEG, Dr. Lovens sowie die Mitglieder der Clearingstelle EEG Reißerweber und Dr. Winkler beschlossen, zu folgenden Fragen ein Hinweisverfahren einzuleiten:

1. Müssen Betreiberinnen und Betreiber von Biogasanlagen, die den Bonus für Strom aus nachwachsenden Rohstoffen gemäß Anlage 2 EEG 2009 („NawaRo-Bonus“) erhalten und deren Anlagen

- nach dem 31. Dezember 2008 und vor dem 1. Januar 2012 errichtet und nach § 3 Nr. 5 EEG 2009 in Betrieb genommen worden sind,
- nicht immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig waren und
- im Sinne von Nr. 1. 15 Spalte 2 des Anhangs zur Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen (4. BImSchV) in der ab dem 1. Juni 2012 geltenden Fassung³ eine Produktionskapazität von 1,2 Millionen Normkubikmetern Rohgas je Jahr oder mehr aufweisen,

gemäß Anlage 2 Nr. I. 4 EEG 2009 bei der Erzeugung des Biogases das Gärrestlager gasdicht abdecken und zusätzliche Gasverbrauchseinrichtungen für einen Störfall oder für eine Überproduktion verwenden, um weiterhin den Anspruch auf den NawaRo-Bonus zu haben?

2. Welche Rechtsfolgen ergeben sich für den Emissionsminimierungsbonus gemäß § 27 Abs. 5 bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009?

2 Es handelt sich dabei um abstrakt-generelle Auslegungs- und Anwendungsfragen, für deren Beantwortung der Clearingstelle EEG die Durchführung eines Empfehlungsverfahrens nicht geboten erscheint.

3 Der Einleitung voraus gingen an die Clearingstelle EEG gerichtete Anregungen, zur Auslegung von Anlage 2 Nr. I. 4 EEG 2009 und von § 27 Abs. 5, § 66 Abs. 1 Nr. 4a

³Neugefasst durch Art. 5 Abs. 13 des Gesetzes zur Neuordnung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts vom 24.02.2012 (BGBl. I, S. 212, 250).

EEG 2009 ein Hinweisverfahren einzuleiten. Zur Begründung wurde darauf hingewiesen, dass in der Praxis große Unsicherheit herrsche, ob durch die zum 1. Juni 2012 in Kraft tretende Änderung von Nr. 1. 15 Spalte 2 der 4. BImSchV Bestandsanlagen, die bislang nicht den Pflichten nach Anlage 2 Nr. I. 4 EEG 2009 unterfielen, künftig über eine gasdichte Abdeckung des Gärrestlagers und zusätzliche Gasverbrauchseinrichtungen verfügen müssen, um den NawaRo-Bonus beanspruchen zu können, wenn diese Bestandsanlagen (bzw. deren Fermenter) eine Produktionskapazität von 1,2 Millionen Normkubikmetern Rohgas pro Jahr oder mehr aufweisen. Weiter besteht Klärungsbedarf, ob sich die Änderung des BImSchG-Genehmigungsregimes auf den Emissionsminimierungsbonus für Bestandsanlagen auswirkt.

2 Herleitung

2.1 Prüfungsmaßstab

4 Anlage 2 Nr. I. 4 EEG 2009 lautet:

„Für Strom aus nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftigen Anlagen, die durch anaerobe Vergärung der nachwachsenden Rohstoffe oder Gülle gewonnenes Gas (Biogas) einsetzen, besteht der Anspruch [auf den NawaRo-Bonus]⁴ nur, wenn bei der Erzeugung des Biogases das Gärrestlager gasdicht abgedeckt und zusätzliche Gasverbrauchseinrichtungen für einen Störfall oder für eine Überproduktion verwendet werden.“

5 § 27 Abs. 5 Satz 1 EEG 2009 lautet:

„Für Strom aus nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftigen Anlagen, die durch anaerobe Vergärung gewonnenes Gas (Biogas) einsetzen, erhöht sich die Vergütung nach Abs. 1 Nr. 1 und 2 um jeweils 1,0 Cent pro Kilowattstunde, wenn die dem Emissionsminimierungsgebot der Technischen Anleitung zur Reinhaltung der Luft – TA Luft – vom 24. Juli 2002 (GMBl S. 511) entsprechenden Formaldehydgrenzwerte eingehalten werden...“

⁴In Klammern Anm. der Clearingstelle EEG.

6 § 66 Abs. 1 Nr. 4a Satz 1 EEG 2009 lautet:

„Für Strom aus Biomasseanlagen, die durch anaerobe Vergärung der Biomasse gewonnenes Gas (Biogas) einsetzen, erhöht sich die Vergütung bis einschließlich einer Leistung von 500 Kilowatt um jeweils 1,0 Cent pro Kilowattstunde, wenn die dem Emissionsminimierungsgebot der Technischen Anleitung zur Reinhaltung der Luft – TA Luft – entsprechenden Formaldehydgrenzwerte eingehalten werden ...“

7 § 4 Abs. 1 BImSchG⁵ lautet:

„¹Die Errichtung und der Betrieb von Anlagen... bedürfen einer Genehmigung. ²... ³Die Bundesregierung bestimmt... durch Rechtsverordnung... die Anlagen, die einer Genehmigung bedürfen (genehmigungsbedürftige Anlagen);...“

8 Aufgrund der Verordnungsermächtigung in § 4 Abs. 1 Satz 3 BImSchG hat die Bundesregierung die 4. BImSchV erlassen. Deren § 1 Abs. 1 Satz 1 lautet:

„Die Errichtung und der Betrieb der im Anhang genannten Anlagen bedürfen einer Genehmigung, soweit den Umständen nach zu erwarten ist, daß sie länger als während der zwölf Monate, die auf die Inbetriebnahme folgen, an demselben Ort betrieben werden.“

9 Durch Art. 5 Abs. 13 des Gesetzes zur Neuordnung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts vom 24. Februar 2012⁶ wurde Nr. 1.15 Spalte 2 des Anhangs der 4. BImSchV wie folgt gefasst:

- „a) Anlagen zur Erzeugung von Biogas, ..., mit einer Produktionskapazität von 1,2 Millionen Normkubikmetern je Jahr Rohgas oder mehr,
- b) Anlagen zur Aufbereitung von Biogas mit einer Verarbeitungskapazität von 1,2 Millionen Normkubikmetern je Jahr Rohgas oder mehr;“

⁵Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz – BImSchG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.09.2002 (BGBl. I S. 3830), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 24.02.2012 (BGBl. I S. 212).

⁶BGBl. I, S. 212, 250.

Diese Änderung tritt gemäß Art. 6 Abs. 2 des vorgenannten Gesetzes am 1. Juni 2012 in Kraft.

2.2 BImSchG-Genehmigungsbedürftigkeit und NawaRo-Bonus ab dem 1. Juni 2012

- 10 Maßgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung, ob eine Anlage im Sinne des EEG 2009 „nach dem BImSchG genehmigungsbedürftig“ ist, ist der Zeitpunkt ihrer Inbetriebnahme im Sinne des EEG gemäß § 3 Nr. 5 EEG 2009.⁷ Eine spätere Änderung des Immissionsschutzrechts ist bei bereits in Betrieb genommenen Anlagen für die Anwendung des EEG unerheblich.⁸
- 11 Dies ergibt sich nicht bereits zweifelsfrei aus dem **Wortlaut**. Denn der Wortlaut enthält keinen Anhaltspunkt, zu welchem Zeitpunkt es auf die Genehmigungsbedürftigkeit ankommt. Grammatisch vertretbar ist einerseits ein Verständnis, wonach es darauf ankommt, dass die Anlage *irgendwann* immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig wird – und die daran anknüpfenden EEG-rechtlichen Folgen ab diesem Zeitpunkt eintreten. Andererseits lässt der Wortlaut es ebenso zu, die Rechtsfolgen nur dann eintreten zu lassen, wenn die Anlage zu einem bestimmten Zeitpunkt immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig ist bzw. war. Die Vorschrift bedarf somit der Auslegung.
- 12 Im Zuge der **systematischen Auslegung** – d. h. der Betrachtung anderer Normen desselben oder anderer Gesetze – spricht zunächst der systematische Vergleich mit dem Immissionsschutzrecht für die erstgenannte Lesart, denn diese ist der Rechtslage im Immissionsschutzrecht näher. Der Begriff der „genehmigungsbedürftigen Anlage“, den das EEG 2009 sinngemäß verwendet, ist in § 4 Abs. 1 Satz 3 BImSchG zunächst legaldefiniert (s. o. Rn. 7). Diese allgemein gehaltene Definition wird in der 4. BImSchV konkretisiert, indem im Anhang zu dieser Verordnung enumerativ anhand bestimmter Charakteristika festgelegt wird, welche Arten von Anlagen genehmigungsbedürftig sind. Wird der Anhang der 4. BImSchV geändert und erfüllen hierdurch mit Inkrafttreten dieser Änderung Anlagen, die zuvor nicht immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig waren, erstmals die Voraussetzungen des Anhangs, so gelten diese Anlagen im Sinne des Immissionsschutzrechts als „ge-

⁷Rostankowski/Vollprecht, in: Altrock/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG Kommentar, 3. Aufl. 2011, Anlage 2 Rn. 84.

⁸Ob und inwieweit Änderungen der Anlage andere Rechtsfolgen nach sich ziehen, ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens, s. u. Abschnitt 2.4.

genehmigungsbedürftige Anlagen“.⁹ Zwar bedürfen Bestandsanlagen, die bis zu einer solchen Rechtsänderung nicht immissionsschutzrechtlich¹⁰ genehmigungsbedürftig waren, allein durch eine Änderung des Anhangs der 4. BImSchV nicht „nachträglich“ einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. Denn die Anzeigerin, zu der die Betreiberin oder der Betreiber der Anlage nach § 67 Abs. 2 BImSchG innerhalb von drei Monaten nach Inkrafttreten der geänderten Verordnung verpflichtet ist, hat eine „genehmigungsersetzende Wirkung.“¹¹ Nichtsdestoweniger werden diese Anlagen zu „genehmigungsbedürftigen Anlagen“ im Sinne des Immissionsschutzrechts, auch wenn den Betreiberinnen und Betreibern ein immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren erspart bleibt.¹²

- 13 Wenn aber die Änderung des Anhangs der 4. BImSchV grundsätzlich dazu führt, dass die bestehende Anlage eine immissionsschutzrechtlich „genehmigungsbedürftige Anlage“ wird, so kann dies als Argument dafür herangezogen werden, dass der Gesetzgeber des EEG 2009 die Genehmigungsbedürftigkeit zu jedem beliebigen Zeitpunkt ausreichen lässt, um die Rechtsfolgen von Nr. I.4 Anlage 2 EEG 2009 eintreten zu lassen.
- 14 Gegen ein solches Verständnis spricht jedoch die systematische Auslegung innerhalb des EEG 2009:
- 15 Dem EEG 2009 liegt der Gedanke zugrunde, dass Anlagen, die zum Zeitpunkt ihrer Inbetriebnahme bestimmte „äußere“ Eigenschaften aufweisen, die für den Vergütungsanspruch wichtig sind und sich nicht auf den Prozess der Stromerzeugung selbst beziehen, grundsätzlich für die Dauer des Vergütungszeitraums von 20 Jah-

⁹BVerwG, Urt. v. 21.12.2011 – 4 C 12.10, abrufbar unter <http://www.bverwg.de/pdf/2974.pdf>, Rn. 14; BVerwG, Beschl. v. 04.03.2010 – 7 B 38.09, abrufbar unter <http://www.bverwg.de/pdf/259.pdf>, Rn. 7; vgl. auch: Das immissionsschutzrechtliche Genehmigungs- und Anzeigeverfahren. Leitfaden für ein optimiertes und beschleunigtes Genehmigungsverfahren, hrsg. v. Umweltministerium Baden-Württemberg, 3. Aufl. 2005, abrufbar unter http://www.gewerbeaufsicht.baden-wuerttemberg.de/servlet/is/16275/Leitfaden_Genehmigungsverfahren.pdf?command=downloadContent&filename=Leitfaden_Genehmigungsverfahren.pdf, S. 10. – Seiten zuletzt abgerufen am 11.05.2012.

¹⁰Biogasanlagen, die keiner Genehmigung nach dem BImSchG bedürfen, sind jedoch regelmäßig baurechtlich genehmigungsbedürftig; Formulierungen wie „nach Baurecht genehmigungsbedürftig“ oder ähnlich stehen im Folgenden daher auch synonym für „nicht immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig“.

¹¹BVerwG, Urt. v. 21.12.2011 – 4 C 12.10, abrufbar unter <http://www.bverwg.de/pdf/2974.pdf>, Rn. 14.

¹²BVerwG, Urt. v. 21.12.2011 – 4 C 12.10, abrufbar unter <http://www.bverwg.de/pdf/2974.pdf>, Rn. 14.

ren¹³ auf den Bestand des Vergütungsanspruches vertrauen können. Insbesondere ist der Vergütungsanspruch gemäß § 16 Abs. 1 EEG 2009 nicht genehmigungsakzessorisch, also rechtlich nicht daran geknüpft, dass die Anlage verwaltungsrechtlich rechtmäßig errichtet und betrieben wird.¹⁴ Wenn sich an der Anlage selbst bzw. am Verhalten der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber nichts ändert, so soll nach dem Willen des EEG-Gesetzgebers der Vergütungsanspruch durch außerhalb des EEG liegende Rechtsänderungen grundsätzlich unberührt bleiben. Insoweit unterscheidet sich das „statische“ EEG 2009 grundlegend vom Immissionsschutzrecht, das von vornherein „dynamisch“ darauf angelegt ist, auf verändert rechtliche und wissenschaftlich-technische Gegebenheiten zu reagieren und hierzu in vielfältiger Weise Durchbrechungen des Vertrauens- und Bestandsschutzes ermöglicht.¹⁵ Das EEG 2009 hingegen durchbricht diesen Grundsatz nur dann, wenn dies entweder im Gesetz selbst ausgedrückt¹⁶ oder wenn der Fortbestand von der freien Entscheidung der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber abhängt.¹⁷ Andernfalls würde die mit dem EEG 2009 beabsichtigte Planungssicherheit in einer für die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber unkalkulierbaren Weise beeinträchtigt und ausgehöhlt.¹⁸

- 16 Exemplarisch deutlich wird dies bei den Vergütungsvoraussetzungen in §§ 32, 33 EEG 2009, wonach die Fotovoltaikanlagen auf bestimmten Flächen errichtet oder an definierten baulichen Anlagen angebracht worden sein müssen; verlieren diese Flächen oder baulichen Anlagen später die im Gesetz bestimmte Eigenschaften, so lässt dies den Vergütungsanspruch grundsätzlich nicht entfallen.¹⁹
- 17 Auch den Degressionsvorschriften in §§ 20, 20a EEG 2009 liegt der Gedanke zugrunde, dass über den anzuwendenden Degressions- und damit Vergütungssatz das Jahr

¹³Zuzüglich dem Rumpffjahr der Inbetriebnahme; für bestimmte Wasserkraftanlagen gelten 15 Jahre; s. § 21 Abs. 2 EEG 2009.

¹⁴So ist es bspw. für den Vergütungsanspruch EEG-rechtlich unerheblich, ob die bauliche Anlagen, in oder an der sich eine EEG-Anlage befindet, baurechtlich (noch) genehmigt ist. Faktisch kann indes eine bauordnungsrechtliche Beseitigungsverfügung dazu führen, dass die Anlage abgebaut werden muss und der Anspruch infolgedessen entfällt.

¹⁵Vgl. bspw. §§ 15, 16, 17, 20, 21 BImSchG; s.a. *Sendler*, UPR 1983, 33 ff, 73 ff.

¹⁶Wie bspw. die Einhaltung der Vorgaben des § 6 Nr. 1 EEG 2009 ab dem 1. Januar 2011 gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009.

¹⁷Wie bspw. bei der Wahl der Einsatzstoffe oder der Anlagentechnik.

¹⁸*Rostankowski/Vollprecht*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald* (Hrsg.), EEG Kommentar, 3. Aufl. 2011, Anlage 2 Rn. 84.

¹⁹*Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 16.12.2011–2011/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/hinwv/2011/10>, Rn. 58 ff.; *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 22.06.2011–2011/4, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/hinwv/2011/4>, Rn. 47; *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 28.02.2012–2011/8, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/hinwv/2011/8>, Rn. 86 ff.

der Inbetriebnahme entscheidet, spätere Absenkungen der Vergütung mithin stets nur für Neu-, nicht aber für Bestandsanlagen gelten.

- 18 Schließlich zeigt sich dies auch bei näherer Betrachtung der Übergangsvorschriften: Gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 Buchstabe a) EEG 2009 gilt Anlage 2 Nr. I. 4 EEG 2009 nicht für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind. Darin kommt zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber des EEG 2009 generell Bestandsanlagen ungeachtet ihres Genehmigungsstatus von der Pflicht zur gasdichten Abdeckung des Gärrestlagers und zum Einbau zusätzlicher Gasverbrauchseinrichtungen ausnimmt.²⁰ Wäre Anlage 2 Nr. I. 4 EEG 2009 auch auf bei ihrer Errichtung nicht immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Bestandsanlagen anwendbar, sobald diese aufgrund einer nachträglichen Änderung der 4. BImSchV immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig werden, so würde dies zu widersprüchlichen Ergebnissen führen: Alle Bestandsanlagen – auch immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige – mit einer Inbetriebnahme vor dem 1. Januar 2009 wären aufgrund der eindeutigen Übergangsvorschrift in § 66 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 Buchstabe a) EEG 2009 hiervon auszunehmen, nach dem 31. Dezember 2008 errichtete, erst nachträglich immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig gewordene Neuanlagen unterfielen mangels Übergangsbestimmung hingegen der Pflicht, obwohl das schutzwürdige Interesse daran, dass nachträgliche Änderungen des Immissionsschutzrechts keinen nachteiligen Einfluss auf den erworbenen Vergütungsanspruch haben, bei den Betreiberinnen und Betreiber von Bestandsanlagen nicht größer ist als bei den Anlagenbetreiberinnen und -betreiber von nicht immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Biogasanlagen mit einer Inbetriebnahme nach dem 31. Dezember 2008.

- 19 Unergiebig ist die nach Sinn und Zweck der Vorschrift fragende **teleologische Auslegung**. Sinn und Zweck von Anlage 2 Nr. I. 4 EEG 2009 ist, den Treibhausgasausstoß von Biogasanlagen durch sog. Methanschluß zu senken. Dies könnte einerseits dafür sprechen, unterschiedslos alle Anlagen, die im Laufe ihres Vergütungszeitraumes immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig werden, dieser Pflicht zu unterwerfen, weil dies der Vorschrift den größtmöglichen Anwendungsbereich verschaffte. Andererseits gelten die gesetzlich angeordneten Maßnahmen – Abdeckung des Gärrestlagers und Einbau zusätzlicher Gasverbrauchseinrichtungen – nicht unterschiedslos für alle Biogasanlagen, sondern nur für bestimmte, nach dem BImSchG genehm-

²⁰Rostankowski/Vollprecht, in: Altrock/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG Kommentar, 3. Aufl. 2011, Anlage 2 Rn. 84.

gungsbedürftige Anlagen; dies spricht indes dafür, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich der Vorschrift bewusst auf bestimmte Anlagen beschränken wollte. Zu welchem Zeitpunkt das die Beschränkung vermittelnde Tatbestandsmerkmal der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbedürftigkeit jedoch vorliegen muss, lässt sich mit Sinn und Zweck der Norm nicht beantworten.

- 20 Die **genetische** Auslegung, die das Gesetzgebungsverfahren und die Gesetzgebungsmaterialien untersucht, spricht dafür, dass es allein auf die Genehmigungsbedürftigkeit zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme ankommt: Anlage 2 Nr. I. 4 EEG 2009 kam durch einen Änderungsantrag des Umweltausschusses des Deutschen Bundestages in das EEG 2009.²¹ In der Begründung zu den vorgeschlagenen Änderungen der Anlage 2 heißt es:

„Diese Änderungen gelten – mit Ausnahme der Pflicht zur Abdeckung des Gärrestlagers – auch für bestehende Anlagen.“

- 21 Es bestand mithin im Umweltausschuss das Verständnis, dass die Pflicht gemäß Anlage 2 Nr. I. 4 EEG 2009 nicht für bestehende Anlagen gelten soll. Dies deckt sich mit dem in der systematischen Auslegung gewonnenen Befund, wonach das EEG 2009 nur in ausdrücklich im Gesetz genannten Ausnahmefällen für Bestandsanlagen neue Vergütungsvoraussetzungen aufstellt. Hätte der Umweltausschuss und – diesem folgend – der Gesetzgeber ein „dynamisches“ Verständnis der an die Genehmigungsbedürftigkeit anknüpfenden Vergütungsvoraussetzung in Anlage 2 Nr. I. 4 EEG 2009 gewollt, so hätte es nahe gelegen, von vornherein auf die Übergangsvorschrift zu verzichten. Denn wenn es vom Gesetzgeber beabsichtigt gewesen wäre, dass die neugeschaffene Vorschrift im Falle einer Herabsetzung der die Genehmigungsbedürftigkeit auslösenden Schwellenwerte auf nach dem 31. Dezember 2008 in Betrieb genommene, nicht immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen anzuwenden, so hätte es nahe gelegen, bereits vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommene, immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen erst recht dieser Pflicht zu unterwerfen.

²¹Ausschussdrucksache 16(16)446 zu TOP 1 der TO am 04.06.2008, Ziffer 36, S. 29 f., enthalten in: Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (16. Ausschuss), BT-Drs. 16/9477, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/ee2009/material>.

2.3 BImSchG-Genehmigungsbedürftigkeit und Emissionsminimierungsbonus

- 22 Aus den vorgenannten Gründen ist § 27 Abs. 5 EEG 2009 ebenfalls dahingehend auszulegen, dass es auf die immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbedürftigkeit bei der Inbetriebnahme der Anlage ankommt. Lediglich baurechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen können somit nach einer Änderung der 4. BImSchV den Anspruch nach § 27 Abs. 5 EEG 2009 auch dann nicht geltend machen, wenn ihre Rohgasproduktionskapazität 1,2 Millionen Normkubikmeter pro Jahr erreicht oder übersteigt. Für diese Anlagen wie auch für vor dem 1. Januar 2009 immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Bestandsanlagen kommt weiterhin der Emissionsminimierungsbonus allein nach § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 in Betracht.²²

2.4 Keine Klärung der Rechtslage bei Änderung der Anlage (z. B. Zubau)

- 23 Nicht Gegenstand dieses Hinweises ist die Frage, welche Rechtsfolgen der Zubau oder die sonstige Änderung einer nicht immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlage hat, insbesondere ob eine nach dem 1. Juni 2012 eintretende Genehmigungsbedürftigkeit einer wesentlichen Änderung gemäß § 16 BImSchG i. V. m. § 2 Abs. 4 der 4. BImSchV dazu führt, dass die Anlage der Pflicht nach Anlage 2 Nr. I. 4 EEG 2009 unterfällt oder den Anspruch nach § 27 Abs. 5 EEG 2009 geltend machen kann. Wenn und soweit hierzu weiterer Klärungsbedarf besteht, wird die Clearingstelle EEG diesem durch ein weiteres Verfahren nachkommen.

– Ende des Entwurfs –

²²Zur Anwendbarkeit von § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 auf baurechtlich genehmigungsbedürftige Biogasanlagen siehe *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 07.12.2009 – 2009/7, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-ee.de/hinwv/2009/7>.