

2012/11

23. Mai 2012

Hinweis

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 nach § 3 Nr. 5 EEG 2009 in Betrieb genommen worden sind,
 - nicht immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig waren und
 - im Sinne von Nr. I. 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, oder

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.), in der bis zum 31.12.2011 geltenden, zuletzt durch Art. 1 Nr. 33 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634) geänderten Fassung, 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).

- im Sinne von Nr. 8.6 Buchstabe b) Alternative 2 Spalte 2 des Anhangs der 4. BImSchV in der ab dem 1. Juni 2012 geltenden Fassung eine Produktionskapazität von 1,2 Millionen Normkubikmetern Rohgas je Jahr oder mehr und eine Durchsatzleistung von weniger als 50 Tonnen Abfälle je Tag aufweisen, 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 Änderungen von Nr. 1. 15 Spalte 2 bzw. von Nr. 8.6 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.

3. Die Clearingstelle EEG weist vorsorglich darauf hin, dass Anlagenbetreiberinnen und -betreiber von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Biogas, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen worden sind, gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. § 6 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EEG 2012 ab dem 1. Januar 2014 sicherstellen müssen, dass zusätzliche Gasverbrauchseinrichtungen zur Vermeidung einer Freisetzung von Biogas verwendet werden.
4. Die Clearingstelle EEG weist vorsorglich ferner darauf hin, dass die in diesem Hinweis dargelegte Auslegung von Vorschriften des EEG ohne Relevanz ist für das Bestehen oder Nichtbestehen etwaiger immissionsschutzrechtlicher Pflichten zur gasdichten Abdeckung des Gärrestlagers oder zur Verwendung zusätzlicher Gasverbrauchseinrichtungen; es obliegt den zuständigen Immissionsschutzbehörden, ungeachtet der Vergütungsvorschriften des EEG das BImSchG zu vollziehen und ggf. im Einzelfall bei den vorgenannten Anlagen derartige oder andere Vorkehrungen anzuordnen.

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung des Verfahrens	4
2	Herleitung	5
2.1	Prüfungsmaßstab	5
2.2	BImSchG-Genehmigungsbedürftigkeit und NawaRo-Bonus ab dem 1. Juni 2012	8
2.3	BImSchG-Genehmigungsbedürftigkeit und Emissionsminimierungsbonus	14
2.4	Keine Klärung der Rechtslage bei Änderung der Anlage (z. B. Zubau)	14

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.

- 4 Die von der Clearingstelle EEG nach pflichtgemäßen Ermessen ausgewählten, gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG (VerfO)⁴ akkreditierten Interessengruppen bzw. gemäß § 2 Abs. 4 Satz 3 VerfO registrierten öffentlichen Stellen haben bis zum 21. Mai 2012 Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gem. § 25b Abs. 2 VerfO erhalten. Die Stellungnahmen des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (BMELV), ERT e. V. – Verband unabhängiger Experten für Energien, Recht und Technik, des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU), des Fachverbandes Biogas e. V. (FvB), des Bundesverbandes BioEnergie e. V. (BBE), des Ministeriums für Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume des Landes Schleswig-Holstein (MLUR S-H), des Deutschen Bauernverbandes e. V. (DBV) und des BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V.⁵ sind fristgemäß eingegangen und wurden bei der Beratung und Beschlussfassung berücksichtigt. Die Beschlussvorlage hat gemäß § 25b Abs. 1 i. V. m. § 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied der Clearingstelle EEG Dr. Winkler erstellt.

2 Herleitung

2.1 Prüfungsmaßstab

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

„Für Strom aus nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftigen Anlagen, die durch anaerobe Vergärung der nachwachsen-

⁴Abrufbar über <http://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>.

⁵Alle Stellungnahmen abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/hinww/2012/11>.

den Rohstoffe oder Gülle gewonnenes Gas (Biogas) einsetzen, besteht der Anspruch [auf den NawaRo-Bonus]⁶ nur, wenn bei der Erzeugung des Biogases das Gärrestlager gasdicht abgedeckt und zusätzliche Gasverbrauchseinrichtungen für einen Störfall oder für eine Überproduktion verwendet werden.“

6 § 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 (GMBI S. 511) entsprechenden Formaldehydgrenzwerte eingehalten werden...“

7 § 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...“

8 § 4 Abs. 1 BImSchG⁷ hat folgenden Inhalt:

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

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

⁶In Klammern Anm. der Clearingstelle EEG.

⁷Gesetz 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). – Satznummerierung nicht im Original

„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.“

10 Durch Art. 5 Abs. 13 Buchstabe a) des Gesetzes zur Neuordnung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts vom 24. Februar 2012⁸ 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;“

11 Weiter erhielt durch Art. 5 Abs. 13 Buchstabe c) desselben Gesetzes Nr. 6 Buchstabe b) Spalte 2 des Anhangs der 4. BImSchV folgenden Inhalt:

„Anlagen zur biologischen Behandlung

...

- b) von nicht gefährlichen Abfällen, auf die die Vorschriften des Kreislaufwirtschaftsgesetzes Anwendung finden,

- ...

- soweit die Behandlung ausschließlich durch anaerobe Vergärung (Biogaserzeugung) erfolgt, mit einer Produktionskapazität von 1,2 Millionen Normkubikmetern je Jahr Rohgas oder mehr und einer Durchsatzleistung von weniger als 50 Tonnen Abfällen je Tag, ...“

12 Diese Änderungen treten gemäß Art. 6 Abs. 2 des vorgenannten Gesetzes am 1. Juni 2012 in Kraft.

⁸BGBI. I, S. 212, 250.

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

- 13 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 2009.⁹ Eine *spätere* Änderung des Immissionsschutzrechts ist bei bereits in Betrieb genommenen Anlagen für die Anwendung des EEG unerheblich.¹⁰
- 14 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.¹¹
- 15 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. 8). 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,¹² erstmals die Voraussetzungen

⁹Ebenso im Ergebnis alle Stellungnahmen, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/hinww/2012/11> sowie *Rostankowski/Vollprecht*, in: Altröck/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG Kommentar, 3. Aufl. 2011, Anlage 2 Rn. 84.

¹⁰Ob und inwieweit Änderungen der Anlage andere Rechtsfolgen nach sich ziehen, ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens, s. u. Abschnitt 2.4.

¹¹Ebenso die Stellungnahme des FvB, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/hinww/2012/11>.

¹²Zu den Voraussetzungen, gemäß derer Biogasanlagen bereits vor dem 01.06.2012 einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigungspflicht gemäß 4. BImSchV unterlagen, ausführlich *Peine/Knopp/Radcke*, Das Recht der Errichtung von Biogasanlagen, 2009, S. 43 ff.

des Anhangs, so gelten diese Anlagen im Sinne des Immissionsschutzrechts als „genehmigungsbedürftige Anlagen“.¹³ Zwar bedürfen Bestandsanlagen, die bis zu einer solchen Rechtsänderung nicht immissionsschutzrechtlich¹⁴ genehmigungsbedürftig waren, allein durch eine Änderung des Anhangs der 4. BImSchV nicht „nachträglich“ einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. Denn die Anzeige, 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.“¹⁵ Nichtsdestoweniger werden diese Anlagen zu „genehmigungsbedürftigen Anlagen“ im Sinne des Immissionsschutzrechts, auch wenn den Betreiberinnen und Betreibern ein immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren erspart bleibt.¹⁶

- 16 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.
- 17 Gegen ein solches Verständnis spricht jedoch die systematische Auslegung innerhalb des EEG 2009 wie auch **Sinn und Zweck des EEG 2009**:
- 18 Dem EEG 2009 liegt der Gedanke zugrunde, dass Betreiberinnen und Betreiber von Anlagen, welche zum Zeitpunkt ihrer Inbetriebnahme bestimmte „äußere“, im EEG als Vergütungsvoraussetzung genannte und auf einem anderen Gesetz beruhende

¹³BVerwG, 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.

¹⁴Biogasanlagen, die keiner Genehmigung nach dem BImSchG bedürfen, sind jedoch regelmäßig baurechtlich genehmigungsbedürftig; Formulierungen wie „nach Baurecht genehmigungsbedürftige“ oder ähnlich stehen im Folgenden daher auch synonym für „nicht immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig“.

¹⁵BVerwG, Urt. v. 21.12.2011 – 4 C 12.10, abrufbar unter <http://www.bverwg.de/pdf/2974.pdf>, Rn. 14.

¹⁶BVerwG, Urt. v. 21.12.2011 – 4 C 12.10, abrufbar unter <http://www.bverwg.de/pdf/2974.pdf>, Rn. 14.

rechtliche Eigenschaften aufweisen, grundsätzlich für die Dauer des Vergütungszeitraums von 20 Jahren¹⁷ auf den Bestand des Vergütungsanspruches vertrauen können.¹⁸ Im Übrigen 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.¹⁹

- 19 Wenn sich an der Anlage selbst bzw. am Verhalten der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber²⁰ nichts ändert, so soll nach dem Willen des EEG-Gesetzgebers der Vergütungsanspruch durch außerhalb des EEG liegende Rechtsänderungen grundsätzlich unberührt bleiben. Andernfalls würde die mit dem EEG 2009 beabsichtigte Investitions- und Planungssicherheit in einer für die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber unkalkulierbaren Weise beeinträchtigt und ausgehöhlt.²¹ Insoweit unterscheidet sich das „statische“ EEG 2009 grundlegend vom Immissionsschutzrecht, das von vornherein „dynamisch“ darauf angelegt ist, auf veränderte rechtliche und wissenschaftlich-technische Gegebenheiten zu reagieren und hierzu in vielfältiger Weise Durchbrechungen des Vertrauens- und Bestandsschutzes ermöglicht.²²
- 20 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.²³

¹⁷Zuzüglich dem Rumpffjahr der Inbetriebnahme; für bestimmte Wasserkraftanlagen gelten 15 Jahre; s. § 21 Abs. 2 EEG 2009.

¹⁸Ähnlich die Stellungnahmen des ERT, des FvB, des BDEW, des BBE und des DBV, alle abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/hinwv/2012/11>.

¹⁹So ist es z. B. 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.

²⁰Etwa bei der Wahl der Einsatzstoffe oder der Anlagentechnik.

²¹Rostankowski/Vollprecht, in: Altrock/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG Kommentar, 3. Aufl. 2011, Anlage 2 Rn. 84. – Der Gedanke der Investitionssicherheit über den gesetzlichen Vergütungszeitraum hat im EEG insbesondere in § 21 Abs. 2 EEG 2009 und in den Degressionsvorschriften der §§ 20, 20a EEG 2009 Niederschlag gefunden, denn diesen liegt zugrunde, dass über den anzuwendenden Degressions- und damit Vergütungssatz sowie die Vergütungsdauer das Jahr der Inbetriebnahme entscheidet; spätere Absenkungen der Vergütung durch Degressionsschritte gelten mithin stets nur für Neu-, nicht aber für Bestandsanlagen.

²²Vgl. bspw. §§ 15, 16, 17, 20, 21 BImSchG; s.a. *Sendler*, UPR 1983, 33 ff, 73 ff.

²³*Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 16.12.2011–2011/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/hinwv/2011/10>, Rn. 58 ff.; *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 22.06.2011–2011/4, abruf-

- 21 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.²⁴ 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.
- 22 Die Überlegungen in Rn. 18 ff. schließen indes nicht aus, dass Regelungen des EEG selbst bereits bestehende Vergütungsansprüche modifizieren können, wie bspw. hinsichtlich der auch für Bestandsanlagen angeordneten Einhaltung der Vorgaben des § 6 Nr. 1 EEG 2009 ab dem 1. Januar 2011 gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2009. Ebenso kann das EEG regeln, dass die Vergütung nur zu zahlen ist, wenn bestimmte Voraussetzungen über Zeiträume eingehalten werden, welche über den Zeitpunkt der Inbetriebnahme hinausreichen. Ein Beispiel hierfür ist in Anlage 2 Nr. VII. 2 EEG 2009 zu finden.²⁵

bar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/bin/wv/2011/4>, Rn. 47; *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 28.02.2012 – 2011/8, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/bin/wv/2011/8>, Rn. 86 ff.

²⁴Rostankowski/Vollprecht, in: Altrock/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG Kommentar, 3. Aufl. 2011, Anlage 2 Rn. 84.

²⁵Vgl. Stellungnahmen des BDEW und des FvB, beide abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/bin/wv/2012/11>.

- 23 Zu beachten ist schließlich auch, dass immer dann, wenn Anlagen tatsächlich zum Zeitpunkt ihrer Inbetriebnahme nach dem BImSchG genehmigungsbedürftig sind, die Anforderungen der Anlage 2 Nr. I. 4 EEG 2009 kontinuierlich für die gesamte Zeit eingehalten werden müssen, um den Anspruch auf den NawaRo-Bonus nicht zu verlieren.²⁶ Dies ergibt sich im Umkehrschluss aus Anlage 2 Nr. VII. 2 EEG 2009.
- 24 Unergiebig ist die nach Sinn und Zweck der Vorschrift fragende **teleologische Auslegung von Anlage 2 Nr. I. 4**. Durch diese Vorschrift soll der Treibhausgasausstoß von Biogasanlagen durch sog. Methanschlußpf gesenkt werden. 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 verschaffe. 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 genehmigungsbedürftige 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.
- 25 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 2009.²⁷ 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.“

²⁶ Sofern die Anlage nach dem 31.12.2008 in Betrieb genommen worden ist, im Übrigen s. § 66 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2012. – Vgl. Stellungnahmen des FvB und des BDEW, beide abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/hinww/2012/11>.

²⁷ Ausschussdrucksache 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>.

- 26 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.
- 27 Entgegen einer in zwei Stellungnahmen geäußerten Ansicht²⁸ vermag die Clearingstelle EEG in der Formulierung

„aus nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftigen Anlagen“

keine Regelung zu erkennen, die sich dem herkömmlichen Begriffspaar „statische“ oder „dynamische“ Verweisung unterordnen ließe.²⁹ Denn weder das eine noch das andere Verständnis würde den vorgenannten Besonderheiten des EEG hinreichend Rechnung tragen: Nähme man eine „dynamische“ Verweisung an, käme es auf die Genehmigungsbedürftigkeit nach der jeweils geltenden Fassung des Immissionsschutzrechts an; dem stehen jedoch die in Rn. 18 genannten Erwägungen entgegen. Nähme man hingegen eine „statische“ Verweisung an, käme es allein auf die bei Inkrafttreten des EEG 2009 am 1. Januar 2009 geltende Rechtslage an.³⁰ Auch dies vermag nicht zu überzeugen, weil sich die Betreiberinnen und Betreiber von Anlagen mit Inbetriebnahme nach dem 31. Dezember 2008 auf eine *vor* der Inbetriebnahme eingetretene Rechtsänderung im Immissionsschutzrecht einstellen konnten; insofern ist dem EEG 2009 nicht zu entnehmen, dass diesen Anlagenbetreiberinnen und -betreibern ein besonderer Vertrauensschutz eingeräumt werden sollte oder es dessen bedurft hätte.³¹

²⁸Siehe Stellungnahmen des FvB und des ERT, beide abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/bin/wv/2012/11>.

²⁹Vgl. zum herkömmlichen Verständnis: *Bundesministerium der Justiz* (Hrsg.), Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Bekanntmachung vom 22.09.2008, BAnz. Nr. 160 a v. 22.10.2008, Rn. 218 ff.

³⁰In diesem Sinne die Stellungnahme des FvB, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/bin/wv/2012/11>.

³¹Da – soweit ersichtlich – zwischen dem 01.01.2009 und dem 01.06.2012 keine die immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbedürftigkeit von Biogasanlagen betreffende Änderung der 4. BImSchV wirksam wurde, ist dies letztlich ohne praktische Relevanz.

2.3 BImSchG-Genehmigungsbedürftigkeit und Emissionsminimierungsbonus

- 28 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.³² 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 2009³³ in Betracht.

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

- 29 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.

³²Ebenso im Ergebnis alle eingegangenen Stellungnahmen, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/hinwv/2012/11>.

³³Zur Anwendbarkeit von § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009 auf nicht immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Biogasanlagen siehe *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 07.12.2009 – 2009/7, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/hinwv/2009/7>. – Zur Gegenauffassung s. Stellungnahme des BMU, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/hinwv/2012/11>.

Beschluss

Der Hinweis wurde einstimmig angenommen.

Gemäß §§ 25c, 25 Nr. 1 VerfO ist das Verfahren mit Annahme des Hinweises beendet.

Dr. Lovens

Reißenweber
vertreten durch Richter

Dr. Winkler