

Ingenieurbüro Vaßen · Energie und Umwelt · Karlstraße 80 · 72581 Dettingen

Clearingstelle EEG  
Herrn Dr. Sebastian Lovens  
Charlottenstraße 65

10117 Berlin

vorab per Fax 0 30 - 206 14 16-79

Ihre/Unsere Nachricht vom	Projektnummer (Zeichen)	Bearbeitet von (Durchwahl)	Datum
11. Mai 2012 (Ihr AZ: /2012_11/0007)	IB12-0000 (Va/Va)	Dipl.-Ing. Peter Vaßen / Umweltgutachter	20. Mai 2012

### Hinweisverfahren 2012/11

Genehmigungsbedürftigkeit und NawaRo-Bonus sowie Immissionsminderungsbonus ab 01. Juni 2012

Stellungnahme des ERT e. V. - Verband unabhängiger Experten für Energien, Recht und Technik

Sehr geehrter Herr Dr. Lovens,  
sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit geben wir, Herr Dipl.-Ing. Peter Vaßen als 1. Vorsitzender des ERT e. V. gemeinsam mit unserem Mitglied Herrn RA Dr. Helmut Loibl, für den **ERT e.V. - Verband unabhängiger Experten für Energien, Recht und Technik** aus rechtlicher und gutachterlichen Sicht des Verbandes eine Stellungnahme zu oben genannten Hinweisverfahren wie folgt ab:

### Vorbemerkung

Das Hinweisverfahren bezieht sich in der Frage 1 auf die neu eingeführte Nummer 1.15 Spalte 2 des Anhangs der Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen (4. BImSchV). Hiernach tritt ab dem 01. Juni 2012 die immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbedürftigkeit für die Biogasproduktion bei einer Produktionskapazität der Anlage von 1,2 Mio. Nm<sup>3</sup> Rohgas oder mehr ein. Im Beschluss der Clearingstelle EEG vom 10. Mai 2012 ist eine weitere Änderung der Genehmigungsbedürftigkeit nach dem Immissionsschutzrecht für Biogasanlagen unberücksichtigt geblieben. Durch Art. 5 Abs. 13 des Gesetzes zur Neuordnung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts vom 24. Februar 2012 wurde die Nummer 8.6 Spalte 2 des Anhangs zur 4. BImSchV wie folgt gefasst:

*„Anlagen zur biologischen Behandlung ... von nicht gefährlichen Abfällen, auf die die Vorschriften des Kreislaufwirtschaftsgesetzes Anwendung finden, mit einer Durchsatzleistung von 10 Tonnen bis weniger als 50 Tonnen Abfälle je Tag oder, soweit die Behandlung ausschließlich durch anaerobe Vergärung (Biogaserzeugung) erfolgt, mit einer Produktionskapazität von 1,2 Mio. Nm<sup>3</sup> je Jahr Rohgas oder mehr und einer Durchsatzleistung von weniger als 50 Tonnen Abfälle je Tag...“*

Die durch den Beschluss des Hinweisverfahrens dargestellten Fragen sollten um diesen Sachverhalt ergänzt bzw. konkretisiert werden, damit aus dem Hinweis 2012/11 der Clearingstelle EEG auch diese Fragestellung für die Biogasanlagen beantwortet werden kann. Dies würde zu einer Gleichbehandlung der Anlagen führen, welche sich aus genehmigungsrechtlicher Sicht in den anzuwendenden Nummern aus dem Anhang der 4. BImSchV einzig durch die eingesetzten Substrate unterscheiden.

Dies bedeutet, dass alle Anlagen, für die mit dem Hinweisverfahren eine Klarstellung geschaffen werden soll, gleichlautende Aussagen gelten, unabhängig von verwendeten Substrat. In sofern wären die Ergebnisse des Hinweisverfahrens einheitlich auf die betrachtete Grenze der Genehmigungsbedürftigkeit von 1,2 Mio. Nm<sup>3</sup> Rohgas anzuwenden.

Wir bitten daher, die Nummer 8.6 b) Spalte 2 des Anhangs zur 4. BImSchV in den Tenor des Hinweisverfahrens aufzunehmen.

**Zu Frage 1:**

Nach dem Wortlaut der Anlage 2 Nr. 1. 4. muss dann das Gärrestlager gasdicht abgedeckt und eine zusätzliche Gasverbrauchseinrichtung für den Störfall oder eine Überproduktion verwendet werden, wenn es sich um „Strom aus nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftigen Anlagen handelt, die durch anaerobe Vergärung der nachwachsenden Rohstoffe oder Gülle gewonnenes Gas einsetzen.

Ob es sich bei dem Verweis aus das BImSchG um dasjenige zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des EEG 2009 oder um die jeweils aktuelle Fassung handelt, hängt mit der Frage zusammen, ob es sich hier um eine statische oder um eine dynamische Verweisung handelt.

Eine statische Verweisung liegt vor, wenn die Verweisung nur auf die Fassung dieser Norm zum angegebenen Zeitpunkt abzielt. Rechtliche Änderungen dieser Norm sind bei einer solchen Verweisung nicht zu berücksichtigen. Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten hat das vom Bundesjustizministerium herausgegebene Handbuch der Rechtsförmlichkeiten vorgegeben, dass statische Verweisungen das Vollzitat der jeweiligen Norm bestehen aus Zitiernamen, Angabe der Ausfertigung oder der Bekanntgabe des vollständigen Wortlauts, Fundstelle und ggf. den Hinweis auf die letzte Änderung angegeben werden.

*Handbuch der Rechtsförmlichkeiten, Bundesministerium der Justiz,  
3. Auflage 2008, Rn. 240.*

Bei einer dynamischen Verweisung soll demgegenüber die Norm, auf die verwiesen wird, in der jeweils geltenden Fassung berücksichtigt werden. Eine dynamische Verweisung muss klar aus dem Wortlaut der Norm ersichtlich sein, was regelmäßig durch die Formulierung „in der jeweils geltenden Fassung“ gekennzeichnet wird.

*Vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeiten, a.a.O., Rn. 243.*

Jedoch ist auch dann von einer dynamischen Verweisung auszugehen, wenn sich der Normtext an eine spezielle Personengruppe richtet, auf eine Norm desselben Rechtsgebiets verwiesen wird, statt des Vollzitats der Zitiername verwendet wird und keine Klarstellung dahingehend erfolgt, dass eine statische Verweisung gegeben sein soll.

*Handbuch der Rechtsförmlichkeiten, a.a.O., Rn. 172.*

Hier vorliegend fehlt eindeutig der Zusatz „in der jeweils geltenden Fassung“, was grundsätzlich gegen eine dynamische Verweisung spricht. Allerdings wurde lediglich der Zitiername „Bundes-Immissionsschutzgesetz“ verwendet und nicht das Vollzitat. Dies würde wiederum für eine dynamische Verweisung sprechen. Eine klare und eindeutige Zuordnung erscheint hier nach den Vorgaben des Bundesjustizministeriums nicht möglich.

Neben diesen Erwägungen ist jedoch auch eine – verfassungskonforme – Auslegung der einschlägigen Norm zu berücksichtigen:

Eine Wortlautauslegung lässt sowohl eine statische wie eine dynamische Verweisung als möglich erscheinen und muss damit ergebnislos verbleiben. Eine systematische Auslegung spricht einerseits eher für eine dynamische Verweisung, da dem EEG bei statischen Verweisungen das Vollzitat alles andere als fremd ist, wie beispielsweise der Verweis auf die TA-Luft in § 27 Abs. 5 EEG 2009 oder der Verweis andererseits auf die Gülldefinition in Anlage 2 Nr. II. 2. klar zeigt. Andererseits finden sich - insoweit kann wieder auf die obigen Ausführungen verwiesen werden – zahlreiche Beispiele im EEG, bei denen „in der jeweils gültigen Fassung“ enthalten und damit eine statische Verweisung festgeschrieben ist (z.B.: §§ 3 Nr. 12, 35 Abs. 2, 66 I Nr. 5 u.v.m.), war hier gerade nicht der Fall ist.

Eine historische und teleologische Auslegung muss indes zu einem anderen Ergebnis gelangen:

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass in der Begründung des Umweltausschusses, auf dessen Betreiben diese Regelung im EEG 2009 aufgenommen wurde, ausdrücklich erklärt wird, dass diese Änderungen mit Ausnahme der Pflicht zur Abdeckung des Gärrestlagers auch für bestehende Anlagen gelten sollen. Die Gärrestlagerabdeckung ist also ausdrücklich ausgenommen worden.

Entscheidend ist jedoch ein anderer Gesichtspunkt:

Es ist seit Einführung des EEG der besagte und ausdrückliche Wille des Gesetzgebers, mit den Vorgaben des EEG eine Investitionssicherheit zu schaffen. Dies wurde bereits bei der Begründung des ursprünglichen Gesetzesentwurfes zum EEG 2000 ausdrücklich herausgestellt.

*BT-Drucksache 14/2776, Seite 25.*

Die Anlagenbetreiber sollen eine Investitionssicherheit haben und den an der Finanzierung beteiligten Kreditinstituten die Kalkulation der Investitionen ermöglichen.

Auch die Systematik des Gesetzes, wonach die Mindestvergütungsdauer auf 20 Jahre zuzüglich dem Betriebnahmejahr festgelegt ist, stellt diese beabsichtigte Investitionssicherheit in klarer Weise heraus. Dieses Ergebnis wird auch durch die Entstehungsgeschichte des EEG bestätigt: Ein Vorschlag des Bundeswirtschaftsministeriums, nachträglich Änderungen zu ermöglichen, wurde vom Gesetzgeber verworfen, weil er exakt solche nachträgliche Änderungen aus Gründen der Investitionssicherheit ausschließen wollte.

*Vgl. Oschmann ET 2000, 463; ZNER 2000, Seite 29; Reshöft/Steiner/Dreher EEG, § 12 Rn. 17.*

Der Grundsatz der Investitionssicherheit wurde das EEG 2004 bis ins EEG 2009 übergeführt, insbesondere dient § 21 EEG 2009 weiterhin der durch das EEG insgesamt vermittelten Investitions- und Rechtssicherheit, die unerlässlich für die materiellen Kernziele des EEG ist.

*Vgl. Frenz/Müggendorf, EEG 2. Auflage, § 21 Rn. 3.*

Begründung zu § 21 Abs. 2 EEG führt ausdrücklich aus, dass vor allem die Festlegung der 20-jährigen Mindestvergütung der Absicherung der Investoren dient, da diesen ein Höchstmaß an Planungssicherheit gegeben werden muss.

*BT-Drucksache 16/8148, Seite 52; vgl. Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 2. Auflage, § 12 Rn. 44.*

Bei einer Einschränkung dieser Investitions- und Rechtssicherheit muss die vom Grundgesetz gezogene Grenze des Vertrauensschutzes beachtet werden. Es wäre verfassungsrechtlich höchst problematisch, die Vergütungssätze für Altanlagen abzusenken, denn dies würde letztlich darauf abzielen, nachträglich in noch nicht abgeschlossene Tatbestände einzugreifen, die bereits in der Vergangenheit begonnen haben (sogenannte unechte Rückwirkung oder tatbestandliche Rückanknüpfung).

*Kersting/Hagemann, UPR, 2001, Seite 216.*

Eine solche Rückwirkung ist dann unzulässig, wenn bei der Abwägung im Einzelfall das Vertrauen des Einzelnen auf den Fortbestand einer bestimmten Regelung gegenüber dem Wohl der Allgemeinheit überwiegt.

*Degenhart, Staatsrecht I., Rn. 3075; Kersting/Hagemann, UPR 2001, Seite 216; BVerfG 72, 242.*

Mit der in Anlage 2 Nr. I. 4. geschaffenen Regelung hat der Gesetzgeber – im Umkehrschluss – die Vorgabe geschaffen, dass nur baurechtlich genehmigungsbedürftige Biogasanlagen, die seit 01.01.2009 errichtet werden, weder ein gasdichtes Endlager, noch eine zusätzliche Gasverbrauchseinrichtung benötigen. Insbesondere liegt bei Anlage 2 Nr. I. 4. fest, dass in diesem Fall der Bonus für Strom aus nachwachsenden Rohstoffen gemäß Anlage 2 zum EEG 2009 ohne Weiteres für die Mindestvergütungsdauer von 20 Jahren zuzüglich Inbetriebnahmejahr beansprucht werden kann. Würde man nun im Nachhinein

über eine Änderung des BImSchG quasi durch die Hintertür diesen bereits vom Anlagenbetreiber erworbenen Mindestvergütungsanspruch für den entsprechenden Zeitraum verkürzen, läge hierin eindeutig eine unechte Rückwirkung, bei der eine entsprechende Abwägung des Vertrauensschutzes mit dem Wohl der Allgemeinheit vorzunehmen ist.

Im Rahmen dieser Abwägung muss wiederum eine Gesamtschau erfolgen: Läge eine entsprechende Übergangsregelung dergestalt vor, dass Bestandsanlagenbetreiber, die bisher baurechtlich genehmigungsbedürftige Biogasanlagen haben und die nunmehr aufgrund der Änderung der 4. BImSchV BImSchpflichtig werden, eine Übergangsfrist von beispielsweise einem oder zwei Jahren zur Abdeckung ihrer Gärrestlager und Einrichtung einer Störfalleinrichtung zugestanden werden würde, würde die Abwägung wohl zugunsten der Allgemeinwohlbelange ausfallen müssen. Es ist unbestritten, dass auch von baurechtlich genehmigungsbedürftigen Biogasanlagen aus offenen Endlagern möglicherweise noch ein Restgaspotential in die Atmosphäre abgelassen wird, was nach dem Stand der Technik wohl vermeidbar wäre. Allerdings muss die massive Konsequenz für den betroffenen Anlagenbetreiber berücksichtigt werden: Dieser verliert sowohl den NawaRo- als auch den Gülle- und Landschaftspflegebonus. Für viele der Anlagenbetreiber würde dies bis zu 50 % der EEG-Vergütung ausmachen, dieser Anspruch würde wohl endgültig verloren werden, wie Anlage 2 Nr. VII. 2. vorgibt. Das bedeutet, dass letztendlich all die betroffenen Anlagen in die Insolvenz getrieben werden würden.

Vor diesem Hintergrund ist zu beachten, dass – anders als nach § 66 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2012, wonach bis zum 01.01.2014 zusätzliche Gasverbrauchseinrichtungen nachzurüsten sind – hier der Gesetzgeber gerade keine Übergangsregelungen eingeräumt hat. Zu beachten ist weiterhin die schlichte Tatsache, dass die Gesetzesänderung der 4. BImSchV erst im Februar 2012 in Kraft getreten ist, die gasdichte Gärrestlagerabdeckung und die Gasverbrauchseinrichtung jedoch bereits zum 01.06.2012 vorhanden sein müssten, damit die obengenannte Sanktion des Kompletverlustes von NawaRo-, Gülle- und Landschaftsbonus nicht eintreten würde. Es ist schlicht und einfach faktisch unmöglich, dass in diesem Zeitraum zum einen eine Genehmigung für die Nachrüstung und zugleich eine komplette tatsächliche Errichtung und Inbetriebnahme der ergänzten Anlageteile (Abdeckung der Endlager) erfolgen könnte. Ein übliches entsprechendes Genehmigungsverfahren dauert erfahrungsgemäß allein zwischen sechs und zwölf Monaten und würde je nach Anlagenkonfiguration eine eigene Genehmigungsbedürftigkeit z. B. nach Nummer 9.1 des Anhangs zur 4. BImSchV hervorrufen, die tatsächlich Bauausführung wird –sofern die entsprechenden Firmen zur Verfügung stehen würden, was bei einem derart massiven Andrang wohl auszuschließen ist – ebenfalls ca. ein halbes Jahr veranschlagen.

Sofern also der Gesetzgeber des EEG 2012 zur Nachrüstung einer zusätzlichen Gasverbrauchseinrichtung eine Übergangsfrist von zwei Jahren einräumt, ist diese Frist wohl als angemessen anzusehen. Mangels einer entsprechenden Übergangsfrist bei der hier vorliegenden Problematik wären die betroffenen Anlagenbetreiber nunmehr gezwungen, bei einem tatsächlichen Zeitaufwand von mindestens neun bis vierundzwanzig Monaten die Vorgaben innerhalb von tatsächlichen vier Monaten einzuhalten, was schlicht und einfach unmöglich ist. Derart Unmögliches kann von einem Anlagenbetreiber nicht gefordert werden. Aus diesem Grund muss eine Abwägung eindeutig zugunsten des Vertrauensschutzes der Anlagenbetreiber ausgehen. Es läge anderenfalls ein massiver und nicht zu rechtfertigender unerträglicher schwerer Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Biogasanlagenbetreiber vor.

Zudem läge ein ebensolcher schwerer und unerträglicher Eingriff in das Eigentumsgrundrecht der Anlagenbetreiber vor.

Vor diesem Hintergrund muss eine verfassungskonforme Auslegung – anderenfalls wäre von einer Verfassungswidrigkeit und damit Nichtigkeit der entsprechenden Regelung auszugehen – zu dem Ergebnis kommen, dass es sich bei dem Verweis in Anlage 2 Nr. I. 4. des EEG 2009 auf das Bundesimmissionschutzgesetz um einen statischen Verweis handelt, sodass die Änderung der 4. BImSchV zu keinerlei Auswirkungen auf bestehende Biogasanlagenbetreiber führen kann.

Die Frage ist damit eindeutig dahingehend zu beantworten, dass die Anlagenbetreiber weder ihr Gärrestlager gasdicht abdecken noch eine zusätzliche Gasverbrauchseinrichtung bereitstellen müssen, um weiterhin den Anspruch auf den NawaRo-Bonus zu haben.

**Zu Frage 2:**


Diese ist ebenso zu beantworten wie Frage 1: Wenn es sich bei Anlage 2 Nr. I. 4. um eine statische Verweisung handelt, muss – da es sowohl um denselben Wortlaut, als auch dieselbe Problemstellung geht – selbiges für die Auslegung des § 27 Abs. 5 EEG 2009 gelten.

Für Rückfragen und Abstimmungen stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

gez.

Dr. Helmut Loibl  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht



Dipl.-Ing. Peter Vaßen VDI  
1. Vorsitzender ERT e. V.  
Umweltgutachter (DE-V-0276)