

Stellungnahme

des Fachverbandes Biogas e. V. gegenüber der Clearingstelle EEG zu folgenden Fragen (Verfahren 2012/11):

1. Müssen Betreiberinnen und Betreiber von Biogasanlagen, die den Bonus für Strom aus nachwachsenden Rohstoffen („NawaRo-Bonus“) gemäß Anlage 2 EEG 2009 erhalten und deren Anlagen
 - nach dem 31. Dezember 2008 und vor dem 01. Januar 2012 errichtet und nach § 3 Nr. 5 EEG 2009 in Betrieb genommen worden sind,
 - nicht immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig waren und
 - im Sinne von Nummer 1.15 Spalte 2 des Anhangs zur Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen (4. BImSchV) in der ab dem 01. Juni 2012 geltenden Fassung eine Produktionskapazität von 1,2 Millionen Normkubikmetern Rohgas je Jahr oder mehr aufweisen,gemäß Nr. I.4 Anlage 2 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 Emissionsminimierungs-Bonus gemäß § 27 Abs. 5 bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009?

A. Hinweisbeschluss der Clearingstelle EEG

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

3. Müssen Betreiberinnen und Betreiber von Biogasanlagen, die den Bonus für Strom aus nachwachsenden Rohstoffen („NawaRo-Bonus“) gemäß Anlage 2 EEG 2009 erhalten und deren Anlagen
 - nach dem 31. Dezember 2008 und vor dem 01. Januar 2012 errichtet und nach § 3 Nr. 5 EEG 2009 in Betrieb genommen worden sind,
 - nicht immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig waren und
 - im Sinne von Nummer 1.15 Spalte 2 des Anhangs zur Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen (4. BImSchV) in der ab dem 01. Juni 2012 geltenden Fassung eine Produktionskapazität von 1,2 Millionen Normkubikmetern Rohgas je Jahr oder mehr aufweisen,gemäß Nr. I.4 Anlage 2 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?
4. Welche Rechtsfolgen ergeben sich für den Emissionsminimierungs-Bonus gemäß § 27 Abs. 5 bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 4a EEG 2009?

B. Hinweisvorschlag der Clearingstelle EEG

- 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 01. Januar 2012 errichtet und nach § 3 Nr. 5 EEG 2009 in Betrieb genommen worden sind,

- nicht immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig waren und
- im Sinne von Nummer 1.15 Spalte 2 des Anhangs zur Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen (4. BImSchV) in der ab dem 01. Juni 2012 geltenden Fassung eine Produktionskapazität von 1,2 Millionen Normkubikmetern Rohgas je Jahr oder mehr 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 Änderung von Nr. 1.15 Spalte 2 der 4. BImSchV mit Wirkung ab dem 1. Juni 2012 ergeben sich für den Emissionsminderungsbonus 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 Normkubikmeter 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 Emissionsminderungsbonus 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.

C. Stellungnahme des Fachverbandes Biogas e. V.

Der Fachverband Biogas e. V. begrüßt aufgrund der Vielzahl der betroffenen Biogasanlagen den Entschluss der Clearingstelle EEG, die oben genannten Fragestellungen in einem Hinweisverfahren zu klären.

Die Leitsätze des Entwurfs trägt der Fachverband Biogas e. V. in vollem Umfang mit. Es erscheint jedoch fraglich, ob hinsichtlich des Zeitpunkts, zu dem die Genehmigungsbedürftigkeit der Anlage vorliegen muss, auf den Zeitpunkt der Inbetriebnahme abgestellt werden kann (dazu unter III.).

In Ergänzung der übrigen Argumente der Clearingstelle EEG schlägt der Fachverband Biogas e. V. vor, die Entscheidung zum einen aufgrund des Wortlauts und der Systematik auf die Annahme einer statischen Verweisung (dazu unter I.) und zum anderen auf eine verfassungskonforme Auslegung des EEG 2009 (dazu unter II.) zu stützen.

I. Statische Verweisung

1. Es ergibt sich bereits aus dem **Wortlaut unter Hinzuziehung des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit**,¹ dass es sich um eine statische Verweisung handelt und es damit auf die Genehmigungsbedürftigkeit der Anlage nach dem BImSchG in der Fassung zum Inkrafttreten des EEG 2009, also in der Fassung zum 01.01.2009, ankommt.

Eine statische oder starre Verweisung bezieht sich auf die Fassung eines Textes zu einem bestimmten Zeitpunkt oder während eines bestimmten Zeitraums – regelmäßig die Fassung, die bei Inkrafttreten der Ausgangsnorm gilt.² Eine statische Verweisung wird in der Regel durch das Vollzitat³ (ohne weiteren erklärenden Zusatz) kenntlich gemacht; bei allgemein bekannten Gesetzen wie dem BImSchG reicht allerdings – wie vorliegend – die Angabe des Zitiernamens, also „Bundes-Immissionsschutzgesetz“, um eine Verweisung als statische zu qualifizieren.⁴

Im Gegensatz dazu zeichnet sich eine dynamische Verweisung⁵ regelmäßig durch den – vorliegend fehlenden - Formulierungszusatz „in der jeweils

¹ Handbuch der Rechtsförmlichkeit, BMJ (Hrsg.), 3. Auflage 2008. Auf der Grundlage des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit wird jedes Gesetz aus allen Ressorts vom BMJ auch in förmlicher Hinsicht auf der Grundlage dieser Rechtsförmlichkeiten geprüft.

² Handbuch der Rechtsförmlichkeit, BMJ (Hrsg.), 3. Auflage 2008, Rn. 239.

³ Das Vollzitat setzt sich folgendermaßen zusammen, vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit, BMJ (Hrsg.), 3. Auflage 2008, Rn. 169:

- Zitiername (Bezeichnung [*hier: Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge*] oder ggf. Kurzbezeichnung [*hier: Bundes-Immissionsschutzgesetz*]),
- Angabe der Ausfertigung oder der (letzten) Bekanntmachung des vollständigen Wortlauts,
- Fundstelle und
- ggf. Hinweis auf die letzte Änderung.

⁴ Handbuch der Rechtsförmlichkeit, BMJ (Hrsg.), 3. Auflage 2008, Rn. 172.

⁵ Eine dynamische oder gleitende Verweisung liegt vor, „wenn der Normgeber in seiner Ausgangsnorm auch die künftige Entwicklung einer Bezugsnorm im Blick hatte und sich deshalb auf die jeweils aktuelle Fassung eines Textes bezogen hat.“ Vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit, BMJ (Hrsg.), 3. Auflage 2008, Rn. 243.

geltenden Fassung“ aus.⁶ Die bloße Nennung des Zitiernamens (Bundes-Immissionsschutzgesetz) stellt nach den Ausführungen des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit nur dann eine dynamische Verweisung dar, wenn bei einer wiederholten Bezugnahme zuvor „einmal ausdrücklich klargestellt“⁷ wurde, dass gleitend verwiesen werden soll. Ein entsprechender klarstellender Zusatz bzw. eine eindeutige Klarstellung fehlen im EEG 2009, was gegen eine dynamische und für eine statische Verweisung spricht.

Der Wortlaut der Verweisung spricht damit für eine statische Verweisung des EEG 2009 auf das BImSchG in der Fassung vom 01.01.2009, also der Fassung des BImSchG zum Inkrafttreten des EEG 2009. Folglich sind „nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftige Anlagen“ solche Anlagen, welche die auf Biogasanlagen anwendbaren Genehmigungstatbestände der 4. BImSchV in der Fassung vom 01.01.2009 erfüllen.

2. Auch **systematische Gründe** sprechen für eine statische Verweisung. Das EEG 2009 verweist an diversen Stellen auf andere Rechtsvorschriften explizit mit dem Zusatz „in der jeweils geltenden Fassung“.⁸ Daraus kann der Umkehrschluss gezogen werden, dass auf das BImSchG statisch verwiesen werden sollte, denn ansonsten wäre, wie in den anderen Paragrafen, der Zusatz „in der jeweiligen Fassung“ verwendet worden. Das Fehlen dieses Zusatzes in Bezug auf das Bundes-Immissionsschutzgesetz spricht für eine statische Verweisung.

3. Wie bereits im Hinweis-Entwurf ausgeführt, stehen weder eine **telelogische noch eine genetische Auslegung** dem Ergebnis entgegen.

II. Verfassungskonforme Auslegung

Eine andere Auslegung, z. B. im Sinne einer dynamischen Verweisung, würde verfassungsmäßig garantierte Rechte der Anlagenbetreiber verletzen. Der neue Genehmigungstatbestand für Biogasanlagen der 4. BImSchV hätte sonst zur Folge, dass die Gärrestlager an Biogasanlagen gasdicht abgedeckt werden müssten, um den Anspruch auf den NawaRo-Bonus nicht zu verlieren. Das Erfordernis der nachträglichen Abdeckung der Gärrestlager greift in den vorhandenen Bestand ein. Die Abdeckung löst das Erfordernis einer Genehmigung aus. Eine solche vorzubereiten, zu erhalten und anschließend baulich umzusetzen, ist den Anlagenbetreibern in der Kürze der Zeit bis zum Inkrafttreten der Änderung der 4. BImSchV

⁶ Handbuch der Rechtsförmlichkeit, BMJ (Hrsg.), 3. Auflage 2008, Rn. 243.

⁷ Handbuch der Rechtsförmlichkeit, BMJ (Hrsg.), 3. Auflage 2008, Rn. 243.

⁸ § 3 Nr. 12, § 32 Abs. 2 Nr. 1, § 35 Abs. 2, § 56 Abs. 3, § 66 Abs. 1 Nr. 5, § 66 Abs. 2, Nr. II.1 der Anlage 3 zum EEG 2009.

zum 01.06.2012 unmöglich und unzumutbar. Sofern eine gasdichte Abdeckung technisch (z. B. aus statischen Gründen) nicht umsetzbar ist, müsste dann ein Gärrestlager sogar neu errichtet werden.

III. Zeitpunkt des Vorliegens einer nach dem BImSchG genehmigungsbedürftigen Anlage

Bei der Geltendmachung des Anspruchs gemäß Nr. 1.4 Anlage 2 EEG 2009 und § 27 Abs. 5 (bzw. § 66 Abs. 1 Nr. 4a) EEG 2009 ist jeweils als eine Vergütungsvoraussetzung zu prüfen, ob eine nach dem BImSchG genehmigungsbedürftige Anlage gegeben ist, ob also die Biogasanlage gemäß den am 01.01.2009 geltenden Genehmigungstatbeständen der 4. BImSchV genehmigungsbedürftig gewesen wäre. Nach dem Wortlaut kommt es lediglich auf die Genehmigungsbedürftigkeit der Anlage an. Es ist damit zum einen nicht erforderlich, dass eine Genehmigung nach dem BImSchG auch tatsächlich erteilt ist.⁹ Ansonsten hätte der Begriff der genehmigten Anlage verwendet werden müssen. Zum anderen fehlt eine Einschränkung, wonach die Genehmigungsbedürftigkeit zu einem bestimmten Zeitpunkt (z. B. im Zeitpunkt der Inbetriebnahme) vorliegen muss. Als Vergütungsvoraussetzung muss dieses Tatbestandsmerkmal vielmehr bei der jeder Geltendmachung des Anspruchs (innerhalb des gesetzlich garantierten Vergütungszeitraums) gegeben sein.

Ansprechpartner:

Rechtsanwalt, Dipl.-Betr. (BA) René Walter – rene.walter@biogas.org
Fachverband Biogas e.V.
21.05.2012

⁹ V. Bredow/ Hammon, der Luftreinhaltungsbonus, in: Loibl/ Maslaton/ v. Bredow/ Walter (Hrsg.), Biogasanlagen im EEG, 2. Auflage 2010, Rn. 15.