

## CLEARINGSTELLE EEG

# Ist ein immissionsschutzrechtlicher Vorbescheid eine Genehmigung im Sinne von § 100 Absatz 3 EEG 2014?

**Die Clearingstelle EEG hat im Votum 2016/13 geklärt, ob es sich bei einem Vorbescheid nach § 9 Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) um eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung im Sinne der Übergangsbestimmung in § 100 Absatz 3 EEG 2014 handelt. Dies ist zu verneinen.**

Von Martin Winkler

**D**as Votum 2016/13 (abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2016/13>) betraf zwar Windkraftanlagen, es ist aber gleichwohl auf Biogasanlagen, die dem BImSchG unterfallen, übertragbar. Es ging um Windkraftanlagen, für die noch vor dem Stichtag 23. Januar 2014 ein Vorbescheid gemäß § 9 Absatz 1 BImSchG erteilt wurde. Die Genehmigung nach § 4 BImSchG erging jedoch erst später. Die Übergangsbestimmung in § 100 Absatz 3 EEG 2014, die das Vorliegen einer Zulassung beziehungsweise „Genehmigung“ vor dem Stichtag verlangt, war daher nicht anwendbar. Für die betroffenen Anlagen galt daher das EEG 2014 und nicht das EEG 2012.

## Reichweite von § 100 Absatz 3 EEG 2014

Gegen eine Ausdehnung der Übergangsbestimmung auf Vorbescheide sprechen im Wesentlichen zwei Gründe: Zum einen trifft das Immissionsschutzrecht eine deutliche Unterscheidung zwischen der Genehmigung im Sinne von § 4 BImSchG und dem Vorbescheid nach § 9 BImSchG. Letzterer verschafft zwar dem Anlagenbetreiber einen gewissen Schutz vor „überraschenden“ Entscheidungen der Genehmigungsbehörde, der Vorbescheid hat aber keine „gestattende“ Wirkung. Das heißt: Er berechtigt weder zur Errichtung noch zum Betrieb der Anlage. Dies zeigte sich gerade im vorliegenden Fall, in dem der Vorbescheid einige Fragen des Genehmigungsverfahrens positiv vorwegnahm, im Hauptverfahren aber gleichwohl noch etliche behördliche Prüfungen und Entscheidungen zur Genehmigungsfähigkeit anstanden.

Zum anderen lässt sich der Gesetzesbegründung entnehmen, dass die Übergangsbestimmung in § 100 Absatz 3 EEG 2014 eng ausgelegt und angewendet werden soll. Diese Übergangsbestimmung dient zwar einerseits dem Schutz des Vertrauens von bereits in

Gang gesetzten Investitionen, was dafür spricht, auch Vorbescheide von der Regelung erfasst zu sehen – denn ein Projekt ist vor dem 23. Januar 2014 bereits fortgeschritten, wenn ein Vorbescheid erteilt worden ist. Dem steht andererseits jedoch entgegen, dass § 100 Absatz 3 EEG 2014 auch bezweckt, den Vertrauensschutz einzuschränken. Denn nach der Begründung des Gesetzgebers greift die Wahl des Stichtags (23. Januar 2014) bewusst in Positionen derjenigen Anlagenbetreiber ein, die bereits einen Antrag auf Genehmigung oder Zulassung gestellt haben, deren Anlagen aber nicht rechtzeitig zum 23. Januar 2014 genehmigt oder zugelassen worden sind. Auch eine analoge – also sinngemäße – Anwendung von § 100 Absatz 3 EEG 2014 auf Vorbescheide kommt nicht in Betracht, so die Clearingstelle EEG.

## Auswirkung auf EEG 2017 und Ausschreibungen

Auch wenn das Votum zum EEG 2014 ergangen ist, strahlt es auf eine für Biogasanlagen wichtige Übergangsbestimmung im EEG 2017 aus. Denn in § 22 Absatz 4 Satz 2 Nummer 4 EEG 2017 wird von der Pflicht zur (erfolgreichen) Teilnahme an Ausschreibungen unter anderem dann eine Ausnahme gemacht, wenn es sich um Biomasseanlagen handelt, die vor dem 1. Januar 2019 in Betrieb genommen worden sind, wenn sie nach dem BImSchG genehmigungsbedürftig sind und wenn sie vor dem 1. Januar 2017 genehmigt worden sind. Auch diese Voraussetzung wird – in Übertragung des Votums 2016/13 auf die künftige Rechtslage – nicht erfüllt sein, wenn vor dem Stichtag 1. Januar 2017 „nur“ ein Vorbescheid ergangen ist. ◀

### Autor

**Dr. Martin Winkler**

Mitglied und stellvertretender Leiter der Clearingstelle EEG

Charlottenstraße. 65 · 10117 Berlin

Tel. 030/206 14 16-0

E-Mail: [post@clearingstelle-eeg.de](mailto:post@clearingstelle-eeg.de)

