

Stellungnahme

zum Empfehlungsverfahren 2014/27 der Clearingstelle EEG

„Zulassung nach einer anderen Bestimmung
des Bundesrechts“

Berlin, 2. Februar 2015

Verfahrensfrage:

1. Unter welchen Voraussetzungen liegt für den Betrieb einer Anlage eine Zulassung nach einer Bestimmung des Bundesrechts im Sinne von § 100 Abs. 3 und § 102 Nr. 3 EEG 2014 sowie § 2 Nr. 2 und § 5 Abs. 3 AnlRegV vor?
2. Insbesondere: Liegt eine Zulassung nach Bundesrecht auch
 - (a) bei einer Baugenehmigung,
 - (b) bei einer wasserrechtlichen Erlaubnis, Bewilligung oder Planfeststellung,
 - (c) bei einer Bergbauberechtigung oder einem bergrechtlichen Betriebsplan oder
 - (d) bei einer Planfeststellung nach dem Seeanlagenrechtvor?

A – Einleitung

Das EEG 2014 verwendet in § 61 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2, § 100 Abs. 3 und § 102 Nr. 3 die Begriffe der „Zulassung nach einer anderen Bestimmung des Bundesrechts“. Die Anlagenregisterverordnung verwendet die Begriffe in § 2 Nr. 2 sowie in § 5 Abs. 3.

Unklar ist, welche Bestimmungen des Bundesrechts hierbei gemeint sind und insbesondere, ob neben dem BImSchG und der 4. BImSchV, bei denen es sich vollständig um bundesrechtliche Gesetze bzw. Verordnungen handelt, auch Gesetze erfasst sind, bei denen der Bundesgesetzgeber eine Rahmengesetzgebung gewählt hat, die Konkretisierung aber dem jeweiligen Landesgesetzgeber überlassen hat, oder Gesetze oder Verordnungen aus einer konkurrierenden Gesetzgebung, bei denen sowohl Landes- als auch Bundesrecht existiert, jedoch das Bundesrecht dem Landesrecht im Zweifel vorgeht.

In nahezu jedem komplexeren Genehmigungsverfahren sind darüber hinaus sowohl bundes- als auch landesrechtliche Vorschriften zu berücksichtigen. Es kann daher bei der Auslegung des Begriffs der „Zulassung nach einer anderen Bestimmung des Bundesrechts“ nicht allein auf die Berücksichtigung einer bundesrechtlichen Vorschrift ankommen, da diese Prämisse dann nahezu leerliefe. Vielmehr muss darauf abgestellt werden, dass der maßgebliche Genehmigungstatbestand, der die grundlegenden Vorgaben für die Genehmigungsbedürftigkeit und die Genehmigungsfähigkeit aufstellt, im Bundesrecht verankert ist.

B – Regelungsinhalt der Begriffe „für ihren Betrieb einer Zulassung nach einer anderen Bestimmung des Bundesrechts bedürfen“

Unklar ist, wann EEG-Anlagen oder sonstige Stromerzeugungsanlagen „für ihren Betrieb einer Zulassung nach einer anderen Bestimmung des Bundesrechts bedürfen“. Diese Begriffe werden in den Regelungen des EEG und der Anlagenregisterverordnung sowie in den Gesetzes- bzw. Verordnungsmaterialien nicht weiter erläutert. Durch die Gegenüberstellung der Begriffe mit der Genehmigungsbedürftigkeit nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz ist

auch insoweit keine Klarheit geschaffen, als es sich bei dem Immissionsschutzrecht ausschließlich um Bundesrecht handelt.

Allerdings ist durch den Vergleich mit dem Immissionsschutzrecht insoweit eine Klarstellung erreicht, als es sich hierbei um die Rechtsquelle handelt, die über die Zulässigkeit des Gesamtvorhabens entscheidet. Die Begriffe „nach einer *anderen* Bestimmung des Bundesrechts“ können daher auch so verstanden werden, dass diese andere Bestimmung des Bundesrechts ebenfalls die Zulässigkeit des Gesamtvorhabens erfassen müsste. Hierdurch würden „Nebengenehmigungen“, die sich neben ansonsten landesrechtlichen Genehmigungstatbeständen aus dem Bundesrecht ergeben würden, ausscheiden.

In der Praxis wäre dies eine Genehmigung einer Solarstrom-Freiflächenanlagen nach dem Bundesfernstraßengesetz (FStrG), wenn diese nach § 51 Abs. 1 Nr. 3 c) aa) EEG 2014 längs einer Autobahn „in einer Entfernung bis zu 110 Metern, gemessen vom äußeren Rand der befestigten Fahrbahn“, gelegen ist, aber im Übrigen für ihre Errichtung nur einer baurechtlichen Genehmigung bedürfte, die dann nach Landesbaurecht ergehen würde.

Insoweit wäre dann eine Klarstellung wie im Falle von § 19 Abs. 1 EEG 2009/2012 bzw. § 32 Abs. 1 EEG 2014 erreicht, wenn dort die Begriffe „auf demselben Grundstück oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ verwendet werden. Hier hatte die Clearingstelle EEG in der Grundlagenentscheidung im Verfahren 2008/49¹ bereits festgestellt, dass zwischen den Begriffen „Grundstück“ und „sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ eine gewisse Gleichwertigkeit herrscht.

Gleiches gilt für die „technische oder betriebliche Einrichtung“ nach § 6 Nr. 1 EEG 2009. Hier ist die Clearingstelle im Verfahren 2010/5 zu der Auffassung gekommen, dass die betriebliche Einrichtung funktionsäquivalent zur technischen Einrichtung sein muss².

Gemäß dem Wortlaut der Begriffe „für ihren Betrieb einer Zulassung nach einer anderen Bestimmung des Bundesrechts bedürfen“ ergibt sich die Zulassungsnotwendigkeit für entsprechende Anlagen aus dem Bundesrecht. Als Reflex aus dieser Zulassungsnotwendigkeit müsste sich aber die Möglichkeit der Zulassung, d.h. die Zulassungs- oder Genehmigungsfähigkeit, soweit nicht ein entsprechender Anspruch des Anlagenbetreibers auf Zulassung seiner Anlage bei Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen besteht, gleichermaßen aus dem Bundesrecht ergeben.

Hierauf aufbauend kann dann eine entsprechende Differenzierung getroffen werden:

¹ Link: <https://www.clearingstelle-eeq.de/EmpfV/2008/49>.

² Link: <https://www.clearingstelle-eeq.de/empfv/2010/5>.

1. Baurecht

Die Notwendigkeit einer öffentlich-rechtlichen Zulassung nach dem Baurecht kann sich nicht nur für Freiflächen- oder Auf-Dach-Solarstromanlagen (Letztere im Einzelfall) ergeben, sondern auch

- für Windenergieanlagen oder
- für Biomasseanlagen,

wenn diese Anlagen nicht der Zulassungspflicht einer spezialgesetzlichen Regelung unterliegen, wie z.B. nach dem BImSchG und der 4. BImSchV, die ein entsprechendes Zulassungsverfahren aufstellen. Dann wird die Einhaltung des Baurechts von der zuständigen Behörde im Rahmen der spezialgesetzlichen, z.B. immissionsschutzrechtlichen Prüfung bereits mitgeprüft. Hierbei kann es sich dann – je nach Spezialgesetz – auch um Bundesrecht handeln.

a) Rechtslage bei ausschließlich baurechtlicher Genehmigungsbedürftigkeit

Während das Baugesetzbuch (BauGB) und die Baunutzungsverordnung (BauNVO) als Bundesrecht insbesondere bauplanungsrechtliche Regelungen aufstellen und speziell in den §§ 29 bis 35 BauGB die Regelungen für eine Zulässigkeit von Bauvorhaben innerhalb und außerhalb des Geltungsbereiches eines Bebauungsplans normieren, werden die Baugenehmigungen oder verwandte baurechtliche Verwaltungsakte aufgrund der Bauordnungen bzw. Landesbauordnungen, d.h. der landesrechtlichen Regelungen, erlassen. Dies gilt insbesondere für Baugenehmigungen, die nach den jeweiligen Vorschriften der Landesbauordnungen bzw. Bauordnungen der Länder „zu erteilen sind, wenn“ die jeweiligen Vorgaben für die Erteilung eingehalten worden sind³.

Dementsprechend kann sich ein Rechtsanspruch des Bauherrn/Vorhabenträgers auf eine entsprechende Baugenehmigung dann auch nur aus der jeweiligen Landesbauordnung herleiten, nicht aus dem BauGB. Die Zulassung der Anlage erfolgt dann nicht nach den Vorschriften des Bundesrechts, sondern denen des Landesrechts, weil nur diese einen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung geben.

Hiervon geht auch die Bundesnetzagentur im Rahmen ihrer Erläuterungen des Formulars zur Meldung von EE-Anlagen im Anlagenregister aus (Nr. 1.1)⁴:

„Wird die Genehmigung nur aufgrund landesrechtlicher Bestimmungen erteilt, weil z.B. für die Anlage nur eine Baugenehmigung nach bauordnungsrechtlichen Bestimmungen erforderlich ist, ist sie nicht registrieren zu lassen. Dies gilt selbst dann, wenn vor Genehmigung

³ Vgl. § 58 Abs. 1 LBO Baden-Württemberg, § 71 Abs. 1 BauO Berlin, § 75 Abs. 1 BauO Niedersachsen sowie § 72 Abs. 1 der Musterbauordnung.

⁴ Version 8, Stand: 16. Januar 2015, Link:

http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/ErneuerbareEnergien/Anlagenregister/Erlaeuterung_Anmeldung_Anlagenregister.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

der Anlage ein vorhabenbezogener Bebauungsplan nach dem Baugesetzbuch erlassen wird.“

Dies lässt sich auch damit begründen, dass nach § 29 BauGB „Vorhaben, die die *Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung* von baulichen Anlagen zum Inhalt haben“, der Prüfung ihrer Zulässigkeit nach Maßgabe von §§ 30 bis 37 BauGB unterliegen. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass § 100 Abs. 3 und § 102 Nr. 3 EEG 2014 sowie § 2 Nr. 2 AnlRegV feststellen, dass die Anlage *für ihren Betrieb* einer Zulassung nach einer anderen Bestimmung des Bundesrechts bedürfen muss. Nur § 61 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 EEG 2014 enthält diese Bedingung im Gesetzeswortlaut nicht, wenngleich die Voraussetzungen der Regelung gemäß den Gesetzesmaterialien⁵ die gleichen sein sollen wie bei § 100 Abs. 3 EEG 2014 (ehem. § 96 Abs. 3 EEG-RegE 2014):

„Nach Nummer 2 erfasst dies auch Stromerzeugungsanlagen, die bis zum Kabinettsbeschluss in der Kabinettsklausur auf Schloss Meseberg bundesrechtlich genehmigt waren und vor dem 1. Januar 2015 erstmals zur Eigenversorgung genutzt werden. Dies entspricht der Übergangsbestimmung für Anlagen nach § 96 Absatz 3 EEG 2014. Auch bei der Eigenversorgung sollen mit der Stichtagsregelung vor allem Ankündigungs- und Mitnahmeeffekte vermieden werden.“

Dementsprechend ist hinsichtlich der Zulassungspflichtigkeit von EEG-Anlagen bzw. Stromerzeugungsanlagen in diesem Zusammenhang abzugrenzen zwischen Zulassungen o.ä. „zur Errichtung“ der Anlagen und solchen „zum Betrieb“ der Anlagen.

Der bundesrechtlichen, bauplanungsrechtlichen Prüfung unterliegt gemäß § 29 BauGB folglich nur die *Zulässigkeit der Errichtung der Anlage*, nicht, wie bei § 100 Abs. 3 und § 102 Nr. 3 EEG 2014 sowie § 2 Nr. 2 AnlRegV, die Prüfung der *Zulässigkeit des Betriebes der Anlage*⁶. In diesem Zusammenhang ist es dann nicht weiter relevant, dass die bauordnungsrechtliche Zulässigkeit auch die Prüfung der Zulässigkeit des Betriebes der Anlage⁷ beinhaltet, z.B. bei Feuerungsanlagen, weil die bauordnungsrechtliche Prüfung nach Landes- und nicht nach Bundesrecht durchgeführt werden muss.

b) Notwendigkeit der Berücksichtigung von Bundesrecht bei der baurechtlichen Genehmigung o.ä.

Zu beachten ist, dass die Zulässigkeit eines Bauvorhabens nach anderen öffentlich-rechtlichen Gesetzen und Verordnungen teilweise im Rahmen einer baurechtlichen Zulassung mitgeprüft wird, aber nicht immer. Dann ist aber, wie vorstehend unter a) dargestellt, zu berücksichtigen, dass § 100 Abs. 3 und § 102 Nr. 3 EEG 2014 sowie § 2 Nr. 2 AnlRegV und mittelbar auch § 61 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 EEG 2014 feststellen, dass die Anlage *für ihren Betrieb* einer Zulassung nach einer anderen Bestimmung des Bundesrechts bedürfen muss, damit die Regelungen auf die jeweilige Anlagen anwendbar sind.

⁵ BT-Drs. 18/1304, S. 154 zu § 58 Abs. 3.

⁶ Löhr, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 11. Aufl., § 29 Rdn. 17.

⁷ Vgl. § 36 LBO Brandenburg.

Solarstromanlagen neben Bundesfernstraßen können nach § 9 Bundesfernstraßengesetz (FStrG) neben der baurechtlichen Zulassungspflicht auch einer separaten Zulässigkeitsprüfung nach dem Bundesfernstraßengesetz unterliegen, das wiederum Bundesrecht darstellt. Allerdings handelt es sich hierbei ausweislich des Wortlautes von § 9 FStrG um eine Prüfung der *Zulässigkeit der Errichtung* der betreffenden Stromerzeugungsanlagen (hier: Solarstromanlagen), nicht um eine Prüfung der *Zulässigkeit des Betriebes* derselben. Dies schließt bereits eine Anwendung der Übergangsregelungen, die nur anwendbar sind bei einer Zulassungsbedürftigkeit des „Betriebes der Anlage“, auf einen solchen Fall aus.

Außerdem handelt es sich bei den Prüfungen nach § 9 FStrG in der Regel um die Notwendigkeit der Einholung einer Zustimmung der obersten Landesstraßenbaubehörde zu der bei der zuständigen Baubehörde beantragten Baugenehmigung (§ 9 Abs. 2 bis 4 FStrG). Die Errichtung der Anlage selber bedarf dann folglich keiner „Zulassung“ nach dem Bundesfernstraßengesetz, sondern nur einer Zustimmung durch die oberste Landesstraßenbaubehörde, einzuholen durch die zuständige Baubehörde oder diejenige Behörde, die für die eigentliche Zulassung der Anlage zuständig ist.

Nur im bei Solarstromanlagen neben Bundesfernstraßen kaum vorstellbaren Fall der fehlenden baurechtlichen oder sonstigen Genehmigungsbedürftigkeit bestünde nach § 9 Abs. 5 FStrG die Notwendigkeit, dass eine Genehmigung direkt bei der zuständigen obersten Landesstraßenbaubehörde eingeholt wird. Hierbei würde es sich jedoch wiederum nur um eine *Genehmigung zur Errichtung* und nicht um eine solche zum Betrieb der Anlage handeln, weshalb die vorstehend genannten Regelungen auch auf diesen Fall nicht anwendbar sind.

2. Wasserrecht

Seit dem 1. September 2006 hat der Bund im Rahmen der Föderalismusreform die Gesetzgebungskompetenz über das Wasserhaushaltsrecht im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung erhalten⁸, wobei die Länder von den Bestimmungen dieses Bundesrechts – außer bei stoff- oder anlagenbezogenen Vorschriften – dann abweichen dürfen⁹.

a) Wasserrechtliche Erlaubnis und Bewilligung

Für die wasserrechtliche Zulassung der Wasserkraftnutzung durch Wasserkraftanlagen nach §§ 8, 10 und insbesondere §§ 12, 14 und 35 des Wasserhaushaltsgesetzes (WHG) in der seit dem 1. März 2010 geltenden Fassung existiert die Möglichkeit der Zulassung einer Wasserkraftanlage nach abweichendem Landesrecht grundsätzlich nicht, da Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 GG für diese „anlagenbezogene Regelung“ keine landesrechtlichen Ausnahmen zulässt. Hiernach bedarf jede Gewässerbenutzung nach § 8 WHG in der seit dem 1. März 2010 gültigen Fassung grundsätzlich einer behördlichen Zulassung in Gestalt der Erlaubnis oder der Bewilligung (§§ 8 und 10 WHG), wobei die Erlaubnis die Befugnis und die Bewilligung das Recht gewährt, ein Gewässer zu einem bestimmten Zweck in einer nach Art und Maß be-

⁸ Vorher Rahmengesetzgebung.

⁹ Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 GG.

stimmten Weise zu benutzen. Dementsprechend bestimmt das bundesrechtliche Wasserhaushaltsgesetz materiellrechtlich für Wasserkraftanlagen grundsätzlich die wasserrechtlichen Zulassungserfordernisse, die dann durch Landesrecht entsprechend ausgefüllt werden können, sowie grundsätzlich mit §§ 8 und 10 WHG die Voraussetzungen für die Möglichkeit, eine Erlaubnis bzw. Bewilligung für den Betrieb seiner Wasserkraftanlage zu erteilen.

Das Landeswasserrecht weist zwar nicht zuletzt aufgrund einer teilweise noch nicht vollständigen Anpassung der Landeswassergesetze an die konkurrierende Bundesgesetzgebung und das insoweit geänderte WHG eine gewisse Heterogenität auf. Zudem ist es nicht ausgeschlossen, dass landesrechtlich von der Bundesgesetzgebung abweichende Genehmigungstatbestände geschaffen werden. In den seit Inkrafttreten des novellierten WHG angepassten Landeswassergesetzen wurde jedoch von der Abweichungsmöglichkeit bisher kein Gebrauch gemacht. Daher sind bis auf Weiteres insbesondere für Wasserkraftanlagen, die nach 2010 genehmigt wurden und werden, regelmäßig die bundesrechtlichen Gestattungstatbestände des WHG einschlägig. Es ist deshalb praktisch ausgeschlossen, dass eine wasserrechtliche Erlaubnis, Bewilligung o.ä. für eine Wasserkraftanlage nach landesrechtlichen Regelungen erteilt wird.

Hiervon geht auch die Bundesnetzagentur im Rahmen ihrer Erläuterungen des Formulars zur Meldung von EE-Anlagen im Anlagenregister aus (Nr. 1.1)¹⁰:

„Genehmigungen sind dann registrieren zu lassen, wenn sie aufgrund eines Bundesgesetzes (z.B: Bundesimmissionsschutzgesetz oder Wasserhaushaltsgesetz) erlassen werden. Wird die Genehmigung nur aufgrund landesrechtlicher Bestimmungen erteilt, weil z.B. für die Anlage nur eine Baugenehmigung nach bauordnungsrechtlichen Bestimmungen erforderlich ist, ist sie nicht registrieren zu lassen. Dies gilt selbst dann, wenn vor Genehmigung der Anlage ein vorhabenbezogener Bebauungsplan nach dem Baugesetzbuch erlassen wird.“

Dessen unbeschadet sollte bei Wasserkraftanlagen sicherheitshalber stets geprüft werden, ob die wasserrechtliche Zulassung der Wasserkraftnutzung durch Wasserkraftanlagen aufgrund von §§ 8, 10 und insbesondere §§ 12, 14 und 35 WHG erteilt worden ist, oder aufgrund einer landesrechtlichen Regelung.

b) Wasserrechtliche Planfeststellung

In Einzelfällen kann auch ein wasserrechtliches Planfeststellungsverfahren nach §§ 19, 68 WHG erforderlich sein, wenn gleichzeitig mit dem Bau einer Wasserkraftanlage ein Gewässer Ausbau nach § 67 Abs. 2 WHG durchgeführt werden soll:

„Gewässer Ausbau ist die Herstellung, die Beseitigung und die wesentliche Umgestaltung eines Gewässers oder seiner Ufer. Ein Gewässer Ausbau liegt nicht vor, wenn ein Gewässer nur für einen begrenzten Zeitraum entsteht und der Wasserhaushalt dadurch nicht er-

¹⁰ Version 8, Stand: 16. Januar 2015, Link:

http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/ErneuerbareEnergien/Anlagenregister/Erlaeuterung_Anmeldung_Anlagenregister.pdf?blob=publicationFile&v=1.

heblich beeinträchtigt wird. Deich- und Dammbauten, die den Hochwasserabfluss beeinflussen, sowie Bauten des Küstenschutzes stehen dem Gewässerausbau gleich.“

Das wasserrechtliche Verfahren wird dann nach § 68 Abs. 1 WHG i.V. mit §§ 72 VwVfG durchgeführt. Die Planfeststellungsbehörde entscheidet in diesem Fall in Form einer Zuständigkeitskonzentration auch über die Erteilung der wasserrechtlichen Gestattung der Benutzung des Gewässers durch die Wasserkraftanlage (§ 19 Abs. 1 WHG).

Wird ein solches Planfeststellungsverfahren durchgeführt und sollte dies im Einzelfall sogar nach Landesrecht durchgeführt werden, weil das Planfeststellungsverfahren dem Landesrecht unterliegt, wird die Gestattung oder Bewilligung der Gewässerbenutzung durch eine Wasserkraftanlage jedoch immer noch nach einer Bestimmung des Bundesrechts erteilt. Grundlagen für die Erteilung der Gestattung oder Bewilligung der Gewässerbenutzung sind weiterhin die bundesrechtlichen §§ 8, 10 und insbesondere §§ 12, 14 und 35 WHG.

Gleiches gilt dann, wenn im Einzelfall die Notwendigkeit eines Planfeststellungsverfahrens besteht, z.B. aus¹¹

- Eisenbahnrecht,
- Wasserstraßenrecht,
- Abfallrecht oder
- Straßenrecht

Sofern sich hier überhaupt eine Konzentrationswirkung nach § 19 Abs. 1 WHG ergeben würde und das daran anschließende Planfeststellungsverfahren nach Landesrecht durchgeführt werden würde, würde die Gestattung oder Bewilligung der Gewässerbenutzung durch eine Wasserkraftanlage auch hier noch nach Bundesrecht erfolgen.

3. Seeanlagenrecht

Die Seeanlagenverordnung (SeeAnIV), die die wesentlichen Grundlagen für die Zulässigkeit der Errichtung und des Betriebes von Windenergieanlagen in der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone regelt, ist aufgrund der Verordnungsermächtigung in § 9 Abs. 1 Nr. 4a i.V. mit Abs. 2 Nr. 1 des Seeaufgabengesetzes (SeeAufgG) ergangen. Hierbei handelt es sich um eine bundesrechtliche Verordnung, da sie zum einen aufgrund des bundesgesetzlichen SeeAufgG und zum zweiten durch das Bundesministerium für Verkehr erlassen worden ist. Die Zuständigkeit für die Genehmigung der Errichtung und des Betriebes der Anlagen liegt außerdem nach § 6 Abs. 1 SeeAnIV beim Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie, also einer Bundesbehörde.

Gleiches gilt auch, wenn die Errichtung und der Betrieb der in § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 SeeAnIV¹² genannten Anlagen sowie die wesentliche Änderung solcher Anlagen oder ihres

¹¹ Vgl. Beispiele bei Czychowski/Reinhardt, WHG, 10. Aufl., § 19 Rdn. 7 ff.

¹² „Anlagen im Sinne dieser Verordnung sind alle festen oder nicht nur zu einem kurzfristigen Zweck schwimmend befestigten baulichen oder technischen Einrichtungen, einschließlich Bauwerke und künstlicher Inseln, sowie die jeweils für die Errichtung und den Betrieb erforderlichen Nebeneinrichtungen, die
1. der Erzeugung von Energie aus Wasser, Strömung und Wind,

Betriebes nach § 2 Abs. 1 SeeAnIV einer Planfeststellung bedarf. Nach § 2 Abs. 2 SeeAnIV ist die Anhörungs- und Planfeststellungsbehörde sowie die Plangenehmigungsbehörde ebenfalls das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie.

Hieran ändert auch § 8 SeeAnIV nichts, wonach für die Feststellung des Plans, die Plangenehmigung oder die Genehmigung das Einvernehmen der örtlich für das Seegebiet, in dem die Anlage errichtet werden soll oder betrieben wird, zuständigen Wasser- und Schifffahrtsdirektion notwendig ist. Hierbei handelt es sich nur um eine Einvernehmensregelung, die zu keiner Einordnung der Feststellung des Plans oder der (Plan-) Genehmigung als landesrechtliche Maßnahme führen kann.

Auch die Klarstellung in § 9 SeeAnIV, dass für Anlagen, die als Vorhaben nach den §§ 3 bis 3f des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG) einer Umweltverträglichkeitsprüfung bedürfen, eine Umweltverträglichkeitsprüfung nach diesem Gesetz durchzuführen ist, ändert die Einordnung der Feststellung des Plans oder der (Plan-) Genehmigung als bundesrechtliche Maßnahme nicht. Zum einen handelt es sich beim UVPG selber um Bundesrecht. Zum anderen ist eine nach § 9 SeeAnIV i.V. mit UVPG durchzuführende Umweltverträglichkeitsprüfung immer und damit auch in diesem Falle unselbständiger Teil des Planfeststellungsverfahrens¹³.

4. „Zulassung“ nach anderen Gesetzen, insbesondere Bergrecht

Der Betrieb folgender, potentiell in den Anwendungsbereich des EEG fallender Anlagen ist nach anderen Gesetzen, insbesondere nach Bergrecht, zulassungspflichtig:

- Geothermieranlagen und
- Grubengasanlagen.

a) Geothermieranlagen

Die Zulässigkeit des Betriebs von Tiefen-Geothermieranlagen, die ggf. zur Stromerzeugung im Rahmen der jeweiligen Fassungen des EEG genutzt werden, beurteilt sich insbesondere nach Berg- und nach Wasserrecht:

aa) Bergrecht

Erdwärme und die im Zusammenhang mit ihrer Gewinnung auftretenden anderen Energien (insgesamt definiert als „Erdwärme“) gelten nach § 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b) des Bundesberggesetzes (BBergG) als bergfreier Bodenschatz. Die Gewinnung von Erdwärme unterliegt daher grundsätzlich der bergrechtlichen Genehmigungsbedürftigkeit. Diese beurteilt sich nach Maßgabe des BBergG, d.h. nach Bundesrecht.

2. der Übertragung von Energie aus Wasser, Strömung und Wind (...)
dienen.“

¹³ Schmälter, in: Danner/Theobald, Energierecht, EL 74, § 9 SeeAnIV, Rdn. 2.

Für die Aufsuchung und Gewinnung von Erdwärme bedarf es einer Bergbauberechtigung. Die zuständige Bergbehörde erteilt diese durch Verwaltungsakt. Die Bergbauberechtigung gewährt dem Inhaber dann das Recht auf Nutzung des Bodenschatzes. In §§ 6 bis 8 BBergG wird zwischen der Erlaubnis zur Aufsuchung der Bodenschätze (§ 7 BBergG) und der Bewilligung der Gewinnung derselben (§ 8 BBergG) unterschieden. Sofern für eines nach dem Bergrecht zuzulassenden Vorhaben eine Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung nach § 57c BBergG in Verbindung mit der Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung bergbaulicher Vorhaben (UVPV-Bergbau) besteht, erfolgt die Zulassung im Rahmen eines bergrechtlichen Planfeststellungsverfahrens (§ 52 BBergG). Eine entsprechende Pflicht zur Durchführung einer UVP und eines Planfeststellungsverfahrens besteht beispielsweise bei Tiefbohrungen zur Gewinnung von Erdwärme ab 1.000 m Teufe in ausgewiesenen Naturschutzgebieten. Die Versagungsgründe für eine Erlaubnis oder eine Bewilligung bzw. für einen Planfeststellungsbeschluss sind in §§ 11 und 12 BBergG enthalten. Treffen diese nicht zu, hat der Antragsteller – auch im Falle der bergrechtlichen Planfeststellung – einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Erlaubnis, Bewilligung oder des Planfeststellungsbeschlusses.

Die näheren Einzelheiten einer Aufsuchung oder einer Gewinnung eines Bodenschatzes werden in §§ 50 ff. BBergG durch entsprechende Betriebspläne geregelt. Der „Hauptbetriebsplan“ stellt den Umfang, die technische Durchführung und die Dauer des beabsichtigten Vorhabens sowie den Nachweis des Vorliegens der gesetzlichen Vorgaben dar (§ 52 Abs. 1 und 4 BBergG). Diese Betriebspläne bedürfen der Zulassung durch die zuständige Bergbehörde (§ 51 Abs. 1 BBergG). Die Zulassung des jeweiligen Betriebsplans¹⁴ ist zu erteilen, wenn er den gesetzlichen Anforderungen entspricht (§ 55 Abs. 1 BBergG). Dementsprechend ergeben sich sowohl die Zulassungsbedürftigkeit des Betriebsplans als auch dessen Zulassung selber nach Bundesrecht.

Dem stehen auch nicht die Zuständigkeitsregelungen im BBergG entgegen. Nach § 142 BBergG bestimmen zwar die Landesregierungen oder die von ihnen bestimmten Stellen die für die Ausführung des BBergG Gesetzes zuständigen Behörden, soweit nicht Bundesbehörden zuständig sind. Unberührt bleiben außerdem nach Satz 2 der Regelung Vorschriften des Landesrechts, nach denen für ein Land Behörden eines anderen Landes zuständig sind. Bei dem Vollzug der Regelungen des BBergG handelt es sich jedoch – soweit eine Landesbehörde den Vollzug des BBergG übernimmt – um eine Verwaltung in eigenen Angelegenheiten, die aber der Klassifizierung der „Zulassung nach Bundesrecht“ nicht entgegensteht. Die Zuständigkeiten der Landesbehörden für den Vollzug des BBergG ergäben sich dann nach entsprechenden Ausführungs-/Durchführungsverordnungen der Länder, die auf § 32 Abs. 3, § 68 Abs. 1 Satz 2 und § 142 BBergG gestützt sind¹⁵.

¹⁴ §§ 54 ff. BBergG.

¹⁵ Vgl. Verordnung zur Übertragung von Ermächtigungen nach dem Bundesberggesetz des Landes Brandenburg vom 25. Juli 1991, Link: http://www.bravors.brandenburg.de/sixcms/detail.php?gsid=land_bb_bravors_01.c.15365.de; Thüringer Verordnung zur Bestimmung von Zuständigkeiten nach dem Bundesberggesetz und dem Lagerstättengesetz sowie zur Übertragung von Ermächtigungen vom 1. November 2002, Link: <http://www.umwelt-online.de/recht/berg/th/zust.htm>.

Dementsprechend ergibt sich eine „Zulassung“ sowohl des Betriebs einer Geothermieanlage selber als auch die Zulassung des entsprechenden Betriebsplans nach Bundesrecht im Sinne von § 61 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2, § 100 Abs. 3 und § 102 Nr. 3 EEG 2014 bzw. § 2 Nr. 2 und § 5 Abs. 3 der Anlagenregisterverordnung.

bb) Wasserrecht

Wasserrechtlich kann bei Geothermieanlagen eine Genehmigungspflichtigkeit bestehen, wenn bei der Bohrung grundwasserführende Schichten berührt werden. Dann kann ein „Einbringen von Stoffen in Gewässer“ im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG vorliegen¹⁶. Wie vorstehend unter Nr. 2 dargestellt, handelt es sich dann in den allermeisten Fällen um eine „Genehmigung nach Bundesrecht“.

cc) Ergebnis für Geothermieanlagen

Unabhängig davon, ob die Zulassung des Betriebs einer Geothermieanlage, wie grundsätzlich, dem Bergrecht unterliegt, oder außerdem noch dem Wasserrecht, handelt es sich in beiden Fällen um eine „Zulassung nach Bundesrecht“.

b) Grubengasanlagen

Die Zulässigkeit des Betriebs von Grubengasanlagen beurteilt sich nach Berg-, Immissionsschutz- und Baurecht:

aa) Bergrecht

Die unterirdischen Teile von Grubengasgewinnungsanlagen sind für ihren Betrieb nach dem Bergrecht genehmigungsbedürftig, da Grubengas nach § 3 Abs. 3 Satz 1, 3. Teilsatz, BBergG zu den bergfreien Bodenschätzen zählt. Diese bergrechtliche Genehmigungsbedürftigkeit beurteilt sich genauso wie bei Geothermieanlagen, weshalb auf die vorstehenden Ausführungen unter a) aa) verwiesen wird.

bb) Immissionsschutzrecht

Die oberirdischen Teile von Grubengasgewinnungsanlagen unterliegen für ihren Betrieb der Genehmigungsbedürftigkeit nach dem Immissionsschutzrecht. Damit fallen diese Anlagenteile, soweit sie Grubengas-Stromerzeugungsanlagen oder deren EEG-Bestandteile sind¹⁷, in jedem Falle in den Anwendungsbereich der Regelungen in § 61 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2, § 100 Abs. 3 und § 102 Nr. 3 EEG 2014 bzw. § 2 Nr. 2 und § 5 Abs. 3 der Anlagenregisterverordnung.

¹⁶ Czychowski/Reinhardt, WHG, 10. Aufl., § 9 Rdn. 64 m.w.N.

¹⁷ Vgl. zur Abgrenzung § 5 Nr. 1 EEG 2014 und die Entscheidung der Clearingstelle EEG im Verfahren 2012/19, Rdn. 18ff., Link: <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2012/19>.

cc) Baurecht

Soweit im Rahmen einer Konzentrationswirkung eines Spezialgesetzes nicht auch baurechtliche Zulässigkeitsfragen geprüft werden würden (z.B. BImSchG und 4. BImSchV), unterliegen bauliche Anlagen von Grubengasanlagen auch der Notwendigkeit einer baurechtlichen Genehmigung. Diese stellt jedoch, wie vorstehend unter Nr. 1 dargelegt, keine bundesrechtliche Genehmigung dar, sondern eine landesrechtliche. Dies gilt auch, wenn es sich um im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BauGB privilegierte bauliche Anlagen handelt.

dd) Ergebnis für Grubengasanlagen

Der Betrieb von Grubengasanlagen bedarf der Zulassung nach dem Bergrecht und ggf. dem Immissionsschutzrecht. Hierbei handelt es sich in beiden Fällen um eine „Zulassung nach einer Bestimmung des Bundesrechts“ im Sinne von § 100 Abs. 3 und § 102 Nr. 3 EEG 2014 sowie § 2 Nr. 2 und § 5 Abs. 3 AnlRegV. Eine im Einzelfall notwendige baurechtliche Zulassung von einzelnen baulichen Anlagen von Grubengasanlagen ergeht jedoch nicht nach Bundesrecht, sondern nach dem jeweiligen Landesbaurecht.

C – Änderung der Begriffe „genehmigungsbedürftige Anlage“ durch die Freiflächenverordnung

Aufgrund der „Verordnung zur Einführung von Ausschreibungen der finanziellen Förderung für Freiflächenanlagen sowie zur Änderung weiterer Verordnungen zur Förderung der erneuerbaren Energien“¹⁸, die am 28. Januar 2015 vom Bundeskabinett beschlossen worden ist und deren Artikel 4 am 1. März 2015 in Kraft treten soll, werden sowohl die Begriffe „genehmigungsbedürftige Anlage“ nach der Anlagenregisterverordnung als auch das Verfahren für die Registrierung einer genehmigungsbedürftigen Anlage im Anlagenregister geändert. Diese Rechtsänderung entfaltet jedoch nur Wirkung auf die Registrierungspflicht der Anlage nach der Anlagenregisterverordnung. Sie hat keine Auswirkungen auf die Auslegung der Begriffe „Zulassung einer Anlage nach einer Bestimmung des Bundesrechts“ im Sinne von § 100 Abs. 3 und § 102 Nr. 3 EEG 2014.

Ansprechpartner:

Christoph Weißenborn

Tel.: +49 30 300199 – 1514

christoph.weissenborn@bdew.de

¹⁸ Nicht-amtliche Lesefassung der beschlossenen Verordnung unter folgendem Link: http://www.erneuerbare-energien.de/EE/Redaktion/DE/Downloads/Verordnungen/photovoltaik-freiflaechenausschreibungsverordnung.pdf?__blob=publicationFile&v=7.