



Bundesministerium für Wirtschaft und Energie • 11019 Berlin

Clearingstelle EEG
Charlottenstraße 65
10117 Berlin

Herrn Dr. Sebastian Lovens

TEL.-ZENTRALE +49 30 18615 0
FAX +49 30 18615 7010
INTERNET www.bmwi.de

BEARBEITET VON RD Dr. Wustlich
TEL +49 30 18615 6615
FAX
E-MAIL guido.wustlich@bmwi.bund.de
AZ IIB2

DATUM Berlin, 2. Februar 2015

BETREFF Empfehlungsverfahren 2014/27 - Zulassung nach Bundesrecht

Sehr geehrter Herr Dr. Lovens,

vielen Dank für die Einladung zur Stellungnahme im Rahmen des Empfehlungsverfahrens 2014/27 zum Begriff der Zulassung nach Bundesrecht.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) begrüßt die Durchführung dieses Empfehlungsverfahrens. Es kann einen wichtigen Beitrag zu einer bundesweit einheitlichen Anwendung insbesondere der Übergangsregelungen des EEG 2014 leisten und so eventuelle Rechtsunsicherheiten bei Anlagenbetreibern und Netzbetreibern über die maßgeblichen Vergütungssätze vermeiden.

Gegenstand des Empfehlungsverfahrens sind folgende Normen des EEG 2014, in denen der Begriff der Zulassung nach einer Bestimmung des Bundesrechts verwendet wird:

- § 100 Absatz 3 EEG 2014 – Übergangsbestimmung für eine Inanspruchnahme der Förderung nach EEG 2012
- § 102 Nummer 3 EEG 2014 – Übergangsbestimmung zur Umstellung auf Ausschreibungen

HAUSANSCHRIFT Scharnhorststraße 34 - 37
10115 Berlin

VERKEHRSANBINDUNG U6 Naturkundemuseum
S-Bahn Berlin Hauptbahnhof

- § 2 Nummer 2 und § 5 Absatz 3 AnlRegV – Verpflichtung zur Registrierung von Genehmigungen

Zu § 2 Nummer 2 und § 5 Absatz 3 AnlRegV ist darauf hinzuweisen, dass diese Bestimmung mit Erlass der vom Bundeskabinett am 28. Januar 2015 beschlossenen Freiflächenausschreibungsverordnung mit Wirkung zum 1. März 2015 geändert wird (vgl. Artikel 4 Nummer 1 und 4 sowie Artikel 5 der Verordnung zur Einführung von Ausschreibungen der finanziellen Förderung für Freiflächenanlagen sowie zur Änderung weiterer Verordnungen zur Förderung der erneuerbaren Energien¹). Der Begriff der Zulassung nach einer Bestimmung des Bundesrechts wird danach in der AnlRegV nicht länger verwendet. Auf eine Stellungnahme zu § 2 Nummer 2 und § 5 Absatz 3 AnlRegV wird vor diesem Hintergrund verzichtet. Es wird angeregt, in der Empfehlung auf diese Rechtsänderung einzugehen.

Im Übrigen nimmt das BMWi wie folgt Stellung:

1. Einheitliche Auslegung

Im EEG 2014 wird der Begriff der Zulassung des Bundesrechts in verschiedenen Regelungen verwendet. Neben jenen, die Gegenstand des vorliegenden Empfehlungsverfahrens sind, stellt auch § 61 Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 EEG 2014 im Rahmen der Einbeziehung der Eigenversorgung in die EEG-Umlage auf diesen Rechtsbegriff ab. Zwar hat sich der Gesetzgeber nicht für eine Legaldefinition in den Begriffsbestimmungen des § 5 EEG 2014 entschieden, so dass die Berücksichtigung normspezifischer Sonderkonstellationen nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist. Nichtsdestotrotz hat die Auslegung nach Auffassung des BMWi wie auch im übrigen EEG einheitlich grundsätzlich zu erfolgen, um eine möglichst konsistente und in sich schlüssige Anwendungspraxis zu gewährleisten.

¹ <http://www.erneuerbare-energien.de/EE/Redaktion/DE/Downloads/Verordnungen/photovoltaik-freiflaechenausschreibungsverordnung.html>

2. § 100 Absatz 3 EEG 2014

a) Gegenstand, Sinn und Zweck der Regelung

§ 100 Absatz 3 EEG 2014 ermöglicht den Betreibern von Anlagen, die nach dem 31. Juli 2014 und vor dem 1. Januar 2015 in Betrieb genommen worden sind, die Inanspruchnahme einer Förderung nach den Vergütungssätzen des EEG 2012, wenn ihre Anlagen nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftig sind oder ihr Betrieb einer Zulassung nach einer anderen Bestimmung des Bundesrechts bedarf und sie vor dem 23. Januar 2014 genehmigt oder zugelassen worden sind.

§ 100 Absatz 1 und 3 EEG 2014 zielt darauf, das Vertrauen in den Fortbestand der Förderbedingungen des EEG 2012 jener Anlagenbetreiber zu schützen, die durch eine vor dem 23. Januar 2014 erfolgte öffentlich-rechtliche Genehmigung bzw. Zulassung ihres Vorhabens über eine gesicherte Rechtsposition verfügen. Ihnen wird die Inanspruchnahme einer Förderung nach den Fördersätzen des EEG 2012 ermöglicht, soweit sie die Anlage spätestens am 31. Dezember 2014 in Betrieb genommen haben. Der Stichtag 23. Januar 2014 wurde mit Blick auf die an diesem Tag von der Bundesregierung in Meseberg beschlossenen Eckpunkte zur Reform des EEG gewählt. Diese zeichnen die wesentlichen Änderungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen insbesondere im Hinblick auf die künftigen Fördersätze vor. Mit dieser Ankündigung durch die Bundesregierung entfällt die Schutzwürdigkeit eines etwaigen Vertrauens in den Fortbestand des EEG 2012 und seiner Förderbedingungen. Wessen Anlage bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht genehmigt worden war und erst nach dem Inkrafttreten des EEG 2014 am 1. August 2014 in Betrieb genommen worden ist, kann folglich nicht mehr die Fördersätze des EEG 2012 für sich in Anspruch nehmen.

Diese Übergangsbestimmung gewährleistet eine zügige und umfassende Anwendung des EEG 2014 und vermeidet Vorzieheffekte, wie sie bei vergangenen Novellierungen des EEG teilweise der Fall waren. Insoweit dient § 100 Absatz 3 EEG 2014 auch dem übergeordneten Zweck der EEG-Reform 2014, die Kosten für die Förderung erneuerbarer Energien zügig abzusenken.

Dem im Rahmen des vorliegenden Empfehlungsverfahrens zu klärenden Begriff der Zulassung nach einer Bestimmung des Bundesrechts kommt dabei nach Auffassung des BMWi insbesondere die Funktion zu, eine bundesweit einheitliche Handhabung der Übergangsregelung zu gewährleisten. Es soll verhindert werden, dass gleiche Anlagenkonstellationen allein aufgrund der Belegenheit in verschiedenen Bundesländern mit jeweils unterschiedlichen Genehmigungsregimen unterschiedlich behandelt werden. Andernfalls würde für den identischen Anlagentyp in einem Bundesland Vertrauensschutz nach § 100 Absatz 3 EEG 2014 gewährt, während er in einem anderen aufgrund der Freistellung von Genehmigungserfordernissen nicht greifen könnte. Es käme zu einer Ungleichbehandlung, für die es im Hinblick auf die Zwecke des EEG 2014 eines besonderen sachlichen Grundes bedürfte.

b) Erfasste Zulassungstatbestände

Aus Sicht des BMWi bestehen vor dem Hintergrund der soeben genannten Ziele keine Bedenken, die im Eröffnungsbeschluss unter 2. (b) bis (d) genannten Tatbestände unter den Begriff der Zulassung nach einer Bestimmung des Bundesrechts zu subsumieren. Insofern können gerade auch Windenergieanlagen auf See, Wasserkraftanlagen und Geothermieanlagen von der Übergangsregelung profitieren, soweit ihre Inbetriebnahme noch vor dem 31. Dezember 2014 erfolgt ist. Ihre Betreiber können damit insbesondere auch den in den Anlagen erzeugten Strom unabhängig von der Anlagengröße noch im Rahmen der festen Einspeisevergütung vermarkten. Bei Wasserkraftanlagen gilt allerdings die Einschränkung, dass § 100 Absatz 3 EEG 2014 nur auf Neuanlagen, nicht aber auf die Ertüchtigung bestehender Wasserkraftanlagen anzuwenden ist. Für diese gibt es mit § 100 Absatz 1 Nummer 7 EEG 2014 eine eigenständige Regelung, wonach für die Inanspruchnahme einer Vergütung nach EEG 2012 die Ertüchtigung vor dem 1. August 2014 abgeschlossen worden sein muss.

c) Baugenehmigungen

Die im Eröffnungsbeschluss unter 2. (a) genannten Baugenehmigungen sind grundsätzlich nicht als Zulassung nach einer Bestimmung des Bundesrechts anzusehen. Teilweise wird dies in Branchen- und Fachkreisen mit dem Argument gefordert, dass im Rahmen der Erteilung von Baugenehmigungen stets auch bundesrechtliche Vorschriften maßgeblich seien, insbesondere die

bauplanungsrechtlichen Bestimmungen der §§ 29 ff. BauGB. Zudem sei etwa in § 35 Absatz 1 BauGB die planungsrechtliche Zulässigkeit von Erneuerbare-Energien-Anlagen im Außenbereich speziell geregelt. Dem ist nicht zu folgen. Dass einzelne Voraussetzungen für die Erteilung einer Genehmigung in Bundesgesetzen geregelt sind, führt allein nicht dazu, dass die Genehmigung selbst als eine Zulassung nach Bundesrecht anzusehen ist. Stattdessen kommt es grundsätzlich darauf an, dass die Rechtsgrundlage für die Genehmigungserteilung eine bundesrechtliche ist. Rechtsgrundlage ist die Bestimmung, aus der sich für den Antragsteller unmittelbar das subjektiv-öffentliche Recht auf Genehmigungserteilung ergibt.

Diese Auslegung dient dem eingangs skizzierten Zweck einer bundesweit einheitlichen Anwendung des § 100 Absatz 3 EEG 2014. Denn im Rahmen des Bauordnungsrechts können die Länder selbst bestimmen, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang sie eine Genehmigungspflicht für bauliche Anlagen vorsehen oder diese genehmigungs- bzw. gänzlich verfahrensfrei stellen. So finden sich in den Landesbauordnungen etwa zu Photovoltaikanlagen und Windenergieanlagen an Land (letztere bedürfen bei einer Höhe von unter 50 Meter keiner immissionsschutzrechtlichen Genehmigung) unterschiedliche Regelungen zu Verfahrens- bzw. Genehmigungsfreistellungen. Bei Photovoltaik-Dachanlagen sehen manche Bundesländer etwa die Einholung einer Baugenehmigung ausnahmsweise vor, wenn die Anlage auf einem denkmalgeschützten Gebäude errichtet werden soll, andere nicht. Freiflächenanlagen sind in einigen Bundesländern bis zu einer bestimmten Anlagengröße von der Pflicht zur Einholung einer Baugenehmigung befreit. Die Baugenehmigung als Zulassung nach einer Bestimmung des Bundesrechts anzusehen, kann in diesen Fällen folglich zu den eingangs beschriebenen Ungleichbehandlungen führen. Bei Photovoltaik-Dachanlagen könnte dabei die Anwendbarkeit der Vergütungsbestimmungen des EEG 2012 sogar von Nachteil sein und damit den Vertrauensschutz konterkarieren. Denn das EEG 2012 sieht in dessen § 33 für diese Anlagen das sog. Marktintegrationsmodell vor. Dieses wird nach § 100 Absatz 1 Nummer 4 EEG 2014 für Bestandsanlagen fortgeführt, für Neuanlagen nach dem EEG 2014 hingegen abgeschafft. Nach § 33 Absatz 1 EEG 2012 wird bei Anlagen mit einer installierten Leistung von 10 bis einschließlich 1000 kW die geförderte Strommenge eines Kalenderjahres auf 90 Prozent begrenzt. Für Strom, der über diesen Anteil hinaus eingespeist wird, erhält der Anlagenbetreiber nur den Börsenstrompreis. Mit

Abschaffung des Marktintegrationsmodells durch das EEG 2014 bei Neuanlagen wird hingegen wieder die volle eingespeiste Strommenge finanziell gefördert. Somit kann im Bereich der Gebäude-PV die Anwendung des § 100 Absatz 3 EEG 2014 die Höhe der vom Anlagenbetreiber zu erzielenden Einnahmen beeinträchtigen. Hier würde somit Sinn und Zweck des § 100 Absatz 3 EEG 2014 als Übergangsregelung zur Gewährung von Vertrauensschutz teilweise in sein Gegenteil verkehrt, ließe man bereits das Vorliegen einer Baugenehmigung genügen. Ungeachtet dieses schwerlich zu rechtfertigenden Ergebnisses dürfte diese ausnahmsweise Fortführung des Marktintegrationsmodells für einige nach Inkrafttreten des EEG 2014 in Betrieb genommene Anlagen auch in der Abrechnungspraxis der Netzbetreiber kaum umzusetzen sein, da letztere das Vorliegen einer Baugenehmigung bei Photovoltaikanlagen regelmäßig nicht von sich aus abfragen dürften.

Im Sinne einer einheitlichen Anwendung des § 100 Absatz 3 EEG 2014, die Rechtssicherheit für Anlagenbetreiber und Netzbetreiber schafft, sind Baugenehmigungen nach Auffassung des BMWi somit grundsätzlich nicht als Zulassungen nach Bundesrecht anzusehen.

Eine andere Auslegung erscheint allenfalls in Konstellationen vertretbar, in denen zum einen Ungleichbehandlungen auf Grund divergierender landesspezifischer Genehmigungsbestimmungen und –freistellungen ausgeschlossen sind und zum anderen der mit § 100 Absatz 3 EEG 2014 intendierte Vertrauensschutz eine solche Abweichung rechtfertigt. Ungleichbehandlungen können dann ausgeschlossen werden, wenn zum maßgeblichen Stichtag 23. Januar 2014 in sämtlichen Landesbauordnungen der betreffende Anlagentyp der Pflicht zur Einholung einer Baugenehmigung unterliegt. Eine solche in engen Grenzen mögliche Ausweitung des Begriffs der Zulassung nach Bundesrecht kann etwa im Bereich der Stromerzeugung aus Biogas in Betracht kommen. Hier ist nach Kenntnis des BMWi davon auszugehen, dass z.B. Biogasanlagen zur Vor-Ort-Verstromung (bestehend aus Vergärungs- und Energieerzeugungsanlage) in allen Bundesländern einer Baugenehmigung bedürfen, wenn sie nicht bereits nach Anhang 1 der 4. BImSchV immissionsschutzrechtlich genehmigt werden müssen. Sind Verwerfungen mangels unterschiedlicher Landesregelungen somit nicht zu befürchten, spricht im Gegenzug der Zweck der Übergangsregelung, bei verfestigten Rechtspositionen das Vertrauen in den

Fortbestand der Förderbedingungen des EEG 2012 zu schützen, für die Anwendung des § 100 Absatz 3 EEG 2014 unabhängig davon, ob die Anlage vor dem 23. Januar 2014 immissionsschutzrechtlich oder „nur“ baurechtlich genehmigt worden ist. Daher erscheint es hier vertretbar, ausnahmsweise die Baugenehmigung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung gleichzustellen und so ein vergleichbares Vertrauensschutzniveau herzustellen.

3. § 102 Nummer 3 EEG 2014

Nach der Übergangsbestimmung zur Umstellung auf Ausschreibungen in § 102 Nummer 3 EEG 2014 können bestimmte Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien auch ohne einen Zuschlag im Rahmen von Ausschreibungen eine finanzielle Förderung in Anspruch nehmen. Voraussetzung hierfür ist eine vor dem 1. Januar 2017 erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung oder andere Zulassung nach einer Bestimmung des Bundesrechts sowie die Inbetriebnahme der Anlage vor dem 1. Januar 2019. Für Windenergieanlagen auf See und Geothermieanlagen regelt § 102 Nummer 1 und 2 EEG 2014 wegen der längeren Planungs- und Genehmigungszeiträumen abweichende Fristen. Sinn und Zweck von § 102 EEG 2014 ist es, Planungs- und Investitionsunsicherheiten auf Grund der erst in einem künftigen Gesetzgebungsverfahren zu klärenden konkreten Ausschreibungsbedingungen zu vermeiden. Projektierer sollen weiterhin Erneuerbare-Energien-Anlagen planen und umsetzen, so dass insbesondere der Ausbaupfad des § 3 EEG 2014 auch in der Zeit unmittelbar vor und nach der Umstellung auf Ausschreibungen erreicht werden kann und Fadenrisse vermieden werden.

In diesem Zusammenhang ist der Begriff der Zulassung nach Bundesrecht im Sinne der eingangs skizzierten Einheitlichkeit ebenso wie für § 100 Absatz 3 EEG 2014 eng auszulegen. Die im Eröffnungsbeschluss unter 2. (b) bis (d) genannten Tatbestände sind nach Auffassung des BMWi Zulassungen nach Bundesrecht. Für die unter 1. (a) genannte Baugenehmigung hingegen gilt dies aus den unter 2. c) genannten Gründen nicht. Für eine abweichende Auslegung in Ausnahmefällen, die wie dargelegt im Rahmen des § 100 Absatz 3 EEG 2014 für vertretbar gehalten wird, besteht hierbei nach Auffassung des BMWi kein Raum. Während bei § 100 Absatz 3 EEG 2014 der maßgebliche Stichtag in der Vergangenheit liegt, so dass sich das Vorliegen einer

bundesweit einheitlichen Baugenehmigungspflicht ohne weiteres erfassen lässt, stellt die Übergangsbestimmung zu Ausschreibungen mit dem 1. Januar 2017 auf einen zukünftigen Zeitpunkt ab. Inwiefern die Landesbauordnungen zu diesem Zeitpunkt einheitliche Genehmigungsvoraussetzungen regeln, ist damit noch unsicher. Mit Blick auf den Zweck des § 102 Nummer 3 EEG 2014, Planungs- und Investitionssicherheit zu schaffen, wäre eine solche Auslegung damit kontraproduktiv.

3. Zusammenfassung

Nach Auffassung des BMWi ist der Begriff der Zulassung nach Bundesrecht im EEG grundsätzlich einheitlich dahingehend auszulegen, dass es maßgeblich auf die Bestimmung ankommt, welche unmittelbar die Rechtsgrundlage für eine Genehmigung bzw. Zulassung bildet.

Daraus folgt, dass die im Eröffnungsbeschluss unter 2. (b) bis (d) genannten Regelungen unter den Begriff zu subsumieren sind, während Baugenehmigungen (2. (a) des Eröffnungsbeschlusses) grundsätzlich nicht hierunter fallen.

Eine Ausnahme vom Ausschluss der Baugenehmigungen ist aus Sicht des BMWi ausschließlich im Anwendungsbereich des § 100 Absatz 3 EEG 2014 ausnahmsweise dann vertretbar, wenn zum einen Ungleichbehandlungen auf Grund divergierender landesspezifischer Genehmigungsbestimmungen ausgeschlossen sind und zum anderen der intendierte Vertrauensschutz für verfestigte Rechtspositionen eine solche Abweichung rechtfertigt.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag



Dr. Wustlich