

## Stellungnahme des Fachverbandes Biogas e.V.

zu dem Empfehlungsverfahren „Zulassung der Anlage nach Bundesrecht“ gegenüber der Clearingstelle EEG (Aktenzeichen 2014/27).

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?

Freising, 21. Januar 2015



## A. Fragestellung

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?

## B. Entscheidungsvorschlag des Fachverbandes Biogas e.V.

- I. Im Hinblick auf nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftige Anlagen wird eine Empfehlung zu der folgenden, eine Vielzahl an Anlagen betreffenden Frage angeregt:

Ist im Fall einer wesentlichen Änderung hinsichtlich der in § 100 Abs. 3 und § 102 Nr. 3 EEG 2014 genannten Zeitpunkte (vor dem 23.01.2014 bzw. 01.01.2017 genehmigt) auf die ursprüngliche Genehmigung oder die Änderungsgenehmigung abzustellen?

Nach der Auffassung des Fachverbandes Biogas e.V. sprechen insbesondere der Wortlaut sowie Gründe des Vertrauensschutzes dafür, dass auf der Zeitpunkt der ursprünglichen Genehmigung entscheidend ist.

- II. Eine Zulassung nach Bundesrecht liegt auch bei (Biogas-)Anlagen vor, die auf der Grundlage des öffentlichen Baurechts genehmigt sind. Das Baugesetzbuch als Bundesrecht gibt sowohl einem Bebauungsplan als auch einer Baugenehmigung das wesentliche Gepräge. Zum anderen ist eine Gleichbehandlung von Genehmigungen nach dem Baurecht mit denen nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz infolge der gleichen Verfahrensdauern, des gleichen Umfangs an Genehmigungsunterlagen und der zu beteiligenden Stellen verfassungsrechtlich geboten.
- III. Die Wasserrechtliche Erlaubnis, Bewilligung oder Planfeststellung stellt eine Zulassung nach Bundesrecht dar, da sich die Rechtsgrundlagen für diese Zulassungen unmittelbar aus dem Wasserhaushaltsgesetz als Bundesgesetz ergeben.

## C. Stellungnahme

Die Stellungnahme ist zur Verbesserung der Übersichtlichkeit wie folgt gegliedert:

I.	<b>Gesetzliche Ausgangslage</b>	3
II.	<b>Ergänzungsvorschlag: Hinweis zur Änderungsgenehmigung i.S.d. § 16 BImSchG bei nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftigen Anlagen</b>	4
III.	<b>Einzelfragen des Verfahrens</b>	5
1.	Zulassung nach Bundesrecht bei einer Baugenehmigung	5
2.	Zulassung nach Bundesrecht bei einer wasserrechtlichen Erlaubnis, Bewilligung oder Planfeststellung	7

### I. Gesetzliche Ausgangslage

Sowohl in § 100 Abs. 3 als auch in § 102 Nr. 3 EEG 2014 identisch und lautet wie folgt:

„nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftig sind oder für ihren Betrieb einer Zulassung nach einer anderen Bestimmung des Bundesrechts bedürfen“.

Die **Anlagenregisterverordnung** bestimmt den Begriff der genehmigungsbedürftigen Anlage in § 2 Nr. 2 AnlRegV wie folgt:

„eine Anlage, deren Betrieb einer Genehmigung nach § 4 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Mai 2013 (BGBl. I S. 1274), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 2. Juli 2013 (BGBl. I S. 1943) geändert worden ist, oder einer Zulassung nach einer anderen Bestimmung des Bundesrechts bedarf.“

Auch § 5 Abs. 3 AnlRegV stellt auf Anlagen ab, die

„einer Zulassung nach einer anderen Bestimmung des Bundesrechts bedürfen.“

Diese Begrifflichkeiten werden im EEG und in der AnlRegV identisch gebraucht. Da die AnlRegV allerdings auf der Grundlage des § 93 EEG 2014 erlassen worden ist, sind die diesbezüglichen Auslegungsergebnisse zum EEG 2014 – in Ermangelung gegenteiliger Gesichtspunkte und infolge des zeitgleichen Erlasses - auf die AnlRegV zu übertragen.

## II. Ergänzungsvorschlag: Hinweis zur Änderungsgenehmigung i.S.d. § 16 BImSchG bei nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftigen Anlagen

Eine nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftige Anlage ist bereits nach dem Wortlaut vom Anwendungsbereich des § 100 Abs. 3 sowie § 102 Nr. 3 EEG 2014 sowie der AnlRegV erfasst. Fraglich ist jedoch, ob im Fall einer Änderungsgenehmigung nach § 16 BImSchG hinsichtlich des Zeitpunkts der Erteilung der Genehmigung auf den ursprünglichen genehmigenden Verwaltungsakt oder der Änderungsgenehmigung abzustellen ist.

Die Genehmigungsbedürftigkeit einer Anlagen nach dem BImSchG ergibt sich nach § 4 BImSchG i.V.m. der 4. BImSchV. Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn die Genehmigungsvoraussetzungen des § 6 BImSchG gegeben sind. Sofern nach einer erteilten Genehmigung, eine Änderung an einer genehmigungsbedürftigen Anlage vorgenommen werden muss, bedarf es im Fall einer sogenannten **wesentlichen Änderung i.S.d. § 16 BImSchG** einer Genehmigung.

In der Praxis stellt sich hinsichtlich einer solchen Änderungsgenehmigung in Bezug auf die in § 100 Abs. 3 und § 102 Nr. 3 EEG 2014 genannten Zeitpunkte (vor dem 23.01.2014 bzw. 01.01.2017 genehmigt) die Frage, ob der entscheidende Genehmigungszeitpunkt derjenige der **ursprünglichen Genehmigung oder der Änderungsgenehmigung nach § 16 BImSchG** ist.

**Der Fachverband Biogas bittet darum, auch diese Frage zu adressieren, von der eine Vielzahl an Anlagen betroffen ist.**

Der Wortlaut der Normen sowie Sinn und Zweck sprechen dafür, auf die ursprüngliche Genehmigung abzustellen.

Die Regelungen in **§ 100 Abs. 3 und § 102 Nr. 3 EEG 2014** („Anlagen, die ... nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz ... genehmigt“) sind **anlagenbezogen** ausgestaltet. Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs zum Anlagenbegriff umfasst der sogenannte weite Anlagenbegriff „die Gesamtheit aller funktional zusammengehörenden technisch und baulich notwendigen Einrichtungen“. <sup>1</sup> Erfolgt nun nach der Genehmigung einer Biogasanlage eine geringfügige Leistungserhöhung der BHKW-Leistung, so wird dies in der überwiegenden Genehmigungspraxis bereits als wesentliche Änderung i.S.d. § 16 BImSchG eingestuft. Es liegt zwar eine wesentliche Änderung im Rechtsinne vor, die Auswirkungen auf die Anlage

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 23.10.2013, VIII ZR 262/12, erster Leitsatz.

sind allerdings geringfügig. Die Änderungsgenehmigung hat keine Auswirkung auf die grundsätzliche Konzeption und die Komponenten der Biogasanlage. Im Ergebnis handelt es sich trotz der Änderung noch um den denselben Genehmigungsgegenstand; es liegt insbesondere kein Aliud vor.

Des Weiteren ist es nach dem **Wortlaut** der Regelungen lediglich erforderlich, dass die Anlage „genehmigt“ worden ist. Dabei fehlt ein expliziter eingrenzender Hinweis, dass die Anlage in ihrer derzeitigen Form vor dem Stichtag genehmigt sein musste. Es kommt daher lediglich darauf an, dass eine entsprechende Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz gegeben ist.

Der **Sinn und Zweck** dieser Regelungen liegt in der Berücksichtigung des **Vertrauensschutzes**; sie dienen also dem Investitionsschutz geplanter Projekte.<sup>2</sup> Schützenswertes Vertrauen - so die Gesetzesbegründung - manifestiere sich insbesondere durch die Genehmigung einer Anlage; das Vorhaben weise damit eine sichere rechtliche Grundlage auf, die es rechtfertigt, dass der einzelne seine Investitionen unter den alten Bedingungen abschließen könne.<sup>3</sup> Schützenswerte Investitionen werden vom Anlagenbetreiber - bereits und größtenteils - im Rahmen der ursprünglichen Genehmigung getätigt und mit dieser Genehmigung manifestiert sich sein schützenswertes Vertrauen. Würden diese Investitionen in Bezug auf die ursprüngliche Genehmigung nicht berücksichtigt werden, liefe der Vertrauensschutz weitgehend leer.

### III. Einzelfragen

Ob eine Zulassung bei einer Bergbauberechtigung oder einem bergrechtlichen Betriebsplan oder bei einer Planfeststellung nach dem Seeanlagenrecht eine Zulassung nach Bundesrecht darstellt, ist in Bezug auf Biogasanlagen nicht von Belang. Daher wird im Folgenden allein zu den Einzelfragen, ob eine Zulassung nach Bundesrecht auch bei einer Baugenehmigung und bei einer wasserrechtlichen Erlaubnis, Bewilligung oder Planfeststellung gegeben ist, Stellung genommen.

#### 1. Zulassung nach Bundesrecht bei einer Baugenehmigung

Die Entscheidung, ob für eine Biogasanlage ein Genehmigungsverfahren nach Baurecht oder nach dem BImSchG durchzuführen ist, ist bereits auf der Grundlage von Bundesrecht – nach der 4. BImSchV – zu treffen. Ergibt sich aus der 4. BImSchV, dass ein Genehmi-

---

<sup>2</sup> BT-Drs. 18/1304, S. 179/180 und 182.

<sup>3</sup> BT-Drs. 18/1304, S. 105.

gungsverfahren nach Baurecht durchzuführen ist, bestehen folgende Möglichkeiten: Das Recht zum Bau einer Biogasanlage nach dem öffentlichen Baurecht kann sich aufgrund eines Bebauungsplans oder einer Erteilung einer Baugenehmigung im Rahmen eines Baugenehmigungsverfahrens ergeben. In beiden Fällen bestimmen sich die maßgeblich einzuhaltenden Anforderungen und Voraussetzungen nach dem Bundesrecht.

Beim **vorhabenbezogenen Bebauungsplan** (z.B. Sondergebiet für den Einsatz erneuerbarer Energien, § 9 Abs. 1 lit. b BauGB) bestimmen die auf das Vorhaben zugeschnittenen Festsetzungen im Wesentlichen das Baurecht des Biogasanlagenbetreibers. Das Verfahren zur Aufstellung sowie die zulässigen Festsetzungen eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans sind **bundeseinheitlich** in § 12 (i.V.m. §§ 2-4c und §§ 8-10) BauGB geregelt. Ein Genehmigungsverfahren ist nicht zwingend erforderlich, denn nach § 62 Abs. 2 MBO<sup>4</sup> ist ein Bauvorhaben im Geltungsbereich eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans nach §§ 12, 30 Abs. 2 BauGB genehmigungsfrei gestellt. Diesbezüglich kann die Gemeinde zwar innerhalb eines Monats, die Durchführung des Genehmigungsverfahrens verlangen. Tut sie das allerdings nicht, darf der Bauherr (i.d.R. der Anlagenbetreiber) mit dem Bau beginnen. Die einzuhaltenden Bestimmungen gibt in dem einen wie in dem anderen Fall im Wesentlichen - der auf der Grundlage des Baugesetzbuches erlassene - vorhabenbezogene Bebauungsplan vor. Damit liegt im Ergebnis eine Zulassung auf der Grundlage bundesgesetzlicher Regelung vor.

Die Rechtsgrundlage für die Erteilung einer **Baugenehmigung** für eine Biogasanlage ergibt sich zwar grundsätzlich auf der Grundlage der jeweiligen Landesbauordnung (§ 72 MBO<sup>5</sup>). Das Gepräge der Zulassung der Baugenehmigung wird allerdings auf der Grundlage des Bauplanungsrechts – des Baugesetzbuchs – und der Baunutzungsverordnung bestimmt. Denn eine Baugenehmigung nur erteilt werden darf, „wenn dem Bauvorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen“ (§ 72 Abs. 1 Satz 1 MBO<sup>6</sup>). Solche „öffentlich-rechtlichen Vorschriften“, die dem Bauvorhaben nicht entgegen stehen dürfen, sind insbesondere die Anforderungen der §§ 29ff. BauGB sowie die Baunutzungsverordnung. Die §§ 29ff. BauGB regeln als **bundesgesetzliche** Vorschriften das „**Ob**“ des Bauens, also die Frage, ob das Vorhaben an dem vorgesehenen Standort errichtet werden darf. Die **Baunutzungsverordnung** – eine bundeseinheitlich geltende Verordnung über die bauliche Nutzung der Grundstücke – bestimmt maßgeblich das „**Wie**“ der Bauausführung. Die

<sup>4</sup> Musterbauordnung (MBO), abrufbar unter:  
<http://www.bauministerkonferenz.de/verzeichnis.aspx?id=991&o=75909860991> (09.01.2015).

<sup>5</sup> Musterbauordnung (MBO), abrufbar unter:  
<http://www.bauministerkonferenz.de/verzeichnis.aspx?id=991&o=75909860991> (09.01.2015).

<sup>6</sup> Musterbauordnung (MBO), abrufbar unter:  
<http://www.bauministerkonferenz.de/verzeichnis.aspx?id=991&o=75909860991> (09.01.2015).

bestimmenden Regelungen, die bei der Erteilung einer Baugenehmigung zu beachten sind, ergeben sich daher aus Bundesgesetzen.

Auch aus **verfassungsrechtlichen Gründen** ist es geboten, nach Baurecht und nach BImSchG genehmigte Biogasanlagen nicht unterschiedlich zu behandeln. Der im Grundgesetz verankerte Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet es, wesentlich gleiches gleich zu behandeln. Zum einen sind bei diesen Genehmigungsverfahren hinsichtlich der Genehmigungsdauer, des Umfangs der beizubringenden Unterlagen und der anzuhörenden Stellen in der Praxis keine signifikanten Unterschiede festzustellen. Auch die Nebenbestimmungen zu den Genehmigungsbescheiden unterscheiden sich nicht wesentlich. Zum anderen sind die schützenswerten Interessen identisch. Des Weiteren entstehen dem Bauherrn - infolge der sich entsprechenden Verfahrensdauern und Genehmigungsunterlagen - ähnliche Kosten im Vorfeld der Errichtung der Biogasanlage. Folglich hat der Bauherr dasselbe Interesse an Investitionssicherheit wie der Anlagenbetreiber dessen Anlage nach dem BImSchG genehmigungsbedürftig ist. Insbesondere die Gewährung der Investitionssicherheit ist zentrales Anliegen des Gesetzgebers, sofern sich diese Sicherheit mit der Erteilung der Genehmigung vor dem 23.01.2014 manifestiert hat.<sup>7</sup>

Aus diesen Gründen ist eine Baugenehmigung als Zulassung nach Bundesrecht zu qualifizieren.

## 2. Zulassung nach Bundesrecht bei einer wasserrechtlichen Erlaubnis, Bewilligung oder Planfeststellung

Wasserrechtliche Erlaubnisse, Bewilligungen oder Planfeststellungen stellen Zulassungen nach einer anderen Bestimmung des Bundesrechts dar, da es sich beim Wasserhaushaltsgesetz zum einen um ein **Bundesgesetz** handelt und sich zum anderen um **Zulassungen** handelt, deren Rechtsgrundlagen sich zudem **unmittelbar aus dem Wasserhaushaltsgesetz** ergeben.

Der Erlass des **Wasserhaushaltsgesetzes als Bundesgesetz** wurde durch die Föderalismusreform im Jahr 2006 ermöglicht. Dabei wurde der Bereich des Wasserrechts dem Bund als konkurrierende Gesetzgebung zugeordnet. Der Bund ist damit berechtigt, für alle Bereiche der Wasserwirtschaft – namentlich des Wasserhaushalts (Art. 72 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 i.V.m. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG) – bundeseinheitliche Regelungen zu erlassen.<sup>8</sup> Von dieser Ermächtigung hat der Bundesgesetzgeber mit der Novellierung des Wasserhaushaltsgesetzes im Jahr 2010 Gebrauch gemacht.

<sup>7</sup> Vgl. BT-Drs. 18/1304, S. 180.

<sup>8</sup> *Wendenburg*, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), BKom WHG, Berlin 2011, Einleitung Rn. 21f.

Im Wasserhaushaltsgesetz wird unter dem **Oberbegriff der Zulassung** die wasserrechtliche **Erlaubnis und Bewilligung** sowie die Planfeststellung und Plangenehmigung (§§ 4 Abs. 3 Nr. 1 und Abs. 4, 8 Abs. 1, 68 Abs. 2 Satz 2 WHG) zusammengefasst.<sup>9</sup> Die Rechtsgrundlagen für die Erlaubnis und Bewilligung ergibt sich aus den §§ 8ff. WHG und für die Planfeststellung und Plangenehmigung aus § 67ff. WHG.

Bei **Planfeststellungen** sind gemäß § 75 Abs. 1 Satz 1 HS. 1 (Landes-)VwVfG „andere behördliche Entscheidungen, insbesondere öffentlich-rechtliche Genehmigungen, Verleihungen, Erlaubnisse, Bewilligungen, Zustimmungen und Planfeststellungen nicht erforderlich“ sind. Es bedarf also keines behördlichen gestattenden Verwaltungsakts.

Aus diesen Gründen handelt es sich bei wasserrechtlichen Erlaubnissen, Bewilligungen oder Planfeststellungen um Zulassungen nach einer anderen Bestimmung des Bundesrechts.

## **Ansprechpartner**

René Walter  
Referatsleiter Energierecht und –handel  
Tel. +49 (0)8161 9846-60  
[rene.walter@biogas.org](mailto:rene.walter@biogas.org)

---

<sup>9</sup> Vgl. *Széchényi*, Wasserrecht in der Zweiten Juristischen Staatsprüfung, JA 2011, 297; BT-Drs. 16/12275, S. 54; *Berendes*, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), BKom WHG, Berlin 2011, § 4 Rn. 21 und Rn. 25; *Schmid*, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), BKom WHG, Berlin 2011, § 8 Rn. 2 sowie § 8 Rn. 5, *Maus*, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), BKom WHG, Berlin 2011, § 68 Rn. 24; *Berendes*, Wasserhaushaltsgesetz. Kurzkomentar, Berlin 2010, § 8 Rn. 2 und Rn. 4.