

**Würzburger Studien zum
Umweltenergierecht**

**Regelungsansätze für die Entwicklung
eines konsistenten Rechts der energie-
tischen Biomassenutzung**

erstellt von

Oliver Antoni, LL.M.

Korbinian Kantenwein

Charlotte Probst

Christian Witschel

unter Mitarbeit von

Thorsten Müller und Fabian Pause, LL.M. Eur.

Entstanden im Rahmen des Vorhabens:

„Konsistentes Recht der energetischen Biomassenutzung“

(KonReeB – FKZ 03MAP255)

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

4f

Juni 2015

ISSN 2365-7138

Zitiervorschlag: *Oliver Antoni/Korbinian Kantenwein/Charlotte Probst/Christian Witschel*,
Regelungsansätze für die Entwicklung eines konsistenten Rechts der energetischen Biomassenutzung, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 4f, Juni 2015.

Stiftung Umweltenergierecht
Ludwigstraße 22
97070 Würzburg
Telefon +49 931 79 40 77-0
Telefax +49 931 79 40 77-29
E-Mail antoni@stiftung-umweltenergierecht.de
Internet www.stiftung-umweltenergierecht.de

Vorstand: Thorsten Müller und Fabian Pause, LL.M. Eur. • Stiftungsrat: Prof. Dr. Helmuth Schulze-Fielitz und Prof. Dr. Franz Reimer
Bankverbindung: Sparkasse Mainfranken Würzburg • Konto 46 74 31 83 • BLZ 790 500 00 • IBAN DE16790500000046743183 • BIC BYLADEM1SW

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung in das Arbeitspaket	1
B. Methodik.....	2
I. Steuerungsperspektive zur Ergründung von Regelungsansätzen zu einem konsistenten Recht.....	2
1. Fragestellung: Gesetzesperspektive auf die Steuerung der energetischen Biomassenutzung	3
2. Methodik und Vorgehensweise bei der Bestimmung von Handlungsempfehlungen	5
a. Rechtlicher Maßstab	6
(1) Konsistenz als eigener Maßstab	6
(2) Konsistenz in der Rechtsanwendung.....	11
b. Handlungsempfehlungen	11
(1) Vorgehensweise bei der Erarbeitung der Handlungsempfehlungen	12
(2) Wandel.....	13
c. Duale Vorgehensweise	15
C. Gesamtergebnis: Konsistenz.....	16
I. Gesamtbetrachtung	16
II. Tabellarische Darstellung zu den Arbeitspaketen.....	19
D. Handlungsempfehlungen zur Rechtsfortentwicklung	26
I. Einführung.....	26
II. Themenbereich: Weitere Flexibilisierung der Stromerzeugung aus Biomasse	26
1. Einleitung.....	26
2. Lockerung des Ausschließlichkeitsprinzips nach § 19 Abs. 1 EEG 2014 für Biogasanlagen zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit.....	27
a. Hintergrund und Ausgangslage	27
b. Nichtvereinbarkeit des Wechselbetriebs mit dem Ausschließlichkeitsprinzip des Erneuerbare-Energien-Gesetzes	30
c. Änderungsvorschlag zur Ermöglichung des Wechselbetriebs	33
d. Rechtstechnische Umsetzung des Vorschlags	36
e. Fazit	37

3. Neuer Anreiz zur flexibilisierten Fahrweise von Biomassekraftwerken mit fester Bio-masse	37
a. Einleitung.....	37
b. Ergebnisse der Studie	39
c. Rechtlicher Hintergrund und Umsetzung im Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 43	
d. Fazit	45
III. Themenbereich: Biomasse im Wärmesektor	45
1. Einleitung.....	45
2. Abstimmung der für Biomasse einschlägigen ordnungsrechtlichen Regelungen hinsichtlich der Wärmeversorgung von Gebäuden	46
a. Rechtsunsicherheiten und Hemmnisse hinsichtlich des Primärenergiefaktors für Biomethan in der Energieeinsparverordnung 2014 beseitigen	46
(1) Fallkonstellation: Einsatz von Biomethan zur dezentralen Wärmeversorgung 47	
(a) Einleitung	47
(b) Biomethan unterfällt dem Anwendungsbereich der Energieeinsparverordnung 2014.....	49
(c) Motive des Verordnungsgebers für die Begrenzung auf den unmittelbar räumlichen Zusammenhang.....	49
(d) Argumente für eine Ausnahme beim Einsatz von Biomethan	51
(2) Fallkonstellation: Einsatz von Biomethan in der Fernwärmeversorgung	53
(3) Fallkonstellation: Einsatz von Biomethan beim Wärme-Contracting	54
(4) Fazit zu den Hemmnissen der Energieeinsparverordnung 2014 für den Biomethaneinsatz.....	55
b. Negative Wechselwirkungen zwischen Energieeinsparverordnung 2014 und Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz beseitigen.....	55
(1) Gegenseitige partielle Aufhebung der Wirkungen.....	56
(2) Ungleichbehandlung von Biogas und Biomethan zur Erfüllung der ordnungsrechtlichen Pflichten nach der Energieeinsparverordnung 2014 und dem Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz	57
IV. Themenbereich: Nutzungskonflikte und negative Umweltauswirkungen	58

1.	Einleitung.....	58
2.	Einführung einer „Andienungspflicht“ für Gülle nach dem Kreislaufwirtschaftsrecht 58	
a.	Problemaufriss	59
b.	Anpassungsmöglichkeit.....	59
c.	Rechtliche Bewertung	60
(1)	Anwendungsbereich	60
(2)	Nebenproduktscharakter	61
(3)	Andienungspflicht nach § 17 Abs. 4 KrWG	62
(4)	Überlassungspflicht nach § 17 Abs. 1 KrWG	63
(5)	Überlassungspflicht nach § 11 KrWG	63
d.	Fazit	63
3.	Instrument der sonstigen Sondergebiete nach § 11 Abs. 2 BauNVO verstärkt zur räumlichen Steuerung von Biomasseanlagen einsetzen	64
a.	Hintergrund und rechtliche Bewertung	64
b.	Handhabung in der Planungspraxis.....	67
c.	Fazit	69
V.	Themenbereich: Konsistenzwahrung zwischen den Regelwerken.....	69
1.	Einleitung.....	69
2.	Vereinheitlichung der Biomasse-/Biogasdefinitionen	69
a.	Neue Begriffsbestimmung: Erneuerbares Gas.....	70
b.	Alternative Begriffsbestimmung: Gas aus erneuerbaren Quellen.....	71
c.	Fazit	71
E.	Anhang.....	72

A. Einführung in das Arbeitspaket¹

In dem das Vorhaben abschließenden Arbeitspaket 6 sollen Regelungsansätzen für ein konsistentes und verbessertes Recht der energetischen Biomassenutzung entwickelt werden. Die Untersuchungen basieren dabei auf den Grundlagen-Untersuchungen der Arbeitspakete 1, 2 und 4 und im Hinblick auf die hier erarbeiteten Handlungsvorschläge im Wesentlichen auf den Erkenntnissen und aufgefundenen Defiziten in den Arbeitspaketen 3 und 5. Vorweggeschickt sei, dass der Rechtsrahmen der energetischen Biomassenutzung trotz seiner inhomogenen Anwendungsfelder weit weniger Inkonsistenzen in den vielfältigen Regelungsbe-
reichen aufweist, als dies angesichts der Fülle an Rechtsmaterien und -normen anzunehmen wäre. Sehr wohl wurden jedoch, insbesondere im Arbeitspaket 5, die Grenzen der rechtlichen Steuerungswirkungen aufgearbeitet, die auch in diesem Arbeitspaket zu thematisieren sind, soweit Verbesserungsvorschläge unterbreitet werden.

Zugleich haben sich die politischen – und durch das Inkrafttreten des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014 (EEG 2014²) zum 1. August 2014 – auch die rechtlichen Rahmenbedingungen vor allem für Neuanlagen zur energetischen Nutzung von Biomasse im Vergleich zum Beginn des Vorhabens grundlegend gewandelt. Aus diesem Grunde wird in diesem Arbeitspaket zunächst auf die geänderten Rahmenbedingungen eingegangen, die zudem Grenzen aufzeigen, welche Einsatzgebiete der energetischen Biomassenutzung künftig für eine Weiterentwicklung des Rechtsrahmens noch verbleiben.

Im Folgenden werden zunächst auf das methodische Vorgehen dieses Arbeitspakets eingegangen (B.) und eine Gesamtbetrachtung der Arbeitspakete des Vorhabens unter dem Blickwinkel der Konsistenzprüfung sowie einer summarischen Bewertung der Rechtslage vorgenommen (C.) Im Anschluss werden als Schwerpunkt dieses Arbeitspakets Handlungsempfehlungen unterbreitet, wie das Recht der energetischen Biomassenutzung – unter Beachtung der geänderten Rahmenbedingungen – fortentwickelt werden kann (D.). Die Handlungsempfehlungen sind dabei nach vier Themenbereichen aufgeteilt, die vor allem die Themen des vorbereitenden Arbeitspakets 5 wieder aufgreifen. Die Themenbereiche sind die weiteren Flexibilisierungsmöglichkeiten der Stromerzeugung aus fester und gasförmiger Biomasse, die Inkonsistenzen und Rechtsunsicherheiten beim Einsatz von Biomasse, insbesondere Biomethan, im Wärmesektor, die Verminderung von Nutzungskonflikten und negativen Umweltauswirkungen durch rechtliche Steuerung der Biomasse-Stoffströme und Standortentscheidungen von Biomasseanlagen und schließlich die Konsistenzwahrung zwischen den Regelwerken.

¹ Bei diesen Würzburger Studien Nr. 4f handelt es sich um das Arbeitspaket 6 des Vorhabens „Konsistentes Recht der energetischen Biomassenutzung“.

² Erneuerbare-Energien-Gesetz v. 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066), das durch Artikel 1 des Gesetzes v. 22.12.2014 (BGBl. I S. 2406) geändert worden ist.

Der Anhang (E.) enthält die beiden in Unteraufträgen vom *Deutschen Biomasseforschungszentrum* und der *Technischen Hochschule Ingolstadt* erarbeiteten nicht-juristischen Studien zur „Regionalisierung der Förderung von Strom aus Biomasse“ und zur „Flexibilisierten Fahrweise von Biomasseanlagen mit fester Biomasse“.

Insgesamt sollen die erarbeiteten Regelungsansätze dieses Arbeitspakets dem Gesetzgeber als mögliche allgemeine Leitlinien für die Fortentwicklung des Rechts der energetischen Nutzung von Biomasse dienen.

B. Methodik

I. Steuerungsperspektive zur Ergründung von Regelungsansätzen zu einem konsistenten Recht

Bevor die Handlungsempfehlungen und ein einleitendes Gesamtergebnis dargestellt werden, ist auf die Fragestellung und das methodische Vorgehen genauer einzugehen. Zum einen ist der Begriff der Konsistenz, der für die Betrachtung des Gesamtprojekts als Zielbild fungiert, zu konkretisieren. Zum anderen ist der Umgang mit einem sich im Untersuchungszeitraum erheblich gewandelten nationalen Rechtsrahmen der energetischen Biomassenutzung zu klären. So hat die Dynamik der rechtlichen Förderung nicht nur erheblich an Schwung in dem hier untersuchten Bereich Strom verloren, sondern sind mit dem politischen und rechtlichen Förderungswandel viele Regelungsansätze verloren gegangen, die in konkrete Handlungsempfehlungen hätten aufgenommen werden können. So sind beispielsweise die in Arbeitspaket 5 erarbeiteten Steuerungsmöglichkeiten zwar teilweise nach wie vor aktuell. Allerdings ist im Bereich des Anlagenzubaus mit so gut wie keinen weiteren Neubauten zu rechnen³, womit bis auf weiteres Fragen der Zubausteuerung kaum noch von Bedeutung sind.

Ausgehend von einer Konkretisierung der Fragestellung (1.) wird das methodische Vorgehen im Folgenden erklärt (2.). Dabei wird unterschieden zwischen einer rechtsanwendungsbezogenen Sichtweise (2.a.), die allerdings nur geringe normative Vorgaben für ein konsistentes Recht hergibt, und einer Steuerungsperspektive, die auch fachliche Überlegungen aufgreift (2.b.). Dies führt zu einer dualen Vorgehensweise (2.c.), die zum einen in eine Gesamtschau des Rechts der energetischen Biomassenutzung mündet (C.) und zum anderen und schwerpunktmäßig zu konkreten Handlungsempfehlungen führt (D.).

³ Siehe bspw. *BMWi*, das für das Jahr 2015 von einem Zubau vermutlich unter 30 MW_{el} ausgeht, vgl. Ausschreibungen/Marktanalyse Biomasse, Plattform Strommarkt, AG 3, 09.02.2015, Präsentation, Folie 11, (nicht veröffentlicht) oder der *Fachverband Biogas e.V.*, der sogar nur einen Zubau von 8 MW_{el} prognostiziert, vgl. Branchenzahlenprognose für die Jahre 2014 und 2015, Präsentation, Folie 3, abrufbar unter [http://www.biogas.org/edcom/webfvb.nsf/id/DE_PM-32-14/\\$file/14-11-07_Biogas%20Branchenzahlen_Prognose_2014-2015.pdf](http://www.biogas.org/edcom/webfvb.nsf/id/DE_PM-32-14/$file/14-11-07_Biogas%20Branchenzahlen_Prognose_2014-2015.pdf) (06.03.2015).

1. Fragestellung: Gesetzesperspektive auf die Steuerung der energetischen Biomassenutzung

Die energetischen Biomassenutzung und die Biomassenutzung im Allgemeinen werden durch ein umfassendes Regelungsgeflecht erfasst. Der historisch gewachsene Rechtsrahmen, der sich vor allem auf den Anbau der Biomasse und weniger auf die Nutzung bezog, ist um gezielte Instrumente⁴ erweitert worden, die bestimmte Nutzungsformen fördern sollen. Hierdurch ist ein Instrumentenverbund bzw. Instrumentenmix⁵ mit zahlreichen Wechselwirkungen entstanden. Allein hieraus ist die Frage nach der Konsistenz der dabei erreichten gesetzlichen Steuerungswirkung naheliegend⁶. Aber auch ungeachtet der rechtlichen Wechselwirkungen betrifft die energetische Biomassenutzung gesellschaftspolitische und sachliche Fragestellungen, die einen Abgleich von rechtlicher Steuerungswirkung mit einer entsprechenden Erwartungshaltung erfordern. Auch dieser Aspekt betrifft den Anspruch einer konsistenten Steuerung der energetischen Biomassenutzung.

Vor diesem Hintergrund beschäftigt sich das Arbeitspaket 6 mit Regelungsansätzen zur Weiterentwicklung eines konsistenten Rechts der energetischen Biomassenutzung. Vornehmliches Ziel dieser Fragestellungen ist dabei die Erarbeitung von konkreten Handlungsempfehlungen, die Impulse für die Weiterentwicklung des Rechts geben sollen. Im Fokus steht dabei das Zusammenspiel der Instrumente, allerdings zeigt sich schon bei der Bestimmung des methodischen Vorgehens, dass weniger die rechtlichen Wechselwirkungen sondern die Verknüpfung von Rechtsüberlegungen mit fachlichen Vorgaben relevant sind⁷.

Nicht verfolgt wird hingegen ein gesamt einheitlicher Regelungsvorschlag für ein neues, allgemeines Recht der energetischen Biomassenutzung⁸. Ein solcher Kodifizierungsvorschlag hätte zum einen kaum Erfolg auf Umsetzung und wirft auch Fragen nach der Leistungsfähigkeit auf⁹, entspricht aber schon nicht dem hier gewählten Erkenntnisinteresse. So drängt sich

⁴ Vgl. allgemein zur Instrumentendiskussion im Umweltrecht G. Lübbe-Wolff, Instrumente des Umweltrechts Leistungsfähigkeit und Leistungsgrenzen, NVwZ 2001, S. 481 ff.; E. Gawel/G. Lübbe-Wolff (Hrsg.), Effizientes Umweltordnungsrecht, 1. Aufl.; zum Klimaschutzrecht und dessen Instrumentenvielfalt K. F. Gärditz, Einführung in das Klimaschutzrecht, JuS 2008, S. 324 (326 ff.); T. Müller/H. Schulze-Fielitz, in: dies. (Hrsg.), Europäisches Klimaschutzrecht, 1. Aufl., S. 9 (129).

⁵ Allgemein zum Instrumentenmix vgl. nur L. Michael, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts II, 2. Auflage, § 41 Rn. 16 bis 19.

⁶ Ähnlich zum Effizienzrecht, M. Ludwigs, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht, 1. Aufl., S. 458 „Die innere Konsistenz der unternehmensbezogenen Energieeffizienzanforderungen wird nicht nur durch das Zusammenspiel der unterschiedlichen Rechtsetzungsebenen, sondern auch durch die Vielzahl der nebeneinander zum Einsatz kommenden Regelungsinstrumente herausgefordert.“

⁷ Siehe hierzu weiter unten die Ausführungen zu den rechtlichen Kriterien eines konsistenten Rechts.

⁸ Vgl. zur Erstellung eines ganzen Regelungskonzepts J. Sanden/T. Schomerus/F. Schulze, Entwicklung eines Regelungskonzeptes für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 1. Aufl.; vgl. auch Konturen eines allgemeinen Klimaschutzgesetzes entwerfend UBA (Hrsg.), Das Klimaschutzrecht des Bundes - Analyse und Vorschläge zu seiner Weiterentwicklung, S. 289 ff., abrufbar unter <http://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/461/publikationen/4166.pdf> (16.03.2015).

⁹ Zur Kodifikation grundsätzlich positiv F. Schärdel, Die Bücherkodifikation. Untersuchung einer Gesetzgebungstechnik, 1. Aufl.; siehe dazu allerdings auch H. Schulze-Fielitz, Vom Dilemma der Gesetzgebungslehre in

angesichts der Komplexität und der gesellschaftspolitischen Relevanz des Themas Biomassenutzung¹⁰ schon die Frage auf, auf welcher Grundlage ein solcher Gesamtvorschlag oder ein solcher Kodifikationsansatz beruhen könnte, ohne sich der Gefahr einer bloßen Formulierung politischer Gestaltungsvorschläge auszusetzen¹¹. Daher ist das Projekt bewusst auf die Weiterentwicklung des bestehenden Rechts ausgelegt; erfasst somit den bisherigen Rechtsrahmen als Ausgangspunkt.

Bezugspunkt der Fragestellung ist darüber hinaus die Steuerung über das Gesetz¹². Der Schwerpunkt des Vorhabens liegt somit auf einer rechtsetzenden Perspektive, in der es nicht um allgemeine Fragen zu den Rechtsetzungsakteuren geht. Die vor dem Hintergrund der Governance-Forschung bestehenden Ausrichtung von Steuerungs- und Regelungsverständnissen jenseits staatlicher Akteursausrichtung¹³ wird somit nicht weiterverfolgt. Es geht lediglich um die Handlungsoptionen des Gesetz- und Verordnungsgebers.

Theoretische Erkenntnisse zu Steuerung bleiben dadurch nicht unberücksichtigt. Dies betrifft insbesondere die Diskussion über die Steuerungskraft des Gesetzes¹⁴. Die Relevanz der gesetzlichen Vorgaben und eine damit verbundene Steuerungskraft durch den Gesetzgebungsprozess mitsamt seiner staatlichen Ausrichtungswirkung ist aber zumindest insoweit eindeutig, dass die parlamentarische Gesetzgebung quasi *conditio sine qua non* für die Entstehung

Deutschland (Schärdel), RW 2012, S. 489 ff., vor einem Ausspielen der Politik durch rechtswissenschaftliche Geltungsansprüchen (Verdacht der krypto-politischen Entscheidungsansprüche, S. 495); zu Typen der Kodifikation und der Kodifikation im Verwaltungsrecht *W. Kahl/P. Hilbert*, Die Bedeutung der Kodifikation im Verwaltungsrecht, RW 2012, S. 453 ff.; warnend; Siehe zu den Schwierigkeiten einer methodischen Grundlegung bei der Erarbeitung eines gesamt einheitlichen Regelungsvorschlags *J. Sanden/T. Schomerus/F. Schulze*, Entwicklung eines Reglungskonzeptes für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 1. Aufl., S. 275 ff.; vgl. auch *UBA* (Hrsg.), Das Klimaschutzrecht des Bundes - Analyse und Vorschläge zu seiner Weiterentwicklung, in der auf eine explizite Methodenbestimmung verzichtet wird; Siehe auch zu den Schwierigkeiten eines inhaltlich-fachlichen konsensfähigen Vorschlags am Beispiel der Reform eines Umweltgesetzbuchs, so kritisch *J. Sanden*, Die Prinzipien des Umweltgesetzbuchs – Eine kritische Betrachtung aus rechtstheoretischer Sicht, ZUR 2009, S. 3 ff. und ferner auch *F. Ekardt/R. Weyland/K. Schenderlein*, Verschlechterungsverbot zwischen WRRL, neuem WHG und scheiterndem UGB, NuR 2009, S. 388 ff.

¹⁰ Vgl. nur *D. Thrän/V. Richarz*, Potenziale, CO₂-Bilanzen und Anwendungsbereiche – Wie könnten und sollten wir Biomasse sinnvoll nutzen?, in: H. Schulze-Fielitz/T. Müller (Hrsg.), Klimaschutz durch Bioenergie, 1. Aufl., S. 9 ff., dort auch zu den Optionen einer ökologischen und sozialverträglichen Biomassenutzung („Der Biomasse kommt bei der Nutzung Erneuerbarer Energien große Bedeutung zu“, S. 9)

¹¹ Vgl. allgemein für die Kodifikation nochmal *H. Schulze-Fielitz*, Vom Dilemma der Gesetzgebungslehre in Deutschland (Schärdel), RW 2012, S. 489 (495).

¹² Zur Bedeutung des Gesetzes als Steuerungsinstrument *G. F. Schuppert*, Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates, in: ders. (Hrsg.), Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates, 1. Aufl., S. 7 ff; vgl. auch trotz der Kritik an der Gesetzgebung ebenso *F. Hufen*, Über Grundlagengesetze, in: G. F. Schuppert (Hrsg.), Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates, 1. Aufl., S. 11 ff.

¹³ *G. F. Schuppert*, Governance-Forschung Versuch einer Zwischenbilanz, Die Verwaltung 2011, S. 273 (278); *C. Franzius*, Governance und Regelungsstrukturen, S. 1, 2 und 5 ff.; zu einer über den Staat hinausgehende internationale Perspektive *A. von Bogdandy/P. Dann/M. Goldmann*, Völkerrecht als Öffentliches Recht: Konturen eines rechtlichen Rahmens für Globale Governance, Der Staat 49 (2010), S. 23 ff.

¹⁴ Vgl. aus systemtheoretischer Sicht nur *G. Teubner*, Recht als autopoietisches System, 1. Aufl., S. 96; Vgl. zur Topik der Krise des Gesetzes auch *F. Hufen*, Über Grundlagengesetze, in: G.F. Schuppert (Hrsg.), Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates, 1. Aufl., S. 11 (14 ff.).

der für die Biomassenutzung entscheidenden Rahmenbedingungen war. Wie der Umgang mit der gesetzlichen Steuerungsperspektive weiter erfolgt, wird sogleich unter 2. erklärt.

2. Methodik und Vorgehensweise bei der Bestimmung von Handlungsempfehlungen

Zielbild für mögliche Handlungsempfehlungen ist ein konsistentes Recht. Der Begriff der Konsistenz ist kein feststehender Rechtsbegriff, auch wenn in letzter Zeit versucht wurde, den Begriff auf ein verfassungsrechtliches Prinzip zu heben¹⁵ oder explizit rechtlich handhabbar zu machen¹⁶. Das Bild eines konsistenten Rechts gilt es daher zu konkretisieren. Aus der Fragestellung ergibt sich jedoch bereits, dass es sich dabei nicht um eine bloß rechtsanwendungsorientierte Betrachtung handelt, sondern dass hierdurch auch eine Steuerungsperspektive erfasst wird.

Diese Dualität des Analyserahmens beruht darauf, dass sich, wie zu zeigen sein wird, der rechtliche Analyserahmen schnell erschöpft. Dogmatische Figuren, die das Zusammenspiel von inhaltlichen und fachlichen Überlegungen mit der Gesetzsteuerung erfassen, belassen dem Gesetzgeber einen weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum. Über diesen streng juristischen Ansatz hinaus besteht aber in der fachlichen und politischen Diskussion auch der Bedarf an Darstellungen der juristischen Perspektive auf bestimmte Fachfragen. Fachvorgaben für die richtige gesellschaftliche Steuerung bedürfen nämlich umgekehrt, wie das Recht den fachlichen Input braucht, den rechtlichen Input, um Regelungsansätze formulieren zu können und um die Bedeutung der rechtlichen Steuerung und der rechtlichen Kommunikationsbedingungen besser zu verstehen.¹⁷

Im Folgenden ist daher das konkrete Vorgehen anhand des Maßstabs der Konsistenz zu spezifizieren. Der Analyserahmen für die Weiterentwicklung eines konsistenten Rechts setzt sich folglich zunächst aus zwei unterschiedlichen Perspektiven zusammen. Zum einen wird nach streng rechtlichen Kriterien gesucht, wonach festgelegt werden kann, wann das Recht konsistent ist (a.). Zum anderen geht es darum, dem Steuerungsansatz gerecht zu werden, wonach es um die Steuerung durch das Recht aufgrund von fachlichen Überlegungen geht (b.). Dies führt zu einer dualen Vorgehensweise bei der Prüfung der Konsistenz und der Erarbeitung von Regelungsansätzen (c.).

¹⁵ C. Bumke, Die Pflicht zur konsistenten Gesetzgebung, Der Staat 49 (2010), S. 77 ff.

¹⁶ E. Schmidt-Aßmann, Kohärenz und Konsistenz des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Die Verwaltung 2011, S. 105 ff.

¹⁷ Dabei stellen politische Realitäten natürlich kein Maß für die Wissenschaft dar, sind aber im Rahmen von Gesetzgebungsberatungen durchaus legitime Praktikabilitätsgründe. Siehe hierzu auch J. Sanden/T. Schomerus/F. Schulze, Entwicklung eines Reglungskonzeptes für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes, 1. Aufl., S. 278: „Hierzu erfolgt die Nutzung wissenschaftlichen Sachverständes im Prozess der administrativen Entscheidungsfindung, konkret durch das Reduzieren von Komplexität, die Verbesserung von Transparenz über die Folgen von Entscheidungen oder Nicht-Entscheidungen und das Aufzeigen alternativer Handlungskorridore. Diese Spielräume gilt es zu nutzen; die Grenzen der rechtswissenschaftlichen Beratung soll mit Jellinek das erkennbar politische Unmöglich bilden.“, wobei folgender Satz von G. Jellinek in Fn. 1151 - allerdings ohne Quellennachweis - zitiert wird: „Was nicht Wirklichkeit gewinnen kann, soll niemals Gegenstand der Rechtsforschung sein.“

a. Rechtlicher Maßstab

Rechtliche Maßstäbe im engeren Sinne ergeben sich aus der Rechtsanwendungsperspektive¹⁸. Auch hier ist allerdings zu unterscheiden. Einmal geht es um die Frage, inwieweit sich (verfassungs-) rechtliche Vorgaben für eine Konsistenzprüfung ergeben ((1)). Im Mittelpunkt steht dabei die Selbstbindung des Gesetzgebers und inwieweit sich inhaltliche Folgerichtigkeit als Maßstab für die Überprüfung eines Gesetzes eignet. Daneben – und für den hiesigen Ansatz im Grunde relevanter – tritt die Auslegung des Rechts, da bereits bei der Anwendung des Rechts versucht wird, Wertungswidersprüche auszugleichen und die Einheit der Rechtsordnung zu wahren ((2)). Allerdings ergeben sich aus der Auslegungsmethode unmittelbar keine Kriterien für die Weiterentwicklung des Rechts der energetischen Biomassenutzung.

(1) Konsistenz als eigener Maßstab

Allgemein gilt, dass Kriterien bei der Bewertung des Zusammenspiels von verschiedenen Rechtsinstrumenten für eine unmittelbare rechtswissenschaftliche Rationalitätskontrolle sich grundsätzlich nur aus europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Maßstäben gewinnen lassen¹⁹, dass allerdings diese Kriterien nur in geringem Umfang konkrete Vorgaben machen. Konsistenz selber ist dabei kein feststehender Rechtsbegriff, der Begriff erlaubt vielmehr inhaltlich mehrere Zugriffe. Im rechtswissenschaftlichen Kontext ist Konsistenz oftmals austauschbar durch Wörter wie Kohärenz, Sachangemessenheit,²⁰ Folgerichtigkeit und Widerspruchsfreiheit,²¹ wird aber auch gerade von diesen abgegrenzt²². Inhaltlich meint Konsistenz in der Regel eine gewisse Stimmigkeit eines theoretischen Konzeptes oder einer bestimmten rechtlichen Steuerung. Dabei wird eine gewisse Rationalitätserwartung²³ an das Recht gespiegelt²⁴, die sich nicht nur auf das Formale beschränkt,²⁵ sondern die, wie es der

¹⁸ Zur Unterscheidung zwischen einer rechtsanwendungsbezogenen und einer steuerungsbezogenen Perspektive A. Voßkuhle, § 1 Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/ders. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Auflage, Rn. 2. ff., 16 ff.

¹⁹ S. Jesse, Instrumentenverbund als Rechtsproblem am Beispiel effizienter Energienutzung, 1. Aufl., S. 109 ff.

²⁰ Vgl. C. Bumke, Die Pflicht zur konsistenten Gesetzgebung, Der Staat 49 (2010), S. 77.

²¹ Vgl. P. Dann, Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität, Der Staat 49 (2010), S. 631 zum Sprachgebrauch des BVerfG mwN., der allerdings im Begriff der Kohärenz den Oberbegriff sieht.

²² Vgl. zu einer Unterscheidung nur E. Schmidt-Aßmann, Kohärenz und Konsistenz des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Die Verwaltung 2011, S. 105 ff; Angesichts der vielfachen Begriffsverwendungen sei nur hingewiesen, dass der Begriff der Konsistenz oftmals anderen Begriffen untergeordnet wird. So bezeichnet F. Reimer Rationalität als ein Anforderungsbündel, zu dem auch die Komponente der Konsistenz gehört, F. Reimer, § 9, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Aufl., S. 585 (588 ff.).

²³ Vgl. allgemein zum Rationalitätsbegriff H. Schulze-Fielitz, Rationalität als rechtsstaatliches Prinzip, in: FS Klaus Vogel, 1. Aufl., S. 311 (320); siehe allerdings auch F. Reimer, § 9 Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Auflage, 2012, S. 585 (588 ff.), wonach das Bild des rationalen Gesetzes Risse bekommen habe (S. 591 Rn. 7).

²⁴ Statt vieler vgl. nur P. Dann, Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität, Der Staat 49 (2010), S. 630.

²⁵ Vgl. hierzu J. Rödig/E. Baden/H. Kindermann, Vorstudien zu einer Theorie der Gesetzgebung, 1. Aufl.

Auslegungspraxis und verfassungsrechtlicher Grundrechtsprüfungen entspricht, fachliche Aspekte ebenso einbezieht und die Realfolgen eines Gesetzes zu erfassen versucht²⁶. Im weitesten Sinne zielt dies auf eine durch Fachrationalität vermittelte Akzeptanz des Rechts²⁷. Im Vordergrund steht allerdings, dass sich der Maßstab der Rationalitätserwartung nicht aus einer als vermeintlich richtig erkannten Fachüberlegung ergibt²⁸, sondern in erster Linie aus der inneren Logik eines Regelungskonzeptes und -ziels²⁹ und deren konsequenten Umsetzung bei Berücksichtigung der Gesetzesfolgen.

Somit ergibt sich eine erste abstrakte Festlegung. Mit dem Begriff der Konsistenz soll die Stimmigkeit des Rechtsrahmens der energetischen Biomassenutzung erfasst werden, der durch das Mehrebenensystem³⁰ und eine Instrumentenvielfalt geprägt ist. Unter konsistentem Recht wird daher zunächst das Recht verstanden, das fachliche Fragen thematisch angemessen in Bezug auf die rechtliche Steuerungsintention aufgreift und das sich auch inhaltlich als aufeinander abgestimmt und anwendbar erweist.

Allerdings stehen einer hohen Prüfungsdichte bei der Überprüfung dieser Stimmigkeitsanforderungen demokratische Rationalitätserwartungen und die Distanzgewähr des Gesetzes³¹ gegenüber. Demokratieprinzip und die demokratische Rationalität³² greifen auch bei Folgenerwartungen und -bewertungen. Es stellt sich daher die Frage, wie ein klarer rechtlicher Maßstab für eine Konsistenzprüfung des Rechts der energetischen Biomassenutzung gefun-

²⁶ Die Berücksichtigung von Realfolgen ganz natürlich als Ausgangspunkt nehmend *A. Windhoffer*, Entscheidungsmonitoring in Gesetzgebung und Verwaltung, *VerwArch* 2011, S. 343 (345); siehe schon das Apothekerurteil des BVerfG, das entsprechend in den allermeisten Abhandlungen auch genannt wird, *BVerfGE* 7, S. 377 (409 ff.).

²⁷ Vgl. ausführlich auch mit Blick auf demokratiethoretische Implikationen *G. Lienbacher*, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, 1. Referat, *VVDStRL* 71 (2012), S. 7 ff.; Zum Zusammenhang mit dem Demokratieprinzip und die demokratische Rationalität gegenüber einer rechtsstaatlichen Rationalität als gleichrangig darstellend *B. Grzeszick*, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, 2. Referat, *VVDStRL* 71 (2012), S. 51 ff., insbesondere 62 ff.

²⁸ Zur Folgenbeobachtung mit dem Ziel einer auf Nachhaltigkeit ausgerichteten Gesetzgebung und somit als einen auf Inhalt angelegten Ansatz *A. Windhoffer*, Entscheidungsmonitoring in Gesetzgebung und Verwaltung, *VerwArch* 2011, S. 343 ff.

²⁹ Vgl. die Rechtsprechung zum Rauchverbot *BVerfGE* 121, 317 ff.; hierzu auch *C. Bumke*, Die Pflicht zur konsistenten Gesetzgebung, *Der Staat* 49 (2010) mwN. und Beispielen; kritisch *P. Dann*, Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität, *Der Staat* 49 (2010), S. 634 ff.; die Entscheidung rechtfertigend *B. Grzeszick*, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, 2. Referat, *VVDStRL* 71 (2012) S. 51 ff.

³⁰ Siehe beispielhaft für Anforderungen an das Zusammenspiel unterschiedlicher Ebenen *BVerfGE* 98, S. 106; 98, S. 265 (301): Widerspruchsfreiheit als Abstimmungserfordernis für Bund und Länder.

³¹ Hierzu explizit schon *M. Kloepfer*, Gesetzgebung im Rechtsstaat, 3. Bericht, S. 63 ff., 65 ff., der zugleich auch einen Verlust an gesetzgeberischer Distanz ausgemacht zu haben meinte, S. 67 ff, was damals wie heute einer weit verbreiteten Auffassung zu entsprechen scheint.

³² *B. Grzeszick*, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, 2. Referat, *VVDStRL* 71 (2012), S. 51 ff., insbesondere 62 ff., er sieht die demokratische Rationalität als gleichrangig mit der Rechtsstaatlichen an.

den werden kann, der nicht willkürlich erscheint.³³ Hierbei ist auf solche dogmatischen Rechtsfiguren abzustellen, die sich auf die Stimmigkeit des Rechts und die Rationalitätserwartungen beziehen.

Vorgaben, die sich somit bei der Konkretisierung des Maßstabs „Konsistenz“ heranziehen lassen, finden sich in erster Linie bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Insbesondere die Erforderlichkeit stellt sich dabei als Einfallstor für eine Rationalitätskontrolle dar, die allerdings nicht als Optimierungsgebot verstanden werden darf und nicht unumstritten ist³⁴. Neben und im Rahmen der Verhältnismäßigkeit haben sich jedenfalls eigene Rechtsfiguren entwickelt, die für die Konsistenzprüfung als Maßstab herangezogen werden könnten. So wird u.a. auf das Untermaßgebot,³⁵ die Einheit der Rechtsordnung,³⁶ die Folgerichtigkeit, die Widerspruchsfreiheit³⁷, die Kohärenz³⁸ aber auch auf die Kompetenzordnung und andere prozedurale Vorgaben³⁹ abgestellt. Insgesamt geht es bei all diesen Figuren um einen Ausgleich der demokratischen, politischen Rationalität mit einer fachlichen, auf rationale Akzeptanz abzielenden Rationalität.

Versucht man allerdings diese dogmatischen Diskursstränge zu bündeln, lässt sich trotz der Vielzahl dogmatischer Ansätze und wohl auch fehlenden Klarheit von Rationalitätsvorgaben in der Rechtspraxis festhalten, dass sich insgesamt ein nur sehr schwacher⁴⁰ Rechtsmaßstab

³³ C. Bumke, Die Pflicht zur konsistenten Gesetzgebung, Der Staat 49 (2010), S. 105 die Maßstabswahl des Gesetzgebers kritisierend: „Bleibt diese Wahl dem Zufall überlassen oder ist sie Ausdruck verfassungsgerichtlicher Willkür?“

³⁴ Vgl. grundsätzlich zu den Gestaltungsspielräumen des Gesetzgebers K. Meßerschmidt, Gesetzgebungsermessen, 1. Aufl., zu einer möglichen Einteilung der Gestaltungsspielräume, s. S. 911 ff.; vgl. zu einer pointierten Kritik, die im Gegenzug auf dezentrale Wissenserzeugung setzt, K.H. Ladeur, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 1. Aufl.

³⁵ Rechtliche Vorgaben für den Gesetzgeber können sich auch aus sog. grundrechtlichen Schutzansprüchen ergeben, vgl. hierzu insbesondere auch in Bezug auf die verschiedenen Tatbestandstheorien D. Bruch, Umweltpflichtigkeit der grundrechtlichen Schutzbereiche, 1. Aufl., insbesondere S. 76 ff. und zu einem eigenen Schutzbereichskonkretisierungsmodell S. 192 ff. Allerdings ist diese verfassungsrechtliche dogmatische Figur umstritten und in seiner Reichweite sehr begrenzt. Diskutiert wird dennoch, ob und inwieweit der Gesetzgeber insbesondere bei mehrpoligen Verhältnissen gem. eines Untermaßgebotes gar zu bestimmten Maßnahmen verpflichtet ist (vgl. umfassend C. Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 1. Aufl., auf S. 566 auch zu einem Vorschlag für eine mehrpolige Verfassungsmäßigkeitsprüfung). Mögen sich im Einzelfall durchaus konkrete Anhaltspunkte für gewisse Gesetzgebungsaufträge ergeben, so ist im Bereich der energetischen Biomassenutzung jedenfalls nicht erkennbar, wie sich angesichts der Komplexität des Themas hier eine Konkretisierung bestimmter Regelungsaufträge ableiten lässt.

³⁶ Zur Einheit der Rechtsordnung vgl. D. Felix, Einheit der Rechtsordnung, 1. Aufl.; M. Balus, Die Einheit der Rechtsordnung, 1. Aufl.

³⁷ Für ein Prinzip widerspruchsfreier Normgebung vgl. W. Frenz, Das Prinzip widerspruchsfreier Normgebung und seine Folgen, DÖV 1999, S. 41 (44f.); H. Sodan, Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, JZ 1999, S. 864 (871).

³⁸ S. Jesse, Instrumentenverbund als Rechtsproblem am Beispiel effizienter Energienutzung, 1. Aufl., S. 118 ff., dort insbesondere in Bezug auf Art. 7 AEUV.

³⁹ S. Jesse, Instrumentenverbund als Rechtsproblem am Beispiel effizienter Energienutzung, 1. Aufl., S. 232 ff., sowie für weitere Rechtsfiguren, S. 109 ff.

⁴⁰ F. Reimer, § 9 Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Aufl., S. 585 (590): „(...)

für eine mögliche an der Konsistenz des Rechts orientierte Rationalitätsprüfung annehmen lässt⁴¹. Dieses Ergebnis wird grundsätzlich von solchen umweltenergierechtlichen Ansätzen in der Rechtsliteratur bestätigt, die sich gezielt mit dem Zusammenspiel verschiedener Instrumente und einer damit einhergehenden möglichen Belastungsakkumulation beschäftigen⁴². Dem Gesetzgeber ist ein weiter Prognose- und Einschätzungsspielraum einzuräumen⁴³ und sind hier für das Recht der energetischen Biomassenutzung keine Ausnahmen erkennbar. Gerade weil das Recht der Biomasse⁴⁴ von einer solchen fachlichen aber auch gesellschaftspolitischen Komplexität geprägt ist, eignen sich die allermeisten Fragestellungen aus dogmatischer Sicht gerade nicht für eine rechtliche Rationalitätskontrolle. Einer am Output orientierte Legitimation des Rechts⁴⁵ würde es von vornherein an rechtsdogmatischer Überzeugungskraft fehlen.

Vor diesem Hintergrund kann der Begriff der Konsistenz nunmehr so operationalisiert werden, dass er grundsätzlich offen für die unterschiedlichen dogmatischen Ansätze ist, die sich auf eine vertiefte Stimmigkeitskontrolle beziehen. Für das rechtliche Zusammenspiel und

Rationalitätsanforderungen haben freilich einen schwachen normativen Status“; siehe zur geringen Aussagekraft F.-J. Peine, Systemgerechtigkeit: Die Selbstfindung des Gesetzgebers als Maßstab der Normenkontrolle, 1. Aufl., S. 208 ff.

⁴¹ Anders wohl C. Bumke, Die Pflicht zur konsistenten Gesetzgebung, Der Staat 49 (2010), S. 99, ohne dass aber genaue Kriterien für eine inhaltlich Konsistenzprüfung ersichtlich werden: „Wendet man diese Grundsätze auf das Konsistenzgebot an, wird man mit der Feststellung beginnen dürfen, dass die Konsistenz eines Regelwerkes entscheidend von den gesetzgeberischen Vorstellungen über Tatsachen, Wirkungszusammenhänge und künftige Entwicklungen abhängt: Welches sind die Grundkonstellationen, wodurch unterscheiden sie sich von den Ausnahmen, welche Ordnungsziele werden verfolgt und wird die Strategie zur Zielerreichung folgerichtig umgesetzt? Die Kontrolle solcher Fragen wird sich nicht auf die offensichtliche Inkonsistenz eines Gesetzes beschränken können. Denn damit liefe das Konsistenzgebot weitgehend leer. Umgekehrt darf die Kontrolldichte aber auch nicht so weit gehen, dass das Verfassungsgericht seine Einschätzungen an die Stelle der gesetzgeberischen Vorstellungen setzt, da dies angesichts der Offenheit und Unsicherheit des Folgerichtigkeitsurteils zu einer rechtsstaatlichen Überforderung des Gesetzgebers führen würde. Normalerweise bewegt sich die Kontrolle danach auf der Vertretbarkeitsstufe.“ Entsprechend kritisch auch P. Dann, Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität, Der Staat 49 (2010), S. 630 ff.

⁴² Vgl. M. Ludwigs, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht. Unternehmenseffizienz als neue Rechtskategorie, 1. Aufl., S. 487 „Rechtliche Grenzen stehen dem wenig harmonischen Zusammenwirken unterschiedlicher Instrumente indes solange nicht entgegen, wie echte Normwidersprüche und unverhältnismäßige Belastungskumulationen auf Seiten der Regelungsadressaten vermieden werden. Dessen ungeachtet ist zumindest in rechtspolitischer Perspektive zu fordern, dass auf den unterschiedlichen Rechtsetzungsebenen ein auch ökonomisch fundiertes Gesamtkonzept entwickelt wird, in das sich die Einzelinstrumente des ... Energieeffizienzrechts möglichst harmonisch einfügen.“; S. Jesse, Instrumentenverbund als Rechtsproblem am Beispiel effizienter Energienutzung, 1. Aufl., S. 109 ff., dort ausführlich zu rechtlichen Ansätzen für ein Rationalitätspostulat; Siehe ferner auch E.-K. Lee, Umweltrechtlicher Instrumentenmix und kumulative Grundrechtseinwirkung, 1. Aufl.

⁴³ Vgl. nur P. Dann, Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität, Der Staat 49 (2010), S. 630 (640 ff.) mit Blick auf den funktionellrechtlichen Ansatz und explizit mit Blick auf Rationalitätserfordernisse bei Schutz- und Leistungspflichten, S. 640.

⁴⁴ Siehe auch zu einem Bioökonomierecht G. Ludwig/J. Tronicke/W. Köck/E. Gawel, Rechtsrahmen der Bioökonomie in Mitteldeutschland - Bestandsaufnahme und Bewertung, UFZ Discussion Paper 22/2014.

⁴⁵ Vgl. B. Grzeszick, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, 2. Referat, VVDStRL 71 (2012), S. 51; Zu einer solchen Betrachtung insbesondere für das international Recht vgl. A. Slaughter, A New World Order, 1. Aufl., S. 108 ff., 193 ff.

den Vollzug der Normen besteht rechtlich ein Maßstabsmix⁴⁶ von unterschiedlichen Ansätzen in der Literatur und in der Rechtsprechung, der sich für eine abschließende Festlegung nicht eignet. Soweit es um die Beschreibung des bestehenden Rechts der energetischen Biomassenutzung in den Arbeitspaketen 2 bis 4 ging, sind daher die verschiedenen verfassungsrechtlichen Rationalitätsmaßstäbe grundsätzlich berücksichtigt worden. Allerdings haben diese mangels starker Vorgaben und Prüfungsdichte keine Bedeutung für eine Rationalitätskontrolle gespielt. Vorgaben der Folgerichtigkeit, der Widerspruchsfreiheit oder gar eines Gebots der Konzeptverwirklichung könnten zudem nur im Einzelfall und unter besonderen Bedingungen greifen, aber keine Ansätze für eine Weiterentwicklung liefern. Hinsichtlich des Zielbilds der Konsistenz erfolgt aber eine Gesamtbetrachtung bezogen auf das Recht der energetischen Biomassenutzung und damit verbunden eine allgemeine Bewertung der rechtlichen Stimmigkeit des Rechts der energetischen Biomassenutzung (siehe hierzu unten C.).

Vergleicht man dieses methodische Vorgehen quasi als Gegenprobe mit einem anderen Ansatz, der ebenfalls explizit auf den Begriff der Konsistenz abstellt, dann wird dieses Vorgehen bestätigt. Bei *Schmidt-Aßmann* werden Kohärenz⁴⁷ und Konsistenz herangezogen und definiert, um anhand dieser Begriffe die Stimmigkeit von Lösungsansätzen hinsichtlich neuer Entwicklungen und Herausforderungen des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes beurteilen zu können. Betroffen ist damit weniger die fachliche Rechtssteuerung als die Kooperation und das Zusammenwirken der Gerichtsbarkeit und deren Gerichte. Während somit Konsistenz nur auf den Rechtsschutz angewendet wird⁴⁸, steht doch dahinter eine allgemeine Methode, wenn es darum geht, die Stimmigkeit von Rechtsregeln zu beurteilen. Entsprechend sieht *Schmidt-Aßmann* Konsistenz in Verbindung mit dem Gedanken der Folgerichtigkeit und Systemgerechtigkeit. Auch bei ihm handelt es sich aber um ein weiches Kriterium: „Konsistenzurteile legen daher in den meisten Fällen nicht zwingende Gestaltungsaufträge fest, sondern zeigen plausible Gestaltungsoptionen auf. Quellen ihrer Plausibilität sind vor allem die Rechtsgeschichte, die Rechtsvergleichung und die Rechtspraxis. Es geht um Erfahrungen im Umgang mit prozessrechtlichen Instituten und ihrem Zusammenspiel.“⁴⁹

Ein solcher Prüfungsmaßstab weist somit auch keine rechtlichen, festeren Maßstäbe auf. Vielmehr lässt sich der Ansatz eher einer Steuerungsperspektive zuordnen, wie sie auch bei der Erarbeitung von Handlungsempfehlungen zum Zuge kommt.

⁴⁶ Zu den Maßstäben des BVerfG kritisch C. Bumke, Die Pflicht zur konsistenten Gesetzgebung, Der Staat 49 (2010), S. 77 ff. („verfassungsgerichtlicher Willkür?“, S. 105).

⁴⁷ Zur Schwierigkeit den Begriff der Kohärenz rechtlich fassbar zu machen siehe E. Schmidt-Aßmann, Kohärenz und Konsistenz des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Die Verwaltung 2011, S. 105 (119).

⁴⁸ E. Schmidt-Aßmann, Kohärenz und Konsistenz des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Die Verwaltung 2011, S. 105 (120): Kohärenz meint bei ihm: notwendiger Zusammenhalt der Rechtsschutzebenen und Rechtsweg; Konsistenz bezieht sich bei ihm auf: innere Stimmigkeit der den Rechtsschutz konstituierenden Grundelemente des Prozessrechts, d. h. die unterschiedlichen Ausgestaltungen der Klagebefugnisse, der Kontrolldichte, des Beweisrechts

⁴⁹ E. Schmidt-Aßmann, Kohärenz und Konsistenz des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Die Verwaltung 2011, S. 105 (120).

(2) Konsistenz in der Rechtsanwendung

Gestaltet sich der Begriff der Konsistenz zwar nicht als inhaltsschwere Rechtskategorie, so finden sich Aspekte einer starken Inhaltskontrolle in der einfachen Anwendung des Rechts, die sich oftmals in Formen der teleologischen und systematischen Auslegungsmethoden wiederfinden⁵⁰. So wird von der Rechtspraxis selber versucht bei der Rechtsanwendung die Rechtsregelungen in einem stimmigen Rechtsrahmen erscheinen zu lassen. Angesichts der Fragmentierung des Rechts, der verstärkten Kritik an der Rationalität der Gesetzgebung⁵¹ und einer als vermeintlich wahrgenommenen Gesetzesflut⁵² wird zwar diese Aufgabe der Rechtsanwendung als immer schwerer erachtet, bei der Beurteilung von etwaigen Inkonsistenzen des Rechts der energetischen Biomassenutzung hat sich jedoch gezeigt, wie im Allgemeinen auch, dass die Rechtspraxis sehr leistungsstark ist, wenn es um die dogmatische Auflösung von rechtlichen Widersprüchlichkeiten geht⁵³.

Allerdings reicht die auf Rechtsproblemlösung ausgerichtete Auslegung nicht als eigener Maßstab für die Weiterentwicklung desselben aus. Zum einen greift diese Perspektive nur bei der Einzelfallbetrachtung und zum anderen erfolgt sie nur problemlösungsorientiert aufgrund eines Entscheidungszwanges der Rechtspraxis. Zwar können aus Auslegungsschwierigkeiten natürlich Rückschlüsse für eine Weiterentwicklung des Rechts gewonnen werden, da Reibungsverluste in der Rechtspraxis sich negativ auf die Steuerungswirkung von Gesetzen auswirken können. Bereits bei der Darstellung des Rechts der energetischen Biomassenutzung in den vorangegangenen Arbeitspaketen sind die Auslegungsschwierigkeiten aber schon erfasst worden.

b. Handlungsempfehlungen

Einen anderen Ansatz als den strengen Regelanwendungsorientierten wird bei der Herausarbeitung von konkreten Handlungsempfehlungen verfolgt. Diese beruhen auf einen weiter gefassten rechtswissenschaftlichen Ansatz, der sich nicht nur allein auf rechtliche Maßstäbe beschränkt, sondern in dem auch fachliche Überlegungen ohne Rückführung auf eine Rechtsvorschrift oder normative Vorgabe einbezogen werden. Angesichts einer aber noch weitgehend offenen Methodendiskussion gilt es das Vorgehen weiter zu explizieren⁵⁴ ((1)).

⁵⁰ Vgl. auch zu den möglichen Maßstäben, die dabei angelegt werden, soeben unter B.I.2.a.(1).

⁵¹ F. Reimer, § 9, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Aufl., Rn. 7; vgl. allerdings auch O. Lepsius, Die erkenntnistheoretische Notwendigkeit des Parlamentarismus, in: M. Bertschi u.a. (Hrsg.), Demokratie und Freiheit, 1. Aufl., S. 123 ff. (128 f.).

⁵² Vgl. ausführlich und differenzierend H. Schulze-Fielitz, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1. Aufl., S. 9 ff.

⁵³ Vgl. insbesondere die Genehmigung im Außenbereich AP IV, C.II.4. mwN. und den Anlagenbegriff AP 3, D.III.2.b.(2)(a) mwN.

⁵⁴ Grds. mit Vorbehalten H. Schulze-Fielitz, Staatsrechtslehre als Mikrokosmos, 1. Auflage, S. 331, wonach ein Kapitel über das Vorgehen und die Methode zwar „plausibel“ sei, eine „zu ausführliche“ Rechtfertigung sei aber Ausdruck fehlender Überzeugungskraft. „Gute Arbeiten überzeugen aber im Regelfall in ihrer Vorgehensweise aus der Sache heraus, ohne dass es ständiger selbstreflexiver methodischer Begleitüberlegungen bedarf.“

Da zudem der Untersuchungsgegenstand sich gegen Ende der Projektphase erheblich gewandelt hat, wird vor diesem Hintergrund die den Umständen angepasste Ausrichtung der Handlungsempfehlungen erläutert ((2)).

(1) Vorgehensweise bei der Erarbeitung der Handlungsempfehlungen

Allgemein gilt, dass der Umgang aus rechtswissenschaftlicher Sicht mit der Steuerungsperspektive mit der Proklamierung einer Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft⁵⁵ neue theoretische Impulse erhalten hat⁵⁶. Auch inspiriert aus der US-amerikanischen Rechtstradition bilden sich insbesondere im Zivilrecht neue Ansätze heraus und verstetigen sich, wenn es darum geht empirische Ansätze in eine Art Gesetzgebungsberatung und -lehre zu integrieren⁵⁷. Die Besonderheit der Steuerungsperspektive im Gegensatz zu einer rein rechtsanwendungsbezogenen Sichtweise liegt darin, dass der Umgang mit Realitätsbeschreibung nicht in festen, rechtlich vorstrukturierten Bahnen verläuft, sondern der Zugriff auf Wirkungen von Gesetzen und sachlichen Notwendigkeiten für bestimmte Steuerungen aus rechtsfremden Überlegung kommen. Methodisch ist daher grundsätzlich zu erfassen, wie die Rezeption anderer Wissenschaftsergebnisse durch die Rechtswissenschaft erfolgen kann⁵⁸.

Allerdings resultieren solche theoretischen Überlegungen auf einer sehr hohen Abstraktionsebene, die es weiter auszuführen an dieser Stelle nicht bedarf, auch weil sich ein festes Methodenverständnis bei der Steuerungsperspektive noch nicht ergeben hat. Folgenberücksichtigungs- und Gesetzgebungslehre beschäftigen sich zwar zunehmend mit methodischen Fragen⁵⁹, weisen aber nach wie vor eine methodische Offenheit aus. Im Allgemeinen geht es weniger um methodische Strenge und „*nicht um zwingende Gestaltungsaufträge (...), sondern (...) plausible Gestaltungsoptionen*“⁶⁰ die auf Erfahrungen beruhen.

Dieser Offenheit kann im konkreten Fall nur dadurch entgegengetreten werden, dass man sich auf ein bestimmtes methodisches Vorgehen festlegt und dies offen legt⁶¹. Die unterbrei-

⁵⁵ Vgl. hierzu nur statt vieler und mwN. A. Voßkuhle, § 1 Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/ders. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Auflage, § 1 Fn. 15 bis 17.

⁵⁶ Siehe kritisch zu dem Neuen statt vieler F. Ossenbühl/K. Lange, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Die Verwaltung 40 (2007), S. 125 ff.; Das „Neue“ hervorheben wollend A. Voßkuhle, § 1 Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/ders. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Aufl., § 1 Rn 2 ff.; hierzu allgemein W. Kahl, Über einige Pfade und Tendenzen in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft – ein Zwischenbericht, Die Verwaltung 2009, S. 463 ff.

⁵⁷ Siehe hierzu nur H. Eidenmüller, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft, JZ 1999, S. 53 ff.

⁵⁸ Wobei es gilt, die eigene disziplinäre Identität zu wahren, siehe J. Lüdemann, Rechtsetzung und Interdisziplinarität in der Verwaltungswissenschaft, 1. Aufl.; R. Czada, Disziplinäre Identität als Voraussetzung von Interdisziplinarität, in: K. Bizer/M. Führ/C. Hüttig (Hrsg.), Responsive Regulierung, 1. Aufl., S. 23 ff.

⁵⁹ So bei G. Müller/F. Uhlmann, Elemente der Rechtssetzungslehre, 1. Aufl., S. 37 ff.

⁶⁰ E. Schmidt-Aßmann, Kohärenz und Konsistenz des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Die Verwaltung 2011, S. 120 allerdings nur zum Umgang mit prozessrechtlichen Instituten und ihrem Zusammenspiel.

⁶¹ Vgl. zur Notwendigkeit eines Methodenbewusstseins und zur Darlegung des eigenen Ansatzes A. Voßkuhle, Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht, in: H. Bauer u.a. (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, 1. Aufl., S. 188 ff.

teten Handlungsempfehlungen beruhen auf einer konkreten Herangehensweise, die zum einen auf einer Literaturanalyse beruht und zum anderen auf einem Dialog mit anderen Disziplinvertretern beruht. Zielbild ist auch hier, dass mit Konsistenz die Stimmigkeit⁶² der Steuerung gemeint ist. Ausgangspunkt ist die in den vorherigen Arbeitspaketen erarbeitete Bestandsaufnahme⁶³ des geltenden Rechts der energetischen Biomassenutzung. Die Literaturanalyse beschäftigt sich dann neben einer allgemeinen Systematisierung der fachlichen Streitfragen⁶⁴ besonders mit solchen Ansätzen, die sich auf die Wirkungen des Rechts der energetischen Biomassenutzungen beziehen. Der interdisziplinäre Dialog⁶⁵ hingegen wurde unterstützt mit im Rahmen des Vorhabens veranstalteten Workshops, einmal zu „Zulassungsrecht und raumplanerische Instrumente bei der energetischen Biomassenutzung in der Rechtspraxis, Dezember 2012“ und einmal zu „Verpflichtende Direktvermarktung für Strom aus Biomasse, Mai 2014“ sowie zwei Unteraufträgen zu „Evaluierung und Untersetzung der relevanten Regelungen zu Naturschutzanliegen bei der Stromerzeugung aus Biomasse im aktuell verabschiedeten Erneuerbare-Energien-Gesetz“ und „Flexibilisierte Fahrweise von Biomasseanlagen mit fester Biomasse“⁶⁶.

Zugleich wurde versucht, sowohl dem historisch gewachsenen Rechtsrahmen mitsamt seinen politischen Implikationen als auch der Komplexität des Themas dadurch gerecht zu werden, dass solche Fachüberlegungen nur dann aufgenommen wurden, wenn sowohl in politischer Hinsicht als auch in der fachlichen Diskussion ein bestimmter Grad an Konkretisierung erreicht war⁶⁷. Damit steht auch fest, dass es sich bei den Handlungsempfehlungen um keine normative Argumentation handeln kann. Es handelt sich lediglich um Vorschläge aus der rechtswissenschaftlichen Forschung in Kooperation mit anderen Fachdisziplinen.

(2) Wandel

Die Untersuchung der rechtlichen Rahmenbedingungen der energetischen Biomassenutzung erfolgte in einem Zeitraum, in dem die Ambivalenz der Biomassenutzung zwar immer stärker zu Tage getreten ist⁶⁸, die Biomassenutzung aber noch deutlich an Dynamik zugenommen

⁶² Vgl. hierzu ob *E. Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, *Die Verwaltung* 2011, S. 120 „plausible Gestaltungsoptionen“.

⁶³ Dies als Grundlage für eine Konzeptentwicklung ansehend *J. Sanden/T. Schomerus/F. Schulze*, *Entwicklung eines Regelungskonzeptes für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes*, 1. Aufl., S. 12.

⁶⁴ Siehe hierzu AP 1.

⁶⁵ In Form eines interdisziplinären Aufsatzes zuletzt *O. Antoni et al.*, *Anreiz zur flexibilisierten Fahrweise von Kraftwerken mit fester Biomasse*, et 2015, Heft 1-2, S. 60 ff.

⁶⁶ Die beiden Studien sind im Anhang (E.) beigefügt.

⁶⁷ Zum politischen Aspekt bei der Erarbeitung eines Regelungskonzeptes siehe erneut *J. Sanden/T. Schomerus/F. Schulze*, *Entwicklung eines Regelungskonzeptes für ein Ressourcenschutzrecht des Bundes*, 1. Aufl., S. 12; vgl. zu den Gefahren die „rechtswissenschaftliche gegen die politische Richtigkeit“ auszuspielen *H. Schulze-Fielitz*, *Vom Dilemma der Gesetzgebungslehre in Deutschland* (Schärdel), *RW* 2012, S. 489 (495) in Bezug auf den Kodifikationsgedanken.

⁶⁸ Vgl. umfassend zu den Potentialen als auch den Anforderungen an eine nachhaltige Nutzung der Biomasse *WBGU*, *Hauptgutachten 2008 "Welt im Wandel: Zukunftsfähige Bioenergie und nachhaltige Landnutzung"*; *SRU*, *Klimaschutz durch Biomasse*, 2007 sowie die vor allem die rechtliche Perspektive wiedergebenden Beiträ-

hatte und dies auch politisch wie rechtlich gewollt war⁶⁹. Galt zu Beginn der Förderung der erneuerbaren Energien die Biomasse noch als notwendige Wunderwaffen beim Klimaschutz⁷⁰, hat sich dies mit der Novelle des Erneuerbare-Energien-Gesetzes zur Fassung 2014 maßgeblich geändert⁷¹. So heißt es in der Gesetzesbegründung:

„Die Stromerzeugung aus Biomasse soll sich zukünftig überwiegend auf Rest- und Abfallstoffe konzentrieren. Hier wird eine Begrenzung des Ausbaus auf etwa 100 MW pro Jahr angestrebt“⁷².

Schon zum Entwurf des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014 sind die dabei verbundenen Implikationen genannt worden:

„Mit den gegenwärtig geplanten Neuregelungen für das EEG 2014 würde der weitere Ausbau der Bioenergie zur gekoppelten Strom- und Wärmeproduktion in Deutschland zum Stillstand kommen“⁷³.

Von der Wunderwaffe des Klimaschutzes hat sich die Biomasse damit quasi zum ungeliebten Stiefkind der erneuerbaren Energien entwickelt. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die energetische Biomassenutzung nach wie vor von erheblicher Bedeutung ist⁷⁴.

ge, in: H. Schulze-Fielitz/T. Müller (Hrsg.), Klimaschutz durch Bioenergie, 2010; siehe hierzu auch AP 1; vgl. auch die Einschätzungen in BT-Drs. 17/6071, S. 49.

⁶⁹ Vgl. noch zum EEG 2012 BT-Drs. 17/6071, S. 46: „Die höchsten Zubauraten entfielen auf die Stromerzeugung aus Windkraft, **Biomasse** und solarer Strahlungsenergie; seit dem EEG 2009 verzeichneten insbesondere die Biomasse und die Fotovoltaik ein sehr hohes relatives Wachstum. Durch die vorliegende Novellierung des EEG soll sichergestellt werden, dass **der dynamische Ausbau** der erneuerbaren Energien **fortgesetzt** und die einleitend genannten Ausbauziele erreicht werden“ (H.d.A.); noch eindeutiger zum EEG 2009 BT-Drs. 16/8148, S. 29.

⁷⁰ Vgl. sehr differenzierend D. Thrän/V. Richarz, Potenziale, CO₂-Bilanzen und Anwendungsbereiche – Wie könnten und sollten wir Biomasse sinnvoll nutzen?, in: H. Schulze-Fielitz/T. Müller (Hrsg.), Klimaschutz durch Bioenergie, 1. Aufl., S. 9 ff., aber auch mit der Aussage, S. 21: „Die Biomasse bildet das Rückgrat für den weiteren Ausbau der Erneuerbaren Energien“; vgl. auch insbesondere die anschließende Diskussion, dort auch die Kritik von *Becher* gegenüber einer Einstellung des Bioenergiesektors „Wir sind die Größten“ (S. 25).

⁷¹ Zu dem allerdings bereits sinkenden Ausbauwachstum in den Jahren 2012 und 2013 DBFZ, Stromerzeugung aus Biomasse, (Vorhaben Ila Biomasse), Zwischenbericht Juni 2014, S. 12 ff., abrufbar unter https://www.dbfz.de/fileadmin/user_upload/Referenzen/Berichte/Monitoring_ZB_Mai_2014.pdf (16.03.2015).

⁷² BT-Drs. 18/1304, S. 164 und zuvor schon S. 137: „Bei der Biomasse führt die Konzentration der Förderung auf Abfall- und Reststoffe zu einer Begrenzung der Kosten des weiteren Ausbaus der Biomasse, die insgesamt eine der teuersten Technologien ist und kaum Kostensenkungspotenziale aufweist. Um einen kosteneffizienten Ausbau zu gewährleisten, wird die Erweiterung bestehender Biogasanlagen nur noch mit dem Börsenmarktwert gefördert. Die vorgesehene Degression, die automatisch greift, wenn der Zubau von Biomasseanlagen in zwölf Monaten über 100 MW liegt, soll die Einhaltung des vorgesehenen Ausbaupfads gewährleisten und somit ebenfalls die Kosten des weiteren Ausbaus begrenzen.“ Im Entschließungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Ausschussdrucksache 18(9)170 heißt es entsprechend auch, BT-Drs. 18/S. 186 „Der Biomasse-Ausbau wird gedeckelt, die Vergütung deutlich gekürzt. Zubau wird es unter diesen Bedingungen kaum mehr geben.“

⁷³ Vgl. statt vieler DBFZ, Auswirkungen der gegenwärtig diskutierten Novellierungsvorschläge für das EEG 2014 Hintergrundpapier – überarbeitet am 31.03.2014, S. 11, abrufbar unter <http://www.bhkw-infozentrum.de/download/Hintergrundpapier-bioenergie-eeg-2014-dbfz.pdf> (09.03.2015).

⁷⁴ Siehe auch auf europäischer Ebene zuletzt SWD(2014) 259 final, Commission Staff Working Document, State of play on the sustainability of solid and gaseous biomass used for electricity, heating and cooling in the EU, S. 27: „Solid and gaseous biomass used for electricity, heating and cooling production is the biggest source of

Biomasse ist, abgesehen von den Biokraftstoffquoten im Verkehrsbereich, nicht nur im Wärmesektor die dominante erneuerbare Energie, deren Nutzung weitgehend vom Markt getrieben wird, sondern macht auch im Stromsektor einen noch bedeutenden Anteil an der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien aus.

Durch die politische und rechtliche Neuausrichtung sind aber viele Anhaltspunkte für Weiterentwicklungen des Rechts der energetischen Biomassenutzung entfallen. Das betrifft insbesondere solche Ansätze, die sich auf den weiteren Zubau von Biomasseanlagen bezogen haben. Anderes gilt nur für die Flexibilisierung des in den letzten Jahren bereits errichteten Anlagenbestands, die nach wie vor für die Praxis von Bedeutung ist und für die entsprechend Vorschläge zur Rechtsfortentwicklung in die Handlungsempfehlungen aufgenommen wurden.

Zwar bleiben auch nach der politischen Neuausrichtung zahlreiche inhaltliche Auseinandersetzungen bestehen. Dies betrifft neben Fragen zu den Potentialen der energetischen Biomassenutzung innerhalb einer nachhaltigen Nutzung oder zu möglichen technischen Entwicklungspotentialen auch solche in Bezug auf die ökologischen Auswirkungen des bisherigen Bestands⁷⁵. Zuletzt ist insbesondere die Feinstaubproblematik von – nicht zwangsläufig geförderten – Kleinf Feuerungsanlagen thematisiert worden⁷⁶. Allerdings ergeben sich hieraus keine Anhaltspunkte für die Erarbeitung konkreter Handlungsempfehlungen aus juristischer Sicht.

c. Duale Vorgehensweise

Aus den obigen Überlegungen hat sich für das Vorhaben, wie in der Einleitung schon erwähnt, eine duale Vorgehensweise ergeben. Neben einer an rechtlichen Vorgaben orientierten Gesamtbetrachtung liegt der Schwerpunkt dabei in der Erstellung von konkreten Handlungsempfehlungen. In beiden Fällen wird Konsistenz zunächst im weitesten Sinne als Stimmigkeit verstanden: Konsistent ist das Recht, das fachliche Fragen thematisch angemessen aufgreift und rechtlich sich als aufeinander abgestimmt und anwendbar erweist.

renewable energy in the EU and is key to achieving the 2020 renewable energy targets and the EU long-term decarbonisation goals by 2050.“

⁷⁵ Vgl. hierzu jüngst hinsichtlich der Stickstoffbelastungen *SRU*, Stickstoff: Lösungsstrategien für ein drängendes Umweltproblem, 2015, S. 191, abrufbar unter http://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/02_Sondergutachten/2012_2016/2015_01_SG_Stickstoff_KF.pdf?__blob=publicationFile (16.03.2015).

⁷⁶ Vgl. nur *UBA*, Luftqualität 2014, Vorläufige Auswertung, 2015, S. 12 ff., abrufbar unter https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/378/publikationen/hintergrund_luftqualitaet_2014.pdf (16.03.2015); Zu den technischen Fragen v. *Lenz, D. Thrän, D. Pfeiffer*, Messmethodensammlung Feinstaub Methodenvorschlag zur Feinstaubfassung an Feuerungsanlagen für feste biogene Brennstoffe, abrufbar unter https://www.energetischebiomassenutzung.de/fileadmin/user_upload/Messmethodensammlung_Feinstaub/08_Feinstaub_2014.pdf (09.03.2015).

Die Betrachtung der Konsistenz nach rechtlichen Vorgaben greift vor allem auf eine reine Rechtsperspektive zurück. Allerdings geht dieser Aspekt schon in den einzelnen Arbeitspaketen auf. Entsprechend ist hierzu in diesem Arbeitspaket nur noch einmal eine Zusammenfassung dessen erfolgt (C.).

Zum anderen wurde aber mit der Erarbeitung von Handlungsempfehlungen auf solche Regelungsvorschläge für ein konsistentes Recht gesetzt, die Fachfragen auch ohne normative Maßstäbe aufgreifen. Dies macht den Schwerpunkt dieses Arbeitspakets aus. Allerdings wirkte sich der Wechsel in der Dynamik der Förderung der energetischen Biomassenutzung als erhebliche Einschränkung für die Weiterentwicklung weiterer Handlungsvorschläge aus (D.).

C. Gesamtergebnis: Konsistenz

Ausgangspunkt für die konkreten Handlungsempfehlungen und Ausdruck der dualen Vorgehensweise bei der Entwicklung von Regelungsansätzen eines konsistenten Rechts der energetischen Biomassenutzung ist die rechtliche Erfassung des Rechtsrahmens und dessen Überprüfung der Konsistenz aus einer rechtsanwendungsorientierten⁷⁷ Perspektive. Bevor daher die Handlungsempfehlungen vorgeschlagen werden, soll an dieser Stelle eine Gesamtbetrachtung der Arbeitspakete und eine summarischen Bewertung der Rechtslage vorgenommen werden (I.). Zugleich wird in tabellarischer Form die Bewertung zu den Arbeitspaketen 2 bis 4 zusammengefasst (II.).

I. Gesamtbetrachtung

Bei der Überprüfung der Rechtsvorgaben für die energetische Biomassenutzung kommt es darauf an, wie Steuerungsabsicht des Gesetzgebers, fachliche Notwendigkeiten und Regelungsmaterie zueinanderstehen. Allerdings ergeben sich aus dem Merkmal Konsistenz keine hohen rechtlichen Anforderungen an das Zusammenspiel der Rechtsnormen. Aus der Erarbeitung des Rechtsrahmens der einzelnen Arbeitspakete folgt, dass trotz der vielen fachlichen und gesellschaftspolitischen Kritikmöglichkeiten⁷⁸ sich das Recht der energetischen Biomassenutzung bei der Rechtsanwendung grundsätzlich als konsistent erwiesen hat⁷⁹. Angesichts

⁷⁷ Hierzu erneut A. Voßkuhle, § 1 Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/ders. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Aufl., Rn. 2 ff., 16 ff.

⁷⁸ Vgl. nur jüngst bestimmte Aufgabenfelder hierzu beschreibend G. Ludwig/J. Tronicke/W. Köck/E. Gawel, Rechtsrahmen der Bioökonomie in Mitteldeutschland - Bestandsaufnahme und Bewertung, UFZ Discussion Paper 22/2014, S. 2 ff., abrufbar unter https://www.ufz.de/export/data/global/63262_DP_22_2014_Bioeconomy1.pdf (16.03.2015).

⁷⁹ Vgl. zu ähnlichen Ergebnissen bei einer Bewertung des Instrumentenverbundes zum Energieeffizienzrecht, wengleich ohne Heranziehung des Begriffs der Konsistenz, M. Ludwigs, Unternehmensbezogene Effizienzanz-

der Komplexität der inhaltlichen Anforderung an die Steuerung der energetischen Biomassenutzung und der gesellschaftspolitischen Bedeutung der Biomasse im Allgemeinen sowie des historisch gewachsenen, nicht einheitlichen, auf Mehrebenen strukturierten Rechtsrahmens bestehend aus einem weitgehenden Instrumentenmix mag dieses Ergebnis auf den ersten Blick verwundern. Allerdings steht hinter den rechtlichen Vorgaben und Kriterien auf der anderen Seite auch eine verfassungsrechtliche und demokratietheoretische Rationalitätserwartung an den Gesetzgebungsprozess⁸⁰ und zugleich einer damit verbundenen Einschätzungsprärogative⁸¹ des Gesetzgebers. Auch andere Arbeiten bei der Überprüfung eines vergleichbar komplexen Instrumentenmixes kommen zum Ergebnis, dass der rechtliche Rahmen dem Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum lässt, der dann vom Gesetzgeber auch hinreichend ausgefüllt wurde, indem er die nötige Auseinandersetzung mit Fachfragen vorgenommen hat⁸².

Bereits aus den methodischen Ausführungen ergibt sich, dass der Schwerpunkt dieses Arbeitspakets auf den konkreten Handlungsempfehlungen liegt. Dies hängt vor allem damit zusammen, dass selbst für das Zusammenspiel verschiedener Rechtsinstrumente sich nur schwache rechtliche Prüfmaßstäbe⁸³ für die Beurteilung eines Rechtsrahmens unter dem Aspekt der Konsistenz ergeben. Dies gilt selbst dann, wenn der Begriff der Konsistenz sehr weit gefasst und auf Fragen der Einheit der Rechtsordnungen und der Folgerichtigkeit erstreckt wird. Zudem wird bei der Auslegung des Rechts darauf geachtet, dass das Zusammenspiel der Rechtsvorschriften in sich stimmig verläuft, womit sich bereits auf der Anwendungsebene ein Korrekturfaktor für mögliche Inkonsistenzen ergibt⁸⁴.

Rechtlich wurde in den vorhergehenden Arbeitspaketen der Rechtsrahmen unter dem Aspekt der Steuerung der energetischen Biomassenutzung untersucht. Einbezogen wurden dabei sowohl die rechtlichen Anforderungen an Anbau und Gewinnung von Biomasse (Arbeitspaket 2), an die Errichtung und den Betrieb von Anlagen zur energetischen Nutzung von Biomasse (Arbeitspaket 4) als vor allem auch an die energetische Nutzung von Biomasse (Arbeitspaket 3). Das fachliche Vorverständnis ist bereits in Arbeitspaket 1 erarbeitet worden, während Arbeitspaket 5 schon auf mögliche Instrumente für neuere Regelungsansätze hinweist. Die Einteilung der Arbeitspakete 2 bis 4 entspricht der Rechtssystematik, wonach die

forderungen im Öffentlichen Recht, 2013, S. 487 und S. Jesse, Instrumentenverbund als Rechtsproblem am Beispiel effizienter Energienutzung, 1. Aufl., S. 106 ff., S. 343.

⁸⁰ Vgl. hierzu die beiden Referate von G. Lienbacher, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, 1. Referat, VVDStRL 71 (2012), S. 7 ff. und B. Grzeszick, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, 2. Referat, VVDStRL 71 (2012) S. 51 ff.

⁸¹ Vgl. hierzu allgemein und sehr ausführlich K. Meßerschmidt, Gesetzgebungsermessens, 1. Aufl.

⁸² S. Jesse, Instrumentenverbund als Rechtsproblem am Beispiel effizienter Energienutzung, 1. Aufl., S. 106; M. Ludwigs, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht, 1. Aufl., S. 458.

⁸³ Sich um eine Konkretisierung dieser Maßstäbe bemühend S. Jesse, Instrumentenverbund als Rechtsproblem am Beispiel effizienter Energienutzung, 1. Aufl., S. 247 ff., ohne auf weitgehende Maßstäbe für eine Rationalitätskontrolle stoßend.

⁸⁴ Siehe hierzu B.I.2.a.(2).

Anforderungen für Anbau und Gewinnung, Zulassung von Anlagen und der energetische Nutzung sich jeweils an unterschiedlichen Vorgaben ausrichten⁸⁵.

Insgesamt ergibt sich beim Recht der energetischen Biomassenutzung nicht das Bild einer einheitlichen Steuerung aus einem Guss, vielmehr handelt es sich um eine historisch gewachsene Rechtslage, die allerdings den rechtlichen Rationalitätsmaßstäben, die keine hohe Prüfungsdichte aufweisen, entspricht. Das Recht der Biomassenutzung ist dabei überwiegend nicht energierechtlich geprägt, sondern im Gegenteil werden die Herstellung der Biomasse und die Nutzung der Biomassenutzung weitgehend ohne Bezug auf die energetische Biomassenutzung vorgenommen, ohne dass dadurch die energetische Nutzung an sich ausgeschlossen wird. Die energierechtlichen Regelungen knüpfen dann lediglich punktuell an der bisherigen Biomassenutzung an und zielen darauf ab, über den Rechtsrahmen auf die Marktbedingungen einzuwirken und so bestimmte Nutzungen der Biomasse zu verhindern oder zu fördern. Exemplarisch und von besonderer Bedeutung ist hier die Förderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes, da hierdurch Anreize für eine energetische Biomassenutzung gesetzt wurden. Zugleich baute diese Förderung auf die bisherigen landwirtschaftlichen Infrastrukturen auf und verband die Förderung unter anderem mit Vorgaben, die teilweise über das Fachrecht hinausgingen. Dadurch wurde über das Förderrecht in mancher Hinsicht deutlich auch auf das Fachrecht eingewirkt. Darüber hinaus ist aber festzustellen, dass selbst aus energiewirtschaftlicher Perspektive der Einsatz der Biomassenutzung nicht konzeptionell einheitlich gesteuert wird. Vielmehr stehen hier zahlreiche Instrumente nebeneinander, mit denen unterschiedliche energetische Nutzungen der Biomasse bezweckt werden (vgl. hierzu auch die tabellarische Darstellung unter II.).

Festgestellt werden konnte, dass sich zwar durchaus an einigen Stellen Auslegungsschwierigkeiten des Rechts ergeben. Dies ist angesichts der fachlichen Komplexitäten der zu regelnden Materie und des weiten Rechtsrahmens aber auch nicht anders zu erwarten. Beispiele für Unstimmigkeiten lassen sich dabei in allen drei Arbeitspaketen finden⁸⁶. All diese Unstimmigkeiten bewirken zwar mehr oder weniger starke Reibungsverluste, die sich negativ auf die Steuerungswirkung des Gesetzes auswirken, sind aber bereits in der Praxis geklärt worden. Eine der seltenen Ausnahmen einer tatsächlichen rechtlichen Unstimmigkeit betraf die Flexibilisierung von Biogas-Anlagen im Zusammenspiel mit der baurechtlichen Außenbe-

⁸⁵ So bestehen Vorschriften zum Anbau und der Gewinnung von Biomasse weitestgehend ohne Bezug auf eine spätere energetische Nutzung. Eine systematische Ausnahme ergibt sich nur im Abfallrecht, da hier die Verwertung eines Stoffes gerade mit Blick auf seine Nutzungsmöglichkeit geregelt wird. Das Zulassungsrecht hingegen steuert weitgehend ordnungsrechtlich und vor allem mit Blick auf Umwelt- und Gesundheitsgefahren. Grundsätzlich erst die Vorgaben zur konkreten Nutzung weisen Bezüge zu energiewirtschaftlichen und Klimaschutzrechtlichen Aspekten der Biomassenutzung auf.

⁸⁶ Vgl. zum Anlagenbegriff des EEG 2014 AP III, D.III.2.b.(2)(a) mwN.; im Zulassungsrecht insbesondere die Auslegung von § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB AP IV, C.II.4. und AP V, C.III.; als schwierig erweist sich auch der Abfallbegriff, siehe hierzu AP V, B.II.2.; bekannt sind hierbei auch die Vollzugsschwierigkeiten beim Anbau als auch die uneinheitliche Genehmigungspraxis, vgl. AP IV, C.II.4., zu der unterschiedlichen Genehmigungspraxis bei § 35 BauGB.

reichsprivilegierung in § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB – hier ist allerdings bereits im Jahr 2013 gesetzgeberisch nachgesteuert worden.⁸⁷

Insgesamt genügt das Recht den Anforderungen an eine gewisse Form der inhaltlichen Stimmigkeit. Grundsätzlich werden auch in einem so umstrittenen Bereich wie der Landwirtschaftspolitik Fachüberlegungen im Gesetzgebungsprozess aufgenommen und insbesondere Fragen des Umwelt- und Naturschutzes mit anderen Zielen abgewägt⁸⁸. Mag die politische Wertung oftmals gewissen Fachansprüchen nicht in angemessener Weise entsprechen, so stellt sich das Recht doch als Ergebnis einer Auseinandersetzung mit den verschiedenen Aspekten dar. Gerade die energetische Nutzungsförderung erwies mit seinen Nachhaltigkeitsstandards eher eine weitergehende Rationalität als das allgemeine Recht. Vor allem über die Kaskadennutzung werden nunmehr aber auch politisch ganzheitliche Steuerungsvorstellungen verfolgt⁸⁹.

Beobachtet werden kann aber eine gewisse zeitliche Inkonsistenz der Förderung, die sich durch den Wandel bei der Förderung der energetischen Biomassenutzung mit der Novelle des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014 ergeben hat⁹⁰. Die sich dabei ergebene Ungleichzeitigkeit⁹¹ zwischen Steuerungsfolgen und Steuerungsentention wirken sich auf das Zusammenspiel von Instrumenten auf der zeitlichen Schiene aus. Durch eine fachlich über die Zeit inhomogene Gesetzgebung entstehen Auswirkungen auf eine ganze Branche aber auch für die Koordinierung einer effizienten Energiewende, da hierdurch mit höheren Reibungsverlusten und Kosten zu rechnen ist. Mag die Förderungsentwicklung über die Zeit fachlich noch so unpassend erscheinen, so kommt ihr außerhalb des Vertrauensschutzes keine Bedeutung zu⁹².

II. Tabellarische Darstellung zu den Arbeitspaketen

Im Folgenden soll eine Kartierung des Rechts der energetischen Biomassenutzung in Tabellen vorgenommen werden, die die Ergebnisse des Vorhabens noch einmal in konzentrierter Form erfasst und zugleich noch einmal die Diversität des Rechtsgebietes aufzeigt.

Die Tabellendarstellung richtet sich nach den Bereichen der drei Arbeitspakete zu den rechtlichen Anforderungen und unterscheidet somit zwischen der Erzeugung und Gewinnung von

⁸⁷ Siehe AP V, D.II.5.a.

⁸⁸ Vgl. hierzu die Diskussionen um die Düngeverordnung, allerdings mit auch negativen Auswirkungen auf den Betrieb von Biogasanlagen.

⁸⁹ Vgl. schon *BMU/BMELV*, Nationaler Biomasseaktionsplan für Deutschland, 2010, S. 14, abrufbar unter http://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/Broschueren/BiomasseaktionsplanNational.pdf?__blob=publicationFile (16.03.2015); hierzu in Bezug auf das Abfallrecht AP II, D.II.5.

⁹⁰ Vgl. hierzu oben B.I.2.b.(2).

⁹¹ Zu Ungleichzeitigkeiten in der Dogmatik *H.H. Trute*, Ungleichzeitigkeiten in der Dogmatik: Das Wissenschaftsrecht, DV, Bd. 27 (1994), S. 301; hinsichtlich von Ungleichzeitigkeiten zwischen Rechtsräumen in der EU vgl. *M. Hartmann*, Globaler Klimawandel und Europäischer Rechtspluralismus, *EuR* 2011, S. 636 ff.

⁹² Vgl. zum Vertrauensschutz *F. Sailer/K. Kantenwein*, in: J. Reshöft u.a. (Hrsg.), *EEG*, Einl. Rn. 183 ff.

Biomasse (Arbeitspaket 2), der Zulassung von Biomasseanlagen (Arbeitspaket 4) und der Förderung der energetischen Biomassenutzung (Arbeitspaket 3). Die Prüfungsergebnisse bezüglich der Konsistenz des Rechts lassen sich für alle drei Bereiche in Instrumentenmix, rechtliche Steuerung/Steuerungswirkung, Zusammenspiel der Rechts- und Fachfragen und als letzte Kategorie Regelungsansätze untergliedern. Eine solche abstrakte Darstellung weist zwar keine hohe Auflösung bei der Betrachtung konkreter Rechtsfragen auf, weil sie nichts zur inhaltlichen Stimmigkeit des Rechts im Einzelfall aussagt, führt aber zumindest zu einer Orientierung im Recht, die der inhaltlichen Weiterentwicklungen von Regelungsansätzen dienen kann.

Instrumentenmix	Rechtliche Steuerung/Steuerungswirkung	Zusammenspiel Rechts- und Fachfragen	Regelungsansätze
<p>Bei der rechtlichen Beurteilung ist zu unterscheiden zwischen holzartiger und nichtholzartiger Biomasse sowie biogenen Reststoffen und importierter Biomasse</p> <p>Holzartig: ordnungsrechtliches Zusammenspiel aus Bundes- und Landesgesetzen in Kombination mit einem wirksamen Verwaltungsapparat</p> <p>Nicht-holzartig: Schwache ordnungsrechtliche Vorgaben (Nennung maßgeblicher Gesetze) – zahlreiche Einschränkungen von Umweltschutznormen (Vgl. § 14 II BNatSchG)</p> <p>Biogene Reststoffe: Kreislaufwirtschaftsrecht als maßgebliches Instrument</p> <p>Importierte Biomasse: Nur indirekte Steuerungsmöglichkeiten, stark unionsrechtlich geprägt</p>	<p>- Kaum rechtliche Nutzungsvorgaben bei Anbau und Gewinnung von Biomasse:</p> <p>ordnungsrechtliche und förderbedingte Vorgaben hinsichtlich der Art und Weise des Anbaus und der Gewinnung, insbesondere Naturschutz</p> <p>- Anbau und Gewinnung wird maßgeblich durch den "Markt" bestimmt:</p> <p>Wirtschaftlichkeit der Nutzungsmöglichkeiten wirkt sich stark auf Anbau und Gewinnung aus und stellt den zentralen Steuerungsmechanismus dar; entsprechend liegt Bedeutung bei Lenkung der Nutzungsmög-</p>	<p>Bereich geprägt durch große Zahl unterschiedlicher Produkte (Holz, Öl- und Feldfrüchte, aber auch biogene Reststoffe etc.) -> hohe fachliche Komplexität</p> <ul style="list-style-type: none"> - Holzartig: weitgehend homogene Darstellung, Vollzug? ..., Besonderheit KUP und Waldbesitzverhältnisse - Nicht holzartig: Diskrepanz insbesondere zu naturschutzrechtlichen Vorstellungen; vielseitige und vielgestaltige Interessenlage stellt kein einheitliches Bild dar; Vollzug problematisch ... - Biogene Abfallstoffe: Ziel der Kaskadennutzung; reformiert, einzelne Unklarheiten 	<p>Gewinnung und Anbau von Biomasse wird meistens ohne Blick auf Nutzung geregelt -> keine fachlichen Besonderheiten in Bezug auf die energetische Nutzung</p> <p>Allerdings fachliche Vorgaben für Anbau und Gewinnung über das Förderrecht möglich, soweit an der energetischen Nutzung ange setzt wird</p> <p>Fachliche Beschreibung von Regelungs- und Vollzugsdefiziten bzgl. Anbau von Holz wie nicht-holzartiger Biomasse allgemein vorhanden, allerdings:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Dem steht waldliche Praxis als relativ starke Verzahnung von staat-licher Fachvorstellung und rechtlicher Praxis (Vollzug? ...) entgegen - Primat der landwirtschaftspolitischen Eigenlogik, so dass Vorgaben nur über das Förderrecht als möglicher Innovationstreiber wahrscheinlich

Regelungsansätze für die Entwicklung eines konsistenten Rechts der energetischen Biomassenutzung

	lichkeiten - Regelungsdichte und Vollzug unterschiedlich je nach Sparte und Produkt		
--	---	--	--

Tab. 1: Anbau und Gewinnung von Biomasse (Arbeitspaket 2)

Instrumentenmix	Rechtliche Steuerung/Steuerungswirkung	Steuer-	Zusammenspiel Rechts- und Fachfragen	Regelungsansätze
------------------------	---	----------------	---	-------------------------

<p>stark ordnungsrechtlich reguliert und durch Fachlogiken des Ordnungsrechts geprägt (Immissionsschutz; Wasser-schutz; Bodenschutz; etc.)</p> <ul style="list-style-type: none"> - Dabei dient das Zulassungsrecht vor allem der Gefahrenvorsorge und Vorbeugung - Zu den einzelnen Fachgesetzen ausführlich AP IV <p>Biomasseanlagen sind in das allgemeine Zulassungsrecht eingebettet</p> <ul style="list-style-type: none"> - Das Zulassungsrecht folgt der Logik des Fachrechts - Regelung in Bezug auf die Biomassenutzung außerhalb der Fachlogik nur punktuell 	<p>Anreize für Bau bestimmter Anlagen werden in der Regel über das Förderrecht und über den Markt gesetzt</p> <ul style="list-style-type: none"> - Zulassungsrecht erweist sich somit als Negativ-Steuerung - allerdings Bedeutung der Zulassungsvoraussetzungen und -verfahren für Wirtschaftlichkeitsüberlegungen <p>Zusammenspiel von Förderrecht mit Zulassungsrecht wird punktuell erfasst und mit dem entsprechenden Fachrecht abgestimmt (Außenbereichsprivilegierung; siehe allerdings Hemmnisse für Flexibilisierung aufgrund verschärfter Zulassungsvoraussetzungen)</p>	<p>Zulassungsrecht gestaltet sich weitgehend homogen</p> <ul style="list-style-type: none"> - Die unterschiedlichen Fachvorschriften werden grundsätzlich miteinander verbunden und verfahrensrechtlich sachlogisch abgestimmt (teilweise Konzentrationswirkung) - Rechtliche Ungenauigkeiten wurden in der Praxis weitgehend beseitigt - Erleichterung durch einheitliche Biomasseverordnung zum BImSchG aber denkbar <p>Steuerungsfragen</p> <ul style="list-style-type: none"> - Fachliche Ansatzpunkte für Weiterentwicklungen allgemein gegeben - Konkret zuletzt aber auch in Zukunft Kleinf Feuerungsanlagen 	<p>Zulassungsrecht kann als Steuerungsinstrument instrumentalisiert werden</p> <ul style="list-style-type: none"> - Aber grundsätzlich Einpassung in Sachlogiken zweckdienlich - Aktuell kaum Bedeutung bei Neubau (erste Jahresprognosen für 2014 bei Biogas nur bei 8 MW) <p>Regelungsansätze</p> <ul style="list-style-type: none"> - Einheitliche Erfassung von Biomasseanlagen durch Anpassung der Schwellenwerte der 4. BImSchV - Tatbestandsvoraussetzungen der Außenbereichsprivilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB sind weitestgehend bestimmt - Auch die Leistungsgrenzen des § 35 Abs. 1 Nr. 6 lit. d BauGB wurden dergestalt angepasst, dass ein flexibler Betrieb der Biogasanlagen auch im Außenbereich grundsätzlich
--	--	--	--

			lich ermöglicht wird
--	--	--	----------------------

Tab. 2: Zulassungsrecht (Arbeitspaket 4)

Instrumentenmix	Rechtliche Steuerung/Steuerungswirkung	Zusammenspiel Rechts- und Fachfragen	Regelungsansätze
<p>Komplexes Förderregime durch große Instrumentenvielfalt</p> <ul style="list-style-type: none"> - energetische Biomasseförderung als „Spielwiese“ und Experimentierfeld - Einsatz unterschiedlichster Instrumente (Ordnungsrecht, ökonomische Anreize, Planungsrecht, Informa- 	<p>Rechtliche Steuerung setzt an allen Wertschöpfungsstufen an und betrifft alle Energiesektoren (Strom, Wärme, Verkehr)</p> <p>Steuerungswirkung wird überwiegend durch finanzielle Anreize erreicht (indirekte Verhal-</p>	<p>Förderung der Biomasse ist durch Mischung an heterogenen und gemeinsamen Fachfragen geprägt</p> <ul style="list-style-type: none"> - Bei der Auswahl der einzusetzenden Instrumente sind dabei die Kriterien von u.a. Umweltwirksamkeit, Marktkonformität, Akzeptanz, politische Durchsetzbarkeit, Effi- 	<p>Förderinstrumente</p> <ul style="list-style-type: none"> - Vor dem Hintergrund der reduzierten Biomasseförderung rückt auch die Debatte über das richtige Fördermittel in den Hintergrund - Diskussion um die Instrumentenwahl kann rechtlich nicht entschieden werden⁹³

⁹³ [EE-RL erlaubt grundsätzlich freie Instrumentenwahl; allerdings aktive Kommissionspolitik, deren Rechtmäßigkeit allerdings fraglich ist]

<p>tionsrechte): es findet nahezu das gesamte klassische umweltenergierechtliche Instrumentarium Anwendung</p> <p>Komplexität verstärkt sich durch</p> <ul style="list-style-type: none"> - Mehrebenenstruktur auf der Gesetzgebungsseite - die sektoralen Wechselwirkungen zwischen Strom/Wärme/Verkehr bei der energetischen Nutzung - Das Verhältnis zu nicht-energetischen Nutzungsmöglichkeiten 	<p>tenssteuerung)</p> <p>Förderinstrumente werden allerdings von ordnungsrechtlichen Regelungen flankiert, um</p> <ul style="list-style-type: none"> - Naturschutz und - Immissionsschutz etc. zu gewährleisten <p>Förderung teilweise geprägt von Instrumentenwechsel</p> <p>Schwerpunkt Biogas/Biomethan in allen drei Sektoren; feste Biomasse nur im Wärmesektor und dort teilweise noch ordnungsrechtlich eher unterreguliert; flüssige Biomasse: Förderung wechselhaft und gewollt rückläufig</p>	<p>zienz und Praktikabilität zu berücksichtigen</p> <ul style="list-style-type: none"> - Wechselwirkungen zwischen den Energieträgern und -sektoren und den Instrumentenarten sind zu beachten - <p>Investor-Nutzer-Dilemma; Innovation bei Umwelt- und Klimaschutz aber auch bei Technik</p> <p>Erfolgreiche Förderung in Bezug auf Innovations- und Wirtschaftsentwicklungen und vor allem in Bezug auf Ausbau von Stromerzeugungsanlagen</p>	<p>Inkonsistenzen: Ungleichzeitigkeit der Förderung</p> <p>Trotz dieser Komplexität und der Betrachtung des Förderrechts als Spielwiese/Experimentierfeld:</p> <ul style="list-style-type: none"> - keine echten Normwidersprüche und keine unverhältnismäßige Belastungskumulation - Fachliche Stimmigkeit insoweit, als die Instrumentenwahl aufeinander abgestimmt wird und ein Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers verbleibt
--	---	---	---

Tab. 3: Förderung der energetischen Biomassenutzung (Arbeitspaket 3)

D. Handlungsempfehlungen zur Rechtsfortentwicklung

I. Einführung

Nach den methodischen Vorüberlegungen im vorherigen Abschnitt hinausgehend sollen in diesem Abschnitt Handlungsempfehlungen zur rechtlichen Fortentwicklung für die energetische Biomassenutzung unterbreitet werden, die im Rahmen der Bearbeitung des Projekts erkannt und entwickelt wurden. Sie sollen einen Beitrag dazu leisten, bisher nicht in Blick genommene Einsatzmöglichkeiten für die weitere Flexibilisierung der Biomassenutzung zu fördern (II.), die rechtlichen Rahmenbedingungen für den Einsatz von Biomasse zur Wärmeversorgung von Gebäuden zu verbessern (III.), die räumliche Steuerung der Biomassenutzung zu verbessern bzw. negative Umweltauswirkungen zu vermindern (IV.) und die Konsistenz zwischen den Regelwerken zu erhöhen (V.).

II. Themenbereich: Weitere Flexibilisierung der Stromerzeugung aus Biomasse

1. Einleitung

Biomasseanlagen weisen eine besondere Bedeutung für die Systemintegration der erneuerbaren Energien auf, da der Einsatz von Biomasse zur Stromerzeugung anders als Wind und Sonne keinen ungeplanten Fluktuationen unterliegt. Betreiber können Anlagen mit gasförmiger oder fester Biomasse als Energieträger in gewissen technischen Grenzen gezielt steuern und dadurch die Stromerzeugung an den Netzbedarf anpassen. Diese besondere Bedeutung der Biomasse hat auch der Gesetzgeber erkannt und, wie die Untersuchungen im Arbeitspaket 5 gezeigt haben, an vielen Stellen unterstützende regulatorische Maßnahmen geschaffen, damit Biomasseanlagen flexibel betrieben werden (können).

Diese reichen von finanziellen Anreizen vor allem im Erneuerbare-Energien-Gesetz, zunächst im Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012 und fortgeführt im Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 bei der verpflichtenden Direktvermarktung iVm. der für Biomasseanlagen relevanten Flexibilitätsprämie bzw. -zuschlag, über die im Jahr 2013 verbesserte Außenbereichsprivilegierung für Biogasanlagen im Baugesetzbuch oder Privilegierungen bei der Nutzung des Erdgasnetzes, wenn das erzeugte Biogas nicht vor Ort verstromt, sondern zunächst zu Biometan aufbereitet und nach Einspeisung und Durchleitung durch das Erdgasnetz an anderer Stelle verstromt wird.

Zugleich beschränkt der Gesetzgeber bei seinen Bemühungen jedoch die regulatorische Unterstützung von Flexibilisierungsmaßnahmen bislang auf die gasförmige Biomasse unter

Nichtbeachtung der Möglichkeiten der bestehenden Biomasseanlagen, die feste Biomasse zur Strom- und idR. Wärmeerzeugung einsetzen. Zudem existieren einige, im Arbeitspaket 5 aufgezeigte, Hemmnisse zur weiteren Flexibilisierung des Anlagenbestands, wie das in § 19 Abs. 1 EEG 2014 normierte Ausschließlichkeitsprinzip zum Einsatz von ausschließlich erneuerbaren Energieträgern in EE-Anlagen.

Unter 2. und 3. werden daher zwei Rechtsvorschläge zur Stärkung der Flexibilisierungsmöglichkeiten von Biomasseanlagen, einmal für Biogas und einmal für feste Biomasse hergeleitet und unterbreitet. Flüssige Biomasse spielt insgesamt wegen der damit verbundenen Umweltauswirkungen keine Rolle mehr bei der Biomasse-Verstromung und bedarf daher auch keiner Anpassungen zur weiteren Flexibilisierung der Fahrweise.

2. Lockerung des Ausschließlichkeitsprinzips nach § 19 Abs. 1 EEG 2014 für Biogasanlagen zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit⁹⁴

In der politischen und öffentlichen Diskussion werden die Bereiche Flexibilisierung der Biogasnutzung einerseits und Gewährleistung von Versorgungssicherheit andererseits getrennt voneinander behandelt. Dieser Beitrag will die Diskussionen in einem Teilbereich verbinden und einen Vorschlag zu rechtlichen Umsetzung unterbreiten. Damit sollen Investitionen in die Flexibilisierung der Erzeugung von Strom aus Biogas gleichzeitig zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit nutzbar gemacht werden und beiden Anliegen Rechnung getragen werden. Regelungstechnisch ist dazu eine sachlich begrenzte Lockerung des im Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014 weiterhin geregelten Ausschließlichkeitsprinzips erforderlich, um den Einsatz von Erdgas in Biogasanlagen zu ermöglichen, wenn dies zur Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit erforderlich ist.

a. Hintergrund und Ausgangslage

Ein zentrales politisches Anliegen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014 ist – neben der Kostenreduktion – die verpflichtende Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien. Diese gilt ab dem 01. August 2014 zunächst für alle Anlagen ab 500 Kilowatt elektrischer Leistung und ab dem 01. Januar 2016 für alle Anlagen ab 100 Kilowatt elektrischer Leistung. Die bisherige Einspeisevergütung wird zur Ausnahme, § 19 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2014.

Ein wesentlicher Baustein der Direktvermarktung ist für Biogasanlagen die Förderung der Bereitstellung zusätzlicher installierter Leistung für eine bedarfsorientierte Stromerzeugung

⁹⁴ Diese Handlungsempfehlung beruht auf dem Diskussionspapier Würzburger Bericht zum Umweltenergie-recht #3 der Stiftung Umweltenergie-recht v. 16.06.2014, veröffentlicht unter http://www.stiftung-umweltenergie-recht.de/fileadmin/pdf_aushaenge/Aktuelles/Diskussionspapier_zur_Aenderung_des_Ausschliesslichkeitsprinzips_und_Versorgungssicherheit.pdf (24.02.2015).

von Bestandsanlagen durch eine sogenannte Flexibilitätsprämie (§ 52 EEG 2014) und von Neuanlagen durch einen sogenannten Flexibilitätszuschlag (§ 53 EEG 2014). Die neuen Regelungen führen für Bestandsanlagen die bislang in § 33i EEG 2012 geregelte Flexibilitätsprämie vor. Die Förderung soll nunmehr für Neuanlagen 40 Euro pro Kilowatt installierter Leistung und Jahr (§ 53 Abs. 1 EEG 2014) und für Bestandsanlagen 130 Euro pro Kilowatt flexibel bereitgestellter zusätzlicher installierter Leistung und Jahr (§ 52 Satz 2 EEG 2014) betragen, wobei die genaue Höhe der letztgenannten Flexibilitätsprämie nach Nr. II der Gesetzesanlage 3 zu berechnen ist.

Durch die novellierte finanzielle Förderung dieser Erzeugungskapazitäten beabsichtigt der Gesetzgeber zum einen, die Integration der erneuerbaren Energien in den Strommarkt voranzutreiben. Bei Biomasse soll dafür sichergestellt werden, dass Biogasanlagen künftig stärker bedarfsorientiert einspeisen⁹⁵. Zum anderen hat der Gesetzgeber die Gefahr erkannt, dass aufgrund der fehlenden wirtschaftlichen Anreize für die Investition in zentrale Gaskraftwerke in Zeiten geringer Erzeugung fluktuierender erneuerbarer Energien bei gleichzeitiger hoher Last nicht ausreichend Kraftwerkskapazitäten bestehen⁹⁶. Der Gesetzgeber will daher ausdrücklich die Vorhaltung von Kapazitäten durch dezentrale Biogasanlagen fördern, um die Versorgungssicherheit kosteneffizient zu gewährleisten⁹⁷. Damit greift der Gesetzgeber für einen Teilbereich der erneuerbaren Energien die seit längerer Zeit⁹⁸ – allerdings vornehmlich für konventionelle Kraftwerke – geführte Diskussion um die Einführung eines Kapazitätsmechanismus bzw. -marktes zur Vergütung der Vorhaltung von Erzeugungskapazitäten und damit zur Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit auf.

Durch die Förderung wird es – sofern die vorgesehenen Förderhöhen für Anlagenbetreiber wirtschaftlich attraktiv sind – zu einem vermehrten Zubau von Kapazitäten der Biogasanlagen bzw. der zur Stromerzeugung genutzten Blockheizkraftwerke kommen. Diese Kapazitäten könnten einen Beitrag zur Versorgungssicherheit leisten. Allerdings gibt es Hindernisse,

⁹⁵ Kabinettsache Datenblatt Nr. 18/09016 v. 07.04.2014, Anlage 2, S. 2. So auch schon im Eckpunktepapier für die Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 21.01.2014, S. 12.

⁹⁶ Die Koalition hat daher verabredet, mittelfristig Mechanismen für das Vorhalten von Kapazität zu schaffen, vgl. Eckpunktepapier, aaO., S. 3.

⁹⁷ Eckpunktepapier, aaO., S. 4.

⁹⁸ Siehe bspw. *Ecofys*, Notwendigkeit von Kapazitätsmechanismen, 09/2012; IZES, Kompassstudie Marktdesign – Leitideen für ein Design eines Stromsystems mit hohem Anteil fluktuierender Erneuerbarer Energien, 12/2012, S. 27 ff.

die diesem Anliegen entgegenstehen könnten. Zunächst ist das in den Biogasanlagen erzeugte Biogas in Anlagenkonstellationen ohne Gasspeicher nicht ständig bzw. dann, wenn der daraus erzeugte Strom bedarfsseitig benötigt wird, sicher verfügbar. Um dies zu gewährleisten, wäre neben der Erhöhung der Erzeugungsleistung die zusätzliche Kosten verursachende Vorhaltung eines Gasspeichers nötig, der aber ebenfalls nur eine begrenzte zeitliche Verlagerung der Erzeugung gewährleistet. Zudem gibt es Einschränkungen bei der Verfügbarkeit der Einsatzstoffe und deren Nutzungskonkurrenz mit anderen Einsatzzwecken, wie bspw. als Nahrungs- und Futtermittel, so dass die Biogaserzeugung nicht beliebig gesteigert werden kann. Ferner ist die Erzeugung von Strom aus Biogas kostenintensiv. Infolge der durch § 42 EEG 2014 gegenüber den Vorfassungen erneut reduzierten Vergütungssätze bzw. geringeren Markterlöse bei der Direktvermarktung vermindert sich daher der Anreiz zur Verstromung. Demnach ist nicht zu erwarten, dass größere Mengen Biogas auf Vorrat gespeichert werden. Schließlich könnten die im Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 gesetzten finanziellen Anreize für Investoren von Neuanlagen und Altanlagenbetreiber zur Umrüstung und Erhöhung der Anlagenleistung nicht ausreichend sein.

Diesen Hindernissen könnte dadurch begegnet werden, dass es den Anlagenbetreibern ohne Verlust der Förderung nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz gestattet wird, die Biogasanlagen bzw. das Blockheizkraftwerke bivalent⁹⁹ mit Biogas und Erdgas zu betreiben (Wechselbetrieb), allerdings nur unter engen – durch den Gesetz- oder Verordnungsgeber zu definierenden – Voraussetzungen solange dies zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit erforderlich ist. Diese Fahrweise bedeutet, dass der Strom normalerweise und „ausschließlich“ mit erneuerbaren Energien und nur ausnahmsweise in klar definierten Zeitfenstern mit konventionellen Energieträgern erzeugt wird. Der Vorteil dieses zeitlich versetzten Einsatzes von erneuerbaren und fossilen Brennstoffen liegt vor allem im Beitrag zur Versorgungssicherheit, da durch einen alternativen Einsatz von Erdgas die jederzeitige Nutzung der ohnehin vorhandenen Erzeugungskapazitäten und damit die Verfügbarkeit der Stromerzeugung gewährleistet werden kann, was beim reinen Einsatz von Biogas aus den vorgenannten Gründen nur eingeschränkt der Fall ist.

⁹⁹ In der juristischen Literatur wird dieser Wechselbetrieb zumeist als „alternierend-bivalente“ Fahrweise bezeichnet, obwohl durch den Einsatz eines zweiten Kraftstoffs ein wahlweiser Betrieb indiziert ist.

b. Nichtvereinbarkeit des Wechselbetriebs mit dem Ausschließlichkeitsprinzip des Erneuerbare-Energien-Gesetzes

Im Folgenden wird untersucht, ob der vorgeschlagene Wechselbetrieb von Biogas und Erdgas mit dem Ausschließlichkeitsprinzip des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vereinbar ist.

Das Ausschließlichkeitsprinzip war von Anfang an nicht nur Gegenstand einer eigenständigen, ausdrücklichen Regelung, sondern wurde – im Laufe der Entwicklung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes – zum Teil in mehreren Regelungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes gefordert bzw. für die Vergütung des erzeugten Stroms vorausgesetzt. In jedem Fall gehört es zu den Grundfesten des Erneuerbare-Energien-Gesetzes seit seiner ersten Fassung im Jahr 2000. Erstmals¹⁰⁰ geregelt wurde es in § 2 Abs. 1 S. 1 EEG 2000¹⁰¹, wonach das Erneuerbare-Energien-Gesetz

„die Abnahme und die Vergütung von Strom [regelt], der ausschließlich aus Wasserkraft, Windkraft, solarer Strahlungsenergie, Geothermie, Deponiegas, Klärgas, Grubengas oder aus Biomasse im Geltungsbereich dieses Gesetzes oder in der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone gewonnen wird,(...)“

In dieser ersten Fassung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes beschränkte sich die Nennung des Ausschließlichkeitsprinzips auf eine Norm und zwar der Bestimmung des Anwendungsbereichs des Erneuerbare-Energien-Gesetzes. Eine herausragende Bedeutung wurde dem Ausschließlichkeitsprinzip offenbar nicht beigemessen, jedenfalls führt die Begründung des Gesetzentwurfs zum Erneuerbare-Energien-Gesetz 2000¹⁰² zunächst nichts dazu aus. Mit dem Erneuerbare-Energien-Gesetz 2004¹⁰³ wurde es zum einen in die allgemeine Vergütungspflicht in § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 überführt und zudem erstmalig speziell für die Vergütung von Strom aus Biomasse in § 8 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 normiert (*„die ausschließlich Biomasse im Sinne der nach Absatz 7 erlassenen Rechtsverordnung einsetzen“*). Im Er-

¹⁰⁰ Im Stromeinspeisungsgesetz, dem Vorgänger des EEG, war das Ausschließlichkeitsprinzip ebenfalls schon bei der Definition des Anwendungsbereichs in § 1 S. 1 StromEinspG enthalten.

¹⁰¹ Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien v. 29.03.2000, BGBl I 2000, 305.

¹⁰² BT-Drs. 14/2341, S. 8. Erst in der Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie wird das Beibehalten des Ausschließlichkeitsprinzips aus dem Stromeinspeisungsgesetzes genannt, BT-Drs. 14/2776, S. 21.

¹⁰³ Erneuerbare-Energien-Gesetz v. 21.07.2004 (BGBl. I S. 1918), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes v. 07.11.2006 (BGBl. I S. 2550).

erneuerbare-Energien-Gesetz 2009¹⁰⁴ erfolgte eine weitere „Ausbreitung“ in den Normen zur Anlagendefinition (§ 3 Nr. 1 EEG 2009), zum Vergütungsbeginn (§ 21 Abs. 1 EEG 2009), zum Grundsatz der Direktvermarktung (§ 33a Abs. 1 EEG 2009) und, als zentrale Vorschrift, beim allgemeinen Vergütungsanspruch für Strom aus erneuerbaren Energien in § 16 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009. In den besonderen Vergütungsvorschriften für Strom aus Biomasse wurde der Zusatz „ausschließlich“ wieder gestrichen.

Das Ausschließlichkeitsprinzip ist nunmehr zentral¹⁰⁵ in § 19 Abs. 1 EEG 2014 mit folgendem Wortlaut normiert:

„Betreiber von Anlagen, in denen ausschließlich erneuerbare Energien oder Grubengas eingesetzt werden, haben für den in diesen Anlagen erzeugten Strom gegen den Netzbetreiber einen Anspruch (...)“.

Es ergeben sich zur Vorläufernorm zwar Änderungen im Wortlaut. Im Gegensatz zu § 16 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009, der die Norm noch als Pflicht der Netzbetreiber gegenüber den Anlagenbetreibern formulierte, beinhaltet § 19 Abs. 1 EEG 2014 in umgekehrter Richtung formuliert einen Anspruch des Anlagenbetreibers gegenüber dem Netzbetreiber. Hinsichtlich des Ausschließlichkeitsprinzips ergeben sich jedoch keine Änderungen, da dieses weiterhin durch den Passus *„ausschließlich erneuerbare Energien (...) eingesetzt werden (...)“* ausgedrückt wird¹⁰⁶.

Hinsichtlich des Regelungsgehalts ist in der juristischen Literatur und in der Rechtsprechung seit jeher nicht eindeutig, wie weitgehend das Ausschließlichkeitsprinzip des Erneuerbare-Energien-Gesetzes zu verstehen ist und welche Formen des Anlagenbetriebs vergütungsschädlich zulässig sind¹⁰⁷. Dies gilt auch für den hier vorgeschlagenen Wechselbetrieb einer Anlage. Entscheidend für diese Fragestellung ist, ob sich das Erfordernis der Ausschließlichkeit auf die Erneuerbare-Energien-Anlage insgesamt oder die erzeugten Strommengen be-

¹⁰⁴ Erneuerbare-Energien-Gesetz v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes v. 20.12.2012 (BGBl. I S. 2730) geändert worden ist.

¹⁰⁵ Daneben findet sich das Ausschließlichkeitsprinzip weiterhin in der Anlagendefinition im nunmehr § 5 Nr. 1 EEG 2014 sowie bei der Begriffsbestimmung der „Inbetriebnahme“ in § 5 Nr. 21 EEG 2014.

¹⁰⁶ Hierfür spricht auch, dass in der Gesetzesbegründung zu § 19 Abs. 1 EEG 2014 nicht auf das Ausschließlichkeitsprinzips eingegangen wird, vgl. Kabinettsache Datenblatt Nr. 18/09016, S. 186.

¹⁰⁷ Dazu im Einzelnen: F. Ekardt/B. Hennig, in: W. Frenz/H.-J. Muggenborg (Hrsg.), EEG Kommentar, 3. Aufl., § 16 Rn. 13 ff.; M. Boewe/M.-M. Blues, in: BeckOK EEG, § 16 Rn. 6 ff.

zieht. Sollte ersteres der Fall sein, wäre ein Wechselbetrieb ausgeschlossen, da bereits die einmalige Verletzung des Ausschließlichkeitsprinzips durch den Einsatz fossiler Brennstoffe als Mischbetrieb zu werten und zu einem endgültigen Vergütungsausschluss führen würde¹⁰⁸. Eine andere Literaturmeinung, die auch von der Clearingstelle EEG vertreten wird¹⁰⁹, ist jedoch der Auffassung, dass dadurch das Ausschließlichkeitserfordernis zu weit ausgelegt wird. Vielmehr beziehe sich das Ausschließlichkeitsprinzip auf den Stromerzeugungsprozess, nicht auf die Anlage¹¹⁰. Die Rechtfolge eines zeitweisen Einsatzes von fossilen Brennstoffen wäre demnach kein endgültiger, sondern nur temporärer Vergütungsausschluss¹¹¹. Aufgrund der unklaren Gesetzeslage wird verschiedentlich eine gesetzgeberische Klarstellung gefordert¹¹².

In der Rechtsprechung ist nunmehr mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs¹¹³ zumindest geklärt, dass der zeitweise Einsatz fossiler Energien im Zuge der Zünd- und Stützfeuerung nicht den endgültigen und dauerhaften Verlust der Einspeisevergütung zur Folge hat¹¹⁴. Der Bundesgerichtshof hat jedoch nicht ausdrücklich erklärt, dass der hier betrachtete mehrfache Wechsel zwischen fossilen und erneuerbaren Energieträgern – und dies zusätzlich ohne Bezug zur technisch erforderlichen Zünd- und Stützfeuerung – rechtlich unbedenklich ist¹¹⁵. Der sogenannte Mischbetrieb, also der zeitgleiche, gemischte Einsatz von erneuerba-

¹⁰⁸ Diese Auffassung vertreten *M. Boewe/M.-M. Blues*, in: BeckOK EEG, § 16 Rn. 8 f.

¹⁰⁹ Zum EEG 2004: Empfehlung 2008/15, abrufbar unter https://www.clearingstelle-eeg.de/files/0068_0.pdf.

¹¹⁰ Mit Verweis auf die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 16/8148, S. 48 f.) *J. Fischer*, in: H. Loibl/M. Maslaton/H. von Bredow/R. Walter (Hrsg.), *Biogasanlagen im EEG*, 3. Aufl., § 9 Rn. 25. Die Gesetzesbegründung bezieht diese Aussage allerdings nur auf vorbereitende Schritte für den Anfahrbetrieb und nicht allgemein auf den mehrfachen Wechsel.

¹¹¹ So *Clearingstelle EEG*, Empfehlung 2008/15, S. 2, wobei diese sich nur auf den Einsatz von Biomasse im Sinne der BiomasseV bezieht, nicht auf den Einsatz von fossilen Brennstoffen; *F. Ekardt/B. Hennig*, in: W. Frenz/H.-J. Müggenborg (Hrsg.), *EEG Kommentar*, 3. Aufl., § 16 Rn. 16.

¹¹² *W. Lehnert*, in: M. Altröck/V. Oschmann/C. Theobald (Hrsg.), *EEG*, 4. Aufl., § 16 Rn. 27; *F. Ekardt/B. Hennig*, in: W. Frenz/H.-J. Müggenborg (Hrsg.), *EEG Kommentar*, 3. Aufl., § 16 Rn. 16.

¹¹³ Urt. des BGH v. 06.11.2013, Az. VIII ZR 194/12.

¹¹⁴ Die Vorinstanz (OLG Schleswig, Urt. v. 15.06.2012, Az. 1 U 38/11 und 1 U 77/10) hatte demgegenüber das Ausschließlichkeitsprinzip eng ausgelegt. Danach darf eine Anlage nach ihrer Inbetriebnahme ausschließlich mit erneuerbaren Energien betrieben werden. Eine Unterbrechung durch den Einsatz fossiler Energieträger führt zum endgültigen Vergütungsausschluss.

¹¹⁵ Vgl. *J. Niedersberg*, ZNER 2014, S. 146 (150).

ren und fossilen Brennstoffen bleibt nach einhelliger Auffassung in der Kommentarliteratur jedenfalls vollumfänglich vergütungsschädlich¹¹⁶.

Ob der hier vorgeschlagene Wechselbetrieb eines Biogas-Blockheizkraftwerks mit dem Ausschließlichkeitsprinzip des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vereinbar ist, ist damit zumindest unklar. Wortlaut, Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck der Norm lassen nicht eindeutig darauf schließen, ob der Gesetzgeber eine solche Betriebsweise zulassen wollte. Die Rechtsauffassungen zusammenfassend, gehen diese eher – bezogen auf die insoweit inhaltsgleiche Regelung in § 16 Abs. 1 EEG 2012 – von einem dauerhaften Vergütungsausschluss der Anlage aus oder konstatieren ebenfalls die unklare Rechtslage¹¹⁷.

c. Änderungsvorschlag zur Ermöglichung des Wechselbetriebs

Unabhängig von den Argumenten, die für und gegen einen Vergütungsausschluss diskutiert werden können, bleibt es dabei, dass die derzeit unklare Rechtslage zu Rechtsunsicherheit führt¹¹⁸ und eine Kombination aus Flexibilisierung von Biogasanlagen und Gewährleistung der Versorgungssicherheit hindert.

Dieses rechtliche Hemmnis sollte jedoch überwunden werden, um gezielt die im Rahmen der Flexibilisierungsbemühungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes entstehenden Erzeugungskapazitäten für die Gewährleistung der Versorgungssicherheit zu nutzen. Die nächste Novelle des Erneuerbare-Energie-Gesetzes oder ein Artikelgesetz im Rahmen eines späteren Gesetzgebungsverfahrens – etwa zu Kapazitätsmechanismen – bieten seitens des Gesetzgebers die Möglichkeit zur Klarstellung. Es könnte mittels einer Verordnung klargestellt werden, dass der in zeitlicher Hinsicht eindeutig separierte Einsatz von Biogas und Erdgas in Biogas-Blockheizkraftwerken in Fällen der Gefährdung der Versorgungssicherheit zu keinem Vergütungsausschluss des während des Einsatzes von Biogas in den sonstigen Zeiträumen erzeugten Stroms führt. Diese weitere Lockerung des Ausschließlichkeitsprinzips würde der

¹¹⁶ Vgl. bspw. *F. Ekardt/B. Hennig*, in: *W. Frenz/H.-J. Muggenborg* (Hrsg.), *EEG Kommentar*, 3. Aufl., § 16 Rn. 13; *W. Lehnert/H. Thomas*, in: *M. Altröck/V. Oschmann/C. Theobald* (Hrsg.), *EEG*, 4. Aufl., § 16 Rn. 27; *J. Reshöft*, in: *ders./A. Schäfermeier* (Hrsg.), *EEG*, 4. Aufl., § 16 Rn. 17.

¹¹⁷ *W. Lehnert/H. Thomas*, in: *M. Altröck/V. Oschmann/C. Theobald* (Hrsg.), *EEG*, 4. Aufl., § 16 Rn. 27; *J. Fischer*, in: *H. Loibl/M. Maslaton/H. von Bredow/R. Walter* (Hrsg.), *Biogasanlagen im EEG*, 3. Aufl., § 9 Rn. 24.

¹¹⁸ *H. Thomas* rät in seiner Urteilsanmerkung zur vorgenannten (Fn. 114), aufgehobenen Entscheidung des OLG Schleswig, Anlagenbetreiber eindringlich davon ab, Anlagen in alternierend-bivalenter Fahrweise zu betreiben, *IR* 2012, S. 354 (354).

Intention des Gesetzgebers entsprechen, die Markt- und Systemintegration der erneuerbaren Energien zu beschleunigen und die installierten Kapazitäten der Biogasanlagen zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit zu nutzen.

Als Argumente für die Zulässigkeit dieser weiteren Ausnahme vom Ausschließlichkeitsprinzip lässt sich zunächst anführen, dass der Gesetzgeber in der Vergangenheit – insbesondere im Erneuerbare-Energien-Gesetz 2009 – das Ausschließlichkeitsprinzip bereits gelockert hat, um aus zeitlichen oder sachlichen Gründen den Einsatz von nicht-erneuerbaren Energien zu ermöglichen. Hierzu zählen die Möglichkeiten, bei Anlagen, die bis zum 31. Dezember 2006 in Betrieb genommen wurden, fossile Energieträger zur Zünd- und Stützfeuerung einzusetzen (durch Novelle des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2009 wieder abgeschafft) oder Pflanzenölmethylester zur Anfahr-, Zünd- und Stützfeuerung einzusetzen (nunmehr § 47 Abs. 2 Satz 2 EEG 2014). Ferner wurde in die Ausnahmen die technisch erforderliche Konditionierung durch Flüssiggas bei der Einspeisung von Biogas in das Erdgasnetz (§ 3 Ziff. 3 und 2c EEG 2012), die gesetzliche Fiktion des § 47 Abs. 6 EEG 2014 und die Möglichkeit des Mischeinsatzes von „sonstiger Biomasse“, die nicht der BiomasseV unterfällt (erstmalig in § 27 Abs. 1 EEG 2009) in das Erneuerbare-Energien-Gesetz aufgenommen.

Ferner ergaben bzw. ergeben sich aus dem Gesetz Ausnahmen oder Grenzen des Ausschließlichkeitsprinzips, nämlich die aus dem Inbetriebnahmebegriff folgende Zulässigkeit des Probe- und Anfahrbetriebs auch mit fossilen Energieträgern (nach dem Inbetriebnahmebegriff des § 3 Nr. 5 EEG 2012), nach dem bis zum Inkrafttreten des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014 galt, dass die einmalig Umstellung des Betriebs von fossilen auf erneuerbare Energieträger zulässig war. In die gleiche Kategorie fällt die unter dem Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 geltende Möglichkeit, den Betrieb von Bestandsanlagen unter bestimmten Voraussetzungen einmalig von Erdgas auf Biomethan umzustellen (§ 100 Abs. 2 Satz 2 EEG 2014).

Schließlich können als Argument die in § 1 EEG 2014 niedergelegten Gesetzeszwecke des Erneuerbare-Energien-Gesetzes herangezogen werden. In der Kommentarliteratur ist anerkannt, dass der Zweck des Erneuerbare-Energien-Gesetzes Ausnahmen vom Ausschließlichkeitsprinzip zulässt¹¹⁹. Zwar nennt § 1 EEG 2014 – im Gegensatz zum Energiewirtschaftsge-

¹¹⁹ P. Salje, EEG Kommentar, 4. Aufl., § 16 Rn. 7; M. Boewe/M.-M. Blues, in: BeckOK EEG, § 16 Rn. 14; J. Reshöft, in: ders./A. Schäfermeier (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., § 16 Rn. 17.

setz (EnWG¹²⁰) – nicht ausdrücklich die hier angestrebte Gewährleistung der Versorgungssicherheit. Dennoch ließe sich diese mittelbar unter den Zweck der nachhaltigen Entwicklung der Energieversorgung subsumieren. Zudem könnten die Zwecke des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in der Zusammenschau mit dem Ziel der Versorgungssicherheit in § 1 EnWG betrachtet werden¹²¹. Der in § 2 Abs. 1 EEG 2014 neu eingefügte Gesetzesgrundsatz, dass Strom aus erneuerbaren Energien in das Elektrizitätsversorgungssystem integriert werden sollen, stützt schließlich die Möglichkeit einer Lockerung des Ausschließlichkeitsprinzips für den Wechselbetrieb.

Dem Erneuerbare-Energien-Gesetz wäre die weitere Lockerung des Ausschließlichkeitsprinzips jedenfalls nach den obigen Ausführungen nicht systemfremd. Der Gesetzgeber selbst sprach in der Gesetzesbegründung zum § 27 Abs. 1 EEG 2009 von einer „*Lockerung des Ausschließlichkeitsprinzips*“¹²².

Selbstverständlich würde die Vergütung nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (aber auch nur) während des Einsatzes von Erdgas zur Stromerzeugung entfallen. Dies ist systemkonform zu den bisherigen Ausnahmen vom Ausschließlichkeitsprinzip. Der Anlagenbetreiber könnte jedoch unter Umständen, soweit das Blockheizkraftwerk die jeweilige Strommenge in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugt, die bestehenden Förderungen des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes (KWKG¹²³) für die aus Erdgas erzeugten Strommengen in Anspruch nehmen. Dieser Möglichkeit könnte derzeit jedoch § 2 Satz 2 KWKG entgegenstehen, der eine Doppelförderung des in Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlagen erzeugten Stroms nach dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz und Erneuerbare-Energien-Gesetz ausschließt¹²⁴. Ob bei der zeitlich versetzten Stromerzeugung aus Biogas und Erdgas ein Verstoß gegen das Doppelförderungsverbot besteht, ist rechtlich nicht eindeutig, da die Vorschrift zwar auf den erzeugten Kraft-Wärme-Kopplungs-Strom, nicht aber die Anlage insgesamt abstellt¹²⁵. Der regelmäßige

¹²⁰ Energiewirtschaftsgesetz v. 07.07.2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), das zuletzt durch Art. 6 des Gesetzes v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066) geändert worden ist.

¹²¹ Nach *P. Salje* hat das Ziel der Versorgungssicherheit auch im EEG keinesfalls nachrangigen Charakter, vgl. *P. Salje*, EEG Kommentar, 4. Aufl., § 1 Rn. 4.

¹²² BT-Drs. 16/8148, S. 55.

¹²³ Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz v. 19.03.2002 (BGBl. I S. 1092), das zuletzt durch Art. 13 des Gesetzes v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066) geändert worden ist.

¹²⁴ BT-Drs. 14/8059, S. 28.

¹²⁵ So argumentiert *P. Salje*, dass nicht zugleich für die identische Strommenge Förderung nach KWKG und EEG beansprucht werden kann, vgl. *P. Salje*, KWKG 2002, 2. Aufl., § 2 Rn. 31.

Wechsel einer Anlage zwischen der Förderung nach Erneuerbare-Energien-Gesetz und Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz wurde aber in rechtlicher Literatur und Rechtsprechung soweit ersichtlich noch nicht behandelt¹²⁶. Auch hier könnte eine gesetzliche Klarstellung Rechtssicherheit schaffen.

Insgesamt erscheint es sinnvoll, die Klärung zügig herbeizuführen, um die anstehenden Investitionen in die Flexibilisierung der Biogasanlagen zu nutzen, um gleichzeitig einen Beitrag zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit zu organisieren. Daher ist auch zu prüfen, den Anspruch auf die Flexibilisierungsförderung nur dann zu gewähren, wenn bestimmte technisch für die hier zusätzlich angestrebte Absicherung der Versorgungssicherheit erforderliche Eigenschaften der Anlagen gegeben sind bzw. die Anlage so konfiguriert und projektiert wird, dass diese Eigenschaften später mit vergleichsweise geringem Aufwand nachgerüstet werden („Versorgungssicherheit ready“).

d. Rechtstechnische Umsetzung des Vorschlags

Rechtstechnisch könnte die Klarstellung über eine in § 89 EEG 2014 zu ergänzende Verordnungsermächtigung zur Stromerzeugung im Wechselbetrieb erfolgen. Dies erscheint sinnvoll, weil eine Reihe von Detailfragen technischer, organisatorischer und ökonomischer Art zu klären wären und diese Einzelheiten sachgerecht und zeitnah in einer Verordnung geregelt werden könnten. Hierzu zählen inwieweit und unter welchen technischen Anforderungen und Verfahren abweichend vom Ausschließlichkeitsprinzip des § 19 Abs. 1 EEG 2014 auch Erdgas in Anlagen verwendet werden kann, die in bivalenter Fahrweise zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit betrieben werden, ob und in welchem Umfang bei Einsatz von Erdgas ein Anspruch auf finanzielle Förderung nach diesem Gesetz und dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz besteht, welche zusätzlichen technischen Anforderungen von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Biogas zur Absicherung der Versorgungssicherheit für den Anspruch auf den Flexibilitätszuschlag und die Flexibilitätsprämie einzuhalten sind, wie sichergestellt wird, dass Biogas in der Anlage vorrangig eingesetzt wird, wie über die eingesetzten Brennstoffe sowie die erzeugten Strommengen Nachweise geführt werden und wel-

¹²⁶ Bislang erfolgt in der Praxis aufgrund des Ausschließlichkeitsprinzips soweit ersichtlich lediglich ein einmaliger Wechsel von der Vergütung nach KWKG hin zur Vergütung nach EEG, wenn bei Anlagen der Vergütungsanspruch nach KWKG „aufgebraucht“ ist und der Betreiber die Anlage auf Biogas umstellt, um den längeren Vergütungszeitraum des EEG zu nutzen, wenn er auch höhere Beschaffungskosten für das Biogas hat.

che Zuständigkeiten und Mitteilungspflichten für den Einsatz von Erdgas in Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Biogas zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit bestehen.

Darüber hinaus bietet sich wegen der ausgeführten Rechtsunsicherheit beim regelmäßigen Wechsel zwischen Vergütung nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz und dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz eine Klarstellung in § 2 Satz 2 KWKG zum Anwendungsbereich des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz an.

e. Fazit

Es wurde versucht aufzuzeigen, dass der Einsatz von Erdgas in Biogas-Blockheizkraftwerken ein weiteres Mittel zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit sein kann. Diese Möglichkeit ist nach den derzeitigen rechtlichen Rahmenbedingungen jedoch verwehrt, da Anlagenbetreiber aufgrund des in § 19 Abs. 1 EEG 2014 geregelten Ausschließlichkeitsprinzips befürchten müssten, beim (einmaligen) Einsatz von fossilem Erdgas ihren Anspruch auf die Vergütung nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz für die gesamte Anlage möglicherweise endgültig zu verlieren. Die bestehende Rechtsunsicherheit dürfte Anlagenbetreiber jedenfalls von dieser Möglichkeit abhalten. Die Untersuchung des Ausschließlichkeitsprinzips des Erneuerbare-Energien-Gesetzes hat jedoch gezeigt, dass (weitere) Ausnahmen möglich und dem Erneuerbare-Energien-Gesetz nicht systemfremd wären. Die vorgeschlagene Lockerung wäre bei der nächsten Novelle oder einem Artikelgesetz im Rahmen eines späteren Gesetzgebungsverfahrens – etwa zu Kapazitätsmechanismen – daher zu begrüßen.

3. Neuer Anreiz zur flexibilisierten Fahrweise von Biomassekraftwerken mit fester Biomasse¹²⁷

a. Einleitung

Biomassekraftwerke können durch eine flexible Fahrweise einen betriebs- und volkswirtschaftlich sinnvollen Beitrag zur Netzstabilität leisten, wie er heute schon zum Teil von Biogasanlagen erbracht wird. Um diesen technisch notwendigen Beitrag zur Energiewende zu realisieren, muss allerdings der rechtliche Rahmen angepasst werden. Analog der Vorschriften für Biogasanlagen kann die flexible Stromerzeugung von Biomassekraftwerken durch

¹²⁷ Dieser Handlungsvorschlag wurde zusammen mit dem Institut für neue Energie-Systeme, Technische Hochschule Ingolstadt als Beitrag in et 01-02/2015, S. 60 ff. veröffentlicht.

eine Prämie angereizt werden. Diese Flexibilitätsprämie kann so ausgestaltet werden, dass das Herunterfahren der Anlage in Zeiträumen mit zu hoher Energiemenge im Netz mit einer Zahlung „belohnt“ wird.

Durch den Ausbau der erneuerbaren Energien, insbesondere durch Photovoltaik und Windkraftanlagen, bei gleichzeitigem Ausstieg aus der Kernenergie, wird das deutsche Stromnetz mit neuen Herausforderungen konfrontiert. Durch den verstärkten Zubau fluktuierender erneuerbarer Energieerzeuger kommt es zunehmend zu volatiler Stromerzeugung im Netz, in deren Folge künftig Netzüberlastungen oder Lieferengpässe nicht mehr ausgeschlossen werden können. Es ist daher notwendig, Optionen zur flexiblen und bedarfsgerechten Stromerzeugung zu schaffen.

Die im Normalfall mit einer konstanten Erzeugungsleistung betriebenen Biomasseanlagen, die biogene Festbrennstoffe einsetzen, haben die technischen Möglichkeiten, einen Beitrag zur Kompensation der Bedarfsschwankungen zu leisten. Die vorhandenen Tarifmodelle für Systemdienstleistungen zur Regulierung der Netzlast (Primär-, Sekundär- und Minutenreserve) lassen sich aber nur bedingt mit der Betriebsweise von Biomassekraftwerken vereinbaren. An dieser Stelle sind andere finanzielle Anreize bzw. Vergütungsmodelle notwendig.

Für Anlagen, die gasförmige Biomasse einsetzen, ist der rechtspolitische Wille zur Flexibilisierung seit einigen Jahren vorhanden und bereits ein Anreizmechanismus für eine flexible Stromerzeugung von Bestands- und Neuanlagen im Erneuerbare-Energien-Gesetz verankert (aktuell in §§ 52 - 54 EEG 2014). Diese sogenannte Flexibilitätsprämie wurde im Jahr 2013 von insgesamt 199 Biogasanlagen mit einer installierten Leistung von 80,6 Megawatt elektrisch in Anspruch genommen. Für Heizkraftwerke, die feste Biomasse einsetzen (Biomasseheizkraftwerke), gibt es jedoch noch keinen Anreizmechanismus für eine flexible Stromerzeugung. Diese Anlagen werden in der Regel kontinuierlich in Volllast betrieben. Der nachfolgende Beitrag stellt das Forschungsergebnis einer Studie dar, die einen zusätzlichen finanziellen Anreiz für Biomasseanlagen mit zu erzielenden Mehrerlösen durch Abfahren des Strompreises am Spotmarkt EPEX Spot SE kombiniert. Adressiert wird dabei insbesondere der Anlagenbestand, da neue Biomassekraftwerke in keinem nennenswerten Umfang in Planung sind.

b. Ergebnisse der Studie

In der Studie wurden verschiedene technische Möglichkeiten untersucht, um die Stromerzeugung von Biomasseheizkraftwerken zu flexibilisieren.

Prinzipiell bietet sich für eine flexible Stromerzeugung die *Regelung der Feuerungsleistung* oder eine *Zwischenspeicherung der Wärmeenergie* im Dampfkreislauf an. Beide Fälle wurden in der Studie untersucht. Die Ansätze und Berechnungsparameter wurden mit Betreibern und Planern von Biomasseheizkraftwerken erarbeitet und mit einem Kraftwerksmodell (Wasser-Dampfkreislauf, 5 Megawatt elektrisch, 22 Megawatt Feuerungswärmeleistung) untersucht.

Eine weitere Möglichkeit der flexiblen Stromerzeugung bietet die *(Ab-)Regelung der Feuerungsleistung*. In Zeiträumen mit geringer Stromnachfrage, kann das Biomasseheizkraftwerk heruntergedrosselt werden. Hierbei ist eine Verringerung der erzeugten Leistung um bis zu 50 Prozent möglich. Dieser Vorgang ist jedoch sehr träge und hat hohe Wirkungsgradverluste zur Folge.

Die zweite untersuchte Variante ist die *Zwischenspeicherung von Wärmeenergie* (Abbildung 1). Prinzipiell soll hierbei die Wärme (für Heiz- oder industrielle Wärmeanwendungen) aus dem Prozess ausgekoppelt werden, um die in der Turbine erzeugte Strommenge zu reduzieren. Da diese Wärme nur bedarfsabhängig verbraucht werden kann, ist ein Wärmespeicher zur Entkopplung von Verbrauch und Bedarf notwendig. Untersucht wurde hierbei die konventionelle Speicherung von Heiz-/ Prozesswärme in Systemen mit vorhandenen Wärmeabnehmern. Im konventionellen Betrieb wird eine konstante Dampfmenge über eine Entnahme-Kondensationsturbine verstromt, zur Wärmeversorgung wird ein entsprechender Teilstrom des Dampfes entnommen.

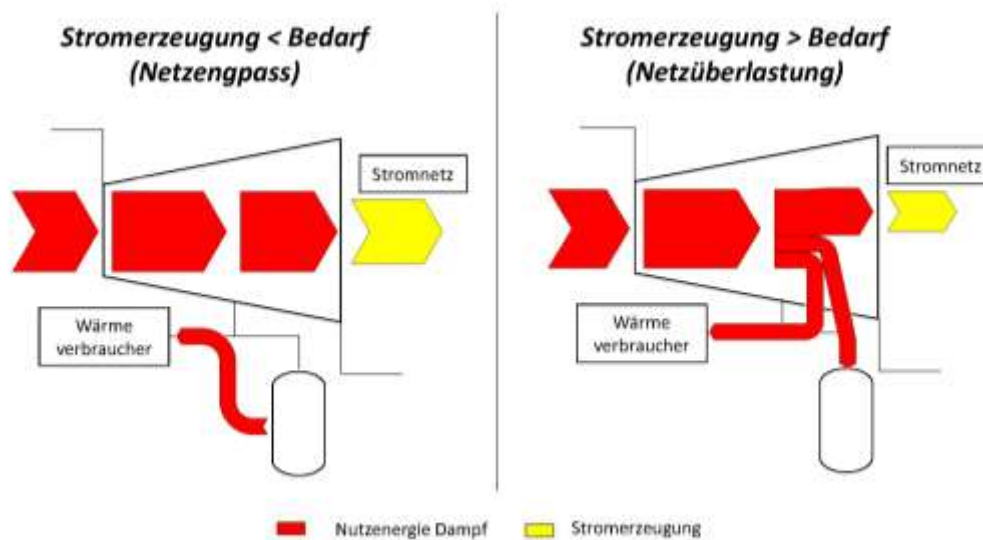


Abb. 1: Flexible Stromerzeugung durch Zwischenspeicherung der Wärmeenergie

Für den flexiblen Betrieb soll bei Netzengpässen die gesamte verfügbare Dampfmenge verstromt und der Wärmeverbraucher aus dem Speicher versorgt werden. Im Falle einer Netzüberlastung wird hingegen eine große Dampfmenge aus der Turbine entnommen, um die Wärmeverbraucher zu versorgen und den Speicher zu laden. In diesem Fall wird der Stromoutput vermindert.

Diese Betriebsweise ist stark durch den Wärmebedarf limitiert und erfordert einen Wärmespeicher. Jedoch kann das Biomasseheizkraftwerk weiterhin mit der Vollastdampfmenge betrieben werden und es treten nur geringe Wirkungsgradverluste auf. Durch diese Betriebsweise und Anlagenkonfiguration sind Leistungsdrosselungen von bis zu 40 Prozent über mehrere Stunden möglich.

Die nachstehenden Ergebnisse wurden simuliert:

Für beide Fälle wurde eine Jahressimulation erstellt, wobei die Stromerzeugung an den Preisverlauf des Day-Ahead Spotmarkts adaptiert wurde (Abbildung 2). Somit ergeben sich Bereiche mit erhöhter und erniedrigter Leistungsauskopplung, um das Stromnetz in Zeiten von Netzüberlastung (niedriger Preis) bzw. Netzengpässen (hoher Preis) zu entlasten.

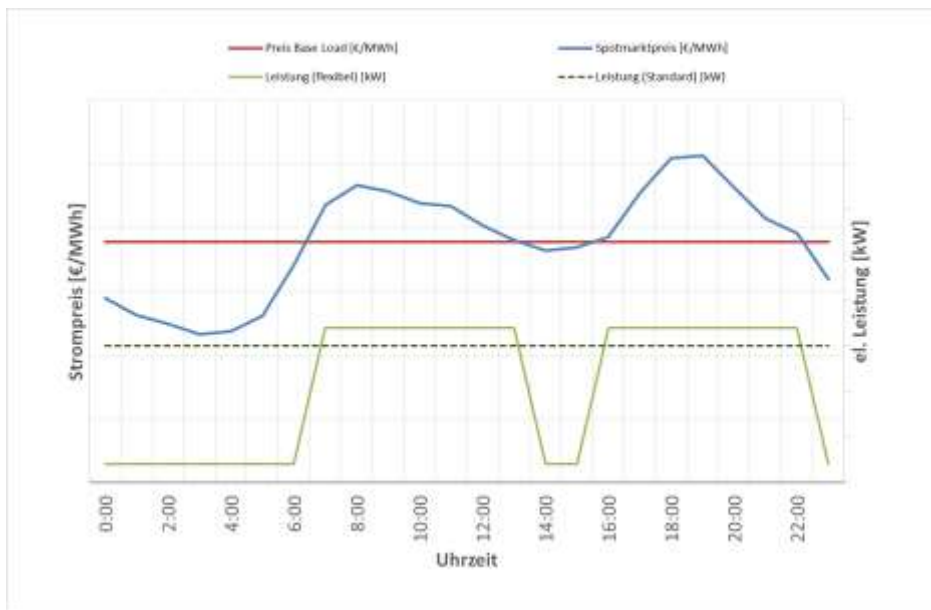


Abb. 2: Beispielhafte Betriebsweise der flexiblen Stromerzeugung anhand der Spotmarktkurve

Hinsichtlich der ökonomischen Bewertung werden im Folgenden die beiden Varianten kurz diskutiert.

Bei der *Regelung der Feuerungsleistung* wird zwar die erforderliche Brennstoffmenge reduziert, aber es entstehen finanzielle Mindereinnahmen durch eine entgangene Vergütung nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz, da in diesem Fall die Stromerzeugung nur reduziert und nicht erhöht werden kann.

Bei der *flexiblen Stromerzeugung durch Zwischenspeicherung der Wärmeenergie* bleibt die Vergütung nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz bilanzierend annähernd gleich, da die Stromerzeugung abwechselnd erhöht und reduziert werden kann. Jedoch sind hier Zusatzinvestitionen für Wärmespeicher und Regelungstechnik erforderlich.

Durch die Teilnahme am Spotmarkt können bei *beiden Varianten* Zusatzeinnahmen durch das Marktprämienmodell generiert werden.

Die untersuchten Betriebsweisen zur flexiblen Stromerzeugung durch Biomasseheizkraftwerke bedeuten jedoch im Vergleich zum Standardbetrieb einen organisatorischen und finanziellen Mehraufwand. Dieser Mehraufwand muss über ein geeignetes Tarifmodell vergütet werden, um einen Anreiz für die Betreiber zu schaffen. Der Mehraufwand ist bei der Regelung der Feuerungsleistung deutlich höher als bei der Zwischenspeicherung, da die redu-

zierte Strommenge und somit die Vergütung nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz den größten Kostenfaktor darstellt.

Im Gegensatz zum Flexprämien-Modell für Biogasanlagen, deren Vergütung auf zusätzlich installierte Leistung ausgerichtet ist, ist es bei der festen Biomasse erforderlich, die Lastreduzierung zu unterstützen.

Es wurde ein Vorschlag für ein Tarifmodell entwickelt, welches bei Netzüberlastung die vom Biomasseheizkraftwerke verringerte eingespeiste Strommenge vergütet. Eine zusätzliche Vergütung für eine Leistungserhöhung während Netzengpässen ist nicht erforderlich, da die Vergütung nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz in diesem Fall einen ausreichenden Anreiz bietet.

$$SM_{red} = P_H \cdot t_{NP} - SM_{NP} \left[\frac{kWh}{a} \right] \quad (1)$$

$$Flexibilitätsprämie = \frac{SM_{red} \cdot AK}{P_H \cdot 8.760h} \left[\frac{ct}{kWh} \right] \quad (2)$$

- SM_{red}: Reduzierte Strommenge [kWh/a]
- SM_{NP}: Strommenge im Niedrigpreiszeitraum [kWh/a]
- P_H: Höchstbemessungsleistung [kWh/a]
- t_{NP}: Dauer Niedrigpreiszeitraum [h/a]
- AK: Anlagenkomponente

Abb. 3: Vorgeschlagenes Modell der Flexibilitätsprämie für Biomasseheizkraftwerke

Der in der Studie erarbeitete Vorschlag für eine Flexibilitätsprämie ist in Abbildung 3 dargestellt. Analog zur Flexibilitätsprämie für Biogasanlagen soll der direktvermarktete, eingespeiste Strom zusätzlich mit einer Flexibilitätsprämie in Cent/Kilowattstunde vergütet werden. Die Prämie errechnet sich aus dem Verhältnis von reduzierter Strommenge (SM_{red}) zur im Standardbetrieb erzeugten Gesamtstrommenge.

Um wie in B. beschrieben, nur die eingesparte Strommenge zu vergüten, wird in (1) nur der Niedrigpreiszeitraum betrachtet. Der Niedrigpreiszeitraum t_{NP} ist die Summe aller Stunden in denen der Spotmarktpreis unter dem Baseload liegt (vgl. Abbildung 2). Die reduzierte Strommenge SM_{NP} errechnet sich aus der im Standardbetrieb theoretisch erzeugbaren Strommenge (P_H*t_{NP}) abzüglich der tatsächlich erzeugten Strommenge SM_{NP} im Niedrigpreiszeitraum.

In (2) wird das Verhältnis von SM_{red} zu der im Standardbetrieb theoretisch erzeugbaren Strommenge ($P_H * 8.760 \text{ h}$) mit der sog. „Anlagenkomponente“ multipliziert und so die Flexibilitätsprämie errechnet.

Die Anlagenkomponente ist ein Faktor bezogen auf Anlagengröße, Brennstoffart und Anlagenkomposition. Für einen kostendeckenden Betrieb wurden für die berechneten Varianten Anlagenkomponenten von 7 bis 9 Cent/Kilowattstunde errechnet. Zudem können in der Anlagenkomponente auch Anreizmechanismen eingebaut werden.

Die vorgestellte Berechnungsmethodik schließt den Missbrauch durch einen Betreiber aus, da nur eine an die Spotpreiskurve angepasste Betriebsweise vergütet wird.

c. Rechtlicher Hintergrund und Umsetzung im Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014

Um die zusätzlichen Investitionskosten für die Auf- oder Umrüstung der Biomasseanlagen für einen flexiblen Betrieb abzudecken, hat der Gesetzgeber erstmals im Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012 (nur) für Biogasanlagen einen Fördermechanismus in Form der Flexibilitätsprämie in § 33i EEG 2012 eingeführt¹²⁸. Diese Prämie wird für die Dauer von zehn Jahren gewährt und nach Maßgabe des § 33i Abs. 2 EEG 2012 kalenderjährlich berechnet, wobei monatliche Abschläge anteilig der zu erwartenden Höhe zu leisten sind¹²⁹. Die Anspruchsvoraussetzungen ergeben sich aus § 33i Abs. 1 EEG 2012. Erforderlich ist, dass der gesamte Strom für die Dauer der Inanspruchnahme der Marktprämie direkt vermarktet wird und grundsätzlich ein Vergütungsanspruch nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012 besteht. Außerdem muss die Anlage für die Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie einen Mindestauslastungsgrad einhalten, um eine Förderung nicht genutzter Kapazitäten zu vermeiden. Es ist daher notwendig, dass die Bemessungsleistung der Anlage mindestens das 0,2-fache der installierten Leistung beträgt. Die konkrete Berechnung der Flexibilitätsprämie richtet sich nach Anlage 5 zum Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012. Vergütet werden die Bemessungsleistung der Anlage sowie die sogenannte Zusatzleistung, also die Differenz zwischen der Bemessungsleistung und der installierten Leistung der Anlage. Berücksichtigt wird

¹²⁸ Ausführlich hierzu siehe U. Holzhammer et al., Flexible Stromproduktion aus Biogas und Biomethan, Kassel, 29.04.2011; W. Lehnert, in: M. Altröck/V. Oschmann/C. Theobald, EEG, 4. Aufl., § 33i Rn. 1 ff.

¹²⁹ W. Lehnert, Markt- und Systemintegration der Erneuerbaren-Energien: Eine rechtliche Analyse der Regeln zur Direktvermarktung im EEG 2012, ZUR 2012, S. 4 (16).

darüber hinaus die sogenannte Kapazitätskomponente, mit der die zusätzliche flexibel abrufbare Leistung der Anlage honoriert wird.

Das am 1. August 2014 in Kraft getretene Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 differenziert bei der Förderung nunmehr zwischen Bestands- und Neuanlagen und gewährt einen Flexibilitätszuschlag für Neuanlagen bzw. weiterhin eine Flexibilitätsprämie für Bestandsanlagen. Bestandsanlagen können gem. § 54 i. V. m. Anlage 3 EEG 2014 die Flexibilitätsprämie erhalten, die in ihrer Ausgestaltung der Systematik des § 33i EEG 2012 entspricht. Der Flexibilitätszuschlag für Neuanlagen ist auf die Anlagenleistung ausgerichtet und beträgt nach § 53 EEG 2014 pauschal 40 Euro je Kilowatt installierter Leistung und Jahr für die Bereitstellung flexibler installierter Leistung. Der Zuschlag kann für Anlagen ab einer Leistung von 100 Kilowatt in Anspruch genommen werden und soll geeignet sein, u.a. die regelmäßig anfallenden Kosten, die bei einer flexiblen Fahrweise der Anlage entstehen können, abzudecken¹³⁰. Der Flexibilitätszuschlag kann für die gesamte Förderdauer von 20 Jahren in Anspruch genommen werden.

Auch im Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 sind Flexibilitätsprämie und -zuschlag jedoch auf Biogasanlagen beschränkt. Für Anlagen, die feste Biomasse als Energieträger einsetzen, hat der Gesetzgeber bislang keinen Förderanreiz geschaffen. Zudem hat er die in § 64f Nr. 4 lit. c. bb EEG 2012 noch enthaltene Ermächtigung zum Erlass einer diesbezüglichen Rechtsverordnung durch die Bundesregierung gestrichen. Von der Verordnungsermächtigung war zwar kein Gebrauch gemacht worden. Sie zeigt jedoch, dass dem Gesetzgeber die Option durchaus bewusst ist. Nach der Gesetzesbegründung sollte nämlich dadurch die Möglichkeit geschaffen werden, die Flexibilitätsprämie auch auf andere Formen von Biomasse, also insbesondere feste Biomasse, zur Stromerzeugung zu erstrecken¹³¹. Dies spricht auch dafür, dass eine künftige Erweiterung auf die in der Studie vorgeschlagene Flexibilitätsprämie für Anlagen, die feste Biomasse einsetzen, dem Erneuerbare-Energien-Gesetz nicht systemfremd und mithin umsetzbar ist.

Eine eigene Rechtsverordnung ist hierfür nicht erforderlich. Vielmehr kann der unterbreitete Vorschlag in einem neuen Paragraphen im Abschnitt 5 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes

¹³⁰ BT-Drucks. 18/1304, S. 226.

¹³¹ BT-Drucks. 17/6071, S. 193.

2014 und seine nähere Ausgestaltung und Berechnung in der Anlage 3 unmittelbar im Erneuerbare-Energien-Gesetz ergänzt werden. Zwar modifiziert der Vorschlag den Fördermechanismus für flexible Biogasanlagen, jedoch nicht in einem Umfang der eine eigene Rechtsverordnung erfordern würde. Da ausdrücklich Bestandsanlagen adressiert werden, kann ein neuer § 54a EEG 2014 mit den vorgeschlagenen Regelungen bei der nächsten Novellierung ergänzt werden.

d. Fazit

Biomasse soll und kann nach dem Willen des Gesetzgebers als einzige erneuerbare Energie einen Ausgleich zu den fluktuierenden Erzeugern Windkraft und PV leisten. Angesichts der Ergebnisse der Studie ist nicht erkennbar, warum aus technischer, ökonomischer und rechtlicher Sicht, Biomasseanlagen, die feste Biomasse einsetzen, keinen Beitrag zur Versorgungssicherheit und Integration der erneuerbaren Energien in den Strommarkt leisten sollten.

Vielmehr sind Biomasseheizkraftwerke durch ihre hohen Leistungsklassen und ihr großes Leistungspotential für regionale Ausgleichsenergie besonders gut geeignet, die flexible Stromerzeugung durch Biogasanlagen sinnvoll zu ergänzen. Dadurch kann die Biomasse im gasförmigen wie im festen Aggregatzustand ganzheitlich flexibel eingesetzt werden.

Eine flexible Stromerzeugung durch Biomasseheizkraftwerke ist durchaus wirtschaftlich und technisch möglich. Bei reiner Reduzierung der Jahresenergiemenge (bei flexibler Feuerung) kann sich die Flexibilitätsprämie sogar kostensenkend auf die EEG-Umlage auswirken.

III. Themenbereich: Biomasse im Wärmesektor

1. Einleitung

In diesem Themenbereich wird zunächst eine Handlungsempfehlung zur besseren Abstimmung und Beseitigung von Rechtsunsicherheiten beim Einsatz von Biomethan zur Wärmeversorgung von Gebäuden und der dadurch grundsätzlich zu erreichenden Erfüllung der ordnungsrechtlichen Anforderungen der beiden Hauptgesetze, nämlich der Energieeinsparverordnung 2014 (EnEV 2014¹³²) und dem Erneuerbare-Energien-Wärme-Gesetz meG¹³³). Im Weiteren werden negative Wechselwirkungen zwischen der Energieeinsparverordnung 2014 und dem Erneuerbare-Energien-Wärme-Gesetz aufgezeigt.

¹³² Energieeinsparverordnung v. 24.07.2007 (BGBl. I S. 1519), die zuletzt durch Art. 1 der Verordnung v. 18.11.2013 (BGBl. I S. 3951) geändert worden ist.

¹³³ Erneuerbare-Energien-Wärme-Gesetz v. 07.08.2008 (BGBl. I S. 1658), das zuletzt durch Art. 14 des Gesetzes v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066) geändert worden ist.

2. Abstimmung der für Biomasse einschlägigen ordnungsrechtlichen Regelungen hinsichtlich der Wärmeversorgung von Gebäuden

Die verschiedenen Formen der Biomasse bieten beim Einsatz (mit Stromerzeugung gekoppelt) zur Wärmeversorgung von Gebäuden aus rechtlicher Sicht grundsätzlich den Vorteil, dass dadurch zum einen förderrechtlich die Ansprüche nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz oder dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz bestehen und zum anderen die ordnungsrechtlichen Anforderungen nach der Energieeinsparverordnung 2014 und dem Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz durch den Bauherrn oder Gebäudeeigentümer erfüllt werden können.

Die Untersuchungen des Arbeitspakets 3 haben jedoch gezeigt, dass die Energieeinsparverordnung 2014 und das Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz, die grundsätzlich eine gesetzgeberische Unterstützung für den Einsatz von Biomasse zur Stromerzeugung und Wärmeversorgung von Gebäuden liefern sollen, nicht in Gänze aufeinander abgestimmt entstanden sind und dadurch Inkonsistenzen entstanden sind, die zum Teil zu rechtlichen Hemmnissen geführt haben. Dies gilt insbesondere für den Einsatz von Biomethan zur Wärmeversorgung. Im Folgenden werden diese dargestellt und Handlungsempfehlungen für eine künftige Anpassung der Regelungen unterbreitet.

a. Rechtsunsicherheiten und Hemmnisse hinsichtlich des Primärenergiefaktors für Biomethan in der Energieeinsparverordnung 2014 beseitigen

Biomethan, also zur Einspeisung in das Erdgasnetz aufbereitetes Biogas, kann neben dem Einsatzgebiet Verkehrssektor zur Wärmeversorgung von Gebäuden verwendet werden, wenn es in zentralen Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlagen oder dezentralen Blockheizkraftwerken in Wärme und Strom umgewandelt wird. Da Biomethan im Bezug wesentlich unwirtschaftlicher als Erdgas ist, sind für den Einsatz – neben der nur teilweise kompensierenden etwaigen Vergütung des erzeugten Stroms nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz – jedoch anderweitige Anreize für den Bauherrn oder Gebäudeeigentümer notwendig. Diese Anreize könnten durch die Erfüllung der ordnungsrechtlichen Anforderungen der Energieeinsparverordnung 2014 (und daneben des Erneuerbare-Energien-Wärmegesetzes) bestehen.

Dem Einsatz von Biomethan zur Wärmeversorgung von Gebäuden stehen nach derzeitiger Rechtslage jedoch die Regelungen der Energieeinsparverordnung 2014 zum anzusetzenden Primärenergiefaktor für das Biomethan, der eine Grundlage für die Berechnung des nach der Energieeinsparverordnung 2014 zulässigen Jahres-Primärenergiebedarfs darstellt, als Hemmnis entgegen.

Dabei können in der Praxis drei Fallkonstellationen mit unterschiedlichen rechtlichen Bewertungen festgestellt werden. Biomethan kann zunächst zur Wärmeversorgung von Gebäuden eingesetzt werden, wenn das Biomethan in das Erdgasnetz eingespeist und in vorzugweise Blockheizkraftwerken als Energieträger eingesetzt wird (dazu unter (1)). Ferner kann Biome-

than zur Wärmespeisung von (zentralen) Fernwärmesystemen genutzt werden, um angeschlossene Gebäude mit Wärme zu versorgen (dazu unter (2)). Schließlich ergeben sich Rechtsfragen beim Einsatz von Biomethan in dezentralen Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlagen, die im Wärme-Contracting betrieben werden (dazu unter (3)).

(1) Fallkonstellation: Einsatz von Biomethan zur dezentralen Wärmeversorgung

(a) Einleitung

In der ersten Fallkonstellation wird Biomethan nach dem Transport durch das Erdgasnetz vor Ort zur Versorgung von Gebäuden in Wärme umgewandelt. Der Bauherr von Neubauten oder der Gebäudeeigentümer, der grundlegende Renovierungen des Gebäudes vornimmt, kann durch den Einsatz von Biomethan als Energieträger für die (teilweise) Wärmeversorgung des Gebäudes dadurch grundsätzlich einen Beitrag dazu leisten, die energetischen Anforderungen der Energieeinsparverordnung 2014 zu erfüllen. Diese Anforderungen an den maximal zulässigen Jahres-Primärenergiebedarf für Heizung, Warmwasserbereitung, Lüftung und Kühlung im Vergleich zu einem Referenzgebäude sind in § 3 EnEV 2014 für Wohngebäude, § 4 EnEV 2014 für Nichtwohngebäude und § 9 EnEV 2014 bei der Änderung, Erweiterung und Ausbau von Gebäuden jeweils zusammen mit den Anlagen der Energieeinsparverordnung 2014 normiert, die auch die Regelungen zum Primärenergiefaktor von Biomethan enthalten.

So wird nach Ziff. 2.1.1 der Gesetzesanlage 1 (für Wohngebäude) und Ziff. 2.1.1 der Gesetzesanlage 2 (für Nichtwohngebäude) zur Energieeinsparverordnung 2014 iVm. den untergesetzlichen Vorschriften DIN 4701-10; DIN V 18599-1 den verschiedenen Formen von Biomasse ein bestimmter Primärenergiefaktor (f_p) zugewiesen, der beim Einsatz von gasförmiger (wie auch flüssiger) Biomasse zwar günstige 0,5 beträgt, aber nur soweit die gasförmige Biomasse in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Gebäude erzeugt wurde. Wird die gasförmige Biomasse nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Gebäude erzeugt, beträgt der Primärenergiefaktor wie bei (fossilem) Erdgas deutlich ungünstigere 1,1¹³⁴. Durch Ziff. 2.1.1 Satz 5 der Anlage 1 zur EnEV 2014 wird die Möglichkeit der Inanspruchnahme des günstigeren Primärenergiefaktors nur geringfügig erweitert, indem dieser entsprechend auf Gebäude anzuwenden ist, die im räumlichen Zusammenhang zueinander stehen und unmittelbar gemeinsam mit gasförmiger Biomasse versorgt werden.

Die Normtexte für Wohngebäude¹³⁵ dazu lauten in Ziff. 2.1.1 Satz 4 und 5 der Anlage 1 zur EnEV 2014:

¹³⁴ Vgl. AGFW, AGFW-Arbeitsblatt FW 309 Teil 1, Mai 2010, abrufbar unter http://www.agfw.de/index.php?eID=tx_nawsecuredl&u=0&file=fileadmin/agfw/content/linkes_menuue/erzeugung/Alternative_Erzeugung/EnEV_u_fernwaerme/FW_309_1_Arbeitsblatt_und_Geschaeftsordnung_Mai2010.pdf&t=1368539775&hash=08f6382afe18b7e0a82cdb6a54b0a0c47b921401 (12.05.2013).

¹³⁵ Für Nichtwohngebäude verweist Ziff. 2.1.1 Satz 3 der Gesetzesanlage 2 der EnEV 2014 auf die entsprechende Anwendung dieser Vorschriften.

„Dabei sind für flüssige Biomasse der Wert für den nicht erneuerbaren Anteil „Heizöl EL“ und für gasförmige Biomasse der Wert für den nicht erneuerbaren Anteil „Erdgas H“ zu verwenden. Für flüssige oder gasförmige Biomasse im Sinne des § 2 Absatz 1 Nummer 4 des Erneuerbare-Energien-Wärmegesetzes kann für den nicht erneuerbaren Anteil der Wert 0,5 verwendet werden, wenn die flüssige oder gasförmige Biomasse im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang mit dem Gebäude erzeugt wird. Satz 4 ist entsprechend auf Gebäude anzuwenden, die im räumlichen Zusammenhang zueinander stehen und unmittelbar gemeinsam mit flüssiger oder gasförmiger Biomasse im Sinne des § 2 Absatz 1 Nummer 4 des Erneuerbare-Energien-Wärmegesetzes versorgt werden.“

Der Einsatz von Biomethan, soweit dieses unten den Begriff „gasförmige Biomasse“ subsumiert werden kann (dazu sogleich unter (1.)), wird daher nur dann mit einem erneuerbaren „Bonus“ privilegiert, wenn das Biomethan direkt vor Ort, wo es erzeugt wurde, zur Wärmeversorgung von Gebäuden genutzt wird. Dies dürfte in der Praxis jedoch die absolute Ausnahme darstellen, da die kostenaufwändige Aufbereitung von Biogas zu Biomethan zu dem Zweck erfolgt, das Gas zunächst durch das Erdgasnetz zu transportieren. Die Aufbereitung für den Vorort Einsatz ist unnötig und unwirtschaftlich. Da Biomethan daher in aller Regel nicht im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang mit der Gebäude erzeugt wurde, hat der Bauherr oder Gebäudeeigentümer bei Neubauten oder Austausch der Heizungsanlage an Bestandsgebäuden über die Energieeinsparverordnung 2014 aktuell keinen Anreiz, Biomethan zur Wärmeversorgung in seinem Blockheizkraftwerk einzusetzen.

Es soll daher im Folgenden (unter (2).-(4.)) zunächst geprüft werden, ob die Energieeinsparverordnung 2014 dahingehend angepasst werden kann, dass für Biogas in Form von Biomethan auch der niedrigere Primärenergiefaktor von 0,5 gilt, wenn das Biomethan (bzw. das dazu aufbereitete Biogas) nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Gebäude erzeugt wurde. Die Prüfung beschränkt sich dabei auf Biomethan. Der Einsatz von flüssiger Biomasse, also Bioöl, für die die gleichen Voraussetzungen nach der Energieeinsparverordnung 2014 gelten, sollten aufgrund der negativen Umweltauswirkungen nicht angereizt werden. Für Biogas in seiner Ausgangsform als Rohbiogas ist die Fragestellung nicht relevant, da es nur am Ort der Erzeugung unmittelbar eingesetzt werden kann bzw. nur über Rohbiogasnetze zu Wärmesenken transportiert werden kann, die neben der Erdgasnetzinfrastuktur errichtet werden müssen¹³⁶.

¹³⁶ Diese Anwendungsform ist wirtschaftlich jedoch fraglich und befindet sich derzeit noch in der FuE-Phase, wie sich auch der Innovationsförderung der KfW im Programm Erneuerbare Energien Premium entnehmen lässt, vgl. KfW, Merkblatt KfW-Programm Erneuerbare Energien "Premium", S. 4, abrufbar unter [https://www.kfw.de/Download-Center/F%C3%B6rderprogramme-\(Inlandsf%C3%B6rderung\)/PDF-Dokumente/6000002410-Merkblatt-271-281-272-282.pdf](https://www.kfw.de/Download-Center/F%C3%B6rderprogramme-(Inlandsf%C3%B6rderung)/PDF-Dokumente/6000002410-Merkblatt-271-281-272-282.pdf) (28.10.2014). Ein Transport des Rohbiogases mit Tankwagen dürfte für den Einsatz zur Wärmeversorgung in Gebäuden nicht in Betracht kommen.

(b) Biomethan unterfällt dem Anwendungsbereich der Energieeinsparverordnung 2014

Für eine Privilegierung in Form eines reduzierten Primärenergiefaktors wäre zunächst klärungsbedürftig, ob Biomethan grundsätzlich ein zulässiger Energieträger iSd. der Energieeinsparverordnung 2014 ist.

Die Energieeinsparverordnung 2014 führt in den Begriffsbestimmungen Biomethan selbst nämlich nicht auf. In § 2 Nr. 6 EnEV 2014 werden iSd. der Verordnung als erneuerbare Energien „(...) *Strahlungsenergie, Umweltwärme, Geothermie, Wasserkraft, Windenergie und Energie aus Biomasse, (...)*“ aufgeführt. Eine Differenzierung, welche Formen der Energie aus Biomasse der Verordnung unterfallen, erfolgt nicht. Die Kommentarliteratur zu § 2 EnEV 2014 fasst unter den Begriff „Energie aus Biomasse“ solche aus fester, flüssiger und gasförmiger Biomasse erzeugte Energie¹³⁷, ohne jedoch bei der gasförmigen Biomasse weiter zu differenzieren.

In den hier untersuchten Regelungen der Anlage 1 wird jedoch konkret für den Begriff „gasförmige Biomasse“ auf die Begriffsbestimmung in § 2 Abs. 1 Nr. 4 EEWärmeG verwiesen, der einen weiter gefassten Gasbegriff (hier in Bezug auf erzeugte Wärme) verwendet. Biomethan wird zwar nicht ausdrücklich genannt. Da dem Begriff „gasförmige Biomasse“ jedoch alle Gase biogenen Ursprungs unterliegen, kann Biomethan, als weitere Verarbeitungsstufe, ebenfalls hierunter gefasst werden und ist folglich durch den Verweis in Ziff. 2.1.1 Satz 4 der Gesetzesanlage 1 zur EnEV 2014 auch vom Anwendungsbereich der Energieeinsparverordnung 2014 umfasst¹³⁸.

(c) Motive des Verordnungsgebers für die Begrenzung auf den unmittelbar räumlichen Zusammenhang

Für die Beurteilung, ob für Biomethan eine Ausnahme vom Erfordernis der Erzeugung in unmittelbarer Nähe zum Gebäude zulässig ist, ist ferner zu untersuchen, aus welchen Gründen diese Einschränkung in der Energieeinsparverordnung 2014 (und bereits der EnEV Energieeinsparverordnung) gemacht wird.

In der Energieeinsparverordnung 2014 wurde diese Regelung nicht erstmalig eingeführt. Bereits in der Vorgängerfassung der Energieeinsparverordnung 2009 war diese Regelung erhalten. In beiden Gesetzesbegründungen¹³⁹ findet sich zu den Motiven des Gesetzgebers, gasförmige Biomasse nur am Ort der Erzeugung hinsichtlich des Primärenergiefaktors zu

¹³⁷ J. Stock, in: W. Danner/C. Theobald (Hrsg.), *Energierecht*, 82. EGL, Oktober 2014, § 2 EnEV Rn. 40b.

¹³⁸ Zum Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 4 EEWärmeG ebenso: G. Wustlich, in: W. Danner/C. Theobald (Hrsg.), *Energierecht*, 82. EGL, Oktober 2014, § 5a EEWärmeG Rn. 24.

¹³⁹ Zur EnEV 2009 vgl. unter http://www.enev-online.de/enev/080518_enev2009_begrueundung.pdf (28.10.2014); zur EnEV 2014 siehe Entwurf einer Zweiten Verordnung zur Änderung der Energieeinsparverordnung, abrufbar unter http://www.geb-info.de/Gentner.dll/enev-3-aenderungsverordnung-2013-070213_Mzk1NjQy.PDF?UID=D7809A532F3E3513BD3E0C6DC4A2E04F1BA20B9783D6FA (28.10.2014).

privilegieren, aber keinerlei Aussagen. Die spärliche rechtswissenschaftliche Literatur zur Energieeinsparverordnung kommentiert lediglich den Verordnungstext. Die Gesetzesanlagen werden – soweit ersichtlich – nicht besprochen. Für die Herleitung des Grundes für die Beschränkung auf den „unmittelbaren räumlichen Zusammenhang“ könnte jedoch auf die Ausführungen zu § 5 Satz 1 Nr. 1 EnEV 2014 und § 2 Nr. 5 EnEV 2004 (vormals § 2 Nr. 5 EnEV 2002) zurückgegriffen werden, die das Tatbestandsmerkmal „unmittelbarer räumlicher Zusammenhang“ zum einen in Bezug auf die Anrechnung von Strom aus erneuerbaren Energien (§ 5 Satz 1 Nr. 1 EnEV 2014) und zum anderen in Bezug auf den Einsatz von erneuerbaren Energien (§ 2 Nr. 5 EnEV 2004) ebenfalls enthalten bzw. enthielten.

Nach § 5 Satz 1 Nr. 1 EnEV 2014 darf der Strombedarf für den zur Gebäudeversorgung genutzten Strom aus erneuerbaren Energien nur in Abzug gebracht werden, wenn dieser „*im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang zu dem Gebäude erzeugt wird*“. Nach der Kommentierung soll dieses Tatbestandsmerkmal sicherstellen, dass „Ökostrom“ aus dem öffentlichen Verbundnetz nicht angerechnet werden kann¹⁴⁰. Der Hintergrund zu diesem Motiv erschließt sich in der Zusammenschau mit der Begriffsbestimmung der erneuerbaren Energien in § 2 Nr. 5 EnEV 2002 (unverändert fortgeführt in § 2 Nr. 5 EnEV 2004), die verlangte, dass die Erzeugung der erneuerbaren Energie in unmittelbarem räumlichen Zusammenhang mit dem Gebäude erfolgt. Diese Einschränkung sollte nach der Gesetzesbegründung zur Energieeinsparverordnung 2002 dafür sorgen, dass regenerativ erzeugter Strom aus dem Verbundnetz „*aus Praktikabilitätsgründen*“ bei der Ermittlung des Jahres-Primärenergiebedarfs nicht als erneuerbare Energie behandelt wird¹⁴¹. Was mit Praktikabilitätsgründen gemeint ist, lässt sich der Gesetzesbegründung nicht entnehmen. Die einzig erkennbare Meinung in der Kommentarliteratur erklärt diesen Umstand damit, dass die Energieeinsparverordnung als Baurecht grundsätzlich an objektive, unveränderliche Eigenschaften des Gebäudes anknüpft. Schuldrechtliche, jederzeit veränderbare Strombelieferungsverträge zählen nicht dazu¹⁴². Diese Meinung überzeugt zum einen, da die Anforderungen der Energieeinsparverordnung dauerhaft vom Gebäude erfüllt werden müssen und dies bei schuldrechtlichen Verträgen nicht gewährleistet ist. Zum anderen bestehen beim Gesetzesvollzug der Energieeinsparverordnung 2014 erhebliche Vollzugsdefizite¹⁴³. Nach erteilter Baugenehmigung wird die Einhaltung der Anforderungen der Energieeinsparverordnung kaum noch überprüft¹⁴⁴, sodass hier Umgehungsmöglichkeiten für den Gebäudeeigentümer bestehen würden, der die Bezugsverträge für Biomethan kündigt und auf den (günstigeren) Energieträger Erdgas umstellen könnte.

¹⁴⁰ Unter Verweis auf *M. Achelis*, DIBt-Mitteilungen 2010, 15/20, vgl. *J. Stock*, in: W. Danner/C. Theobald (Hrsg.), *Energierrecht*, 82. EGL, Oktober 2014, § 5 EnEV Rn. 4.

¹⁴¹ BR-Drs. 194/01, S. 48.

¹⁴² *J. Stock*, in: W. Danner/C. Theobald (Hrsg.), *Energierrecht*, 82. EGL, Oktober 2014, § 2 EnEV Rn. 41a.

¹⁴³ Vgl. dazu bspw. *C. Ziehm*, *Vollzugsdefizite im Bereich des Klimaschutzrechts*, ZUR 2010, S. 411 (415).

¹⁴⁴ Der Verordnungsgeber hat in § 26d EnEV 2014 nunmehr lediglich eine stichprobenartige Kontrollpflicht für neu ausgestellte Energieausweise eingeführt.

Die hergeleitete Begründung für den unmittelbaren räumlichen Zusammenhang beim Einsatz von erneuerbaren Energien lässt sich auf – die ebenfalls erneuerbare Energieform – Biomethan übertragen. Da das Biomethan an anderer Stelle erzeugt wird, wird der Gebäudeeigentümer in aller Regel den Bezug über einen schuldrechtlichen Vertrag abwickeln. Die oben genannten Unsicherheiten würden daher auch beim Bezug von Biomethan aus dem Erdgasnetz bestehen.

Ein weiterer Grund für das Erfordernis des unmittelbaren räumlichen Bezugs zur Erzeugung der erneuerbaren Energien, und damit auch des Biomethans, könnte ferner im immanenten Effizienzgedanken der Energieeinsparverordnung und deren Ermächtigungsgrundlage, dem Energieeinsparungsgesetz, erblickt werden¹⁴⁵. Werden (erneuerbare) Energien nach ihrer Erzeugung an einen anderen Ort zur Nutzung transportiert, bedeutet dies immer Wirkungsgradverluste. In diesem Sinne findet sich in den Bestimmungen zum Geltungsbereich der Energieeinsparverordnung 2002 in § 1 Abs. 2 Satz 2 in Bezug auf Heizsysteme ebenfalls die Maßgabe des räumlichen Zusammenhangs. Danach werden Bestandteile des Heizsystems, die sich nicht im räumlichen Zusammenhang mit dem Gebäude befinden, aus dem Anwendungsbereich der Energieeinsparverordnung 2002 im Wesentlichen ausgeschlossen. Auch hierin könnte der gesetzgeberische Wille zum Ausdruck gekommen sein, dass die Energieerzeugung, die nicht in räumlichen Zusammenhang mit dem Gebäude erfolgt, nicht begünstigt werden soll. Die Gesetzesbegründung¹⁴⁶ verweist als Grund für diese Regelung auf die Richtlinie 92/42/EWG¹⁴⁷. Auch hier liegt der Grund für die Regelung mithin in der Förderung der Energieeffizienz.

(d) Argumente für eine Ausnahme beim Einsatz von Biomethan

Auch wenn die Gesetzeshistorie und der Sinn und Zweck der Regelung daher nachvollziehbare Gründe dafür bietet, nur im räumlichen Zusammenhang erzeugte Energie zu begünstigen, könnte es angezeigt sein, bei Biomethan eine Ausnahme zuzulassen und diese in Ziff. 2.1.1 der Anlage 1 und 2 zur EnEV 2014 aufzunehmen.

Hierfür spricht zunächst die bereits angesprochene Tatsache, dass Biomethan denknottwendig zum Transport vorgesehen ist und daher der begünstigende Primärenergiefaktor von 0,5 für Biomethan nicht in Anspruch genommen werden kann, obwohl Biomethan, wie die Auslegung gezeigt hat, von der Energieeinsparverordnung 2014 als Energieträger zur Wärmeversorgung von Gebäuden umfasst wird. Ferner wird Biomethan vom Gesetzgeber an anderen Stellen ausdrücklich gefördert, wie in Abschnitt D VII. des Arbeitspakets 3 ausführlich dargelegt wird. Es ist daher inkonsistent, dass Biomethan auf der Wertschöpfungsstufe der Wär-

¹⁴⁵ Dieser grundsätzliche Effizienzmaßstab ist auch in § 1 I EnEG niedergelegt, wonach zur Energieeinsparung der Wärmeschutz von Gebäuden so auszuführen ist, dass beim Heizen und Kühlen vermeidbare Energieverluste unterbleiben.

¹⁴⁶ BR-Drs. 194/01, S. 46.

¹⁴⁷ Richtlinie 92/42/EWG des Rates v. 21.05.1992 über die Wirkungsgrade von mit flüssigen oder gasförmigen Brennstoffen beschickten neuen Warmwasserheizkesseln, ABl. L 167 v. 22.6.1992, S. 17.

meerzeugung und -nutzung durch einen, mit fossilen Energieträgern gleichgestellten, ungünstigen Primärenergiefaktor benachteiligt wird. Auch die Abkehr des Gesetzgebers von der Förderung des Biomethans in Neuanlagen durch die Novellierung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014 im *Strom*sektor ändert daran nichts. Zwar wird durch Abschaffung des Gasaufbereitungsbonus und „einfrieren“ des Biomethan einsetzenden Blockheizkraftwerk-bestands die Stromerzeugung für Neuanlagen künftig danach nicht mehr finanziell gefördert. Dies sollte aber nichts daran ändern, dass der Einsatz von Biomethan für die *Wärme*versorgung gefördert werden kann, auch wenn dies auf den Bestand von Aufbereitungsanlagen und Blockheizkraftwerken beschränkt bleibt. Ohne die finanzielle Förderung der Stromerzeugung durch das Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 können jedenfalls nur noch die ordnungsrechtlichen Regelungen einen Anreiz setzen, aufbereitetes Biogas, nach der „Zwischenspeicherung“ im Erdgasnetz, zur Wärmeversorgung von Gebäuden einzusetzen.

Dafür spricht ferner, dass Biomethan zur Erfüllung der Anforderungen des zweiten einschlägigen ordnungsrechtlichen Instruments, dem Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz einsetzbar, ist. Wie ausgeführt, fällt Biomethan in dessen Anwendungsbereich. Der Bauherr oder Gebäudeeigentümer kann daher eine mit Biomethan befeuerte Heizungsanlage einsetzen, um die Nutzungspflichten gem. § 3 Abs. 1 EEWärmeG iVm. II. Nr. 1 lit. c der Gesetzesanlage zu erfüllen. Werden zugleich in der ebenfalls einzuhaltenden Energieeinsparverordnung 2014 rechtliche Hemmnisse aufgebaut, führt dies dazu, dass andere Brennstoffe eingesetzt werden, wie die günstiger zu beschaffenden, fossilen Energieträger. Die Regelungen der Energieeinsparverordnung 2014 sollten daher mit denen des Erneuerbare-Energien-Wärmegesetzes harmonisiert werden.

Es wird daher als Handlungsempfehlung vorgeschlagen, Ziff. 2.1.1 der Anlage 1 und 2 der EnEV 2014 dahingehend abzuändern, dass für den Einsatz von Biomethan eine Ausnahme vom Erfordernis des unmittelbaren räumlichen Zusammenhangs zwischen der Erzeugung des Biomethans und dem Gebäude eingefügt wird. Dies erfolgt unter Hinnahme des Risikos, dass Bauherrn als nach § 26 Abs. 1 EnEV 2014 für die Einhaltung der Vorschriften der Energieeinsparverordnung 2014 Verantwortlicher, Umgehungsmöglichkeiten eröffnet werden. Ein Argument, das für die Gesetzestreue der Bauherrn oder Gebäudeeigentümer eingebracht werden kann, ist aber, dass sie als Betreiber von mit Biomethan betriebenen Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlagen mittelbar selbst an der Einhaltung der Energieeinsparverordnung 2014 Anforderungen interessiert sind, da sie für die Vergütung nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz des aus Biomethan erzeugten Stroms Nachweise über die Einsatzstoffe erbringen müssen. Dieses wirtschaftliche Interesse ist aufgrund der 20-jährigen Vergütungsdauer des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014 zudem dauerhaft angelegt, sodass das Vollzugsrisiko einer Umstellung auf nicht nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz geförderten Stroms aus Erdgas deutlich reduziert ist.

(2) Fallkonstellation: Einsatz von Biomethan in der Fernwärmeversorgung

In der zweiten relevanten Fallkonstellation wird Biomethan als Energieträger zur (ggf. teilweisen) Wärmespeisung eines Fernwärmesystems eingesetzt. Hier stellt sich die weitere Rechtsfrage, welchen Primärenergiefaktor nach der Energieeinsparverordnung 2014 der Bauherr oder Gebäudeeigentümer anzusetzen hat, der über das Fernwärmesystem das Gebäude mit Wärme versorgt.

Wie oben ausgeführt, ist für die Festlegung des Primärenergiefaktors entscheidend, ob ein räumlicher Zusammenhang zwischen dem wärmeversorgten Gebäude und der Erzeugung des Biomethans besteht. Beim Bezug von Wärme über ein Fernwärmesystem wird in aller Regel der erforderliche räumliche Zusammenhang zwischen Erzeugung und Verwendung des Biomethans nicht vorliegen. Fraglich ist daher, ob der Bauherr oder Gebäudeeigentümer dennoch den nach AGFW Arbeitsblatt FW 309-1¹⁴⁸ unter Berücksichtigung des Biomethans zertifizierten Primärenergiefaktor des Fernwärmenetzes, ansetzen darf oder nicht.

In der Rechtsliteratur finden sich zur Klärung dieser Frage keine Ansatzpunkte. Bei der derzeitigen Rechtslage wäre davon auszugehen, dass auch bei der Fernwärmeversorgung für Biomethan der ungünstigere Primärenergiefaktor von 1,1 anzusetzen ist, da es am unmittelbaren räumlichen Zusammenhang fehlt. In der Praxis wird nach Auskunft des AGFW¹⁴⁹ jedoch bei der Fernwärmeversorgung für Biomethan der Primärenergiefaktor von 0,5 verwendet. Der AGFW stützt sich hierfür auf die Argumentation, dass die Fernwärmeversorgung nicht dem Anwendungsbereich der Energieeinsparverordnung 2014 unterliegt und damit der Primärenergiefaktor nach dem AGFW Arbeitsblatt FW 309-1 zu bestimmen ist.

Der Anwendungsbereich der Energieeinsparverordnung 2014 ist grundsätzlich in § 1 Abs. 2 EnEV 2014 determiniert. Danach gilt sie „1. für Gebäude, soweit sie unter Einsatz von Energie beheizt oder gekühlt werden, und 2. für Anlagen und Einrichtungen der Heizungs-, Kühl-, Raumluft- und Beleuchtungstechnik sowie der Warmwasserversorgung von Gebäuden nach Nummer 1.“ Eine Ausklammerung aus dem Anwendungsbereich sieht jedoch § 1 Abs. 3 Satz 2 EnEV 2014 vor, wonach „Auf Bestandteile von Anlagensystemen, die sich nicht im räumlichen Zusammenhang mit Gebäuden nach Absatz 2 Satz 1 Nr. 1 befinden, nur § 13 anzuwenden“ ist. Da die Fernwärmenetze und die sie speisenden Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlagen sich nicht im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang zu den versorgten Gebäuden befinden, sind nach Ansicht des AGFW die Berechnungsgrundlagen der Energieeinsparverordnung 2014 und der in ihr Bezug genommenen untergesetzlichen DIN-Vorschriften nicht anwendbar. Biomethan kann demnach mit einem Primärenergiefaktor von 0,5 angesetzt werden.

¹⁴⁸ AGFW, Arbeitsblatt AGFW FW 309 Teil 1, Energetische Bewertung von Fernwärme - Bestimmung der spezifischen Primärenergiefaktoren für Fernwärmeversorgungssysteme -, Stand Mai 2014, abrufbar unter https://www.agfw.de/index.php?eID=tx_nawsecuredl&u=0&file=fileadmin/agfw/content/linkes_menue/erzeugung/Energetische_Bewertung/EnEV_und_Fernwaerme/FW_309_1_Arbeitsblatt_und_Geschaeftsordnung_Mai2014.pdf&t=1415442443&hash=dfd5c537a9ff44a43c2782bea1c61d3a3b63b539 (07.11.2014).

¹⁴⁹ Telefonat mit Hr. Boris Lubinski, 31.10.2014.

Zur Entkräftung des oben genannten Motivs des Ordnungsgebers für das Erfordernis eines unmittelbaren räumlichen Zusammenhangs, Missbrauch zu verhindern, wird angeführt, dass ein Missbrauch beim Fernwärmebezug ausgeschlossen ist. Zunächst hat der Gebäudeeigentümer keinen Einfluss auf die Brennstoffzusammensetzung für die Fernwärme. Für diese ist allein der Fernwärmenetzbetreiber verantwortlich. Ferner folgt aus Ziff. 2.1 Abs. 4 der Geschäftsordnung zum Arbeitsblatt FW 309-1, dass eine Verschlechterung des Primärenergiefaktors durch den (zusätzlichen) Einsatz von fossilen Energieträgern bei der Berechnung berücksichtigt wird. Nach der mit den zuständigen Ministerien abgestimmten Regelung in Ziff. 2.1 Abs. 4 der Geschäftsordnung müssen die Fernwärmenetzbetreiber nämlich bei Änderungen des Energieträgermixes der betrachteten Anlage, die eine wesentliche Erhöhung des Primärenergiefaktors bewirken, den Primärenergiefaktor neu berechnen und bescheinigen lassen. Dadurch ist gewährleistet, dass der Primärenergiefaktor für die fernwärmeversorgten Gebäude stets angepasst wird. Da Verträge über die Belieferung mit Fernwärme im Vergleich zu Gaslieferverträgen aufgrund der Investitionskosten des Fernwärmenetzbetreibers in aller Regel auf eine möglichst lange Dauer angelegt sind¹⁵⁰, ist auch ein kurzfristiges Umstellen der Gebäudeversorgung ausgeschlossen, sodass in der zeitlichen Dimension die Einhaltung der Energieeinsparverordnung 2014 Anforderungen für eine gewisse Dauer sichergestellt ist.

Unabhängig von der Stichhaltigkeit dieser Argumentation und der gängigen Praxis ist jedoch festzuhalten, dass – mangels juristischer Aufbereitung dieser Fragestellung – keine Rechtssicherheit besteht. Es wird daher als Handlungsempfehlung vorgeschlagen, ergänzend zu den Ausführungen unter 1.a. auch für diese Fallkonstellation eine Ausnahme vom Unmittelbarkeitserfordernis in Ziff. 2.1.1 der Anlage 1 und 2 zur EnEV 2014 aufzunehmen, soweit Fernwärme (teilweise) aus Biomethan zur Wärmeversorgung des Gebäudes eingesetzt wird und damit der Primärenergiefaktor von 0,5 anzusetzen ist.

(3) Fallkonstellation: Einsatz von Biomethan beim Wärme-Contracting

In der letzten Fallvariante wird das Biomethan zwar im Gebäude in Wärme umgewandelt, die Erzeugung des Biomethans erfolgt aber wie bei den beiden ersten Varianten nicht im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang mit dem Gebäude. Im Unterscheid zur ersten Variante hat der Gebäudeeigentümer jedoch keinen Einfluss auf die Betriebsweise und den Brennstoffbezug des Blockheizkraftwerks, da dies vom Wärmecontractor vertraglich übernommen wird, der auch im Eigentum des Blockheizkraftwerks bleibt. Der dargelegte Sinn und Zweck für das Unmittelbarkeitserfordernis greift hier demnach ebenfalls nicht, da ein kurzfristiges Umstellen auf einen anderen Energieträger dem Gebäudeeigentümer nicht möglich ist. Dies auch unter dem Gesichtspunkt, dass – wie bei Fernwärmelieferverträgen –

¹⁵⁰ Die zulässige Höchstlaufzeit für Fernwärmeverträge beträgt 10 Jahren (32 Abs. 2 AVBFernwärmeV), wohingegen für Strom- und Gasversorgungsverträgen eine Höchstlaufzeit von nur 2 Jahren zulässig ist (§ 32 Abs. 2 AVBEltV/GasV).

die Laufzeit der Wärmecontracting-Verträge wesentlich länger ist. Denn auch hier muss der Wärmecontractor zunächst in Infrastruktur beim Gebäudeeigentümer investieren, die sich rentieren muss.

Nach Auskunft des AGFW¹⁵¹ ist die Praxishandhabung beim Wärme-Contracting, ob Biomethan mit einem Primärenergiefaktor von 0,5 oder 1,1 bewertet wird, deshalb auch abhängig von der Vertragsdauer. Bei Verträgen mit einer Laufzeit von zehn oder mehr Jahren wird der Primärenergiefaktor mit 0,5 und ansonsten wegen der kurzfristigeren Wechselmöglichkeit mit 1,1 angesetzt.

Da es sich hierbei jedoch um eine reine Praxishandhabung ohne Rechtsgrundlage handelt, wäre eine rechtliche Klarstellung dahingehend wünschenswert, dass bei Verträgen mit einer bestimmten Mindestlaufzeit der günstigere Primärenergiefaktor von 0,5 anzuwenden ist.

(4) Fazit zu den Hemmnissen der Energieeinsparverordnung 2014 für den Biomethaneinsatz

Die vorstehenden Ausführungen haben aufgezeigt, dass der Einsatz von Biomethan zur Gebäudeversorgung, sei es durch zentrale oder dezentrale Heizungssysteme, im Anwendungsbereich der Energieeinsparverordnung 2014 mit erheblichen rechtlichen Unsicherheiten verbunden ist. Es haben sich zwar anscheinend in der Praxis Lösungswege ergeben, mangels juristischer Kodifikation bestehen jedoch Rechtsunsicherheiten, die den Einsatz von Biomethan in diesen Anwendungsfeldern hemmen. Eine rechtliche Klarstellung in der Energieeinsparverordnung 2014 dazu, welcher Primärenergiefaktor beim Einsatz von Biomethan anzuwenden ist, wäre angezeigt.

b. Negative Wechselwirkungen zwischen Energieeinsparverordnung 2014 und Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz beseitigen

Grundsätzlich ist der Vorteil des Einsatzes von Biomasse oder Biomethan zur Wärmeversorgung von Gebäuden, dass der Eigentümer, wie oben dargelegt, dadurch grundsätzlich sowohl die ordnungsrechtlichen Anforderungen der Energieeinsparverordnung 2014 zum Jahres-Primärenergiebedarf des Gebäudes als auch die Nutzungspflichten des Erneuerbare-Energien-Wärmegesetzes für den Einsatz erneuerbarer Energien erfüllen könnte. Neben den eben aufgezeigten Rechtsunsicherheiten hinsichtlich des Energieträgers Biomethan sind die Energieeinsparverordnung 2014 und das Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz, auch bedingt durch unterschiedliche Zuständigkeiten der Bundesministerien – ehemals BMU (Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz) bzw. ehemals BMVBS (Energieeinsparverordnung 2014) – nicht im rechtlichen Einklang erlassen worden. Dadurch haben sich negative Wechselwirkungen – auch für die Biomassenutzung ergeben – die im Folgenden aufgezeigt werden.

¹⁵¹ Telefonat mit Hr. Boris Lubinski, 31.10.2014.

(1) Gegenseitige partielle Aufhebung der Wirkungen

Beim in Arbeitspaket 3 festgestellten „Instrumentenmix“ des Wärmemarktes zur Förderung erneuerbarer Energien, weisen die auf Energiereduktion durch Effizienz ausgelegte Energieeinsparverordnung 2014 und das auf den vermehrten Einsatz von erneuerbaren Energien, und damit auch Biomasse gerichtete Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz sich gegenseitig hemmende Regelungen auf. Zwar bezwecken beide Regelwerke die Senkung des fossilen Energiebedarfs und dadurch der Kohlendioxidemissionen im Gebäudesektor¹⁵². Gleichwohl wählen sie unterschiedliche Instrumente, um dieses Ziel zu erreichen. Während das Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz primär die Nutzung erneuerbarer Energien für die Wärmebereitstellung erreichen will, zielt die Energieeinsparverordnung 2014 auf Energieeffizienz und -einsparung durch – vorrangig – eine Erhöhung der Wärmedämmung der Gebäude, um dadurch einen geringeren Jahres-Primärenergiebedarf zu erzielen. Da die Nutzung erneuerbarer Energien sich in der Regel mindernd auf das Maß der Gebäudedämmung auswirkt, führt ein verstärkter Einsatz von erneuerbaren Energien aber zu geringeren Anforderungen an die Wärmedämmung¹⁵³. Andersherum kann der Bauherr oder Gebäudeeigentümer durch Mehrinvestitionen in die Wärmedämmung den Anteil erneuerbarer Energien an der Wärme- und/Kälteversorgung des Gebäudes reduzieren. Je höher der Anteil der regenerativen Energieträger, desto günstiger wirkt sich das auf den Jahres-Primärenergiebedarf eines Gebäudes aus¹⁵⁴. In der Praxis führt dies dazu, dass die Bauherren oder Gebäudeeigentümer die für sie wirtschaftlichste Kombination aus Wärmedämmung und Einsatz erneuerbarer Energien umsetzen.

Da es sich hierbei jedoch um ein konzeptuelles Problem des Zusammenspiels zwischen Energieeinsparverordnung 2014 und Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz in Bezug auf alle erneuerbaren Energieträger handelt und nicht speziell um ein solches des Einsatzes von Biomasse zur Wärmebedarfsdeckung, soll hier darauf nicht näher eingegangen werden. Als Vorschlag wurde bereits vor Jahren unterbreitet¹⁵⁵, dass Maßnahmen, die die Anforderungen des Erneuerbare-Energien-Wärmegesetzes erfüllen nicht auf die Anforderungen der Energieeinsparverordnung angerechnet werden sollten. Dadurch wäre aber ein reines Nebeneinander der auf das gleiche Ziel ausgerichteten ordnungsrechtlichen Instrumente für den Gebäudesektor gegeben. Zielführender könnte sich die ebenfalls seit Jahren diskutierte Har-

¹⁵² T. Müller, Der Rechtsrahmen zur Förderung und Nutzung Erneuerbarer Energien, in: W. Köck/K. Faßbender, Klimaschutz durch Erneuerbare Energien, S. 15 (36); T. Müller, in: ders./V. Oschmann/G. Wustlich (Hrsg.), EE-WärmeG, Einl. Rn. 42.

¹⁵³ T. Müller, Der Rechtsrahmen zur Förderung und Nutzung Erneuerbarer Energien, in: W. Köck/K. Faßbender, Klimaschutz durch Erneuerbare Energien, S. 15 (36); T. Müller, in: ders./V. Oschmann/G. Wustlich (Hrsg.), EE-WärmeG, Einl. Rn. 42.

¹⁵⁴ Vgl. bezogen auf die insoweit unveränderte Rechtssituation der EnEV 2009 BDH, Wechselwirkungen von EnEV und EEWärmeG, S. 3, abrufbar unter http://www.bdh-koeln.de/fileadmin/user_upload/borschueren/wechselwirkungen_enev-eewaermeg.pdf (10.11.2014).

¹⁵⁵ T. Müller, Der Rechtsrahmen zur Förderung und Nutzung Erneuerbarer Energien, in: W. Köck/K. Faßbender, Klimaschutz durch Erneuerbare Energien, S. 15 (36); T. Müller, in: ders./V. Oschmann/G. Wustlich (Hrsg.), EE-WärmeG, Einl. Rn. 43.

monisierung der Regelungen durch eine Integration des Erneuerbare-Energien-Wärmegesetzes in die Energieeinsparverordnung herausstellen. In jedem Fall sollten die Regelungen zum Einsatz erneuerbarer Energien im Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz und der Energieeinsparverordnung vereinheitlicht werden.

(2) Ungleichbehandlung von Biogas und Biomethan zur Erfüllung der ordnungsrechtlichen Pflichten nach der Energieeinsparverordnung 2014 und dem Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz

Konkreter in Bezug auf gasförmige Biomasse sind zwei Ungleichbehandlungen, die sich auf den Einsatz zur Wärmeversorgung von Gebäuden auswirken.

Zum einen ist dies durch den unter III.1. untersuchten Primärenergiefaktor von Biomethan, der nach der Energieeinsparverordnung 2014 ungünstige 1,1 wie Erdgas beträgt, da es in aller Regel am unmittelbaren räumlichen Zusammenhang zwischen Biomethanerzeugung und versorgenden Gebäude mangeln dürfte. Biomethan ist dadurch nach der Energieeinsparverordnung 2014 kein interessanter Energieträger, da die Anforderungen günstiger durch andere erneuerbare Energien erfüllt werden können. Dies steht jedoch nicht im Einklang zu den Regelungen des Erneuerbare-Energien-Wärmegesetzes. Hier kann Biomethan nach Ziff. II.1.lit. c der Gesetzesanlage – unter bestimmten Voraussetzungen – zur Erfüllung der Nutzungspflichten des § 3 EEWärmeG genutzt werden. Der Bauherr wird daher durch das Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz durchaus angereizt Biomethan einzusetzen, während die Energieeinsparverordnung 2014 keine Anreize dafür setzt. Da beide Regelwerke jedoch die gleichen Ziele verfolgen, sollten die Instrumente insoweit besser aufeinander abgestimmt werden. Dies könnte durch den unter III.1. unterbreiteten Vorschlag eines Primärenergiefaktors für Biomethan nach der EnEV Energieeinsparverordnung von 0,5 auch bei fehlendem räumlichen Zusammenhangs erreicht werden.

Ferner unterscheiden sich die beiden Regelwerke in Bezug auf Biogas und Biomethan bei den technischen Anforderungen bei deren Einsatz. Während die Energieeinsparverordnung 2014 keine besonderen technischen Anforderungen aufstellt, ist der Bauherr oder Gebäudeeigentümer zur Erfüllung der Anforderungen des Erneuerbare-Energien-Wärmegesetzes nach der Gesetzesanlage II verpflichtet, das Biogas oder Biomethan in Kraft-Wärme-Kopplung in Wärme und Strom umzuwandeln. Diese Anforderungen entsprechen zwar der Bioenergiestrategie der Bundesregierung¹⁵⁶ und stehen in Bezug auf Biomethan im Einklang mit der Kraft-Wärme-Kopplungs-Pflicht bei der Förderung der Stromerzeugung nach § 47 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2014. Dennoch sollten die ordnungsrechtlichen Anforderungen an den Einsatz von Biogas und Biomethan im Wärmesektor harmonisiert werden und daher in der Energieeinsparverordnung 2014 ebenfalls die – zweifelsohne umweltpolitisch richtige¹⁵⁷

¹⁵⁶ BMELV/BMU, Nationaler Biomasseaktionsplan für Deutschland, 09/2010, S. 22; G. Wustlich, in: T. Müller/V. Oschmann/ders. (Hrsg.), EEWärmeG, § 5 Rn. 77.

¹⁵⁷ So auch H. von Bredow, Energieeffizienz als Rechts- und Steuerungsproblem, 2013, S. 348.

– Kraft-Wärme-Kopplungs-Pflicht zumindest beim Einsatz von Biomethan aufgenommen werden.

IV. Themenbereich: Nutzungskonflikte und negative Umweltauswirkungen

1. Einleitung

Im Arbeitspaket 5 wurden die rechtlichen Optionen zur räumlichen Steuerung der energetischen Biomassenutzung, in den Ausprägungen der Steuerung des Biomasseanbaus und der Standortwahl der Biomasseanlagen eingehend geprüft. Die Untersuchung hat ergeben, dass beim derzeitigen rechtlichen Instrumentarium von ordnungsrechtlichen, förderrechtlichen und planungsrechtlichen Maßnahmen auf beide Formen nur eine geringe rechtliche Steuerung ausgeübt werden kann, wobei die Ansätze vornehmlich eher auf die räumliche Steuerung des Biomasseanbaus wirken können. Die Steuerung hier kann aber überwiegend nicht aus Gründen der räumlichen Steuerung, sondern zur Vermeidung oder Verminderung von negativen Umweltauswirkungen und dann auch vorwiegend in Form einer negativen und/oder mittelbaren Steuerung erfolgen. Bei der Steuerung der Biomasseanlagen kommt erschwerend hinzu, dass aufgrund der massiven Einschnitte des Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 von nur noch wenig Zubau von Neuanlagen ausgegangen wird, sodass hier die Instrumente auf den Anlagenbestand wirken müssten, was nur rudimentär möglich ist.

Dennoch wurden die im Unterauftrag vom *Deutschen Biomasseforschungszentrum*¹⁵⁸ erarbeiteten Vorschläge zur räumlichen Steuerung auf ihre rechtliche Umsetzbarkeit hin geprüft. Nachfolgend werden die dem Grunde nach aussichtsreichen Ansätze diskutiert.

2. Einführung einer „Andienungspflicht“ für Gülle nach dem Kreislaufwirtschaftsrecht

Die Untersuchungen des Arbeitspakets 5 haben aufgezeigt, dass eine gezielte rechtliche Lenkung der Biomasseströme in die stoffliche oder die energetische Nutzung sich nicht einheitlich feststellen lässt. Letztlich obliegt es dem Besitzer, welche Form der Verwendung er aus welchen wirtschaftlichen Erwägungen heraus wählt. Die Regelungsdichte für die Stoffstromsteuerung von Biomasse innerhalb der energetischen Nutzung variiert überdies nach den verschiedenen Biomassefraktionen erheblich. Während der Einsatz von nachwachsenden Rohstoffen in Biogasanlagen lediglich über das Erneuerbare-Energien-Gesetz in den Fassungen 2004, 2009 und 2012 förderrechtlich angereizt wurde, aber keiner ordnungsrechtlichen Steuerung unterliegen, besteht für rest- und abfallstämmige Biomassefraktionen bereits heute ein detailliertes ordnungsrechtliches Regelungsregime, insbesondere durch das Kreislaufwirtschaftsrecht.

¹⁵⁸ DBFZ, Regionalisierung der Förderung von Strom aus Biomasse, 2013, nicht veröffentlicht.

Im Rahmen der direkten Verhaltenssteuerung soll im Folgenden ein Vorschlag *des Deutschen Biomasseforschungszentrums* aus dem Unterauftrag aufgegriffen und rechtlich näher geprüft werden. Der Vorschlag geht dahin, für Gülle eine Andienungspflicht nach dem Kreislaufwirtschaftsrecht einzuführen, um dadurch zu erreichen, dass insbesondere in Veredelungsregionen mit hohem Nitratreintrag die Gülleströme vorrangig in die Biogasanlagen zur Vergärung und Rohbiogaserzeugung zu lenken.

a. Problemaufriss

Die aktuelle politische Zielrichtung zur Förderung der energetischen Biomassenutzung sieht nach der Gesetzesbegründung zum – seit dem 01. August 2014 geltenden – Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 eine starke Fokussierung auf Rest- und Abfallstoffe vor¹⁵⁹. Diesem Umstand trägt etwa die fortbestehende einsatzstoffbezogene Fördermöglichkeit für kleine Gülleanlagen gemäß § 46 EEG 2014 Rechnung¹⁶⁰. Dabei wurde die Förderhöhe unter Einbeziehung der seit 2013 eingetretenen Degression und unter Einpreisung der Managementprämie auf dem Niveau des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2012 fortgeführt¹⁶¹. Gülle stellt insbesondere in den Gebieten mit erhöhter Viehdichte ein de facto Abfallprodukt dar, welches bei der Entsorgung im Wege der Ausbringung auf landwirtschaftliche Flächen zu vermeidbaren THG-Emissionen führt. Wird Gülle vor ihrer Ausbringung auf landwirtschaftlichen Flächen jedoch in einem vorgeschalteten Prozess in einer Biogasanlage vergoren, erfolgt nicht nur eine Verbesserung der Düngequalität, sondern auch eine Reduzierung der ausbringungsbegleitenden Emission von Treibhausgasen, v.a. in Form von CO₂, CH₄ und N₂O¹⁶². Trotzdem ist derzeit eine verpflichtende Vergärung, selbst bei in flächenlosen Tierhaltungsbetrieben anfallender Gülle, nicht normiert. Diese Möglichkeit und Umsetzung im Kreislaufwirtschaftsgesetz¹⁶³ wird im Folgenden geprüft, um aus Umweltschutzgründen diesen Stoffstrom rechtlich künftig umzulenken.

b. Anpassungsmöglichkeit

Zur Eindämmung der negativen Umweltauswirkungen durch Gülleausbringung und Stärkung der energetischen Nutzung der Gülle wurde durch das *Deutsche Biomasseforschungszentrum* vorgeschlagen, die Einführung einer kreislaufwirtschaftsrechtlichen Andienungspflicht zu prüfen¹⁶⁴. Dies könnte ordnungsrechtlich unterstützend zu den finanziellen Anreizen des

¹⁵⁹ Vgl. BT-Drs. 18/1304, S. 164.

¹⁶⁰ BT-Drs. 18/1304, S. 215 f.

¹⁶¹ BT-Drs. 18/1304, S. 217.

¹⁶² KLU, Biogaserzeugung und -nutzung: Ökologische Leitplanken für die Zukunft Vorschläge der Kommission Landwirtschaft beim Umweltbundesamt (KLU) S. 20, abrufbar unter http://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/378/publikationen/biogaserzeugung_und_nutzung_oekologische_leitplanken_fuer_die_zukunft.pdf (10.11.2014).

¹⁶³ Kreislaufwirtschaftsgesetz v. 24.02.2012 (BGBl. I S. 212), das zuletzt durch § 44 Absatz 4 des Gesetzes v. 22.05.2013 (BGBl. I S. 1324) geändert worden ist.

¹⁶⁴ DBFZ, Regionalisierung der Förderung von Strom aus Biomasse, 2013, nicht veröffentlicht, S. 65.

§ 46 EEG 2014 für kleine Biogasanlagen bis 75 Kilowatt elektrisch wirken, die Gülle zu verstromen und nicht auf die Felder auszubringen.

c. Rechtliche Bewertung

Gülle unterliegt aktuell nicht dem Anwendungsbereich des Kreislaufwirtschaftsgesetzes (dazu unten (1)) und demnach nicht dessen Andienungspflichten, sofern die Gülle nicht zur Verwendung in einer Biogas- oder Kompostieranlage bestimmt ist. Ferner ist fraglich, ob Gülle, selbst wenn sie sich im Anwendungsbereich des Kreislaufwirtschaftsgesetzes befindet, nicht als Nebenprodukt und damit nicht als Abfall zu subsumieren ist (dazu unten (2.)). Anschließend ist zu prüfen, wie eine „Andienungspflicht“ als echte Andienungspflicht oder bloße Überlassungspflicht in das System des Kreislaufwirtschaftsgesetzes eingefügt werden kann.

(1) Anwendungsbereich

Um eine wirksame Verpflichtung über das Kreislaufwirtschaftsgesetz zu erreichen, wäre zunächst der Anwendungsbereich auf Gülle zu erweitern. Hier ist zu beachten, dass Gülle derzeit gem. § 2 Abs. 2 Nr. 2 KrWG vom Anwendungsbereich des Kreislaufwirtschaftsgesetzes ausgenommen ist, aber bei Verwendung in einer Biogas- oder Kompostieranlage eine Rückausnahme greift und solche Gülle daher vom Anwendungsbereich des Kreislaufwirtschaftsgesetzes ausnahmsweise doch erfasst ist. Erst nach einer Mitteilung der Europäischen Kommission¹⁶⁵ war diese Rückausnahme eingefügt worden. Eine Andienungspflicht setzt daher zunächst eine Änderung des Anwendungsbereichs des Kreislaufwirtschaftsgesetzes voraus. Da das Kreislaufwirtschaftsgesetz in hohem Maße die europäische Abfallrahmenrichtlinie (AbfRRL¹⁶⁶) umsetzt, ist zu prüfen, ob eine solche erweiternde Änderung mit den europäischen Vorgaben vereinbar ist. Gem. Art. 2 Abs. 2 lit. b RL 2008/98/EG fallen tierische Nebenprodukte nicht in den Anwendungsbereich der Abfallrahmenrichtlinie, es sei denn sie sind zur Verwendung in einer Biogasanlage bestimmt. Allerdings gilt dieser Ausschluss anders als etwa jener von Fäkalien gem. Art. 2 Abs. 1 lit. f AbfRRL nicht konditioniert. Der Ausschluss vom Anwendungsbereich ist nämlich unter die Voraussetzung gestellt, dass die betroffenen Stoffe bereits durch andere gemeinschaftliche Rechtsvorschriften erfasst sind. Hier sind die wasserschützenden Vorschriften der Nitratrichtlinie zu beachten. Deren Umsetzung erfolgt durch das Düngegesetz (DüngG)¹⁶⁷ und die Düngeverordnung (DüV¹⁶⁸). Diese Anforderungen lassen sich aber nicht für reine THG-Emissionseinsparungsmaßnahmen fruchtbar machen.

¹⁶⁵ Mitteilung der Kommission SG(2011) D/51545.

¹⁶⁶ Richtlinie 2008/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.11.2008 über Abfälle und zur Aufhebung bestimmter Richtlinien, EUABl. L 312/3 v. 22.11.2008.

¹⁶⁷ Düngegesetz v. 09.01.2009 (BGBl. I S. 54, 136), das zuletzt durch Art. 1 des Gesetzes v. 15.03.2012 (BGBl. I S. 481) geändert worden ist.

¹⁶⁸ Düngeverordnung idF. der Bekanntmachung v. 27.02.2007 (BGBl. I S. 221), die zuletzt durch Art. 5 Absatz 36 des Gesetzes v. 24.02.2012 (BGBl. I S. 212) geändert worden ist.

(2) Nebenproduktscharakter

Allerdings ist nicht nur die aktuelle Ausnahme vom Anwendungsbereich, sondern auch die mögliche Einordnung von Gülle als Nebenprodukt rechtlich problematisch. Hier könnte die gefestigte Rechtsprechung des EuGH hinsichtlich der grundsätzlichen Anerkennung von Gülle als Nebenprodukt der materiellen Geltung kreislaufwirtschaftsrechtlicher Pflichten entgegenstehen. Dem lässt sich jedoch entgegenhalten, dass die Subsumtion auch solcher Gülle, die nachweislich unter Verstoß gegen die gute fachliche Praxis ausgebracht wurde, unter den Begriff Nebenprodukt kritisiert und als „problematischer Ausreißer“ des EuGH verstanden wurde. Darüber hinaus beruhen die Entscheidungen auf der Rechtslage vor Inkrafttreten der Richtlinie 2008/98/EG. Erst in dieser Richtlinie wird unionsrechtlich legaldefiniert was ein Nebenprodukt ist. Zur Einordnung als Nebenprodukt ist es gem. Art. 5 Abs. 1 lit. d der Richtlinie 2008/98/EG notwendig, dass die weitere Verwendung des Stoffes rechtmäßig ist und der Stoff die einschlägigen Umweltschutzanforderungen für die jeweilige Verwendung erfüllt. Diese Legaldefinition wird eins-zu-eins durch § 4 KrWG umgesetzt.

Die grundsätzliche Erfassung von Gülle und anderem Wirtschaftsdünger als Abfälle iSd. Kreislaufwirtschaftsrechts war bereits in § 8 Abs. 1 iVm. § 8 Abs. 2 Satz 2 KrW-/AbfG deutlich angelegt, indem dort Regelungen zur Ausbringung dieser Stoffe ermöglicht wurden, sofern das Maß der guten fachlichen Praxis nach § 3 DüngG überschritten wird. Entsprechend wurden diese Stoffe, sofern ihre Ausbringung das Maß der guten fachlichen Praxis verletzte, wie Abfallstoffe behandelt. Dieser Rechtsgedanke findet sich heute im § 4 Abs. 1 Nr. 4 KrWG, wonach ein Stoff nur dann ein Nebenprodukt und kein Abfall ist, wenn dessen weitere Verwendung rechtmäßig ist. In § 8 Abs. 2 Satz 2 KrW-/AbfG wurde bereits erkennbar von einem Vorrang der düngerechtlichen Vorgaben ausgegangen, zu sehen etwa darin, dass gem. § 8 Abs. 2 Nr. 2 KrW-/AbfG durch Rechtsverordnung insbesondere Maßnahmen zur Vorbehandlung von Wirtschaftsdünger geregelt werden konnten. Nunmehr bestimmt § 4 Abs. 1 Nr. 4 2. Hs. KrWG ausdrücklich, dass eine rechtmäßige Verwendung vorliegt, wenn der Stoff alle für seine jeweilige Verwendung anzuwendenden Produkt-, Umwelt- und Gesundheitsschutzanforderungen erfüllt und insgesamt nicht zu schädlichen Auswirkungen auf Mensch und Umwelt führt. Bei der Verwendung als Düngemittel finden sich die Anwendungsvorschriften für Wirtschaftsdünger in §§ 3 ff. DüV. Bereits die Regelung des § 8 Abs. 1 KrW-/AbfG sollte es ermöglichen, insbesondere solcher Überdüngung vorzubeugen, die durch Maßnahmen eintreten, welche vor allem der Beseitigung der bei der Tierhaltung anfallenden Stoffen dient¹⁶⁹.

Unter der aktuellen Rechtslage wird vom Bundesumweltministerium und BMELV die Auffassung vertreten, dass selbst jene Gülle, welche wegen ihrer angestrebten Verwendung in Biogasanlagen in den Anwendungsbereich des KrWG fallen, nicht als Abfall sondern als Neben-

¹⁶⁹ R. Sparwasser/R. Engel/A. Vosskuhle, Umweltrecht, § 11 Rn. 124.

produkt iSv. § 4 KrWG anzusehen ist¹⁷⁰. Damit einhergehend ist auch für die Gülle keine Anwendbarkeit der abfallbezogenen Regelungen des Kreislaufwirtschaftsgesetzes gegeben. Auch diese Einordnung als Nebenprodukt setzt eine gesicherte ordnungsgemäße Verwendung voraus, § 4 Abs. 1 KrWG, und ist somit mittelbar von den düngerechtlichen Vorgaben geprägt. Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs auf sämtliche Gülle unabhängig von der beabsichtigten Verwertung würde zu einer identischen Abgrenzung von Abfall-Gülle und Nebenprodukts-Gülle führen und steuernde Wirkung allein auf jene Fraktionen entfalten, für welche eine ordnungsgemäße Verwertung nicht sichergestellt ist.

Zu prüfen ist daher, ob eine düngerechtliche Anpassung möglich und sinnvoll ist. Denn verschärfte düngerechtliche Ausbringungs- und Zwischenlagerungsvorschriften, siehe §§ 3 und 4 DüV, können einer gesicherten Prognose der ordnungsgemäßen Verwertung entgegenstehen und so zu einem Entfallen der Einordnung als Nebenprodukt führen. Solche Verschärfungen sind in der aktuellen Novelle der Düngemittelverordnung vorgesehen¹⁷¹, allerdings lag im Oktober 2014 noch kein offizieller Verordnungsentwurf vor¹⁷². Dies, also die Erfassung als Abfall und nicht Nebenprodukt, kann wiederum die materielle Anwendung kreislaufwirtschaftsrechtlicher Regelungen, wie einer zu schaffenden „Andienungspflicht“, öffnen. Leider ist die konkrete Ausgestaltung der düngerechtlichen Vorschriften bereits in ihrem aktuellen Stand hochkomplex und die Anwendung der Normen erfordern umfassende natur- und agrarwissenschaftliche Kenntnisse¹⁷³. Die rechtliche Einordnung von anfallender Gülle kann daher nur unter Beachtung der konkreten Situation im Einzelfall erfolgen.

(3) Andienungspflicht nach § 17 Abs. 4 KrWG

Bisher besteht gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 KrWG eine Überlassungspflicht nur für Abfälle aus privaten Haushalten, soweit diese nicht auf dem eigengenutzten Grundstück verwertet werden können. Erweitert wird diese Überlassungspflicht gemäß § 17 Abs. 1 Satz 2 KrWG auf Abfälle zur Beseitigung aus anderen Herkunftsbereichen. Eine über eine Überlassungspflicht hinausgehende Andienungspflicht kann aktuell gem. § 17 Abs. 4 KrWG durch die Länder für gefährliche Abfälle zur Beseitigung bestimmt werden. Dabei sind Abfälle zur Beseitigung jeweils solche, die ein Verfahren durchlaufen, welches keine Verwertung und bei welchem die Gewinnung von Stoffen und Energie bloße Nebenfolge ist, § 3 Abs. 26 KrWG. Darunter lässt sich Gülle idR. nicht subsumieren, da der Einsatz als Stoff zur Bodenverbesserung, wie es Gülle bei der Verwendung als Düngemittel ist, als R 10 der Anlage 1 zum Kreislaufwirtschaftsgesetzes ausdrücklich als Verwertungsverfahren normiert. Gülle ist also aktuell nicht von der Andienungspflicht des § 17 Abs. 1 KrWG erfasst.

¹⁷⁰ BMU/BMELV, 31.01.2013, Einordnung von Gülle, die in Biogasanlagen verwendet wird, als Abfall oder Nebenprodukt nach § 4 KrWG.

¹⁷¹ M. Schneider, in: K. Wiemer/M. Kern/T. Raussen (Hrsg.), Bio- und Sekundärrohstoffverwertung IX, Novelle der Düngeverordnung und Konsequenzen für die Verwertung von Gärresten und Komposten, S. 235 ff.

¹⁷² Vgl. BR-Drs. 503/14.

¹⁷³ C. Grimm, Agrarrecht, Rn. 249a.

Daher müsste zunächst in § 17 KrWG eine Bestimmung aufgenommen werden, wonach eine Andienungspflicht auch für Sicherstellung der umweltverträglichen Beseitigung von Gülle möglich ist.

(4) Überlassungspflicht nach § 17 Abs. 1 KrWG

Alternativ zu einer Andienungspflicht könnte eine bloße Überlassungspflicht nach § 17 Abs. 1 KrWG eingeführt werden.

(5) Überlassungspflicht nach § 11 KrWG

Ferner könnte alternativ zu einer Andienungspflicht eine bloße Überlassungspflicht, wie sie für bestimmte Bioabfälle in § 11 KrWG normiert ist, eingeführt werden. Für eine systematische Nähe solcher rechtlichen Regelungen spricht, dass die beiden Stoffgruppen hinsichtlich ihrer tatsächlichen Verwertung als Stoffe zur Bodenverbesserung ähnlich sind. Die Verwertung als Bodenverbesserungsstoff richtet sich unter anderem¹⁷⁴ nach den Vorgaben des Düngerechts, so ausdrücklich nach § 11 Abs. 2 KrWG. Hierbei stellt sich der bestehende Regelungszweck des Düngerechts als Schutz vor einer umfassenden Überlassungspflicht für Gülle dar. Denn gerade die Eigenverwertung kann eine hinreichend hochwertige Verwertung darstellen und so eine Überlassungspflicht entfallen lassen¹⁷⁵. Ob eine hochwertige Verwertung vorliegt wird gem. § 7 Abs. 3 KrWG idR. durch spezielle öffentlich-rechtliche Vorschriften bestimmt. Dieses ist bisher an Sicherstellung der Ernährung von Pflanzen (§ 1 Nr. 1 DüngG), standortspezifischem Umweltschutz (§ 1 Nr. 2 u. 3 DüngG) und der Umsetzung bestimmter Europäischer Rechtsakte (§ 1 Nr. 4 DüngG) ausgerichtet. Dies ist insofern zweckdienlich, als eine Vergärung der Gülle im Vergleich zur Direktausbringung die Nährstoffeigenschaften zwar nur geringfügig verbessert, auf den Nitratgehalt praktisch keine Auswirkung zeigt, aber erheblich die THG-Emissionen verringert werden können. Gerade für den letztgenannten Punkt lässt sich das landwirtschaftsbezogene Düngerecht aber nicht nutzbar machen, auch weil sich die konkreten, witterungs- und standortabhängigen THG-Einsparungen nur sehr schwer abschätzen lassen¹⁷⁶.

d. Fazit

Eine umfassende Einbeziehung von Gülle ins Kreislaufwirtschaftsgesetz ist rechtlich möglich und kann im Verbund mit Anpassungen im Düngerecht eine Überlassungspflicht für solche Gülle begründen, die nicht im Anfallbetrieb verwertet werden kann.

¹⁷⁴ Zu den im Detail nicht unproblematischen Verzahnungen vgl. *Grimm*, Agrarrecht Rn. 239 u. 257.

¹⁷⁵ *F. Wenzel*, in: A. Schmehl (Hrsg.), GK-KrWG, § 11 KrWG Rn. 16.

¹⁷⁶ Bund-Länder-Arbeitsgruppe Evaluierung der Düngeverordnung – Ergebnisse und Optionen zur Weiterentwicklung, 2012, S. 22.

3. Instrument der sonstigen Sondergebiete nach § 11 Abs. 2 BauNVO verstärkt zur räumlichen Steuerung von Biomasseanlagen einsetzen

Zur räumlichen Steuerung der energetischen Biomassenutzung könnte das kommunale Instrument der Sondergebietsfestlegung in Bebauungsplänen verstärkt genutzt werden. Eine positive Steuerung könnte dabei über die Ausweisung von sog. sonstigen Sondergebieten nach § 11 Baunutzungsverordnung (BauNVO¹⁷⁷) erfolgen. Sofern dies rechtlich möglich ist, könnte mit der Festlegung sowohl Einfluss auf die Standortwahl der Biomasseanlagen als auch möglicherweise mittelbar auf die Art und Menge der Einsatzstoffe genommen werden.

a. Hintergrund und rechtliche Bewertung

Im Arbeitspaket 5 wurden ausführlich die rechtlichen Steuerungsmöglichkeiten auf die energetische Biomassenutzung untersucht. In planungsrechtlicher Hinsicht ergab die Prüfung, dass die größte (und ggf.) positive Steuerungswirkung auf der Ebene der Bauleitplanung möglich ist. Auf dieser Planungsebene können die Gemeinden neben konsensualen Instrumenten, wie dem vorhabenbezogenen Bebauungsplan gem. § 12 Baugesetzbuch (BauGB¹⁷⁸), im Bebauungsplan nach dem Kanon der Baunutzungsverordnung Gebiete festlegen, in denen nur bestimmte Arten der baulichen Nutzung zulässig sind. Dies könnte für die räumliche Steuerung der energetischen Biomassenutzung ein nutzbares Instrument sein. § 11 Abs. 2 Satz 2 BauNVO a.E. sieht ausdrücklich vor, dass als sonstige Sondergebiete „Gebiete für Anlagen, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung erneuerbarer Energien, wie Wind- und Sonnenenergie, dienen“ in Betracht kommen. Zusätzlich zu der Tatsache, dass die Aufzählung der sonstigen Sondergebietsarten in § 11 Abs. 2 Satz 2 nach dem Wortlaut „kommen insbesondere in Betracht“ nicht abschließend ist¹⁷⁹, wird die Nutzung erneuerbarer Energien – wie der Biomasse – gezielt adressiert. Wind- und Sonnenenergie sind als Formen erneuerbaren Energien ebenfalls nur exemplarisch aufgeführt¹⁸⁰.

Für die Steuerungsmöglichkeiten ist zunächst festzuhalten, dass dieses Instrument für die Steuerung des Biomasseanbaus nicht einschlägig ist. Die Festsetzung von Sondergebieten gem. § 11 BauNVO bedarf zumindest auch der Festsetzung *baulicher* Nutzungen. Die Festle-

¹⁷⁷ Baunutzungsverordnung idF. der Bekanntmachung v. 23.01.1990 (BGBl. I S. 132), die zuletzt durch Art. 2 des Gesetzes v. 11.06.2013 (BGBl. I S. 1548) geändert worden ist.

¹⁷⁸ Baugesetzbuch idF. der Bekanntmachung v. 23.09.2004 (BGBl. I S. 2414), das zuletzt durch Art. 1 des Gesetzes v. 20.11.2014 (BGBl. I S. 1748) geändert worden ist.

¹⁷⁹ Die Aufzählung ist beispielhaft, siehe *W. Söfker*, in: *W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg/M. Krautzberger* (Hrsg.), *BauGB*, 114. EGL, Juli 2014, § 11 BauNVO Rn. 36.

¹⁸⁰ Nach *Söfker* zählen Sondergebiete für Biomasse-Anlagen richtigerweise zu den sonstigen Sondergebieten, da bei der energetischen Biomassenutzung das Merkmal der Nutzung erneuerbarer Energien erfüllt ist, vgl. *W. Söfker*, in: *W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg/M. Krautzberger* (Hrsg.), *BauGB*, 114. EGL, Juli 2014, § 11 BauNVO Rn. 36.

gung rein *sonstiger* Nutzungen – wie dem Anbau von, im weitesten Sinne, Pflanzen – kann nicht festgelegt werden¹⁸¹.

Anders ist dies bei der Steuerung von Biomasseanlagen zu bewerten. Dabei ist, wie eingangs ausgeführt, weiter zu differenzieren zwischen der steuernden Einflussnahme der Sondergebietsfestlegung auf die Standortwahl von Biomasseanlagen und auf die Art und Menge der in der Anlage eingesetzten – und ggf. in räumlicher Nähe zur Biomasseanlage angebauten – Substrate.

Der räumlich steuernde Einfluss auf die Standortwahl ist als rechtlich unproblematisch zu bewerten. Die plangebende Gemeinde kann für den zu beplanenden Innenbereich durch die Ausweisung von sonstigen Sondergebieten in Bebauungsplänen positiv Einfluss darauf nehmen, wo im Plangebiet Biomasseanlagen errichtet werden dürfen.

Hinsichtlich der Art und Menge der eingesetzten Substrate ist die Steuerungswirkung durch die Festlegung von sonstigen Sondergebieten vorsichtiger zu bewerten.

Hierfür sind Festsetzungen im Rahmen eines sonstigen Sondergebietes gem. § 11 Abs. 2 Satz 1 BauNVO zwar grundsätzlich möglich¹⁸². Schließlich lässt sich dies durch die Festsetzung besonderer baulicher Nutzungen iSv. § 1 Abs. 9 BauNVO bestimmen, wobei die Einsatzstoffe zum Unterscheidungsmerkmal verschiedener Biomasseanlagentypen gemacht werden und lediglich ein bestimmter Typus festgesetzt werden soll. Dem steht nicht schon der hohe Konkretisierungsgrad der Festsetzungen¹⁸³ Einwände entgegen. Die sonstigen Sondergebiete gem. § 11 Abs. 2 Satz 1 BauNVO zeichnen sich gerade dadurch aus, dass sie sich von den allgemeinen Gebietskategorien der Baunutzungsverordnung wesentlich unterscheiden. Eine Bindung an die §§ 2-10 BauNVO besteht bei der Bestimmung der Art der Bebauung dementsprechend nicht¹⁸⁴. Auch ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Gebiete so spezifisch gefasst werden können, wie dies städtebaulich erforderlich ist, um Nachteile des Vorhabens zu vermeiden¹⁸⁵. Auch die Unterscheidung von Nutzungsarten von Biomasseanlagen nach der verwendeten Biomasse im Rahmen von Festsetzungen nach § 1 IX BauNVO erscheint grundsätzlich gangbar, soweit dabei Differenzierungen vorgenommen werden, die im Fachrecht bereits angelegt sind.

Ob eine Unterscheidung von nachwachsenden Roh-, Rest- und Abfallstoffen allerdings auch nach der Streichung des Bonus für Strom aus nachwachsenden Rohstoffen im Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 möglich ist, erscheint dementsprechend nicht zweifelsfrei. Bedenken

¹⁸¹ Vgl. im Einzelnen dazu AP 5, C.II.1.b.(1)(b).

¹⁸² C.-W. Otto, Zulassung und planerische Steuerung von Biomasseanlagen unter besonderer Berücksichtigung der Klimaschutznovelle des Baugesetzbuchs, ZfBR 2011, S. 735 (739).

¹⁸³ J. Stock, in: H. König/T. Roeser./ders. (Hrsg.), BauNVO, 3. Aufl., § 10 Rn. 1.

¹⁸⁴ BVerwG, Urt. v. 08.05.1989 – 4 B 78/89, juris, Rn. 2.

¹⁸⁵ C.-W. Otto, Zulassung und planerische Steuerung von Biomasseanlagen unter besonderer Berücksichtigung der Klimaschutznovelle des Baugesetzbuchs, ZfBR 2011, S. 735 (739) mit Verweis auf BVerwG, Urt. v. 14.04.1989-4 C 52/87, NVwZ 1990, S. 257 (257 f.).

bestehen außerdem, soweit die Unterscheidung der Einsatzstoffe nicht mit Blick auf die bei dem Einsatz der Stoffe in unterschiedlichem Maße verursachten Immissionen und um deren Abwehr willen geschieht, sondern zum Schutz von Umweltgütern, die nicht durch den Einsatz der Stoffe in den Biomasseanlagen, sondern durch den Anbau der Biomasse beeinträchtigt werden. Sowohl Festsetzungen von Sondergebieten als auch Differenzierungen gem. § 1 Abs. 9 BauNVO müssen städtebaulich in besonderem Maße begründet sein¹⁸⁶. Dem Wortlaut nach geht § 1 Abs. 9 BauNVO gar noch weiter und verlangt „besondere städtebauliche Gründe“. Vorgeschlagen wird in der Literatur, die Regelung der verwendeten Einsatzstoffe mit der Verminderung der Auswirkungen des Energiemaisanbaus auf Boden und biologische Vielfalt (§ 1 Abs. 6 Nr. 7 lit. a BauGB) den Belangen der Landwirtschaft (§ 1 Abs. 6 Nr. 8 lit. b BauGB) oder dem Belang der Versorgung der Bevölkerung mit Nahrungsmitteln (§ 1 Abs. 6 Nr. 8 lit. e BauGB) zu begründen¹⁸⁷. Dabei handelt es sich zweifelsohne um bei der Aufstellung von Bauleitplänen zu berücksichtigende städtebauliche Belange. Fraglich erscheint aber, ob dies allein ausreichen kann, wenn Ziele verfolgt werden, die überwiegend naturschutzrechtlicher Art sind. Nicht für ausreichend wird dies gehalten, soweit mit Mitteln des Bauplanungsrechts nicht die bauliche, sondern die sonstige Nutzung von Grundstücken geregelt werden soll. In diesem Bereich ist eine weitergehende Beschränkung zu verfolgender städtebaulicher Belange notwendig, da es sich beim Bauplanungsrecht trotz der Öffnung für Umweltbelange und Belange des Klimaschutzes nicht um ein Instrument zur „umfassenden außenverbindlichen Bodennutzungsplanung“¹⁸⁸ handelt.

Anders als bei den übrigen Versuchen der mittelbaren Steuerung des Biomasseanbaus werden hier die Instrumente zur räumlichen Steuerung von Biomasseanlagen nur genutzt, um Anlagenbetreibern Vorgaben für die zu verwendenden Einsatzstoffe zu machen. Kann dies im vorgeschlagenen, hier kritisierten Umfang geschehen, so soll dadurch um die Anlage herum die Nachfrage nach dem Anbau der nicht zugelassenen Einsatzstoffe gar nicht erst entstehen. Ob dieser Effekt eintritt, dürfte nicht zuletzt auch davon abhängen, ob die Anlage überwiegend von Eigenflächen des Betreibers versorgt wird. Wo dies nicht der Fall ist, könnte die Nachfrage nach dem ungewollten Anbau von Anlagen Dritter erzeugt werden, die einer Stoffmengenkontingentierung ihrerseits nicht unterliegen und gleichzeitig nicht in einem Maße entfernt sind, dass die Transportkosten die Wirtschaftlichkeit des Zukaufs ausschließen.

Zusammenfassend hat die Prüfung ergeben, dass die räumliche Steuerung der Biomasseanlagen durch das Instrument der Festsetzung von sonstigen Sondergebieten rechtlich zumindest in Bezug auf die Steuerung der Standortplanung wirksam ist und von den Gemeinden

¹⁸⁶ T. Roeser, in: H. König/ders./J. Stock (Hrsg.), BauNVO, 3. Aufl., § 1 Rn. 98.

¹⁸⁷ C.-W. Otto, Zulassung und planerische Steuerung von Biomasseanlagen unter besonderer Berücksichtigung der Klimaschutznovelle des Baugesetzbuchs, ZfBR 2011, S. 735 (740).

¹⁸⁸ Eine solche wird de lege ferenda für erforderlich gehalten von S. Möckel, Erfordernis einer umfassenden außenverbindlichen Bodennutzungsplanung auch für nicht-bauliche Bodennutzungen, DÖV 2013, S. 424 (424 ff.).

deshalb eingesetzt werden kann, um die Standorte von neu zu errichtenden Biomasseanlagen positiv in bestimmte Gemeindegebiete zu steuern. Hinsichtlich der Einflussnahme auf die Art und Menge der nach den Festsetzungen des Sondergebiets zulässigerweise einsetzbaren Substrate gilt dies unten den vorgenannten Erwägungen nur eingeschränkt, scheint aber nicht gänzlich ausgeschlossen.

Es wird daher empfohlen, dieses planungsrechtliche Instrument in der Praxis verstärkt einzusetzen.

b. Handhabung in der Planungspraxis

Dass die Gemeinden die grundsätzliche Wirksamkeit dieses Instruments erkannt haben, zeigt ein Blick in die Planungspraxis, die die Festsetzung von sonstigen Sondergebieten für die energetische Biomassenutzung – soweit erkennbar – zumindest vereinzelt nutzt. Nachfolgend sollen einzelne Praxisbeispiele beschrieben werden, um dies zu verdeutlichen.

So hat die große Kreisstadt Schwandorf (Bayern) bspw. im Jahr 2010 einen Bebauungsplan „Biomasse Siegenthan“ mit einem Sondergebiet (SO) Biomasse als Satzung beschlossen¹⁸⁹. Nach den textlichen Festsetzungen sind hinsichtlich der Art der Nutzung (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB) Anlagen zur Lagerung von Biomassen, Anlagen zur Umsetzung der gelagerten Biomassen sowie Anlagen und Einrichtungen zur Verteilung und Vermarktung der erzeugten Energie und der Prozessrückstände ausschließlich zulässig. Hiermit wird folglich der Betrieb einer Biomasseanlage ermöglicht und der Standort festgelegt. Festsetzungen zur Art und Menge der einsetzbaren Substrate enthält der Bebauungsplan nicht.

Die Gemeinde Uetze (Niedersachsen) hat ebenfalls im Jahr 2010 den Bebauungsplan Nr. 31 „Sondergebiet Biogasanlage“ aufgestellt¹⁹⁰. Unter Bezugnahme auf § 11 Abs. 2 BauNVO wurde auch hier ein sonstiges Sondergebiet mit der Zweckbestimmung „Biogasanlage“, das der Entwicklung und Nutzung erneuerbarer Energien dient, festgesetzt, um den Betrieb einer Biogasanlage mit dazugehörigen Nebenanlagen im Innenbereich zu ermöglichen. Ausweislich der Begründung des Bebauungsplans wurde dieses Mittel gewählt, weil zum einen die Biogasanlage nicht den Vorgaben des § 35 Abs. 1 Nr. 6 lit. a BauGB entspricht und folglich im Außenbereich mangels Privilegierung nicht zulässig ist¹⁹¹. Die Begründung zeigt zudem, dass in diesem Fall die Festsetzung des sonstigen Sondergebiets ausdrücklich deswegen erfolgt, um einen Standort in der Nähe von Wohnbebauung zu vermeiden. Das Sondergebiet

¹⁸⁹ Satzung abrufbar unter http://www.schwandorf.de/media/custom/1651_61_1.PDF?1213611047 (03.03.2015).

¹⁹⁰ Satzung abrufbar unter <http://www.uetze.de/regional/bauleitplanung/sondergebiet-biogasanlage-917000042-21300.html?titel=Bisherige+Fassungen+%C2%BBBebauungsplan+Nr.+31+-+Sondergebiet+Biogasanlage> (03.03.2015).

¹⁹¹ Gemeinde Uetze, Bebauungsplan Nr. 31 „Sondergebiet Biogasanlage“, Begründung, S. 1, abrufbar unter <http://www.uetze.de/downloads/datei/OTE3MDAwNTI1Oy07L3d3dy92aHRkb2NzL3VldHplL3VldHplL21lZGllbi9kb2t1bWVudGUvMTBfYmVncnVlXzMxX3NvX2Jpb18xNC4wNC4xMC5wZGY%3D> (03.03.2015).

steuerte daher positiv den Standort der Anlage. Festsetzungen zur Art und Menge der zulässigen Substrate enthält auch dieser Bebauungsplan nicht.

Ein weitergehendes Beispiel für die Festsetzungen von sonstigen Sondergebieten ist der derzeit noch in der Aufstellung befindliche Bebauungsplan Nr. 66 „Biogasanlage Brüttendorf“ der Gemeinde Zeven (Niedersachsen)¹⁹². Nach den textlichen Festsetzungen des Bebauungsplans dient das Sondergebiet auch dort der Unterbringung von Anlagen und Einrichtungen zu energetischer Nutzung von Biomasse und den damit in Zusammenhang stehenden Anlagen und Einrichtungen. Die *Satzungsbegründung* zeigt ferner, dass mit der Festlegung des Sondergebiets eine Erweiterung der bestehenden Biogasanlage ermöglicht werden soll. Konkret ist u.a. eine Erhöhung des Substrateinsatzes und damit der Biogasproduktion vorgesehen, die im Rahmen der bisherigen Privilegierung im Außenbereich nicht zulässig wäre¹⁹³. Mit diesem Sondergebiet soll demnach ein Standort erhalten und hinsichtlich der Menge der eingesetzten Substrate Einfluss genommen werden. Die Begründung enthält zur Art der zulässigen Substrate ferner die Aussage, dass die angestrebte Leistungserhöhung nicht durch eine Erhöhung der Anteile pflanzlicher Substrate, sondern durch vermehrten Einsatz von Gülle erreicht werden „soll“. Auch wenn die Begründung des Bebauungsplans nicht rechtsverbindlich¹⁹⁴ und nicht Bestandteil des Bebauungsplans¹⁹⁵ ist, könnte die Begründung zumindest zur Auslegung des Plans herangezogen werden¹⁹⁶, soweit sich in den Festsetzungen des Plans – was hier aber nicht der Fall ist – Ansätze für die beschränkte Verwendung von Substraten finden.

Wenn auch zur Festsetzung von sonstigen Sondergebieten weitere Beispiele aus der Planungspraxis existieren¹⁹⁷, beschränken sich diese – soweit ersichtlich – auf die Standortsteuerung. Bebauungspläne mit Festsetzungen zur zulässigen Art und Menge der Substrate konnten nicht eruiert werden.

¹⁹² Abrufbar unter http://www.zeven.de/v2/uploads/Bauleitplanung/BPlan/B66_Zev/Zeven66-Planzeichnung.pdf (03.03.2015).

¹⁹³ Gemeinde Zeve, Entwurf, Stand: 17.05.2013, S. 8, abrufbar unter http://www.zeven.de/v2/uploads/Bauleitplanung/BPlan/B66_Zev/Zeven66-Begrueendung.pdf (03.03.2015).

¹⁹⁴ Vgl. S. Mitschang/O. Reidt, in: U. Battis/M. Krautzberger/R.-P. Löhr (Hrsg.), *BauGB*, 12. Aufl., § 9 Rn. 233.

¹⁹⁵ W. Söfker, in: W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg/M. Krautzberger (Hrsg.), *BauGB*, 114. EGL, Juli 2014, § 9 *BauGB* Rn. 288.

¹⁹⁶ S. Mitschang/O. Reidt, in: U. Battis/M. Krautzberger/R.-P. Löhr (Hrsg.), *BauGB*, 12. Aufl., § 9 Rn. 234.

¹⁹⁷ Siehe nur Gemeinde Aiterhofen, Vorhabenbezogener Bebauungs- und Grünordnungsplan „Sondergebiet Biogasanlage“, abrufbar unter <http://www.aiterhofen.de/Bebauungsplaene/BPISOBiogasanlageFestsetzung.pdf> (03.03.2015); Gemeinde Redefin, „Gewerbegebiet und Sondergebiet Biogasanlage südlich der Feldstraße“, abrufbar unter http://www.kreis-swm.de/Hagenow-Land/Amtliche_Bekanntmachungen/_Bekanntmachung/index.jsp?&seite=0&pid=31264 (03.03.2015); Stadt Mellrichstadt, Vorhabenbezogener Bebauungsplan „Sondergebiet Petermannsgraben“, abrufbar unter http://www.mellrichstadt.de/fileServer/LKRG/1017/15774/BPL_Petermannsgraben__Biogas_.pdf (03.03.2015).

c. Fazit

Als Fazit dieser Handlungsempfehlung bleibt festzuhalten, dass die Gemeinden für die Standortsteuerung von Biomasseanlagen das bestehende rechtliche Instrument der Festsetzung sonstiger Sondergebiete in § 11 Abs. 2 Satz 2 BauNVO in Bebauungsplänen vermehrt anwenden sollten. Dies zum einen für die Neuerrichtungen von Biomasseanlagen und – wie das Beispiel Zeven gezeigt hat – für die unter Geltung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014 zu erwartenden Flexibilisierungsmaßnahmen am bestehenden Standort der Anlage, soweit die Flexibilisierung die Außenbereichsprivilegierung der Biogasanlage aufhebt.

V. Themenbereich: Konsistenzwahrung zwischen den Regelwerken

1. Einleitung

Wie bereits in der Einführung dieses Arbeitspaketes erläutert, wurden im Vorhaben trotz der vielfältigen Entwicklung des Rechtsrahmens nur wenige Inkonsistenzen aufgefunden, die einer Beseitigung oder Klarstellung bedürfen. Im Folgenden wird eine Handlungsempfehlung zur Abstimmung der Biomasse-/Biogasdefinitionen im Erneuerbaren-Energie-Gesetz und dem Energiewirtschaftsgesetz unterbreitet.

2. Vereinheitlichung der Biomasse-/Biogasdefinitionen

Die im Arbeitspaket 3 durchgeführte Untersuchung hat eine unterschiedliche Verwendung der Begriffe Biomasse und Biogas in den verschiedenen Regelungsregimen zutage gefördert. So konkurriert im Wesentlichen der weite Biomassebegriff der RL 2009/28/EG mit dem engeren, detailreicher geregelten Biomassebegriff der nationalen Biomasseverordnung. Dieses Nebeneinander lässt sich aber in der Regel mit unterschiedlichen Regelungsintentionen sachgerecht erklären. Während sich der weite Biomassebegriff der RL 2009/28/EG eignet, um allgemeine, Biomasse betreffende Regelungen zu treffen, ermöglicht der engere Zuschnitt der BiomasseV einen rechtssicheren Zugriff auf ökologisch weniger problembelastete Biomassefraktionen. Biomasse iSd. Biomasseverordnung kann daher entsprechend der Ausgestaltung in der die Ermächtigungsgrundlage liefernden Verstromungsförderung über das Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 als besonders förderwürdige Biomasse verstanden werden.

Deutlicher abweichend ist die unterschiedliche Verwendung des Begriffs Biogas im Erneuerbare-Energien-Gesetz und Energiewirtschaftsgesetz. Während (zuletzt) § 5 Nr. 7 EEG 2014 Biogas sehr einschränkend als Gas, das durch anaerobe Vergärung von Biomasse gewonnen wird, definiert, handelt es sich bei Biogas iSd. Energiewirtschaftsgesetzes um einen weiter gefassten Oberbegriff. Irreführend erscheint hier, dass der Begriff Biogas gem. § 3 Nr. 10c

EnWG nicht nur Gas mit Biomassebezug, sondern auch Wasserstoff und synthetisches Methan umfasst, also Gas, das nicht durch biologische Prozesse entstanden ist.

Zunächst kann es aufschlussreich sein zu hinterfragen, in welcher zeitlichen Abfolge die Begrifflichkeiten den Weg in die Gesetze gefunden haben. Biogas iSd. Erneuerbare-Energien-Gesetzes findet erstmals in § 3 Abs. 1 EEG 2004 Eingang in das Gesetz. Dort wird Biogas aber nur als von „Energie aus Biomasse“ umschlossen definiert, selbst aber nicht näher bestimmt. Mit der Aufnahme des Begriffs Biogas in das Erneuerbare-Energien-Gesetz 2004 sollte gegenüber dem Erneuerbare-Energien-Gesetz 2000 keine inhaltliche Änderung erreicht werden, sondern der ausdrücklichen Nennung von Biogas in der RL 2009/28/EG Rechnung getragen werden¹⁹⁸. Allerdings enthielt auch die RL 2001/77/EG keine Definition von Biogas. Die heutige Biogasdefinition des Erneuerbare-Energien-Gesetzes wurde mit § 3 Nr. 2b EEG 2012 eingeführt. Erkennbar wurde hier der status quo der Biogasproduktion verrechtlicht.

Im Energiewirtschaftsgesetz war hingegen bereits mit der Novelle 2005 der § 3 Nr. 10c EnWG a.F. eingefügt worden, wonach Biogas als Oberbegriff für Biomethan, Gas aus Biomasse, Deponiegas, Klärgas und Grubengas verwendet wird. Die Änderung geht auf einen Vorschlag des Wirtschaftsausschuss zurück und wird nicht aussagekräftig begründet¹⁹⁹. Durch die Novelle 2011²⁰⁰ erhielt die Norm ihre heutige Gestalt. Dadurch sollte insbesondere die Umwandlung von „Windstrom“ in synthetisches Methan in den Kreis der privilegierten Gase einbezogen werden²⁰¹.

In der Zusammenschau lässt sich erkennen, dass die Änderungen im Erneuerbare-Energien-Gesetz und Energiewirtschaftsgesetz zeitlich nicht miteinander abgestimmt waren, die Änderungen lassen vielmehr erkennen, dass beide Gesetze trotz ihrer wechselseitigen Bezüge nicht bewusst aufeinander abgestimmt wurden.

a. Neue Begriffsbestimmung: Erneuerbares Gas

Zu prüfen ist, ob eine klarstellende Änderung dergestalt, dass § 3 Nr. 10c EnWG durch einen neu einzufügenden § 3 Nr. 18c EnWG ersetzt wird, zu einer verständlicheren Regelung und Abgrenzung des Biogasbegriffes im Erneuerbare-Energien-Gesetz und Energiewirtschaftsgesetz beitragen kann. Ersetzt werden könnte die Legaldefinition von Biogas iSd. Energiewirtschaftsgesetzes durch eine Legaldefinition von erneuerbarem Gas. Da sich die Aufzählung innerhalb von § 3 EnWG durch die alphabetische Reihenfolge bestimmt, wäre die Regelung nach der Legaldefinition von erneuerbare Energie, § 3 Nr. 18b EnWG, als neuer § 3 Nr. 18c EnWG systematisch richtig einzufügen.

¹⁹⁸ BT-Drs. 15/2327, S. 21.

¹⁹⁹ BT-Drs. 15/5268, S. 117.

²⁰⁰ Gesetz v. 26.07.2011, BGBl. I 2011, S. 1554.

²⁰¹ BT-Drs. 17/6072, S. 50.

Wie oben gezeigt war Anlass für die Aufnahme einer Biogasdefinition in das Energiewirtschaftsgesetz die Richtlinie 2001/77/EG. Europarechtlich ist gem. Art. 1 Abs. 2 RL 2009/73/EG, welche die 2001/77/EG zwischenzeitlich abgelöst hat, die diskriminierungsfreie Anwendung der Vorschriften für Erdgas auch auf Biogas und Gas aus Biomasse oder anderen Gasarten, soweit es technisch und ohne Beeinträchtigung der Sicherheit möglich ist, diese Gase in das Erdgasnetz einzuspeisen und durch dieses Netz zu transportieren, geboten. Hierbei sind zwei Komponenten erkennbare Voraussetzung, nämlich neben der nicht Erdgas-eigenschaft die Möglichkeit das betreffende Gas wie Erdgas transportieren und nutzen zu können. Eine Festlegung auf einen Oberbegriff Biogas lässt sich daraus nicht entnehmen. Die vorgeschlagene Bezeichnung „erneuerbares Gas“ lehnt sich an der Bestimmung der erneuerbaren Energien an, wie sie in § 3 Nr. 18b EnWG zu finden ist. Mit diesem Oberbegriff lässt sich der regenerative Charakter der verschiedenen Energieträger erfassen und gleichzeitig deutlicher die Einbeziehung von synthetischem Methan und Elektrolysewasserstoff unterstreichen sowie die Gleichordnung der Energieträger aus der RL 2009/73/EG übertragen. In dieser Definition wäre Biogas ein gleichrangig erfasster Energieträger und nicht mehr ein Oberbegriff. Die inhaltliche Differenz zwischen Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 und Energiewirtschaftsgesetz wäre damit beseitigt.

Als Folgeänderung der Einfügung von § 3 Nr. 18c (neu) EnWG müsste in § 3 Nr. 19a EnWG Biogas durch „erneuerbares Gas“ ersetzt werden. Redaktionelle Anpassungen sind in den §§ 24 Satz 2 Nr.3a; 35 Abs. 1 Nr. 7; 112 Nr. 7 und 118 Abs. 6 EnWG sowie auch in Teil 6 der Gas NZV nötig.

b. Alternative Begriffsbestimmung: Gas aus erneuerbaren Quellen

Alternativ könnte eine klarstellende Änderung auch dergestalt vorgenommen werden, dass § 3 Nr. 10c EnWG durch einen neu einzufügenden § 3 Nr. 19b (neu) EnWG ersetzt wird, um zu einer verständlicheren Regelung und Abgrenzung des Biogasbegriffes im Erneuerbare-Energien-Gesetz und im Energiewirtschaftsgesetz beizutragen. Ersetzt werden könnte die Legaldefinition von Biogas iSd. EnWG durch eine Legaldefinition von Gas aus erneuerbaren Quellen. Da sich die Aufzählung innerhalb von § 3 EnWG durch die alphabetische Folge bestimmt, wäre die Regelung entsprechend nach der Legaldefinition von erneuerbare Energie, § 3 Nr. 19a EnWG, als neuer § 3 Nr. 19b EnWG systematisch richtig einzufügen.

Die Folgeänderungen entsprechen mutatis mutandis jener der Einführung von „erneuerbarem Gas“.

c. Fazit

Zusammenfassend bedarf es aufgrund der unterschiedlichen Regelungsbereiche und der gewollten Ungleichbehandlung zwar keiner rechtlich zwingenden Anpassung der Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 10c EnWG. Aus Gründen der Klarstellung könnte jedoch als Handlungs-

empfehlung der Oberbegriff „Biogas“ mit „erneuerbarem Gas“ oder „Gas aus erneuerbaren Quellen“ präziser gefasst werden.

E. Anhang