

**Würzburger Studien zum
Umweltenergierecht**

**Möglichkeiten und Grenzen rechtlicher
Steuerungswirkung im Hinblick
auf die Lenkung von Stoffströmen aus
Biomasse**

erstellt von

Oliver Antoni, LL.M.

Charlotte Probst

Christian Witschel

unter Mitarbeit von

*Viktoria Fülbier, Thorsten Müller, Fabian Pause, LL.M. Eur. und Nils
Wegner, LL.M. (Stockholm)*

Entstanden im Rahmen des Vorhabens:

„Konsistentes Recht der energetischen Biomassenutzung“

(KonReeB – FKZ 03MAP255)

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

4e

Juni 2015

Zitiervorschlag: *Oliver Antoni/Charlotte Probst/Christian Witschel*, Möglichkeiten und Grenzen rechtlicher Steuerungswirkung im Hinblick auf die Lenkung von Stoffströmen aus Biomasse, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 4e, 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. Lenkung der Biomasse Stoffströme durch rechtliche Instrumente.....	4
I. Einführung.....	4
II. Rechtliche Steuerungswirkung hinsichtlich priorisierter stofflicher oder energetischer Nutzung	5
1. Nachwachsende Rohstoffe.....	5
2. Rest und Abfallstoffe	6
a. Stoffstromübergreifende Steuerungen.....	8
(1) Begriffsbestimmung „Rest- und Abfallstoffe“	8
(2) Grundweichenstellung der Stoffsteuerung im Kreislaufwirtschaftsrecht.....	8
(a) Erfasste Stoffgruppen	8
(b) Energieerzeugnisse als neues „Produkt“	10
(c) Energetische Verwertung lediglich nachrangig.....	12
(d) Zwischenergebnis	13
b. Stoffstrombezogene Steuerungen	13
(1) Rest- und Altholz.....	13
(2) Tierische Reststoffe	15
(3) Klärschlamm	15
(4) Landschaftspflegematerial	17
(5) Verpackungsmaterial.....	18
(6) Bioabfälle	21
c. Lenkung durch Förderung der energetischen Verwertung – EEG 2000 bis 2014	23
(1) EEG 2000.....	23
(2) EEG 2004.....	24
(3) EEG 2009.....	25
(4) EEG 2012.....	26
(5) EEG 2014.....	28
3. Zwischenfazit.....	29

III. Lenkung innerhalb der energetischen Nutzung.....	29
1. Bei nachwachsenden Rohstoffen.....	30
2. Bei Rest- und Abfallstoffen.....	30
a. Mehrfachanrechnung auf Biokraftstoffquote.....	30
b. Nachhaltigkeitsvorgaben.....	31
IV. Zwischenfazit zur Lenkung der Biomasse Stoffströme	31
C. Räumliche Steuerung der energetischen Biomassenutzung.....	32
I. Einführung.....	32
II. Steuerung des Biomasseanbaus.....	34
1. Steuerung durch Planungsinstrumente	35
a. Grundfragen	35
(1) Positive und negative Steuerung.....	35
(2) Unmittelbare und mittelbare Steuerung des Biomasseanbaus.....	35
(a) Die Raumordnung.....	36
(b) Die Flächennutzungsplanung.....	36
(c) Die Bebauungsplanung.....	37
(d) Städtebauliche Verträge.....	37
(3) Zwischenergebnis und weiterer Aufbau.....	38
b. Die Steuerung des Anbaus von Biomasse mittels Bebauungsplanung.....	38
(1) Bauliche Nutzung iSd. § 1 Abs. 1 BauGB.....	38
(2) Mögliche Festsetzungen im Bebauungsplan	39
(a) Festsetzungen gem. § 9 BauGB	39
(b) Kein Sondergebiet „Biomasseanbau“.....	42
c. Die Steuerung des Anbaus von Biomasse mittels städtebaulicher Verträge.....	43
d. Zwischenergebnis.....	45
e. Die mittelbare Steuerung des Anbaus von Biomasse durch die Flächennutzungsplanung	45
f. Die mittelbare Steuerung des Anbaus von Biomasse durch die Raumordnung ...	49
(1) Die Bundesraumordnung.....	50
(2) Die Raumordnung der Länder	50

(a)	Mittelbare positive Steuerung.....	51
(b)	Mittelbare negative Steuerung	52
(c)	Mittelbare Steuerung durch Mengenziele	53
g.	Mittelbare Steuerung durch fachplanerische Instrumente	53
(1)	Landschaftsplanung, §§ 8 ff. BNatSchG sowie Landesnaturschutzgesetze ...	53
(2)	Maßnahmen- und Bewirtschaftungsplanung, §§ 82 ff. WHG	54
h.	Zwischenfazit.....	55
2.	Steuerung durch ordnungsrechtliche Instrumente	55
a.	Keine spezifischen Anforderungen der guten fachlichen Praxis an den Biomasseanbau	56
(1)	Bodenschutzrecht.....	57
(2)	Naturschutzrecht	59
(3)	Sonstiges Agrarumweltrecht	63
(4)	Zwischenfazit	66
b.	Nachhaltigkeitsverordnungen für Biomasse	66
3.	Steuerung durch Förderinstrumente	68
a.	Historisch: Energiepflanzenprämie 2003 bis 2009.....	68
b.	Bestehende Agrarförderungen	69
(1)	1. Säule der GAP und Direktzahlungen mit Cross-Compliance	70
(2)	2. Säule der GAP und die Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes" (GAK)	72
(3)	Reform der GAP – Förderzeitraum 2014 bis 2020	74
(4)	Bewertung der Steuerungswirkung von Agrarsubventionen.....	79
c.	Regelungen des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes.....	80
d.	Vertragsnaturschutz	80
(1)	Normativer Vertragsnaturschutz auf Bundesebene	80
(2)	Umsetzung des Vertragsnaturschutzes auf Landesebene durch Förderprogramme	82
(3)	Zwischenergebnis	84
e.	Landwirtschaftsgesetz.....	84

4.	Steuerung durch informatorische Instrumente	85
5.	Zwischenfazit zu den Steuerungsmöglichkeiten des Biomasseanbaus	87
III.	Steuerung der Biomasseanlagen.....	88
1.	Steuerung durch Planungsinstrumente	88
a.	Steuerung der Biomasseanlagen.....	88
(1)	Die planeretzende gesetzliche Steuerung gem. § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB	89
(a)	Räumlich-funktionaler Zusammenhang mit dem Betrieb.....	89
(b)	Herkunft der Biomasse	90
(c)	Limitierung der Anlagenzahl.....	90
(d)	Limitierung der Kapazität	91
(2)	Die planerische Bewältigung des durch die gesetzliche Regelung erzeugten Koordinierungsbedarfs.....	92
(a)	Der Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB	92
(b)	Voraussetzungen für die Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB	93
(3)	Weitere Steuerungsmöglichkeiten mittels gesamtplanerischer Instrumente	95
(a)	Bebauungsplanung	95
(b)	Raumordnungsplanung	95
b.	Mittelbare Steuerung des Biomasseanbaus über die räumliche Steuerung der Biomasseanlagen.....	96
(1)	Mittelbare Steuerung über § 35 Abs. 1 Nr. 6 sowie Abs. 3 Satz 3 BauGB.....	96
(2)	Mittelbare Steuerung über Instrumente der Bebauungsplanung	97
c.	Zwischenfazit.....	98
2.	Steuerung durch bestehende ordnungsrechtliche Instrumente	98
a.	Anlagenzulassungsrecht.....	98
b.	Anschluss- und Benutzungszwang	99
3.	Steuerung durch Förderinstrumente	100
a.	Regelungen des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes 2014.....	100
b.	Förderprogramme auf Bundes- und Landesebene	102
(1)	Bundesebene	102
(2)	Landesebene.....	103

(3) Zwischenfazit	104
4. Steuerung durch bestehende informatorische Instrumente	105
5. Zwischenfazit zu den Steuerungsmöglichkeiten der Biomasseanlagen	105
D. Flexibilisierung von Biogasanlagen zur Übernahme von Systemverantwortung	106
I. Einführung: Erfordernis einer bedarfsgerechten Energieerzeugung und -einspeisung	106
II. Unterstützende regulatorische Maßnahmen für die Flexibilisierung von Biogasanlagen.....	109
1. Die Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes als Anreiz für mehr Flexibilität	109
a. Das Erfordernis der Fernsteuerbarkeit	109
(1) Fernsteuerung für Netzstabilität	109
(2) Fernsteuerbarkeit zur Marktintegration	112
(3) Probleme und Hemmnisse bei der Fernsteuerbarkeit von Biogasseanlagen	112
(4) Zusammenfassung	113
b. Die Direktvermarktung und ihre Bedeutung.....	113
c. Formen der geförderten Direktvermarktung und ihre Voraussetzungen	116
(1) Das Marktprämienmodell.....	118
(2) Das Grünstromprivileg.....	123
(3) Zusammenfassung	125
2. Die Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014 zur Flexibilisierung von Biogasseanlagen.....	126
a. Der Flexibilitätszuschlag für neue Anlagen	126
b. Die Flexibilitätsprämie für bestehende Anlagen	127
c. Zwischenfazit.....	128
3. Speicheranreize	129
a. Förderung von Biogasspeichern im Erneuerbare-Energien-Gesetz.....	129
b. Förderprogramme für Biogasspeicher außerhalb des Erneuerbare-Energien-Gesetzes	129
4. Teilnahme am Regelleistungsmarkt	130

(1) Formen der Regelenergie	130
(2) Regelenergie und das Verhältnis zu den Vermarktungsformen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes	131
5. Weitere Regelungen zur Unterstützung der Flexibilisierung.....	132
a. Anpassung des § 35 Abs. 1 Nr. 6d BauGB für mehr Flexibilität	132
b. Energiewirtschaftsgesetz	133
6. Zwischenfazit.....	134
III. Hemmnisse bei der Durchsetzung von Flexibilisierungsmaßnahmen	135
1. Rechtsunsicherheit bei Begrifflichkeiten des Erneuerbare-Energien-Gesetzes	135
2. Anforderungen der Störfall-Verordnung	137
3. Ausschließlichkeitsprinzip, § 19 Abs. 1 EEG 2014	138
4. Fernsteuerbarkeit.....	138
5. Zwischenfazit.....	138
E. Gesamtfazit des Arbeitspakets	139

A. Einführung in das Arbeitspaket¹

Seit Einführung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes² im Jahr 2000, insbesondere unter Geltung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2004 und 2009, hat sich die Nutzung von Biomasse als Energieträger zur Produktion von Strom, Wärme und Biokraftstoffen deutlich gesteigert³. Die Anbaufläche für sogenannte Energiepflanzen, also Pflanzen, die nicht als Nahrungs- oder Futtermittel angebaut werden, hat sich in Deutschland von 359.400 Hektar im Jahr 2000 auf 2,1 Millionen Hektar im Jahr 2012⁴ nahezu versechsfacht. In der gleichen Zeit steigerte sich zudem die Anzahl der Biogasanlagen in Deutschland von 1.050 im Jahr 2000 auf rund 7.700 im Jahr 2013⁵ um annähernd das Siebenfache. Zugleich nimmt das Erneuerbare-Energien-Gesetz als maßgebliches Anreizinstrument in allen seinen Fassungen jedoch weder eine Mengensteuerung⁶ noch eine räumliche/geographische Steuerung⁷ für die Stromproduktion aus Biomasse vor. Es kann daher diesbezüglich ein Defizit bei der Steuerung identifiziert werden. Der rasante Zuwachs in den letzten zehn Jahren im Zusammenspiel mit der fehlenden Steuerung hat – neben einer grundsätzlichen Intensivierung der landwirtschaftlichen Bodennutzung⁸ – zu regional divergenten Entwicklungen der Bioenergienutzung⁹ und zu regionsspezifischen Konflikten¹⁰ geführt. Verschärft werden diese Konflikte in einigen Regionen durch den Zusammenfall von Energiepflanzen- und Futtermittelproduktion, vor allem von Mais. Dies hat in manchen Veredelungsregionen in Niedersachsen, Mecklenburg-Vorpommern und Südosten Bayerns¹¹ zur sogenannten „Vermaisung“ von Teilen der Landschaft geführt.

¹ Bei diesen Würzburger Studien Nr. 4e handelt es sich um das Arbeitspaket 5 des Vorhabens „Konsistentes Recht der energetischen Biomassenutzung“.

² Aktuelle Fassung: Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG 2014) v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), das durch Artikel 1 des Gesetzes v. 22.12.2014 (BGBl. I S. 2406) geändert worden ist.

³ Vgl. A. Mengel et al., Steuerungspotenziale im Kontext naturschutzrelevanter Auswirkungen, 1. Aufl., S. 160; R. Steinhäuser, Aktuelle Änderungen im EEG und die geplante Reform der GAP, NuR 2012, S. 441 (441); J. Lüdeke, Biomasseanbau und Naturschutz, 1. Aufl., S. 18.

⁴ Agentur für Erneuerbare Energien, Renewes Spezial, 65/2013, S. 5, abrufbar unter http://www.unendlich-viel-energie.de/media/file/166.65_Renews_Spezial_Energiepflanzen_apr13.pdf (23.01.2014).

⁵ Fachverband Biogas, Branchenzahlen, S. 2, abrufbar unter [http://www.biogas.org/edcom/webfvb.nsf/id/DE_Branchenzahlen/\\$file/13-11-11_BiogasProzent20Branchenzahlen_2013-2014.pdf](http://www.biogas.org/edcom/webfvb.nsf/id/DE_Branchenzahlen/$file/13-11-11_BiogasProzent20Branchenzahlen_2013-2014.pdf) (23.01.2014).

⁶ Auch wenn dies seit Jahren diskutiert wird, vgl. M. Bataille/U. Hösel, Kernfragen der Energiewende: zum Quotenmodell der Monopolkommission, EnWZ 2013, S. 496 (497).

⁷ DBFZ, Regionalisierung der Förderung von Strom aus Biomasse, 2013 (nicht veröffentlicht), S. 1.

⁸ J. Albrecht, Planungsrechtliche Steuerung des Anbaus nachwachsender Rohstoffe unter besonderer Berücksichtigung von Natur und Landschaft, Teil 1, NuR 2013, S. 453 (453); DBFZ, Regionalisierung der Förderung von Strom aus Biomasse, 2013 (nicht veröffentlicht), S. 3.

⁹ DBFZ, Regionalisierung der Förderung von Strom aus Biomasse, 2013 (nicht veröffentlicht), S. 1.

¹⁰ A. Mengel et al., Steuerungspotenziale im Kontext naturschutzrelevanter Auswirkungen, 1. Aufl., S. 160.

¹¹ DBFZ, Regionalisierung der Förderung von Strom aus Biomasse, 2013 (nicht veröffentlicht), S. 31.

Die zentrale Konfliktlinie¹², die auch in der Öffentlichkeit heftig diskutiert wird¹³, ist dabei die Nutzungskonkurrenz der Biomasse für Lebens- und Futtermittel auf der einen und die Erzeugung von Strom und Biokraftstoffen auf der anderen Seite¹⁴, auch bekannt als „Tank-Teller-Trog“-Diskussion. Weitere Konflikte, die durch den zunehmenden Anbau von Energiepflanzen entstehen, sind insbesondere naturschutzfachlich negative Auswirkungen auf das Grundwasser und die Böden durch erhöhten Nitrateintrag in den Veredelungsregionen¹⁵, Bodenerosion¹⁶, starke Konzentration auf Monokulturen¹⁷ mit der daraus resultierenden Verengung der Fruchtfolge und Verlust an Biodiversität¹⁸ sowie den Abbau von Grünlandflächen¹⁹ zur Schaffung weiterer landwirtschaftlicher Anbauflächen.

Dieses Arbeitspaket unternimmt den Versuch, Möglichkeiten und Grenzen rechtlicher Steuerungswirkung im Hinblick auf die Lenkung von Biomasse-Stoffströmen, der räumlichen Verteilung des Biomasseanbaus und der Biomasseanlagen sowie der zeitlichen Steuerung der Energieerzeugung aus Biomasse durch Flexibilisierung aufzuzeigen. Biomasse wird zu den unterschiedlichsten Nutzungszwecken verwendet. Stoffströme bezeichnen dabei die Herstellungs- und Verwertungsflüsse von Biomasse innerhalb dieser Nutzungsoptionen. Es wird nachfolgend untersucht, inwieweit das Recht im Allgemeinen und das spezifische Recht zur energetischen Nutzung der Biomasse in der Lage sind, die konkrete Verwendung und Nutzung der Biomasse zu steuern bzw. hierauf Einfluss zu nehmen.

Der Begriff der (rechtlichen) Steuerung bedarf dabei zunächst der näheren Bestimmung. Steuerung kann aus dem allgemeinen Sprachgebrauch heraus verstanden werden oder aus seinem Verständnis innerhalb verschiedener wissenschaftlicher Disziplinen, insbesondere aus der Politik- und Rechtswissenschaft oder naturwissenschaftlichen Disziplinen. Der Duden nennt folgende Synonyme für den Begriff der Steuerung: Bedienung, Betätigung, Handhabung, Beeinflussung, Führung, Leitung, Lenkung, Regulierung²⁰. Es geht im Kern also um Einflussnahme, Ordnung und Rahmensetzung. Unter politischer Steuerung wird als Sammelbegriff die zielgerichtete und zweckorientierte (absichtsvolle) Gestaltung gesellschaftlicher und

¹² A. Mengel et al., Steuerungspotenziale im Kontext naturschutzrelevanter Auswirkungen, 1. Aufl., S. 160.

¹³ Vgl. bspw. <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/tank-oder-teller-deutschland-vermaist-11860119.html> (14.07.2014); <http://www.spiegel.de/wissenschaft/technik/bioenergie-kann-in-deutschland-nicht-zur-energie-wende-beitragen-a-846484.html> (14.07.2014); <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/diskussion-um-biokraftstoff-e-wir-koennen-tank-und-teller-1.1447241> (14.07.2014); <http://www.taz.de/!128302/> (14.07.2014).

¹⁴ Vgl. D. Günnewig et al., Thesenpapier Nachhaltiger Ausbau der erneuerbaren Energien erfordert räumliche Steuerung, UVP-Report 2011, S. 91 (91).

¹⁵ DBFZ, Regionalisierung der Förderung von Strom aus Biomasse, 2013 (nicht veröffentlicht), S. 2.

¹⁶ A. Mengel et al., Steuerungspotenziale im Kontext naturschutzrelevanter Auswirkungen, 1. Aufl., S. 161.

¹⁷ J. Albrecht, Planungsrechtliche Steuerung des Anbaus nachwachsender Rohstoffe unter besonderer Berücksichtigung von Natur und Landschaft, Teil 2, NuR 2013, S. 529 (529).

¹⁸ Vgl. D. Günnewig et al., Thesenpapier Nachhaltiger Ausbau der erneuerbaren Energien erfordert räumliche Steuerung, UVP-Report 2011, S. 91 (91).

¹⁹ J. Albrecht, Planungsrechtliche Steuerung des Anbaus nachwachsender Rohstoffe unter besonderer Berücksichtigung von Natur und Landschaft, Teil 1, NuR 2013, S. 453 (454).

²⁰ Abrufbar unter <http://www.duden.de/rechtschreibung/Steuerung> (08.07.2014).

wirtschaftlicher (Rahmen-)Bedingungen verstanden²¹. Die drei zentralen Steuerungsinstrumente sind dabei, den vorgenannten rechtlichen Instrumenten vergleichbar, politische Überzeugungs- und Informationsstrategien, die staatliche Regulierung durch Gesetze, Verordnungen, Gebote und Verbote und die staatliche Finanzierung, d.h. die Umsetzung politischer Ziele durch finanzielle Förderung, Steueranreize etc.²².

In diesem Arbeitspaket wird bei der Bewertung der Instrumente ein enger Steuerungs-begriff zugrunde gelegt, also die Instrumente insbesondere auf ihre intendierte, unmittelbare Steuerung der Biomassenutzung hin untersucht. Bei der Bearbeitung haben sich drei Dimensionen herausgebildet, die betrachtet werden. Diese sind zunächst die Lenkung der Biomasse-Stoffströme, also ob und wie Biomasse in die stoffliche oder in die energetische Nutzung gelenkt wird und wie die Wechselwirkungen – auch mit der Nutzung als Lebens- oder Futtermittel – sachgerecht erfasst werden können (B.). Des Weiteren wird der Frage nach der räumlichen Steuerung der energetischen Biomassenutzung, unterteilt in räumliche Steuerung des Biomasseanbaus und der Standortwahl von Biomasseanlagen, nachgegangen (C.). Abschließend wird untersucht, ob auch die Lenkung innerhalb der Einzelsektoren im Hinblick auf eine Optimierung des Gesamtsystems erfolgt. Die Fragestellung fokussiert sich darauf, wie die energetische Nutzung von Biomasse durch Flexibilisierungsmaßnahmen im Strombereich einen Beitrag für die Netzinfrastruktur leisten kann, indem eine zeitliche Steuerung durch Flexibilisierung der Stromerzeugung aus Biomasse rechtlich ermöglicht oder unterstützt wird (D.). Die Untersuchung baut teilweise auf den Ergebnissen des Arbeitspakets 3 auf und vertieft die Fragen, welche Handlungsoptionen derzeit bereits bestehen, um eine Steuerung der energetischen Biomassenutzung zu erzielen. Neben den Steuerungsmöglichkeiten in den genannten Anwendungsfeldern sollen auch die Grenzen einer normativen Steuerung analysiert und aufgezeigt werden. Eigene rechtliche Lösungsansätze zur Fortentwicklung oder Neuschaffung von Instrumenten werden im Arbeitspaket 6 diskutiert.

Für die Bearbeitung konnte die bis zum 30. September 2014 verfügbare Literatur berücksichtigt werden.

²¹ BPB, Nachschlagen: „Politische Steuerung“, mit Verweis auf *K. Schubert/M. Klein*, in: Das Politiklexikon. 5. Aufl., abrufbar unter <http://www.bpb.de/nachschlagen/lexika/politiklexikon/18041/politische-steuerung> (08.07.2014).

²² Ebd.

B. Lenkung der Biomasse Stoffströme durch rechtliche Instrumente

I. Einführung

In diesem Abschnitt werden die bestehenden rechtlichen Lenkungsmöglichkeiten für die verschiedenen Biomasse-Stoffströme in die stoffliche oder energetische Nutzung untersucht.

Biomasse stellt eine zwar nachwachsende und daher erneuerbare Ressource dar, gleichzeitig ist die verfügbare Biomasse pro Zeiteinheit aber begrenzt. Somit stellt die Biomasse ein knappes Gut dar, um das verschiedene Nutzungsmöglichkeiten konkurrieren. Die energetische Nutzung von Biomasse tritt neben die etablierten Nutzungsformen. Gerade die energetische Nutzung von Biomassefraktionen, die für den Einsatz als Nahrungs- oder Futtermittel geeignet sind, sieht sich einer die Akzeptanz von Bioenergie beeinträchtigenden Kritik ausgesetzt. Als Ausweg aus einer als Belastung wahrgenommenen „Vermaisung“ und Nutzungskonkurrenzen wurde mit dem Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 (EEG 2014) eine weitgehende Beschränkung der (geförderten) energetischen Biomassenutzung allein auf Abfall und Reststoffe eingeführt²³. Hier ist aber zu beachten, dass ein Ausschluss aller nachwachsenden Rohstoffe nicht nur den in diesem Zusammenhang vielkritisierten Maisanbau und auch nicht nur die Problemregionen betreffen würde²⁴.

Insbesondere die Verwendung von Blühpflanzen, Landschaftspflegematerial und sonstigen nachwachsenden Rohstoffen, zumindest als Co-Substrat, gilt als erforderlich, um weiterhin Biomassepotentiale zur energetischen Verwertung zu erschließen. So wird im Rahmen der Gemeinsamen Agrarpolitik ab 2015 der Umfang der für den Erhalt von Direktzahlungen vorzuhaltenden ökologischen Vorrangflächen auf 7 Prozent der geförderten landwirtschaftlichen Fläche ansteigen. Diese dürfen nur eingeschränkt bewirtschaftet werden, was etwa eine intensive Maisbewirtschaftung ausschließt. Hier ist zu prüfen, in welchem Umfang Biomasse zur energetischen Verwertung auf solchen Flächen gewonnen werden kann und ob dieses Material, wie z.B. Grasschnitt, als Landschaftspflegematerial und damit als abfallrechtlich relevantes Material oder als reine nachwachsende Rohstoffe zu bewerten ist.

Neben solchen Überlegungen kann die gesteigerte Nutzung von Reststoffen Abgrenzungsfragen dieser Stoffe, ob es sich um Nebenprodukte oder Abfall handelt, nach sich ziehen. Mit steigender Nachfrage nach Reststoffen kann sich gar das Gefüge der Marktpreise umkehren. So war bis vor wenigen Jahren für die Altholzentsorgung eine Geldleistung des Altholzbesit-

²³ Wie schon im Koalitionsvertrag zur 18. Legislaturperiode vorgesehen, vgl. S. 54.

²⁴ Näher dazu AP 1.

zers²⁵ die Regel. Aktuell hingegen erfordert der Erwerb von Altholz Geldleistungen durch die Verwerter.

Die begrenzte Ressource Biomasse verlangt eine möglichst effiziente Nutzung. Als solchermaßen effiziente Nutzung wird eine Wieder-, Weiter- und Mehrfachnutzung von Stoffen angestrebt, bei der die energetische Nutzung erst am Ende der Wertschöpfungskette steht. Diese sogenannte Kaskadennutzung kann sowohl durch eine Bestärkung der nachrangigen energetischen oder der Erschwerung einer alleinigen stofflichen oder energetischen Nutzung befördert werden. Nachfolgend werden in zwei Blöcken zunächst die steuernden Einflüsse auf Stoffströme hinsichtlich einer stofflichen oder energetischen Verwertung (hierzu unten B.II.) und innerhalb der energetischen Nutzung (hierzu unten B.III.) betrachtet. Innerhalb der Blöcke werden, der Darstellung im Arbeitspaket 2 folgend, zunächst nachwachsende Rohstoffe und anschließend Rest- und Abfallstoffe betrachtet.

II. Rechtliche Steuerungswirkung hinsichtlich priorisierter stofflicher oder energetischer Nutzung

In diesem Abschnitt wird untersucht, ob Rechtsnormen biogene Stoffströme aktiv hin zu einer stofflichen oder energetischen Nutzung lenken.

Ob biogene Stoffe stofflich oder energetisch genutzt werden hängt zum einen von Marktmechanismen ab, ist aber auch zum anderen stark rechtlich geprägt. Im Folgenden sollen die rechtlichen Vorgaben bei der Steuerung der Stoffströme untersucht werden. Dabei steht im Vordergrund, ob und durch welche Rechtsnormen Stoffströme in die stoffliche oder energetische Nutzung gelenkt werden.

Bei der Darstellung der rechtlichen Steuerung wird zwischen nachwachsenden und Abfallwie Reststoffen unterschieden, da, wie zu sehen sein wird, die rechtliche Steuerung an dieser Differenzierung überwiegend ansetzt.

1. Nachwachsende Rohstoffe

Unter den Begriff der nachwachsenden Rohstoffe fällt eine Vielzahl von Stoffen unterschiedlicher physikalischer und chemischer Eigenschaften. Sie reichen von ackerbaulichen Feldfrüchten bis zu Stammhölzern. Soweit die der energetischen Nutzung zugeführten Stoffe lediglich im Rahmen der Land- und Forstwirtschaft anfallen, also nicht vorrangiges Ziel der Produktion sind, handelt es sich hingegen idR. um die unter 2. beschriebenen Reststoffe. Da mit dem Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 die finanzielle Förderung der Verstromung

²⁵ Die Grundpflichten des KrWG sind gem. § 7 II KrWG an Erzeuger und Besitzer von Abfällen adressiert, vgl. Kreislaufwirtschaftsgesetz vom 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.

nachwachsender Rohstoffe gestrichen wurde, entfällt für diese Biomassefraktionen die steuernde Wirkung in Richtung der energetischen Verwertung.

Die Erzeugnisse der Urproduktion unterliegen hinsichtlich ihrer Verwendung daher vornehmlich noch einer marktbasieren Steuerung. Besondere²⁶ ordnungsrechtliche Regelungen sind in der auf Art. 40 AEUV²⁷ beruhenden Marktordnung enthalten, welche für einzelne Agrarprodukte Abweichungen von den gem. Art. 38 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV grundsätzlich relevanten Binnenmarktvorschriften festlegt²⁸. Historisch gesehen, war mit dem wichtigen Ziel, die Ernährung der Bevölkerung zu sichern²⁹, die Ausrichtung der Agrarproduktion auf Marktstabilisierung nach innen und Abgrenzung der Agrarmärkte nach außen verbunden³⁰. Einfluss auf die Verwendung von Biomasse entfaltet die aktuelle Marktordnung aber nicht, da zum einen das Stützungssystem nahezu vollständig auf entkoppelte, also gerade unabhängig von den konkret produzierten und verwendeten Agrarprodukten gewährte, Direktzahlungen umgestellt ist³¹ und zum anderen selbst in den noch verbliebenen produktbezogenen Regelungen nur in begrenzten Ausnahmefällen eine Verwendungsbestimmung enthalten ist³².

2. Rest und Abfallstoffe

Eine aktive staatliche Steuerung lässt sich vor allem bei den Rest- und Abfallstoffen beobachten. Dies hängt damit zusammen, dass der zukünftige Zubau von Anlagen zur energetischen Biomassenutzung vorrangig die Nutzung von Rest- und Abfallstoffen in den Fokus nehmen soll³³.

Die Potentiale der biogenen Reststoffe sind umstritten.³⁴ Biogene Reststoffe, sowohl zur stofflichen wie auch zur energetischen Verwertung, können jährlich mit einem technischen

²⁶ Also über die allgemeinen wirtschaftsbezogenen Regelungen hinausgehende Agrarproduktspezifische Regelungen.

²⁷ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, konsolidierte Fassung v. 09.05.2008, ABIEU. C 115/47, zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft v. 24.04.2012, ABIEU. L 112/21.

²⁸ Vgl. Art. 38 II AEUV.

²⁹ Art. 39 I lit. c AEUV.

³⁰ P. Groteloh, in: M. Dombert/K. Witt (Hrsg.), Münchener Anwalts-Handbuch Agrarrecht, 1. Aufl., § 27 Rn. 21.

³¹ P. Groteloh, in: M. Dombert/K. Witt (Hrsg.), Münchener Anwalts-Handbuch Agrarrecht, 1. Aufl., § 27 Rn. 22; Siehe näher dazu unter C.II.3.b.

³² Vgl. Art. 99 der Verordnung (EG) Nr. 1234/2007 des Rates vom 22.10.2007 über eine gemeinsame Organisation der Agrarmärkte und mit Sondervorschriften für bestimmte landwirtschaftliche Erzeugnisse (Verordnung über die einheitliche GMO), ABIEU. L 299/1, in der die Verwendung des zu begünstigenden Milchpulvers zu Futterzwecken Beihilfenvoraussetzung ist.

³³ BT-Drs. 18/1304, S. 137.

³⁴ Siehe nur Festschrift, Konferenz 5 Jahre Förderprogramm „Energetische Biomassenutzung“: Wege zur effizienten Bioenergie, abrufbar unter https://www.energetische-biomassenutzung.de/fileadmin/user_upload/Downloads/Ver%C3%B6ffentlichungen/15_Festschrift_2014.pdf (23.20.2015).

Potential von ca. 70 Mio. t TM³⁵ angegeben werden³⁶. Da diese im Gegensatz zu den Nutzungsbegehrlichkeiten deutlich limitierte Menge auch langfristig beschränkt sein wird³⁷, stehen stoffliche und energetische Verwertung hier in einer verschärften Nutzungskonkurrenz. Daher wird im Folgenden geprüft, ob und welche Normen die Verwendung von Rest- und Abfallstoffen hinsichtlich einer stofflichen oder energetischen Nutzung präferieren.

Unter dem Leitgedanken einer „Recycling-Gesellschaft“³⁸ wurde auf der europäischen Ebene mit der vergangen Revision der Abfallrahmenrichtlinie (AbfRRL³⁹) eine verbindliche Abfallhierarchie, die nach der ökologisch insgesamt besten Lösung sucht, eingeführt. Deren Durchbrechung kann bei bestimmten Stoffströmen, etwa aus Gründen der technischen Durchführbarkeit, erforderlich sein⁴⁰. Dabei bezieht sich der Begriff Recycling auf eine wiederholte stoffliche, ausdrücklich nicht energetische⁴¹ Nutzung. Soweit der Wiederverwendungskreislauf für einen Stoff nicht aufrechterhalten werden kann, soll er eine Nutzungskaskade durchlaufen. Der Begriff Kaskadennutzung⁴² wird in § 8 Abs. 2 Satz 2 KrWG legaldefiniert als mehrfache, hintereinander gestaffelte stoffliche und anschließende energetische Verwertungsmaßnahmen.

Von zentraler Bedeutung für den Umgang mit Rest- und Abfallstoffen ist auf nationaler Ebene dabei das Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG⁴³) und die speziellen Teilstoffströme erfassenden Verordnungen⁴⁴. Dabei sind Bioabfall und Altholz von besonderer mengenmäßiger Bedeutung. Weiterhin sind, bei geringeren Mengen, Klärschlamm und tierische Nebenprodukte Objekte einer ordnungsrechtlichen Steuerung.

Diese teilstoffstrombezogenen Regelungen sind eingebunden in das System des Kreislaufwirtschaftsrechts. Dessen stoffstromübergreifend bedeutsame Steuerungswirkungen sollen nachfolgend dargestellt werden.

³⁵ Trockenmasse ist als um den Wassergehalt bereinigter Wert besser geeignet, das Energiepotential zu beziffern.

³⁶ SRU, Klimaschutz durch Biomasse, S. 31.

³⁷ SRU, Klimaschutz durch Biomasse, S. 92.

³⁸ Erw.-gr. 28 der Richtlinie 2008/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 über Abfälle und zur Aufhebung bestimmter Richtlinien, ABIEU. L 312/3.

³⁹ RL 2008/98/EG.

⁴⁰ Erw.-gr. 31 der RL 2008/98/EG.

⁴¹ § 3 Abs. 25 KrWG.

⁴² In der Schweiz wird etwa seit Jahren gezielt die verstärkte Kaskadennutzung und damit eine nicht primär energetische Nutzung gefördert, abrufbar unter <http://www.bafu.admin.ch/aktionsplanholz/10301/index.html?lang=de> (19.12.2014).

⁴³ KrWG (BGBl. I S. 212); Diesem liegt die AbfRRL (RL 2008/98/EG) zugrunde, deren Formulierungen in wesentlichen Teilen wörtlich übernommen wurden.

⁴⁴ Soweit Rechtsverordnungen noch nicht angepasst wurden, besteht deren Ermächtigungsgrundlage im KrWG-/AbfG.

a. Stoffstromübergreifende Steuerungen

(1) Begriffsbestimmung „Rest- und Abfallstoffe“

Die Rest- und Abfallstoffe bilden eine stofflich inhomogene Gruppe von Materialien, denen gemein ist, dass sie bei oder während eines vorgelagerten Prozesses anfallen. Der Begriff *Rest* setzt einen anderen, in der Regel mengenmäßig größeren, Teil voraus⁴⁵. Daher ist die alleinige Bereitstellung von Reststoffen begriffslogisch ausgeschlossen. Eine Rechtsdefinition von *Reststoffen* findet sich weder im Kreislaufwirtschaftsgesetz noch im geltenden Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014, obwohl dies die Konzentration der Förderung der Stromerzeugung aus Biomasse vornimmt.

Der Begriff Abfall wird bereits im allgemeinen Sprachgebrauch enger verwendet, umfasst er doch nur solche Reste, welche nicht weiter zu verwenden sind⁴⁶. Die hier maßgebliche Begriffsbestimmung für Abfall findet sich in § 3 Abs. 1 KrWG⁴⁷, wonach Abfälle Stoffe und Gegenstände sind, derer sich der Besitzer entledigt, entledigen will oder entledigen muss.

(2) Grundweichenstellung der Stoffsteuerung im Kreislaufwirtschaftsrecht

Die Grundweichenstellung über eine energetische oder stoffliche Verwertung der Rest- und Abfallstoffe erfolgt im Kreislaufwirtschaftsrecht. Das Kreislaufwirtschaftsgesetz hat zum Ziel, die Gesamtauswirkungen der Ressourcennutzung durch verbesserte Abfallvermeidung und die Förderung des Recyclings zu reduzieren⁴⁸. Die Abfallvermeidung ist ein zentrales Instrument zur Verbesserung der Ressourcenschonung⁴⁹. Sie dient dabei dem Schutz von Mensch und Umwelt⁵⁰. Nach § 1 KrWG ist Zweck des Gesetzes, die Kreislaufwirtschaft zur Schonung der natürlichen Ressourcen zu fördern und den Schutz von Mensch und Umwelt bei der Erzeugung und Bewirtschaftung von Abfällen sicherzustellen.

(a) Erfasste Stoffgruppen

Ausgangspunkt für die Bestimmung des Anwendungsbereichs des Kreislaufwirtschaftsrechts ist die Generalklausel des § 3 Abs. 1 KrWG, wonach alle Stoffe oder Gegenstände, derer sich ihr Besitzer entledigt, entledigen will oder entledigen muss, Abfälle sind (siehe schon unter B.II.2.a. (1)). Zum Vorliegen dieser drei Entledigungstatbestände werden in den Absätzen 2-4 des § 3 KrWG nähere Regelungen getroffen⁵¹. Die Möglichkeit, diese Stoffe auch wirtschaftlich als Energielieferanten zu nutzen, kann zu Abgrenzungsproblemen führen, da durch einen möglichen energetischen Einsatz möglicherweise der Entledigungswille entfällt. Von der Ein-

⁴⁵ Vgl. Duden, Das Bedeutungswörterbuch, S. 731.

⁴⁶ Vgl. Duden, Das Bedeutungswörterbuch, S. 50.

⁴⁷ Ebenso wie in § 5 BImSchG.

⁴⁸ F. Petersen, Entwicklungen des Kreislaufwirtschaftsrechts – Die neue Abfallrahmenrichtlinie – Auswirkungen auf das Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, NVwZ 2009, S. 1063 (1063).

⁴⁹ BT-Drs. 17/6052, S. 2.

⁵⁰ BT-Drs. 17/6052, S. 69, vgl. § 1 KrWG.

⁵¹ Näher dazu AP 2.

ordnung als Abfall oder Nichtabfall hängt z.B. ab, in welchen Anlagen die betroffenen Stoffe verwendet werden können, da abfallverwertende Anlagen regelmäßig schärferen immissionsschutzrechtlichen Vorgaben ausgesetzt sind.

Allerdings gibt es Stoffe, die von vornherein nicht unter den Anwendungsbereich des Kreislaufwirtschaftsgesetzes fallen, vgl. § 2 Abs. 2 KrWG. Soweit Stoffe und deren Verwendung, etwa Gülle als Wirtschaftsdünger, im Düngegesetz⁵² geregelt sind, findet das Kreislaufwirtschaftsgesetz keine Anwendung⁵³. Für die Bereitstellung von Biomasse zur energetischen Verwendung, sind die Ausnahmen gem. § 2 Abs. 2 Nr. 4 KrWG zu nennen. Danach fallen Fäkalien, Stroh und andere natürliche nicht gefährliche land- und forstwirtschaftliche Materialien, die in der Land- und Forstwirtschaft oder zur Energieerzeugung aus solcher Biomasse durch Verfahren oder Methoden, die die Umwelt nicht schädigen oder die menschliche Gesundheit nicht gefährden, verwendet werden, nicht in den Anwendungsbereich des Kreislaufwirtschaftsgesetzes. Die Ausnahmevoraussetzung der Verwendung durch Verfahren oder Methoden, die die Umwelt nicht schädigen oder die menschliche Gesundheit nicht gefährden, gilt sowohl für die Verwendung in der Land-⁵⁴ und Forstwirtschaft, als auch bei der Energieerzeugung⁵⁵. Außer Waldrestholz⁵⁶ und Erntenebenprodukten sind auch gartenbauliche⁵⁷ Reststoffe⁵⁸ und nicht gefährliche Landschaftspflegehölzer⁵⁹ als andere natürliche nichtgefährliche unbehandelte⁶⁰ Materialien der Land- und Forstwirtschaft nicht vom Kreislaufwirtschaftsgesetz erfasst. Da für diese holzigen Landschaftspflegeprodukte der Anwendungsbereich des Kreislaufwirtschaftsgesetzes nicht eröffnet ist, findet auch die Einordnung der Landschaftspflegeabfälle unter den Bioabfallbegriff gem. § 3 Abs. 7 Nr. 2 KrWG keine Anwendung. Somit werden diese Stoffströme nicht durch das Kreislaufwirtschaftsgesetz gesteuert.

⁵² Düngegesetz vom 09.01.2009 (BGBl. I S. 54, 136), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 15.03.2012 (BGBl. I S. 481) geändert worden ist.

⁵³ F. Huschens, in: L. Giesberts/M. Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, 32. Ed., Juli 2014, § 11 KrWG Rn. 16.

⁵⁴ Etwa durch Belassen auf der Fläche und späteres Unterpflügen (BT-Drs. 17/6052, S. 69).

⁵⁵ BT-Drs. 17/6052, S. 69.

⁵⁶ T. Schomerus, in: L.-A. Versteyl/T. Mann/ders. (Hrsg.), KrWG, 3. Aufl., § 2 Rn. 21.

⁵⁷ Die Erfassung auch gartenbaulicher Bodennutzung und Produktion unter dem Begriff der Landwirtschaft entspricht der ausdrücklichen Gleichsetzung für Landwirtschaft iSd. BauGB durch § 201 BauGB, vgl. Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.09.2004 (BGBl. I S. 2414), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes v. 20.11.2014 (BGBl. I S. 1748) geändert worden ist.

⁵⁸ BT-Drs. 17/6052, S. 69.

⁵⁹ BT-Drs. 17/6052, S. 69.

⁶⁰ Im Gesetzgebungsverfahren fand die vom Bundesrat angeregte Erstreckung auch auf in der Lebens-, Genuss- und Futtermittelindustrie rein mechanisch verarbeitete Stoffe wie Rapskuchen und Trester (BR-Drs. 216/11, S. 1) auch wegen Bedenken gegen eine generelle Unbedenklichkeit der Stoffe keine Zustimmung (BT-Drs. 17/6645, S. 1).

Voraussetzung für die Bereichsausnahme ist, dass sowohl das Material selbst als auch das Verfahren ungefährlich⁶¹ ist. Ob zur Beurteilung der Ungefährlichkeit des Verfahrens der Beispielkatalog des § 15 Abs. 2 KrWG herangezogen werden kann⁶², ist nicht abschließend geklärt. Die Ausgestaltung der Bereichsausnahmen sieht sich der Kritik einer mangelnden systematischen Stimmigkeit ausgesetzt⁶³. Während Teile der Literatur, beziehend auf die Gesetzgebungsmaterialien⁶⁴, die Verwendung in Biogasanlagen als Beispiel für ein die Umwelt nicht gefährdendes Verfahren nennen⁶⁵, lassen andere Teile der Literatur die Ansicht der Bundesregierung unwidersprochen⁶⁶, dass allein die direkte Verbrennung, nicht aber die Verwendung in einer Biogasanlage, zu einer sicheren Zerstörung eventuell enthaltener Schadstoffe führe. Die Vergärung in einer Biogasanlage in regulärer Betriebsweise stellt etwa bei schadstoffbelastetem Material nicht grundsätzlich sicher, dass die Schadstoffe nicht wieder in den biologischen Kreislauf gebracht werden⁶⁷. Da für das Vorliegen der Bereichsausnahme aber bereits das Substrat unschädlich sein muss, ist es ausreichend, dass es durch die Verwendung in einer Biogasanlage nicht zu einer Entstehung von Schadstoffen kommt. Das Verfahren der anaeroben Vergärung in einer Biogasanlage ist daher sicher iSd. § 2 Abs. 2 Nr. 4 KrWG. Soweit die Bereichsausnahme einschlägig ist, sind die betroffenen biogenen Reststoffe nicht dem abfallrechtlichen Regime unterstellt. Sie unterliegen keiner vorgegebenen Präferenzierung hinsichtlich einer stofflichen Verwendung im Betrieb oder der energetischen Nutzung.

(b) Energieerzeugnisse als neues „Produkt“

Die Stoffe, die grundsätzlich in den Anwendungsbereich fallen⁶⁸, können auch nachträglich ihre Abfalleigenschaft wieder verlieren. Dieses Ende der Abfalleigenschaft wurde erstmals im Jahr 2012 in § 5 KrWG geregelt⁶⁹ und soll nicht nur Rechtssicherheit über die Reichweite des Abfallrechts⁷⁰, sondern auch die notwendige Akzeptanz für aus Abfällen hergestellte „neue“ Produkte schaffen⁷¹, die dann nicht mehr Abfälle, sondern ein neues Produkt sind. Nach § 5 KrWG endet die Abfalleigenschaft eines Stoffes oder eines Gegenstandes erst, wenn das Produkt ein Verwertungsverfahren durchlaufen hat, einen definierten, allgemein anerkannten Verwendungszweck erfüllt und die hierfür notwendigen technischen und rechtlichen Anforderungen insbesondere an Umwelt- und Gesundheitsschutz eingehalten wurden. Es

⁶¹ Entscheidend ist die grundsätzliche Gefährlichkeit der Stoffe, nicht deren Schädigungspotential bei übermäßiger Ausbringung auf kleine Flächen (kritisch *J. Wolf*, in: L. Giesberts/M. Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, 32. Ed., Juli 2014, § 2 KrWG Rn. 33.

⁶² So wohl *M. Dippel*, in: A. Schink/A. Versteyl (Hrsg.), KrWG, 1. Aufl., § 2 Rn. 35.

⁶³ *J. Wolf*, in: L. Giesberts/M. Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, 32. Ed., Juli 2014, § 2 KrWG Rn. 31.

⁶⁴ BT-Drs. 17/6052, S. 69.

⁶⁵ *T. Schomerus*, in: L.-A. Versteyl/T. Mann/ders. (Hrsg.), KrWG, 3. Aufl., § 2 Rn. 21.

⁶⁶ *R. Prella*, in: A. Schmehl (Hrsg.), GK-KrWG, 1. Aufl., § 2 Rn. 16.

⁶⁷ VG Oldenburg, B. v. 30.10.2013 – 5 B 6093/13.

⁶⁸ Näher dazu in AP 2.

⁶⁹ Die Regelung entspricht inhaltlich Art. 6 I AbfRRL (RL 2008/98/EG).

⁷⁰ *F. Petersen/J. Doumet/G. Stöhr*, Das neue Kreislaufwirtschaftsgesetz, NVwZ 2012, S. 521 (523).

⁷¹ Mitteilung der KOM (2009), 301 endg., „Eine thematische Strategie für Abfallvermeidung und -recycling“.

besteht ein systematischer Zusammenhang des Endes der Abfalleigenschaft mit den abfallrechtlichen Verwertungs- und Beseitigungspflichten, was dazu führt, dass die Abfalleigenschaft erst enden kann, wenn die entsprechenden Rechtspflichten erfüllt sind und das abfallrechtliche Pflichtverhältnis beendet ist. Die Regelung des § 5 KrWG spricht nicht von Recyclingverfahren, sondern von Verwertungsverfahren⁷², genauer vom „Durchlaufen des Verwertungsprozesses“. Da hiervon auch die energetische Verwertung umfasst wird⁷³, können erstmals auch sekundäre Brennstoffe, also Energieprodukte aus Abfällen⁷⁴, das Ende der Abfalleigenschaft erreichen⁷⁵. Dessen ungeachtet muss ein Verwertungsprozess, und damit etwa auch eine etwaige energetische Verwertung, vorgeschaltet sein.

Anders ist dies bei Nebenprodukten⁷⁶. Gem. § 4 Abs. 1 KrWG können Stoffe und Gegenstände, die bei einem Herstellungsverfahren, dessen hauptsächlicher Zweck nicht auf die Herstellung dieses Stoffes oder Gegenstandes gerichtet ist, anfallen, als Nebenprodukt und dadurch nicht als Abfall angesehen werden. Dazu muss deren Weiterverwendung sichergestellt sein (lit. 1), eine weitere Vorbehandlung vor der Verwendung nicht erforderlich sein (lit. 2), der Anfall als integraler Bestandteil des Herstellungsprozesses geschehen (lit. 3) und die weitere Verwendung insgesamt nicht zu schädlichen Auswirkungen auf Mensch und Umwelt führen. Diese kumulativen⁷⁷ Anforderungen entsprechen der vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Abgrenzung zwischen Abfall und Nebenprodukten⁷⁸. Für den Bereich von Energieerzeugnissen als mögliches Nebenprodukt ist die EuGH-Entscheidung *Saetti*⁷⁹ von Bedeutung. Darin hatte der Europäische Gerichtshof zwar seine Rechtsprechung betont⁸⁰, nach der die Eignung zur Wiederverwertung allein den Abfallbegriff nicht entfallen lässt⁸¹, gleichzeitig aber unterstrichen, dass der wirtschaftliche Wert eines Materials gegen eine Anwendung des Abfallrechts spreche⁸². Nötig sei aber, dass die Verwendung nicht nur angelegt, sondern gesichert sei⁸³. Für Petrolkoks⁸⁴, welches in der Erdölraffinerie anfällt und auch dort als Energieerzeugnis für die Prozessenergie wieder verwendet wird, wobei zugleich auch überschüssiger Strom an den Netzbetreiber verkauft wird, sei die Verwendung derart sicherge-

⁷² Der Verwertungsbegriff verlangt, dass die Abfälle eine Substitutionsfunktion erfüllen können (BT-Drs. 17/6052, S. 77).

⁷³ Näher dazu AP 2.

⁷⁴ C. Bildstein, in: P. Kurth/A. Oexle (Hrsg.), Handbuch der Kreislauf- und Rohstoffwirtschaft, 1. Aufl., § 16 Rn. 2.

⁷⁵ F. Petersen/J. Doumet/G. Stöhr, Das neue Kreislaufwirtschaftsgesetz, NVwZ 2012, S. 521 (523); BT-Drs. 17/6052, S. 77.

⁷⁶ L.-A. Versteyl, in: ders./T. Mann/T. Schomerus (Hrsg.), KrWG, 3. Aufl., § 4 Rn. 5.

⁷⁷ C. Jahn, in: ders./D. Deifuß-Kruse/A. Brandt (Hrsg.), KrWG, 1. Aufl., § 4 Rn. 12.

⁷⁸ L.-A. Versteyl, in: ders./T. Mann/T. Schomerus (Hrsg.), KrWG, 3. Aufl., § 4 Rn. 6; A. Schink, in: ders./A. Versteyl (Hrsg.), KrWG, 1. Aufl., § 4 Rn. 5; A. Oexle, in: A. Schmehl (Hrsg.), GK-KrWG, 1. Aufl., § 4 Rn. 7.

⁷⁹ EuGH, B. v. 15.02.2004, C-235/02 – Saetti.

⁸⁰ EuGH, B. v. 15.02.2004, C-235/02 Rn. 33 – Saetti.

⁸¹ EuGH, U. v. 18.04.2002, C-9/00 – Palin Granit.

⁸² EuGH, B. v. 15.02.2004, C-235/02 Rn. 35 – Saetti.

⁸³ EuGH, B. v. 15.02.2004, C-235/02 Rn. 36 – Saetti.

⁸⁴ Petrolkoks ist ein aus festem Kohlenstoff und veränderten Anteilen von Verunreinigungen bestehendes Stoffgemisch, welches sich sowohl als Brennstoff als auch als Rohstoff für die Herstellung von Kohlenstoff- und Graphiterzeugnissen genutzt werden kann (EuGH, B. v. 15.02.2004, C-235/02 Rn. 42 – Saetti).

stellt, dass eine Einordnung als Nebenprodukt angezeigt sei⁸⁵. Diese Wertung dürfte sich auf biogene Materialien wie Sägespäne in der Sägeindustrie übertragen lassen, sodass sie den abfallrechtlichen Vorgaben folglich nicht unterworfen wären.

(c) Energetische Verwertung lediglich nachrangig

Für Stoffe im Anwendungsbereich des Kreislaufwirtschaftsgesetzes ist die fünfstufige Abfallhierarchie gem. § 6 KrWG⁸⁶ das zentrale Steuerungsinstrument⁸⁷ zur Priorisierung⁸⁸ der Maßnahmen. Danach steht die energetische⁸⁹ Verwertung – nach Abfallvermeidung, Vorbereitung zur Wiederverwendung und Recycling – erst auf der vierten Stufe. Allerdings war bereits bei den Verhandlungen zur Abfallrahmenrichtlinie, deren Umsetzung das Kreislaufwirtschaftsgesetz darstellt, der Rechtscharakter der Hierarchie umstritten⁹⁰. Die genannte Hierarchie wird überwiegend als grundsätzlich rechtlich verbindlich betrachtet⁹¹. Damit einher geht eine grundsätzliche Nachrangigkeit der energetischen Verwertung gegenüber dem Recycling⁹². Anwendbar konkretisiert wird die Verwendungsreihenfolge „ausgehend von der Rangfolge in Absatz 1“ durch § 6 Abs. 2 KrWG. Dieser regelt, dass die bestgeeignete Maßnahme Vorrang haben soll⁹³. Dass die Verwertung von Abfällen verpflichtend ist, ergibt sich aus § 7 Abs. 2 KrWG. Diese Verwertung hat gem. § 8 Abs. 1 Satz 1 KrWG möglichst hochwertig zu erfolgen. Ein Wahlrecht bezüglich des Verwertungspfades besteht nur hinsichtlich gleichrangiger Verwertungsmaßnahmen, § 8 Abs. 1 Satz 2 KrWG.

Ob und welche Stoffe hinsichtlich einer energetischen Verwertung gleichrangig mit der stofflichen Nutzung in Form von Vorbereitung zur Wiederverwertung oder Recycling sind, kann gem. § 8 Abs. 2 KrWG in Rechtsverordnungen bestimmt werden. § 8 Abs. 2 KrWG berechtigt den Verordnungsgeber nicht nur, sondern verpflichtet ihn nunmehr⁹⁴, den Vorrang oder Gleichrang einer Verwertungsmaßnahme und deren Anforderungen nach dem Hochwertigkeitsgebot festzulegen⁹⁵. Von dieser Verordnungsermächtigung ist bisher nur für einzelne Stoffgruppen wie Altholz und Verpackungen Gebrauch gemacht worden⁹⁶. Für die Zukunft ist intendiert, dass Abfall hintereinander geschaltete stoffliche und energetische Verwertungs-

⁸⁵ EuGH, B. v. 15.02.2004, C-235/02 Rn. 45 ff. – Saetti.

⁸⁶ Entspricht Art. 4 I AbfRRL (2008/29/EG).

⁸⁷ F. Petersen, *Entwicklungen des Kreislaufwirtschaftsrechts – Die neue Abfallrahmenrichtlinie – Auswirkungen auf das Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz*, NVwZ 2009, S. 1063 (1066).

⁸⁸ Art. 4 I AbfRRL (2008/29/EG).

⁸⁹ Als sonstige Verwertung.

⁹⁰ Näher dazu AP 2.

⁹¹ L.-A. Versteyl, in: ders./T. Mann/T. Schomerus (Hrsg.), *KrWG*, 3. Aufl., § 6 Rn. 8; A. Schink, in: ders./A. Versteyl (Hrsg.), *KrWG*, 1. Aufl., § 6 Rn. 18; T. Frische, in: A. Schmehl (Hrsg.), *GK-KrWG*, 1. Aufl., § 6 Rn. 46.

⁹² F. Petersen/J. Doumet/G. Stöhr, *Das neue Kreislaufwirtschaftsgesetz*, NVwZ 2012, S. 521 (523).

⁹³ Näher dazu AP 2.

⁹⁴ Anders noch § 6 II 2 KrW-/AbfG (M. Reese, in: H. Jarass/F. Petersen (Hrsg.), *KrWG*, 1. Aufl., § 8 Rn. 39).

⁹⁵ F. Petersen/J. Doumet/G. Stöhr, *Das neue Kreislaufwirtschaftsgesetz*, NVwZ 2012, S. 521 (524 f.).

⁹⁶ A. Schink, in: ders./A. Versteyl (Hrsg.), *KrWG*, 1. Aufl., § 8 Rn. 24.

maßnahmen durchläuft und sein Ressourcenpotential somit umfassend genutzt wird (sogenannte Kaskadennutzung)⁹⁷.

Nur soweit mindestens Gleichrangigkeit der energetischen Verwertung nicht in einer Rechtsverordnung festgelegt ist, kann übergangsweise⁹⁸ weiterhin⁹⁹ auf das bekannte Heizwertkriterium zurückgegriffen werden. Dieses besagt gem. § 8 Abs. 3 Satz 1 KrWG, dass bei einem Heizwert von mindestens 11.000 Kilojoule pro Kilogramm von einer Gleichrangigkeit der energetischen Verwertung auszugehen ist. Diese Vorschrift ist insofern für einen Übergangszeitraum bestimmt, als sie gem. § 8 Abs. 3 Satz 2 KrWG die Bundesregierung bis zum 31. Dezember 2016 zur Überprüfung verpflichtet, ob und inwieweit der Heizwert zur Umsetzung der Abfallhierarchie geeignet und erforderlich ist. Das Heizwertkriterium sieht sich in seiner bestehenden Form der Kritik ausgesetzt, deutlich unterhalb des Brennwertes etwa von Stroh und Rinde (etwa 15.000 Kilojoule pro Kilogramm) zu liegen und damit nicht nur Brennstoffe, sondern auch Stoffe „die auch brennen“, zu erfassen¹⁰⁰.

(d) Zwischenergebnis

Nicht die gesamte zur energetischen Verwendung geeignete oder genutzte Reststoffbiomasse unterfällt dem Anwendungsbereich des Abfallrechts. Insbesondere gilt dies für die Ausnahme von land- und forstwirtschaftlichen Reststoffen, wie sich aus § 2 Abs. 4 KrWG ergibt. Sie unterliegen keiner vorgegebenen Präferenzierung hinsichtlich einer stofflichen Nutzung im Betrieb oder einer energetischen Nutzung. Dadurch können die Instrumente des Kreislaufwirtschaftsrechts keine steuernde Wirkung für diese Stoffe und Stoffgruppe entfalten. Regelungen bleiben dem die konkrete Energieumwandlung regelnden Recht überlassen.

Für die dem Anwendungsbereich des Abfallrechts unterfallenden Stoffe ist eine verpflichtende Lenkung in die energetische Nutzung nicht festzustellen. Vielmehr ist die energetische Verwertung grundsätzlich eine nachrangige. Der Einsatz von Biomasse zur energetischen Verwertung erfordert eine bestehende Gleichwertigkeit der Nutzungsformen; es besteht damit ein Wahlrecht zur energetischen Nutzung. Eine Feststellung der Gleichwertigkeit der energetischen Verwertung ohne Einzelfallprüfung kann sich aus den nachfolgend untersuchten Verordnungen ergeben.

b. Stoffstrombezogene Steuerungen

(1) Rest- und Altholz

Nicht alle Restholzfraktionen unterliegen dem Kreislaufwirtschaftsrecht. So handelt es sich bei Waldrestholz, das wegen der Bereichsausnahme des § 2 Abs. 2 Nr. 4 KrWG schon nicht

⁹⁷ BT-Drs. 17/7505, S. 39 f.

⁹⁸ L. Schäfer, in: J. Jahn/D. Deifuß-Kruse/A. Brandt (Hrsg.), KrWG, 1. Aufl., § 8 Rn. 28.

⁹⁹ So bereits § 6 II Nr. 1 KrW-/AbfG.

¹⁰⁰ B. Kehres, Stoffliche versus energetische Verwertung von Bioabfällen vor dem Hintergrund der Abfallrahmenrichtlinie, in: K. Wiemer/M. Kern (Hrsg.), Bio- und Sekundärrohstoffverwertung V, 1. Aufl., S. 485.

unter das Kreislaufwirtschaftsgesetz fällt, nicht um Altholz iSd. Altholzverordnung (AltholzV¹⁰¹)¹⁰². Daher kann das Kreislaufwirtschaftsrecht keine Steuerungswirkung auf Resthölzer entfalten. Sie sind wie nachwachsende Rohstoffe zu behandeln.

Im Folgenden werden die steuernden Einflüsse auf Altholz betrachtet. Ordnungsrechtliche Vorgaben finden sich vor allem in der Altholzverordnung. Altholz setzt nach der Begriffsbestimmung des § 2 Nr. 1 AltholzV neben einer Vornutzung ausdrücklich die Abfalleigenschaft nach § 3 Abs. 1 KrWG voraus¹⁰³. Für bestimmte Verwertungswege wird die Anwendbarkeit gem. § 1 Abs. 3 AltholzV ausgeschlossen, nämlich über den Verweis auf § 2 Nr. 7 AltholzV, der die stoffliche Nutzung von Altholz in Form der Aufbereitung von Altholz zu Holzhack-schnitzeln und Holzspänen für die Herstellung von Holzwerkstoffen (lit a), Gewinnung von Synthesegas zur weiteren chemischen Nutzung (lit. b) und Herstellung von Aktivkohle/Industrieholzkohle (lit. c) nennt. Die damit einhergehende Befreiung von den Vorgaben der Altholzverordnung kann als Bevorzugung dieser speziellen stofflichen Verwertungsformen betrachtet werden.

Soweit der Anwendungsbereich eröffnet ist, regelt § 3 Abs. 1 AltholzV die Anforderungen an die stoffliche Verwertung von Altholz. Diese erfordert durch eine verpflichtende Untersuchung nach § 6 Abs. 2 AltholzV die Einhaltung der Schadstoffgrenzwerte nach Anhang I der AltholzV nachzuweisen. Werden die Grenzwerte überschritten, ist eine stoffliche Nutzung nicht zulässig. Dagegen bestimmt § 3 Abs. 2 AltholzV für die energetische Verwendung keine über die immissionsschutzrechtlichen Vorgaben hinausgehenden Beschränkungen. Nur soweit das Bundesimmissionsschutzgesetz oder eine der auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen die Verwendung bestimmter Altholzkategorien einschränken, hat der Anlagenbetreiber die zur Verwendung vorgesehenen Chargen zu beproben, § 7 Abs. 1 AltholzV. Die energetische Verwendung ist daher mit weniger Aufwand zu betreiben. Allerdings waren in den vergangenen Jahren mehr als 80 Prozent der Althölzer den unbelasteten Altholzkategorien A I und A II zugeordnet¹⁰⁴. Tatsächlich ist anzunehmen, dass der Anteil belasteter Hölzer noch geringer ist, aber eine Getrennthaltung bei Abgabe an Kraftwerke, die zur Verwertung von A IV Altholz berechtigt sind, unterbleibt und daher die entsprechenden Hölzer gänzlich gemischt der Kategorie A IV zugeordnet werden¹⁰⁵.

Hinsichtlich der Hochwertigkeit stellt § 4 Satz 2 iVm. § 4 Satz 1 AltholzV klar, dass die energetische Verwertung gleichermaßen hochwertig ist wie die stoffliche Verwendung.

¹⁰¹ Altholzverordnung vom 15. August 2002 (BGBl. I S. 3302), die zuletzt durch Artikel 5 Absatz 26 des Gesetzes vom 24. Februar 2012 (BGBl. I S. 212) geändert worden ist.

¹⁰² T. Schomerus, in: L.-A. Versteyl/T. Mann/ders., KrWG, 3. Aufl., § 2 Rn. 21.

¹⁰³ Die betreffenden Stoffe dürfen also nicht als Nebenprodukt iSv. § 4 I KrWG anfallen.

¹⁰⁴ A. Strohmeier, in: P. Kurth/A. Oexle (Hrsg.), Handbuch der Kreislauf- und Rohstoffwirtschaft, 1. Aufl., Kap. 12 Rn. 10.

¹⁰⁵ A. Strohmeier, in: P. Kurth/A. Oexle (Hrsg.), Handbuch der Kreislauf- und Rohstoffwirtschaft, 1. Aufl., Kap. 12 Rn. 11.

Jenseits der Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Altholzverordnung wird also die energetische Nutzung erleichtert.

(2) Tierische Reststoffe

Materialien, die im Rahmen der Tierzucht und -verarbeitung anfallen, zeichnen sich im Gegensatz zu pflanzlichen Reststoffen durch ein gesteigertes hygienisches Gefährdungspotential aus. Im Zentrum des den Umgang mit tierischen Nebenprodukten bestimmenden Tierische Nebenprodukte-Beseitigungsgesetz (TierNebG¹⁰⁶) steht daher auch die Umsetzung von Hygienevorschriften, § 1 TierNebG. Für tierische Nebenprodukte ist die thermische Beseitigung in einer Verbrennungs- oder Mitverbrennungsanlage der Regelfall¹⁰⁷. Die Verordnungsermächtigung des § 13 Abs. 1 TierNebG bildet die Grundlage, um auf Ebene einer Rechtsverordnung Einrichtung und Betrieb von geeigneten (Mit-)Verbrennungsanlagen aber auch Biogas- und Kompostieranlagen zu erlassen. Von dieser Ermächtigungsgrundlage wurde bei Erlass der Tierischen Nebenprodukte-Beseitigungsverordnung (TierNebV¹⁰⁸) Gebrauch gemacht.

Diese regelt insbesondere den Umgang mit Gülle (§ 1 Nr. 2 TierNebV) und Küchen- und Speiseabfällen tierischer Herkunft (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 TierNebV).

Eine Erleichterung der energetischen Nutzung dieser Materialien liegt darin, dass Anlagen zur Biogasproduktion ausschließlich aus entsprechenden Küchen- und Speiseabfällen tierischer Herkunft keiner Zulassung nach Art. 15 Abs. 1 und 2 der Verordnung (EG) Nr. 1774/2002¹⁰⁹ bedürfen, den dort enthaltenen gesteigerten hygienerechtlichen Vorgaben also nicht unterliegen. Allerdings ist für betroffenes Material eine Pasteurisierung erforderlich, wenn am Betriebsort der Biogasanlage auch Nutztiere gehalten werden, § 3 Abs. 2 TierNebV.

Das besondere Gesundheitsschädigungspotential von tierischen Reststoffen begründet eine weitgehende Priorisierung der energetischen Nutzung dieser Stoffe.

(3) Klärschlamm

Eine Stofffraktion mit hohem organischem Bestandteil¹¹⁰ ist der in Abwasseraufbereitungsanlagen anfallende Klärschlamm. Denn bei Klärschlamm handelt es sich um die Schmutzstoffe, die bei den mechanischen und biologischen Reinigungsstufen von Abwässern anfallen¹¹¹

¹⁰⁶ Tierische Nebenprodukte-Beseitigungsgesetz vom 25.01.2004 (BGBl. I S. 82), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 92 des Gesetzes v. 22.12.2011 (BGBl. I S. 3044) geändert worden ist.

¹⁰⁷ Vgl. § 3 II TierNebG.

¹⁰⁸ Tierische Nebenprodukte-Beseitigungsverordnung vom 27.07.2006 (BGBl. I S. 1735), die zuletzt durch Artikel 2 der Verordnung vom 23.04.2012 (BGBl. I S. 611) geändert worden ist.

¹⁰⁹ Verordnung (EG) Nr. 1774/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 03.10.2002 mit Hygienevorschriften für nicht für den menschlichen Verzehr bestimmte tierische Nebenprodukte, ABIEU. L 273/1.

¹¹⁰ UBA, Klärschlamm Entsorgung in der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 9.

¹¹¹ UBA, Klärschlamm Entsorgung in der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 6.

und die in der Regel in größerem Umfang Obstreste, Korken, (Toiletten-)Papier etc. enthalten¹¹². Jährlich fallen in deutschen Abwasserbehandlungsanlagen mehr als 2 Millionen Tonnen Trockenmasse Klärschlamm an¹¹³.

§ 11 Abs. 2 Nr. 1 KrWG ermächtigt die Bunderegierung festzulegen, welche Abfälle als Klärschlämme gelten. Auf diese Ermächtigungsgrundlage gestützt wurde die Klärschlammverordnung (AbfKlärV¹¹⁴) erlassen. Ausweislich ihres § 1 Abs. 1 findet sie nur für solche Klärschlämme Anwendung, welche zur Ausbringung auf landwirtschaftliche Böden bestimmt sind, doch mangels anderer gesetzlicher oder untergesetzlicher Vorgaben ist es angezeigt, die Definition des § 2 Abs. 2 AbfKlärV auch für anderweitig verwendeten Klärschlamm zu verwenden¹¹⁵. Danach ist Klärschlamm der bei der Behandlung von Abwasser in Abwasserbehandlungsanlagen einschließlich zugehöriger Anlagen zur weitergehenden Abwasserreinigung anfallende Schlamm, auch entwässert oder getrocknet oder in sonstiger Form.

Der hohe Anteil an Nährstoffen ermöglicht den stofflichen Einsatz von Klärschlamm als Düngemittel. Genau dieser Funktion wird im Rahmen der Klärschlammverordnung (AbfKlärV) Rechnung getragen. Besonders als Phosphorquelle ist eine Nutzung als Sekundärrohstoff wirtschaftlich und ökologisch sinnvoll¹¹⁶. Gleichzeitig verpflichtet § 3 AbfKlärV zu umfassenden Bodenuntersuchungen bei der Ausbringung auf landwirtschaftlichen Flächen. Damit soll einer Anreicherung von Schadstoffen vorgebeugt werden¹¹⁷. Die stoffliche Nutzung durch Ausbringung auf landwirtschaftliche Flächen wird zudem durch weitreichende Ausbringverbote in § 4 AbfKlärV und herabgesetzte Schadstoffgrenzwerte eingeschränkt. Zunächst verbieten die Abs. 2-5 des § 4 AbfKlärV die Ausbringung auf Gemüse- und Obstanbauflächen, Ackerflächen, die zum Anbau von Feldfutter genutzt werden, Dauergrünland und forstlich genutzten Flächen. Gem. § 4 Abs. 8 AbfKlärV dürfen Klärschlämme, deren Schwermetallgehalt den Grenzwert für die dort genannten Stoffe überschreitet, nicht ausgebracht werden. Die Grenzwerte wurden seit 2010 z.T. um über 80 Prozent herabgesetzt¹¹⁸.

Da die Entsorgungspflicht bestehen bleibt, führt die restriktive Ausgestaltung hinsichtlich der stofflichen Nutzung zu einer Priorisierung der energetischen Klärschlammverwertung.

¹¹² UBA, Klärschlamm Entsorgung in der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 8.

¹¹³ C.-G. Bergs, Novellierung der Bioabfall- und Klärschlammverordnung – Stand und Konsequenzen für die Praxis, in: K. Wiemer/M. Kern (Hrsg.), Bio- und Sekundärrohstoffverwertung V, 1. Aufl., S. 446.

¹¹⁴ Klärschlammverordnung v. 15.04.1992 (BGBl. I S. 912), die zuletzt durch Artikel 5 Absatz 12 d. G. v. 24.02.2012 (BGBl. I S. 212) geändert worden ist.

¹¹⁵ M. Huschens, in: L. Giesberts/M. Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, 32. Ed., Juli 2014, § 11 KrWG Rn. 10.

¹¹⁶ C.-G. Bergs, Novellierung der Bioabfall- und Klärschlammverordnung – Stand und Konsequenzen für die Praxis, in: K. Wiemer/M. Kern (Hrsg.), Bio- und Sekundärrohstoffverwertung V, 1. Aufl., S. 445 ff.

¹¹⁷ C.-G. Bergs, Novellierung der Bioabfall- und Klärschlammverordnung – Stand und Konsequenzen für die Praxis, in: K. Wiemer/M. Kern (Hrsg.), Bio- und Sekundärrohstoffverwertung V, 1. Aufl., S. 452.

¹¹⁸ So beträgt der aktuelle Grenzwert in § 4 VIII AbfKlärV je 100 mg/kg TS für Blei und Chrom sowie 1 mg/kg TS für Quecksilber gegenüber je 900 mg/kg TS für Blei und Chrom sowie 8 mg/kg TS für Quecksilber gem. § 4 VIII a.F.

Die Priorisierung der Förderung wird nicht dadurch eingeschränkt, dass die energetische Nutzung von Klärschlamm sich negativ auf die Vergütung nach dem EEG auswirkt. Zwar sind Klärschlämme iSd. Klärschlammverordnung gem. § 3 Nr. 6 BiomasseV¹¹⁹ nicht als Biomasse iSd. Biomasseverordnung anerkannt, dennoch kann eine Mitvergärung solcher Klärschlämme der Einordnung des produzierten Gases als Gas aus Biomasse nicht entgegenstehen, vgl. § 2 Abs. 3 Nr. 5 BiomasseV. Jenseits der Zehnmasseprozentgrenze gewährt § 25 EEG 2012 einen finanziellen Anreiz zur Stromproduktion aus Klärschlämmen bzw. dem daraus erzeugten Klärgas. Allerdings gelten die energetischen Potentiale von Klärschlamm als weitgehend erschlossen¹²⁰.

Als Ergebnis zeigt sich somit, dass die Steuerung der Verwertung Nutzung von Klärschlämmen grundsätzlich eine Verwertung vorschreibt, erfolgt, indem die grundsätzliche Verwertung vorgeschrieben ist und der stofflichen Verwertung aber deutliche Hemmnisse gesetzt sind, welche bei einer energetischen Nutzung nicht in dieser Form bestehen.

(4) Landschaftspflegematerial

Landschaftspflegematerial ist krautiges¹²¹ oder holziges Material¹²² aus Pflegemaßnahmen, etwa an Straßen, Schienen und Gewässern, von dem jährlich bis zu 3 Millionen Tonnen anfallen¹²³. Für die Einordnung von Landschaftspflegematerial ist kennzeichnend, dass dieses Material, anders als nachwachsende Rohstoffe der Landwirtschaft, nicht durch zielgerichteten Anbau anfallen. Dabei knüpft der Begriff Landschaftspflege nicht an bestehende abfallrechtliche Normen sondern an § 1 BNatSchG¹²⁴ an¹²⁵. Dort sind mit dem Begriff Pflege die Natur und die Landschaft gleichermaßen adressiert, was den nicht sinnvoll zu trennenden begrifflichen Umfang des Begriffspaares¹²⁶ von Naturschutz und Landschaftspflege zum Ausdruck bringt¹²⁷. Landschaftspflege umfasst dann die aktive Tätigkeit, die sich nicht als planmäßige Bewirtschaftung zur Gewinnung von pflanzlichen und tierischen Produkten darstellt¹²⁸.

¹¹⁹ Biomasseverordnung vom 21.06.2001 (BGBl. I S. 1234), die zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066) geändert worden ist.

¹²⁰ A. Rostankowski, in: M. Altrock/V. Oschmann/C. Theobald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., § 25 Rn. 12.

¹²¹ Vgl. Nr. 5 der Anlage 3 zum EEG 2012.

¹²² Vgl. Nr. 20 der Anlage 3 zum EEG 2012.

¹²³ C.-G. Bergs, Novellierung der Bioabfall- und Klärschlammverordnung – Stand und Konsequenzen für die Praxis, in: K. Wiemer/M. Kern (Hrsg.), Bio- und Sekundärrohstoffverwertung V, 1. Aufl., S. 455.

¹²⁴ Bundesnaturschutzgesetz vom 29.07.2009 (BGBl. I S. 2542), das zuletzt durch Artikel 4 Absatz 100 des Gesetzes v. 07.08.2013 (BGBl. I S. 3154) geändert worden ist.

¹²⁵ J. Doumet, in: H. Jarass/F. Petersen (Hrsg.), KrWG, 1. Aufl., § 3 Rn. 146.

¹²⁶ R. Wolf, in: S. Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 1. Aufl., § 1 Rn. 5.

¹²⁷ M. Müller-Walter, in: C. Konrad/H. Mühlbauer/ders./H. Stöckel, Naturschutzrecht, 3. Aufl., § 1 BNatSchG Rn. 3.

¹²⁸ J. Doumet, in: H. Jarass/F. Petersen (Hrsg.), KrWG, 1. Aufl., § 3 Rn. 146.

Landschaftspflegematerial unterfällt hinsichtlich seiner krautigen Fraktion, also insbesondere dem Grünschnitt und Straßenbegleitgrün¹²⁹, den Vorgaben für Bioabfälle, § 3 Abs. 7 Nr. 2 KrWG. Dadurch ist diese Biomassefraktion den biologisch abbaubaren Garten- und Parkabfällen gleichgestellt, § 3 Abs. 7 Nr. 1 KrWG. Während aber die Einordnung von Garten- und Parkabfällen als Bioabfall bereits durch Art. 3 Nr. 4 der Richtlinie 2008/98/EG vorgegeben ist, handelt es sich bei der Unterstellung der Landschaftspflegeabfälle um eine bewusst erweiternde¹³⁰ Modifikation¹³¹ des Bioabfallbegriffs durch den deutschen Gesetzgeber, um den gegenüber dem Unionsrecht weitergehenden bereits erreichten Stand der Verwertung sicherzustellen¹³². Der Begriffsbestimmung in § 3 Abs. 7 KrWG liegt erkennbar die Definition des bereits auf Grundlage des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes erlassenen § 2 Nr. 1 BioAbfV¹³³ zugrunde¹³⁴. Dagegen unterstehen die holzigen Landschaftspflegematerialien nicht dem Kreislaufwirtschaftsrecht, § 2 Abs. 2 Nr. 4 KrWG. Daher können die holzigen Landschaftspflegematerialien ohne abfallrechtliche Einschränkungen energetisch verwendet werden.

(5) Verpackungsmaterial

Bei Verpackungen handelt es sich um eine Abfallfraktion, für die der Unionsgesetzgeber durch die Richtlinie 94/62/EG besondere Vorgaben vorsieht¹³⁵. Verpackungen sind gem. Art. 3 Nr. 1 der RL 94/62/EG aus beliebigen Stoffen hergestellte Produkte zur Aufnahme, zum Schutz, zur Handhabung, zur Lieferung und zur Darbietung von Waren, die vom Rohstoff bis zum Verarbeitungserzeugnis reichen können und vom Hersteller an den Benutzer oder Verbraucher weitergegeben werden. Zur näheren Bestimmung enthält der Anhang I¹³⁶ der Richtlinie 94/62/EG eine nicht abschließende Liste zur Einordnung von bestimmten Produkten als Verpackung oder Nichtverpackung. Ferner wird im Rahmen der Begriffsbestimmungen des Art. 3 der RL 94/62/EG Biogaserzeugung als gem. Art. 3 Nr. 9 organische Verwertung und diese gem. Art. 3 Nr. 7 als stoffliche Verwertung definiert. Energetische Verwertung iSd. der Richtlinie 94/62/EG ist gem. ihres Art. 3 Nr. 8 allein die Verwendung als Energieerzeugnis durch direkte Verbrennung. Eine Reihe klassischer Verpackungsmaterialien wie Pappe und Papier sind verarbeitete Biomasse. Allerdings sind diese Stoffgruppen sehr gut stofflich wiederzuverwenden. Altpapier etwa wird als Idealbeispiel für ein Recyclingmaterial bezeichnet,

¹²⁹ Vgl. Nr. 5 der Anlage 3 zum EEG 2012.

¹³⁰ BT-Drs. 17/6052, S. 72.

¹³¹ J. Doumet, in: H. Jarass/F. Petersen (Hrsg.), KrWG, 1. Aufl., § 3 Rn. 137.

¹³² BT-Drs. 17/6052, S. 72.

¹³³ Bioabfallverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 04.04.2013 (BGBl. I S. 658), die zuletzt durch Artikel 5 der Verordnung v. 05.12.2013 (BGBl. I S. 4043) geändert worden ist.

¹³⁴ S. Delfs, in: A. Schmehl (Hrsg.), KrWG, 1. Aufl., § 3 Rn. 63.

¹³⁵ Richtlinie 94/62/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.12.1994 über Verpackungen und Verpackungsabfälle, ABIEU. L 365, S. 10.

¹³⁶ Zuletzt geändert durch Richtlinie 2013/2/EU der Kommission v. 07.02.2013 zur Änderung von Anhang I der Richtlinie 94/62/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Verpackungen und Verpackungsabfälle, ABIEU. L 37, S. 10.

für das die energetische Verwertung nach Möglichkeit nicht unterstützt werden soll¹³⁷. Entsprechend soll spätestens ab 2015 eine getrennte Erfassung von Papier erfolgen¹³⁸ und bis 2020 mindestens 50 Prozent des Papierstoffstroms Maßnahmen der Vorbereitung zur Wiederverwertung und Recycling, also der höherwertigen Verwendungsformen, zugeführt werden¹³⁹. Die Legaldefinition von Recycling in § 3 Abs. 25 KrWG schließt die energetische Verwertung wie auch die Aufbereitung zu Brennstoffen vom Recyclingbegriff aus. Die getrennte Sammlung darf daher nicht auf die energetische Verwertung gerichtet sein¹⁴⁰. Entsprechend wird für diese Stoffgruppen deutlich gegen eine energetische Verwertung gesteuert. Diese Wertung aufnehmend sind Papier und Pappe gem. § 3 Nr. 5 BiomasseV nicht als förderwürdige Biomasse anerkannt.

Neben den klassischen Holz- und Papierverpackungen sind in den vergangenen Jahren neuartige Verpackungsmaterialien aus nachwachsenden Rohstoffen am Markt verfügbar¹⁴¹ geworden. Diese biomassebasierten Produkte¹⁴² lassen sich in kompostierfähige Biokunststoffe und biobasierte, nicht bioabbaubare Materialien unterteilen. Neben Polymeren auf Biomassebasis werden z.T. auch Polymere, die zwar nicht auf Biomassebasis entstanden, aber bioabbaubar sind, erfasst¹⁴³. Sie können in unterschiedlicher Konzentration fossile Komponenten enthalten¹⁴⁴. Zwar liegt die Marktdurchdringung noch bei nur 1-2 Prozent bezogen auf das Gesamtgewicht der Kunststoffverpackungen¹⁴⁵, doch kann eine verstärkte Nutzung zu einem weiteren Strom biogener Abfallstoffe führen¹⁴⁶.

Bis Ende 2012 galten Sondervorschriften für Kunststoffverpackungen, die aus biologisch abbaubaren Werkstoffen hergestellt sind und deren sämtliche Bestandteile gemäß einer herstellerunabhängigen Zertifizierung nach anerkannten Prüfnormen kompostierbar sind. Gem. § 16 Abs. 2 VerpackV¹⁴⁷ waren sie von der Pflicht eine flächendeckende Rücknahme der Verpackungen, die beim privaten Endverbraucher¹⁴⁸ oder nicht beim privaten Endverbraucher

¹³⁷ Erw.-gr. 29 der RL 2008/98/EG.

¹³⁸ § 14 I KrWG in Umsetzung von Art. 11 I UAbs. 3 RL 2008/98/EG.

¹³⁹ Art. 2 lit. a RL 2008/98/EG.

¹⁴⁰ F. Wenzel, in: A. Schmehl (Hrsg.), GK-KrWG, 1. Aufl., § 14 Rn. 17.

¹⁴¹ Bio-PET seit 2009 und Bio-PE seit 2011 (A. Denzel/B. Kauertz/C. Derreza-Greeven, Untersuchung der Umweltwirkung von Verpackungen aus biologisch abbaubaren Kunststoffen, UBA 52/2012, S. 13).

¹⁴² Neu ist hier die Verwendung als Verpackungsmaterial. Mit Gummi, also vulkanisiertem Naturkautschuk, werden seit sehr langer Zeit biobasierte Kunststoffe genutzt.

¹⁴³ A. Denzel/B. Kauertz/C. Derreza-Greeven, Untersuchung der Umweltwirkung von Verpackungen aus biologisch abbaubaren Kunststoffen, UBA 52/2012, S. 5.

¹⁴⁴ A. Denzel/B. Kauertz/C. Derreza-Greeven, Untersuchung der Umweltwirkung von Verpackungen aus biologisch abbaubaren Kunststoffen, UBA 52/2012, S. 20 f.

¹⁴⁵ A. Denzel/B. Kauertz/C. Derreza-Greeven, Untersuchung der Umweltwirkung von Verpackungen aus biologisch abbaubaren Kunststoffen, UBA 52/2012, S. 19.

¹⁴⁶ So hat sich die globale Produktionskapazität für Biokunststoffe in den vergangenen 10 Jahren bei weiter steigender Tendenz mehr als verdreifacht (A. Denzel/B. Kauertz/C. Derreza-Greeven, Untersuchung der Umweltwirkung von Verpackungen aus biologisch abbaubaren Kunststoffen, UBA 52/2012, S. 11 f.).

¹⁴⁷ Verpackungsverordnung v. 21.08.1998 (BGBl. I S. 2379), die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung v. 17.07.2014 (BGBl. I S. 1061) geändert worden ist.

¹⁴⁸ § 6 I VerpackV.

cher¹⁴⁹ anfallen, zu gewährleisten gem. §§ 6 und 7 VerpackV, befreit. Bereits bevor die Sondervorschrift ausgelaufen war, hatte sich abgezeichnet, dass die Entwicklung der nicht biologisch abbaubaren Biokunststoffe dynamischer verläuft als jene der biologisch abbaubaren¹⁵⁰.

Für Kunststoffe soll gem. § 1 Abs. 3 Satz 2 VerpackV für mindestens 22,5 Prozent der Kunststoffmasse eine stoffliche Verwertung erreicht werden, die wieder zu Kunststoff führt.

Dies kann gerade bei Kunststoffen zu praktischen Problemen führen¹⁵¹. Zunächst ist begrifflich zu unterscheiden zwischen biologisch abbaubaren Kunststoffen und Kunststoffen aus nachwachsenden Rohstoffen. Während die erstgenannten auch aus fossilstämmigen Polymeren bestehen können und sich ihr Bioanteil auf die Abbaubarkeit durch biologische Prozesse innerhalb einer relativ kurzen Zeitspanne bezieht, bildet Biomasse bei Kunststoffen aus nachwachsenden Rohstoffen nur die Rohstoffgrundlage, eine biologische Abbaubarkeit geht damit nicht automatisch einher. Auch ist ein hinreichender Abbauerfolg zumeist nur bei einer Behandlung in Anlagen mit einer hohen Temperatur, entsprechenden Bakterienständen und hoher Feuchtigkeit sichergestellt¹⁵².

Da die biologisch abbaubaren Kunststoffe hinsichtlich ihrer stofflichen Eigenschaften mit sonstiger kompostierbarer Biomasse vergleichbar sind, können sie gem. § 3 Abs. 7 Nr. 4 KrWG unter den Bioabfallbegriff fallen. Produktbedingte, geringe fossile Anteile sind für diese Einordnung als Bioabfall nicht schädlich¹⁵³. Die Gesetzesbegründung nennt gerade biologisch abbaubare Werkstoffe aus überwiegend nachwachsenden Rohstoffen, wie namentlich Kunststofffolien, als typische Anwendungsfälle für § 3 Abs. 7 Nr. 4 KrWG¹⁵⁴. Allerdings wird diese Auffassung mit dem Hinweis darauf kritisiert, dass auch für den Auffangtatbestand des § 3 Abs. 7 Nr. 4 KrWG nicht nur das Tatbestandsmerkmal biologisch abbaubar, sondern auch das Tatbestandsmerkmal pflanzliche oder tierische Materialien erfüllt sein müsse, und biologisch abbaubare Kunststofffolien daher nicht unabhängig von ihrer Rohstoffbasis erfasst seien¹⁵⁵. Auch nach dieser einschränkenden Auffassung sind aber biologisch abbaubare Kunststoffe aus nachwachsenden Rohstoffen von § 3 Abs. 7 Nr. 4 KrWG erfasst.

Hinsichtlich der Verwertungsform ist für biologisch abbaubares Verpackungsmaterial folglich der energetische Einsatz vorzugswürdig.

¹⁴⁹ § 7 I VerpackV

¹⁵⁰ A. Denzel/B. Kauertz/C. Derreza-Greeven, Untersuchung der Umweltwirkung von Verpackungen aus biologisch abbaubaren Kunststoffen, UBA 52/2012, S. 12.

¹⁵¹ F. Wenzel, in: A. Schmehl (Hrsg.), GK-KrWG, 1. Aufl., § 14 Rn. 17.

¹⁵² J. Hamprecht, Bioabbaubare Kunststoffe – ein Beitrag zur Förderung der Kompostierung in Deutschland, in: K. Wiemer/M. Kern/T. Raussen (Hrsg.), Bio- und Sekundärrohstoffverwertung VII, 1. Aufl., S. 249.

¹⁵³ BT-Drs. 17/6052, S. 72.

¹⁵⁴ BT-Drs. 17/6052, S. 72.

¹⁵⁵ S. Delfs, in: A. Schmehl (Hrsg.), GK-KrWG, 1. Aufl., § 3 Rn. 63.

(6) Bioabfälle

Vor dem Hintergrund, dass etwa ein Drittel der Siedlungsabfälle biologisch abbaubar¹⁵⁶ ist, stellt diese Biomasse eine erhebliche Ressource dar. Aktuell werden von jenen Bioabfällen, die getrennt behandelt werden, mehr als 70 Prozent rein stofflich in Form der Kompostierung, der Rest zumindest auch energetisch verwertet¹⁵⁷. Für diese Bioabfälle regelt die Bioabfallverordnung (BioAbfV) gestützt auf die Ermächtigungsgrundlage des § 11 Abs. 1 Satz 1 KrWG, wie Bioabfälle zu behandeln sind. Bioabfälle werden in § 2 Nr. 1 BioAbfV legaldefiniert als Abfälle tierischer oder pflanzlicher Herkunft oder aus Pilzmaterialien zur Verwertung, die durch Mikroorganismen, bodenbürtige Lebewesen oder Enzyme abgebaut werden können. Dass hierunter auch Pflanzenreste, die auf forst- oder landwirtschaftlich genutzten Flächen anfallen, zu fassen sind, ergibt sich aus einem Umkehrschluss zu § 2 Nr. 1 a.E. BioAbfV, wonach solche Pflanzenreste dann keine Bioabfälle sind, wenn sie auf diesen Flächen verbleiben. Der Anwendungsbereich der Bioabfallverordnung erstreckt sich gem. § 1 Abs. 2 BioAbfV umfassend auf Erzeuger und Besitzer (Nr. 2), Einsammler (Nr. 2a) und Behandler (Nr. 3) von Bioabfällen, die zur Verwertung als Düngemittel auf landwirtschaftlich, forstwirtschaftlich oder gärtnerisch genutzte Böden aufgebracht oder zum Zweck der Aufbringung abgegeben (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 BioAbfV) oder anders behandelt werden (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 BioAbfV). Damit ist ausdrückliches Kriterium für die Anwendbarkeit der Normen eine stoffliche Nutzung. Ausgenommen vom Anwendungsbereich sind gem. § 1 Abs. 3 BioAbfV Bioabfälle, in Haus-, Nutz- und Kleingärten (Nr. 1) und die Eigenverwertung von pflanzlichen Bioabfällen (Nr. 2).

Eine besondere Regelung bezüglich der Kreislaufwirtschaft für Bioabfälle und Klärschlämme enthält § 11 KrWG. Abs. 1 normiert eine Pflicht zur Getrenntsammlung von Bioabfällen, sofern dies zur Erfüllung der Anforderungen nach § 7 Abs. 2 bis 4 und § 8 Abs. 1 KrWG erforderlich ist. Die Anforderungen schließen die Berücksichtigung der technischen Möglichkeiten und wirtschaftlichen Zumutbarkeit nach § 7 Abs. 4 namentlich ein¹⁵⁸. Dies dient der Umsetzung des Art. 22 Satz 1 lit. a Richtlinie 2008/98/EG, durch den die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, Maßnahmen zur Förderung der getrennten Sammlung, Behandlung und Verwendung von Bioabfällen zu treffen.

Absatz 2 enthält eine umfassende Verordnungsermächtigung für die Bundesregierung bezüglich der Verwertung von Bioabfällen und Klärschlämmen. Der frühere § 8 KrWG-/AbfG ermächtigte zu Regelungen bezüglich der Verwertung von biologisch abbaubaren Abfällen lediglich als Sekundärrohstoff oder als Wirtschaftsdünger (heute Dünger nach dem Düngemittelgesetz) und dies auch nur im Bereich der Landwirtschaft. Dies stellt jedoch einen sehr engen Rahmen dar, der nun mit Art. 22 Richtlinie 2008/98/EG nicht mehr vereinbar ist. Art. 22 Richtlinie 2008/98/EG enthält Vorgaben zu einer umfassenden Bioabfallverwertung. Zur nä-

¹⁵⁶ F. Wenzel, in: A. Schmehl (Hrsg.), GK-KrWG, 1. Aufl., BioAbfV vor § 1 Rn. 1.

¹⁵⁷ F. Wenzel, in: A. Schmehl (Hrsg.), GK-KrWG, 1. Aufl., § 11 Rn. 1.

¹⁵⁸ BT-Drs. 17/6052, S. 81.

heren Einordnung enthält Anlage 2 der Richtlinie eine Klassifizierung der Verwertungsverfahren. Hier wird die Aufbringung auf den Boden zum Nutzen der Landwirtschaft oder zur ökologischen Verbesserung als Verwertungsverfahren R 10 erfasst. Damit wird die umweltpolitische Zielsetzung der umfassenden Verwertung von Bioabfällen unter Berücksichtigung des abfallspezifischen Gefahrenpotentials vorgegeben. Umfasst wird hiervon die Nutzung der stofflichen Eigenschaften von Bioabfällen und Klärschlamm über die Düngung hinaus, beispielsweise zur Bodenverbesserung oder Rekultivierung innerhalb wie auch außerhalb der Landwirtschaft, ebenso wie die Energiegewinnung, beispielsweise im Wege der Vergärung in einer Biogasanlage¹⁵⁹. § 11 Abs. 2 Satz 1 KrWG beinhaltet eine nicht abschließende Aufzählung von Verordnungsermächtigungen zur Förderung der Verwertung von Bioabfällen und Klärschlamm, die in den einzelnen Nummern eine Vielzahl von Möglichkeiten enthält.

Durch das Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz wurde bereits die Möglichkeit des Entsorgungsfachbetriebs für den Bereich der Bioabfall- und Klärschlammverwertung eingeführt. Daneben bietet § 12 KrWG nun die Möglichkeit ein Qualitätssicherungssystem zu errichten. Das Qualitätssicherungssystem dient der verbindlichen und kontinuierlichen Gewährleistung eines bestimmten Maßes an Qualität erzeugter, behandelter und verwerteter Bioabfälle und Klärschlämme einschließlich mitbehandelter und mitverwerteter anderweitiger Stoffe und Materialien (z.B. in der Kofermentation, Kompostierung oder Gemischherstellung). Hingegen werden mit der Institution des Entsorgungsfachbetriebs (vgl. §§ 56, 57 KrWG) Entsorgungstätigkeiten lediglich zertifiziert¹⁶⁰.

Steuernde Wirkung auf Bioabfälle entfaltet die Bioabfallverordnung, indem gem. § 3 Abs. 1 BioAbfV grundsätzlich eine hygienisierende Behandlung durchzuführen ist. Dabei ist die thermophile Vergärung gem. § 2 Nr. 2 lit. c BioAbfV eine der zulässigen hygienisierenden Behandlungen. Während die seuchen- und phytohygienischen Anforderungen bei der Kompostierung bereits länger erprobt waren, fehlten beim Erlass der Bioabfallverordnung 1998 entsprechende gesicherte Erfahrungen für Biogasanlagen¹⁶¹. Die Vorgaben sind nunmehr im Anhang 2 der Bioabfallverordnung konkretisiert.

Spätestens ab dem 1. Januar 2015 sollen Bio- und Grünabfälle deutschlandweit getrennt gesammelt und so eine Nutzung in höherem Maße gewährleistet werden, § 11 Abs. 1 KrWG. Dadurch wird mit einer signifikanten Steigerung der verfügbaren Bioabfälle gerechnet¹⁶². Denn erst die getrennte Erfassung macht eine gezielte Verwertung durch Kompostierung oder Vergärung möglich¹⁶³. Dies zeigt sich daran, dass in Restmülltonnen bisher mehr als 50

¹⁵⁹ BT-Drs. 17/6052, S. 81.

¹⁶⁰ BT-Drs. 17/6052, S. 82.

¹⁶¹ C.-G. Bergs, Novellierung der Bioabfall- und Klärschlammverordnung – Stand und Konsequenzen für die Praxis, in: K. Wiemer/M. Kern (Hrsg.), Bio- und Sekundärrohstoffverwertung V, 1. Aufl., S. 457.

¹⁶² J. Doumet, in: H. Jarass/F. Petersen (Hrsg.), KrWG, 1. Aufl., § 11 Rn. 16.

¹⁶³ B. Kehres, Stoffliche versus energetische Verwertung von Bioabfällen vor dem Hintergrund der Abfallrahmenrichtlinie, in: K. Wiemer/M. Kern (Hrsg.), Bio- und Sekundärrohstoffverwertung V, 1. Aufl., S. 485.

Prozent der Abfallmasse aus biogenem Kohlenstoff bestand¹⁶⁴. Allerdings ist der tatsächliche Vollzug dieser Verpflichtung bislang nicht sichergestellt¹⁶⁵.

Die grundsätzliche Ausrichtung der Bioabfallverwertung richtet sich also auf eine stoffliche Nutzung. Dabei ist der Kaskadenweg über eine zwischengeschaltete energetische Nutzung eröffnet. Deutlichere Lenkungswirkung könnte eine Konkretisierung der Hochwertigkeit der Verwertung durch eine auf § 8 Abs. 2 Satz 2 KrWG gestützte Rechtsverordnung entfalten¹⁶⁶. Eine solche besteht bisher nicht.

c. Lenkung durch Förderung der energetischen Verwertung – EEG 2000 bis 2014

Neben den vorgenannten ordnungsrechtlichen Weichenstellungen hin zu einer energetischen Verwertung von Biomasse setzen Regelungen der verschiedenen Erneuerbare-Energien-Gesetze finanzielle Anreize für die Verwendung von biogenen Reststoffen. Konkret wird durch die finanzielle Förderung der Verstromung die energetische Biomassennutzung gestärkt. Die nachfolgende Darstellung soll aufzeigen, welche Stoffe in den wesentlichen Erneuerbare-Energien-Gesetz-Versionen seit 2000 besondere Anreize erhalten haben¹⁶⁷ und erhalten.

(1) EEG 2000

In der Urfassung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes enthielt § 5 Abs. 1 EEG 2000 eine Vergütungsvorschrift für Strom aus Biomasse, welche wegen § 5 Abs. 1 a.E. EEG 2000 erst mit Inkrafttreten der Rechtsverordnung nach § 2 Abs. 1 Satz 2 EEG 2000, der Biomasseverordnung, wirksam wurde. Gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 EEG 2000 durfte der Verordnungsgeber Vorschriften erlassen, welche Stoffe und technischen Verfahren bei Biomasse in den Anwendungsbereich des Erneuerbare-Energien-Gesetz fallen. Für alle erfassten Stoffe und Energiebereitstellungsverfahren war der Vergütungssatz in Abhängigkeit von drei kapazitätsbezogenen Vergütungsstufen einheitlich.

Die Urfassung der Biomasseverordnung bestimmt in § 2 Abs. 1 BiomasseV, dass alle aus Phyto- und Zoomasse resultierende Folge- und Nebenprodukte, Rückstände und Abfälle Biomasse iSd. Biomasseverordnung sind. Nachfolgend werden drei Arten von biogenen Reststoffen unterschieden. Zunächst jene, die unter die Definition von § 2 Abs. 1 BiomasseV fallen und in der nicht abschließenden Aufzählung des § 2 Abs. 2 BiomasseV näher bestimmt werden. Weiterhin jene, die gem. § 2 Abs. 3 BiomasseV unabhängig von der Grunddefinition

¹⁶⁴ K. Wiemer/M. Kern, in: dies. (Hrsg.), Bio- und Sekundärrohstoffverwertung VI, 1. Aufl., S. 5.

¹⁶⁵ K. Fricke/C. Heußner/A. Hütter/T. Turk, in: K. Wiemer/M. Kern (Hrsg.), Bio- und Sekundärrohstoffverwertung IX, 1. Aufl., S. 180.

¹⁶⁶ K. Fricke/C. Heußner/A. Hütter/T. Turk, in: K. Wiemer/M. Kern (Hrsg.), Bio- und Sekundärrohstoffverwertung IX, 1. Aufl., S. 180.

¹⁶⁷ Da ein großer Teil der Anlagenkapazität auch weiterhin dem Rechtsregime der vergangenen EEG-Versionen unterstehen, erfolgt auch eine Betrachtung der Altregelungen.

des § 2 Abs. 1 BiomasseV als Biomasse iSd. Biomasseverordnung gelten und schließlich solche, die zwar der Grunddefinition unterfallen, aber gem. § 3 BiomasseV als Nichtbiomasse bestimmt werden. Zur ersten Gruppe zählen insbesondere Abfälle und Nebenprodukte pflanzlicher und tierischer Herkunft aus der Land-, Forst- und Fischwirtschaft (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 BiomasseV), sowie Biobfälle iSv. § 2 Nr. 1 BioAbfV. Zur letztgenannten Gruppe zählt neben Papier und Pappe (§ 3 Nr. 5 BiomasseV) auch stark belastetes Altholz (§ 3 Nr. 4 BiomasseV). Dagegen gilt belastetes Altholz, also gem. § 2 Abs. 3 Nr.1 BiomasseV all jenes Altholz, welches nicht nach § 3 Nr. 4 BiomasseV ausgeschlossen ist, gem. § 2 Abs. 3 Nr.1 BiomasseV als Biomasse iSd. Biomasseverordnung.

Eine herausgehobene Förderung der biogenen Reststoffe lässt sich nicht feststellen. Vielmehr führt die Biomasseförderung durch das Erneuerbare-Energien-Gesetz 2000 die 1998 vollzogene Abkehr¹⁶⁸ von einer auf Reststoffe begrenzten Förderung der Biomasseverstromung fort¹⁶⁹.

(2) EEG 2004

In § 3 Abs. 1 EEG 2004 wird erstmals ausdrücklich klargestellt, dass auch Biogas von Energie aus Biomasse erfasst ist und zudem Energie aus dem biologisch abbaubaren Anteil von Abfällen aus Haushalten und Industrie erneuerbare Energie ist. Die Bestimmung der erfassten Biomasse wird auch durch § 8 Abs. 7 EEG 2004 dem Ordnungsgeber überantwortet. Die Vergütung erfolgt gem. § 8 Abs. 1 EEG 2004 nach vier Vergütungsklassen. Biomasse ist weiterhin solche iSd. Biomasseverordnung. Die Vorgaben der Biomasseverordnung sind unverändert wie B.II.2.(1) dargestellt.

Ferner wird erstmals neben der Unterscheidung nach Anlagengröße auch hinsichtlich der eingesetzten Stoffe eine Differenzierung der Vergütung vorgenommen. Dabei ergeben sich erste Tendenzen die einzelnen Stoffströme in die energetische Nutzung stärker in den rechtlichen Fokus zu nehmen. Erstmals stellt die energetische Nutzung von Altholz einen eigenen Regelungsbestand dar, an dem eine nach der Beschaffenheit des Altholz teilweise nur sehr restriktive Förderung anknüpft. So wird gem. § 8 Abs. 1 Satz 2 die Vergütung bei auch teilweisem Einsatz von Altholz der belasten Altholzkategorien A III und A IV auf 3,9 ct/kWh, und damit weniger als die Hälfte der Vergütung nach der am niedrigsten vergüteten Leistungsklasse¹⁷⁰, begrenzt. Der Einsatz von Altholz wird im EEG 2004 also restriktiver gefördert.

Weiterhin gewährt § 8 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 eine erhöhte Vergütung für die drei unteren Vergütungsklassen beim Einsatz von Pflanzen oder Pflanzenbestandteilen, die in landwirtschaftlichen, forstwirtschaftlichen oder gartenbaulichen Betrieben oder im Rahmen der Landschaftspflege anfallen und die keiner weiteren als der zur Ernte, Konservierung oder Nutzung in der Biomasseanlage erfolgten Aufbereitung oder Veränderung unterzogen wur-

¹⁶⁸ Vgl. dazu *P. Salje*, Stromeinspeisungsgesetz, 1. Aufl., Einf. Rn. 40 f.

¹⁶⁹ *M. Altröck*, Subventionierende Preisregelungen, 1. Aufl., S. 18.

¹⁷⁰ Gem. § 8 I Nr. 4 EEG 2004 beträgt die Vergütung für Strom aus Anlagen mit mehr 5 MW 8,4 ct/kWh.

den (lit. a) und Gülle und Schlempe (lit. b). Die Erhöhung wird gem. § 8 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 für Anlagen mit mehr als 500 Kilowatt bis einschließlich 5 Megawatt auf 2,5 Cent pro Kilowattstunde¹⁷¹ begrenzt, wenn der Strom durch die Verbrennung von Holz erzeugt wird.

Abschließend wird durch § 8 Abs. 4 EEG 2004 die Vergütung der drei unteren Klassen um weitere 2,0 Cent pro Kilowattstunde erhöht, wenn die Stromerzeugung durch den Einsatz von besonderen Techniken, wie der thermochemischen Vergasung oder Trockenfermentation, erfolgt, oder das Gas auf Erdgasqualität aufbereitet wurde. Eine Einspeisung ins Erdgasnetz ist für die erhöhte Vergütung nicht nötig¹⁷². Daraus erwächst aber kein steuernder Impuls hinsichtlich der eingesetzten Stoffe.

Während der Einsatz von Altholz restriktiver gefördert wurde, bewirkt die Gewährung des Bonus für nachwachsende Rohstoffe und Gülle gem. § 8 Abs. 2 EEG 2004 eine Besserstellung dieser Stoffe gegenüber nicht erfassten biogenen Reststoffen. Deren Einsatz wird zusätzlich durch das Ausschließlichkeitsgebot des § 8 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2004 erschwert, da der Einsatz zum Wegfall des Bonus für Strom aus nachwachsenden Rohstoffen führt.

(3) EEG 2009

Im Erneuerbare-Energien-Gesetz 2009 blieb das Vergütungssystem auf eine vorrangige Förderung von nachwachsenden-Rohstoff-Anlagen ausgerichtet und die durch die Biomasseverordnung erfassten Stoffe unverändert. Allerdings wurde durch § 27 Abs. 3 EEG 2009 das Ausschließlichkeitsprinzip gelockert. Nunmehr konnte in einer Anlage sämtliche Biomasse iSv. § 3 Nr. 3 EEG 2009 eingesetzt werden und eine anteilige Vergütung¹⁷³ des aus Biomasse iSd. Biomasseverordnung gewonnen Stroms erfolgen¹⁷⁴. Dadurch wird der Einsatz jener Reststoffe, wie etwa Klärschlamm¹⁷⁵ vereinfacht, die durch § 3 BiomasseV nicht als Biomasse iSd. Biomasseverordnung anerkannt sind. Eine weitere Lockerung betrifft die förderfähige Anlagengröße. Zwar erfolgt weiterhin eine Förderung durch Stromvergütung nur bis zu einer Anlagenleistung von 20 Megawatt, allerdings können nunmehr auch größere Anlagen bis zu einem Umfang von 20 Megawatt gefördert werden¹⁷⁶.

Weiterhin konnte zusätzlich zur Grundvergütung eine erhöhte Vergütung durch mehrere miteinander kombinierbare Boni erzielt werden¹⁷⁷. Dabei führt der Bonus für Strom aus nachwachsenden Rohstoffen nach § 27 Abs. 4 Nr. 2 iVm. Anlage 2 EEG 2009 den Bonus für Strom aus nachwachsenden Rohstoffen nach § 8 Abs. 2 EEG 2004 fort¹⁷⁸. Dessen Ausgestal-

¹⁷¹ Statt der einer Erhöhung um 4,0 ct/kWh.

¹⁷² V. Oschmann/J. Vollprecht, in: M. Altröck/V. Oschmann/C. Theobald (Hrsg.), EEG, 2. Aufl., § 8 Rn. 100a.

¹⁷³ BT-Drs. 18/8148, S. 55.

¹⁷⁴ F. Ekardt, in: W. Frenz/ H.-J. Muggenborg (Hrsg.), EEG, 1. Aufl., § 27 Rn. 33.

¹⁷⁵ BT-Drs. 18/8148, S. 55.

¹⁷⁶ BT-Drs. 18/8148, S. 56.

¹⁷⁷ BT-Drs. 18/8148, S. 56.

¹⁷⁸ F. Ekardt, in: W. Frenz/ H.-J. Muggenborg (Hrsg.), EEG, 1. Aufl., § 27 Rn. 46.

tung sollte einer „Fehlleitung von Abfallströmen“ begegnen¹⁷⁹. Ferner sollte der Ausbau der Biomasseverstromung von der Verfügbarkeit der begrenzten Menge an biogenen Reststoffen entkoppelt werden¹⁸⁰. Neu hinzu kam ein Gülle-Bonus in Form eines nach Anlage 2 Nr. VI. 2. EEG 2009 erhöhten Bonus für Strom aus nachwachsenden Rohstoffen. Dieser erhöht gem. Anlage 2 Nr. VI. 2. lit. b EEG 2009 den Bonus für Strom aus nachwachsenden Rohstoffen um 4,0¹⁸¹ bzw. 1,0¹⁸² Cent pro Kilowattstunde, wenn der Anteil der eingesetzten Gülle jederzeit mindestens 30 Prozent beträgt. Obwohl die Regelung den Einsatz von Gülle stärken sollte¹⁸³, wurde die Erhöhung nicht anteilig auf die eingesetzte Gülle beschränkt. Die Anreizwirkung zum Einsatz von deutlich mehr als 30 Prozent Gülle war daher sehr begrenzt. Im Gegenteil gerade in Regionen mit hoher Viehdichte wurden Fehlanreize gesetzt, was zu einer defacto Anreizung von verstärktem Energiemaiseinsatz führte¹⁸⁴. Noch weiter ließ sich die Höhe des Bonus für Strom aus nachwachsenden Rohstoffen über den Landschaftspflegebonus nach Anlage 2 Nr. VI. 2.) EEG 2009 steigern, wenn überwiegend Landschaftspflegematerial eingesetzt wurde, also absolut mehr als 50 Prozent der im Jahr eingesetzten Masse¹⁸⁵ im Rahmen der Landschaftspflege anfällt.

Weiterhin wurde die Bonusvergütung für Holz differenziert. Zwar beträgt der Bonus für Strom aus nachwachsenden Rohstoffen für Holz gem. Anlage 2 Nr. VI.1.b EEG 2009 nur 2,5 Cent pro Kilowattstunde, doch wird Landschaftspflegeholz und solches aus Kurzumtriebsplantagen gem. Anlage 2 Nr. VI.1.b EEG 2009 von dieser Reduzierung ausgenommen. Dies stärkt den Einsatz dieser Reststoffe.

Durch das Erneuerbare-Energien-Gesetz 2009 wird die Nutzung von biogenen Reststoffen zwar erleichtert, aber durch die gleichzeitig erhebliche Aufwertung der Nachwachsenden-Rohstoff-Vergütung im Ergebnis schwächer angereizt.

(4) EEG 2012

Mit dem Inkrafttreten des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2012 wurde zeitgleich die Biomasseverordnung geändert und dadurch Altholz mit Ausnahme von Industrierestholz nunmehr gem. § 3 Nr. 4 BiomasseV als nicht Biomasse iSd. Biomasseverordnung eingestuft. Für eine wichtige Fraktion der biogenen Reststoffe wird daher auf Förderung verzichtet. Darüber hinaus wird die Förderung weiter ausdifferenziert. Zusätzlich zur fortbestehenden Struktur von Grundvergütung und Bonuserhöhung treten zwei zusätzliche Vergütungsarten für Bioabfälle (§ 27a EEG 2012) und kleine Gülleanlagen (§ 27b EEG 2012). Dabei differenziert die Bonusvergütung über neu eingeführte Einsatzstoffvergütungsklassen nach Anlage 1 bis 3 Bio-

¹⁷⁹ BT-Drs. 18/8148, S. 79.

¹⁸⁰ BT-Drs. 18/8148, S. 79.

¹⁸¹ Bis einschließlich einer Leistung von 150 kW.

¹⁸² Bis einschließlich einer Leistung von 500 kW.

¹⁸³ BT-Drs. 18/8148, S. 81.

¹⁸⁴ A. Rostankowski/J. Vollprecht, in: M. Altröck/V. Oschmann/C. Theobald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., § 27b Rn. 6.

¹⁸⁵ F. Ekardt in: W. Frenz/ H.-J. Müggenborg (Hrsg.), EEG, 1. Aufl., § 27 Rn. 67.

masseV noch stärker nach den eingesetzten Stoffen. Einsatzstoffe können kombiniert werden und so eine anteilige¹⁸⁶ Erhöhung der Vergütung nach sich ziehen¹⁸⁷. In den Anlagen zur Biomasseverordnung werden jene Stoffe aufgeführt, die keine erhöhte Vergütung begründen (Anlage 1), die eine erhöhte¹⁸⁸ (Anlage 2) und eine besonders erhöhte¹⁸⁹ (Anlage 3) Vergütung begründen. Biogene Reststoffe finden sich in allen Anlagen. So unterfallen bestimmte Lebensmittelreste wie Altbrot (Nr. 1), Backabfälle (Nr. 2) und Speisereste (Nr. 50) der Anlage 1. Dagegen finden sich Waldrestholz (Nr. 25) und sonstige Pflanzenbestandteile zur Feststoffverbrennung, die in landwirtschaftlichen, forstwirtschaftlichen oder gartenbaulichen Betrieben anfallen und keiner weiteren Aufarbeitung unterzogen werden (Nr. 26), der Anlage 2. Und schließlich finden sich mit Geflügelmist (Nr. 3), Landschaftspflegematerial (Nr. 5) und Stroh (Nr. 16) weitere biogene Reststoffe in Anlage 3. Die Einordnung der einzelnen Stoffe erscheint nicht zwingend, so ist Baum- und Strauchschnitt ausdrücklich auch in Form von Straßenbegleitholz als Nr. 19 in Anlage 3 enthalten und begründet daher eine besonders erhöhte Vergütung, dagegen ist Straßenbegleitgras als Nr. 51 der Anlage 1 unterstellt und damit gar nicht vergütungserhöhend. Gleichwohl wird mit der Differenzierung versucht, die Verwertung von ökologisch hochwertigen Einsatzstoffen anzureizen¹⁹⁰. So liegt der Grund für die besonders erhöhte Förderung der Verwendung von den in Anlage 3 genannten tierischen Ausscheidungen in der Möglichkeit über deren Verwendung die Emission von Methan gegenüber der Direktausbringung dieser Stoffe zu reduzieren¹⁹¹.

Mit dem Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012 wurden zwei besondere Vergütungsarten speziell für biogene Reststoffe eingeführt, welche zu Biogas vergärt werden. Zunächst gewährt § 27a EEG 2012 eine erhöhte Vergütung für den Einsatz von bestimmten Bioabfällen in Biogasanlagen. Erfasst sind gem. § 27a Abs. 1 EEG 2012 getrennt erfassten Bioabfällen iSd. Abfallschlüssel Nummer 20 02 01, 20 03 01 und 20 03 02 der Nummer 1 des Anhangs 1 der BioAbfV.

Die Nummer 20 02 01 der Nummer 1 des Anhangs 1 der BioAbfV bezeichnet biologisch abbaubare Abfälle von Sportanlagen, -plätzen, -stätten und Kinderspielplätzen (soweit nicht Garten- und Parkabfälle), biologisch abbaubare Friedhofsabfälle, biologisch abbaubare Garten- und Parkabfälle, Gehölzrodungsrückstände (soweit nicht Garten- und Parkabfälle), Landschaftspflegeabfälle, pflanzliche Abfälle aus der Gewässerunterhaltung (soweit nicht Garten- und Parkabfälle) und pflanzliche Bestandteile des Treibseils (einschließlich von Küsten- und Uferbereichen). Die Nummer 20 03 01 der Nummer 1 des Anhangs 1 der BioAbfV

¹⁸⁶ Vgl. § 27 II EEG 2012 „soweit“.

¹⁸⁷ § 2a I BiomasseV.

¹⁸⁸ Gem. § 27 II Nr. 1 EEG 2012 leistungsabhängig zwischen 4,0 und 6,0 ct/kWh; bei Einsatz von Waldrestholz und Rinde ab 500 kW 2,5 ct/kWh.

¹⁸⁹ Gem. § 27 II Nr. 2 EEG 2012 leistungsabhängig zwischen 4,0 und 6,0 ct/kWh.

¹⁹⁰ BT-Drs. 17/6071, S. 99.

¹⁹¹ A. Rostankowski/J. Vollprecht, in: M. Altröck/V. Oschmann/C. Theobald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., BiomasseV Rn. 125.

bezeichnet gemischte Siedlungsabfälle in Form von getrennt erfassten Bioabfällen und Nummer 20 03 02 der Nummer 1 des Anhang 1 der BioAbfV bezeichnet pflanzliche Markt-
abfälle. Um die hohen Vergütungssätze¹⁹² von 16,0 Cent pro Kilowattstunde bis zu einer Bemessungsleistung von 500 Kilowatt und 14,0 Cent pro Kilowattstunde bis zu einer Bemessungsleistung von 20 Megawatt¹⁹³ zu erhalten, müssen im Durchschnitt des Kalenderjahres mindestens 90 Masseprozent der Einsatzstoffe den genannten Bioabfällen unterfallen. Diese Regelung soll die betroffenen Abfallströme, welche aktuell vorrangig kompostiert und damit stofflich genutzt werden, einer vorgeschalteten energetischen Nutzung zuführen¹⁹⁴. Die Zwischenschaltung der energetischen Nutzung wird durch § 27a Abs. 3 EEG 2012 als Verpflichtung deutlich, da der Vergütungsanspruch nur bei stofflicher Verwertung der nachgerotteten Gärreste besteht. Eine Kombination mit der Vergütung nach § 27 EEG 2012 ist gem. § 27a Abs. 4 EEG 2012 ausdrücklich ausgeschlossen.

Zuletzt ist die besondere Vergütungsstruktur für kleine Gülleanlagen gem. § 27b Abs. 1 EEG 2012 zu nennen¹⁹⁵. Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist auf Anlagen begrenzt, in denen Stromerzeugung und Biogaserzeugung am selben Standort erfolgen (§ 27b Abs. 1 Nr. 1 EEG 2012), in denen die installierte Leistung insgesamt höchstens 75 Kilowatt beträgt (§ 27b Abs. 1 Nr. 2 EEG 2012) und in denen im Jahresdurchschnitt mindestens 80 Masseprozent Gülle eingesetzt werden. Für Strom aus diesen Anlagen besteht ein Vergütungsanspruch iHv. 25,0 Cent pro Kilowattstunde. Zweck dieser Vorschrift ist es, die mit der direkten Ausbringung von Gülle verbundenen Treibhausgasemissionen zu reduzieren¹⁹⁶.

Das Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012 hat auf unterschiedliche biogene Reststoffe deutlich unterschiedliche Lenkungswirkungen. Insbesondere die Einführung einer eigenen Vergütungsart für bestimmte Bioabfälle soll die betroffenen Stoffe in die energetische Nutzung umleiten.

(5) EEG 2014

Mit Inkrafttreten des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014 wurde die Förderung der Biomasseverstromung grundlegend geändert und in ihrer Struktur vereinfacht. Für die Betrachtung der Lenkungswirkung auf biogene Reststoffe ist die Systemumstellung auf nunmehr verpflichtende Direktvermarktung (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014) mit nur noch ausnahmsweiser Einspeisevergütung (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2014) nicht erheblich, da hiervon die eingesetzten Stoffe nicht betroffen sind. Wichtiger ist die Abkehr von der seit dem Erneuerbare-Energien-Gesetz 2004 eingeführten Unterscheidung von Grundvergütung und einsatzstoffabhängiger Vergütungserhöhung. Gem. § 44 wird Biomasseverstromung nur noch mit einer

¹⁹² Auch diese Sätze unterliegen gem. § 20 I EEG 2012 der Degression.

¹⁹³ Damit ist die förderfähige Leistung nicht wie bei der Vergütung nach Einsatzstoffklassen gem. § 27 II und III EEG 2012 auf 5 MW begrenzt.

¹⁹⁴ BT-Drs. 17/6071, S. 73.

¹⁹⁵ Diese basiert auf Handlungsempfehlungen des EEG-Erfahrungsberichts 2011 (BT-Drs. 17/6085, S. 8).

¹⁹⁶ A. Rostankowski/J. Vollprecht, in: M. Altrock/V. Oschmann/C. Theobald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., § 27b Rn. 4.

Grundförderung angereizt. Diese ist weiterhin in vier Bemessungsleistungsstufen (150 Kilowatt, 500 Kilowatt, 5 Megawatt, 20 Megawatt) gestaffelt und ist damit strukturgleich zur Vergütung nach § 5 EEG 2000. Alleinige Überbleibsel der einsatzstoffabhängigen Förderhöhe bilden die fortbestehenden Sonderfördertatbestände für Vergärung von Bioabfällen (§ 45 EEG 2014) und kleine Gülleanlagen (§ 46 EEG 2014). Diese beiden Vorschriften gelten ungeachtet einer redaktionellen Umstellung der für beide geltenden gemeinsamen Vorschriften in § 47 EEG 2014 materiell unverändert fort. Auch die Förderhöhe wurde lediglich hinsichtlich der seit 2012 eingetretenen Degression angepasst. Das Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 reizt zum einen die Nutzung von biogenen Reststoffen verglichen mit der Nutzung nachwachsender Rohstoffe relativ stärker an, soweit die biogenen Reststoffe kostengünstiger zu beschaffen sind, zum anderen bleibt der Stimulus für die Vergärung bestimmter Bioabfälle bestehen.

3. Zwischenfazit

Eine grundsätzlich vorrangige Lenkung in die stoffliche oder energetische Nutzung lässt sich nicht einheitlich feststellen. Zwar ist der Ausgangspunkt des abfallrechtlichen Rahmens eine vorrangig stoffliche Verwertung, doch stellen zahlreiche abfallrechtliche Normen eine Gleichwertigkeit der Nutzungsformen und damit ein Wahlrecht zur energetischen Nutzung her.

III. Lenkung innerhalb der energetischen Nutzung

Da Biomasse, wie oben ausgeführt, eine zwar erneuerbare, aber doch begrenzte Ressource darstellt, ist ein bewusster Einsatz angezeigt. Im Folgenden soll untersucht werden, ob und wie rechtliche Vorgaben steuernde Effekte hinsichtlich der Verwendung als Energieträger entfalten oder entfalten sollen. Dies kann sich sowohl auf die drei großen Energiefelder beziehen, als auch innerhalb der Felder. Eine (gekoppelte) Verstromung von Holz etwa kann in größeren Anlagen einen höheren elektrischen Wirkungsgrad erreichen¹⁹⁷, liefert aber dementsprechend auch mehr Wärme. Deren Nutzung ist wirtschaftlich und ökologisch angezeigt, setzt aber entsprechend viele oder große Wärmesenken voraus¹⁹⁸. Da größere Wärmesenken, auch in Form von (Fern-)Wärmenetzen nicht flächendeckend vorhanden sind, könnte eine Steuerung hinsichtlich der bevorzugten Verstromungsanlagengröße mittelbar zu einer regionalen Steuerung der Erzeugungsanlagen führen. Steuernde Wirkung können aber auch Vorgaben für Wärmespeicher und Holzlagerstätten entfalten. Die Wahl hinsichtlich der Energieerzeugungsanlage wiederum wird auch von immissionsschutz- und energieeffizienzrechtlichen Vorgaben bestimmt, welche von verschiedenen Anlagenarten unterschiedlich

¹⁹⁷ C. Aeschbacher, *Grünes Licht für die Holzenergie* (Interview), *energeia* 6/2011, S. 2 (3).

¹⁹⁸ Dieses problematische Verhältnis besteht in gleicher Weise auch bei Biogasverstromung.

aufwendig erreicht werden können. Entsprechend gilt es die Lenkung innerhalb der energetischen Nutzung zu analysieren.

1. Bei nachwachsenden Rohstoffen

Holzenergie wird durch drei wesentliche Erscheinungsformen des Energieträgers Holz bereitgestellt: Stückholz, Hackschnitzel und Pellets. Diese unterscheiden sich hinsichtlich der bevorzugten Energieumwandlungsanlage. So können verarbeitete Pellets hinsichtlich ihrer komfortablen, weil durch Standardisierung hinsichtlich der energetischen Eigenschaften homogenisierenden Eigenschaften, gut in kleinen Anlagen als Heizölersatz dienen¹⁹⁹.

2. Bei Rest- und Abfallstoffen

a. Mehrfachanrechnung auf Biokraftstoffquote

Im Rahmen der aktuellen Richtlinie 2009/28/EG wird ein Erneuerbare-Energien-Anteil im Verkehrssektor von 10 Prozent angestrebt²⁰⁰. Gem. Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 2009/28/EG sind die Mitgliedsstaaten zur Gewährleistung eines verbindlichen Mindestanteils von Energie aus erneuerbaren Quellen von 10 Prozent gemessen am Endenergieverbrauch im Verkehrssektor verpflichtet. Bereits bisher werden die Mengen der aus Rest- und Abfallstoffen gewonnenen Biokraftstoffe doppelt auf die Quote²⁰¹ angerechnet²⁰². Deutschland setzt diese Verpflichtung über die Biokraftstoffquote gem. § 37a Abs. 1 BImSchG um. Dabei werden, im Einklang mit der Richtlinie 2009/28/EG²⁰³, gem. § 7 Abs. 1 der 36. BImSchV Biokraftstoffe doppelt gewichtet²⁰⁴, wenn sie aus Abfällen hergestellt²⁰⁵ worden sind, auf die die Vorschriften des Kreislaufwirtschaftsgesetzes Anwendung finden, mit Ausnahme von pflanzlichen Fetten und Ölen, die zum Braten oder Frittieren von Speisen verwendet worden sind (Nr. 1), Reststoffen (Nr. 2), zellulosehaltigem Non-Food-Material (Nr. 3) oder lignozellulosehaltigem Material (Nr. 4). § 7 Abs. 4 der 36. BImSchV liefert eine Legaldefinition für Reststoffe iSd. Anrechnungsvorschrift. Danach sind Reststoffe Rohglycerin (Nr. 1), Tallölpech (Nr. 2), Gülle und Stallmist (Nr. 3), Stroh (Nr. 4) und Altspeisefette und -öle (Nr. 5). Letztgenannte Fette und Öle müssen pflanzlich und gem. § 7 Abs. 4 Satz 2 der 36. BImSchV zum Braten oder Frittieren von Speisen verwendet worden sein. Zum Zweck der Verhinderung von missbräuchlicher verstärkter Abfallproduktion verlangt § 7 Abs. 4 Satz 2 der 36. BImSchV, dass die Verwendung der Fette und Öle entsprechend der üblichen Nutzung erfolgen muss, um für die

¹⁹⁹ C. Aeschbacher, *Grünes Licht für die Holzenergie* (Interview), *energeia* 6/2011, S. 2 (3).

²⁰⁰ Vgl. Erw.-gr. 7 ff. der RL 2009/28/EG.

²⁰¹ Nach § 37a I BImSchG.

²⁰² §§ 7 ff. 36. BImSchV.

²⁰³ Vgl. Art. 21 II der RL 2009/28/EG.

²⁰⁴ Gem. § 7 I 1 der 36. BImSchV anteilige Gewichtung, soweit der Biokraftstoff nur anteilig aus dem begünstigten Material hergestellt wurde.

²⁰⁵ Gem. § 7 II der 36. BImSchV darf die Herkunft der Stoffe nicht allein massebilanziell sichergestellt werden, sondern es ist eine physische Herstellung erforderlich.

Doppelanrechnung zulässig zu sein. Bei der Bestimmung der Nutzungsdauer im üblichen Rahmen ist grundsätzlich von 24 Stunden Verweilzeit auszugehen. Um einer akzeptanzgefährdend wahrgenommenen Belastung durch Biokraftstoffe aus potentiellen Nahrungs- oder Futtermitteln zu begegnen, jedoch nominell am 10 Prozent Ziel festhalten zu können, wird eine Anhebung des Anrechnungsfaktors für bestimmte Rest- und Abfallstoffe auf 4 erwogen²⁰⁶. Dabei wird einer solchen Anrechnungserhöhung durch die Bundesregierung eine starke Anreizwirkung zugesprochen²⁰⁷.

b. Nachhaltigkeitsvorgaben

Nachdem für einige Biomassefraktionen bereits in der Vergangenheit Nachhaltigkeitsvorschriften erlassen wurden, hat die Kommission im Jahr 2013 einen auf Konsultationsverfahren im Jahr 2011²⁰⁸ basierenden ersten Arbeitsentwurf für derartige Nachhaltigkeitsvorschriften auch für feste Biomasse, welche im Bereich des Strom- und Wärmesektors genutzt werden, erarbeitet²⁰⁹ und von den betroffenen Interessenvertretern beurteilt²¹⁰. Allerdings lag auch 2014 noch kein offizieller Entwurf der Kommission vor, vielmehr wurde auf die Veröffentlichung des Entwurfs verzichtet²¹¹ und in einem Arbeitsdokument der Kommission zum Stand der Nachhaltigkeit des energetischen Einsatzes von fester Biomasse werden keine europäischen Legislativinitiativen erwähnt²¹². Daher ist damit zu rechnen, dass bis auf weiteres keine verbindlichen Nachhaltigkeitsvorgaben für diese Biomassefraktionen steuernde Wirkung entfalten können.

IV. Zwischenfazit zur Lenkung der Biomasse Stoffströme

Die Regelungsdichte von stoffstromsteuernden Normen ist für die verschiedenen Biomassefraktionen sehr unterschiedlich. So lassen sich für nachwachsende Rohstoffe seit der Geltung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014 keine direkt steuernden Instrumente (mehr) feststellen. Dagegen unterliegen rest- und abfallstämmige Biomassefraktionen einem detaillierten Regelungsregime, welches die Verwendung der Teilfraktionen steuernd adressiert. Rest- und abfallstämmige Biomasse bildet eine stofflich inhomogene Gruppe von Materialien, deren tatsächliche Eigenschaften die Eignung zur stofflichen oder energetischen Nutzung in

²⁰⁶ KOM(2012) 595 endg., S. 16.

²⁰⁷ BT-Drs. 17/12429, S. 3.

²⁰⁸

Abrufbar

unter

http://ec.europa.eu/energy/renewables/consultations/doc/20110329_biomass_consultation_report.pdf (19.08.2014).

²⁰⁹ Abrufbar unter <http://www.endseurope.com/docs/130819a.pdf> (19.08.2014).

²¹⁰ Abrufbar unter http://www.cepf-eu.org/artikkel.cfm?ID_art=596 (19.08.2014).

²¹¹ Abrufbar unter https://www.forestindustries.fi/in-focus/international_affairs/eu/Current-Commission-not-to-publish-sustainability-criteria-for-solid-and-gaseous-biofuels-1843.html (19.08.2014).

²¹² KOM SWD (2014) 259 final.

hohem Maße vorgeben. Zielsetzung der verschiedenen untergesetzlichen Normen zur Regelung der Verwendung einzelner dem Abfallrecht unterfallender Biomassefraktionen ist es, rechtssicher zu klären, ob eine energetische Nutzung ohne einzelfallbezogene Lebenszyklusanalyse zulässig ist. Dies ist erforderlich, da nach der kreislaufwirtschaftsrechtlichen Abfallhierarchie die energetische Nutzung nur nachrangig zulässig ist. Eine verpflichtende energetische Nutzung, etwa bei hochkontaminierten Althölzern, bildet die Ausnahme. Im Regelfall ermöglichen die stoffstrombezogenen Normen eine freie Wahl hinsichtlich der stofflichen oder energetischen Nutzung und überlassen die tatsächliche Form der Verwertung den Marktteilnehmern. Daher sind neben den direkt steuernden Vorgaben auch jene zu beachten, die einen indirekten, wirtschaftlichen Anreiz zur Nutzung setzen. Von herausragender steuernder Wirkung lassen sich die Fördervorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes feststellen. In den verschiedenen Erneuerbare-Energie-Gesetz-Versionen werden nicht nur steuernde Impulse für abfallstämmige Biomasse, sondern auch für Nachwachsende-Rohstoff-Biomasse wirksam. Gerade die Steuerung zu einer verstärkten Nachwachsenden-Rohstoff-Biomasseverwertung wurde aber seit dem Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012 massiv eingeschränkt und im Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 aufgegeben. Dennoch bleibt eine indirekte Steuerungswirkung auf abfallstämmige Biomassefraktionen fortbestehen.

C. Räumliche Steuerung der energetischen Biomassenutzung

I. Einführung

In diesem Abschnitt wird die räumliche Dimension der energetischen Biomassenutzung untersucht, nämlich mit welchen bestehenden rechtlichen Instrumenten der Biomasseanbau und der Standort von Biomasseanlagen gesteuert werden. Die in der Einführung zu diesem Arbeitspaket genannten Konflikte beruhen überwiegend auf der umfangreichen finanziellen Förderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes, das beispielsweise mit § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 lit. a EEG 2004 besonders die Stromproduktion aus Pflanzen oder Pflanzenbestandteilen, die unter anderem in landwirtschaftlichen Betrieben anfallen, oder mit § 27 Abs. 4 Nr. 1 EEG 2009 die Stromerzeugung aus nachwachsenden Rohstoffen fördert. Durch die bislang fehlende räumliche Steuerung durch das Erneuerbare-Energien-Gesetz kann daher auch bei der räumlichen Dimension eine defizitäre Steuerung konstatiert werden. Befördert werden die Fehlentwicklungen dadurch, dass nichtbauliche Bodennutzungen, wie die Landwirtschaft, in der Regel keinen Genehmigungsvorbehalt oder behördlichen Zulassungsentscheidungen unterliegen²¹³. Es wird von staatlicher Seite mithin auch von dieser Seite kein Einfluss auf die Entscheidung der Lage oder Größe von Anbauflächen oder der Fruchtfolge genommen.

²¹³ S. Möckel, Erfordernis einer umfassenden außenverbindlichen Bodennutzungsplanung auch für nichtbauliche Bodennutzungen, DÖV 2013, S. 424 (425).

Die geschilderten Probleme sind vornehmlich solche der gasförmigen Biomasse, die unter anderem aus Produkten der Landwirtschaft wie v.a. Mais, also nicht-holzartig, erzeugt wird. Im Sektor der festen Biomasse werden für die Strom- und Wärmeproduktion hingegen Holz und holzähnliche Stoffe ohne diese Problematiken verwendet, sodass dieser Bereich hier ausgeklammert werden kann.

Im Folgenden werden bestehende Instrumente im Mehrebenensystem untersucht, die geeignet sind, dem Problem der ungesteuerten regionalen Verteilung des Biomasseanbaus zu begegnen. Zur umweltverträglichen räumlichen Steuerung der Biomasseproduktion kommen planungsrechtliche, ordnungsrechtliche und förderrechtliche Instrumente²¹⁴, sowie informative Instrumente in Betracht.

Der Begriff der Steuerung wurde bereits in der Einführung näher beleuchtet. Im vorliegenden Zusammenhang mit dem räumlichen Aspekt geht es um die gesetzgeberisch regulierende Einflussnahme darauf, wo innerhalb eines Raumes Biomasse angebaut und Biomasseanlagen zur Umwandlung der Biomasse in Energie errichtet und betrieben werden. Dabei kommen je nach Intention und Intensität Unterscheidungen in Betracht. Klassische Regelungen der Raumordnung und Bauleitplanung zielen unmittelbar darauf, Flächen zu sichern und Standorte zu ermöglichen. Solche Normen beinhalten vorliegend eine Steuerung im engeren Sinne, ihre Steuerungsfunktion erschließt sich unmittelbar.

Andere Normen haben mittelbare Auswirkungen, entweder bewusst intendiert oder als dem Gesetzgeber nicht zwingend bewusste Nebenfolge. Auch solche in einem weiteren Sinne steuernden Normen sollen vorliegend untersucht werden. Bei den nachfolgenden Normen und Instrumenten ist der Grad der Steuerung jeweils festzustellen.

Der Prüfungsaufbau unterscheidet grundsätzlich zwischen der Steuerung des Anbaus der Biomasse (II.) und der räumlichen Steuerung bei der Errichtung von Biomasseanlagen (III.), was zumindest mittelbar Auswirkungen auf den Biomasseanbau hat. Bei den Letztgenannten stehen dabei insbesondere die Bestandsanlagen im Fokus, da der Zubau von Biogasanlagen seit 2012 erheblich abgenommen hat. Dies wird in dem im Rahmen des Vorhabens vom Deutschen Biomasseforschungszentrum (DBFZ) im Auftrag des Fördermittelnehmers erstellten Gutachten zur „Regionalisierung der Förderung von Strom aus Biomasse“ (Projektnummer: P3310027) berücksichtigt.

Bei der Untersuchung des Teilaspektes der rechtlichen Steuerung sollen ebenfalls die Grenzen der rechtlichen Steuerungsmöglichkeiten aufgezeigt werden. Das Hauptproblem der räumlichen Steuerung ist hierbei der Ansatzpunkt. Der rechtliche Einfluss auf den Energiepflanzenanbau ist aufgrund der fehlenden Verknüpfung landwirtschaftlicher Tätigkeit mit planungsrechtlichen Vorgaben über ein Genehmigungsverfahren für eine räumliche Steuerung der Landwirtschaft nur sehr begrenzt und beschränkt sich im Wesentlichen auf finanzi-

²¹⁴ J. Albrecht, Planungsrechtliche Steuerung des Anbaus nachwachsender Rohstoffe unter besonderer Berücksichtigung von Natur und Landschaft, Teil 1, NuR 2013, S. 453 (454).

elle Anreize, d.h. aber freiwillige Entscheidungen des Landwirts. Ferner adressieren die zu erörternden Regelungen zumeist nur mittelbar die räumliche Verteilung des Biomasseanbaus. Im Wesentlichen sind die Instrumente auf einen umweltverträglichen Anbau ausgerichtet, der sich nur mittelbar auf die regionale Verteilung der Bodennutzung auswirkt. Bei der räumlichen Steuerung der Biomasseanlagen ist der rechtliche Einfluss zwar grundsätzlich höher einzuschätzen, da neben ordnungsrechtlichen und förderrechtlichen Instrumenten auch solche der Planung in Betracht kommen, gleichwohl beschränken sich diese Instrumente, zumindest hinsichtlich der Standortfrage, auf noch zu errichtende Anlagen. Auf den großen Bestand der Biomasse- bzw. Biogasanlagen kann mit diesen Instrumenten, da die Standortentscheidung bereits gefällt und nur schwerlich geändert werden kann, nicht mehr zugriffen werden. Aufgrund des nur noch geringen Zubaus von Biomasseanlagen ist die Reichweite möglicher Maßnahmen daher sehr beschränkt und kann die vorhandenen Probleme wenig abmildern helfen. Ferner ist fraglich, inwieweit über die Zulassung von Biomasseanlagen überhaupt Einfluss auf die Flächennutzungsintensität im Einzugsbereich der Anlage genommen werden kann²¹⁵. Der Einfluss dürfte eher mittelbarer Natur sein. Hinzu kommt schließlich, dass die Bestandsanlagen über die Erneuerbare-Energien-Gesetz-Förderung und deren 20-jährige Zahlungsverpflichtung an die Anlagenbetreiber gem. (zuletzt) § 21 Abs. 2 Satz 1 EEG 2012 auch nicht mehr nachträglich adressiert werden können. Eine Einflussnahme auf die verwendeten (zuvor angebauten) Einsatzstoffe kann daher förderrechtlich nicht mehr erfolgen. Allenfalls neue ordnungsrechtliche Vorgaben können den Anlagenbetreibern aus sicherheitstechnischen oder naturschutzrechtlichen Gründen nachträglich auferlegt werden ohne den Vertrauensschutz zu verletzen. Bei den Bestandsanlagen bieten sich demnach Handlungsoptionen nach Auslaufen der Erneuerbare-Energien-Gesetz-Förderung, für die ersten errichteten Anlagen aber erst ab dem Jahr 2020, an.

II. Steuerung des Biomasseanbaus

In diesem ersten Schritt wird geprüft, welche rechtlichen Instrumente derzeit existieren, um steuernd auf die räumliche Verteilung des Biomasseanbaus einzuwirken. Die Prüfung unterteilt sich entsprechend der klassischen rechtswissenschaftlichen Instrumentenlehre in planungsrechtliche (1.), ordnungsrechtliche (2.), förderrechtliche (3.) und informatorische Instrumente (4).

²¹⁵ J. Albrecht, Planungsrechtliche Steuerung des Anbaus nachwachsender Rohstoffe unter besonderer Berücksichtigung von Natur und Landschaft, Teil 2, NuR 2013, S. 529 (529).

1. Steuerung durch Planungsinstrumente

a. Grundfragen

(1) Positive und negative Steuerung

Bei der planerischen Steuerung der räumlichen Verteilung des Biomasseanbaus ist zwischen positiver und negativer Steuerung zu differenzieren. Der Unterschied zwischen beiden Steuerungsmodi besteht in der Verschiedenheit des Steuerungsziels. In positiver Hinsicht wird der Biomasseanbau gesteuert, wenn der Anbau auf bestimmte planerisch festgelegte Flächen gelenkt wird. In negativer Hinsicht findet eine Steuerung statt, wenn der Anbau von bestimmten Flächen weggehalten wird.

Die positive Steuerung muss in erster Linie natürlich den anbauenden Landwirt zum Adressaten haben, da es gilt, dessen Entscheidung hinsichtlich des Standortes des Anbaus zu beeinflussen. In zweiter Hinsicht müssen aber auch Akteure adressiert werden, die den Anbau auf den vorgesehenen Flächen durch eigene Handlungen vereiteln könnten. Es muss mithin verhindert werden, dass die ausgewählten Flächen für andere Zwecke als den Biomasseanbau genutzt werden. Die positive Steuerung des Biomasseanbaus erfolgt insoweit durch die negative Steuerung anderer raumbedeutsamer Handlungen (Freihaltfunktion²¹⁶).

Die negative Steuerung hat dagegen ausschließlich den anbauenden Landwirt zum Adressaten. Neben einer solchen negativen Steuerung können auch andere Nutzungen positiv festgelegt werden. Sie sind jedoch für die Steuerung des Anbaus der Biomasse nicht relevant und fallen – gegebenenfalls – nur zufällig zusammen.

Daneben finden sich weitere Formen der mittelbaren räumlichen Steuerung, bspw. die Steuerung über Mengenvorgaben, die sich nicht einem der beiden dargestellten Steuerungsmodi ausschließlich zuordnen lassen. Auch sie sollen Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sein, werden jedoch angesichts der erwartbar geringeren theoretischen Steuerungsleistung nicht den Schwerpunkt der Betrachtungen bilden.

(2) Unmittelbare und mittelbare Steuerung des Biomasseanbaus

Von unmittelbarer Steuerung soll vorliegend nur dann gesprochen werden, wenn ein rechtliches Instrument einen Verhaltensbefehl aufstellt, der für den Adressaten unmittelbar, das heißt ohne weitere Zwischenschaltung von konkretisierenden Einzelfallentscheidungen, verbindlich und deshalb von diesem bei seinen Handlungsentscheidungen zu befolgen ist. Mittelbar ist hingegen eine Steuerung, die nicht direkt den Steuerungsadressaten, sondern andere Entscheidungsträger bei der Formulierung des an den Steuerungsadressaten gerichteten Verhaltensbefehls bindet. Damit können all diejenigen planerischen Instrumente, denen es selbst an einer Außenverbindlichkeit fehlt und die selbst nur die Entscheidung anderer

²¹⁶ Zur Aufgabe der Flächenvorsorge als Aufgabe der Raumordnung, *W. Köck*, Flächensicherung für erneuerbare Energien durch die Raumordnung, DVBl. 2012, S. 3 (5).

staatlicher Stellen lenken, stets nur als mittelbare Steuerung im dargelegten Sinn verstanden werden.

(a) Die Raumordnung

Die Bindungswirkungen der Instrumente der Raumordnung ergeben sich zum einen unmittelbar aus § 4 ROG²¹⁷, sowie sog. Raumordnungsklauseln weiterer Gesetze (§ 4 Abs. 1 Satz 3 ROG)²¹⁸. § 4 ROG ist auch dort maßgeblich, wo Raumordnungspläne in der Form außenwirkender Rechtsvorschriften wie Rechtsverordnungen oder gar in der Form formeller Gesetze ergehen²¹⁹. Von Bedeutung sind hier vor allen Dingen § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 ROG, wonach öffentliche Stellen bei selbst vorgenommenen raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen (Nr. 1) und bei Entscheidungen über die Zulässigkeit solcher Maßnahmen anderer Stellen (Nr. 2) stets gebunden werden. Eine Bindung von Privatpersonen bei raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen besteht hingegen gem. § 4 Abs. 2 nur nach Maßgabe der für diese Entscheidungen geltenden Vorschriften²²⁰.

§ 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 ROG begründet damit eine – in den jeweiligen Vorschriften näher konkretisierte – Bindung der nachfolgenden Planungsebenen an die (Ziele und Grundsätze der) Raumordnung. Somit wird zu untersuchen sein, inwieweit die nachfolgenden Planungsebenen ihrerseits eine unmittelbare Bindung der Landwirte erreichen. Dabei kann die Raumordnung selbst nur eine mittelbare Steuerung im oben genannten Sinne bewirken.

§ 4 Abs. 2 ROG setzt das Bestehen eines Genehmigungsverfahrens für raumbedeutsame Maßnahmen von Personen des Privatrechts voraus, in dem die Vorgaben der Raumordnung zu beachten sind. Für den Anbau landwirtschaftlicher Produkte besteht ein solches Genehmigungsverfahren grundsätzlich nicht²²¹. § 4 Abs. 2 ROG läuft insoweit leer.

(b) Die Flächennutzungsplanung

Flächennutzungspläne sind gem. § 1 Abs. 2 BauGB die vorbereitenden Bauleitpläne. Sie sind nicht auf unmittelbaren Vollzug, sondern grundsätzlich auf die weitere Konkretisierung durch Bebauungspläne angelegt. Über ihre Rechtsnatur besteht eine gewisse Unklarheit. Überwiegend werden sie jedoch als Normen eigener Art behandelt, die grundsätzlich keiner-

²¹⁷ BT-Drs. 16/10332; Raumordnungsgesetz v. 22.12.2008 (BGBl. I S. 2986), das zuletzt durch Artikel 9 des Gesetzes v. 31.07.2009 (BGBl. I S. 2585) geändert worden ist.

²¹⁸ Vgl. K. Goppel, in: W. Spannowsky/P. Runkel/ders. (Hrsg.), ROG, 1. Aufl., § 4 Rn. 3 ff.; Vgl. insbesondere § 1 IV BauGB zum Anpassungsgebot für Bauleitpläne.

²¹⁹ Auch bei grundsätzlich außenwirksamen Rechtsnormen ist nicht nur generell zwischen außen- und innenwirksamen Regelungsgehalten, sondern im Einzelfall diesbezüglich auch noch mit Blick auf den jeweiligen Adressaten zu differenzieren. Vgl. für die Ziele der Raumordnung P. Runkel, in W. Spannowsky/ders./K. Goppel (Hrsg.), ROG, 1. Aufl., § 3 Rn. 52.

²²⁰ K. Goppel, in: W. Spannowsky/P. Runkel/ders. (Hrsg.), ROG, 1. Aufl., § 4 Rn. 71.

²²¹ Vgl. statt vieler nur S. Möckel, Erfordernis einer umfassenden außenverbindlichen Bodennutzungsplanung auch für nichtbauliche Bodennutzungen, DÖV 2013, S. 424 (426).

lei Außenwirkung besitzen²²². Zwar besteht von diesem Grundsatz dort eine Ausnahme, wo Flächennutzungspläne für die baurechtliche Zulässigkeit von Vorhaben eine abschließende, d.h. nicht auf weitere Konkretisierung angelegte Festsetzung enthalten, wie es aufgrund von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB der Fall sein kann²²³. Gem. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ist dies jedoch nur für privilegierte Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB relevant. Der Anbau von Biomasse – anders als die Anlagen zur energetischen Verwertung von Biomasse selbst – ist hiervon nicht erfasst.

Aufgrund der fehlenden Außenwirkung von Flächennutzungsplänen hinsichtlich des Anbaus von Biomasse kann auch dieses Instrument allenfalls eine mittelbare Steuerung des Anbaus über die Bindung der Bebauungspläne bewirken.

(c) Die Bebauungsplanung

Bei dem Bebauungsplan handelt es sich gem. § 1 Abs. 2 um den verbindlichen Bauleitplan. Er wird gem. § 10 Abs. 1 BauGB als Satzung erlassen und stellt seiner Rechtsnatur nach somit eine außenverbindliche Rechtsvorschrift dar, die in ihrer Reichweite nicht grundsätzlich beschränkt wird. Insbesondere sind sie in ihrer Bindungswirkung nicht auf die Genehmigungsverfahren zur Prüfung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von Vorhaben i.S.v. § 29 BauGB gem. §§ 30 ff. BauGB beschränkt. Sie können mithin grundsätzlich auch verbindliche Festsetzungen für sonstige (d.h. nicht bauliche) Nutzungen i.S.v. § 1 Abs. 1 BauGB enthalten²²⁴.

Neben der grundsätzlichen Möglichkeit, außenwirksame Regelungen zu enthalten und so unmittelbar verbindlich für die Entscheidungen des Landwirts zu sein, ist für die Beantwortung der vorliegenden Frage nach der unmittelbaren Steuerung des Biomasseanbaus weiterhin erforderlich, dass in Bebauungsplänen in zulässiger Weise entsprechende Festsetzungen getroffen werden können und dass diese wiederum auch an der Verbindlichkeit der Bebauungsplanung teilhaben. Dies wird im Weiteren zu untersuchen sein. Vorerst soll die Bebauungsplanung jedoch als Instrument mit unmittelbarer Steuerungsleistung eingeordnet werden.

(d) Städtebauliche Verträge

Neben den einseitig hoheitlich ausgeübten Instrumenten staatlicher Planung kennt das Bauplanungsrecht auch konsensuale Instrumente wie den städtebaulichen Vertrag, § 11

²²² W. Söfker, in: W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg/M. Krautzberger (Hrsg.), BauGB, 114. EGL, Juli 2014, § 5 Rn. 7.

²²³ W. Söfker, in: W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg/M. Krautzberger (Hrsg.), BauGB, 114. EGL, Juli 2014, § 5 Rn. 18.

²²⁴ BVerwG, Urt. v. 02.03.1973 – IV C 40.71; Urteil vom 04.11.1966 – IV C 36.65; bestätigt durch Urt. v. 01.08.2007 – 4 BN 32/07; B. Biermann, Bioenergie und Planungsrecht, 1. Aufl., S. 152.

BauGB²²⁵. Auch er erzeugt eine rechtliche Bindungswirkung gegenüber den Vertragsparteien, die ihren Grund in der freiwilligen vertraglichen (Selbst-)Verpflichtung hat²²⁶. Der so zum Ausdruck kommende konsensuale Charakter dieses Instruments verhindert seine einseitige Anwendung zu Steuerungszwecken und bedingt ein kooperatives Vorgehen. Nichtsdestotrotz ist er hier aufgrund der möglichen Bindung als Instrument unmittelbarer Steuerung einzuordnen.

(3) Zwischenergebnis und weiterer Aufbau

Eine kurze Betrachtung der Wirkungsweise und Bindungswirkung der raumplanerischen Instrumente zeigt mithin, dass einzig der Bebauungsplan sowie der städtebauliche Vertrag als Instrumente des Bauplanungsrechts für eine unmittelbare Steuerung des Anbaus von Biomasse in Betracht kommen. Diese sollen daher auch in einem ersten Schritt näher auf ihre Eignung hin untersucht werden (b. und c.). Erst wenn klar ist, wie die unmittelbare Steuerung erfolgen kann, soll darüber nachgedacht werden, wie auf diese Steuerungsmöglichkeit mittelbar durch höhere Planungsstufen, d.h. die Flächennutzungsplanung sowie durch die Instrumente der Raumordnung, steuernd eingewirkt werden kann (d. und e.). Wegen ihrer gesonderten Stellung sollen die Planungsinstrumente der Landschafts- sowie der Gewässerplanung erst abschließend näher betrachtet werden (g.).

b. Die Steuerung des Anbaus von Biomasse mittels Bebauungsplanung

(1) Bauliche Nutzung iSd. § 1 Abs. 1 BauGB

Gem. § 1 Abs. 1 BauGB bezieht sich die Aufgabe der Bauleitplanung sowohl auf die bauliche, wie auch die sonstige Nutzung von Grundstücken. Der Anbau von Biomasse stellt keine bauliche Nutzung von Grundstücken dar. Sonstige Nutzungen sind nicht legaldefiniert, sie ergeben sich aus dem Zusammenspiel der Festsetzungskataloge der §§ 5, 9 BauGB, sowie der Baunutzungsverordnung (BauNVO²²⁷). Zur Wahrung des Charakters der Bauleitplanung als städtebauliche Planung und in Abgrenzung zu einer umfassenden Entwicklungs- und Ordnungsplanung und den Kernbereichen anderer Regelungsmaterien verlangt die Regelung sonstiger Nutzungen einen sachlichen Bezug zur baulichen Nutzung²²⁸.

Der Biomasseanbau kann in verschiedener Weise städtebauliche Bezüge aufweisen. Zwar erscheint es fraglich, ob es in diesem Zusammenhang bereits ausreicht, dass die Biomasse

²²⁵ Auch der vorhabenbezogene Bebauungsplan iSv. § 12 BauGB hat wegen seiner Verbindung mit einem Erschließungs- und Durchführungsvertrag ein starkes konsensuales Element. Er ist wegen seiner Bezogenheit auf ein bauliches Vorhaben jedoch hier nicht relevant.

²²⁶ Dies ergibt sich durch den Verweis von § 62 S. 2 VwVfG auf die Vorschriften des BGB und damit auch auf den Grundsatz von *pacta sunt servanda*, wie er in § 242 BGB enthalten ist.

²²⁷ Baunutzungsverordnung in der Fassung der Bekanntmachung v. 23.01.1990 (BGBl. I S. 132), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes v. 11.06.2013 (BGBl. I S. 1548) geändert worden ist.

²²⁸ Diese Abgrenzung geht zurück auf das Baurechtsgutachten des Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 3, S. 407. Ausführlich hierzu und zur weiten Auslegung dieses Zusammenhangs durch die Gesetzgebung *W. Söfker*, in: *W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg/M. Krautzberger* (Hrsg.), *BauGB*, 114. EGL, Juli 2014, § 1 Rn. 12.

später in den baulichen Biomasseanlagen Verwendung finden soll. Der Anbau von Biomasse kann jedoch jedenfalls die Eignung eines Gebietes für Erholungszwecke beeinträchtigen,²²⁹ Sichtachsen begründen, aber auch verstellen²³⁰. Darüber hinaus löst ihr Anbau zahlreiche Spannungen aus, die, je nach Weite der Fassung des Zusammenhangs sonstiger zur baulichen Nutzung, in den Regelungsbereich der Bauleitplanung fallen²³¹. Insoweit kann festgestellt werden, dass der Biomasseanbau in den Bereich der Bauleitplanung fällt. Im Einzelfall wird jedoch darauf zu achten sein, dass der notwendige Zusammenhang der zu regelnden sonstigen baulichen Nutzung noch gewahrt ist²³².

(2) Mögliche Festsetzungen im Bebauungsplan

(a) Festsetzungen gem. § 9 BauGB

§ 9 BauGB stellt einen abschließenden²³³ Katalog möglicher Festsetzungen in Bebauungsplänen zur Verfügung. Für eine positive Steuerung des Biomasseanbaus kommen ihrem Wortlaut nach grundsätzlich die Festsetzungen der § 9 Abs. 1 Nr. 9, 10, 18a²³⁴, für eine negative Steuerungen die Nr. 20 und 25 in Frage.

Gem. § 9 Abs. 1 Nr. 18 lit. a BauGB können Flächen für die Landwirtschaft festgesetzt werden. Der Begriff der Landwirtschaft umfasst entsprechend der Legaldefinition in § 201 BauGB neben verschiedenen, nicht abschließend aufgezählten Handlungen auch den Ackerbau. Auch wenn mit der Festsetzung allein nicht die Zulässigkeit von der Landwirtschaft dienenden baulichen Vorhaben ausgeschlossen werden kann, so lassen sich mithilfe der Festsetzung die überplanten Außenbereichsflächen grundsätzlich von Bebauung freihalten²³⁵. Fraglich erscheint aber, ob neben der Freihaltfunktion für landwirtschaftliche Betätigung die Festsetzung auch dergestalt spezifiziert vorgenommen werden kann, dass die Flächen – neben den zulässigen dienenden baulichen Anlagen – ausschließlich für den Anbau von Biomasse zur energetischen Verwendung beansprucht werden dürfen. Festgesetzt werden darf nicht nur eine Fläche für Landwirtschaft, vielmehr kann eine Begrenzung jedenfalls auf eine

²²⁹ Zur Möglichkeit der Regelung nicht-baulicher Nutzungen zwecks Schaffung eines Erholungsgebietes BVerwG, Urt. v. 03.12.1998 – 4 BN 24/98.

²³⁰ Zur Beeinträchtigung des Landschaftsbildes auch *G. Ludwig*, Möglichkeiten und Grenzen der Steuerung der Biomasseproduktion durch die Regionalplanung, DVBl. 2010, S. 944 (946).

²³¹ Zur den Anforderungen an einen hinreichenden städtebaulichen Bezug OVG NRW, Urt. v. 28.07.1997 – 10a D 31/97.NE, Rn. 22 ff., insbesondere Rn. 32 (juris).

²³² Neben den hier im Einzelnen behandelten Problemen gilt dies natürlich auch für die übrigen Voraussetzungen einer rechtmäßigen Bauleitplanung wie insbesondere auch deren Erforderlichkeit gem. § 1 III BauGB.

²³³ Anders § 5 II BauGB für Darstellungen des Flächennutzungsplans: „[...] können insbesondere dargestellt werden.“. Weitere Konkretisierungsmöglichkeiten für die von § 9a erfassten Darstellungen und Festsetzungen enthält die BauNVO.

²³⁴ Eine Betrachtung von § 9 I Nr. 12 BauGB, der dem ersten Anschein nach ebenfalls in Frage kommt, erfolgt, wegen der Verknüpfung der Festsetzung mit einer konkreten Anlage, erst im Zusammenhang mit der Steuerung von Biomasseanlagen. Vgl. unten C.III.1.b.(2).

²³⁵ Ein vollständiger Ausschluss baulicher Anlagen kann überdies durch eine Kombination mit der Festsetzung nach § 9 I Nr. 10 BauGB erreicht werden, *H. D. Jarass/M. Kment*, BauGB, 1. Aufl., § 9 Rn. 69.

der von § 201 BauGB umfassten Tätigkeiten stattfinden. Zwar ist streitig, ob darüber hinaus die Konkretisierungsbefugnis sogar so weit gehen soll, dass auch diese Tätigkeiten (z.B. Ackerbau) noch einmal weiter auf spezielle landwirtschaftliche Zwecke begrenzt werden können²³⁶. Soweit thematisiert, lehnen jedoch auch die Befürworter dieser Befugnis eine daraus resultierende Bindung von Landwirten durch derlei Festsetzungen als unvereinbar mit der Kompetenz zu bodenrechtlichen Regelungen ab²³⁷. Im Ergebnis bleibt es deshalb bei der Möglichkeit, mithilfe von Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 Nr. 18 lit. a BauGB Flächen von baulichen Anlagen (weitestgehend²³⁸) frei zu halten und so (auch) für den Biomasseanbau zur energetischen Verwendung zu sichern. Mangels bindender Konkretisierung auf bestimmte landwirtschaftliche Zwecke können die Flächen jedoch auch für andere Zwecke als die energetische Verwendung bepflanzt werden. Nr. 18 lit. a lässt sich bei Vorliegen eines städtebaulichen Grundes aber schließlich auch zur negativen Steuerung des Biomasseanbaus, bspw. durch die Ausweisung von Grünlandflächen, nutzen.²³⁹

Schließlich sind § 9 Abs. 1 Nr. 9 und 10 in Erwägung zu ziehen, die aber beide nur dann anwendbar sind, wenn der Katalog keine speziellere Festsetzung vorsieht²⁴⁰. § 9 Abs. 1 Nr. 9 BauGB erlaubt ausdrücklich die Festsetzung des besonderen Nutzungszwecks von Flächen, Nr. 10 die Festsetzung von Flächen, die von der Bebauung freizuhalten sind und ihre Nutzung. Denkbar wäre es also dem Wortlaut nach, dass so ein Nutzungszweck „Biomasseanbau zur energetischen Verwendung“ positiv festgelegt werden kann. § 9 Abs. 1 Nr. 9 BauGB verlangt jedoch in Abgrenzung zu den übrigen Festsetzungsmöglichkeiten und zur Wahrung des abschließenden Charakters des Kataloges eine begrenzende Auslegung. Hiermit wäre es aber nicht vereinbar, wenn über Nr. 9 versucht würde, eine Festsetzung bestimmter landwirtschaftlicher Anbaumodalitäten und Zweckbestimmungen zu erreichen, die im Rahmen von Nr. 18 lit. a BauGB mangels Kompetenz zu einer umfassenden Bodennutzungsplanung gerade abgelehnt wurde. Nichts anderes kann dann aber auch im Rahmen von Nr. 10 gelten. Die Festsetzungsmöglichkeit soll die Freihaltung von Flächen von baulicher Nutzung bei Vorliegen entsprechender städtebaulicher Gründe ermöglichen²⁴¹. Bei der positiven Bestimmung der Nutzung der frei gehaltenen Flächen kann dem Satzungsgeber aber keine weitergehende

²³⁶ So *W. Söfker*, in: *W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg/M. Krautzberger* (Hrsg.), *BauGB*, 114. EGL, Juli 2014, § 9 Rn. 147; wohl auch *H. D. Jarass/M. Kment*, *BauGB*, 1. Aufl., § 9 Rn. 69 und – wenn auch einschränkend – *G. Gaentzsch*, in: *O. Schlichter/H.-J. Driehaus*, *Berliner Kommentar zum BauGB*, 3. Aufl. mit 29. EGL, November 2014, § 9 Rn. 47; a.A. *S. Möckel*, *Erfordernis einer umfassenden außenverbindlichen Bodennutzungsplanung auch für nichtbauliche Bodennutzungen*, *DÖV* 2013, S. 424 (428); *J. Albrecht*, *Planungsrechtliche Steuerung des Anbaus nachwachsender Rohstoffe*, *NuR* 2013, S. 453 (458).

²³⁷ *W. Söfker*, in: *W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg/M. Krautzberger* (Hrsg.), *BauGB*, 114. EGL, Juli 2014, § 9 Rn. 147; *G. Gaentzsch*, in: *O. Schlichter/H.-J. Driehaus* (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum BauGB*, 3. Aufl. mit 29. EGL, November 2014, § 9 Rn. 47.

²³⁸ Für eine vollständige Freihaltung bedarf es hingegen weiterer Festsetzungen. Hierbei muss insbesondere auf die Verhältnismäßigkeit mit Blick auf die Eigentümerinteressen geachtet werden, vgl. *Leitsatz des OVG Koblenz*, *Urt. v. 20.01.2011 – 1 C 10801/10*, *BauR* 2011, S. 1779 (1779).

²³⁹ *J. Albrecht*, *Planungsrechtliche Steuerung des Anbaus nachwachsender Rohstoffe*, *NuR* 2013, S. 453 (458).

²⁴⁰ *S. Mitschang/O. Reidt*, in: *U. Battis/M. Krautzberger/R.-P. Löhr* (Hrsg.), *BauGB*, 12. Aufl., § 9 Rn. 53.

²⁴¹ *S. Mitschang/O. Reidt*, in: *U. Battis/M. Krautzberger/R.-P. Löhr* (Hrsg.), *BauGB*, 12. Aufl., § 10 Rn. 56.

Festsetzungsmöglichkeit mit Blick auf den Anbau von Biomasse zustehen als auch im Rahmen von Nr. 18 lit. a und Nr. 9. Auch insoweit ist demnach zwar die Freihaltung von Flächen für landwirtschaftliche Zwecke möglich. Die positive Ausweisung von Flächen für den ausschließlichen Zweck des Anbaus von Biomasse zur energetischen Verwendung scheitert jedoch an der Beschränkung der Festsetzungsmöglichkeit von § 9 Abs. 1 Nr. 10 BauGB.

Fraglich ist weiterhin, ob § 9 Abs. 1 Nr. 20 BauGB es ermöglicht, den Anbau von Biomasse an bestimmten Standorten zu verhindern. Eine solche Negativsteuerung ist nach dem Wortlaut durchaus möglich, erlaubt sie doch die Festsetzung von Flächen oder Maßnahmen zum Schutz, zur Pflege und zur Entwicklung von Boden, Natur und Landschaft. Trotz der relativ engen Verknüpfung des Bauplanungsrechts mit dem Naturschutzrecht und der zunehmend engeren Verknüpfung der Instrumente miteinander ist aber zu beachten, dass es sich bei den Festsetzungen nicht um ein naturschutzrechtliches Instrument handelt und stets ein städtebaulicher Grund für die Festsetzung erforderlich ist. Damit ist es ausgeschlossen, dass Maßnahmen oder deren Modalitäten festgesetzt werden, die zwar naturschutzrechtlich wünschenswert, aber nicht städtebaulich begründet sind²⁴². Dies dürfte zwar nicht dazu führen, dass die Vorgabe bestimmter Modalitäten an die landwirtschaftliche Nutzung eines Grundstückes von vorne herein ausscheidet²⁴³ - zum Beispiel wurde bereits eine Festsetzung für zulässig erachtet, dass zum Zwecke des Grundwasserschutzes zur Sicherung der Erholungsfunktion eines größeren Gebietes auf bestimmten Flächen eine extensive Landwirtschaft festgesetzt wurde²⁴⁴. Weiterhin ist nicht ausgeschlossen, dass ausnahmsweise Vorgaben für eine einzuhaltende Fruchtfolge, die Düngung, Entwässerung, den Pestizideinsatz oder den Mahtrythmus gemacht werden²⁴⁵, wenn für diese im Einzelfall ein städtebaulicher Grund vorliegt. Dieser wird aber nur ausnahmsweise gegeben sein. Im Kern kann es bei solchen Maßnahmen nur darum gehen, die mit einer Bebauung in Verbindung stehende Nutzung des Bodens zu regeln. Eine völlige Loslösung der Regelungen sonstiger Nutzungen von jeder städtebaulichen Begründung würde dagegen zu einer – vom Gesetzgeber nicht gewollten – Weiterentwicklung der Bauleitplanung zu einer umfassenden Bodennutzungsplanung führen²⁴⁶. Neben der inhaltlichen Begrenzung der Festsetzungsmöglichkeit ist weiterhin zu beachten, dass auf sie gestützte Festsetzungen keine unmittelbaren Pflichten der Grundstückseigentümer begründen. Sie bedürfen vielmehr der gesonderten Vollziehung mittels öffentlich-rechtlicher Verträge oder anderer gesetzlich vorgesehener Mittel²⁴⁷. Ein einseitig-

²⁴² OVG Münster, Urt. v. 30.06.1999, NuR 2000, S. 173, Rn. 76 (zitiert nach juris).

²⁴³ Dies klingt zumindest an in OVG Münster, Urt. v. 28.07.1997, NuR 1998, S. 163, Rn. 35 sowie 5. Entscheidungsleitsatz (zitiert nach juris).

²⁴⁴ VGH München, Urt. v. 03.03.1998, NuR 1998, S. 375 [beck-online, Umdruck S. 11].

²⁴⁵ So *H.-G. Gierke*, in: H. Brügelmann, BauGB, 91. EGL, Juli 2014, § 9 Rn. 368; a.A. *W. Spannowsky*, in: ders./M. Uechtritz (Hrsg.), BauGB, 27. Ed., September 2014, § 9 Rn. 83.2. – beide berufen sich auf dieselbe Entscheidung des OVG Münster, Urt. v. 30.06.1999 – 7a D 144/97.NE, NuR 2000, S. 173 (173 ff.).

²⁴⁶ *W. Söfker*, in: W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg/M. Krautzberger (Hrsg.), BauGB, 114. EGL, Juli 2014, § 1 Rn. 12.

²⁴⁷ BVerwG, Beschl. v. 01.08.2007 – 4 BN 32/07, Rn. 7 (zitiert nach juris).

ges Vorgehen des Planungsträgers scheidet mithin aus. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass aufgrund solcher Festlegungen eine Entschädigungspflicht gegenüber dem betroffenen Grundstückseigentümer für entstehende Vermögensnachteile die Folge sein kann. Aus diesen Gründen muss abschließend festgestellt werden, dass mithilfe von Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 Nr. 20 zwar eine gewisse Negativsteuerung des Biomasseanbaus vorgenommen und dabei sogar Modalitäten des Anbaus festgelegt werden können, dass aufgrund der Voraussetzungen und Wirkungsweise der Festsetzungen eine Eignung zu mehr als punktuellen planerischen Eingriffen nicht gegeben sein dürfte.

Zuletzt erlaubt § 9 Abs. 1 Nr. 25 BauGB Festsetzungen von Pflanzgeboten und Erhaltungspflichten für Bepflanzungen und Gewässer auf einzelnen Flächen oder für ein Bebauungsplangebiet oder Teile davon mit Ausnahme der für landwirtschaftliche Nutzungen oder Wald festgesetzten Flächen und könnte damit eine Negativsteuerung des Biomasseanbaus erlauben. Anders als für § 9 Abs. 1 Nr. 20 BauGB existiert mit § 178 BauGB auch eine Vorschrift zur einseitigen Durchsetzung der Gebote. § 41 Abs. 2 BauGB sieht für derlei Festsetzungen jedoch unter bestimmten Voraussetzungen Entschädigungspflichten gegenüber den Grundstückseigentümern vor. Hinzu kommt, auch für derlei Festsetzungen bedarf es stets eines über rein umweltschützende Gründe hinausgehenden städtebaulichen Grundes²⁴⁸. Der Festsetzung nach Nr. 25 kommt auch deshalb eher eine die vorgesehene Nutzung von Flächen ergänzende Funktion zu und wird häufig mit anderen Festsetzungen gemeinsam vorgesehen. Lediglich eine Verbindung mit Nr. 18 ist ausdrücklich ausgeschlossen, womit der Gesetzgeber zum Ausdruck bringt, dass der Plangeber mithilfe der Nr. 25 die landwirtschaftliche Grünnutzung selbst nicht modifizieren kann²⁴⁹. Die negative Steuerung der Biomasse wird dadurch auf Flächen begrenzt die aus städtebaulichen Gründen mit nicht landwirtschaftlichen Pflanzen begrünt werden soll. Ein Ausschluss des Anbaus von Biomasse zur energetischen Verwendung bei gleichzeitiger Zulassung sonstiger Formen der Landwirtschaft ist damit ausgeschlossen.

(b) Kein Sondergebiet „Biomasseanbau“

Schließlich könnte noch erwogen werden, dass eine positive Steuerung des Biomasseanbaus planerisch über die Ausweisung von Sondergebieten nach § 11 BauNVO erfolgen kann. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass Festsetzungen nach der Baunutzungsverordnung auch ausschließlich auf sonstige, d.h. nicht bauliche Bodennutzungen bezogen sein können.

Hiergegen spricht schon die Langbezeichnung der Baunutzungsverordnung als „Verordnung über die bauliche Nutzung der Grundstücke“. Auch aus der Entstehungsgeschichte wird geschlossen, dass der Gesetzgeber von einer über die in § 9 BauGB enthaltenen Möglich-

²⁴⁸ S. Mitschang/O. Reidt, in: U. Battis/M. Krautzberger/R.-P. Löhr (Hrsg.), BauGB, 12. Aufl., § 9 Rn. 152.

²⁴⁹ Unter engen Voraussetzungen soll aufgrund einer teleologischen Reduktion der Vorschrift aber dennoch eine Festsetzung auf Flächen iSv. Nr. 18 möglich sein, W. Söfker, in: W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg/M. Krautzberger (Hrsg.), BauGB, 114. EGL, Juli 2014, § 9 Rn. 217.

keiten hinausgehende Regelung von Festsetzungen für sonstige Nutzungen absehen wollte²⁵⁰. Nichts anderes ergibt sich auch aus der Feststellung, dass die Baunutzungsverordnung auch den ersten Abschnitt des dritten Teils des Baugesetzbuchs ergänzt, der mit der „Regelung der baulichen und sonstigen Nutzung“ befasst ist. Zum einen sind hier bauliche und sonstige Nutzungen nun einmal gemeinsam geregelt, so dass eine isolierte Inbezugnahme nicht möglich ist. Zum anderen lässt sich zumindest für die vorliegende Frage nach der Steuerung des Biomasseanbaus aus der Bezeichnung nichts ableiten. Der Begriff der sonstigen Nutzung des 1. Abschnitts wird nämlich jedenfalls von § 29 Abs. 1 BauGB auf die dort genannten nicht baulichen Nutzungen (Aufschüttungen, Abgrabungen, Ausschachtungen, Ablagerungen und Lagerstätten) reduziert, so dass der Biomasseanbau in jedem Fall nicht erfasst ist. Soweit man also in § 9a BauGB die Ermächtigung zur Regelung sonstiger Nutzungen enthalten sieht²⁵¹, hat der Gesetzgeber hiervon jedenfalls keinen Gebrauch gemacht. Damit aber ist die Festsetzung von „Sondergebieten“ gem. der Baunutzungsverordnung, die ausschließlich sonstige Nutzungen zum Gegenstand haben, nicht möglich²⁵².

c. Die Steuerung des Anbaus von Biomasse mittels städtebaulicher Verträge

Abschluss und inhaltliche Gestaltung von Verträgen stehen – unter Vorbehalt von Vertragsform- und Inhaltsverboten – zur Dispositionsfreiheit von Gemeinden und ihren Vertragspartnern²⁵³. In diesem Rahmen kann auch der Anbau von Biomasse zum Gegenstand vertraglicher Bindungen gemacht werden. Es bedarf hierfür keiner besonderen Ermächtigungsgrundlage²⁵⁴. Für das Vorliegen eines hier zu diskutierenden städtebaulichen Vertrages muss der Vertragsgegenstand allerdings stets einen städtebaulichen Bezug aufweisen. Fehlt dieser, so führt dies grundsätzlich nicht etwa zu einer Unwirksamkeit oder Fehlerhaftigkeit des Vertrages, es handelt sich dann vielmehr um einen nicht-städtebaulichen Vertrag, bspw. aus dem Bereich des Vertragsnaturschutzes²⁵⁵. Der Gesetzgeber hat in § 11 BauGB besonders relevante Gegenstände des städtebaulichen Vertrages geregelt, ohne damit zugleich weitere auszuschließen.²⁵⁶ Nicht entschieden wurde dabei allerdings über den Rechtscharakter sol-

²⁵⁰ So *W. Söfker*, in: *W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg/M. Krautzberger* (Hrsg.), *BauGB*, 114. EGL, Juli 2014, § 9a Rn. 6.

²⁵¹ So *W. Söfker*, in: *W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg/M. Krautzberger* (Hrsg.), *BauGB*, 114. EGL, Juli 2014, § 9a Rn. 6.

²⁵² Eine andere Frage ist es, inwieweit bei der Festsetzung von Sondergebieten für Biomasseanlagen Vorgaben über die Verwendung bestimmter Einsatzstoffe gemacht werden können, hierzu *VGH Kassel*, *Urt. v. 04.07.2013 – 4 C 2300/11.N.*, insbes. Rn. 25 (zitiert nach *juris*). Solche Vorgaben mögen sich dann mittelbar auf den anlagennahen Anbau auswirken. Hierbei handelt es sich jedoch allenfalls um eine faktische Folge, nicht aber eine rechtliche Wirkung.

²⁵³ *O. Reidt*, in: *U. Battis/M. Krautzberger/R.-P. Löhr* (Hrsg.), *BauGB*, 12. Aufl., § 11 Rn. 2.

²⁵⁴ *O. Reidt*, in: *U. Battis/M. Krautzberger/R.-P. Löhr* (Hrsg.), *BauGB*, 12. Aufl., § 11 Rn. 2.

²⁵⁵ Vgl. hierzu die Ausführungen unten, C.II.3.d.

²⁵⁶ Neben der allgemeinen Regelung des § 11 BauGB finden sich auch zahlreiche besondere Regelungen städtebaulicher Verträge im BauGB, vgl. §§ 1a III S. 4, 12, 133 III S. 5, 171c BauGB. Hierzu *O. Reidt*, in: *U. Battis/M. Krautzberger/R.-P. Löhr* (Hrsg.), *BauGB*, 12. Aufl., § 11 Rn. 2.

cher Verträge. Sie können mithin sowohl zivilrechtlicher als auch öffentlich-rechtlicher Natur sein²⁵⁷ und unterliegen so jeweils verschiedenen Beschränkungen.

Im Rahmen von Untersuchungen der unmittelbaren Steuerung des Biomasseanbaus wurde das Instrument des städtebaulichen Vertrages bislang kaum diskutiert, ein breites Anwendungsfeld hat sich dieser Handlungsform hier bislang nicht erschlossen. Dem städtebaulichen Vertrag kommt insoweit bislang vor allen Dingen eine andere Instrumente ergänzende Funktion zu. So wird die Vertragsform beispielsweise benötigt, um die Vollziehbarkeit von Festsetzungen in Bauleitplänen abzusichern, wo es diesen an einem Vollziehungsgebot mangelt, so z.B. im Falle von Festsetzungen gem. § 9 Abs. 1 Nr. 20 BauGB²⁵⁸. In diesem Zusammenhang werden daher häufig städtebauliche Verträge abgeschlossen, um die für die Wirksamkeit des Bebauungsplans notwendige Vollzugsfähigkeit²⁵⁹ zu sichern. Rechtscharakter und Inhalt des Vertrages sind dabei vom Einzelfall abhängig. Mithilfe dieses Instruments lassen sich auch nichtbauliche Nutzungen recht detailliert regeln²⁶⁰. Die Umsetzung bauplanungsrechtlicher Festlegungen mithilfe von Verträgen wird in diesem Bereich jedoch nicht selten auch die Entschädigung der Eigentümer in Geld oder gar durch Grundstücksübernahme gem. § 40 Abs. 1 Satz 1 Nr. 14 BauGB erfordern. Ergänzende Funktion haben die städtebaulichen Verträge überdies auch, wenn mit ihrer Hilfe die Durchführung des naturschutzrechtlichen Ausgleichs iSv. § 1 a Abs. 3 BauGB abgesichert wird, der aufgrund von planerisch vorgesehenen Eingriffen in Natur und Landschaft bereits auf Planungsebene abgearbeitet werden muss. Finden solche Festsetzungen auf landwirtschaftlich genutzten Flächen statt, hat dies natürlich Auswirkungen auf den dort möglichen Anbau. Aufgrund der Begrenztheit solcher Festsetzungen kann hier von einer Steuerungswirkung hinsichtlich des Biomasseanbaus jedoch kaum ernstlich gesprochen werden.

Äußerst fraglich erscheint es, ob mithilfe städtebaulicher Verträge der Biomasseanbau weitergehend beeinflusst, gar gesteuert werden kann. So ist es zwar rechtlich durchaus möglich, dass vertraglich in einer Weise Modalitäten der landwirtschaftlichen Nutzung von Flächen bestimmt werden, wie sie im Rahmen von Festsetzungen nach § 9 BauGB nicht möglich sind²⁶¹. Für derlei Differenzierungen dürfte es jedoch einerseits häufig an einem städtebaulichen Grund fehlen, so dass ein solches Vorgehen wohl tendenziell eher dem Vertragsnaturschutz zuzurechnen ist. Zum anderen dürften Gemeinden Landwirte kaum je ohne finanzielle Anreize zum Abschluss entsprechender Verträge bringen, was einer umfangreicheren Anwendung dieses Instrumentes in der Praxis wohl klare Grenzen setzen dürfte. Nur kurz sei

²⁵⁷ O. Reidt, in: U. Battis/M. Krautzberger/R.-P. Löh (Hrsg.), BauGB, 12. Aufl., § 11 Rn. 9.

²⁵⁸ Vgl. oben C.II.1.b.(2)(a).

²⁵⁹ Ein Mangel an Vollzugsfähigkeit kann entweder einen Verstoß gegen § 1 III BauGB darstellen oder gar die Nichtigkeit der Planung zu Folge haben, BVerwGE 115, S. 77 (77) Rn. 25 (zitiert nach juris), Beschl. v. 25.08.1997 – 4 NB 12.97; BVerwGE 107, S. 1 (16).

²⁶⁰ Vgl. VGH München, Urt. v. 03.03.1998 – 27 N 93.3748, hier wurden Flächen mit bislang intensiver landwirtschaftlicher Nutzung für extensive Landwirtschaft, teilweise für natürliche Sukzession, festgesetzt, um ein Naherholungsgebiet zu schaffen.

²⁶¹ Vgl. oben C.II.1.b.(2)(a).

deshalb darauf hingewiesen, dass die Vertragspartner, wenn sie sich der Form öffentlich-rechtlicher städtebaulicher Verträge bedienen, überdies den strengen Voraussetzungen des Koppelungsverbot (§ 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB sowie § 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG) und der Angemessenheit (§ 1 Abs. 2 Satz 1 BauGB), § 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG) sowie weiteren Anforderungen genügen müssen.

d. Zwischenergebnis

Die bisherige Darstellung hat gezeigt, dass das Planungsrecht mithilfe von Festsetzungen in Bebauungsplänen sowie mithilfe städtebaulicher Verträge für Landwirte grundsätzlich nur dann verbindliche Vorgaben für den Biomasseanbau machen kann, wenn der Landwirt hierzu seine Zustimmung gibt. Nur dann haben sie eine gewisse negative Steuerungswirkung. Die positive Steuerungswirkung mittels Bebauungsplänen ist auf eine Freihaltfunktion beschränkt, vermag es aber nicht einen Anbau von Biomasse zur energetischen Verwendung Landwirten positiv vorzuschreiben²⁶². Im Rahmen städtebaulicher Verträge kann dies – soweit ausnahmsweise hierfür ein städtebaulicher Grund vorliegt – wiederum nur mit Zustimmung der Landwirte erreicht werden.

Für die weitere Untersuchung von der Bebauungsplanung vorgelagerten Planungsebenen, die selbst, wie dargestellt,²⁶³ keine unmittelbare Wirkung gegenüber Landwirten haben, wird daher stets zu differenzieren sein zwischen möglichen Festsetzungen einerseits und ihrer Möglichkeit über die konkretisierende Bebauungsplanung mittelbar Außenwirksamkeit zu erlangen andererseits. Wo dies nicht möglich ist, drängt sich die Überlegung auf, ob nicht andere – nicht spezifisch rechtlich wirkende – Steuerungsgehalte solcher Festsetzungen vorhanden sind.

e. Die mittelbare Steuerung des Anbaus von Biomasse durch die Flächennutzungsplanung

Der Flächennutzungsplan wurde bereits als vorbereitender Bauleitplan eingeordnet, aus dem die Bebauungspläne zu entwickeln sind. Mit und im Rahmen des Entwicklungsgebots wird die Bebauungsplanung gesteuert. Dennoch wird im Folgenden zu beachten sein, dass die Aufgabe der Bauleitplanung insgesamt gem. § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB den Gemeinden als Pflichtaufgabe zugewiesen ist, mithin das Planungssubjekt der Flächennutzungsplanung identisch ist mit dem der Bebauungsplanung. Das Entwicklungsgebot dient deshalb nicht der Bindung des einen Planungsträgers an die Vorgaben eines anderen, sondern der Sicherung der von der Gemeinde für das gesamte Gemeindegebiet entwickelten integrierenden und koordinierenden Planung für die letzte Stufe der Planung²⁶⁴, mithin der Sicherung der Um-

²⁶² So auch *J. Albrecht*, Planungsrechtliche Steuerung des Anbaus nachwachsender Rohstoffe, NuR 2013, S. 453 (458).

²⁶³ Siehe oben C.II.1.a.(2)(a).

²⁶⁴ *P. Runkel*, in: W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg/M. Krautzberger (Hrsg.), BauGB, 114. EGL, Juli 2014, § 8 Rn. 25.

setzung des Planungskonzepts der Gemeinde selbst²⁶⁵. Betrachtet man aus diesem Blickwinkel die Darstellungsmöglichkeiten des Flächennutzungsplans nach § 5 BauGB, kann es hier nicht darum gehen, möglichst weitgehende Darstellungen für den Biomasseanbau im Wege der Auslegung oder aber, aufgrund des nicht-abschließenden Charakters der Aufzählung in § 5 Abs. 2 BauGB, im Wege der Neuschaffung zu gewinnen, wenn sich diese dann nicht auf der Ebene der Bebauungsplanung zu außenwirksamen Vorgaben umsetzen lassen.

Rechtlich findet dies in der Vorgabe Ausdruck, dass es trotz des nicht abschließenden Charakters von § 5 Abs. 2 BauGB unzulässig ist, Darstellungen vorzunehmen, die nicht mithilfe von Festsetzungen gem. § 9 Abs. 2 BauGB umgesetzt werden können²⁶⁶. Zwar hat das BVerwG entschieden, dass dies selbst konkrete standortbezogene Darstellungen im Flächennutzungsplan nicht ausschließt²⁶⁷. Etwas anderes lasse sich bzgl. des zulässigen Grades an Bestimmtheit von Darstellungen für Außenbereichsflächen auch nicht dem Entwicklungsgebot des § 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB entnehmen²⁶⁸, da dieses nämlich nur dort von Bedeutung sei, wo dem Flächennutzungsplan ein Bebauungsplan nachfolge²⁶⁹. Dies aber ist im Außenbereich – in dem auch der Biomasseanbau fast ausschließlich stattfindet – nicht der Fall. Jedoch hat das BVerwG auch deutlich gemacht, dass dies nichts daran ändert, dass der Flächennutzungsplan lediglich die Grundzüge der Planung darstellen darf und die Darstellungen nur dort einen den Festsetzungen des Bebauungsplans vergleichbaren Bestimmtheitsgrad erreichen dürfen, wo dieser erforderlich ist, um einen Nutzungskonflikt zu bewältigen, der eine über die einzelne Fläche hinausgehende Bedeutung für das der Flächennutzungsplanung zugrundeliegende gesamträumliche Entwicklungskonzept der Gemeinde hat²⁷⁰. Eine solche Lösung lässt sich durch konkretere Darstellungen des Flächennutzungsplans im Außenbereich jedoch nur im Zusammenspiel mit dem Entscheidungsprogramm des § 35 BauGB herbeiführen, da der Flächennutzungsplan mangels eigener Außenwirkung nur so auf die Zulässigkeit von Vorhaben Einfluss nehmen kann. § 35 BauGB ist jedoch nicht auf nicht-bauliche Vorhaben wie den Biomasseanbau anwendbar²⁷¹, so dass auch die angeführte Argumentation des BVerwG eine mit den Festsetzungen des Bebauungsplans vergleichbare Bestimmtheit hier nicht zu rechtfertigen vermag. Die Außenwirksamkeit von Darstellungen

²⁶⁵ Dieser formellen Sichtweise kann gleichwohl eine materielle bei Seite gestellt werden. So können Festlegungen eines Flächennutzungsplans, die von einer bestimmten Mehrheit im Gemeinderat beschlossen werden, natürlich durchaus den (politischen) Zweck haben, späteren politischen Mehrheiten bei der Bebauungsplanung Vorgaben zu machen, die nur durch erneute – teure – Anpassung oder gar Neuaufstellung des Flächennutzungsplans aufgehoben werden kann.

²⁶⁶ BVerwG, Urt. v. 18.08.2005 – 4 C 13/04, Rn. 28 (zitiert nach juris), NVwZ 2006, S. 87 (87); zu weitgehend deshalb S. Möckel, Erfordernis einer umfassenden außenverbindlichen Bodennutzungsplanung auch für nicht-bauliche Bodennutzungen, der von „an sich umfassend[en]“ Festsetzungsmöglichkeiten der Flächennutzungsplanung schreibt.

²⁶⁷ BVerwG, Urt. v. 18.08.2005 – 4 C 13/04, Rn. 32 (zitiert nach juris).

²⁶⁸ BVerwG, Urt. v. 18.08.2005 – 4 C 13/04, Rn. 29 (zitiert nach juris).

²⁶⁹ BVerwG, Urt. v. 18.08.2005 – 4 C 13/04, Rn. 31 (zitiert nach juris).

²⁷⁰ BVerwG, Urt. v. 18.08.2005 – 4 C 13/04, Rn. 29 (zitiert nach juris).

²⁷¹ Vgl. den Vorhabensbegriff des § 29 I BauGB, der lediglich die in Abs. 1 HS. 2 explizit genannten nicht-baulichen Vorhaben umfasst.

des Flächennutzungsplans setzt hier vielmehr stets eine weitere Konkretisierung mithilfe eines Bebauungsplans voraus.

Grundsätzlich für den Biomasseanbau von Bedeutung scheinen die Festsetzungsmöglichkeiten von §§ 5 Abs. 2 Nr. 9, 2 lit. b, lit. c, 10 BauGB.

Gem. § 5 Abs. 2 Nr. 9 lit. a BauGB können „Flächen für die Landwirtschaft“ gem. lit. b „Wald“ dargestellt werden. Die Vorschrift entspricht der Regelung des § 9 Abs. 1 Nr. 18 BauGB auf der Ebene der Bebauungsplanung. Auch auf Ebene der Flächennutzungsplanung können bereits Flächen für bestimmte der in § 201 BauGB genannten Formen der landwirtschaftlichen Betätigung dargestellt werden²⁷². Der Zulässigkeit einer weitergehenden Konkretisierung der Darstellung steht jedoch jedenfalls die Beschränkung der Flächennutzungsplanung auf die Grundzüge der Planung entgegen²⁷³. Besondere Waldfunktionen, wie sie nach den Bundeswaldgesetz²⁷⁴ iVm. Landeswaldgesetzen festgesetzt werden, können nur gem. § 5 Abs. 4 BauGB nachrichtlich übernommen werden²⁷⁵. Mithilfe solchen Darstellungen wird die Bebauungsplanung dahingehend festgelegt, dass für die dargestellten Flächen keine Festsetzungen vorgenommen werden, die nicht nur von den Darstellungen des Flächennutzungsplans abweichen – dies lässt das Entwicklungsgebot des § 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB durchaus zu – sondern hierdurch auch die Grundkonzeption der Flächennutzungsplanung berühren würden²⁷⁶. Insoweit kann über die Flächennutzungsplanung mittelbar die Freihaltfunktion der Bebauungspläne gesteuert werden. Gleichzeitig kann durch die Festlegung von landwirtschaftlicher Betätigung, die keinen Biomasseanbau erlaubt, auch die negative Steuerungsfunktion der Bebauungspläne determiniert werden²⁷⁷.

Darstellungen nach § 5 Abs. 2 Nr. 2 lit. b und lit. c BauGB ermöglichen nicht weitergehende Differenzierungen für eine positive Steuerung des Biomasseanbaus. In negativer Hinsicht lassen sich jedoch im Rahmen von Nr. 2 lit. c vor allen Dingen Maßnahmen darstellen, die bei entsprechender Konkretisierung durch Bebauungspläne zu einem Ausschluss oder einer Beschränkung des Biomasseanbaus führen können. Zumeist wird es auf Ebene der Bebauungspläne jedoch an einem städtebaulichen Grund für derlei Festsetzungen fehlen. Nr. 2 lit. b und 2 lit. c gestatten die Darstellung der Ausstattung des Gemeindegebiets mit Anlagen, Einrichtungen und sonstigen Maßnahmen die dem Klimawandel entgegenwirken (Nr. 2 lit. b)

²⁷² S. Mitschang, in: U. Battis/M. Krautzberger/R.-P. Löhr (Hrsg.), BauGB, 12. Aufl., § 5 Rn. 31; W. Söfker, in: W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg/M. Krautzberger (Hrsg.), BauGB, 114. EGL, Juli 2014, § 5 Rn. 54.

²⁷³ Für diejenige Ansicht, die derartige Darstellungen gar auf Bebauungsplanebene ablehnt, dürfte sich die Frage ohnehin nicht stellen. Vgl. die Darstellung oben C.II.1.a.(2)(c).

²⁷⁴ Bundeswaldgesetz v. 02.05.1975 (BGBl. I S. 1037), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes v. 31.07.2010 (BGBl. I S. 1050) geändert worden ist.

²⁷⁵ Auch sie sind im Rahmen der Bauleitplanung aber natürlich als öffentliche Belange zu berücksichtigen, vgl. § 7 I WaldG BW (Waldgesetz für Baden-Württemberg in der Fassung v. 31.08.1995 (GBl. S. 685), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes v. 25.11.2014 (GBl. S. 592, 613) geändert worden ist.).

²⁷⁶ S. Mitschang, in: U. Battis/M. Krautzberger/R.-P. Löhr (Hrsg.), BauGB, 12. Aufl., § 8 Rn. 3.

²⁷⁷ Wie auch im Rahmen der Bebauungsplanung wird jedoch einerseits hierfür nur selten ein städtebaulicher Grund vorliegen und andererseits dürfte die Verhältnismäßigkeit einer solchen Beschränkung häufig kritisch sein.

bzw. der Anpassung an den Klimawandel dienen (Nr. 2 lit. c). Zwar lässt sich der Biomasseanbau zur energetischen Verwendung durchaus unter den Begriff einer Maßnahme iSv. Nr. 2 lit. b fassen, die dem Klimawandel entgegenwirkt. Gegen eine Erweiterung der Darstellungsmöglichkeiten gegenüber Nr. 9 lässt sich auch der *lex specialis*-Grundsatz nicht anführen, da hier die ausdrückliche Zweckbestimmung des Klimaschutzes hinzukäme. Jedoch spricht gegen eine Erweiterung, dass durch Nr. 2 lit. b lediglich die Darstellung der Standorte bestimmter Einrichtungen und Maßnahmen verbessert werden soll, um Teile informeller Energiekonzepte in formelle Darstellungen zu überführen und an deren Funktionen teilhaben zu lassen²⁷⁸, die Darstellung von Flächen aber weiterhin vorwiegend den anderen in § 5 Abs. 2 vorgesehenen Darstellungsmöglichkeiten überlassen bleibt²⁷⁹. Zum anderen dürften sich weiter differenzierte Darstellungen, die im positiven Sinne einen Biomasseanbau zur energetischen Nutzung darstellen, auf Bebauungsplanebene – auch im Rahmen von Sondergebieten – mangels Festsetzungsmöglichkeit bzw. einem städtebaulichen Grund nicht konkretisieren lassen. Wegen der bereits dargestellten Begrenzung der Kompetenz zur städtebaulichen Planung reichen allein Klimaschutzbelange ohne einen Bezug zur städtebaulichen Ordnung nicht für die Zulässigkeit derartiger Festsetzungen aus²⁸⁰. Maßnahmen nach Nr. 2 lit. c umfassen dagegen auch gerade nicht-bauliche Nutzungen, die den Ausschluss oder die Beschränkung des Biomasseanbaus erfordern können wie bspw. abfluss- oder erosionsmindernde Maßnahmen, Regenrückhaltebecken u.a. Diese Darstellungen können auf verschiedene Ziffern von § 5 Abs. 2 gestützt werden²⁸¹ und sind der außenverbindlichen Konkretisierung auf Bebauungsplanebene zugänglich²⁸².

Schließlich kommen Darstellungen gem. § 5 Abs. 2 Nr. 10 BauGB für eine negative Steuerung des Biomasseanbaus in Betracht. Nr. 10 entspricht § 9 Abs. 1 Nr. 20 BauGB auf Bebauungsplanebene. Während dort jedoch auch Maßnahmen festgesetzt werden können, ist der Plangeber im Rahmen von Nr. 10 auf die Darstellung entsprechender Flächen beschränkt²⁸³. Über die Vorschrift findet eine Verzahnung mit der Landschaftsplanung, nicht aber eine eigenständige landschaftsbezogene Planung der Gemeinde statt²⁸⁴.

²⁷⁸ S. Mitschang, in: U. Battis/M. Krautzberger/R.-P. Löhr (Hrsg.), BauGB, 12. Aufl., § 5 Rn. 17a; sind die Energiekonzepte als städtebauliche Entwicklungskonzepte konzipiert, so sind sie in der Abwägung nach § 1 VII BauGB zu berücksichtigen, W. Söfker, in: W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg/M. Krautzberger (Hrsg.), BauGB, 114. EGL, Juli 2014, § 5 Rn. 29c.

²⁷⁹ W. Söfker, in: W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg/M. Krautzberger (Hrsg.), BauGB, 114. EGL, Juli 2014, § 5 Rn. 29c.

²⁸⁰ Siehe oben C.II.1.b.(2)(a).

²⁸¹ S. Mitschang, in: U. Battis/M. Krautzberger/R.-P. Löhr (Hrsg.), BauGB, 12. Aufl., § 5 Rn. 17d.

²⁸² Als Festsetzungen kommen hier insbesondere solche nach § 9 I Nr. 16 und 20 BauGB in Betracht.

²⁸³ S. Mitschang, in: U. Battis/M. Krautzberger/R.-P. Löhr (Hrsg.), BauGB, 12. Aufl., § 5 Rn. 33.

²⁸⁴ W. Söfker, in: W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg/M. Krautzberger (Hrsg.), BauGB, 114. EGL, Juli 2014, § 5 Rn. 59; S. Mitschang, in: U. Battis/M. Krautzberger/R.-P. Löhr (Hrsg.), BauGB, 12. Aufl., § 5 Rn. 35.

f. Die mittelbare Steuerung des Anbaus von Biomasse durch die Raumordnung

Aufgabe der Raumordnung ist gem. § 1 ROG die Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Gesamtgebietes der Bundesrepublik Deutschland und seiner Teilräume durch zusammenfassende, überörtliche und fachübergreifende Raumordnungspläne, durch raumordnerische Zusammenarbeit und durch Abstimmung raumbedeutsamer Planungen und Maßnahmen. Die Raumordnung findet überwiegend auf Landesebene statt. Die Länder sind zur Aufstellung sowohl von landesweiten als auch regionalen Raumordnungsplänen verpflichtet, § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 ROG. Sie geschieht auf Grundlage der Vorschriften des Raumordnungsgesetzes sowie der Landesplanungsgesetze. Seit der Einführung der §§ 17 ff. ROG²⁸⁵ ist auch in gewissem Umfang eine Raumordnung auf Bundesebene möglich.

Gem. § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ROG besteht eine Bindung öffentlicher Stellen bei raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen in Form einer Beachtungspflicht hinsichtlich der Ziele der Raumordnung. Für die Bauleitplanung ergibt sich daraus weitergehend gem. § 1 Abs. 4 BauGB eine Anpassungspflicht. Diese verlangt die Beachtung der Ziele der Raumordnung nicht nur bei der Neuaufstellung von Plänen, sondern gegebenenfalls auch deren nachträgliche Anpassung²⁸⁶. Dies gilt für Bebauungspläne selbst dann, wenn sie zunächst aus einem gültigen Flächennutzungsplan entwickelt wurden²⁸⁷. Grundsätze und sonstige Erfordernisse der Raumordnung sind hingegen lediglich in Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen zu berücksichtigen, § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ROG.

Der Biomasseanbau besitzt aufgrund seiner Inanspruchnahme großräumiger Flächen und wegen der Erheblichkeit der durch ihn hervorgerufenen standortabhängigen Auswirkungen auf Natur und Landschaft auch die nötige Raumbedeutsamkeit iSv. § 3 Abs. 1 Nr. 6 ROG, um Gegenstand der Raumordnung zu sein²⁸⁸.

Da die Raumordnungspläne ebenfalls keine Außenwirkung besitzen²⁸⁹, kann es sich auch insoweit nur um eine unmittelbare Steuerung nachfolgender Planungsebenen und eine mittelbare Steuerung des Biomasseanbaus handeln.

²⁸⁵ Durch Neufassung des ROG im Jahr 2009. Gem. Art. 1 des Gesetzes vom 22.12.2008 (BGBl. I 2986), ist § 17 ROG aber bereits 31.12.2008 in Kraft getreten.

²⁸⁶ U. Battis, in: U. Battis/M. Krautzberger/R.-P. Löhr, BauGB (Hrsg.), 12. Aufl., § 1 Rn. 32.

²⁸⁷ P. Runkel, in: W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg/M. Krautzberger (Hrsg.), BauGB, 114. EGL, Juli 2014, § 8 Rn. 32.

²⁸⁸ J. Albrecht, Planungsrechtliche Steuerung des Anbaus nachwachsender Rohstoffe, NuR 2013, S. 453 (455); S. Möckel, Erfordernis einer umfassenden außenverbindlichen Bodennutzungsplanung, DÖV 2013, S. 424 (425 f.); a.A. S. Mitschang/T. Schwarz/M. Kluge, Ansätze zur Konfliktbewältigung bei der räumlichen Steuerung von Anlagen erneuerbarer Energien, UPR 2012, S. 401 (402) unter Verweis auf eine (nicht abschließende) Einschätzung des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung von 2011; F. Ekardt/H.-U. Kruschinski, Bioenergieanlagen: Planungsrechtliche Minimierung möglicher Nutzungskonflikte, ZNER 2008, S. 7 (10).

²⁸⁹ Eine über § 35 III S. 2 und 3 BauGB vermittelte Außenwirkung scheidet zumindest vorliegend aus, da es sich beim Biomasseanbau nicht um Vorhaben iSv. § 29 I BauGB.

(1) Die Bundesraumordnung

Unter den Instrumenten der Bundesraumordnung kommt im vorliegenden Zusammenhang einzig der Bundesgrundsätzeplan gem. § 17 Abs. 1 ROG für eine Steuerung des Biomasseanbaus in Frage. Bislang wurde von der Ermächtigung kein Gebrauch gemacht, so dass praktische Erfahrungen hierzu fehlen. Dogmatisch sind bereits grundlegende Fragen der Reichweite der Ermächtigung umstritten. Auch nach der weitesten Auslegung sei der durch die Ermächtigungsgrundlage vermittelte Gestaltungsspielraum zwar stark begrenzt, dennoch soll es sich nicht um bloße Normkonkretisierung, sondern wegen der „Konkretisierung von Planungsnormen in Bezug auf den jeweiligen Planungsraum“ auch um Rechtsanwendung handeln²⁹⁰, die durch die Festlegung von Gewichtungsvorgaben für nachfolgende Entscheidungen maßstäblich werden kann²⁹¹. Die Grenzen der Konkretisierungsbefugnis des Bundes seien aus dem „aufgabenbezogenen Beziehungsgefüge zwischen Bund und Ländern, Bund und Europäischer Union sowie Gesamt- und Fachplanung“ abzuleiten²⁹². Klar ist, dass die Konkretisierung ausschließlich mithilfe von Grundsätzen der Raumordnung stattfindet, die stärkere Bindungswirkung der Ziele der Raumordnung (§ 4 Abs. 1 Satz 1 ROG) also nicht Teil der Rechtswirkung eines Plans gem. § 17 Abs. 1 ROG sein kann. Da sich die verfassungsrechtliche Kompetenz für den Erlass eines Bundesgrundsätzeplans aus der Natur der Sache ergibt²⁹³, kann der Plan überdies nur die Konkretisierung solcher Grundsätze enthalten, deren räumliche Dimension der länderübergreifenden Konkretisierung zugänglich sind. So lassen sich zwar verschiedene Grundsätze der Raumordnung in § 2 Abs. 2 ROG durchaus mit dem Anbau der Biomasse in Verbindung bringen, eine diesbezügliche länderübergreifende räumliche Dimension der Grundsätze ist aber nicht oder allenfalls sehr eingeschränkt ersichtlich.

(2) Die Raumordnung der Länder

In den Ländern sind gem. § 8 Abs. 1 Satz 1 ROG Raumordnungspläne für das gesamte Landesgebiet (landesweite Raumordnungspläne) und Raumordnungspläne für die Teilräume der Länder (Regionalpläne) aufzustellen. Insbesondere der regionalplanerischen Ebene wird für die Steuerung des Biomasseanbaus erhebliches Potential zugeschrieben. Dabei kann es sich

²⁹⁰ W. Spannowsky, Aufgabe und Kompetenz des Bundes zur Konkretisierung der bundesgesetzlichen Grundsätze der Raumordnung durch einen Raumordnungsplan nach § 17 Abs. 1 ROG, UPR 2013, S. 54 (56), weshalb der Plan nach § 17 ROG als „strategische normkonkretisierende Raumplanung“ zu beschreiben sei.

²⁹¹ W. Spannowsky, Aufgabe und Kompetenz des Bundes zur Konkretisierung der bundesgesetzlichen Grundsätze der Raumordnung durch einen Raumordnungsplan nach § 17 Abs. 1 ROG, UPR 2013, S. 54 (57). Nach anderer Ansicht besitzt der Grundsätzeplan eine reine Servicefunktion, während räumliche Steuerung schon der Ermächtigung nach nicht möglich sei. Nach P. Runkel, in: W. Spannowsky/ders./K. Goppel (Hrsg.), Raumordnungsgesetz, 1. Aufl., § 17 Rn. 7 gehe es nur um eine „Anschaulichmachung dessen, was § 2 II S. 2 ROG bereits an einzelnen gesetzlichen Grundsätzen enthält“. Eine planerische Entscheidung sei damit nicht verbunden.

²⁹² W. Spannowsky, Aufgabe und Kompetenz des Bundes zur Konkretisierung der bundesgesetzlichen Grundsätze der Raumordnung durch einen Raumordnungsplan nach § 17 Abs. 1 ROG, UPR 2013, S. 54 (57).

²⁹³ P. Runkel, in: W. Spannowsky/ders./K. Goppel (Hrsg.), Raumordnungsgesetz, 1. Aufl., § 17 Rn. 6. Im Anschluss an das Bundesverfassungsgericht kann von einer „Raumplanung in ihren über die Länder hinausgreifenden Zusammenhängen“ gesprochen werden, BVerfG 15, S. 1 (15 f).

jedoch, wie dargestellt, nur um eine mittelbare Steuerung über die Bindung nachfolgender Planungsebenen handeln²⁹⁴.

Die Bindungswirkung von Erfordernissen der Raumordnung (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 ROG) unterscheidet sich danach, ob es sich entweder um Ziele der Raumordnung (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG) handelt oder um Grundsätze der Raumordnung (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 ROG) oder sonstige Erfordernisse der Raumordnung (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 ROG). Nur erstere besitzen gem. § 3 Abs. 1 S.1 ROG eine strenge Bindungswirkung in Form einer Beachtungspflicht, während letztere lediglich im Rahmen von Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen zu berücksichtigen sind, d.h. auch von anderen Belangen verdrängt werden können²⁹⁵.

(a) Mittelbare positive Steuerung

Eine positive Steuerung, so hat die Untersuchung der Steuerungspotentiale auf Bebauungsplanebene gezeigt, ist nur im Sinne einer Freihaltung von Flächen für den Biomasseanbau möglich, wobei eine Spezifizierung der Freihaltung für Biomasseanbau zur energetischen Verwendung nicht möglich war. Auf der Ebene der Raumordnung kann es nur darum gehen, diese außenwirksame Steuerung zu beeinflussen und Gebiete von anderen Nutzungen frei zu halten, d.h. die räumlichen Voraussetzungen für die Landwirtschaft in ihrer Bedeutung für die Rohstoffproduktion zu erhalten oder zu schaffen²⁹⁶. Dies kann insbesondere durch die Festsetzung von Vorranggebieten (§ 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 ROG) und Vorbehaltsgebieten (§ 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 ROG) für die Landwirtschaft geschehen²⁹⁷. Wird die landwirtschaftliche Nutzung in einem Vorranggebiet vorgesehen, sind andere raumbedeutsame Nutzungen in diesem Gebiet ausgeschlossen, soweit diese mit der landwirtschaftlichen Nutzung nicht vereinbar sind, § 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 ROG. Es handelt sich dabei um verbindliche Vorgaben in Form von räumlich und sachlich bestimmten oder bestimmbar, vom Träger der Raumordnung abschließend abgewogenen textlichen oder zeichnerischen Festlegungen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums, mithin um ein Ziel der Raumordnung gem. § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG. Das Beachtensgebot des § 4 Abs. 1 Satz 1 ROG führt dazu, dass nachfolgende Planungsebenen in dem räumlich durch das Vorranggebiet erfassten Bereich konkretisierende Darstellungen bzw. Festsetzungen zu treffen sind. Im Rahmen der Bauleitplanung ist dieses noch durch das Anpassungsgebot des § 1 Abs. 4 BauGB verstärkt, dass auch ein Erstpla-

²⁹⁴ Siehe oben C.II.1.a.(2)(a).

²⁹⁵ P. Runkel, in: W. Spannowsky/ders./K. Goppel (Hrsg.), ROG, 1. Aufl., § 4 Rn. 22, 53.

²⁹⁶ § 2 II Nr. 4 S. 7 ROG.

²⁹⁷ Die Festlegung von Eignungsgebieten, wie sie im Zusammenhang mit der räumlichen Steuerung von Windenergieanlagen verbreitet sind und wegen der Ausschlussfunktion für das restliche Plangebiet eine erhebliche Steuerungsleistung besitzen, sind für den Biomasseanbau wegen der Verquickung der Kategorie mit § 35 BauGB und dessen Beschränkung auf bauliche Anlagen iSv. § 29 BauGB nicht von Bedeutung. So auch J. Albrecht, Planungsrechtliche Steuerung des Anbaus nachwachsender Rohstoffe, NuR 2013, S. 453 (456). Dies übersehen N. Gaasch et al., Sicherung einer nachhaltigen Bioenergiebereitstellung, Informationen zur Raumentwicklung 2011, S. 339 (344) und anscheinend auch T. Gawron, Biomasseanbau und räumliche Planung, RATUBS 2/2012, S. 14 (14 f.).

nungsgebot umfasst²⁹⁸. Dem Träger der Bauleitplanung kommt dabei nur insoweit ein Spielraum zu, als dieser sich aus der Aufgabe der Bauleitpläne zu konkretisierender Verfeinerung²⁹⁹ gegenüber der Raumordnung ergibt. Über die Einordnung von Vorbehaltsgebieten, in denen bestimmte raumbedeutsame Funktionen oder Nutzungen bei der Abwägung mit konkurrierenden raumbedeutsamen Nutzungen - lediglich – besonderes Gewicht beizumessen ist. Ob als Ziele oder Grundsätze der Raumordnung, darüber besteht dagegen keine Einigkeit. Unstreitig ist insoweit nur, dass sie schon aufgrund ihrer Definition in § 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 ROG auf nachfolgenden Planungsebenen Raum für Abwägungen lassen und schon deshalb einen geringeren Grad an Determinierung enthalten als Vorranggebiete.³⁰⁰

(b) Mittelbare negative Steuerung

Demgegenüber gibt es verschiedene Wege der mittelbaren negativen Steuerung des Biomasseanbaus. Relevante Anknüpfungspunkte finden sich insbesondere in den Grundsätzen der Raumordnung gem. § 2 Abs. 2 Nr. 4³⁰¹, 5³⁰² und 6³⁰³ ROG. Diese können in vielfältiger Weise als Vorgaben der Raumordnung umgesetzt werden³⁰⁴. Unter den im Raumordnungsgesetz vorgesehenen Festlegungen zur Raumstruktur gem. § 8 Abs. 5 Satz 1 kommen zu diesem Zweck insbesondere Festlegungen zur Sicherung großräumig übergreifender Freiräume und Freiraumschutz nach deren Nr. 2 lit. a in Betracht, bspw. in der Form regionaler Grünzüge und Siedlungszäsuren (Grünzäsuren)³⁰⁵. Mithilfe von Vorrang- und Vorbehaltsgebieten lässt sich der Raum überdies für Nutzungen sichern, die mit dem Anbau von Biomasse in Konflikt stehen. Im dargelegten Umfang sind diese im Rahmen der Bauleitplanung über Festsetzungen mit Außenwirkung zu versehen und können so auch den Landwirt binden oder Anlass für die Anwendung fachplanerischer oder ordnungsrechtlicher Maßnahmen geben, denen ihrerseits eine Außenwirkung zukommt³⁰⁶.

²⁹⁸ BVerwG 119, S. 25 (25).

²⁹⁹ Siehe U. Battis, in: U. Battis/M. Krautzberger/R.-P. Löhr (Hrsg.), BauGB, 12. Aufl., § 1 Rn. 41.

³⁰⁰ Stimmen, die Vorbehaltsgebiete als Ziele der Raumordnung betrachten, stellen darauf ab, dass das besondere Gewicht, welches einer bestimmten raumbedeutsamen Funktion in Abwägungen beizumessen ist, auf den nachfolgenden Planungsebenen nicht mehr zur Disposition steht, die Vorgaben insoweit letztabgewogen sind, vgl. K. Goppel, in: W. Spannowsky/P. Runkel/ders. (Hrsg.), ROG, 1. Aufl., § 8 Rn. 82.

³⁰¹ Bspw. mit Blick auf die Erhaltung und Entwicklung der Umwelt- und Erholungsfunktion.

³⁰² Hinsichtlich der Erhaltung und Entwicklung von Kulturlandschaften.

³⁰³ Hinsichtlich der Entwicklung, Sicherung und ggf. Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit der Böden und der Tier- und Pflanzenwelt sowie mit Blick auf die sparsame und schonende Inanspruchnahme der Naturgüter und des Schutzes von Grundwasservorkommen.

³⁰⁴ Die Länder können insoweit insbesondere auch eigene Gebietskategorien entwickeln. Vgl. die geschaffene Raumkategorie „Bereiche der Landschaft mit besonderen Nutzungsanforderungen“ in Sachsen zur Konkretisierung des Zieles 4.1.4 des Landesentwicklungsplans. Hierzu N. Gaasch et. al., Sicherung einer nachhaltigen Bioenergiebereitstellung, Informationen zur Raumentwicklung 2011, S. 339 (344).

³⁰⁵ T. Gawron, Biomasseanbau und räumliche Planung, RATUBS Nr. 2/2012, S. 5 (5).

³⁰⁶ Zu denken ist hier insbesondere an die naturschutzrechtliche Ausweisung von Schutzgebieten sowie an die Ausübung der Instrumentarien des Bodenschutz- und Düngemittelrechts.

(c) Mittelbare Steuerung durch Mengenziele

Schließlich wird eine Steuerung des Biomasseanbaus über die planerische Festsetzung auf Potenzial- und Restriktionsanalysen basierender Mengenziele diskutiert³⁰⁷. Praktische Erfahrungen gibt es mit solchen Festlegungen im Zusammenhang mit dem Biomasseanbau aber noch nicht³⁰⁸. In Betracht kommt diese Form parametrischer Steuerung³⁰⁹ sowohl im Wege der Festlegung von Mindest- und Höchstwerten bezogen auf die für den Biomasseanbau zur Verfügung zu stellenden Flächen als auch auf den Anteil von erneuerbaren Energien in einer Region³¹⁰. Soll von derlei Festlegungen nicht lediglich eine informelle Wirkung, sondern eine rechtliche Determinierung nachfolgender Planungsebenen ausgehen, müssen sie sich in auf die Regionen heruntergebrochenen räumlichen Ausweisungen niederschlagen und auf Ebene der Bauleitplanung zu außenverbindlichen Festsetzungen konkretisiert werden. Ein räumlich nicht weiter konkretisierter Grundsatz der Raumordnung hätte hingegen wohl kaum steuernde Wirkung, dürfte es den Gemeinden auf der Ebene der Bauleitplanung doch kaum möglich sein, die flächenmäßige Ausweisung mit anderen Gemeinden im nötigen Umfang zu koordinieren. Berücksichtigt man dies, scheint das Instrument des Mengenziels weniger auf eine veränderte Steuerungswirkung und stärker auf eine bessere Koordinierung und Festlegung von Steuerungszielen abzu zielen.

g. Mittelbare Steuerung durch fachplanerische Instrumente

(1) Landschaftsplanung, §§ 8 ff. BNatSchG sowie Landesnaturschutzgesetze

Im Rahmen der Landschaftsplanung gem. §§ 8 ff. BNatSchG sowie der Naturschutzgesetze der Länder werden die Ziele des Naturschutzes und Landschaftspflege als Grundlage vorsorgenden Handelns mithilfe überörtlicher (Landschaftsprogramme und Landschaftsrahmenpläne, § 10 BNatSchG) sowie örtlicher Planungsinstrumente (Landschaftspläne sowie Grünordnungspläne, § 11 BNatSchG) für den jeweiligen Planungsraum konkretisiert und die Erfordernisse und Maßnahmen zur Verwirklichung dieser Ziele dargestellt, begründet und so für weitere Planungen und Verwaltungsverfahren aufgezeigt. Die Instrumente der Landschaftsplanung besitzen, mit der Ausnahme von Landschaftsplänen in Nordrhein-Westfalen und Berlin, die als Satzung bzw. Rechtsverordnung zu erlassen sind³¹¹, keine außenwirksame

³⁰⁷ J. Albrecht, Planungsrechtliche Steuerung des Anbaus nachwachsender Rohstoffe, NuR 2013, S. 453 (456 f.); T. Gawron, Biomasseanbau und räumliche Planung, RATUBS 2/2012, S. 16 f.

³⁰⁸ Das Instrument wurde bislang insbesondere zur Steuerung der Ausweisung kommunalen Baulands und des Wohnungsbaus eingesetzt, vgl. mit Verweis auf Regionalpläne in Hessen G. Ludwig, Möglichkeiten und Grenzen der Steuerung der Biomasseproduktion durch die Regionalplanung, DVBl. 2010, S. 944 (948).

³⁰⁹ T. Gawron, Biomasseanbau und räumliche Planung, RATUBS 2/2012, S. 16

³¹⁰ G. Ludwig, Möglichkeiten und Grenzen der Steuerung der Biomasseproduktion durch die Regionalplanung, DVBl. 2010, S. 944 (948); J. Albrecht, Planungsrechtliche Steuerung des Anbaus nachwachsender Rohstoffe, NuR 2013, S. 453 (456).

³¹¹ § 16 II des Gesetzes zur Sicherung des Naturhaushalts und zur Entwicklung der Landschaft (Landschaftsgesetz – LG) mit Bekanntmachung der Neufassung v. 21.07.2000; § 10 V des Gesetzes über Naturschutz und Landschaftspflege von Berlin (Berliner Naturschutzgesetz – NatSchGBln) v. 29.05.2013.

Rechtsform, sondern werden vielmehr im Wege der Primär- oder Sekundärintegration unter Abwägung mit anderen öffentlichen und privaten Belangen in Raumordnung³¹² und Bauleitplanung³¹³ aufgenommen. Im hier verstandenen Sinne können Landschaftspläne mithin nur als Instrumente mittelbarer Steuerung über die Lenkung weiterer, ihrerseits außenverbindlicher Planungen verstanden werden. Dass es gegenüber Privaten und damit auch Landwirten an jeder unmittelbaren Bindungswirkung fehlt, ist für die Bewertung des Lenkungspotentials hinsichtlich des Biomasseanbaus von großer Bedeutung und wird teilweise nicht hinreichend gewürdigt³¹⁴. Da auch die Instrumente der Gesamtplanung, wie dargestellt, nur sehr eingeschränkt zu einer Lenkung des Biomasseanbaus in der Lage sind, muss das Potential der Landschaftsplanung für die hier gestellte Aufgabe zusätzlich in der Vorbereitung des Einsatzes anderer regulativer, teils ordnungsrechtlicher Instrumente wie der guten fachlichen Praxis der Landwirtschaft, der Eingriffsregelung, dem Gebietsschutz oder dem Artenschutz oder der Möglichkeit ihrer Verknüpfung mit Fördertatbeständen gesucht werden³¹⁵.

(2) Maßnahmen- und Bewirtschaftungsplanung, §§ 82 ff. WHG

Zur Erreichung des durch die Wasserrahmenrichtlinie (WRRL)³¹⁶ geforderten guten Zustands aller Oberflächengewässer und des Grundwassers³¹⁷ haben die Mitgliedstaaten für alle Flussgebietseinheiten inklusive der Einzugsgebiete Maßnahmenprogramme und Bewirtschaftungspläne aufzustellen, Art. 11 und 13 RL 2000/60/EG. Für den Anbau von Biomasse sind insbesondere die nach § 82 Abs. 3 WHG³¹⁸ iVm. Art. 11 Abs. 3 lit. h RL 2000/60/EG zu ergreifenden grundlegenden Maßnahmen gegen Schadstoffeinträge aus diffusen Quellen, wozu insbesondere Stickstoff- und Phosphoreinträge aufgrund agrarischer Landnutzungen zählen³¹⁹, relevant. Da den Anforderungen in Deutschland durch die bestehenden gesetzlichen Regelungen genügt werden soll³²⁰, wird man für die Beantwortung der Frage nach einer evtl. vorhandenen Steuerungswirkung auf ordnungsrechtliche Regelungen nach den Wasserhaushaltsgesetzen von Bund und Ländern, dem Düngemittelgesetz iVm. der Düngever-

³¹² Vgl. § 10 III BNatSchG.

³¹³ Vgl. § 11 III BNatSchG.

³¹⁴ Kritisch gegenüber der „praktischen Gestaltungswirkung“ der Landschaftsplanung auch S. Möckel, Erfordernis einer umfassenden außenverbindlichen Bodennutzungsplanung, DÖV 2013, S. 424 (427).

³¹⁵ Ausführlicher zu dieser Möglichkeit und ihre kritische Würdigung bei J. Albrecht, Planungsrechtliche Steuerung des Anbaus nachwachsender Rohstoffe, NuR 2013, S. 453 (459 f.).

³¹⁶ Richtlinie 2000/60/EG zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, ABIEU. L 327/1.

³¹⁷ Vgl. die Begriffsbestimmung gem. Art. 2 Nr. 18, 20 RL 2000/60/EG.

³¹⁸ Wasserhaushaltsgesetz v. 31.07.2009 (BGBl. I S. 2585), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes v. 15.11.2014 (BGBl. I S. 1724) geändert worden ist.

³¹⁹ M. Appel, in: K. Berendes/W. Frenz/H.-J. Müggenborg (Hrsg.), WHG, 1. Aufl., § 82 Rn. 45.

³²⁰ M. Appel, in: K. Berendes/W. Frenz/H.-J. Müggenborg (Hrsg.), WHG, 1. Aufl., § 82 Rn. 46. Dieser Befund wird aufgrund der fortbestehenden Probleme mit diffusen Quellen auch als Beleg für die Grenzen rechtlicher Regelungsmacht genommen, M. Czychowski/M. Reinhardt, WGH, 11. Aufl., § 82 Rn. 31.

ordnung, dem Pflanzenschutzgesetz³²¹, dem Bundes-Bodenschutzgesetz³²² sowie dem Chemikaliengesetz³²³ verwiesen. Diese werden noch an späterer Stelle zu behandeln sein.

h. Zwischenfazit

Die planerische Steuerung des Biomasseanbaus ist insgesamt in nur sehr eingeschränktem Maße möglich. Mit dem Instrument der Bebauungsplanung können zwar auch Vorgaben für landwirtschaftliche Tätigkeit gemacht werden, soweit hierfür ein städtebaulicher Grund besteht. Diese sind von Landwirten grundsätzlich jedoch nur dann umzusetzen, wenn sie sich hierzu in städtebaulichen Verträgen verpflichten. Über dieses Instrument können auch weitergehende Verpflichtungen begründet werden.

Festsetzungen in Flächennutzungsplänen können nur über ihre weitere Konkretisierung in der Bebauungsplanung für den Anbau von Biomasse Bedeutung erlangen. § 35 BauGB kann diese Transformierung nicht leisten, da er nur auf bauliche Nutzungen Anwendung findet. Im Vordergrund stehen hier eine mittelbare Steuerung der Freihaltfunktion und auch der negativen Steuerungsfunktion der Bebauungsplanung über das Entwicklungsgebot des § 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB.

Die Raumordnung der Länder kann in positiver Hinsicht einen Beitrag zur Freihaltung von Flächen für den Biomasseanbau leisten. Darüber hinaus kann eine mittelbare negative Steuerung des Biomasseanbaus durch Vorgaben an die nachfolgenden Planungsebenen erreicht werden.

Fachplanerische Instrumente haben insbesondere dann einen Steuerungseffekt, wenn sie in außenverbindliche Festsetzungen übersetzt werden können. Eine stärkere Rolle könnte ihnen im Rahmen der Vorbereitung der Ausübung ordnungsrechtlicher Instrumente zugeacht werden. Deren Defizite im Vollzug lassen eine dahingehende Weiterentwicklung aber nicht als erfolgsversprechend erscheinen.

2. Steuerung durch ordnungsrechtliche Instrumente

Auch wenn sich auf Grund des mit dem Biomasseanbau verbundenen starken Raumbezugs rechtliche Instrumente der Raumplanung aufdrängen³²⁴, könnte auch das sonstige bisher bestehende Instrumentarium raumsteuernde Wirkungen entfalten. So könnte mittels des

³²¹ Pflanzenschutzgesetz v. 06.02.2012 (BGBl. I S. 148, 1281), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes v. 02.12.2014 (BGBl. I S. 1928) geändert worden ist.

³²² Bundes-Bodenschutzgesetz v. 17.03.1998 (BGBl. I S. 502), das zuletzt durch Artikel 5 Absatz 30 des Gesetzes v. 24.02.2012 (BGBl. 212) geändert worden ist.

³²³ Chemikaliengesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 28.08.2013 (BGBl. I S. 3498, 3991), das zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung v. 20.06.2014 (BGBl. I S. 824) geändert worden ist.

³²⁴ J. Albrecht, Planungsrechtliche Steuerung des Anbaus nachwachsender Rohstoffe unter besonderer Berücksichtigung von Natur und Landschaft, Teil 1, NuR 2013, S. 453 (454).

Ordnungsrechts und dessen restriktiven Produktionsauflagen³²⁵ die (räumliche) Struktur des Biomasseanbaus positiv oder vorwiegend negativ gelenkt werden, indem beispielsweise aus Gründen des Natur- oder Bodenschutzes bestimmte Flächen nicht oder in einem geringeren Umfang zum Biomasseanbau genutzt werden können. Im Ordnungsrecht konnten zwei Bereiche identifiziert werden, in denen sich Regelungen (zumindest mittelbar) auf die räumliche Verteilung des Biomasseanbaus als Bestandteil landwirtschaftlicher Bodennutzung auswirken können. Dies sind zum einen Anforderungen der guten fachlichen Praxis im Agrarumweltrecht (a.) und zum anderen die Regelungen in der Biomassestrom-Nachhaltigkeitsverordnung³²⁶ (b.).

a. Keine spezifischen Anforderungen der guten fachlichen Praxis an den Biomasseanbau

Zunächst kommt das für landwirtschaftliche Bodennutzungen einschlägige Instrument der guten fachlichen Praxis (gFP) in der Landwirtschaft für eine räumliche Steuerung in Betracht. Gute fachliche Praxis bedeutet in diesem Kontext eine Tätigkeit, die von fachkundigen und verantwortungsbewussten Landwirten in der unter den jeweiligen regionalen Gegebenheiten als bewährt angesehenen üblichen Weise durchgeführt wird³²⁷. Anforderungen der guten fachlichen Praxis finden sich im Agrarumweltrecht. Hierunter sind die aus Gründen des Umweltschutzes für die landwirtschaftliche Betriebsführung und Produktion bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen zu fassen³²⁸. Dabei ist die gute fachliche Praxis in der Landwirtschaft erst in jüngerer Zeit rechtlich in verschiedenen Regelwerken normiert oder es wird darauf Bezug genommen. Konkrete Anforderungen an die gute fachliche Praxis aus Sicht des Naturschutzes sind beispielsweise erst mit der 4. Bundesnaturschutzgesetz-Novelle im Jahr 2002 eingeführt worden³²⁹. Im Folgenden werden die Regelungen zur guten fachlichen Praxis im Hinblick auf raumsteuernde Wirkungen im Boden- und Naturschutzrecht sowie im sonstigen Agrarumweltrecht hin untersucht. Dabei ist zu beachten, dass es derzeit im Wesentlichen keine speziellen Regelungen der guten fachlichen Praxis für den Biomasseanbau zur Nutzung zur Energiegewinnung gibt, sondern diese Regelungen auf den landwirtschaftlichen Anbau von Nutzpflanzen für Ernährungs- und Fütterungszwecke ausgerichtet sind³³⁰. Zudem bezwecken die Regelungen keine direkte räumlich steuernde Wirkung. Sinn und Zweck liegt im Schutz der Umwelt durch Festlegung von gesetzlichen Anforderungen und Grundsätzen, um einen Mindestumweltstandard in der Landwirtschaft zu gewährleis-

³²⁵ Vgl. J. Lüdeke, Biomasseanbau und Naturschutz, 1. Aufl., S. 138.

³²⁶ Biomassestrom-Nachhaltigkeitsverordnung v. 23.07.2009 (BGBl. I S. 2174), die zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes v. 20.11.2014 (BGBl. I S. 1740) geändert worden ist.

³²⁷ C. Müller, Zum Verhältnis von Naturschutz und Landwirtschaft nach dem BNatSchG-Neuregelungsgesetz, NuR 2002, S. 530 (530 f.); C.-A. Agena, Der Vollzug der landwirtschaftlichen „Grundsätze der guten fachlichen Praxis“ nach § 5 Abs. 2 BNatSchG, NuR 2012, S. 297 (297).

³²⁸ C. Grimm, in: ders. (Hrsg.), Agrarrecht, 3. Aufl., Rn. 419 unter Verweis auf H.-J. Hötzel, Umweltvorschriften für die Landwirtschaft, 1. Aufl., S. 31.

³²⁹ M. Kloepfer, in: ders. (Hrsg.), Umweltrecht, 3. Aufl., § 11 Rn. 48.

³³⁰ Vgl. J. Lüdeke, Biomasseanbau und Naturschutz, 1. Aufl., S. 138.

ten³³¹. Dies kann, ggf. nicht vom Gesetzgeber intendiert, aber mittelbar Auswirkungen auf die Standortwahl der Anbauflächen haben, indem beispielsweise übersäuerte Böden vorübergehend nicht (mehr) genutzt werden.

(1) Bodenschutzrecht

Im Bereich des besonderen Umweltrechts ist zuerst die Regelung des § 17 BBodSchG zu nennen, der die Einhaltung der guten fachlichen Praxis in der Landwirtschaft erstmalig in Bezug auf das Schutzgut Boden fest schreibt³³². Nach der Gesetzesbegründung konkretisiert § 17 BBodSchG die Vorsorgepflicht aus § 7 BBodSchG für die landwirtschaftliche Bodennutzung³³³ und stellt in Absatz 2 Satz 2 Nr. 1 bis 7 Grundsätze der guten fachlichen Praxis auf. Konkrete Grundsätze zur Standortwahl des Anbaus formuliert § 17 Abs. 2 BBodSchG nicht; auch die Gesetzesbegründung enthält hierzu keine Vorgaben. Ziel ist es vielmehr, die physikalischen und biologischen Beeinträchtigungen des Bodens, insbesondere die Flächeneinwirkungen und Veränderungen der Bodenstruktur, auf einen ökologisch vertretbaren Umfang zu begrenzen³³⁴. Das zu § 17 BBodSchG erlassene Standpunktpapier des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten, das die normierten Grundsätze konkretisieren soll, führt neben dieser vorgelagerten Gefahrenabwehr als Ziel weiterhin die nachhaltige Erhaltung der Fruchtbarkeit und Leistungsfähigkeit des Bodens als natürliche Ressource aus³³⁵. Ziel der Grundsätze der guten fachlichen Praxis im Bodenschutzrecht ist mithin zumindest auch, den Boden als Wirtschaftsgut zu erhalten.

Dennoch könnten die Grundsätze allgemein geeignet sein, steuernden Einfluss auf den Biomasseanbau zu nehmen, da in § 17 Abs. 2 Satz 2 BBodSchG Vorsorgepflichten zur nachhaltigen Bewirtschaftung des Bodens konkretisiert werden, die auch durch den Biomasseanbau zum Teil verursachten – oben beschriebenen – negativen Auswirkungen auf den Boden verhindern könnten. Zu den möglicherweise einschlägigen Grundsätzen gehören, dass die Bodenbearbeitung unter Berücksichtigung der Witterung grundsätzlich standortangepasst zu erfolgen hat (Nr. 1), Bodenabträge durch eine standortangepasste Nutzung, insbesondere durch Berücksichtigung der Hangneigung, der Wasser- und Windverhältnisse sowie der Bodenbedeckung, möglichst vermieden werden (Nr. 4) und dass die biologische Aktivität des Bodens durch entsprechende Fruchtfolgegestaltung erhalten oder gefördert wird (Nr. 6). Alle Grundsätze betreffen im Wesentlichen die Bodenphysik³³⁶.

³³¹ Vgl. S. Möckel, Verbesserte Anforderungen an die gute fachliche Praxis der Landwirtschaft, ZUR 2014, S. 14 (14).

³³² V. Nies, in: R. von Landmann/G. Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, 73. EGL, August 2014, § 17 BBodSchG Rn. 1.

³³³ BT-Drs. 13/6701, S. 43.

³³⁴ Unter Bezug auf die Gesetzesbegründung H. Ginzky, in: L. Giesberts/M. Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, 32. Ed., Juli 2014, § 17 BBodSchG Rn. 1.

³³⁵ BMELF, Grundsätze und Handlungsempfehlungen zur guten fachlichen Praxis der landwirtschaftlichen Bodennutzung nach § 17 Bundes-Bodenschutzgesetz (BBodSchG) v. 17.03.1998, Bekanntmachung v. 23.02.1999, BAnz v. 20.04.1999, S. 658 ff.

³³⁶ BT-Drs. 13/6701, S. 43.

Der Grundsatz der standortangepassten Bodenbearbeitung in Nr. 1 bedeutet, dass die Bodenbearbeitung sich an den Eigenschaften und Erfordernissen des jeweiligen Standortes orientieren sollte³³⁷. Es soll daher zwar keine Standortwahl erfolgen; die landwirtschaftliche Bodennutzung soll aber auf den Standort bzgl. der vorhandenen Bodenart, dem pH-Wert des Bodens usw. angepasst werden, sodass eine (negative) räumliche Steuerung dadurch erfolgen könnte, dass an einem spezifischen Standort keine, eine andere Art oder nur eine eingeschränkte Form der Bodennutzung erfolgt. Die Konkretisierungen des Standpunktepapiers lassen jedoch erkennen, dass § 17 Abs. 2 Nr. 1 BBodSchG vornehmlich auf die Anwendung unterschiedlicher Methoden der Bodenbearbeitung abzielt (mit oder ohne Pflug, Direktsaat)³³⁸, sodass eine räumlich steuernde Wirkung kaum denkbar ist.

Dem auch durch Reihenkulturen wie Mais begünstigten Problem der Bodenerosion³³⁹ soll durch den Grundsatz der Nr. 4 begegnet werden. Nr. 4 schreibt vor, dass durch eine standortangepasste Bewirtschaftung Bodenabträge vermieden werden sollen. Zu den möglichen Maßnahmen zählt neben der Anlage von Wällen, Hecken oder Gehölzen³⁴⁰ ein regelmäßiger Wechsel der Fruchtarten³⁴¹. Durch Einhaltung dieses Grundsatzes der guten fachlichen Praxis kann daher aus Gründen des Erosionsschutzes ein Wechsel der angebauten Art von Biomasse angezeigt sein. In diesem Sinne beinhaltet der Grundsatz in Nr. 6 Potentiale zum Entgegenwirken von beispielsweise Mais-Monokulturen, da hiernach die Förderung und Erhaltung der biologischen Aktivität des Bodens beispielsweise durch die Förderung möglichst vielfältiger Fruchtfolgen gewährleistet werden soll³⁴².

Es zeigt sich, dass die Regelungen der guten fachlichen Praxis für die Landwirtschaft nur geringfügig darauf angelegt sind, dem Grunde nach auch steuernde Wirkung auf den Biomasseanbau zu nehmen. Fraglich ist zudem, inwieweit die in § 17 Abs. 2 Satz 2 BBodSchG nicht abschließend aufgezählten Grundsätze bislang praktische Relevanz erfahren haben. Zunächst sind die Regeln der guten fachlichen Praxis weniger anspruchsvoll als der Stand der Technik³⁴³. Die berechtigte Kritik an den Regelungen des § 17 BBodSchG bemängelt die überwiegend sehr abstrakt, unspezifisch und leitlinienhaft formulierten Grundsätze, denen

³³⁷ V. Nies, in: R. von Landmann/G. Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, 73. EGL, August 2014, § 17 BBodSchG Rn. 48.

³³⁸ *BMELF*, Grundsätze und Handlungsempfehlungen zur guten fachlichen Praxis der landwirtschaftlichen Bodennutzung nach § 17 Bundes-Bodenschutzgesetz (BBodSchG) v. 17.03.1998, Bekanntmachung v. 23.02.1999, BAnz v. 20.04.1999, S. 658 ff., S. 6 f.

³³⁹ BT-Drs. 13/6701, S. 43.

³⁴⁰ *BMELF*, Grundsätze und Handlungsempfehlungen zur guten fachlichen Praxis der landwirtschaftlichen Bodennutzung nach § 17 Bundes-Bodenschutzgesetz (BBodSchG) v. 17.03.1998, Bekanntmachung v. 23.02.1999, BAnz v. 20.04.1999, S. 658 ff.

³⁴¹ V. Nies, in: R. von Landmann/G. Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, 73. EGL, August 2014, § 17 BBodSchG Rn. 92.

³⁴² Zu den einzelnen Maßnahmen dieses Grundsatzes vgl. V. Nies, in: R. von Landmann/G. Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, 73. EGL, August 2014, § 17 BBodSchG Rn. 103 ff.; Eine möglichst vielfältige Fruchtfolge wird auch im Standpunktpapier empfohlen: *BMELF*, Grundsätze und Handlungsempfehlungen zur guten fachlichen Praxis der landwirtschaftlichen Bodennutzung nach § 17 Bundes-Bodenschutzgesetz (BBodSchG) v. 17.03.1998, Bekanntmachung v. 23.02.1999, BAnz v. 20.04.1999, S. 658 ff.

³⁴³ S. Möckel, Verbesserte Anforderungen an die gute fachliche Praxis der Landwirtschaft, ZUR 2014, S. 14 (14).

es zudem an Ermächtigungsgrundlagen der Behörden fehlt, um einen messbaren Vollzug zu erreichen³⁴⁴. Neben der ohnehin schwierigen Überprüfbarkeit der Einhaltung der guten fachlichen Praxis in der landwirtschaftlichen Praxis, steht den Behörden ohne Anordnungsbefugnisse selbst bei Wahrnehmung einer Verletzung der Grundsätze kein Vollzugsinstrumentarium zur Verfügung, um die Grundsätze durchsetzen zu können. Hinzu kommt eine Rechtszersplitterung, da die Mindeststandards an die landwirtschaftliche Bodennutzung neben dem Ordnungsrecht auch im Förderrecht angelegt sind³⁴⁵. Aus diesen Gründen wird für die Gute-fachliche-Praxis-Regelungen erheblicher Fortentwicklungsbedarf gesehen³⁴⁶ und dem Instrument nur eine geringe Steuerungswirkung für den Bereich der landwirtschaftlichen Bodennutzung attestiert³⁴⁷. Die Kritik wird durch die Erfahrungen der Vergangenheit bestätigt, die gezeigt hat, dass § 17 BBodSchG negative Entwicklungen hinsichtlich der Bodenqualität in beispielsweise Regionen intensiver Viehhaltung in Kombination mit Maisanbau nicht verhindert hat.

(2) Naturschutzrecht

In naturschutzrechtlicher Hinsicht existieren in § 5 Abs. 2 BNatSchG weitere Regelungen zur guten fachlichen Praxis in der Landwirtschaft. § 5 BNatSchG stellt in Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bis 6 Grundsätze der guten fachlichen Praxis auf, die bei der landwirtschaftlichen Bodennutzung – ergänzend zu denen des § 17 BBodSchG und sonstigen für die Landwirtschaft geltenden Vorschriften – zu beachten sind. Die Grundsätze statuieren besondere naturschutzrechtliche Anforderungen an die Landwirtschaft³⁴⁸, die – ohne ausdrückliche Nennung – auch für den Anbau von Energiepflanzen gelten³⁴⁹, wenn der Gesetzgeber bislang im Bundesnaturschutzgesetz auch nicht auf die Gefährdung von Natur und Landschaft durch den verstärkten Anbau von Energiepflanzen reagiert hat³⁵⁰. Der Anwendungsbereich ist mithin auch für den Biomasseanbau eröffnet. Die Anforderungen richten sich an alle Nutzungsberechtigten, die ihr Nutzungsrecht jeweils im Rahmen der guten fachlichen Praxis auszuüben haben³⁵¹.

Bei den Regelungen handelt es sich kompetenziell betrachtet um an die Landesgesetzgeber gerichtetes Rahmenrecht³⁵². In der Gesetzesbegründung zum in der Novelle 2002 geschaffenen § 5 BNatSchG heißt es sogar mit einem gewissen Bezug auf eine gewollte räumliche

³⁴⁴ C.-A. Avena, Der Vollzug der landwirtschaftlichen „Grundsätze der guten fachlichen Praxis“ nach § 5 Abs. 2 BNatSchG, NuR 2012, S. 297 (298); F. Ekaradt, Die Privilegierung der Landwirtschaft im Umweltrecht, ZUR 2008, S. 169 (171); S. Möckel, Verbesserte Anforderungen an die gute fachliche Praxis der Landwirtschaft, ZUR 2014, S. 14 (14).

³⁴⁵ S. Möckel, Verbesserte Anforderungen an die gute fachliche Praxis der Landwirtschaft, ZUR 2014, S. 14 (15).

³⁴⁶ A. Mengel et al., Steuerungspotenziale im Kontext naturschutzrelevanter Auswirkungen, 1. Aufl., S. 162.

³⁴⁷ F. Ekaradt, Die Privilegierung der Landwirtschaft im Umweltrecht, ZUR 2008, S. 169 (176).

³⁴⁸ E. Endres, in: W. Frenz/H.-J. Muggenborg (Hrsg.), BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 2.

³⁴⁹ So ausdrücklich auch: J. Lüdeke, Biomasseanbau und Naturschutz, 1. Aufl., S. 123.

³⁵⁰ So die Kritik von: S. Krohn, in: S. Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 18.

³⁵¹ Vgl. M. H. Müller-Walter, in: A. Lorz/C. Konrad/H. Mühlbauer/ders./H. Stöckel (Hrsg.), Naturschutzrecht, 3. Aufl., § 5 Rn. 7; P. Fischer-Hüftle, in: J. Schumacher/ders. (Hrsg.), Bundesnaturschutzgesetz, 2. Aufl., § 5 Rn. 16.

³⁵² G. Vagedes, in: S. Lütkes/W. Ewer (Hrsg.), BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 13.

Steuerung, dass die einzelnen Grundsätze auf Ausfüllung und Ergänzung durch das Landesrecht angelegt sind. Das gilt insbesondere auch insoweit, als die Grundsätze mit standort- oder regionalbezogenen Anforderungen auf eine Spezifizierung entsprechend den jeweiligen Rahmenbedingungen/Gegebenheiten in den Ländern angewiesen sind³⁵³. Von der Möglichkeit zur Festlegung abweichender Regelungen oder Konkretisierungen haben jedoch hinsichtlich § 5 Abs. 2 BNatSchG lediglich drei Bundesländer, nämlich Bayern in Art. 3 Abs. 2 BayNatSchG³⁵⁴, Schleswig Holstein in § 3 Abs. 2 LNatSchG SH³⁵⁵ und Hamburg in § 3 HmbBNatSchAG³⁵⁶ Gebrauch gemacht. Auf die in diesem Zusammenhang stetige Fragestellung der Wirkung und Vollziehbarkeit der Grundsätze wird am Ende eingegangen.

Im Einzelnen könnten von den sechs aufgezählten Grundsätzen des § 5 Abs. 2 BNatSchG drei für die Steuerung des Biomasseanbaus von Relevanz sein. § 5 Abs. 2 Nr. 1 BNatSchG verlangt zur Einhaltung der guten fachlichen Praxis eine standortangepasste Bewirtschaftung sowie die Gewährleistung einer nachhaltigen Bodenfruchtbarkeit und langfristige Nutzbarkeit der Flächen. Der Grundsatz zielt daher wie § 17 Abs. 2 Nr. 1 BBodSchG auf die nachhaltige Nutzung des Bodens als Wirtschaftsgut ab. Nr. 1 fungiert dabei als zentrales Gebot des 2. Absatzes, aus dem sich die anderen Grundsätze ableiten lassen³⁵⁷. Unter Bewirtschaftung sind alle zur Gewinnung landwirtschaftlicher Bodenerzeugnisse notwendigen Maßnahmen zu verstehen³⁵⁸. Nr. 1 gilt daher dem Grunde nach auch für den Biomasseanbau. Durch diesen Grundsatz sollen verschiedene negative Auswirkungen auf Natur und Landschaft, wie beispielsweise Bodendegradation oder übermäßiger Nährstoffeintrag verhindert werden³⁵⁹. Da es sich hierbei um negative Folgen handelt, die auch durch den zunehmenden Biomasseanbau verursacht werden, könnte Nr. 1 ein mögliches Mittel zu deren Behebung und Vorbeugung sein. Andererseits kann die Norm erneut wieder nur negativ steuern, indem Flächen nicht bewirtschaftet werden. Zudem hat Nr. 1 aufgrund der starken Überschneidungen mit § 17 Abs. 2

³⁵³ BT-Drs. 14/6378, S. 33.

³⁵⁴ Abweichender Wortlaut des Art. 3 II S. 1 „Die Land- und Fischereiwirtschaft hat im Rahmen der guten fachlichen Praxis die Anforderungen der für sie geltenden Vorschriften, des § 17 Abs. 2 des Bundesbodenschutzgesetzes (BBodSchG), der sonstigen Vorschriften des Bundesnaturschutzgesetzes (BNatSchG) und dieses Gesetzes zu beachten“, vgl. Gesetz über den Schutz der Natur, die Pflege der Landwirtschaft und die Erholung in der freien Natur (Bayerisches Naturschutzgesetz – BayNatSchG) v. 23.02.2011 (GVBl. S. 82).

³⁵⁵ Abweichender Wortlaut des § 3 II „Abweichend von § 5 Abs. 2 BNatSchG kann die oberste Naturschutzbehörde durch Verordnung die Grundsätze der guten fachlichen Praxis nach § 5 Abs. 2 Nr. 3 und 5 BNatSchG näher konkretisieren.“, vgl. Gesetz zum Schutz der Natur (Landesnaturschutzgesetz – LNatSchG) v. 24.02.2010 (GVOBl. S. 301), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes v. 13.07.2011 (GVOBl. S. 225).

³⁵⁶ Abweichender Wortlaut des § 3: „Ergänzend zu § 5 Absatz 2 BNatSchG ist bei der landwirtschaftlichen Nutzung folgender Grundsatz der guten fachlichen Praxis zu beachten: Auf artenreichen Grünlandstandorten (altes Dauergrünland) ist ein Umbruch zu unterlassen. Artenreiche Grünlandstandorte liegen vor, wenn mindestens fünfzehn typische Grünlandarten ohne Berücksichtigung der Ruderalisierungszeiger wie Ackerwildkräuter oder Trittpflanzen auf Nass-, Feucht- und mittlerem (mesophilem) Grünland und seltene und gefährdete Pflanzenarten vorkommen.“, vgl. Hamburgisches Gesetz zur Ausführung des Bundesnaturschutzgesetzes v. 11.05.2010 (HmbGVBl. S. 350), zuletzt geändert durch Gesetz v. 23.12.2011 (HmbGVBl. S. 3).

³⁵⁷ S. Krohn, in: S. Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 21.

³⁵⁸ S. Krohn, in: S. Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 21.

³⁵⁹ BT-Drs. 14/6378, S. 39; E. Endres, in: W. Frenz/H.-J. Müggenborg (Hrsg.), BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 9.

Nr. 1 BBodSchG kaum einen eigenständigen Regelungsgehalt³⁶⁰ und die abstrakt-generell gehaltenen Anforderungen bieten kaum konkretes Vollzugspotential.

In § 5 Abs. 2 Nr. 2 BNatSchG ist geregelt, dass die natürliche Ausstattung der Nutzfläche nicht über das zur Erzielung eines nachhaltigen Ertrages erforderliche Maß hinaus beeinträchtigt werden darf. Auch dieser Grundsatz erscheint grundsätzlich einschlägig für den Biomasseanbau, da die Beeinträchtigungen durch die Bewirtschaftung nach Aspekten wie Fruchtfolgen und Maß der eingesetzten Düngemittel und die dadurch verursachten Stoffeinträge zu beurteilen sind³⁶¹. Diese werden auch vom intensiven Biomasseanbau mitverursacht. Kritisch wird die Nr. 2 in der Kommentarliteratur gesehen. Danach kommt die Nr. 2 eher einem Vermeidungsappell mit zweifelhafter Vollzugsfähigkeit gleich³⁶², die wegen ihrer hohen Unbestimmtheit und seiner programmsatzartigen Fassung keine nennenswerte Steuerung entfalten kann. Daneben fehlt es dem Grundsatz – wie dem in Nr. 1 – an einer konkret räumlichen Steuerungsfunktion.

Schließlich beinhaltet § 5 Abs. 2 Nr. 6 BNatSchG einen Verweis auf das landwirtschaftliche Fachrecht, wenn Düngemittel und Pflanzenschutzmittel eingesetzt werden. Das Fachrecht stellt dabei den diesbezüglich einzuhaltenden Mindeststandard dar³⁶³. Aufgrund des Verweises hat dieser Grundsatz jedoch keinen eigenständigen Regelungsgehalt³⁶⁴. Die sich aus dem sonstigen Agrarumweltrecht ergebenden Vorgaben der guten fachlichen Praxis werden unten dargestellt.

Bewertet man die Steuerungswirkung der Grundsätze im Allgemeinen, ist zu beachten, dass sie teilweise vergleichbar mit denen des § 17 Abs. 2 BBodSchG sind³⁶⁵; beispielsweise entspricht § 5 Abs. 2 Nr. 1 BNatSchG dem § 17 Abs. 2 Nr. 1 BBodSchG im Hinblick auf die standortangepasste Bewirtschaftung. Im Vergleich zur bodenschutzrechtlich einzuhaltenden guten fachlichen Praxis mit ihrem weiten Verhaltensspielraum sind die naturschutzrechtlichen Grundsätze jedoch strikter gefasst³⁶⁶. Hinzu kommt, dass § 17 Abs. 2 BBodSchG unstreitig weder ein Anreiz- noch Sanktionssystem beinhaltet und daher die Einhaltung der Grundsätze nicht zwangsweise durchgesetzt werden kann³⁶⁷, wohingegen dies bei § 5 BNatSchG, wenn auch im Umfang umstritten, möglich ist. Ferner sind die Grundsätze des § 5 Abs. 2 BNatSchG mit absoluter Bindungswirkung („zu beachten“) versehen³⁶⁸, während in § 17 Abs. 2 BBodSchG die Grundsätze lediglich ohne konkretisierte Bindungswirkung aufgezählt werden.

³⁶⁰ Vgl. E. Endres, in: W. Frenz/H.-J. Müggenborg (Hrsg.), BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 22; S. Krohn, in: S. Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 22.

³⁶¹ Vgl. G. Vagedes, in: S. Lütkes/W. Ewer (Hrsg.), BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 26.

³⁶² E. Endres, in: W. Frenz/H.-J. Müggenborg, BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 10; S. Krohn, in: S. Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 23.

³⁶³ G. Vagedes, in: S. Lütkes/W. Ewer (Hrsg.), BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 30.

³⁶⁴ S. Krohn, in: S. Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 28.

³⁶⁵ P. Fischer-Hüftle, in: J. Schumacher/ders. (Hrsg.), Bundesnaturschutzgesetz, 2. Aufl., § 5 Rn. 13.

³⁶⁶ G. Vagedes, in: S. Lütkes/W. Ewer (Hrsg.), BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 15.

³⁶⁷ G. Vagedes, in: S. Lütkes/W. Ewer (Hrsg.), BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 19.

³⁶⁸ S. Krohn, in: S. Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 20.

Die naturschutzrechtlichen Grundsätze erscheinen daher zunächst einmal wirkstärker sein zu können.

Fraglich und in der Literatur streitig ist, welche praktische Wirkung die Verhaltensmaßstäbe³⁶⁹ in § 5 Abs. 2 BNatSchG haben. Die überwiegende Auffassung misst den naturschutzrechtlichen Grundsätzen der guten fachlichen Praxis aus mehreren Gründen nur geringe praktische Bedeutung zu³⁷⁰. So enthalten die Grundsätze ganz überwiegend keine bundes einheitlichen vollzugstauglichen Mindeststandards unter Berücksichtigung regionaler und lokaler Anforderungen, sie sind äußerst vage formuliert und wenig aussagekräftig, enthalten lediglich nicht durchsetzbare Leitvorgaben und sind wegen ihrer geringen normativen Dichte eher formelhaft und programmsatzartig. Dies führt dazu, dass nur eine stark begrenzte Steuerung von ihnen ausgeht und sie dadurch unzureichend für die aktuellen Herausforderungen sind³⁷¹. Die konträre Auffassung in der Literatur will den Grundsätzen die pflichtenbegründende Qualität und die Vollzugsfähigkeit nicht gänzlich absprechen³⁷². Allerdings wird zum Teil nach den einzelnen Grundsätzen differenziert, wobei den hier grundsätzlich einschlägigen Nr. 1 und 2 die Vollzugsfähigkeit abgesprochen wird³⁷³. Zum Teil wird in der Literatur argumentiert, dass es auf die Vollzugsfähigkeit des § 5 Abs. 2 BNatSchG nicht ankomme, da ein Verstoß gegen die Grundsätze der guten fachlichen Praxis nach sich ziehe, dass die Regelvermutung in § 14 Abs. 2 BNatSchG widerlegt sei und damit – mit den entsprechenden Rechtswirkungen – ein Eingriff in Natur und Landschaft vorliege³⁷⁴. Zum anderen wird zugunsten der Vollzugsfähigkeit angeführt, dass Konkretisierungen durch behördliche Anordnungen gem. § 3 Abs. 2 BNatSchG als Generalklausel möglich seien, wenn der Landwirt seine Pflichten nicht beachtet³⁷⁵.

In jedem Fall ist zu konstatieren, dass die Bundesländer von Ihrem Recht zur Konkretisierung und Erhöhung der Vollzugsfähigkeit der Grundsätze keinen Gebrauch gemacht haben und dies auch nicht mehr zu erwarten ist³⁷⁶.

Neben der, insbesondere bemängelten, fehlenden Bestimmtheit und Vollzugsfähigkeit der Grundsätze des § 5 Abs. 2 BNatSchG kommt hinzu, dass deren Wirksamkeit durch die Regel-

³⁶⁹ So *G. Vagedes*, in: S. Lütkes/W. Ewer (Hrsg.), BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 15.

³⁷⁰ *E. Endres*, in: W. Frenz/H.-J. Müggenborg (Hrsg.), BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 2 mWN.; *S. Krohn*, in: S. Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 17.

³⁷¹ Vgl. zur Kritik: *E. Endres*, in: W. Frenz/H.-J. Müggenborg (Hrsg.), BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 8.; *S. Krohn*, in: S. Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 17; *J. Lüdeke*, Biomasseanbau und Naturschutz, 1. Aufl., S. 123; *F. Ekardt/A. Heym/J. Seidel*, Die Privilegierung der Landwirtschaft im Umweltrecht, ZUR 2008, S. 169 (170).

³⁷² *G. Vagedes*, in: S. Lütkes/W. Ewer (Hrsg.), BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 13; beide Auffassungen vertretend: *S. Krohn*, in: S. Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 37; ausführlich: *C.-A. Avena*, Der Vollzug der landwirtschaftlichen „Grundsätze der guten fachlichen Praxis“ nach § 5 Abs. 2 BNatSchG, NuR 2012, S. 297 (297 ff.).

³⁷³ *S. Krohn*, in: S. Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 37.

³⁷⁴ *C.-A. Avena*, Der Vollzug der landwirtschaftlichen „Grundsätze der guten fachlichen Praxis“ nach § 5 Abs. 2 BNatSchG, NuR 2012, S. 297 (298); *G. Vagedes*, in: S. Lütkes/W. Ewer (Hrsg.), BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 15.

³⁷⁵ Vgl. *C.-A. Avena*, Der Vollzug der landwirtschaftlichen „Grundsätze der guten fachlichen Praxis“ nach § 5 Abs. 2 BNatSchG, NuR 2012, S. 297 (299).

³⁷⁶ Zu letzterer Aussage siehe *S. Krohn*, in: S. Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 17.

vermutungen in § 14 Abs. 2 und § 44 Abs. 4 BNatSchG weiter abgeschwächt wird. Danach gilt die gesetzliche Vermutung, dass die landwirtschaftliche Bodennutzung kein Eingriff iSd. § 14 Abs. 1 BNatSchG ist, wenn die Grundsätze der guten fachlichen Praxis eingehalten werden. Diese Ausnahmeregelung für die Landwirtschaft führt zu einer weiteren Reduzierung des Geltungsbereichs der Eingriffsregelung³⁷⁷. Im Ergebnis dürften die derzeitigen naturschutzrechtlichen Grundsätze der guten fachlichen Praxis wenig geeignet sein, um (räumlich) steuernd auf den Biomasseanbau einzuwirken.

Dennoch bieten die Regelungen Ansatzpunkte zur Fortentwicklung. Vorgeschlagen wird in der Literatur, die Wirkung durch Koppelung mit Agrarsubventionen in Form von Cross-Compliance Regelungen zu erhöhen, die Bundesländer könnten aufgrund der Rahmengesetzgebung mit Verordnungsermächtigungen Vollzugsmöglichkeiten schaffen³⁷⁸ oder die Grundsätze könnten durch die Landschaftsplanung behördenverbindlich konkretisiert werden³⁷⁹. Letzteres würde eine Verschränkung von Ordnungs- und Planungsrecht erfordern. Des Weiteren könnten, da es sich bei § 5 Abs. 2 BNatSchG um keinen abschließenden Katalog der zu beachtenden Grundsätze handelt³⁸⁰, weitere Grundsätze konkret zur naturschutzrechtlich begründeten Steuerung des Biomasseanbaus ergänzt werden. Diese Weiterentwicklungsoptionen sind Gegenstand des Prüfungskanons des Arbeitspakets 6.

(3) Sonstiges Agrarumweltrecht

Im sonstigen Agrarumweltrecht finden sich schließlich ordnungsrechtliche gute-fachliche-Praxis-Vorschriften in den Regelungsmaterien des Düngemittleinsatzes und des Pflanzenschutzes, die möglicherweise (räumlich) steuernde Wirkung entfalten können.

Zunächst kann sich aus den Vorschriften der guten fachlichen Praxis zum Einsatz von Düngemitteln unter Umständen eine steuernde Wirkung ergeben. Eine der Hauptursachen für die in der Einführung genannten, durch den Biomasseanbau als Energiepflanzen verursachten Umweltprobleme ist die Überdüngung der Böden durch zu hohe Stickstoffeinträge.

Regelungen zur guten fachlichen Praxis bei der Anwendung von Düngemitteln sind in § 3 Abs. 2 Düngegesetz (DüngG³⁸¹) – als zentrale Anwendungsvorschrift des Gesetzes³⁸² – und in der Düngemittelverordnung enthalten, die konkret die Grundsätze der guten fachlichen Praxis bei der Anwendung von Düngemitteln, Bodenhilfsstoffen, Kultursubstraten und Pflanzen-

³⁷⁷ U. Prall/H.-J. Koch, in: S. Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 1. Aufl., § 14 Rn. 8.

³⁷⁸ Zu beiden Vorschlägen siehe: E. Endres, in: W. Frenz/H.-J. Müggendorf (Hrsg.), BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 8.

³⁷⁹ S. Krohn, in: S. Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 20; S. Lütke, in: ders./W. Ewer (Hrsg.), BNatSchG, 1. Aufl., § 14 Rn. 29.

³⁸⁰ Vgl. S. Krohn, in: S. Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 18; E. Endres, in: W. Frenz/H.-J. Müggendorf (Hrsg.), BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 8; M. H. Müller-Walter, in: A. Lorz/C. Konrad/H. Mühlbauer/ders./H. Stöckel (Hrsg.), Naturschutzrecht, 3. Aufl., § 5 Rn. 11.

³⁸¹ Düngegesetz v. 09.01.2009 (BGBl. I S. 54, 136), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 15. März 2012 (BGBl. I S. 481) geändert worden ist.

³⁸² U.-H. Möker, in: H.-J. Koch (Hrsg.), Umweltrecht, 4. Aufl., § 15 Rn. 40.

hilfsmitteln festlegt³⁸³. Nach § 3 Abs. 2 DüngG dürfen Düngemittel nur nach guter fachlicher Praxis angewandt werden. Nach Satz 3 der Norm gehört dazu, dass Art, Menge und Zeitpunkt der Anwendung am Bedarf der Pflanzen und des Bodens ausgerichtet werden müssen. Fraglich ist, ob und welche der hier relevanten Stoffe – Gülle, Wirtschaftsdünger und Gärreste – eine Steuerung dadurch erfahren können. Der Anwendungsbereich der guten fachlichen Praxis in § 3 Abs. 2 Satz 1 DüngG ist auf die Stoffe nach § 2 Satz 1 Nr. 1 und 6 bis 8 DüngG beschränkt. Dies bedeutet, dass für Gülle, welche in § 2 Satz 1 Nr. 4 DüngG legaldefiniert ist, und Wirtschaftsdünger iSv. § 2 Satz 1 Nr. 2 DüngG, die Anwendungsvorschriften der guten fachlichen Praxis des Düngegesetzes nicht einschlägig sind. Hier verbleibt es bei etwaigen Steuerungsmöglichkeiten der Düngeverordnung, auf die sogleich eingegangen wird. Gärreste, die bei der Vergärung von Biomasse in einer Biogasanlage zurückbleiben, können, je nach den eingesetzten Substraten und dem Ausbringungsort, wie Gülle als Wirtschaftsdünger zu behandeln sein. Werden auch Bioabfälle vergoren, so gilt auch der Gärrest als Bioabfall und muss daher neben düngemittelrechtlichen auch abfallrechtliche Auflagen erfüllen³⁸⁴. Die Verwendung erfolgt jedoch in jedem Fall nachgelagert zum Einsatz in der Biogasanlage.

Betrachtet man an dieser Stelle vorerst die Düngemittel Gülle und Wirtschaftsdünger, ist weiterhin fraglich, inwiefern die Regeln der guten fachlichen Praxis für die Anwendung von Gülle nach der Düngeverordnung derzeit räumlich steuernde Wirkung auf den Biomasseanbau haben können. Die Düngeverordnung regelt durch allgemeine Anwendungsgrundsätze und zahlreiche Details in §§ 3 und 4 Düngemittelverordnung (DümV³⁸⁵) die Art und Weise der Aufbringung von Dünger auf landwirtschaftliche Flächen iSv. § 2 Nr. 1 DümV³⁸⁶. Dabei haben einige Anwendungsgrundsätze der §§ 3 und 4 DümV grundsätzlich räumliche Komponenten. Nach § 3 Abs. 1 bis 3 DümV ist für jede Bewirtschaftungseinheit eine Düngebedarfs-ermittlung vorzunehmen, die als zentraler Ausgangspunkt für die gute fachliche Praxis das Gleichgewicht zwischen voraussichtlichem Nährstoffbedarf und der Nährstoffversorgung gewährleisten soll³⁸⁷. Durch diese Einbeziehung von Standortbedingungen könnte eine – wenn auch nicht konkret auf Biomasse abzielende – räumliche Steuerung dahingehend erfolgen, dass für den Anbau bestimmter Arten von Biomasse aus Gründen des Nährstoffbedarfs der Pflanzen und dem spezifischen Nährstoffgehalt der Böden andere landwirtschaftliche Flächen gewählt werden.

³⁸³ Zur Düngeverordnung existieren zudem landesrechtliche Vollzugshinweise mit bundesweit abgestimmten Leitlinien für den Vollzug der Einzelregelungen, wie bspw. die Vollzugshinweise Düngeverordnung Nordrhein-Westfalen v. 27.07.2011, abrufbar unter <https://www.landwirtschaftskammer.de/landwirtschaft/ackerbau/pdf/duenv-vollzugshinweise-kommentiert.pdf> (08.04.2014).

³⁸⁴ Abrufbar unter <http://de.wikipedia.org/wiki/GProzentC3ProzentA4rrest> (22.04.2014).

³⁸⁵ Düngemittelverordnung vom 05.12.2012 (BGBl. I S. 2482).

³⁸⁶ U.-H. Möker, in: H.-J. Koch (Hrsg.), Umweltrecht, 4. Aufl., § 15 Rn. 41.

³⁸⁷ Vgl. C. Köpl, in: M. Dombert/K. Witt (Hrsg.), Münchner Anwalts-Handbuch Agrarrecht, 1. Aufl., § 19 Rn. 185.

Ferner bestehen nach § 3 Abs. 5 DümV Aufbringungsverbote auf bestimmte Böden bei Frost, Schnee usw., wenn die Aufnahmefähigkeit des Bodens nicht gewährleistet ist³⁸⁸. Hierdurch würde aber nur temporär die Aufbringung der Düngemittel ausgeschlossen. Die Anwendungsbeschränkung zielt daher auf die Zeitkomponente und führt nicht zu einer räumlichen Verschiebung der Düngung und damit möglicherweise der Anbauflächen. Letzteres könnte jedoch weiterhin durch die Anwendungsbeschränkungen in § 3 Abs. 6 und 7 DümV erfolgen, die zum einen den direkten Eintrag von Düngemitteln in Gewässer (Absatz 6) und zum anderen an geneigten Flächen (Hanglagen, Absatz 7) vermeiden sollen. Durch die dort normierten Abstandsregelungen erfolgt dauerhaft eine, wenn auch geringfügige, räumliche Steuerung der Düngung und damit auch mittelbar des Anbaus. Grundlegende Bedeutung für die Lösung der hier geschilderten Probleme der Überdüngung hat dies jedoch nicht.

Schließlich enthält § 4 DümV zusätzliche Vorgaben für die Anwendung von bestimmten Düngemitteln, wie Gülle und insbesondere Wirtschaftsdünger tierischer Herkunft, die über die allgemeinen Regeln zur Einhaltung der guten fachlichen Praxis hinausgehen³⁸⁹. Auf den ersten Blick enthalten diese Vorgaben keine unmittelbar räumlich wirkenden Komponenten. Die Mengenbegrenzung in § 4 Abs. 3 Satz 1 DümV, wonach Wirtschaftsdünger tierischer Herkunft auch in Mischungen, unbeschadet der Vorgaben nach § 3 DümV nur so ausgebracht werden dürfen, dass die aufgebrachte Menge an Gesamtstickstoff im Durchschnitt der landwirtschaftlich genutzten Flächen des Betriebes 170 Kilogramm Gesamtstickstoff je Hektar und Jahr nicht überschreitet, könnte sich jedoch als Mengensteuerung iSe. Negativsteuerung räumlich auswirken. Auf die Möglichkeiten zur Erweiterung dieser Vorgabe zur räumlichen Steuerung wird in Arbeitspaket 6 vertieft eingegangen.

Neben dem Düngemittelrecht könnten sich aus dem Pflanzenschutzrecht räumliche Steuerungsmöglichkeiten ergeben. In § 3 Abs. 1 Pflanzenschutzgesetz (PflSchG³⁹⁰) findet sich die Regelung, dass Pflanzenschutz nur nach guter fachlicher Praxis durchgeführt werden darf. In den Ziffern 1-3 wird beispielhaft („insbesondere“) aufgeführt, was die gute fachliche Praxis unter anderem umfasst. Danach steht im Mittelpunkt des Gesetzes v.a. zum einen der Pflanzen- und Vorratsschutz³⁹¹ und zum anderen der Schutz der Gesundheit von Mensch und Tier und des Naturhaushalts³⁹². Aufgrund dieser Schutzrichtungen ist zwar auch hier Umweltschutz gewollt, der sich in der Weise auswirken kann, dass Flächen nicht oder geringfügiger mit Pflanzenschutzmitteln bearbeitet werden. Eine räumlich steuernde Wirkung auf den Biomasseanbau durch Beachtung der guten fachlichen Praxis ist jedoch nicht erkennbar, da hier der sachgerechte und bestimmungsgemäße Einsatz von Pflanzenschutzmitteln als Gefahrstoff vorgeschrieben wird. Etwas anderes ergibt sich nicht aus den zur guten fachlichen

³⁸⁸ Vgl. C. Köpl, in: M. Dombert/K. Witt (Hrsg.), Münchner Anwalts-Handbuch Agrarrecht, 1. Aufl., § 19 Rn. 194.

³⁸⁹ C. Köpl, in: M. Dombert/K. Witt (Hrsg.), Münchner Anwalts-Handbuch Agrarrecht, 1. Aufl., § 19 Rn. 201.

³⁹⁰ Pflanzenschutzgesetz v. 06.02.2012 (BGBl. I S. 148, 1281), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 02.12.2014 (BGBl. I S. 1928) geändert worden ist.

³⁹¹ M. Kloepfer, Umweltrecht, 3. Aufl., § 19 Rn. 178.

³⁹² C. Grimm, Agrarrecht, 3. Aufl., Rn. 228.

Praxis im Pflanzenschutzrecht erlassenen Grundsätzen des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft³⁹³.

(4) Zwischenfazit

Im Ergebnis ergeben sich nach der geltenden Rechtslage aus den Anforderungen der guten fachlichen Praxis keine konkreten, spezifischen Vorgaben für den Biomasseanbau, die unmittelbar räumlich steuernd wirken. Diese wirken vorrangig im Hinblick auf den umweltschonenden landwirtschaftlichen Anbau. Soweit in diesem Abschnitt Ansätze für eine räumliche Steuerung identifiziert wurden, wird deren Fortentwicklung im Arbeitspaket 6 näher untersucht.

b. Nachhaltigkeitsverordnungen für Biomasse

Als weiteres ordnungsrechtliches Instrument könnten die speziell für Biomasse geschaffenen Nachhaltigkeitsverordnungen, nämlich die Biomassestrom-Nachhaltigkeitsverordnung sowie die Biokraftstoff-Nachhaltigkeitsverordnung³⁹⁴, räumlich steuernde Regelungen für den Biomasseanbau enthalten³⁹⁵.

Durch den Schutz bestimmter, als schützenswert erachteter Flächen und die Einhaltung landwirtschaftlicher Grundanforderungen soll sichergestellt werden, dass die Intention des Biokraftstoff- und Biobrennstoffeinsatzes, nämlich der Klima-, Umwelt- und Naturschutz, nicht durch den Anbau der hierfür benötigten Rohstoffe konterkariert wird³⁹⁶. Dementsprechend gilt Biomasse³⁹⁷, die auf bestimmten bewaldeten Flächen³⁹⁸, auf dem Naturschutz dienenden Flächen³⁹⁹ oder Grünland mit großer biologischer Vielfalt⁴⁰⁰ angebaut wurde, als nicht nachhaltig iSd. Verordnungen. Ebenfalls geschützt werden Flächen mit hohem Kohlenstoffbestand⁴⁰¹, denn hier können mögliche Treibhausgasemissionen eventuell nicht ausge-

³⁹³ BMELV, Gute fachliche Praxis im Pflanzenschutz – Grundsätze für die Durchführung v. 09/2010, abrufbar unter http://www.bmelv.de/cln_172/SharedDocs/Downloads/Broschueren/GutePraxisPflanzenschutz.pdf?__blob=publicationFile (07.04.2014).

³⁹⁴ Verordnung über Anforderungen an eine nachhaltige Herstellung von Biokraftstoffen (Biokraftstoff-Nachhaltigkeitsverordnung – BioKraft-NachV) v. 30.09.2009 (BGBl. I S. 3182), die zuletzt durch Art. 2 des Gesetzes v. 20.11.2014 (BGBl. I S. 1740) geändert worden ist.

³⁹⁵ Grundlegend zu den Nachhaltigkeitsverordnungen siehe AP III, D.VI.2.b.

³⁹⁶ H. Fehrenbach et al., Biomethan als Kraftstoff: Eine Handlungsempfehlung zur Biokraft-NachV für die Praxis, 2010, S. 9, abrufbar unter http://www.ifeu.de/nachhaltigkeit/pdf/Biomethan%20als%20Kraftstoff_Handlungsempfehlung.pdf (17.11.2014).

³⁹⁷ Dies gilt wiederum nicht für flüssige Biomasse, die aus Abfall oder aus Reststoffen hergestellt worden ist, es sei denn, die Reststoffe stammen aus der Land-, Forst- oder Fischereiwirtschaft oder aus Aquakulturen; § 3 IV BioSt-NachV bzw. BioKraft-NachV.

³⁹⁸ § 4 III BioSt-NachV bzw. BioKraft-NachV.

³⁹⁹ § 4 IV BioSt-NachV bzw. BioKraft-NachV.

⁴⁰⁰ § 4 V BioSt-NachV bzw. BioKraft-NachV.

⁴⁰¹ § 5 BioSt-NachV bzw. BioKraft-NachV.

gehalten werden⁴⁰². Schließlich werden darüber hinaus Torfmoore als für den Naturschutz besonders wertvolle Flächen sowie wichtige Kohlenstoffspeicher vom Biomasseanbau freigehalten⁴⁰³. Von großer Bedeutung für die Einordnung der Flächen als schützenswert ist der Referenzzeitpunkt 01. Januar 2008⁴⁰⁴; an diesem Tag oder später muss ihr Status vorgelegen haben. Hingegen genießen Flächen, die schon zuvor ackerbaulich genutzt wurden, Bestandschutz.

Ausschließlich für auf dem Unionsgebiet angebaute nachwachsende Rohstoffe gelten gem. § 7 BioSt-NachV bzw. BioKraft-NachV spezielle „agrarwirtschaftliche Grundanforderungen“⁴⁰⁵. Zu nennen sind hier Vorschriften der VO (EG) Nr. 73/2009⁴⁰⁶ zur sog. Cross Compliance⁴⁰⁷ sowie die Mindestanforderungen an den guten landwirtschaftlichen und ökologischen Zustand⁴⁰⁸.

Da nur die den Nachhaltigkeitsanforderungen entsprechende Biomasse im Rahmen der Förderung nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz sowie der finanziellen Privilegien nach Energiesteuergesetz⁴⁰⁹ und insbesondere der Biokraftstoffquote des Bundes-Immissionsschutzgesetzes berücksichtigt wird, der Absatz hiervon abweichender Biomasseprodukte also unwirtschaftlich wird, haben die Vorschriften der Biomassestrom-Nachhaltigkeitsverordnung und Biokraftstoff-Nachhaltigkeitsverordnung zur Folge, dass der Anbau von den in diesen als schützenswert erachteten Flächen ferngehalten wird. Im Hinblick darauf bieten die Vorschriften somit die Möglichkeit einer räumlich steuernden Einflussnahme. Allerdings kann eine solche weitere komplexe und nachteilige Landnutzungsentwicklungen zur Folge haben, wie sich an den indirekten Landnutzungsänderungen (iLUC) vor allem in Ländern Südostasiens und Südamerikas beobachten lässt. Hierbei werden wertvolle Flächen nicht direkt durch den Energiepflanzenanbau zerstört, vielmehr geschieht dies durch die Verdrängung anderer Nutzungsformen (bspw. Nahrungs- oder Futtermittelpflanzen), für die dann wiederum an anderer Stelle für den Klimaschutz besonders wichtige Flächen aufgegeben werden (bspw. Regenwaldgebiete)⁴¹⁰. Die Kausalkette dieser indirekten

⁴⁰² F. Ekdardt/B. Hennig, Die Biomassestrom-Nachhaltigkeitsverordnung: Chancen und Grenzen von Nachhaltigkeits-Kriterienkatalogen, ZUR 2009, S. 543 (546).

⁴⁰³ § 6 BioSt-NachV bzw. BioKraft-NachV; F. Ekdardt/B. Hennig, Die Biomassestrom-Nachhaltigkeitsverordnung: Chancen und Grenzen von Nachhaltigkeits-Kriterienkatalogen, ZUR 2009, S. 543 (546).

⁴⁰⁴ § 3 II BioSt-NachV bzw. BioKraft-NachV.

⁴⁰⁵ F. Ekdardt/B. Hennig, Die Biomassestrom-Nachhaltigkeitsverordnung: Chancen und Grenzen von Nachhaltigkeits-Kriterienkatalogen, ZUR 2009, S. 543 (547).

⁴⁰⁶ VO (EG) Nr. 73/2009 des Rates v. 19.01.2009 mit gemeinsamen Regeln für die Direktzahlungen im Rahmen der gemeinsamen Agrarpolitik und mit bestimmten Stützungsregelungen für Inhaber landwirtschaftlicher Betriebe und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1290/2005, (EG) Nr. 247/2006, (EG) Nr. 378/2007 sowie zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1782/2003, ABIEU. L 30/16.

⁴⁰⁷ Art. 22 ff. und Anhang II Nr. 1-5, 9 VO (EG) Nr. 73/2009.

⁴⁰⁸ Art. 6 I VO (EG) Nr. 73/2009.

⁴⁰⁹ Energiesteuergesetz v. 15.07.2006 (BGBl. I S. 1534; 2008 I S. 660, 1007), das zuletzt durch Artikel 11 des Gesetzes v. 18.07.2014 (BGBl. I S. 1042) geändert worden ist.

⁴¹⁰ Siehe hierzu ausführlich E. Gawel/G. Ludwig, The iLUC dilemma: How to deal with indirect land use changes when governing energy crops?, Land Use Policy 28 (2011), S. 846 (846 ff.).

Landnutzungsverschiebungen ist nur sehr schwer zu verfolgen, was auch die Eindämmung dieser Entwicklungen erheblich erschwert.

Es lässt sich daher feststellen, dass zwar eine Steuerung des Biomasseanbaus über Nachhaltigkeitsanforderungen grundsätzlich möglich und nutzbringend ist, die damit zusammenhängenden Auswirkungen jedoch ebenfalls zu beachten und einzugrenzen sind.

3. Steuerung durch Förderinstrumente

Ferner könnte die Steuerung des Biomasseanbaus durch Instrumente der indirekten Verhaltenssteuerung, nämlich der Gewährung von Vergütungen für den aus der Biomasse letztlich erzeugten Strom und durch Agrarförderungen, erfolgen. Vornehmlich zielen die nachstehenden Maßnahmen jedoch auf eine nachhaltige oder umweltverträglichere Bewirtschaftungsweise ab, die eher nur mittelbar Auswirkungen auf die räumliche Anordnung oder Wahl des Anbaustandortes haben dürfte.

a. Historisch: Energiepflanzenprämie 2003 bis 2009

Ein nicht mehr angewandtes Instrument der Förderung war die im Jahr 2003 eingeführte und 2009 letztmals gewährte Energiepflanzenprämie als flächenbezogene Beihilfe für den Anbau von Energiepflanzen. Trotz der zwischenzeitlichen Abschaffung soll die Prämie hier der Vollständigkeit halber und im Hinblick auf die Fortentwicklungsmöglichkeiten der rechtlichen Steuerung, die in Arbeitspaket 6 geprüft werden, kurz genannt werden, da sie einen Ansatzpunkt bieten könnte, um die Förderung des Biomasseanbaus mit umweltpolitisch gewollten Voraussetzungen zu verbinden. Zudem macht die Prämie den Umschwung sichtbar, dass noch vor wenigen Jahren der Anbau von Energiepflanzen ausdrücklich gefördert wurde, während heute die Eindämmung des Energiepflanzenanbaus aufgrund der dadurch mitverursachten Umweltbelastungen politisch gewollt ist⁴¹¹. Da die Prämie nicht mehr existiert, wird sie den Förderinstrumenten vorgeschaltet und nicht – wie es inhaltlich als Form der Agrarförderung geboten wäre – unter C.II.3.b. erörtert.

Rechtsgrundlage für die Gewährung dieser Beihilfe war die Verordnung für Direktzahlungen im Rahmen der GAP (EG) Nr. 1782/2003⁴¹². In dem mit „Beihilfe für Energiepflanzen“ übertitelten 5. Kapitel war in Art. 88 geregelt, dass Erzeuger von Energiepflanzen eine Beihilfe von 45 Euro für den Hektar Anbaufläche pro Jahr nach den Bestimmungen dieses Kapitels erhal-

⁴¹¹ Grund für die Abschaffung der Energiepflanzenprämie war aber nicht ein ungewollt hoher Zubau von Energiepflanzen, sondern dass die Regelung sich in der Praxis als extrem bürokratisch erwiesen hatte und insbesondere Verwaltung und Kontrolle des Vertragsanbaus der Energiepflanzen sehr aufwändig waren und in keinem Verhältnis zur Höhe der Beihilfe standen, vgl. BMELV, Ergebnis der Gesundheitsüberprüfung der GAP v. 27.11.2008, S. 9, abrufbar unter http://www.eu-natur.de/attach/391/StatementHealthCheck_BMELV.pdf (08.04.2014).

⁴¹² Verordnung (EG) Nr. 1782/2003 des Rates v. 29.09.2003 mit gemeinsamen Regeln für Direktzahlungen im Rahmen der Gemeinsamen Agrarpolitik und mit bestimmten Stützungsregelungen für Inhaber landwirtschaftlicher Betriebe, ABIEU. L270/1.

ten. Energiepflanzen waren dabei Pflanzen, die im Wesentlichen zur Herstellung der Energieprodukte Biokraftstoffe und elektrischer sowie thermischer Energie angebaut wurden. Nach Erwägungsgrund Nummer 41 sollte die Produktion von Energiepflanzen durch die Möglichkeit des Anbaus von Industriepflanzen auf stillgelegten Flächen mit dem Ziel einer Kohlenstoffdioxid-Substitution gefördert werden.

Eine Differenzierung der Voraussetzungen für die Gewährung der Beihilfe sieht Art. 90 der Verordnung nur in geringem Maße vor. Es wird pauschal die Anbaufläche gefördert. Die zwei Voraussetzungen für die Beihilfe sind lediglich, dass die Produktion der Flächen Gegenstand eines Vertrags zwischen dem Betriebsinhaber und der Verarbeitungsindustrie ist und dass es sich nicht um stillgelegte Flächen handelt. Aufgrund fehlender weiterer Voraussetzungen ist eine (räumliche) Steuerung des Anbaus von Energiepflanzen offenbar nicht intendiert. Lediglich ein Mehr an Anbau war gewollt und wurde auch erreicht⁴¹³. Diese Förderung könnte jedoch wieder eingeführt werden, wenn die Zahlungen an die Einhaltung ökologischer Standards gekoppelt würden⁴¹⁴; dazu vertiefend in Arbeitspaket 6.

b. Bestehende Agrarförderungen

Der zweite Anknüpfungspunkt, um auf den Biomasseanbau steuernd einzuwirken, könnten die weitreichenden EU-Agrarförderungen für die Landwirtschaft sein. Hierfür wird für das bessere Verständnis zunächst die Fördersystematik der Agrarförderungen dargestellt und im Anschluss untersucht, wo möglicherweise bereits steuernde Maßnahmen in Bezug auf den Biomasseanbau (zur energetischen Verwertung) existieren bzw. welche Maßnahmen überlegenswert wären, sofern auf die nationalen Regelungen Einfluss genommen werden könnte. Abschließend wird ein Ausblick auf die Änderungen durch die laufende Gemeinsame Agrarpolitik-Reform für die Jahre 2014 bis 2020 gegeben, wobei die Änderungen nach einer Übergangsphase erst zum 01. Januar 2015 in Kraft treten werden⁴¹⁵.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass im Verhältnis zur Agrarförderung die in § 5 Abs. 2 BNatSchG normierten Standards als untere Grenze der Förderfähigkeit anzusehen sind. Für eine finanzielle Förderung müssen die Maßnahmen über die Vorgaben der guten fachlichen Praxis hinausgehen⁴¹⁶.

Die Landwirtschaft wird im Wesentlichen durch die Gemeinsame Agrarpolitik der Europäischen Union (GAP) als bedeutendes Förderinstrument finanziell gestützt, was auch für den

⁴¹³ Die geförderte Anbaufläche verzehnfachte sich fast von 0,31 Mio. ha im Jahr 2004 auf 2,84 Mio. ha im Jahr 2007, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-07-1528_de.htm?locale=en (08.04.2014).

⁴¹⁴ So der Vorschlag von J. Lüdeke, Biomasseanbau und Naturschutz, 1. Aufl., S. 140.

⁴¹⁵ Vgl. BMELV, Konzept zur nationalen Umsetzung der Beschlüsse zur Reform der Gemeinsamen Agrarpolitik (GAP) ab 2015, S. 1, abrufbar unter http://www.bmelv.de/SharedDocs/Downloads/Landwirtschaft/EU-Agrarpolitik/GAP2015-KonzeptUmsetzung.pdf?__blob=publicationFile (21.01.2014).

⁴¹⁶ M. H. Müller-Walter, in: A. Lorz/C. Konrad/H. Mühlbauer/ders./H. Stöckel (Hrsg.), Naturschutzrecht, 3. Aufl., § 5 Rn. 11; G. Vagedes, in: S. Lütkes/W. Ewer (Hrsg.), BNatSchG, 1. Aufl., § 5 Rn. 16.

Biomasseanbau zu energetischen Zwecken in Teilen einschlägig ist⁴¹⁷. Die Gemeinsame Agrarpolitik befindet sich (Stand Dezember 2013) noch in der Förderperiode 2007 bis 2013, wobei die anstehende Reform der Gemeinsamen Agrarpolitik für die Förderperiode 2014 bis 2020 derzeit in der politischen Abstimmung ist⁴¹⁸. Die Gemeinsame Agrarpolitik besteht dabei aus zwei Säulen: die 1. Säule beinhaltet gemeinsame Regelungen zu den Agrarmärkten und zu den Direktzahlungen für die Landwirtschaft (dazu unter (1)) und die 2. Säule verfolgt das Ziel, durch Regelungen zur Entwicklung des ländlichen Raums, die Landwirtschaft in ihrer Funktion für Land und Umwelt zu stärken⁴¹⁹. Zu den nationalen Maßnahmen zählen v.a. diejenigen zur Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes (GAK, dazu unter (2)). Die 1. Säule wird vollständig aus EU-Mitteln finanziert; die 2. Säule enthält zu einem gewissen Teil Zahlungen aus dem EU-Haushalt, der Rest wird mit zusätzlichen Kofinanzierungsmitteln des Bundes und/oder der Länder gefördert. Die Fördervolumina in der Förderperiode 2007 bis 2013 betragen für die 1. Säule 293 Milliarden Euro; für die 2. Säule 70 Milliarden Euro⁴²⁰.

(1) 1. Säule der GAP und Direktzahlungen mit Cross-Compliance

Erster Ansatzpunkt sind die Landwirtschaftsausgaben aus dem EU-Haushalt, die über die Gemeinsame Agrarpolitik (GAP) Landwirten unter bestimmten Voraussetzungen gewährt werden.

Von den Instrumenten der 1. Säule kommen die Regelungen zu den Agrarmärkten hier nicht in Betracht. Die Bedeutung dieser Marktinstrumente hat sich im Zeitablauf erheblich verringert. Sie haben mittlerweile überwiegend den Charakter eines so genannten „Sicherheitsnetzes“ für den Fall von außergewöhnlichen Marktkrisen. Mit dem Sicherheitsnetz kann z. B. auf extreme Marktpreisschwankungen reagiert werden, ohne dass ständige Eingriffe auf den Märkten nötig sind⁴²¹. Räumlich steuernde Maßnahmen können in diesem Bereich folglich nicht installiert werden.

⁴¹⁷ R. Steinhäuser, Aktuelle Änderungen im EEG und die geplante Reform der GAP, NuR 2012, S. 441 (445).

⁴¹⁸ Am 27.06.2013 erfolgt die politische Einigung zum Mehrjährigen Finanzrahmen (MFR) zwischen den Präsidenten des Europäischen Rats, der Kommission und des Ministerrats und wurde durch eine Entschließung des Europäischen Parlaments am 03.07.2013 bestätigt. Vgl. Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Nr. 39/13 v. 14.11.2013, abrufbar unter http://www.bundestag.de/dokumente/analysen/2013/Stand_der_Reform_der_Gemeinsamen_Agrarpolitik_GAP_2014_-_2020.pdf (13.12.2013).

⁴¹⁹ Netzwerk Ländliche Räume, ELER-Hintergrund, abrufbar unter http://www.google.de/imgres?sa=X&rlz=1C1AFAB_enDE528DE529&espv=210&es_sm=93&biw=1680&bih=948&tbn=isch&tbnid=b2lChOEmK1HmM:&imgrefurl=http://www.netzwerk-laendlicher-raum.de/themen/eler/eler-hintergrund/&docid=MxfWYqAHmdXdDM&imgurl=http://www.netzwerk-laendlicher-raum.de/fileadmin/sites/ELER/Bilder/04_Infografiken/Saeulen_EU_Agrarpolitik.jpg&w=400&h=241&ei=zM2qU rjBA4ictQaPrIcWdQ&zoom=1&iact=hc&vpx=350&vpy=211&dur=202&hovh=174&howw=289&tx=162&ty=86&page=1&tbnh=151&tbnw=251&start=0&ndsp=50&ved=1t:429,r:2,s:0,i:89 (13.12.2013).

⁴²⁰ Vgl. http://www.eu-direct.info/coRED/_data/content/20100609121812_bild_348_1_gross.jpg (13.12.2013).

⁴²¹ Abrufbar unter http://www.agrar-fischerei-zahlungen.de/agrar_foerderung_3.html (21.01.2014).

Anders sieht dies für das andere Instrument der 1. Säule – den Direktzahlungen für Landwirte – aus. In den Jahren 2007 bis 2009 wurden gekoppelte Direktzahlungen (auch) noch für Energiepflanzen gewährt⁴²². Die Zahlungen an die Landwirte erfolgen seit dem Antragsjahr 2012 nicht mehr nach der jeweiligen Produktion von unter anderem Landwirtschaftsgütern, sondern unabhängig von der Art und dem Umfang der landwirtschaftlichen Produktion entkoppelt in Form einer sogenannten Betriebsprämie⁴²³. Das Fördersystem wurde damit 2012 zwar auf eine regional einheitliche Förderung je Hektar Acker- und Dauergrünland umgestaltet, die Direktzahlungen sind jedoch seit dem Jahr 2005 unmittelbar an die Einhaltung zahlreicher Auflagen gebunden. Diese sogenannten Cross-Compliance-Verpflichtungen (CC) waren die einschneidendsten Änderungen der gemeinsamen EU-Agrarpolitik für die Förderperiode 2005-2013⁴²⁴. Neben 18 einschlägigen EU-Verordnungen und Richtlinien des Natur-, Umwelt-, Tier- und Verbraucherschutzes, deren Einhaltung laufend und streng überprüft wird, sind Vorgaben zur Erosionsvermeidung als zusätzlich zu erbringende Leistungen ebenso vorgeschrieben worden wie eine vielfältige Fruchtfolge oder Maßnahmen zur Erhaltung der Bodenfruchtbarkeit⁴²⁵. Konkrete Anforderungen für den Anbau von Energiepflanzen enthält die Verordnung jedoch nicht⁴²⁶.

National geregelt ist die Durchführung der Zahlungen im Direktzahlungsverpflichtungsgesetz⁴²⁷ in der bis Ende 2014 geltenden Fassung und eingehender in der auf Grundlage von § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bis 4, auch in Verbindung mit Abs. 4 DirektZahlVerpflG dazu erlassenen Direktzahlungen-Verpflichtungenverordnung⁴²⁸. Die Direktzahlungen werden aus dem Europäischen Garantiefonds für die Landwirtschaft (EGFL⁴²⁹) finanziert⁴³⁰. Die Verpflichtung zur Einhaltung der Cross-Compliance Regelungen zum Erhalt der Direktzahlungen findet sich in § 2 DirektZahlVerpflG und richtet sich an die gesamte Landwirtschaft, mit hin den Anbau von Energiepflanzen sowie Lebens- und Futtermitteln⁴³¹.

Durch die verbindliche Kopplung der Einhaltung von Cross-Compliance Verpflichtungen zum Erhalt der Direktzahlungen erfolgt eine zumindest umweltfachliche Steuerung der landwirt-

⁴²² C. Grimm, Agrarrecht, 3. Aufl., Rn. 379; R. Steinhäuser, Aktuelle Änderungen im EEG und die geplante Reform der GAP, NuR 2012, S. 441 (445).

⁴²³ Vgl. Art. 33 ff. VO (EG) Nr. 73/2009.

⁴²⁴ Vgl. R. Fietz, Die Gap-Reform 2014 aus dem Blickwinkel der betroffenen Landwirte in Deutschland, in: J. Martinez (Hrsg.), Die Gemeinsame Agrarpolitik vor neuen Herausforderungen, 1. Aufl., S. 19 (23).

⁴²⁵ R. Steinhäuser, Aktuelle Änderungen im EEG und die geplante Reform der GAP, NuR 2012, S. 441 (445); Abrufbar unter http://www.agrar-fischerei-zahlungen.de/agrar_foerderung_2.html (21.01.2014).

⁴²⁶ Vgl. R. Steinhäuser, Aktuelle Änderungen im EEG und die geplante Reform der GAP, NuR 2012, S. 441 (445).

⁴²⁷ Direktzahlungen-Verpflichtungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 28.04.2010 (BGBl. I S. 588), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 104 des Gesetzes v. 22.12.2011 (BGBl. I S. 3044) geändert worden ist.

⁴²⁸ Direktzahlungen-Verpflichtungenverordnung (DirektZahlVerpflV) in der Fassung v. 04.11.2004 (BGBl. I S. 2778), die zuletzt durch Artikel 3 der Verordnung v. 15.12.2011 (eBAnz 2011 AT144 V1) geändert worden ist.

⁴²⁹ Rechtsgrundlage hierfür ist die VO (EG) Nr. 1290/2005 des Rates v. 21.06.2005 über die Finanzierung der Gemeinsamen Agrarpolitik, ABIEG. L 209, S. 1, zuletzt geändert durch die VO (EG) Nr. 479/2008 des Rates v. 29.04.2008 ABIEG. L 148, S. 1.

⁴³⁰ R. Steinhäuser, Aktuelle Änderungen im EEG und die geplante Reform der GAP, NuR 2012, S. 441 (445).

⁴³¹ DBFZ, Regionalisierung der Förderung von Strom aus Biomasse, 2013 (nicht veröffentlicht), S. 62.

schaftlichen Bodennutzung, die nicht unbedingt räumlich wirken muss, aber auf die durch den Biomasseanbau evozierten Umweltbelastungen steuernd Einfluss nimmt.

Beim Verhältnis zwischen Cross-Compliance-Regelungen und dem Ordnungsrecht ist zu beachten, dass diese nebeneinander stehen. Dies bedeutet, die Einhaltung der Cross Compliance-Verpflichtungen führt nicht zu einer Einhaltung der ordnungsrechtlichen Verpflichtungen des Fachrechts oder umgekehrt⁴³². Da die Gemeinsame Agrarpolitik im Jahr 2013 für die Jahre 2014 bis 2020 reformiert wurde, wird unter C.II.3.b.(3) auf die künftigen Steuerungsmöglichkeiten näher eingegangen.

(2) 2. Säule der GAP und die Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes“ (GAK)

Als weiteres Instrumentarium könnte sich die Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes“ (GAK) zur Verankerung von räumlich steuernden Maßnahmen für den Biomasseanbau anbieten. Für das Verständnis der Förderung der Landwirtschaft durch die Gemeinschaftsaufgabe Agrarstruktur und Küstenschutz sollen zunächst auch hier deren Systematik und die Rechtsgrundlagen erörtert werden.

Die Regelungen der 2. Säule der Gemeinsamen Agrarpolitik zur Entwicklung des ländlichen Raums fußen auf dem Europäischen Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER⁴³³) und unterteilen sich in vier Förderschwerpunkte. Diese werden in Deutschland durch die Rahmenregelung der Gemeinschaftsaufgabe Agrarstruktur und Küstenschutz umgesetzt. Die Gemeinschaftsaufgabe Agrarstruktur und Küstenschutz enthält eine breite Palette von Agrarstruktur- und Infrastrukturmaßnahmen und deckt damit in weiten Teilen den Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 1698/2005 ab⁴³⁴. Normiert ist die Gemeinschaftsaufgabe Agrarstruktur und Küstenschutz im Gesetz über die Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes“⁴³⁵, nach dessen § 4 Abs. 1 GAKG ein gemeinsamer Rahmenplan aufzustellen ist. Dieser Rahmenplan stellt das zentrale nationale agrarstrukturpolitische Instrument für die Umsetzung der EU-Agrarstrukturpolitik dar⁴³⁶, wird festgelegt vom Planungsausschuss für Agrarstruktur und Küstenschutz und liegt

⁴³² DBFZ, Regionalisierung der Förderung von Strom aus Biomasse, 2013 (nicht veröffentlicht), S. 61.; Vgl. Bayerisches Staatsministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten sowie Bayerisches Staatsministerium für Umwelt und Gesundheit, Cross Compliance 2013, S. 8, abrufbar unter http://www.lfl.bayern.de/mam/cms07/iem/dateien/broschuere_cross_compliance.pdf (21.01.2014).

⁴³³ Rechtsgrundlage hierfür ist VO (EG) Nr. 1698/2005 des Rates v. 20.09.2005 über die Förderung der Entwicklung des ländlichen Raums durch den Europäischen Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums – ELER, ABIEG. L 277, S. 1.

⁴³⁴ BMELV, Gemeinschaftsaufgabe Agrarstruktur und Küstenschutz, abrufbar unter http://www.bmelv.de/DE/Landwirtschaft/Foerderung-Agrarsozialpolitik/GAK/gak_node.html (13.12.2013).

⁴³⁵ GAK-Gesetz (GAKG) in der Fassung der Bekanntmachung v. 21.07.1988 (BGBl. I S. 1055), das zuletzt durch Artikel 9 des Gesetzes v. 09.12.2010 (BGBl. I S. 1934) geändert worden ist.

⁴³⁶ BMELV, Erläuterungen zu den Rechtsgrundlagen und zur Funktionsweise der GAK, S. 3, Stand 13.07.2011, abrufbar unter http://www.bmelv.de/DE/Landwirtschaft/Foerderung-Agrarsozialpolitik/GAK/_Texte/Erlaeuterungen.html (13.12.2013).

derzeit für den Zeitraum 2013 bis 2016 vor⁴³⁷. Der Gemeinschaftsaufgabe Agrarstruktur und Küstenschutz-Rahmenplan untergliedert sich in vier Förderbereiche – Verbesserung ländlicher Strukturen (Förderbereich 1), Förderung landwirtschaftlicher Unternehmen (Förderbereich 2), Verbesserung der Vermarktungsstrukturen (Förderbereich 3) und markt- und standortangepasste Landbewirtschaftung (Förderbereich 4). Für diese Untersuchung von Relevanz könnte der Förderbereich 2 sein, der sich wiederum in einem Teil A. (einzelbetriebliche Förderung) in zwei Unterprogramme aufteilt - Agrarinvestitionsförderungsprogramm (AFP) und Diversifizierung. Das erstgenannte Programm ist im aktuellen Gemeinschaftsaufgabe Agrarstruktur und Küstenschutz -Rahmenplan geregelt⁴³⁸ und sieht in Ziffer 1 Abs. 1 als Zuwendungszweck der Förderung die Unterstützung einer unter anderem nachhaltigen und umweltschonenden Landwirtschaft und nach Absatz 2 die Erhaltung der biologischen Vielfalt vor. Dem Grunde nach können steuernde Maßnahmen unter den vorgenannten Gesichtspunkten daher durch Förderung erzielt werden, wobei im Rahmenplan lediglich die Leitlinien vorgegeben werden, die auf Länderebene umzusetzen sind.

Auf Grundlage der Rahmenplan-Grundsätze der Gemeinschaftsaufgabe Agrarstruktur und Küstenschutz-Rahmenplans beschließen demnach die Bundesländer Entwicklungsprogramme. In den Entwicklungsprogrammen legen die Bundesländer entsprechend ihrer spezifischen Ausgangslage und in Übereinstimmung mit der nationalen Strategie die konkreten Fördermaßnahmen und deren Dotierung fest. Die Regionen sind für die Erstellung und Umsetzung der Entwicklungsprogramme zuständig. So werden beispielsweise in den Bundesländern Niedersachsen und Bremen investive Maßnahmen in landwirtschaftlichen Unternehmen nach dem Agrarinvestitionsförderungsprogramm⁴³⁹ finanziell unterstützt. Gegenstände der Förderungen sind nach Ziffer 2.1.3 der Förderrichtlinien unter anderem Pflanzen für die Anlage von Dauerkulturen. Für die hier nicht einschlägige, aber dem Grunde vergleichbare Regelungsmaterie der Tierhaltung werden in der Anlage besondere Anforderungen für den Erhalt der Förderung aufgestellt. Dieses System ließe sich auf die Förderung von Biomasseanlagen übertragen, die in diesem Fall bestimmte Anforderungen an die anzubauenden und einzusetzenden Substrate erfüllen müssten, um die Investitionsförderung zu er-

⁴³⁷ Rahmenplan der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes“ für den Zeitraum 2013 - 2016, abrufbar unter http://www.bmelv.de/SharedDocs/Downloads/Landwirtschaft/Foerderung/Rahmenplan2013-2016.pdf?__blob=publicationFile (13.12.2013).

⁴³⁸ Rahmenplan der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes“ für den Zeitraum 2013 - 2016, S. 22 ff.

⁴³⁹ Entwurf der Richtlinie 2013 über die Gewährung von Zuwendungen für investive Maßnahmen landwirtschaftlicher Unternehmen in Niedersachsen und Bremen (Agrarinvestitionsförderungsprogramm), RdErl. d. ML v. 10. 4. 2007 — 102.2-60114/1-62 — VORIS 78670 —, abrufbar unter: <http://www.lwk-niedersachsen.de/index.cfm/portal/foerderung/nav/511/article/22652.html> (06.12.2013).

halten. Vergleichbare Förderrichtlinien gibt es ebenso in anderen Bundesländern wie beispielsweise Bayern⁴⁴⁰, Mecklenburg-Vorpommern⁴⁴¹ oder Hessen⁴⁴².

Diese auf Landesebene verankerten Agrarförderungen sind eine Möglichkeit, steuernd auf den Biomasseanbau bzw. Energiepflanzen für den Einsatz in Biomasseanlagen einzuwirken. Rechtliche Hürden hinsichtlich der Festlegung von besonderen Anforderungen sind nicht ersichtlich. So müssten Bundesländer auch regional unterschiedliche Anforderungen aus Gründen des Umweltschutzes, der Biodiversität usw. stellen dürfen.

Flankierend zur Rahmenregelung der Gemeinschaftsaufgabe Agrarstruktur und Küstenschutz analysiert der zwischen Bund und Ländern abgestimmte „Nationale Strategieplan der Bundesrepublik Deutschland für die Entwicklung ländlicher Räume 2007 – 2013“⁴⁴³ die wirtschaftliche, strukturelle, ökologische und soziale Situation ländlicher Räume und deren Entwicklungspotenziale in Deutschland. Er enthält ein strategisches Gesamtkonzept sowie Prioritäten für jeden Schwerpunkt einschließlich einer Quantifizierung der Hauptziele und Indikatoren für die Begleitung und Bewertung. Darüber hinaus wird die Kohärenz der Fördermaßnahmen mit anderen Politiken auf nationaler und europäischer Ebene sichergestellt sowie die regionale Verteilung der auf Deutschland entfallenden EU-Mittel dargestellt⁴⁴⁴.

(3) Reform der GAP – Förderzeitraum 2014 bis 2020

Die aktuelle Förderperiode 2014 bis 2020 der Gemeinsamen Agrarpolitik läuft – mit einer Übergangsregelung für das Jahr 2014⁴⁴⁵ aufgrund der verspäteten Verabschiedung – derzeit an. Die politische Verständigung von Europäischem Rat und Parlament sowie Kommission

⁴⁴⁰ Richtlinie des Bayer. Staatsministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten zur Einzelbetrieblichen Investitionsförderung v. 01.01.2013 Nr. G 4-7271-1/330, mit besonderen baulichen Anforderungen an eine besonders tiergerechte Haltung nach Anlage 1, abrufbar unter <http://www.stmelf.bayern.de/agrarpolitik/foerderung/003649/index.php> (06.12.2013).

⁴⁴¹ Richtlinie zur Förderung von Investitionen in der landwirtschaftlichen Produktion nach dem Agrarinvestitionsförderungsprogramm Teil A (AFP-A-RL M-V) v. 12.09.2007 – VI 300 - 5411.7 –, abrufbar unter [http://www.service.m-v.de/cms/DLP_prod/DLP/Foerderfibel/Verbesserung_der_Wettbewerbsfaehigkeit/Finanzierungshilfen/Unternehmen_der_Land-Prozent2c_Forst-_und_Fischereiwirtschaft_sowie_Aquakultur/_Foerderungen/Agrarinvestitionsfoerderungsprogramm_\(AFP\)/_Content/AFP-A-RL_M-V.pdf](http://www.service.m-v.de/cms/DLP_prod/DLP/Foerderfibel/Verbesserung_der_Wettbewerbsfaehigkeit/Finanzierungshilfen/Unternehmen_der_Land-Prozent2c_Forst-_und_Fischereiwirtschaft_sowie_Aquakultur/_Foerderungen/Agrarinvestitionsfoerderungsprogramm_(AFP)/_Content/AFP-A-RL_M-V.pdf) (06.12.2013).

⁴⁴² Richtlinien Einzelbetriebliches Förderungsprogramm Landwirtschaft (RL-EFP) v. 31.03.2011, abrufbar unter <http://www.foerderdatenbank.de/Foerder-DB/Navigation/Foerderrecherche/suche.html?get=4aa561e46fff16fb87d819d09c769842;views;document&doc=10324&typ=RL> (21.01.2014).

⁴⁴³ Abrufbar unter http://www.bmelv.de/SharedDocs/Downloads/Landwirtschaft/LaendlicheRaume/Strategiepapier.pdf?__blob=publicationFile (13.12.2013).

⁴⁴⁴ Nationaler Strategieplan der Bundesrepublik Deutschland für die Entwicklung ländlicher Räume 2007 - 2013, S. 3.

⁴⁴⁵ Übergangsbestimmungen sind geregelt in der Verordnung (EU) Nr. 1310/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.12.2013 mit bestimmten Übergangsvorschriften betreffend die Förderung der ländlichen Entwicklung durch den Europäischen Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER), ABIEU. L 347/865.

erfolgte am 26. Juni 2013⁴⁴⁶. Auch künftig wird die Landwirtschaft in Europa in den gewohnten 2 Säulen gefördert. Dennoch enthält die laufende Gemeinsame-Außenpolitik-Förderperiode wesentliche Neuerungen⁴⁴⁷.

Für die 1. Säule der Direktzahlungen wurde Ende 2013 die „Direktzahlungen-Verordnung“⁴⁴⁸ beschlossen, die die Grundlagen für die direkt gewährten Zahlungen an Betriebsinhaber festlegt. Die hier relevanten Zahlungen erfolgen in Form der Basisprämie nach Art. 21 ff. VO (EU) Nr. 1307/2013 und der sog. Greening-Prämie, die nach Art. 43 ff. VO (EU) Nr. 1307/2013 an Betriebsinhaber gezahlt wird, die dem Klima- und Umweltschutz förderliche Landwirtschaftsmethoden einhalten. Mit der Verordnung wird das System der Direktzahlungen grundlegend reformiert und an die aktuellen Herausforderungen angepasst. Kernstück der Reform ist die Bindung der Direktzahlungen an zusätzliche Umweltleistungen, das sogenannte Greening⁴⁴⁹. Die Basisprämie ersetzt dabei als weiterhin entkoppelte Direktzahlung die bisherige Betriebsprämie⁴⁵⁰, die pauschal und bundeseinheitlich⁴⁵¹ je Hektar gewährt wird. Der Erhalt ist aber – neben weiteren – an die Voraussetzungen verknüpft, dass der Betriebsinhaber die Cross-Compliance Verpflichtungen sowie die Greening-Verpflichtungen einhält. Die Greening-Verpflichtungen werden auch als entkoppelte „grüne“ Flächenzahlungen bezeichnet⁴⁵². Die Basisprämie umfasst 62 Prozent und die Greening-Prämie 30 Prozent des nationalen Finanzrahmens⁴⁵³. Die Einhaltung der verbindlichen Greening-Verpflichtungen wird dadurch angeregt, dass ein Verstoß dagegen nicht nur zu einer Rückzahlungspflicht der Beihilfen führt, sondern sogar Sanktionen von bis zu 125 Prozent dieses Zuschlags nach sich ziehen⁴⁵⁴.

National erfolgt die Umsetzung der VO (EU) Nr. 1307/2013 als 1. Säule der Gemeinsamen Agrarpolitik durch das Direktzahlungen-Durchführungsgesetz⁴⁵⁵, das im Juli 2014 beschlossen wurde. Mit dem Gesetz werden unter anderem verschiedene Greening-Vorgaben wie beispielsweise die Auswahl von bestimmten Flächentypen für ökologische Vorrangflächen

⁴⁴⁶ Pressemitteilung der Europäischen Kommission v. 26.06.2013, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-613_de.htm (20.06.2014).

⁴⁴⁷ Vgl. J. Martinez, Das Greening der Gemeinsamen Agrarpolitik, NuR 2013, S. 690 (692).

⁴⁴⁸ Verordnung (EU) Nr. 1307/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.12.2013 mit Vorschriften über Direktzahlungen an Inhaber landwirtschaftlicher Betriebe im Rahmen von Stützungsregelungen der Gemeinsamen Agrarpolitik und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 637/2008 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 73/2009 des Rates, ABIEU. L 1307/2013.

⁴⁴⁹ BT-Drs. 18/908, S. 18.

⁴⁵⁰ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 21 der VO (EU) Nr. 1307/2013.

⁴⁵¹ GAP ab 20(14)15, SMUL, Folie 10, abrufbar unter http://www.smul.sachsen.de/lfulg/download/Nachlese_GH_ELER-ab-20.pdf (24.06.2014).

⁴⁵² GAP ab 20(14)15, SMUL, Folie 11, abrufbar unter http://www.smul.sachsen.de/lfulg/download/Nachlese_GH_ELER-ab-20.pdf (24.06.2014).

⁴⁵³ Vgl. BT-Drs. 18/908, S. 24; der Rest entfällt auf die Umverteilungszahlung (7%) und die Junglandwirte (1%).

⁴⁵⁴ Vgl. EU-Kommission, GAP-Reform – Erläuterung der wichtigsten Aspekte, Memo 13/621 v. 26.06.2013, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-621_de.htm (24.06.2014).

⁴⁵⁵ Direktzahlungen-Durchführungsgesetz (DirektZahlDurchfG) vom 09. 07.2014 (BGBl. I S. 897), das durch Artikel 5 des Gesetzes v. 02.12.2014 (BGBl. I S. 1928) geändert worden ist.

und Maßnahmen zum Schutz von Dauergrünland national in den §§ 13 ff. DirektZahlDurchfG konkretisiert⁴⁵⁶.

Eine unmittelbar (räumlich) steuernde Wirkung des Biomasseanbaus erfolgt aber auch in der neuen Förderperiode der Gemeinsamen Agrarpolitik nur bedingt. Die Vorgaben zu Cross-Compliance bezwecken vornehmlich Umwelt- und Naturschutz, indem sie die Grundanforderungen an die Betriebsführung und den guten ökologischen und landwirtschaftlichen Zustand stellen. Sie bieten aber Ansatzpunkte, um Einfluss auf die Anbauflächen für Biomasse zur energetischen Verwertung zu nehmen. Zur Umsetzung wären jedoch Grenzwerte für den Erhalt von Flächen in einem guten ökologischen Zustand erforderlich⁴⁵⁷.

Wirkungsvoller könnte das bereits in der vorherigen Förderperiode eingesetzte Instrument der fakultativen gekoppelten Stützung für beispielsweise den Anbau bestimmter Kulturpflanzen sein, das für Energiepflanzen im Zeitraum von 2007 bis 2009 eine Prämie vorsah⁴⁵⁸. Dieses Instrument ist in den Art. 1 lit. b vii) und 52 ff. der VO (EU) Nr. 1307/2013 wieder aufgegriffen worden. Nach Erwägungsgrund Nr. 49 soll es den Mitgliedstaaten gestattet werden, einen Teil der Mittel für Direktzahlungen zu verwenden, um aus wirtschaftlichen, ökologischen und/oder sozialen Gründen in bestimmten Sektoren oder Regionen mit speziellen Gegebenheiten eine gekoppelte Stützung zu gewähren. Art. 52 Abs. 2 der VO (EU) Nr. 1307/2013 konkretisiert abschließend die Erzeugnisse für welche die Stützung gezahlt werden kann, dazu zählen unter anderem Getreide, Ölsaaten, Eiweißpflanzen oder Körnerleguminosen; nicht darunter fällt offenbar der als Energiepflanze bedeutende Mais, der zu den Süßgräsern zählt⁴⁵⁹. Ausdrücklich genannt ist jedoch Niederwald mit Kurzumtrieb. Dieses wird auch zur energetischen Verwertung genutzt. Die Gewährung der gekoppelten Zahlung ist an die Voraussetzungen geknüpft, dass nur jene Sektoren oder Regionen eines Mitgliedstaats diese erhalten dürfen, die sich aus den im Erwägungsgrund Nummer 49 genannten Gründen in Schwierigkeiten befinden (Art. 52 Abs. 3) und nur in dem Umfang, der erforderlich ist, um einen Anreiz zur Beibehaltung des derzeitigen Produktionsniveaus in den betreffenden Sektoren oder Regionen zu schaffen (Art. 52 Abs. 4). Mit diesem finanziellen Instrument können mithin Anreize gesetzt werden, aus ökologischen Gründen den Anbau bestimmter Kulturpflanzen zu unterstützen. Die Regelung zielt jedoch nicht auf eine konkrete räumliche Steuerung ab und möchte auch nicht den Anbau der genannten Pflanzen aus umweltfachlichen Gründen reduzieren. Vielmehr geht es um den Erhalt des vorhandenen Anbaus. National wurde von dieser Möglichkeit im Direktzahlungen-Durchführungsgesetz ohnehin kein Gebrauch gemacht.

⁴⁵⁶ Vgl. <https://www.cducsu.de/plenum/22-05-2014/direktzahlungen-durchfuehrungsgesetz> (24.06.2014).

⁴⁵⁷ Vgl. zu den Planungen der GAP Reform: *R. Steinhäuser*, Aktuelle Änderungen im EEG und die geplante Reform der GAP, NuR 2012, S. 441 (446).

⁴⁵⁸ *R. Steinhäuser*, Aktuelle Änderungen im EEG und die geplante Reform der GAP, NuR 2012, S. 441 (446).

⁴⁵⁹ Abrufbar unter <http://de.wikipedia.org/wiki/Mais#Etymologie> (24.06.2014).

In Art. 45 Abs. 4 enthält die VO (EU) Nr. 1307/2013 ferner die einzige ausdrückliche Regelung mit Bezug auf die Energieerzeugung. In Form einer Ausnahme zu einer Ausnahme werden Anpflanzungen von Niederwald mit Kurzumtrieb, Weihnachtsbäumen oder schnellwachsenden Bäumen für die Energieerzeugung von der Privilegierung ausgenommen, dass, wenn Aufforstungen dazu führen, dass der vorgeschriebene Mindestanteil von Dauergrünland an der Gesamtfläche unterschritten wird, diese Flächen nicht in Dauergrünland rückumzuwandeln sind.

Das Greening als Ökologisierungskomponente⁴⁶⁰ der 1. Säule sieht als letztes relevantes Element der Gemeinsamen-Agrarpolitik-Reform vor, dass der Erhalt von Direktzahlungen an drei ökologische Anforderungen gebunden ist. Diese sind Anbaudiversifizierung, Erhalt des bestehenden Dauergrünlands bzw. Grünlandumbruchverbot und die Ausweisung ökologischer Vorrangflächen, Art. 43 Abs. 2 der VO (EU) Nr. 1307/2013. Alle drei Anforderungen haben einen gewissen Bezug zur Steuerung des Biomasseanbaus. Die Pflicht zur Anbaudiversifizierung soll unter anderem den Mais-Monokulturen entgegenwirken. Nach Art. 44 Abs. 1 der VO (EU) Nr. 1307/2013 müssen Landwirte grundsätzlich mindestens zwei Kulturen anbauen, wenn die Bewirtschaftungsfläche zwischen 10 und 30 Hektar beträgt, und mindestens drei Kulturen bei über 30 Hektar. Das Dauergrünlandumbruchverbot soll der Folge der „Energiewende“ begegnen, dass Grünland in erheblichem Umfang zu landwirtschaftlichen Flächen umgebrochen wurde, um Energiepflanzen anzubauen⁴⁶¹. Die Ausweisung ökologischer Vorrangflächen oder, wie es in der Verordnung bezeichnet wird, die Flächennutzung im Umweltinteresse, schreibt vor, dass mindestens 5 Prozent des vom Betriebsinhaber angemeldeten Ackerlands des Betriebs als solche Flächen ausgewiesen werden, Art. 46 Abs. 1 VO (EU) Nr. 1307/2013. Zu den möglichen, für den Biomasseanbau relevanten Nutzungsmöglichkeiten kann dabei beispielsweise der Anbau von stickstoffbindenden Pflanzen zählen⁴⁶². Diese können der Stickstoffanreicherung im Boden entgegenwirken.

Die §§ 13 ff. DirektZahlDurchfG, in denen das Greening national umgesetzt wurde, enthalten keine über die in der Verordnung vorgegebenen Maßnahmen hinausgehenden hier relevanten Regelungsinhalte. Der Gesetzgeber hat sich im Wesentlichen auf die Schaffung von Verordnungsermächtigungen beschränkt. Die aufgrund der Ermächtigungsgrundlage im Direktzahlungen-Durchführungsgesetz zu erlassene Direktzahlungen-Durchführungsverordnung ist noch für 2014 angekündigt⁴⁶³.

Für die 2. Säule der Gemeinsamen Agrarpolitik zur Entwicklung des ländlichen Raums wurde Ende 2013 die maßgebliche Verordnung (EG) Nr. 1698/2005⁴⁶⁴ der EU für die Gemeinsame

⁴⁶⁰ J. Martinez, Das Greening der Gemeinsamen Agrarpolitik, NuR 2013, S. 690 (693).

⁴⁶¹ J. Martinez, Das Greening der Gemeinsamen Agrarpolitik, NuR 2013, S. 690 (693).

⁴⁶² J. Martinez, Das Greening der Gemeinsamen Agrarpolitik, NuR 2013, S. 690 (694).

⁴⁶³ Zum Redaktionsschluss am 30.09.2014 war die Verordnung (BR-Drs. 406/14) dem Bundesrat zugeleitet.

⁴⁶⁴ Verordnung (EU) Nr. 1305/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.12.2013 über die Förderung der ländlichen Entwicklung durch den Europäischen Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER) und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1698/2005, ABIEU. L 347/487.

Agrarpolitik neu gefasst und beschlossen. Das Grundkonzept für die Entwicklung des ländlichen Raums wird beibehalten. Die Mitgliedstaaten können ihre nationalen Programme weiterhin im Rahmen der EU-Vorgaben gestalten und diese kofinanzieren. Die 2. Säule wird jedoch flexibler ausgestaltet und verzichtet künftig auf die bisherigen Förderschwerpunkte. Vielmehr können die Mitgliedstaaten im Rahmen von sechs großen Prioritäten selbst entscheiden, welche Maßnahmen sie aus dem vorgegeben Maßnahmenmenü anwenden wollen⁴⁶⁵.

Von den möglichen Maßnahmen sind hier allein relevant die Agrarumwelt- und Klimamaßnahmen nach Art. 28 der VO (EU) Nr. 1305/2013 in Verbindung mit den Gemeinsamen Bestimmungen für flächenbezogene Zahlungen nach Art. 47 der VO (EU) Nr. 1305/2013. Mit der Möglichkeit zur finanziellen Förderung von Agrarumwelt- und Klimamaßnahmen will die EU ausweislich des Erwägungsgrunds 22 der VO (EU) Nr. 1305/2013 den Zahlungen für Agrarumwelt- und Klimaschutzmaßnahmen weiterhin eine herausragende Rolle bei der Förderung der nachhaltigen Entwicklung des ländlichen Raums und bei der Befriedigung der steigenden gesellschaftlichen Nachfrage nach Umweltdienstleistungen zubilligen. Die finanzielle Förderung soll danach ferner die Landwirte und andere Landbewirtschaftler weiterhin ermutigen, im Dienste der gesamten Gesellschaft Produktionsverfahren einzuführen bzw. beizubehalten, die zur Eindämmung des Klimawandels und zur Anpassung an seine Auswirkungen beitragen und mit dem Schutz und der Verbesserung der Umwelt, des Landschaftsbildes und des ländlichen Lebensraums, der natürlichen Ressourcen, der Böden und der genetischen Vielfalt vereinbar sind.

Nach Art. 28 Abs. 1 Satz 3 der VO (EU) Nr. 1305/2013 ist die Aufnahme von entsprechenden nationalen oder regionalen Programmen sogar verpflichtend. Nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 der VO (EU) Nr. 1305/2013 sollen die Zahlungen an Landwirte gewährt werden, wenn diese freiwillig agrarumwelt- oder klimaschützende Maßnahmen durchführen; diese müssen – selbstverständlich – jedoch über die obligatorischen Grundanforderungen des Cross-Compliance, den Mindestanforderungen für den Dünge- und Pflanzenschutzmitteleinsatz sowie sonstige verpflichtende Anforderungen des jeweiligen nationalen Rechts hinausgehen, vgl. Art. 28 Abs. 3 der VO (EU) Nr. 1305/2013. Für die finanzielle Unterstützung dieser Maßnahmen sind nach Erwägungsgrund 22 der Verordnung mindestens 30 Prozent des ELER-Gesamtbeitrags zu verwenden. Mit diesen Vorgaben behält die Verordnung (EU) Nr. 1305/2013 ihre Bedeutung für die Schaffung nationaler Förderprogramme, die zumindest dem Grunde nach geeignet sind, steuernd (auch) auf den Biomasseanbau einzuwirken. Eine konkret auf den Biomasseanbau zu energetischen Zwecken abzielende Regelung findet sich jedoch allein in Art. 22 Abs. 2 Satz 3 der VO Nr. 1305/2013, wonach im Rahmen der Förderung der Aufforstung und Anlage von Wäldern für die Anpflanzung von Bäumen für den Kurzumtrieb oder schnellwachsenden Bäumen für die Energieerzeugung ausdrücklich keine Förderung gewährt wird.

⁴⁶⁵ EU-Kommission, GAP-Reform – Erläuterung der wichtigsten Aspekte, Memo 13/621 v. 26.06.2013.

Die Verordnung (EU) Nr. 1305/2013 wird wie in der abgelaufenen Förderperiode über die Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes“ (GAK) sowie nationale Programme auf Ebene der Bundesländer umgesetzt. Der Gemeinschaftsaufgabe Agrarstruktur und Küstenschutz-Rahmenplan für die neue Förderperiode der Gemeinsamen Agrarpolitik liegt bislang im Entwurfsstadium vor und befindet sich mit Stand Juni 2014 noch in den Beratungen⁴⁶⁶. Die Programme der Bundesländer liegen – Stand Juni 2014 – teilweise im Entwurf vor. So hat beispielsweise Nordrhein-Westfalen am 13. Juni 2014 einen 1. Entwurf für das NRW-Programm „Ländlicher Raum 2014-2020“ vorgelegt⁴⁶⁷. In Bezug auf den Biomasseanbau wird in diesem Programm ausdrücklich der zunehmende Anbau von Mais als Energiepflanze in Monokultur als eine Schwäche im Programmgebiet adressiert⁴⁶⁸. Eine ausführliche Beschreibung der Agrarumwelt- und Klimamaßnahmen findet sich in Ziff. 8.2.6 (Seite 179 ff.). Zu den förderfähigen Maßnahmen zählen unter anderem Biodiversität beim Anbau, Anlage von Blüh- und Erosionsschutzstreifen, vielfältige Kulturen im Ackerbau oder extensive Grünlandnutzung. Für alle Maßnahmen werden detaillierte Anforderungen festgeschrieben. Am Beispiel von Nordrhein-Westfalen zeigt sich erneut, dass Agrarförderungen zwar die Zielrichtung des Umweltschutzes haben, durch die wiederholte Bezugnahme auf die durch den vermehrten Biomasseanbau zu energetischen Zwecken hervorgerufenen Umweltbelastungen aber eine Steuerung auch des Biomasseanbaus gewollt und möglich ist. Eine unmittelbare räumliche Steuerung erfolgt dadurch jedoch nicht.

(4) Bewertung der Steuerungswirkung von Agrarsubventionen

Im Ergebnis bieten die vorhandenen bzw. unmittelbar durch die Gemeinsame Agrarpolitik-Förderperiode 2014 bis 2020 bevorstehenden Agrarförderungen ein heterogenes Bild ihrer Steuerungswirkung. Zum einen weisen sie als freiwillige Maßnahmen, die aber einen nicht unerheblichen finanziellen Anreiz für den Landwirt bieten, eine stärkere Steuerungsmöglichkeit auf als ordnungsrechtliche Maßnahmen, die in der Praxis nicht kontrolliert werden. Zum anderen erzielen sie, insbesondere aufgrund der in weiten Teilen pauschalen Flächenförderung nur eine begrenzte räumlich steuernde Wirkung, zumal sie auf die Verbesserung oder den Erhalt der Umwelt abzielen und nicht auf eine konkrete räumliche Verlagerung von landwirtschaftlichen Bodennutzungen oder gar Biomasseanbau. Durch das Herunterbrechen der Festlegung der Fördervoraussetzungen auf regionale Gebietskörperschaften, in Deutschland auf die Bundesländer, kann jedoch konkreter auf regionsspezifische Umweltprobleme – auch des Biomasseanbaus – reagiert werden. Dem gegenüber steht wiederum die an sich

⁴⁶⁶ Der Entwurf sowie die Beratungsgremien und Pläne der einzelnen Maßnahmen sind abrufbar unter http://www.bmel.de/DE/Landwirtschaft/Foerderung-Agrarsozialpolitik/GAK/_Texte/Foerdergrundsaeetze2014.html (30.06.2014).

⁴⁶⁷ MKULNV, Plan des Landes Nordrhein Westfalen zur Entwicklung des ländlichen Raums, abrufbar unter http://www.umwelt.nrw.de/landwirtschaft/pdf/nrw_programm_laendlicher_raum_2014-2020_20140613.pdf (01.07.2014).

⁴⁶⁸ Ziff. 4.1.3 – 4-W-11, S. 24.

begrenzte Steuerungswirkung von finanzwirksamen Instrumenten⁴⁶⁹ und der zusätzliche Finanzierungsbedarf⁴⁷⁰. Dennoch bieten die Agrarförderungen Ansätze, um, ggf. in Kombination mit anderen Instrumenten, (räumlich) steuernd auf den Biomasseanbau einzuwirken. Es bleibt jedoch fraglich, ob die Gemeinsame Agrarpolitik einen Beitrag zur Lösung des Konflikts zwischen Energiepflanzenanbau und Naturschutz leisten kann⁴⁷¹.

c. Regelungen des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes

Die Regelungen der verschiedenen Fassungen des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes fördern durch feste Vergütungssätze die Stromerzeugung unter anderem aus Biomasse. Die Vergütung, und die möglicherweise räumlich steuernde Wirkung, richten sich jedoch primär auf die Standortwahl der Biomasseanlagen, sodass dieser Aspekt unter C.III.3.a erörtert wird. Die auf Grundlage der Verordnungsermächtigung in § 64b EEG 2012 erlassene Biomassestrom-Nachhaltigkeitsverordnung, die im Gegensatz dazu auf die Einsatzstoffe und deren Herkunft Einfluss nimmt, wurde bereits bei den ordnungsrechtlichen Instrumenten dargestellt (siehe oben C.II.2.b).

d. Vertragsnaturschutz

Als ein weiteres bestehendes Instrument zur möglichen Lenkung des Anbaus von Biomasse für Biomasseanlagen könnte der Vertragsnaturschutz zur Anwendung kommen. Dieser wird hier im Abschnitt der Förderinstrumente behandelt, da aufgrund finanzieller Anreize ein freiwilliges umweltdienliches Handeln bezweckt wird. Da die Inhalte zwischen den Beteiligten jedoch auf vertraglicher Basis ausgehandelt werden, kann der Vertragsnaturschutz aber auch als kooperatives Instrument betrachtet werden⁴⁷².

(1) Normativer Vertragsnaturschutz auf Bundesebene

Auf Bundesebene ist die Rechtsgrundlage des Vertragsnaturschutzes in § 3 Abs. 3 BNatSchG als Ausdruck des Kooperationsprinzips im Naturschutz⁴⁷³ geregelt. § 3 Abs. 3 BNatSchG lautet:

„Bei Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege soll vorrangig geprüft werden, ob der Zweck mit angemessenem Aufwand auch durch vertragliche Vereinbarungen erreicht werden kann.“

Er baut auf den Vorgängerfassungen in § 8 Satz 1 BNatSchG 2002 und § 3a BNatSchG 1998 auf, formt die Regelung jedoch von einer rahmenrechtlichen Prüfungsverpflichtung in eine

⁴⁶⁹ J. Martinez, Das Greening der Gemeinsamen Agrarpolitik, NuR 2013, S. 690 (693).

⁴⁷⁰ MKULNV, Plan des Landes Nordrhein Westfalen zur Entwicklung des ländlichen Raums, S. 50.

⁴⁷¹ So R. Steinhäuser, Aktuelle Änderungen im EEG und die geplante Reform der GAP, NuR 2012, S. 441 (448);

⁴⁷² So die Einordnung von C. Maaß/P. Schütte, in: H.-J. Koch (Hrsg.), Umweltrecht, 3. Aufl., § 7 Rn. 125.

⁴⁷³ A. Lorz, in: ders./C. Konrad/H. Mühlbauer/M. H. Müller-Walter/H. Stöckel (Hrsg.), BNatSchG, 3. Aufl., § 3 Rn. 12.

unmittelbar geltende Vorschrift um⁴⁷⁴. Der Vertragsnaturschutz ist den kooperativen, konsensualen Instrumenten zuzuordnen⁴⁷⁵, wird hier jedoch unter den Förderinstrumenten behandelt, da die Ausgestaltung auf Landesebene (dazu sogleich unter (2)) durch Förderprogramme erfolgt. Das Konzept des Vertragsnaturschutzes hat sich in der Naturschutz-Praxis entwickelt⁴⁷⁶, da durch individuelle, bilateral ausgehandelte Vereinbarungen zwischen Naturschutzbehörden und Eigentümern oder Pächtern die Akzeptanz für naturschützende Maßnahmen erhöht⁴⁷⁷ und die Mitwirkungsbereitschaft der Forst-, Wald- und Fischereiwirtschaft im Bereich des Naturschutzes gestärkt werden kann⁴⁷⁸.

Gegenstand des Vertragsnaturschutzes sind vertragliche Vereinbarungen, die auf freiwilliger Basis die Nutzungsberechtigten verpflichten, bestimmte Maßnahmen auf naturschutzrelevanten Flächen zu treffen, zu unterlassen oder zu dulden⁴⁷⁹. Damit ist ein Hauptanwendungsgebiet die Landwirtschaft⁴⁸⁰ und kann folglich auch der Biomasseanbau sein. Beispiele für Maßnahmen sind bislang die Einhaltung bestimmter Bewirtschaftungsformen⁴⁸¹ wie die Extensivierung von Grünlandflächen, Verzicht auf Düngemittel⁴⁸² oder die Begrenzung von Tierhaltung je Hektar Fläche⁴⁸³. Als Gegenleistung für diese Verpflichtungen wird dem Nutzungsberechtigten in aller Regel als Anreiz ein finanzieller Ausgleich gewährt⁴⁸⁴. Die europarechtliche Grundlage für diese Zahlungen aufgrund von Vereinbarungen des Vertragsnaturschutzes mit Landwirten findet sich in Art. 39 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) 1698/2005, wonach Zahlungen für Agrarumweltmaßnahmen an Landwirte gewährt werden dürfen, wenn diese freiwillig eine Agrarumweltverpflichtung eingehen. Die Vertragsnaturschutzprogramme der Bundesländer sind neben den Kulturlandschaftsprogrammen eine Ausprägung der Agrarumweltmaßnahmen.

Die Hauptfrage zu § 3 Abs. 3 BNatSchG, die in der rechtswissenschaftlichen Literatur diskutiert wird, ist, ob den vertraglichen Vereinbarungen ein unbedingter Vorrang gegenüber ordnungsrechtlichen Maßnahmen einzuräumen ist. Im Ergebnis wird dies einhellig abge-

⁴⁷⁴ BT-Drs. 16/12274, S. 51; S. Lütkes, in: ders./W. Ewer (Hrsg.), BNatSchG, 1. Aufl., § 3 Rn. 10.

⁴⁷⁵ M. Kloepfer, Umweltrecht, 3. Aufl., § 11 Rn. 57; A. Proelß/U. Blanke-Kießling, Der Verwaltungsvertrag als Handlungsform der Naturschutzverwaltung, NVwZ 2010, S. 985 (986) mit Verweis auf R. Sparwasser/R. Engel/A. Voßkuhle, in: dies. (Hrsg.), Umweltrecht, 5. Aufl., § 2 Rn. 192.

⁴⁷⁶ So P. Fischer-Hüftle/J. Schumacher, in: dies. (Hrsg.), BNatSchG, 2. Aufl., § 3 Rn. 11.

⁴⁷⁷ S. Lütkes, in: ders./W. Ewer (Hrsg.), BNatSchG, 1. Aufl., § 3 Rn. 11.

⁴⁷⁸ Zur Vorgängerfassung in § 8 S. 1 BNatSchG 2008 B. Stüer, Bau- und Fachplanungsrecht, 4. Aufl., Rn. 4502 f.

⁴⁷⁹ So grundlegend: M. Kloepfer, Umweltrecht, 3. Aufl., § 11 Rn. 57.

⁴⁸⁰ S. Lütkes, in: ders./W. Ewer (Hrsg.), BNatSchG, 1. Aufl., § 3 Rn. 10.

⁴⁸¹ M. H. Müller-Walter, in: A. Lorz/C. Konrad/H. Mühlbauer/ders./H. Stöckel (Hrsg.), Naturschutzrecht, 3. Aufl., § 3 Rn. 17.

⁴⁸² P. Fischer-Hüftle/J. Schumacher, in: dies. (Hrsg.), BNatSchG, 2. Aufl., § 3 Rn. 12.

⁴⁸³ A. Proelß/U. Blanke-Kießling, Der Verwaltungsvertrag als Handlungsform der Naturschutzverwaltung, NVwZ 2010, S. 985 (985).

⁴⁸⁴ S. Lütkes, in: ders./W. Ewer (Hrsg.), BNatSchG, 1. Aufl., § 3 Rn. 10; M. H. Müller-Walter, in: A. Lorz/C. Konrad/H. Mühlbauer/ders./H. Stöckel (Hrsg.), Naturschutzrecht, 3. Aufl., § 3 Rn. 17; P. Fischer-Hüftle/J. Schumacher, in: dies. (Hrsg.), BNatSchG, 2. Aufl., § 3 Rn. 10.

lehnt⁴⁸⁵. Die Behörden haben lediglich die Pflicht, stets vorrangig zu prüfen⁴⁸⁶, ob im Verhältnis zum personellen und finanziellen Aufwand eine vertragliche Vereinbarung getroffen werden kann.

Die Vorteile des Vertragsnaturschutzes liegen neben dem bereits genannten möglichen Akzeptanzgewinn darin, präzise Vorgaben für konkrete Flächen treffen und diese auch (sanktionsbewehrt) überwachen zu können. Auch kann er helfen, den vor allem mit der gleichen Zielrichtung versehenen Verpflichtungen der guten fachlichen Praxis, die unter erheblichem Vollzugsdefizit leiden⁴⁸⁷, zu unterstützen oder zu ersetzen. Die Nachteile liegen in den zusätzlichen Kosten für die im Ausgleich zu zahlenden Geldleistungen und der Aufwand für die Vereinbarung. Dennoch kann mit diesem Mittel gezielter eine Steuerung erreicht werden, als es mit den „großflächigen“, flächenneutralen Agrarförderungen möglich ist. Es ist jedoch auch bei diesem Instrument festzuhalten, dass in Literatur und Rechtsprechung zu § 3 Abs. 3 BNatSchG keine Nachweise zu finden sind, dass damit eine (positive) räumliche Steuerung der landwirtschaftlichen Produktion oder gar speziell der Biomasse unmittelbar bezweckt oder mittelbar erzielt wird. Dennoch zeigt der nachstehende Blick auf die Landesebene, dass dies möglich ist – und in einigen Fällen in der Praxis – bereits auch erfolgt.

(2) Umsetzung des Vertragsnaturschutzes auf Landesebene durch Förderprogramme

Bevor die bundesrechtliche Regelung in eine unmittelbar geltende Vorschrift umgewandelt wurde, machten die Bundesländer von ihrer landesrechtlichen Kompetenz hinsichtlich des Vertragsnaturschutzes in den jeweiligen Landesnaturschutzgesetzen Gebrauch⁴⁸⁸. Einige dieser Regelungen existieren – in zum Teil angepasster Form – heute noch⁴⁸⁹. Ausgestaltet ist der Vertragsnaturschutz jedoch in diversen Förderprogrammen auf Landesebene, von denen im Folgenden einige Wesentliche mit Bezug zu den hier untersuchten Nutzungskonflikten und negativen Auswirkungen mangels räumlicher Steuerung des Biomasseanbaus vorgestellt werden.

Im Bundesland Bayern wird der Vertragsnaturschutz auf Grundlage des Art. 39 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) 1698/2005 sowie § 3 Abs. 3 BNatSchG mittels des Bayerischen Vertragsnaturschutzprogramms umgesetzt. Danach erhalten Landwirte, die auf freiwilliger Basis ihre Flächen

⁴⁸⁵ S. Lütkes, in: ders./W. Ewer (Hrsg.), BNatSchG, 1. Aufl., § 3 Rn. 13; M. H. Müller-Walter, in: A. Lorz/C. Konrad/H. Mühlbauer/ders./H. Stöckel (Hrsg.), Naturschutzrecht, 3. Aufl., § 3 Rn. 14; W. Frenz, in: ders./H.-J. Mügenborg (Hrsg.), BNatSchG, 1. Aufl., § 3 Rn. 47; M. Kloepfer, Umweltrecht, 3. Aufl., § 11 Rn. 59; SRU, Umweltverwaltungen unter Reformdruck, 2007, S. 165 Rn. 317.

⁴⁸⁶ So die Gesetzesbegründung, vgl. BT-Drs. 16/12274, S. 51.

⁴⁸⁷ Vgl. S. Lütkes, in: ders./W. Ewer (Hrsg.), BNatSchG, 1. Aufl., § 3 Rn. 11.

⁴⁸⁸ Vgl. bspw. § 3a Landschaftsgesetz NRW; § 9 II Gesetz zum Schutz der Natur und Heimat im Saarland - Saarländisches Naturschutzgesetz v. 05.04.2006 (ABl. S. 726).

⁴⁸⁹ Vgl. bspw. Art. 3 III S. 2 BayNatSchG bzgl. der Grünlanderhaltung; § 13 S. 1 Gesetz zum Schutz der Natur, zur Pflege der Landschaft und über die Erholungsvorsorge in der freien Landschaft Baden-Württemberg (NatSchG) v. 13.12.2005, GBl. S. 745.

nach den Zielen des Naturschutzes bewirtschaften, für den zusätzlichen Aufwand und den entgangenen Ertrag ein angemessenes Entgelt⁴⁹⁰. Die Einzelheiten der Förderung sind in den Gemeinsamen Richtlinien zur Förderung von „Agrarumweltmaßnahmen“ in Bayern⁴⁹¹ geregelt. Die Systematik der Förderung ist so ausgestaltet, dass der Landwirt eine Förderung unter der Voraussetzung der Einhaltung von bestimmten Bewirtschaftungsauflagen erhalten kann (Ziffer 4.1 der Richtlinien). Zu den Auflagen zählen unter anderem auch solche, die beim Biomasseanbau für Biogasanlagen relevant sind, nämlich Beschränkung des Maisanbaus und des Düngemittleinsatzes sowie Einhaltung einer maximalen Zahl von Vieh je Flächeneinheit. Die Richtlinien sehen bei Verstößen gegen die Bewirtschaftungsauflagen Sanktionen – bis hin zur Aufhebung des Bescheids im Ganzen – vor (Ziffer 7.7.2 der Richtlinien). Zugleich wird die Einhaltung der Auflagen durch das Amt für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten kontrolliert. Im Gegensatz zur Einhaltung der Regeln der guten fachlichen Praxis dürfte hier die Vollzugsdichte daher höher einzuschätzen sein.

Im Bundesland Nordrhein-Westfalen⁴⁹² wird der Vertragsnaturschutz durch die Richtlinien über die Gewährung von Zuwendungen im Vertragsnaturschutz⁴⁹³ geregelt. Ziel der Förderung ist gem. Ziffer 1.1 der Richtlinien unter anderem die Verhinderung einer für den Naturhaushalt schädlichen Entwicklung. Zu den hier einschlägigen Fördergegenständen gehören die naturschutzgerechte Bewirtschaftung von Ackerflächen (Ziffer 2.1.2 der Richtlinien) oder die eingeschränkte Weidenutzung mit Vieh (Ziffer 4131 bis 4142 der Anlage 1 der Richtlinien). Wie in Bayern enthalten die Richtlinien in Nordrhein-Westfalen Vorgaben für Verwaltungskontrollen (Ziffer 9.4 der Richtlinien) und nach Ziffer 8 einen umfangreichen Katalog von Rückforderung, Kürzungen und Sanktionen, wenn die Verpflichtungen nicht eingehalten werden.

Im Bundesland Niedersachsen schließlich, das in einigen Regionen besonders von dem Problem des Zusammenfallens von (Energie-)Maisanbau und Viehwirtschaft betroffen ist, wird die Umsetzung der naturschutzfachlichen Ziele auf landwirtschaftlich genutzten Flächen ebenso über den Vertragsnaturschutz umgesetzt. Dieser ist eingebettet in die Programme PROFIL (Förderperiode 2007 bis 2013) bzw. Pfeil (Förderperiode 2014 bis 2020), die jeweils mit ELER-Mitteln gefördert werden. Die Programme enthalten Teilbereiche mit unterschied-

⁴⁹⁰ Näheres dazu unter http://www.stmuv.bayern.de/umwelt/naturschutz/foerderung/bay_vnp.htm (28.05.2014).

⁴⁹¹ Gemeinsame Richtlinien der Bayerischen Staatsministerien StMELF und StMUV zur Förderung von „Agrarumweltmaßnahmen“ in Bayern v. 18.11.2013, Gz. G4-7292-1/552, abrufbar unter http://www.stmelf.bayern.de/mam/cms01/agrarpolitik/dateien/richtlinie_foerderung_aum.pdf (26.05.2014).

⁴⁹² Näheres unter <http://www.naturschutzinformationen-nrw.de/vns/de/start> (28.05.2014).

⁴⁹³ RdErl. des Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz - III 4-942.00.00 v. 11.10.2012 abrufbar unter http://www.naturschutzinformationen-nrw.de/vns/web/babel/media/rahmenrichtlinie%20vertragsnaturschutz%20vom%2011%2010%202012_mit%20anlagen.pdf (28.05.2014).

lichen Angeboten zur naturschutzgerechten Bewirtschaftung von unter anderem Ackerflächen⁴⁹⁴.

Vergleichbare Förderkulissen existieren auch in den anderen Bundesländern, wie beispielsweise in Schleswig-Holstein⁴⁹⁵, Brandenburg⁴⁹⁶ oder Thüringen⁴⁹⁷.

(3) Zwischenergebnis

Der bestehende Vertragsnaturschutz ist bereits so ausgestaltet, dass er steuernden Einfluss auf den Biomasseanbau nehmen kann. Auch hier gilt jedoch erneut die Einschränkung, dass keine räumliche Steuerung durch diese Art der Förderung intendiert ist. Es werden ausdrücklich andere Ziele, nämlich der Natur- und Landschaftsschutz verfolgt. Dennoch überschneiden sich diese Ziele teilweise mit den durch den vermehrten Biomasseanbau evozierten Problemen der Überdüngung, Monokulturen usw. So fördern einzelne Vertragsnaturschutzprogramme auf Bundesländerebene konkret die extensive Flächenbewirtschaftung, den Nichtanbau von Maiskulturen oder die Begrenzung des Viehbesatzes je Flächeneinheit. Das Instrument des Vertragsnaturschutzes wirkt dabei konkreter und zielgerichteter als es die pauschal je Fläche geleisteten Agrarförderungen vermögen. Ausreichende Haushaltsmittel vorausgesetzt kann es daher eingesetzt werden, um in den Regionen hoher Belastung eine Verbesserung zumindest im Wege der negativen Steuerung zu bewirken. Der Steuerungserfolg hängt dabei aber maßgeblich von der Höhe der eingesetzten Fördermittel ab⁴⁹⁸. Zusammenfassend ist Vertragsnaturschutz ein aussichtsreiches Instrument, dessen Weiterentwicklung konkreter für die Steuerung des Biomasseanbaus im Arbeitspaket 6 geprüft wird. Verbesserungen könnten bei den Spezifizierungen der Fördertatbestände angezeigt sein⁴⁹⁹.

e. Landwirtschaftsgesetz

Neben den europäischen und nationalen Agrarförderungen soll der Vollständigkeit halber das Landwirtschaftsgesetz (LandwG⁵⁰⁰) des Bundes von 1955 Erwähnung finden. Das Landwirtschaftsgesetz verfolgt nach § 1 die Ziele, die Landwirtschaft mit allen wirtschaftlichen Mitteln und die bestmögliche Versorgung der Bevölkerung mit Ernährungsgütern zu sichern,

⁴⁹⁴

Siehe

http://www.umwelt.niedersachsen.de/umweltbericht/schutzgueter/biodiversitaet/instrumente_naturschutzes/vertragsnaturschutz/88968.html (28.05.2014).

⁴⁹⁵

Abrufbar

unter

http://www.schleswig-holstein.de/UmweltLandwirtschaft/DE/NaturschutzForstJagd/08_VertragsNatSchutz/ein_node.html

(28.05.2014).

⁴⁹⁶

Abrufbar unter http://www.mugv.brandenburg.de/cms/media.php/lbm1.a.3310.de/vv_vn_17_5_2014.pdf (28.05.2014).

⁴⁹⁷

Abrufbar unter <http://www.thueringen.de/th8/tmlfun/naturschutz/foerderung/> (28.05.2014).

⁴⁹⁸

A. Mengel et al., Steuerungspotenziale im Kontext naturschutzrelevanter Auswirkungen, 1. Aufl., S. 164.

⁴⁹⁹

So A. Mengel et al., Steuerungspotenziale im Kontext naturschutzrelevanter Auswirkungen, 1. Aufl., S. 164.

⁵⁰⁰

Landwirtschaftsgesetz in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 780-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes v. 13.12.2007 (BGBl. I S. 2936) geändert worden ist.

die Produktivität der Landwirtschaft zu steigern sowie die soziale Lage der Landwirte an das Niveau vergleichbarer Berufsgruppen anzugleichen. Hierfür soll die Landwirtschaft mit den Mitteln der allgemeinen Wirtschafts- und Agrarpolitik - insbesondere der Handels-, Steuer-, Kredit- und Preispolitik ausgestattet werden.

Diese groben Leitlinien zeigen bereits, dass konkrete Vorgaben zur Steuerung in dem Gesetz nicht vorhanden sind. So finden sich insbesondere auch keine Vorschriften zum Biomasseanbau⁵⁰¹.

4. Steuerung durch informatorische Instrumente

Auch wenn informatorische bzw. informelle Instrumente der Beratung und dergleichen grundsätzlich eine geringe Verbindlichkeit und damit Wirkung haben, sollen diese im Instrumentenmix ebenfalls summarisch betrachtet werden.

Bei den informatorischen Instrumenten handelt es sich um persuasive Instrumente, die durch Information, Begründung oder Argumente überzeugen wollen und auf den Einsatz von Zwang verzichten⁵⁰². Mit ihrer Hilfe besteht die grundsätzliche Möglichkeit, Einfluss auf das Handeln der relevanten Akteure zu nehmen. Vor allem lassen sich die Adressaten der Regionalplanung auf diese Weise von erforderlichen Verhaltensanpassungen iSd. Regionalplans überzeugen und sind daraufhin aus eigenem Antrieb überzeugt, ihr Handeln an den Zielen der Regionalplanung auszurichten⁵⁰³. Darüber hinaus können Akzeptanzdefizite behoben werden, die durch das hohe Konfliktpotential bspw. ordnungsrechtlicher Maßnahmen hervorgerufen werden⁵⁰⁴. Wichtig im Rahmen solch informatorischer Instrumente ist eine ausreichende Datenaufbereitung, um die Adressaten umfassend informieren zu können⁵⁰⁵. Hierzu gehören auch Wirkungsanalysen und die Planevaluation⁵⁰⁶. Im Gegensatz zu solchen Instrumenten, die auf Basis von Zwang funktionieren, weisen die persuasiven Mechanismen allerdings einen deutlich geringeren rechtlichen Gehalt und eine schwächere Steuerungswirkung auf⁵⁰⁷.

Daneben gibt es die Möglichkeit der Heranziehung kooperativer Instrumente als Gegenentwurf zu hierarchischen Instrumenten. Das bedeutet, dass „Regulator und Regulierungsadressat zusammenwirken, um gemeinsame Ziele arbeitsteilig zu realisieren und die beteiligten

⁵⁰¹ Vgl. J. Lüdeke, Biomasseanbau und Naturschutz, 1. Aufl., S. 132.

⁵⁰² K. Einig, Regulierung durch Regionalplanung, DöV 2011, S. 185 (192).

⁵⁰³ K. Einig, Regulierung durch Regionalplanung, DöV 2011, S. 185 (192).

⁵⁰⁴ G. Meinel/U. Schumacher (Hrsg.), Flächennutzungsmonitoring II, IÖR Schriften, Bd. 52, 2010, S. 4, abrufbar unter http://www.ioer.de/fileadmin/internet/IOER_schriften/Buch_IOER_Schriften_Band_52_Meinel.pdf (01.07.2014).

⁵⁰⁵ G. Meinel/U. Schumacher (Hrsg.), Flächennutzungsmonitoring II, IÖR Schriften, Bd. 52, 2010, S. 4, abrufbar unter http://www.ioer.de/fileadmin/internet/IOER_schriften/Buch_IOER_Schriften_Band_52_Meinel.pdf (01.07.2014).

⁵⁰⁶ K. Einig, Regulierung durch Regionalplanung, DöV 2011, S. 185 (192).

⁵⁰⁷ K. Einig, Regulierung durch Regionalplanung, DöV 2011, S. 185 (192).

Parteien gleichermaßen Anteil an der Problemlösung haben“⁵⁰⁸. Allerdings bleibt es stets notwendig, dass die informellen Instrumente flankiert werden von hierarchischen Regulierungsmechanismen. Diese informellen Prozesse umfassen vor allem einzelne Maßnahmen und Projekte und können der Ergänzung klassischer Pläne dienen.

Die Beratung stellt dabei in der Regel eine unterstützende Maßnahme zu den vorgenannten Förderinstrumenten dar, indem über die finanziellen Fördermöglichkeiten informiert oder Normadressaten zu ihren Verpflichtungen beraten werden. Zum letztgenannten Bereich finden sich für die Steuerung des Biomasseanbaus im nationalen Recht beispielsweise hinsichtlich des – eigentlich ordnungsrechtlichen – Instruments der guten fachlichen Praxis (dazu oben unter C.II 2.a.) in der Landwirtschaft. Wie bereits dargestellt, enthalten die in § 17 Abs. 2 BBodSchG geregelten Grundsätze der guten fachlichen Praxis in der Landwirtschaft keine Anordnungsbefugnisse der Behörden, sodass der Vollzug in der Praxis notgedrungen erhebliche Vollzugsdefizite aufweist. Stattdessen hat der Gesetzgeber sich dafür entschieden, lediglich nach § 17 Abs. 1 Satz 2 BBodSchG die nach Landesrecht zuständigen landwirtschaftlichen Beratungsstellen zu verpflichten, bei ihrer Beratungstätigkeit die Grundsätze der guten fachlichen Praxis zu vermitteln. Die Umsetzung der Grundsätze kann daher nur über Beratung der Landwirte erfolgen⁵⁰⁹. Hierbei handelt es sich um ein Handlungsinstrument der (lediglich) fakultativen Beratung⁵¹⁰. Bei der Beratung sollten neben der Motivation zur Beschäftigung mit Problemen auch Einsichten in einen Problemzusammenhang vermittelt und vernünftige Kompromisse zwischen wirtschaftlicher und umweltgerechter Landwirtschaft gefunden werden⁵¹¹.

Die Empfehlung des Bundes für Naturschutz für den Einsatz informeller Instrumente war bereits im Jahr 2010, dass in der Beratungstätigkeit der Ämter für Landwirtschaft oder der Landwirtschaftskammern insbesondere die Möglichkeiten einer umweltverträglichen Biomassebereitstellung stärker thematisiert werden sollte, um die standortangepasste Produktion genauer und praxistauglich umzusetzen⁵¹². Im Vergleich zu einer tatsächlich vollzogenen, funktionierenden guten fachlichen Praxis dürfte die Beratung in Bezug auf die Steuerungswirkung jedoch keinen gleichwertigen Ersatz darstellen.

Die weiteren Regelungsmaterien mit Grundsätzen der guten fachlichen Praxis, vor allem das Naturschutzrecht und das Düngemittelrecht, werden nicht durch eine behördliche Verpflichtung zur Beratung flankiert.

⁵⁰⁸ K. Einig, Regulierung durch Regionalplanung, DöV 2011, S. 185 (193).

⁵⁰⁹ Vgl. C.-A. Avena, Der Vollzug der landwirtschaftlichen „Grundsätze der guten fachlichen Praxis“ nach § 5 Abs. 2 BNatSchG, NuR 2012, S. 297 (298).

⁵¹⁰ F. Ekaradt, Die Privilegierung der Landwirtschaft im Umweltrecht, ZUR 2008, S. 169 (175).

⁵¹¹ So die Kommentarliteratur, vgl. V. Nies, in: R. v. Landmann/G. Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, 73. EGL, August 2014, § 17 BBodSchG Rn. 4. Die Gesetzesbegründung erläutert die Gründe für Einführung dieser Beratungspflicht nicht, vgl. zu § 17 BBodSchG in BT-Drs. 13/6701, S. 43.

⁵¹² BfN, Bioenergie und Naturschutz, 02/2010, S. 27, abrufbar unter http://www.bfn.de/fileadmin/MDB/documents/themen/erneuerbareenergien/bfn_position_bioenergie_naturschutz.pdf (01.07.2014).

Auf europäischer Ebene enthält die geltende Verordnung (EU) Nr. 1305/2013 in Art. 28 Abs. 4 die ausdrückliche Aufforderung an die Mitgliedsstaaten, den Personen, die Agrarumwelt- oder Klimamaßnahmen durchführen wollen, das nötige Wissen und die Informationen zur Verfügung zu stellen. Dies soll nach Art. 28 Abs. 4 Satz 2 VO (EU) Nr. 1305/2013 durch sachverständige Beratung und/oder Schulungen erfolgen. Dieses informatorische Instrument ist daher zwar kein eigenständiges Mittel, kann aber das Förderinstrument der Agrarbeihilfen sinnvoll unterstützend begleiten.

5. Zwischenfazit zu den Steuerungsmöglichkeiten des Biomasseanbaus

In der Gesamtbetrachtung fällt die Bewertung der bereits de lege lata vorhandenen rechtlichen Instrumente zur (räumlichen) Steuerung des Anbaus von Biomasse, insbesondere für solche zur energetischen Nutzung, ernüchternd aus. Die Untersuchung der rechtlichen Instrumente aus dem Planungsrecht, dem Ordnungsrecht, dem Förderrecht und der Beratung/Information hat ergeben, dass diese überwiegend nur geringe, mittelbare und vornehmlich negative Steuerung bezwecken und bewirken. Dies liegt vor allem daran, dass die Maßnahmen vorrangig andere einzelfallbezogene Zwecke wie Umweltgesichtspunkte und Schutz des Landschaftsbilds verfolgen und kaum räumlich steuernd wirken (sollen), sowie die vorhandenen Instrumente in der Praxis wenig um- und durchgesetzt werden. Im Planungsrecht ist zu konstatieren, dass Festsetzungsmöglichkeiten zum Biomasseanbau in der Regel bei Plänen ohne Außenverbindlichkeit bestehen; für den Landwirt mithin nicht rechtsverbindlich sind. Den außenverbindlichen Plänen fehlt es andererseits in der Regel an den hier erforderlichen Festsetzungsmöglichkeiten. Das vor allem durch die Anforderungen der guten fachlichen Praxis geprägte ordnungsrechtliche Instrumentarium weist erhebliche Vollzugsdefizite auf. Ansatzmöglichkeiten für eine positive/räumliche Steuerung des Biomasseanbaus finden sich am ehesten noch beim Förderrecht, indem Agrarförderungen mit Cross-Compliance-Anforderungen verknüpft werden oder bilateral zwischen zuständiger Behörde und dem Landwirt im Wege des Vertragsnaturschutzes konkrete Einzelmaßnahmen hinsichtlich des Biomasseanbaus vereinbart und entgolten werden. Vermutlich dürfte die Kombination unterschiedlicher Instrumente und Maßnahmen am erfolgversprechendsten sein, um den Biomasseanbau gezielt räumlich zu steuern, mit einer hervorgehobenen Bedeutung von Vertragsnaturschutz⁵¹³ und Agrarumweltmaßnahmen nach ELER⁵¹⁴. In diesem Sinne werden Weiterentwicklungsmöglichkeiten der bestehenden rechtlichen Instrumente zur räumlichen Steuerung des Biomasseanbaus im Arbeitspaket 6 vertieft.

⁵¹³ J. Albrecht, Planungsrechtliche Steuerung des Anbaus nachwachsender Rohstoffe unter besonderer Berücksichtigung von Natur und Landschaft, Teil 1, NuR 2013, S. 453 (460).

⁵¹⁴ So auch MKULNV, Plan des Landes Nordrhein Westfalen zur Entwicklung des ländlichen Raums, S. 50 (71); A. Mengel et al., Steuerungspotenziale im Kontext naturschutzrelevanter Auswirkungen, 1. Aufl., S. 164.

III. Steuerung der Biomasseanlagen

Der Biomasseanbau zur energetischen Verwendung kann nicht nur unmittelbar, sondern möglicherweise auch mittelbar über die die Biomasse einsetzenden Biomasseanlagen gesteuert werden. Im Rahmen der Planung, Genehmigung und Betrieb von Biomasseanlagen könnte auch Einfluss auf den Standort des Biomasseanbaus oder den Anbaumodalitäten genommen werden. Die grundsätzlich geringere Steuerungswirkung ergibt sich jedoch schon aus dem nur mittelbaren Zugriff auf den Biomasseanbau. Zudem kann das Hauptproblem nicht angegangen werden, da im Wesentlichen der Anlagenbestand zu adressieren wäre, aufgrund der Tatsache, dass durch die neuen Regelungen des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes 2014 kaum noch Zubau von Neuanlagen erwartet wird⁵¹⁵.

Nachfolgend wird entsprechend der Prüfungsreihenfolge für die Steuerung des Biomasseanbaus die rechtlichen Steuerungsmöglichkeiten der Biomasseanlagen und damit ggf. dadurch bedingten Biomasseanbaus untersucht. Es werden – soweit vorhanden – planungsrechtliche Instrumente des Raumordnungs- und Bauplanungsrechts (1.), ordnungsrechtliche Instrumente aus den Regelungsmaterien des Anlagenzulassungsrechts und des Anschluss- und Benutzungszwecks (2.), Förderinstrumente im Erneuerbaren-Energien-Gesetz und Förderprogramme auf Bundes- und Landesebene (3.) sowie informatorische Instrumente (4.) geprüft.

1. Steuerung durch Planungsinstrumente

a. Steuerung der Biomasseanlagen

Bei der Steuerung der räumlichen Verteilung von Biomasseanlagen handelt es sich um die planerische Bewältigung von Nutzungskonflikten baulicher Anlagen und ihres Betriebs. Die Regelung der baulichen Nutzung von Grundstücken und ihre räumliche Koordinierung ist Kernaufgabe der Bauleitplanung auf kommunaler Ebene. Die Raumordnung übernimmt, soweit nötig, die Aufgabe der Koordinierung gemeindegebietsübergreifender Belange. Wie auch im Rahmen der Steuerung des Biomasseanbaus⁵¹⁶ soll hier zwischen positiver und negativer sowie unmittelbarer und mittelbarer Steuerung unterschieden werden. Zum bisherigen Gebrauch der Kategorie der mittelbaren Steuerung zur Bezeichnung der nicht außenverbindlichen, sondern verwaltungsinternen Bindung nachfolgender Planungsebenen tritt ein weiterer Bedeutungsgehalt - in anderem Sinne steht unter b. auch die mittelbare Steuerung des Biomasseanbaus über die räumliche Steuerung der Biomasseanlagen im Fokus der Betrachtung.

⁵¹⁵ Vgl. bspw. *F. Valentin/H. von Bredow*, Das EEG 2014 im Überblick, Sondernewsletter, S. 23; *Fachverband Biogas*, Pressemitteilung v. 27.06.2014, abrufbar unter [http://www.biogas.org/edcom/webfvb.nsf/id/DE_PM-21-14/\\$file/14-06-27_PM%20Abstimmung%20EEG-Reform_final.pdf](http://www.biogas.org/edcom/webfvb.nsf/id/DE_PM-21-14/$file/14-06-27_PM%20Abstimmung%20EEG-Reform_final.pdf) (15.07.2014).

⁵¹⁶ Dazu siehe bereits oben C.II.1.a.(1).

(1) Die planeretzende gesetzliche Steuerung gem. § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB

Der unbeplante Außenbereich ist grundsätzlich von Bebauung frei zu halten, um die spezifischen Außenbereichsfunktionen zu wahren⁵¹⁷. Diesem Ziel wird mit dem Zulässigkeitstatbestand für Außenbereichsvorhaben gem. § 35 BauGB dadurch Rechnung getragen, dass im Regelfall (sonstige) Vorhaben bereits dann unzulässig sind, wenn sie öffentliche Belange bloß beeinträchtigen. Nur bei wenigen Vorhaben will der Gesetzgeber eine solche Beeinträchtigung in Kauf nehmen und stattet sie mit dem Privileg aus, dass sie nur dann nicht im Außenbereich bauplanungsrechtlich zulässig sind, wenn ihnen öffentliche Belange tatsächlich entgegenstehen. Zu den privilegierten Vorhaben gehören gem. dem zuletzt mit der Klimaschutznovelle 2011 und der Innenentwicklungsnovelle 2013 geänderten § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB auch solche, die der energetischen Nutzung von Biomasse im Rahmen eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs, eines Betriebs der gartenbaulichen Erzeugung oder bestimmter Betriebe der Massentierhaltung sowie dem Anschluss solcher Anlagen an das öffentliche Versorgungsnetz dienen⁵¹⁸. Allerdings hat der Gesetzgeber nicht jede Form von Biomasseanlage mit einer Privilegierung ausgestattet, sondern gesteht diese nur unter bestimmten Voraussetzungen zu⁵¹⁹. Die einschränkenden Voraussetzungen dienen der Aufrechterhaltung des Schutzes des Außenbereiches⁵²⁰.

Gegenstände der Privilegierungsvoraussetzungen sind das Verhältnis der erfassten Basisbetriebe mit der energetischen Nutzung der Biomasse, die räumliche Herkunft der Biomasse selbst, die Limitierung der Anlagenzahl pro Hofstelle oder Betriebsstandort sowie die Kapazität der Biomasseanlage.

(a) Räumlich-funktionaler Zusammenhang mit dem Betrieb

Der gem. § 35 Abs. 1 Nr. 6 lit. a BauGB geforderte räumlich-funktionale Zusammenhang zwischen Basisbetrieb und Biomasseanlage setzt zum einen eine räumliche Nähe zwischen beiden voraus. Bei landwirtschaftlichen Betrieben ist der Bezugspunkt hier regelmäßig die Hofstelle selbst, im Einzelfall aber auch andere, als Betriebsschwerpunkt bzw. -standort erkennbare Betriebsstellen⁵²¹. In der juristischen Literatur wurden hier bislang Entfernungen zwi-

⁵¹⁷ W. Söfker, in: W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg/M. Krautzberger (Hrsg.), BauGB, 114. EGL, Juli 2014, § 35 Rn. 13.

⁵¹⁸ Zum Tatbestandsmerkmal des „im Rahmen des Betriebes“ vgl. S. Mitschang/O. Reidt, in: U. Battis/M. Krautzberger/R.-P. Löhr (Hrsg.), BauGB, 12. Aufl., § 35 Rn. 49.

⁵¹⁹ Die Vorschrift des § 35 I Nr. 6 BauGB ist abschließend. Biomasseanlagen, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen können nicht unter einen anderen Privilegierungstatbestand subsumiert werden, W. Söfker, in: W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg/M. Krautzberger (Hrsg.), BauGB, 114. EGL, Juli 2014, § 35 Rn. 59; S. Mitschang/O. Reidt, in: U. Battis/M. Krautzberger/R.-P. Löhr (Hrsg.), BauGB, 12. Aufl. 2014, Rn. 47; a.A. H. Loibl/J. Rechel, Die Privilegierung von Biogasanlagen im Außenbereich, UPR 2008, S. 134 (149).

⁵²⁰ S. Mitschang/O. Reidt, in: U. Battis/M. Krautzberger/R.-P. Löhr (Hrsg.), BauGB, 12. Aufl., § 35 Rn. 50. Dies gilt insbesondere für die Anforderung des räumlich-funktionalen Zusammenhangs gem. § 35 I Nr. 6 lit. a, VGH München, Urt. v. 14.05.2013 – 15 N 10.2482, NVwZ 2013, S. 1428 (Rn. 31).

⁵²¹ S. Mitschang/O. Reidt, in: U. Battis/M. Krautzberger/R.-P. Löhr (Hrsg.), BauGB, 12. Aufl., § 35 Rn. 52.

schen den Anlagen von 300⁵²² bis 700⁵²³ Metern als ausreichend erachtet⁵²⁴. Das Vorliegen des funktionalen Aspektes des Zusammenhangs ist anhand der Umstände des Einzelfalles zu bestimmen. Es kommt letztlich auf die Verknüpfung der Biomasseanlage mit der Betriebsstruktur des Basisbetriebs an⁵²⁵. Diese kann in hinreichendem Maße vorhanden sein bei Verwendung von in der Anlage anfallender Reststoffe als Dünger oder dem Eigenverbrauch erzeugten Stromes und Wärme. Bei der Konkretisierung der Anforderungen ist dem Zweck der Vorschrift, der Verhinderung einer Zersiedelung des Außenbereichs, stets Rechnung zu tragen⁵²⁶.

(b) Herkunft der Biomasse

§ 35 Abs. 1 Nr. 6 lit. b BauGB macht die Herkunft der Biomasse zur Voraussetzung für die planungsrechtliche Privilegierung der Anlage. Damit, dass die verwandte Biomasse „überwiegend“, d.h. mindestens zur Hälfte von Anbauflächen⁵²⁷ des Basisbetriebs oder nahe gelegenen privilegierten land- und forstwirtschaftlichen bzw. gartenbaulichen Betrieben stammen muss, sollen lange Transportwege wegen ihrer ökologisch wie volkswirtschaftlich negativen Auswirkungen vermieden werden⁵²⁸. Grundsätzlich, d.h. unter Vorbehalt siedlungsstruktureller oder betriebsspezifischer Besonderheiten, muss der überwiegende Teil der Biomasse deshalb von Betriebsflächen in einer Entfernung von höchstens 15-20 Kilometern der Anlage stammen⁵²⁹. Im Übrigen können Einsatzstoffe jedoch auch von weiter entfernten Betriebsflächen und auch von nicht privilegierten Betrieben herrühren ohne die Privilegierung der Biomasseanlage aufzuheben.

(c) Limitierung der Anlagenzahl

§ 35 Abs. 1 Nr. 6 lit. c BauGB legt überdies fest, dass pro Hofstelle bzw. Betriebsstandort grundsätzlich nur eine Biomasseanlage privilegiert zulässig ist. In der Regel besitzen landwirtschaftliche sowie die im Übrigen erfassten Betriebe auch nur eine Hofstelle bzw. einen Betriebsstandort⁵³⁰.

⁵²² C.-W. Otto, Zulassung und planerische Steuerung von Biomasseanlagen unter besonderer Berücksichtigung der Klimaschutznovelle des Baugesetzbuchs, ZfBR 2011, S. 735 (736).

⁵²³ A. Hirsch, Rechtliche Probleme der Energiegewinnung aus Biomasse, ZUR 2007, S. 401 (403).

⁵²⁴ Eine größere Entfernung kann im Einzelfall auch unter Beachtung des Gebotes größtmöglicher Schonung des Außenbereichs ausreichend sein, wenn sie bspw. nötig ist, um die bewohnte Hofstelle vor den Immissionen der Anlage zu schützen, vgl. OVG Schleswig, Beschluss vom 08.08.2006 – 1 MB 18/06, NVwZ-RR 2007, S. 158 (158).

⁵²⁵ H. Loibl/J. Rechel, Die Privilegierung von Biogasanlagen im Außenbereich, UPR 2008, S. 134 (138), so auch S. Mitschang/O. Reidt, in: U. Battis/M. Krautzberger/R.-P. Löhner (Hrsg.), BauGB, 12. Aufl., § 35 Rn. 52.

⁵²⁶ W. Söfker, in: W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg/M. Krautzberger (Hrsg.), BauGB, 114. EGL, Juli 2014, § 35 Rn. 59c.

⁵²⁷ BVerwG, Urt. v. 11.12.2008 – 7 C 6/08, juris Rn. 26 = BVerwGE 132, S. 372 (380).

⁵²⁸ S. Mitschang/O. Reidt, in: U. Battis/M. Krautzberger/R.-P. Löhner (Hrsg.), BauGB, 12. Aufl., § 35 Rn. 54.

⁵²⁹ BVerwGE 132, S. 372 (380).

⁵³⁰ S. Mitschang/O. Reidt, in: U. Battis/M. Krautzberger/R.-P. Löhner (Hrsg.), BauGB, 12. Aufl., § 35 Rn. 55.

(d) Limitierung der Kapazität

Schließlich sind nur solche Biomasseanlagen privilegiert zulässig, deren Jahreskapazität zur Erzeugung von Biogas nicht 2,3 Millionen Normkubikmeter, bzw. im Falle anderer Anlagen die Feuerungswärmeleistung nicht 2,0 Megawatt überschreitet. Die gegenüber der früheren Regelung neuen Bezugsgrößen – zuvor waren Anlagen privilegiert, die eine installierte elektrische Leistung von nicht mehr als 0,5 Megawatt besaßen – führen lediglich hinsichtlich der letztgenannten anderen Anlagen zu einer Privilegierung kapazitätsbezogen leicht größerer Anlagen⁵³¹.

Unter den vorgenannten Bedingungen sind Biomasseanlagen als privilegierte Anlagen gem. § 35 Abs. 1 BauGB allgemein zulässig. Die hiermit verbundene rechtliche Steuerungsleistung erschließt sich nicht auf den ersten Blick. Wendet man die Tatbestandsvoraussetzungen gedanklich auf einen einzigen erfassten Betrieb an, so lässt sich sagen, dass § 35 Abs. 1 Nr. 6 lit. a BauGB den Raum möglicher Standorte der Biomasseanlage im Verhältnis zum Basisbetrieb bestimmt. Nr. 6 lit. b umgrenzt, vom Standort der Anlage aus betrachtet, ein Gebiet, aus dem mindestens die Hälfte der Einsatzstoffe stammen darf, und bestimmt so ein Gebiet, in dem die Hälfte der Einsatzstoffe zu erzeugen ist, die für Anlagen benötigt werden, die die Kapazitätsbegrenzung der Nr. 6 lit. d nicht überschreiten. Im Übrigen kann die Biomasse jedoch auch aus mitunter großer Entfernung – begrenzt lediglich durch Wirtschaftlichkeitserwägungen – zur Anlage transportiert werden. Die bei isolierter Betrachtung eines einzelnen Betriebes durch die Privilegierungsvoraussetzungen scheinbar klare Begrenzung des Biomasseanbaus auf einer bestimmten Fläche beginnt ihre steuernde Wirkung zu verlieren, sobald in die Betrachtung weitere Betriebe mit Biomasseanlagen einbezogen werden. Die dieser zweiten Anlage zuzuordnenden Flächen für den Biomasseanbau können sich mit denen der ersten überschneiden, zumindest können Einsatzstoffe der zweiten Anlage stets fast zur Hälfte von nahe gelegenen Flächen der ersten Anlage bezogen werden. Die hierdurch entstehenden Nutzungskonkurrenzen vergrößern sich umso mehr, je größer die Dichte an Betrieben ist, in deren Rahmen ihres Betriebes eine Biomasseanlage gem. § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB privilegiert errichtet werden kann. D.h., je kleinteiliger die landwirtschaftliche Struktur einer bestimmten Region ist, umso weniger ist das beschriebene System an Voraussetzungen geeignet, die Konkurrenzen zu hemmen und die Belastungen eines großflächigen Energiepflanzenanbaus für die Umwelt zu begrenzen. Über die Voraussetzung des Nichtentgegenstehens öffentlicher Belange, insbesondere des Naturschutzes (§ 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB), kann dieser Mangel an Koordinierung wohl nicht vollständig kompensiert werden⁵³².

⁵³¹ BT-Drs. 17/6076, S. 10.

⁵³² Mit dieser Tendenz auch *J. Albrecht*, Planungsrechtliche Steuerung des Anbaus nachwachsender Rohstoffe, NuR 2013, S. 529 (532), die zur weitergehenden Kompensation auch die Anforderung von Flächennachweisen für die Herkunft der Biomasse und die Ausbringung von Gärresten anstellt und auf Bsp. in der Praxis verweist.

(2) Die planerische Bewältigung des durch die gesetzliche Regelung erzeugten Koordinierungsbedarfs

Aufgrund der planersetzenden Regelung des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB bedarf es einer gesonderten Herbeiführung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit mit planerischen Mitteln grundsätzlich nicht. Eines Tätigwerdens der Planungsträger wird hingegen notwendig, wenn die so geschaffene rechtliche Lage nicht seinen Vorstellungen entspricht und er diese im Rahmen seiner planerischen Möglichkeiten modifizieren, d.h. insbesondere die planungsrechtliche Zulässigkeit von privilegierten Biomasseanlagen im Außenbereich begrenzen möchte. Wie gezeigt, kann ein aktives planerisches Tätigwerden auch nötig sein, um Nutzungskonkurrenzen und Umweltbelastungen zu begrenzen, die durch die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB häufig nur unzureichend bewältigt werden können.

(a) Der Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB

§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB gibt sowohl den Trägern der Raumordnungsplanung wie auch den Kommunen als Träger der Bauleitplanung zu diesem Zweck das Instrument der Konzentrationszonenplanung. Die Festsetzung von Standorten für Biomasseanlagen im Regionalplan bzw. im Flächennutzungsplan führt über diese Regelung regelmäßig zum Vorliegen entgegenstehender Belange für Anlagen an anderen, nicht planerisch ausgewiesenen Standorten. Anders als bei den etablierten Windkonzentrationszonen, geht es hier nicht um die möglichst umwelt- und raumverträgliche Konzentration möglichst vieler Anlagen an auch wirtschaftlich sinnvollen Standorten. Vielmehr findet hier – wegen der räumlichen Bindung privilegierter Biomasseanlagen an land- und forstwirtschaftliche Betriebsstellen, solche der gartenbaulichen Erzeugung oder der Tierhaltung gem. § 35 Abs. 1 Nr. 6 lit. a BauGB und der Begrenzung auf eine Anlage pro Hofstelle oder Betriebsstandort gem. § 35 Abs. 1 Nr. 6 lit. c BauGB – eine Auswahl derjenigen Betriebe statt, die die Möglichkeit erhalten, mit dem Bau einer solchen Anlage eine Stärkung ihrer Position im Strukturwandel des ländlichen Raums zu bewirken, während andere Betriebe von dieser Möglichkeit gerade abgeschnitten werden⁵³³. Zu der Koordinierung des Flächengebrauchs und die Berücksichtigung von Umweltbelangen stehen hier also sehr viel stärker auch grundrechtliche Belange potentieller Vorhabenträger im Fokus planerischer Abwägungsentscheidungen. Im Rahmen der grundrechtlichen Bewertung, insbesondere von Art. 14 GG, ist dann aber auch die besondere Situationsgebundenheit von Außenbereichsgrundstücken zu berücksichtigen⁵³⁴. Nichtsdestotrotz kann

⁵³³ E.-M. Kremer, Steuerung von Biomasseanlagen durch Ausweisung von Konzentrationsflächen nach § 35 III 3 BauGB, NVwZ 2014, S. 1430 (1430) sowie *dies.*, Geltung des Planvorbehalts gem. § 35 III 3 BauGB bei privilegierter Biomasseanlage nach § 35 I Nr. 6 BauGB mit land- oder forstwirtschaftlichem Basisbetrieb, NVwZ 2013, S. 1321 (1322).

⁵³⁴ Vgl. hierzu allgemein R. Wendt, in: M. Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl., Art. 14 Rn. 116.

an der Geltung des Planvorbehalts für Biomasseanlagen gem. § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB angesichts des klaren Wortlauts von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB kein Zweifel bestehen⁵³⁵.

(b) Voraussetzungen für die Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB

Zwar können gem. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB sowohl Festsetzungen in der Form von Zielen der Raumordnung als auch Darstellungen im Flächennutzungsplan, die bestimmte Flächen für den Bau privilegierter Anlagen gem. § 35 Abs. 1 BauGB ausweisen, bei entsprechender Festlegung eine grundsätzliche Ausschlusswirkung für andere Flächen des Plangebiets zur Folge haben. Aus rechtlichen Gründen kommen für die räumliche Steuerung von Biomasseanlagen jedoch fast ausschließlich Ausweisungen auf Flächennutzungsplanebene in Betracht. Die räumliche Steuerung mithilfe von Ausweisungen in Raumordnungsplänen setzen aus kompetenzrechtlichen Gründen die Raumbedeutsamkeit der zu steuernden Anlagen voraus⁵³⁶. Diese dürfte bei den vom Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB einzig erfassten privilegierten Biomasseanlagen gem. § 35 Abs. 1 Nr. 6, die definitionsgemäß eine maximale Kapazität von 2,3 Millionen Normkubikmeter Biogas pro Jahr, bzw. eine Feuerungsleistung von nicht mehr als 2,0 Megawatt nicht überschreiten dürfen, jedoch zumeist nicht der Fall sein. Um raumbedeutsam iSv. § 3 Abs. 1 Nr. 6 ROG zu sein, fehlt es ihnen regelmäßig an der hierfür erforderlichen Beeinflussung des Raumes durch Umweltauswirkungen bzw. an einer erheblichen Bedeutung für Umwelt, Natur und Landschaft oder den Tourismus und die Erholung⁵³⁷.

⁵³⁵ Überraschend deshalb die Ausführungen bei *E.-M. Kremer*, Geltung des Planvorbehalts gem. § 35 III 3 BauGB bei privilegierter Biomasseanlage nach § 35 I Nr. 6 BauGB mit land- oder forstwirtschaftlichem Basisbetrieb, NVwZ 2013, S. 1321 (insb. 1323). Die dortige Behauptung, im Gesetzgebungsverfahren zur Einführung von § 35 III 3 BauGB a.F. sei von Biomasseanlagen in keinsten Weise die Rede gewesen, ist so nicht richtig. Implizit wurde sie durchaus erwähnt, auch wenn die Steuerung von Windkraftanlagen im Vordergrund stand. Im Gegenteil, eine Ausnahme einzelner Vorhaben war ausdrücklich nicht gewollt: „Eine Beschränkung nur auf Windenergieanlagen würde zu dem nicht gewollten Umkehrschluss verleiten, dass der zu regelnde „Planvorbehalt“ bei anderen privilegierten Vorhaben künftig keine Geltung mehr beansprucht“.

⁵³⁶ Für die Geltung dieser Voraussetzung auch im Rahmen von § 35 III S. 2 und 3 BauGB vgl. BVerwG, BauR 2003, S. 1165 (1165 ff.).

⁵³⁷ *S. Mitschang/T. Schwarz/M. Kluge*, Ansätze zur Konfliktbewältigung bei der räumlichen Steuerung von Anlagen erneuerbarer Energien, UPR 2012, S. 401 (402). Nach *F. Ekar dt/H.-U. Kruschinski*, Bioenergieanlagen: Planungsrechtliche Minimierung möglicher Nutzungskonflikte, ZNER 2008, S. 7 (7 ff.) soll es lediglich im Einzelfall denkbar sein, dass mehrere privilegierte Anlagen bei zeitlicher und räumlicher Nähe ihrer Errichtung in Summe in den Anwendungsbereich der Raumordnung fallen. Zwar trafen die Autoren diese Annahme noch für Anlagen mit einer maximalen Größe von 0,5 MW, *J. Albrecht* will diese Bewertung jedoch auch auf die jetzige Regelung anwenden, vgl. *dies.*, Planungsrechtliche Steuerung des Anbaus nachwachsender Rohstoffe, NuR 2013, S. 529 (532). Zur Möglichkeit der Steuerung größerer, nicht privilegierter Anlagen durch die Raumordnung, siehe unten C.II.1.a.(2)(a). Dem Ergebnis, dass, ebenfalls nach *F. Ekar dt/H.-U. Kruschinski*, aaO., bei der Bewertung der Raumbedeutsamkeit von Biomasseanlagen nicht auf den Flächenverbrauch des Biomasseanbaus abzustellen ist, dürfte zuzustimmen sein. Dass sich dies aber schon daraus ergebe, dass in der Raumordnung nur bauliche Anlagen von Bedeutung seien, ist jedoch abzulehnen. Kritisch hierzu auch *S. Möckel*, Erfordernis einer umfassenden außenverbindlichen Bodennutzungsplanung, DÖV 2013, S. 424 (426).

Unabhängig von der Ebene der Ausweisung hat die Rechtsprechung jedoch strenge Anforderungen entwickelt, deren Erfüllung Voraussetzung für die Ausschlusswirkung gem. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB im übrigen Plangebiet ist. Im Zentrum der Anforderungen, die es verhindern sollen, dass Planungsträger durch Alibiplanungen die vom Gesetzgeber grundsätzlich vorgesehene Privilegierung aushebeln und den Bau solcher Anlagen letztlich verhindern, steht das Kriterium des „substantiell RaumVerschaffens“ mit dem das Mindestmaß dessen umschrieben wird, was Planungen den Vorhaben einräumen müssen. Die Rechtsprechung wurde bislang anhand der Kontrolle planerischer Ausweisungen von Windkonzentrationszonen entwickelt⁵³⁸ und ist zwar ihrem Grundgedanken nach, gem. bislang vereinzelter Urteile zu den hier relevanten Fällen⁵³⁹, aber in wichtigen Punkten nicht übertragbar. So soll schon das für die Ausweisung von Windkonzentrationszonen geforderte schrittweise Vorgehen bei der Flächenauswahl auf den Bereich der Biomasse nicht übertragbar sein. Während dort nach einem Ausscheiden von Tabuzonen in einem ersten Schritt relativ großräumige – wenn auch von der konkreten Topographie, Umwelt- und Besiedlungsstruktur abhängige – Potenzialflächen für Windenergieanlagen verbleiben, führt der Abzug von Tabuzonen von der Gesamtfläche des Plangebietes bei Biogasanlagen zum Vorliegen eines Gebietes, innerhalb dessen lediglich diejenigen Teilflächen absehbar für die Verwirklichung von Biogasanlagen in Frage kommen, die die Voraussetzung eines räumlich-funktionalen Zusammenhangs mit einem Basisbetrieb gem. § 35 Abs. 1 Nr. 6 lit. a BauGB erfüllen⁵⁴⁰. Die Übrigen Flächen stehen unter dem Vorbehalt, dass sich hier zunächst ein Basisbetrieb ansiedelt oder ein wesentlicher Betriebsteil eines Betriebs her verlagert wird. Dies scheidet sie nicht aus der weiteren Auswahl aus, führt aber dazu, dass sie mit einer anderen Gewichtung bei der weiteren Flächenauswahl zu berücksichtigen sind, nicht zuletzt auch deshalb, weil eine neue Ansiedlung von Höfen oder Betriebsteilen eine weitere Zersiedelung des Außenbereiches bedeutete, die die Voraussetzung eines räumlich-funktionalen Zusammenhangs gem. § 35 Abs. 1 Nr. 6 lit. a BauGB mit existierenden Betrieben und auch die Konzentrationszonenplanung gerade verhindern soll⁵⁴¹. Wohl wegen des Außenbereichsschutzes und auch wegen der rechtlich geschützten Interessen existierender Aussiedlerhöfe sei zu prüfen, an welchen Standorten der räumlich-funktionale Zusammenhang zu bestehenden Betrieben absehbar gewahrt werden kann, und umgekehrt auch, welche bestehenden Optionen durch eine in Aussicht genom-

⁵³⁸ Grundlegend BVerwGE 117, S. 287 (287 ff.). Seitdem sind zahlreiche weitere obergerichtliche Entscheidungen zu diesem Fragenfeld ergangen, ohne allerdings eine rechtssichere Klärung für die Praxis herbeiführen zu können.

⁵³⁹ Die Urteile werden besprochen bei *E.-M. Kremer*, Steuerung von Biomasseanlagen durch Ausweisung von Konzentrationsflächen nach § 35 III 3 BauGB, NVwZ 2014, S. 1430 (1430 ff.).

⁵⁴⁰ VGH München, Urt. v. 14.05.2013 – 15 N 10.2482, juris, Rn. 24 = NVwZ 2013, S. 540 (540 f.).

⁵⁴¹ VGH München, Urt. v. 14.05.2013 – 15 N 10.2482, juris, Rn. 31 = NVwZ 2013, S. 540 (540 f.) unter Berufung auf den Willen des Gesetzgebers, BT-Drs. 15/2250 S. 55. Eine die Zersiedelung des Außenbereichs weitertreibende Planung müsse dafür von „gewichtigen abwägungserheblichen Gesichtspunkten“ getragen werden; OVG Lüneburg, Urt. v. 20.02.2014 – 1 KN 75/11, juris, Rn. 24.

mene Planung zerstört würden⁵⁴². Dass der Flächenauswahl der Privilegierungsentscheidung des Gesetzgebers gem. § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB ausreichend Rechnung zu tragen ist⁵⁴³, ist zwar an sich selbstverständlich, dass dies aber vom *VGH München* nicht mit der Anforderung des „substantiell Raum verschaffen“ umschrieben wird, wie es bei entsprechenden Flächen für Windkraftanlagen der Fall ist, deutet darauf hin, dass das Gericht auch insoweit nicht von einer Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf entsprechende Ausweisungen für Biomasseanlagen ausgeht.

Insgesamt zeigen die bislang ergangenen Gerichtsentscheidungen und vereinzelte Äußerungen in der Literatur, dass bei der räumlichen Steuerung von Biomasseanlagen mittels Konzentrationszonenplanung die Beschränkungen der Außenbereichsprivilegierung gem. § 35 Abs. 1 Nr. 6 lit. a-d BauGB angemessen zu berücksichtigen sind.

(3) Weitere Steuerungsmöglichkeiten mittels gesamtplanerischer Instrumente

(a) Bebauungsplanung

Mithilfe von Bebauungsplänen können Gemeinden die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit insbesondere solcher Biomasseanlagen herbeiführen, die die Voraussetzungen der Privilegierung gem. § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB nicht oder zumindest nicht dauerhaft erfüllen können und deren Zulassung nicht nach § 35 Abs. 2 BauGB als sonstige Anlage möglich ist.

Zu Versuchen der mittelbaren Steuerung des Biomasseanbaus über die räumliche Steuerung der Biomasseanlagen mit den Mitteln der Bebauungsplanung vgl. unten C.III.1.b.(2).

(b) Raumordnungsplanung

Instrumente der Raumordnung sind nur in geringem Maße zur positiven räumlichen Steuerung von Biomasseanlagen geeignet. Diesen fehlt es in aller Regel an der Raumbedeutsamkeit iSv. § 3 Abs. 1 Nr. 6 ROG, die aus kompetenzrechtlichen Gründen Voraussetzung für die Erfassung durch die Raumordnung notwendig ist. Nur im Einzelfall ist der Anwendungsbereich dieser Planungsebene überhaupt eröffnet⁵⁴⁴. Dort wo dies der Fall ist, kann eine Steuerung insbesondere über die Festlegung von Gebieten nach § 8 Abs. 7 ROG erfolgen. Soll der Festlegung eine Ausschlusswirkung für den restlichen Planbereich zukommen, dürften grundsätzlich die oben für die Konzentrationszonenplanung beschriebenen Voraussetzungen

⁵⁴² VGH München, Urteil vom 14.05.2013 – 15 N 10.2482, juris, Rn. 26 f. = NVwZ 2013, S. 540 (540 f.). Dabei seien auch schon konkrete Aussiedlungsabsichten von Betrieben zu berücksichtigen, umgekehrt, das Interesse nicht umsiedlungswilliger Betriebe nicht zu missachten, aaO., juris, Rn. 28. In diese Richtung geht auch die Erwägung des VG Augsburg, Urt. v. 13.10.2010 – Au 4 K 09.1551, juris, Rn. 40; vgl. weiterhin zur Berücksichtigung der Interessen im Plangebiet liegender Aussiedlerlandwirte, OVG Lüneburg, Urt. v. 20.02.2014 – 1 KN 75/11, juris, Rn. 39 ff. = AUR 2014, S. 155 (155 ff.).

⁵⁴³ So ausdrücklich VGH München, Urt. v. 14.05.2013 – 15 N 10.2482, juris.

⁵⁴⁴ Zu einer möglichen Konstellation *F. Ekardt/ H.-U. Kruschinski*, Bioenergieanlagen: Planungsrechtliche Minimierung möglicher Nutzungskonflikte, ZNER 2008, S. 7 (10); *J. Albrecht*, Planungsrechtliche Steuerung des Anbaus nachwachsender Rohstoffe, NuR 2013, S. 529 (536).

und Abweichungen von der Rechtslage für Windenergieplanungen gelten. Im negativen Sinne kann die Festlegung von mit Biomasseanlagen unvereinbaren Zielen der Raumordnung diese auf bestimmten Flächen ausschließen. Besondere Grundsätze gelten hier nicht.

b. Mittelbare Steuerung des Biomasseanbaus über die räumliche Steuerung der Biomasseanlagen

Gemeinsam ist den verschiedenen Versuchen einer mittelbaren Steuerung des Biomasseanbaus über die räumliche Steuerung der Biomasseanlagen das Bemühen um die Kompensation des fehlenden direkten rechtlichen „Zugriffs“ auf die Entscheidungen von Landwirten über die Auswahl von Anbauflächen für Biomasse zur energetischen Verwertung. Aus der Anknüpfung der Versuche an die räumliche Steuerung der Biomasseanlagen folgt, dass die diskutierten rechtlichen Regelungen nicht Personen als Landwirte, sondern als Vorhabenträger im bauplanungs- und genehmigungsrechtlichen Sinne adressieren und diese nur in dieser Eigenschaft zu binden vermögen. Die erhoffte Wirkung auf die Anbauentscheidung für Biomasse der gleichen oder einer anderen Person soll in der Regel aufgrund wirtschaftlicher Überlegungen vermittelt werden. Ziel ist mithin nicht eine spezifisch rechtliche Wirkung, sondern die Schaffung von Umständen, unter denen wirtschaftliche Überlegungen zur Veränderung der Anbauentscheidung führen.

(1) Mittelbare Steuerung über § 35 Abs. 1 Nr. 6 sowie Abs. 3 Satz 3 BauGB

Im Vordergrund der zu beeinflussenden wirtschaftlichen Kalkulation steht die Variable der Transportkosten für die Einsatzstoffe von den Anbauflächen zu den Biomasseanlagen. Nimmt die Entfernung zu bestimmten Anbauflächen zu und würden dadurch die Transportkosten steigen, so soll – so die Idee – die Nachfrage nach Einsatzstoffen von diesen Flächen nachlassen oder verschwinden und die Flächen mangels wirtschaftlichen Anreizes vom Energiepflanzenanbau mit den damit verbundenen Nachteilen frei bleiben. So zwingt die Regelung des § 35 Abs. 1 Nr. 6 lit. b BauGB Vorhabenträger von privilegiert zugelassenen Biomasseanlagen zwar dazu, den überwiegenden Teil der Einsatzstoffe aus einem Umkreis von nicht mehr als etwa 20 km zu beziehen, belässt ihm jedoch die Möglichkeit, den nahezu hälftigen Bedarf außerhalb dieses Gebietes zu befriedigen. Eine Nachfrage für Biomasse zur energetischen Verwertung entsteht hier also nur dann nicht, wenn mit zunehmender Entfernung insbesondere Transportkosten die Beschaffung unwirtschaftlich machen und wenn diese Flächen nicht ihrerseits zum durch § 35 Abs. 1 Nr. 6 lit. b BauGB umschriebenen Einzugsgebiet einer anderen Biomasseanlage gehören. Bei einer entsprechenden Ausbaudichte an Biomasseanlagen finden sich ohnehin nur wenige Flächen, die nicht im Umkreis einer Anlage liegen und insoweit als Biomasseflächen nachgefragt werden. Die Aufgabe eines Ausschlusses bestimmter sensibler Flächen von der Nachfrage als Anbaustandort herbeizufüh-

ren wird zwar teilweise der Konzentrationsflächenplanung angedacht⁵⁴⁵. Diese müssten jedoch nicht nur die von der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen an eine solche Planung erfüllen, sondern in die Bemessung der Zonen bzw. die Auswahl der zu überplanenden Hofstellen Überlegungen hinsichtlich der Reichweite noch wirtschaftlicher Transporte einfließen lassen, um die zu schützenden Flächen tatsächlich von einer Nachfrage freizuhalten. Schon aufgrund der zeitlichen Variabilität von Transportkosten ist dies nicht zu leisten.

(2) Mittelbare Steuerung über Instrumente der Bebauungsplanung

Im Zusammenhang mit der Ausweisung konkreter Standorte von Biomasseanlagen in der Bebauungsplanung werden Möglichkeiten diskutiert, durch planerische Nutzungsbeschränkungen Einfluss auf die in den Anlagen verwendeten Einsatzstoffe zu nehmen⁵⁴⁶. Durch die Diversifizierung der Einsatzstoffe soll, so die Vorstellung, auch eine größere Vielfalt beim Biomasseanbau und damit einhergehend eine größere Umweltverträglichkeit erreicht werden⁵⁴⁷. Da die Festsetzungsmöglichkeiten in § 9 BauGB eine Festlegung von Einsatzstoffen nicht kennen, gleichzeitig aber abschließend sind, wird ein Vorgehen mithilfe vorhabenbezogener Bebauungspläne ebenso diskutiert, wie die Nutzung konkretisierender Festsetzungen aufgrund der Baunutzungsverordnung.

So argumentierte *Otto*, dass in einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan Gemeinden bei der Beschreibung des Vorhabens die Einsatzstoffe als Teil desselben, d.h. als wesentlichen Bestandteil des Vorhabens, darstellen können, so dass andere Einsatzstoffe im Betrieb der Biomasseanlage nicht zur Anwendung kommen dürften⁵⁴⁸. Fraglich erscheint allerdings, ob solche Festsetzungen tatsächlich im Rahmen eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans möglich sind. Trotz der Befreiung von den Katalogen des § 9 BauGB der Baunutzungsverordnung sowie der Planzeichenverordnung⁵⁴⁹ dürfen nämlich auch hier nur städtebauliche Festsetzungen getroffen werden⁵⁵⁰. Insoweit wäre zu klären, ob die Einsatzstoffe einer Biomasseanlage auch insoweit festsetzungsfähig sind, als ihre Vergärung keine unmittelbaren Auswirkungen in der Form von Immissionen auf die Umgebung hat, sondern lediglich Auswirkungen geregelt werden sollen, die von dem Anbau der Biomasse und nicht dem Betrieb der Biomasseanlage selbst ausgehen. Weitergehende Vereinbarungen über Fragen ohne unmittelbare bodenrechtliche Relevanz können zwar jedenfalls in dem Vorhaben- und Ent-

⁵⁴⁵ *J. Albrecht*, Planungsrechtliche Steuerung des Anbaus nachwachsender Rohstoffe, NuR 2013, S. 529 (533) m.w.N.

⁵⁴⁶ *C.-W. Otto*, Zulassung und planerische Steuerung von Biomasseanlagen unter besonderer Berücksichtigung der Klimaschutznovelle des Baugesetzbuchs, ZfBR 2011, S. 735 (739); *J. Albrecht*, Planungsrechtliche Steuerung des Anbaus nachwachsender Rohstoffe, NuR 2013, S. 529 (536).

⁵⁴⁷ *J. Albrecht*, Planungsrechtliche Steuerung des Anbaus nachwachsender Rohstoffe, NuR 2013, S. 529 (536).

⁵⁴⁸ *C.-W. Otto*, Zulassung und planerische Steuerung von Biomasseanlagen unter besonderer Berücksichtigung der Klimaschutznovelle des Baugesetzbuchs, ZfBR 2011, S. 735 (739); Ohne weitere Erörterung widergegeben bei *J. Albrecht*, Planungsrechtliche Steuerung des Anbaus nachwachsender Rohstoffe, NuR 2013, S. 529 (536).

⁵⁴⁹ Planzeichenverordnung v. 18.12.1990 (BGBl. I S. 58), die durch Artikel 2 des Gesetzes v. 22.07.2011 (BGBl. I S. 1509) geändert worden ist.

⁵⁵⁰ *S. Mitschang*, in: U. Battis/M. Krautzberger/H.-P. Löh (Hrsg.), BauGB, 12. Aufl., § 12 Rn. 8.

schließungsplan entsprechend der Möglichkeiten für einen städtebaulichen Vertrag getroffen werden. Hier sind jedoch die Grenzen der Angemessenheit und das Koppelungsverbot zu beachten. Da das Instrument insgesamt eine vorangehende Einigung mit dem Vorhabenträger voraussetzt, dürfte die Steuerungswirkung überdies begrenzt sein.

Eine weitere Möglichkeit könnte die Festsetzung eines sonstigen Sondergebiets nach § 11 Abs. 2 Satz 1 BauNVO in einem Bebauungsplan sein⁵⁵¹. Diese Möglichkeit wird als Handlungsempfehlung im Arbeitspaket 6, dort unter C.IV.3, untersucht und vorgestellt.

c. Zwischenfazit

Angesichts des erwartbar geringen Zubaus neuer Biomasseanlagen aufgrund der derzeitigen Förderregelungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014 kommt ihrer Steuerung zur Bewältigung von Konflikten zwischen Biomassenutzung zur energetischen Verwendung und anderen Landnutzungen nur eine sehr eingeschränkte Bedeutung zu. Insofern werden die sich allmählich in Rechtsprechung und Literatur herausbildenden Grundsätze für die Anwendung des Planvorbehalts gem. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zur Bewältigung des durch die Privilegierungsregelung des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB aufgeworfenen Koordinierungsbedarfs ebenfalls nur eine untergeordnete Rolle spielen. Anders als bei Windenergieanlagen geht es hier nicht so sehr um eine planerische Konzentration möglichst vieler Anlagen an einem Ort, sondern insbesondere um die Auswahl derjenigen Hofstellen und ihrer Eigentümer, denen die Errichtung und der Betrieb einer Biomasseanlage ermöglicht und die so auch beim Strukturwandel im ländlichen Raum unterstützt werden sollen. Hierbei gilt es die Grundrechte der Betroffenen, insbesondere Art. 14 GG zu wahren.

Im Bereich von Bebauungsplänen lassen sich Biomasseanlagen räumlich entsprechend den städtebaulichen Vorstellungen einer Gemeinde steuern. Der Einfluss auf die verwendeten Einsatzstoffe solcher Anlagen dürfte aber, sofern dies überhaupt möglich ist, gering sein.

Sowohl das Regime des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB als auch das Instrument der Bebauungsplanung eröffnen Ansatzpunkte für die mittelbare Steuerung des Biomasseanbaus über die räumliche Steuerung von Biomasseanlagen. Der eigentliche Steuerungseffekt tritt hier jedoch erst aufgrund wirtschaftlicher Überlegungen von Anlagenbetreibern ein, in deren Rahmen das Planungsrecht nur einer von zahlreichen Aspekten ist.

2. Steuerung durch bestehende ordnungsrechtliche Instrumente

a. Anlagenzulassungsrecht

Die Vorschriften des Anlagenzulassungsrechts für Biomasseanlagen weisen durchaus Elemente auf, um steuernd auf die Standortwahl Einfluss zu nehmen. Allerdings ist hierbei zwi-

⁵⁵¹ C.-W. Otto, Zulassung und planerische Steuerung von Biomasseanlagen unter besonderer Berücksichtigung der Klimaschutznovelle des Baugesetzbuchs, ZfBR 2011, S. 735 (739).

schen baurechtlichen und immissionsschutzrechtlichen Anforderungen zu differenzieren. Letztere konzentrieren sich auf Zulassungs- und Betriebsvoraussetzungen, welche die Begrenzung von bzw. den Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Biomasseanlagen zum Gegenstand haben. Es geht dabei somit weniger um eine räumlich steuernde Komponente als vielmehr um vor allem die technischen Standards zur Begrenzung von Immissionen beim Betrieb der jeweiligen Anlagen. Etwas anderes gilt hinsichtlich der baurechtlichen Zulassungsvoraussetzungen, welche Einfluss auch auf die Standortfrage der Biomasseanlagen haben können. Insbesondere die Außenbereichsprivilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB stellt sicher, dass die Errichtung einer Biomasseanlage, die in den Anwendungsbereich der Norm fällt, im räumlich-funktionalen Zusammenhang mit dem bspw. landwirtschaftlichen Betrieb erfolgt⁵⁵². Außerdem sind im Rahmen der Prüfung der Zulassungsvoraussetzungen die Fragen der Substratbereitstellung und -verwertung zu klären sowie die Leistungsgrenze für im Außenbereich privilegiert errichtete und betriebene Biomasse- und speziell Biogasanlagen zu beachten⁵⁵³.

Somit ist festzustellen, dass eine räumlich steuernde Wirkung bei den immissionsschutzrechtlichen Vorschriften nicht gegeben ist, die Außenbereichsprivilegierung für Biomasseanlagen in § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB eine solche jedoch dergestalt entfaltet, dass sichergestellt wird, dass die hierunter fallenden Anlagen bestimmte, auch standortspezifische Anforderungen erfüllen müssen. Zuvorderst ist dies die räumliche Nähe zu einem bereits bestehenden land-, forst- oder gartenbaulichen Betrieb. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass unter die Außenbereichsprivilegierung lediglich eine bestimmte Art und Zahl von Biomasseanlagen mit begrenzter Erzeugungskapazität fällt.

b. Anschluss- und Benutzungszwang

Ein weiteres potentiell Steuerungsinstrument könnte die in § 16 EEWärmeG normierte Ermächtigungsgrundlage für Gemeinden und Gemeindeverbände zum Erlass von Satzungen, die einen Anschluss- und Benutzungszwang für Gemeindegebiete an ein Netz der öffentlichen Nah- und Fernwärmeversorgung vorschreiben, sein⁵⁵⁴. Der Anschluss- und Benutzungszwang enthält, wie in Arbeitspaket 3 erläutert⁵⁵⁵, planungs- und ordnungsrechtliche Elemente und stellt ein wichtiges Instrument dar, um den flächendeckenden Einsatz der Wärmeversorgung aus erneuerbaren Energien, wie der Biomasse, zu ermöglichen. Hieraus folgt jedoch bereits die fehlende Relevanz für Biomasseanlagen als Erzeugungsanlagen von Energie. Der

⁵⁵² W. Söfker, in: W. Spannowsky/M. Uechtritz (Hrsg.), BauGB, 27. Ed., September 2014, § 35 Rn. 37.

⁵⁵³ W. Söfker, in: W. Spannowsky/M. Uechtritz (Hrsg.), BauGB, 27. Ed., September 2014, § 35 Rn. 37 ff.

⁵⁵⁴ Die landesrechtlichen Vorschriften finden sich bspw. in § 9 Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (GO NRW) in der Fassung der Bekanntmachung v. 14.07.1994, § 17 II Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein in der Fassung vom 28.02.2003 (GVBl. S. 57), § 14 Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen (SächsGemO) in der Fassung der Bekanntmachung v. 03.05.2014 (SächsGVBl. S. 146) oder § 22 I saarländisches Kommunalselfbstverwaltungsgesetz (KSVG) v. 15.01.1964 (ABl. S. 682), zuletzt geändert durch das Gesetz v. 14.05.2014 (AbI. I S. 172).

⁵⁵⁵ Siehe AP III, D.III.3.b.

Anschluss- und Benutzungszwang soll Grundstückseigentümer verpflichten, ihre Grundstücke an bestimmte öffentliche Einrichtungen, insbesondere der Ver- und Entsorgung, anzuschließen und diese zu benutzen⁵⁵⁶. Es handelt sich folglich um verbrauchsseitige ordnungsrechtliche Pflichten. Diese haben keinen Einfluss auf die Standortwahl der Erzeugungsanlagen, zumal der Anschluss- und Benutzungszwang nur auf die Wärmeversorgung ausgerichtet ist und somit alle Biomasseanlagen, die ausschließlich Strom erzeugen, nicht adressiert sind.

Der Anschluss- und Benutzungszwang ist mithin kein taugliches Instrument zur räumlichen Steuerung der Biomasseanlagen.

3. Steuerung durch Förderinstrumente

Die Finanzierung von Biomasseanlagen erfolgt in der Regel über Kredite und wird zum Teil über Förderprogramme unterstützt. Hier könnte ein Ansatz erblickt werden, für die Vergabe von Förderungen über das Fachrecht hinausgehende Standards und Vorgaben, wie beispielsweise zu den verwendeten Substraten, die durch die Bedingungen der Fördervergabe und Auflagen gesichert werden, für den Anlagenbetrieb festzulegen. Dadurch könnte trotz des Anknüpfungspunktes an der Biomasseanlage auf den Biomasseanbau eingewirkt werden.

Auch anlagenbezogen existieren verschiedentliche Fördermaßnahmen, die für eine räumliche Steuerung der Biomasseanlagen und damit ggf. mittelbar für den Biomasseanbau genutzt werden könnten. Zum einen sind dies betriebliche Förderungen für die erzeugten Strommengen (a.), zum anderen Angebote für Investitionsförderungen auf Bundes- und Landesebene (b.).

a. Regelungen des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes 2014

Wie bei der Steuerung des Biomasseanbaus verwiesen, sollen bei der Steuerung der Biomasseanlagen die Regelungen des (derzeit geltenden) Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014 auf ihre räumlich steuernde Wirkung hin geprüft werden. Da für Neuanlagen ausschließlich das Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 anzuwenden ist, kann ein Einfluss auf die Standortwahl von Neuanlagen nur hierüber erfolgen. Für nach vorangegangenen Fassungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes geförderte Bestandsanlagen ist die Standortwahl bereits getroffen, sodass hier eine räumliche Steuerung nicht mehr in Betracht kommt und mithin nicht geprüft werden muss.

Die räumlichen Steuerungskomponenten im Erneuerbare-Energien-Gesetz sind solche, die nicht in Form von Ge- oder Verboten, sondern als ökonomische Anreize ausgestaltet sind. Es kommen dabei zwei Regelungen in Betracht, die eine räumliche Steuerung auf die Standortwahl von Biomasseanlagen entfalten könnten.

⁵⁵⁶ A. Milkau, in: T. Müller/V. Oschmann/G. Wustlich (Hrsg.), EEWärmeG, 1. Aufl., § 16 Rn. 1.

Zum einen sind dies die finanziellen Förderungen nach § 46 EEG 2014 für die Verstromung von aus (überwiegend) Gülle hergestelltem Biogas. Die Förderung dieser Strommengen steht nämlich unter den Voraussetzungen, dass der Strom am Standort der Biogasanlage erzeugt wird (Nr. 1) und dass die installierte Leistung am Standort der Biogasanlage insgesamt höchstens 75 Kilowatt beträgt (Nr. 2)⁵⁵⁷.

Im Hinblick auf das Standortkriterium der Nummer 1 ist festzuhalten, dass das Gesetz zwar keine Definition für den Begriff „am Standort“ kennt, aber nach allgemeinem Sprachverständnis die Bestimmung eines örtlich festgelegten Bereichs um den Standort der Biogasanlagen nahe legt. Eine Begrenzung ist nach der Gesetzesbegründung für diejenigen Anlagen anzunehmen, die an einem anderen Standort als dem Betriebsstandort der Biogasanlagen errichtet werden und das Biogas über eine längere Biogasdirektleitung beziehen⁵⁵⁸. Insgesamt dürfte es hinsichtlich des Kriteriums „am Standort“ unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks und aller tatsächlichen Umstände auf den Einzelfall ankommen, ohne starre Grenzen fixieren zu können⁵⁵⁹. Die Voraussetzung führt aber in jedem Fall zu einer räumlichen Einschränkung, indem der Standort der Verstromungsanlage und der Biogaserzeugungsanlage im räumlichen Zusammenhang stehen muss.

Die Funktion der Vorschrift besteht nach der Kommentierung demnach auch darin, dezentrale Stromerzeugung aus kleinen landwirtschaftlichen Anlagen, die das vor Ort vorhandene Reststoffpotential ausschöpfen, zu fördern (Nummer 1)⁵⁶⁰ und zu verhindern, dass an einem Standort mehrere einzelne Anlagen mit einer elektrisch installierten Leistung von insgesamt mehr als 75 Kilowatt installiert werden (Nummer 2)⁵⁶¹. Folglich wirken § 46 Nr. 1 und 2 EEG 2014 als punktuell räumliches Steuerungsinstrument für Strom aus Biogas. Punktuell aber deshalb, da die Förderung nur einen kleinen Ausschnitt der geförderten Biomasseanlagen betrifft, nämlich ausschließlich sehr kleine Anlagen, die zudem überwiegend Gülle vergären und vor Ort verstromen. Die Steuerungswirkung auf die energetische Biomassenutzung insgesamt ist daher als gering zu bewerten.

Die zweite Vorschrift mit einer räumlichen Steuerungskomponente ist die Restriktion für die Verstromung von Biomethan in § 47 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2014, die vollständig in Kraft-Wärme-Kopplung erfolgen muss, damit der Anspruch auf finanzielle Förderung besteht. Diese Voraussetzung war bereits in der Vorgängerfassung in § 27 Abs. 5 Nr. 2 EEG 2012 für Biomethan und weitergehend auch für alle Biogasanlagen (dabei aber als prozentual begrenzte Mindestwärmenutzung) in § 27 Abs. 4 Nr. 1 EEG 2012 normiert. Die (anteilige) Wärmenutzungspflicht führt dazu, dass der Anlagebetreiber bei der Wahl des Standorts mit beachten muss, ob in wirtschaftlich zweckmäßiger Nähe Wärmesenken zur Abnahme der verpflicht-

⁵⁵⁷ Und ferner, dass es sich bei 80 Masseprozent der Einsatzstoffe um Gülle handelt (Nr. 3).

⁵⁵⁸ BT-Drs. 17/6071 S. 73.

⁵⁵⁹ M. Schäferhoff, in: J. Reshöft/A. Schäfermeier (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., § 27 b Rn. 8.

⁵⁶⁰ A. Rostankowski/J. Vollprecht, in: M. Altröck/V. Oschmann/C. Theobald (Hrsg.), EEG Kommentar, 4. Aufl., § 27b Rn. 16.

⁵⁶¹ BT-Drs. 17/6071, S. 73.

tend erzeugten und zu nutzenden Wärme bestehen. Hieraus ergibt sich grundsätzlich eine räumliche Steuerung für die Standortwahl, wenn dies auch nicht vom Gesetzgeber intendiert ist. Die geforderte Erzeugung von Strom in Kraft-Wärme-Kopplung zielt nämlich auf die Verbesserung der Energieeffizienz von Biomasse-Anlagen ab⁵⁶².

Eine Steuerungswirkung kann von der Wärmenutzungspflicht nach Inkrafttreten des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014 aber nicht mehr ausgehen. Bestandsanlagen nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz 2009 und 2012, die gasförmige Biomasse erzeugen und verstromen und weiterhin der Wärmenutzungspflicht unterliegen, können einerseits räumlich nicht mehr gesteuert werden. Nach dem für Neuanlagen geltenden Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 besteht andererseits die Wärmenutzungspflicht nur noch für die Biomethan-Verstromung, die zwangsläufig nicht am Standort der Biogasanlage erfolgt, sondern nach Aufbereitung des Rohbiogases zu Biomethan und Transport durch das Erdgasnetz an dem Standort der Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlage. Die Kraft-Wärme-Kopplungs-Pflicht wirkt daher nicht auf die Biogaserzeugungs- und Aufbereitungsanlage, sondern nur auf die Verstromungseinheit, weshalb keine räumliche Steuerung der Biomasseanlage erfolgt.

Die weiteren Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014 setzen keine positiven Anreize oder verknüpfen die Förderung mit ordnungsrechtlichen Voraussetzungen, die räumlich steuernd auf die Standortwahl von neuen Biomasseanlagen wirken.

Im Ergebnis ist die vom geltenden Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 ausgehende räumliche Steuerungswirkung daher sehr geringfügig.

b. Förderprogramme auf Bundes- und Landesebene

Bei den Investitionsangeboten ist im Hinblick auf die Fördermöglichkeiten zwischen Programmen auf Bundes- und auf Landesebene zu unterscheiden.

(1) Bundesebene

Auf Bundesebene bietet die KfW das Programm Erneuerbare Energien – Standard (Nr. 270⁵⁶³) für den Einsatz von erneuerbaren Energien u.a. zur Strom- und Wärmeerzeugung aus gasförmiger Biomasse (Biogas) an. Das Programm zielt auf kleinere Erzeugungsanlagen und fördert die Errichtung, Erweiterung und Erwerb von Anlagen, die die Anforderungen des geltenden Erneuerbare-Energien-Gesetzes erfüllen. Gefördert werden u.a. auch Anlagen zur Erzeugung und Nutzung von Biogas. Die Förderung erfolgt über zinsgünstige Investitionsdarlehen, zum Teil mit Tilgungszuschüssen. Einzige Voraussetzung für die Förderung mit einem

⁵⁶² Gesetzesbegründung zur Einführung der Wärmenutzungspflicht in § 27 III Nr. 1 EEG 2009, vgl. BT-Drs. 16/8148, S. 56; M. Schäferhoff, in: J. Reshöft/A. Schäfermeier (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., Anlage 2 Rn. 2; A. Rostankowski/J. Vollprecht, in: M. Altrock/V. Oschmann/C. Theobald (Hrsg.), EEG Kommentar, 4. Aufl., § 27 Rn. 134.

⁵⁶³ KfW, Merkblatt Erneuerbare Energien, abrufbar unter [https://www.kfw.de/Download-Center/F%C3%B6rderprogramme-\(Inlandsf%C3%B6rderung\)/PDF-Dokumente/6000000178-Merkblatt-270-274.pdf](https://www.kfw.de/Download-Center/F%C3%B6rderprogramme-(Inlandsf%C3%B6rderung)/PDF-Dokumente/6000000178-Merkblatt-270-274.pdf) (11.07.2014).

gewissen räumlichen Bezug ist jedoch nur, dass die Biomasseanlage zumindest einen Teil des Stroms in das öffentliche Stromnetz einspeist. Darüber hinausgehend ist es für den Erhalt der Förderung nicht erforderlich, bestimmte standortbezogene Voraussetzungen einzuhalten.

Das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle fördert lediglich Anlagen zur Verfeuerung fester Biomasse in Bestandsgebäuden zur Wärmeversorgung, wie etwa Pelletöfen oder Holzhackschnitzelkessel über das Marktanzreizprogramm „Heizen mit erneuerbaren Energien“⁵⁶⁴. Die hier betrachteten Biomasseanlagen – überwiegend zur Stromerzeugung und nicht für die Gebäudeversorgung installiert – werden nicht adressiert.

Ferner fördert die Rentenbank mit dem Programm „Energie vom Land“ ebenfalls Investitionen zur energetischen Verwertung nachwachsender Rohstoffe und anderer organischer Verbindungen durch Biogasanlagen und Biomasseheizkraftwerke⁵⁶⁵. Konkrete Anforderungen werden an die geförderten Anlagen jedoch nicht gestellt. Sonstige bundesweite Förderprogramme konnten nicht eruiert werden.

(2) Landesebene

Auf Länderebene existieren weitere Programme, die die Errichtung von Biogas- bzw. Biomasseanlagen fördern, wenn diese überwiegend aufgrund der Problematiken mit Biogasanlagen und Nutzungskonflikten auch gestoppt wurden. In einigen Bundesländern wird jedoch versucht, den Biomasseanbau über Förderprogramme unter anderem räumlich zu steuern.

In Hessen werden noch landwirtschaftliche Biogasanlagen durch die Wirtschafts- und Infrastrukturbank als Teil der Förderungen zur Entwicklung des ländlichen Raums gefördert⁵⁶⁶. Anforderungen, die eine räumliche Komponente aufweisen können, sind zum einen die Abwärmenutzungspflicht nach Ziffer 1.6, wonach ein schlüssiges Wärmenutzungskonzept für mindestens 51 Prozent der Wärme vorgelegt und unmittelbar umgesetzt werden können muss. Der Anlagenbetreiber muss daher die Biogasanlage in der Nähe von Wärmesenken errichten. Zum anderen ist in Ziffer 2.1 die Voraussetzung formuliert, dass mindestens 51 Prozent der Einsatzstoffe aus der Landwirtschaft stammen müssen. Durch die Verteuerung der Stromerzeugung durch lange Transportwege ist auch diese Voraussetzung ein räumlich limitierender bzw. steuernder Faktor. Nachwachsende Rohstoffe, wie bspw. Mais dürfen aber gerade für die Vergärung genutzt werden.

⁵⁶⁴ Vgl. BAFA, Richtlinien zur Förderung von Maßnahmen zur Nutzung Erneuerbarer Energien im Wärmemarkt v. 20.07.2012, abrufbar unter http://www.bafa.de/bafa/de/energie/erneuerbare_energien/vorschriften/energie_ee_richtlinie_20_07_2012.pdf (11.07.2014).

⁵⁶⁵ Rentenbank, Programmbedingungen Energie vom Land v. 01.04.2014, abrufbar unter http://www.rentenbank.de/cms/dokumente/10013159/93041291/Energie_vom_Land.pdf (11.07.2014).

⁵⁶⁶ WI-Bank, Merkblatt zur Förderung von landwirtschaftlichen Biogasanlagen in Hessen von 02/2008, abrufbar unter <https://www.wibank.de/de/Downloads/Foerderprogramme/Infrastruktur/Energie-Biogas-Merkblatt.pdf> (11.07.2014).

Mit konkretem Bezug zur Nutzung von Energiepflanzen hatte Schleswig-Holstein bis 2013⁵⁶⁷ mit dem Programm „Initiative Biomasse und Energie“⁵⁶⁸ die Förderung von Biogasanlagen an bestimmte Bedingungen geknüpft, die nicht unmittelbar räumlich wirken, aber durch Voraussetzungen an die Herkunft der eingesetzten Substrate Wirkungen entfalten können. So hieß es in den Förderrichtlinien:

„Im Rahmen der Förderpraxis zur Maßnahme „Biomasse und Energie“ werden nur besonders umweltfreundliche und energieeffiziente Konzepte unterstützt. Um dies weiterhin sicherzustellen, soll auch der umweltgerechte Anbau von Energiepflanzen und die umweltgerechte Nutzung bzw. Beseitigung der anfallenden Reststoffe und Gärsubstrate in die Fördervoraussetzungen einbezogen werden. Der stärkste Handlungsbedarf wird hier insbesondere im Hinblick auf mögliche Beeinträchtigungen für den Wasser- und Bodenhaushalt beim Anbau von Mais für Energiezwecke gesehen, der in Biogasanlagen zum Einsatz kommt.“

Der von Schleswig-Holstein verfolgte Ansatz ist daher, über Zuschüsse für die Biomasseanlage durch den Biomasseanbau zu steuern. Durch die Vorgabe des umweltgerechten Anbaus kann dies auch eine räumliche Komponente haben, wobei Erfahrungen dazu nicht bekannt sind. In jedem Fall ist die Steuerung des Biomasseanbaus nicht primäres Ziel der Förderung, sondern wirtschaftliche Erwägungen zur Unterstützung der Landwirtschaft und die Entwicklung ländlicher Räume⁵⁶⁹.

(3) Zwischenfazit

Förderprogramme auf Bundes- und Landesebene sind, wenn dies bislang auch nicht praktiziert wird, grundsätzlich geeignet, räumlich steuernd auf die Errichtung von Biomasseanlagen einzuwirken, indem die Fördermittel an bestimmte Voraussetzungen, wie über das Fachrecht hinausgehende Standards, durch Auflagen gesichert, geknüpft werden. Der Vorteil liegt darin, dass den Fördermittelgebern hierbei ein großer Handlungsspielraum eröffnet ist, da es sich um freiwillige finanzielle Unterstützungen handelt. Diese können rechtsunerheblich mit gezielten Anforderungen verbunden werden. Da über Förderprogramme auf Landesebene auf die jeweiligen Besonderheiten, wie bspw. Problemregionen, konkret eingegangen werden kann, ist eine zielgerichtete Steuerung möglich. Nachteilig ist der, wie bei

⁵⁶⁷ Das Programm ist zum 31.12.2013 beendet worden, abrufbar unter http://www.schleswig-holstein.de/UmweltLandwirtschaft/DE/LandFischRaum/11_ZPLR/Schwerpunkt3/Biomasse_Energie.html (11.07.2014).

⁵⁶⁸ Landesregierung Schleswig-Holstein, Maßnahmen zur Verbesserung der Lebensqualität im ländlichen Raum, Teilmaßnahme „Initiative Biomasse und Energie“, S. 523, abrufbar unter http://www.schleswig-holstein.de/UmweltLandwirtschaft/DE/LandFischRaum/11_ZPLR/Schwerpunkt3/pdf/biomasseEnergie321_1__blob=publicationFile.pdf (05.12.2013).

⁵⁶⁹ Landesregierung Schleswig-Holstein, Maßnahmen zur Verbesserung der Lebensqualität im ländlichen Raum, Teilmaßnahme „Initiative Biomasse und Energie“, S. 523.

jeder staatlichen Lenkung durch Förderung zusätzliche Finanzierungsbedarf und die Limitierung auf Neuanlagen.

4. Steuerung durch bestehende informatorische Instrumente

Einschlägige informatorische Instrumente hinsichtlich der Biomasseanlagen bestehen nicht. Allenfalls hinsichtlich der Fördermöglichkeiten können (potentielle) Anlagenbetreiber die Beratung der Fördermittelgeber, wie KfW oder dem Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle, in Anspruch nehmen. Dies ist für den vorliegenden Untersuchungsgegenstand jedoch ohne Belang.

5. Zwischenfazit zu den Steuerungsmöglichkeiten der Biomasseanlagen

In diesem Abschnitt wurde das etwaige rechtliche Instrumentarium zur räumlichen Steuerung der Biomasseanlagen, und zum Teil der damit verbundenen Einflussnahme auf die Art und Menge der eingesetzten Substrate, untersucht.

Insgesamt konnten bestehende rechtliche Steuerungsmöglichkeiten nur in begrenztem Maße festgestellt werden. Der Schwerpunkt der Prüfung lag bei den planungsrechtlichen Instrumenten, da hier noch am ehesten ein steuernder Einfluss auf den Standort der Biomasseanlage anzunehmen ist. Die Raumordnungsplanung ist dabei regelmäßig bereits aufgrund der fehlenden Raumbedeutsamkeit von Biomasseanlagen nicht anwendbar und entfaltet zudem keine unmittelbare Außenwirkung. Lediglich auf der Ebene der Bebauungsplanung haben daher die Gemeinden für ihr Gemeindegebiet die Möglichkeit die Standortplanung städtebaulich zu steuern. Dies zum einen über das Mittel der Festsetzung von Sondergebieten sowie konsensual über vorhabenbezogene Bebauungspläne in Abstimmung mit dem Anlagenbetreiber. Für den nicht-beplanten Außenbereich eröffnet die Außenbereichsprivilegierung für Biomasseanlage nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB Ansatzpunkte zur räumlichen Steuerung von Biomasseanlagen und – in Grenzen – der anzubauenden und einzusetzen Substrate.

Vor allem beschränkt sich die Steuerung a priori aber nur auf Neuanlagen, da planungsrechtlich nach Errichtung und Inbetriebnahme der Anlage nicht mehr eingegriffen werden kann. Durch den kaum noch erwarteten Zubau aufgrund der neuen Förderregelungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014 kommt den vorhandenen Instrumenten nur eine sehr eingeschränkte Bedeutung zu.

Ordnungsrechtlich können über den § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB bzw. die für andere Anlagen einschlägigen immissionsschutzrechtlichen Zulassungsanforderungen keine weiteren räumlich steuernden Mittel festgestellt werden.

Räumlich wirkende Förderinstrumente existieren ebenfalls nur noch eingeschränkt im Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 mit den Anforderungen an die Gülleverstromung und

Wärmenutzung als Voraussetzungen für den Erhalt der Vergütung. Bessere Einflussmöglichkeiten bestehen durch die sonstigen Förderprogramme auf Bundes- und Landesebene, die konkrete Vorgaben an den Erhalt der Förderung knüpfen können.

D. Flexibilisierung von Biogasanlagen zur Übernahme von Systemverantwortung

I. Einführung: Erfordernis einer bedarfsgerechten Energieerzeugung und -einspeisung

In diesem das Arbeitspaket abschließenden Abschnitt werden die vom Gesetzgeber in den letzten Jahren geschaffenen rechtlichen Rahmenbedingungen zur flexiblen Fahrweise von Biogasanlagen untersucht. Im Verständnis des vorherigen Abschnitts kann diese Form der Flexibilisierung auch als zeitliche Steuerung der Biomassenutzung und Stromerzeugung bezeichnet werden.

Von dieser zeitlichen kann die räumliche Flexibilisierung unterschieden werden. Der Fokus liegt dabei auf dem Aspekt der räumlichen Entkopplung von Biogaserzeugung und -verstromung durch die vorherige Durchleitung des auf Erdgasqualität aufbereiteten Biogases, womit allerdings ebenso eine zeitliche Verschiebung der Stromerzeugung einhergeht. Die Vorschriften zur Biogaseinspeisung der Verordnung über den Zugang zu Gasversorgungsnetzen⁵⁷⁰ und Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Gasversorgungsnetzen⁵⁷¹ sowie der Gasaufbereitungsbonus in § 27c Abs. 2 EEG 2012 fördern zumindest indirekt diese Form der Flexibilisierung, indem Anschluss und Zugang zum Erdgasnetz insbesondere finanziell erleichtert werden und die Verwendung von aus dem Erdgasnetz entnommenem Biomethan zur Stromerzeugung zusätzlich vergütet wird. Diese Vorschriften werden in Arbeitspaket 3, dort unter D.VII., behandelt.

Schließlich kann unter Flexibilisierung auch eine sektorenspezifische Verschiebung bei der Stromerzeugung aus Biomasse verstanden werden. Dies bedeutet, dass die aus der energetischen Umwandlung von Biomasse gewonnene Elektrizität nicht im Stromsektor im klassischen Sinn verwendet wird, sondern in den Sektoren Wärme/Kälte bzw. Verkehr, bspw. in Power-to-heat-Anlagen oder im Bereich der Elektro-Mobilität. Auch diese Form der Flexibilität ist nicht Gegenstand dieser Betrachtung.

⁵⁷⁰ Gasnetzzugangsverordnung (GasNZV) v. 03.09.2010 (BGBl. I S. 1261), die zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066) geändert worden ist.

⁵⁷¹ Gasnetzentgeltverordnung (GasNEV) v. 25.07.2005 (BGBl. I S. 2197), die zuletzt durch Artikel 3 der Verordnung v. 14.08.2013 (BGBl. I S. 3250) geändert worden ist.

Alle drei Kategorien von Flexibilitätsmaßnahmen sind eine Reaktion auf den bereits stattgefundenen und weiter geplanten Ausbau der erneuerbaren Energien in Deutschland, was dazu führt, dass sich gleichzeitig die gesamte Energielandschaft erheblich wandelt. Insbesondere der wachsende Anteil von Strom aus fluktuierenden Quellen, also Wind und Photovoltaik, macht es erforderlich, dass gleichzeitig Möglichkeiten gefunden werden, diese schwankenden Lasten im Netz auszugleichen (sogenannte Residuallast⁵⁷²)⁵⁷³, um schließlich Versorgungssicherheit und Preisstabilität gewährleisten zu können⁵⁷⁴. Denn abgesehen von diesen technischen Aspekten sind es außerdem ökonomische Gegebenheiten, die eine System- und Marktintegration der erneuerbaren Energien durch eine flexible Erzeugung erfordern. Etwaig erhöhte Kosten, die durch das bestehende Regelungs- und Einspeisesystem existieren (Einspeisevergütung, Kosten für erforderliche Regelleistung, Netzausbau, usw.) sind über die EEG-Umlage letztlich vom Verbraucher zu tragen und führen größtenteils zu ständig steigenden Energiekosten⁵⁷⁵. Dies liegt darin begründet, dass die Bereitstellung von Energie aus Biomasse in den letzten Jahren – vor allem auch aufgrund der bestehenden Vergütungsstruktur des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2004 und 2009 – dergestalt betrieben wurde, dass diese im Jahresverlauf gleichmäßig verlief⁵⁷⁶. Geschuldet ist dies der Tatsache, dass über das Erneuerbare-Energien-Gesetz lediglich die eingespeiste Strommenge vergütet wird, ganz unabhängig davon, wann die Einspeisung stattfindet. Neben weiteren Vorschriften gibt es nunmehr vor allem im Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012 allerdings deutliche Anreize, die Stromproduktion aus Biomasse bedarfsgerecht anzupassen und dementsprechend Energie dann zu erzeugen und – ggf. durch zwischengeschaltete Speichermedien – einzuspeisen, wenn diese tatsächlich benötigt wird⁵⁷⁷. Angestrebt wird hierdurch sowohl die Marktintegra-

⁵⁷² Residuallast ist die Lastmenge, die nach Bereitstellung der fluktuierenden Strommengen benötigt wird, um den jeweiligen Bedarf zu decken.

⁵⁷³ G. Wustlich/D. Müller, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012 – Eine systematische Einführung in die Marktprämie und die weiteren Neuregelungen zur Marktintegration, ZNER 2011, S. 380 (381).

⁵⁷⁴ E. Gawel/A. Purkus, Die Marktprämie im EEG 2012: Ein sinnvoller Beitrag zur Markt- und Systemintegration erneuerbarer Energien?, UFZ Diskussionspapier, S. 3; E. Gawel/A. Purkus, Markt- und Systemintegration erneuerbarer Energien: Probleme der Marktprämie nach EEG 2012, ZUR 2012, S. 587 (588).

⁵⁷⁵ G. Wustlich/D. Müller, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012 – Eine systematische Einführung in die Marktprämie und die weiteren Neuregelungen zur Marktintegration, ZNER 2011, S. 380 (381).

⁵⁷⁶ U. Holzhammer, in: M. Kern/T. Raussen/B. Krautkremer/K. Wagner (Hrsg.), Novellierung von EEG, BioAbfV und KrWG, 1. Aufl., S. 251; U. Holzhammer et al., Flexible Stromproduktion aus Biogas und Biomethan, abrufbar unter [http://www.energiesystemtechnik.iwes.fraunhofer.de/de/presse-](http://www.energiesystemtechnik.iwes.fraunhofer.de/de/presseinfo-)

[thek/publikationen/uebersicht/2011/flexible_stromproduktionausbiogasundbiomethan/_jcr_content/pressrel](http://www.energiesystemtechnik.iwes.fraunhofer.de/de/presseinfo-thek/publikationen/uebersicht/2011/flexible_stromproduktionausbiogasundbiomethan/_jcr_content/pressrelease/linklistPar/download/file.res/Flexible%20Stromproduktion%20aus%20Biogas%20und%20Biomethan.pdf?wcmmode=disabled)
[ease/linklistPar/download/file.res/Flexible%20Stromproduktion%20aus%20Biogas%20und%20Biomethan.pdf?](http://www.energiesystemtechnik.iwes.fraunhofer.de/de/presseinfo-thek/publikationen/uebersicht/2011/flexible_stromproduktionausbiogasundbiomethan/_jcr_content/pressrel)
[wcmmode=disabled](http://www.energiesystemtechnik.iwes.fraunhofer.de/de/presseinfo-thek/publikationen/uebersicht/2011/flexible_stromproduktionausbiogasundbiomethan/_jcr_content/pressrel) (23.02.2015).

⁵⁷⁷ G. Wustlich/D. Müller, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012 – Eine systematische Einführung in die Marktprämie und die weiteren Neuregelungen zur Marktintegration, ZNER 2011, S. 380 (381); W. Lehnert, Markt- und Systemintegration der Erneuerbaren-Energien: Eine rechtliche Analyse der Regeln zur Direktvermarktung im EEG 2012, ZUR 2012, S. 4 (4 ff.); F. Valentin, Das neue System der Direktvermarktung von EEG-Strom im Überblick, REE 01-2012, S. 11 (11 ff.).

tion, d.h. das Heranführen der erneuerbaren Energien an die Strukturen des regulären Strommarktes, als auch die Systemintegration, also die Nutzbarmachung erneuerbarer Energien zur Stabilisierung der Netze bspw. durch das Erbringen von Regelleistung⁵⁷⁸. Die Folge ist ein weiteres Ansteigen des Anteils erneuerbarer Energien am gesamten Energieverbrauch⁵⁷⁹. Die Biomasse, insbesondere Biogas und Biomethan⁵⁸⁰, gilt hierbei als wichtiger Baustein, da sie unter den nicht dargebotsabhängigen erneuerbaren Energien den größten Anteil ausmacht⁵⁸¹. Allerdings verlangt der flexible Betrieb von Biomasseanlagen je nach Art und Leistung der Anlage die Auf- bzw. Umrüstung bestehender Anlagenbestandteile sowohl in baulicher, als auch in verfahrenstechnischer Hinsicht⁵⁸². Hierzu gehört unter anderem die Neu- oder Umverteilung von Blockheizkraftwerken, also der Leistung, der Errichtung von Gas- oder Wärmespeichern sowie von Speichern für Einsatzstoffe, etwaiger Anlagen zur Aufbereitung von Biomethan, veränderter Steuerungstechnik etc.⁵⁸³. Diese Maßnahmen bedeuten einerseits finanzielle Mehraufwendungen, andererseits entfalten sie rechtliche Relevanz insbesondere dort, wo es um die Genehmigungen (Baugesetzbuch, Bundesimmissionschutzgesetz) für die gesamte Anlage bzw. für zusätzliche Anlagenbestandteile geht. Darüber hinaus besteht bei Eingriffen in den Anlagenbestand die Gefahr, dass dies zu einer Anpassung, also eventuell einer Absenkung, der Vergütungssätze führt⁵⁸⁴.

Im Folgenden soll geklärt werden, welche gesetzgeberischen Bestrebungen tatsächlich hinsichtlich der Flexibilisierung insbesondere zur Übernahme von Systemverantwortung bestehen und was genau unter den Begriffen Flexibilisierung, Systemverantwortung, Regelleistung usw. zu verstehen ist. Weiterhin werden die rechtlichen Regelungen, die bereits in eine solche Richtung weisen sowie deren Wechselwirkungen dargestellt. In einem nächsten Schritt sollen dann die bestehenden rechtlichen Hemmnisse und Problemfelder auf dem Weg zu einer bedarfsgerechten Energieerzeugung durch Bioenergie analysiert werden. Die Darstellung fokussiert sich dabei auf die Energieerzeugung aus fester und gasförmiger Biomasse, welche vorwiegend im stationären Bereich eingesetzt wird, welche das Hauptanwendungsfeld für eine flexible und bedarfsgerechte Bereitstellung von Energie darstellt.

⁵⁷⁸ E. Gawel/A. Purkus, Markt- und Systemintegration erneuerbarer Energien: Probleme der Marktprämie nach EEG 2012, ZUR 2012, S. 587 (587 f.).

⁵⁷⁹ U. Holzhammer et al., Flexible Stromproduktion aus Biogas und Biomethan, S. 3.

⁵⁸⁰ U. Holzhammer et al., Flexible Stromproduktion aus Biogas und Biomethan, S. 3.

⁵⁸¹ G. Wustlich/D. Müller, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012 – Eine systematische Einführung in die Marktprämie und die weiteren Neuregelungen zur Marktintegration, ZNER 2011, S. 380 (380).

⁵⁸² U. Hoffstede/W. Beyrich/U. Holzhammer, in: M. Kern/T. Raussen/B. Krautkremer/K. Wagner (Hrsg.), Novelisierung von EEG, BioAbfV und KrWG, 1. Aufl., S. 265.

⁵⁸³ U. Hoffstede/W. Beyrich/U. Holzhammer, in: M. Kern/T. Raussen/B. Krautkremer/K. Wagner (Hrsg.), Novelisierung von EEG, BioAbfV und KrWG, 1. Aufl., S. 265 ff.; R. Walter/ A. Huber, Die BauGB-Novelle 2013 im Lichte der Energiebereitstellung aus Biogas- und KWK-Anlagen, REE 2013, S. 146 (146); U. Holzhammer et al., Flexible Stromproduktion aus Biogas und Biomethan, S. 13.

⁵⁸⁴ Biogas in der Energiewende, Positionspapier des *Fachverbandes Biogas e.V.* (FvB) zur Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes, Stand: 16.01.2014, S. 7.

II. Unterstützende regulatorische Maßnahmen für die Flexibilisierung von Biogasanlagen

Im Rahmen unterschiedlicher Gesetzesänderungen der letzten Jahre ist zu beobachten, dass Vorschriften aufgenommen bzw. dergestalt geändert wurden, dass die bedarfsgerechte Stromerzeugung durch Biomasseanlagen überhaupt ermöglicht und zusätzlich gefördert wurde. Hierzu zählen v.a. die Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014 und 2012 zur Direktvermarktung, die eine Markt- und Systemintegration der erneuerbaren Energien durch mehr Flexibilität anreizen und durch das Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 weitergeführt und modifiziert wurden. Aber auch weitere Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014 und 2012 zu Stromspeichern oder zum Regelenergiemarkt sowie Regelungen beispielsweise des Bau- und Immissionsschutzrechts enthalten nunmehr unterstützende Rahmenbedingungen betreffend den flexiblen Anlagenbetrieb. Im Folgenden sollen diese konkreten Vorschriften näher beleuchtet werden.

1. Die Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes als Anreiz für mehr Flexibilität

Das bis zum 31. Juli 2014 geltende Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012 enthielt zahlreiche Regelungen, die direkt oder indirekt den flexiblen Betrieb von Biomasseanlagen fördern. Herausragende Bedeutung haben hierbei die Vorschriften zur Direktvermarktung, die mit Einführung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2012 Eingang in das Gesetz erhalten haben und auf lange Sicht dazu beitragen sollen, die erneuerbaren Energien an den Wettbewerb heranzuführen⁵⁸⁵. Eine solche gelingt jedoch nur, wenn der Strom, entgegen der Praxis der letzten Jahre, bedarfsgerecht in das Netz eingespeist werden kann. Somit ist Gegenstand der §§ 33a bis 33f EEG 2014 auch der Bereich Flexibilisierung von Erneuerbare-Energien-Anlagen und damit Biomasseanlagen im Speziellen. Ergänzt werden diese Vorschriften durch unterschiedliche Prämien (Marktprämie, Managementprämie, Flexibilitätsprämie), die zusätzliche Anreize setzen. Schließlich beinhaltet das Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012 zusätzliche Optionen, wie beispielsweise die Förderung von Speichern oder Vergütungen für das Anbieten von Regelenergie.

a. Das Erfordernis der Fernsteuerbarkeit

(1) Fernsteuerung für Netzstabilität

Bereits § 4 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 sah vor, dass alle Erneuerbare-Energien-Anlagen, um vorrangig Anschluss an und Zugang zum Stromnetz zu erhalten, über „technische Einrichtungen zur Reduzierung der Einspeiseleistung bei Netzüberlastung“ zur kurzfristigen Stabilisierung

⁵⁸⁵ G. Wustlich/D. Müller, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012 – Eine systematische Einführung in die Marktprämie und die weiteren Neuregelungen zur Marktintegration, ZNER 2011, S. 380 (380).

des Netzes verfügen müssen. Weitere Ausführungen dazu, was genau unter solchen technischen Einrichtungen zu verstehen ist, hält das Gesetz selbst nicht bereit. Die Begründung geht allerdings davon aus, dass die Einspeisereduzierung auch durch den Anlagenbetreiber selbst auf Anforderung durch den Netzbetreiber vorgenommen werden kann, sofern hierdurch keine zeitliche Verzögerung eintritt⁵⁸⁶. Letzteres ist dann gegeben, wenn ein Abrechnungsintervall von 15 Minuten überschritten wird. Das Fehlen einer solchen Einrichtung hatte allerdings – im Gegensatz zu den Folgeregelungen – keine Auswirkungen auf den Vergütungsanspruch nach § 5 Abs. 1 EEG 2004⁵⁸⁷. Dies ist eventuell darauf zurückzuführen, dass eine tatsächliche Abregelung der Anlagen zur Stabilisierung des Netzes erst im Laufe der Zeit, nach erheblicher Zunahme fluktuierender erneuerbarer Energien im Netz, erforderlich wurde. Eine ähnliche Relevanz kam dem § 4 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 noch nicht zu. Zusätzlich folgt aus § 4 Abs. 3 EEG 2004, dass eine technische Einrichtung zur Reduzierung der Einspeiseleistung nur dann und lediglich im Zeitpunkt der Inbetriebnahme erforderlich ist, wenn der Netzbetreiber nachweisen kann, dass eine zeitweise vollständige Auslastung des Netzes mit erneuerbaren Energien vorliegt⁵⁸⁸. Ist dies nicht möglich, hat er eine unbedingte Anschluss- und Abnahmepflicht⁵⁸⁹.

Mit Einführung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2009 wurden die technischen und – nunmehr neu – betrieblichen Vorgaben für Erneuerbare-Energien-Anlagen in § 6 EEG 2009 geregelt. Danach sind Betreiber von Anlagen mit einer Leistung ab 100 Kilowatt dazu verpflichtet, diese – im Gegensatz zur Vorgängerregelung – dauerhaft⁵⁹⁰ mit einer technischen oder betrieblichen Einrichtung zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung bei Netzüberlastung bzw. zur Abrufung der jeweiligen Ist-Einspeisung auszustatten⁵⁹¹, um insbesondere Anschluss und Zugang zum Stromnetz zu erhalten und das Einspeisemanagement nach § 11 EEG 2009 durch den Netzbetreiber zu ermöglichen. Außerdem sind die Voraussetzungen des § 6 EEG 2009 nunmehr an den Vergütungsanspruch nach § 16 Abs. 1 EEG 2009 geknüpft, § 16 Abs. 6 EEG 2009⁵⁹². Hingegen bleibt der Anspruch auf Netzanschluss auch bei Nichteinhaltung der Vorschrift bestehen⁵⁹³.

⁵⁸⁶ Empfehlung der Clearingstelle EEG v. 04.10.2010, 2010/5, S. 11.

⁵⁸⁷ Voraussetzung hierfür war das Vorhalten einer registrierenden Leistungsmessung, nicht die technische Einrichtung iSd. § 4 III S. 1 EEG 2004.

⁵⁸⁸ *M. Altrock/V. Oschmann/C. Theobald*, in: dies. (Hrsg.), EEG, 1. Aufl., § 4 Rn. 93; *C. Bönning*, in: J. Reshöft (Hrsg.), EEG, 3. Aufl., § 6 Rn. 5.

⁵⁸⁹ *M. Altrock/V. Oschmann/C. Theobald*, in: dies. (Hrsg.), EEG, 1. Aufl., § 4 Rn. 93.

⁵⁹⁰ BT-Drs. 16/8148, S. 42; *M. Altrock*, in: *M. Altrock/V. Oschmann/C. Theobald* (Hrsg.), EEG, 3. Aufl., § 6 Rn. 5.

⁵⁹¹ Dies ist dann der Fall, wenn die Daten über die tatsächliche Einspeisung online abrufbar sind; *A. Schäfermeister*, in: J. Reshöft/ders. (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., § 6 Rn. 13.

⁵⁹² Gem. der Übergangsbestimmung des § 66 I Nr. 1 EEG 2009 gelten diese Vorschriften ab dem 01.01.2011 auch für Bestandsanlagen.

⁵⁹³ *C. Bönning*, in: J. Reshöft (Hrsg.), EEG, 3. Aufl., § 6 Rn. 8; *A. Schäfermeister*, in: J. Reshöft/ders. (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., § 6 Rn. 28.

Ergänzt wurde im Rahmen der Novellierung die Option der „betriebliche Einrichtung“, welcher der zusätzlichen Klärung durch die Clearingstelle EEG bedurfte⁵⁹⁴, da nun eine differenziertere Betrachtung der Tatbestandsvoraussetzungen erforderlich war, was für Rechtsunsicherheit sorgte⁵⁹⁵. Die *Clearingstelle EEG* kommt zu dem Ergebnis, dass zwischen betrieblicher und technischer Einrichtung grundsätzlich ein Unterschied besteht und definiert die technische Einrichtung als unmittelbaren Zugriff des Netzbetreibers auf die Anlage, während bei einer betrieblichen Einrichtung dieser nur mittelbar erfolgt - etwa durch den Anlagenbetreiber selbst⁵⁹⁶. Praxisübliches Beispiel für eine betriebliche Einrichtung sind Leitwarten von Kraftwerken. Beide Zugriffsformen müssen jedoch eine sogenannte Funktionsäquivalenz (sowohl in funktionaler als auch in zeitlicher Hinsicht) aufweisen, d.h. dass sie in ihrer Wirksamkeit in Bezug auf die Netz- und Systemstabilität durch das Einspeisemanagement gem. § 11 EEG 2009 gleichwertig sind⁵⁹⁷. Nicht ausreichend ist gem. § 6 EEG 2009 – und dies gilt ebenso für die Folgeregelung – allerdings eine bloße Abschaltautomatik bei überschreiten eines bestimmten Schwellenwertes⁵⁹⁸. Vielmehr ist im Rahmen des Einspeisemanagements die Möglichkeit einer gestuften Regelung notwendig.

Durch die Novelle des Erneuerbare-Energien-Gesetzes im Jahr 2012 wurde der Passus der „betrieblichen Einrichtung“ in § 6 Abs. 1 EEG 2012 gestrichen, d.h. es verbleibt lediglich die Möglichkeit der „technischen Einrichtung“ zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung bei Netzüberlastungen. Allerdings hat diese Änderung der Rechtslage keine gravierenden Auswirkungen auf die tatsächlichen Anforderungen an die Anlagen⁵⁹⁹. Eine „technische Einrichtung“ muss eine „hardware- oder softwaregestützte Vorrichtung sein, die dem Netzbetreiber durch direkte ferntechnische Einwirkung unmittelbar die Reduktion der Einspeiseleistung ermöglicht“⁶⁰⁰. Allerdings stellt die Gesetzesbegründung klar, dass bei Anlagen, die mit einer rund um die Uhr besetzten Leitwarte betrieben werden, die Anforderung auch dann erfüllt ist, wenn sichergestellt ist, dass auf ein automatisiertes Signal des Netzbetreibers hin das Personal der Leitwarte die Anlagenleistung reduziert⁶⁰¹. In diesem Fall bleibt es also bei einem mittelbaren Zugriff des Netzbetreibers, da bei diesen Anlagen eine direkte Regelung aufgrund ihrer Größe und Funktionsweise technisch nicht möglich ist.

Gem. § 9 Abs. 1 EEG 2014 wird die Verpflichtung der technischen Einrichtung zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung durch den Netzbetreiber fortgeführt.

⁵⁹⁴ Empfehlung der Clearingstelle EEG v. 04.10.2010, 2010/5.

⁵⁹⁵ M. Altröck, in: ders./V. Oschmann/C. Theobald (Hrsg.), EEG, 3. Aufl., § 6 Rn. 10.

⁵⁹⁶ Empfehlung der Clearingstelle-EEG v. 04.10.2010, 2010/5; M. Altröck, in: ders./ V. Oschmann/C. Theobald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., § 6 Rn. 17; A. Schäfermeister, in: J. Reshöft/ders. (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., § 6 Rn. 10.

⁵⁹⁷ Empfehlung der Clearingstelle-EEG v. 04.10.2010, 2010/5, S. 53 f.

⁵⁹⁸ M. Altröck, in: ders./V. Oschmann/C. Theobald (Hrsg.), EEG, 3. Aufl., § 6 Rn. 10.

⁵⁹⁹ M. Altröck, in: ders./V. Oschmann/C. Theobald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., § 6 Rn. 16.

⁶⁰⁰ M. Altröck, in: ders./V. Oschmann/C. Theobald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., § 6 Rn. 16; A. Schäfermeister, in: J. Reshöft/ders. (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., § 6 Rn. 10.

⁶⁰¹ BT-Drs. 17/6071, S. 63.

Die Einrichtung zur Fernsteuerbarkeit stellte und stellt für die Anlagenbetreiber nicht nur in der Anfangsphase sowohl eine technische, als auch eine finanzielle Herausforderung dar. Darüber hinaus mangelte es an Informationen über das tatsächliche Vorliegen und die genaue Ausgestaltung der Verpflichtung⁶⁰². Zwar trägt sie dazu bei, dass die Anlagen flexibel und vor allem systemstabilisierend in das Versorgungssystem integriert werden können, allerdings sind hiermit Kosten verbunden, die vor allem für die kleineren Anlagen eine erhebliche Investition bedeuten.

(2) Fernsteuerbarkeit zur Marktintegration

Von der technischen Einrichtung gem. § 9 Abs. 1 EEG 2014 zu unterscheiden ist die Fernsteuerbarkeit für den Erhalt der Marktprämie im Rahmen der Direktvermarktung.

Mit Einführung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014 befinden sich die Regelungen zur Fernsteuerbarkeit jeglicher Erneuerbare-Energien-Anlagen in den §§ 35, 36 EEG 2014. Es handelt sich dabei um eine verpflichtende Fernsteuerbarkeit für alle Anlagen in der Direktvermarktung, die aufgrund des Geltungsbereichs des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014 nicht nur für Neuanlagen greift, sondern auch für Bestandsanlagen, die ihren Strom im Wege des Marktprämienmodells veräußern⁶⁰³. Sie muss gem. § 35 Satz 2 EEG 2014 mit Beginn des zweiten auf die Inbetriebnahme der Anlage folgenden Kalendermonats erfüllt sein. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass den Anlagenbetreibern zumindest ein kurzer zeitlicher Spielraum gewährt wird, während dessen sie die technischen Einrichtungen anbringen können⁶⁰⁴. Was genau unter der Fernsteuerbarkeit einer Anlage zu verstehen ist, legt § 36 EEG 2014 fest, der im Wesentlichen der diesbezüglichen Vorschrift der Managementprämienverordnung entspricht. Eine Ausnahme besteht jedoch hinsichtlich der Regelung des § 36 Abs. 1 Nr. 2b EEG 2014, der eine Abregelung der Anlage ausschließt, sofern diese mit den genehmigungsrechtlichen Vorgaben nachweislich nicht vereinbar ist⁶⁰⁵.

(3) Probleme und Hemmnisse bei der Fernsteuerbarkeit von Biomasseanlagen

Im Hinblick auf Biomasse- bzw. Biogasanlagen problematisch ist im Zusammenhang mit der Fernsteuerbarkeit allerdings die Tatsache, dass diese zum einen oftmals im Kraft-Wärme-Kopplungs-Betrieb laufen, d.h. dass auch die beim Verbrennungsvorgang entstehende Wärme für den Anlagenbetreiber von Relevanz ist. Diese muss dementsprechend entweder, wie auch überschüssiges Gas, gespeichert werden, oder der Betreiber kann, im umgekehrten

⁶⁰² A. Schäfermeister, in: J. Reshöft/ders. (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., § 6 Rn. 29 ff.

⁶⁰³ Gem. § 100 I Nr. 5 EEG 2014 gilt eine Übergangsfrist für die Nachrüstung bis zum 31.03.2015; S. Herz/F. Valentin, Direktvermarktung, Direktlieferung und Eigenversorgung nach dem EEG 2014, EnWZ 2014, S. 358 (360 f.); V. Lüdemann/M. Ortmann, Direktvermarktung im EEG, EnWZ 2014, S. 387 (389).

⁶⁰⁴ S. Herz/F. Valentin, Direktvermarktung, Direktlieferung und Eigenversorgung nach dem EEG 2014, EnWZ 2014, S. 358 (360); V. Lüdemann/M. Ortmann, Direktvermarktung im EEG, EnWZ 2014, S. 387 (389).

⁶⁰⁵ V. Lüdemann/M. Ortmann, Direktvermarktung im EEG, EnWZ 2014, S. 387 (389).

Fall, seiner diesbezüglichen Lieferverpflichtung evtl. nicht nachkommen⁶⁰⁶. Es wird daher vorgeschlagen, § 36 Abs. 1 Nr. 2b EEG 2014, der die ferngesteuerte Reduzierung der Anlagenleistung durch den Direktvermarkter regelt, so auszulegen, dass dies (abgesehen von genehmigungsrechtlichen Vorgaben) nur in dem Umfang zulässig ist, wie andere „zwingende Gründe [...], die außerhalb der reinen Stromproduktion liegen“⁶⁰⁷, nicht entgegenstehen.

Darüber hinaus fordert § 36 Abs. 2 EEG 2014 für Anlagen, die Messsysteme gem. §§ 21c, 21d EnWG benötigen, dass die Fernsteuerung nach § 36 Abs. 1 EEG 2014 über die hierfür benötigten Messeinrichtungen erfolgt. Dies gilt unter der Voraussetzung, dass der Einbau eines solchen Messsystems technisch möglich ist, § 36 Abs. 2 Satz 2 EEG 2014. Ist dies nicht der Fall, so sind auch Übertragungstechniken und Übertragungswege zulässig, die dem Stand der Technik bei Inbetriebnahme der Anlage entsprechen. Fraglich bleibt dabei jedoch die technische Möglichkeit einer Verknüpfung von Messsystem und Fernsteuerung, wie dies § 34 Abs. 2 EEG 2014 fordert.

(4) Zusammenfassung

Im Ergebnis dient das Erfordernis der Fernsteuerbarkeit des § 9 Abs. 1 EEG 2014 der Stabilität und Sicherheit des Stromnetzes, also der Systemintegration der erneuerbaren Energien, während es bei der Einrichtung gem. §§ 35, 36 EEG 2014 um die Marktintegration der Anlagen und der hierin erzeugten Energie geht, insbesondere mit dem Ziel, negative Strompreise durch die hohe Einspeisung volatiler Energieträger zu verhindern⁶⁰⁸.

b. Die Direktvermarktung und ihre Bedeutung

Mit der Novelle 2012 wurden in den §§ 33a f. EEG 2012 die Regelungen zur Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien integriert⁶⁰⁹. Zwar existierte schon in der Vorgängerregelung, dem Erneuerbare-Energien-Gesetz 2009, eine diesbezügliche Vorschrift. Allerdings enthielt dieser § 17 EEG 2009 lediglich Fristen für den Wechsel zwischen der gesetzlich vorgesehenen festen Einspeisevergütung und dem (freiwillig gewählten) Modell der Direktvermarktung⁶¹⁰. Ziel dieser Vorschrift war, neben dem Heranführen der erneuerbaren Energien an den Strommarkt⁶¹¹, vor allem jedoch zu verhindern, dass sehr kurzfristig zu

⁶⁰⁶ S. Herz/F. Valentin, Direktvermarktung, Direktlieferung und Eigenversorgung nach dem EEG 2014, EnWZ 2014, S. 358 (361).

⁶⁰⁷ S. Herz/F. Valentin, Direktvermarktung, Direktlieferung und Eigenversorgung nach dem EEG 2014, EnWZ 2014, S. 358 (361).

⁶⁰⁸ <https://www.next-kraftwerke.de/wissen/direktvermarktung/verpflichtende-fernsteuerbarkeit> (06.02.2015).

⁶⁰⁹ Diese gelten gem. § 66 I Nr. 10 EEG 2012 auch für Bestandsanlagen mit einem Inbetriebnahmezeitpunkt vor dem 01.01.2012.

⁶¹⁰ M. Altröck/V. Oschmann, in: dies./C. Theobald (Hrsg.), EEG, 3. Aufl., § 17 Rn. 4; W. Lehnert, Markt- und Systemintegration der Erneuerbaren-Energien: Eine rechtliche Analyse der Regeln zur Direktvermarktung im EEG 2012, ZUR 2012, S. 4 (4 f.).

⁶¹¹ BT-Drs. 16/9477, S. 24; allerdings stand den Einschränkungen der Vorschrift kein Vorteil für die Anlagenbetreiber gegenüber, was die Direktvermarktung für Anlagenbetreiber gegenüber der Einspeisevergütung nicht besonders attraktiv erscheinen ließ und von der Verordnungsermächtigung in § 64 I Nr. 6a EEG 2009 zum Erlass

Hochpreiszeiten ein Wechsel in die Direktvermarktung vorgenommen wird (sogenanntes „Rosinenpicken“)⁶¹², um dann bei niedrigen Preisen wieder die feste Einspeisevergütung in Anspruch zu nehmen, denn ein solches Vorgehen führt im Ergebnis nicht dazu, dass Technologien sowohl den Chancen als auch den Risiken des Marktes ausgesetzt sind und sich mit diesen entwickeln und anpassen⁶¹³. Außerdem können hierdurch technische Schwierigkeiten auf Seiten der Übertragungsnetzbetreiber sowie finanzielle Nachteile für die Stromkunden entstehen⁶¹⁴.

Eine adäquate Anpassung an den Strommarkt wurde mit den Regelungen zur Direktvermarktung im Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012 angestrebt. Die §§ 33a ff. EEG 2012 bilden ein eigenes Kapitel zur Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien und Grubengas, wodurch insbesondere auch die Relevanz dieses Themenkomplexes hervorgehoben wird⁶¹⁵. Das Kapitel zur Direktvermarktung (Teil 3a) setzt sich zusammen aus einem allgemeinen Teil (§§ 33a bis 33f EEG 2012), in welchem die Voraussetzungen der unterschiedlichen Formen der Direktvermarktung ungeachtet des konkreten hierfür gewählten Vermarktungsweges dargestellt werden⁶¹⁶ und einem weiteren Teil, den §§ 33g bis 33i EEG 2012, in welchem dann die besonderen Bestimmungen zur geförderten Direktvermarktung⁶¹⁷, beispielsweise die Vorschriften zur Marktprämie (§§ 33g f. EEG 2012) und zur Flexibilitätsprämie für Biogasanlagen (§ 33i EEG 2012) folgen, welche durch das Grünstromprivileg in § 39 EEG 2012 ergänzt werden⁶¹⁸.

Gem. § 33a Abs. 1 EEG 2012 bedeutet Direktvermarktung, dass Anlagenbetreiber den Strom aus Anlagen, die ausschließlich erneuerbare Energien oder Grubengas einsetzen, an Dritte veräußern⁶¹⁹. Von den Direktvermarktungsregeln ausgeschlossen ist also der Fall, in dem der Anlagenbetreiber den Strom aus der Anlage selbst verwendet (Eigenverbrauch). Relevant wird dies im Zusammenhang mit der Direktvermarktung unter Inanspruchnahme der Marktprämie, die demjenigen, der den Strom an sich selbst liefert, hierfür keine zusätzlichen Boni

von Bonusregelungen zur Direktvermarktung wurde kein Gebrauch gemacht; *M. Altröck/V. Oschmann*, in: dies./C. Theobald (Hrsg.), EEG, 3. Aufl., § 17 Rn. 6, 11; *A. Hirsch/N. Holzapfel*, in: H. Loibl/M. Maslaton/H. von Bredow/R. Walter (Hrsg.), Biogasanlagen im EEG, 3. Aufl., S. 524.

⁶¹² EEG Erfahrungsbericht 2007, BT-Drs. 16/7119, S. 143 f.; *M. Altröck/V. Oschmann*, in: dies./C. Theobald (Hrsg.), EEG, 3. Aufl., § 17 Rn. 2.

⁶¹³ *M. Altröck/V. Oschmann*, in: dies./C. Theobald (Hrsg.), EEG, 3. Aufl., § 17 Rn. 2.

⁶¹⁴ EEG-Erfahrungsbericht 2007, BT-Drs. 16/7119, S. 144.

⁶¹⁵ *M. Altröck/V. Oschmann*, in: dies./C. Theobald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., § 33a Rn. 7.

⁶¹⁶ *W. Lehnert*, Markt- und Systemintegration der Erneuerbaren-Energien: Eine rechtliche Analyse der Regeln zur Direktvermarktung im EEG 2012, ZUR 2012, S. 4 (5).

⁶¹⁷ *A. Hirsch/N. Holzapfel*, in: H. Loibl/M. Maslaton/H. von Bredow/R. Walter (Hrsg.), Biogasanlagen im EEG, 3. Aufl., S. 525.

⁶¹⁸ *M. Altröck/V. Oschmann*, in: dies./C. Theobald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., § 33a Rn. 10 ff.

⁶¹⁹ Eigenverbrauch und Direktvermarktung schließen sich gem. § 33a II EEG 2012 aus; *M. Altröck/V. Oschmann*, in: dies./C. Theobald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., § 33a Rn. 42; *C. Hahn/D. Naumann*, Erneuerbare Energien zwischen Einspeisevergütung und Systemintegration, NJOZ 2012, S. 361 (362).

gewähren soll⁶²⁰. Ferner liegt gem. § 33a Abs. 2 EEG 2012 dann keine Direktvermarktung vor, wenn der Strom an Dritte veräußert wird, die diesen in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage verbrauchen, und nicht durch ein Netz iSd. § 3 Nr. 7 EEG 2012 geleitet wird⁶²¹. Die Fristen der §§ 33b bis 33f EEG 2012 sind hier nicht bindend⁶²². Dieser Absatz dient, laut Gesetzesbegründung, lediglich der Klarstellung und hat einen Gleichklang der Vorschriften zum Eigenverbrauch in §§ 16 Abs. 3, 33 Abs. 2 und 33a EEG 2012 zur Folge⁶²³.

Genau wie bei der festen Einspeisevergütung nach § 16 Abs. 1 EEG 2012 gilt auch im Rahmen der Regeln zur Direktvermarktung das Ausschließlichkeitsprinzip⁶²⁴. Ebenfalls mit Blick auf die Regelungen zur Einspeisevergütung wird deutlich, dass diese nur alternativ zur Direktvermarktung beansprucht werden können⁶²⁵, was § 33e EEG 2012 noch einmal ausdrücklich postuliert. Dies geht insbesondere auch aus § 16 Abs. 3 EEG 2012 hervor, der voraussetzt, dass der Vergütungsanspruch nach § 16 Abs. 1 EEG 2012 lediglich geltend gemacht werden kann, sofern der gesamte bzw. ein vorher fest vereinbarter Anteil des in der Anlage erzeugten Stroms (§ 33f EEG 2012) dem Netzbetreiber als hiernach vergütungsfähig zur Verfügung gestellt wird („Trennung der Vermarktungsmodelle“)⁶²⁶. Hiervon nicht betroffen sind allerdings diejenigen Vorschriften, die sich nicht direkt auf die Einspeisevergütung beziehen, wie beispielsweise die §§ 5 ff. EEG 2012 zum vorrangigen Netzanschluss, § 8 EEG 2012 zur vorrangigen Abnahme, Verteilung und Übertragung oder §§ 9 ff. EEG 2012 zum Einspeisemanagement⁶²⁷. Diese gelten demnach sowohl für direkt vermarkteten Strom, als auch bei Erhalt der festen Einspeisevergütung.

Mittlerweile wird rd. 60 Prozent des in Deutschland produzierten Biomassestroms direkt vermarktet, dies zudem mit steigender Tendenz. Den Großteil hierbei macht der Strom aus gasförmiger sowie fester Biomasse aus, flüssige Biomasse spielt eine nur marginale Rolle. Vermarktet wird der Strom vorwiegend auf dem Day-Ahead-, dem Intraday- sowie dem Regelleistungsmarkt⁶²⁸.

⁶²⁰ Ausgeschlossen wird dies jedoch auch durch die Voraussetzung in § 33g I S. 2 EEG 2012, der verlangt, dass der Strom tatsächlich eingespeist und an einen Dritten vermarktet werden muss; A. Hirsch/N. Holzappel, in: H. Loibl/M. Maslaton/H. von Bredow/R. Walter (Hrsg.), Biogasanlagen im EEG, 3. Aufl., S. 530.

⁶²¹ W. Lehnert, Markt- und Systemintegration der Erneuerbaren Energien: Eine rechtliche Analyse der Regeln zur Direktvermarktung im EEG 2012, ZUR 2012, S. 4 (6).

⁶²² BT-Drs. 17/6071, S. 78.

⁶²³ BT-Drs. 17/6071, S. 78.

⁶²⁴ G. Wustlich/D. Müller, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012 – Eine systematische Einführung in die Marktprämie und die weiteren Neuregelungen zur Marktintegration, ZNER 2011, S. 380 (382).

⁶²⁵ F. Ekdardt/B. Hennig, in: W. Frenz/H. Müggenborg (Hrsg.), EEG, 3. Aufl., § 33a Rn. 6.

⁶²⁶ M. Altrock/V. Oschmann, in: dies./C. Theobald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., § 33a Rn. 11; C. Hahn/D. Naumann, Erneuerbare Energien zwischen Einspeisevergütung und Systemintegration, NJOZ 2012, S. 361 (363).

⁶²⁷ G. Wustlich/D. Müller, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012 – Eine systematische Einführung in die Marktprämie und die weiteren Neuregelungen zur Marktintegration, ZNER 2011, S. 380 (382).

⁶²⁸ U. Holzhammer, Die Direktvermarktung: aktueller Stand, Möglichkeiten und Ausblick, 23. Jahrestagung Fachverband Biogas am 14.01.2014.

c. Formen der geförderten Direktvermarktung und ihre Voraussetzungen

Gem. § 33b EEG existieren drei Formen der Direktvermarktung. Diese Aufzählung ist abschließend und begrenzt die Möglichkeiten der Anlagenbetreiber, die ihren Strom direkt vermarkten wollen, auf diese Alternativen unter den hierfür geltenden speziellen Voraussetzungen der §§ 33c ff. EEG 2012⁶²⁹. Dies sind die Direktvermarktung unter Inanspruchnahme der Marktprämie (§ 33b Nr. 1 EEG 2012), die Direktvermarktung unter Verwendung des Grünstromprivilegs des § 39 Abs. 1 EEG 2012 (in Verbindung mit § 33b Nr. 2 EEG 2012) sowie die sonstige Direktvermarktung (§ 33b Nr. 3 EEG 2012). Im Gegensatz zu letzterer, handelt es sich bei den ersten beiden um Formen der „geförderten Direktvermarktung“, die – wie auch im Verhältnis zur Einspeisevergütung in § 16 EEG 2012 – in einem Alternativverhältnis zueinander stehen, d.h. der Anlagenbetreiber muss sich für eine Option entscheiden⁶³⁰. Ausdrücklich schreibt dies das Doppelvermarktungsverbot des § 56 Abs. 1 Satz 2 EEG 2012 vor⁶³¹. Allerdings besteht unter Einhaltung der Anforderungen des § 33d EEG 2012, insbesondere der dort festgelegten Fristen, die Option des Wechsels zwischen den einzelnen Formen der Direktvermarktung⁶³². Vom Doppelvermarktungsverbot nicht umfasst ist das gleichzeitige Anbieten von positiver und/oder negativer Regelenergie sowie, bei der Direktvermarktung in die Marktprämie⁶³³, die Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie des § 33i EEG 2012⁶³⁴, bei der es sich um eine diesbezügliche „Ergänzung“⁶³⁵ und nicht um eine separate Form der Direktvermarktung handelt.

Die Voraussetzungen der einzelnen Formen der Direktvermarktung enthält § 33c EEG 2012. § 33c Abs. 1 EEG 2012 betrifft hierbei alle Alternativen, wohingegen § 33c Abs. 2 EEG 2012 sich lediglich auf die Formen der geförderten Direktvermarktung bezieht. Gem. § 33c Abs. 1 EEG 2012 darf Strom, der zusammen mit Strom aus mindestens einer anderen Anlage über eine gemeinsame Messeinrichtung abgerechnet wird, nur dann direkt vermarktet werden, wenn der dort abgerechnete Strom vollständig in die Direktvermarktung fließt. Als Begründung wird aufgeführt, dass hierdurch das System der Direktvermarktung praktisch sicherge-

⁶²⁹ G. Wustlich/D. Müller, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012 – Eine systematische Einführung in die Marktprämie und die weiteren Neuregelungen zur Marktintegration, ZNER 2011, S. 380 (382).

⁶³⁰ BT-Drs. 17/6071, S. 78; G. Wustlich/D. Müller, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012 – Eine systematische Einführung in die Marktprämie und die weiteren Neuregelungen zur Marktintegration, ZNER 2011, S. 380 (382).

⁶³¹ BT-Drs. 17/6071, S. 78; F. Ekardt/B. Hennig, in: W. Frenz/H. Muggenborg (Hrsg.), EEG, 3. Aufl., § 33b Rn. 2.

⁶³² Bei einem Verstoß gegen die Voraussetzungen des § 33d EEG ergeben sich die Rechtsfolgen aus §§ 33d V iVm. § 33g III S. 1 Nr. 2 bzw. § 39 II S. 1 Nr. 3 EEG und es kommt zum Entfallen des Anspruchs auf die Marktprämie für die drei auf den Verstoß folgenden Kalendermonate bzw. kann der Strom nicht mehr für das Grünstromprivileg angerechnet werden; G. Wustlich/D. Müller, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012 – Eine systematische Einführung in die Marktprämie und die weiteren Neuregelungen zur Marktintegration, ZNER 2011, S. 380 (384).

⁶³³ BT-Drs. 17/6071, S. 78.

⁶³⁴ M. Altröck/V. Oschmann, in: dies./C. Theobald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., § 33b Rn. 2.

⁶³⁵ F. Ekardt/B. Hennig, in: W. Frenz/H. Muggenborg (Hrsg.), EEG, 3. Aufl., § 33b Rn. 8.

stellt und Missbrauch verhindert werden soll⁶³⁶. Allerdings geht § 33f EEG 2012, der die anteilige Direktvermarktung regelt, dem § 33c Abs. 1 EEG 2012 als Spezialregelung vor, was bedeutet, dass grundsätzlich auch die Möglichkeit besteht, nur einen Anteil der Strommenge direkt zu vermarkten⁶³⁷.

Weitergehende Voraussetzungen gelten für die durch das Erneuerbare-Energien-Gesetz geförderten Formen der Direktvermarktung gem. § 33c Abs. 2 EEG 2012. Diese entsprechen größtenteils den Voraussetzungen, die bei der Inanspruchnahme der Einspeisevergütung nach § 16 EEG 2012 erfüllt werden müssen, denn so kann sichergestellt werden, dass ausschließlich danach förderfähiger Strom die finanziellen Privilegien der Marktprämie bzw. des Grünstromprivilegs in Anspruch nimmt („Gleichlauf zwischen fester Einspeisevergütung und geförderter Direktvermarktung“)⁶³⁸. Eine Ausnahme gilt gem. § 33c Abs. 3 EEG 2012 für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Biomasse. Für diese ist eine Direktvermarktung abweichend von § 33c Abs. 2 Nr. 1 EEG 2012 auch dann möglich, wenn der Anspruch auf die Einspeisevergütung wegen Nichtvorliegens spezieller Voraussetzungen der §§ 27 ff. EEG 2012⁶³⁹ entfällt. Es handelt sich hierbei unter anderem um die anteilige Wärmenutzung bzw. die Pflicht zum Einsatz eines bestimmten Prozentsatzes Gülle als Voraussetzungen für die Einspeisevergütung. Priorität wird hier also dem Wechsel in die Direktvermarktung eingeräumt, für den damit ein besonderer Anreiz geschaffen werden sollte⁶⁴⁰. Darüber hinaus wird sichergestellt, dass die Anlagen auf die eine oder andere Art zum Ressourcen- und Klimaschutz beitragen⁶⁴¹. Aus den §§ 27 Abs. 3, 27a Abs. 2 EEG 2012 geht außerdem hervor, dass für Anlagen mit einer Leistung von mehr als 750 Kilowatt, die seit dem 01. Januar 2014 in Betrieb gehen, die Direktvermarktung obligatorisch gilt. Sie können keine Einspeisevergütung nach § 16 EEG 2012 mehr in Anspruch nehmen⁶⁴². Eine Förderung dieser Anlagen kann somit ebenfalls nur im Rahmen der §§ 33a ff. EEG erfolgen. Fraglich ist jedoch, ob bei dem Wechsel einer steigenden Anzahl an Biomasseanlagen in die Direktvermarktung der Umwelt- und Effizienzaspekt beispielsweise der Wärmenutzungspflicht zunehmend in den Hintergrund gerät und es somit erforderlich wird, an dieser Stelle diese Pflichten sukzessive auszuweiten.

⁶³⁶ BT-Drs. 17/6071, S. 78; G. Wustlich/D. Müller, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012 – Eine systematische Einführung in die Marktprämie und die weiteren Neuregelungen zur Marktintegration, ZNER 2011, S. 380 (382).

⁶³⁷ BT-Drs. 17/6071, S. 78.

⁶³⁸ G. Wustlich/D. Müller, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012 – Eine systematische Einführung in die Marktprämie und die weiteren Neuregelungen zur Marktintegration, ZNER 2011, S. 380 (383); gleiche Systematik findet sich beim Grünstromprivileg, siehe A. Gabler, Das Grünstromprivileg des § 37 Abs. 1 Satz 2 EEG in der Praxis, REE 2011, S. 68 (71).

⁶³⁹ § 27 III und IV, § 27a II oder § 27c III EEG.

⁶⁴⁰ BT-Drs. 17/6071, S. 79.

⁶⁴¹ G. Wustlich/D. Müller, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012 – Eine systematische Einführung in die Marktprämie und die weiteren Neuregelungen zur Marktintegration, ZNER 2011, S. 380 (386).

⁶⁴² G. Wustlich/D. Müller, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012 – Eine systematische Einführung in die Marktprämie und die weiteren Neuregelungen zur Marktintegration, ZNER 2011, S. 380 (386).

Während § 33c Abs. 2 Nr. 1 lit. a EEG 2012 dafür sorgt, dass lediglich nach § 16 EEG 2012 potentiell förderfähiger Strom auch für die Marktprämie in Frage kommt, ist Ziel des § 33c Abs. 2 Nr. 1 lit. b EEG 2012, dass der direkt vermarktete Strom nicht mehrfach gefördert wird⁶⁴³. Hierdurch wird die Inanspruchnahme vermiedener Netzentgelte nach § 18 Abs. 1 Satz 1 StromNEV⁶⁴⁴ unterbunden. Wie für die Direktvermarktung untersagt § 18 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 StromNEV deren Inanspruchnahme auch im Rahmen der festen Einspeisevergütung, denn eine Kostendeckung, so wird begründet, kann vollständig über die jeweils bestehende Förderung erreicht werden⁶⁴⁵.

Hinsichtlich der Bilanzierung sieht § 33c Abs. 2 EEG 2012 vor, dass der tatsächlich eingespeiste Strom zum einen viertelstündlich gemessen und bilanziert wird (§ 33c Abs. 2 Nr. 3 EEG 2012), zum anderen ist der direkt vermarktete Strom in einem Bilanz- bzw. Unterbilanzkreis zu bilanzieren, in dem ausschließlich in derselben Form des § 33b Nr. 1 oder 2 EEG 2012 direkt vermarkteter Strom bilanziert wird (§ 33c Abs. 2 Nr. 4 EEG 2012). Grund hierfür ist die Überwachung der separaten Vermarktung in den unterschiedlichen Formen sowie die Verhinderung einer Doppelvermarktung⁶⁴⁶. Außerdem kann auf diese Weise statistisch evaluiert werden, in welchem Umfang die unterschiedlichen Formen der Direktvermarktung tatsächlich in Anspruch genommen werden⁶⁴⁷.

(1) Das Marktprämienmodell

Die genaue Ausgestaltung der Direktvermarktung in die Marktprämie gem. § 33b Nr. 1 EEG 2012 findet sich in § 33g EEG 2012. Dieser regelt zusätzliche Voraussetzungen für den Erhalt der Prämie (Absatz 1), Vorgaben zur Höhe des Anspruchs (Absatz 2)⁶⁴⁸ sowie Anspruchseinzwendungen (Absatz 3). Ziel der Marktprämie ist die Förderung der Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien, insbesondere auch aus Biomasse und somit die Integration dieser Formen der Energieerzeugung in den Strommarkt⁶⁴⁹. Diese Förderung erfolgt dergestalt, dass die Anlagenbetreiber die Differenz zwischen der jeweiligen Einspeisevergütung und den Markterlösen erstattet bekommen; die Marktprämie stellt also einen „Zuschuss zu dem Vermarktungserlös“⁶⁵⁰ dar. Allerdings wird als Richtwert nicht der vom Anlagenbetrei-

⁶⁴³ BT-Drs. 17/6071, S. 78.

⁶⁴⁴ Stromnetzentgeltverordnung v. 25.07.2005 (BGBl. I S. 2225), die zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066) geändert worden ist.

⁶⁴⁵ M. Altrock/V. Oschmann, in: dies./C. Theobald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., § 33c Rn. 10; eine a. A. geht davon aus, dass die vermiedenen Netzentgelte bereits in der finanziellen Unterstützung enthalten sind, siehe A. Hirsch/N. Holzappel, in: H. Loibl/M. Maslaton/H. von Bredow/R. Walter (Hrsg.), Biogasanlagen im EEG, 3. Aufl., S. 544.

⁶⁴⁶ BT-Drs. 17/6071, S. 79; G. Wustlich/D. Müller, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012 – Eine systematische Einführung in die Marktprämie und die weiteren Neuregelungen zur Marktintegration, ZNER 2011, S. 380 (383).

⁶⁴⁷ BT-Drs. 17/6071, S. 79.

⁶⁴⁸ Dies iVm. mit § 33h EEG, Anlage 4 zum EEG sowie der Managementprämienverordnung.

⁶⁴⁹ BT-Drs. 17/6071, S. 80; EEG-Erfahrungsbericht 2011 zum Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG-Erfahrungsbericht), S. 8; G. Wustlich, in: M. Altrock/V. Oschmann/C. Theobald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., § 33g Rn. 9.

⁶⁵⁰ G. Wustlich, in: M. Altrock/V. Oschmann/C. Theobald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., § 33g Rn. 9.

ber tatsächlich erzielte Preis am Markt herangezogen, sondern der jeweilige Monatsmittelwert des börslichen Strompreises. Die Marktprämie stellt somit eine „gleitende Prämie“ dar, die an die sich monatlich ändernden Strompreise angepasst wird⁶⁵¹. Dies hat zur Folge, dass, vermarktet der Anlagenbetreiber seinen Strom zu idealen Preisen (beispielsweise bei der Verlagerung der Erzeugung in Hochpreiszeiten), seine Erlöse die der festen Einspeisevergütung theoretisch übersteigen können, womit ein finanzieller Anreiz für die Direktvermarktung gesetzt werden soll⁶⁵². Hieraus ergibt sich die „zentrale Lenkungsfunktion“ der Marktprämie, denn Zeiten hoher Strompreise sind in der Regel auch Zeiten hoher Nachfrage, d.h. eine Stromerzeugung während dieser Zeiten wird grundsätzlich angeregt⁶⁵³. Relativierend wirkt sich jedoch aus, dass durch Heranziehen des Monatsmittelwerts die Schwankungen des Preisniveaus und damit auch die finanziell positiven Effekte für die Anlagenbetreiber ausgeglichen werden⁶⁵⁴.

Voraussetzungen für den Erhalt der Marktprämie sind, dass es sich um Strom aus erneuerbaren Energien oder Grubengas handelt, der nach § 33b Nr. 1 EEG 2012 direkt vermarktet wird (§ 33g Abs. 1 Satz 1 EEG 2012). Dies schließt eine sonstige Direktvermarktung, beispielsweise über das Grünstromprivileg, sowie sonstige Vermarktungsformen, die keine Direktvermarktung sind, aus⁶⁵⁵. Jedoch bleibt die Möglichkeit, den Strom gleichzeitig auf dem Regenergiemarkt anzubieten, bestehen⁶⁵⁶. Der Strom muss hierfür tatsächlich eingespeist und von einem Dritten abgenommen worden sein (§ 33g Abs. 1 Satz 2 EEG 2012), d.h. Anlagen, die zur Bereitstellung negativer Regelleistung keinen Strom in das Netz einspeisen, haben keinen Anspruch auf die Marktprämie; dies allerdings nur, sofern die Leistung tatsächlich abgerufen wurde⁶⁵⁷.

Wesentlicher Bestandteil der Marktprämie ist die sogenannte Managementprämie, die jene Mehrkosten ausgleicht, die bisher dem Übertragungsnetzbetreiber oblagen und über den

⁶⁵¹ T. Schomerus/A. Henkel, Die Marktprämie im EEG 2012 – eine erste Zwischenbilanz, ER 2012, S. 13 (15); F. Sensfuß/M. Ragwitz, Weiterentwickeltes Fördersystem für die Vermarktung von erneuerbarer Stromerzeugung, Fraunhofer ISI, 2011, S. 1.

⁶⁵² G. Wustlich/D. Müller, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012 – Eine systematische Einführung in die Marktprämie und die weiteren Neuregelungen zur Marktintegration, ZNER 2011, S. 380 (388); T. Schomerus/A. Henkel, Die Marktprämie im EEG 2012 – eine erste Zwischenbilanz, ER 2012, S. 13 (15).

⁶⁵³ G. Wustlich/D. Müller, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012 – Eine systematische Einführung in die Marktprämie und die weiteren Neuregelungen zur Marktintegration, ZNER 2011, S. 380 (388); T. Schomerus/A. Henkel, Die Marktprämie im EEG 2012 – eine erste Zwischenbilanz, ER 2012, S. 13 (15).

⁶⁵⁴ Bode, Vom EEG zur Marktintegration von erneuerbaren Energien, ZfU 2/2014, S. 134 (138).

⁶⁵⁵ G. Wustlich, in: M. Altröck/V. Oschmann/C. Theobald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., § 33g Rn. 36.

⁶⁵⁶ G. Wustlich/D. Müller, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012 – Eine systematische Einführung in die Marktprämie und die weiteren Neuregelungen zur Marktintegration, ZNER 2011, S. 380 (389); H. von Bredow/F. Valentin, in: H. Loibl/M. Maslaton/H. von Bredow/R. Walter (Hrsg.), Biogasanlagen im EEG, 3. Aufl., S. 618 ff.

⁶⁵⁷ G. Wustlich, in: M. Altröck/V. Oschmann/C. Theobald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., § 33g Rn. 42.

Ausgleichsmechanismus⁶⁵⁸ vergütet wurden, die in der Direktvermarktung jedoch beim Anlagenbetreiber anfallen⁶⁵⁹. Dieser muss, möchte er seinen Strom direkt vermarkten, zusätzliche Pflichten erfüllen, sich also beispielsweise als Händler eintragen lassen und außerdem, wie dies § 33c Abs. 2 Nr. 3 EEG 2012 vorschreibt, Prognosen über die einzuspeisenden Strommengen abgeben⁶⁶⁰. Falsche Prognosen bedeuten, dass Regelenergie durch den Übertragungsnetzbetreiber (ÜNB) bereitgestellt werden muss, für deren Kosten der Anlagenbetreiber aufkommt⁶⁶¹. Ungenaue Prognosen haben also zur Folge, dass die Vorteile der Managementprämie durch zusätzliche Kosten relativiert werden, womit also gleichzeitig ein Anreiz für besonders genaue Einspeiseprognosen und damit ein Beitrag zur Netzstabilität geschaffen wurde⁶⁶². Entsprechend § 6 Abs. 1 AusglMechAV umfassen die Aufwendungen unter anderem Kosten für die Börsenzulassung und Handelsanbindung, die Transaktionen für die Erfassung der Ist-Werte, die IT-Infrastruktur sowie Personal und Dienstleistungen oder notwendige Kosten für die Erstellung der Prognosen. Aufgrund der Tatsache, dass diese Kosten bei den fluktuierenden erneuerbaren Energien (Wind, Photovoltaik) generell höher ausfallen, als dies bei den steuerbaren Energieträgern (Biomasse) der Fall ist, wird die Managementprämie hier in unterschiedlicher Höhe je nach Technologie gewährt⁶⁶³. Die Managementprämie ist degressiv ausgestaltet. Da die vorgenannten Kosten bei den Anlagenbetreibern beim Einstieg in die Direktvermarktung höher sein werden, als dies bei den Übertragungsnetzbetreibern der Fall ist, liegt die Managementprämie zunächst höher, sinkt dann aber stark ab⁶⁶⁴. Hierdurch soll ein Anreiz für zügigen technologischen Fortschritt hin zu einer verbesserten Durchführung der Direktvermarktung gesetzt werden⁶⁶⁵. Gem. § 64f Nr. 3 EEG 2012 kann die Höhe der Managementprämie per Verordnung durch die Bundesregierung geändert werden⁶⁶⁶.

⁶⁵⁸ Verordnung zur Weiterentwicklung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus (Ausgleichsmechanismusverordnung – AusglMechV) v. 17.07.2009 (BGBl. I S. 2101), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes v. 17.08.2012 (BGBl. I S. 1754).

⁶⁵⁹ G. Wustlich/D. Müller, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012 – Eine systematische Einführung in die Marktprämie und die weiteren Neuregelungen zur Marktintegration, ZNER 2011, S. 380 (391).

⁶⁶⁰ T. Schomerus/A. Henkel, Die Marktprämie im EEG 2012 – eine erste Zwischenbilanz, ER 2012, S. 13 (15).

⁶⁶¹ T. Schomerus/A. Henkel, Die Marktprämie im EEG 2012 – eine erste Zwischenbilanz, ER 2012, S. 13 (15).

⁶⁶² BMU, Entwurf Erfahrungsbericht 2011 zum Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG-Erfahrungsbericht), Entwurf (Stand: 03.05.2011), S. 4 (8).

⁶⁶³ Nrn. 2.1.2, 2.2.3, 2.3.4, 2.4.3 der Anlage 4 zum EEG 2012; A. Hirsch/N. Holzapfel, in: H. Loibl/M. Maslaton/H. von Bredow/R. Walter (Hrsg.), Biogasanlagen im EEG, 3. Aufl., S. 565.

⁶⁶⁴ G. Wustlich/D. Müller, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012 – Eine systematische Einführung in die Marktprämie und die weiteren Neuregelungen zur Marktintegration, ZNER 2011, S. 380 (392).

⁶⁶⁵ W. Lehnert, Markt- und Systemintegration der Erneuerbaren-Energien: Eine rechtliche Analyse der Regeln zur Direktvermarktung im EEG 2012, ZUR 2012, S. 4 (12).

⁶⁶⁶ Für nicht steuerbare Energieträger ist dies im Rahmen der Verordnung über die Höhe der Managementprämie für Strom aus Windenergie und solarer Strahlungsenergie (Managementprämienverordnung – MaPrV) v. 02.11.2012 (BGBl. I S. 2278) ab dem Jahr 2013 geschehen.

Wechselt ein Anlagenbetreiber in die Direktvermarktung mit Marktprämie, erweitert sich das bei der festen Einspeisevergütung bestehende Zwei-Personen-Verhältnis zwischen Anlagen- und Netzbetreiber. Letzterer ist nach wie vor verpflichtet, den Strom vorrangig abzunehmen sowie die Marktprämie auszuzahlen, was nach den Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes erfolgt⁶⁶⁷. Daneben tritt nunmehr allerdings eine dritte Partei in Form eines Stromhändlers bzw. eines Letztverbrauchers, der den Strom vom Anlagenbetreiber direkt abnimmt und hierfür den vertraglich vereinbarten Preis zahlt⁶⁶⁸. Hinsichtlich der Frage, ob für die vom Netzbetreiber ausgezahlte Marktprämie⁶⁶⁹ Umsatzsteuer nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG⁶⁷⁰ anfällt, hat das Bundesfinanzministerium klargestellt, dass es sich hierbei „um einen echten, nicht steuerbaren Zuschuss“ handelt⁶⁷¹, eine Umsatzsteuerpflicht also nicht besteht⁶⁷².

i. Die flankierende Flexibilitätsprämie für Biogasanlagen

Wie bereits dargestellt, erfordert der flexible Betrieb einer Biomasseanlage in der Regel zusätzliche Investitionen insbesondere in die Technik (zusätzliche Speicher, Gasaufbereitung, Messeinrichtungen etc.). Um für ein solches Auf- und Umrüsten der Anlage zum Einstieg in die Direktvermarktung in die Marktprämie nach § 33b Nr. 1 EEG 2012 zusätzliche finanzielle Anreize zu schaffen, wurde die Flexibilitätsprämie des § 33i EEG für Biogasanlagen in das Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012 aufgenommen⁶⁷³. Diese wird gem. § 33i Abs. 4 EEG 2012 für die Dauer von zehn Jahren (120 Monaten) gewährt und nach Maßgabe des § 33i Abs. 2 EEG 2012 kalenderjährlich berechnet, wobei monatliche Abschläge anteilig der zu erwartenden Höhe zu leisten sind, § 33i Abs. 2 Satz 3 EEG 2012⁶⁷⁴.

Die Voraussetzungen für den Erhalt der Prämie ergeben sich aus § 33i Abs. 1 EEG 2012. Erforderlich ist hierfür, dass der gesamte Strom für die Dauer der Inanspruchnahme der Marktprämie gem. § 33b Nr. 1 EEG 2012 direkt vermarktet wird⁶⁷⁵ und grundsätzlich ein

⁶⁶⁷ W. Lehnert, Markt- und Systemintegration der Erneuerbaren-Energien: Eine rechtliche Analyse der Regeln zur Direktvermarktung im EEG 2012, ZUR 2012, S. 4 (12).

⁶⁶⁸ W. Lehnert, Markt- und Systemintegration der Erneuerbaren-Energien: Eine rechtliche Analyse der Regeln zur Direktvermarktung im EEG 2012, ZUR 2012, S. 4 (12).

⁶⁶⁹ Gleiches gilt bei der Flexibilitätsprämie nach § 33i EEG 2012.

⁶⁷⁰ Umsatzsteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 21.02.2005 (BGBl. I S. 386), das zuletzt durch Artikel 11 des Gesetzes v. 22.12.2014 (BGBl. I S. 2417) geändert worden ist.

⁶⁷¹ Schreiben des BMF v. 06.11.2012.

⁶⁷² G. Wustlich/D. Müller, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012 – Eine systematische Einführung in die Marktprämie und die weiteren Neuregelungen zur Marktintegration, ZNER 2011, S. 380 (389).

⁶⁷³ Ausführlich hierzu siehe U. Holzhammer et al., Flexible Stromproduktion aus Biogas und Biomethan, 29.04.2011; W. Lehnert, in: M. Altröck/V. Oschmann/C. Theobald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., § 33i Rn. 3 f.; für Bestandsanlagen gilt § 66 I Nr. 11 EEG, die Anlage muss also nach dem jeweils anwendbaren EEG vergütungsfähig sein, sowie die Voraussetzungen für die Direktvermarktung nach § 33i EEG erfüllen.

⁶⁷⁴ A. Hirsch/N. Holzappel, in: H. Loibl/M. Maslaton/H. von Bredow/R. Walter (Hrsg.), Biogasanlagen im EEG, 3. Aufl., S. 569; W. Lehnert, Markt- und Systemintegration der Erneuerbaren-Energien: Eine rechtliche Analyse der Regeln zur Direktvermarktung im EEG 2012, ZUR 2012, S. 4 (16).

⁶⁷⁵ Eine anteilige Direktvermarktung gem. § 33f EEG reicht nicht aus.

Vergütungsanspruch nach § 16 EEG 2012 besteht⁶⁷⁶. Allerdings wird die Flexibilitätsprämie bei Entfallen des Anspruchs auf die Marktprämie, insbesondere nach § 33g Abs. 3 EEG 2012, dennoch weiter gewährt, was damit begründet wird, dass die hierdurch eintretende Rechtsfolge ausreichenden Sanktionscharakter besitzt⁶⁷⁷. Außerdem muss die Anlage für die Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie einen Mindestauslastungsgrad einhalten, um eine Förderung nicht genutzter Kapazitäten zu vermeiden⁶⁷⁸. Gem. § 33i Abs. 1 Nr. 2 EEG 2012 ist es daher notwendig, dass die Bemessungsleistung der Anlage mindestens das 0,2-fache der installierten Leistung beträgt⁶⁷⁹. Hinzu kommen darüber hinaus formale Anforderungen in § 33i Abs. 1 Nr. 3 und 4 EEG 2012, wie eine Meldung über Standort und Leistung der Anlage, sowie über die Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie an die Bundesnetzagentur bzw. an den Betreiber eines Anlagenregisters und über die Bescheinigung durch einen Umweltgutachter, dass die Anlage für den bedarfsorientierten Betrieb technisch geeignet ist. 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 Anlage⁶⁸⁰. Berücksichtigt wird darüber hinaus die Kapazitätskomponente⁶⁸¹, mit der die zusätzliche flexibel abrufbare Leistung der Anlage honoriert wird.

Unterschiedliche Ansichten gibt es darüber, wie sich der Wiedereinstieg in die Direktvermarktung nach vorübergehender Inanspruchnahme der festen Einspeisevergütung auf den Erhalt der Flexibilitätsprämie auswirkt. Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus, dass „ein zwischenzeitlicher Ausstieg aus der Marktprämie nach § 33d Abs. 1 [EEG 2012] [...] zu einem Entfallen des Anspruchs für die gesamte Zukunft [führt]“⁶⁸². Nach gegenteiliger Auffassung gebe es für einen solch strengen Ausschluss allerdings keine Stütze im Gesetzeswortlaut. Insbesondere seien Vergütungsausfälle in der Regel ausdrücklich im Gesetz festgeschrieben, wie dies z.B. in § 16 Abs. 3 EEG 2012 der Fall sei⁶⁸³. Letztere Ansicht spricht dafür, dass der Anspruch auf die Prämie nach dem Wiedereinstieg in die Direktvermarktung nicht entfällt, allerdings durch den Ausstieg auch nicht verlängert wird⁶⁸⁴.

⁶⁷⁶ BT-Drs. 17/6071, S. 81.

⁶⁷⁷ BT-Drs. 17/6071, S. 81.

⁶⁷⁸ BT-Drs. 17/6071, S. 81; *F. Valentin*, Das neue System der Direktvermarktung von EEG-Strom im Überblick, REE 2012, S. 11 (14).

⁶⁷⁹ Berechnet wird die Bemessungsleistung nach Nummer 1 der Anlage 5 zum EEG.

⁶⁸⁰ *G. Wustlich/D. Müller*, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012 – Eine systematische Einführung in die Marktprämie und die weiteren Neuregelungen zur Marktintegration, ZNER 2011, S. 380 (395).

⁶⁸¹ Über die Verordnungsermächtigung des § 64f IV lit. b EEG 2012 kann die Höhe der Kapazitätskomponente geändert werden.

⁶⁸² BT-Drs. 17/6071, S. 81.

⁶⁸³ *A. Hirsch/N. Holzapfel*, in: H. Loibl/M. Maslaton/H. von Bredow/R. Walter (Hrsg.), Biogasanlagen im EEG, 3. Aufl., S. 578 f.

⁶⁸⁴ *R. Walter*, Rechtlicher Rahmen der flexiblen Strombereitstellung, abrufbar unter: <https://www.energetische-biomassenut->

ii. Flexibilisierung und Eintragung ins Anlagenregister nach der Anlagenregisterverordnung

Gem. § 6 AnlRegV⁶⁸⁵ sind Anlagenbetreiber dazu verpflichtet, ihre Anlage zum Zweck der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie registrieren zu lassen. Dies betrifft auch Bestandsanlagen, die die Prämie erstmalig nach Inkrafttreten des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014, also ab dem 1. August 2014, in Anspruch nehmen. Die Anforderungen an die zu übermittelnden Daten enthält § 6 Abs. 2 AnlRegV. Dieser verweist zum einen auf die allgemeinen Anforderungen nach § 3 Abs. 2 AnlRegV (Name, Anschrift, Standort, Anlagenleistung, Datum der Inbetriebnahme, Einsatzstoffe etc.); zum anderen sind für die Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie gem. § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 AnlRegV der Zeitpunkt, ab dem die Flexibilitätsprämie in Anspruch genommen werden soll und die Angaben nach § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 AnlRegV, soweit nach dem 31. Juli 2014 die installierte Leistung der Anlage erhöht wird, zu übermitteln.

Die zentrale Erfassung aller Erneuerbare-Energien-Anlagen mit zusätzlichen belastbaren Daten über eventuell flexibel abrufbare Kapazitäten und deren Standort erleichtert zum einen den Verwaltungsaufwand, sowohl auf Seiten der bisher eingebundenen Behörden als auch der Meldepflichtigen, und zum anderen kann auf diese Weise rasch und unkompliziert festgestellt werden, in welchem Umfang und wo flexible Lasten zur Verfügung stehen.

(2) Das Grünstromprivileg

Das sogenannte „Grünstromprivileg“ in § 39 EEG 2012 stellt eine weitere Möglichkeit der geförderten Direktvermarktung dar, § 33b Nr. 2 EEG 2012. Wie auch durch die Marktprämie soll hiermit die Integration der erneuerbaren Energien in den Strommarkt – insbesondere auch zum Ausgleich fluktuierender Energiequellen – vorangetrieben werden⁶⁸⁶. Diese erfolgt dergestalt, dass Elektrizitätsversorgungsunternehmen (§ 3 Nr. 2 lit. d EEG 2012)⁶⁸⁷, die Letztverbraucher mit einem gesetzlich festgeschriebenen Anteil an Elektrizität aus erneuerbaren Energien beliefern (§ 39 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2012) und eine nur verringerte EEG-Umlage (§ 37 Abs. 2 EEG 2012) im Rahmen des Ausgleichsmechanismus an die Übertragungsnetzbetreiber zahlen⁶⁸⁸. Anlagenbetreiber, die Strom aus erneuerbaren Energien erzeugen, erhalten als Folge dieser Besserstellung in der Regel einen höheren Strompreis⁶⁸⁹ und damit eine – im

zung.de/fileadmin/user_upload/Downloads/Tagungen/Flex_2013/Walter_Fachverband_Biogas_Flex.pdf (27.02.2015).

⁶⁸⁵ Anlagenregisterverordnung v. 01.08.2014 (BGBl. I S. 1320), die durch Artikel 3 der Verordnung v. 17.02.2015 (BGBl. I S. 146) geändert worden ist.

⁶⁸⁶ G. Wustlich, in: M. Altröck/V. Oschmann/C. Theobald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., § 39 Rn. 12 f.

⁶⁸⁷ Die Definition weist wesentliche Überschneidungen mit der des „Energieversorgungsunternehmens“ in § 3 Nr. 18 EnWG auf; C. Moench/M. Ruttloff, Das Grünstromprivileg des § 39 EEG 2012, RdE 2012, S. 134 (134).

⁶⁸⁸ C. Moench/M. Ruttloff, Das Grünstromprivileg des § 39 EEG 2012, RdE 2012, S. 134 (134).

⁶⁸⁹ S. Herz/F. Valentin, Die Vermarktung von Strom aus Photovoltaik- und Windenergieanlagen, EnWZ 2013, S. 16 (17).

Gegensatz zur Marktprämie – indirekte Förderung⁶⁹⁰. Die Verringerung gilt für Stromlieferungen ab dem 01. Januar 2012 ungeachtet der Tatsache, ob es sich um Neuanmeldungen handelt oder der jeweilige Anbieter das Grünstromprivileg schon unter dem Erneuerbare-Energien-Gesetz 2009 in Anspruch genommen hat⁶⁹¹.

Die Anspruchsvoraussetzungen, die ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen erfüllen muss, um unter das Grünstromprivileg zu fallen, befinden sich in § 39 Abs. 1 EEG 2012 und werden in Abs. 2 weiter ausgeführt⁶⁹². Letzterer sieht vor, dass hinsichtlich des vermarkteten Stroms die Anforderungen an die Direktvermarktung (§ 33c Abs. 1, 2 EEG 2012) erfüllt bzw. diese nicht aufgrund von Fehlern des Anlagenbetreibers ausgeschlossen sind⁶⁹³. Weiterhin enthalten sind Anforderungen an das Stromportfolio des Elektrizitätsversorgungsunternehmens in § 39 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2012. Dieses muss, gemessen an den gesamten an die Letztverbraucher weitergegebenen Strommengen, zu mindestens 50 Prozent aus Strom bestehen, der nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz vergütungsfähig ist, sowie zu mindestens 20 Prozent aus Strom aus fluktuierenden erneuerbaren Energien, wobei diese Werte kumulativ vorliegen müssen, sich jedoch überschneiden können⁶⁹⁴. Diese Werte müssen sowohl im Jahresdurchschnitt, als auch in acht Monaten des Kalenderjahres erfüllt werden. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass die volatilen erneuerbaren Energien kontinuierlich in den Strommarkt integriert werden⁶⁹⁵. Die Verringerung umfasst allerdings die gesamte vermarktete Strommenge, d.h. auch wenn diese aus sogenanntem „Graustrom“ besteht⁶⁹⁶.

Mit dem Hinweis in § 39 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2012, dass es sich bei den jeweiligen Anteilen um Strom iSd. §§ 23 bis 33 EEG 2012 bzw. §§ 29 bis 33 EEG 2012 handeln muss, wird sichergestellt, dass es sich nicht lediglich um Strom aus volatilen erneuerbaren Energiequellen handelt, sondern auch mit diesem grundsätzlich die Vergütungsvoraussetzungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes erfüllt werden, auch wenn die Einspeisevergütung vom Anlagenbetreiber tatsächlich nicht beansprucht wird⁶⁹⁷. Da nur die vergütungsfähigen Strommengen im

⁶⁹⁰ G. Wustlich/D. Müller, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012 – Eine systematische Einführung in die Marktprämie und die weiteren Neuregelungen zur Marktintegration, ZNER 2011, S. 380 (392).

⁶⁹¹ G. Wustlich, in: M. Altröck/V. Oschmann/C. Theobald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., § 39 Rn. 30.

⁶⁹² G. Wustlich, in: M. Altröck/V. Oschmann/C. Theobald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., § 39 Rn. 30.

⁶⁹³ Hierdurch wird die parallele Wertung zur sonstigen geförderten Direktvermarktung, insbesondere zur Marktprämie, gewährleistet; G. Wustlich/D. Müller, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012 – Eine systematische Einführung in die Marktprämie und die weiteren Neuregelungen zur Marktintegration, ZNER 2011, S. 380 (392 f.); G. Wustlich, in: M. Altröck/V. Oschmann/C. Theobald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., § 39 Rn. 42 f.

⁶⁹⁴ BT-Drs. 17/6071, S. 83.

⁶⁹⁵ BT-Drs. 17/6071, S. 83; G. Wustlich/D. Müller, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012 – Eine systematische Einführung in die Marktprämie und die weiteren Neuregelungen zur Marktintegration, ZNER 2011, S. 380 (392); C. Moench/M. Ruttloff, Das Grünstromprivileg des § 39 EEG 2012, RdE 2012, S. 134 (137).

⁶⁹⁶ S. Herz/F. Valentin, Die Vermarktung von Strom aus Photovoltaik- und Windenergieanlagen, EnWZ 2013, S. 16 (18).

⁶⁹⁷ C. Moench/M. Ruttloff, Das Grünstromprivileg des § 39 EEG 2012, RdE 2012, S. 134 (137).

Ausgleichsmechanismus relevant werden und diese Umlage durch die Direktvermarktung des Stroms in Form des Grünstromprivilegs entlastet werden soll, handelt es sich hierbei um eine konsequente Einschränkung⁶⁹⁸.

Um auf die Vorgaben in § 39 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2012 angerechnet zu werden, muss es sich darüber hinaus um gekennzeichneten Strom iSd. § 42 EEG 2012, der aus erneuerbaren Energien stammt, handeln. Dies bedeutet, dass für die jeweilige Strommenge ein Herkunftsnachweis ausgestellt wurde und diese beiden Produkte nur in Verbindung miteinander gehandelt werden dürfen⁶⁹⁹. Hinzu kommen formelle Anzeige- und Hinweispflichten, die das Elektrizitätsversorgungsunternehmen gegenüber dem Übertragungsnetzbetreiber bzw. dem Letztverbraucher zu erfüllen hat, § 39 Abs. 1 Nr. 2 und 3 EEG 2012. Entsprechend den Regelungen zur Direktvermarktung ist die Rechtsfolge bei Verstößen gegen die genannten Voraussetzungen, dass die betroffenen Strommengen nicht auf die Vorgaben für das Stromportfolio angerechnet werden können⁷⁰⁰.

Um zu bewirken, dass die Stromversorger ihr Angebot dem Bedarf der Letztverbraucher anpassen, ist die Anrechenbarkeit der Strommengen auf das Grünstromprivileg begrenzt⁷⁰¹. Gem. § 39 Abs. 1 Nr. 1 HS 2 EEG 2012 darf Strom aus erneuerbaren Energien und Grubengas nur in der Höhe des zusammengerechneten Bedarfs aller belieferten Letztverbraucher, bezogen auf jedes 15-Minuten-Intervall, berücksichtigt werden⁷⁰².

(3) Zusammenfassung

Ziel der Regelungen zur Direktvermarktung in den §§ 33a ff. EEG 2012 und insbesondere der flankierenden Flexibilitätsprämie in § 33i EEG 2012 ist es, die erneuerbaren Energien und speziell die Bioenergie an die Anforderungen des Strommarktes heranzuführen. Im Gegensatz zur festen Einspeisevergütung, die die kontinuierliche Stromerzeugung und -einspeisung anreizt, soll damit gleichzeitig eine dem Bedarf angepasste Energieerzeugung gefördert werden⁷⁰³.

⁶⁹⁸ A. Gabler, Das Grünstromprivileg des § 37 I S. 2 EEG in der Praxis, REE 2011, S. 68 (71); C. Moench/M. Ruttloff, Das Grünstromprivileg des § 39 EEG 2012, RdE 2012, S. 134 (137).

⁶⁹⁹ G. Wustlich/D. Müller, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012 – Eine systematische Einführung in die Marktprämie und die weiteren Neuregelungen zur Marktintegration, ZNER 2011, S. 380 (393).

⁷⁰⁰ BT-Drs. 17/6071, S. 83.

⁷⁰¹ G. Wustlich, in: M. Altröck/V. Oschmann/C. Theobald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl., § 39 Rn. 50.

⁷⁰² BT-Drs. 17/6071, S. 83.

⁷⁰³ W. Lehnert et al., Flexible Stromproduktion aus Biogas und Biomethan, S. 3, abrufbar unter http://www.energiesystemtechnik.iwes.fraunhofer.de/de/presse-info-thek/publikationen/uebersicht/2011/flexible_stromproduktionausbiogasundbiomethan/_jcr_content/pressrelease/linklistPar/download/file.res/Flexible%20Stromproduktion%20aus%20Biogas%20und%20Biomethan.pdf?wcmode=disabled (27.02.2015).

2. Die Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014 zur Flexibilisierung von Biogasanlagen

Hinsichtlich der Vergütung flexibel zur Verfügung gestellter Leistung sieht das novellierte Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 eine Differenzierung zwischen Bestandsanlagen und Neuanlagen vor. Im Laufe des Gesetzgebungsprozesses wurde dieser Teil mehrmals überarbeitet und geändert. Ursprünglich formuliertes Ziel ist es dabei, die Kosten der Biogaserzeugung zu senken, indem für bestehende und neue Anlagen die Anreize erhöht werden, und diese den Erfordernissen des Marktes flexibel anzupassen⁷⁰⁴.

Zu diesem Zweck regelt § 52 Abs. 1 EEG 2014 nunmehr ganz allgemein, dass Anlagenbetreiber gegen den Netzbetreiber einen Anspruch auf finanzielle Förderung flexibel zur Verfügung gestellter Leistung haben, sofern für den in der Anlage erzeugten Strom dem Grunde nach ein Anspruch auf finanzielle Förderung nach dem jeweils geltenden Erneuerbare-Energien-Gesetz besteht⁷⁰⁵. Weiterhin ist für alle Anlagen eine technische Einrichtung zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung durch den Netzbetreiber Voraussetzung⁷⁰⁶. Terminologisch unterscheidet das Erneuerbare-Energien-Gesetz nunmehr – ohne inhaltlich-systematische Differenzierung – zwischen einem Flexibilitätszuschlag für Neuanlagen und einer Flexibilitätsprämie für Bestandsanlagen⁷⁰⁷. Damit verbunden ist die Erweiterung der bisherigen Förderung des tatsächlich erzeugten Stroms um die Förderung der bloßen Bereitstellung von bereitgehaltener Kapazität⁷⁰⁸.

a. Der Flexibilitätszuschlag für neue Anlagen

Bereits im ersten Entwurf⁷⁰⁹ zum Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 wurde für die nach Inkrafttreten dieses Gesetzes in Betrieb genommenen Neuanlagen die Regelungssystematik der Flexibilitätsprämie, wie sie in § 33i EEG 2012 bestand, vollständig aufgegeben und durch einen sog. Kapazitätzuschlag (in späteren Entwürfen und der geltenden Fassung Flexibilitätszuschlag) in Höhe von pauschal 40 Euro je Kilowatt installierter Leistung und Jahr für die Bereitstellung flexibler installierter Leistung ersetzt, mit der Maßgabe, dass für den in der Anlage erzeugten Strom nach den für Biomasse bzw. Biogas geltenden Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes eine Vergütung (Marktprämie oder Einspeisevergütung) in

⁷⁰⁴ Beschlussvorschlag zur Kabinettsvorlage des *BMWi*, Eckpunkte für die Reform des EEG v. 21.01.2014, S. 12.

⁷⁰⁵ Für Neuanlagen wäre dies ein Förderanspruch nach § 19 EEG, für bestehende Anlagen ein Anspruch gem. § 19 iVm. § 96 I EEG, wobei für die Flexibilitätsprämie die Veräußerung des Stroms aus bestehenden Anlagen über die Direktvermarktung vorausgesetzt wird; vgl. BT-Drs. 18/1304, S. 226.

⁷⁰⁶ Zu dieser bereits im EEG 2004 vorhandenen Regelung und der Rechtsentwicklung siehe oben D.II.1.a.

⁷⁰⁷ Hintergrund für die unterschiedlichen Termini dürfte sein, dass bei Bestandsanlagen am Begriff der (Flexibilitäts-)Prämie des § 33i EEG 2012 festgehalten werden und für Neuanlagen zur Unterscheidung ein neuer Begriff eingeführt werden sollte.

⁷⁰⁸ G. *Wustlich*, Das neue Erneuerbare-Energien-Gesetz – Grundlegend neu – aber auch grundlegend anders?, *NVwZ* 2014, S. 1113 (1117).

⁷⁰⁹ Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Vorschriften des Energiewirtschaftsrechts v. 18.02.2014.

Anspruch genommen wird. Die Regelung zum Flexibilitätszuschlag für neue Anlagen findet sich nunmehr in § 53 EEG 2014. Sie sieht eine solche Zusatzvergütung für Anlagen ab einer Leistung von 100 Kilowatt vor und soll geeignet sein, u.a. die regelmäßig anfallenden Kosten, die bei einer flexiblen Fahrweise der Anlage entstehen können, abzudecken⁷¹⁰. Darüber hinaus soll mit dem Zuschlag ein finanzieller Ausgleich dafür geschaffen werden, dass – ebenfalls iSd. Markt- und Systemintegration von Biogasanlagen⁷¹¹ – mit dem Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 für Neuanlagen mit einer installierten Leistung über 100 Kilowatt nur noch der Anteil des erzeugten Stroms, der einer Bemessungsleistung von 50 Prozent der installierten Leistung entspricht, vergütungsfähig wird. Dies stellt im Gegensatz zu bisherigen Vergütungsregelungen einen finanziellen Einschnitt dar, der teilweise durch den Flexibilitätszuschlag kompensiert wird⁷¹². Der Flexibilitätszuschlag kann für die gesamte Förderdauer von 20 Jahren in Anspruch genommen werden, § 53 Abs. 3 EEG 2014.

b. Die Flexibilitätsprämie für bestehende Anlagen

Da – wie sich u.a. aus den Übergangsbestimmungen ergibt – das Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 sowohl für Neu- als auch für Bestandsanlagen gilt, sollte auch für letztere Anlagentypen, die bisher noch keine Flexibilitätsprämie nach § 33i EEG 2012 in Anspruch genommen haben und den in der Anlage erzeugten Strom direkt vermarkten, ein Flexibilisierungsanreiz geschaffen werden. Bestehende Anlagen sind solche, die nach dem am 31. Juli 2014 geltenden Inbetriebnahmebegriff vor dem 01. August 2014, also noch unter Geltung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2012 oder früher, in Betrieb genommen worden sind, § 54 Satz 1 EEG 2014.

Im Gegensatz zum Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012, welches unter Flexibilisierung von Biogasanlagen die Steigerung der Stromerzeugungskapazität verstand, war für die Novelle zunächst vorgesehen, eine solche durch die Reduzierung der Biogaserzeugung bei gleichbleibender Stromproduktion zu realisieren. Dieser Systemwechsel sollte insbesondere dem Ziel dienen, die Kosten der Stromerzeugung aus Biogas, die u.a. auf die hohen Beschaffungskosten für Einsatzstoffe zurückgeführt werden, zu senken⁷¹³. Der Vorschlag für eine Flexibilitätsprämie beinhaltete eine pauschale sog. Kapazitätskomponente pro Kilowatt und Jahr, die bei gesetzlich festgelegter abgesenkter Bemessungsleistung der Anlage für die auf diese Weise bedarfsgerecht zur Verfügung gestellte Leistung gezahlt werden sollte. Allerdings stieß diese Regelung mit der Begründung auf Kritik, sie bewirke neben einer eventuellen Flexibilisierung das endgültige Herunterfahren der Anlagenleistung und damit auf lange Sicht

⁷¹⁰ BT-Drs. 18/1304, S. 226.

⁷¹¹ T. Müller/H. Kahl/F. Sailer, Das neue EEG 2014 – Systemwechsel beim weiteren Ausbau der erneuerbaren Energien, ER 2014, S. 139 (143).

⁷¹² J. Vollprecht/F. Clausen, Auf dem Weg zum EEG 2014 – Ein Werkstattbericht, EnWZ 2014, S. 112 (114).

⁷¹³ Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Vorschriften des Energiewirtschaftsrechts, Begründung v. 31.03.2014, S. 94.

ein Verschwinden der Biogasanlagen vom Strommarkt⁷¹⁴. Dies vor allem auch, da nach Absenken der Bemessungsleistung eine Umkehr, d.h. ein Wiederanheben der Produktionskapazität, gesetzlich ausgeschlossen wurde⁷¹⁵.

In einem überarbeiteten Referentenentwurf⁷¹⁶ fand daher eine Anpassung der Vorschrift zur Flexibilitätsprämie für bestehende Anlagen statt. Danach sollten den Anlagenbetreibern zwei Optionen zur Verfügung stehen, wobei die sog. Flexibilitätsprämie I im Wesentlichen der Regelung des § 33i EEG 2012 entsprach. Alternativ wurde an der vielfach kritisierten, an die Absenkung der Anlagenleistung gekoppelten, zusätzlichen Vergütung festgehalten (Flexibilitätsprämie II).

In die endgültige Fassung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014 fand letztere Regelung schließlich keinen Eingang mehr. Für bestehende Anlagen regelt § 54 iVm. Anlage 3 EEG 2014 die Flexibilitätsprämie, die in ihrer Ausgestaltung der Systematik des § 33i EEG 2012 entspricht. Sie gilt demnach auch dann, wenn eine Inanspruchnahme erstmals nach Inkrafttreten des novellierten Erneuerbare-Energien-Gesetzes, also nach dem 01. August 2014 vorgenommen wird und ist für die Dauer von 10 Jahren zu zahlen. Einschränkend ist der Anspruch allerdings als sog. Flexibilitätsprämien-Deckel⁷¹⁷ auf die ersten 1.350 Megawatt zu bereits bestehenden Anlagen neu hinzugebauter Leistung begrenzt, Nr. I 1. 5. Anlage 3 EEG 2014.

c. Zwischenfazit

Die Regelungen zum Flexibilitätszuschlag und zur Flexibilitätsprämie für Biogasanlagen zeigen sehr deutlich den Willen des Gesetzgebers, die Kosten der Erzeugung von Strom aus Biogas so weit wie möglich zu begrenzen und die Biogasanlagen durch Flexibilisierung weiter in den Strommarkt zu integrieren. Um neu errichtete Anlagen innerhalb der Vergütungsstruktur des neuen Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014, also sowohl bei Inanspruchnahme der Marktprämie als auch der Einspeisevergütung, wirtschaftlich betreiben zu können, wird es für Anlagenbetreiber unvermeidbar sein, den Flexibilitätszuschlag gem. § 53 EEG 2014 in Anspruch zu nehmen. Denn bereits die Grundvergütung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014⁷¹⁸ ist dahingehend ausgestaltet, dass eine flexible Fahrweise der Anlagen vorausgesetzt wird, was es wiederum erforderlich macht, dass hierdurch anfallende zusätzliche Investitionen aufgefangen werden.

⁷¹⁴ <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/oeokostrom-foerderung-biogas-wird-abgedreht-1.1915205> (23.02.2015).

⁷¹⁵ Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Vorschriften des Energiewirtschaftsrechts, Begründung v. 31.03.2014, S. 94.

⁷¹⁶ Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Vorschriften des Energiewirtschaftsrechts v. 07.04.2014.

⁷¹⁷ Gesetzesbegründung zu Anlage 3, BT-Drs. 18/1304, S. 292.

⁷¹⁸ § 47 I EEG 2014; BT-Drs. 18/1304, S. 218.

Hinsichtlich der Flexibilitätsprämie für bestehende Anlagen wurde mit § 54 EEG 2014, nach zunächst anderslautenden Plänen, an der Systematik des § 33i EEG 2012 festgehalten und damit ermöglicht, dass Bestandsanlagen auch für die Zukunft vermehrt Systemdienstleistungen übernehmen können, um vor allem die fluktuierenden Strommengen aus Wind und Sonne auszugleichen.

3. Speicheranreize

Die Biogastechnologie bietet im Gegensatz zur Energieerzeugung aus Windkraft und Photovoltaik, den Vorteil, dass der Energieträger Biogas, entweder vor Ort oder im Erdgasnetz, zwischengespeichert werden kann. Die Umwandlung in Endenergie kann daher sowohl zeitlich als auch örtlich flexibilisiert werden, was den kommenden Anforderungen des Energiesystems entspricht. Fraglich ist, ob und auf welche Weise Biogasspeicher derzeit durch das Rechtssystem gefördert werden. Dies soll im Folgenden dargestellt werden.

a. Förderung von Biogasspeichern im Erneuerbare-Energien-Gesetz

Die Regelung des § 27c EEG 2012 enthält gemeinsame Vorschriften für gasförmige Energieträger. Behandelt werden dabei jedoch insbesondere die Entnahme von aus Biomasse erzeugtem Gas aus dem Erdgasnetz und die weitere Verwendung, d.h. die Umwandlung in Endenergie in Form von Elektrizität. Letztere wird, sofern es sich gem. § 27c Abs. 1 Nr. 1 EEG 2012 im Wärmeäquivalent um zuvor an anderer Stelle eingespeistes Biogas handelt, gem. § 27c Abs. 2 EEG 2012 zwar mit einer höheren Einspeisevergütung honoriert (Gasaufbereitungs-Bonus), allerdings stellt diese Vergütung keinen Anreiz für die Aufbereitung und Einspeisung des Gases und damit für die vorläufige Speicherung von Energie im Erdgasnetz dar. Hier profitiert lediglich die Entnahmestelle, nicht der Einspeisende; es sei denn, beide sind personenidentisch.

Die Vorschrift des § 27c Abs. 1 EEG 2012 findet sich nunmehr wortgleich in § 47 Abs. 6 EEG 2014; der Gasaufbereitungs-Bonus hingegen wurde vollständig gestrichen, womit die Förderung des Bezugs und der Verstromung von in das Erdgasnetz eingespeistem Biomethan entfällt.

b. Förderprogramme für Biogasspeicher außerhalb des Erneuerbare-Energien-Gesetzes

Die KfW unterstützt durch ihr Förderprogramm Erneuerbare-Energien-Premium insbesondere größere Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien im Wärmemarkt. Neben großen Wärmespeichern erhalten in diesem Rahmen Biogasleitungen für unaufbereitetes Biogas mit einer Länge von mindestens 300 Metern Luftlinie finanzielle Zuschüsse, sofern das hierdurch transportierte Biogas der KWK-Nutzung (vergütet nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz in der ab dem 01. Januar 2012 geltenden Fassung) oder der Nutzung als Kraftstoff zugeführt

wird⁷¹⁹. Von der Förderung explizit ausgenommen sind allerdings Biogasleitungen für unaufbereitetes Biogas, die das Biogas zu einer Biogasaufbereitungsanlage transportieren.

Dies bedeutet, dass zwar die dezentrale und besonders effiziente Nutzung des Biogases finanziell gefördert wird, ausgenommen bleibt jedoch die Biogasaufbereitung und -speicherung, sei es in lokalen Biogasspeichern oder im Wege der Einspeisung ins Erdgasnetz.

4. Teilnahme am Regelenergiemarkt

Im Folgenden soll dargestellt werden, in welchem Umfang Betreiber von Biomasseanlagen Systemdienstleistungen in Form von Regelenergie anbieten dürfen, insbesondere wie sich das Verhältnis zu den Regelungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes, insbesondere zu denen der Direktvermarktung, darstellt, und ob hierdurch ggf. ein Beitrag bzw. Anreiz zur Flexibilisierung der Stromerzeugung aus Biomasse geleistet werden kann.

(1) Formen der Regelenergie

Gem. § 2 Nr. 9 StromNZV ist Regelenergie – als eine Form der Ausgleichsenergie – diejenige Energie, die zum Ausgleich von Leistungsungleichgewichten in der jeweiligen Regelzone eingesetzt wird. Dies sind unter anderem die Primärregelleistung⁷²⁰ und -arbeit (§ 2 Nr. 8 StromNZV), die Sekundärregelleistung (§ 2 Nr. 10 StromNZV) sowie die Minutenreserveleistung (§ 2 Nr. 6 StromNZV)⁷²¹. Die Übertragungsnetzbetreiber sind verpflichtet, diese im Rahmen der §§ 6 ff. StromNZV zu beschaffen, zu erbringen und abzurechnen⁷²². Je nachdem, ob Anlagen bei Leistungsdefiziten hochgefahren (positive Regelleistung) oder im umgekehrten Fall abgeregelt (negative Regelleistung) werden, § 6 Abs. 3 StromNZV, ist sowohl die Vorhaltung (Leistungspreis) als auch die tatsächliche Zurverfügungstellung von Regelleistung (Arbeitspreis) vom Übertragungsnetzbetreiber zu vergüten⁷²³. Solche Abweichungen von der Zielfrequenz können beispielsweise durch unvorhersehbare Ereignisse, etwa durch ganze

⁷¹⁹ Abrufbar unter [https://www.kfw.de/Download-Center/FProzentC3ProzentB6rderprogramme-\(InlandsfProzentC3ProzentB6rderung\)/PDF-Dokumente/6000002410-Merkblatt-271-281-272-282.pdf](https://www.kfw.de/Download-Center/FProzentC3ProzentB6rderprogramme-(InlandsfProzentC3ProzentB6rderung)/PDF-Dokumente/6000002410-Merkblatt-271-281-272-282.pdf) (11.03.2014).

⁷²⁰ Die Begriffe Regelenergie und Regelleistung werden hier synonym verwendet.

⁷²¹ C. de Wyl/C. Thole/A. Bartsch, in: J. Schneider/C. Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl., § 16 Rn. 418; verbindliche Vorgaben zur Beschaffung von Regelleistung in: BNetzA, Festlegung zu Verfahren zur Ausschreibung von Regelenergie in Gestalt der Primärregelung, Beschl. v. 12.04.2011, Az. BK6-10-097; BNetzA, Festlegung zu Verfahren zur Ausschreibung von Regelenergie in Gestalt der Sekundärregelung, Beschl. v. 12.04.2011, Az. BK6-19-098; BNetzA, Festlegung zu Verfahren zur Ausschreibung von Regelenergie in Gestalt der Minutenreserve, Beschl. v. 18.10.2011, Az. BK6-10-099.

⁷²² A. Lüdtker-Handjery, in: W. Danner/C. Theobald (Hrsg.), Energierecht, 81. EGL, Juli 2014, § 6 StromNZV Rn. 1 ff.

⁷²³ U. Ehrlicke/D. Breuer, Die Vereinbarkeit von sog. Optionsverträgen auf negative Regelenergie mit dem EEG, RdE 2010, S. 309 (309 f.).

Kraftwerksausfälle oder ungenaue Prognosen, insbesondere hinsichtlich des Angebots erneuerbarer Energien, entstehen⁷²⁴.

(2) Regelenenergie und das Verhältnis zu den Vermarktungsformen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes

Wird der Strom aus Biomasse iRd. §§ 33a ff. EEG 2012 direkt vermarktet, so besteht grundsätzlich auch die Möglichkeit, diesen auf dem Regelenenergiemarkt anzubieten. Dahingegen ist die Vermarktung als positive Regelenenergie bei Inanspruchnahme der festen Einspeisevergütung gem. § 39 Abs. 2 Satz 2 EEG 2014 untersagt; eine solche fällt unter das Doppelvermarktungsverbot des § 80 EEG 2014, was der Regelungssystematik des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2012 entspricht⁷²⁵. Etwas anderes könnte grundsätzlich im Hinblick auf das Angebot negativer Regelenenergie gelten, da hier nicht – wie durch das Doppelvermarktungsverbot untersagt – die elektrische Arbeit vermarktet wird, sondern zunächst nur die installierte Leistung relevant ist⁷²⁶. Dies bedeutet, dass bei Abruf negativer Regelleistung die Stromerzeugung der Anlage bzw. deren Einspeiseleistung gedrosselt wird. Noch bis zur Novellierung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2012 wurde daher vertreten, dass die Teilnahme am Markt für negative Regelenenergie auch bei gleichzeitiger Inanspruchnahme der Einspeisevergütung möglich sei⁷²⁷.

Mit der Novelle des Erneuerbare-Energien-Gesetzes im Jahr 2012 hat der Gesetzgeber in § 16 Abs. 3 EEG 2012 klargestellt, dass eine Teilnahme am Regelenenergiemarkt bei gleichzeitiger Inanspruchnahme der Einspeisevergütung ausgeschlossen ist. Zwar spricht dieser konkret davon, dass eine Vermarktung des Stroms als Regelenenergie untersagt ist, was als Ausschluss lediglich des Angebots positiver Regelleistung gedeutet werden könnte⁷²⁸. Allerdings stellt die Gesetzesbegründung eindeutig klar, dass hiermit sowohl positive als auch negative Regelenenergie gemeint ist⁷²⁹.

Etwas anderes gilt jedoch hinsichtlich einer Veräußerung des Stroms im Wege der Direktvermarktung gem. § 34 EEG 2014. Hier stellt § 80 Abs. 1 Satz 4 EEG 2014 klar, dass die Vermarktung als Regelenenergie im Rahmen der Direktvermarktung nicht als mehrfacher Verkauf oder anderweitige Überlassung, wie dies § 39 Abs. 2 Satz 2 EEG 2014 untersagt, gilt. Damit ist für die Teilnahme am Regelenenergiemarkt, sowohl für das Angebot positiver als auch nega-

⁷²⁴ BMU, Erfahrungsbericht 2011 zum EEG v. 03.05.2011, S. 23.

⁷²⁵ BMU, Erfahrungsbericht 2011 zum EEG v. 03.05.2011, S. 24; G. Wustlich/D. Müller, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012, ZNER 2011, S. 380 (387).

⁷²⁶ G. Wustlich/D. Müller, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012, ZNER 2011, S. 380 (387).

⁷²⁷ BMU, Erfahrungsbericht 2011 zum EEG v. 03.05.2011, S. 24; U. Ehrlicke/D. Breuer, Die Vereinbarkeit von sog. Optionsverträgen auf negative Regelenenergie mit dem EEG, RdE 2010, S. 309 (310 ff.).

⁷²⁸ G. Wustlich/D. Müller, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012, ZNER 2011, S. 380 (387).

⁷²⁹ BT-Drs. 17/6071, S. 66.

tiver Regelleistung, der Wechsel in die Direktvermarktung erforderlich⁷³⁰. Auf diese Weise können zusätzliche Einnahmen am Strommarkt generiert werden.

5. Weitere Regelungen zur Unterstützung der Flexibilisierung

a. Anpassung des § 35 Abs. 1 Nr. 6d BauGB für mehr Flexibilität⁷³¹

Mit der BauGB-Novelle im Jahr 2013⁷³² wurde auch die Außenbereichsprivilegierung für Anlagen zur energetischen Nutzung von Biomasse in § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB modifiziert. Dieser regelt die Voraussetzungen der baurechtlichen Genehmigung insbesondere von Biogasanlagen im unbeplanten Außenbereich. § 35 Abs. 1 Nr. 6d BauGB legt hierfür Leistungsgrenzen fest, die die zu errichtenden Anlagen nicht überschreiten dürfen. Bis zur Novelle des Baugesetzbuches stellten diese Grenzwerte eine rechtliche Hürde beim flexiblen Betrieb von Biogasanlagen dar, denn die Vorschrift im Baugesetzbuch nach der Novellierung im Jahr 2011 legte noch fest, dass eine maximale Feuerungswärmeleistung von 2,0 Megawatt nicht überschritten werden durfte und die Erzeugung von Biogas auf 2,3 Millionen Normkubikmeter beschränkt war⁷³³. Auf diese Weise sollte der Außenbereich vor einer, auch im Einklang mit der Vorgängerregelung, übermäßigen Biogaserzeugung geschützt werden⁷³⁴. Allerdings verhinderte die Beschränkung der thermischen Leistung, entgegen dem Ziel der Vorschrift⁷³⁵, dass bedarfsorientiert Energie erzeugt und eingespeist wird, denn diese hat zur Voraussetzung, dass in kürzeren Abschnitten eine höhere Leistung gefahren werden muss, womit die durchschnittliche Feuerungswärmeleistung unter Ausnutzen der maximal zulässigen Biogaserzeugung im Regelfall überschritten würde⁷³⁶.

Nach Änderung des § 35 Abs. 1 Nr. 6d BauGB mit der Baugesetzbuch-Novelle 2013 legt dieser nunmehr ein Alternativverhältnis der beiden Voraussetzungen fest, d.h. die Privilegierung ist zu bejahen, vorausgesetzt, „die Kapazität einer Anlage zur Erzeugung von Biogas überschreitet nicht 2,3 Millionen Normkubikmeter Biogas pro Jahr“ oder „die Feuerungswärmeleistung anderer Anlagen überschreitet nicht 2,0 Megawatt“. Die Folge der Änderung

⁷³⁰ G. Wustlich/D. Müller, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012, ZNER 2011, S. 380 (387).

⁷³¹ Grundlegend dazu: R. Walter, Rechtlicher Rahmen der flexiblen Strombereitstellung – Fokus Flexibilitätsprämie, Vortrag im Rahmen der Tagung „Flexible Strombereitstellung aus Biogas“ am 19.06.2013 in Berlin.

⁷³² Gesetz zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts v. 11.06.2013 (BGBl. I S. 1548).

⁷³³ R. Walter/A. Huber, Die BauGB-Novelle 2013 im Lichte der Energiebereitstellung aus Biogas- und KWK-Anlagen, REE 2013, S. 146 (147).

⁷³⁴ BT-Drs. 17/6076, S. 10; BR-Drs. 344/11, S. 23; A. Bunzel, Das Planspiel zur BauGB-Novelle 2011 – Neuerungen für eine klimagerechte Stadtentwicklung, ZfBR 2012, S. 114 (119).

⁷³⁵ BT-Drs. 17/6076, S. 10; A. Bunzel, Das Planspiel zur BauGB-Novelle 2011 – Neuerungen für eine klimagerechte Stadtentwicklung, ZfBR 2012, S. 114 (119).

⁷³⁶ R. Walter/A. Huber, Die BauGB-Novelle 2013 im Lichte der Energiebereitstellung aus Biogas- und KWK-Anlagen, REE 2013, S. 146 (147).

ist, dass Biogasanlagen nunmehr flexibel betrieben werden können⁷³⁷, was den politischen Leitlinien entspricht⁷³⁸. Darüber hinaus eröffnet sich hierdurch die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Flexibilitätsprämie, denn ohne Restriktionen hinsichtlich der Feuerungs-wärmeleistung steht es den Anlagenbetreibern offen, den Zubau beispielsweise eines weiteren Blockheizkraftwerkes und damit eine Kapazitätserweiterung für eine flexible Fahrweise über die Prämie zu finanzieren⁷³⁹.

Hieraus ergibt sich auch das Verständnis der Begriffe „Anlage zur Erzeugung von Biogas“ sowie „anderer Anlagen“. Insbesondere erschließt sich nicht unmittelbar, was von einer Anlage zur Erzeugung von Biogas umfasst wird, insbesondere ob hierunter auch die Erzeugung von Energie aus Biogas zu verstehen ist. Neben weiteren Argumenten spricht vor allem der Sinn und Zweck der Vorschrift, nämlich die Entwicklung hin zu einer Flexibilisierung der Bioenergienutzung unter Berücksichtigung des Schutzes des Außenbereichs vor Bebauung (§ 35 Abs. 1 iVm. Abs. 5 Satz 1 BauGB), für eine Einbeziehung auch der energetischen Nutzung, denn der bauliche Umfang einer Anlage wird durch die der Gaserzeugung und -Speicherung dienenden Anlagenbestandteile bestimmt, nicht durch die verstromenden Einheiten und deren Arbeitsweise⁷⁴⁰. Dieses Ergebnis bedeutet wiederum, dass es sich bei „anderen Anlagen“ iSd. § 35 Abs. 1 Nr. 6d BauGB um solche handelt, die Energieträger mit Ausnahme von Biogas verwenden⁷⁴¹.

Die Anpassung der Privilegierungsvorschrift ist iSe. weiteren Flexibilisierung von Biogasanlagen zu begrüßen.

b. Energiewirtschaftsgesetz

Ferner findet sich im Energiewirtschaftsgesetz eine Regelung, die einen flexiblen Betrieb von Biogasanlagen unterstützen soll.

In § 49 Abs. 4 Satz 1 Nr. 8 EnWG wurde durch die EnWG Novelle 2011⁷⁴² eine Verordnungsermächtigung für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie aufgenommen, wonach mittels Rechtsverordnung Anforderungen an die technische und betriebliche Flexibilität neuer Anlagen zur Erzeugung von Energie festgelegt werden können. Auch wenn der Wort-

⁷³⁷ E. Kremer, Privilegierung einer Biomasseanlage im Außenbereich bei gesellschaftsrechtlicher Beteiligung des Basisbetriebsinhabers in Anbetracht der Bauplanungsrechtsnovelle und oberverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, *BauR* 2013, S. 1370 (1377); W. Söfker, in: W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg/M. Krautzberger (Hrsg.), *BauGB*, 114. EGL, Juli 2014, § 35 Rn. 11c.

⁷³⁸ Abrufbar unter <http://www.next-kraftwerke.de/energie-blog/baugesetzbuch-baugb-biogasanlage> (05.12.2013); R. Walter/A. Huber, Die BauGB-Novelle 2013 im Lichte der Energiebereitstellung aus Biogas- und KWK-Anlagen, *REE* 2013, S. 146 (148).

⁷³⁹ Abrufbar unter <http://www.next-kraftwerke.de/energie-blog/baugesetzbuch-baugb-biogasanlage> (05.12.2013).

⁷⁴⁰ R. Walter/A. Huber, Die BauGB-Novelle 2013 im Lichte der Energiebereitstellung aus Biogas- und KWK-Anlagen, *REE* 2013, S. 146 (148).

⁷⁴¹ R. Walter/A. Huber, Die BauGB-Novelle 2013 im Lichte der Energiebereitstellung aus Biogas- und KWK-Anlagen, *REE* 2013, S. 146 (147).

⁷⁴² Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften v. 26.07.2011 (BGBl. I S. 1554).

laut eher zusätzliche Reglementierungen („Anforderungen“) für die Flexibilisierung von Biogasanlagen vermuten lässt, stellt die Gesetzesbegründung klar, dass die Anpassungen dazu beitragen sollen, die Flexibilität von Erzeugungsanlagen zu erhöhen, um in Zukunft besser auf die fluktuierende Stromeinspeisung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien reagieren zu können⁷⁴³. Insbesondere sind Vorgaben für die Höhe der Mindestteillast, die Leistungsänderungsgeschwindigkeit und die Anfahrzeiten von neuen Erzeugungsanlagen möglich⁷⁴⁴.

Von der Verordnungsermächtigung ist bislang jedoch kein Gebrauch gemacht worden⁷⁴⁵.

Nicht einschlägig ist das hier betrachtete Biogas aus Biogasanlagen - trotz des zunächst anders erscheinenden Wortlautes des § 118 Abs. 6 Satz 7 EnWG. Zwar gewährt § 118 Abs. 6 Satz 7 iVm. Satz 1 EnWG eine zeitlich befristete Netzentgeltbefreiung und nach Satz 8 eine Befreiung von den Einspeiseentgelten in das Gasnetz für Anlagen, „in denen Gas oder Biogas“ (...) hergestellt worden ist. Biogas iSd. Energiewirtschaftsgesetzes ist jedoch weiter gefasst, als bspw. im Erneuerbare-Energien-Gesetz, und meint nur unter anderem Gas aus Biomasse, vgl. die Legaldefinition in § 3 Nr. 10c EnWG. Im § 118 Abs. 6 Satz 7 EnWG sind jedoch, wie auch der weitere Wortlaut „(...) durch wasserelektrolytisch erzeugten Wasserstoff und anschließende Methanisierung hergestellt worden ist.“ zeigt, sog. Power-to-Gas-Anlagen und nicht Biogasanlagen gemeint⁷⁴⁶. Die finanzielle Privilegierung kann daher nicht für Biogas aus Biogasanlagen in Anspruch genommen werden.

6. Zwischenfazit

Die Flexibilisierung von Biomasseanlagen hat sich in den letzten Jahren zu einem Kernthema für die weitere Entwicklung dieser Form der erneuerbaren Energien etabliert. Wurde mit früheren Vorschriften die Grundlastfähigkeit der Bioenergie hervorgehoben, erfordert die Entwicklung des Strommarktes, der immer mehr durch die fluktuierenden Strommengen aus Wind- und Sonnenenergie geprägt wird, sowie die Kostensituation der Energieerzeugung aus Biomasse, dass diese den Strom bedarfsgerecht erzeugen und einspeisen. Dieser Systemwandel zeigt sich auch an den nunmehr existierenden, die Flexibilisierung der Anlagen fördernden Regelungen. Vor allem die Vorschriften zur mittlerweile im Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 verpflichtenden Direktvermarktung iVm. der für Biomasseanlagen relevanten

⁷⁴³ Vgl. BT-Drs. 17/6072, S. 89. So auch C. Schoppen, in: P. Rosin/R. Pohlmann/A. Gentsch/A. Metzenthin/A. Böwing, Praxiskommentar zum EnWG, 5. EGL, Juni 2014, § 49 EnWG Rn. 22.

⁷⁴⁴ Vgl. mit Bezug auf die Gesetzesbegründung: F. J. Säcker/C. König, in: F. J. Säcker (Hrsg.), Energierecht, Bd. 1, 3. Aufl., EnWG § 49 Rn. 50.

⁷⁴⁵ Die Verordnungsermächtigungen in § 49 IV, IVa EnWG wurden bislang nur für die Gashochdruckleitungsverordnung v. 18.05.2011 (BGBl. I S. 928), die durch Artikel 5 des Gesetzes v. 31.05.2013 (BGBl. I S. 1388) geändert worden ist, und die Systemstabilitätsverordnung v. 20.07.2012 (BGBl. I S. 1635), die durch Artikel 10 des Gesetzes v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066) geändert worden ist, genutzt, vgl. C. Schoppen, in: P. Rosin/R. Pohlmann/A. Gentsch/A. Metzenthin/A. Böwing, Praxiskommentar zum EnWG, 5. EGL, Juli 2014, § 49 EnWG Rn. 22.

⁷⁴⁶ Vgl. dazu F. J. Säcker, in: ders. (Hrsg.), Energierecht, Bd. 1, 3. Aufl., EnWG § 118 Rn. 17.

Flexibilitätsprämie machen die Absicht des Gesetzgebers deutlich, die Bioenergie so besser in das System und den Strommarkt zu integrieren. Darüber hinaus bekommen die Anlagen, anders als dies im Rahmen der Einspeisevergütung der Fall ist, zusätzlich die Möglichkeit, Leistung am Regelenergiemarkt anzubieten. Flankierend angepasst wurde in diesem Zusammenhang auch die Außenbereichsprivilegierung für Biogasanlagen im Baugesetzbuch, die es den Landwirten aufgrund der Mengenbegrenzung der Biogasproduktion erlaubt, bei Bedarf die Stromerzeugung bei gleichbleibender jährlicher Gasproduktion hochzufahren.

III. Hemmnisse bei der Durchsetzung von Flexibilisierungsmaßnahmen

1. Rechtsunsicherheit bei Begrifflichkeiten des Erneuerbare-Energien-Gesetzes

Da die Förderungen durch das Erneuerbare-Energien-Gesetz die Grundlage für den wirtschaftlichen Betrieb auch flexibel gefahrener Biogasanlagen ist, wiegen Rechtsunsicherheiten bei der Auslegung von Begrifflichkeiten und der damit verbundenen Investitionsunsicherheit für Anlagenbetreiber besonders schwer. Unklare Regelungen können dazu führen, als Anlagenbetreiber nicht in eine bestehende Anlage einzugreifen, wenn dadurch auch nur möglicherweise der garantierte Vergütungssatz einer Erneuerbare-Energien-Gesetz-Fassung gefährdet sein könnte.

Mit Inkrafttreten des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014 wurde der durch eine Entscheidung des BGH⁷⁴⁷ festgelegte weite Anlagenbegriff bzw. die damit einhergehenden Auswirkungen auf die Vergütung neu hinzugebauter Anlagenleistung erneut modifiziert. Entgegen der Aussage des BGH-Urteils zum Erneuerbare-Energien-Gesetz 2009, welches vorsieht, dass ein neu zugefügter Generator zwar das Inbetriebnahmejahr der bestehenden Anlage und damit auch die dementsprechenden Vergütungssätze teilt, die 20-jährige Förderdauer (mit angepassten Degressionssätzen) jedoch neu zu laufen beginnt, ist gem. § 22 EEG 2014 vorgesehen, dass auch hinsichtlich der Förderdauer auf die bereits zeitlich früher erfolgte Inbetriebnahme der Anlage abzustellen ist⁷⁴⁸. Es wird im Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 in diesem Zusammenhang also ausschließlich auf die gesamte Anlage abgestellt und nicht auf die einzelnen Generatoren⁷⁴⁹. Damit findet für die Erweiterung der Anlagenleistung eine erhebliche Kürzung der finanziellen Förderung statt, was insbesondere auch die Flexibilisierung von Biogasanlagen durch den Hinzubau eines weiteren Blockheizkraftwerkes betrifft.

⁷⁴⁷ BGH, Urt. v. 23.10.2013, Az. VIII ZR 262/12; hierzu ausführlich *H. v. Bredow/S. Herz*, Anlagenbegriff und Inbetriebnahme im EEG, ZUR 2014, S. 139 (139 ff.).

⁷⁴⁸ Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts, 31.03.2014, S. 62.

⁷⁴⁹ Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts, 31.03.2014, S. 62 f.

Gleiches gilt im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014 auf Bestandsanlagen und deren Leistungserweiterungen. In § 101 Abs. 1 EEG 2014 ist normiert, dass die Vergütungsfähigkeit bestehender, also vor dem 01. August 2014 in Betrieb genommener Anlagen, die demnach der alten Rechtslage unterfallen, auf die zuvor gemessene Höchstbemessungsleistung begrenzt ist. Höchstbemessungsleistung ist gem. § 101 Abs. 1 Satz 2 EEG 2014 die höchste Bemessungsleistung der Anlage in einem Kalenderjahr seit dem Zeitpunkt ihrer Inbetriebnahme und vor dem 01. Januar 2014. Alternativ gilt nach § 101 Abs. 1 Satz 3 EEG 2014 als Höchstbemessungsleistung 95 Prozent der am 31. Juli 2014 installierten Leistung der Anlage, sofern dieser Wert die tatsächlich ermittelte Höchstbemessungsleistung übersteigt. Die darüber hinausgehenden Strommengen werden auf Grundlage des Monatsmarktwertes an der Strombörse vergütet⁷⁵⁰. Auf diese Weise soll eine „Flucht in das alte EEG“ mit den höheren Vergütungssätzen durch den Zubau bzw. das Austauschen von Anlagenleistung verhindert werden⁷⁵¹.

Zusammen mit der generellen, nach wie vor bestehenden Rechtsunsicherheit hinsichtlich des Umfangs des Anlagenbegriffs, die auch die Novelle des Erneuerbare-Energien-Gesetzes nicht vollständig ausräumen konnte⁷⁵², stellen die diesbezüglichen Regelungen zum Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 hinsichtlich der Vergütungsdauer und -höhe hinzugebauter Anlagenleistung ein Hemmnis bei der Flexibilisierung von Biomasseanlagen dar. Zum einen folgt beim Abstellen auf die gesamte Anlage im Gegensatz zum einzelnen Generator im Hinblick auf die Vergütungsdauer und Degression, dass Anlagenbetreiber von einer Erweiterung der Anlage möglicherweise absehen werden. Gleiches gilt auch für die Einführung der Regelung zur Höchstbemessungsleistung, die Anreize für eine Anlagenerweiterung noch unter den Vergütungsbedingungen der alten Rechtslage unterbindet und zum anderen Fragen hinsichtlich des Bestands- und Vertrauensschutzes aufwirft, da hierdurch Betreiber, die kürzlich in Anlagenerweiterungen investiert haben, diese jedoch bspw. noch nicht voll ausfahren konnten, nunmehr finanzielle Einbußen hinnehmen müssen. All diese Umstände erschweren den Weg zu einer Flexibilisierung von Biomasseanlagen durch unsichere rechtliche Bedingungen und mangelndes Vertrauen, was einen eingeschränkten Investitionswillen nach sich zieht.

Mit der eingangs genannten Entscheidung hat der BGH die Existenz von Satelliten-Blockheizkraftwerken offiziell anerkannt. Schon bisher wurde die allgemeine Auffassung vertreten, dass es sich bei diesen, wenn sie sich in größerer räumlicher Entfernung zur Biogasanlage befinden und lediglich über eine Rohbiogasleitung mit dem Fermenter verbunden

⁷⁵⁰ G. Wustlich, Das Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014, NVwZ 2014, S. 1113 (1118).

⁷⁵¹ G. Wustlich, Das Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014, NVwZ 2014, S. 1113 (1118).

⁷⁵² Wie wird sich der BGH bspw. in einem erneuten Fall zum EEG 2009 entscheiden?; F. Valentin, Auswirkungen der BGH-Entscheidung zum Anlagenbegriff und der EEG-Novelle auf die Flexibilisierungsmöglichkeiten von Biomasseanlagen, Vortrag im Rahmen des Expertenworkshops „Verpflichtende Direktvermarktung für Strom aus Biomasse“ am 13. Mai 2014 in Würzburg.

sind, um eigenständige Anlagen handelt⁷⁵³. Es bleibt jedoch die Frage offen, unter welchen konkreten Umständen es sich um eine eigene Anlage handelt, ob eine Erweiterung solcher Anlagen möglich ist, ob mehrere Satelliten-Blockheizkraftwerke an einem Standort zu einer einzigen Anlage zusammengefasst werden und wie sich ein Versetzen der Blockheizkraftwerke auf die Vergütungsfähigkeit auswirkt⁷⁵⁴. Diese Unklarheiten wirken sich ebenfalls hemmend auf das Ersetzen und Erweitern von Satelliten-Blockheizkraftwerken aus, die grundsätzlich ebenfalls zu einer Flexibilisierung von Biogasanlagen beitragen können, da das Biogas dort verwendet wird, wo sowohl der Bedarf an Strom als auch an Wärme (Wärmesenken) am höchsten ist.

2. Anforderungen der Störfall-Verordnung

Die Störfall-Verordnung (12. BImSchV⁷⁵⁵) stellt grundsätzlich ein rechtliches Hemmnis dar, das den flexiblen Einsatz von Biogasanlagen verhindern kann. Werden bspw. zusätzliche Gaslager errichtet, die es ermöglichen, nicht benötigte Gasmengen zu speichern um diese dann bedarfsgerecht zu verstromen, so kann dies dazu führen, dass die Anlage die Mengenschwelen der 12. Bundes-Immissionsschutzverordnung überschreitet und deren Anforderungen zu erfüllen sind.

Der Anwendungsbereich der 12. Bundes-Immissionsschutzverordnung ist für Biogasanlagen als Betriebsbereich nach § 1 Abs. 1 Satz 1 iVm. Anlage I Spalte 4 Nr. 8 grundsätzlich eröffnet, da Biogas mit dem R-Satz R12 als hochentzündlicher Stoff einzustufen ist⁷⁵⁶ und damit der Nr. 8 des Anhangs I der Störfall-Verordnung unterfällt. Ab einer tatsächlichen oder vorgesehenen Menge von 10.000 Kilogramm Biogas im Betriebsbereich gelten die Grundpflichten der §§ 3 bis 8 der 12. Bundes-Immissionsschutzverordnung. Ab 50.000 Kilogramm gelten sogar zusätzlich die erweiterten Pflichten der §§ 9 bis 12 der 12. Bundes-Immissionsschutzverordnung.

Bereits die Grundpflichten bedeuten für den Betreiber sehr hohe technische sowie verwaltungstechnische Anforderungen, was wiederum zu einer zusätzlichen wirtschaftlichen Belastung führt. Gerade vergleichsweise kleine Anlagen werden damit eventuell unwirtschaftlich, mit der Folge, dass die bedarfsgerechte Stromerzeugung nicht in Betracht gezogen wird, obwohl hieran ein steigendes Interesse besteht.

⁷⁵³ H. v. Bredow/S. Herz, Anlagenbegriff und Inbetriebnahme im EEG, ZUR 2014, S. 139 (142).

⁷⁵⁴ F. Valentin, Auswirkungen der BGH-Entscheidung zum Anlagenbegriff und der EEG-Novelle auf die Flexibilisierungsmöglichkeiten von Biomasseanlagen, Vortrag im Rahmen des Expertenworkshops „Verpflichtende Direktvermarktung für Strom aus Biomasse“ am 13. Mai 2014 in Würzburg.

⁷⁵⁵ Störfall-Verordnung in der Fassung der Bekanntmachung v. 08.06.2005 (BGBl. I S. 1598), die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung v. 14.08.2013 (BGBl. I S. 3230) geändert worden ist.

⁷⁵⁶ Bayerisches Landesamt für Umwelt, Biogashandbuch Bayern, Materialienband, Kap. 2.2.2, Stand März 2011, S. 20, abrufbar unter <http://www.lfu.bayern.de/abfall/biogashandbuch/index.htm> (15.07.2014).

3. Ausschließlichkeitsprinzip, § 19 Abs. 1 EEG 2014

Eine weitere Flexibilisierungsoption von Biogasanlagen würde der bivalente Betrieb des dazugehörigen Blockheizkraftwerkes zeitweilig mit fossilem Erdgas darstellen. Darunter ist zu verstehen, dass es dem Anlagenbetreiber ohne Verlust der Erneuerbare-Energien-Gesetz-Förderung gestattet wird, die Biogasanlagen bzw. das Blockheizkraftwerk bivalent mit Biogas und Erdgas zu betreiben (sogenannter Wechselbetrieb). Diesem Betrieb steht derzeit jedoch das Ausschließlichkeitsprinzip, das nunmehr zentral⁷⁵⁷ in § 19 Abs. 1 EEG 2014 mit folgendem Wortlaut normiert, entgegen:

„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 (...)“.

Der Wechselbetrieb eines Biogas-Blockheizkraftwerks dürfte mit dem Ausschließlichkeitsprinzip des Erneuerbare-Energien-Gesetzes nicht vereinbar sein, zumindest ist dies, verbunden mit der entsprechenden Rechtsunsicherheit, unklar. Die Rechtsauffassungen in der Kommentarliteratur zum Erneuerbare-Energien-Gesetz gehen 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 Rechtslage⁷⁵⁸. Zur Beseitigung dieses rechtlichen Hemmnisses wird im Arbeitspaket 6 ein Lösungsvorschlag unterbreitet.

4. Fernsteuerbarkeit

Die Pflicht in § 36 EEG 2014, die Anlagen mit Einrichtungen auszustatten, die Eingriffe von außen in den Betrieb zulassen, stellt die Anlagenbetreiber vor das Problem, dass möglicherweise nicht ausreichende Kapazitäten für das Speichern des anfallenden Gases bzw. der überschüssigen Wärme zur Verfügung stehen. Zwar wird diesbezüglich angemerkt, dass ein Ausschluss des Eingriffs unter diesen Umständen in den Gesetzestext hineingelesen werden muss, hier wäre jedoch eine eindeutige Berücksichtigung sinnvoll, um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden.

5. Zwischenfazit

Durch die im Jahr 2013 erfolgte Anpassung der Außenbereichsprivilegierung in § 35 Abs. 1 Nr. 6d BauGB wurde eines der Haupthemmnisse für die Flexibilisierung von Biogasanlagen beseitigt. Es verbleiben rechtliche Hemmnisse durch die Begriffsunklarheiten im Erneuerbare-

⁷⁵⁷ 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.

⁷⁵⁸ 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.

Energien-Gesetz und der dazu ergehenden Rechtsprechung sowie den zusätzlichen organisatorischen Aufwand bedingt durch die 12. Bundes-Immissionsschutzverordnung, wenn durch die Installation oder Erweiterung von Gasspeichern deren Anwendungsbereich eröffnet wird. Die technische Verpflichtung zur Fernsteuerbarkeit der Anlagen kann ebenfalls ein rechtliches Hemmnis zur Flexibilisierung darstellen. Ferner steht einer noch weitergehenden Flexibilisierung durch den zeitweisen Einsatz von fossilem Erdgas das Ausschließlichkeitsprinzip des § 19 Abs. 1 EEG 2014 entgegen.

E. Gesamtfazit des Arbeitspakets

In diesem Arbeitspaket 5 wurden die Möglichkeiten, aber auch die deutlich herausgearbeiteten Grenzen rechtlicher Steuerungswirkung im Hinblick auf die Lenkung der energetischen Biomassenutzung untersucht.

In den drei Themenkomplexen der möglichen Steuerung von Biomasse Stoffströmen in die energetische oder stoffliche Nutzung, der räumlichen Verteilung des Biomasseanbaus und der Biomasseanlagen sowie der zeitlichen Steuerung der Energieerzeugung aus Biomasse durch Flexibilisierung wurden ordnungsrechtliche, förderrechtliche, planungsrechtliche und informatorische rechtliche Instrumente in gänzlich unterschiedlicher Regeldichte für die drei Bereiche geprüft.

Für den Bereich der Biomasse Stoffströme fällt die Regeldichte sogar für die unterschiedlichen Biomassefraktionen sehr unterschiedlich aus. Für nachwachsende Rohstoffe sind die förderrechtlich anreizenden Regeln durch das Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 vollständig gestrichen worden, sodass diese keiner indirekten Steuerung mehr unterliegen. Eine hohe Steuerung erfolgt hingegen weiter für rest- und abfallstämmige Biomasse sowohl förderrechtlich durch das Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 als auch durch das Regelungsregime des Kreislaufwirtschaftsrechts. Diesem Regime ist jedoch immanent, dass die Wahl der energetischen oder stofflichen Verwertung der Biomasse – bis auf gewisse Ausnahmen – letztlich den Marktteilnehmern überlassen bleibt und folglich die rechtliche Steuerung eher eine rechtliche Priorisierung der Nutzungsart entspricht.

Die räumliche Steuerungskomponente wurde im Hinblick auf den Anbau der Biomasse und die Biomasseanlagen untersucht. Für beide Ansatzpunkte ergaben sich nur geringe Steuerungspotentiale. Für den Anbau der Biomasse sind kaum verbindliche Planungsinstrumente festgestellt worden. Eher noch könnten ordnungsrechtliche Instrumente steuernd wirken, sofern diese besser vollzogen würden. Daneben ist die Agrar-Förderung auf europäischer und nationaler Ebene aussichtsreich, um einen räumlich steuernden Einfluss auszuüben. Im Hinblick auf die Steuerung der Standortwahl von Biomasseanlagen sind allein die planungsrechtlichen Instrumente der Außenbereichsprivilegierung und konsensuale Verfahren, wie die Aufstellung vorhabenbezogener Bebauungspläne, einschlägig.

Deutlichere regulatorische Maßnahmen wurden in den letzten Jahren zur Flexibilisierung, also zur zeitlich gesteuerten Energieerzeugung aus Biomasse, geschaffen. Insbesondere die Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014 reizen durch die Flexibilitätsprämie für Altanlagen und den Flexibilitätszuschlag für Neuanlagen die flexible Fahrweise von Biomasseanlagen, die Biogas einsetzen, an. Ferner können die Anlagen Einnahmen aus dem Regelenergiemarkt generieren. Neben diesen unterstützenden Maßnahmen wurden aber auch hemmende Regularien für die Flexibilisierung festgestellt, wie die mit dem Anlagen- und Inbetriebnahmebegriff verbundenen Rechtsunsicherheiten im Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014 oder die (zusätzlichen) Anforderungen der Störfallverordnung.

Als Gesamterkenntnis des Arbeitspakets lässt sich festhalten, dass die rechtlichen Steuerungsmöglichkeiten zwar sehr unterschiedlich je nach der betrachteten Regelungsmaterie ausfallen, insgesamt aber eher begrenzte Wirkungen entfalten. Es besteht daher grundsätzlich ein Bedarf, den regulatorischen Rahmen anzupassen bzw. zu erweitern. Soweit im Arbeitspaket Ansätze für eine sachgerechte Rechtsfortentwicklung identifiziert wurden, werden diese im Arbeitspaket 6 weiter verfolgt.