

Schwerpunkt Wasserstoff

Aus dem Inhalt:

Julian Brandes/Dr. Christoph Kost

Wie Wasserstoff die Energiewende begleitet – Die Rolle von Wasserstoff auf dem Weg zur Klimaneutralität 2045

Dr. Martin Altrock/Christine Kliem, LL.M. (University of Aberdeen)

Förderinstrumente für den Markthochlauf von grünem Wasserstoff

Prof. Christian Held/Frederik Braun/Felix Wiedemann

Zur Rechtsentwicklung der Infrastruktur für ein europäisches Wasserstoffnetzsystem – Quo Vadis Energiewende?

Dr. Jörn Bringewat

Zulassung von Elektrolyseuren und Wasserstofftankstellen: Eine Bestandsaufnahme

Dr. jur. Thomas Griese

Gesetzesvorschläge und Initiativen zur Verbesserung des Ausbaus der Windenergie

EuGH

Vorabentscheidung zum System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten

EuGH

Verzinsung von Stromsteuererstattungsansprüchen nach Unionsrecht

BGH

Nachträgliche Herabsetzung der genehmigten Preisobergrenze für Regelarbeitsgebote durch die BNetzA

BGH

Sonderrechtsfähigkeit von einzelnen Solarmodulen eines Solarparks

BGH

Keine Haftung der Gemeinde bei Verweigerung ihres Einvernehmens zum Bau einer Windkraftanlage

BGH

Die fehlerhafte Durchführung eines Konzessionsverfahrens kann unter bestimmten Umständen einen Anspruch zugunsten einer Bieterin auf Annahme ihres Angebots begründen

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Gabriele Britz

Heinz-Peter Dicks

Prof. Dr. Martin Eifert

Peter Franke

Anne-Christin Frister

Dr. Stephan Gatz

Prof. em. Dr. Reinhard Hendler

Prof. Dr. Georg Hermes

Dr. Volker Hoppenbrock

Prof. Dr. Lorenz Jarass

Prof. Dr. Claudia Kemfert

Prof. Dr. Wolfgang Kirchhoff

Prof. Dr. H.-J. Koch

Prof. Dr. Silke R. Laskowski

Prof. Dr. Uwe Leprich

Prof. Dr. Kurt Markert

Prof. Dr. Bernhard Nagel

Dr. Volker Oschmann

Prof. Dr. Alexander Roßnagel

Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. F. J. Säcker

Prof. Dr. Sabine Schlacke

Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski

Prof. Dr. Joachim Wieland

Redaktion

RA Dr. Peter Becker (Schriftleiter)

RA Dr. Martin Altrock

RA Dr. Hartwig von Bredow

Prof. Dr. Dr. Felix Ekardt, LL.M., M.A.

RA Dr. Wieland Lehnert

RAin Dr. Heidrun Schalle

Dr. Nina Scheer, MdB

RA Franz-Josef Tigges

ZNER · Jahrgang 26 · Nr. 1

Februar 2022 · S. 1 – 108

ISSN: 1434-3339

RA Dr. Jörn Bringewat*

Zulassung von Elektrolyseuren und Wasserstofftankstellen: Eine Bestandsaufnahme

Das Jahr 2021 war vielleicht das wichtigste das Jahr für die Energiewende – oder besser: das Jahr, das die Notwendigkeit des Gelingens der Energiewende so deutlich gezeigt hat, wie nie zuvor. Wichtigster Hoffnungsträger für einen neuen grünen Schub bildet wohl der Regierungswechsel, höchste Mahnstufe für die Energiewende ist die „Klimaklage“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹. Die überragende Bedeutung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wurde im Verlauf des Jahres nach der Veröffentlichung des 6. Sachstandberichts des Weltklimarates umso prominenter.² Hiernach wird die Marke von 1,5 Grad der Erwärmung der Erde schon 2030 erreicht, wenn nicht sofort und ohne weiteres Zögern massive Änderungen im Zusammenhang mit den wesentlichen CO₂-Erzeugungssektoren erfolgen. In diesem Zusammenhang gerät auch immer wieder die Nationale Wasserstoffstrategie (NWS) der Bundesregierung in den Blick³, nach der eine relevante elektrolytische Erzeugungsleistung für die Herstellung von Wasserstoff angestrebt wird.⁴ Allerdings hat sich in den letzten Jahren gezeigt, dass im Bereich des Zubaus von Elektrolyseuren und Abgabestellen für Wasserstoff (insb. Tankstellen) verschiedene administrative Hürden bestehen, die der Erreichung der – wenn auch nicht überambitionierten – Ziel der NWS entgegenstehen (können). Dies ist Grund genug, eine aktuelle Bestandsaufnahme durchzuführen und einen Blick in die Praxis zu wagen, um zu sehen, ob positive Entwicklungen bestehen oder jedenfalls absehbar sind – und auch die Wasserstoffherzeugung Baustein der Energiewende sein kann.

I. Zulassungsverfahren für Elektrolyseure und die Untätigkeit des Gesetz- und Verordnungsgebers

Obwohl die elektrolytische Herstellung von Wasserstoff eine seit langer Zeit bekannte Methode darstellt, ist die Errichtung und der Betrieb von Elektrolyseuren als Erzeugungsanlagen auf größerer Skala eine vergleichsweise neue Entwicklung. Dies erklärt auch, dass zum Zeitpunkt, als das Interesse an der Errichtung von Elektrolyseuren im Zusammenhang mit erneuerbaren Erzeugungsanlagen Mitte der 2010er Jahre zunahm, noch keine passenden Zulassungs- und Genehmigungsverordnungen in den geltenden Regulierungen, insb. des Immissionsschutzrechts und des Baurechts, geschaffen waren. In der Folge zeigten sich in der Praxis aus diesem Grund Unsicherheiten bei Zulassungsverfahren für Elektrolyseure. Insbesondere betrifft dies Elektrolyseure bis zu 5 MW Erzeugungsleistung, die sich als wenig flächenintensiv darstellen und die für eine systemdienliche Betriebsweise nahe von erneuerbaren Erzeugungsanlagen, insbesondere Windparks, ggf. auch mit der Möglichkeit der Einspeisung in das Gasverteilnetz, errichtet werden. Abgesehen davon, dass regelmäßig von Behörden eine Außenbereichsprivilegierung dieser Vorhaben abgelehnt wird und die Aufstellung eines Bebauungsplans für erforderlich gehalten wird, ist die behördliche Praxis, dass

für Elektrolyseure ein immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung gefordert und der Elektrolyseur als Industrie-Emissionsanlage eingeordnet wird. Eine umfangreiche historische Erläuterung dieser Umstände soll hier unterbleiben⁵, derzeit sind folgende Aspekte in der hier verfolgten Bestandsaufnahme zusammenfassend festzuhalten.

1. Bauplanungsrecht

Elektrolyseure sind keine ausdrücklich privilegierten Außenbereichsvorhaben, so dass gerade für Elektrolyseure, die nahe von Wind- oder Solarparks errichtet werden sollen, die Frage besteht, ob für diese Vorhaben ein Bebauungsplan aufgestellt werden muss. Klar dürfte sein, dass die Aufstellung von Bebauungsplänen verschiedene Nachteile für das Vorhaben bedeuten, insb. in zeitlicher und wirtschaftlicher Hinsicht, aber auch durch die teils etwas schwergängigen Gemeinden, die für die Aufstellung eines Bebauungsplans zuständig sind. Die Zulassung von Elektrolyseuren als privilegiertes Außenbereichsvorhaben ist zwar generell denkbar, aber in der Praxis vielfach nicht praktikabel, da stets die Bindung an Zwecke erforderlich wird, die die „freie“ Betriebsweise des Elektrolyseurs einschränken. In Frage kommen dafür sowieso nur die Privilegierungstatbestände des § 35 Abs. 1 Nr. 3 und 5 BauGB.

Soweit für die planungsrechtliche Zulässigkeit eines Elektrolyseurs der Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB fruchtbar gemacht werden soll, ist wesentlicher Aspekt, dass aus der gesetzlichen Zielrichtung und dem Schutzzweck des § 35 BauGB, nämlich der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs, folgt, dass Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB ortsgebunden sein müssen⁶. Für die Ortsgebundenheit ist erforderlich, dass ein Vorhaben auf die „geographische oder die geologische Eigenart“ des Ortes der geplanten Errichtung angewiesen ist, weil es an einem anderen Ort seinen Zweck verfehlen würde⁷. Sollen die Ziele des Gesetzgebers und der Bundesregierung zur CO₂-Reduzierung, die sich in international bindenden Verpflichtungserklärungen wiederfinden, erreicht oder gefördert werden, erfordert die Erzeugung von Wasserstoff, insbesondere zum Einsatz im Mobilitätssektor, den Einsatz von regenerativen Energien. Damit scheidet zwar die „geologische Eigenart“ als zwingende Zulassungsvoraussetzung aus, nicht aber die „geographische Eigenart“. Das von der Rechtsprechung entwickelte Kriterium der „geographischen Eigenart“ beschreibt den Umstand, ob ein Vorhaben für dessen sinnvolle Umsetzung auf bestimmte Charakteristika einer „Lage“ angewiesen ist. Die Lage beschreibt damit einen individuellen Standort, und zwar eingebettet in die Angebote seines Umfelds, seien dies klimatische, topographische oder anthropogene Bedingungen (vgl. dazu die allgemein verfügbaren Definitionsansätze der Disziplin „Geographie“). Die Geographie klammert insbesondere Einflüsse des

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 107.

1 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24. März 2021, – 1 BvR 2656/18 –, 1 BvR 78/20 –, 1 BvR 96/20 –, 1 BvR 288/20.

2 <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/#SPM>.

3 <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Energie/die-nationale-wasserstoffstrategie.html>.

4 Die Größenordnung der angestrebten Leistung wird allerdings in den Maßnahmen nicht konkret benannt, allgemein besteht wohl das Ziel einer Erzeugungsleistung von 5 Gigawatt bis zum Jahr 2030.

5 Insoweit wird verwiesen auf Bringewat, Rechtsfragen bei der Zulassung von Elektrolyseurprojekten, Stand 2017 – abrufbar unter www.juroweb.org sowie Schäfer/Wilms, Wasserstoffherstellung: Aktuelle Rechtsfragen rund um die Genehmigung von Elektrolyseuren, ZNER 2021, S. 131 ff. und Langstädtler, Brauchen wir ein Wasserstoffinfrastrukturgesetz?, ZUR 2021, 203 ff.; vgl. zudem unten 2.

6 BVerwG, Urteil vom 20. Juni 2013 – 4 C 2/12, juris Rn. 11.

7 Ausdrücklich BVerwG, Urteil vom 20. Juni 2013 – 4 C 2/12, juris Rn. 11.

Menschen auf den Ort und den Raum nicht aus ihrer Bedeutungshöhe aus, so dass es nicht angezeigt ist, das Merkmal der „geographischen Eigenart“ von anthropogenen Einflüssen zu entkleiden. Insoweit ist die Gestaltung des Außenbereichs und damit insbesondere die dortige rechtmäßige Ansiedlung von privilegierten Vorhaben von Bedeutung, wenn die „geographische Eigenart“ für die Feststellung der Ortsbindung eines Vorhabens relevant ist. Gerade für Außenbereichslagen ohne nennenswerte topographische Besonderheiten und auch im Übrigen guter Standorteignung für Windenergieanlagen ändert sich durch die tatsächlich ausgeübte Nutzung die geographische Eigenart, da dieser Umstand die Ortsbindung für das hier relevante geplante Vorhaben auslöst. Diese rechtmäßige Gestaltung des Außenbereichs muss allerdings tatbestandlich berücksichtigt werden, wenn es um eine bauplanungsrechtliche Zulassungsentscheidung geht. Während § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB auch bereits nach seinem Wortlaut auf den Außenbereich in seiner abstrakten Bedeutung Bezug nimmt, schließt der Tatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB die (menschliche) Gestaltung des Außenbereichs mit ein. Besteht also ein zulassungsrelevantes Betriebskonzept für einen Elektrolyseur, das dessen Betriebs- und/oder Einspeisekonzept dauerhaft und untrennbar mit vorhandenen erneuerbaren Erzeugungs- oder Einspeiseanlagen verbindet (und dies zum Genehmigungsgegenstand wird), ist eine Privilegierung von Elektrolyseuren auf Grundlage von § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB zu bejahen.

Daneben kann auch bei betriebskonzeptioneller Einbindung eines Elektrolyseurs in einen Windpark die Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB geltend gemacht werden. Danach sind Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Wind- oder Wasserenergie dienen, privilegiert. Der Gesetzgeber hat bei Einführung des Privilegierungstatbestandes des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB (damals: Nr. 7) einen ganzheitlichen Ansatz verfolgt⁸. Insoweit ist das Tatbestandsmerkmal der „Nutzung“ auch weit zu verstehen⁹. Ein einschränkendes, die Privilegierungsentscheidung des Gesetzgebers währendes Verständnis folgt insoweit aus dem als Korrektiv wirkenden Merkmal des „Dienens“. Denn nur, wenn ein Vorhaben der Nutzung der Windenergie dient, kann es auch an der Außenbereichsprivilegierung teilnehmen. Der Begriff des „Dienens“ in § 35 BauGB hat eine tatbestandsübergreifende Bedeutung. Umfangreiche Rechtsprechung existiert insbesondere zur Frage, ob ein Vorhaben einem landwirtschaftlichen Betrieb im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB dient¹⁰. Grundsätzlich ist für das Dienen im Zusammenhang mit der bauplanungsrechtlichen Privilegierungsentscheidung eine bestimmte funktionale Beziehung des jeweilig geplanten Vorhabens zu einem privilegierten Vorhaben erforderlich, dass es lediglich förderlich ist, reicht nicht. Andererseits kann nicht verlangt werden, dass das hinzutretende Vorhaben für den (weiteren) Betrieb des Windenergievorhabens schlechthin unentbehrlich ist¹¹. Die bloße Förderlichkeit einerseits und die Unentbehrlichkeit andererseits bilden den äußeren Rahmen für das Merkmal des Dienens. Innerhalb dieses Rahmens muss darauf abgestellt werden, ob ein vernünftiger Bauherr – auch und gerade unter Berücksichtigung des Gebotes größtmöglicher Schonung des Außenbereichs – das Bauvorhaben mit etwa gleichem Verwendungszweck und mit etwa gleicher Gestaltung und Ausstattung für einen entsprechenden Betrieb errichten würde¹².

Hinzukommen muss, dass das Vorhaben durch diese Zuordnung auch äußerlich erkennbar geprägt wird¹³. Die eigentliche Zweckbestimmung des Erfordernisses des Dienens liegt schließlich insoweit darin, Missbrauchsversuchen begegnen zu können, um zu vermeiden, dass nicht selbst eine Privilegierung genießende Vorhaben über den Umweg der „mitgezogenen Privilegierung“ im Außenbereich angesiedelt werden können¹⁴. Diese Vorgaben lassen sich anwendungsbezogen wie folgt zusammenfassen: Tritt ein Vorhaben zu der Windenergieerzeugung hinzu, ohne für diese selbst mehr als nur (entfernt) förderlich zu sein – kann es also hinweggedacht werden, ohne dass die Qualität der Windenergieerzeugung nennenswert litte – muss eine Privilegierung ausscheiden. Dies gilt auch, wenn das Vorhaben keine äußerlich erkennbare Zuordnung zur Windenergieanlage aufweist. Überdies muss sich ergeben, dass der Nutzen des Vorhabens in der konkret beabsichtigten Form und im konkret beabsichtigten Umfang für die Qualität der Windenergieerzeugung so groß ist, dass sie aus der Sicht eines „vernünftigen“ Windenergieerzeugers eine Inanspruchnahme des Außenbereichs rechtfertigt. Um zu vermeiden, dass eine mitziehende Privilegierungswirkung die Ausgestaltung der gesetzgeberischen Privilegierungsentscheidung des § 35 Abs. 1 BauGB umgeht, muss das hinzutretende Vorhaben im Verhältnis zur vorhandenen Nutzung als bodenrechtliche Nebensache erscheinen.

In beiden Privilegierungstatbeständen ist also eine Einbindung eines Elektrolyseurs denkbar, muss aber unmittelbare, stark betriebsbezogene Verknüpfungen mit vorhandener Infrastruktur aufweisen. Hierbei geht es bspw. um systemdienliche Betriebsweisen von Elektrolyseur und Wind- oder Solarparks, die regelmäßig Einspeisemanagementmaßnahmen des jeweiligen Netzbetreibers unterliegen, in der Weise, dass die Erzeugungsanlagen in „Abregelungsphasen“ „weiterlaufen“ können, indem der Elektrolyseur entsprechend betrieben wird, ggf. unter Regelleistungsangeboten. Diese betriebskonzeptionelle Verbindung begründet – jedenfalls derzeit – eine vermutete immanente Leistungsgrenze von Elektrolyseuren, die – je nach Erzeugungsleistung von Wind- oder Solarparks, bei ungefähr 5 MW angesiedelt sein dürfte. Für alle sonstigen Elektrolyseurvorbau ist die Aufstellung eines Bebauungsplans durch die jeweilige Standortgemeinde nach derzeitiger Rechtslage unumgänglich.

2. Zulassungsrecht

Hinsichtlich der Frage, ob und in welchem Umfang eine immissionsschutzrechtliche Genehmigungspflicht von Elektrolyseuren besteht, existieren umfangreiche Literaturbeiträge¹⁵. Die Frage, ob ein Vorhaben immissionsschutzrechtlich genehmigungspflichtig ist, richtet sich nach § 4 BImSchG in Verbindung mit der 4. BImSchV, wobei die 4. BImSchV den Kreis der genehmigungsbedürftigen Anlagen abschließend benennt¹⁶. Ob ein Elektrolyseurvorbau der Genehmigungsbedürftigkeit gemäß § 4 BImSchG unterliegt, entscheidet sich somit konstitutiv und abschließend nach § 1 Abs. 1 S. 1 der 4. BImSchV in Verbindung mit dem Anhang 1¹⁷ und unter Berücksichtigung des Tatbestandes von § 4 Abs. 1 BImSchG.

13 Vgl. BVerwG, Beschluss vom 3. Dezember 2012 – 4 B 56/12, juris Rn. 4.

14 Vgl. BVerwG, Urteil vom 22. Januar 2009 – 4 C 17.07, juris Rn. 21.

15 Vgl. insb. Bringewat sowie Schäfer/Wilms (o. FuBn. 5) sowie Power-to-Gas-Leitfaden zur Integration Erneuerbarer Energien – Band 1, Genehmigungsrechtlicher Leitfaden für Power-to-Gas-Anlagen – Errichtung und Betrieb; Dezember 2020, S. 10 ff. abrufbar [https://www.dvgw.de/themen/forschung-und-innovation/forschungsprojekte/dvgw-forschungsprojekt-portal-green \(„Portal-Green-Leitfaden“\).](https://www.dvgw.de/themen/forschung-und-innovation/forschungsprojekte/dvgw-forschungsprojekt-portal-green („Portal-Green-Leitfaden“).)

16 Vgl. Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 96. EL 2021, § 4 BImSchG Rn. 7f.

17 Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 96. EL 2021, § 4 BImSchG Rn. 14.

8 Vgl. BT-Drs. 13/4978, S. 6.

9 So auch ausdrücklich OVG Koblenz, Urteil vom 24. Mai 2006 – 8 A 10892/05, juris Rn. 20.

10 Vgl. zum Überblick Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, 126. EL 2017, § 35 Rn. 34 ff.

11 St. Rspr. des BVerwG, siehe Urteil vom 3. November 1972 – IV C 9.70, juris Rn. 18.

12 Vgl. BVerwG, Urteil vom 22. Januar 2009 – 4 C 17/07, juris Rn. 20.

Eine analoge Anwendung der enumerierten Anlagen im Anhang 1 der 4. BImSchV auf andere, nicht ausdrücklich aufgeführte Anlagentypen ist nicht zulässig, der Katalog ist abschließend¹⁸. Ebenfalls ist eine Umgehung des Verbots der Analogie durch extensive Auslegung des Anlagenkatalogs unzulässig¹⁹. Bei der (zulässigen) Auslegung der Tatbestände des Anlagenkatalogs bzw. bei dessen Verständnis kommt es nicht auf die namentliche Bezeichnung einer Anlage an, sondern auf die Art der technischen Prozesse und die Zweckbestimmung²⁰.

In diesem Zusammenhang wird insbesondere diskutiert, ob ein Elektrolyseur unter den Genehmigungstatbestand der Ziffer 4.1.12 gefasst werden kann oder als „Biogasvorhaben“ im Sinne der Ziffer 1.15 des Anhangs 1 der 4. BImSchV zu fassen ist²¹. Letzteres wäre nur unter Rückgriff eines unsystematischen Rückgriffs auf die Biogasdefinition aus § 3 Nr. 10f EnWG denkbar, im Ergebnis aber abzulehnen²². Die Fassung von Elektrolyseurvorbau unter Ziffer 4.1.12 ist vor allem deswegen problematisch, da dieser Tatbestand generell die Notwendigkeit eines Vollgenehmigungsverfahrens mit Öffentlichkeitsbeteiligung anordnet und Elektrolyseure als Industrie-Emissionsanlage einordnet. Die auffindbaren Argumente, insb. hinsichtlich Wortlauts, wonach diese Einordnung aufgrund eines Analogieverbotes unzulässig sei, da die elektrolitische Erzeugungsmethodik nicht erfasst sei, können insgesamt nicht aufrecht erhalten werden²³. Auch eine Ablehnung der Anwendung der Ziffer 4.1.12 bei der Zulassung von Elektrolyseuren mit Blick auf das Merkmal des „industriellen Umfangs“ dürfte im Zusammenhang mit Wasserstofferzeugungsanlagen außerhalb des Hausgebrauchs²⁴ nur mit größerem Begründungsaufwand aufrecht zu erhalten sein. Frühe Auslegungsmaterialien dieses unkonturierten Begriffs legen zwar nahe, dass das Merkmal bei einzelnen Elektrolyseuren nicht erfüllt sein kann²⁵. Überraschend ist auch durchaus, dass zum Begriff des „industriellen Umfangs“, der der Industrie-Emissionsrichtlinie²⁶ entstammt, trotz Vorgabe keine Auslegungsleitlinie existiert²⁷. In der Rechtsprechung jedoch, hier hat sich allerdings – soweit ersichtlich – bisher nur das Oberverwal-

tungsgericht Lüneburg²⁸ mit der Auslegung des Begriffs des „industriellen Umfangs“ befasst, wird ein weites Begriffsverständnis angenommen. Das Gericht knüpft an das Vorhandensein standardisierter Erzeugungsverfahren und die abstrakte Gefährlichkeit der verwendeten Stoffe an. Gerade letzteres muss zwar erneut als unsystematisch angesehen werden, da Gefährlichkeitserwägungen in der 12. BImSchV abgearbeitet werden und daher nur schwer zur Auslegung eines Tatbestandsmerkmals des Anhangs 1 der 4. BImSchV herangezogen werden kann. Im Ergebnis dürfte aber der erste Punkt der „standardisierten Erzeugungsverfahren“ mit Blick auf im Rahmen der geplanten Betriebszeit der Anlage und „stoffliche Erzeugungserwartungen“ ausschlaggebend sein.

Allerdings in seinen Rechtsfolgen offensichtlich falsch ist die Einordnung von Elektrolyseuren als „Industrie-Emissionsanlage“²⁹, was aber die automatische Folge der Fassung von Elektrolyseuren unter den Genehmigungstatbestand von Ziffer 4.1.12 des Anhang 1 der 4. BImSchV ist. Dies ist auch relevant, da mit dieser Einordnung verschiedene zusätzliche Pflichten einhergehen³⁰. Die Industrie-Emissionsrichtlinie stellt solche „industrielle Tätigkeiten“ unter eine besondere Genehmigungs- und Beaufsichtigungspflicht, die von den Mitgliedsstaaten zu regeln ist, „die eine Umweltverschmutzung verursachen“³¹. „Umweltverschmutzung“ bezeichnet dabei „die durch menschliche Tätigkeiten direkt oder indirekt bewirkte Freisetzung von Stoffen, Erschütterungen, Wärme oder Lärm in Luft, Wasser oder Boden, die der menschlichen Gesundheit oder der Umweltqualität schaden oder zu einer Schädigung von Sachwerten bzw. zu einer Beeinträchtigung oder Störung von Annehmlichkeiten und anderen legitimen Nutzungen der Umwelt führen können“³². Kern der Schutzmaterie der Industrie-Emissionsrichtlinie findet sich in deren Artikel 1: „Diese Richtlinie regelt die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung in-folge industrieller Tätigkeiten. Sie sieht auch Vorschriften zur Vermeidung und, sofern dies nicht möglich ist, zur Verminderung von Emissionen in Luft, Wasser und Boden und zur Abfallvermeidung vor, um ein hohes Schutzniveau für die Umwelt insgesamt zu erreichen.“ Das Erreichen dieses Schutzzwecks hängt aber bei jeder potentiell umweltgefährdenden (industriellen) Tätigkeit³³ davon ab, wie gefährlich für die Umwelt die in einer Betriebsstätte verwendeten Stoffe sind, welche potentiell gefährliche Emissionen „in Luft, Wasser und Boden“ von diesen ausgehen und welche Vermeidungsmaßnahmen möglich sind. Der Betrieb von Elektrolyseuren ist allerdings nicht geeignet, eine Umweltverschmutzung zu verursachen. Es werden keinerlei Stoffe verwendet oder freigesetzt, die eine Umweltverschmutzung darstellen können. Dieser Umstand zeigt in aller Deutlichkeit, dass ein Handeln des Ordnungsgebers zur Einordnung von Elektrolyseuren zwingend erforderlich ist. Eine „korrigierende Auslegung“ der Ziffer 4.1.12 des Anhang 1 der 4. BImSchV, mit dem Ziel, Elektrolyseurvorbau von der Rechtsfolge der Einordnung als Industrie-Emissionsanlage zu „entkleiden“, könnte über den Weg der teleologischen Reduktion zwar durchaus gelingen, müsste sich allerdings in der Praxis erst über gerichtliche Entscheidungen bewähren.

18 Ausdrücklich Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 96. EL 2021, § 4 BImSchG Rn. 19 mit Nachweisen.

19 Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 96. EL 2021, § 4 BImSchG Rn. 20.

20 Vgl. Hansmann/Röckinghausen, Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 96. EL 2021, Vor § 1 der 4. BImSchV Rz. 5 mit Nachweisen.

21 Vgl. dazu Bringewat (o. Fußn. 5).

22 Unsystematisch wäre der Rückgriff, da § 3 Nr. 10f EnWG an bilanzielle Betrachtungen bei der Erzeugung anknüpft, wohingegen sich das Immissionsschutz die Genehmigungspflicht an der (möglichen) tatsächlichen Bedeutung von Anlagen auf die Schutzgüter des § 1 BImSchG ausrichtet.

23 Vgl. zum Argumentationsstand Schäfer/Wilms (o. Fußn. 5), das Argument eines Analogieverbotes, was bei Bringewat (o. Fußn. 5) vertreten wurde, greift nicht, da die Genehmigungstatbestände des Anhang 1 der 4. BImSchV ersichtlich bestimmte „Industriezweige“ in den Blick nimmt und eine wirkweisebezogene Anlagenbeschreibung erfolgt, bei denen begriffliche Unschärfen hinzunehmen sind.

24 Vgl. <https://www.homepowersolutions.de/produkt/> oder <https://www.viessmann.de/de/wohngebaeude/kraft-waerme-kopplung/mikro-kw-k-brennstoffzelle/vitavalor.html>.

25 Vgl. Bund-/Länder-Arbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz (73. Sitzung, 04. bis 06.10.1989) zum Vorgängerbegriff der fabrikmäßigen Herstellung (S. 53f, Ziff. 10.8): „Von einer ‚fabrikmäßigen Herstellung‘ [heute: Herstellung im industriellen Umfang] ist in der Regel auszugehen, wenn es sich um die Herstellung in einer Produktions- und Betriebsstättenumfang größeren Betriebseinheit handelt, für die üblicherweise in besonderem Maße Nebeneinrichtungen für den Betrieb erforderlich sind.“

26 RL 2010/75/EU Anhang 1 Ziffer 4.

27 Vgl. Auslegungshilfe der Europäischen Kommission, https://ec.europa.eu/environment/eia/pdf/cover_2015_de.pdf, S. 25: „Anhang I der IE-Richtlinie sieht vor, dass die Kommission Leitlinien zur Auslegung des Begriffs ‚industrieller Maßstab‘ in Bezug auf die in dem Anhang beschriebenen Tätigkeiten der chemischen Industrie erstellt.“ Eine solche Leitlinie existiert – soweit ersichtlich – bis heute nicht.

28 Beschluss vom 16. Januar 2018 – 12 ME 230/17, juris Rn. 15; diese Entscheidung übersehen offenbar sowohl Schäfer/Wilms als auch Langstädtler (o. Fußn. 5).

29 E-Vorbau gem. Anhang 1 der 4. BImSchV.

30 Bspw. die Pflicht zur Anfertigung eines Ausgangszustandsberichts, besondere Eigenüberwachungspflichten und die Anwendung der BVT-Vorgaben.

31 Artikel 2 Abs. 1 der RL 2010/75/EU.

32 Artikel 3 Nummer 2 der RL 2010/75/EU.

33 Hier ist allerdings nicht der Störfall, sondern der Normbetrieb gemeint.

3. Untätigkeit des Gesetz- und Verordnungsgebers

Der Gesetz- und Verordnungsgeber handelt trotz der obigen Erkenntnisse seit Jahren nicht. Weder schafft er Rechtssicherheit im Bereich des Planungsrechts, noch im Bereich des Zulassungsrechts. Bereits im Jahr 2019 unterbreitete der Landesverband Erneuerbare Energien Schleswig-Holstein (LEE SH) sehr konkrete Vorschläge für notwendige Anpassungen³⁴, die bis heute ungehört verhallen. Geradezu zynisch sind dagegen die Inhalte aus dem Protokoll der 141. Sitzung der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz (LAI), wonach der Ausschuss für Anlagenbezogenen Immissionsschutz und Störfallvorsorge (AISV) den Vorschlag unterbreitet, Elektrolyseure ab 1 Megawatt Leistung mit obligatorischer Öffentlichkeitsbeteiligung zuzulassen und als Industrie-Emissionsanlage einzuordnen³⁵. Die o. g. Konfusionen, die daraus resultieren, dass Elektrolyseure unter die Industrie-Emissionsrichtlinie gefasst werden, werden von der LAI in einer nicht hinzunehmenden Weise vollständig ignoriert. Dass eine Instanz wie die LAI in solcher Weise – begründungslos – offenbare systematische Missstände des Zulassungsrechts auch noch perpetuieren will, führt nur zur Fassungslosigkeit angesichts der drängenden Notwendigkeit der „Entschlackung“ von Zulassungsverfahren im Sektor der erneuerbaren Energieerzeugung. Will die Politik die Wasserstoffherzeugung fördern, sind daher sinnvolle Änderungen des Fachrechts längst überfällig. Auch hier³⁶ zeigt sich geradezu paradigmatisch, wie notwendig eine verfahrensrechtliche Abrüstung der geltenden Regulierungen ist, um den Verwaltungsapparat nicht mit überbordenden Verfahren faktisch handlungsunfähig zu machen. Dringend erforderliche Harmonisierungen zwischen dem einzelnen Fachrecht durch den Gesetz- und Verordnungsgeber und eine Verbesserung der Vollzugsqualität in den Behörden bleiben bisher Wunschkinder. Relevant ist eine Tätigkeit des Gesetz- und Verordnungsgebers aber auch deswegen, da verschiedene Projekte existieren, die sich bspw. mit einer Verbesserung der Transportmöglichkeiten von Wasserstoff befassen³⁷, und deren Verfahren „aus Versehen“ vom Zulassungstatbestand der Ziffer 4.1.12 des Anhangs 1 der 4. BImSchV auch noch miterfasst werden könnten³⁸. Der Verordnungsgeber muss hier dringend durch zielführende und differenzierte Regelungen auf die Praxis reagieren, nicht zuletzt um auszuschließen, dass auch im Bereich der NWS innovative Ansätze durch schwergängiges Verwaltungshandeln erstickt werden. Bisher noch unbestätigte Verlautbarungen aus verschiedenen Verbänden schüren allerdings aktuell Hoffnung, dass aus den zuständigen Bundesministerien Vorschläge für die vereinfachte bauplanungsrechtliche und immissionsschutzrechtliche Zulässigkeit von Elektrolyseuren zu erwarten sind.

II. Ausgewählte materielle Aspekte der Zulassung von Elektrolyseuren: Wasserrecht und Ausgangszustandsbericht

Bei der Zulassungspraxis im Zusammenhang mit Elektrolyseurvorbahen, die wie bei jedem immissionsschutzrechtlichen

Genehmigungsverfahren die Vorgaben des § 6 BImSchG abarbeiten muss, sind verschiedenste Anforderungen zu erfüllen, die je nach Gestaltung (Einspeisung in das Gastransportnetz?) und Umfang sowie Verbindung mit weiteren Anlagen (bspw. Methanisierungsanlagen oder Tankstellen) besondere Ausprägung erlangen. Hinsichtlich der fachrechtlichen Anforderungen darf zunächst inhaltlich auf den „Portal-Green-Leitfaden“³⁹ verwiesen werden. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass in Ansehung der obigen Darstellungen zu möglichen „Kunstgriffen“ im Vollzug des Bauplanungsrechts davon ausgegangen werden kann, dass für Elektrolyseurvorbahen ab einer Leistung von 2 bis 5 MW – bereits aus Gründen der Rechtssicherheit – in der Regel die Aufstellung eines Bebauungsplans erfolgen wird, so dass jedenfalls insbesondere Aspekte der Umweltprüfung und des Eingriffsausgleichs weitgehend abschließend in jenem Planaufstellungsverfahren abgearbeitet werden. In der Praxis zeigen sich im weiteren Zulassungsverfahren in zwei Punkten nicht selten Umstände, die eine genauere Betrachtung rechtfertigen: im Wasserrecht hinsichtlich einer notwendigen Einleitung von „Abwasser“ aus der Elektrolyse und die Frage der Notwendigkeit eines Ausgangszustandsberichtes.

1. Wasserrecht

Das Wasserrecht spielt bei Elektrolyseuren deswegen eine Rolle, da bei der elektrolytischen Erzeugung von Wasserstoff, je nach Art der eingesetzten Elektrolyse-Methode, relevante Mengen Abwasser in je unterschiedlicher Zusammensetzung entstehen. Teil von Elektrolyseanlagen sind vielfach auch Wasseraufbereitungseinheiten, die Abwasseranfall begründen. Die anfallenden Zu- und Abwasserströme sind allerdings in der Regel einerseits diskontinuierlich und andererseits nicht durch per se wasserschädliche Chemikalien (soweit die Wasserzuströme nicht aus bereits belasteten Quellen stammen) belastet. Regelmäßig dürften salzhaltige Abwasserströme erzeugt werden, deren Handhabung im Rahmen der Betriebserlaubnis geklärt werden muss. In den meisten Vorhaben werden sich hier die Möglichkeit der Direkteinleitung in ein Gewässer (§ 57 WHG), der Indirekteinleitung in öffentliche Abwasseranlagen (§ 58 WHG) oder die Handhabung durch Entsorgung im Wege des Abtransportes bieten. Letztere Variante wird hierbei wegen wirtschaftlicher Aspekte die Ausnahme bleiben. Die Zulassung der Abwassereinleitung ist von der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nicht umfasst; dies ergibt sich aus dem direkten Wortlaut des § 13 BImSchG⁴⁰. Für die Abwassereinleitungen sind demnach vor oder parallel zum Zulassungsverfahren für den Elektrolyseur gesonderte Genehmigungsverfahren zu führen. In den wasserrechtlichen Zulassungsverfahren der Direkteinleitung in Gewässer sind die materiellen Vorgaben der AbwV und der OGewV von besonderer Bedeutung und können eine weitere Aufbereitung des Abwassers und/oder eine relevante Möglichkeit der Rückhaltung von Abwasser in Abhängigkeit der vorhandenen Fließmengen des Gewässers erfordern. Hintergrund dieser Regelung ist das im Wasserrecht geltende Verschlechterungsverbot.

Bei der wasserrechtlichen Prüfung erfolgt zum einen eine Bewertung der Auswirkungen des Vorhabens hinsichtlich einer möglichen Verschlechterung des chemischen Zustands oder des ökologischen Zustands des betroffenen Oberflächenwasserkörpers sowie des chemischen und mengenmäßigen Zu-

34 Kurzstellungnahme „Zur genehmigungsrechtlichen Situation systemdienlicher Elektrolyseure“, abrufbar unter <https://www.lee-sh.de/stellungennahmen/>.

35 Das entsprechende Protokoll ist offenbar nicht frei verfügbar, vgl. aber hier: <https://www.vbv.de/news-detail/weiter-schwere-zeiten-fuer-elektrolyseurvorbahen-offenbar-kein-einsehen-der-politik/>.

36 Wie bereits bei der Zulassung von Windenergieanlagen.

37 Vgl. bspw. <https://futurefuels.blog/in-der-praxis/wasserstoff-speichern-mit-lohc/>.

38 Bei Einbringung des Wasserstoff in eine Trägermaterie und anschließender Wiederausbringung liegt womöglich jeweils auch tatbestandlich ein Vorgang vor, der immissionsschutzrechtlich zulassungspflichtig ist.

39 O. Fußn. 15.

40 Vgl. Kloepfer UmweltR, § 14 Gewässerschutzrecht Rn. 253 und Landmann/Rohmer UmweltR/Seibert, 96. EL September 2021, BImSchG § 13 Rn. 102b, wobei im Bereich der Indirekteinleitung eine gegenläufige Behördenpraxis zu beobachten ist, die sich nach hier vertretener Ansicht allerdings nicht mit dem Wortlaut des § 13 BImSchG vereinbaren lässt.

stands des Grundwassers (Verschlechterungsverbot). Darüber hinaus wird geprüft, ob das Vorhaben im Widerspruch zu den Bewirtschaftungszielen für die betroffenen Wasserkörper steht und der gute chemische und ökologische Zustand des Oberflächengewässers bzw. der gute chemische und mengenmäßige Zustand des Grundwassers erreichbar bleiben (Verbesserungsgebot). Für eine ordnungsgemäße Prüfung des Verschlechterungsverbots ist regelmäßig eine Ermittlung des Ist-Zustands des zu bewertenden Gewässers erforderlich⁴¹. Die Anforderungen an die Beschreibung und Bewertung der Wasserkörper ergeben sich für die Oberflächengewässer aus der OGewV und für das Grundwasser aus GrwV. Die Prüfung, ob ein Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot vorliegt, beurteilt sich nicht nach dem für das Habitatrecht geltenden strengen Maßstab, wonach jede erhebliche Beeinträchtigung ausgeschlossen sein muss, sondern nach dem allgemeinen ordnungsrechtlichen Maßstab der hinreichenden Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts. Eine Verschlechterung muss daher nicht ausgeschlossen, aber auch nicht sicher zu erwarten sein⁴². Stoffeinträge als solches bedeuten nicht automatisch einen Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot, sondern ein Stoffeintrag muss ökologisch begründet das ökologische/chemische Potential des betroffenen Gewässers verschlechtern, also relevant herabsetzen. Hierzu ist ein wasserrechtlicher Fachbeitrag beizubringen. Das wasserrechtliche Verbesserungsgebot ist dabei nicht insoweit misszuverstehen, dass eine Gewässernutzung immer auch zur Verbesserung des Potentials des Gewässers führen muss. Vielmehr ist nach den jeweiligen Bewirtschaftungszielen des betroffenen Gewässers zu klären, ob die Gewässernutzung mit diesen im Einklang steht und (s. o.) eine Verbesserung des Gewässers in chemischen Zustand und ökologischer Form nicht konterkariert wird⁴³. Dies ist im Fachbeitrag darzustellen. Die Zielwerte der OGewV müssen somit nicht durch die Gewässernutzung erst erreicht werden oder eine unmittelbare Verbesserung des Gewässers durch die Nutzung eintreten, sondern es darf diesen nicht im Sinne einer Zielverhinderung (die Erreichung eines guten ökologischen Potenzials und eines guten chemischen Zustands eines Oberflächengewässers zu dem nach der WRRL maßgeblichen Zeitpunkt) widersprochen werden⁴⁴. Soweit eine nach § 58 WHG erlaubnispflichtige Indirekteinleitung verfolgt wird, fallen die Vorgaben des Gewässerschutzes je nach Gestaltung vielfach weitgehend weg. Die Einleitung von Abwasser in öffentliche Abwasseranlagen stellt mangels Unmittelbarkeit demnach auch keine unter § 8 Abs. 1 WHG fallende Gewässerbenutzung dar⁴⁵. Die Vorgaben der AbwV sind auf Grundlage des § 58 Abs. 2 WHG gleichwohl relevant, daneben die unterschiedlich ausgeprägten landesrechtlichen Regelungen⁴⁶. Je nach tatsächlicher Einleitsituation und Größe sowie Umfang des Elektrolyseurvorbahens können somit im Zusammenhang mit wasserrechtlichen Erlaubnisse mehr oder weniger große Hürden oder Anforderungen an die konkrete Vorhabengestaltung entstehen.

2. Ausgangszustandsbericht

Der Ausgangszustandsbericht ist gem. § 10 Abs. 1a BImSchG und § 4a Abs. 4 der 9. BImSchV eine Antragsunterlage, die aufgrund der Einordnung des Elektrolyseurs als Industrie-Emissionsanlage gefordert wird. Bereits aus der Formulierung des § 10 Abs. 1a S. 1 1. HS BImSchG ergibt sich erneut, dass dieses Regelungsregime nicht passt: „Der Antragsteller, der

beabsichtigt, eine Anlage nach der Industrieemissions-Richtlinie zu betreiben, in der relevante gefährliche Stoffe verwendet, erzeugt oder freigesetzt werden, hat mit den Unterlagen nach Absatz 1 einen Bericht über den Ausgangszustand vorzulegen...“ Die Regelung adressiert, anders als es in der Praxis von den Zulassungsbehörden regelmäßig verstanden wird, nicht unmittelbar den Störfall⁴⁷, sondern vor allem den Normbetriebszustand. Bei Elektrolyseuren sind keinerlei Umweltgefahren durch den Normbetrieb im Sinne dieser Vorschrift zu erblicken. Danach könnte sich eine Genehmigungsbehörde bereits darauf zurückziehen, dass für diese Anlagen die Erstellung eines Ausgangszustandsberichts wegen Unmöglichkeit der Gefährdung entfallen kann⁴⁸. Da sich allerdings auch in Elektrolyseuren, je nach Methode, relevante bspw. wassergefährdende Stoffe befinden (bspw. Glykol), werden in der Praxis Ausgangszustandsberichte gefordert⁴⁹. Hier kann lediglich durch bauliche Gestaltung, bspw. Auffangwannen im Boden, versucht werden, die Anfertigung des Ausgangszustandsberichts abzuwenden. Die Verzicht auf diese Pflicht ist vor allem deswegen relevant, da für die ordnungsgemäße Anfertigung eines solchen Berichts eine mitunter aufwändige Beprobung von Boden und Wasser, einschließlich laborchemischer Untersuchung, erforderlich wird, was ein zeitlicher und wirtschaftlicher Faktor ist⁵⁰. Allerdings wird darauf hingewiesen, dass das Vorliegen des Ausgangszustandsberichts nicht die Aufgabe hat, das Genehmigungserfordernis sicherzustellen, sondern er zielt auf die Stilllegungsphase der Anlage⁵¹. Daher sieht auch § 7 Abs. 1 S. 5 der 9. BImSchV auch ausdrücklich vor, dass der Bericht bis zur Inbetriebnahme der Anlage nachgereicht werden kann. Im Rahmen der Auslegung während der Öffentlichkeitsbeteiligung reicht in diesen Fällen ein überschlägiger „Vorbericht“, der insb. bei Elektrolyseurvorbahen gut erstellt werden kann.

III. Kurze Betrachtung: Die Wasserstofftankstelle und Wasserstoffleitungen

Die rechtliche Zulassungsfähigkeit von Wasserstofftankstellen kann vom Betriebskonzept abhängen, aber auch von der externen tatsächlichen Situation. In Fällen, in denen eine (öffentlich zugängliche) Betankungseinrichtung/Tankstelle in direkter räumlicher Nähe zu einem Elektrolyseurvorbahen errichtet werden, ist denkbar, die geplante Betankungseinrichtung/Tankstelle nicht als selbstständiges Vorhaben im Sinne des § 29 BauGB zu qualifizieren, sondern dem Elektrolyseurvorbahen funktional zuzuordnen. Entgegen der Assoziation mit dem Begriff des „Tankens“ handelt es sich bei entsprechenden Infrastruktureinrichtungen zur Ermöglichung von Betankungsvorgängen bei PKW im örtlichen Zusammenhang mit Elektrolyseuranlagen regelmäßig nicht um eine „Tankstelle“ im herkömmlichen Sinne, sondern um das zur Verfügung stellen (auch mengenmäßig) einer technischen Vorrichtung des Abzapfens von Wasserstoff und gleichzeitiger Verfüllung in entsprechend ausgerüstete PKW. Nicht vorhanden sind dann vielfach Nebeneinrichtungen, Parkplätze und Sozialräume. Im Ergebnis unterscheidet sich die geplante Einrichtung nicht von der technischen Möglichkeit, erzeugten Wasserstoff in Trailer abzapfen und zur Weiternutzung an einen anderen Ort zu

41 Vgl. BVerwG, Urteil vom 27.11.2018 – 9 A 8.17 –, juris.

42 Vgl. BVerwG, Urteil vom 09.02.2017 – 7 A 2. 15 –, juris.

43 Vgl. OVG Lüneburg Urteil vom 27.08.2019 – 7 KS 24/17 –, juris.

44 Vgl. OVG Hamburg Urteil vom 01.09.2020 – 1 E 26/18–, juris.

45 Klopfer UmweltR, § 14 Gewässerschutzrecht Rn. 133.

46 Landmann/Rohmer UmweltR/Ganske, 96. EL September 2021, WHG § 58 Rn. 21 ff.

47 In Art. 22 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2010/75/EU heißt es daher auch: „Werden im Rahmen einer Tätigkeit relevante gefährliche Stoffe verwendet, erzeugt oder freigesetzt...“.

48 Vgl. Krappel, Ausgangszustandsbericht und Rückführungspflicht nach dem neuen Recht der Industrieemissionen, ZUR 2014, 202 (205).

49 Vgl. Müggenborg: Der Ausgangsbericht über den Bodenzustand nach Umsetzung der Industrieemissions-Richtlinie, NVwZ 2014, 326 (329), soweit mehr als Bagatellmengen vorliegen.

50 Vgl. Müggenborg, o. Fußn. 49, (330).

51 Ausdrücklich Jarass: Das neue Recht der Industrieanlagen, NVwZ 2013, 169 (174).

verbringen. Es werden daher auch keine abweichenden Anforderungen an den Boden und den Außenbereich gestellt. Insofern liegt es nahe, das geplante Elektrolyseurvorbau mit der Betankungseinrichtung als einheitliches Vorhaben anzusehen, welches insoweit insgesamt den oben (I.) dargestellten Privilegierungstatbeständen unterliegt⁵². Auch Betankungseinrichtungen, mit der Wasserstoff an PKW mit entsprechender Antriebstechnik abgegeben werden soll, können als selbständige Vorhaben im Sinne des § 29 BauGB bauplanungsrechtlich im Außenbereich zulässig sein. Einerseits kann die Tankstelle an der Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 3 Fall 2 BauGB teilnehmen, wenn das Vorhaben nur in unmittelbarer Nähe zu der Erzeugungseinheit, aus der der abzugebende Wasserstoff stammt, umgesetzt wird. Daneben kann sich die Zulassungsfähigkeit aber aus § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB ergeben. Auch „vollständige“ Tankstellen sind jedenfalls dann im Außenbereich zulässig, wenn die Bedarfsdeckung in Abhängigkeit von dem Standort jedenfalls als sinnvoll angesehen werden muss. Das Verwaltungsgericht Gießen⁵³ führt hinsichtlich eines Tankstellenstandorts für Versorgung mit fossilen Treibstoffen aus: *„Für den Außenbereich bedeutet dies, daß [...] nur dann Tankstellen bevorzugt zuzulassen sind, wenn der zu deckende Bedarf nicht nur rein quantitativ zugenommen hat, sondern daß er gerade an dem gewählten Standort deswegen besteht, weil dort das Netz an Tankstellen zu dünn ist. Soweit der Bedarf rein quantitativ die Erweiterung von Tankkapazitäten erfordert, hat dies im Außenbereich durch die Erweiterung der Kapazität vorhandener Anlagen zu geschehen.“* Die Versorgung der Bevölkerung mit Wasserstofftankstellen ist derzeit weitgehend nicht vorhanden. Gerade in Überlandbereichen abseits der Ballungsgebiete, sind entsprechende Tankmöglichkeiten essentiell, da hier eine besonders ausgeprägte Nutzungsmöglichkeit von KFZ mit regenerativen Antriebsmöglichkeiten besteht. Hinzu kommt das bereits zuvor dargestellte Argument, dass der bauliche und standortbezogene Anschluss an Erzeugungsanlagen für Wasserstoff, die wiederum für die Sicherstellung der sinnvollen Erzeugungsweise unmittelbar an Windparks anzuschließen sind, aus Aspekten des Klima- und Umweltschutzes im Kern alternativlos ist. Besteht hinsichtlich konkreter Vorhaben eine konkrete Versorgungsnachfrage oder ein Nachfragekonzept, greift somit die planungsrechtliche Zulässigkeit. Hinzu kommt, dass für Betankungseinrichtungen, die vollständig umweltgerecht erzeugten Wasserstoff vorhalten, ein anderer Maßstab angelegt werden, als bei Tankstellen für fossile Kraftstoffe, nicht zuletzt, da hier die Nähe zu erneuerbaren Stromerzeugungseinheiten, die die energetisch sinnvolle Elektrolyse ermöglichen, vielfach zwingend sein dürfte. In allen übrigen Fällen ist planungsrechtlich die Aufstellung eines Bebauungsplans voraussichtlich unumgänglich.

Auch konkrete Zulassungsverfahren sind für Wasserstoff-Tankstellen erforderlich, die sich im Kern nicht von „normalen“ Tankstellen unterscheiden. Allerdings bestehen in sicherheitsrechtlicher Sicht erhöhte Anforderungen, die vor allem mit der Menge des am Tankstellenstandort vorgehaltenen Wasserstoffes korrespondieren. Bau und Betrieb einer Wasserstofftankstelle sind – ab einer Lagerkapazität von drei Tonnen Wasserstoff im vereinfachten (§ 19 BImSchG)²⁰ bzw. ab 30 Tonnen im förmlichen Verfahren (§ 10 BImSchG) – ebenfalls immissionsschutzrechtlich genehmigungspflichtig, was sich aus Nummer 9.3 des Anhangs 1 der 4. BImSchV ergibt. Daneben kann die 12. BImSchV (StörfallV) Anwendung finden. In der Stoffliste in Anhang I zur 12. BImSchV ist Wasserstoff als gefährlicher Stoff in Nr. 2.44 mit folgenden Mengen-

schwelen in kg aufgeführt: Spalte 4: 5.000/Spalte 5: 50.000. Die Grundpflichten des zweiten und vierten Teils der StörfallV mit Ausnahme der §§ 9 bis 12 gelten damit für Betriebsbereiche, in denen Wasserstoff in einer Menge von 5.000 kg oder mehr (gleichzeitig) vorhanden ist, § 1 Abs. 1 Satz 1 der 12. BImSchV. Für Betriebsbereiche, in denen Wasserstoff in Mengen von 50.000 kg oder mehr (gleichzeitig) vorhanden ist, gelten außerdem die erweiterten Pflichten der §§ 9 bis 12 der 12. BImSchV. Mit Blick auf die Masse von Wasserstoff pro Nm³ (Wasserstoff ~ 0,090 kg/Nm³) ist hier eine genauere Blick je nach Vorhabengestaltung erforderlich. Natürlich kommt es auf den maximalen (möglichen) Lagerungsdruck an. Die Errichtung und der Betrieb von Tankstellen ist zudem grundsätzlich erlaubnispflichtig gemäß § 18 Betriebssicherheitsverordnung (Verordnung über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Verwendung von Arbeitsmitteln; BetrSichV). Flüssiggas- bzw. Erdgastankstellen fallen in den Erlaubnistatbestand von § 18 Absatz 1 Nummer 3 bzw. Nummer 6 BetrSichV. Die entsprechende Antragstellung regelt § 18 Absatz 3 BetrSichV. Im Wesentlichen finden sich die betriebsbezogenen Pflichten in §§ 3 ff. BetrSichV. Daneben ist in der Regel eine Baugenehmigung erforderlich. Allerdings enthalten die Landesbauordnungen je nach landesrechtlicher Ausgestaltung einige Erleichterungen für Gastankstellen, zudem ergibt sich aus der Landesbauordnung jeweils das Verhältnis von Baugenehmigung und Genehmigung nach BetrSichV und damit die Antwort auf die Frage, welches dieser beiden Verfahren „führt“ sowie welche Behörde somit für die Zulassungsentscheidung zuständig ist. Es ist im Einzelfall möglich, dass die Errichtung bei geringen Dimensionierungen (Lagerkapazitäten) oder bei betrieblichen Eingliederungen bauordnungsrechtlich auch verfahrensfrei erfolgen kann⁵⁴. Bei einer vorgesehenen vergleichsweise großen Lagerkapazität kann, wie oben beschrieben, eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung erforderlich werden. In diesen Fällen gilt die immissionsschutzrechtliche Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG⁵⁵.

Wasserstoffleitungen zwischen Elektrolyseuren und Tankstellen werden vielfach keine Baugenehmigung erfordern, da bestimmte Leitungen vom Anwendungsbereich der Landesbauordnungen ausgenommen sind. Mit Blick auf die Musterbauordnung (MBO) gilt dies für Leitungen, wenn sie einem der in § 1 Abs. 2 Nr. 4 MBO aufgeführten Zwecke dienen. Leitungen für den Ferntransport von Stoffen sind die sog. Pipelines für Flüssigkeiten, z. B. Öle oder Gase. Dabei ist unerheblich, ob sie der öffentlichen Versorgung dienen oder nicht. Als Leitungen für den „Ferntransport“ werden sie hier schon dann angesehen, wenn sie nur das Betriebsgelände eines Unternehmens verlassen⁵⁶. § 1 Abs. 2 Nr. 3 MBO nimmt ebenso Leitungen aus, die der öffentlichen Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität oder Wärme dienen. Öffentliche Versorgung ist die Versorgung der Allgemeinheit, einerlei, ob durch eine staatliche oder kommunale Einrichtung oder ein privatwirtschaftliches Unternehmen. Anschlüsse und Leitungen auf dem Betriebsgelände eines Elektrolyseurs sind regelmäßig im Rahmen der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung abzarbeiten. Für die Verlegung von Leitungen kann, auch wenn keine Baugeneh-

52 Vgl. dazu Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB 13. Aufl. 2016, § 29 Rn. 6.

53 Urteil vom 27. September 1999 – 1 E 628/98, juris Rn. 22; vgl. aber gegen eine Zulässigkeit VGH Kassel, Beschluss vom 07. Dezember 2000 – 4 UZ 3402/99.

54 Vgl. § 63 Abs. 1 N. 4 lit. d LBauO SH, wonach verfahrensfrei sind: *„Flüssiggastankstellen mit einem Flüssiggaslagerbehälter mit weniger als drei Tonnen Fassungsvermögen für die Eigenversorgung von Fahrzeugen“*; soweit es sich bei einem Vorhaben nicht um ein solches handelt, das der Eigenversorgung von Fahrzeugen dient, bleibt es bei den Vorgaben der Verfahrensfreiheit zur Lagerkapazität von Gasen und Flüssiggasen (§ 63 Abs. 1 Nr. 6 LBauO SH, >3 Tonnen Flüssiggas oder >6m³ Rauminhalt) sowie der Verfahrensfreiheit von Tank-/Zapfanlagen (§ 63 Abs. 1 Nr. 15 lit. b LBauO SH).

55 Vgl. Landmann/Rohmer UmweltR/Seibert, 96. EL September 2021, BImSchG § 13 Rn. 89g.

56 Vgl. bspw. Große-Suchsdorf/Mann, 10. Aufl. 2020, NBauO § 1 Rn. 30.

migung oder Planfeststellung (vgl. sogleich) erforderlich ist, eine Eingriffsgenehmigung gem. § 17 Abs. 3 BNatSchG erforderlich werden.

Spezielle Vorschriften in Bezug auf die genannten Ferntransport- sowie Elektrizitäts- und Gasversorgungsleitungen enthalten EnWG und UVPG. Insoweit schreiben die §§ 65 ff. UVPG und § 43 ff. EnWG i. V. m. Nr. 19 ff. der Anlage 1 zum UVPG Planfeststellungs- oder Plangenehmigungsverfahren

für bestimmte Rohrleitungen vor. Sicherheitstechnische Anforderungen stellen die RohrfernleitungsVO, die GashochdruckleitungsVO sowie § 49 EnWG. Das EnWG verfügt inzwischen über § 43l, wonach Wasserstoffverteilanlagen (vgl. § 3 Nr. 39a EnWG) weitgehend den Gasversorgungsleitungen gleichgestellt werden. Insoweit gilt, dass jedenfalls ab einem Leitungsquerschnitt der Wasserstoffleitung von 30 cm eine Planfeststellung erforderlich ist.

Staatssekretär a. D. Dr. jur. *Thomas Griese**

Gesetzesvorschläge und Initiativen zur Verbesserung des Ausbaus der Windenergie

1. Anlass

Der Ausbau der Windenergie ist in den letzten Jahren ins Stocken geraten. Mehr Tempo beim Klimaschutz und damit beim Ausbau Erneuerbarer Energien ist aufgrund der Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹ und der Vorgaben des Bundesklimaschutzgesetzes (BKSG) zwingend notwendig. Verstärkt wird dies noch durch den zukünftig wachsenden Bedarf an erneuerbaren Energien für Elektromobilität und Wasserstoff.

Die Koalitionsvereinbarung² der neuen Bundesregierung bekennt sich zu diesem Ziel. Für Windkraft sollen 2% der Landesfläche verfügbar gemacht, die Artenschutzanforderungen gesetzlich geregelt und Planungshindernisse beseitigt werden³.

Spannend wird die gesetzliche Umsetzung dieser Ziele. Der Blick ist daher auf die diskutierten Gesetzesvorschläge zu richten ist.

2. Öffentliches Interesse und öffentliche Sicherheit

Im Koalitionsvertrag heißt es, daß Anlagen zur Erzeugung und Transport von Erneuerbarer Energie im öffentlichen Interesse liegen und der öffentlichen Sicherheit dienen⁴. Dies soll gesetzlich festgeschrieben und unter gewissen Voraussetzungen eine Regelvermutung für das Vorliegen der Ausnahmevoraussetzungen des Bundesnaturschutzgesetzes geschaffen werden.

Dies ist zugleich ein Hinweis darauf, daß eine besondere Bedeutung der Regelung im Arten- und Naturschutz gesehen wird. Dies verwundert nicht, denn das öffentliche Interesse ist Voraussetzung für wichtige artenschutzrechtliche Entscheidungen. So ermöglicht § 67 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG die Befreiung von naturschutzrechtlichen Geboten und Verboten bei überwiegendem öffentlichen Interesse. Ausnahmen vom artenschutzrechtlichen Tötungsverbot sind gemäß § 45 Abs. 7 Nr. 5 BNatSchG möglich, wenn zwingende Gründe eines überwiegenden öffentlichen Interesses vorliegen. Solche Gründe

rechtfertigen auch gemäß § 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG eine erhebliche Beeinträchtigung von Natura 2000 – Gebieten. Auch bei der Gewichtung von Landschaftschutz nach § 26 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG (Vielfalt, Eigenart und Schönheit der Landschaft) spielt ein öffentliches Interesse für Erneuerbare Energien eine wichtige Rolle. Die öffentliche Sicherheit rechtfertigt Ausnahmen vom Artenschutz gemäß § 45 Abs. 7 Nr. 4 BNatSchG (s dazu unten unter 3 e).

Die Reichweite einer Normierung des öffentlichen Interesses und der öffentlichen Sicherheit geht über Natur- und Artenschutz aber weit hinaus, denn sie hat Bedeutung im Planungsrecht und bei der baurechtlichen Außenbereichsprivilegierung. Darüber hinaus geht es darum, entgegenstehende Belange im Wege einer gesetzlichen Abwägungsvorgabe zu überwinden. Das bestätigt der Koalitionsvertrag an anderer Stelle, in welcher es heißt, es gehe darum, bei der Schutzgüterabwägung bis zum Erreichen der Klimaneutralität einen befristeten Vorrang für Erneuerbare Energien zu erreichen⁵. In der Eröffnungsbilanz Klimaschutz des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) wird daher eine gesetzliche Klarstellung angekündigt, wonach die Erneuerbaren Energien im überragenden öffentlichen Interesse liegen und der öffentlichen Sicherheit dienen⁶. Damit sind u. a. der Denkmalschutz, die Seismologie oder andere konkurrierende öffentliche Belange angesprochen, die im Wege einer Regelvorrangvermutung überwunden werden.

Nun ist es durchaus verwunderlich, daß das Vorliegen eines öffentlichen Interesses für Erneuerbare Energien überhaupt bezweifelt wurde⁷. Immerhin geht es um die Versorgung mit Energie, die für Wirtschaft und Gesellschaft überlebensnotwendig ist. So waren bereits bestehende Atomkraftwerke gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 7 BauGB umfassend privilegiert. Die Braunkohle konnte sich auf das Enteignungsrecht in § 77 ff Bundesberggesetz als gesetzlichen Ausdruck eines überwiegenden zwingenden öffentlichen Interesses stützen⁸.

Davon haben atomare und fossile Energieerzeugungsanlagen in der Vergangenheit mit größter Selbstverständlichkeit profitiert. Unter diesem Blickwinkel ist eine Schlechterbehandlung der Erneuerbaren Energien nicht zu rechtfertigen. Das für sie

* Der Verf. war von 1995 bis 2005 Staatssekretär im Umweltministerium NRW und von 2011 – 2020 Staatssekretär im Umweltministerium Rheinland-Pfalz. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 107.

1 BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021 – 1 BvR 2656/18 – ZNER 2021, 262.

2 Koalitionsvertrag 2021–2025: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/koalitionsvertrag-2021-2025>.

3 So auch die Festlegungen in der Eröffnungsbilanz Klimaschutz des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) v. 11.01.2022, S. 14 f.

4 Koalitionsvertrag aaO, S. 14.

5 Koalitionsvertrag aaO, S. 56.

6 Eröffnungsbilanz Klimaschutz des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) v. 11.01.2022, S. 14 f.

7 So aber VG Gießen, Urteil v. 3.9.2019 – 3 K 250/16 GI, juris Rn. 95 ff; VG Halle, Urteil v. 25.10.2016 – 2 A 4/15 HAL, juris Rn. 99 ff.

8 Verheyen, Ausbau der Windenergie an Land: Beseitigung von Ausbauehemnissen im öffentlichen Interesse, Gutachten im Auftrag von Greenpeace Energy e. G., Mai 2020, S. 15.