



LEE.SH

Aus dem Norden.
In die Zukunft.

KURZSTELLUNGNAHME ZUR GENEHMIGUNGSRECHTLICHEN SITUATION SYSTEMDIENLICHER ELEKTROLYSEURE

November 2019

Diese Kurzstellungnahme befasst sich mit den bauplanungsrechtlichen und immissionsschutzrechtlichen Aspekten systemdienlicher Elektrolyseure. Zudem bietet sie einen indikativen Ausblick auf mögliche Regelungen „de lege ferenda“. „Systemdienlich“ bedeutet hier die Betrachtung windenergienaher oder mit Windenergie betriebstechnisch verbundener Elektrolyseure (folgend zusammenfassend „Elektrolyseure“).

1 ZUM BAUPLANUNGSRECHT

Damit Elektrolyseure bauplanungsrechtlich zulässig sind, müssen diese entweder als privilegiertes Außenbereichsvorhaben im Sinne des § 35 Absatz 1 BauGB eingeordnet werden können oder es ist die Aufstellung eines Bebauungsplans durch die Standortgemeinde erforderlich. Letzteres Erfordernis begründete Hürden in zeitlicher, rechtlicher und politischer Hinsicht, die gemessen an der städtebaulichen Bedeutung von Elektrolyseurvorhaben als regelmäßig vermeidbar einzuordnen sind.

1.1 Aktuelle bauplanungsrechtliche Einordnung und behördliche Handhabung

Elektrolyseure sind keinem der Privilegierungstatbestände des § 35 Absatz 1 BauGB ausdrücklich zugeordnet. Sie können nur von der „Versorgungsprivilegierung“ der Nummer 3 erfasst werden oder als „der Nutzung der Windenergie dienendes“ Vorhaben (Nummer 5) eingeordnet werden.

VERSORGUNGSPRIVILEGIERUNG In der Praxis ist es gelungen, eine Versorgungsprivilegierung zu begründen, wenn der erzeugte Wasserstoff vollständig in ein vorhandenes Erdgasnetz der allgemeinen Versorgung eingespeist wird. Rechtlicher Hintergrund dieser Einordnung ist, dass der Elektrolyseur in diesem Fall das Tatbestandsmerkmal der „öffentlichen Versorgung mit Gas dienend“ erfüllt. Zudem wird das (ungeschriebene) Tatbestandsmerkmal der Ortsgebundenheit dadurch erfüllt, dass für die Erfüllung der Voraussetzung der „Versorgungsaufgabe“ eine relative Nähe zu einem einspeisefähigen Gasnetz erforderlich ist. Werden andere Nutzungen als die Netzeinspeisung des erzeugten Wasserstoffs verfolgt, scheidet die Versorgungsprivilegierung aus (bspw. bei Verwendung im Verkehrssektor).

WINDENERGIEPRIVILEGIERUNG Ebenfalls ist es in der Praxis vereinzelt gelungen, eine „Windenergieprivilegierung“ zu begründen, wenn das Betriebskonzept des Elektrolyseurs eine physikalische Versorgung durch einen in unmittelbarer Nähe befindlichen Windpark vorsieht und dabei gleichzeitig auf die systemdienliche Aufnahme von Erzeugungsüberkapazitäten im Windpark ausgerichtet ist. Damit ist die Anwendung dieses Privilegierungstatbestandes jedenfalls bei gleichzeitiger (Auch-) Netzversorgung ausgeschlossen, ggf. aber auch, wird in Windenergieanlagen erzeugter Strom eingesetzt, der nicht „überschüssig“ ist und auch in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist werden könnte. Unklar ist ebenfalls, ob sich die beschriebene Privilegierungsannahme in der behördlichen Praxis durchsetzen kann.

Eine rechtlich sichere Einordnung von Elektrolyseurvorhaben als privilegiertes Außenbereichsvorhaben besteht derzeit nicht.

1.2 Zukünftig erforderliche bauplanungsrechtliche Einordnung

Für Elektrolyseure ist als Einzelvorhaben, aber auch als Gesamtanlagen, eine ausdrückliche Privilegierung in § 35 BauGB vorzunehmen. Dies betrifft jedenfalls Vorhaben, die einen betriebstechnischen Zusammenhang zu vorhandenen Erzeugern von Windenergie aufweisen. Gesamtanlagen müssen jedenfalls solange die Privilegierung erfüllen, wie die Wasserstoffherzeugung überwiegender Betriebszweck ist und nicht in der Gesamtanlage in andere Energieträger oder zu sonstigen Energieerzeugung (bspw. Wärme) weiterverarbeitet wird. So kann verhindert werden, dass Industrieunternehmen die Privilegierung (ungewünscht) nutzen oder Wärmekraftwerken zu einer Privilegierung verholfen wird, ohne eine solche gesetzgeberische Entscheidung zu treffen. Zu diesem Zweck kann der Tatbestand wie folgt lauten (neu einzuführende § 35 Absatz 1 Nummer 9 BauGB):

„[Im Außenbereich ist ein Vorhaben nur zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen, die ausreichende Erschließung gesichert ist und wenn es

Nr. 9: unter überwiegender physikalischer Nutzung in räumlicher Nähe aus Windenergie erzeugten Stroms der Herstellung von Wasserstoff durch Elektrolyse dient, die Wasserstoffherzeugung wesentlicher Betriebszweck ist und der erzeugte Wasserstoff nicht in räumlicher Nähe in andere Energieträger umgewandelt oder in sonstiger Weise weiterverarbeitet wird“.

Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass bauplanungsrechtlich eine Leistungsbegrenzung nicht erforderlich erscheint, da eine Leistungsbegrenzung durch die überwiegende physikalische Nutzung von Windstrom automatische Folge ist.

2 ZUM IMMISSIONSSCHUTZRECHT

Wasserstoff wird als potentiell gefährlich wahrgenommen, so dass die behördliche Praxis durch die Annahme beherrscht wird, es müsse ein Genehmigungsbedürfnis für Elektrolyseure bestehen. Immissionsschutzrechtlich unterliegen jedoch nur solche Anlagen dem Genehmigungsbedürfnis, die einem der in Anhang 1 der 4. BImSchV genannten Tatbestände eindeutig zuzuordnen sind. Die Erstreckung der dortigen Tatbestände im Wege der Analogie oder einer erweiternden Auslegung auf andere Anlagen ist unzulässig.

2.1 Aktuelle behördliche Handhabung und immissionsschutzrechtliche Bewertung

Für Elektrolyseure zur Wasserstoffherzeugung ist im Anhang 1 der 4. BImSchV kein eigener Genehmigungsstatbestand vorgesehen. Auf Grundlage eines vom Ausschuss „Anlagenbezogener Immissionsschutz / Störfallvorsorge“ (AISV) der Länderarbeitsgemeinschaft Immissionsschutz (LAI) in seiner 139. Sitzung vom 4. bis 6. Juli 2017 gefassten Beschlusses, dass Elektrolyseanlagen zur Herstellung von Wasserstoff der Ziffer 4.1.12 des Anhangs 1 der 4. BImSchV zuzuordnen seien, verhält sich die behördliche Praxis entsprechend. Elektrolyseanlagen in einer über den Hausgebrauch hinausgehenden Größe werden daher ständig unter den genannten Genehmigungsstatbestand gefasst. Folge daraus ist - abgesehen davon, dass zwingend ein Genehmigungsverfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung durchzuführen ist -, dass Elektrolyseure als „Industrieemissionsanlage“ eingeordnet werden, mit u.a. diesen Folgen:

- Besondere Überwachungsverpflichtungen gem. § 52a BImSchG, Überwachungspläne, Bestellung eines Immissionsschutzbeauftragten
- Vorlage von Ausgangszustandsberichten, § 10 Absatz 1a BImSchG
- Umsetzung der besten verfügbaren Techniken (BVT) und damit einhergehende Folgen

Die behördliche Praxis führt demnach einerseits zu umfangreichen Genehmigungsverfahren, allerdings auch zu weiteren und nicht unerheblichen Verpflichtungen in der Betriebsphase.

Die behördliche Praxis ist rechtlich unzutreffend. Nach derzeitiger Rechtslage besteht kein Genehmigungsstatbestand in der 4. BImSchV, unter den Elektrolyseure zur Wasserstoffherzeugung zu fassen sein können. Die Anwendung des Tatbestandes in Ziffer 4.1.12 des Anhangs 1 der 4. BImSchV (verkürzt lautend: „Anlagen zur Herstellung von Stoffen durch chemische, biochemische oder biologische Umwandlung in industriellem Umfang, zur Herstellung von Wasserstoff“) ist u.a. aus folgenden Gründen unzutreffend:

- Die Kategoriebezeichnung der Katalogziffer 4 des Anhangs 1 der 4. BImSchV („Chemische Erzeugnisse, Arzneimittel, Mineralölraffination und Weiterverarbeitung“) verdeutlicht, dass Produktionsanlagen adressiert sind, die erzeugte Stoffmengen außerhalb unmittelbarer betrieblicher Zusammenhänge absetzen, in Verkehr bringen und der Weiterverarbeitung in weitergehenden Produktionsabläufen zuführen. Die Regelung betrifft somit die „klassische chemische Erzeugung“ von Stoffen in Industrieanlagen, nicht die Wasserstoffproduktion in einzelnen Elektrolyseuren.
- Der Begriff des „industriellen Umfangs“ ist nicht eindeutig bestimmbar, die verfügbaren Auslegungshilfen deuten aber darauf hin, dass mehrere verbundene Produktionsabläufe erforderlich sein müssen, um ein Endprodukt zu erhalten. Auch dies ist bei elektrolytischer Wasserstoffherzeugung nicht gegeben.
- Die Einordnung einer Anlage, die in den Tatbestand der Ziffer 4.1.12 des Anhangs 1 der 4. BImSchV als Industrieemissionsanlage fällt, deutet darauf hin, dass Elektrolyseure nicht erfasst sein können, denn gem. Artikel 1 der Industrieemissionsrichtlinie gilt: „Diese Richtlinie regelt die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung infolge industrieller Tätigkeiten.“ Dies trifft ersichtlich auf Elektrolyseure nicht zu.

- Der Tatbestand der Ziffer 4.1.12 des Anhang 1 der 4. BImSchV umfasst „*chemische, biochemische oder biologische Umwandlung*“, allerdings nicht die **elektrolytische** Herstellung von Wasserstoff. Die 4. BImSchV unterscheidet grundsätzlich zwischen chemischer und elektrolytischer Umwandlung, bspw. in Ziffer 3.3 des Anhang 1 der 4. BImSchV („*chemische **oder elektrolytische Verfahren***“), so dass die fehlende Nennung der elektrolytischen Umwandlung tatbestandsausschließend für Elektrolyseure wirkt. Der Tatbestand der Ziffer 4.1.12 kann auf die elektrolytische Herstellung von Wasserstoff nicht erweitert werden, da aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit ein Verbot der tatbestandserweiternden Analogie besteht.

Weitere Genehmigungstatbestände des Anhang 1 der 4. BImSchV, unter die Elektrolyseure zu fassen sein können, sind nicht ersichtlich. Insbesondere handelt es sich bei Elektrolyseuren nicht um Biogaserzeugungsanlagen i.S.d. der Ziffer 1.15. Wasserstoff kann immissionsschutzrechtlich nicht als Biogas eingeordnet werden. Dies folgt bereits daraus, dass Wasserstoff an anderer Stelle des Anhang 1 der 4. BImSchV ausdrücklich als Produkt genannt wird.

Elektrolyseure können bei entsprechender Speicherausstattung höchstens unter den Lagerungsmengentatbestand der Ziffer 9.3 fallen.

2.2 Zukünftige erforderliche immissionsschutzrechtliche Einordnung

Dass Elektrolyseure nicht als immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig einzuordnen sind, ist nicht zu beanstanden; es gelten trotzdem die immissionsschutzrechtlichen Vorgaben der §§ 22 ff. BImSchG. Soll eine Genehmigungsbedürftigkeit angenommen werden, ist tatbestandlich erforderlich, dass mit dem jeweiligen Vorhaben ein besonderes **immissionsbezogenes** Beeinträchtigungspotential verbunden ist. Gefährdungen immissionsschutzrechtlicher Art (vgl. § 3 Absatz 1 bis 3 BImSchG) müssen dazu nicht überhaupt, sondern überdurchschnittlich häufig auftreten oder Schäden besonderen Ausmaßes herbeiführen können. Die abstrakte Störqualität einer Anlage, weil in ihr in bestimmten Mengen grundsätzlich gefährliche Stoffe erzeugt werden oder vorhanden sind, reicht für sich genommen nicht aus, eine immissionsschutzrechtliche Relevanz im Sinne einer Genehmigungsbedürftigkeit zu entfalten.

Anknüpfungspunkt der Annahme der Schaffung eines immissionsschutzrechtlichen Genehmigungstatbestandes müssen demnach die anlagenspezifischen Gefährdungen für immissionsschutzrechtliche Schutzgüter sein. Prozessbedingt fallen bei der Elektrolyse Abwasser, Schallemissionen und gasförmige Emissionen (Sauerstoff und ggf. auch ungenutzter Wasserstoff, die „abgeblasen“ werden) an. Das Beeinträchtigungspotential aus diesen Emissionen steigt notwendigerweise mit der Erzeugungsmenge und damit mit der Erzeugungsleistung eines Elektrolyseurs. Diese Größen sind daher auch zutreffender Anknüpfungspunkt für die Gestaltung eines Genehmigungstatbestandes.

Dabei ist denkbar und ggf. sinnvoll, Elektrolyseure unter einer gewissen Erzeugungsleistung aus dem Genehmigungsbedürfnis auszunehmen, da anderenfalls auch bspw. Elektrolyseure für den Hausgebrauch versehentlich miterfasst werden könnten. Ebenfalls ist der entsprechende Genehmigungstatbestand in die Katalognummer 1 („*Wärmeerzeugung, Bergbau und Energie*“) des Anhang 1 der 4. BImSchV zu integrieren, da der in Elektrolyseuren erzeugte Wasserstoff richtigerweise kein chemisches Erzeugnis im Sinne der Katalognummer 4 darstellt, sondern ein Energieträger ist, zudem nicht chemische, sondern elektrolytische Prozesse eingesetzt

werden. Im Übrigen wäre die Einrichtung eines Genehmigungstatbestandes in der Katalognummer 10 („*Sonstige Anlagen*“) denkbar. Ein Genehmigungstatbestand 1.16 oder 10.26 im Anhang 1 der 4. BImSchV kann lauten:

- „**Anlagen zur elektrolytischen Erzeugung von Wasserstoff,**
- 1.16.1 / 10.26.1 mit einer Erzeugungsleistung von 10 Megawatt oder mehr, (G)**
- 1.16.2 / 10.26.2 mit einer Erzeugungsleistung von 1 Megawatt oder mehr; (V)“**

(G: Genehmigungsverfahren gemäß § 10 BImSchG mit Öffentlichkeitsbeteiligung; V: Vereinfachtes Verfahren gemäß § 19 BImSchG ohne Öffentlichkeitsbeteiligung)

Alternativ kann zur Bestimmung der Mengenschwellen an die Produktionskapazität / Jahr in Nm³ angeknüpft werden. Soll der Elektrolyseur mit Speichereinrichtungen verbunden werden, die die Mengenschwellen der Ziffer 9.3 des Anhang 1 der 4. BImSchV überschreiten, ist die Genehmigung einer Gesamtanlage (vgl. § 1 Absatz 4 der 4. BImSchV) erforderlich. **Relevant ist, dass ein Elektrolyseur nicht als Industrieemissionsanlage eingeordnet wird.** Die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung kann aus Sicht des Vorhabenträgers zudem ggf. sogar hilfreich sein, da auf diese Weise alle betriebsnotwendigen Genehmigungen und Erlaubnisse gem. § 13 BImSchG einkonzentriert werden.

2.3 Ergänzende Hinweise zum UVP-Recht:

In der behördlichen Praxis werden Elektrolyseure der Ziffer 4.2 der Anlage 1 zum UVPG zugeordnet („*Errichtung und Betrieb einer Anlage zur Herstellung von Stoffen oder Stoffgruppen durch chemische Umwandlung im industriellen Umfang*“), so dass eine UVP-Vorprüfungspflicht besteht („A-Vorhaben“). Diese Einordnung teilt das rechtliche Schicksal der oben dargestellten immissionsschutzrechtlichen Bewertung. Für Elektrolyseure wären somit parallele Tatbestände zu schaffen, die sich an der immissionsschutzrechtlichen Einordnung orientieren. Für V-Vorhaben ergäbe sich eine allgemeine Vorprüfungspflicht, für G-Vorhaben eine UVP-Pflicht.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Landesverband Erneuerbare Energien Schleswig-Holstein (LEE SH)
Dr. Fabian Faller · Geschäftsführer
Hopfenstraße 71 · 24103 Kiel
T +49 431 22181451 · faller@lee-sh.de
www.lee-sh.de