

LANDESDIREKTION SACHSEN
09105 Chemnitz

- nur per E-Mail -

Amtsleiter der Umweltämter in Landkreisen
und kreisfreien Städte des Freistaates Sachsen

- siehe Verteiler -

nachrichtlich:

- SMEKUL (Abteilung 4)
- SMWA (Abteilung 2)
- Generalstaatsanwaltschaft Dresden
- LfULG (Abteilungen 4 und 5)

Ihr/-e Ansprechpartner/-in
Christian Ammer

Durchwahl

Telefon +49 351 825-4412
Telefax +49 351 825-9601

christian.ammer@
lds.sachsen.de*

Geschäftszeichen

(bitte bei Antwort angeben)
44-8430/24/15

Dresden,
16. Juni 2022

Brennstoffwechsel – Maßnahmen zur Überbrückung von vorübergehenden Engpässen in der Gasversorgung

Sehr geehrte Damen und Herren,
hiermit erhalten Sie nachfolgende

MACH 
WAS 
WICHTIGES
Arbeiten im Öffentlichen Dienst Sachsen

Vorsorgliche Handreichung zur Duldung eines ungenehmigten Anlagenbetriebs bei einer Gasknappheit

mit der Bitte um Kenntnisnahme und Beachtung.

Die Handreichung wurde im Vorfeld sowohl mit dem Sächsischen Staatsministerium für Energie, Klimaschutz, Umwelt und Landwirtschaft (SMEKUL), dem Sächsischen Staatsministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr (SMWA) als auch bzgl. Punkt 3 dieser Handreichung mit der Generalstaatsanwaltschaft Dresden abgestimmt.

1. Anlass

Viele Unternehmen erwägen wegen einer drohenden Gasknappheit vorübergehend auf andere Brennstoffe umzusteigen. Diese Umstellung bedarf im Regelfall einer Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG). Aufgrund der Dauer eines Genehmigungsverfahrens kann es notwen-

dig sein, dass die geänderten Anlagen auch schon vor Genehmigungserteilung betrieben werden müssen, da sonst die Wärmeversorgung gefährdet ist oder ein wirtschaftlicher Totalschaden droht. Für diesen Zeitraum kann die Behörde diesen formell illegalen Zustand dulden.

Eine Gasknappheit ist allgemein anzunehmen, wenn die Notfallstufe des „Notfallplans Gas der Bundesrepublik Deutschland“ festgestellt wurde. Dies ist laut Prognosen frühestens im Winter 2022/2023 zu erwarten.

Im „Notfallplan Gas für die Bundesrepublik Deutschland“ wurden drei Stufen der Gefahr einer Gasknappheit festgelegt: die Frühwarnstufe, die Alarmstufe und die Notfallstufe. Erst ab der Notfallstufe stehen hoheitliche Maßnahmen des Bundes und der Länder gemäß dem Energiesicherungsgesetz (EnSiG) und der Gassicherungsverordnung (GasSV) ergänzend zu markt- und netzbasierten Maßnahmen zur Verfügung. Die Bundesnetzagentur als Bundeslastverteiler oder die Bundesländer als Lastverteiler führen dann hoheitliche Maßnahmen gemäß GasSV durch. Das Ziel ist die Sicherung des lebenswichtigen Bedarfs an Gas unter besonderer Berücksichtigung der geschützten Kunden (§ 53a Energiewirtschaftsgesetz (EnWG)) und Minimierung der Folgeschäden. Um dieses Ziel zu erreichen, kann angeordnet werden, dass Industriekunden nicht mehr mit Erdgas beliefert werden oder Erdgas durch Erdöl oder andere Brennstoffe substituiert werden muss.

Folgen hätte ein Gaslieferstopp vor allem für die chemische Industrie, da Erdgas auch ein Ausgangsrohstoff für zahlreiche Produkte ist. Auch in der Glasindustrie werden gasbetriebene Glasschmelzwannen eingesetzt, welche nicht schadlos heruntergefahren werden können. Eine kurzfristige Umstellung auf andere Brennstoffe zum Warmhalten der Wannen könnte einen wirtschaftlichen Totalschaden verhindern. Weiterhin prüfen die Betreiber von Gaskraftwerken jetzt schon die Möglichkeit einer Brennstoffumstellung, um im kommenden Winter eine ausreichende Strom- und Wärmeversorgung sicherstellen zu können.

2. Duldung eines ungenehmigten Anlagenbetriebs

Um schnell auf eine Erdgasknappheit reagieren zu können, kann neben der Durchführung eines Anzeige- oder Genehmigungsverfahrens auch eine behördliche Duldung (in der Form der aktiven Duldung) ein Mittel des Verwaltungshandelns sein. Bei einer aktiven Duldung nimmt die Behörde einen illegalen Zustand hin und dokumentiert diese Duldungsentscheidung aktiv nach außen (z. B. durch einen Duldungsverwaltungsakt).¹

Immissionsschutzrecht:

Die Rechtsgrundlage einer Duldung im Immissionsschutzrecht ist § 20 Abs. 2 S. 1 BImSchG. Danach soll die zuständige Behörde anordnen, dass eine Anlage, die ohne erforderliche Genehmigung errichtet, betrieben oder wesentlich geändert wird, stillzulegen oder zu beseitigen ist. Der Behörde wird somit ein Ermessen eingeräumt, um auf atypische Fälle reagieren zu können. Die behördliche Duldung ersetzt dabei nicht die Genehmigung.

¹ Die Handreichung ist auf die siedlungswasserwirtschaftlichen Belange (Fallgruppen [1] wgS Anlagengenehmigungen nach AwSV/§§ 62f WHG sowie [2] ggf. Änderung der Abwasser(behandlungs)anlage sowie der Einleitbedingungen (wrE/IEG) für den betreffenden Anlagenstandort) ebenso anwendbar.

Zwingende Voraussetzungen für die Duldung nach BImSchG sind laut Rechtsprechung:

- Die Anlage darf nur formell illegal (fehlende Genehmigung) sein. Die Behörde muss begründeten Anlass für die Annahme haben, dass die Anlage, so wie sie betrieben wird, materiell den immissionsschutzrechtlichen Anforderungen und Anforderungen nach anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspricht.
- Der Betreiber muss alles Zumutbare für die Herstellung eines formell rechtmäßigen Zustands tun. Dies bedeutet in der Regel, dass unverzüglich ein Genehmigungsantrag gestellt wird und die für die Einleitung des Genehmigungsverfahrens notwendigen Unterlagen beigebracht werden.

Wasserrecht:

Eine ähnliche Rechtsgrundlage gibt es auch im Wasserrecht. Gemäß § 100 Abs. 1 S. 2 Wasserhaushaltsgesetz (WHG) liegen sowohl die erforderlichen Anordnungen als auch die einzelnen Überwachungsmaßnahmen im pflichtgemäßen Ermessen der zuständigen Behörde (Handlungs- und Auswahlermessen). Untersetzt wird dies durch die Möglichkeit der nachträglichen Antragstellung über § 113 Sächsisches Wassergesetz (SächsWG).

Arbeitsschutzrecht:

Auch im Arbeitsschutzrecht gibt es eine entsprechende Rechtsgrundlage. Gemäß § 27 Abs. 5 Nr. 4 des Gesetzes über überwachungsbedürftige Anlagen (ÜAnlG) kann die Behörde im Einzelfall die Stilllegung oder Beseitigung einer überwachungsbedürftigen Anlage anordnen, wenn die Anlage ohne die auf Grund einer nach § 31 erlassenen Rechtsverordnung erforderliche Erlaubnis errichtet, betrieben oder geändert wird. Solch eine Erlaubnis ist die Erlaubnis nach § 18 Betriebssicherheitsverordnung (BetrSichV). Der Behörde wird auch in diesem Fall ein Ermessen eingeräumt, um auf atypische Fälle reagieren zu können.

Verfassungsrecht:

Aus verfassungsrechtlicher Sicht müssen Duldungsentscheidungen begründet werden und in aller Regel eine zeitlich beschränkte Ausnahme bleiben, weil sie dem Grundsatz der Bindung der Verwaltung an das Gesetz widersprechen (Art. 20 Abs. 3 GG). Weiterhin gefährden sie den von Art. 3 Abs. 1 GG geforderten gleichmäßigen Gesetzesvollzug. Auch darf die Duldung nicht offensichtlich rechtswidrig sein. Dies könnte der Fall sein, wenn die Behörde den Sachverhalt vor Duldungserlass nicht angemessen ermittelt (Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 20a GG).

3. Strafrechtliche Relevanz

Das Betreiben einer ungenehmigten Anlage kann für den Betreiber strafrechtlich relevant sein, denn auch trotz einer aktiven Duldung bleibt der Tatbestand des § 327 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 1 Strafgesetzbuch (StGB) erfüllt. Die zeitweilige behördliche Duldung kann jedoch ein Rechtfertigungs- oder Strafausschließungsgrund sein (vgl. NVwZ 2011, 1046). Der Betreiber trägt dahingehend allerdings ein Restrisiko.

Die Verwaltungsbehörden sind nach Ziffer IV der VwV Umweltkriminalität verpflichtet, in bestimmten Fällen die Strafverfolgungsbehörden unverzüglich und umfassend über den Verdacht einer Straftat gegen die Umwelt zu informieren. Das bloße stillschweigende Hinnehmen (passives Dulden) eines rechtswidrigen Zustands, ohne die Strafverfolgungsbehörden zu informieren, kann zu einer möglichen Strafbarkeit des Behördenvertreters nach §§ 258a, 13 StGB führen. Entscheidet sich die Behörde für eine Duldung, wird vor diesem Hintergrund eine aktive Duldung empfohlen, da in diesem Fall von einer Abgabe an die Staatsanwaltschaft abgesehen werden kann.

In dem Zusammenhang sei auch auf § 33 ÜAnIG und § 23 BetrSichV hingewiesen.

4. Ablauf des Duldungsverfahrens

- Paralleles Betreiben eines Anzeige- (§ 15 BImSchG) oder Genehmigungsverfahrens (§ 16 BImSchG) bzw. eines entsprechenden wasserrechtlichen Zulassungsverfahrens (insbesondere § 63 WHG i. V. m. der Verordnung über Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen (AwSV)) bzw. eines Erlaubnisverfahrens nach § 18 BetrSichV²
- Die eingereichten Genehmigungsunterlagen müssen nicht vollständig sein. Bei nach § 18 Abs. 1 BetrSichV erlaubnisbedürftigen Anlagen ist in jedem Fall die Vorlage eines Prüfberichtes einer Zugelassenen Überwachungsstelle (ZÜS) mit den Unterlagen erforderlich.
- Die Unternehmen müssen **glaubhaft** machen, dass sie in einer **Notsituation** sind.
- Für die Dauer bis zur Genehmigungserteilung kann die Behörde (nach umfangreicher Abwägung) den **nur** formell illegalen Zustand dulden.
- Die Duldung muss **zeitlich** auf die Dauer der Notsituation **begrenzt** sein.
- Vor Erlass der Duldungserklärung sollen betroffene Behörden beteiligt werden.
- Bei nach § 18 Abs. 1 BetrSichV erlaubnisbedürftigen Anlagen muss vor der Inbetriebnahme der neuen oder geänderten Anlage zwingend eine Prüfung vor Inbetriebnahme durch eine Zugelassene Überwachungsstelle (ZÜS) durchgeführt worden sein, in deren Ergebnis keine Mängel festgestellt wurden, die die Sicherheit und Gesundheit Beschäftigter oder anderer Personen im Gefahrenbereich der Anlage gefährden.

Die Entscheidung über eine vorübergehende Duldung eines rechtswidrigen Zustands ergeht parallel zum eigentlichen Anzeige- oder Genehmigungsverfahren.

Die eingereichten Unterlagen müssen dabei nicht vollständig sein, jedoch müssen die Auswirkungen der geplanten Änderung ausreichend beurteilt werden können. Es dürfen keine von vornherein unüberwindlichen Hindernisse im Hinblick auf die Genehmigungsvoraussetzungen entgegenstehen. Es muss erkennbar und nachvollziehbar sein, dass die Anlagen während der Zeit der Duldung materiell rechtmäßig betrieben werden. Dazu müssen ggf. auch Gutachten beigebracht werden.

Die Unternehmen müssen darüber hinaus glaubhaft machen, dass sie in einer Notsituation sind und dies mit einzelfallbezogenen Argumenten stützen. Das alleinige Vorliegen

² weitere Erläuterungen siehe unten

eines Versorgungsengpasses ist dabei nicht ausreichend, um eine Notsituation zu begründen.

Es muss stets eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall erfolgen. Dabei sind die Belange der Unternehmen (Notsituation) mit den Belangen der Öffentlichkeit und des Umweltschutzes sowie des Arbeitsschutzes gegeneinander abzuwägen. Das Interesse an einer vorübergehenden Duldung muss stärker wiegen als das öffentliche Interesse an der Beseitigung des formell rechtswidrigen Zustands. Das Ergebnis ist umfassend zu begründen und alle in die Prüfung eingeflossenen Erwägungen sind darzustellen. Duldungsentscheidungen für Gruppen von Sachverhalten oder Personen sind nicht zulässig.

Vor Erlass der Duldungserklärung sollen alle normalerweise zu beteiligenden Behörden beteiligt werden. Ist dies zeitlich nicht möglich, so kann die Behördenbeteiligung nachträglich erfolgen (Kopp/Ramsauer, VwVfG-Kommentar, 21. Auflage 2020, § 38 RNr. 29 in analoger Anwendung).

In der Erklärung muss mit hinreichender Deutlichkeit erkennbar sein, in welchem Umfang und über welchen Zeitraum die Duldung des illegalen Zustands in Betracht kommt. Begrenzt werden kann die Duldungserklärung in zeitlicher Hinsicht auf das Ende der Notfallstufe des „Notfallplanes Gas für die Bundesrepublik Deutschland“. Zusätzlich ist eine maximale Duldungsdauer (z. B. ein Jahr) festzusetzen. Vorsorgliche Maßnahmen (z. B. zum Brennstoffwechsel) können schon vor Ausrufung der Notfallstufe erfolgen, um zum Zeitpunkt der Gasknappheit handlungsfähig zu sein.

Die Duldungserklärung soll in der Form eines Duldungsverwaltungsakts oder öffentlich-rechtlichen Vertrags ergehen.

5. Reguläre Ausnahmen

Im Immissionsschutzrecht:

Für bestimmte Anlagen nach der Verordnung über mittelgroße Feuerungs- Gasturbinen- und Verbrennungsmotoranlagen (44. BImSchV) ist in folgendem Fall keine Duldung erforderlich. Bei einem Brennstoffwechsel kann (unter Verwendung der besten verfügbaren Technik) eine Ausnahmegenehmigung für bis zu 10 Tage oder länger erteilt werden (§ 32 Abs. 2 der 44. BImSchV), wenn der Brennstoffwechsel **nur** Auswirkungen auf die Emissionsgrenzwerte der §§ 13, 14 und 16 der 44. BImSchV hat und aus diesem Grund eine sekundäre Emissionsminderungsvorrichtung verwendet werden müsste. Ein Genehmigungsverfahren nach § 16 BImSchG ist dann nicht erforderlich. Ein entsprechender Antrag und der Nachweis der Notwendigkeit der Brennstoffumstellung ist ausreichend.

Eine ähnliche Regelung findet sich auch in der IED-Richtlinie (RL 2010/75/EU), welche über § 23 der Verordnung über Großfeuerungs-, Gasturbinen- und Verbrennungsmotoranlagen (13. BImSchV) anwendbar ist. Hier ist eine Ausnahmeregelung für mehr als zehn Tage jedoch nur möglich, wenn ein vorrangiges Bedürfnis für die Aufrechterhaltung der Energieversorgung gegeben ist. Über die Gewährung solcher Ausnahmen ist die EU-Kommission umgehend zu unterrichten.

Eine Zulassung des vorzeitigen Beginns nach § 8a BImSchG findet ihre Grenze in der Prüfung der Betriebstauglichkeit. Eine weitergehende Zulassung des Betriebs nach § 8a Abs. 3 BImSchG ist nur möglich, wenn die Änderung der Erfüllung einer Vorschrift des BImSchG oder einer darauf gestützten Rechtsverordnung dient. Dazu muss der Betrieb der Anlage vor der Änderung rechtswidrig gewesen sein, etwa, weil sich der Stand der Technik fortentwickelt hat oder weil die Anforderungen in Rechtsverordnungen bzw. Verwaltungsvorschriften verschärft wurden. Außerdem muss der Mangel durch die Änderung beseitigt werden (Jarass BImSchG, 13. Aufl. 2020, BImSchG § 8a Rn. 4-5). Voraussetzung für eine Zulassung nach § 8a BImSchG ist immer, dass der Betreiber den erforderlichen Genehmigungsantrag gestellt hat.

Im Wasserrecht:

Bezüglich der wasserrechtlichen Zulassungstatbestände (insbesondere mit Blick auf neue Lageranlagen für die alternativ einzusetzenden Brennstoffe, die als Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen (wgS-Anlagen) einzustufen sind) bestehen folgende wasserrechtliche „Erleichterungen“:

Es besteht keine Zulassungspflicht für wgS-Anlagen nach § 63 WHG i. V. m. AwSV bei temporärer Nutzung.

Der Anwendungsbereich der AwSV ist nicht eröffnet, für nicht ortsfeste bzw. nicht ortsfest benutzte Anlagen, in denen mit wassergefährdenden Stoffen umgegangen wird (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 2 AwSV). Als ortsfest bzw. ortsfest benutzt gelten wgS-Anlagen, wenn sie länger als ein halbes Jahr an einem Ort zu einem bestimmten betrieblichen Zweck betrieben werden (vgl. § 2 Abs. 9 Satz 2 AwSV). D. h. übergangsweise kann eine wgS-Anlage maximal für die Dauer von 6 Monaten ohne behördliche Zulassung betrieben werden. Ab einer Betriebsdauer von über 6 Monaten ist eine Zulassung nach § 63 WHG i. V. m. AwSV zwingend erforderlich.

Weiterhin besteht die Möglichkeit der Zulassung des vorzeitigen Beginns nach § 17 WHG für wasserwirtschaftliche Tatbestände (Gewässerbenutzungen und Anlagen).

Mit § 17 eröffnet das WHG die Möglichkeit der Zulassung des vorzeitigen Beginns für Gewässerbenutzungen. Durch entsprechende Verweisungen findet diese Regelung auch analoge Anwendung bei der Zulassung siedlungswasserwirtschaftlicher Anlagen (wgS-Anlagen, Abwasser(behandlungs)anlagen nach WHG bzw. SächsWG). Im Rahmen des wasserrechtlichen vorzeitigen Beginns kann nicht nur die Errichtung, sondern auch der Betrieb der wasserwirtschaftlichen Anlage vorzeitig zugelassen werden. Dies erfolgt in der Regel durch einen Verwaltungsakt inkl. öffentlich-rechtlichen Vertrag; ggf. ist zusätzlich eine Sicherheitsleistung zu verlangen.

Die dargestellten wasserrechtlichen „Erleichterungen“ werden in den Fallgestaltungen, die diese Handreichung im Blick hat, in der Regel zu keiner Beschleunigung bzw. Erleichterung für den Vorhabenträger führen, da die wasserrechtlichen Zulassungstatbestände zumeist durch das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren gebündelt werden (vgl. § 13 BImSchG).

6. Hinweise

Die hier definierten Grundsätze für eine aktive Duldung, finden keine Anwendung auf die Fallgruppe „Abweichung vom genehmigungskonformen Anlagenbetrieb aufgrund von Engpässen/Knappheit notwendiger Einsatz- bzw. Betriebsmittel“ (z. B. von Ammoniak, der für die Rauchgasreinigung benötigt wird). Hier tritt ein materiell rechtswidriger Zustand ein (insbesondere Überschreitung von Grenz- bzw. Überwachungswerten), der über die bloße formelle Illegalität hinausgeht.

Das Gesetz zur Sicherung der Energieversorgung (EnSiG) wurde am 20. Mai 2022 geändert, um auf eine mögliche Gefährdung der Energieversorgung reagieren zu können. Durch diese Gesetzesänderung können nun durch Rechtsverordnung Vorschriften über befristete Abweichungen oder Ausnahmen (von immissionsschutzrechtlichen Vorschriften) für den Betrieb von Anlagen erlassen werden, soweit diese zwingend erforderlich sind, um die Deckung des lebenswichtigen Bedarfs an Energie zu sichern.

Mit freundlichen Grüßen

Uwe Svarovsky
Abteilungsleiter Umweltschutz

Patrick Abbenseth
Abteilungsleiter Arbeitsschutz

Dieses Schreiben wurde elektronisch schlussgezeichnet und wird gem. Ziff. 31 d) S. 3 VwV Dienstordnung ohne eigenhändige Unterschrift versandt, da kein Schriftformerfordernis besteht.