

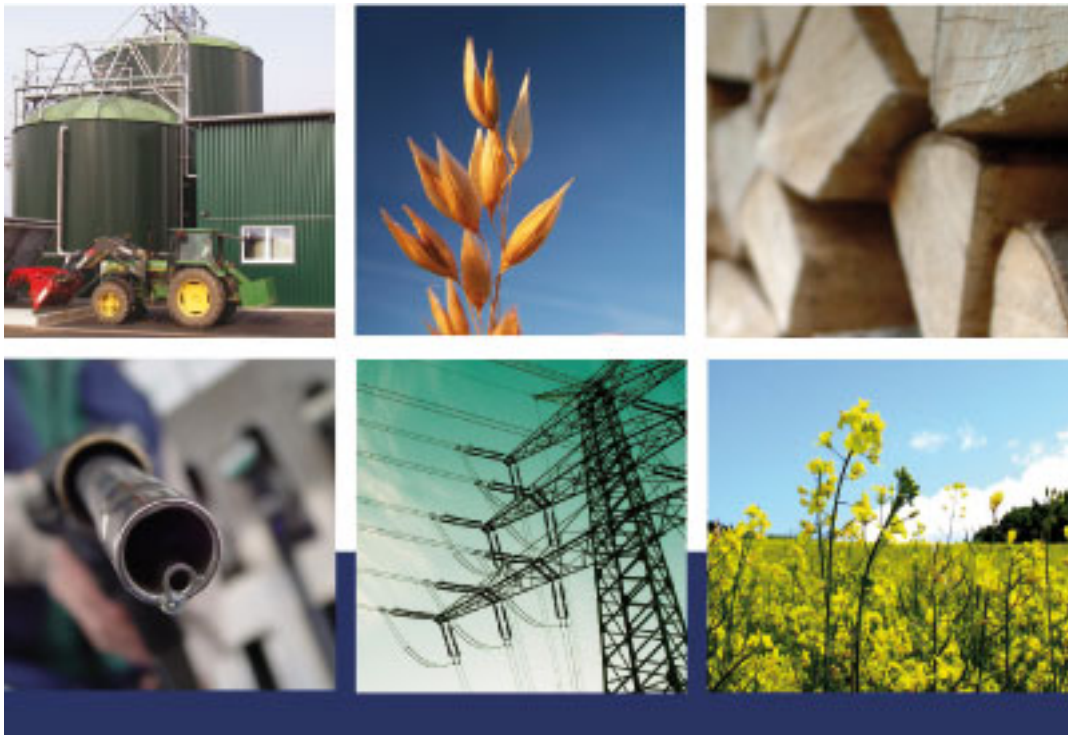
Abschlussbericht für das

## **BMBF-Verbundprojekt »Biogaseinspeisung«**

**»Beseitigung technischer, rechtlicher und ökonomischer Hemmnisse bei der Einspeisung biogener Gase in das Erdgasnetz zur Reduzierung klimarelevanter Emissionen durch Aufbau und Anwendung einer georeferenzierten Datenbank«**

**Band 7**

**Rechtlicher Rahmen der Biogaseinspeisung. Gesetzgeberische Ziele, Substraterzeugung, Raumordnung, Anlagengenehmigung, Netzzugang und Förderung**



Oberhausen, Leipzig, Wuppertal, Bochum, Essen, Magdeburg, Trier  
im Juni 2009

Der Gesamtabschlussbericht entstand im Rahmen des Verbundprojektes »Biogaseinspeisung« und wurde mit Mitteln des Bundesministeriums für Bildung und Forschung (BMBF) unter den Förderkennzeichen 01LS05039, 01LS05040, 01LS05041, 01LS05042, 01LS05043, 01LS05044, 01LS05045 gefördert. Die inhaltliche Verantwortung liegt bei den Autoren. Die Autoren danken dem Fördermittelgeber für die freundliche Unterstützung.

Der vorliegende Band 7 fasst die Ergebnisse des Arbeitspakets 5 zusammen, dessen Aufgabe es war, den Rechtsrahmen der Biogaseinspeisung zu untersuchen und dabei vor allem rechtliche Hindernisse zu identifizieren. Band 7 wurde erstellt durch:

### **Institut für Berg- und Energierecht an der Ruhr-Universität Bochum**

Prof. Dr. Johann-Christian Pielow  
Dr. Christian Schimansky  
Universitätsstrasse 150  
44780 Bochum

Telefon: 0234-32 27333  
Fax: 0234-32 14212  
E-Mail: christian.pielow@rub.de  
Internet: <http://www.ruhr-uni-bochum.de/ibe/>

Weitere Ergebnisse finden sich in:

- Kurzfassung (Executive Summary)
- Prozessüberwachung und -automatisierung zur Dynamisierung und Verbesserung der Effizienz des Biogasanlagenbetriebs
- Synthesegasmethanisierung. Verfahrenstechnische und ökonomische Analyse thermochemischer Gaserzeugungs- und Aufbereitungsverfahren
- Technologien und Kosten der Biogasaufbereitung und Einspeisung in das Erdgasnetz. Ergebnisse der Markterhebung 2007-2008
- Technische, rechtliche und ökonomische Hemmnisse und Lösungen bei der Einspeisung von Biomethan in das Erdgasnetz aus Sicht eines Gasunternehmens
- Entwicklung und Anwendung einer GIS-Applikation zur Standortfindung und Potenzialanalyse der Biomethanherzeugung. Räumliche, ökonomisch-ökologische Bilanzierung als Bewertungsgrundlage für Energiesystemszenarien
- Rechtlicher Rahmen der Biogaseinspeisung. Gesetzgeberische Ziele, Substraterzeugung, Raumordnung, Anlagengenehmigung, Netzzugang und Förderung

**Das Projekt wurde gefördert durch:**



Im Rahmen der Fördermaßnahme »klimazwei« – Forschung für den Klimaschutz und Schutz vor Klimawirkungen:



Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBWF)  
Forschung für Nachhaltigkeit, Wissenschaft und Gesellschaft  
Heinemannstr. 2  
53175 Bonn

Telefon: 01888 57-0  
Fax: 01888 57-83601  
Internet: [www.bmbf.de](http://www.bmbf.de)

Die Arbeiten erfolgten in enger Kooperation mit Experten eines projektbegleitenden Ausschusses. Die intensiven Diskussionen mit den beteiligten Vertretern der Gaswirtschaft, Biogaswirtschaft, Landwirtschaft, Planungsbehörden, Vertretern von Bundes- und Landesministerien sowie weiterer öffentlicher Einrichtungen haben maßgeblich zum Erfolg des Projekts beigetragen.

**Projektkoordination:**



**Fraunhofer-Institut für Umwelt-,  
Sicherheits- und Energietechnik  
UMSICHT**

Institutsleiter:  
Prof. Dr.-Ing. Eckhard Weidner

Geschäftsfeld Energieanlagentechnik  
Geschäftsfeld Ressourcenmanagement  
Geschäftsfeld Nachwachsende Rohstoffe

Osterfelder Straße 3  
46047 Oberhausen

Name	Telefon	E-Mail
Dipl.-Ing. Wolfgang Urban	0208 8598-1124	<a href="mailto:wolfgang.urban@umsicht.fraunhofer.de">wolfgang.urban@umsicht.fraunhofer.de</a>
Dr.-Ing. Barbara Zeidler-Fandrich	0208 8598-1143	<a href="mailto:barbara.zeidler@umsicht.fraunhofer.de">barbara.zeidler@umsicht.fraunhofer.de</a>

**Projektpartner:**



**alta4 Geoinformatik AG**



**Ruhr-Universität Bochum**  
Institut für Berg- und Energierecht



**E.ON Ruhrgas AG**



**Hochschule Magdeburg – Stendal (FH)**  
FB Wasser- und Kreislaufwirtschaft,  
Institut für Wasserwirtschaft und Ökotechnologie



**Deutsches Biomasseforschungszentrum  
gGmbH**



**Wuppertal Institut für Klima, Umwelt, Energie  
GmbH**

# Inhaltsübersicht

<b>Inhaltsübersicht</b>	<b>I</b>
<b>1 Einleitung</b>	<b>1</b>
<b>2 Biomasseerzeugung</b>	<b>3</b>
2.1 Rechtsvorgaben für den Erzeugungsprozess	3
2.2 Rechtsvorgaben von Seiten der Biomassenutzung	4
<b>3 Raumordnung</b>	<b>6</b>
3.1 Projektbezug und Problemstellung	6
3.2 Rechtliche Lösungsansätze	8
<b>4 Bauplanungsrecht</b>	<b>10</b>
4.1 Vorhaben- und Erschließungsplan	12
4.2 Städtebauliche Verträge	12
4.3 Zulässigkeit im Außenbereich, § 35 Abs. 1 BauGB	14
<b>5 Stellungnahme zu Raumordnung und Bauleitplanung</b>	<b>15</b>
<b>6 Anlagengenehmigung nach dem BImSchG</b>	<b>17</b>
6.1 Relevante Emissionen	17
6.2 Genehmigungsbedürftigkeit nach 4. BImSchVO	17
6.3 Genehmigungsverfahren nach BImSchG	21
6.4 Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP)	22
6.5 Genehmigungswirkung	23
<b>7 Baugenehmigung</b>	<b>23</b>
<b>8 Sonstige Genehmigungsvoraussetzungen, § 6 Abs. Nr. 2 BImSchG, § 63 Abs. 1 MBO</b>	<b>26</b>
8.1 Immissionsschutzrecht	26
8.1.1 Anwendbarkeit der TA Luft	26
8.1.2 Anwendung der TA Luft auf Biogasanlagen	27
8.2 Naturschutzrecht	28
8.3 EU-HygieneVO	29
8.4 Wasserrecht	29
<b>9 Betrieb</b>	<b>31</b>
9.1 EU-HygieneVO	31
9.2 Reststoffverwendung	32
9.3 Anlagensicherheit	33
<b>10 Genehmigung von Gasleitungen</b>	<b>34</b>
<b>11 Mögliche Änderung durch ein Umweltgesetzbuch (UGB)</b>	<b>34</b>

<b>12</b>	<b>Stellungnahme zum Genehmigungsrecht</b>	<b>37</b>
<b>13</b>	<b>Netzzugang, Netzanschluss und Transport</b>	<b>40</b>
<b>14</b>	<b>Änderung der GasNZV, GasNEV und ARegV im Überblick</b>	<b>40</b>
<b>15</b>	<b>Grundsätzlicher Regelungsansatz</b>	<b>41</b>
<b>16</b>	<b>Einzelregelungen</b>	<b>43</b>
16.1	Gasqualität	43
16.2	„Vermiedene Netzkosten“	43
16.3	Vertragsmodell und Kostenwälzung	44
16.3.1	Rechtslage vor Änderung der GasNZV	44
16.3.2	Rahmenbedingungen für das Zweivertragsmodell nach der neuen Rechtslage	45
16.3.3	Änderungen der Vertragssituation durch die neue GasNZV	46
16.3.4	Kostenwälzung nach der KoV III	52
16.4	Monitoring	54
<b>17</b>	<b>Stellungnahme zu den §§ 41a ff. GasNZV</b>	<b>54</b>
<b>18</b>	<b>Förderung durch das EEG</b>	<b>56</b>
18.1	Anlagenbegriff	57
18.1.1	Erweiterung des Anlagenbegriffs	57
18.1.2	Zusammenfassung mehrerer Anlagen	58
18.2	Gasäquivalent	61
18.3	Grundvergütung	62
18.4	Technologie-Bonus, § 27 Abs. 4 Nr. 1 EEG 2009	63
18.5	KWK-Bonus, § 27 Abs. 4 Nr. 3 i.V.m. Anlage 3 EEG 2009	64
18.6	Emissionsbonus, § 27 Abs. 5 EEG 2009	65
18.7	NawaRo-Bonus, § 27 Abs. 4 Nr. 2, Anlage 2 EEG 2009	66
<b>19</b>	<b>Förderung durch das EEWärmeG?</b>	<b>67</b>
<b>20</b>	<b>Stellungnahme zum Förderrahmen</b>	<b>68</b>
<b>21</b>	<b>Zusammenfassung</b>	<b>70</b>
<b>22</b>	<b>Literatur</b>	<b>72</b>

# 1 Einleitung

Das Arbeitspaket 5 hatte die Aufgabe, den Rechtsrahmen der Biogaseinspeisung zu untersuchen und dabei vor allem rechtliche Hindernisse zu identifizieren. Die Erfüllung dieser Aufgaben sah sich zwei grundlegenden Problemen gegenüber.

Die rechtliche Bewertung der für die Biogaseinspeisung einschlägigen Normen setzt zum einen – soweit nicht systematische, kompetenz- oder sonstige verfassungsrechtliche Verstöße vorliegen – Erfahrungen mit den betreffenden Normen in der Praxis voraus. Diese sind Grundlage, um Defizite deren rechtlicher Ausgestaltung (begriffliche Auslegungsfragen, Verfahrenshindernisse, ökonomische Belastung oder Überlastung von Beteiligten, unerfüllbare technische Anforderungen etc.) feststellen und Lösungsvorschläge erarbeiten zu können. Aus dem reinen Gesetzeswortlaut heraus lässt sich nicht überprüfen, inwieweit die einschlägigen Normen die Realität abbilden und zielführend sind. Aufgrund der geringen Anzahl einspeisender Biogasanlagen kann die Wirkung der bestehenden Rechtsvorgaben oft nur vermutet werden.

Zum anderen wurde das Projekt überlagert von fundamentalen Änderungen der Rechtslage im Zuge des Integrierten Klimaschutzpakets der Bundesregierung aus der Kabinettsklausur in Meseberg am 23. und 24.08.2007.<sup>1</sup> Dieses führte

- zum Erlass des Erneuerbare-Energien-Wärmegesetzes,<sup>2</sup>
- der Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes,<sup>3</sup>
- der Änderung der Gasnetzzugangsverordnung,<sup>4</sup> der Gasnetzentgeltverordnung<sup>5</sup> und der Anreizregulierungsverordnung.<sup>6</sup>

Nach wie vor fraglich ist zudem der Erlass des für den Bereich der Anlagenehmigung maßgeblichen Umweltgesetzbuches (UGB I), dessen Verabschiedung als Regierungsentwurf ursprünglich für den 10.12.2008 vorgesehen war und dessen Verzögerung und mögliches Scheitern nicht abgesehen werden konnte.<sup>7</sup>

Da diese Rechtsänderungen in der Endphase des Projektes eintraten, kann die Rechtsanalyse die praktischen Auswirkungen des neuen Normmaterials kaum reflektieren und auf nur wenig einschlägige Literatur zurückgreifen.

---

<sup>1</sup> Vgl. BMU/BMWi: Bericht zur Umsetzung der in der Kabinettsklausur am 23./24.08.2007 in Meseberg beschlossenen Eckpunkte für ein Integriertes Energie- und Klimaprogramm (IEKP), dort: IEKP-Maßnahme 9, S. 34.

<sup>2</sup> 7. August 2008 (BGBl. I S. 1658).

<sup>3</sup> 25. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2074).

<sup>4</sup> 25. Juli 2005 (BGBl. I S. 2210), zuletzt geändert durch Artikel 2 Abs. 3 der Verordnung vom 17. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2006).

<sup>5</sup> 25. Juli 2005 (BGBl. I S. 2197), zuletzt geändert durch Artikel 2 Abs. 4 der Verordnung vom 17. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2006).

<sup>6</sup> 29. Oktober 2007 (BGBl. I S. 2529), zuletzt geändert durch Artikel 2 Abs. 8 der Verordnung vom 17. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2006).

<sup>7</sup> Einsehbar unter <http://www.bmu.de/umweltgesetzbuch/downloads/doc/40448.php>.

Zu Unterstützung der Bearbeitung des AP 5 fanden zwei Workshops statt, die immerhin dazu beitrugen, die Rechtslage aus Sicht der Praxis (Verbände, Anlagen- und Netzbetreiber, Verwaltung sowie Anwaltschaft) zu untersuchen. Die Beiträge zum letzten Workshop vom 13. Juni 2008 werden demnächst als Tagungsband veröffentlicht.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Im Folgenden zitiert mit „Rechtsfragen der Einspeisung von Biogas in die Gasnetze i.E.“

## 2 Biomasseerzeugung

### 2.1 Rechtsvorgaben für den Erzeugungsprozess

Die Identifikation rechtlicher Hindernisse umfasst nach dem Projektauftrag die gesamte Wertschöpfungskette aus Anbau, Biomasetransport, Gasherstellung, -einspeisung und -weiterleitung. Bezüglich des Anbaus von Biomasse ergibt sich ein uneinheitliches Rechtsbild.<sup>9</sup>

- Das Düngemittelrecht nennt in § 1a DüMG den Einsatz der „guten fachlichen Praxis“ als Maßstab für eine ökologische bzw. klimaschonende Biomasseerzeugung. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff wird zwar durch die Düngemittelverordnung (DüVO) konkretisiert; Emissionsstandards oder sonstige Anforderungen an eine klimaschonende Erzeugung finden sich jedoch nicht.<sup>10</sup>
- Auch das Naturschutzrecht begrenzt die landwirtschaftliche Bodeneinwirkung grundsätzlich nicht, wenn die „gute fachliche Praxis nicht angewandt wird“, §§ 5 Abs. 4, 18 Abs. 2 BNatSchG.
- Die Fördervorgaben des „Cross-Compliance“ ordnen keine besonderen Verhaltensweisen an, sondern fördern die Einhaltung von Umweltvorgaben<sup>11</sup> durch Prämienzahlungen.<sup>12</sup> Diese Zahlungen sind in der praktischen Anwendung weit verbreitet und haben daher eine hohe Steuerungsfunktion.<sup>13</sup>

Fraglich bleibt letztlich, ob abstrakt-generelle Rechtsvorgaben derzeit ein geeignetes Instrument sind, um klimaschützende Ansätze zu installieren. Die derzeitigen Erkenntnisse über die ökologischen und klimatischen Wirkungen von Anbautechniken lassen es fraglich erscheinen, ob strikte Regelungen erfolgreich sein können. Denn ökologische Auswirkungen und die Klimawirksamkeit hängen von einer Vielzahl von Faktoren ab, so dass sich vor allem die klimarelevanten Auswirkungen grundsätzlich erst im Einzelfall ergeben. So sind etwa die konkreten Auswirkungen des Anbaus bestimmter Energiepflanzenkulturen auf den Standort nicht nur abhängig von den Anbaukulturen und deren Wirkintensität, sondern auch von der konkreten Empfindlichkeit des Standortes. Zum Beispiel kommt es durch den Maisanbau nur dann zu Bodenerosion, wenn der Standort, bedingt durch seine Hangneigung und Bodenart, eine Erosionsempfindlichkeit aufweist.<sup>14</sup> Auch die CO<sub>2</sub>-Emissionen hängen von Faktoren wie Gülleeinsatz, Fläche und Transportweg ab.

<sup>9</sup> Zum hier nicht zu vertiefenden (Grund-)Konflikt zwischen größtmöglichem Anbau von Energiepflanzen und ökologischen Folgeproblemen, v.a. zum Widerspruch zwischen nachhaltiger Entwicklung des Naturhaushaltes und der Förderung von Bioenergien vgl. Lee/Bückmann/Haber, S. 828 f.

<sup>10</sup> BMU, Materialband F, S. 36.

<sup>11</sup> Vor allem Gesundheit von Mensch, Tier und Pflanzen und die Erhaltung eines guten landwirtschaftlichen und ökologischen Zustandes der Flächen.

<sup>12</sup> Verordnung (EG) Nr. 1782/2003 des Rates mit gemeinsamen Regelung für Direktzahlungen im Rahmen der Gemeinsamen Agrarpolitik und mit bestimmten Stützungsregelungen für Inhaber landwirtschaftlicher Betriebe, ABl. EG Nr. L 270, 21.10.2003, S. 1; Direktzahlungs-Verpflichtungsgesetz/-Verordnung, BGBl. I 2004, S. 1763, 1767; 2778. Die Verfahrensrechtlichen Regelungen finden sich in der Verordnung über die Durchführung von Stützungsregelungen und gemeinsamen Regeln für Direktzahlungen nach der VO EG 1782/2003 im Rahmen des Integrierten Verwaltungs- und Kontrollsystems (InVeKoSVO), BGBl. I 2004, S. 3194.

<sup>13</sup> Vgl. BMU, Materialband M, S. 13; zu den weiteren Förderregelungen ebd. S. 11.

<sup>14</sup> Vgl. bezüglich der vielen Differenzierungen und Einzelfallfragen BMU, Materialband J, S. 7 f.

Aus Beispielen wie diesen erklärt sich, dass das Agrarrecht auf Anforderungen wie „Nachhaltigkeit“ oder „Klimaschutz“ nur mit Generalklauseln wie denen der „guten fachlichen Praxis“ reagieren kann und sich die praktische Ausgestaltung dieser Begriffe einem sehr dynamischen Wandel gegenüber sieht.

Die Implementierung detaillierter klimaschützender Rechtsvorschriften kann unter diesen Voraussetzungen nicht empfohlen werden.<sup>15</sup> Vorzuzugwürdiger erscheint die beständige fachliche, beratende Information und Begleitung der Biomasseerzeuger.

## 2.2 Rechtsvorgaben von Seiten der Biomassenutzung

In jüngster Vergangenheit sind gesetzgeberische Ansätze zu beobachten, die erzeugte Biomasse im Hinblick auf deren Nachhaltigkeit zu zertifizieren, um sie etwa zur Stromerzeugung nach dem EEG nutzen zu können. Der Entwurf einer Verordnung über Anforderungen an eine nachhaltige Erzeugung von flüssiger Biomasse zur Stromerzeugung nach § 27 EEG (BioNachVO) mit über 93 Paragraphen und vier Anlagen auf der Grundlage der §§ 64 Absatz 1 Satz 1 Nr. 9, 64 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009 bezieht sich zwar nicht auf Biogas.<sup>16</sup> Gleichwohl lassen sich hier Ansätze für ein Zertifizierungssystem entnehmen, dass dem Klimaschutzgedanken Rechnung trägt. Die dort geregelte Anerkennung als flüssige Biomasse im Sinne des EEG setzt nach den §§ 3-9 BioNachV-Entw. voraus:

- Erzeugung in guter fachlicher Praxis
- Nachhaltige Bewirtschaftung
- Schutz natürlicher Lebensräume
- Treibhausgas-Verminderungspotenzial
- Nachhaltige Entwicklung (Schutz der Umweltmedien, Flächensanierung, Wasserverbrauch, soziale Auswirkungen).

Für die Berechnung des Treibhausgas-Minderungspotenzial nach § 8 BioNachVO-Entw. wird im 10-seitigen Anhang 1 eine Methode „anhand tatsächlicher Werte“ festgelegt, nach der in sämtlichen Erzeugungs- und Verarbeitungsschritten die Treibhausgasemissionen in CO<sub>2</sub>eq/MJ (Gramm CO<sub>2</sub>-Äquivalent pro Megajoule flüssiger Brennstoff) zusammengerechnet werden. Umfasst sind Emissionen des Gewinnungs- oder Anbauprozesses selbst, beim Sammeln der Rohstoffe, aus Abfällen und Leckagen sowie bei der Herstellung der zur Gewinnung oder zum Anbau verwendeten Chemikalien. Die CO<sub>2</sub>-Bindung beim Anbau des Rohstoffes wird nicht berücksichtigt. Die Einsparung wird durch Subtraktion der Gesamtemissionen bei der

---

<sup>15</sup> Vgl. dazu BMU, Materialband M, S. 8 ff., mit Forderung zur entsprechenden Modifikation des NawaRo-Bonus im EEG, die hier nicht im Einzelnen wiedergegeben werden, zum Teil jedoch im EEG 2009 bereits umgesetzt wurden.

<sup>16</sup> Verordnung über Anforderungen an eine nachhaltige Herstellung von flüssiger Biomasse zur Stromerzeugung (Nachhaltigkeitsverordnung-Biomassestrom – NachV-BioSt) Biomasse-Nachhaltigkeitsverordnung - BioNachV, BMU – KI III 4; Download unter [http://www.bmu.de/erneuerbare\\_energien/downloads/doc/40712.php](http://www.bmu.de/erneuerbare_energien/downloads/doc/40712.php).

Verwendung der flüssigen Biomasse von den Gesamtemissionen des Komparators für Fossilbrennstoffe ermittelt.

Die Einhaltung dieser Vorgaben soll durch ein detailliert geregeltes Zertifizierungssystem (§§ 11-88 BioNachVO) sichergestellt werden.

Inwieweit es sich hierbei um erfüllbare und zielführende Vorgaben handelt und für die Zertifizierung ein praktikables System geregelt wurde, kann aus rein rechtswissenschaftlicher Sicht nicht beurteilt werden. Grundsätzlich könnte eine solche Zertifizierung die Klimafreundlichkeit der flüssigen Biomasse für die EEG-Verstromung sicherstellen und damit auch ein Vorbild für die Biogaserzeugung sein.

## 3 Raumordnung

Die Raumordnung hat die Aufgabe, auf überörtlicher Ebene sämtliche an den Raum gestellten Anforderungen ökonomischer, ökologischer und sozialer Art durch Planung gegeneinander abzuwägen und in Ausgleich zu bringen. Die dafür zu schaffenden Pläne sind der Entwicklungsplan für das gesamte Gebiet eines Landes (§ 8 ROG) sowie ggf. Regionalpläne in Verdichtungsgebieten (§ 9 ROG). Nach dem Gegenstromprinzip aus § 1 Abs. 3 ROG hat die überörtliche Planung die Erfordernisse der Teilräume und die örtliche Planung die Erfordernisse des Gesamttraumes zu berücksichtigen.

### 3.1 Projektbezug und Problemstellung

Die Auswahl eines geeigneten Standortes für einspeisende Biogasanlagen hängt maßgeblich von zwei Faktoren ab. Zum einen muss vor allem der Einzugsbereich der Anlage die Belieferung mit der benötigten Biomasse für die Laufzeit der Anlage sicherstellen. Andernfalls würde das Vorhaben mit erhöhten Transport- oder sogar Importkosten belastet. Der erhöhte Transportaufwand würde zudem auch die Klimabilanz negativ beeinflussen. Zum anderen muss eine kurze Entfernung zu den vorhandenen Gasnetzen bestehen, um eine möglichst kostengünstige Zuleitung sicherzustellen. Daher sind vor allem landwirtschaftlich geprägte Gebiete im Einzugsbereich eines Gasnetzes auszuwählen.<sup>17</sup> Diese räumliche Nähe wäre vor allem für die Belieferung von Vorteil, da so auf langfristige, eventuell sittenwidrige vertragliche Bindungen mit den Zulieferern zu verzichtet werden kann. Denkbar sind auch langfristige Beteiligungsmodelle zwischen Anlagenbetreibern und Zulieferern. Weiter könnten mit den Netzbetreibern Abnahmeverträge geschlossen werden, die es den Netzbetreibern ermöglichen, das eingespeiste Biogas für die ihnen obliegenden Dienstleistungen für den Basisbilanzausgleich (§§ 26, 30 34 GasNZV) oder den erweiterten Bilanzausgleich für reine Biogabilanzkreise nach § 41e GasNZV zu nutzen.<sup>18</sup>

Zu diesen Gesichtspunkten ist in 2008 die neue Zielsetzung des § 41a S. 1 GasNZV hinzugetreten:

*Ziel der Regelung ist es, die Einspeisung des in Deutschland bestehenden Biogaspotenzials von 6 Mrd. Kubikmetern jährlich bis 2020 und 10 Mrd. Kubikmeter jährlich bis zum Jahr 2030 in das Erdgasnetz zu ermöglichen.*

Der Ursprung dieser Ziele folgt einer Machbarkeitsstudie (2006), die von allen einschlägig betroffenen Verbänden, namentlich vom BGW (BDEW), dem DVGW e. V., dem Deutschen Bauernverband, dem Fachverband Biogas, dem Bundesumweltministerium und dem Bayerischen Staatsministe-

<sup>17</sup> Vgl. auch Longo, ZNER 2007, 155, 157, der eine grundsätzliche „Arbeitsteilung“ zwischen Energieversorgungsunternehmen und Landwirten vorschlägt.

<sup>18</sup> Vgl. zur geänderten Rechtslage im vertraglichen Bereich für Zugang und Bilanzierung durch §§ 41a ff. GasNZV u. 2.5.3.

rium für Landwirtschaft in Auftrag gegeben wurde.<sup>19</sup> Sowohl die Ziele für 2020 als auch für 2030 gelten als ambitioniert, so dass ihre Erreichbarkeit noch nicht absehbar ist.

Zurzeit existieren ca. 15 Anlagen, die das Biogas in das Erdgasnetz einspeisen. Die zahlreichen direkt verstromenden Biogasanlagen<sup>20</sup> können oft die Prozesswärme nicht effizient nutzen, da diese zumeist im ländlichen Raum errichtet wurden, wo regelmäßig keine Wärmesenken in Form von Wohn- oder Industrieansiedlungen vorhanden sind, die die Wärme über entsprechende Fernwärmenetze nutzen könnten. Ziel der Verordnung ist es daher – neben der Verringerung der Importabhängigkeit –, alle energetischen Vorteile, insbesondere einen effizienten KWK-Betrieb, erzeugungsortunabhängig zu nutzen. Daher bietet es sich an, die Erdgasinfrastruktur zu nutzen und das Gas dorthin zu transportieren, wo sowohl der Strom als auch die Wärme genutzt werden können.

Ein Beispiel könnte dabei die Biogasaufbereitungsanlage in Könnern in Sachsen-Anhalt sein mit einer jährlichen Rohgasproduktion von 10 Mio. m<sup>3</sup>. Überschlägig multipliziert mit dem Faktor 0,6 (Mengenverhältnis von Rohgas zu Biogas) ergeben sich daraus 6 Mio. Nm<sup>3</sup> Biogas nach der Aufbereitung. In Bezug gesetzt zu den 6 Mrd. m<sup>3</sup>, die nach § 41a S. 1 GasNZV bis 2020 erreicht werden sollen, folgt daraus, dass bis dahin 1.000 (!) Anlagen der Größe der Anlage Könnern im Betrieb sein müssten.

Angesichts der faktischen Zunahme direkt verstromender Biogasanlagen in der Vergangenheit und den nunmehr im Ordnungswege festgelegten politischen Ausbauzielen stellt sich die Frage, inwieweit die kommunale Baugenehmigung allein - vor allem mit Rücksicht auf die zur Zeit noch gängige Praxis<sup>21</sup> diese eher großräumigen Fragestellungen ausreichend berücksichtigen kann.

Der weitere Ausbau der Biogaserzeugung und Einspeisung sollte zumindest vorbereitend für die nachfolgende Anlagengenehmigung eher auf der regionalen und überregionalen Ebene geplant werden. Die Raumordnung könnte dabei für die räumliche Kombination von Biomasseerzeugung, Biogaserzeugung und Einleitung Vorrang- bzw. Vorbehaltsgebiete und besonders im Hinblick auf den baurechtlichen Außenbereich nach § 35 BauGB Eignungsgebiete festlegen (§ 7 Abs. 4 Nr. 1-3 ROG). Bei Vorrang- und Eignungsgebieten handelt es sich aufgrund der Bindungswirkungen um Ziele der Raumordnung nach § 3 Abs. 2, 4 Abs. 1 ROG, während Vorbehaltsgebiete die planerische Abwägung nicht partiell ausschließen, sondern nur inhaltlich beeinflussen sollen und daher Grundsätze der Raumordnung sind, §§ 3 Nr. 3, 4 Abs. 2 ROG. Ziele der Raumordnung müssen im Gegensatz dazu durch die kommunale Bauleitplanung als zwingende Vorgabe übernommen und dürfen in der bauleitplanerischen Abwägung ausgestaltet, aber nicht abgeändert werden, §§ 1 Abs. 4, 7, 2 Abs. 1, 3 BauGB. Die Nutzung erneuerbarer Energie ist zudem im BauGB im Gegensatz zum ROG ausdrücklich betont, § 1 Abs. z lit f. BauGB.

---

<sup>19</sup> Wuppertal Institut, S. 15.

<sup>20</sup> Zur Zeit existieren etwa 4.000 Biogasanlagen in Deutschland, die jedoch das Biogas verstromen, um die Förderung der Biogasverstromung durch § 8 EEG 2004 zu erhalten.

<sup>21</sup> Vgl. u.

In den Expertenanhörungen des Projektes im Rahmen des AP 5 zeigte sich, dass die überörtliche Planung jedoch nach wie vor auf die regional zum Teil überproportionale Zunahme von (direkt verstromenden) Biogasanlagen<sup>22</sup> noch nicht mit entsprechenden Planungen reagiert hat, so dass sich hier noch ein fehlendes Problembewusstsein vermuten lässt. Bislang befassen sich die Landes- und Regionalpläne in Deutschland kaum mit einer Steuerung der Energiegewinnung aus Biogas, Wasserkraft oder solarer Strahlungsenergie. Insbesondere hinsichtlich der Energiegewinnung aus Biogas sind in den derzeit verbindlichen Plänen vielfach keine entsprechenden Zielvorgaben enthalten.<sup>23</sup> Es zeigen sich eher Tendenzen auf der Ebene der Raumordnung, nicht nur die Windenergienutzung, sondern auch die Nutzung anderer regenerativer Energien einzuschränken und sogar „Ausschlussgebiete“ für die regenerative Energiegewinnung auszuweisen.<sup>24</sup> Ausschlaggebend dafür könnten die zunehmende Anlagendichte und der Rückgang der Akzeptanz von Neuanlagen in der Bevölkerung sein. Die bislang fehlende Flankierung durch das Raumordnungsrecht könnte daher das größte Hindernis für die Zielerreichung nach § 41a GasNZV sein.<sup>25</sup>

### 3.2 Rechtliche Lösungsansätze

Es fragt sich daher, wie Planung und Zulassung von Biogasanlagen zukünftig ein wesentlich höheres Gewicht erfahren können.<sup>26</sup> Vorrang- oder Vorbehaltsgebiete würden – wie gesagt – als Ziele der Raumordnung nach §§ 3 Nr. 2, 4 Abs. 1 ROG die nachfolgenden Stellen zur Beachtung zwingen. Diese Rechtsfolge bedeutet insbesondere mit Blick auf die kommunale Planungshoheit aus Art. 28 Abs. 2 GG, § 2 Abs. 1 S. 1 BauGB, dass durch die überörtliche Raumplanung bestimmte Biogasanlagenprojekte durchgesetzt werden könnten.

Zwar hat die Raumordnung die Aufgabe, zwischen den einzelnen Raumnutzungen und Raumfunktionen auftretende Konflikte durch Entscheidungen räumlicher und sachlicher Art zu lösen. Jeder Raumordnungsplan betrifft zudem mit seinen Zielen gleichzeitig den räumlichen Verantwortungsbereich einer oder mehrerer Gemeinden, so dass Eingriffe der Raumordnungsplanung in die örtliche Planung im System des deutschen Raumplanungsrechts angelegt sind.<sup>27</sup> Jedoch kann die örtliche Planung durch die überörtliche Planung nicht vollkommen ersetzt werden. Ziele der Raumordnung setzen daher nur bestimmte Rahmenvorgaben mit einem abschließend abgewogenen verbindlichen Kern und weiteren Konkretisierungsmöglichkeiten durch die nachfolgenden Plangeber. Ein unzulässiger Detaillierungsgrad ist daher dann gegeben, wenn die der Bauleitplanung

---

<sup>22</sup> Im Landkreis Emden sollen derzeit bereits 560 Biogasanlagen betrieben werden.

<sup>23</sup> Als Beispiele können dienen der Entwurf des Regionalplans Süd-Hessen: „Regenerative Energiepotenziale sollen, soweit technisch und wirtschaftlich vertretbar, genutzt werden“, oder die Gesamtfortschreibung des Regionalplans Westsachsen: „Auf die energetische Nutzung von Biogas (Deponiegase) und Biomasse ist hinzuwirken.“, vgl. Maslaton, Rechtsfragen bei der Raumplanung und Genehmigung von Biogasanlagen.

<sup>24</sup> Vgl. Maslaton a.a.O.

<sup>25</sup> Vgl. Rode/Kannig, S. 104.

<sup>26</sup> Vgl. BMU, Materialband G, S. 8 mit der Darlegung der Unzulänglichkeit der vorhandenen Leitfäden für Genehmigungsbehörden.

<sup>27</sup> Vgl. Runkel in E/Z/B/K, BauGB § 1 Rn. 55, 56 m.w.N.

vorbehaltenen Darstellungs- und Festsetzungsmöglichkeiten der §§ 5, 9 BauGB in Raumordnungspläne gefasst werden.<sup>28</sup>

Weiter muss der Eingriff in die kommunale Planung durch Zielfestlegungen gerechtfertigt werden, was bei Zielen der Raumordnung regelmäßig durch einen hinreichend großen Konkretisierungsspielraum zugunsten der Gemeinden geschieht, der dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Zweck und Mittel entsprechen muss.<sup>29</sup>

Zudem muss das Ziel allgemeine Grundsätze der Raumordnung nach § 2 Abs. 2 ROG räumlich und sachlich konkretisieren.<sup>30</sup> Die Errichtung von Biogasanlagen, die Einspeisung in das Gasnetz sowie die umweltverträgliche Substraterzeugung und -gewinnung kann dabei den dort geregelten Raumordnungsgrundsätzen

- der Grundversorgung mit Infrastruktur (Nr. 4),
- der Entwicklung ländlicher Räume als Lebens- und Wirtschaftsräume mit eigenständiger wirtschaftlicher Bedeutung (Nr. 6),
- der Verbesserung strukturschwacher Räume (Nr. 7),
- des Bodenschutzes oder des Schutzes ökologischer Funktionen von Natur und Landschaft (Nr. 8) oder
- der Entwicklung der Landwirtschaft auch mit Rücksicht auf die Natur- und Landschaftspflege, Nr. 10,

zugeordnet werden.

Aus diesen Grundsätzen heraus könnten Vorrang- und Eignungs- aber auch Vorbehaltsgebiete zugunsten eines weiteren Ausbaus der Biogaseinspeisung in den Raumordnungsplänen festgesetzt werden.

Grundsätze der Raumordnung sind im Sinne der Leitvorstellung einer nachhaltigen Raumentwicklung anzuwenden. Sie sind allgemeine Aussagen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums und dienen als Vorgaben für nachfolgende Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen. Dort sind sie von öffentlichen Stellen bei raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen (Genehmigungen, Planfeststellungen und sonstigen behördlichen Entscheidungen über die Zulässigkeit raumbedeutsamer Maßnahmen öffentlicher Stellen) in der Abwägung oder bei der Ermessensausübung nach Maßgabe der dafür geltenden Vorschriften zu *berücksichtigen*, §§ 4 Abs. 2, § 3 Nr. 3, 2 Abs. 1 ROG.

Die bislang nicht vorhandene verstärkte Berücksichtigung in Raumordnungsplänen könnte jedoch eine gesetzgeberische Vorgabe im Raumordnungsgesetz notwendig machen. Im Rahmen des Projektes wurde daher die Einführung eines neuen Grundsatzes der Raumordnung vorgeschlagen:

---

<sup>28</sup> Vgl. BVerfGE 56, 298.

<sup>29</sup> Vgl. Runkel in E/Z/B/K, BauGB § 1 Rn. 56 m.w.N.

<sup>30</sup> Vgl. Runkel in E/Z/B/K, BauGB § 1 Rn. 57.

*„Bei der Aufstellung von Raumordnungsplänen stellt die Realisierung von Vorhaben zur Nutzung der Erneuerbaren Energien ein überragendes öffentliches Interesse von besonderem Gewicht dar, das mit der entsprechenden Gewichtung in die Abwägung einzustellen ist.“<sup>31</sup>*

Ein solches „Optimierungsgebot“ würde dem Ausbau erneuerbarer Energien und damit auch der planungsrechtlichen Zulassung von Biogasanlagen im Rahmen der raum- und bauleitplanerischen Abwägung nach § 7 Abs. 3 ROG, § 1 Abs. 7 BauGB ein wesentlich höheres Gewicht einräumen. Es könnte damit die örtliche Planung maßgeblich dazu anhalten, die möglicherweise unpopuläre Entscheidung für die Errichtung von Biogasanlagen zu treffen.

Diese lediglich im Sinne des § 4 Abs. 2 ROG den Abwägungsvorgang der nachgeordneten planenden Stellen betreffende Vorgabe könnte jedoch ergänzt werden durch die Anordnung auch einer Zielfestlegung, etwa:

*Der weitere Ausbau der Nutzung der Erneuerbaren Energien (Wind-, Wasserkraft, Solarenergie, Geothermie, Biomasse Biogas) soll auch durch entsprechende Zielfestlegungen sichergestellt werden.*

Es kann dabei nicht garantiert werden, dass diese gesetzgeberischen Maßnahmen zu einer umfassenden Verhaltensänderung in der Raumplanung führt. Auf eine entsprechende raumordnungsrechtliche Flankierung des veränderten Rechtsrahmens im Bereich des Netzzugangs<sup>32</sup> und der Förderung vor allem durch das EEG 2009<sup>33</sup> oder den erhöhten Informationsgehalt für die planenden Stellen durch das im Projekt entwickelte Geoinformationssystem (GIS) sollte jedoch angesichts der aktuell nicht ausgeprägten Planungspraxis zugunsten von Biogasanlagen nicht verzichtet werden.

## 4 Bauplanungsrecht

Die örtliche Raumordnung (Bauleitplanung) ist Aufgabe der Gemeinden, §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 BauGB.

Bauleitpläne (Flächennutzung und Bebauungsplan, §§ 5 ff. und §§ 8 ff. BauGB) sind grundsätzlich Instrumente für die lokale städtebauliche Ordnung und können damit nur schwer nationale oder globale Ziele etwa im Sinne des § 41a GasNZV verfolgen. Trotzdem haben sie mittlerweile den gesetzlichen Auftrag „auch in Verantwortung für den allgemeinen Klimaschutz“ eingesetzt zu werden, § 1 Abs. 4 S. 2 BauGB.<sup>34</sup> Diese „neue“ Aufgabe der Bauleitplanung wird auch weiter bestätigt durch die Festsetzungsmöglichkeiten zugunsten Erneuerbarer Energien aus § 9 Abs. 1 Nr. 23 b. BauGB. Bei städtebaulicher Veranlassung muss die Bauleitplanung daher ihren ebenenspezifischen Beitrag zum globalen Klima- und Res-

---

<sup>31</sup> Vgl. Maslaton a.a.O.

<sup>32</sup> Vgl. u. 13 ff.

<sup>33</sup> Vgl. u. 18.

<sup>34</sup> Vgl. Koch/Mengel, DVBl. 2000, S. 953, 959.

sourcenschutz leisten.<sup>35</sup> Unzulässig sind jedoch Festsetzungen, die außerhalb eines Bezuges zum Energiebedarf von Gebäuden stehen, da dann der Bezug zur örtlichen Gemeinschaft i.S.d. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG fehlt.<sup>36</sup>

Soweit ein *qualifizierter Bebauungsplan* nach § 30 Abs. 1 BauGB aufgestellt wird, können Baugebiete im Sinne der BauNVO festgesetzt werden, die den Anforderungen einer Biogasanlage entsprechen. In Frage kommen dabei als Standort für Biogasanlagen

- Dorfgebiete mit Rücksicht auf land- oder forstwirtschaftliche Betriebe bzw. sonstige Gewerbebetriebe, § 5 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 6 BauNVO,
- Mischgebiete, § 6 Abs. 2 Nr. 4 BauNVO,
- Kerngebiete (als nicht wesentlich störende Gewerbebetriebe), § 7 Abs. 2 Nr. 3 BauNVO,
- Gewerbegebiete, § 8 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO sowie
- Industriegebiete, § 9 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO.

In einem qualifizierten Bebauungsplan sind ansonsten zwar gesonderte Festsetzungen für den Ausbau erneuerbarer Energien möglich. Unter anderem enthält § 9 Abs.1 BauGB in Nr. 23 b („Gebiete, in denen bei der Errichtung von Gebäuden bestimmte bauliche Maßnahmen für den Einsatz erneuerbarer Energien wie insbesondere Solarenergie getroffen werden müssen“) relativ konkrete bauliche Anforderungen auch technischer Art für einzelne Gebäude. „Bauliche Maßnahmen bei der Errichtung von Gebäuden“ sind zunächst alle Vorkehrungen baulicher Art, was eindeutig nur den Einbau erneuerbarer Energieanlagen, wie Solarzellen, Heizsysteme oder Wärmepumpen bei Gebäuden meint.<sup>37</sup> Das Merkmal „bei Gebäuden“ gibt der planenden Kommune jedoch keine Festsetzungsmöglichkeit für den Einsatz erneuerbarer Energien auf unbebauten Grundstücken oder deren Verwirklichung keinerlei Bezug zur Errichtung eines Gebäudes hat.<sup>38</sup> Daher findet sich hier keine gesonderte Ausweisungsmöglichkeit für Biogasanlagen.<sup>39</sup>

Im Geltungsbereich eines *einfachen Bebauungsplans* orientiert sich die Zulässigkeit von Vorhaben gemäß § 30 Abs. 3 BauGB neben den getroffenen Planfestsetzungen an den Voraussetzungen der §§ 34, 35 BauGB. Im unbeplanten Innenbereich nach § 34 BauGB ist die Anlage dann zulässig, wenn sie sich nach Art und Maß der baulichen Nutzung in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt oder diese einem der Baugebiet der BauNVO entspricht, die eine solche Anlage zulassen, § 34 Abs. 1 und Abs. 2

<sup>35</sup> Vgl. zur Relevanz der Erneuerbaren Energien für die Bauleitplanung vgl. Klinski/Longo, S. 41.

<sup>36</sup> „Rein allgemein politische Aktivitäten“ sind grundsätzlich nur dann zulässig, wenn auch ein örtlicher Bezug gegeben ist, vgl. BVerfGE 110, 370, 401.

<sup>37</sup> Schmidt, NVwZ 2006, S. 1354, 1359 f.; Klinski/Longo, S. 43 m.w.N.

<sup>38</sup> Vgl. Klinski/Longo, S. 44 mit dem Beispiel der Freiflächenphotovoltaikanlagen.

<sup>39</sup> Die Erhaltung oder Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche, auch im Interesse einer verbraucher-nahen Versorgung der Bevölkerung nach § 9 Abs. 2a BauGB kann zwar eine Festsetzungsmöglichkeit für die Gas- oder Wärmeversorgung durch Biogasanlagen sein; Voraussetzung ist jedoch ein städtebauliches Konzept der Gemeinde nach § 1 Abs. 6 Nr. 11 BauGB, das eine erheblich Vorplanung voraussetzt, die ihrerseits die Förderung der Biogaseinspeisung vorsehen muss.

BauGB. Ohne weitere Überplanung durch die Gemeinde würde der Standort damit allein durch die umliegende Bebauung entschieden, so dass sich eine planerische Vorarbeit empfiehlt.

#### 4.1 Vorhaben- und Erschließungsplan

Anlagenbetreiber und Gemeinde können durch Vorhaben- und Erschließungsplan<sup>40</sup> (§§ 8 ff., 12 Abs. 3, 3a BauGB) die Anlage planungsrechtlich im Gemeindegebiet verorten. Hierfür ist ein Durchführungsvertrag mit dem Investor zu schließen, von Seiten der Gemeinde aus ein Vorhaben- und Erschließungsplan und zu dessen Durchführung ein vorhabenbezogener Bebauungsplan zu erlassen. Der vorhabenbezogene Bebauungsplan bewirkt, dass das Vorhaben nicht nur planungsrechtlich, sondern regelmäßig auch schneller genehmigt wird.

Zudem sind andere Festsetzungen möglich, als nach § 9 BauGB vorgesehen, so dass ebenfalls größere Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet sind. Weiter können keine Veränderungssperren beschlossen und Baugesuche zurückgestellt werden, §§ 12 Abs. 3, 14 ff. BauGB.

Die Initiative zur Schaffung von Baurechten liegt hier grundsätzlich beim Investor. Dieser erarbeitet die städtebauliche Planung und verpflichtet sich vertraglich zu ihrer Verwirklichung einschließlich der Tragung der Planungs- und Erschließungskosten. Damit werden die Einfluss- und Gestaltungsmöglichkeiten des Investors erheblich ausgeweitet.

Im Einzelfall nachteilig kann bei diesem Instrument die inhaltliche Bindung für das Vorhaben sein. Nachträgliche, technisch oder wirtschaftlich sinnvolle Erweiterungen oder Verkleinerungen sind ohne eine neue Planung nicht möglich.<sup>41</sup> In der Praxis wird das Instrument des vorhabenbezogenen Bebauungsplanes oft verwendet, da die Kommune auch die zuständige Genehmigungsbehörde ist und zudem vorhabenbezogene vertragliche Regelungen, wie etwa die Anfahrt der Anlage, Fermentergröße oder Methanschlupf<sup>42</sup> geregelt werden können.

#### 4.2 Städtebauliche Verträge

Neben den Möglichkeiten der einseitigen Bauleitplanung zugunsten von Biogasanlagen besteht die Möglichkeit, die Anlage über einen städtebaulichen Vertrag nach § 11 BauGB bauplanungsrechtlich zuzulassen. Es handelt sich dabei um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag i.S.d. §§ 54 ff. VwVfG, der auch den Zweck hat, das Rechtsinstrument der rein hoheitlich wirkenden Festsetzungen zu ergänzen.<sup>43</sup>

Der städtebauliche Vertrag muss städtebauliche Ziele verfolgen, so dass nach § 1 Abs. 5, 6 BauGB, § 11 Abs. 4 BauGB auch der Klimaschutz zu-

---

<sup>40</sup> Vgl. Lampe, S. 152, 153.

<sup>41</sup> Die Änderungsmöglichkeit nach § 12 Abs. 3a BauGB für den Fall, dass der vorhabenbezogene Bebauungsplan eine allgemeine Festsetzung im Sinne der BauNVO vorsieht, bezieht sich nicht auf den Plan selbst, sondern nur auf eine Änderung des Durchführungsvertrages. Eine Änderung des Planes erfordert daher ein neues Planungsverfahren, vgl. Krautzberger in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, § 12 Rn. 101c.

<sup>42</sup> Zum Begriff vgl. u. 6.1.

<sup>43</sup> Vgl. Löhr in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 11 Rn. 20a.

lässiger Vertragszweck ist. Gegenstand eines städtebaulichen Vertrages kann auch die Nutzung von Netzen und Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung sowie von Solaranlagen für die Wärme-, Kälte- und Elektrizitätsversorgung sein. Diese Aufzählung ist jedoch nicht abschließend („insbesondere“) und damit kein Hindernis für die Standortfindung für Biogasanlagen durch vertragliche Regelung.

Die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des städtebaulichen Vertrages umfassen die

- Schriftform, § 11 Abs. 3 BauGB,
- Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung,<sup>44</sup> § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB, sowie
- die Beachtung des Kopplungsverbotes, wonach ein Sachzusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung bestehen muss und kein sonstiger, ohnehin bestehender Anspruch auf die Gegenleistung gegeben sein darf.

Im Rahmen eines solchen Vertrages können nach §§ 29, 30 BauGB, § 11 BauNVO Sondergebiete für die Erforschung, Entwicklung oder Nutzung erneuerbarer Energien festgesetzt werden. Die planerische Freiheit erleichtert auch die Regelung von Erschließungsfragen erheblich und kann die Vorbereitung, die Durchführung und die damit entstehenden Kosten und Folgekosten situationsgerechter regeln, indem diese sonst durch die Gemeinde zu erbringenden Leistungen dem Investor auferlegt werden. Bei der Gewährung von finanziellen Leistungen können sich in der Praxis jedoch Probleme hinsichtlich des Kopplungsverbotes ergeben, etwa bei der Finanzierung sozialer Einrichtungen oder Spenden an Vereine als Gegenleistung, die regelmäßig keine Sachzusammenhang mit dem Vertragsgegenstand haben und durch das Gesetz als „Abkauf von Hoheitsrechten“ qualifiziert werden, so dass der betreffende Vertrag nach § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG nichtig ist.

Zudem sind die neuesten Entwicklungen der Rechtsprechung zur Anwendbarkeit des Vergaberechts auf städtebauliche Verträge und Grundstücksverträge zu beachten. Dem Vergaberecht unterfällt die vertragliche und entgeltliche Beschaffung von Sach- oder Dienstleistungen, die zur Erfüllung der Aufgaben eines staatlichen oder staatsnahen Rechtsträgers erforderlich sind. Insbesondere unter dem Einfluss aktueller europäischer Rechtsprechung wird namentlich der Vorgang des Beschaffens weit ausgelegt. Die neuere Judikatur betrifft vor allem städtebauliche Verträge sowie Grundstücksverträge der öffentlichen Hand, soweit diese mit der Verpflichtung des Erwerbers verknüpft sind, die Grundstücke entsprechend städtebaulicher Vorgaben zu bebauen. Solche Verträge qualifiziert die Rechtsprechung nunmehr als öffentliche Baukonzessionen i.S.d. § 98 Nr. 6 GWB, § 6 Satz 2 VgV, § 32 Nr. 1 VOB/A.<sup>45</sup> Soweit das Vergaberecht an-

---

<sup>44</sup> Gegenleistung steht bei wirtschaftlicher Betrachtung des Gesamtvorganges gegenüber der von der Behörde zu erbringenden Leistung nicht in Missverhältnis und bedeuten keine unzumutbaren Belastungen, Löhr in Battis/Krautzberger/Löhr § 11 Rn. 23.

<sup>45</sup> OLG Düsseldorf Vergabesenat, Beschluss v. 13.06.2007, VII-Verg 2/07, Verg 2/07; Beschluss v. 30.04.2008, VII-Verg 23/08, Verg 23/08; Brandenburgisches Oberlandesgericht Vergabesenat, Beschluss v. 27.06.2008, Verg W 4/08.

wendbar ist, sind nicht ausgeschriebene Verträge in analoger Anwendung des § 13 VgV nichtig.<sup>46</sup>

#### 4.3 Zulässigkeit im Außenbereich, § 35 Abs. 1 BauGB

Soweit keine Bebauungspläne für ein Gebiet ohne zusammenhängende Bebauung im Sinne des § 34 BauGB vorliegen, ist § 35 BauGB als „plannersetzende Norm“<sup>47</sup> für den bauplanungsrechtlichen Außenbereich einschlägig.

Im Außenbereich gehören Biogasanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB zu den privilegierten Vorhaben, die nur dann unzulässig sind, wenn ihnen öffentliche Belange entgegenstehen.<sup>48</sup> Die Voraussetzungen der Privilegierung sind jedoch sehr eng gehalten. Zunächst muss die Anlage einem *land- oder forstwirtschaftlichen, gartenbaulichen* oder einem *Tierhaltungsbetrieb*, der wegen seiner Anforderungen an die Umgebung oder seiner nachteiligen Auswirkungen auf diese oder aufgrund seiner besonderen Zweckbestimmung nur im Außenbereich ausgeführt werden soll, dienen, § 35 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4 BauGB. Weiter muss das Vorhaben in *räumlich funktionalem Zusammenhang* mit diesem Betrieb stehen und die eingesetzte Biomasse muss auch überwiegend aus dem Betrieb oder nahe gelegenen Betrieben nach § 35 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4 BauGB stammen. Es darf zudem nur *eine Anlage je Hofstelle* betrieben werden und schließlich darf die installierte elektrische Leistung der Anlage *0,5 MW nicht überschreiten*.<sup>49</sup>

Eine weitere Zulässigkeitsvoraussetzung auch für Biogasanlagen nach § 35 Abs. 5 S. 2 BauGB ist die Abgabe einer Verpflichtungserklärung mit dem Inhalt, dass „das Vorhaben nach dauerhafter Aufgabe der zulässigen Nutzung zurückzubauen und Bodenversiegelungen zu beseitigen sind.“ Dies gilt auch für Nutzungsänderungen, § 35 Abs. 5 S. 2, 2. HS 1. Alt BauGB.<sup>50</sup>

Die Voraussetzungen nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB haben zwar nach einer Entscheidung des OVG Koblenz zur Frage der Anforderungen an den rahmengebenden Betrieb i.S.v. § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB eine gewisse Abschwächung erfahren. Nach der Entscheidung muss eine Biogasanlage nicht einem landwirtschaftlichen Betrieb im Sinne von § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB „dienen“, um im Sinne von § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB im Rahmen eines Betriebes zulässig zu sein. Denn die Intention des Gesetzgebers sei es gewesen, durch die Schaffung von § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB die Zulässigkeit einer Anlage im Außenbereich über die Möglichkeiten des § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB hinaus wesentlich zu erweitern. Eine dienende Funktion der Biomasseanlage zu fordern, würde dieser Intention nach Auffassung des Gerichts keinesfalls gerecht. Unschädlich sei es weiter, wenn der rahmengebende Betrieb seine gesamte landwirtschaftliche Fläche zur Erzeugung von Biomasse einsetzt, die in der Biogasanlage verwertet werden soll. Zu-

<sup>46</sup> Vgl. Maslaton a.a.O.

<sup>47</sup> Vgl. Krautzberger in Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, § 35 Rn. 1.

<sup>48</sup> Zur Entstehungsgeschichte: vgl. Schomerus/ Sanden/Dietrich, S. 178.

<sup>49</sup> Vgl. eingehend zu den Voraussetzungen Mantler; Lampe, S. 153 f.; zur unklaren Rechtslage im Fall der nachträglichen Überschreitung, z.B. bei Anlagenerweiterung vgl. Mantel, S. 579 ff.

<sup>50</sup> Vgl. dazu Dombert, S. 395.

dem müsse die Biomasse nicht ausschließlich aus dem Standortbetrieb, sondern könne auch aus naheliegenden landwirtschaftlichen Betrieben stammen. Hier sei eine Entfernung von etwa 10 km bis zur Anlage anzuwenden. Schließlich setze die Privilegierung eines Landwirtschaftsbetriebes i.S.v. § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB nicht zwingend voraus, dass der Landwirt seine Tätigkeit überwiegend auf eigenen Flächen ausübt.<sup>51</sup>

Angesichts dieser - vor allem durch die energetische Begrenzung auf 500 kW - gleichwohl stark eingrenzenden Voraussetzungen verwundert es nicht, dass sowohl die Vorgaben als auch die Auslegungspraxis als viel zu eng und gegenüber den energiepolitischen Zielen als inadäquat kritisiert werden.<sup>52</sup> Die Beschränkung auf eine Hofstelle schließt auch nach dem Urteil des OVG Koblenz das Betreiben mehrerer verschiedenartiger Anlagen, wie Biogas, Blockheizkraftwerke auf der Basis von Rapsöl und Biodiesel, Stroh-, Getreidefeuerungsanlagen und Holzfeuerungsanlagen aus. Die Wahl eines technisch-wirtschaftlich sinnvollen Standortes wird durch das Erfordernis eines räumlich funktionalen Zusammenhangs der Anlage mit der Hofstelle ebenso erheblich erschwert, wie die Weiterführung der Anlage durch einen Dritten, wie z.B. ein Energieversorgungsunternehmen. Die Beschränkung auf eine elektrische Leistung von bis zu 0,5 MW lässt zudem keine Entwicklung größerer und energieeffizienterer Anlagen zu,<sup>53</sup> wie es für die Zielerreichung nach § 41a S. 1 GasNZV eigentlich nötig wäre.<sup>54</sup>

## 5 Stellungnahme zu Raumordnung und Bauleitplanung

Sowohl das überörtliche Raumordnungs- als auch das örtliche Bauleitplanungsrecht sehen ausreichende Möglichkeiten vor, den verstärkten Ausbau von einspeisenden Biogasanlagen zuzulassen. Die Planungspraxis scheint die Zielfestlegung nach § 41a GasNZV jedoch offenbar nicht zu verfolgen. Die vorgeschlagenen Rechtsänderungen auf der Stufe der *Raumordnung* durch die Einführung von gesonderten Grundsätzen der Raumordnung können die planenden Stufen nicht zu einem bestimmten Ergebnis, zumindest aber zur verstärkten Auseinandersetzung mit dem Ausbau der Nutzung der Biogaseinspeisung zwingen. Denn an die Raumordnung sind komplexe Anforderungen gestellt, die das pauschale Übergewicht einer bestimmten Raumnutzung wie der Biomasseerzeugung, -vergärung und Biogaseinspeisung nicht zulassen. Als flankierende Instrumente müssten daher verstärkt Informationen (Fortbildungen, Tagungen, Publikationen in der Fachliteratur etc.) auch im Rahmen einer verstärkten planerischen Zusammenarbeit i.S.d. § 13 ROG zu einem langfristigen Umdenken beitragen.

Die *Bauleitplanung* hat mit § 1 Abs. 7 lit. f BauGB bereits die hervorgehobene Aufgabe, die Nutzung erneuerbarer Energien auszuweiten. Auch sind die planerischen Instrumente mit den verschiedenen Bauplanungsmöglich-

---

<sup>51</sup> Urteil vom 22.11.2007 (1 A 10253/07.OVG), NuR 2008, 233, 234 f.

<sup>52</sup> Vgl. dazu Schomerus/ Sanden/ Dietrich, NordÖR 2006, S. 177 ff.

<sup>53</sup> Zur weiteren Kritik vgl. Hentschke/Urbisch, S. 45 f.

<sup>54</sup> Vgl. o., 3.1.

keiten oder den mehrseitigen Planungsverfahren mit der nötigen Flexibilität vorhanden. Ein akuter Handlungsbedarf zur Änderung des BauGB besteht damit nicht.

Soweit jedoch keine Planung stattfindet, kann sich die Genehmigung einer Biogasanlage von Seiten des Bauplanungsrechts erheblichen Schwierigkeiten ausgesetzt sehen. Biogasanlagen werden eher in seltenen Fällen im unbeplanten und im Zusammenhang bebauten Innenbereich im Sinne des § 34 BauGB verwirklicht werden. Der wesentlich öfter betroffene Außenbereich sieht sich jedoch den hohen Beschränkungen des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB ausgesetzt. Eine *Streichung der energetischen Beschränkung oder auch der anderen Voraussetzungen in § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB BImSchG* hätte zur Konsequenz, dass Biogasanlagen eine ähnlich offen privilegierte Vorhaben wären wie die Wasser- oder Windkraftanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB. Dies hätte den Vorteil, dass der Anspruch der Betreiber auf Baugenehmigung nach § 63 Abs. 1 MBO oder ggf. §§ 5 ff. BImSchG<sup>55</sup> aus bauplanungsrechtlicher Sicht nur abgelehnt werden könnte, wenn öffentliche Belange dem Vorhaben nachweisbar entgegenstehen, § 35 Abs. 2 BauGB. Auf diese Weise könnte die betroffene Gemeinde zu einer Überplanung des Außenbereichs „gezwungen“ werden; das würde einen erheblichen Planungsaufwand bedeuten, was im Einzelfall – soweit die Gemeinde diesen Planungsaufwand scheut – zu einer einfachen Genehmigung führen könnte.

Auch für die Bauleitplanung gilt jedoch die Notwendigkeit der Flankierung der reinen Rechtsvorgaben mit Informationen gerade auch der betroffenen Öffentlichkeit über die Vorteile der Biogaserzeugung, damit im Idealfall eine auf die örtlichen Bedürfnisse und die des betroffenen Anlagenbetreibers abgestimmte einseitige oder bilaterale Planung stattfindet.

---

<sup>55</sup> Vgl. dazu u. 6, 7.

## 6 Anlagene Genehmigung nach dem BImSchG

### 6.1 Relevante Emissionen

Das BImSchG<sup>56</sup> schützt Menschen, Tiere und Pflanzen, den Boden, das Wasser, die Atmosphäre sowie Kultur- und sonstige Sachgüter vor schädlichen Umwelteinwirkungen und verlangt die Vorbeugung gegen deren Entstehen, § 1 BImSchG. Schädliche Umwelteinwirkungen liegen bei Immissionen vor, deren Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft hervorzurufen. Der Begriff der Immissionen umfasst Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen, Licht, Wärme, Strahlen und ähnliche Umwelteinwirkungen und damit im weitesten Sinne sämtliche Einwirkungen, die über den Belastungspfad Luft vermittelt werden. Emissionen sind von einer Anlage ausgehende Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen, Licht, Wärme, Strahlen und ähnlichen Erscheinungen, § 3 Abs. 1, 2, 3 BImSchG.

Im Sinne des BImSchG relevante Emissionen gehen von Biogasanlagen in dreierlei Hinsicht aus:

- Das Entweichen des im Gärprozess entstehenden Treibhausgases Methan geschieht, soweit keine luftabschließende Abdeckung vorhanden ist, bei der Gärrestlagerung oder bei der Gaserzeugung bzw. -weiterleitung (sog. Methanschluß);
- Ammoniakemissionen (NH<sub>3</sub>) können zu Bodenversauerungen und Geruchsbelästigungen führen;<sup>57</sup>
- Lärmemissionen können ggf. durch den An- und Abfahrtsverkehr, z.B. durch die Substratanlieferung entstehen.

Biogasanlagen sind damit emittierende Anlagen i.S.d. § 3 Abs. 1-4 BImSchG, so dass der Anwendungsbereich gemäß § 2 BImSchG eröffnet ist.

### 6.2 Genehmigungsbedürftigkeit nach 4. BImSchVO

Eine Genehmigung nach den §§ 4 ff. BImSchG ist nur dann erforderlich, soweit der entsprechende Anlagentyp im Anhang der 4. BImSchVO aufgeführt ist, § 1 Abs. 1 4. BImSchVO.

---

<sup>56</sup> Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz - BImSchG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. September 2002 (BGBl. I Nr. 71 vom 04.10.2002 S. 3830), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Oktober 2007 (BGBl. I S. 2470).

<sup>57</sup> Vgl. dazu § 7 33. BImSchVO.

Nach den derzeitigen Vorschriften ist eine Genehmigung für Anlagen zur Erzeugung von Biogas nur erforderlich

- bei Verbrennung des Gases mit einer Feuerwärmeleistung von 10 MW, Anhang Nr. 1.2 b, 4. BImSchVO,
- bei Nutzung des Gases in Verbrennungsmotoranlagen zur Stromerzeugung ab 1 MW, Anhang Nr. 1.4 b, 4. BImSchVO,
- bei Einsatz des Gases in einer Gasturbinenanlagen zur Stromerzeugung ab 1 MW, Anhang Nr. 1.5 b, aa, 4. BImSchVO,
- bei Gaserzeugung in Anlagen zur biologischen Behandlung von Abfällen ab einem Tagesdurchsatz von 10 Tonnen, Anhang Nr. 8.6 b, Spalte 2, 4. BImSchVO,
- bei Gaserzeugung unter Einsatz besonders überwachungsbedürftigen Abfällen nach KrW-/AbfG ab einem Tagesdurchsatz von 1 Tonne, Anhang Nr. 8.6 a, Spalte 2, 4. BImSchVO,
- bei Betreiben der Anlage als Nebeneinrichtungen einer anderen genehmigungsbedürftigen Anlage, (z.B. Tierhaltungsbetriebe, Anhang Nr. 7.1, 4. BImSchVO, Anlagen zur Lagerung von Gülle, Anhang Nr. 9.36, 4. BImSchVO).<sup>58</sup>

Es zeigt sich, dass das Immissionsschutzrecht nur in besonderen Fällen Biogasanlagen für genehmigungsbedürftig hält. Anlagen, die Biogas „nur“ durch Vergärung herstellen, sind insbesondere im abschließenden Katalog im Anhang der 4. BImSchVO nicht vorgesehen. Denn der Genehmigungsvorbehalt richtet sich entsprechend dem Gesetzeszweck aus § 1 BImSchG, der Verhinderung schädlicher Umwelteinwirkungen, nicht auf eine bestimmte Technologie oder Anlagenart, sondern vielmehr auf Prozesse und Tätigkeiten, die solche Umwelteinwirkungen von erheblichem Umfang hervorrufen können.

Die *Gesamtfeuerwärmeleistung* entspricht dem Brennwert des Biogases, d.h. der Summe der erzeugten Wärme und des erzeugten Stroms.<sup>59</sup> Der Begriff der Gesamtfeuerwärmeleistung ist nicht zu verwechseln mit dem der installierten elektrischen Leistung in § 35 Abs. 1 Nr. 6 lit d BauGB. Die auf 0,5 MW begrenzte installierte elektrische Leistung beschreibt den maximal durch die Anlage zu erzeugenden Strom. Bei einem durchschnittlichen Wirkungsgrad der Verbrennungsmotoren von 30-40% verbleibt etwa ein Drittel der Feuerwärmeleistung als elektrische Leistung.<sup>60</sup>

Das Kriterium der *Abfallmenge* i.S.d. Nr. 8.6 4. BImSchVO wirft Fragen auf. Nach § 3 Abs. 1 S. 1 KrW-/AbfG sind Abfälle bewegliche Sachen, die unter die im Anhang I KrW-/AbfG aufgeführten stofflichen Gruppen fallen und de-

<sup>58</sup> Vgl. Lampe, 152, 156.

<sup>59</sup> Immissionsschutzrechtlich nicht genehmigungsbedürftige Feuerungsanlagen unterfallen der Verordnung über kleine und mittlere Feuerungsanlagen (1. BImSchVO).

<sup>60</sup> In der Praxis würden deswegen viele Anlagebauer versuchen, das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren zu vermeiden, weswegen viele Anlagen mit einer installierten elektrischen Leistung von maximal 340 kW existierten, die damit gerade noch unter der Grenze von 1 MW Gesamtfeuerwärmeleistung liegen, vgl. Lampe, S. 159 m.w.N.; vgl. auch Mantel, S. 577.

ren sich der Besitzer entledigt, entledigen will oder muss. Die Frage, ob Gülle und andere Reststoffe aus der landwirtschaftlichen Tierhaltung als Abfall einzustufen sind,<sup>61</sup> wurde durch § 2 Abs. 2 Nr. 1a KrW-/AbfG geklärt, wonach Gülle in der Definition des Art. 5 der EG-HygieneVO nicht mehr dem KrW-/AbfG unterfällt, weswegen die Gülleverwendung allein keine Genehmigungsbedürftigkeit nach dem BImSchG begründet. Ansonsten sind die Abfälle nach Nr. 8.6 Anhang 4. BImSchVO danach zu unterscheiden, ob sie besonders überwachungsbedürftige i.S.d. § 41 Abs. 1 KrW-/AbfG sind.<sup>62</sup> Auch Abfälle aus der Landwirtschaft sowie aus der Herstellung und Verarbeitung von Lebensmitteln gelten grundsätzlich als besonders überwachungsbedürftig.<sup>63</sup> Bei einem Durchsatz von weniger als 10 t pro Tag wird das vereinfachte und bei einer Durchsatzleistung von über 10 t das förmliche Genehmigungsverfahren nach BImSchG durchgeführt.

Unklar ist, worauf sich die in Nr. 8.6 Anhang 4. BImSchVO aufgestellten Mengenschwellen beziehen. Dabei könnte entweder die Menge der im Gärgut befindlichen Abfälle oder die Menge der zu vergärenden Stoffe insgesamt gemeint sein.

Weiter lässt der Wortlaut nicht klar erkennen, ob landwirtschaftliche Rückstände, die im Bereich des Düngerechts als „Wirtschaftsdünger“ und nicht als „Abfall“ betrachtet werden, im Kontext von Nr. 8.6 als „Abfälle“ anzusehen sind oder nicht. Eine Klarstellung ist hier vor allem deswegen erforderlich, da die Ermittlung der Durchsatzleistung i.S.d. Nr. 8.6 sämtliche Einsatzstoffe, also nicht nur die mit Abfalleigenschaften, addiert werden müssen,<sup>64</sup> wonach dann auch nur minimale Anteile von Abfällen im Gärgut das Gärmaterial insgesamt zum Abfall machen – mit der Folge der Genehmigungsbedürftigkeit nach BImSchG.

Hinsichtlich der Abfalleigenschaft von landwirtschaftlichen Reststoffen wird im Biogashandbuch Bayern betont, dass tierische Ausscheidungen wie Festmist, Gülle, Jauche und ähnlich der landwirtschaftlichen Produktion unterliegende Nebenerzeugnisse nicht dem Abfallbegriff des KrW-/AbfG unterfielen.<sup>65</sup> Dies hätte zur Konsequenz, dass Anlagen, in denen nur landwirtschaftliche Rückstände und Energiepflanzen eingesetzt werden, keine immissionsschutzrechtliche Genehmigung brauchen. Dagegen heißt es in dem vom Brandenburgischen Landwirtschaftsministerium herausgegebenen Ratgeber, dass Wirtschaftsdünger nach § 1 Nr. 2 DüMG (tierische Ausscheidungen, Gülle, Jauche, Stallmist, Stroh sowie ähnliche Nebenerzeugnisse aus der landwirtschaftlichen Produktion) in der Regel als Abfall nach § 3 Abs. 3 Nr. 1 KrW-/AbfG anzusehen seien.<sup>66</sup> Die Unsicherheiten in der rechtlichen Interpretation der Nr. 8.6 4. BImSchVO zu klären, ist Voraussetzung für die für Investoren notwendige Rechtssicherheit, die nicht erst durch ein gerichtliches Verfahren sichergestellt werden sollte.

---

<sup>61</sup> KrW-/AbfG Anhang I Nr. Q 14 qualifiziert auch landwirtschaftliche Produkte als Abfall.

<sup>62</sup> Art, Beschaffenheit und Menge müssen in besonderem Maße gesundheits-, luft- oder wassergefährdend, explosibel oder brennbar sein, bzw. Erreger übertragbarer Krankheiten enthalten oder hervorbringen können.

<sup>63</sup> Abfallschlüssel 02 der Anlage zur Bestimmungsverordnung überwachungsbedürftiger Abfälle zur Verwertung, BGBl. 2001, S. 3006 ff.

<sup>64</sup> Biogashandbuch Bayern, Kap. 2.1.3.2.2, S. 7.

<sup>65</sup> Biogashandbuch Bayern, a.a.O.

<sup>66</sup> Vgl. dort Kap. 9.1.1.

Die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit gewinnt an Komplexität, soweit die Genehmigung von *Nebenanlagen* in Frage steht. Nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 4. BImSchVO muss eine BImSchG-Genehmigung auch dann eingeholt werden, wenn eine Nebenanlage errichtet oder geändert werden soll. Nebenanlagen sind Einrichtungen, die zwar für die Erreichung des Anlagenzwecks nicht erforderlich sind, gleichwohl aber eine untergeordnete, dienende Funktion für die Hauptanlage erfüllen.<sup>67</sup> Nebenanlagen müssen dazu

- einen räumlichen und betriebstechnischen Zusammenhang mit einer genehmigungsbedürftigen Hauptanlage haben und
- für das Entstehen von oder die Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen oder das Entstehen sonstiger Gefahren erheblicher Nachteile oder erheblicher Belästigungen von Bedeutung sein.<sup>68</sup>

Soweit die Hauptanlage nicht, dafür aber etwa die Vergärungsanlage oder das Güllelager (9.3.6 4. BImSchVO) einer BImSchG-Genehmigung bedürfen, kann nicht ohne weiteres von einer Genehmigungsbedürftigkeit auch der weiteren Nebeneinrichtungen ausgegangen werden.<sup>69</sup> Dabei dürfte sich künftig unter der durch die EG-IVU-Richtlinie<sup>70</sup> vorgegebenen Gesamtbeurteilung aller Umweltauswirkungen eine weiter reichende Interpretation der Nebeneinrichtung durchsetzen.<sup>71</sup>

Soweit die betreffende Anlage nicht im Anhang der 4. BImSchVO aufgeführt ist, wird die Anlage nicht nach dem BImSchG genehmigt. Um das Verfahren<sup>72</sup> und die Genehmigungswirkungen<sup>73</sup> des BImSchG nutzen zu können,<sup>74</sup> fragt sich, ob auch die *freiwillige Unterwerfung* unter die §§ 4 ff. BImSchG möglich ist. Nach dem Gesetzeswortlaut besteht diese Möglichkeit nicht, §§ 6, 7 BImSchG. § 16 Abs. 3 BImSchG sieht zwar die Möglichkeit eines fakultativen Genehmigungsverfahrens vor; dieses setzt aber die Änderung einer genehmigungsbedürftigen Anlage voraus. Soweit dies nicht der Fall ist, reicht die Anzeigepflicht nach § 15 BImSchG. Die nach § 19 Abs. 3 BImSchG vorgesehene Möglichkeit, die Durchführung des förmlichen Verfahrens anstelle eines vereinfachten Verfahrens zu beantragen, betrifft auch nur diese besondere Situation, lässt aber keine Analogie für nicht nach BImSchG genehmigungsbedürftiges Verfahren zu. Daher kann keine Genehmigung nach dem BImSchG beantragt werden, wenn das betreffende Vorhaben nicht in der 4. BImSchVO aufgeführt ist.

---

<sup>67</sup> BVerwGE 69, 351 ff.

<sup>68</sup> Zu den komplexen Abgrenzungsfragen, inwieweit die Biomasseanlage ihrerseits eine Haupt- oder Nebenanlage ist und zu weiteren Einzelfallfragen vgl. Lampe, S. 156 f. m.w.N.

<sup>69</sup> Vgl. zum Streit und den Abgrenzungsproblemen in der Praxis BMU, Materialband F, S. 12

<sup>70</sup> RL 96/96/EG, 24.09.1996 über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung, Abl. EG Nr. L 257, S. 26.

<sup>71</sup> Vgl. Jarass, § 4 Rn. 50 m.w.N.

<sup>72</sup> S. u. 6.3.

<sup>73</sup> S. u., 6.5

<sup>74</sup> Vgl. auch die niedersächsische Verwaltungsvorschrift. „Hinweise zum Immissionsschutz bei Biogasanlagen Anforderungen zur Vermeidung und Verminderung von Gerüchen und sonstigen Emissionen.“ Kap. 1.3: Anlagenbezogene Anforderungen an Biogasanlagen. Verwaltungsvorschrift Niedersachsen vom 2. Juni 2004 (Nds. MBl. S. 461), das das Genehmigungsverfahren nach BImSchG als das maßgebliche Verfahren ansieht.

### 6.3 Genehmigungsverfahren nach BImSchG

Das Verfahren wird durch Einreichung eines schriftlichen Antrags auf Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung eingeleitet, § 10 Abs. 1 Satz 1 BImSchG.

Die zuständige Genehmigungsbehörde richtet sich nach dem jeweiligen Bundesland. In der Regel sind dies:

- Kreisverwaltungen (z.B. in Rheinland-Pfalz, Thüringen, Nordrhein-Westfalen),
- Regierungspräsidien (z.B. in Sachsen) oder
- spezielle Umwelt- bzw. Immissionsschutzbehörden (z.B. Staatliches Amt für Umwelt und Naturschutz in Mecklenburg-Vorpommern).

Nach dem BImSchG sind ein förmliches und ein vereinfachtes Genehmigungsverfahren vorgesehen, ablesbar an der Aufteilung in den Spalten 1 und 2 des Anhangs der 4. BImSchVO, wobei die in Spalte 2 geführten Anlagentypen ein gegenüber den Anlagentypen in Spalte 1 vermindertes Risiko der Herbeiführung schädlicher Umwelteinwirkungen haben.

Das *förmliche Genehmigungsverfahren* wird durch die Stellung eines schriftlichen Antrages mit den nach § 6 BImSchG erforderlichen Zeichnungen, Erläuterungen und sonstigen Unterlagen bei der zuständigen Genehmigungsbehörde eingeleitet, § 10 Abs. 1 BImSchG. Unvollständige oder mangelbehaftete Unterlagen sind innerhalb einer Frist zur Mängelbeseitigung nachzureichen bzw. auszutauschen, § 10 Abs. 1 S. 3 BImSchG. Ansonsten wird das Vorhaben öffentlich bekannt gemacht und die Antragsunterlagen werden zur Einsicht für die Dauer von einem Monat ausgelegt, § 10 Abs. 3 BImSchG. Die betroffene Öffentlichkeit erhält so die Möglichkeit, Einwendungen gegen das Vorhaben bis zwei Wochen nach der Auslegung vorzubringen. Nach Ablauf dieser Frist sind alle Einwendungen abgeschlossen. Zudem sollen in dieser Zeit Stellungnahmen derjenigen Behörden eingeholt werden, deren Aufgabenbereich durch das Vorhaben berührt wird. Anschließend werden die fristgerechten Einwendungen zwischen Antragsteller, privaten oder öffentlichen Einwendern und Genehmigungsbehörde in einem gemeinsamen Termin erörtert, § 10 Abs. 6 BImSchG.

Die behördliche Entscheidung über Erteilung bzw. Ablehnung der Genehmigung muss grundsätzlich innerhalb von 7 Monaten nach Vollständigkeit von Antrag und Unterlagen ergehen, § 10 Abs. 6a Satz 1 BImSchG.

Das *vereinfachte Genehmigungsverfahren* unterscheidet sich vom förmlichen Verfahren dadurch, dass die Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 10 Abs. 3 BImSchG nicht stattfindet. Der Zeitaufwand des vereinfachten Verfahrens weicht daher zum Teil erheblich von dem des förmlichen Verfahrens ab. Weiter ist anstelle von sieben im vereinfachten Verfahren nach drei Monaten über den Genehmigungsantrag zu entscheiden, § 10 Abs. 6a BImSchG.

Nach § 19 Abs. 3 BImSchG kann der Antragsteller die Durchführung des förmlichen Verfahrens beantragen, was sich trotz des höheren Aufwandes und der längeren Verfahrensdauer empfehlen kann. Denn das Zusammenstellen der Antragsunterlagen ist aufgrund der Komplexität der Technik und der hohen Investitionssummen ein aufwändiger und damit ohnehin zeitintensiver Vorgang. Obwohl die Beteiligung der Öffentlichkeit zu Einwendungen führt, kann sie gewinnbringend auch zur Informationserlangung und für die Öffentlichkeitsarbeit genutzt werden, um die Vorteile der Technologie für den Klimaschutz zu vermitteln und Sicherungsmaßnahmen etwa gegen Geruchsbelästigungen zu erläutern. Soweit in diesem Sinne ein gegenseitiger Austausch mit der betroffenen Öffentlichkeit stattfindet, kann das Vorhaben gegebenenfalls optimiert werden und so eine bessere Akzeptanz finden.

#### 6.4 Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP)

Die UVP ist ein unselbstständiger Teil verwaltungsbehördlicher Zulassungsverfahren, bei dem die möglichen Umweltauswirkungen des zuzulassenden Vorhabens ermittelt und bewertet werden, damit die so gewonnenen Erkenntnisse in die Entscheidungsfindung einfließen können. Die UVP entfaltet jedoch keine materielle Rechtswirkung, § 1 UVPG.

Im Hinblick auf das Genehmigungsverfahren nach BImSchG wirkt sich die UVP auf die Genehmigungsbedürftigkeit von Vorhaben aus. Nach § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. c 4. BImSchVO, sind auch grundsätzlich im vereinfachten Verfahren zu genehmigende Anlagen (Spalte 2) dann gleichwohl im förmlichen Verfahren zu prüfen, wenn

- ein Vorhaben nach § 3c Abs. 1 S. 2 UVPG einer UVP bedarf, weil trotz geringerer Größe oder Leistung auf Grund der örtlichen Gegebenheiten gemäß der in der Anlage 2 Nr. 2 UVPG aufgeführten Schutzkriterien erhebliche Umwelteinwirkungen zu erwarten sind;
- eine UVP nach § 3b Abs. 2 UVPG erforderlich ist, weil das Vorhaben zusammen mit anderen Vorhaben, die gleichzeitig von demselben oder mehreren Vorhabensträgern verwirklicht werden sollen und die in einem engen Zusammenhang stehen, die maßgeblichen Schwellenwerte erreicht oder überschreitet.

Eine UVP bzw. eine Vorprüfung (§§ 3a ff. UVPG) findet nur bei den in Anlage 1 UVPG aufgezählten Vorhaben statt. Betroffen sind davon die o.g. genehmigungsbedürftigen Anlagen nach BImSchG<sup>75</sup> sowie Anlagen, die über bestimmte Mengenschwellen hinaus überwachungsbedürftige Abfälle verwenden.<sup>76</sup> Eine direkte (Vor-)Prüfungspflicht für Biogasanlagen an sich besteht nicht.

---

<sup>75</sup> Vgl. Nr. 1.3.2, 1.2.3, 1.2.2, 1.1.4, 1.1.2, 1.4.3, 1.4.2, 1.5.2 Anlage 1 UVPG.

<sup>76</sup> Ab 10 Tonnen Tagesdurchsatz besonders überwachungsbedürftiger Abfälle, vgl. Nr. 8.3.1 der Anlage 1 zum UVPG. Bei der biologischen Behandlung besonders überwachungsbedürftiger Abfälle ab 1 bis zu 10 Tonnen Tagesdurchsatz ist eine standortbezogene Vorprüfung des Einzelfalls erforderlich, vgl. Nr. 8.3.2 der Anlage 1 zum UVPG. Bei Einsatz nicht besonders überwachungsbedürftiger Abfälle hat ab 10 Tonnen bis zu 50 Tonnen Tagesdurchsatz eine standortbezogene Vorprüfung stattzufinden, vgl. Nr.

Die in der Praxis bestehenden Unsicherheiten über die UVP-Pflichtigkeit im Einzelfall führen dazu, aus Gründen der Verfahrenssicherheit die Durchführung der UVP zu empfehlen.<sup>77</sup> Durch den umfassenden Ansatz der Prüfung nach § 1 Nr. 1 UVPG kann die UVP auch für den Antragsteller eine wertvolle Informationsquelle über die Umweltauswirkung sein, vor allem im Hinblick auf die öffentliche Akzeptanz der Anlage oder mögliche künftige Umweltauflagen.<sup>78</sup>

## 6.5 Genehmigungswirkung

Die Genehmigung wird erteilt, wenn von der beantragten Anlage schädliche Umwelteinwirkungen nicht hervorgerufen werden und auch sonstiges öffentliches Recht nicht entgegensteht, §§ 5, 6 Abs. 1 Nrn. 1, 2 BImSchG. Die Genehmigungsbehörde darf von den fachbehördlichen Stellungnahmen nach § 10 Abs. 5 BImSchG abweichen, soweit nicht durch Rechtsvorschrift ein Einvernehmen oder die Zustimmung der Fachbehörde erforderlich ist, wie z.B. das gemeindliche Einvernehmen, § 36 Abs. 1 S. 2 BauGB,<sup>79</sup> oder soweit Anlagen zum Lagern, Abfüllen, Herstellen und Behandeln wassergefährdender Stoffe betroffen sind, §§ 19h, 19g WHG.<sup>80</sup>

Die Genehmigung schließt andere die Anlage betreffende behördliche Entscheidungen, insbesondere öffentlich-rechtliche Genehmigungen, Zulassungen, Verleihungen, Erlaubnisse und Bewilligungen mit ein. Diese sogenannte Konzentrationswirkung nach § 13 BImSchG sowie der Ausschluss von privatrechtlichen Abwehransprüchen nach § 14 BImSchG sind im Hinblick auf die Rechts- und Investitionssicherheit für den Antragssteller von hoher Bedeutung.

## 7 Baugenehmigung

Das Verfahren zur Baugenehmigung (§ 63 Abs. 1 MBO, § 58 Abs. 1 LBO BW, § 68 Abs. 1 BayBO, § 71 Abs. 1 BauOBl, § 67 Abs. 1 BbgBO; § 74 Abs. 1 BremLBO, § 72 HBauO, § 64 Abs. 1 HBO, § 72 Abs. 1 LBauO M-V, § 75 NBauO, § 75 Abs. 1 BauO NRW, § 70 LBauO RP, § 73 LBO Saarl., § 72 Abs. 1 SächsBO, § 71 Abs. 1 BauO LSA, § 78 LBO SH, § 79 ThürBO<sup>81</sup>) erfasst alle Anlagen, die unter den Schwellenwerten der Nrn. 1.4, 1.5, 8.6, 9.36 der 4. BImSchVO liegen. Das Baugenehmigungsverfahren überprüft die bauplanungsrechtliche, die bauordnungsrechtliche sowie die sonst öffentlich-rechtliche bestimmte Zulässigkeit des Vorhabens. Wie nach § 6 Abs. 1 BImSchG besteht auch die Baugenehmigung nach den genann-

---

8.4.2 der Anlage 1 zum UVPG, ab 50 Tonnen eine allgemeine Vorprüfung, vgl. Nr. 8.4.1 der Anlage 1 zum UVPG.

<sup>77</sup> Vgl. Maslaton Rechtsfragen bei der Raumplanung und Genehmigung von Biogasanlagen, in: Rechtsfragen der Einspeisung von Biogas in die Gasnetze, i.E.

<sup>78</sup> Vgl. o. 6.3.

<sup>79</sup> Vgl. u. 7.

<sup>80</sup> S. u. 8.4.

<sup>81</sup> Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im Folgenden anstelle der 16 Landesbauordnungen auf die Musterbauordnung (MBO) der Bauministerkonferenz (Arbeitsgemeinschaft der für Städtebau, Bau- und Wohnungswesen zuständigen Minister und Senatoren der 16 Länder - ARGEBAU) verwiesen.

ten Vorschriften ein Genehmigungsanspruch („...ist zu erteilen...“), soweit die Anlage bauplanungs-<sup>82</sup> und bauordnungsrechtlich zulässig ist und auch sonstiges öffentliches Recht nicht entgegensteht.

Ausnahmen von der Genehmigungsbedürftigkeit mit der Folge einer bloßen Anzeige werden von den Landesbauordnungen lediglich für solche Vorhaben gewährt, deren Gefährdungs- oder Störpotenzial gering ist. Da in Biogasanlagen regelmäßig mit wassergefährdenden Stoffen umgegangen wird und zudem Vorkehrungen zum Schutz vor Explosions- und Brandgefahren getroffen werden müssen, kommen Ausnahmen vom Baugenehmigungserfordernis regelmäßig nicht in Betracht.<sup>83</sup>

Aus bauordnungsrechtlicher Sicht sind Biogasanlagen wie andere Vorhaben auch so zu errichten, zu ändern und instand zu halten, dass die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere Leben Gesundheit und die natürlichen Lebensgrundlagen nicht gefährdet werden.<sup>84</sup> Die Anforderungen an die Standsicherheit (§ 12 MBO), den Schutz gegen schädliche Einflüsse (Gefahren durch Wasser, Feuchtigkeit, pflanzliche und tierische Schädlinge sowie andere chemische, physikalische und biologische Einflüsse, § 13 MBO) oder den Brandschutz (§ 14 MBO), Schall- und Erschütterungsschutz (§ 15 Abs. 2 und 3 MBO) sind zu beachten. Gesonderte, Biogas- oder vergleichbare Anlagen betreffende Vorschriften finden sich in der MBO oder in den Landesbauordnungen nicht.

Sowohl im Genehmigungsverfahren nach BImSchG als auch nach Baurecht ist das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 Abs. 1 S. 1, 2 BauGB herzustellen bzw. zu fingieren, wenn nach 2 Monaten keine Äußerung der Gemeinde erfolgt ist. Das Einvernehmen ist daher zwingende Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für beide Genehmigungsverfahren.<sup>85</sup> Das Einvernehmen steht dabei nicht im freien Ermessen der Gemeinde, sondern kann nur bei Unvereinbarkeit des Vorhabens mit den Vorgaben aus Bebauungsplänen oder aus §§ 34, 35 BauGB versagt werden.

In der Praxis von erheblicher Relevanz für die Genehmigung und den Betrieb der Anlage ist die Frage des rechtlichen *Nachbarschutzes*. Da die Baugenehmigung mit ihrer Erteilung im Gegensatz zur Genehmigung nach dem BImSchG (§ 14 BImSchG) keine privatrechtlichen Ansprüche ausschließt, kann ein Nachbar die Errichtung der baugenehmigten Anlage klageweise verhindern.

Die Anfechtung einer Genehmigung durch den Nachbarn kann nur dann zum Erfolg führen, wenn die Genehmigung rechtswidrig ist und der Nachbar dadurch in seinen Rechten verletzt wird. Die Zulassung des Bauvorhabens durch die Bauaufsicht verletzt einen Nachbarn in seinen Rechten, wenn sie mit Vorschriften nicht vereinbar ist, die nicht ausschließlich die Allgemeinheit, sondern zumindest auch nachbarliche Rechte schützen sollen.

---

<sup>82</sup> S.o. 4.

<sup>83</sup> Auch sind weitere Ausnahmen nach den Landesbauordnungen (etwa aufgrund von Bauart, Dauerhaftigkeit oder Größe) regelmäßig nicht einschlägig.

<sup>84</sup> § 3 Abs.1 MBO.

<sup>85</sup> BVerwG NJW 1966, 513; NVwZ 1986, 555.

Die Privilegierung von Biogasanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB<sup>86</sup> hat keine nachbarschützende Wirkung, sondern ist eine rein objektiv-rechtliche Zulassungsvoraussetzung.<sup>87</sup>

Nachbarschützend ist jedoch der öffentliche Belang des Hervorrufens schädlicher Umwelteinwirkungen nach § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BauGB, soweit die Nachbarn im konkreten Fall durch diese Einwirkungen selbst betroffen sind.<sup>88</sup> Bei BImSchG-Anlagen kann der Nachbar sich in diesem Fall auch auf den ebenfalls drittschützenden § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG berufen.

Der Begriff „schädliche Umwelteinwirkungen“ ist in § 3 BImSchG definiert und deckt sich mit dem in § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BauGB enthaltenen Begriff.<sup>89</sup> Er umfasst alle Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile, erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft hervorzurufen. Derartige Einwirkungen sind davon Betroffenen grundsätzlich nicht zumutbar.<sup>90</sup> Alle unter dieser Schwelle liegenden Faktoren können weder unter dem Gesichtspunkt schädlicher Umwelteinwirkungen noch unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung des baurechtlichen Rücksichtnahmegebots zur Annahme der Unzulässigkeit des Vorhabens führen.<sup>91</sup>

Bei *Verkehrslärm* ist die Zumutbarkeitsschwelle normativ durch die 16. BImSchVO festgelegt, wobei der Anlagenbetreiber ggf. ein Schallgutachten vorlegen muss.<sup>92</sup> Die Substratbelieferung der Biogasanlage erfolgt bei der Verwendung nachwachsender Rohstoffe im Regelfall während der Erntezeit an wenigen Tagen im Jahr. Die Belastungsgrenze ist jedenfalls dann überschritten, wenn der Betreiber der Biogasanlage die Bestückung zur Nachtzeit vornimmt und dabei die zulässigen Immissionswerte überschreitet. Dann kann durch die Nachbarn ein ordnungsbehördliches Einschreiten erzwungen werden.

Bei *Geruchsbelästigungen* muss durch Gutachten geprüft werden, ob ein Verstoß gegen die Geruchsimmissionsrichtlinie (GIRL)<sup>93</sup> vorliegt. Die GIRL ist nicht allgemeinverbindlich, da es sich lediglich um eine Verwaltungsvorschrift handelt.<sup>94</sup> Daher ist es möglich, sie im Gerichtsverfahren durch ein Gegengutachten anzugreifen. Gleichwohl dient die GIRL in der Praxis als Entscheidungshilfe. Die danach einzuhaltenden Grenzwerte der noch zulässigen Geruchshäufigkeit liegen im gemeindlichen Außenbereich bei 10% in Wohn- und Mischgebieten und 15% in Gewerbe- oder Industriegebieten. Je nach geplanter Größenordnung ist die Zusammensetzung der

---

<sup>86</sup> Vgl. dazu o. 4.3.

<sup>87</sup> Vgl. VG Augsburg, Beschluss v. 24.11.2005, Au 5 S 05/1675; VG Hannover, Beschluss v. 17.11.2006, 12 B 4639/06.

<sup>88</sup> BVerwGE 52, 122, 125 f.

<sup>89</sup> BVerwGE 52, 122, 126.

<sup>90</sup> BVerwGE 52, 122, 127.

<sup>91</sup> BVerwG, NJW 1984, 250.

<sup>92</sup> BVerwG, NVwZ 1995, 993.

<sup>93</sup> Feststellung und Beurteilung von Geruchsimmissionen – Geruchsimmissionsrichtlinie in der Fassung vom 29. Februar 2008 und einer Ergänzung vom 10. September 2008 (einsehbar z.B. unter <http://igsvtu.lanuv.nrw.de/vtu/oberfl/de/dokus/6/dokus/61101.pdf>).

<sup>94</sup> Die GIRL ist eine Fortentwicklung des nicht mehr gültigen gemeinsamen Runderlasses des Ministers für Umwelt, Raumordnung und Landwirtschaft und des Ministers für Wirtschaft, Mittelstand und Technologie vom 14.10.1986 "Durchführung der technischen Anleitung zur Reinhaltung der Luft" (SMBl.NW.7130).

Einsatzstoffe zu beachten. Soweit deren Verwendung für ein Dorfgebiet üblich ist (Gülle, Festmist- oder Silagegeruch), müssen entsprechende Geruchsmissionen durch den Nachbarn ungeachtet etwa vom Betreiber vorzunehmender Sicherungsmaßnahmen zur Minimierung von Immissionen grundsätzlich hingenommen werden.<sup>95</sup>

Die bauplanungs- und bauordnungsrechtlichen Erschließungsvorschriften sind dagegen nicht drittschützend. Ein Abwehranspruch wegen einer Wertminderung ist nur insoweit gegeben, als die Wertminderung die Folge einer Verletzung des Rücksichtnahmegebotes, also Folge einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Nutzungsmöglichkeiten des Grundstücks oder andere nachbarschützender Normen ist;<sup>96</sup> denn der Einzelne hat keinen Anspruch darauf, dass er vor jeder Wertminderung bewahrt bleibt.<sup>97</sup>

## **8 Sonstige Genehmigungsvoraussetzungen, § 6 Abs. Nr. 2 BImSchG, § 63 Abs. 1 MBO**

Für Biogasanlagen nach §§ 6 Abs. 1 Nr. 2, 10, 13 BImSchG bzw. nach § 63 Abs. 1 MBO zu berücksichtigende Zulassungslassungstatbestände und materielle Voraussetzungen ergeben sich auch aus anderen Rechtsbereichen.

### **8.1 Immissionsschutzrecht**

#### **8.1.1 Anwendbarkeit der TA Luft**

Auch nicht nach dem BImSchG genehmigungsbedürftige Anlagen sind nach § 22 BImSchG so zu errichten, dass schädliche Umwelteinwirkungen verhindert werden, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind, nach dem Stand der Technik unvermeidbare schädliche Umwelteinwirkungen auf ein Mindestmaß beschränkt werden und die beim Betrieb der Anlagen entstehenden Abfälle ordnungsgemäß beseitigt werden können. Dabei können die Vorschriften der 1. VwV zum BImSchG (Technische Anleitung Luft - TA Luft)<sup>98</sup> gemäß Kap. 1 auch für die Beurteilung nicht genehmigungsbedürftiger Anlagen herangezogen werden, insbesondere die Anforderungen zur Vorsorge (Nr. 5 der TA Luft) können „Erkenntnisquelle“ für die Pflichten aus § 22 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BImSchG dienen.

In Kap. 1 der TA Luft heißt es dazu:

*„Soweit im Hinblick auf die Pflichten der Betreiber von nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen nach § 22 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 BImSchG zu beurteilen ist, ob schädliche Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen vorliegen, sollen die in Nummer 4 festgelegten Grundsätze zur Ermittlung*

<sup>95</sup> Vgl. Rosin, S. 69 m.w.N.

<sup>96</sup> Vgl. Rosin, a.a.O.

<sup>97</sup> BVerwG, 13.11.1997 – 4 B 195/97.

<sup>98</sup> Erste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft – TA Luft) vom 24. Juli 2002 (GMBl. Nr. 25-29, S. 511)

*und Maßstäbe zur Beurteilung von schädlichen Umwelteinwirkungen herangezogen werden. (...) Soweit zur Erfüllung der Pflichten nach § 22 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 BImSchG Anforderungen für nicht genehmigungsbedürftige Anlagen festgelegt werden können, können auch die in Nummer 5 für genehmigungsbedürftige Anlagen festgelegten Vorsorgeanforderungen als Erkenntnisquelle herangezogen werden.“*

Nach diesem erweiterten Anwendungsbereich können die Vorschriften der TA Luft auch für nicht genehmigungsbedürftige Anlagen heran gezogen werden. Die Anforderungen zur Vorsorge (Nr. 5 der TA Luft) können in den dort genannten Fällen auf nicht genehmigungsbedürftige Anlagen als Erkenntnisquellen herangezogen werden, in denen § 22 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BImSchG entsprechende Pflichten nennt.

Zu beachten ist jedoch, dass die TA Luft nur eine Verwaltungsvorschrift ist, die im Gegensatz zu Gesetzen oder Rechtsverordnungen lediglich verwaltungsinterne Bindungswirkung, nicht aber Rechtswirkung für Bürger und Gerichte hat. Sie sind „Verwaltungsinnenrecht“, das die Verwaltungsabläufe standardisieren soll. Daher können die aus den Vorgaben der TA Luft folgende Bewertung einer Emission als „unzulässig“ im Einzelfall vor Gericht angegriffen und widerlegt werden.<sup>99</sup>

## **8.1.2 Anwendung der TA Luft auf Biogasanlagen**

Für nach dem BImSchG genehmigte Biogasanlagen ist die TA Luft – soweit einschlägig – vollständig anwendbar. Einschlägig sind dabei jedoch nur wenige spezifische Regelungen (Emissionsgrenzwerte für Gesamtstaub, CO, NO<sub>x</sub>, SO<sub>x</sub>, organische Stoffe; immissionsbezogene Mindestabstandsregelungen zum Schutz von Naturgütern; Vermeidung von Geruchsbelastungen allgemein und speziell bei Güllelagern; Immissionen von Vergärungsanlagen mit Abfalleinsatz).<sup>100</sup>

Bei *nicht nach dem BImSchG genehmigten Biogasanlagen* existieren – wie gesagt – demgegenüber keine spezifischen Regelungen für Grenzwerte oder technische Mindestanforderungen. In den Anforderungen zur Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen (Abschnitt 5 der TA Luft) könnten nur die Regelungen der Nummern 5.2 und 5.3 angewandt werden. Gegen über den Nummern 5.2 und 5.3 abweichende Regelungen in Nummer 5.4 – insbesondere die TA Luft 5.4.8.6.1 – sind nicht anwendbar, da die hier zu betrachtenden Anlagentypen nicht in der Anlage 4 der BImSchVO aufgelistet werden und auch keine "Abfallverwertungsanlagen" nach Nr. 8.6 Anlage 4. BImSchVO darstellen.

Für immissionsschutzrechtlich nicht genehmigungsbedürftige Anlagen können aus der Nr. 5 TA Luft nach dem Wortlaut lediglich "Erkenntnisse" verwertet werden.

Von Relevanz können im Einzelfall die Nrn. 5.2.4 und 5.2.5, die Grenzwerte für Massenströme bzw. Massenkonzentrationen in Abgasen vorgeben,

<sup>99</sup> Für viele: Bonk/Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 1 Rn. 212 f.

<sup>100</sup> Vgl. Nrn. 5.4.1.4/5; 4.4.2/4.8, Anhang 1; 5.2.8, 5.4.9.36; 5.4.8.6 TA Luft.

und die Nr. 5.2.8 (Vorsorge vor geruchsintensiven Stoffen) sein. Zu beachten sind dabei Bagatellgrenzen (Nr. 5.2), die den zumutbaren Aufwand sowohl hinsichtlich der Minderung von Emissionen als auch hinsichtlich der Emissionsüberwachung im vertretbaren Rahmen halten sollen. Als Bagatellgrenzen gelten Abgasmassenströme bis 5.000 m<sup>3</sup>/h; von diesem Kriterium wird vernünftigerweise abgewichen bei der Begrenzung von Summenschadstoffen (bis 10.000 m<sup>3</sup>/h) und bei krebserregenden oder sonst besonders schädlichen Schadstoffen (bis herab zu 2.500 m<sup>3</sup>/h).

Daraus kann gefolgert werden, dass Betreiber von „Kleinanlagen“ nur zumutbare Anstrengungen zur Begrenzung von Emissionen unternehmen und nicht notwendigerweise den Stand der Technik vorhalten – und damit o.g. Grenzwerte einhalten – müssen.

Nummer 5.2.8 der TA Luft (Vorsorge vor geruchsintensiven Stoffen) schreibt vor, dass Vorsorgemaßnahmen zur Minimierung von Geruchsemissionen zu ergreifen sind. Als Stand der Technik gelten beispielsweise biologische Entschwefelungsverfahren (z.B. Biofilter). Da Geruchsemissionen zumeist als Stoffgemische emittiert werden, werden Grenzwerte in der Regel nur in olfaktorischen Einheiten angegeben. Auch hier gilt, dass Bestimmungen der Nummer 5 TA Luft nur als „Erkenntnisquelle“ zur Beurteilung von Vorsorgeanforderungen herangezogen werden können.

Schließlich sind für nicht genehmigungsbedürftige Anlagen noch Luftreinhaltepläne zu beachten (Nr. 1 Abs. 5 S. 5 TA Luft). Diese werden durch die zuständige Landesbehörde dann ausgestellt, wenn Immissionsgrenzwerte für Schadstoffe in der Luft nach der 22. BImSchVO nicht eingehalten werden.

## 8.2 Naturschutzrecht

Die Übereinstimmung der Anlage mit dem Naturschutzrecht wird nicht in einem eigenständigen Genehmigungsverfahren geprüft. Die diesbezüglichen Anforderungen werden vielmehr über das jeweilige Trägerverfahren (BImSchG- oder Baugenehmigung) vermittelt, indem es als materielle Rechtsvorgabe zum „sonstigen öffentlichen Recht“ i.S.d. § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG, § 63 Abs. 1 MBO berücksichtigt wird.

Bei der Errichtung von Bauvorhaben ist regelmäßig die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung zu prüfen, die vermeidbare Eingriffe verbietet und bei vermeidbaren Eingriffen einen Ausgleich oder eine anderweitige Kompensation vorschreibt, §§ 18 – 21 BNatSchG. Im bauplanungsrechtlichen Innenbereich, d.h. dem Bereich, der nicht Außenbereich i.S.d. § 35 BauGB ist, kommt die Eingriffsregelung bei der Aufstellung der Bauleitpläne zur Anwendung, § 21 Abs. 2 BNatSchG, § 1a Abs. 3, 4 BauGB. Im Außenbereich, wo der Großteil der Biogasanlagen errichtet wird, ist die Eingriffsregelung dagegen bei jedem Vorhaben gesondert zu prüfen.

Soweit durch das Vorhaben die Schutzziele besonders schutzwürdiger Gebiete im Sinne des europäischen Habitats- oder Vogelschutzes<sup>101</sup> betroffen sind, ist die Genehmigung einer Anlage nur dann zulässig, wenn die sog. FFH-Verträglichkeitsprüfung ergibt, dass die Schutzziele des betroffenen Gebietes nicht durch die Anlage beeinträchtigt werden, § 34 BNatSchG.<sup>102</sup>

### 8.3 EU-HygieneVO

Soweit es sich bei den Einsatzstoffen ausschließlich um Bioabfälle ohne tierische Nebenprodukte handelt, gelten die Anforderungen der Bioabfallverordnung (BioAbfV) für die Behandlung der Stoffe sowie die Verwertung der Gärrückstände. Wenn diese Abfälle dagegen tierische Nebenprodukte (Tierkörper, Tierkörperteile und Erzeugnisse tierischen Ursprungs) enthalten, können sich im Rahmen der Sammlung, Beförderung, Lagerung, Verarbeitung und Verwendung oder Beseitigung Gesundheitsgefährdungen von Mensch und Tier ergeben. Die EU-HygieneVO<sup>103</sup> erstreckt sich auf sämtliche Stoffe tierischer Herkunft, die nicht zum menschlichen Verzehr bestimmt sind, also auch auf Gülle, so dass diese Regelung auch für die Zulassung von Biogasanlagen relevant werden kann. Ziel der Verordnung ist es, die erfassten Stoffe nicht in die Futtermittelkette gelangen zu lassen und so die Ausbreitung von Tierseuchen zu verhindern und eine umweltschützende Entsorgung sicherzustellen. Die Verordnung wird ergänzt durch das Tierische-Nebenprodukte-Beseitigungsgesetz (TierNebG).<sup>104</sup>

Für den Einsatz von tierischen Nebenprodukten erfordert Art. 15 der EU-HygieneVO eine Zulassung durch die zuständige Behörde. Die Genehmigung erfolgt bei Neu- und Änderungsgenehmigungen nach dem BImSchG; in den übrigen Fällen ergeht eine gesonderte Zulassung.<sup>105</sup>

### 8.4 Wasserrecht

Soweit eine *Gewässerbenutzung* (Grundwasserförderung, Einleitung betrieblicher Abwässer in ein Oberflächenwasser) durch die Anlage stattfindet,

---

<sup>101</sup> Richtlinie 92/43/EWG des Rates v. 21.06.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABl. Nr. L 206, S. 7 (Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie, FFH) und Richtlinie 79/409/EWG des Rates vom 02.04.1979 über die Erhaltung wildlebender Vogelarten, ABl. Nr. L 206, S. 42.

<sup>102</sup> Zur möglichen, aber weitgehend den status quo erhaltenden Änderung des Naturschutzrechtes durch das UGB III vgl. Messerschmidt, S. 361f.; zu den genaueren Anforderungen und Empfehlungen der Standortprüfung vgl. BMU Materialband H, S. 20 ff.; zur Ausbringung von Gärresten etc. vgl. BMU, Materialband F, S. 35.

<sup>103</sup> VO EG 1774/2002 ABl. L 273/1, zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 668/2004, ABl. L 112/1.

<sup>104</sup> BGBl. I 2004, S. 82 ff.

<sup>105</sup> Zum Verfahren vgl. Lampe, S. 158; § 16 Abs. 4 TierNebG sieht vor, dass Anlagen, die zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des TierNebG nach BImSchG bzw. nach Baurecht genehmigt waren und regelmäßig betrieben wurden, für die sechs Monate nach In-Kraft-Treten des Gesetzes als vorläufig zugelassen gelten. Diese vorläufige Zulassung erlosch am 19.7.2004, wenn nicht innerhalb dieses Zeitraumes die endgültige bzw. befristete Zulassung nach Art. 15 EU-HygieneVO beantragt wurde. Da dies in der Praxis oftmals untergblieb, werden zur Zeit viele Anlagen ohne die erforderliche Genehmigung betrieben. Sie könnten daher rein rechtlich gesehen nach § 12 TierNebG zumindest vorübergehend stillgelegt werden.

den soll, ist eine Erlaubnis bzw. Bewilligung durch die zuständige Wasserbehörde einzuholen, §§ 2, 3, 7, 8 WHG. Bewilligung und Erlaubnis nach dem WHG sind nicht von der Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG erfasst, denn der Wasserbehörde steht ein Versagungsersuchen zu, das durch die (gebundene) Genehmigung nach BImSchG nicht ersetzt werden darf, § 13 BImSchG.

Anlagen zum Umgang mit *wassergefährdenden Stoffen* sind nach § 19h WHG genehmigungsbedürftig. Die Regelungen über wassergefährdende Stoffe i.S.d. § 19g WHG sind nicht nur dann betroffen, wenn die Biogasanlage wassergefährdende (feste oder flüssige) Substrate einsetzt, sondern auch soweit das Biogas gelagert oder Schmieröle verwendet werden.

Für Biogasanlagen einschlägige *Ausnahmen* bestehen dabei für

- reine Güllelager, § 19g Abs. 6 S. 2 WHG,
- Biogas- oder Lager für andere Substrate, soweit sie den Regeln der Technik entsprechen, § 19h Abs. 1 Nr. 1 WHG,
- Anlagen, bei denen sich die wassergefährdenden Stoffe in einem Arbeitsgang befinden, § 19h Abs. 1 Nr. 2b WHG oder
- serienmäßig nach einer Bauartzulassung gefertigte Anlagen, § 19h Abs. 2 WHG.

Darüber hinaus entfällt die Eignungsfeststellung, falls eine bau- oder immissionsschutzrechtliche Genehmigung einzuholen ist, wobei jedoch das Einvernehmen mit der Wasserbehörde hergestellt werden muss, § 13 BImSchG.

Die Freistellung von der Eignungsfeststellung bedeutet jedoch nicht, dass die materiellen Vorgaben der Landeswassergesetzes und der Verordnungen über Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen (VAWS) beim Genehmigungsverfahren unbeachtlich wären.

Biogasanlagen sind komplexe Systeme, deren einzelnen Komponenten zwar Wassergefährdungen hervorrufen können. Gleichwohl sind sie offenbar nicht der etwa von § 19g Abs. 2 WHG geregelte Anlagentyp, da Biogasanlagen nicht den Hauptzweck der Lagerung und Abfüllung von Gülle u.ä. haben, so dass auch Unsicherheiten bezüglich der Anwendbarkeit der §§ 19g WHG kommen kann.<sup>106</sup>

---

<sup>106</sup> Für eine Vereinheitlichung der technischen Anforderungen für die Wassergefährdung vgl. BMU, Materialband F, S. 31.

## 9 Betrieb

Biogasanlagen, ob nach BImSchG oder nach Baurecht zu genehmigen, müssen so betrieben werden, dass schädliche Umwelteinwirkungen verhindert werden, §§ 5 Abs. 1 Nr. 1, 22 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG.

Nach der TA Luft relevante Emissionen können von Biogasanlagen, die Gas zur Einspeisung bereitstellen, von der Vergärungsanlage ausgehen.<sup>107</sup> Dagegen ist die nach § 5 Abs. 1 Nr. 1, 2 BImSchG vorgeschriebene Einhaltung von Schutz- und Vorsorgezielen auf nicht genehmigungsbedürftige Anlagen nicht anwendbar; § 22 Abs. 1 Nr. 1, 2 BImSchG erfordert lediglich eine Emissionsminderung. Allerdings kommt es bei immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlagen darauf an, dass die technisch vermeidbaren Emissionen auch tatsächlich vermieden werden. Bei nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen reicht es hingegen nach § 22 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG aus, dass die beim Nachbarn eintreffenden Immissionen zu keiner schädlichen Umwelteinwirkung führen. Eine Emissionsminderung, die nach dem Stand der Technik möglich wäre, ist in diesen Fällen nicht zwingend erforderlich, soweit ein zumutbares Maß nicht überschritten wird.<sup>108</sup>

Daneben können Geräusche auftreten, die nach der Technischen Anleitung Lärm (TA Lärm)<sup>109</sup> zu begrenzen sind, wobei auch der durch den Lieferverkehr verursachte Lärm zu berücksichtigen ist.<sup>110</sup>

Bezüglich der *Anwendbarkeit der TA Luft* zeigen sich auch beim Betrieb die Konsequenzen der Abgrenzung der Genehmigungsregime besonders deutlich. Die TA Luft ist grundsätzlich nur auf Anlagen anwendbar, die nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) genehmigt werden müssen. Jedoch sind auch immissionsschutzrechtlich nicht genehmigungsbedürftige Biogasanlagen (also baurechtlich zu genehmigende Anlagen) nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz so zu betreiben, dass schädliche Umwelteinwirkungen, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind, verhindert werden. Nach dem Stand der Technik unvermeidbare schädliche Umwelteinwirkungen sind auf ein Mindestmaß zu beschränken (§ 22 BImSchG).<sup>111</sup>

Für den sonstigen Betrieb existieren keine immissionsschutzrechtlichen Vorschriften.

### 9.1 EU-HygieneVO

Die EU-HygieneVO enthält neben den Anforderungen für die Anlageneignungsfähigkeit nach Art. 15 auch solche für den späteren Verarbeitungsvorgang. In den Anhängen II und VI werden unter anderem Schutz-

---

<sup>107</sup> Vgl. o. 6.1.

<sup>108</sup> Vgl. BMU, Materialband F, S. 30.

<sup>109</sup> Sechste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (TA Lärm) vom 26. August 1998

<sup>110</sup> Vgl. o. 6.1

<sup>111</sup> Vgl. o.

maßnahmen, wie die Errichtung einer unumgehbaren Hygienisierungseinrichtung und geeignete Einrichtungen zur Reinigung und Desinfektion von Fahrzeugen und Behältern beim Verlassen der Biomasseanlage postuliert. Weiterhin muss gegen Ungeziefer vorgegangen und die Anlage in einem sauberen Zustand gehalten werden, was durch regelmäßige Hygienekontrollen zu überprüfen ist.

## 9.2 Reststoffverwendung

Für Anlagen nach BlmSchG ergibt sich die Verpflichtung zur Reststoffverwertung aus § 5 Abs. 1 Nr. 3 BlmSchG, wonach nach Stand der Technik vermeidbare Abfälle tatsächlich zu vermeiden, nicht zu vermeidende Abfälle zu verwerten und nicht zu verwertende Abfälle zu beseitigen sind. Für sonstige Anlagen gilt § 4 Abs. 1 Nr. 1 KrW-/AbfG, der inhaltlich die gleiche Verpflichtung enthält.

Die zulässige Abgabe der Gärreste für die Aufbringung richtet sich nach Düngemittelrecht, d.h. Bioabfallverordnung<sup>112</sup> und EU-HygieneVO. Nach § 2 Düngemittelgesetz (DüMG) dürfen Düngemittel gewerbsmäßig nur in Verkehr gebracht werden, wenn sie einem Düngemitteltyp entsprechen, der in der Düngemittelverordnung (DüMV) aufgeführt ist. In Verkehr bringen meint dabei jedes Abgeben an Dritte und ist nur nach entsprechender Kennzeichnung (bei Mengen > 1 t pro Jahr) erlaubt. Nach der Übernahme hat der Übernehmer die Pflicht zur Hygienisierung der Transportbehältnisse, Art. 19 EU-HygieneVO.<sup>113</sup>

Die Zulassung nach Düngemittelrecht bedeutet noch nicht die Zulässigkeit nach BioAbfV, § 1 Abs. 4 BioAbfV.<sup>114</sup> Die BioAbfV soll eine umweltverträgliche Verwertung von Bioabfällen gewährleisten und regelt dazu die seuchen- und phytohygienische Behandlung vor Aufbringung oder Abgabe, Aufbringungsbeschränkungen, -verbote, Bodenuntersuchungen sowie Anzeige- und Nachweispflichten.

Werden tierische Nebenprodukte in Biomasseanlagen eingesetzt, ist für die Verwertung der Gärrückstände Anhang VIII Kapitel III EU-HygieneVO zu beachten - mit den darin enthaltenen Regelungen über Handel, In Verkehr bringen und zur Einfuhr von unverarbeiteter und verarbeiteter Gülle und von Gülleprodukten.<sup>115</sup>

Da Gärrückstände nach § 2 Nr. 4 BioAbfV behandelte Bioabfälle im Sinne dieser Vorschrift sind, ist die BioAbfV für Biogasanlagen einschlägig. Ausgenommen ist Wirtschaftsdünger, wenn er im Rahmen der guten fachlichen Praxis aufgebracht wird, § 8 Abs. 2 KrW-/AbfG und Bioabfälle rein

<sup>112</sup> Verordnung über die Verwendung von Bioabfällen auf landwirtschaftlich, forstwirtschaftlich und gärtnerisch genutzten Böden, BGBl. I 1998, S. 2955, zuletzt geändert am 26.11.2003, BGBl. I, S. 2373.

<sup>113</sup> Zur Frage der Hygienisierungspflicht bei Abgabe von Biomasse zwischen Biomasseanlagen vgl. Lampe, S. 159 m.w.N.

<sup>114</sup> Bioabfallverordnung vom 21. September 1998 (BGBl. I S. 2955), zuletzt geändert durch Artikel 5 der Verordnung vom 20. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2298), zuletzt geändert am 20.10.2006 I 2298.

<sup>115</sup> Zum Problem des Verbots der Ausbringung von Gärrückständen auf Weideland nach Art. 22 Abs. 1 c EU-HygieneVO vgl. Lampe, S. 159 m.w.N.

pflanzlicher Herkunft in landwirtschaftlichen Betrieben, § 1 Abs. 3 Nr. 2 BioAbfV.

Weiter ist die durch die Reststoffausbringung betroffene Boden- und Gewässerökologie an sich zu beachten. Die Eutrophierung vor allem von Oberflächengewässern und Grundwasser durch die Aufbringung von Biomasse zur Düngung kann in bestimmten Regionen dazu führen, dass die in der Biogaserzeugung anfallenden organischen Reststoffe auf bestimmten Flächen nicht ausgebracht werden und daher auf entferntere Flächen verbracht werden müssen, was die Wirtschaftlichkeit der betroffenen Biogasanlage beeinträchtigen kann. Inwieweit die Reststoffausbringung in der Landwirtschaft in Bezug hierauf zulässig ist, richtet sich nach den Vorschriften der Düngemittelanwendung im Düngegesetz (DüG) und in der Düngeverordnung (DüV), Letztere setzt unter anderem die Vorgaben der Nitrat-Richtlinie<sup>116</sup> um, Nährstoffvergleich durchzuführen und – zumindest für tierische Nitrate – auf Betriebsebene Nährstoffvergleiche durchzuführen, die im Einzelfall zur Untersagung einer weiteren Aufbringung von Biomasse führen kann. Für Regionale Düngevorgaben bzw. -verbote aus Gründen des Boden- und Gewässerschutzes ist jedoch bislang keine entsprechende Rechtsverordnung nach § 3 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, 2 DüG ergangen.

### 9.3 Anlagensicherheit

Unabhängig vom Genehmigungsregime (BlmSchG oder Baurecht) ist das Geräte- und Produktsicherheitsgesetz (GPSG)<sup>117</sup> überwachungsbedürftiger Anlagen zu beachten. Die BetriebssicherheitsVO<sup>118</sup> enthält weitere Vorgaben besonders für explosionsgefährdete Bereiche regelmäßig alle drei Jahre die Prüfung durch eine zugelassene Überwachungsorganisation (§§ 14, 15 BetrSichV). Das Anlagensicherheitsrecht wird beim Genehmigungsverfahren nach BlmSchG ebenfalls geprüft, so dass das Prüfungsergebnis Bestandteil der Genehmigung nach §§ 5, 6, 13 BlmSchG ist. Bei einem Baugenehmigungsverfahren werden diese Bestimmungen ebenfalls als sonstiges öffentliches Recht berücksichtigt.<sup>119</sup>

---

<sup>116</sup> Richtlinie 91/676/EWG zum Schutz der Gewässer vor Verunreinigung durch Nitrat aus landwirtschaftlichen Quellen, ABl. L 375 vom 31.12.1991, S. 1.

<sup>117</sup> Geräte- und Produktsicherheitsgesetz vom 6. Januar 2004 (BGBl. I S. 2 (219)), zuletzt geändert durch Artikel 3 Abs. 33 des Gesetzes vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970).

<sup>118</sup> Betriebssicherheitsverordnung vom 27. September 2002 (BGBl. I S. 3777), zuletzt geändert durch Artikel 8 der Verordnung vom 18. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2768), auf der Grundlage v. § 3 Abs. 1 Nr. 1 GPSG.

<sup>119</sup> Auf die allgemeinen, nach dem BlmSchG genehmigungsbedürftigen Anlagen geltenden sonstigen Vorschriften, wie die 12. BlmSchVO (Störfallverordnung) oder sonstige Sicherheitsregeln aus dem Arbeitsschutz (ArbSchG, BiostoffVO) soll hier mangels Projektrelevanz nicht eingegangen werden; vgl. (im wesentlichen nur den Gesetzeswortlaut wiedergebend) Bayerisches Biogashandbuch, Kap. 2.2.5.

## 10 Genehmigung von Gasleitungen

Grundsätzlich sind Gasleitungen durch Planfeststellung zuzulassen, jedoch nur, wenn sie einen Durchmesser von über 300 mm haben, § 43 Abs. 1 Nr. 2 EnWG.<sup>120</sup> Bei von Biogasanlagen ausgehenden Leitungen ist dies regelmäßig nicht der Fall, so dass auch die für Leitungsanlagen vorgesehene UVP-Pflicht entfällt.<sup>121</sup> Damit ist auch kein Raum für eine Plangenehmigung gemäß § 43b Nr. 2, 3 EnWG. Es verbleibt daher bei baurechtlichen Einzelgenehmigungen. Eine spezielle Regelung zur Kostentragung des Leistungsbaus fehlte bislang, ist jetzt aber durch § 41c Abs. 1 GasNZV neu geregelt.<sup>122</sup>

## 11 Mögliche Änderung durch ein Umweltgesetzbuch (UGB)

Der häufig beklagten Zersplitterung des Umweltrechts vor allem aufgrund der bundesdeutschen Kompetenzordnung soll durch die Schaffung eines Umweltgesetzbuches begegnet werden, dass das Umweltbundesrecht in fünf Büchern und einem Einführungsgesetz zusammenfasst.<sup>123</sup> Vor allem die Frage, inwieweit Biogasanlagen vollständig in das Genehmigungsregime des Immissionsschutzrechts zu integrieren sind, könnte sich auf die zurzeit in Aussicht gestellten Regelungen des Umweltgesetzbuches<sup>124</sup> verlagern.

Die Veränderungen würden dabei für das Anlagengenehmigungsrecht folgende Konsequenzen haben:

Art. 1: Änderungen des BImSchG	BImSchG (alt)	Begründung für Änderungen
§ 1 Abs. 2 wird aufgehoben	§ 1 Abs. 2 BImSchG Gesetzeszweck bei genehmigungsbedürftigen Anlagen: Vermeidung schädlicher Umwelteinwirkungen durch Emissionen in Luft, Wasser etc. ; Schutz vor Nachteilen, Belästigungen etc.  Geltungsbereich der Vorschriften des BImSchG für die Errichtung und den Betrieb von Anlagen	Die immissionsschutzrechtliche Regelung wird durch entsprechende Regelungen im Umweltgesetzbuch ersetzt und daher durch dieses Gesetz aufgehoben.

<sup>120</sup> Vgl. allgemein zum Genehmigungsrecht, Leidinger, S. 278 ff.

<sup>121</sup> Vgl. Nr. 19.2 Anlage 1 UVPG.

<sup>122</sup> Vgl. u. 16.3.3.2.

<sup>123</sup> Vgl. im Überblick Frenz, S. 743 f.

<sup>124</sup> Umweltgesetzbuch (UGB) Erstes Buch (I) - Allgemeine Vorschriften und vorhabenbezogenes Umweltrecht. Referentenentwürfe zum UGB vgl.

<http://www.bmu.de/umweltgesetzbuch/downloads/doc/40448.php>.

Art. 1: Änderungen des BImSchG	BImSchG (alt)	Begründung für Änderungen
<p>§ 2 Abs. 1 Nr. 1 wird wie folgt gefasst: „1. die Errichtung und der Betrieb von Anlagen, soweit das Erste Buch Umweltgesetzbuch keine besonderen Regelungen enthält“.</p>		<p>Die vorliegende Änderung stellt klar, dass für diese genehmigungsbedürftigen Anlagen das Bundes-Immissionsschutzgesetz nur soweit ergänzend gilt, wie es sich um rein immissionsschutzrechtliche Anforderungen handelt.</p> <p>Die immissionsschutzrechtlichen Regelungen werden durch entsprechende Regelungen im Umweltgesetzbuch ersetzt</p>
<p>§§ 4 bis 21 werden aufgehoben.</p>	<p>Erster Abschnitt des zweiten Teils wird komplett aufgehoben: genehmigungsbedürftige Anlagen, Betreiberpflichten, Voraussetzungen etc.</p>	<p>Es erfolgt die, auf Grund der Aufhebung der in Bezug genommenen Vorschrift erforderliche, Anpassung des Verweises auf die Vorschrift des UGB.</p>
<p>In § 22 Abs. 1 Satz 2 wird die Angabe „§ 5 Abs. 1 Nr. 3“ durch die Angabe „§ 52 Abs. 1 Nr. 3 des Ersten Buches Umweltgesetzbuch“ ersetzt.</p>	<p>§ 22 Abs. 1 Satz 2 BImSchG betrifft die Betreiberpflichten; schädliche Umwelteinwirkungen müssen nach dem Stand der Technik auf ein Minimum beschränkt werden</p>	
<p>§ 23 wird wie folgt geändert:</p> <p>a) In Absatz 1 Satz 3 wird die Angabe „§ 7 Abs. 5“ durch die Angabe „§ 53 Abs. 5 des Ersten Buches Umweltgesetzbuch“ ersetzt.</p> <p>b) Absatz 1a wird wie folgt geändert:</p> <p>aa) In Satz 1 werden die Wörter „Genehmigung nach § 4 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 6“ durch die Wörter „integrierten Vorhabengenehmigung nach § 49 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 54 des Ersten Buches Umweltgesetzbuch“ ersetzt.</p> <p>bb) In Satz 2 werden die Wörter „über genehmigungsbedürftige Anlagen“ durch die Wörter „über die integrierte Vorhabengenehmigung nach Kapitel 2 des Ersten Buches Umweltgesetzbuch“ ersetzt.</p> <p>cc) In Satz 3 werden die Wörter „gilt § 19 Abs. 2 und 3“ durch die Wörter „gelten § 116 Abs. 3 und § 117 des Ersten Buches Umweltgesetzbuch“ ersetzt.</p>	<p>§ 23 BImSchG Anforderungen an die Errichtung, die Beschaffenheit und den Betrieb nicht genehmigungsbedürftiger Anlagen.</p>	<p>Es erfolgen die, auf Grund der Aufhebung der in Bezug genommenen Vorschrift erforderlichen Anpassungen der Verweise auf die Vorschriften des UGB.</p>

Damit würde das BImSchG weitgehend im UGB I aufgehen. Die dafür in den §§ 47 ff. UGB I-Entw. vorgesehene integrierte Vorhabengenehmigung soll einheitlich und umfassend über die Zulassung eines Vorhabens entscheiden. Diese Regelungen verwirklichen damit die Anforderung der IVU-Richtlinie,<sup>125</sup> nach der durch eine integrative Vorhabengenehmigung sichergestellt werden soll, dass Umweltauswirkungen von Vorhaben nicht einzeln, sondern in ihrer Gesamtheit betrachtet werden, damit auch keine Belastung von einem Umweltmedium in das andere verlagert wird. Ähnlich der Regelungstechnik des BImSchG verweist auch § 49 Abs. 3 UGB I-Entw. auf eine Aufzählung der genehmigungsbedürftigen Anlagen in einer Rechtsverordnung. Die dazu vorgesehene „Verordnung über Vorhaben nach dem Umweltgesetzbuch“ (VorhabenV) regelt anders als die 4. BImSchVO in Nr. 1.13.1 ff. für die Errichtung und den Betrieb von „Anlagen zur Erzeugung oder Aufbereitung von Biogas“ eine grundsätzliche Genehmigungspflicht.<sup>126</sup>

Genehmigungsbedürftig sind danach grundsätzlich

- *Biogasanlagen* an sich (Nr. 1.13) oder
- die unter den *Abfallverwertungs- oder Beseitigungsvorhaben* gefassten Biogasanlagen, die Gülle einsetzen

jeweils mit einer Produktionsleistung an Gas, die einem *Energieäquivalent von 1 MW* oder mehr entspricht.

In einem *Vorentwurf* trat die Genehmigungspflicht ein bei einer Durchsatzleistung von

- mehr als 100 Tonnen Einsatzstoffen je Tag, findet eine allgemeine Vorprüfung des Einzelfalls im Sinne des UVPG und anschließend eine Genehmigungsverfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung statt, soweit die Vorprüfung eine UVP-Pflicht ergeben hat;<sup>127</sup>
- 10 Tonnen bis 100 Tonnen Einsatzstoffen je Tag findet eine standortbezogene Vorprüfung statt, die ebenfalls nur dann ein Genehmigungsverfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung nach sich zieht, wenn eine UVP-Pflicht festgestellt wird.

Davon wären bereits mittlere Biogasanlagen erfasst, nicht aber kleinere Anlagen, wie etwa nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB.

Die Anlage zur VorhabenV gliedert sich in mehrere Spalten, wobei die Spalten a. und b. (Nummerierung/Vorhaben) eine reine Ordnungsfunktion haben. Spalte c gibt hinsichtlich der UVP-Pflicht Auskunft darüber, ob eine

---

<sup>125</sup> Richtlinie 96/61/EG des Rates vom 24. September 1996 (ABl. EG Nr. L 257 5.26) über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung.

<sup>126</sup> Die Anlage zur VorhabenV bestimmt in den Spalten c, d und e für die einzelnen Anlagentypen sowohl die Notwendigkeit einer UVP („X“) bzw. einer Vorprüfung („A“, „S“), das Verfahren (Genehmigung mit oder ohne Öffentlichkeitsbeteiligung oder „Planerische Genehmigung“) als auch die Teilnahme am Emissionshandel.

<sup>127</sup> Das Gleiche galt für den Einsatz von sonstigen Gasen (insbesondere Generator-, Wasser-, oder Holzgas) aus festen Brennstoffen mit einer Produktionsleistung an Gas, die einem Energieäquivalent von 1 MW oder mehr entspricht (Nr. 1.13.2).

UVP („X“) oder eine allgemeine („A“) bzw. standortbezogene („S“) Vorprüfung stattfinden muss.

Die Genehmigungsverfahrenart wird in Spalte d aufgeschlüsselt nach Verfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung („G“), Verfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung, soweit eine UVP-Vorprüfung stattfindet („(G)“), vereinfachten Verfahren („V“), planerischen Genehmigungen („P“) oder planerischen Genehmigungen, soweit eine UVP-Vorprüfung stattfindet („(V)“). In Spalte E wird angegeben, inwieweit die Regelungen über den Emissionshandel anzuwenden sind („E“/„(E)“), die im UGB V gefasst werden sollen.

Für Biogasanlagen nach Nr. 1.13 war in einem früheren Entwurf die Notwendigkeit einer UVP („X“) bzw. einer Vorprüfung („A“, „S“) und für das Verfahren eine Genehmigung mit oder ohne Öffentlichkeitsbeteiligung bzw. eine „Planerische Genehmigung“ sowie die Teilnahme am Emissionshandel angeordnet.

Nach dem derzeitigen Stand sind sowohl Biogasanlagen nach Nr. 1.13 als „gülleverwertende“ Biogasanlagen nach Nr. 8.6.3 nur noch einer *allgemeinen UVP-Vorprüfung* („A“) und einer *Genehmigung mit Öffentlichkeitsbeteiligung* („(G)“) zu unterziehen, soweit die Vorprüfung stattfindet.

Bei der Genehmigung von *Gasleitungen* soll es dagegen bei der Anwendbarkeit des EnWG verbleiben.<sup>128</sup>

Der Genehmigungsumfang wird sich nach dem Wortlaut des § 58 Abs. 1 UGB I erweitern:

*„Die Genehmigung schließt andere das Vorhaben betreffende behördliche Entscheidungen ein, insbesondere öffentlich-rechtliche Genehmigungen, Zulassungen und Verleihungen mit Ausnahme von planerischen Genehmigungen, die in einem Verfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung erteilt werden, Planfeststellungen, Zulassungen bergrechtlicher Betriebspläne und behördlichen Entscheidungen auf Grund atomrechtlicher Vorschriften.“*

Im Gegensatz zu § 13 BImSchG ist auch die wasserrechtliche Zulassungsentscheidung von der Genehmigung erfasst.

## 12 Stellungnahme zum Genehmigungsrecht

Grundsätzlich ist festzustellen, dass das Anlagengenehmigungsrecht an sich nicht als erheblich defizitär bezeichnet werden kann.

Bezüglich der *materiell-rechtlichen Anforderung* an Errichtung und Betrieb der Anlagen stellen sich Anforderungen aus den Bereichen Naturschutz, Hygiene, Sicherheit oder Wasser, die sektorspezifische Schutzaufgaben formulieren (vgl. § 1 BNatSchG, § 1 WHG, § 1 BImSchG etc.) und nicht allein für Biogasanlagen gelten. Anforderungen, die Biogasanlagen in unge-

<sup>128</sup> Vgl. VorhabenVO zum UGB-Entw. Anhang Nr. 11.5.

rechtfertigter Weise belasten oder sogar als Vorhaben an sich verhindern könnten, sind als solche nicht erkennbar. Die Komplexität der im Genehmigungsverfahren zu beachtenden materiellen Anforderungen an das Vorhaben kann durch geeignete Informationen und Leitfäden für die genehmigenden Behörden und den Anlagenbetreiber gemildert werden.<sup>129</sup>

Für das *Verfahrensrecht* bleibt es jedoch grundsätzlich nachteilig, dass kein einheitliches Genehmigungsregime für Biogasanlagen existiert. Einzelfragen, wie die Bestimmung der Abfallmenge nach Nr. 8.6 4. BlmSchVO<sup>130</sup> oder die Anwendbarkeit der TA Luft<sup>131</sup> könnten zwar durch eine Verständigung auf eine einheitliche Verwaltungspraxis ausgeräumt werden; dabei könnte eine Angleichung der existierenden Leitfäden für die Biogaserzeugung hilfreich sein.

Insbesondere das BlmSchG begreift die Biogasanlage jedoch nicht als Gesamtkomplex, sondern erfasst nur einzelne, besonders emissionsträchtige technische Einrichtungen<sup>132</sup> mit der Folge eines unterschiedlichen Schutzniveaus zwischen BlmSchG-Anlagen und sonstigen Anlagen bezüglich des einzuhaltenden Standes der Technik und der Vorsorgepflichten.<sup>133</sup> Hinzu kommen Unterschiede in der Anwendung auch von Bestimmungen des neuen EEG, wie der durch den NawaRo-Bonus vermittelten Pflicht zur Abdeckung des Gärrestelagers bei BlmSchG-Anlagen<sup>134</sup> oder der Anwendung des Emissions-Bonus nach § 27 Abs. 5 EEG 2009.<sup>135</sup>

Eine für die Investitionssicherheit abträgliche Abweichung zwischen der Genehmigung nach BlmSchG und der einfachen Baugenehmigung besteht schließlich noch beim *Rechtsschutz*. Während Rechtsmittel gegen eine Baugenehmigung keine aufschiebende Wirkung haben, d.h. das Vorhaben zunächst nicht für die Dauer des Rechtsstreites verzögern können, § 212a Abs. 1 BauGB, § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO, gilt bei der wesentlich umfassender wirkenden Genehmigung nach § 13 BlmSchG der Grundsatz der aufschiebenden Wirkung, § 80 Abs. 1 VwGO.

Es bietet sich daher an, Biogasanlagen als betriebliche Gesamtkomplexe ungeachtet der zum Einsatz kommenden Gärstoffe generell im vereinfachten Verfahren nach BlmSchG zu genehmigen.<sup>136</sup> Möglicherweise kann die durch das UGB I beabsichtigte Regelung des Genehmigungsregimes für die notwendige Vereinheitlichung sorgen; zumindest greift es die Verfahrensvorteile der Genehmigung nach BlmSchG auf.<sup>137</sup> Die danach noch bleibenden Regelungslücken bezüglich der nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen sollen in späteren Schritten geschlossen werden.<sup>138</sup> Die Verab-

---

<sup>129</sup> Vgl. BMU, Materialband G, S. 13 f. zu den Biogashandbüchern Bayern und Rheinland-Pfalz mit dem Hinweis, dass Informationen und Leitfäden eines hohen Detaillierungsgrades und einer ständigen Überarbeitung bedürfen und dabei vor allem das Klimaschutzziel beachtet werden muss.

<sup>130</sup> Vgl. o. 6.2.

<sup>131</sup> Vgl. o. 8.1.1. f.

<sup>132</sup> Vgl. BMU, Materialband F, S. 26.

<sup>133</sup> Vgl. o. 8.1.

<sup>134</sup> Vgl. u. 18.7.

<sup>135</sup> Vgl. u. 18.6.

<sup>136</sup> Vgl. BMU, Materialband F, S. 12 m.w.N.

<sup>137</sup> Vgl. o. 6.5.

<sup>138</sup> Vgl. BMU: Umweltgesetzbuch (UGB) Erstes Buch (I) - Allgemeine Vorschriften und vorhabenbezogenes Umweltrecht – Begründung, S. 22.

scheidung des UGB ist jedoch angesichts der jüngsten Tagespolitik nach wie vor ungewiss.<sup>139</sup>

Als *Alternative* könnte die Empfehlung aufgegriffen werden, eine weitere Immissionsschutzverordnung auf der Grundlage des § 23 Abs. 1 BImSchG speziell für die Genehmigung von Biogasanlagen zu erlassen, die auch für eine entsprechende Vereinheitlichung der technischen Regeln sorgen könnte, etwa des Standes der Technik oder der Energieeffizienzstandards nach § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BImSchG.<sup>140</sup>

---

<sup>139</sup> Vgl. zuletzt [http://www.bmu.de/pressemitteilungen/aktuelle\\_pressemitteilungen/pm/43207.php](http://www.bmu.de/pressemitteilungen/aktuelle_pressemitteilungen/pm/43207.php).

<sup>140</sup> Vgl. BMU, Materialband F, S. 41, 28 mit überzeugender Begründung für die fehlende Effektivität einer reinen Verwaltungsvorschrift, die für nicht genehmigungsbedürftige Anlagen zudem mit § 22 BImSchG nicht vereinbar wäre.

## 13 Netzzugang, Netzanschluss und Transport

Im Verlauf des Projektes kam es zu bedeutsamen Änderungen der Gasnetzzugangsverordnung (GasNZV), der Gasnetzentgeltverordnung (GasNEV) und der Anreizregulierungsverordnung (ARegV).<sup>141</sup> Damit erfolgte erstmals eine verordnungsrechtliche Ausgestaltung der Biogaseinspeisung.

## 14 Änderung der GasNZV, GasNEV und ARegV im Überblick

Das mit der Kabinettsklausur von Meseberg angestrebte Programm sah als „IKEP-Maßnahme 9“ Veränderungen unter anderem der GasNZV und der GasNEV vor.<sup>142</sup> Dadurch wurde der neue Teil 11a „Sonderregelung für die Einspeisung von Biogas in das Erdgasnetz“ in die GasNZV eingeführt.<sup>143</sup> Im Überblick stellen sich die Neuerungen wie folgt dar:

- Zunächst wurde das oben bereits genannte<sup>144</sup> grundsätzliche *Ziel* festgelegt, dass bis 2020 jährlich 6 Mrd. Kubikmetern und 10 Mrd. Kubikmeter Biogas jährlich bis zum Jahr 2030 in das Erdgasnetz eingespeist werden sollen, § 41a Abs. 1 GasNZV;
- Netzbetreiber sollen nunmehr explizit Biogasanlagen auf Antrag eines Anschlussnehmers *vorrangig* an die Gasversorgungsnetze anschließen, § 41 c Abs. 1 S. 1 GasNZV;
- die *Kosten für den Netzanschluss* sind vom Anschlussnehmer und vom Netzbetreiber je zur Hälfte zu tragen; zudem trägt der Netzbetreiber auch Pflicht und Kosten für Wartung und Betrieb des Anschlusses, § 41c Abs. 1 S. 1, 2, 6 GasNZV;
- Netzbetreiber sind verpflichtet, *Einspeiseverträge und Ausspeiseverträge vorrangig* mit Transportkunden von Biogas abzuschließen und Biogas vorrangig zu transportieren, soweit diese Gase netzkompatibel sind, § 41 d Abs. 1 GasNZV;
- der Netzbetreiber hat den Transportkunden zudem einen erweiterten *Bilanzausgleich* anzubieten, § 41e GasNZV;
- Verantwortung und Kosten für die *Gasqualität* richten sich nach Einspeisepunkt (Einspeiser) und Ausspeisepunkt (Netzbetreiber), wobei der Netzbetreiber zusätzlich für die Odorierung und die Messung der Gasbeschaffenheit<sup>145</sup> verantwortlich ist, § 41 f Abs. 1-3 GasNZV;

---

<sup>141</sup> Vgl. Art. 1-4 der Änderungsverordnung vom 11.04.2008, BGBl. I, S. 693, in Kraft getreten am 12.04.2008.

<sup>142</sup> Vgl. Entwürfe und Begründungen auf <http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/energie,did=228032.html>.

<sup>143</sup> BGBl. Nr. 14 vom 11.04.2008, S. 693, in Kraft getreten am 12.04.2008.

<sup>144</sup> Vgl. o. 3.1.

<sup>145</sup> Hierbei bleibt jedoch auch in der Begründung des Entwurfs (S. 17) unklar, durch wen die finanziell aufwendigen Messeinrichtungen auch am Einspeisepunkt getragen werden müssen.

- weiter ist durch eine Änderung der GasNEV vorgesehen, dass für vermiedene Netznutzungsentgelte - unabhängig von der Netzebene - ein *pauschales Entgelt* in Höhe von 0,7 Euro je Kilowattstunde eingespeisten Biogases an den Transportkunden gezahlt wird. Zusammen mit anderen Kosten aus Zugang und vorrangiger Einspeisung kann das Entgelt auf alle Netze innerhalb des Marktgebiets, in dem das Netz liegt, *umgelegt* werden, §§ 20a, 20b GasNEV.

Die durch die Neuregelung entstehenden Kosten sind als unbeeinflussbare Kosten im Rahmen der AnreizregulierungsVO anerkannt, § 11 Nr. 8a AnreizregV.

## 15 Grundsätzlicher Regelungsansatz

Der „Boom“ der (direkt verstromenden) Biogasanlagen wurde ausgelöst durch die Förderung der regenerativen Stromerzeugung auch aus Biomasse durch das EEG, wo bereits die Pflicht zur Vergütung von Strom „ausschließlich aus Biomasse“ nach § 8 EEG 2004 und der BiomasseVO, die zusätzlichen Vergütungssteigerungen für die Stromerzeugung aus nachwachsenden Rohstoffen (§ 8 Abs. 2 EEG 2004), für KWK-Anlagen oder bei Einsatz innovativer Techniken sowie durch die zeitliche und räumliche Entkopplung der Biogaserzeugung von der Strom- und Wärmeerzeugung durch die Gasabtauschregelung aus § 8 Abs. 1 S. 3 EEG 2004 geregelt waren. Dass eine physikalische Durchleitung des Biogases bis zum Endverbraucher danach nicht erforderlich war, um die EEG-Vergütung zu erlangen, stellte eine erhebliche Erleichterung dar.<sup>146</sup> Dies führte offenbar zu der Annahme, dass die Förderung für Biogas ausreichend sei und damit zu der Stellungnahme der Bundesregierung, nach der für ein Biogaseinspeisegesetz nach dem Muster des EEG kein Bedarf gesehen wurde, da sich auf dem Gebiet Biogas in den letzten Jahren mit den aktuellen Instrumenten bzw. anderweitige Unterstützungen, „sehr viel entwickelt“ habe.<sup>147</sup>

Unstreitig ist gleichwohl, dass ein weiteres, den Klimaschutzziele adäquates Vordringen der Biomassenutzung vor allem für die Biogaserzeugung ohne staatliche Förderung mithin unwahrscheinlich ist und es damit zusätzlicher Innovations- und Investitionsanreize bedarf.<sup>148</sup> Auch wenn die Kostennachteile des Biogases an den nicht internalisierten Kosten fossiler Brennstoffe gemessen werden müssten<sup>149</sup> und auch ein weiterer Preisanstieg der fossilen Energieträger absehbar ist, wird auf eine gesonderte Förderung nicht verzichtet werden können. Weiter sei zu befürchten, dass die Degression der EEG-Vergütung nach § 8 Abs. 5 EEG und die vermutlich steigenden Kosten für die benötigte Biomasse die Förderung über den Stromerzeugungspfad unwirtschaftlich werden lässt. Zudem wurde zu Anfang des Projektes auch über die Komplexität der wirtschaftlichen Beteili-

<sup>146</sup> Vgl. zu den sonstigen Vergünstigungen und Steuererleichterungen v.a. für den Anbau der Biomasse und für Biokraftstoffe, Gutachten des Rates der Sachverständigen für Umweltfragen „Klimaschutz durch Biomasse“, 2007, S. 114 f; zur Kritik vgl. ebd. S. 125 ff.

<sup>147</sup> Astrid Klug, Parl. Staatssekretärin beim BMU; Stenografischer Bericht, 36. Bundestagsitzung, Berlin, Freitag, den 19. Mai 2006, S. 3075.

<sup>148</sup> Vgl. Oschmann/Sösemann, Erneuerbare Energien im deutschen und europäischen Recht, ZUR 2007, 2, 3 m.w.N.

<sup>149</sup> Klinski in FNER (Hrsg.): Einspeisung von Biogas in das Erdgasnetz, 2006, S. 171.

gung an der EEG-Vergütung geklagt.<sup>150</sup> Schließlich entspricht es auch dem Ziel einer nachhaltigen Energiewirtschaft, durch die Biogaserzeugung regionale Wertschöpfungsketten zu fördern, anstatt finanzielle Mittel für den notwendigen Import fossiler Energieträger aufzuwenden.

Aus europarechtlicher Sicht bestehen keine spezifischen Restriktionen hinsichtlich einer solchen Förderung. Auch gibt es keine gesonderten Vorgaben für eine Förderregelung; vielmehr soll ein Wettbewerb der Fördersysteme stattfinden.<sup>151</sup> Auch aus sonstigem europäischem Recht oder dem Verfassungsrecht sind keine grundsätzlichen Einwände gegen eine wirtschaftliche Förderung bzw. rechtliche Bevorzugung von Biogas ersichtlich.<sup>152</sup>

Gleichwohl wurde eine Förderung der Biogaseinspeisung mit den Instrumenten des EEG kritisch betrachtet.<sup>153</sup> Die vorrangige Abnahme, Einspeisung und die feste Vergütung des Biogases wären zwar eine Erleichterung für die Abnahme des Biogases gewesen. Soweit der Netzbetreiber zur Abnahme und Vergütung verpflichtet wäre, müssten neben den Transportverträgen nach § 20 Abs. 1b EnWG keine Abnahmeverträge mit dem Endabnehmer mehr geschlossen werden. Auch eine langfristige Ausgestaltung der Verträge der Anlagenbetreiber mit den Biomassezulieferern könnte so auf eine gesicherte wirtschaftliche Basis gestellt werden.

Nicht auszuschließen ist jedoch, dass es durch eine breite wirtschaftliche Förderung zu Nutzungskonflikten im Bereich der Nahrungs- und Futtermittelherzeugung kommt.<sup>154</sup> In Zukunft könnte es möglicherweise aber auch bei anderen Klimaschutzprojekten, wie der Förderung von Biotreibstoffen,<sup>155</sup> und sonstigen Nutzungsansprüchen an Agrarflächen und Biomasse zu Nutzungskonflikten kommen.

Auch wenn man diesen Annahmen nicht folgt und den Nutzen für die Entwicklung des ländlichen Raumes in den Vordergrund stellt, ist es fraglich, ob eine Förderung nach dem Muster des EEG nicht zu einer volkswirtschaftlich unerwünschten Verteuerung des Gaspreises führt. Neben der dem Wirtschaftsstandort Deutschland abträglichen Erhöhung der Energiepreise, könnte die preisliche Belastung des Gases zu einem Preisvorteil für den Energieträger Öl führen, was schwerlich mit den Klimaschutzzielen vereinbar wäre.

Daher erschien eine eher punktuelle Förderung der Biogaseinspeisung vorzugswürdig. In der Literatur wurden dazu etwa Zuschüsse für die Erzeugung von Biogas oder für die Herstellung des Netzanschlusses, oder auch ein Anspruch des Einspeisers mit dem Inhalt gefordert, dass die Speicherfunktion des Gasnetzes den Einspeisern frei zur Verfügung ste-

---

<sup>150</sup> Vgl. Oschmann/Sösemann, S. 7 mit Hinweis auf Anlagenbegriff aus § 3 Abs. 2 EEG, wenn die Anlage nicht unmittelbar der Stromerzeugung dient.

<sup>151</sup> Vgl. Art. 4 EE-Richtlinie, dazu Sötebier, ZUR 2003, 70 m.w.N.

<sup>152</sup> Klinski in FNER (Hrsg.): Einspeisung von Biogas in das Erdgasnetz, a.a.O.

<sup>153</sup> Vgl. etwa Bernward Janzing: „Wir brauchen ein Gaseinspeisegesetz“, Taz vom 20.05.2006

<sup>154</sup> Anscheinend widersprechen sich hier z.B. der Antrag der Bundestagsfraktion von B'90/die Grünen für die Entwicklung eines Gaseinspeisegesetzes, (BT-Drucksache 16/582) und die Kampagne der europäischen Grünen „Food First“, die sich allerdings vornehmlich gegen Biokraftstoffe wendet (vgl. Food First: [http://www.greens-efa.org/cms/de-fault/rubrik/10/10607.plant\\_fuels@\\_en.htm](http://www.greens-efa.org/cms/de-fault/rubrik/10/10607.plant_fuels@_en.htm)).

<sup>155</sup> Vgl. Steuerbegünstigung nach § 2a MineralölStG, Mindestanteil von Biokraftstoffen, §§ 37a, 37b BImSchG.

he.<sup>156</sup> Diesen Vorschlägen wurde entgegengehalten, dass deren punktuelle Wirkung ohne Vorgaben eines ganzheitlichen Energiekonzeptes kaum zu beurteilen sei.<sup>157</sup>

Die nunmehr in Kraft getretenen Regelungen über die Änderungen die Förderansätze der vorrangigen Anschlusszulassung, des vorrangigen Vertragsabschlusses, der Kostenentlastung des Einspeisers beim Anschluss und der pauschalen Entgeltregelung mit Umlegung vergleichbar dem EEG zeigen, dass kein „markterzeugender“ Förderansatz ähnlich dem EEG gewählt wurde. Stattdessen soll eine differenzierte und eher punktuell wirkende logistische, technische und finanzielle Unterstützung durch den Netzbetreiber gelten, die durchaus die Möglichkeit bietet, der oben genannten Kritik an einer flächendeckenden Biogasförderung abzuwehren. Es dürfte schwer abzuschätzen sein, ob sich durch die geplante Kostenabwälzung Preissteigerungen ergeben, was die Entwurfsbegründung pauschal in Abrede stellt.<sup>158</sup> Dem Vorwurf des fehlenden Energiekonzeptes wird mit den Hinweisen auf die Einbettung in das IKEP der Bundesregierung und insbesondere auf die Kopplung mit den Veränderungen der Vergütungsboni im EEG 2009<sup>159</sup> und im Entwurf des EEWärmeG<sup>160</sup> begegnet.

## 16 Einzelregelungen

### 16.1 Gasqualität

Die Bestimmung der Gasqualität am Einspeisepunkt nach den bereits erwähnten DVGW-Arbeitsblättern wurde gesetzlich in § 41f Abs. 1 GasNZV fixiert. Biogas enthält als Rohprodukt 55 bis 60% Methan. Erdgas enthält dagegen bei L-Gas mindestens 80% und bei H-Gas einen noch höheren Prozentsatz an Methan. Die Aufbereitung muss das Biogas deswegen entsprechend den Vorgaben der DVGW-Arbeitsblätter G 260 und G 262 so verändern, dass es annähernd die gleichen Produkteigenschaften wie fossiles Erdgas enthält, insbesondere durch Erhöhung des Methangehaltes auf bis zu 98% durch Verfahren wie beispielsweise Druckwechseladsorption, Druckwasserwäsche oder chemische Wäsche.<sup>161</sup>

### 16.2 „Vermiedene Netzkosten“

Die pauschale Einspeisevergütung unabhängig von der Netzebene für vermiedene Netzkosten in Höhe von 0,7 Cent/kWh nach § 20a GasNEV begegnet der Frage, inwieweit es überhaupt zu vermiedenen Netznutzungsentgelten kommen kann. Der Begriff der vermiedenen Netznutzungsentgelte ist aus dem Strombereich bereits bekannt, § 18 StromNEV.

---

<sup>156</sup> Dies entspräche einer Abnahmepflicht in Sinne des EEG, jedoch ohne festgesetzte Vergütung, vgl. Longo, ZNER 2007, 155, 157, 158.

<sup>157</sup> Vgl. dazu eingehend Gutachten des Rates der Sachverständigen für Umweltfragen „Klimaschutz durch Biomasse“, 2007, S. 146 ff.

<sup>158</sup> Vgl. Entwurfsbegründung Änderung GasNZV, GasNEV, AnreizregV, a.a.O., S. 11 f.

<sup>159</sup> S.u. 18.

<sup>160</sup> S.u. 19.

<sup>161</sup> Vgl. Urban et.al., S. 6 f.; Wuppertal Institut, Biomasse, S. 20 ff.

Im Gasbereich stellt er eine Neuheit aufgrund der dezentralen Biogaseinspeisung dar. Die genannten 0,7 Cent/kWh werden in der Entwurfsbegründung nicht näher erläutert und sind daher als - eigentlich in Bezug auf vermiedene Netzentgelte sinnwidrige - Pauschale frei festgelegt. Sie gelten für alle Netzebenen, also auch für die Hochdrucknetzebene i.S.d. § 3 Abs. 2 GasNEV. Es handelt sich daher um eine allgemeine Förderung, die nicht notwendigerweise die tatsächliche Vermeidung der Inanspruchnahme vorgelagerter Netze voraussetzt.

## 16.3 Vertragsmodell und Kostenwälzung

### 16.3.1 Rechtslage vor Änderung der GasNZV

Vor der Änderung der GasNZV richteten sich Anschluss und Zugang zu den Gasnetzen nach den allgemeinen Regeln.

Nach § 17 Abs. 1 EnWG hatte der *Anschluss* an das Erdgasnetz zu Bedingungen zu erfolgen, die angemessen, diskriminierungsfrei, transparent und nicht ungünstiger waren als gegenüber verbundenen oder assoziierten Unternehmen. Eine Verweigerung des Netzzugangs war nach § 17 Abs. 2 EnWG nur dann möglich, wenn der Netzanschluss aus betriebsbedingten oder sonstigen wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Die Beweislast für Verweigerungsgründe lag beim Netzbetreiber, § 17 Abs. 2 EnWG.<sup>162</sup>

Die durch den Netzbetreiber festgelegten technischen Mindestanforderungen mussten nach § 19 Abs. 2 EnWG die Interoperabilität der Netze sicherstellen sowie sachlich gerechtfertigt und nichtdiskriminierend sein.

Wie der technische Netzanschluss ist der *Netzzugang* als tatsächliche Einleitung diskriminierungsfrei durch den Netzbetreiber zu gewähren, wofür der Netzbetreiber ebenfalls beweispflichtig ist, § 20 Abs. 1, 2 EnWG. Innerhalb eines festgelegten Marktgebietes war ein Einspeise- und ein Ausspeisevertrag zu schließen, § 20 Abs. 1b EnWG. Die Transportleistung nach der physischen Einspeisung wurde bis zu einem „virtuellen Punkt“ im Netz gewährleistet, während der Ausspeisevertrag den Netzzugang vom virtuellen Punkt bis zum Ausspeisepunkt über alle nachgelagerten Netze hinweg gewährt wurde. Die Transportabwicklung fand dann im Innenverhältnis aller beteiligten Netzbetreiber statt. Bezüglich der Einspeisung von Biogas galten einige Sonderregelungen.<sup>163</sup>

- Im rein *örtlichen Verteilernetz* wurde ein Transportvertrag geschlossen, in dem Ein- und Ausspeisepunkte und die Vorhalteleistung am Ausspeisepunkt festzulegen waren, § 8 Abs. 1 S. 1 GasNZV a.F. Transportverträge waren dabei bevorzugt mit Einleitern von Biogas bzw. Biomethan in das örtliche Netz zu schließen.<sup>164</sup> Nach § 8 Abs. 1 S. 2 GasNZV a.F. musste das Gas dafür netzkompatibel sein; es durften keine bestehen-

<sup>162</sup> Vgl. dazu Graßmann, ZNER 2006, 12, 13 m.w.N.

<sup>163</sup> Im Zuge der Änderung der GasNZV wurden § 8 Abs. 1 S. 2, § 10 Abs. 4 S. 1 und 5, sowie § 34 Abs. 1 S. 2 gestrichen und durch die Neuregelungen in Teil 11a ersetzt.

<sup>164</sup> Zum Umfang des Vorrangs und zum Problem der fehlenden Erwähnung von Klär-, Gruben- und Deponegas, vgl. Graßmann, ZNER 2006, 12, 14 ff.; Sötebier, ZUR 2003, 67 mit Hinweis auf Art. 2 S. 1 lit. a) Richtlinie 2001/77/EG.

den Verträge entgegenstehen<sup>165</sup> oder Einschränkungen der Versorgungssicherheit von Letztverbrauchern auftreten.

- Bei *Kapazitätsengpässen* i.S.d. § 10 Abs. 1, 2 GasNZV waren die verbleibenden Kapazitäten bevorzugt an Transportkunden, die Biomethan und Gas aus Biomasse einspeisen, zu vergeben, § 10 Abs. 4 GasNZV a.F.
- Der *Basisbilanzausgleich* als Dienstleistung des Netzbetreibers nach § 30 GasNZV mit einer stündlichen Toleranzgrenze von 10% Defizit zwischen ein- und ausgespeister Gasmenge war für Biogaseinspeiser nach § 34 Abs. 1 S. 2 GasNZV a.F. erweitert auf einen Bilanzierungszeitraum von 12 Monaten.<sup>166</sup>
- Die *Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik* bei der Einspeisung waren vom Transportkunden sicherzustellen, § 35 Abs. 1 GasNZV. Die Einhaltung wurde vermutet, sofern die technischen Regeln des DVGW eingehalten waren.<sup>167</sup>
- Nach § 35 Abs. 2 GasNZV musste das *Gas entsprechend den Spezifikationen des Netzbetreibers* übergeben werden.
- Die *Kosten der Aufbereitung* trug nach § 10 Abs. 4 S. 5 GasNZV a.F. der Verursacher.

Bereits nach der alten Regelung war der gesetzgeberische Wille erkennbar, die Einspeisung von Biogas zu fördern. Z.T. wurde kritisiert, dass die Vorrangregelungen der GasNZV gegenüber der generellen Vorrangregelung für Strom aus § 4 EEG zu weit zurückbleibe. Unklar blieb auch, warum die Vorrangregelung nach § 8 Abs. 1 S. 2 GasNZV nur auf örtliche Netze beschränkt war; die Erweiterung auf andere Netze wären nach dem Wortlaut der Verordnungsmächtigung aus § 24 S. 2 Nr. 3a EnWG möglich gewesen.<sup>168</sup>

### 16.3.2 Rahmenbedingungen für das Zweivertragsmodell nach der neuen Rechtslage

Im Rahmen des heutigen Zweivertragsmodells ist ein Vertrag zwischen dem Transportkunden und dem Netzbetreiber, in dessen Netz eine Gas-einspeisung erfolgen soll, über Einspeisekapazitäten erforderlich (Einspeisevertrag). Ferner muss ein Vertrag mit dem Netzbetreiber, aus dessen Netz die Entnahme von Gas erfolgen soll, über Ausspeisekapazitäten abgeschlossen werden (Ausspeisevertrag).

<sup>165</sup> Vgl. im Einzelnen Graßmann, ZNER 2006, 12, 18 m.w.N.

<sup>166</sup> Dadurch entfiel die unterjährige, stündlich Bilanzierung der Ein- und Ausspeisemengen, die durch die jahreszeitlich stark schwankende Gasabnahme bedingt ist. Dabei fragte sich jedoch, inwieweit die Übertragung von Mehrmengen in das nächste Abrechnungsjahr möglich war und welche „12 Monate“ gemeint waren (Betriebsjahr, Kalenderjahr oder Gaswirtschaftsjahr).

<sup>167</sup> Vgl. DVWG Arbeitsblätter G260 (Gasbeschaffenheit), G262 (Nutzung von Gasen aus regenerativen Quellen in der öffentlichen Gasversorgung), ATV-DVWK Merkblatt M363 (Herkunft, Aufbereitung und Verwertung von Biogas), und G685 (Abrechnungsbrennwert). DVGW Arbeitsblatt G 2000 (Mindestanforderungen bzgl. Interoperabilität und Anschluss), DVGW Arbeitsblatt G 280-1 Gasodorierung.

<sup>168</sup> Vgl. Longo, ZNER 2007, 155, 157, der zugleich die Rechtszersplitterung zwischen der Förderung nach EEG und dem Anschluss nach GasNZV kritisierte.

Die Vertragspartner der Kooperationsvereinbarung nach § 20 Abs. 1b EnWG vom 29.07.2008 (KoV III)<sup>169</sup> ermöglichen den netzübergreifenden Transport durch interne Bestellungen der hierzu benötigten Kapazitäten bei dem jeweils im Marktgebiet vorgelagerten Netzbetreiber. Es handelt sich dabei um die in Anlage 1 der KoV definierten Marktgebiete, die den Netzzugang ohne Festlegung eines transaktionsabhängigen Transportpfades ermöglichen und unabhängig voneinander nutzbar sind. Ein Marktgebiet ist eine Zusammenfassung von (Teil-)Netzen durch Verknüpfung von über Netzkopplungspunkte miteinander verbundenen (Teil-)Netzen, in denen ein Transportkunde gebuchte Kapazitäten an Ein-<sup>170</sup> und Ausspeisepunkten<sup>171</sup> flexibel nutzen kann. Das Marktgebiet beginnt jeweils an den Einspeisepunkten (Importpunkte, inländische Quellen, Hubs, Speicher oder Netzkopplungspunkte zwischen Marktgebieten) eines (Teil-) Netzes von Ferngasnetzbetreibern und erstreckt sich bis zu den im Marktgebiet netzhydraulisch erreichbaren und zugeordneten Ausspeisepunkten bei den Letztverbrauchern. Jeder Ausspeisepunkt zu Letztverbrauchern ist genau einem Marktgebiet zugeordnet.

Um Gasmengen in das Marktgebiet ein- bzw. aus dem Marktgebiet ausspeisen zu können, müssen die gebuchten Ein- bzw. Ausspeisekapazitäten in einen Bilanzkreisvertrag beim Bilanzkreisnetzbetreiber eingebracht werden. Der Bilanzkreisnetzbetreiber ist entweder der marktgebietsaufspannende Netzbetreiber oder ein Dritter, bei dem ein Bilanzkreis gebildet werden kann und mit dem ein Bilanzkreisvertrag abgeschlossen wird. Die Ein- und Ausspeisekapazitäten innerhalb eines Marktgebietes können dazu frei miteinander kombiniert werden. Der Bilanzkreisvertrag dient der Festlegung der zu saldierenden Gasströme im Marktgebiet.

### 16.3.3 Änderungen der Vertragssituation durch die neue GasNZV

Die Änderung der GasNZV bedingt verschiedene Anpassungen, die bei der Änderung der Kooperationsvereinbarung berücksichtigt werden müssen bzw. mussten. Betroffen von den Änderungen sind dabei auch die mit den Netzbetreibern zu schließenden Verträge, insbesondere der Netzananschlussvertrag, der Einspeisevertrag, sowie der – nunmehr auch in § 41e GasNZV ausdrücklich vorgesehene - besondere Biogas-Bilanzkreisvertrag.

#### 16.3.3.1 Netzananschlussvertrag

Die Regelungen zum Netzananschluss an das Gasversorgungsnetz sind für Biogasanlagen nunmehr durch § 41b GasNZV modifiziert und näher ausgestaltet worden. Netzananschluss meint die Herstellung der Verbindungsleitung, die die Biogasaufbereitungsanlage mit dem bestehenden Gasversor-

---

<sup>169</sup> Vereinbarung über die Kooperation nach § 20 Abs. 1b EnWG zwischen den Betreibern von in Deutschland gelegenen Gasversorgungsnetzen in der Änderungsfassung vom 29.07.2008.

<sup>170</sup> Ein Punkt innerhalb eines Marktgebietes, an dem Gas an einen Netzbetreiber in dessen Netz übergeben werden kann, einschließlich der Übergabe an Importpunkten, inländischen Quellen, Speichern oder Misch- und Konversionsanlagen.

<sup>171</sup> Ein Punkt innerhalb eines Marktgebietes, an dem Gas durch einen Transportkunden aus dem Gasnetz eines Netzbetreibers zur Belieferung von Letztverbrauchern, an Marktgebietsgrenzen oder zum Zwecke der Einspeicherung entnommen werden kann. Ist der Ausspeisenetzbetreiber ein örtlicher Verteilernetzbetreiber entspricht der Ausspeisepunkt dem Zählpunkt.

gungsnetz verbindet. Technisch umfasst der Anschluss die Verknüpfung mit dem Anschlusspunkt des bestehenden Gasversorgungsnetzes, die Gasdruck-Regel-Messanlage sowie die Einrichtungen zur Druckerhöhung und die eichfähige Messung des einzuspeisenden Biogases.

Die Vertragsinhalte des Netzananschlussvertrages umfassen demnach z.B. die Kostentragung, die Gasqualität, den herzustellenden Druck, Zutrittsrechte zugunsten des Einspeisers, den allgemeinen Betrieb und die Wartung des Anschlusses.

Die Anforderungen des § 41c GasNZV regeln zunächst eine Netzananschlusspflicht mit Ausnahme der technischen Unmöglichkeit oder der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit.<sup>172</sup> Um eine zeitlich günstige Umsetzung von Netzananschlussbegehren zu unterstützen, sieht § 41c GasNZV entsprechende Fristen für die Prüfung von Netzananschlussbegehren vor.<sup>173</sup>

Bei Konkurrenz mit anderen Anschlussnehmern bestimmt § 41d GasNZV, dass Einspeiseverträge und Ausspeiseverträge vorrangig mit Transportkunden von Biogas abzuschließen sind. Darüber hinaus hat der Netzbetreiber auch die Verpflichtung zur Gewährleistung ganzjähriger Einspeisungen und muss dafür alle wirtschaftlich zumutbaren Maßnahmen zur Erhöhung der Kapazität im Netz durchführen. Wann jedoch bei der Frage des Anschlusses und der Transportkapazität wirtschaftliche Unzumutbarkeit erreicht ist, ergibt sich aus dem Verordnungswortlaut nicht und deshalb im Einzelfall, erforderlichenfalls gerichtlich zu klären.

### 16.3.3.2 Netzananschlusskosten

Im Gegensatz zum Anschluss von Offshore-Windenergieanlagen, deren Kosten nach § 17 Abs. 2a EnWG vollständig durch den Netzbetreiber getragen und auf alle Stromkunden umgelegt werden, wurde die Kostentragung für die Biogaseinspeisung zwischen dem Anlagen- und dem Netzbetreiber für eine Leitungslänge bis 10 km hälftig aufgeteilt. Bei einer längeren Leitung verbleiben die über die Distanz von 10 km hinausgehenden Kosten beim Anlagenbetreiber. Grund für die Regelung ist zum einen die Disziplinierung des Ausgabeverhaltens und einen ökonomisch sinnvollen Zuleitungsbau in dem Sinne, dass ein optimaler Anlagenstandort in Bezug auf die Transportkosten gefunden wird. Zugleich soll die Biogaseinspeisung durch die hälftige Kostenübernahme subventioniert werden.<sup>174</sup>

Anschlusszusatzkosten sind Kosten, die über den reinen Netzananschluss hinausgehen. Der Netzbetreiber ist Eigentümer des Anschlusses und ist für die Wartung verantwortlich. Er trägt die Betriebskosten für die Messeinrichtungen und die Einrichtung für die Druckerhöhung. Die Entlastung von diesen Kosten soll die Biogaseinspeisung zusätzlich finanziell unterstützen.<sup>175</sup>

---

<sup>172</sup> S.o., 16.3.1.

<sup>173</sup> Fristen und Ablauf sind zum Teil an die am 30. Juni 2007 in Kraft getretene Kraftwerks-Netzananschlussverordnung angelehnt.

<sup>174</sup> Vgl. BR-Drs. 24/08, S. 11; Volk, Einspeiseregulierung für Biogas in Erdgasnetze, et 2008, 17 f.

<sup>175</sup> Vgl. BR-Drs. 24/08, S. 11.

### 16.3.3.3 Einspeisevertrag

Der Einspeisevertrag bezieht sich auf einen bestimmten Einspeisepunkt, an dem das Biogas in das Erdgasnetz eingespeist werden soll und damit auf den Zugang zum Marktgebiet bis zum virtuellen Handelspunkt.<sup>176</sup> Weiter können in dem Einspeisevertrag u.a. Regelungen zur Mengenanmeldung und zur Nominierung sowie ggf. zur Messung und zur Gasqualität aufgenommen werden.

### 16.3.3.4 Ausspeisevertrag

Der Ausspeisevertrag wird zwischen dem Transportkunden und dem Netzbetreiber geschlossen, aus dessen Netz die Gasentnahme erfolgen soll. Er umfasst daher den Transportabschnitt vom virtuellen Handelspunkt zum Letztverbraucher. Der Ausspeisevertrag für Biogas ist daher identisch mit dem bisherigen Ausspeisevertrag nach § 20 Abs. 1b EnWG. Unabhängig vom Ort der Einspeisung sind nach dem Ausspeisevertrag Entgelte bis zum virtuellen Punkt zu zahlen.

### 16.3.3.5 Bilanzkreisvertrag und erweiterter Bilanzausgleich

#### 16.3.3.5.1 Normative Vorgaben und Ziel

Vor der Nutzung gebuchter Ein- und/oder Ausspeisekapazitäten bzw. bei Verteilnetzbetreibern gebuchter Vorhalteleistungen<sup>177</sup> sind diese in einen Bilanzkreis beim Bilanzkreisnetzbetreiber des Marktgebietes einzubringen, § 3 Abs. 2 Nr. 3 GasNZV. Die Bilanzierung erfordert vom Transportkunden die möglichst genaue Prognose der künftigen Gasabnahme am Ausspeisepunkt. Der Bilanzkreisverantwortliche hat dafür Sorge zu tragen, dass innerhalb der jeweiligen Bilanzierungsperiode unvermeidbare Abweichungen ausgeglichen werden. Gegenstand des Bilanzkreisvertrages sind der Ausgleich und die Abrechnung von Differenzen zwischen den diesem Bilanzkreis zugeordneten ein- und ausgespeisten Gasmengen, die Übertragung von Gasmengen zwischen Bilanzkreisen über einen virtuellen Ein- und Ausspeisepunkt sowie die Abwicklung der dazu notwendigen Kommunikationsprozesse.<sup>178</sup>

Die Ausgleichsleistungen durch den Bilanzkreisverantwortlichen werden im reinen Erdgasnetz den Transportkunden nach §§ 26 ff. GasNZV berechnet.

---

<sup>176</sup> In jedem Marktgebiet gibt es einen virtuellen Handelspunkt, an dem Gas nach der Einspeisung und vor der Ausspeisung innerhalb des Marktgebietes übertragen werden kann. Der virtuelle Handelspunkt ist keinem physischen Ein- oder Ausspeisepunkt zugeordnet und ermöglicht es Käufern und Verkäufern von Gas, ohne Kapazitätsbuchung Gas zu kaufen bzw. zu verkaufen sowie Gasmengen zwischen Bilanzkreisen zu übertragen.

<sup>177</sup> Die an einem Ein- oder Ausspeisepunkt eines örtlichen Verteilernetzes festgelegte, maximal mögliche Leistungsanspruchnahme im Auslegungszustand des Gasnetzes.

<sup>178</sup> Vgl. im Einzelnen Gasbilanzierungsmodell („GABi Gas“) der Bundesnetzagentur, Beschluss vom 28.05.2008 (BK7-08-002).

Auch für die Bilanzierung von Biogas enthält die GasNZV Sonderregelungen, die eine fundamental andere Konzeption der Biogasbilanzierung offenbaren, als nach §§ 26 ff. GasNZV vorgesehen.

Nach § 41e Abs. 1 GasNZV hat der Bilanzkreisnetzbetreiber zusätzlich zum Basisbilanzausgleich einen erweiterten Bilanzausgleich von zwölf Monaten (Bilanzierungszeitraum) mit einem Flexibilitätsrahmen in Höhe von 25 Prozent zur Verfügung zu stellen.<sup>179</sup> Der Flexibilitätsrahmen bezieht sich auf die kumulierte Abweichung der eingespeisten von der ausgespeisten Menge innerhalb des Bilanzierungszeitraums, § 41e Abs. 3 GasNZV.

Der erweiterte Bilanzausgleich gilt nach Absatz 2 aber nur für Bilanzkreisverträge, in die der Bilanzkreisverantwortliche ausschließlich Biogasmengen einbringt, wofür der Begriff des „besonderen Biogas-Bilanzkreisvertrages“ vom Ordnungsgeber ausdrücklich eingeführt wurde. Die Ausschließlichkeit der Einbringung von Biogas bei Führung eines besonderen Biogas-Bilanzkreises wird noch durch die Regelung in Absatz 2 Satz 4 betont, nach dem die Übertragung von Gasmengen in Erdgasbilanzkreise möglich ist, nicht jedoch die Übertragung von Mengen aus Erdgasbilanzkreisen in Biogasbilanzkreise.

Da somit in den besonderen Biogas-Bilanzkreisen ausschließlich Biogaseinspeisungen eingebracht werden können, stehen bestimmte Handlungsoptionen dem Bilanzkreisverantwortlichen in Bezug auf einen besonderen Biogas-Bilanzkreis nicht zur Verfügung:

- Einspeisepunkte können in den Bilanzkreis nur eingebracht werden, wenn es sich um Einspeisepunkte von Biogasanlagen handelt;
- soweit Gas aus anderen Marktgebieten eingespeist wird, muss sichergestellt werden, dass dieses Gas aus besonderen Biogas-Bilanzkreisen stammt; dies kann durch eine besondere Kennzeichnung der Biogas-Bilanzkreise vom Bilanzkreisnetzbetreiber überprüft werden;
- besondere Biogas-Bilanzkreise können nur mit anderen besonderen Biogas-Bilanzkreisen zur Verrechnung verbunden werden;
- ein Bezug vom virtuellen Handelspunkt ist nur möglich, soweit Gas aus einem anderen besonderen Biogas-Bilanzkreis übertragen wird.

Die Bilanz wird grundsätzlich erst am Ende des Bilanzierungszeitraums ausgeglichen, d.h. Abweichungen zwischen Ein- und Ausspeisungen werden erst am Ende des Bilanzierungszeitraums abgerechnet. Der unterjährige Saldo des Bilanzkreises ist somit zunächst nicht relevant. Allerdings gilt dies nicht unbegrenzt, da gemäß § 41e Abs. 5 GasNZV der Bilanzkreisverantwortliche sicherzustellen hat, dass die Ein- und Ausspeisungen innerhalb des Flexibilitätsrahmens von 25% bleiben.

Innerhalb dieses Biogasbilanzkreises sieht der besondere Biogas-Bilanzkreisvertrag nach § 41e Abs. 3 GasNZV vor, dass ein Flexibilitätsrahmen in Höhe von 25% - jeweils als positive oder negative Abweichung - gewährt werden muss und dass sich der Flexibilitätsrahmen auf die kumulierte Abweichung der eingespeisten von der ausgespeisten Menge innerhalb des Bilanzierungszeitraums bezieht.

<sup>179</sup> Zum Problem der Rechtsnachfolge vgl. Schleicher, S. 840 m.w.N.

Die besondere Biogas-Bilanzierung ermöglicht es Biogas-Bilanzkreisverantwortlichen, eine relativ konstante Einspeisung einer Ausspeisung bei einem wärmegeführten BHKW gegenüberzustellen. Bei Anwendung der normalen Bilanzierungsregeln ergäben sich für ein entsprechendes Ein-/Ausspeiseverhalten Bilanzierungsentgelte in beträchtlicher Höhe. Durch die Systematik des § 41e GasNZV wird Biogas-Bilanzkreisverantwortlichen ein entsprechendes Verhalten zu einem vergleichsweise niedrigen Entgelt ermöglicht. Diese Vergünstigung steht den Biogas-Bilanzkreisverantwortlichen unabhängig von dem Verwendungszweck des Biogases zur Verfügung.<sup>180</sup>

Der Flexibilitätsrahmen steht dabei *jedem Transportkunden* in jedem Biogasbilanzkreis zur Verfügung.<sup>181</sup> Neben der Erleichterung des Bilanzausgleichs durch den Transportkunden im bestehenden Lieferverhältnis hat der erweiterte Bilanzausgleich den weiteren Vorteil, dass der Einspeiser das Biogas einspeisen kann, ohne dass er eine Ausspeisung bereits gegenüberstellen und geplant haben muss.<sup>182</sup>

#### 16.3.3.5.2 Bestimmung des Flexibilitätsrahmens

Aus § 41e Abs. 3 GasNZV ergibt sich nicht unmittelbar, worauf sich der Flexibilitätsrahmen von 25% bezieht. Der Wortlaut bestimmt zunächst, dass die Differenz der kumulierten Ein- und Ausspeisemengen im Verhältnis zu 25% der Jahresmenge zu betrachten ist. Durch die Bezugnahme auf den Basisbilanzausgleich nach § 30 GasNZV in § 41e Abs. 3 GasNZV ist der erweiterte Basisbilanzausgleich für 12 Monate zu berechnen. Damit ist nicht das Kalenderjahr gemeint, da die 12-monatige Bilanzierungsfrist bei einer Einspeisung im laufenden Kalenderjahr im Hinblick auf den Normzweck unzulässig verkürzt würde.<sup>183</sup>

Durch den Bezug des Flexibilitätsrahmens auf die Jahresmenge kann der konkrete Flexibilitätsrahmen immer erst ex-post festgestellt werden. Während des Bilanzierungszeitraums kann der Bilanzkreisverantwortliche nicht sicher beurteilen, ob die kumulierte Differenz zwischen Ein- und Ausspeisung noch innerhalb des Toleranzrahmens liegt. Der Bilanzkreisverantwortliche muss die eingespeiste Jahresmenge entsprechend steuern. Er ist zudem gemäß § 41e Abs. 4 GasNZV verpflichtet, eine Prognose über den zeitlichen Verlauf der Ein- und Ausspeisungen abzugeben.

§ 41e GasNZV enthält keine eindeutige Regelung, ob die nach dem Basisbilanzausgleich übliche stündliche Berechnung des Flexibilitätsrahmens anzuwenden ist. Bei wörtlichem Verständnis des § 41e Abs. 1, 3 GasNZV würde der Basisbilanzausgleich nur insoweit modifiziert, als eine erhöhte kumulierte Flexibilität gewährt wird und es somit bei der in § 30 GasNZV gewährten stündlichen Flexibilität von 10% der gebuchten Kapazität bleibt.

<sup>180</sup> Z.B. für die EEG-Verstromung oder als Produkt für den Wärmemarkt, vgl. Gitzbrecht, Standardverträge für Biogaseinspeisungen im Zweitvertragsmodell.

<sup>181</sup> Zum Problem der „Flexibilitätsrahmenhäufung“, wenn das Gas über mehrere Marktgebiete, folglich über mehrere Bilanzkreise transportiert wird und daher in jedem Bilanzkreis jeweils 25% Flexibilität einzuräumen wären (bei drei Marktgebieten  $25\% + 25\% + 25\% = 75\%$ ) vgl. mit überzeugender Begründung, v.a. mit Hinweis auf die Möglichkeit der Bildung von marktgebietsüberschreitenden Bilanzkreisen durch die Netzbetreiber Schleicher, S. 839.

<sup>182</sup> Schmeding, S. 117.

<sup>183</sup> Mit Hinweis auf die in § 41e Abs. 3 S. 3 GasNZV geregelte Möglichkeit, die Jahresfrist zu verkürzen, Schleicher, S. 840.

Bei diesem Verständnis wäre allerdings die Angleichung einer konstanten Biogaseinspeisung an eine saisonal schwankende Abnahme nur in sehr begrenztem Maße möglich, da stündliche Ein- und Ausspeisungen nur in engen Grenzen voneinander abweichen können. Der Normzweck legt es daher nahe, die stündliche Flexibilität nicht als Begrenzungen des erweiterten Bilanzausgleichs zu verstehen.<sup>184</sup>

#### 16.3.3.5.3 Entgeltberechnung

Für die tatsächlich in Anspruch genommene Flexibilität zahlt der Bilanzkreisverantwortliche an den Bilanzkreisnetzbetreiber ein festgelegtes Entgelt von 0,1 Ct/kWh, § 41e Abs. 8 GasNZV.<sup>185</sup> Die tatsächlich in Anspruch genommene Flexibilität bemisst sich dabei nach dem im Laufe des Bilanzierungszeitraums höchsten angefallenen kumulierten Saldo zwischen Einspeisemengen und Ausspeisemengen.

Nach § 41e Abs. 7 GasNZV dürfen für Ausgleichsenergie nur die Kosten anteilig in Rechnung gestellt werden, die zum Ausgleich von Differenzmengen erforderlich sind, welche nach Saldierung aller bei einem Bilanzkreisnetzbetreiber geführten Bilanzkreise verbleiben. Die genaue Berechnung ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut jedoch nicht.

§ 41e Abs. 7 GasNZV darf nicht so verstanden werden, dass nur die Differenzmengen ausgeglichen werden, die nach Ablauf des Bilanzierungszeitraums den Flexibilitätsrahmen überschreiten. Ansonsten würden sowohl Überspeisungen innerhalb des Flexibilitätsrahmens dem Netzbetreiber, als auch Unterspeisungen dann vom Netzbetreiber kostenlos zur Verfügung gestellt. Dieses Verständnis stünde auch im Widerspruch zu § 41e Abs. 5 GasNZV, der vorschreibt, dass der Bilanzkreisverantwortliche verpflichtet ist, den Bilanzkreis am Ende der Bilanzierungsperiode ausgeglichen zu halten. Des Weiteren wäre bei diesem Verständnis nicht geklärt, welche Auswirkungen unterjährige Überschreitungen des Flexibilitätsrahmens haben.<sup>186</sup>

Am Ende des Bilanzierungszeitraums werden dann die verbleibenden Differenzmengen vollständig abgerechnet. Der Bilanzkreisverantwortliche erhält gemäß § 41e Abs. 6 GasNZV das Recht, einen positiven Endsaldo – beschränkt auf 25% der eingespeisten Jahresmenge - auf den nachfolgenden Bilanzierungszeitraum zu übertragen, wenn er seinen Biogas-Bilanzkreis weiterführt, da es sich um eine Dienstleistung handelt, die vom Transportkunden nicht ausgenutzt wurde.<sup>187</sup>

§ 41e Abs. 7 Satz 2 GasNZV schreibt vor, dass dabei ein transparentes, diskriminierungsfreies und an den tatsächlichen effizienten Kosten für die Lieferung von Ausgleichsenergie orientiertes Verfahren anzuwenden ist, und dass nur die Kosten in Rechnung gestellt werden dürfen, die zum

---

<sup>184</sup> Vgl. Gitzbrecht, a.a.O.

<sup>185</sup> Für eine „vorzeichenscharfe“ Vergütungsberechnung vgl. Schleicher, S. 840 m.w.N.

<sup>186</sup> Vgl. Gitzbrecht, a.a.O.

<sup>187</sup> Mit Hinweis auf die Vereinbarkeit mit dem Verordnungszweck vgl. Schleicher, S. 840 m.w.N.

Ausgleich der Differenzmengen erforderlich sind, die nach Saldierung aller bei einem Bilanzkreisnetzbetreiber geführten Bilanzkreisen verbleiben.

#### 16.3.4 Kostenwälzung nach der KoV III

Die Kosten, die durch den neuen Teil 11a der GasNZV für die Biogaseinspeisung entstehen, werden zunächst bewusst im Sinne des Verordnungsgebers den Netzbetreibern auferlegt. Diese werden jedoch – soweit sie nicht als unvermeidbare Kosten im Rahmen der Anreizregulierung geltend gemacht werden – auf die Transportkunden umgelegt.<sup>188</sup>

Die Umlegung der Biogas-Einspeisekosten auf alle Transportkunden erfolgt innerhalb eines Marktgebietes nach § 20b GasNEV. Derzeit bestehen zwölf Marktgebiete, (5 L-Gas-, 7 H-Gas-Marktgebiete). Dabei stellt sich die Frage, inwieweit es vor dem Hintergrund der gesamtgesellschaftlichen Aufgabe der Ausweitung der Biogaseinspeisung gerechtfertigt ist, nur das betreffende Marktgebiet und die dortigen Gaskunden mit erhöhten Netzentgelten zu belasten. Dies könnte zur Folge haben, dass vor allem in den ländlichen Regionen, die zwar ein hohes Biomasse-Potenzial, aber nur einen geringem Gasverbrauch haben, die Netzentgelte weiter steigen und die Verbraucher in diesen Regionen noch stärker belastet werden. Das Absehen von einer der Kostenumlage nach dem EEG vergleichbaren *deutschlandweiten* Umlage wird mit dem Aufwand begründet, die Netzentgelte zu bestimmen. Die deutschlandweite Umlegung könne daher allenfalls in einem späteren Schritt erfolgen.<sup>189</sup> Bei einem weiteren Ausbau müsste jedoch auf eine volkswirtschaftlich gerechte Kostenverteilung in diesem Sinne geachtet werden.

Alle Kosten nach § 20b GasNEV einschließlich der Kosten für den erweiterten Bilanzausgleich gemäß § 41e GasNZV, abzüglich jedoch der vom Bilanzkreisverantwortlichen zu zahlenden Pauschale von 0,1 Ct/kWh, gelten gemäß § 11 Abs. 2 Nr. 8a ARegV als nicht beeinflussbare Kostenanteile, d. h. sie werden auf die Netzentgelte aufgeschlagen.<sup>190</sup>

Der genaue Ablauf der Kostenwälzung ist dem Verordnungswortlaut nicht zu entnehmen. Das Verfahren wurde daher in der KoV III zwischen den Betreibern von in Deutschland gelegenen Gasversorgungsnetzen nach § 20 Abs. 1b EnWG im Juli 2008 vereinbart.<sup>191</sup> Das dort von den Verbänden in Abstimmung mit der Bundesnetzagentur entwickelte Konzept zur Umsetzung eines Wälzungsmechanismus umfasst drei Schritte:

##### 16.3.4.1 Schritt 1: Hochmeldung der prognostizierten Biogas-Kosten und Erstattung

Die Biogaseinspeisenetzbetreiber prognostizieren ihre Biogas-Kosten für das jeweilige Folgejahr („a+1“). Diese werden bis zum 30. September ei-

<sup>188</sup> Vgl. Schleicher, a.a.O. m.w.N.; BR-Drs. 24/08, S. 9, 10.

<sup>189</sup> Vgl. Volk, Biogaseinspeisung in Erdgasnetze.

<sup>190</sup> Vgl. Volk, Biogaseinspeisung in Erdgasnetze.

<sup>191</sup> Vgl. Vereinbarung über die Kooperation gemäß § 20 Abs. 1 b EnWG zwischen in den Betreibern von in Deutschland gelegenen Gasversorgungsnetzen („KoV III“) - Änderungsfassung vom 29. Juli 2008.

nes Jahres direkt an den marktgebietsaufspannenden Netzbetreiber gemeldet.

Der Bilanzkreisverantwortliche prognostiziert die Kosten für den erweiterten Bilanzausgleich für Biogas-Bilanzkreise abzüglich der vom Biogaseinspeiser gemäß § 41e Abs. 8 GasNZV zu zahlenden Pauschale und meldet diese Biogas-Kosten an den marktgebietsaufspannenden Netzbetreiber. Letzterer ermittelt so die Biogas-Gesamtkosten. Im Fall, dass innerhalb eines Marktgebietes mehrere marktgebietsaufspannende Netzbetreiber benannt sind, werden die Biogas-Kosten addiert.

Die von den einzelnen Biogaseinspeisenetzbetreibern und dem Bilanzkreisverantwortlichen gemeldeten prognostizierten Biogas-Kosten werden durch den marktgebietsaufspannenden Netzbetreiber in zwölf gleiche Monatsbeträge aufgeteilt und im Folgejahr a+1 in Form von monatlichen Abschlagszahlungen an die betreffenden Biogaseinspeisenetzbetreiber und dem Bilanzkreisverantwortlichen erstattet.

#### 16.3.4.2 Schritt 2: Ermittlung der Wälzungskosten/Verrechnung/Hochmeldung der Erlöse

Der marktgebietsaufspannende Netzbetreiber addiert die ihm gemeldeten prognostizierten Biogas-Kosten aus den eigenen bzw. den nachgelagerten Netzen einschließlich der Korrekturen des Vorjahrs a-1 zu wälzenden Biogas-Kosten für das Folgejahr a+1 in seinem Marktgebiet.

Innerhalb des Marktgebiets wird der spezifische Biogas-Wälzungsbetrag beginnend beim marktgebietsaufspannenden Netzbetreiber auf die jeweiligen Exit-Punkte auch zu Letztverbrauchern gewälzt. Jeder Netzbetreiber wälzt die Kosten entsprechend der bisherigen Netzzugangssystematik, d.h. Entry-/Exit-Netzbetreiber wälzen entsprechend des Entry-/Exit-Modells auf die Exit-Punkte und damit ausschließlich auf die Leistung. Örtliche Verteilernetzbetreiber berücksichtigen über die vorgelagerten Entgelte den darin enthaltenen spezifischen Biogas-Wälzungsbetrag bei der Kostenträgerrechnung im Netzpartizipationsmodell bzw. bei anderen verwendeten Modellen zur Kostenträgerrechnung gemäß § 18 GasNEV. Die Vorgehensweise erfolgt dabei entsprechend der bisherigen Entgelt-/Kostenwälzung der vorgelagerten Netzkosten.

Die Ausspeisenetzbetreiber erhalten die um den spezifischen Biogas-Wälzungsbetrag erhöhten Netzentgelte vom Netznutzer (Transportkunde, Letztverbraucher) und bezahlen die um den spezifischen Biogas-Wälzungsbetrag erhöhte monatliche Rechnung der internen Bestellung an den vorgelagerten Netzbetreiber.

#### 16.3.4.3 Schritt 3: Anpassungen

Die Biogaseinspeisenetzbetreiber und ggf. auch die Bilanzkreisverantwortlichen melden an den marktgebietsaufspannenden Netzbetreiber zum 30. September eines jeden Jahres zusammen mit ihrer Biogas-

Kostenprognose für das Folgejahr a+1 auch die Ist-Biogas-Kosten des abgelaufenen Jahres a-1.

Die Netzbetreiber haben parallel zur Meldung an die marktgebietsaufspannenden Netzbetreiber auch ihre Ist-Biogas-Kosten zusammen mit ihrer Biogas-Kostenprognose für das Folgejahr a+1 mittels Erhebungsbogen, an die Regulierungsbehörden zu übermitteln.

Der marktgebietsaufspannende Netzbetreiber ermittelt die Differenz aus Ist-Biogas-Kosten a-1 und der im Jahr a-1 tatsächlich erfolgten Erstattung an die jeweiligen Biogaseinspeisenetzbetreiber und an den Bilanzkreisverantwortlichen. Diese Differenz wird bei der Festlegung der monatlichen Abschlagszahlungen des Folgejahres a+1 gegenüber dem Biogaseinspeisenetzbetreiber und dem Bilanzkreisverantwortlichen ausgeglichen. Gleichzeitig wird der Biogas-Wälzungsbetrag für das Folgejahr a+1 um diese Differenz reduziert bzw. erhöht.

Der marktgebietsaufspannende Netzbetreiber veröffentlicht die in seinem Marktgebiet insgesamt angefallenen Kosten für Biogas auf seiner Internetseite. Hierbei werden die von den einzelnen Netzbetreibern, auch von dem marktgebietsaufspannenden Netzbetreiber für sein eigenes Netz geltend gemachten Kosten für Biogas pro Netzbetreiber ausgewiesen.

## 16.4 Monitoring

§ 41g GasNZV ordnet – vor allem infolge der Unsicherheit über die Effektivität der getroffenen Regelungen - erstmalig zum 30.05.2011 einen Bericht durch die Bundesnetzagentur an, der danach jährlich wiederholt wird. Die bis zu diesem Zeitpunkt vergangenen drei Berichtsperioden sollen die Bundesnetzagentur in die Lage versetzen, ausreichend Erfahrungen zu sammeln, um die Erreichbarkeit des für 2020 angestrebten Zieles mit den getroffenen Regelungen beurteilen zu können und gegebenenfalls weitere Änderungen vorzuschlagen.

## 17 Stellungnahme zu den §§ 41a ff. GasNZV

Die in Teil 11a GasNZV getroffenen Regelungen stellen zunächst eine deutliche gesetzgeberische Aussage für die Unterstützung der Biogaseinspeisung dar und erweitern das Förderinstrumentarium erheblich.

Die Bedenken gegen ein Gaseinspeisegesetz wurden aufgegriffen und weitergeführt. Der Verordnungswortlaut enthält nach dem bisherigen Kenntnisstand zwar einige, jedoch keine gravierenden begrifflichen Unklarheiten. Die Kooperationsvereinbarung kann zudem eine geeignete Grundlage sein, um diese Unklarheiten auszuräumen.

Inwiefern diese Regelungen über die Biogaseinspeisung im Sinne des § 41a S. 1 GasNZV zielführend wirken, muss sich jedoch erst noch in der Praxis beweisen. Ob die neuen Regelungen die Realität ausreichend abbilden, kann aus juristischer Sicht nicht beurteilt werden. Den im Projekt

gewonnenen Rückmeldungen aus Wirtschaft und Verbänden lassen sich ebenfalls keine grundsätzlichen Bedenken etwa bezüglich einer Überforderung der Netzbetreiber oder der Ineffektivität der Förderung auf Seiten der Einspeiser entnehmen. Die Hauptkritik richtete sich auf den im Juni 2008 noch fehlenden Detaillierungsgrad der Vorschriften, insbesondere auf das Fehlen von Musterverträgen. Diese Kritik stammt jedoch noch aus der Zeit vor der dargestellten Kooperationsvereinbarung. Aufgrund der fehlenden Praxiserfahrungen ist es jedoch aus Sicht des Gesetzgebers vorerst nicht möglich, eine vollständig detailliert geregelte Konzeption für die Biogaseinspeisung vorzulegen. Diese ist jedoch Voraussetzung für die notwendige Planungssicherheit bei Anlagen- und Netzbetreibern. Ohne diese Planungssicherheit werden im Zweifel nur wenige Einspeisevorhaben verwirklicht, was wiederum dazu führt, dass keine Praxiserfahrungen gesammelt werden können, ohne die keine praxisgerechten Regelungen möglich sind. Um dieser an einen Teufelskreis erinnernden Stagnation zu entkommen, bestand die einzige Möglichkeit darin, Regelungen wie in Teil 11a GasNZV zu treffen und dabei begriffliche Unklarheiten und fehlende Detaillierung in Kauf zu nehmen. Die Beteiligung von Anlagen- und Netzbetreibern im Rahmen von Verbändevereinbarungen wie der KoV III und in Zusammenarbeit mit der Bundesnetzagentur könnten in dieser Situation aufgrund der größeren Praxisnähe der Beteiligten möglicherweise für eine praktikable Ausgestaltung sorgen.

Aus rechtlicher Sicht lässt sich zurzeit nur festhalten, dass gegen die getroffenen Regelungen keine grundlegenden Bedenken bestehen. Insbesondere die Instrumente des Anschluss- und Kontrahierungszwangs zu Lasten der Netzbetreiber und die bevorzugte Behandlung bestimmter Transportkunden sind im Energierecht bekannt (vgl. § 17 EnWG, § 5 EEG) und Folge des natürlichen Monopols des Gasnetzbetreibers.

## 18 Förderung durch das EEG

Nach seinem Anwendungsbereich ist das EEG für die Biogaseinspeisung unmittelbar nicht einschlägig, da es ausschließlich *Stromeinspeisung* und *Stromvergütung* fördert. Jedoch wird auch das eingespeiste Biogas regelmäßig in erneuerbaren Energieanlagen nach dem EEG verstromt werden, so dass die mittelbare Wirkung des EEG auch für die Förderung der Biogaseinspeisung von tragender Bedeutung ist und weiter sein wird.<sup>192</sup>

Vorläufer des EEG war das Stromeinspeisegesetz vom 07.12.1998, das dem Einspeiser erstmalig einen gesetzlichen Anspruch auf Abnahme und Vergütung des regenerativen Stroms gab. Während das Stromeinspeisegesetz lediglich fünf Paragraphen umfasste, hatte das am 01.04.2000 in Kraft getretene EEG bereits 13 Paragraphen. Die Novellierung des EEG – in Kraft seit dem 01.08.2004 – erhöhte die Zahl der Paragraphen, die sich durch das am 01.01.2009 in Kraft getretene EEG 2009 wiederum auf 66 Paragraphen erhöhte. Zusätzlich wurde das Gesetz um fünf, zum Teil sehr umfangreiche Anlagen erweitert.<sup>193</sup> Der erheblich gestiegene Umfang des EEG 2009 erklärt sich zunächst durch die kürzere Fassung von Paragraphen des EEG 2004, so dass viele dieser Vorschriften aufgeteilt wurden. Detailliertere Regelungen wurden zudem für notwendig gehalten, um Rechtsunsicherheiten aufzulösen.<sup>194</sup>

Die *Funktionsweise des EEG* ist durch die Novellierung unberührt geblieben, denn diese hat einige Erfolge gezeigt. Der Anteil erneuerbarer Energien am Stromverbrauch aus erneuerbaren Energien verdoppelte sich von 2000 (6,3 %) bis 2006 nahezu (11,5 %).<sup>195</sup> Auch die Europäische Union bewertet die Effektivität von Einspeise- und Umlagesystemen (Abnahmepflicht und Vergütungspflicht) im Grundsatz positiv.<sup>196</sup> Die Bundesregierung betont daneben die hohe Exportrate im Bereich erneuerbarer Energietechnologie und die neu entstehenden Arbeitsplätze.<sup>197</sup> Dem System der Anschluss-, Abnahme- und Vergütungspflicht steht ein bundesweiter Ausgleichsmechanismus gegenüber, der sicherstellt, dass Netzbetreiber in Gegenden mit guten Voraussetzungen für erneuerbare Energien nicht übermäßig durch erhöhte Vergütungen belastet werden. Die Netzbetreiber geben den Strom an die vorgelagerten Übertragungsnetzbetreiber weiter, die ihn vergüten. Die Übertragungsnetzbetreiber gleichen die Strommengen aus erneuerbaren Energien so untereinander aus, dass jeder Übertragungsnetzbetreiber anteilig zu dem von ihm übertragenen Strom dieselbe Strommenge aus erneuerbaren Energien zu demselben Preis erhält. Der

<sup>192</sup> Wernsmann, S. 329; zu den grundsätzlichen, jedoch mittlerweile weitgehend überwundenen Verfassungs- und europarechtlichen Bedenken gegen das EEG vgl. Kersting/Hagmann, S. 215 f.

<sup>193</sup> Vgl. zum EEG 2009 im Überblick Brettschneider, S. 186 f.

<sup>194</sup> BR-Drs. 10/08, z.B. Begründung zu § 7 Abs. 1, § 9 Abs. 2, § 40 Abs. 1 und § 51 Abs. 1.

<sup>195</sup> Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Erneuerbare Energien in Zahlen - nationale und internationale Entwicklung, Stand: November 2007, S. 11, Fundstelle: [http://www.erneuerbare-energien.de/files/erneuerbare\\_energien/downloads/application/pdf/broschuere\\_ee\\_zahlen.pdf](http://www.erneuerbare-energien.de/files/erneuerbare_energien/downloads/application/pdf/broschuere_ee_zahlen.pdf).

<sup>196</sup> KOM (2005) 627 vom 7. 12. 2005; vgl. auch den sog. Stern-Report, der das System als effektives Instrument zur Installation erneuerbarer Energien wertet, Kapitel 16, S. 20.

<sup>197</sup> Vgl. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Hintergrundpapier zum Integrierten Energie- und Klimaprogramm der Bundesregierung, S. <http://www.erneuerbare-energien.de/inhalt/40345/40485/>, S. 12.

so ausgeglichene EEG-Strom wird gegen Zahlung der Vergütungen an die Elektrizitätsversorgungsunternehmen weitergeleitet, sodass jedes Elektrizitätsversorgungsunternehmen einen gleich hohen Anteil EEG-Strom an seine Kunden liefert. Für die Elektrizitätsversorgungsunternehmen stellen die Kosten einen Teil ihrer Kalkulation dar. Sie geben die Kosten über den Strompreis an ihre Kunden weiter.<sup>198</sup>

Neben diesen allgemeinen Wirkungen des EEG auf den Ausbau erneuerbarer Energien und voraussichtlich auch auf die Biogaseinspeisung sind gerade in Bezug auf letztere einige Neuerungen herauszugreifen:

## 18.1 Anlagenbegriff

### 18.1.1 Erweiterung des Anlagenbegriffs

Der Anlagenbegriff ist von zentraler Bedeutung, weil jede Anlage einen eigenständigen Vergütungsanspruch hat. Im EEG 2000 war der Anlagenbegriff nicht definiert. § 3 Abs. 2 EEG 2004 bestimmte die Anlage als jede selbständige technische Einrichtung. Für den Betrieb technisch erforderliche Einrichtungen oder bauliche Anlagen zählten unmittelbar zur Anlage, wobei Verbindungswege, Netzanschlüsse, Mess-, Verwaltungs- und Überwachungseinrichtungen ausdrücklich ausgenommen waren, da diese nicht für den Betrieb erforderlich seien, § 3 Nr. 2 S. 2 EEG 2004. Vorausgesetzt war eine gewisse räumliche Nähe, nach der Literatur galten 500 m als Begrenzung.<sup>199</sup> Nach der Gesetzesbegründung sollte damit eine vergütungsoptimierte Anlagenaufteilung verhindert werden. Dies führte jedoch zur Konsequenz, dass Biogasanlagenparks errichtet wurden, die nicht mit technisch erforderlichen Einrichtungen verbunden waren, gleichwohl aber eine gemeinsame Infrastruktur nutzten.<sup>200</sup>

§ 3 Nr. 1 EEG 2009 definiert den Begriff der Anlage nunmehr als jede Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder Grubengas. Zur Begründung wird ausgeführt: „Zur Bestimmung der Anlage ist neben der stromerzeugenden Einrichtung auch auf sämtliche technisch und baulich erforderlichen Einrichtungen (...) abzustellen.“<sup>201</sup>

Damit zählen zum Anlagenbegriff Generator, Fermenter, Gärrestbehälter und alle sonstigen Einrichtungen, die für die Erzeugung technisch miteinander verbunden sind. Umfasst sind nach § 3 Abs. 2 auch die Anlagen, die zwischengespeicherte Energie, die ausschließlich aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas stammt, aufnehmen und in elektrische Energie umwandeln. Infrastruktureinrichtungen wie Anschlussleitungen, Netzanschluss, Transformatoren, Verbindungswege oder Verwaltungseinrichtungen seien dagegen vom Anlagenbegriff nicht umfasst. Demnach begründet die reine Nutzung von gemeinsamen Infrastrukturen keine gemeinsame Anlage nach § 3 Nr. 1 EEG 2009.<sup>202</sup>

---

<sup>198</sup> Vgl. Schumacher, S. 122.

<sup>199</sup> Vgl. Germer/Loibl, S. 456.

<sup>200</sup> Wernsmann, S. 329.

<sup>201</sup> BT-Drs. 16/8148, S. 38.

<sup>202</sup> Kritisch dazu Wernsmann, S. 329 f. v.a., bezüglich der Hinzunahme des Fermenters, da dies Gesetzgebungsgeschichte, Systematik und Zielen des EEG ebenso widersprüche wie auch der Begründung zu § 19 EEG 2009 (BT-Drs. 16/8148, S. 51), die ein Indiz der räumlichen Nähe darin sieht, dass ein

### 18.1.2 Zusammenfassung mehrerer Anlagen

§ 19 EEG enthält eine Fiktion, nach der mehrere Anlagen unabhängig von den Eigentumsverhältnissen und ausschließlich zum Zwecke der Vergütungsberechnung für den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator als eine Anlage gelten, wenn

- sie sich auf demselben Grundstück oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe befinden,
- sie Strom aus gleichartigen erneuerbaren Energien erzeugen,
- der Strom in Abhängigkeit von der Leistung der Anlage vergütet wird und
- sie innerhalb von zwölf aufeinanderfolgenden Monaten in Betrieb gesetzt worden sind.

Die Auslegungsschwierigkeiten des Merkmals der „unmittelbaren räumlichen Nähe“ aus Nr. 1 werden durch den Gesetzeswortlaut nicht ausgeräumt. Unzweifelhaft sind benachbarte Grundstücke gemeint; ansonsten enthält das Gesetz keine eindeutigen Maßstäbe. Die „unmittelbare“ Nähe schließt nach dem Wortsinn jedoch beliebig weit entfernte Einrichtungen aus. Die Begründung nennt als Beispiel den gemeinsamen Weg für die Belieferung der Biogasanlage, den gemeinsamen Fermenter oder Gärrestlager. Im Einzelfall sei für die Entscheidung über die räumliche Nähe eine Gesamtbetrachtung maßgeblich.<sup>203</sup>

Die Anlagenzusammenfassung wird damit begründet, dass es rechtswidrig sei, anstelle einer oder mehrerer großer Anlagen eine Vielzahl von kleinen Anlagen zu errichten, um die höheren Vergütungen und Boni der unteren Leistungsklassen zu erhalten, da auf diese Weise volkswirtschaftlich unsinnige Kosten hervorgerufen würden. Es sei daher von einer „rechtsmissbräuchlichen und damit rechtswidrigen Umgehung der Leistungsklassen auszugehen, wenn zwar keine für den gemeinsamen Betrieb technischen erforderlichen Einrichtungen vorliegen oder die Module nicht mit baulichen Anlagen unmittelbar verbunden sind, aber ein vernünftiger Anlagenbetreiber, der die gesamtwirtschaftlichen Folgekosten bedenkt, statt vieler kleiner, mehrere große Module oder eine einzige Anlage errichtet hätte.“<sup>204</sup> Der Gesetzgeber hatte damit „Biogasanlagen-Parks“ im Blick.<sup>205</sup>

Der neue Anlagenbegriff in § 19 EEG 2009 ist nicht in den Übergangsregelungen in § 66 EEG 2009 erwähnt, so dass die Vorschrift ab dem Inkrafttreten des EEG 2009 offenbar auch für Anlagen gelten soll, die vor dem

---

gemeinsamer Fermenter genutzt wird; auch die Begründung zu § 3 Nr. 1 EEG 2009 zeige, dass der Fermenter bereits zur Anlage gehöre. Dies könne dazu führen, dass auch kilometerweit auseinanderliegende BHKW zusammengefasst würden und damit kaum ein Anwendungsbereich des § 19 EEG 2009 bleibt. Daher solle es bei einer Grenze von 500 m bleiben.

<sup>203</sup> BT-Drs. 16/8148, S. 51.

<sup>204</sup> BT-Drs. 16/8146, S. 50.

<sup>205</sup> Für eine „enge Sicht der räumlichen Nähe“ weiter Wernsmann, S. 330 mwN. Zur Erweiterung von Anlagen s. ebendort, S. 330, 331.

1.1.2009 in Betrieb genommen wurden. Dieses Problem wird auch durch den Bundesrat erkannt, der dazu ausführt:<sup>206</sup>

*Der Bundesrat teilt die Auffassung der Bundesregierung, dass die bewusste Aufteilung von Biogasanlagen in mehrere Einheiten zum Zwecke der Erlangung höherer Vergütungen dem Gesetzeszweck des EEG widerspricht.*

*Er verweist allerdings auf die Sorge vieler Investoren und Betreiber bereits mehrere Jahre bestehender Biogasanlagen, der Anlagenbegriff des § 19 EEG n. F. verändere sich in einer Weise, die beträchtliche negative wirtschaftliche Folgen nach sich zöge und den Erfolg der Investitionen im Nachhinein gefährde. Dies kann im Interesse der entstandenen Arbeitsplätze und des Vertrauensschutzes für erfolgte Investitionen nicht gewollt sein. Der Bundesrat hatte in diesem Zusammenhang in seiner Stellungnahme vom 15. Februar 2008 (BR-Drs. 10/08 - Beschluss -, Ziffer 27) explizit darum gebeten, die neue Formulierung des Anlagenbegriffs gemäß § 19 Abs. 1 nicht auf Bestandsanlagen zu erstrecken. Diesem Wunsch ist die Bundesregierung nicht nachgekommen.*

*Die Bundesregierung hat zu der Problematik im Sachstandsbericht des Bundesumweltministeriums zu § 19 Abs. 1 bestätigt, dass alle bekannten Anlagen von § 19 Abs. 1 ab 2009 so eingestuft würden, wie es bereits nach geltendem Recht der Fall sei. Der Bundesrat bittet die Bundesregierung, die Situation der Anlagen nach Inkrafttreten des Gesetzes nochmals zu überprüfen und dem Bundesrat zu berichten.*

Eine Änderung der gesetzlichen Vergütungsregelungen für Altanlagen mit Wirkung für die Zukunft würde einen Sachverhalt betreffen, der – gesehen vom Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der Norm – in der Vergangenheit begonnen hat und im Zeitpunkt des Gesetzeserlasses noch fort dauert. Verfassungsrechtlich wird diese Situation als sog. „unechte Rückwirkung“ eines Gesetzes bezeichnet.<sup>207</sup> Eine solche Rückwirkung ist grundsätzlich zulässig, da sich in solchen Fällen der Überlagerung eines noch nicht abgeschlossenen Sachverhaltes durch den zwischenzeitigen Gesetzeserlass kein schutzwürdiges Vertrauen bilden kann. Nur wenn ein solches Vertrauen im Einzelfall den Vorrang verdient, greift das rückwirkende Gesetz rechtswidrig in die Rechtsposition des Einzelnen ein. Der Vertrauensschutz bemisst sich dann an den betroffenen geschützten Rechtsgütern und der Intensität der Nachteile bzw. Verhältnismäßigkeitsaspekten.<sup>208</sup>

Der Gesetzgeber hätte damit die Möglichkeit, auch für Altanlagen die EEG-Vergütung zu ändern, es sei denn, dass im Einzelfall ein besonders schutzwürdiges Vertrauen vorliegt.

Der Gesetzgeber kann die Folgen einer unechten Rückwirkung auch durch den Erlass von Ausgleichs- oder Übergangsvorschriften abschwächen kann, was in der Abwägung zwischen gesetzgeberischer Gestaltungsmacht und Schutzwürdigkeit des Vertrauens zu berücksichtigen ist.

Ob das Vertrauen auf die Vergütungssätze durch das EEG selbst geschützt ist, wird in der Literatur überwiegend bejaht. Der frühere § 12 EEG 2000 sah die Möglichkeit der Modifizierung der Vergütungshöhe durch das

<sup>206</sup> BR-Drs. 418/08 (Beschluss), S. 1, 2.

<sup>207</sup> BVerfGE 18, 135, 144 f.; 76, 256, 348; Sachs, GG Art. 20 Rn. 136 m.w.N.

<sup>208</sup> BVerfGE 24, 220, 330 f.; 76, 256, 353 ff.

Bundeswirtschaftsministerium entsprechend der technologischen Marktentwicklung für Neuanlagen vor. Die Modifizierung galt jedoch nur für Neuanlagen, so dass das Rückwirkungsverbot hier nicht einschlägig war.<sup>209</sup>

Nach dem BVerfG ist der Vertrauensschutz grundsätzlich dann von besonderem Gewicht, wenn der Adressat durch staatliche Handlungen schwerwiegend in seinen wirtschaftlichen Interessen betroffen ist.<sup>210</sup> Aus §§ 9 Abs. 1, 12 EEG 2000 kann das Interesse des Gesetzgebers am Investitionsschutz abgeleitet werden, da die Gewährung der Vergütungszahlung auf 20 Jahre energiewirtschaftlichen Berechnungsformeln und Amortisationszyklen folgte<sup>211</sup> und eine Modifikation der Vergütungssätze nur unter den Einschränkungen des § 12 EEG 2000 möglich war. Daher habe der Gesetzgeber einen besonderen Vertrauensschutztatbestand geschaffen, den Anlagenbetreiber einer nachträglichen Belastung entgegenhalten können.<sup>212</sup>

Die generelle Möglichkeit des Gesetzgebers, die EEG-Vergütungssätze nachträglich zu ändern, ist daher aus den genannten rechtsstaatlichen Gesichtspunkten eingeschränkt. Ein Gutachten über den Vertrauensschutz gegenüber künftigen Änderungen der EEG-Vergütung aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>213</sup> kommt daher zum Ergebnis, dass das Vertrauen auf den Vergütungsanspruch durch Art. 14, 12 GG geschützt wird und dies für die gesamte sich aus § 9 Abs. 1 Satz 1 EEG 2000 bzw. § 12 Abs. 3 EEG 2004 ergebende Zeitspanne. Dieser Anspruch könne nachträglich nicht ohne die Folgen abmildernde Übergangsregelungen und auch nur – da er durch das Gesetz *garantiert* wurde – zur Abwehr schwerer Nachteile für wichtige Gemeinschaftsgüter einschränken.

Eine aussagekräftige Untersuchung und Ermittlung der Schutzwürdigkeit des Vertrauens auf den Fortbestand der EEG-Vergütung in Bezug auf die wirtschaftlichen Nachteile würde eine genaue wirtschaftliche Analyse der Konsequenzen für die betroffenen Anlagen voraussetzen und kann daher aus juristischer Sicht nicht abschließend beurteilt werden.

Soweit der Gesetzgeber die Zusammenfassung von Anlagen jedoch damit begründet, dass die frühere Strategie der Errichtung vieler kleiner Einzelanlagen *bereits nach der alten Rechtslage rechtswidrig* gewesen sei, können sich die Anlagenbetreiber nicht auf Vertrauensschutz berufen, da das Vertrauen auf eine rechtswidrige Anspruchslage nicht schutzwürdig ist.

Der Notwendigkeit einer Übernahme des § 19 EEG 2009 in die Übergangsvorschriften nach § 66 EEG 2009 könnte daher entgegenstehen, dass auch nach altem Recht eine rechtsmissbräuchliche und damit rechtswidrige Umgehung des Leistungsklassenprinzips<sup>214</sup> vorlag, wenn ein vernünftiger Anlagenbetreiber angesichts der gesamtwirtschaftlichen Folgekosten statt vieler kleiner Anlagenmodule mehrere größere oder eine einzi-

---

<sup>209</sup> Vgl. Kersting/Hagmann, S. 217 m.w.N.

<sup>210</sup> Eine Verfestigung dieser Rechtsprechung ist jedoch allein im Bereich des Sozialversicherungsrechts und des Steuern- und Abgabenrechts eingetreten, vgl. z.B. BVerfGE 40, 65 ff., 76; 13, 274, 278; 18, 135, 143; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20, Rn. 70.

<sup>211</sup> Vgl. BT-Drs. 14/2776, S. 24.

<sup>212</sup> Vgl. mit weiteren Ausführungen zum Biomassebegriff als Voraussetzung der Vergütung nach § 6 EEG 2000 und zu der durch Art. 20a GG gegebenen Gestaltungsermächtigung des Gesetzgebers Kersting/Hagmann, S. 218 f. m.w.N.

<sup>213</sup> Klinski, Gutachten EEG-Vergütung, S. 29 f.

<sup>214</sup> Gemeint ist die Differenzierung, um den höheren Stromgestehungskosten kleinerer dezentraler Anlagen Rechnung zu tragen.

ge Anlage errichtet hätte. Die Bundesregierung hat dazu im Jahr 2006 im Rahmen des Entwurfs eines Ersten Gesetzes zur Änderung des EEG auf Antrag des Bundesrates festgestellt, dass das Anlagensplitting auch nach bislang geltendem Recht rechtswidrig war.<sup>215</sup>

Soweit § 19 EEG 2009 demnach nur eine Klarstellung bezüglich der bisherigen Rechtslage ist, liegt keine verfassungswidrige Rückwirkung im oben beschriebenen Sinne vor, so dass diese Auslegung des § 19 EEG 2009 vorzuziehen ist.

Inwieweit ein verfassungswidriger Eingriff in die Vergütungsstruktur durch die Zusammenfassung von Anlagen vorliegt, kann daher nur im Einzelfall geprüft werden.

Mit Beschluss vom 18. Februar 2009 (1 BvR 3076/08) hat das BVerfG einen Antrag auf einstweilige Anordnung abgelehnt, mit dem erreicht werden sollte, § 19 Abs. 1 EEG 2009 einstweilen außer Kraft zu setzen. Der Antrag war von Betreibern eines Bioenergieparks mit 40 Biogasanlagen gestellt worden, die sukzessive im Zeitraum zwischen November 2006 und Dezember 2007 in Betrieb genommen wurden. Die Bf. machten geltend, dass die 40 Anlagen des Bioenergieparks entgegen der bisherigen Rechtslage erstmals als eine Großanlage gälten. Der Bioenergiepark könne angesichts der hiermit verbundenen Vergütungseinbußen nicht mehr wirtschaftlich betrieben werden. Die Anlagenbetreiberin müsse innerhalb kürzester Zeit Insolvenz anmelden. Zwar sind die Entscheidungsgründe zurzeit noch nicht einsehbar; bemerkenswert ist jedoch, dass die Entscheidung denkbar knapp mit fünf zu drei Stimmen erging. Während die Pressemitteilung nur den bloßen Hinweis auf die Gesetzesbegründung über die Klarstellung der bisherigen Rechtslage durch § 19 EEG 2009 enthielt,<sup>216</sup> stellte sich das BVerfG in den Gründen auf den Standpunkt, dass ein „Aufsplitten“ von Anlagen den Regulationsintentionen auf der Vorgängerregelungen des § 19 EEG 2009 zuwiderliefe und daher ein schutzwürdiges Vertrauen nicht entstehen durch daher auch nicht durch § 19 EEG 2009 verletzt werden konnte.<sup>217</sup>

## 18.2 Gasäquivalent

Als grundsätzliche Erleichterung für die Biogaseinspeisung ist die sogenannte Gasabtauschregelung nach § 27 Abs. 2 EEG 2009 anzusehen, welche die Vorgängerregelung aus § 8 Abs. 1 S. 3 EEG 2004 fortführt. Die Vorschrift bestimmt, dass aus dem Gasnetz<sup>218</sup> entnommenes Biogas als Biomasse gilt, soweit die entnommene Gasmenge im Wärmeäquivalent am Ende des Kalenderjahres der eingespeisten Gasmenge entspricht. Erfasst ist alles Gas aus Biomasse – etwa auch aus der Holzvergasung – und nicht nur Biogas, das bei Vergärungsprozessen anfällt.<sup>219</sup> Neu ist die Pflicht zum Ausgleich der Mengen im Kalenderjahr. Weitere Voraussetzung des Vergütungsanspruchs ist, dass die Anlage den Strom in Kraft-Wärme-

<sup>215</sup> BT-Drs. 16/2455, S. 13, 14.

<sup>216</sup> Vgl. Pressemitteilung des BVerfG <http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg09-015.html>.

<sup>217</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss v. 18.02.2009, 1 BvR 3076/08, Rn. 68 ff.

<sup>218</sup> Gemeint sind alle Gasversorgungsnetze im Sinne des § 3 Nr. 20 EnWG, nicht jedoch Direktleitungen gem. § 3 Nr. 12 EnWG.

<sup>219</sup> Vgl. Begründung EEG-Kabinettsentwurf, BT-Drs. 16/8148, S. 40.

Kopplung nach Maßgabe der Anlage 3 EEG 2009 erzeugt. Der Emissionsminderungs-Bonus und der Gülle-Bonus<sup>220</sup> können dabei jedoch nicht geltend gemacht werden, EEG 2009 Anlage 2 VI. 2 b S. 2.

Damit kann der Biogaseinspeiser nicht nur die Speicherungsfunktion des Netzes sondern auch dessen Kreditfunktion in Anspruch nehmen und muss somit die vereinbarten Gasmengen nur innerhalb eines Jahres ausgleichen.

### 18.3 Grundvergütung

Der gesetzliche Vergütungsanspruch nach § 16 EEG 2009 wird von dem Zeitpunkt an gewährt, in dem die Anlage im einzurichtenden Anlagenregister eingetragen ist, § 16 Abs. 2 iVm. § 64 Abs. 1 S. 1 Nr. 9 EEG 2009. Für Strom aus Biomasse bestimmt sich die Grundvergütung nach § 27 Abs. 1 EEG 2009 nach folgenden Leistungsklassen:

- bis 150 kW 11,67 Ct/KWh
- bis 500 kW 9,18 Ct/KWh
- bis 5 MW 8,25 Ct/KWh
- bis 20 MW 7,79 Ct/KWh.

Der Vergütungsanspruch besteht daher nur bis zu einer tatsächlichen Leistung von 20 MW.

Damit sind die Vergütungssätze des EEG 2004 weitergeschrieben worden mit Ausnahme der Vergütung für die Leistung bis 150 kW, die auf 11,67 Ct/KWh angehoben worden ist.

Die Grundvergütung wird gewährt, wenn *ausschließlich Gas aus Biomasse* verwendet wird. Fraglich ist jedoch, ob die Grundvergütung in einem Zeitraum, in dem kein Biogas zur Verfügung steht, gleichwohl aber Strom erzeugt werden soll, dauerhaft oder nur für diesen Zeitraum entfällt. Der Wortlaut, der sich auf für die Stromerzeugung „entnommenes Gas“ bezieht, könnte für einen nur zeitweisen Wegfall der Vergütung sprechen. Diese Unsicherheit müsste in der Praxis gleichwohl zur Konsequenz haben, dass bei der Entnahme von Biogas aus dem Erdgasnetz im Sinne des § 27 Abs. 2 EEG 2009 sichergestellt werden muss, dass ein entsprechendes Biogas-äquivalent in der in Abs. 2 genannten Jahresfrist zur Verfügung steht. Die gleiche Frage stellt sich nicht nur bei der Grundvergütung, sondern auch bei den Bonus-Regelungen.

Zulässig ist es nach § 27 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 weiter, neben Biomasse im Sinne der BiomasseVO auch sonstige Biomasse nach der Definition der RL 2001/77 EG<sup>221</sup> wie beispielsweise Klärschlamm einzusetzen, was aber

<sup>220</sup> S. dazu unten 18.6, 18.7.

<sup>221</sup> Richtlinie 2001/77/EG zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt v. 27.09.2001, ABl. L 283/33.

weiterhin (und begriffsnotwendig) die zusätzliche Gewährung des NawaRo-Bonus ausschließt.

Für Anlagen mit einer *Leistung über 5 MW* wurde in § 27 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2009 geregelt, dass der Vergütungsanspruch nur dann besteht, wenn der Strom in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugt wird. Es handelt sich hierbei um eine neue und für die Biogaseinspeisung wichtige Voraussetzung. Wie in der Soll-Vorschrift des § 41a S. 2 GasNZV, nach der Biogas als Kraftstoff oder in der Kraft-Wärme-Kopplung eingesetzt werden soll, zeigt sich auch hier der gesetzgeberische Wille, die Biogaseinspeisung als Klimaschutzinstrument einzusetzen. Deren Vorteil der effektiven Nutzbarkeit der Prozesswärme bei der Stromerzeugung soll daher durch die EEG-Vergütung ab einer Anlagengröße von 5 MW fixiert werden.

An die Grundvergütung sind weiter mehrere Boni gekoppelt, § 27 Abs. 4, 5 EEG 2009, deren Voraussetzungen in drei Anlagen des Gesetzes geregelt sind. Für bestehende Anlagen sind darüber hinaus die Übergangsvorschriften zu berücksichtigen. Die Degression beträgt gemäß § 20 Abs. 2 Nr. 5 EEG 2009 jährlich 1% und gilt jetzt auch für die Bonusvergütungen.

#### 18.4 Technologie-Bonus, § 27 Abs. 4 Nr. 1 EEG 2009

Der Technologie-Bonus nach § 27 Abs. 4 Nr. 1, Anlage 1 EEG 2009 setzt – unabhängig von der Anlagengröße und weiterer Voraussetzungen nach Anlage 1 – die *Stromerzeugung in Kraft-Wärme-Kopplung* voraus, § 27 Abs. 4 Nr. 1 EEG 2009.

Der Technologie-Bonus in Höhe von 2 Ct/KWh wird gemäß Anlage 1 EEG 2009 zum einen gewährt, wenn eine *innovative Anlagentechnik* vorliegt. Der Anspruch besteht für Anlagen mit einer Leistung bis einschließlich 5 MW. Diese Grenze wird nicht begründet. Nach EEG 2009 Anlage 1 II gilt der Bonus für die Umwandlung von Biomasse in Strom durch Verfahren der thermochemischen Vergasung, Stromerzeugung mittels Brennstoffzellen, Gasturbinen, Dampfmotoren, ORC-Anlagen, Mehrstoffgemisch-Anlagen, insbesondere Kalina-Cycle-Anlagen und Stirling-Motoren. Hinzugekommen sind Techniken zur thermochemischen Konversion ausschließlich von Stroh oder anderer halmgutartiger Biomasse sowie Anlagen zur ausschließlichen Vergärung von Bioabfällen, die unmittelbar mit einer Einrichtung zur Nachrotte der festen Gärrückstände verbunden sind die nachgerotteten Gärrückstände stofflich verwertet. Entfallen ist der Bonus für die Trockenfermentation.<sup>222</sup> Der Technologie-Bonus wird nur einmal und nur für den Teil der Stromerzeugung gewährt, der in dem genannten Verfahren erzeugt wird.<sup>223</sup> Problematisch ist jedoch der Nachweis der Voraussetzungen. Der KWK-Bonus (§ 27 Abs. 4 Nr. 3, Anlage 3 II Nr. 2 EEG 2009) und den NawaRo-Bonus (§ 27 Abs. 4 Nr. 2, Anlage 2 I Nr. 3 EEG 2009) müssen durch gesonderte Umweltgutachten nachgewiesen werden. Diese Regelungen können aufgrund der speziellen Voraussetzungen dieser beiden Boni auf die Regelung nach § 27 Abs. 4 Nr. 1 EEG 2009 nicht ohne weiteres analog angewendet werden. Aufgrund der kostenintensiven Anforderung von Gutachten bedeutete diese Verpflichtung eine nicht unerhebliche Belastung für die Anlagenbetreiber und damit einen Eingriff in de-

<sup>222</sup> Vgl. Wernsmann, S. 331 m.w.N.

<sup>223</sup> BT-Drs. 16/8148, S. 79.

ren Grundrechte aus Art. 12 und 14 GG. Aufgrund des Gesetzesvorbehaltes aus Art. 20 Abs. 1 GG müsste hier eine gesetzliche Regelung bezüglich des Nachweises getroffen werden.

Für die *Gasaufbereitung* wird nach EEG 2009 Anlage 1 I Nr. 1 vorausgesetzt, dass es bei der Aufbereitung des eingespeisten Gases auf Erdgasqualität zu einer maximalen Methangasemission von 0,5% in die Atmosphäre kommt.<sup>224</sup> Auch der Stromverbrauch darf höchstens 0,5 kWh pro Nm<sup>3</sup> Rohgas betragen. Weiter muss die für Gasaufbereitung notwendige Prozesswärme ebenfalls aus erneuerbaren Energien stammen. Der Technologiebonus wird schließlich nur bis zu einer maximalen Kapazität von 700 Nm<sup>3</sup> aufbereitetes Rohgas fällig. Darunter fallen durch den Verweis auf §§ 24, 25, 27 EEG 2009 Deponiegas, Klärgas und auch Gas aus Biomasse, welches durch § 41b Nr. 1 GasNZV iVm. § 3 Nr. 10c EnWG mittlerweile einheitlich definiert ist.

Die Höhe der Vergütung für die Gasaufbereitung selbst richtet sich gemäß EEG 2009 Anlage 1 I Nr. 2 nach der Größe der Aufbereitungsanlage. Bis zu einer Grenze von 350 Nm<sup>3</sup> aufbereitetem Rohgas wird ein Technologiebonus von zwei Cent pro Kilowattstunde gewährt, darüber und bis zu einer Höhe 700 Nm<sup>3</sup> wird ein Cent pro Kilowattstunde fällig.

Aus den Voraussetzungen wird die gesetzgeberische Anstrengung erkennbar, einen spezifischen Anreiz zum Einsatz innovativer, besonders energieeffizienter und damit umwelt- und klimaschonender Anlagentechniken zu setzen sowie die potentiell höheren Investitionskosten vor allem für die Gasreinigung abzufedern. Daher ist bei der Stromerzeugung aus Biomasse der Technologiebonus auch mit dem NawaRo-Bonus und dem KWK-Bonus kumulierbar.<sup>225</sup> Das Klimaschutzziel wird dabei vor allem durch die Begrenzung der Methan-Emissionen, des Stromverbrauchs und der ausschließlich angeordneten Nutzung der Kraft-Wärme-Kopplung deutlich. Die Erreichbarkeit dieses Ziels, die Angemessenheit der Vergütungshöhe sowie die technische Umsetzbarkeit der Voraussetzungen des Technologie-Bonus können aus rechtlicher Sicht jedoch nicht beurteilt werden.

## 18.5 KWK-Bonus, § 27 Abs. 4 Nr. 3 i.V.m. Anlage 3 EEG 2009

Der KWK-Bonus beträgt 3 Cent/kWh für eine Leistung bis einschließlich 20 MW und ist damit 1 Cent höher als im EEG 2004. Er setzt zunächst nach Anlage 3 EEG 2009 voraus, dass der Strom in Kraft-Wärme-Kopplung nach § 3 Abs. 4 KWKG erzeugt wird und dabei eine Wärmenutzung stattfindet, die einer gesonderten Positivliste des Anhang 3 III zu entnehmen ist (Beheizung/Kühlung von energieeffizienten Gebäuden, Fernwärmenetze mit geringen Wärmeverlusten, Prozesswärme in industriellen Prozessen).

Nach Anlage 3 I Nr. 3 EEG 2009 ist es darüber hinaus erforderlich, dass fossile Energieträger für die Wärmenutzung ersetzt werden und dafür Mehrkosten von mindestens 100,- € pro kW Wärmeleistung entstehen. Soweit diese klimaschützenden und ökonomischen Voraussetzungen feh-

<sup>224</sup> Hierbei wird kritisiert, dass diese Emission nur mit hohem Aufwand messbar ist, vgl. Walter, Förderung der Gaseinspeisung durch ausgewählte Meseberg-Gesetze, in: Rechtsfragen der Einspeisung von Biogas in die Gasnetze, i.E.

<sup>225</sup> Vgl. Entwurfsbegründung B, S. 82 f.

len, entfällt der Bonus. Eine „Ersetzung“ fossiler Energien liegt nicht bei einer Veränderung bestehender Wärmenutzungen, sondern auch dann vor, wenn neue Wärmeabnehmer errichtet werden, für die ansonsten fossile Wärmeträger genutzt würden.<sup>226</sup> Der Nachweis dieser Voraussetzungen wird durch Umweltgutachten belegt. Eine Negativliste (Anlage 3 IV. EEG 2009) schließt solche Wärmenutzungen aus, die nicht in energieeffizienten Gebäuden nach § 1 Abs. 1, 2 EnEV erfolgten oder mit denen ihrerseits Strom erzeugt wird. Der Bonus kann auch von Anlagenbetreibern geltend gemacht werden, die Biogas aus dem Erdgasnetz entnehmen.

## 18.6 Emissionsbonus, § 27 Abs. 5 EEG 2009

§ 27 Abs. 5 EEG 2009 gewährt als zusätzlichen Anreiz einen „Emissionsminderungsbonus“ in Höhe von 1 Ct/KWh, für Anlagen mit einer Leistung bis einschließlich 500 kW. Betroffen sind ausschließlich nach dem BImSchG genehmigte Biogasanlagen, die Strom erzeugen und dabei behördlich bestätigt den nach der TA Luft geltenden Formaldehyd-Grenzwerte einhalten. Demnach fällt dieser Bonus nur bei direkt verstromenden Biogasanlagen an und gilt nicht, wenn das Gas aus einem Gasnetz entnommen wird, §§ 27 Abs. 5, 66 Abs. 1 Nr. 4a S. 2 EEG 2009. Altanlagen „bis einschließlich einer Anlagenleistung von 500 kW“ können diesen Bonus unabhängig von einer BImSchG-Genehmigung in Anspruch nehmen, § 66 Abs. 1 Nr. 4a S. 1 EEG 2009.

Neben der Frage nach dem rechtspolitischen Grund für den Ausschluss künftiger baugenehmigter Anlagen, während bestehende Anlagen den Bonus unabhängig von einer BImSchG-Genehmigung geltend machen können,<sup>227</sup> stellt sich aus der Sicht der Biogaseinspeisung die Frage nach einer Rechtfertigung dafür, dass Anlagen, die Biogas aus dem Erdgasnetz entnehmen, keinen Emissionsbonus erhalten. Eine Erläuterung findet sich dazu weder in den Entwurfsbegründungen noch im EEG-Erfahrungsbericht des BMU.<sup>228</sup>

Auch im Verlauf des Projekts fand sich keine technische Begründung dafür, direkt verstromende Biogasanlagen und Stromerzeugungsanlagen, die das Biogas aus dem Netz entnehmen, zu unterscheiden. Der Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG, der in allen Bereichen geltender Verfassungsgrundsatz ist<sup>229</sup> und ein allgemeines Willkürverbot enthält,<sup>230</sup> gebietet, wesentlich gleiche Sachverhalte gleich zu behandeln. Beide Anlagentypen nutzen Biogas oder das nach § 27 Abs. 2 EEG 2009 entsprechend zu behandelnde Biogasäquivalent, um Strom zu erzeugen. Bei der Stromerzeugung müssen beide Anlagentypen die in § 27 Abs. 5 EEG 2009 geforderten Formaldehydemissions-Grenzen der TA Luft einhalten. Mangels Begründung der Ungleichbehandlung ist die Herausnahme von Stromerzeugungsanlagen, die Biogas aus dem Erdgasnetz entnehmen, aus

---

<sup>226</sup> BT-Drs. 16/8148, S. 81.

<sup>227</sup> Vgl. Wernsmann, S. 332.

<sup>228</sup> BMU: Analyse und Bewertung der Wirkungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) aus gesamtwirtschaftlicher Sicht („EEG-Erfahrungsbericht 2007“), einsehbar unter <http://www.erneuerbare-energien.de/inhalt/41487/main>.

<sup>229</sup> BVerfGE 6, 84, 91; 38, 225, 228.

<sup>230</sup> BVerfGE 23, 98, 106 f.; 78, 232, 248.

dem Emissionsbonus nach § 27 Abs. 5 S. 1, 2 EEG 2009 im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich bedenklich.<sup>231</sup>

## 18.7 NawaRo-Bonus, § 27 Abs. 4 Nr. 2, Anlage 2 EEG 2009

Der Bonus für Strom aus nachwachsenden Rohstoffen ist jetzt ausschließlich in Anlage 2 EEG 2009 geregelt, die grundsätzlich auch für Altanlagen gilt. Für Biogasanlagen erhöht sich die Vergütung im Vergleich zum Allgemeinen Bonus (Anlage 2 VI 1 EEG 2009: 6 Cent/kWh) auf 7 Cent/kWh bis zu einer Leistung von 500 kW, Anlage 2 VI 2 EEG 2009. Bis zu einer Leistung von 5 MW beträgt sie wie bisher 4 Cent/kWh.

Anlage 2 I Nr. 1 EEG 2009 gibt im Wesentlichen die Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 EEG 2004 wieder, wonach Anlagen mit einer höheren Leistung als 150 kW den Bonus nur dann erhalten, wenn sie ausschließlich feste oder gasförmige Biomasse einsetzen. Zur Begründung wird auf die Biokraftstoffziele und die ungelöste Zertifizierungsproblematik von Palm- und Sojaöl verwiesen.<sup>232</sup> Ausgenommen davon sind Altanlagen, § 66 Abs. 1 Nr. 2a S. 2 EEG 2009.

Bezüglich des *Stoffeinsatzes* werden zur Vereinfachung der Verwaltungspraxis die zulässigen Einsatzstoffe in einer Positivliste (Anlage 2 III. EEG 2009) zusammengefasst.<sup>233</sup> In der Negativliste werden vor allem Stoffe aufgeführt, die einer weiteren Behandlung unterzogen wurden, welche das Vorliegen von nachwachsenden Rohstoffen i.S.d. Anlage 2 II. Nr. 2 EEG 2009 begrifflich ausschließt.<sup>234</sup> Das bisherige Ausschließlichkeitsprinzip bezüglich unbehandelter nachwachsender Rohstoffe ist insoweit gelockert worden, als auch die unter Anlage 2 V EEG 2009 gefassten rein pflanzlichen Nebenprodukte eingesetzt werden können.<sup>235</sup>

Nach Anlage 2 Nr. 3 EEG 2009 wird die Vergütung auch für den nur anteiligen „NawaRo-Strom“ gewährt. Dieser Anteil muss durch einen Umweltgutachter nachgewiesen werden, Anlage 2 I Nr. 3 S. 2 EEG 2009.<sup>236</sup>

Ein zusätzliche, für den Klimaschutz wichtige Voraussetzung ist die Pflicht, bei nach dem BImSchG genehmigten Biogasanlagen die *Gärrestlager* gasdicht abzudecken und eine zusätzliche Gasverbrauchseinrichtung für einen Störfall oder eine Überproduktion zu verwenden, Anlage 2 EEG 2009 I Nr. 4. Dies gilt nicht für Altanlagen, § 66 Abs. 1 Nr. 2a S. 2 EEG 2009.

Anlage 2 EEG 2009 führt zum Bonus für nachwachsende Rohstoffe im Sinne von II 1 nicht aus, ob er auch dann anfällt, wenn *Biogas aus dem Erdgasnetz entnommen* wird. Dafür spricht, dass Anlage 2 I 1. lit. a EEG 2009 ausdrücklich Gas aus anaerober Vergärung unter den Begriff der nachwachsenden Rohstoffe mit der Folge der Bonusvergütung fasst. Die

<sup>231</sup> Als Begründung mag gelten, dass die Einhaltung von TA Luft-Emissionsgrenzwerten bei Direktverstromungsanlagen im Vergleich zu Erdgas-KWK-Anlagen höhere technische und finanzielle Aufwendungen erfordert.

<sup>232</sup> BT-Drs. 16/8148, S. 80. Zur Vergütungsproblematik nach bisherigem Recht siehe Ehrlicke, ZNER 2007, 137; a.A. der Erfahrungsbericht zum EEG 2008, S. 82.

<sup>233</sup> Zur unklaren Rechtslage bzgl. Substanzen für die Zünd- und Stützfeuerungen vgl. Wernsmann, 332 f. m.w.N.

<sup>234</sup> Zu Betriebshilfsmitteln, die zur Verbesserung der Gaserzeugung beitragen vgl. Wernsmann, S. 332.

<sup>235</sup> Zu den bisher zulässigen Einsatzstoffen vgl. Altrock/Oschmann/Theobald, § 8, Rn. 65.

<sup>236</sup> Dabei ist jedoch unklar, in welchen Zeitabständen die Überprüfung erfolgen muss.

Anwendbarkeit der Bonusregelung auf ausgespeistes Biogas ergibt sich zudem aus § 27 Abs. 2 EEG 2009.

Schließlich zeigt sich dieses Ergebnis auch in der Abgrenzung zum sogenannten „Gülle-Bonus“ nach Anlage 2 VI 2 b EEG 2009. Dieser erhöht den NawaRo-Bonus bis zu einer Anlagenleistung von 150 kW um 4,0 Cent bzw. bis 500 kW um 1,0 Cent/kWh, soweit in der Biogasanlage ein durch Umweltgutachten nachweisbarer Mindestanteil von 30 Masseprozent Gülle im Sinne der EU-Hygiene-Verordnung (EG) 1774/2002 zur Stromerzeugung verwendet wird. Dieser Bonus gilt im Gegensatz zum Bonus nach Anlage 2 IV 2 lit. a EEG 2009 ausdrücklich *nicht für Anlagen, die Biogas aus dem Erdgasnetz entnehmen*, Anlage 2 VI 2 lit. b, letzter Satz EEG 2009. Diese Ausnahme könnte sich wegen des erheblichen Aufschlages durch den Gülle-Bonus einen möglicherweise nachteilig für die Biogaseinspeisung auswirken. Die Direktverstromung in kleinen Anlagen mit einer Leistung von 150 kW könnte damit sehr attraktiv werden<sup>237</sup> und so dass eine gute Möglichkeit vergeben wäre, die Erreichung der Einspeisungsziele aus § 41a GasNZV<sup>238</sup> wesentlich zu beschleunigen.

Ebenso wie bei der Herausnahme der Netzentnahme aus dem Emissions-Bonus nach § 27 Abs. 5 S. 2 EEG 2009 bestehen hier verfassungsrechtliche Bedenken, da sich auch für diese Ausnahme weder eine technische, klimaschützende oder sonst ökologische Rechtfertigung findet. Für den Einsatz der Gülle als Biogasträger ist es für die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien unerheblich, ob das aus der Gülle gewonnene Biogas direkt verstromt wird oder davor in das Erdgasnetz eingespeist wurde.

Der sogenannte *Bonus für Landschaftspflegematerial* erhöht den NawaRo-Bonus um 2 ct/kWh bis zu einer Leistung von 500 kW. Der Bonus wird dann fällig, wenn überwiegend Pflanzen oder Pflanzenteile aus der Landschaftspflege eingesetzt werden.<sup>239</sup> Hierin kann grundsätzlich eine fördernde Wirkung für die Biogaserzeugung und damit möglicherweise auch für die Biogaseinspeisung gesehen werden. Unklar ist dabei jedoch die Bestimmung des „überwiegenden“ Anteils,<sup>240</sup> der einer gesetzgeberischen Klarstellung bedarf.

## 19 Förderung durch das EEWärmeG?

Das EEWärmeG<sup>241</sup> soll die gesetzliche Lücke schließen, die aus der Sicht des Klimaschutzes gegenüber der Wärmeversorgung besteht – dies vor dem Hintergrund, dass die Hälfte der gesamten Endenergie in Deutschland nur im Wärmemarkt umgesetzt wird.<sup>242</sup> Das EEWärmeG schreibt eine Pflicht für Neubauten zur Nutzung erneuerbarer Energien für die Wärmeversorgung vor, §§ 3-6 EEWärmeG.

<sup>237</sup> Vgl. Loibl/Helm, S. 84.

<sup>238</sup> S. dazu o. 3.

<sup>239</sup> Grasschnitt etc. vgl. Altröck/Oschmann/Theobald, EEG § 8 Rn. 65.

<sup>240</sup> Denkbar sind ein 51% Anteil, wobei jedoch die Bezugsgröße unklar ist. Der Anteil könnte sich auf das Volumen, das Gewicht der Frischmasse oder das Gewicht der Trockensubstanz beziehen, vgl. Wernsmann, S. 332.

<sup>241</sup> Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz vom 7. August 2008 (BGBl. I S. 1658).

<sup>242</sup> Vgl. Wustlich, S. 114.

Für die Erfüllung der Nutzungspflicht muss der Wärmeenergiebedarf zu mindestens 30% mit Biogas gedeckt werden, § 5 Abs. 2 EEWärmeG. Aus Klimaschutzgründen sieht II Nr. 1 lit. a der Gesetzesanlage vor, dass Biogas nur genutzt werden darf, wenn es in einer Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlage (KWK-Anlage) eingesetzt wird. Auch wenn § 5 II EEWärmeG nur auf II Nr. 1 der Gesetzesanlage verweist, ergibt sich aus dem Vorspann der Nr. V der Gesetzesanlage, dass die Biogas-KWK-Anlage auch hocheffizient sein muss.

Damit Biogas auch in KWK-Anlagen eingesetzt werden kann, die nicht unmittelbar am Ort des Biogasproduzenten betrieben werden, ist hierfür eine Einspeisung des Biogases in das bestehende Erdgasnetz erforderlich.

Diese Anforderung für die Wärmenutzung könnte sich als gesetzlich verordnetes Einsatzgebiet für Biogas auf dessen Einspeisung förderlich auswirken. Zwar ist der Neubaubereich gekennzeichnet durch vergleichsweise energieeffiziente Vorhaben und fällt daher gegenüber dem überwiegend ineffizienten Altbestand nicht ins Gewicht. Die Ausweitung auf den Altbestand – wie in Baden-Württemberg – bedeutete demgegenüber eine erhebliche Ausweitung der Biogasnachfrage. Bei einem Einsatz von Biogas in Gasthermen im Wohnbereich wären jedoch die klimaschützenden Effekte des Einsatzes von Biogas fraglich, da zum einen gegenüber etwa dem Einsatz in KWK-Anlagen die geringste CO<sub>2</sub>-Einsparung stattfindet und durch die Substituierung von Erdgas zudem der klimafreundlichste fossile Energieträger verdrängt würde.<sup>243</sup>

## 20 Stellungnahme zum Förderrahmen

Das EEG bietet viele Ansätze, die Einspeisung von Biogas zu fördern. Hierzu zählt neben den Bonus-Regelungen vor allem die Gasabtauschregelung aus § 27 Abs. 2 GasNZV. Freilich kann von juristischer Seite aus keine Aussage über die „richtige“ Förderhöhe oder eine besondere Anlagengröße bzw. -leistung getroffen werden, die zu einem Förderoptimum auch mit Rücksicht auf den Klimaschutz führte. Auch hier muss sich die fördernde Wirkung erst in der Praxis zeigen. Andererseits ergeben sich unter Umständen verfassungsrechtliche Bedenken der Zusammenfassung von Anlagen,<sup>244</sup> dem Emissionsbonus in punkto Nachweis und Gleichbehandlung<sup>245</sup> und dem Güllebonus ebenfalls bezüglich der Gleichbehandlung von Direktverstromung und Entnahme aus dem Gasnetz.<sup>246</sup>

Die auf die Nachhaltigkeit ausgerichtete NachV-BioSt<sup>247</sup> könnte dabei die im Projektsinne benötigte ökologisch verträgliche und klimafreundliche

---

<sup>243</sup> Vgl. Abschlussbericht Band 6 Kap. 7.

<sup>244</sup> Vgl. o. 18.1.

<sup>245</sup> Vgl. o. 18.6

<sup>246</sup> Vgl. o. 18.7.

<sup>247</sup> Vgl. o. 2.2.

Biomassegewinnung sicherstellen. Es sind jedoch auch dabei weitere Praxiserfahrungen notwendig, um rechtlichen Handlungsbedarf feststellen zu können.

## 21 Zusammenfassung

1. Das für die *Biomasseerzeugung* zurzeit geltende Recht bietet nur wenige Ansätze für die nachhaltige Erzeugung, was aufgrund der Komplexität und Situationsgebundenheit der dabei stattfindenden Prozesse und ihrer Wechselwirkungen auch nachvollziehbar ist. Es bieten sich daher weniger regelnde Instrumente als *eher die Planung und die Planungsträger unterstützende Informationen* zur Schaffung eines entsprechenden Problembewusstseins an. Gleichwohl verlangt die Beherrschung von Nutzungskonflikten zwischen Energieerzeugung und Nahrungsmittelerzeugung, sowie die Gewährleistung einer klimaschonenden und nachhaltigen Biomasseerzeugung mittelfristig eine Regelung. Die *fehlenden Regelungen im Landwirtschaftsrecht* wirken daher umso schwerer, da Nutzungskonflikte und Nachhaltigkeit sinnvollerweise im Gegensatz etwa zum Recht der Raumordnung oder Anlagengenehmigung im Agrarrecht oder im Recht der Biogasförderung geregelt werden müssten. Immerhin kündigt sich im Förderungsrecht zumindest für die Verstromung flüssiger Biomasse mit der BioNachVO ein möglicherweise hilfreiches Instrument in Form eines vor allem den Klimaschutz berücksichtigenden Zertifizierungssystems an. Eine solche Zertifizierung könnte auch für eingespeistes Biogas ein sinnvoller Ansatz sein, der sich jedoch erst in der Praxis bewähren müsste.
2. Das Recht der Raumordnung bietet geeignete Instrumente für die Zulassung und den weiteren Ausbau einspeisender Biogasanlagen. Die fehlenden Planungen in der Praxis bieten jedoch Anlass, auf gesetzlicher Ebene klarstellend den weiteren Ausbau anzuordnen, z.B. in Form eines weiteren Grundsatzes der Raumordnung, um den weiteren Ausbau in den nachfolgenden planerischen Abwägungen mit einem höheren Gewicht zu versehen. Zusätzlich sollte ein weiterer Hinweis auf die Festsetzung von entsprechenden raumordnerischen Zielen im ROG aufgenommen werden.
3. Das Bauleitplanungsrecht enthält bereits den positiv-gesetzlich geltenden Auftrag zum Klimaschutz, § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB. Auch ist die Möglichkeit der Zulassung von Biogasanlagen im Außenbereich als privilegiertes Vorhaben erfasst. Die relativ engen Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB sollten mit Rücksicht auf die Ausbauziele nach § 41a GasNZV entfallen und einer Regelung ähnlich der Förderung der Wind- und Wasserkraft in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB weichen.
4. Das Recht der Anlagengenehmigung postuliert für Biogasanlagen keine unüberwindbaren Hindernisse. Durch die Aufteilung des Genehmigungsregimes in Anlagen, die nach BImSchG und solchen, die nach Baurecht und sonstigen materiellen Vorgaben zu genehmigen sind, gestaltet sich die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit hoch komplex. Neben begrifflichen Unklarheiten wird diese Komplexität noch durch die sich aus dem jeweiligen Genehmigungsregime ergebenden Konsequenzen in anderen Rechtsbereichen, wie Genehmigungsverfahren, UVP, Vorsorgepflichten, Stand der Technik, Förderung nach dem EEG oder Rechtsschutz erhöht. Diesem Problem sollte durch eine Vereinheitlichung des Genehmigungsregimes begegnet werden. Soweit dies

nicht durch ein neues Umweltgesetzbuch geschieht, könnte alternativ eine eigene BImSchVO für die Genehmigung von Biogasanlagen erlassen werden, die Biogasanlagen als Gesamtkomplex einer Genehmigung unterwirft und die Betreiberpflichten sowie den Stand der Technik regelt.

5. Der neu geschaffene Regelungskomplex der §§ 41a ff. GasNZV, §§ 20, 20a GasNEV und § 11 Abs. 2 Nr. 8a ARegV sieht sich keinen grundsätzlichen rechtlichen Bedenken ausgesetzt, was ebenso für die Regelungen der Kooperationsvereinbarung III über die Bilanzierung und die Kostenwälzung gilt. Die Wirksamkeit dieses Regelwerkes, das einige und nach den Erkenntnissen des Projektes durchaus fördernde Ansätze enthält, lässt sich jedoch ohne weitere praktische Erfahrungen nicht abschließend beurteilen, so dass hier das Monitoring durch die BNetzA nach § 41g GasNZV abzuwarten ist. Herauszugreifen ist dabei die zurzeit noch ungelöste Frage nach der marktgebietsbeschränkten Kostenwälzung.
6. Die Wirksamkeit der sonstigen ökonomischen Förderung vor allem durch das EEG 2009 muss sich ebenfalls noch in der Praxis zeigen. Verfassungsrechtliche, aber letztlich wohl nicht durchgreifende Bedenken könnten gegenüber einer Zusammenfassung von Anlagen nach § 19 EEG 2009 sowie der Ungleichbehandlung zwischen direkt verstromenden und einspeisenden Biogasanlagen nach § 27 Abs. 5 S. 2, Anlage 2 VI 2 lit. b, letzter Satz EEG 2009.
7. Es lässt sich bezüglich der neuen Regelungen festhalten, dass das Recht der Biogaseinspeisung zwar wie eine Zusammenschau einzelner Rechtsänderungen wirkt. Die Überschneidungen von GasNZV, EEG 2009 und auch des EEWärmeG zeigen jedoch die durchaus planvolle Bioenergiestrategie der Bundesregierung, die den vorrangigen Einsatz von Biogas im KWK- und im Verkehrssektor vorsieht, ablesbar an § 41a S. 2 GasNZV, dem KWK-Bonus aus § 27 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2009 Anlage 3 III 1 EEG 2009. Diese Nutzungen setzen die Einspeisung des Biogases voraus.

## 22 Literatur

1. Altrock, Martin; Oschmann: Volker; Theobald, Christian, EEG – Kommentar, 2. Auflage, München 2008.
2. Battis, Ullrich; Krautzberger, Michael; Löhr, Rolf-Peter: Baugesetzbuch – Kommentar, 10. Auflage, München 2007.
3. Bayerisches Landesamt für Umweltschutz (Hrsg.): Biogashandbuch Bayern, s.u. <http://www.lfu.bayern.de/abfall/fachinformationen/biogashandbuch/index.htm>.
4. Brettschneider, Sigrun: Das EEG 2009, IR, S. 186 f.
5. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit: Forschungsvorhaben „Optimierungen für einen nachhaltigen Ausbau der Biogaserzeugung und -nutzung in Deutschland, Materialbände F, G, H, J, M; abrufbar unter <http://www.ifeu.de/index.php?bereich=lan&seite=biogas#download>.
6. Dombert, Matthias: Was bringt das EAG Bau im Bereich der Landwirtschaft?, AUR 2004, S. 393 ff.
7. Ernst, Werner; Zinkahn, Willy; Bielenberg, Walter, Krautzberger, Michael: Baugesetzbuch, Kommentar, München 2008, Loseblatt, Stand: 10/2008.
8. Frenz, Walter: Föderalismusreform im Umweltschutz, NVwZ 2006, S. 742 ff.
9. Germer, Christoph; Loibl, Helmut: Energierecht, 2. Auflage, Berlin 2007.
10. Gitzbrecht, Ilka: Standardverträge für Biogaseinspeisungen im Zweitvertragsmodell in: Rechtsfragen der Einspeisung von Biogas in die Gasnetze, i.E., zitiert nach Typoskript.
11. Graßmann, Nils: Die vorrangige Einspeisung von Biogas in die Erdgasnetze – Rechtliche Grundlagen in Energiewirtschaftsgesetz und Gasnetzzugangsverordnung, ZNER 2006, S. 12 ff.
12. , Helmar; Urbisch, Kirsten: Baurechtliche Zulässigkeit für Biomasseanlagen im unbeplanten Außenbereich nach dem EAG Bau, AUR 2005, S. 41 ff.
13. Kersting, Andreas; Hagmann, Joachim: Investitionssicherheit für nach dem EEG geförderte Anlagen, UPR 2001, S. 215 ff.
14. Klinski, Stefan: EEG-Vergütung: Vertrauensschutz bei künftigen Änderungen der Rechtslage? Gutachterliche Stellungnahme im Rahmen des BMU-Projekts „Rechtliche und administrative Hemmnisse für den Ausbau erneuerbarer Energien in Deutschland“, Berlin, 23. August 2005, abrufbar unter [http://www.erneuerbare-energien.de/files/emissionshandel/downloads/application/pdf/klinski\\_vertrauensschutz.pdf](http://www.erneuerbare-energien.de/files/emissionshandel/downloads/application/pdf/klinski_vertrauensschutz.pdf).
15. Klinski, Stefan; Longo, Fabio: Kommunale Strategien für den Ausbau erneuerbarer Energien im Rahmen des öffentlichen Baurechts, ZNER 2007, S. 41 ff.
16. Koch, Hans-Joachim; Mengel, Constanze: Gemeindliche Kompetenzen für Maßnahmen des Klimaschutzes am Beispiel der Kraft-Wärme-Kopplung, DVBl. 2000, S. 953 ff.
17. Lampe, Inken: Die unterschiedlichen rechtlichen Anforderungen an die Zulassung von Biomasseanlagen, NuR 2006, S. 152 ff.
18. Lee, Yeong Heui; Bückmann, Walter; Haber, Wolfgang: Bio-Kraftstoff, Nachhaltigkeit, Boden und Naturschutz, NuR 2008, S. 821 ff.
19. Leidinger, Tobias, Energieanlagenrecht, Stuttgart 2007.
20. Loibl, Helmut; Helm, Markus: Das neue EEG ab 2009 – Balsam und (Rück)schläge, profi 2008, S. 82 ff.

21. Longo, Fabian: Strategische Fragen der Biogaseinspeisung, ZNER 2007, S. 155 ff.
22. Manten, Georg: Biogasanlagen zwischen Immissionsschutz- und Bauplanungsrecht, ZUR 2008, S. 576 ff.
23. Mantler, Matthias: Biomasseanlagen im Außenbereich, BauR 2007, S. 50 ff.
24. Maslaton, Martin: Rechtsfragen bei der Raumplanung und Genehmigung von Biogasanlagen, in: Rechtsfragen der Einspeisung von Biogas in die Gasnetze, i.E., zitiert nach Typoskript.
25. Maunz, Theodor; Dürig, Günter; Herzog, Roman; Scholz, Rupert: Grundgesetze - Kommentar, 53. Auflage, München 2009.
26. Messerschmidt, Klaus: Das künftige Naturschutzrecht, UPR 2008, S. 361ff.
27. Ministerium für Landwirtschaft, Umweltschutz und Raumordnung des Landes Brandenburg (Hrsg.): Biogas in der Landwirtschaft. Erarbeitet von der Arbeitsgruppe Biogas der Brandenburgischen Energie Technologie Initiative (ETI), Potsdam 2003.
28. Rode, Michael; Kanning, Helga: Beiträge der räumlichen Planung zur Förderung eines natur- und raumverträglichen Ausbaus des energetischen Biomassepfades; IzR 2006, S. 104 ff.
29. Rosin, Nicolai: Probleme bei Einwendungsmöglichkeiten des Nachbarn bei der Zulassung von Biogasanlagen im Außenbereich unter besondere Berücksichtigung der Niedersächsischen Rechtslage, NdsVBl. 2007, S. 68 ff.
30. Sachs, Michael (Hrsg.): Grundgesetz, Kommentar, 5. Auflage, München 2009.
31. Schleicher, Tatjana: Bilanzierung von Biogaslieferungen, NuR 2008, S. 838 ff.
32. Schmeding, Thomas: Bundesregierung: Einspeisung von Biogas in Erdgasnetze - - Verordnung in Kraft getreten, IR 2008, S. 116 f.
33. Schmidt, Alexander: Klimaschutz in der Bauleitplanung, NVwZ 2006, S. 1354 ff.
34. Schomerus, Thomas; Sanden, Joachim; Dietrich, Björn: Die Betreiberproblematik bei der bauplanungsrechtlichen Zulassung des Betriebs von Biogasanlagen im Außenbereich unter besonderer Berücksichtigung der niedersächsischen Rechtslage, NordÖR 2006, S. 177 ff.
35. Schumacher, Hanna: Die Neufassung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes im Rahmen des Integrierten Energie- und Klimapakets, ZUR 2008, S. 121 ff.
36. Sötebier, Jan: Die Richtlinie zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen, ZUR 2003, S. 65 ff.
37. Stelkens, Paul; Bonk, Heinz J.; Sachs, Michael: Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar, 7. Auflage, München 2008.
38. Stern, Nicolas: The Economics of Climate Change, Fundstelle: [http://www.hm-treasury.gov.uk/media/C/7/Chapter\\_16\\_Accelerating\\_Technological\\_Innovation.pdf](http://www.hm-treasury.gov.uk/media/C/7/Chapter_16_Accelerating_Technological_Innovation.pdf).
39. Urban, Wolfgang; Girod, Kai; Lohmann, Heiko: Technologien und Kosten der Biogasaufbereitung und Einspeisung in das Erdgasnetz. Ergebnisse der Markterhebung 2007-2008, [http://www.biogaseinspeisung.de/download/2008\\_UMSICHT\\_Technologien\\_und\\_Kosten\\_der\\_Biogasaufbereitung\\_und\\_Einspeisung\\_in\\_das\\_Erdgasnetz.pdf](http://www.biogaseinspeisung.de/download/2008_UMSICHT_Technologien_und_Kosten_der_Biogasaufbereitung_und_Einspeisung_in_das_Erdgasnetz.pdf).
40. Volk, Gerrit: Änderungen der GasNZV, GasNEV und ARegV in: Rechtsfragen der Einspeisung von Biogas in die Gasnetze, i.E., zitiert nach Typoskript.
41. Volk, Einspeiseregulierung für Biogas in Erdgasnetze, et 2008, S. 17 ff.
42. Wernsmann, Philipp: Das neue EEG – Auswirkungen auf Biogasanlagen, AUR 2008, S. 329 ff.

43. Wuppertal Institut et. al.: Analyse und Bewertung der Nutzungsmöglichkeiten von Biomasse – Untersuchung im Auftrag von BGW und DVGW – Band 1, Gesamtergebnisse und Schlussfolgerungen, Wuppertal, Leipzig, Oberhausen, Essen 2005. verfügbar unter: [www.biogaseinspeisung.de](http://www.biogaseinspeisung.de)
44. Wustlich, Guido: „Erneuerbare Wärme“ im Klimaschutzrecht, ZUR 2008, S. 113 ff.