

## **Rechtsgutachten**

### **Analyse der rechtlichen Machbarkeit**

### **von Konzepten für den innovativen Betrieb einer Biogasanlage in der Landgemeinde Am Ettersberg**

erstellt im Auftrag der

Gemeinde Am Ettersberg

im Rahmen des Forschungsvorhabens  
„Organisation ländlicher Energiekonzepte (OLE)“

durch

Rechtsanwalt Dr. Holger Weiß, LL.M.

Rechtsanwalt Dr. Christoph Mayer, LL.M.

Freiburg, den 12.10.2023

#### **FREIBURG**

**Hansjörg Wurster**  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

**Prof. Dr. Dominik Kupfer**

**Dr. Holger Weiß, LL. M.**

**Prof. Dr. Alexander Wichmann**

**Dr. Björn Reith**

**Klaus Berger, LL. M.**

**Johannes Kupfer**  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

**Dr. Till Götz Karrer**

**Dr. Christoph Mayer, LL. M.**

Kaiser-Joseph-Straße 247  
D-79098 Freiburg  
Telefon: (07 61) 21 11 49-0  
Telefax: (07 61) 21 11 49-45  
freiburg@w2k.de

#### **STUTTGART**

**Alfred Bauer**

**Bastian Reuße, LL. M.**

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

**Jörg Bossenmayer**

Fachanwalt für Medizinrecht

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Charlottenstraße 21b

D-70182 Stuttgart

Telefon: (07 11) 24 85 46-0

Telefax: (07 11) 24 85 46-19

stuttgart@w2k.de

[www.w2k.de](http://www.w2k.de)

## Übersicht

<b>A. Die rechtliche Machbarkeitsanalyse im Rahmen des Forschungsvorhabens</b> .....	4
<b>I. Funktion der rechtlichen Machbarkeitsanalyse</b> .....	4
<b>II. Kurzdarstellung der zu analysierenden Konzepte</b> .....	5
1. <i>Konzept 1 (Innovationsmerkmal: Wärmenetz)</i> .....	5
2. <i>Konzept 2 (Innovationsmerkmal: Mobiler Wärmespeicher)</i> .....	6
3. <i>Konzept 3 (Innovationsmerkmal: HTC-Verfahren zur optimierten Klär-/ Fäkalschlamm Entsorgung)</i> .....	7
<b>III. Konzeptübergreifender Charakter der rechtlichen Beurteilung</b> .....	8
<b>B. Rechtliche Beurteilung</b> .....	9
<b>I. Sicherung der Eingangsstoffe</b> .....	9
1. <i>Geltung von Ausschreibungspflichten für die Überlassung der Einsatzstoffe zur Verwertung</i> .....	9
1.1 <i>Potentieller öffentlicher Auftrag</i> .....	9
1.1.1 <i>Bio- und Grüngut</i> .....	9
1.1.1.1 <i>Oberschwellenbereich</i> .....	9
1.1.1.2 <i>Unterschwellenbereich</i> .....	12
1.1.1.3 <i>Zwischenergebnis</i> .....	13
1.1.2 <i>Klär-/Fäkalschlamm</i> .....	13
1.1.3 <i>Weitere Einsatzstoffe</i> .....	13
1.2 <i>Folgen der Geltung von Ausschreibungspflichten</i> .....	14
1.2.1 <i>Vergaberechtliche Ungewissheiten</i> .....	14
1.2.2 <i>Konsequenzen für die Planung und Durchführung des Projekts</i> .....	15
2. <i>Rechtliche Sicherung der langfristigen Überlassung der Einsatzstoffe</i> .....	17
3. <i>Inhouse-Lösung für die Sicherung der Einsatzstoffe und den Betrieb der Verarbeitungsanlagen</i> .....	18
<b>II. Verarbeitung der Eingangsstoffe</b> .....	20
1. <i>Änderung der bestehenden Verarbeitungsanlagen</i> .....	20
1.1 <i>Genehmigungsbedürftigkeit</i> .....	20
1.2 <i>Vereinbarkeit mit materiellem öffentlichem Recht auch bei nicht genehmigungsbedürftigen (= nicht wesentlichen) Anlagenänderungen</i> ....	22
1.3 <i>Genehmigungsfähigkeit</i> .....	23
1.3.1 <i>Formelle Genehmigungsvoraussetzungen</i> .....	23

1.3.2	<i>Materielle Genehmigungsveraussetzungen.....</i>	<i>24</i>
1.4	<i>Insbesondere: Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Biogasanlagen ...</i>	<i>25</i>
2.	<i>Errichtung und Betrieb zusätzlicher Verarbeitungsanlagen.....</i>	<i>26</i>
2.1	<i>Genehmigungsbedürftigkeit .....</i>	<i>26</i>
2.2	<i>Genehmigungsfähigkeit.....</i>	<i>27</i>
2.2.1	<i>Formelle Genehmigungsveraussetzungen.....</i>	<i>27</i>
2.2.2	<i>Materielle Genehmigungsveraussetzungen.....</i>	<i>27</i>
<b>III.</b>	<b>Verwertung der Erzeugnisse .....</b>	<b>28</b>
1.	<i>Kommunales Wärmenetz .....</i>	<i>28</i>
1.1	<i>Rechtlich machbare Realisierungsmodelle.....</i>	<i>28</i>
1.2	<i>Reglementierung des Einsatzes von Biomasse durch das geplante Wärmeplanungsgesetz.....</i>	<i>32</i>
2.	<i>Im HTC-Verfahren gewonnener Bodenverbesserer.....</i>	<i>33</i>
<b>C.</b>	<b>Zusammenfassung der Ergebnisse .....</b>	<b>34</b>
<b>I.</b>	<b>Konzept 1 (Wärmenetz).....</b>	<b>34</b>
<b>II.</b>	<b>Konzept 2 (Mobiler Wärmespeicher).....</b>	<b>35</b>
<b>III.</b>	<b>Konzept 3 (HTC-Verfahren).....</b>	<b>35</b>

## **A. Die rechtliche Machbarkeitsanalyse im Rahmen des Forschungsvorhabens**

### **I. Funktion der rechtlichen Machbarkeitsanalyse**

Gegenstand des Forschungsvorhabens „OLE – Organisation ländlicher Energiekonzepte“ ist die Entwicklung innovativer Energiekonzepte der intra- und interkommunalen Zusammenarbeit im ländlichen Raum.

Ausgangspunkt des Forschungsvorhabens ist eine konkrete Praxissituation, nämlich eine Biogasanlage, die sich im Ortsteil Berlstedt der Landgemeinde Am Ettersberg im Landkreis Weimarer Land (Thüringen) befindet, und die über ein angeschlossenes Blockheizkraftwerk vorrangig zur Stromerzeugung genutzt wird. Sämtliche Betriebskomponenten der Anlage – von den Einsatzstoffen über die Konfiguration der Verarbeitungsanlagen bis hin zur Verwertung der Erzeugnisse – wurden einer Bestands- sowie Potentialanalyse unterzogen. In die Untersuchung flossen konzeptionelle Vorstellungen verschiedener bereits beteiligter bzw. potentieller zukünftiger Akteure ein. Bei diesen handelt es sich um

- die Erzeugergenossenschaft Neumark e. G. als Betreiberin der bestehenden Biogasanlage und Lieferantin von Rindergülle und Stroh als Einsatzstoffe,
- die Landgemeinde Am Ettersberg als Standortgemeinde der Biogasanlage und mögliche Abnehmerin der erzeugten Wärme,
- die Agrargenossenschaft Großbringen e. G. als Lieferantin des Einsatzstoffs Schweinegülle,
- den Landkreis Weimarer Land als öffentlichen Entsorgungsträger und möglichen Lieferanten von Bio- und Grüngut als Einsatzstoffen sowie
- den Abwasserzweckverband Nordkreis Weimar als möglichen Lieferanten des Einsatzstoffs Klär-/Fäkalschlamm.

Als Ergebnis dieser Untersuchung wurden drei Konzepte für den zukünftigen Betrieb der Verarbeitungsanlagen als besonders innovativ identifiziert (s. für eine Kurzdarstellung der einzelnen Konzepte A.II = S. 5).

Aufgabe dieser rechtlichen Machbarkeitsanalyse ist es, die unter technisch-wirtschaftlichen Gesichtspunkten evaluierten Konzepte rechtlich einzuordnen. Die rechtlichen Rahmenbedingungen sind herauszuarbeiten. Es ist zu prüfen, ob und mit welchem Aufwand die Konzepte rechtlich umsetzbar sind.

## II. Kurzdarstellung der zu analysierenden Konzepte

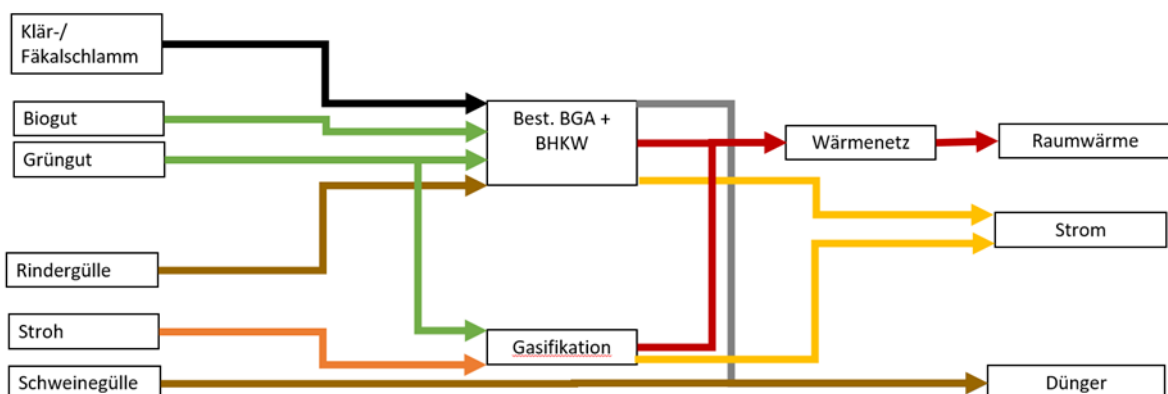
Die drei Konzepte unterscheiden sich sowohl hinsichtlich der Einsatzstoffe für die Biogasanlage als auch hinsichtlich der Konfiguration der Verarbeitungsanlagen und der Verwertung der jeweiligen Erzeugnisse.

### 1. Konzept 1 (Innovationsmerkmal: Wärmenetz)

Bei dem ersten Konzept soll die Bestandsanlage so umgerüstet werden, dass die in ihr erzeugte Energie für den Betrieb eines Wärmenetzes in Berlstedt, einem Ortsteil der Landgemeinde Am Ettersberg, genutzt werden kann.

#### Konzept 1: Zu betrachtendes Unterkonzept

*Konzept 1.1.3.1.4: Wärmenetz Berlstedt + Vergasung (Stroh + GS) + bestehende BGA + BHKW alter Fermenter (RG + KS + BA + GS)*



Zu diesem Zweck sollen die bestehende Biogasanlage und das mit ihr verbundene Blockheizkraftwerk um eine Anlage zur Gasifikation ergänzt werden. Mit der von diesen Anlagen produzierten Wärme wird das neu zu errichtende Wärmenetz in Berlstedt versorgt.

An das Wärmenetz sollen sowohl kommunale Gebäude als auch private Haushalte angeschlossen werden. Der neben der Wärme produzierte Strom ist zur Einspeisung in das Stromnetz vorgesehen.

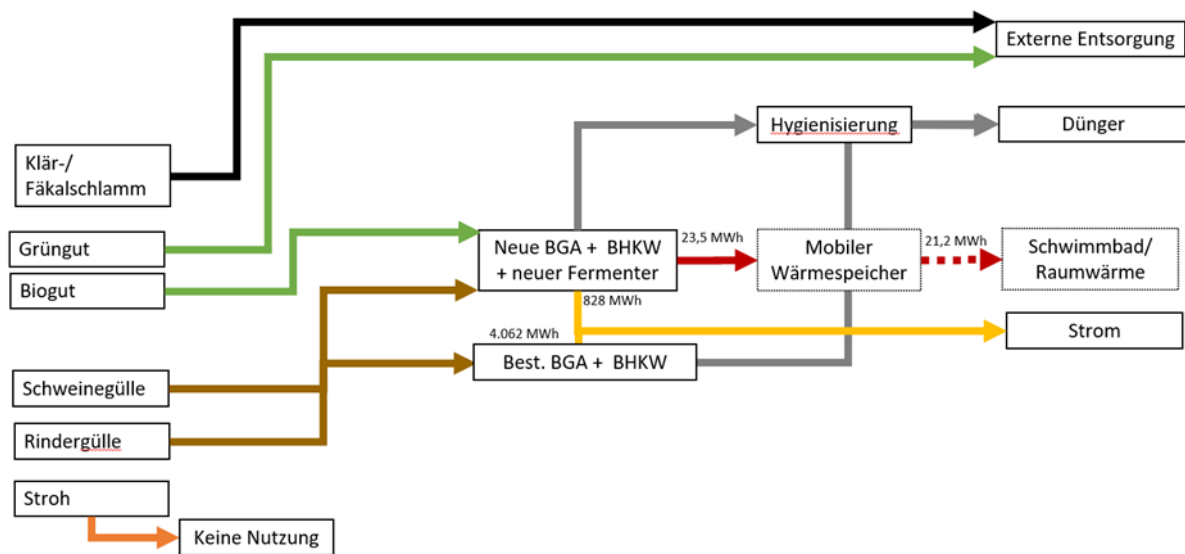
Als Einsatzstoffe nutzt die Biogasanlage dabei Klär-/Fäkalschlamm, Biogut aus privaten Haushalten, Grüngut und Rindergülle. Die Anlage zur Gasifikation verwertet Grüngut und Stroh. Schweingülle stellt im Konzept 1 keinen Einsatzstoff dar. Diese soll – ebenso wie die Gärreste aus der Biogasanlage – als Dünger ausgebracht werden.

## 2. Konzept 2 (Innovationsmerkmal: Mobiler Wärmespeicher)

Das zweite technische Konzept ist durch den Einsatz eines mobilen Wärmespeichers als Innovationsmerkmal gekennzeichnet.

### Konzept 2: Zu betrachtendes Unterkonzept

*Konzept 2.1.3 – Neue BGA (SG + BA) + BHKW + mobiler Wärmespeicher*



Neben die bestehende Biogasanlage und das mit ihr verbundene Blockheizkraftwerk treten dabei eine weitere Biogasanlage mit Blockheizkraftwerk sowie ein Fermenter. Die neu zu errichtende Biogasanlage dient als Wärmequelle für einen mobilen Wärmespeicher, der neben dem kommunalen Schwimmbad auch kommunale und private Gebäude mit Raumwärme versorgen soll. Der daneben produzierte Strom und der Strom aus der bestehenden

Biogasanlage sind zur Einspeisung in das Stromnetz vorgesehen. Die Gärreste beider Anlagen sollen nach einer Hygienisierung als Dünger ausgebracht werden.

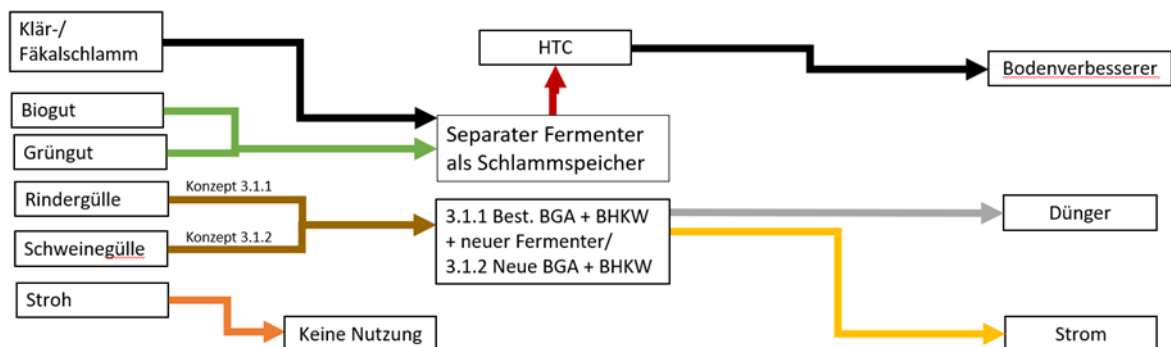
Während in der bestehenden Biogasanlage nur Schweine- und Rindergülle verwertet werden, nutzt die neue Biogasanlage zusätzlich Biogut als Einsatzstoff. Stroh bleibt im Konzept 2 ungenutzt, zudem werden Klär-/Fäkalschlamm sowie Grüngut extern entsorgt.

### 3. Konzept 3 (Innovationsmerkmal: HTC-Verfahren zur optimierten Klär-/Fäkalschlamm Entsorgung)

Im dritten Konzept spielen die Erzeugung und Nutzung von Wärme – anders als bei den ersten beiden Konzepten – keine Rolle. Das Innovationsmerkmal dieses Konzepts besteht in einer optimierten Klärschlamm Entsorgung mittels hydrothermaler Karbonisierung (sog. HTC-Verfahren, d. h. wässrige Verkohlung bei erhöhter Temperatur).

#### Konzept 3: Zu betrachtendes Unterkonzept

*Konzept 3.1.1 & 3.1.2 – Klärschlamm entwässerung + best./neu BGA + BHKW*



Sowohl Klär-/Fäkalschlamm als auch Bio- und Grüngut sollen dabei in einen neu zu errichtenden Fermenter als Schlamm Speicher eingebracht und nach Durchlaufen des HTC-Verfahrens als Bodenverbesserer genutzt werden. Im Übrigen ist vorgesehen, Rinder- bzw. Schweinegülle in der bestehenden Biogasanlage mit Blockheizkraftwerk und neuem

Fermenter bzw. einer neu zu errichtenden Biogasanlage mit Blockheizkraftwerk in Strom zur Netzeinspeisung sowie Dünger umzusetzen.

Der Eingangsstoff Stroh bleibt im Konzept 3 ungenutzt.

### **III. Konzeptübergreifender Charakter der rechtlichen Beurteilung**

Die Konzepte 1 bis 3 verdeutlichen die Vielzahl an Konfigurationsmöglichkeiten für die Betriebskomponenten der bestehenden Verarbeitungsanlagen. Konzeptübergreifend lassen sich für die rechtliche Prüfung jedoch drei Themenkreise identifizieren:

- Wie kann der Bezug der für den Betrieb der Verarbeitungsanlagen notwendigen Einsatzstoffe mittel- bis langfristig sichergestellt werden?
- Welche rechtlichen Anforderungen sind im Hinblick auf die Konfiguration der Verarbeitungsanlagen zur Verarbeitung der Eingangsstoffe zu beachten?
- Wie gestaltet sich der rechtliche Rahmen für die Verwertung der aus den Verarbeitungsanlagen gewonnenen Erzeugnisse?

Vor diesem Hintergrund setzt die nachfolgende rechtliche Machbarkeitsanalyse nicht an den einzelnen Konzepten an, sondern befasst sich mit den konzeptübergreifenden rechtlichen Fragestellungen. Der Vorteil dieser Herangehensweise besteht darin, dass sich ihre Ergebnisse nicht nur auf die drei spezifischen Konzepte anwenden, sondern auch auf etwaige Konzeptänderungen in der Umsetzungsphase übertragen lassen. Auf diese Weise kann die rechtliche Machbarkeitsanalyse – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – wichtige Elemente eines allgemeinen rechtlichen Rahmens für die Etablierung innovativer Betriebskonzepte für Biogasanlagen skizzieren.



## **B. Rechtliche Beurteilung**

### **I. Sicherung der Eingangsstoffe**

Die mittel- bis langfristige Sicherung der für den Betrieb der Verarbeitungsanlagen notwendigen Einsatzstoffe wirft verschiedene rechtliche Fragenstellungen auf: Die Geltung von Ausschreibungspflichten für die Überlassung der Einsatzstoffe zur Verwertung (→ B.I.1 = S. 9), die rechtliche Sicherung der langfristigen Überlassung der Einsatzstoffe (→ B.I.2 = S. 17) sowie die Zulässigkeit einer Inhouse-Lösung für die Sicherung der Eingangsstoffe und den Betrieb der Verarbeitungsanlagen (→ B.I.3 = S. 18).

#### **1. Geltung von Ausschreibungspflichten für die Überlassung der Einsatzstoffe zur Verwertung**

##### **1.1 Potentieller öffentlicher Auftrag**

Wenn Dritte, die im vergaberechtlichen Sinne öffentliche Auftraggeber sind, der Erzeugergenossenschaft Neumark Einsatzstoffe zur Verwertung in den von ihr betriebenen Verarbeitungsanlagen, kann darin ein ausschreibungspflichtiger öffentlicher Auftrag liegen.

##### **1.1.1 Bio- und Grüngut**

Als regionaler Lieferant der Einsatzstoffe Bio- und Grüngut kommt in erster Linie der Landkreis Weimarer Land in Betracht. Dieser ist als öffentlicher Auftraggeber im Oberschwellenbereich an das Kartellvergaberecht (§§ 97 ff. GWB) und im Unterschwellenbereich an das Vergaberecht des Landes Thüringen gebunden.

##### **1.1.1.1 Oberschwellenbereich**

Der Landkreis ist als Gebietskörperschaft öffentlicher Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 1 GWB und Konzessionsgeber im Sinne von § 101 Abs. 1 Nr. 1 GWB. Er ist nach § 17 Abs. 1 S. 1 und 2 KrWG i. V. m. § 3 Abs. 1 S. 1 ThürAGKrWG öffentlicher Entsorgungsträger für das in seinem Kreisgebiet anfallende Bio- und Grüngut, das von den Erzeugern bzw. Besitzern nicht

in zulässiger Weise selbst verwertet wird (vgl. § 17 Abs. 1 KrWG). Dieses könnte er der Erzeugergenossenschaft Neumark überlassen. Allerdings müsste er dabei – auf Grund seiner gesetzlichen Aufgabenstellung – die ordnungsgemäße Verwertung sicherstellen, also die Erzeugergenossenschaft Neumark zur ordnungsgemäßen Verwertung verpflichten. Die Überlassung des Bio- und Grünguts durch den Landkreis würde demnach im Rahmen eines Verwertungsvertrags erfolgen. Ein solcher Vertrag ist ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 103 Abs. 1 GWB oder eine Dienstleistungskonzession im Sinne von § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB.

Öffentliche Aufträge sind nach § 103 Abs. 1 GWB entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Dienstleistungsverträge sind alle Verträge, die keine Liefer- oder Bauaufträge sind (§ 103 Abs. 4 GWB).

Dienstleistungskonzessionen sind nach § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen nach Nummer 1 bestehen (Dienstleistungskonzessionen); dabei besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung.

In Abgrenzung zum Dienstleistungsauftrag ist die Dienstleistungskonzession gemäß § 105 Abs. 2 GWB dadurch gekennzeichnet, dass das Betriebsrisiko für die Verwertung der Dienstleistungen auf den Konzessionsnehmer übergeht. Dies ist der Fall, wenn erstens unter normalen Betriebsbedingungen nicht gewährleistet ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für die Erbringung der Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können, und zweitens der Konzessionsnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, sodass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht vernachlässigbar sind. Das Betriebsrisiko kann ein Nachfrage- oder Angebotsrisiko sein.

Die Verwertung von Bio- und Grüngut ist eine Dienstleistung, für deren Erbringung der Auftraggeber – nach uns vorliegenden Erfahrungswerten – in der Regel ein festes Entgelt auslobt und bezahlt. Das Betriebsrisiko geht daher in der Regel nicht auf den Vertragspartner

über, so dass ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag vorliegt. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass auf Grund künftiger Marktentwicklungen in Zukunft Dienstleistungskonzessionen ausgeschrieben werden könnten, die es dem Entsorgungsträger ermöglichen, für die entsprechenden Dienstleistungen in Zukunft kein (erhebliches) Entgelt mehr zu bezahlen, sondern es dem Vertragspartner zu überlassen, sich (im Wesentlichen) über die Verwertung der Dienstleistung (hier: den Verkauf von Erzeugnissen aus der Biogasanlage) zu refinanzieren. Dann könnte eine Dienstleistungskonzession vorliegen.

Sofern der öffentliche Dienstleistungsauftrag bzw. die Dienstleistungskonzession den maßgeblichen Schwellenwert nach § 106 GWB i. V. m. der Richtlinie 2014/24/EU<sup>1</sup> bzw. der Richtlinie 2014/23/EU<sup>2</sup> in der jeweils geltenden Fassung erreicht, ist er bzw. sie nach Maßgabe des Kartellvergaberechts (§§ 97 ff. GWB i. V. m. der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge bzw. §§ 148 ff. GWB i. V. m. der Konzessionsvergabeverordnung) im Wege eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens zu vergeben. Der Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge liegt derzeit bei 215.000 € netto,<sup>3</sup> derjenige für Dienstleistungskonzessionen bei 5.382.000 € netto.<sup>4</sup> Ausnahmetatbestände (§§ 116, 117 GWB bzw. § 149 GWB) sind nicht einschlägig.

---

<sup>1</sup> Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. L 094 vom 28.3.2014, S. 65), zuletzt geändert durch die Delegierte Verordnung (EU) 2021/1952 der Kommission vom 10. November 2021 zur Änderung der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für die Vergabe öffentlicher Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge sowie für Wettbewerbe (ABl. L 094 vom 28.3.2014, S. 65).

<sup>2</sup> Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (ABl. L 094 vom 28.3.2014, S. 1), zuletzt geändert durch die Delegierte Verordnung (EU) 2021/1951 der Kommission vom 10. November 2021 zur Änderung der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Konzessionen (ABl. L 398/21 vom 11.11.2021).

<sup>3</sup> Die Schätzung des Auftragswerts richtet sich nach § 3 VgV. Gemäß § 3 Abs. 1 VgV ist bei der Schätzung des Auftragswerts vom voraussichtlichen Gesamtwert der vorgesehenen Leistung ohne Umsatzsteuer auszugehen. Zudem sind etwaige Optionen oder Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen. Sieht der öffentliche Auftraggeber Prämien oder Zahlungen an den Bewerber oder Bieter vor, sind auch diese zu berücksichtigen.

<sup>4</sup> Die Schätzung des Konzessionswerts richtet sich nach § 2 KonzVgV. Nach § 2 Abs. 3 KonzVgV hat der Konzessionsgeber bei der Berechnung des geschätzten Vertragswerts von dem voraussichtlichen Gesamtumsatz ohne Umsatzsteuer auszugehen, den der Konzessionsnehmer während der Vertragslaufzeit als Gegenleistung erzielt erstens für die Bau- oder Dienstleistungen, die Gegenstand der Konzession sind, und zweitens für Lieferungen, die mit diesen Bau- oder Dienstleistungen verbunden sind.

### 1.1.1.2 Unterschwellenbereich

Auch wenn die Schwellenwerte nicht erreicht werden sollten, ist die Auftragsvergabe nicht vergaberechtsfrei möglich. In diesem Fall sind § 31 ThürGemHV bzw. § 24 ThürGemHV-Doppik i. V. m. dem Thüringer Vergabegesetz sowie ggfs. – bei grenzüberschreitender Relevanz – Bindungen aus dem EU-Primärrecht zu beachten, die die EU-Rechtsprechung aus allgemeinen binnenmarktrechtlichen Prinzipien abgeleitet hat.

Das Thüringer Vergabegesetz ist für alle staatlichen und kommunalen Auftraggeber, sonstige Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts beachtlich, für die § 55 LHO oder § 31 ThürGemHV bzw. § 24 ThürGemHV-Doppik gilt (§ 2 Abs. 1 ThürVgG). Es findet Anwendung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im Sinne der §§ 103 und 104 des GWB ungeachtet des Erreichens der Schwellenwerte nach § 106 GWB, soweit bei Bauaufträgen ein geschätzter Auftragswert von 50.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) und bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen ein geschätzter Auftragswert von 20.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) überschritten wird (§ 1 Abs. 1 ThürVgG). Nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 ThürVgG ist bei der Vergabe von öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) anzuwenden.

Dienstleistungskonzessionen fallen nicht in den Anwendungsbereich des Thüringer Vergabegesetzes. Für diese können sich Ausschreibungspflichten aber aus dem EU-Primärrecht ergeben. Der EuHG hat aus den EU-Grundfreiheiten allgemeine Vergabegrundsätze abgeleitet, die für Aufträge und Konzessionen im Unterschwellenbereich<sup>5</sup> sowie für die Gewährung ausschließlicher oder besonderer Rechte<sup>6</sup> gelten. Voraussetzung ist jeweils, dass die Geschäfte Binnenmarktrelevanz aufweisen, also ein grenzüberschreitendes Interesse ausländischer Unternehmen an ihnen bestehen kann. Maßgebliche Kriterien sind das Volumen des Vertrags, der Leistungsort, die technischen Merkmale sowie etwaige Besonderheiten der betreffenden Leistung.<sup>7</sup> Im Übrigen können sich verfassungsrechtlichen Bindungen namentlich aus Art. 3 Abs. 1 GG ergeben.

---

<sup>5</sup> Vgl. nur EuGH, 07.12.2000 – C-324/98 –, Slg. 2000 I-10745, Rn. 60 ff. (Telaustria); EuGH, 13.10.2005 – C-458/03 –, Slg. I-8585, Rn. 46 ff. (Parking Brixen); EuGH, 14.11.2013 – C-221/12 –, EuZW 2014, 69, Rn. 28 (Belgacom); *Sudbrock*, KommJur 2014, S. 41 (42); *Opitz*, NVwZ 2014, S. 753 (754); OLG Düsseldorf, 13.06.2018 – VI-2 U 7/16 (Kart) –, juris Rn. 91.

<sup>6</sup> Vgl. EuGH, 14.11.2013 – C-221/12 –, EuZW 2014, 69, Rn. 33 (Belgacom).

<sup>7</sup> EuGH (Große Kammer), 20.03.2018 – C-187/16 –, juris Rn. 104 ff.

### **1.1.1.3 Zwischenergebnis**

Konsequenz der dargestellten vergaberechtlichen Bindungen ist, dass eine Direktbeauftragung der Erzeugergenossenschaft Neumark mit der Verwertung des Bio- und Grünguts durch den Landkreis Weimarer Land nicht zulässig ist. Der Landkreis müsste ein wettbewerbliches Vergabeverfahren durchführen. Die Erzeugergenossenschaft Neumark müsste sich in diesem Verfahren als gleichberechtigter Bieter bewerben.

### **1.1.2 Klär-/Fäkalschlamm**

Entsprechendes gilt für die potentielle Überlassung von Klär-/Fäkalschlamm zur Verwertung durch den Abwasserzweckverband Nordkreis Weimar. Der Abwasserzweckverband ist nach § 56 WHG i. V. m. § 47 Abs. 1 ThürWG i. V. m. §§ 16 ff. ThürKKG Abwasserbeseitigungspflichtiger im Hinblick auf das im Gebiet des Zweckverbands anfallende Abwasser, sofern die Beseitigungspflicht nicht nach § 47 Abs. 6 bis 13 ThürWG einem anderen zugewiesen ist. Dem Abwasserzweckverband obliegt daher auch die Verwertung des bei der Abwasserbeseitigung anfallenden Klär-/Fäkalschlammes. Diesen könnte der Abwasserzweckverband der Erzeugergenossenschaft Neumark als Einsatzstoff für die Verarbeitungsanlagen überlassen. Er müsste die Erzeugergenossenschaft Neumark dabei aber zur ordnungsgemäßen Verwertung verpflichten. Darin liegt ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag oder ggfs. eine Dienstleistungskonzession, der bzw. die nach Maßgabe der dargestellten vergaberechtlichen Vorschriften in einem wettbewerblichen Verfahren zu vergeben ist. Eine Direktvergabe des Klär-/Fäkalschlammes an die Erzeugergenossenschaft Neumark ist nicht unzulässig.

### **1.1.3 Weitere Einsatzstoffe**

Die weiteren konzeptionell vorgesehenen Einsatzstoffe fallen entweder bei der Erzeugergemeinschaft Neumark selbst (Rindergülle, Stroh) oder bei der Agrargenossenschaft Großobringen an. Die Verwertung dieser Stoffe erfolgt nicht für einen öffentlichen Auftraggeber, stellt daher keinen öffentlichen Auftrag dar und unterliegt somit keiner Ausschreibungspflicht.

## **1.2 Folgen der Geltung von Ausschreibungspflichten**

Aus der Geltung von Ausschreibungspflichten für die Überlassung von Einsatzstoffen zur Verwertung ergeben sich verschiedene Schwierigkeiten und Unsicherheiten im Hinblick auf den wirtschaftlichen Betrieb der Verarbeitungsanlagen, denen rechtlich nur in begrenztem Maße begegnet werden kann:

### **1.2.1 Vergaberechtliche Ungewissheiten**

Ist ein oder sind – z. B. aufgrund verschiedener öffentlicher Auftraggeber – mehrere Vergabeverfahren durchzuführen, besteht die Gefahr, dass die Erzeugergenossenschaft Neumark nicht in allen Verfahren zum Zuge kommt und ihr dadurch wesentliche Einsatzstoffe fehlen, die sie für einen wirtschaftlichen Betrieb der Verarbeitungsanlagen benötigt.

Dieses Risiko könnte durch eine entsprechende Ausgestaltung des Vergabeverfahrens – insbesondere der Eignungs- und Zuschlagskriterien – nur bedingt verringert werden. Vergaberechtlich könnte es zwar z. B. zulässig sein, im Rahmen der Zuschlagskriterien zu berücksichtigen, über welche Entfernungen die zu verwertenden Stoffe transportiert werden müssen. Denn nach § 127 Abs. 1 S. 4 GWB können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden. Allerdings obliegt die Festlegung der Zuschlagskriterien allein dem öffentlichen Auftraggeber, der sich darüber nicht mit einem (potenziellen) Bieter abstimmen, sondern allenfalls im Rahmen einer neutral durchgeführten Markterkundung (vgl. § 28 VgV) Anregungen entgegennehmen darf. Selbst wenn der öffentliche Auftraggeber sich für eine entsprechende Kriteriengestaltung entscheiden würde, verbliebe das Risiko, dass sich das Angebot eines Dritten aufgrund eines besseren Preis-Leistungs-Verhältnisses als insgesamt wirtschaftlicheres Angebot herausstellt und im Wettbewerb durchsetzt (vgl. § 127 Abs. 1 S. 1 und 3 GWB).

Hinzu kommt: Sind mehrere Vergabeverfahren durchzuführen und benötigt die Erzeugergenossenschaft Neumark die Einsatzstoffe zu einem einheitlichen Zeitpunkt, kann sich das Problem des zeitlichen Versatzes der Vergabeverfahren stellen. Selbst wenn die Vergabeverfahren der einzelnen öffentlichen Auftraggeber zeitlich aufeinander abgestimmt werden können, ließe sich nicht mit Sicherheit ausschließen, dass es bei einem oder mehreren

Verfahren – z. B. aufgrund der Rüge eines Bieters – zu einer Verfahrensverzögerung und damit zu einem zeitlichen Auseinanderfallen der Vergabeentscheidungen kommt.

### **1.2.2 Konsequenzen für die Planung und Durchführung des Projekts**

Die Ungewissheit über den Erfolg in den notwendigen Vergabeverfahren und deren zeitlichen Ablauf hat erhebliche Konsequenzen für die Planung und Durchführung des Projekts.

Die Erzeugergenossenschaft Neumark wird die notwendige technische Umrüstung ihrer Anlage nicht durchführen wollen und aus wirtschaftlichen Gründen auch gar nicht durchführen können, bevor die Vergabeverfahren abgeschlossen sind und sie die Aufträge erhalten hat. Das zieht aber die Frage nach sich, ob und unter welchen Voraussetzungen sie sich überhaupt am Vergabeverfahren beteiligen kann. Denn sie muss in diesen Verfahren ihre Eignung zur Durchführung des Auftrags nachweisen. Und sie muss im Fall des Zuschlags in der Lage sein, die Verwertung ab dem Zeitpunkt ordnungsgemäß durchzuführen, zu dem der Verwertungsauftrag beginnt.

Nach unserer Einschätzung könnten die Vergabeverfahren so gestaltet werden, dass der Erzeugergenossenschaft Neumark die Teilnahme unter gewissen Voraussetzungen trotzdem möglich ist. Das setzt aber eine entsprechende Bereitschaft der öffentlichen Auftraggeber (hier: Landkreis Weimarer Land und Abwasserzweckverband Nordkreis Weimar) voraus. Diese müssen die Vergabeverfahren so gestalten, dass auch ein „Newcomer“, der im Zeitpunkt der Vergabe des Verwertungsauftrags noch nicht über die notwendigen Anlagen zur Durchführung dieses Auftrags verfügt, teilnehmen kann. Das setzt zum einen Voraus, dass die Anforderungen an die Eignung (Leistungsfähigkeit) nicht zu hoch gesetzt werden und der Verwertungsauftrag so gestaltet wird, dass bis zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns – z. B. durch die Zulassung von Übergangslösungen für einen gewissen Zeitraum– genügend Zeit verbleibt, um die Umrüstung der Anlagen durchzuführen.

Wenn die Vergabeverfahren in diesem Sinne flexibel gestaltet werden, könnte das Problem des Eignungsnachweises ggfs. im Wege der sogenannten „Eignungslleihe“ gelöst werden. Dabei handelt es sich um das in § 47 VgV vorgesehene Recht des Bewerbers oder Bieters, für einen bestimmten öffentlichen Auftrag im Hinblick auf die erforderliche wirtschaftliche und

finanzielle sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch zu nehmen, wenn er nachweist, dass ihm die für den Auftrag erforderlichen Mittel tatsächlich zur Verfügung stehen werden, indem er beispielsweise eine entsprechende Verpflichtungserklärung dieser Unternehmen vorlegt.

Dem zeitlichen Problem, dass die für die Verwertung notwendige technische Umrüstung der Anlage nach Zuschlagserteilung erst noch durchgeführt werden muss, könnte möglicherweise gelöst werden, indem die Erzeugergenossenschaft Neumark mit anderen Unternehmen kooperiert, die die Verwertung für eine Übergangszeit im Unterauftrag übernehmen bzw. auch eine Auffanglösung bereitstellen.

Nichtsdestotrotz wird es notwendig sein, das Projekt bereits im Vorfeld der Vergabe so weit zu entwickeln, dass im Zeitpunkt der Beteiligung an einem Vergabeverfahren mit der Umsetzbarkeit hinreichend sicher gerechnet werden kann. Die wesentlichen technischen und wirtschaftlichen Parameter sowie die planungs- und genehmigungsrechtlichen Aspekte für die Umrüstung der Anlage müssen demnach geklärt sein. Das bedeutet, dass bereits im Vorfeld der Vergabeverfahren erhebliche Kosten für die Projektentwicklung aufgewendet werden müssen. Bei Misserfolg in den Vergabeverfahren sind diese Aufwendungen vergebens. Es besteht also ein erhebliches Projektentwicklungsrisiko.

Auf der anderen Seite besteht aber auch das Risiko, dass die Erzeugergenossenschaft in den Vergabeverfahren den Zuschlag erhält, sich dann aber – trotz entsprechender Vorprüfungen und Klärungen im Vorfeld des Vergabeverfahrens – Probleme bei der Umrüstung der Anlagen ergeben. Wenn sich diese Probleme nicht beheben lassen, drohen ggfs. Schadensersatzpflichten gegenüber den öffentlichen Auftraggebern wegen Vertragspflichtverletzungen.

Das Haftungsrisiko steht in einem reziproken Verhältnis zum Projektentwicklungsrisiko: Umso weiter die Projektentwicklung im Vorfeld der Vergabeverfahren vorangetrieben worden ist und umso höher folglich das Projektentwicklungsrisiko ist, umso geringer ist das Haftungsrisiko – und umgekehrt.



## 2. Rechtliche Sicherung der langfristigen Überlassung der Einsatzstoffe

Um die Verarbeitungsanlagen, insbesondere im Falle notwendiger Investitionen in neue oder ergänzende Anlagen, wirtschaftlich betreiben zu können, ist es wichtig, den Bezug der Einsatzstoffe möglichst langfristig zu sichern. Die Erzeugergenossenschaft Neumark hat folglich ein Interesse daran, dass die Verwertungsverträge mit einer möglichst langen Laufzeit abgeschlossen werden und vorzeitig grundsätzlich nicht kündbar sind.

Auch hier setzt das Vergaberecht Grenzen. Die Laufzeit von Dienstleistungskonzessionen darf nach § 3 KonzVgV grundsätzlich nicht mehr als 5 Jahre betragen. Längere Laufzeiten sind nur zulässig, wenn sie nach vernünftigem Ermessen notwendig sind, damit die Investitionsaufwendungen für die Erbringung der Dienstleistungen zuzüglich einer Rendite auf das investierte Kapital unter Berücksichtigung der zur Verwirklichung der spezifischen Vertragsziele notwendigen Investitionen wieder erwirtschaftet werden können (§ 3 Abs. 2 KonzVgV). Für Dienstleistungsaufträge gibt es zwar keine gesetzliche Regelung zur zulässigen Höchstlaufzeit.<sup>8</sup> Aus dem Wettbewerbsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 GWB), der das europäisierte Kartellvergaberecht insgesamt prägt, folgt jedoch, dass auch die Laufzeit von Dienstleistungsaufträgen nicht unbegrenzt sein darf.<sup>9</sup> Die Laufzeit sollte nicht über den Zeitraum hinausgehen, der mit Blick auf den jeweiligen Vertrag unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen von Auftraggeber und Auftragnehmer angemessen ist. Bei einem Verwertungsauftrag werden sich die öffentlichen Auftraggeber wohl maximal auf Laufzeiten von bis 10 bis 15 Jahren einlassen.

Auch bei Abschluss langfristiger Überlassungs- und Verwertungsverträge müssten wohl aus Gründen kaufmännischer Vorsicht Auffanglösungen für den Fall des Wegbrechens einzelner Eingangsstoffe gefunden und rechtlich gesichert werden. So erscheint es z. B. nicht ausgeschlossen, dass Bio- und Grüngut aufgrund anderweitiger „wertvollere“ Verwendung – z. B. als Grundstoff für Biokraftstoffe – zukünftig nicht mehr als Einsatzstoffe für Biogasanlagen zur Verfügung stehen.

---

<sup>8</sup> Es findet sich aber eine Regelung zur Laufzeit von Rahmenvereinbarungen. Diese darf grundsätzlich höchstens 4 Jahre betragen, wenn nicht ein im Gegenstand der Rahmenvereinbarung begründeter Sonderfall vorliegt (§ 21 Abs. 6 VgV).

<sup>9</sup> Vgl. Vergabekammer Baden-Württemberg, Beschluss vom 16. November 2004 – 1 VK 69/04 –, juris Rn. 155 (zur Unzulässigkeit einer Vertragsklausel zur wiederkehrenden automatischen Vertragsverlängerung); Braun, in: Ziekow, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 133 GWB Rn. 156 f.

### **3. Inhouse-Lösung für die Sicherung der Einsatzstoffe und den Betrieb der Verarbeitungsanlagen**

Die für die Überlassung von Einsatzstoffen öffentlicher Lieferanten bestehenden Ausschreibungspflichten (→ B.I.1 = S. 9) sowie die tatsächlich bzw. rechtlich begrenzten Laufzeiten der Überlassungs- und Verwertungsverträge (→ B.I.2 = S. 17) bringen insbesondere dann erhebliche Risiken mit sich, wenn aufwändige Umrüstungen vorgenommen und größere Investitionen getätigt werden sollen. Diese Risiken könnten durch eine Inhouse-Lösung für die Sicherung der Eingangsstoffe und den Betrieb der Verarbeitungsanlagen verringert werden. Nach § 108 GWB gelten bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit Ausnahmen von den Vorgaben des GWB, insbesondere findet der Teil 4 des GWB einschließlich der darin geregelten Ausschreibungspflichten auf die Vergabe öffentlicher Aufträge keine Anwendung.

Ob die Voraussetzungen für die Schaffung einer Inhouse-Lösung vorliegend erfüllt werden können, erscheint allerdings zweifelhaft. Die Privilegierungen des § 108 GWB bei der Vergabe öffentlicher Aufträge gelten nur unter drei kumulativen Voraussetzungen:

- **Kontrollkriterium:** Der öffentliche Auftraggeber vergibt den Auftrag an eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts, über die er eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt (§ 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB) oder über die er gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern eine ähnliche Kontrolle ausübt wie jeder der öffentlichen Auftraggeber über seine eigenen Dienststellen (§ 108 Abs. 4 Nr. 1 GWB).
- **Tätigkeitskriterium:** Mehr als 80 % der Tätigkeiten der kontrollierten juristischen Person müssen der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von den sie kontrollierenden öffentlichen Auftraggebern oder von einer anderen juristischen Person, die von diesen Auftraggebern kontrolliert wird, betraut wurde (§ 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB; § 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB). Insoweit ist nach § 108 Abs. 7 GWB regelmäßig auf den Anteil der Tätigkeiten am Gesamtumsatz abzustellen. Oder anders formuliert: Die „am freien Markt“ getätigten Fremdotsätze der Betreibergesellschaft dürften 20 % ihres Gesamtumsatzes nicht überschreiten, um die Inhouse-Fähigkeit nicht zu gefährden.

- Beteiligungskriterium: An der kontrollieren juristischen Person darf keine direkte private Kapitalbeteiligung bestehen, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln (§ 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB; § 108 Abs. 4 Nr. 3 GWB).

Zur Umsetzung dieser Voraussetzungen käme vorliegend die Neugründung einer Betreibergesellschaft für die Verarbeitungsanlagen in Betracht, über die der Landkreis Weimarer Land und der Abwasserzweckverband Nordkreis Weimar als öffentliche Auftraggeber von Verwertungsdienstleistungen aufgrund ihrer Gesellschafterstellung die gesetzlich notwendige Kontrolle ausüben. Als weitere Gesellschafterin könnte sich die Landgemeinde am Ettersberg beteiligen (vgl. § 99 Nr. 1 GWB). Die bisherige Betreiberin, die Erzeugergenossenschaft Neumark, könnte jedoch wegen des Verbots privater Kapitalbeteiligungen (§ 108 Abs. 1 Nr. 4 GWB) nicht Gesellschafterin sein. Sie müsste bereit sein, die Betreiberrolle bezüglich der Verarbeitungsanlagen auf ihrem Betriebsgelände aufzugeben. Das Eigentum an der Biogasanlage könnte sie aber ggfs. behalten und verpachten. Zudem könnte sie ggfs. Dienstleistungen erbringen; dabei ist aber zu beachten, dass eine öffentlich beherrschte Betreibergesellschaft ihrerseits öffentliche Auftraggeberin wäre (§ 99 Nr. 2 GWB) und damit ihrerseits das Kartellvergaberecht beachten müssten, also die Erzeugergenossenschaft nicht ohne weiteres vergaberechtsfrei beauftragen könnte.

Nicht einfach könnte auch die Erfüllung des Tätigkeitskriteriums sein. Die Betreibergesellschaft würde ggfs. auch Verwertungsaufträge von dritter Seite annehmen, um mehr Eingangsstoffe zu erhalten. Vor allem aber würde auch der Absatz der aus der Verwertung der Einsatzstoffe gewonnenen Erzeugnisse am freien Markt erfolgen. Dies beträfe insbesondere den zur Netzeinspeisung produzierten Strom. Diese Fremdotsätze am Markt könnten zusammen (deutlich) mehr als 20 % des Gesamtumsatzes der Betreibergesellschaft ausmachen.

Die obigen Voraussetzungen müssten im Detail geprüft werden, wenn für eine bestimmte Vorzugslösung ein konkreter Business Case vorliegt. Unabhängig davon lässt sich jedoch sagen, dass die rechtliche Machbarkeit einer Inhouse-Lösung eher unwahrscheinlich sein dürfte. Auf die mit der Beteiligung der öffentlichen Auftraggeber an der Betreibergesellschaft

einhergehenden Risiken ist daher nur der Vollständigkeit halber hinzuweisen. Dies betrifft insbesondere wirtschaftliche Risiken im Falle von Verlusten der Betreibergesellschaft.

## **II. Verarbeitung der Eingangsstoffe**

Die im Rahmen der Bestands- und Potentialanalyse als besonders innovativ identifizierten Betriebskonzepte (→ A.II = S. 5) sehen Änderungen an der bestehenden Konfiguration der Verarbeitungsanlagen vor. Teilweise sollen die bestehenden Verarbeitungsprozesse – z. B. durch eine Änderung der Einsatzstoffe – modifiziert, teilweise die bestehenden durch neu hinzukommende Verarbeitungsanlagen ergänzt werden. Es ist daher zu klären, unter welchen Voraussetzungen Änderungen insbesondere des Betriebs der bestehenden Verarbeitungsanlagen einer (Änderungs-)Genehmigung bedürfen und welche Genehmigungsanforderungen dabei einzuhalten sind. Mit Blick auf das Bauplanungsrecht stellt sich in diesem Zusammenhang auch die Frage, ob sich durch den Bezug anderer Einsatzstoffe die Beurteilung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit einer Biogasanlage – insbesondere im Außenbereich nach § 35 BauGB – ändert. (→ B.II.1 = S. 20). Auch im Hinblick auf die Errichtung und den Betrieb zusätzlicher Verarbeitungsanlagen sind die Voraussetzungen der Genehmigungsbedürftigkeit und -fähigkeit zu bestimmen (→ B.II.2 = S. 26).

### **1. Änderung der bestehenden Verarbeitungsanlagen**

#### **1.1 Genehmigungsbedürftigkeit**

Die Errichtung und der Betrieb der bestehenden Verarbeitungsanlagen bedürfen einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung (vgl. § 4 Abs. 1 BImSchG i. V. m. § 1 Abs. 1 4. BImSchV i. V. m. Ziff. 8.6.3.1, 1.2.2.2 und 8.1.3 des Anhangs 1 zur 4. BImSchV). Ob eine Änderung dieser Verarbeitungsanlagen, insbesondere eine Modifikation ihres Betriebsablaufs durch geänderte Einsatzstoffe, einer immissionsschutzrechtlichen (Änderungs-)Genehmigung bedarf, bestimmt sich daher nach den Vorschriften über die Änderung genehmigungsbedürftiger Anlagen in §§ 15 und 16 BImSchG.

Nach § 16 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BImSchG bedürfen nur wesentliche Änderungen einer genehmigungsbedürftigen Anlage der Genehmigung. Eine wesentliche Änderung ist nach dieser Vorschrift gegeben, wenn durch die Änderung der Lage, der Beschaffenheit oder des Betriebs der Anlage nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden und diese für die Prüfung der Erfüllung der immissionsbezogenen Schutz- und Vorsorgepflichten nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG erheblich sein können. Eine Genehmigung ist nach § 16 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BImSchG stets erforderlich, wenn die Änderung oder Erweiterung des Betriebs einer genehmigungsbedürftigen Anlage für sich genommen die Leistungsgrenzen oder Anlagengrößen des Anhangs zur 4. BImSchV erreichen, die Modifikation also bereits selbst (ohne Rücksicht auf den Anlagenbestand) genehmigungsbedürftig ist.

Eine Genehmigung ist dagegen nicht erforderlich, wenn durch die Änderung hervorgerufene nachteilige Auswirkungen offensichtlich gering sind und die Erfüllung der immissionsbezogenen Schutz- und Vorsorgepflichten nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG sichergestellt ist (vgl. § 16 Abs. 1 S. 2 BImSchG). Kein Genehmigungserfordernis besteht nach § 6 Abs. 5 BImSchG auch in den Fällen, in denen eine genehmigte Anlage oder Teile einer genehmigten Anlage im Rahmen der erteilten Genehmigung lediglich ersetzt oder ausgetauscht werden sollen.

Um zu klären, ob die geplante Änderung einer genehmigungsbedürftigen Anlage wesentlich ist und damit der Genehmigungspflicht nach § 16 Abs. 1 S. 1 BImSchG unterliegt, regelt § 15 Abs. 1 S. 1 BImSchG ein Anzeigerfordernis. Dieses gilt nur dann nicht, wenn für die geplante Änderung sogleich eine Genehmigung nach § 16 Abs. 1 S. 1 BImSchG beantragt wird. § 15 Abs. 1 S. 1 BImSchG verlangt, dass jede Änderung der Lage, der Beschaffenheit oder des Betriebs einer genehmigungsbedürftigen Anlage, die sich auf in § 1 BImSchG genannte Schutzgüter auswirken kann, der zuständigen Behörde mindestens einen Monat, bevor mit der Änderung begonnen werden soll, schriftlich oder elektronisch angezeigt wird. Zuständig ist – je nach dem Umfang der geplanten Änderung und damit ihrer verfahrensmäßigen Zuordnung (s. hierzu näher unter B.II.1.3.1 = S. 23) – der Landkreis Weimarer Land (vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 und S. 2 Nr. 1 ThürImZVO) bzw. das Landesamt für Umwelt, Bergbau und Naturschutz (vgl. § 2 Abs. 1 ThürImZVO). Da nach § 15 Abs. 1 S. 1 BImSchG potentielle Auswirkungen auf die Schutzgüter des § 1 BImSchG ausreichen, um das Anzeigerfordernis auszulösen, dürfte die Anzeige nur in Ausnahmefällen entbehrlich sein.

Nach § 15 Abs. 2 S. 1 BImSchG hat die zuständige Behörde unverzüglich, spätestens innerhalb eines Monats nach Eingang der Anzeige und der nach § 15 Abs. 1 S. 2 erforderlichen Unterlagen, zu prüfen, ob die Änderung einer Genehmigung bedarf. § 15 Abs. 2 S. 2 BImSchG stellt hierzu klar, dass der Träger des Vorhabens die Änderung vornehmen darf, sobald die zuständige Behörde ihm mitteilt, dass die Änderung keiner Genehmigung bedarf, oder sich innerhalb der Monatsfrist des § 15 Abs. 2 S. 1 BImSchG nicht geäußert hat. Andernfalls ist die (Änderungs-)Genehmigung nach § 16 Abs. 1 S. 1 BImSchG zu beantragen.

## **1.2 Vereinbarkeit mit materiellem öffentlichem Recht auch bei nicht genehmigungsbedürftigen (= nicht wesentlichen) Anlagenänderungen**

Auch in den Fällen, in den die Änderung der genehmigungsbedürftigen Anlage nicht wesentlich ist und daher nach § 16 BImSchG keiner immissionsschutzrechtlichen (Änderungs-)Genehmigung bedarf, müssen sämtliche Änderungen der Anlage mit allen einschlägigen Anforderungen des materiellen öffentlichen Rechts vereinbar sein.

Hierzu gehört unter anderem die Vereinbarkeit mit dem Bauplanungsrecht. Das kann im vorliegenden Zusammenhang besonders relevant werden, wenn im Zuge der Neukonfiguration der Biogasanlage zwar keine Änderung der Einsatzstoffe erfolgt, die (gleichen) Einsatzstoffe aber nicht mehr ausschließlich oder zumindest überwiegend aus dem landwirtschaftlichen Betrieb der Erzeugergenossenschaft Neumark stammen, die auch die Biogasanlage betreibt. In diesem Fall liegt zwar keine immissionsschutzrechtlich relevante wesentliche Anlagenänderung vor, die Änderung bei den Lieferanten der Einsatzstoffe kann jedoch dazu führen, dass die Biogasanlage ihre Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB verliert. Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit der (in der konkreten Nutzung geänderten) Anlage kann in diesem Fall nur noch auf der Grundlage eines Bebauungsplans erreicht werden, der die Biogasanlage als zulässige Nutzung festsetzt (vgl. § 30 Abs. 1 BauGB). S. näher zur bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von Biogasanlagen unter B.II.1.4 = S. 25.

## 1.3 Genehmigungsfähigkeit

### 1.3.1 Formelle Genehmigungsvoraussetzungen

Die (Änderungs-)Genehmigung ist bei der zuständigen Immissionsschutzbehörde zu beantragen. Die Zuständigkeit der Immissionsschutzbehörde beurteilt sich danach, ob die Genehmigung im vereinfachten oder im regulären Genehmigungsverfahren zu erteilen ist. Dies hängt nach § 16 Abs. 2 S. 3 BImSchG wiederum davon ab, ob die (wesentliche und daher genehmigungsbedürftige) Änderung eine im vereinfachten oder im regulären Genehmigungsverfahren zuzulassende Anlage betrifft. Für die Zuständigkeit der Immissionsschutzbehörde und das anzuwendende Genehmigungsverfahren gilt daher Folgendes:

- Findet für die Genehmigung der zu ändernden Anlage nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 4. BImSchV das reguläre Genehmigungsverfahren nach § 10 BImSchG Anwendung (Anlagen, die in Spalte c des Anhangs 1 der 4. BImSchV mit „G“ gekennzeichnet sind), gilt dieses Verfahren auch für die Genehmigung der Änderung; zuständig für die Erteilung der (Änderungs-)Genehmigung ist das Landesamt für Umwelt, Bergbau und Naturschutz (vgl. § 2 Abs. 1 ThürImZVO).
- Findet für die Genehmigung der zu ändernden Anlage nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 4. BImSchV das vereinfachte Genehmigungsverfahren nach § 19 BImSchG Anwendung (Anlagen, die in Spalte c des Anhangs 1 der 4. BImSchV mit dem Buchstaben „V“ gekennzeichnet sind), gilt dieses Verfahren auch für die Genehmigung der Änderung; zuständig für die Erteilung der (Änderungs-)Genehmigung ist der Landkreis Weimarer Land (vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 und S. 2 Nr. 1 ThürImZVO).

Die Anforderungen an das Genehmigungsverfahren und die Form des Genehmigungsbescheids ergeben sich im Einzelnen aus § 10 BImSchG i. V. m. der 9. BImSchV (reguläres Genehmigungsverfahren) bzw. aus § 19 BImSchG i. V. m. der 9. BImSchV (vereinfachtes Genehmigungsverfahren).

### 1.3.2 Materielle Genehmigungsvoraussetzungen

Die materiellen Voraussetzungen der (Änderungs-)Genehmigung ergeben sich im Grundsatz – wie bei der erstmaligen Genehmigung der Errichtung und des Betriebs einer Anlage – aus § 6 BImSchG. Danach ist die Genehmigung zu erteilen, wenn sichergestellt ist,

- dass die sich aus § 5 BImSchG und einer auf Grund des § 7 BImSchG erlassenen Rechtsverordnung ergebenden immissionsbezogenen Schutz- und Vorsorgepflichten erfüllt werden (Nr. 1) und
- andere öffentlich-rechtliche Vorschriften (z. B. Zulässigkeitsanforderungen aus dem Raumordnungs- und Bauplanungs- sowie dem Naturschutzrecht) und Belange des Arbeitsschutzes der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen (Nr. 2).

Sinn des für die wesentliche Änderung einer genehmigungsbedürftigen Anlage geltenden Genehmigungsvorbehalts ist dabei jedoch nicht, jeweils – ohne sachliches Erfordernis – den gesamten bei der erstmaligen Errichtung und Inbetriebnahme einer Anlage anfallenden Prüfaufwand erneut auszulösen. Es geht darum, sicherzustellen, dass (auch) die geänderte Anlage bzw. ihr geänderter Betrieb den Genehmigungsvoraussetzungen genügt. Bei einem Änderungsvorhaben bezieht sich die Prüfung daher primär auf die zu ändernden Anlagenteile oder betrieblichen Verfahrensschritte; darüber hinaus erstreckt sie sich auf diejenigen Anlagenteile und Verfahrensschritte der genehmigten Anlage, auf die sich die Änderung auswirkt.

*Büge/Ziegler*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, 67. Edition (Stand: 01.07.2021), BImSchG, § 16 Rn. 28 mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung.

Eine Hürde für die Genehmigungsfähigkeit kann sich jedoch insbesondere aus dem Bauplanungsrecht ergeben, und zwar vor allem dann, wenn sich die Biogasanlage im Außenbereich befindet.



## 1.4 Insbesondere: Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Biogasanlagen

Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit der Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung von Biogasanlagen richtet sich im Außenbereich nach § 35 BauGB. Die Vorschrift unterscheidet grundsätzlich zwischen privilegierten Vorhaben (§ 35 Abs. 1 BauGB) und nicht-privilegierten Vorhaben (§ 35 Abs. 2 BauGB). Biogasanlagen sind nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB nur privilegiert, wenn sie im Rahmen eines privilegierten land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs (§ 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB), eines Gartenbaubetriebs (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 BauGB) oder eines außenbereichsgebundenen Tierhaltungsbetriebs (§ 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB) errichtet und betrieben werden. Solitäre Biogasanlagen sollen gerade nicht im Außenbereich zulässig sein.<sup>10</sup>

Der notwendige Zusammenhang mit dem privilegierten Betrieb setzt nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 b) BauGB insbesondere voraus, dass die eingesetzte Biomasse überwiegend aus dem Betrieb oder überwiegend aus diesem und aus nahe gelegenen anderen privilegierten Betrieben stammt. Diese Anforderung wird nicht mehr erfüllt, wenn z. B. überwiegend Bio- und Grünabfälle aus dem Landkreis Weimarer Land oder Klärschlamm eingesetzt wird. Damit entfällt die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB.

Die Zulässigkeit als nicht privilegiertes Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB dürfte nur schwierig zu begründen sein. Eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB liegt schon vor, wenn das Vorhaben schädliche Umwelteinwirkungen hervorrufen „kann“. Ob dieses Negativ-Kriterium erfüllt ist, wird man nur im Einzelfall abschließend beurteilen können. Aber es wird deutlich, dass sich an dieser Stelle eine erhebliche rechtliche Hürde ergeben kann.

Ist die Biogasanlage infolge einer Veränderung der Einsatzstoffe nach § 35 BauGB nicht mehr zulässig, kann die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nur durch die Aufstellung eines Bebauungsplans (wieder) hergestellt werden. Ein solches Verfahren kann mit erheblichem zeitlichen Aufwand und mit erheblichen Kosten verbunden sein.

---

<sup>10</sup> Landel, Biogasanlagen, in: Hoppenberg/de Witt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kapitel Z, Rn. 38 ff.

## **2. Errichtung und Betrieb zusätzlicher Verarbeitungsanlagen**

### **2.1 Genehmigungsbedürftigkeit**

Ob die Errichtung und der Betrieb zusätzlicher eigenständiger Verarbeitungsanlagen einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bedürfen, richtet sich nach § 4 Abs. 1 BImSchG i. V. m. § 1 Abs. 1 4. BImSchV. Sollen die zusätzlichen Versorgungsanlagen dagegen mit den bestehenden Anlagen technisch-betrieblich verbunden werden, handelt es sich rechtlich dagegen um eine Änderung der bestehenden Versorgungsanlagen (vgl. § 16 Abs. 1 S. 2 BImSchG; s. hierzu näher unter B.II.1 = S. 20).

Nach § 4 Abs. 1 S. 1 BImSchG bedürfen die Errichtung und der Betrieb von Anlagen, die aufgrund ihrer Beschaffenheit oder ihres Betriebs in besonderem Maße geeignet sind, schädliche Umwelteinwirkungen i. S. d. § 3 Abs. 1 BImSchG hervorzurufen oder in anderer Weise die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft zu gefährden, erheblich zu benachteiligen oder erheblich zu belästigen, sowie von ortsfesten Abfallentsorgungsanlagen zur Lagerung oder Behandlung von Abfällen einer Genehmigung. § 1 Abs. 1 S. 1 4. BImSchV konkretisiert diese Anforderung und regelt, dass die Errichtung und der Betrieb der im Anhang 1 der 4. BImSchV genannten Anlagen einer Genehmigung bedürfen, soweit den Umständen nach zu erwarten ist, dass sie länger als während der zwölf Monate, die auf die Inbetriebnahme folgen, an demselben Ort betrieben werden.

In Anhang 1 der 4. BImSchV werden beispielsweise folgende Anlagen der Genehmigungspflicht unterworfen:

- Ziff. 1.2.2.2: Anlagen zur Erzeugung von Strom durch den Einsatz von Biogas mit einer Feuerungswärmeleistung von mehr als einem Megawatt;
- Ziff. 8.6.3: Anlagen zur biologischen Behandlung von Gülle, soweit die Behandlung ausschließlich zur Verwertung durch anaerobe Vergärung (Biogaserzeugung) erfolgt.

Zu beachten ist abschließend, dass falls die Anlage nicht nach § 4 Abs. 1 BImSchG i. V. m. § 1 Abs. 1 4. BImSchV genehmigungsbedürftig ist, sich weitere Genehmigungserfordernisse aus anderen Rechtsgebieten (Baurecht, Naturschutzrecht etc.) ergeben können.

## **2.2 Genehmigungsfähigkeit**

### **2.2.1 Formelle Genehmigungsvoraussetzungen**

Hinsichtlich der formellen Anforderungen an die Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung gilt:

- Findet für die Genehmigung der Anlage nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 4. BImSchV das reguläre Genehmigungsverfahren nach § 10 BImSchG Anwendung (Anlagen, die in Spalte c des Anhangs 1 der 4. BImSchV mit „G“ gekennzeichnet sind), ist für die Erteilung der Genehmigung das Landesamt für Umwelt, Bergbau und Naturschutz zuständig (vgl. § 2 Abs. 1 ThürImZVO).
- Findet für die Genehmigung der Anlage nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 4. BImSchV das vereinfachte Genehmigungsverfahren nach § 19 BImSchG Anwendung (Anlagen, die in Spalte c des Anhangs 1 der 4. BImSchV mit dem Buchstaben „V“ gekennzeichnet sind), ist für die Erteilung der Genehmigung der Landkreis Weimarer Land zuständig (vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 und S. 2 Nr. 1 ThürImZVO).
- Die Anforderungen an das Genehmigungsverfahren und die Form des Genehmigungsbescheids ergeben sich im Einzelnen aus § 10 BImSchG i. V. m. der 9. BImSchV (reguläres Genehmigungsverfahren) bzw. aus § 19 BImSchG i. V. m. der 9. BImSchV (vereinfachtes Genehmigungsverfahren).

→

### **2.2.2 Materielle Genehmigungsvoraussetzungen**

Für die inhaltlichen Anforderungen an die Genehmigungserteilung gilt grundsätzlich das zu den materiellen Voraussetzungen der Änderungsgenehmigung Ausgeführte entsprechend (→ B.II.1.3.2 = S. 24). Allerdings müssen die immissionsbezogenen Schutz- und Vorsorgepflichten (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG) sowie die sonstigen rechtlichen Anforderungen (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG) im Hinblick auf die gesamte Errichtung und den gesamten Betrieb der Anlage eingehalten sein.

Unter den anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG nicht entgegenstehen dürfen, sind – neben naturschutzrechtlichen Vorgaben – insbesondere die bauplanungsrechtlichen Anforderungen

der §§ 29 ff. BauGB von Bedeutung. Insoweit ist abschließend auf folgenden Gesichtspunkt hinzuweisen:

Die Errichtung und der Betrieb zusätzlicher Verarbeitungsanlagen dürfte vorliegend nur auf Flächen in Betracht kommen, die bauplanungsrechtlich bislang als (unbeplanter) Außenbereich zu qualifizieren sind. Konzeptionell ist vorgesehen, dass in den Anlagen auch Einsatzstoffe aus der landwirtschaftlichen Produktion bzw. Tierhaltung Dritter (d. h. nicht der Anlagenbetreiber) sowie Einsatzstoffe nicht-landwirtschaftlichen Ursprungs verarbeitet werden. Die zusätzlichen Verarbeitungsanlagen werden daher im Regelfall nicht die strengen Voraussetzungen der für die Zulassung von Außenbereichsvorhaben geltenden Vorschrift des § 35 BauGB erfüllen. Ihre bauplanungsrechtliche Zulässigkeit kann folglich nur auf der Grundlage eines Bebauungsplans erreicht werden, der die jeweilige Verarbeitungsanlage als zulässige Nutzung festsetzt (vgl. § 30 abs. 1 BauGB). Dies ist jedoch für jede Verarbeitungsanlage im Einzelnen zu prüfen.

### **III. Verwertung der Erzeugnisse**

#### **1. Kommunales Wärmenetz**

Bei dem ersten Konzept soll die Bestandsanlage so umgerüstet werden, dass die in ihre erzeugte Wärme für den Betrieb eines Wärmenetzes in Berlstedt, einem Ortsteil der Landgemeinde Am Ettersberg, genutzt werden kann.

##### **1.1 Rechtlich machbare Realisierungsmodelle**

Dieser Ansatz bringt die besondere Herausforderung mit sich, dass zusätzlich – und zeitlich synchron – zur Umrüstung der bestehenden Biogasanlage die Planung und Errichtung eines Wärmenetzes erforderlich sind. Zur Realisierung von Wärmenetzen gibt es verschiedene rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten („Realisierungsmodelle“). Im Ausgangspunkt gilt: Die Wärmeversorgung über Wärmenetze ist eine freiwillige kommunale Aufgabe: Die Gemeinde kann sich engagieren, muss es aber nicht zwingend. Sie kann den Wärmenetzbetrieb auch

Privaten überlassen. In der vorliegenden Konstellation dürfte ein kommunales Engagement aber aus den folgenden Gründen erforderlich werden:

Die Planung und Errichtung des Wärmenetzes müssen zeitlich synchron mit der Umrüstung der Biogasanlage erfolgen. Um einen wirtschaftlichen Betrieb zu ermöglichen, muss das Wärmenetz zudem so dimensioniert werden, dass die in der Anlage erzeugte Wärmemengen über das Wärmenetz abgesetzt werden können. Dafür wird feststehen müssen, welche Liegenschaften mit welchem Wärmebedarf an das Wärmenetz angeschlossen werden. Der Anschluss an ein privates Wärmenetz ist jedoch freiwillig. Es dürfte unwahrscheinlich sein, dass auf freiwilliger Basis Vorverträge mit den Eigentümern aller (wesentlichen) Liegenschaften abgeschlossen werden können.

Vor diesem Hintergrund dürfte die Anordnung eines satzungsrechtlichen Anschluss- und Benutzungszwangs notwendig werden. Einen solchen Anschluss- und Benutzungszwang kann nur die Gemeinde anordnen. Die dafür maßgebliche Ermächtigungsgrundlage findet sich in § 20 Abs. 2 der Thüringer Gemeinde- und Landkreisordnung (ThürKO) i. V. m. § 109 Gebäudeenergiegesetz (GEG). Nach § 20 Abs. 2 Nr. 2 ThürKO können die Gemeinden aus Gründen des öffentlichen Wohls durch Satzung die Verpflichtung zum Anschluss von Grundstücken an Anlagen zur Versorgung mit Fernwärme, zur Wasserversorgung, Abwasserbeseitigung, Straßenreinigung und ähnliche dem Gemeinwohl dienende Einrichtungen (Anschlusszwang) sowie die Verpflichtung zur Benutzung dieser Einrichtungen (Benutzungszwang) regeln. Nach § 109 GEG können die Gemeinden und Gemeindeverbände von einer Bestimmung nach Landesrecht, die sie zur Begründung eines Anschluss- und Benutzungszwangs an ein Netz der öffentlichen Fernwärme- oder Fernkälteversorgung ermächtigt (hier: § 20 Abs. 2 Nr. 2 ThürKO), auch zum Zwecke des Klima- und Ressourcenschutzes Gebrauch machen.

Die Anordnung eines solchen Anschluss- und Benutzungszwangs setzt voraus, dass sie durch legitime Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht. Durch § 109 GEG wird klargestellt, dass der Klima- und Ressourcenschutz einen legitimen Grund für einen Anschluss- und Benutzungszwang darstellt. Die Konzeption der Wärmeversorgung muss geeignet sein, einen Beitrag zur Klima- und Ressourcenschutz zu leisten. Darüber hinaus müssen die satzungsrechtlichen Vorgaben insgesamt erforderlich und angemessen sein. Aus dem Angemessenheitsgebot folgt dabei insbesondere, dass die

Gemeinde, die die Grundstückseigentümer zum Anschluss und zur Benutzung der Fernwärmeversorgung zwingt, dazu in der Lage sein muss, eine sichere Wärmeversorgung zu angemessenen Preisen zu gewährleisten. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts stellt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

*„erhöhte Anforderungen an die von der Gemeinde zu treffenden Vorkehrungen, wenn der Anschluss- und Benutzungszwang für eine solche Einrichtung angeordnet werden soll. Diese betreffen insbesondere die Gewährleistung der Versorgungssicherheit, d.h. den Schutz vor dem Ausfall oder der Beeinträchtigung der Leistung. Auch wenn bundesrechtlich grundsätzlich keine Bedenken bestehen, einen Anschluss- und Benutzungszwang für privatrechtlich ausgestaltete Benutzungsverhältnisse zu begründen (s.o.), so fordert in diesem Fall das Verbot, die Grundrechte der betroffenen Bürger übermäßig einzuschränken, dass die Versorgung, die der Bürger aus der öffentlichen Einrichtung beziehen muss, in gleichem Umfang gesichert ist, als wenn sie durch die öffentliche Hand erfolgte. Denn diese trägt die Gewähr dafür, dass die Leistung, die sich der Bürger nicht aufgrund eigener Entscheidung verschaffen darf, erbracht wird. Verhältnismäßig ist die im Anschluss- und Benutzungszwang liegende Grundrechtseinschränkung nur, wenn die Kommune die Versorgungssicherheit gewährleistet.“*

*Die Versorgungssicherheit kann die Gemeinde nur garantieren, wenn sie im Fall eines so genannten Betreibermodells, wie es das Oberverwaltungsgericht hier festgestellt hat, trotz des Betriebs der Einrichtung durch eine juristische Person des Privatrechts, die auch die Rechtsbeziehungen zu den Benutzern unterhält, durch Einwirkungs- und Kontrollrechte **hinreichend Einfluss auf den Betreiber** nehmen kann. Dabei ist durch Bundesrecht nicht vorgegeben, in welcher konkreten Form diese Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten bestehen müssen. Sie können z.B. durch gesellschaftsrechtliche Beteiligungen, aber auch durch Maßnahmen der Vertragsgestaltung, wie z.B. Selbsteintritts-, Übernahme- oder Vetorechte der Gemeinde, Genehmigungs- und Abstimmungspflichten des Betreibers mit der Gemeinde bezüglich der Preisgestaltung und des Ausbaus der Anlage etc. erfolgen. **Maßstab für die Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinde ist die Versorgung, die sie bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses gewähren würde.** Das erfordert nicht nur Eingriffsmöglichkeiten für den Ausfall des Betreibers, z.B. durch Übernahmerechte oder vorzeitige Kündigungsrechte, sondern auch für die Sicherung der zuverlässigen Versorgung im Sinne des Satzungszwecks, was gegebenenfalls auch eine Anpassung an technische Verbesserungen zugunsten des angestrebten Immissionsschutzes notwendig machen kann.*

*Das ist nach den das Revisionsgericht bindenden Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts hier nicht der Fall. Die Regelung der Satzung über den Anschluss- und Benutzungszwang muss mit dem den Betrieb auf den privaten Betreiber übertragenden Gestattungsvertrag der Antragsgegnerin mit der NEA als Einheit gesehen werden. Danach hat die Antragsgegnerin zwar eine langfristige schuldrechtliche Verpflichtung der NEA für die Versorgung der anzuschließenden Grundstücke begründet und sich nach Ablauf des Vertrages ein Übernahmerecht einräumen lassen. Während der Laufzeit des Vertrages hat sie aber keine*

*Einflussmöglichkeiten, sondern nur ein Informationsrecht und das Recht, dass nach Möglichkeit Planungen aufeinander abgestimmt werden. Ein durchsetzbarer Anspruch der Antragsgegnerin auf die Ausgestaltung der Wärmeversorgung ist nicht vorgesehen. Ohne entsprechende Rechte der Gemeinde ist der Anschluss- und Benutzungszwang aber unzulässig.<sup>11</sup>*

Wenn die Anordnung eines Anschluss- und Benutzungszwangs beabsichtigt ist, limitiert dies folglich die Möglichkeiten der rechtlichen Organisation des Wärmenetzbetriebs. Die Gemeinde muss sich die Wärmeversorgung zu ihrer kommunalen Aufgabe machen, das Wärmenetz als öffentliche Einrichtung konzipieren und bei der Einbeziehung Privater einen starken kommunalen Einfluss sicherstellen, der dem Einfluss bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses gleichkommt. Das soll – so das Bundesverwaltungsgericht – nicht ausschließen, dass die Gemeinde einen privaten Wärmeversorger einsetzt, setzt dann aber sehr starke vertragliche Bestimmungsrechte der Gemeinde voraus.

Das wiederum hat vergaberechtliche Implikationen. Sofern die Gemeinde einen Dritten als Betreiber der Wärmeversorgung für eine Ortschaft (mit vorwiegend privaten Wärmekunden) einsetzen will, handelt es sich bei dem Vertrag, den sie mit diesem Betreiber schließt, um einen Konzessionsvertrag im Sinne des § 105 Abs. 1 GWB, der – bei Erreichen des Schwellenwerts – in einem wettbewerblichen Verfahren nach Maßgabe des Kartellvergaberichts (§§ 148 ff. GWB, KonzVgV) auszuschreiben ist. Die Gemeinde überträgt dem Dritten die Aufgabe und verpflichtet ihn dazu, die Wärmeversorgung durchzuführen; ihm Gegenzug erhält der Dritte das Recht, seine Leistung (Wärmeversorgung) zu verwerten, also Entgelte von den Kunden zu erheben. Damit sind die Begriffsmerkmale einer Konzession erfüllt.<sup>12</sup>

Das hat im vorliegenden Zusammenhang insbesondere zur Folge, dass die Gemeinde die Erzeugergenossenschaft Neumark nicht ohne Weiteres als Betreiberin der Wärmeversorgung einsetzen könnte. Sie müsste die Wärmekonzession in einem wettbewerblichen Verfahren vergeben und dabei möglichen Interessenten einen hinreichenden zeitlichen Vorlauf für die

---

<sup>11</sup> BVerwG Urt. v. 6.4.2005 – 8 CN 1/04 – juris Rn. 35.

<sup>12</sup> Nach Auffassung des BKartA ergibt sich zudem eine Ausschreibungspflicht aus § 19 Abs. 1 GWB (Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung), wenn die Gemeinde als Inhaberin der kommunalen Wege, deren Nutzung für die Verlegung der Wärmeleitungen notwendig ist, dem Konzessionär ein Wegenutzungsrecht einräumt und dies mit einem Anschluss- und Benutzungszwang verbindet; siehe BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, August 2012, Rn. 255 f.

Realisierung einräumen, damit diese neben dem Wärmenetz auch eine Wärmeerzeugung aufbauen können. Nach Auffassung des BKartA soll in Anlehnung an § 46 Abs. 3 EnWG mindestens eine Zweijahresfrist vorgesehen werden.<sup>13</sup>

In einem weiteren Sinne lässt sich der Rechtsprechung des BVerwG entnehmen, dass die Gemeinde mit der Anordnung eines Anschluss- und Benutzungszwangs in eine Garantenstellung hineinwächst, also eine sichere Wärmeversorgung zu angemessenen Preisen gewährleisten muss. Dies hat nicht nur für die Ausgestaltung des Wärmenetzbetriebs Bedeutung, sondern auch für die Wärmeerzeugung und insofern auch für den Bezug der notwendigen Brenn- bzw. Eingangsstoffe. Im vorliegenden Zusammenhang erscheint es naheliegend, dass dann, wenn der Bezug der Eingangsstoffe für die Biogasanlage (Bio- und Grünabfälle) langfristig nicht sicher gewährleistet werden kann, Auffanglösungen konzipiert werden müssen, auf die im Bedarfsfall ausgewichen werden kann.

## **1.2 Reglementierung des Einsatzes von Biomasse durch das geplante Wärmeplanungsgesetz**

Mit Blick auf die Errichtung eines kommunalen Wärmenetzes ist zudem darauf hinzuweisen, dass im Gesetzentwurf der Bundesregierung für das Wärmeplanungsgesetz (Entwurf eines Gesetzes für die Wärmeplanung und zur Dekarbonisierung der Wärmenetze, BT-Drs. 20/8654) eine Reglementierung des Einsatzes von Biomasse in neuen Wärmenetzen vorgesehen ist. Der Gesetzentwurf wird am 13.10.2023 in erster Lesung durch den Bundestag beraten. Das Wärmeplanungsgesetz soll zum 01.01.2024 in Kraft treten.

Nach § 30 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzentwurfs ist der Anteil Biomasse an der jährlich erzeugten Wärmemenge in neuen Wärmenetzen ab dem 1. Januar 2024 begrenzt und zwar

→ in Wärmenetzen mit einer Länge von 20 Kilometern bis 50 Kilometern auf maximal 35 Prozent (Nr. 1) oder

---

<sup>13</sup> BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, August 2012, Rn. 256 mit Fn. 174.



→ in Wärmenetzen mit einer Länge von mehr als 50 Kilometern auf maximal 25 Prozent (Nr. 2).

Bestandsanlagen sind nach § 30 Abs. 2 Satz 3 des Gesetzentwurfs jedoch privilegiert. Nach dieser Vorschrift ist eine bestehende Anlage, die bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes den Dauerbetrieb aufgenommen hat und Wärme aus Biomasse erzeugt, die in ein Wärmenetz eingespeist wird, im Rahmen der Bestimmung des oben genannten Biomasseanteils nicht zu berücksichtigen.

## **2. Im HTC-Verfahren gewonnener Bodenverbesserer**

In Konzept 3 ist als Innovationsmerkmal eine optimierte Klärschlammensorgung mittels hydrothormaler Karbonisierung (sog. HTC-Verfahren/Pyrolyse) vorgesehen: Klär-/Fäkalschlamm soll zusammen mit Bio- und Grüngut in einem separaten Fermenter (Schlamm-speicher) gesammelt, dem HTC-Verfahren unterzogen und danach als Bodenverbesserer ausgebracht werden (näher dazu unter A.II.3 = S. 7).

Die Bereitstellung des Karbonisats als Bodenverbesserer auf dem Markt ist nach dem durch die EU-Düngemittelverordnung (Verordnung (EU) 2019/1009) harmonisierten europäischen Düngemittelrecht nicht gestattet.

"Bereitstellung auf dem Markt" meint nach Art. 2 Nr. 9 der Verordnung (EU) 2019/1009 jede entgeltliche oder unentgeltliche Abgabe eines EU-Düngeprodukts zum Vertrieb oder zur Verwendung auf dem Unionsmarkt im Rahmen einer Geschäftstätigkeit.

Zwar wurde die EU-Düngemittelverordnung durch delegierte Verordnung (EU) 2021/2088 mit Wirkung vom 16.07.2022 dahingehend geändert, dass (harmonisierte) EU-Düngeprodukte neuerdings durch Pyrolyse gewonnene Materialien enthalten dürfen. Klärschlamm als Pyrolyse-Eingangsmaterial ist nach Art. 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2019/1009 i. V. m. deren Anhang I, CMC 14, Ziff. 1, Buchst. a, 2. Spiegelstrich jedoch ausdrücklich ausgeschlossen. Der unter Einsatz von Klär-/Fäkalschlamm im HTC-Verfahren gewonnene Bodenverbesserer darf daher nach derzeit geltendem Recht nicht auf dem Markt bereitgestellt werden.

## C. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Ergebnisse der rechtlichen Prüfung lassen sich für die Konzepte 1 bis 3 wie folgt zusammenfassen:

### I. Konzept 1 (Wärmenetz)

Sicherung der Eingangsstoffe	Verarbeitung der Eingangsstoffe	Verwertung der Erzeugnisse
<ul style="list-style-type: none"> <li>Landkreis und Abwasserzweckverband müssten Verwertungsaufträge-/konzessionen im Wettbewerb vergeben; Erzeugergenossenschaft Neumark müsste sich an Wettbewerb beteiligen.</li> <li>Vergaberecht begrenzt zulässige Laufzeit von Verträgen</li> </ul>	<p><u>Bestandsanlage</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Biogasanlagen sind im Außenbereich nur im Zusammenhang mit bestimmten Betrieben (z. B. Landwirtschaft) privilegiert zulässig. Wenn im Zuge der Neukonfiguration überwiegend Eingangsstoffe verwendet werden, die nicht von solchen Betrieben stammen (insb. Bio- und Grüngut sowie Klär-/Fäkalschlamm), entfällt die Privilegierung der Bestandsanlage. Mit hoher Wahrscheinlichkeit wäre die Aufstellung eines Bebauungsplans erforderlich.</li> <li>Mit hoher Wahrscheinlichkeit wäre immissionsschutzrechtliche Änderungsgenehmigung erforderlich, da im Zuge der Neukonfiguration andere Einsatzstoffe verwendet werden.</li> </ul> <p><u>Neu-Anlagen</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Auch für die Neuerrichtung der Anlage zur Gasifikation im Außenbereich wäre ein Bebauungsplan erforderlich.</li> <li>In Abhängigkeit von Anlagendesign und -größe kann eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung erforderlich werden. Ansonsten wäre eine Baugenehmigung erforderlich.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Planbarkeit der benötigten Wärmemengen macht ggfs. einen kommunalen Anschluss- und Benutzungszwang (ABZ) notwendig.</li> <li>Ein ABZ hat eine Garantenstellung der Gemeinde für eine sichere und preisangemessene Wärmeversorgung zur Folge.</li> <li>Einsatz eines privaten Betreibers ist möglich, setzt aber starke Einflussmöglichkeiten der Gemeinde voraus.</li> <li>Vertrag der Gemeinde mit einem privaten Betreiber wäre ausschreibungspflichtiger Konzessionsvertrag.</li> </ul>

## II. Konzept 2 (Mobiler Wärmespeicher)

Sicherung der Eingangsstoffe	Verarbeitung der Eingangsstoffe	Verwertung der Erzeugnisse
Rechtliche Struktur wie bei Konzept 1	Rechtliche Struktur wie bei Konzept 1; für die konkreten Anlagen ist eine Einzelfallprüfung erforderlich.	Vergleichbar Konzept 1: Mobiler Wärmespeicher ist aus rechtlicher Sicht nur eine besondere Anlagenkomponente

## III. Konzept 3 (HTC-Verfahren)

Sicherung der Eingangsstoffe	Verarbeitung der Eingangsstoffe	Verwertung der Erzeugnisse
Rechtliche Struktur wie bei Konzept 1	Rechtliche Struktur wie bei Konzept 1; für die konkreten Anlagen ist eine Einzelfallprüfung erforderlich.	Geltendes EU-Recht steht einer Verwendung des Pyrolyse-Produkts als Bodenverbesserer entgegen.



Dr. Weiß  
Rechtsanwalt



Dr. Mayer  
Rechtsanwalt