



Bayerisches Staatsministerium für Wohnen, Bau und Verkehr
Postfach 22 12 53 • 80502 München

Per E-Mail
Regierungen
und unteren Bauaufsichtsbehörden

Nachrichtlich:
Kommunale Spitzenverbände

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom Unser Zeichen Bearbeiter München
25-4611.10-4-2 Herr Dr. Parzefall 15.02.2022

Telefon E-Mail
+49 89 2192-3377 Helmut.Parzefall@stmb.bayern.de

Baurecht;
Privilegierung von Biomasseanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB

Sehr geehrte Damen und Herren,

zuletzt wurden mit Rundschreiben vom 04.08.2005, 17.07.2009, 03.08.2012 und 04.01.2022 Hinweise zu bauplanungsrechtlichen Rechtsfragen im Zusammenhang mit Biomasseanlagen, die nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 Baugesetzbuch (BauGB) privilegiert sind, veröffentlicht.

Die Fachkommission Städtebau der ARGE-Bau Ministerkonferenz hat zuletzt am 23.03.2012 Hinweise zur Privilegierung von Biomasseanlagen (nachfolgend: „Hinweise“) beschlossen (veröffentlicht im öffentlichen Teil der IS ARGE Bau : <https://www.bauministerkonferenz.de/verzeichnis.aspx?id=986&o=7590986>).

Mit diesem Rundschreiben soll im Hinblick auf neue Rechtsprechung und Literatur die aktuelle Rechtslage unter Berücksichtigung dieser „Hinweise“ dargestellt werden, wobei sich – der besseren Übersicht halber – die Gliederungsnummern entsprechen.

Besonders hinzuweisen sind auf die Aktualisierungen im Hinblick auf

- das Verhältnis des Basisbetriebs zu einer etwaigen Betreibergesellschaft (nachfolgend Gl.-Nr. 1b),
- die Begrenzung der Leistung (Gl.-Nr. 5) und
- die Zulässigkeit von Satelliten-Blockheizkraftwerken (Gl.-Nr. 8).

Die Rundschreiben vom 04.08.2005, 17.07.2009, 03.08.2012 und 04.01.2022 werden durch nachfolgende – zusammenfassende – Hinweise gegenstandslos.

Für Rechtsfragen außerhalb des Bauplanungsrechts darf auf die umfassenden Erläuterungen und Vollzugshinweisen im Energieatlas Bayern hingewiesen werden (www.energieatlas.bayern.de/thema_biomasse/genehmigung.html).

1. Energetische Nutzung der Biomasse im Rahmen eines Betriebes nach § 35 Abs. 1 Nr. 6, 1. Halbsatz BauGB

§ 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB erfasst „**Anlagen zur energetischen Nutzung von Biomasse**“. Einen Anhaltspunkt dafür, was unter „Biomasse“ zu verstehen ist, gibt § 2 Abs. 2 der Verordnung über die Erzeugung von Strom aus Biomasse – Biomasseverordnung (BiomasseV vom 21.07.2001; BGBl. I S. 1234):

Danach erfasst Biomasse u. a. Pflanzen und Pflanzenbestandteile sowie Abfälle und Nebenprodukte pflanzlicher und tierischer Herkunft aus der Land-, Forst- und Fischwirtschaft.

Erfasst sind aber nicht nur „klassische“ Biogasanlagen, sondern etwa auch Hackschnitzelheizanlagen oder Anlagen für nachwachsende Rohstoffe, spezielle Energiepflanzen usw.

Auch Gülle aus der Tierhaltung ist nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 BiomasseV Biomasse und kann daher im Rahmen einer privilegierten Biogasanlage zur Energiegewinnung verwandt werden.

Diese Biomasse muss zur Energieerzeugung genutzt werden, wobei das aus Biomasse erzeugte Gas sowohl zur Wärmegewinnung als auch zur Erzeugung von Strom verwendet werden kann - sei es innerhalb des (Basis-) Betriebs, sei es außerhalb z.B. durch Einspeisung in allgemeine Versorgungsnetze (§ 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB erfasst ausdrücklich auch den „Anschluss solcher Anlagen an das öffentliche Versorgungsnetz“, d.h. z.B. Leitungen in das Stromnetz).

Der in § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB verwendete Anlagenbegriff ist im übrigen nutzungsbezogen: Privilegiert zulässig sind daher jedenfalls alle zum Betrieb einer solchen Anlage erforderlichen Teilanlagen wie z.B. der Fermenter oder der Gärrestbehälter, aber gegebenenfalls auch das zur Verstromung erforderliche Blockheizkraftwerk (BHKW) oder ein Fahrsilo zur Aufbewahrung der Biomasse (zum sog. Satelliten-BHKW vgl. aber nachfolgend Gl.-Nr. 8)

- a. Durch die Formulierung „**im Rahmen eines Betriebes**“ hat der Gesetzgeber klargestellt, dass er die **Zuordnung** der Biomasseanlage **zu einem sog. Basisbetrieb** als Voraussetzung der Privilegierung ansieht. Als Basisbetrieb kommen Betriebe der Land- und Forstwirtschaft (§ 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB), Gartenbaubetriebe (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 BauGB) und gewerbliche Tierhaltungsbetriebe, die unter § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB fallen, in Betracht. Das Erfordernis des Basisbetriebs stellt den für die Privilegierung der Anlagen erforderlichen besonderen Bezug zum Außenbereich sicher. Die Voraussetzung ist auch erfüllt, wenn ein landwirtschaftlicher Betrieb ausschließlich Biomasse erzeugt (BVerwG, Urt. v. 11.12.2008 -7 C 6.08-). Dabei ist auch kein bestimmter Eigenbedarf erforderlich; vielmehr genügt es, wenn Zweck des Vorhabens die energetische (Fremd-) Nutzung von Biomasse als solche ist.
- b. Die Zuordnung der Biomasseanlage zu einem solchen Basisbetrieb ist ohne weiteres gegeben, wenn der Inhaber des Basisbetriebs und der Inhaber der Biomasseanlage identisch sind.

Die Zuordnung ist aber auch nicht bereits deshalb zu verneinen, weil die Biomasseanlage nicht im Alleineigentum des Inhabers des Basisbetriebs steht:

Eine Biomasseanlage kann dem Basisbetrieb vielmehr auch dann noch zugeordnet werden, wenn sie sich im Eigentum einer **Betreibergesellschaft** (z. B. Gesellschaftlich bürgerlichen Rechts, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Aktiengesellschaft) befindet. Zu denken ist dabei insbesondere an den Fall, dass diese Betreibergesellschaft dauerhaft nur aus Gesellschaftern nahegelegener Betriebe im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. b BauGB besteht, die die Anlage beschicken (vgl. „Hinweise“ Gl.-Nr. 1 a.E.)

Kritisch ist die Zuordnung der Biomasseanlage zu dem Basisbetrieb dagegen generell dann zu sehen, wenn zu den Gesellschaftern neben den die Anlage nutzenden Betriebsinhabern auch andere Gesellschafter, etwa mehrheitlich auch reine Kapitalanleger treten.

Entscheidend ist immer, dass der Inhaber des Basisbetriebs (weiterhin) den bestimmenden, **maßgeblichen Einfluss** auch auf die Betreibergesellschaft und damit den Betrieb der Biomasseanlage haben muss (da es ansonsten nicht um ein Vorhaben „im Rahmen des Betriebs“ geht).

Letztendlich ist hierfür die Regelung der Organ-Kompetenzen, Weisungsbefugnisse und Verantwortlichkeiten für das operative Geschäft im jeweiligen Gesellschaftsvertrag maßgeblich.

Ohne dass hier auf alle Einzelheiten des Gesellschaftsrechts eingegangen werden kann, ist in Übereinstimmung mit der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung bei der Bestimmung des maßgeblichen Einflusses auf die Betriebsführung generell **primär** auf die Einräumung einer (bestimmenden) **Geschäftsführungsbefugnis** abzustellen, während der **Mehrheit der Gesellschafteranteile** abhängig von der jeweiligen Gesellschaftsform gegebenenfalls (zusätzliche) Relevanz zukommen kann.

In grundsätzlicher Hinsicht hat der VGH München (Beschl. v 14.7.2014 – 22 ZB 14.798, BeckRS 2014, 54147) zu diesem Verhältnis ausgeführt: Die Rechtsfrage, ob der Inhaber des Basisbetriebs **in jedem Fall** dauerhaft die **Mehrheit der Gesellschaftsanteile** halten muss, wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung generell **verneint**. Vielmehr wird die Anteils-

mehrheit nur als eine **Alternative** neben **einer umfassenden Geschäftsführungsbefugnis** des Inhabers des Basisbetriebs oder entsprechenden Regelungen im Gesellschaftsvertrag angesehen, die seinen maßgeblichen Einfluss wahren.

Bezug genommen hat der VGH München dabei auf Beispiele aus der (obergerichtlichen) Rechtsprechung zu den einzelnen Gesellschaftsformen mit durchaus **differenzierenden Erkenntnissen**:

(1) Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)

Obergerichtlich entschieden (vgl. VGH München, Beschluss vom 8.11.2013 – 22 CS 13.1984, UPR 2014, 233 und vom 14.7.2014 aaO) ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Biomasseanlage in der Rechtsform einer GbR im Einzelnen betrieben werden kann:

Danach ist keine Personenidentität zwischen dem Betreiber der Biogasanlage und dem Betreiber des landwirtschaftlichen Betriebs erforderlich, sondern in dieser Rechtsform auch eine **Kooperation** privilegierter „nahegelegener“ Betriebe, die zusammen einen bestimmenden Einfluss auf die Betriebsführung ausüben, möglich. Sinn und Zweck der Privilegierung sei es, gerade auch die Zusammenarbeit und Kooperation mehrerer Landwirtschaftsbetriebe fördern.

Im Ergebnis genügt nach Ansicht des VGH München daher eine (nach dem dort verfahrensgegenständlichen Gesellschaftsvertrag bestehende) **Sperrminorität** des Inhabers des landwirtschaftlichen Betriebs für die Annahme eines hinreichend bestimmenden Einflusses.

Das Gericht weist jedoch klarstellend darauf hin, dass die Beteiligung landwirtschaftsfremder Dritter und reiner Kapitalgeber nicht ausreicht.

(2) Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH bzw. GmbH & Co. KG)

Obergerichtlich entschieden (vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 14.03.2013 - 12 LC 153/11, NVwZ-RR 2013, 597) ist auch die Frage, unter welchen

Voraussetzungen eine Biomasseanlage in der Rechtsform einer GmbH bzw. GmbH & Co. KG betrieben werden kann:

Im Ergebnis müsse sichergestellt sein, dass der Inhaber des Basisbetriebs – gegebenenfalls zusammen mit den Inhabern nahegelegener und im Außenbereich privilegierter Betriebe, die die Anlage ebenfalls beschicken – einen bestimmenden Einfluss auf die Gesellschaft ausüben kann (durch entsprechende Mehrheitsverhältnisse bei den Gesellschaftsanteilen sowie Einfluss auf die Geschäftsführung); die gewerbliche Betätigung landwirtschaftsferner Investoren im Außenbereich habe durch diesen Privilegierungstatbestand nicht erleichtert werden sollen, so das OVG.

In einer Folge-Entscheidung vom 25.4.2013 (12 ME 41/13; NVwZ-RR 2013, 595) hat das OVG Lüneburg noch ergänzend ausgeführt: Sind diese Voraussetzungen bei der Genehmigungserteilung erfüllt, wird der Betrieb der Biomasseanlage aber danach an einen Dritten übertragen, bedeutet dies einen Wegfall der Privilegierung im Sinn von § 35 Abs. 1 BauGB, wodurch grundsätzlich die Voraussetzungen für eine Stilllegung vorliegen.

(3) Aktiengesellschaft (AG)

Für den Betrieb einer Biomasseanlage in der Rechtsform der Aktiengesellschaft ist ebenfalls obergerichtlich (vgl. VGH München, Beschluss vom 2.11.2017 – 2 BV 15.2712, BayVBI 2018, 675) entschieden, dass der erforderliche maßgebliche Einfluss des Inhabers des Basisbetriebs nur gegeben ist, wenn

- dieser mindestens 50 % plus 1 Aktie der Aktien hält, und
- gleichzeitig alleinvertretungsberechtigtes Mitglied des Vorstandes ist.

In seiner Begründung weist der VGH München darauf hin, dass ein maßgeblicher oder prägender Einfluss des Inhabers des Basisbetriebs dabei sowohl

- in Bezug auf das Vermögen der Aktiengesellschaft, also den Aktienbestand, als auch

- im Hinblick auf die Geschäftsführungsbefugnis

gewährleistet sein muss:

Das Kapital, also der Aktienbestand, sei grundsätzlich frei übertragbar. Zudem werde eine Aktiengesellschaft durch besondere Organe (Drittorganschaft) geführt.

Nur wenn der Inhaber des Basisbetriebs auch maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung habe, bestehe die nötige Beziehung zwischen Basisbetrieb und Biogasanlage. Die reine Mehrheitsbeteiligung am Kapital sei gerade wegen der Übertragbarkeit nicht ausreichend. Außerdem bestehe nach § 54 AktG kein maßgeblicher Einfluss der Aktionäre auf die Geschäfte der Gesellschaft. Die Hauptversammlung der Aktionäre könne dem Vorstand keine Weisungen erteilen. Die Leitung der Aktiengesellschaft erfolge vielmehr nach § 76 Abs. 1 AktG durch den Vorstand in eigener Verantwortung.

Diese obergerichtlichen Entscheidungen enthalten wichtige Weichenstellungen für die einzelnen Gesellschaftsformen. Aufgrund der vielfältigen gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten sind diese allerdings in jedem Einzelfall daraufhin zu überprüfen, ob der erforderliche maßgebliche Einfluss des Inhabers des Basisbetriebs noch vorliegt.

Als Faustregel lässt sich aber festhalten: Für den Fall, dass Basisbetrieb einerseits und Biomassenbetrieb andererseits in unterschiedlichen rechtlichen Formen geführt werden, dürfen die (nur) an letzterem beteiligten Dritten dort keinen bestimmenden Einfluss haben. „Landwirtschaftsfremden oder landwirtschaftsfernen Geldgebern“ darf ein prägender Einfluss auf eine Biomasseanlage nicht verschafft werden (so VGH München aaO).

2. Räumlich-funktionaler Zusammenhang der Biomasseanlage mit dem Basisbetrieb - § 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. a BauGB

Die Regelung in § 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. a BauGB will eine unnötige Zersiedelung des Außenbereichs verhindern. Dem wird durch das Erfordernis eines baulichen Betriebsschwerpunkts Rechnung getragen. Anknüpfungspunkt für den räumlich-funktionalen Zusammenhang ist der Basisbetrieb. Bei landwirtschaftlichen Betrieben i. S. v. § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB ist regelmäßig die Hof-

stelle Bezugspunkt für den räumlich-funktionalen Zusammenhang. Ausnahmsweise kommt als Bezugspunkt auch ein sonstiger Betriebsschwerpunkt des Basisbetriebs (bei landwirtschaftlichen Betrieben etwa ein großes Stallgebäude, eine große Maschinenhalle u. ä.) in Betracht, der durch bauliche Anlagen des Betriebs von einigem Gewicht geprägt ist. Keinesfalls aber erfüllen nur untergeordnete bauliche Anlagen wie Fahrsilos, landwirtschaftliche Feldscheunen u. ä. die Anforderungen, die an einem solchen Betriebsschwerpunkt zu stellen sind. Ebenfalls kann ein Bezugspunkt für den räumlich-funktionalen Zusammenhang nicht allein daraus abgeleitet werden, dass die Biomasseanlage auf zum Basisbetrieb gehörenden Flächen errichtet wird.

Soll die Biomasseanlage im Zusammenhang mit einem forstwirtschaftlichen (§ 35 Abs. 1 Nr. 1), gartenbaulichen (Absatz 1 Nr. 2) oder tierhaltenden Betrieb (Absatz 1 Nr. 4) errichtet werden, ist die räumliche Zuordnung zu einem Betriebsstandort ebenfalls erforderlich.

Der Begriff des „*räumlich-funktionalen Zusammenhangs*“ findet sich in § 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. a und in § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 Buchst. e BauGB. In beiden Fällen ist die Bedeutung des Begriffs identisch. Die zu § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 Buchst. e BauGB geltenden Grundsätze können deshalb sinngemäß zur Auslegung von § 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. a BauGB herangezogen werden:

Das Erfordernis des räumlichen Zusammenhangs verlangt eine unmittelbare und enge räumliche Nähe zu dem oben dargestellten Bezugspunkt, um eine Einbindung in betriebstechnisch sinnvolle Zusammenhänge überhaupt zu ermöglichen. Ausgeschlossen ist deshalb ein vom Bezugspunkt deutlich abgesetzter Standort. Die Annahme des räumlichen Zusammenhangs bestimmt sich in allererster Linie nach den Umständen des Einzelfalls, so dass eine allgemein gültige Entfernungsangabe nicht möglich ist.

Dabei wird in der Rechtsprechung (vgl. z.B. OVG Schleswig Beschl. vom 8.8.2006 – 1 MB 18/06, NVwZ-RR 2007, 158) durchaus auch anerkannt, dass im Hinblick auf die mit einer Biomasseanlage verbundenen Geruchs- oder Geräuschmissionen häufig ein gewisser Abstand zur Hofstelle (und eventuellen Ferienwohnungen) sachgerecht ist (vgl. auch VGH Mannheim, Beschl. vom 3.5.2017 - 3S 1401/15, NVwZ-RR 2017, 761 und OVG Koblenz, Beschl. vom

7.2.2014 – 1 B 11320/13, BauR 2014, 964: Abstände von 130m bzw. 150m noch hinnehmbar)

Der funktionale Zusammenhang stellt insoweit die gemeinsame Nutzung bestehender baulicher Anlagen im Basisbetrieb bzw. benachbarter Betriebe und der Biogasanlage sicher.

Unter Beachtung des Gebotes der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs ist die landwirtschaftliche Struktur am jeweiligen Ort ebenso zu berücksichtigen wie die konkreten landwirtschaftlichen Gegebenheiten. Je größer der räumliche Abstand ist, desto enger werden die funktionalen Anforderungen sein müssen, um den räumlich-funktionalen Zusammenhang noch bejahen zu können.

Das Vorhaben muss – zusammengefasst – räumlich in einem Bereich liegen, der vom Basisbetrieb soweit baulich vorgeprägt ist, dass ein Außenstehender aus einer gewissen Entfernung die Gesamtheit der baulichen Anlagen noch als einen zusammengehörenden einheitlichen Komplex wahrnehmen kann.

3. Herkunft der Biomasse - § 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. b BauGB

§ 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. b BauGB verlangt, dass die Biomasse überwiegend aus dem (Basis-) Betrieb oder aus diesem und aus nahegelegenen Betrieben nach § 35 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 oder Nr. 4 BauGB, soweit letztere Tierhaltung betreiben, stammen. Mit diesem Tatbestandsmerkmal will der Gesetzgeber sowohl aus ökologischen als auch volkswirtschaftlichen Gründen einen überregionalen Transport des Rohmaterials (sog. Gülletourismus) verhindern. Die Regelung ermöglicht Kooperationen geeigneter Basisbetriebe, auch ohne dass die Inhaber der weiteren Betriebe zwangsläufig Mitbetreiber der Anlage sein müssen. Es ist deshalb nicht ausgeschlossen, dass kooperierende nahegelegene Betriebe i. S. v. § 35 Abs. 1 Nr. 1, 2 oder 4 (Tierhaltung) BauGB ggf. eigenständige Biomasseanlagen betreiben.

Zum Nachweis der Herkunft der Biomasse dienen regelmäßig Kooperationsvereinbarungen, die Ausführungen über die Lage der Betriebsflächen, die

Menge der zu liefernden Biomasse, die Bezugsdauer sowie das für die Biomasse zu zahlende Entgelt enthalten (vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 11.12.2008 – 7 C 6/08, NVwZ 2009, 585).

Bis zu welcher Entfernung ein Zulieferbetrieb noch als „nahegelegen“ anzusehen ist, entzieht sich einer pauschalierenden Beurteilung. Als Bewertungskriterien können aber Entfernungen, die bei landwirtschaftlichen Betriebsabläufen und Verflechtungen zu Betrieben in der Umgebung regional üblich sind, herangezogen werden. Üblicherweise werden daher insbesondere Betriebe in der Standortgemeinde oder in benachbarten Gemeinden als nahegelegen angesehen werden können.

Die Voraussetzung „überwiegend“ bedeutet, dass zumindest mehr als die Hälfte der Biomasse (> 50 %) aus

- dem Basisbetrieb selbst (Variante 1). oder
- dem Basisbetrieb und aus den „nahe gelegenen“ (Anlieferungs-) Betrieben (Variante 2)

stammen (ähnlich dem Begriff in § 201 BauGB: „überwiegend eigene Futtergrundlage“). Unbeachtlich ist daher, wenn ein nicht überwiegender Teil der Biomasse nicht aus diesen Betrieben stammt.

4. Eine Anlage je Hofstelle oder Betriebsstandort – § 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. c BauGB

Auch diese Regelung dient dem Schutz des Außenbereichs. Die in der Regelung enthaltene Differenzierung zwischen Hofstelle und Betriebsstandort hat ihre Ursache darin, dass bei forstwirtschaftlichen Betrieben, bei Gartenbaubetrieben oder bei Betrieben der Tierhaltung nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB in aller Regel nicht von einer Hofstelle gesprochen wird. Die Begrenzung auf eine Biomasseanlage je Betriebsstandort oder Hofstelle gilt u. E. auch dann, wenn eine Anlage bereits aufgrund der Rechtslage vor Inkrafttreten von § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB auf einer anderen planungsrechtlichen Grundlage im Rahmen von § 35 BauGB zugelassen wurde.

Ausnahmsweise kann durch entsprechende Steuerungsregelungen eine Anlage sowohl eine Einheit zur Erzeugung von Biogas als auch eine weitere Ein-

heit zur energetischen Nutzung von Biomasse (z. B. Hackschnitzelkessel) umfassen. Hierbei muss eine Einheit der anderen als Ergänzung dienen und ihr folglich deutlich untergeordnet sein.

5. Leistungsbegrenzung – Feuerungswärmeleistung, § 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. d BauGB

§ 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. d BauGB beschränkt die Kapazität einer Anlage zur Erzeugung von Biogas auf 2,3 Mio. Normkubikmeter Biogas pro Jahr; die Feuerungswärmeleistung anderer Anlagen darf 2,0 Megawatt nicht überschreiten.

Dadurch wird berücksichtigt, dass Biomasseanlagen in unterschiedlicher Weise Biomasse in Energien umwandeln. Soweit der Gesetzgeber für diese anderen Anlagen auf die Feuerungswärmeleistung der Anlage abstellt, so kann insoweit auf die entsprechende Begriffsbestimmung in § 2 Nr. 6 der Ersten Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes abgestellt werden („Feuerungswärmeleistung ist der auf den unteren Heizwert bezogene Wärmeinhalt des Brennstoffs, der einer Feuerungsanlage im Dauerbetrieb je Zeiteinheit zugeführt werden kann“).

Für andere Anlagen zur Stromerzeugung aus Biomasse i. S. v. § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB (z.B. Holzverbrennungsanlagen oder Anlagen zur Stromerzeugung aus flüssiger Biomasse wie Pflanzenöl) gilt, dass sie die Feuerungswärmeleistung von 2,0 MW einhalten müssen.

Umfasst eine solche andere Anlage mehrere Stromerzeugungseinheiten (z.B. ein zusätzliches Pflanzenöl-BHKW oder einen Holzheizkraftwerkskessel zur Stromerzeugung), ist deren jeweilige Feuerungswärmeleistung kumuliert am Grenzwert von 2,0 MW zu messen.

Umfasst eine Anlage ausnahmsweise sowohl eine Einheit zur Erzeugung von Biogas als auch eine weitere Einheit zur energetischen Nutzung von Biomasse (z.B. Hackschnitzelkessel), so sprechen gute Gründe dafür, dass die Kapazität der Einheit zur Erzeugung von Biogas den Grenzwert von 2,3 Mio. Normkubikmeter erzeugtes Biogas pro Jahr und die Feuerungswärmeleistung der weiteren Einheit zur energetischen Nutzung von Biomasse den Grenzwert von

2,0 MW nicht übersteigen dürfen. Voraussetzung ist hierbei, dass eine Einheit der anderen als Ergänzung dient und ihr folglich deutlich untergeordnet ist.

6. Abschließender Charakter der Regelung

§ 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB ist nach ganz überwiegender Auffassung eine abschließende Regelung für die Genehmigung von Biogasanlagen im Außenbereich (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. vom 6.4.2009 – 11 S 59/08; Söfker in E/Z/B/K § 35 Rn. 59 mit w.N. und ausführlicher Begründung; auch der Gesetzgeber zum Europarechtsanpassungsgesetz Bau vom 24.06.2004 ist davon ausgegangen, dass damit die Frage der privilegierten Zulässigkeit von Biomasseanlagen im Außenbereich abschließend und endgültig geregelt ist, vgl. Bundestags-Drs. 15/2250, S. 55).

Dies bedeutet auch, dass eine Zulassung von Anlagen, die nicht unter dem Privilegierungstatbestand fallen, auf der Rechtsgrundlage von § 35 Abs. 2 BauGB regelmäßig ausgeschlossen sein wird.

7. Rückbauverpflichtung - § 35 Abs. 5 Sätze 2 u. 3 BauGB

§ 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB enthält eine zusätzliche Genehmigungsvoraussetzung für Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB – also auch für die hier in Rede stehenden Biomasseanlagen: Der Antragssteller muss eine Verpflichtungserklärung abgeben, das Vorhaben nach dauerhafter Aufgabe der zulässigen Nutzung zurückzubauen und Bodenversiegelungen zu beseitigen. Diese Rückbauverpflichtung ist Tatbestandsvoraussetzung für die Genehmigung des Vorhabens.

§ 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB regelt, dass die Bauaufsichtsbehörde die Einhaltung der Rückbauverpflichtung durch nach Landesrecht vorgeschriebene Baulast oder in sonstiger Weise sicherstellen soll. Anders als die Verpflichtung zur Abgabe einer Rückbauerklärung, bei der es sich um eine zwingende tatbestandliche Voraussetzung für die Genehmigung des Vorhabens handelt, stellt der Gesetzgeber die Sicherstellung dieser Rückbauverpflichtung in das – wenn auch intendierte – Ermessen der zuständigen Genehmigungsbehörde. Da das bayerische Landesrecht die Baulast nicht kennt, kommt lediglich die

Sicherung in anderer Weise in Betracht. Grundsätzlich eignen sich die Hinterlegung oder Verpfändung von Sparguthaben, die Eintragung von Sicherungsgleichschulden oder Höchstbetragssicherungshypotheken im Grundbuch. Gleichwohl wird die in der Praxis häufigste Sicherungsform die selbstschuldnerische Bürgschaft sein. Für die Bürgschaftssumme wird insbesondere die Höhe der zu erwartenden Rückbaukosten, die naturgemäß nur geschätzt werden kann, eine entscheidende Rolle spielen. Es wird auch Ausnahmefälle geben, in denen es vertretbar erscheint, das vom Gesetzgeber eingeräumte Ermessen dahingehend auszuüben, dass von der Sicherstellung der Rückbauverpflichtung abgesehen wird. Dies setzt voraus, dass aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte davon auszugehen ist, dass der Bauherr seiner Rückbauverpflichtung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachkommen wird.

8. Zulässigkeit von Satelliten-Blockheizkraftwerken

In jüngster Zeit stellt sich vermehrt die Frage, welcher bauplanungsrechtliche Maßstab für Satelliten-Blockheizkraftwerke (Satelliten-BHKW) gilt, die aus einer Biomasseanlage mit Gas versorgt werden, aber nicht am Standort der Biomasseanlage realisiert werden sollen.

Grundsätzlich gilt, dass die stromerzeugende Einheit bei Biomasseanlagen Bestandteil der Gesamtanlage ist, soweit eine natürliche Betrachtungsweise dies ergibt. Fehlt zwischen der Biomasseanlage und der stromerzeugenden Einheit der räumliche Zusammenhang, liegt also das Blockheizkraftwerk deutlich abgesetzt oder gar mehrere hundert Meter vom Standort der Biogasanlage entfernt, handelt es sich bauplanungsrechtlich um ein eigenständiges Vorhaben, das nach den dafür geltenden bauplanungsrechtlichen Vorschriften zu beurteilen ist. Satelliten-BHKW sind keine i. S. v. § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB ortsgebundenen Anlagen zur Energieerzeugung, sondern in aller Regel lediglich sonstige Vorhaben, die nach § 35 Abs. 2 zu beurteilen und mithin im Außenbereich regelmäßig nicht zulässig sein werden.

Im Einzelfall kommt eine Zulässigkeit im Außenbereich als dienende Anlage z.B. eines nach § 35 Abs. 1 Nrn. 1 bis 4 BauGB privilegiertes Vorhabens in Betracht (s. „Hinweise“).

Die Landratsämter werden gebeten, die Gemeinden – soweit diese keine unteren Bauaufsichtsbehörden sind – zu unterrichten.

Dieses Schreiben wird auch auf die Internetseite des Bayerischen Staatsministeriums für Wohnen, Bau und Verkehr eingestellt.

Mit freundlichen Grüßen

gez. Dr. Parzefall
Ministerialrat