

**MS**

**Abteilung 5, Referat 501**

**Az.: 501.23 – 21120 – 4.9 N**

**ML**

**Abteilung 1, Referat 106**

**Az.: 106.2-3243/1-5(75)**

**Hinweise des Niedersächsischen Ministeriums für Soziales, Frauen, Familie und Gesundheit (MS) und des Niedersächsischen Ministeriums für den ländlichen Raum, Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (ML) zu der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von Biomasseanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB**

## **0. Allgemeines**

Anlagen zur energetischen Nutzung von Biomasse können städtebaurechtlich im Innenbereich und im Außenbereich zulässig sein. Ihre Zulässigkeit im Außenbereich ist insbesondere dadurch eingeschränkt, dass sie nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB nur dort privilegiert sind, wo sich bereits privilegierte Vorhaben, nämlich land- und forstwirtschaftliche Betriebe im Sinne von Nr. 1, Gartenbaubetriebe im Sinne von Nr. 2 und tierhaltende Betriebe im Sinne von Nr. 4 befinden. Der Privilegierungstatbestand wird durch zahlreiche Zielkonflikte und politische Kompromisse geprägt. Das erschwert seine Auslegung.

Mit der Regelung des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB sind Vorhaben zur Nutzung der aus Biomasse erzeugten Energie unter im Einzelnen in dieser Vorschrift bestimmten Voraussetzungen privilegiert zulässig. Die Regelung bildet gegenüber der nach bisherigem Recht möglichen Privilegierung nach Nr. 1 auf Grund der „dienenden Funktion“ oder als „mitgezogene Nebenutzung“ die speziellere Vorschrift und ist insofern abschließend (vgl. BT-Drs. 15/2250 S. 55); dieser Vorrang gilt auch gegenüber § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB.

Die Privilegierung umfasst nicht nur die Herstellung und Nutzung der Energie von aus Biomasse erzeugtem Gas, sondern jede energetische Nutzung von Biomasse, einschließlich der thermischen Energienutzung der Biomasse. Mit § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB soll zum einen ein Beitrag zum Klimaschutz, zur Ressourcenschonung und zu einer effizienten Energienutzung geleistet und zum anderen den Landwirten zusätzliche Einkommensalternativen eröffnet werden.

Darüber hinaus haben die Gemeinden, insbesondere unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 5 und 6 BauGB, die Möglichkeit, von den Instrumenten der Bauleitplanung (qualifizierter Bebauungsplan, vorhabenbezogener Bebauungsplan) Gebrauch zu machen, um die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit einer nicht nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB privilegierten „Biomasseanlage“ herbeizuführen. Das Instrument des vorhabenbezogenen Bebauungsplanes bietet für die Gemeinde den Vorteil, dass die Planungskosten vom Investor übernommen werden können und ist für den Investor insoweit vorteilhaft, als er über die notwendige Planungssicherheit verfügt.

Ferner kann in einem städtebaulichen Vertrag nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB vereinbart werden, dass der Investor auch die verwaltungsinternen Kosten (Personal- und Sachkosten) zu tragen hat, die der städtebaulichen Planung einer Gemeinde zurechenbar sind; ausgenommen hiervon sind Kosten für Aufgaben, die die Gemeinde durch eigenes Personal wahrnehmen muss (BVerwG, Urteil vom 25.11.2005 – 4 C 15.04).

## **1. § 35 Abs. 1 BauGB**

### **1.1 § 35 Abs. 1 Nr. 6, 1. Halbsatz BauGB**

***„im Rahmen eines Betriebes nach Nummer 1 oder 2 oder eines Betriebes nach Nummer 4, der Tierhaltung betreibt“***

Die Nutzung von Biomasse ist demnach nur im Rahmen eines Betriebes nach § 35 Abs. 1 Nr. 1, 2 oder 4 BauGB, der Tierhaltung betreibt, privilegiert. Auch der Anbau von nachwachsenden Rohstoffen (wie z. B. Mais oder Winterroggen) fällt unter den Landwirtschaftsbegriff im Sinne des § 201 BauGB. Unter Berücksichtigung dieser Auffassung wird die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB auch dann ausgelöst, wenn die Tätigkeit des Betriebes nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB darin besteht, ausschließlich nachwachsende Rohstoffe anzubauen und die Voraussetzungen in Ziffer 1.2, Absatz 2 (siehe unten) erfüllt sind. Der Betrieb muss zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Zulässigkeit der Biomasseanlage privilegiert sein.

Die Biomasseanlage muss dem Betrieb, „in dessen Rahmen“ sie errichtet werden soll – dem so genannten „Basisbetrieb“ –, vergleichbar den Fällen des § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB, rechtlich zugeordnet sein.

Diese Zuordnung liegt jedenfalls dann vor, wenn der Betreiber der Biomasseanlage identisch ist mit dem Eigentümer des Basisbetriebs. Darüber hinaus ist die erforderliche Zuordnung aber auch nicht schon allein deshalb zu verneinen, weil die zu beurteilende Biomasseanlage nicht im (Allein-) Eigentum des Inhabers des Basisbetriebs steht. Eine Biomasseanlage kann dem Basisbetrieb vielmehr auch dann als zugeordnet angesehen werden, wenn sie sich im Eigentum einer Betreibergesellschaft befindet. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Betreibergesellschaft dauerhaft überwiegend aus dem Eigentümer des Basisbetriebs sowie aus Gesellschaftern, bei denen die Voraussetzungen im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. b) BauGB vorliegen, besteht. Der Eigentümer des Basisbetriebs muss dabei allerdings maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft haben, so dass gegen seinen Willen keine Beschlüsse, die die Führung der Geschäfte der Gesellschaft betreffen, gefasst werden können. Dies muss nachvollziehbar, z. B. durch einen im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Zustimmungsvorbehalt des Eigentümers des Basisbetriebs für Beschlüsse der Gesellschaft, dokumentiert und auf Dauer gewährleistet sein. Sowohl der land- oder forstwirtschaftliche sowie gartenbauliche oder tierhaltende Betrieb, als auch die Biomasseanlage kann in den nach dem Gesellschaftsrecht möglichen Rechtsformen (z.B. GbR, GmbH) betrieben werden.

### **1.2 § 35 Abs. 1 Nr. 6 a) BauGB**

***„das Vorhaben steht in einem räumlich-funktionalen Zusammenhang mit dem Betrieb“***

Zwischen der Biomasseanlage und dem Basisbetrieb muss ein räumlich-funktionaler Zusammenhang bestehen. § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB übernimmt hier eine Formulierung, die der Gesetzgeber erstmals in § 4 Abs. 3 Maßnahmengesetz zum Baugesetzbuch 1993 verwendet hatte und die dann in § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 Buchst. e) BauGB übernommen wurde. Damit soll eine Zersiedelung des Außenbereichs verhindert werden. Die Biomasseanlagen sind nicht isoliert privilegiert. Der räumliche Zusammenhang kann nicht in absoluten Größen, d. h. durch die Angabe der Entfernung in Metern, bestimmt werden. Für die bauplanungsrechtliche Beurteilung ist vielmehr eine Einzelfallentscheidung erforderlich.

Bezugspunkt ist der Basisbetrieb, der die Privilegierung der Biomasseanlage rechtfertigt, also in der Regel im Fall der Nr. 1 die Hofstelle. Sofern die Biomasseanlage im Zusammenhang mit einem forstwirtschaftlichen (Nr. 1), gartenbaulichen (Nr. 2) oder tierhaltenden Betrieb (Nr.

4) errichtet werden soll, ist als Bezugspunkt der Betriebsstandort anzunehmen. Kann die Biomasseanlage in besonders gelagerten Einzelfällen nicht im räumlich-funktionalen Zusammenhang mit der Hofstelle bzw. dem Betrieb errichtet werden, können Standorte für die Biomasseanlage in Betracht kommen, die als Schwerpunkt der Hofstelle bzw. des Betriebs erkennbar und durch bauliche Anlagen des Betriebs von einigem Gewicht geprägt sind, wie z. B. Stallgebäude, Maschinenhallen oder Güllesilos, nicht jedoch untergeordnete bauliche Anlagen, wie z. B. Fahrsilos oder Viehunterstände.

Es ist umstritten, ob auch eine landwirtschaftliche Betriebsfläche („Feld“) den in § 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. a) BauGB geforderten räumlich-funktionalen Zusammenhang herstellen kann. Diese Fragestellung ist bisher in der Rechtsprechung nicht geklärt.

Der funktionale Zusammenhang der Biomasseanlage mit dem Betrieb erfordert eine Verknüpfung der Biomasseverwertung mit der vorhandenen Betriebsstruktur.

### **1.3 § 35 Abs. 1 Nr. 6 b) BauGB**

***„die Biomasse stammt überwiegend aus dem Betrieb oder überwiegend aus diesem und nahe gelegenen Betrieben“***

§ 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB eröffnet die Möglichkeit der Kooperation des Basisbetriebs mit anderen Betrieben. Die kooperierenden Betriebe müssen jedoch ebenfalls die privilegierte Betriebsqualität nach § 35 Abs. 1 Nr. 1, 2 oder 4 BauGB besitzen. Ob ein Betrieb „nahe gelegen“ ist, kann nur im Einzelfall beurteilt werden. Siedlungsstrukturelle und betriebsspezifische Besonderheiten sind zu berücksichtigen. Eine Entfernung von mehr als 30 Minuten Fahrzeit dürfte im Allgemeinen nicht mehr als „nahe gelegen“ anzusehen sein.

Im Umkehrschluss sind als „nahe gelegen“ stets angrenzende Betriebe, also im räumlichen Umkreis gelegene Betriebe anzusehen.

Der Betreiber der Biomasseanlage muss darüber hinaus entweder selbst mehr als 50 % der Biomasse zur Verfügung stellen oder es müssen mehr als 50 % gemeinsam von dem Betreiber und den nahe gelegenen Betrieben stammen.

#### **1.4 § 35 Abs. 1 Nr. 6 c) BauGB**

***„es wird je Hofstelle oder Betriebsstandort nur eine Anlage betrieben“***

§ 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. c) BauGB begrenzt die Zahl der Anlagen je Hofstelle oder Betriebsstandort auf eine Anlage. Die Begrenzung dient dem Schutz des Außenbereichs. Während sich die Hofstelle auf den landwirtschaftlichen Betrieb bezieht, spricht man bei forstwirtschaftlichen Betrieben, Gartenbaubetrieben oder tierhaltenden Betrieben nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB von Betriebsstandorten. Die Begrenzung auf eine Biomasseanlage je Hofstelle bzw. Betriebsstandort gilt auch dann, wenn bereits eine Anlage auf Grund der früheren Rechtslage nach einer anderen planungsrechtlichen Grundlage des § 35 BauGB zugelassen worden war.

#### **1.5 § 35 Abs. 1 Nr. 6 d) BauGB**

***„die installierte elektrische Leistung der Anlage überschreitet nicht 0,5 MW“***

Die Begrenzung der elektrischen Leistungshöhe der Biomasseanlage auf 0,5 MW soll ebenfalls dem Schutz des Außenbereichs dienen. Diese Regelung korrespondiert mit einer Bestimmung im EEG, wonach für Anlagen bis zu einer Größe von 150 kW eine Grundvergütung von 11,5 ct/kWh für nach dem 31.12.2003 in Betrieb genommene Biomasseanlagen gewährt wird. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass Biomasseanlagen mit einer höheren installierten elektrischen Leistung als 0,5 MW aufgrund einer entsprechenden Bauleitplanung der Gemeinde, z. B. eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans, errichtet werden können.

#### **2. § 35 Abs. 2 BauGB**

Im Einzelfall ist die Zulassung einer Biomasseanlage als sonstiges Vorhaben auf der Grundlage des § 35 Abs. 2 BauGB zwar nicht ausgeschlossen. Eine solche Anlage dürfte jedoch regelmäßig eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange im Sinne von Abs. 3 der Vorschrift, hier insbesondere der Nummern 5 und 7, darstellen und damit unzulässig sein.