

dass schädliche Umwelteinwirkungen verhindert werden, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind. Es ist nach den im Erörterungstermin gewonnenen Erkenntnissen unzureichend schallisoliert worden. Die das Blockheizkraftwerk umgebenden Absorptionsplatten aus Lochblech bieten keinen ausreichenden Schallschutz. Auch die vom Antragsteller aus diesem Grund zusätzlich errichteten, aus zwei Spanplatten mit dazwischen liegender Dämmwolle bestehenden und an einigen Stellen Öffnungen aufweisenden Wände von 18 cm Stärke führen zu keiner dem Stand der Technik entsprechenden Schallisolierung. Aus der Sicht des Schallschutzes wiegt dabei neben dem Umstand, dass die beschriebene Schallisolierung nicht auf den Blockheizkraftwerkstyp abgestimmt ist, besonders schwer, dass die südöstliche Außenwand zum Zwecke der Lüftung des Blockheizkraftwerks Öffnungen aufweist, über die der Schall mehr oder minder ungehindert nach Außen tritt.

Auch das lärmintensive Gebläse an der Rückseite der Kohleheizung weist keine erkennbaren der Schallisolierung dienenden Einrichtungen auf.

Demgegenüber ist nichts dafür ersichtlich, dass die genehmigten Windkraftanlagen der Beigeladenen nicht dem Stand der Technik entsprechen.

Dass der Antragsteller möglicherweise zu Recht befürchtet, vom Eigentümer des Grundstücks B-weg 7 oder von der zuständigen Überwachungsbehörde gemäß § 24 Satz 1 BImSchG, Nrn. 5.2 und 5.3 TA Lärm mit der Forderung von Lärminderungsmaßnahmen konfrontiert zu werden, rechtfertigt mit Blick darauf, dass sowohl bei dem Blockheizkraftwerk als auch bei dem Gebläse an der Kohleheizung keine dem Stand der Technik entsprechende Maßnahmen zum Schallschutz ergriffen wurden, nicht die Aufhebung der angefochtenen Genehmigung.

Das genehmigte Vorhaben erweist sich dem Antragsteller gegenüber auch nicht im Hinblick auf etwaige durch Lärmimmissionen bedingte Einschränkungen der Erweiterungsmöglichkeiten seines gartenbaulichen Betriebes als rücksichtslos. Das dahingehende Vorbringen des Antragstellers legt zugrunde, dass die Windkraftanlagen der Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB unterliegen und damit weniger schutzwürdig sind als sein Betrieb. Dies ist aber nach den obigen Ausführungen bereits unzutreffend. Im Übrigen ist nicht dargelegt oder sonst ersichtlich, warum einem bereits errichteten, nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB privilegierten landwirtschaftlichen Betrieb ein besonderer Schutz im Verhältnis zu anderen privilegierten Nutzungen zukommen soll (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 25. Juli 2002 - 10 B 778/02 -), zumal vorliegend lediglich eine künftige Erwerbsaussicht gesichert werden soll. [...]

Die vom Antragsteller befürchtete Gefahr eines Rotorblattbruchs ist vernachlässigbar gering. Nach dem Gutachten des TÜV Nord vom 25. Oktober 2006 kommt es im statistischen Mittel lediglich alle 1.000 Betriebsjahre zu einem Bruch des Rotorblattes.

Ist nach alledem davon auszugehen, dass die angefochtene Genehmigung voraussichtlich einer rechtlichen Überprüfung standhalten wird, begegnet die Einschätzung des Verwaltungsgerichts keinen Bedenken, dass das Interesse der Beigeladenen daran überwiegt, von der ihr erteilten Genehmigung bezüglich der WKA 2 und 3 schon während des Widerspruchsverfahrens uneingeschränkt im genehmigten Umfang, d. h. auch hinsichtlich der Nachtzeit, Gebrauch zu machen.

## 21. Biogasanlage und Anforderungen an den rahmengenbenden Betrieb im Sinne von § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB

*BauGB § 35 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6; BauGB § 201*

**Eine Biogasanlage muss nicht einem landwirtschaftlichen Betrieb im Sinne von § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB „dienen“, um im Sinne von § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB im Rahmen eines Betriebes zulässig zu sein. Dabei ist es auch unschädlich, wenn der rahmengenbende Betrieb seine gesamten landwirtschaftlichen Flächen zur Erzeugung von Biomasse einsetzt, die in der Biogasanlage verwertet werden soll.**

*(Leitsatz der Redaktion)*

*OVG Koblenz, U. v. 22.11.2007 – 1 A 10253/07.OVG (nicht rechtskräftig<sup>1</sup>, vorgehend VG Mainz, ZNER 2007, 241)*

*Mit Anmerkung von Mache*

**Zum Sachverhalt:** Der Kläger begehrt die Aufhebung eines Widerspruchsbescheides des Beklagten, durch den auf den Widerspruch der Beigeladenen hin die ihm erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Biogasanlage aufgehoben worden ist. Die Beteiligten haben im Verwaltungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Wesentlichen darüber gestritten, ob der Kläger einen landwirtschaftlichen Betrieb führt, der die Voraussetzungen eines rahmengenbenden Betriebs im Sinne von § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB erfüllt. Die beigeladene Standortgemeinde hatte dies von Beginn an verneint und deshalb ihr gemeindliches Einvernehmen gemäß § 36 Abs. 1 BauGB versagt. Die beklagte Genehmigungsbehörde hat sich, nachdem sie das Einvernehmen zunächst ersetzt und den Genehmigungsbescheid erteilt hatte, dieser Auffassung später angeschlossen und den Genehmigungsbescheid auf den Widerspruch der Beigeladenen hin aufgehoben. Wegen der weiteren Einzelheiten siehe die Sachverhaltsdarstellung zum erstinstanzlichen Urteil des VG Mainz in ZNER 2007, 241.

### Aus den Gründen:

Die Berufung ist zulässig und begründet. Das Verwaltungsgericht hätte der Klage stattgeben und den angefochtenen Widerspruchsbescheid des Beklagten vom 6. Februar 2006 aufheben müssen, weil dieser Widerspruchsbescheid, der gemäß § 79 Abs. 1 Nr. 2 VwGO im vorliegenden Fall alleiniger Gegenstand der Anfechtungsklage ist, den Kläger in seinen Rechten verletzt. Der Beklagte als Widerspruchsbehörde hätte nämlich den Widerspruch der Beigeladenen gegen die dem Kläger erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung vom 30. November 2004 zurückweisen müssen, weil die in dem Genehmigungsbescheid enthaltene Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens der Beigeladenen zu Recht erfolgt ist. Die Versagung des Einvernehmens zu dem Bauvorhaben des Klägers durch die Beigeladene wäre nur dann rechtmäßig gewesen, wenn das Vorhaben des Klägers deshalb gegen bauplanungsrechtliche Vorschriften verstoßen würde, weil es im Außenbereich gemäß § 35 BauGB nicht zugelassen werden könnte. Das ist jedoch nicht der Fall, weil hier die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB erfüllt sind. Bei dem Betrieb des Klägers handelt es sich um einen landwirtschaftlichen Betrieb i.S. von § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB. Darüber hinaus soll die streitige Biogasanlage „im Rahmen“ dieses Betriebes verwirklicht werden. Schließlich ist auch nicht ersichtlich, dass die ausreichende Erschließung nicht gewährleistet wäre. Das streitige Vorhaben soll unstrittig im Außenbereich der Beigeladenen errichtet werden. Seine bauplanungsrechtliche Zulässigkeit richtet sich demgemäß nach § 35 BauGB. Unter welchen Voraussetzungen die Beigeladene ihr daher grundsätzlich erforderliches Einvernehmen versagen kann bzw. unter welchen Voraussetzungen der Beklagte ein fehlendes Einvernehmen im Rahmen des hier durchzuführenden immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens ersetzen kann, hat das Verwaltungsgericht in seinem Urteil im Einzelnen dargelegt, worauf zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird. Im vorliegenden Fall ist die Ersetzung des gemeindlichen

1. Die Revision ist wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen worden.

Einvernehmens durch den Beklagten entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts indessen zu Recht erfolgt, weil das Bauvorhaben des Klägers mit § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB in Einklang steht. [...] Soweit das dergestalt an die neue Rechtslage angepasste Vorhaben von dem ursprünglichen Antrag abweicht und der Kläger hierzu im Eil- und im Widerspruchsverfahren weitere Nachweise vorgelegt hat, handelt es sich also nicht um ein gegenüber der Genehmigung verändertes Vorhaben oder gar um ein aliud, das deshalb der Durchführung eines neuen Genehmigungsverfahrens bedürfte, wie dies der Beklagte im Widerspruchsverfahren vertreten hat. Das von dem Kläger im Verlauf des Genehmigungsverfahrens modifizierte Vorhaben ist gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB zulässig, weshalb der Beklagte seinerzeit zu Recht die erforderliche immissionsschutzrechtliche Genehmigung unter Ersetzung des von der Beigeladenen verweigerten Einvernehmens erteilt hat. Bei dem Betrieb des Klägers handelt es sich entgegen der Auffassung der Beigeladenen um einen landwirtschaftlichen Betrieb i.S. von § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB. Insoweit verwundert die Argumentation der Beigeladenen bereits vor dem Hintergrund, dass der landwirtschaftliche Betrieb im Jahre 1991 in den Außenbereich der Beigeladenen ausgesiedelt worden ist, was gewiss nicht ohne Erteilung ihres Einvernehmens geschehen sein dürfte. Ob sich seitdem das Verhältnis zwischen den von dem Betrieb bewirtschafteten Eigentumsflächen zu den Pachtflächen maßgeblich verändert hat, bedarf in diesem Zusammenhang keiner Klärung, weil die Überlegung, mit der die Beigeladene die Privilegierung des klägerischen Betriebes in Zweifel zieht, nicht überzeugt. Die Beigeladene vertritt nämlich insoweit den Standpunkt, die Tatsache, dass der Kläger seine landwirtschaftliche Tätigkeit fast ausschließlich aus Pachtland ausübe, spreche dagegen, die von der Rechtsprechung im Zusammenhang mit § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB geforderte Nachhaltigkeit zu bejahen. Bei dieser Argumentation lässt die Beigeladene allerdings außer Acht, dass das Bundesverwaltungsgericht in seiner Rechtsprechung (Urteil vom 3. November 1972, BVerwGE 140, S. 138 ff.; Urteil vom 3. Februar 1989, BauR 1989, 182 f.) keineswegs eine starre Regel dahingehend aufgestellt hat, ein privilegierter landwirtschaftlicher Betrieb liege dann nicht vor, wenn er weitestgehend auf Pachtflächen geführt werde. Das Bundesverwaltungsgericht hat lediglich ausgesprochen, dass in aller Regel eine landwirtschaftliche Betätigung, die ausschließlich oder weit überwiegend auf fremden Grund und Boden verwirklicht wird, nicht den Voraussetzungen für eine Privilegierung i.S. des § 35 Abs. 1 Satz 1 BauGB genügt. So führt es in seinem Urteil vom 3. November 1972 (a.a.O.) zwar aus: „Der Schutzzweck des § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB gebietet, wenn er sein planungsrechtliches Ziel verwirklichen soll, dass nicht jede auch nur kurzfristige land- oder forstwirtschaftliche Tätigkeit die Zulassung von Bauten im Außenbereich rechtfertigen kann. Das entspricht dem Begriff des – zumal land- oder forstwirtschaftlichen – Betriebs im Allgemeinen, es gilt aber erst recht dann, wenn im Zusammenhang mit § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB in Frage steht, ob zugunsten einer land- oder forstwirtschaftlichen Betätigung dauerhafte Bauten errichtet werden dürfen“. Hieraus leitet das Bundesverwaltungsgericht ab, dass das Merkmal der Nachhaltigkeit erfüllt sein muss, es sich also um einen dauerhaften Betrieb handeln muss. Dabei ist jedoch zu sehen, dass die genannte Entscheidung wie auch die ansonsten ergangenen einschlägigen höchst- und obergerichtlichen Entscheidungen vorwiegend im Zusammenhang mit der Errichtung von Wohnbauten im Außenbereich stehen. In derartigen Fällen stellt sich die Problematik der Nachhaltigkeit in ganz anderer Weise. Dem Schutzzweck des § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB ist nämlich nicht genügt, wenn über eine lediglich kurzfristige landwirtschaftliche Tätigkeit ein dauerhaftes Gebäude im Außenbereich ermöglicht wird, das auch dann im Außenbereich fortbesteht und die Gefahr einer nicht privilegierten Umnutzung in sich birgt, wenn der nicht nachhaltige, also nicht ernsthaft betriebene Betrieb nicht mehr existiert. Abgesehen von dieser Intention des Bundesverwaltungsgerichts, die bei der Anwendung der in seiner Rechtsprechung niedergelegten Maßstäbe an den jeweils zu beurteilenden Betrieb nicht

außer Acht gelassen werden kann, verkennt die Beigeladene aber auch, dass in Bezug auf die prüfende Nachhaltigkeit der landwirtschaftlichen Betätigung dem Umstand, ob dies auf Eigentumsflächen erfolgt, nicht gleichsam die Bedeutung einer Tatbestandsvoraussetzung, sondern allenfalls indizielle Bedeutung beizumessen ist (so BVerwG, Urteil vom 3. Februar 1989, a.a.O.). Mithin sind auch Ausnahmefälle denkbar, in denen § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB selbst dann nicht ohne weiteres ausscheidet, wenn sich der Antragsteller für das Vorhandensein eines Betriebes einzig auf gepachteten Grund und Boden beruft (BVerwG, Urteil vom 3. November 1972, a.a.O., S. 144). Somit ist es keinesfalls so, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ausschließlich oder zumindest vorrangig die Privilegierung daraus abzuleiten wäre, dass der Landwirt seine Tätigkeit überwiegend auf eigenen Flächen ausübt. Ob es sich im konkreten Fall tatsächlich um eine beständige und auf Dauer angelegte wirtschaftliche Betätigung handelt, ist anhand verschiedener, von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelter Merkmale zu beurteilen, denen indizielle Bedeutung zukommt (vgl. auch Urteil des Senats vom 21. März 2002, BauR 2002, 1213). Im vorliegenden Fall bestehen hinreichende Indizien dafür, dass der Kläger einen dauerhaften landwirtschaftlichen Betrieb im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts betreibt. [wird ausgeführt] Das streitige Vorhaben soll auch „im Rahmen“ dieses landwirtschaftlichen Betriebes verwirklicht werden. Insoweit folgt der Senat nicht der Auffassung des Verwaltungsgerichts, die von dem Beklagten und der Beigeladenen im Berufungsverfahren ebenfalls vertreten wird, der Kläger betreibe lediglich einen „Biomasse-Betrieb“ und es ermangele deshalb eines „landwirtschaftlichen Basisbetriebs“, der aber vorliegend gegeben sein müsse, damit das Vorhaben gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB als privilegiertes Vorhaben im Außenbereich zugelassen werden könne, weil er beabsichtige, die gesamte landwirtschaftliche Erzeugung seines Betriebes als Biomasse der geplanten Biogasanlage zuzuführen. Diese Überlegungen knüpfen, wie das sowohl in dem Urteil des Verwaltungsgerichts als auch in den Ausführungen des Beklagten und der Beigeladenen zum Ausdruck kommt, an den Begriff des „Dienens“ i.S. des von § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB und die hierzu in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entwickelten Grundsätze an und schlagen außerdem die Produktion der Biomasse im Sinne eines gedanklichen Konstruktes eines „Biomassebetriebes“ dem eigentlichen Bauvorhaben - der Biogasanlage - zu, was weder in § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB noch in der Kommentarliteratur hierzu eine Stütze findet, auf die sich die vorstehend geschilderte Auffassung indessen stützt. Schon der gedankliche Ansatz, gleichsam uneingeschränkt auf die bezüglich des „Dienens“ in § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB sowie bezüglich der von landwirtschaftlicher Nutzung mitgezogenen Nutzungen von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien auch bezüglich der für Biogasanlagen geltenden Anforderung zurückzugreifen, wonach die Biogasanlage „im Rahmen“ eines landwirtschaftlichen Betriebes verwirklicht werden soll, wird der Intention des Gesetzgebers bei der Neuschaffung des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB nicht gerecht. Biogasanlagen waren zwar auch in der Vergangenheit im Außenbereich zulässig, soweit sie einem landwirtschaftlichen Betrieb dienten oder als nichtlandwirtschaftliche Nutzung von der landwirtschaftlichen Nutzung mitgezogen wurden. Diese Rechtslage trug aber nach der Auffassung der Bundesregierung, wie sie in der Begründung des Gesetzentwurfes vom 17. Dezember 2003 (BT-Drucks. 15/2250, S. 54 f.) zum Ausdruck kommt, den Bedürfnissen der Praxis nicht hinreichend Rechnung. Deshalb war es das gesetzgeberische Motiv für die Neuschaffung des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB, die Zulässigkeit dieser Anlage im Außenbereich wesentlich zu erweitern und zwar über die Möglichkeiten hinaus, die § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB hierfür eröffnete. Dies sollte den Strukturwandel in der Landwirtschaft fördern (vgl. Berliner Kommentar zum BauGB, 3. Aufl., § 35 BauGB Rdnr. 52; Söfker in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, § 35 BauGB, Rdnr. 59; Krautzberger in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 10. Aufl., Rdnr. 38a). Deshalb kann bei der Klärung, was der Gesetzgeber mit

den Worten „im Rahmen eines Betriebes“ regeln wollte, nicht uneingeschränkt auf die Kriterien zurückgegriffen werden, die die Rechtsprechung zu dem Begriff des „Dienens“ entwickelt hat. Vielmehr muss der gesetzgeberischen Intention, die Möglichkeiten für die Zulassung derartiger Anlagen zu erweitern, Rechnung getragen werden. Angesichts dessen können auch die Ausführungen in der Kommentierung von Söfker (a.a.O., Rdnr. 59 b), wonach in Bezug auf den „Basisbetrieb“ (Betrieb, in dem die Biomasseanlage betrieben werden soll) die Merkmale der „dienenden Funktion“ des Vorhabens in Fällen des landwirtschaftlichen Betriebes i.S. des § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB entsprechend angewandt werden können, worauf sich das Verwaltungsgericht in seinem Urteil ausdrücklich stützt, nicht dergestalt verstanden werden, dass die bezüglich des „Dienens“ entwickelten Kriterien gleichsam 1:1 auf das Verhältnis von der Biogasanlage zu dem Basisbetrieb übertragen werden könnten. Das gilt auch für die Überlegungen des Verwaltungsgerichts wie des Beklagten und der Beigeladenen, ob die landwirtschaftliche Betätigung des Klägers noch den Schwerpunkt des Betriebes darstelle, dem sich die Biogasanlage unterordne, oder die Biogasanlage als gewerblicher Betriebsteil den Gesamtbetrieb derart präge, dass der landwirtschaftliche Charakter verloren gehe und der klägerische Betrieb dadurch den Charakter eines „Biomassebetriebes“ annehme. Gerade die Problematik des rentablen Betriebes von Biomasseanlagen bei kleineren landwirtschaftlichen Betrieben ist nämlich von dem Gesetzgeber gesehen worden, bei denen im Verhältnis zum Umfang der von ihnen betriebenen Landwirtschaft und ihres eigenen Strombedarfs auch nur kleinere und damit weniger rentable Vorhaben zur Nutzung von Biomasse nach der bisherigen Rechtslage genehmigungsfähig waren, was aber den Bedürfnissen der Praxis nicht hinreichend Rechnung trug (Berliner Kommentar zum BauGB, a.a.O.). Der Gesetzgeber hat also ersichtlich von dem Grundsatz Abstand nehmen wollen, eine Biogasanlage müsse sich in dem Maße der landwirtschaftlichen Betätigung unterordnen, wie dies bezüglich des „Dienens“ i.S. von § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB gefordert wird. Das gleichermaßen verfolgte Ziel, keine „Biogasfabriken“ im Außenbereich entstehen zu lassen, hat der Gesetzgeber deshalb nicht unter Rückgriff auf das Kriterium der Unterordnung im Sinne des „Dienens“ verfolgt, sondern durch die Beschränkung der maximalen elektrischen Leistung durch die Regelung des § 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. d BauGB. Die Überlegungen des Verwaltungsgerichts, ob die Biogasanlage gegenüber dem landwirtschaftlichen Basisbetrieb den Schwerpunkt des Gesamtbetriebes darstelle, erscheinen zudem vor dem Hintergrund der Regelung in § 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. b) BauGB problematisch, der gerade auch eine Kooperation naher landwirtschaftlicher Betriebe zur Erzeugung der benötigten Biomasse ermöglicht. Die Forderung einer strengen Unterordnung der Biogasanlage unter den „Basisbetrieb“, in dessen Rahmen sie verwirklicht werden soll, würde im Fall einer derartigen Kooperation verschiedener naher Betriebe im Ergebnis darauf hinauslaufen, dass losgelöst von den jeweiligen günstigen oder ungünstigen betrieblichen Gegebenheiten und sonstigen Standortbedingungen die Biogasanlage nur bei demjenigen Kooperationspartner genehmigt werden könnte, der einen so großen „Basisbetrieb“ führt, dass sich die Biogasanlage demgegenüber unterordnet. Eine derartige Vorstellung des Gesetzgebers ist der Kommentierung der Vorschrift indes nicht zu entnehmen. Auch die Erwägungen des Verwaltungsgerichts, im vorliegenden Fall werde nach der Verwirklichung der Biogasanlage gar kein landwirtschaftlicher „Basisbetrieb“ mehr vorliegen, in dessen Rahmen die Biogasanlage betrieben werde, weil hierdurch der Gesamtbetrieb einen nicht landwirtschaftlichen Charakter annehme, erweisen sich nicht als schlüssig. Das Verwaltungsgericht wie auch der Beklagte und die Beigeladene stellen nämlich im Kern darauf ab, der Betrieb sei, weil die gesamten landwirtschaftlichen Flächen des Klägers zur Erzeugung von Biomasse eingesetzt werden sollen, insgesamt – zusammen mit der Biogasanlage – ausschließlich auf die Erzeugung und Verwertung von Biomasse ausgerichtet, wodurch hier ein landwirtschaftsfremder „Biomassebetrieb“ entstehe. Damit fehle es

aber dann aber an einem landwirtschaftlichen Betrieb i.S. von § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB, „in dessen Rahmen“ die streitige Biogasanlage verwirklicht werden solle. Dem folgt der Senat nicht. Es ist nämlich zu trennen zwischen der Biogasanlage einerseits und der landwirtschaftlichen Tätigkeit des Klägers andererseits. Gegenstand des Genehmigungsverfahrens wie auch des Verwaltungsstreitverfahrens ist zunächst einmal allein die von dem Kläger geplante Biogasanlage. Den Begriff des „Biomassebetriebes“ kennt das Gesetz nicht. Es stellt vielmehr darauf ab, ob ein landwirtschaftlicher Betrieb vorliegt. Den Begriff der Landwirtschaft hat der Gesetzgeber in § 201 BauGB definiert. Daraus lassen sich bestimmte Grundmerkmale entnehmen. Das sind die planmäßige und eigenverantwortliche Bewirtschaftung des Bodens sowie die unmittelbare Bodenertragsnutzung (vgl. Söfker in Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 201 BauGB Rdnr. 11). Zu dieser unmittelbaren Bodenertragsnutzung ist auch die Gewinnung von Biomasse zu zählen, die der Kläger beabsichtigt (vgl. OVG RP, Urteil vom 24. Oktober 2001 – 8 A 10125/01.OVG -, RdL 2003, 295 f.; OVG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 8. August 2006 in juris). Das stellt auch das Verwaltungsgericht in seinem Urteil (S. 14 UA) nicht in Abrede. Diesen Charakter als Landwirtschaft i.S. des § 201 BauGB verliert eine derartige Bodenertragsnutzung nicht dadurch, dass die gesamte Bodenertragsnutzung eines landwirtschaftlichen Betriebes auf die Erzeugung von Biomasse ausgerichtet ist. Auch einem Landwirt, der seinen gesamten landwirtschaftlichen Betrieb auf die Erzeugung von Biomasse und deren Ablieferung in eine – fremde – Biogasanlage oder in eine Anlage zur Erzeugung von Biokraftstoffen umstellt, kann nicht abgesprochen werden, dass er einen landwirtschaftlichen Betrieb i.S. von § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB führt. Gerade vor dem Hintergrund der Überlegungen des Gesetzgebers, einen Strukturwandel in der Landwirtschaft positiv zu begleiten und den Landwirten zusätzliche oder andere, bessere Einnahmemöglichkeiten zu eröffnen, wäre eine gegenteilige Auffassung verfehlt. Die Einordnung eines Betriebes als landwirtschaftlichen Betrieb gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB kann also nicht daran geknüpft sein, dass ein derartiger Betrieb zu einem wie auch immer festzulegenden Anteil außer Biomasse auch andere landwirtschaftliche Produkte erzeugt. Somit verliert eine Bodenertragsnutzung ihren landwirtschaftlichen Charakter nicht dadurch, dass sie nicht auf die Erzeugung von Lebensmitteln, sondern auf die Verwertung der im Betrieb erzeugten Produkte zur Biogas- oder Biokraftstoffherstellung ausgerichtet ist. An dieser die Voraussetzungen des § 201 BauGB grundsätzlich erfüllenden, auf die Erzeugung von Biomasse ausgerichteten landwirtschaftlichen Betätigung ändert sich rechtlich aber auch nichts dadurch, dass eine Biogasanlage, wie hier, in einem solchen Betrieb verwirklicht werden soll, der ausschließlich Biomasse produziert. Hierdurch entsteht aus dem bisherigen und nach wie vor fortbestehenden landwirtschaftlichen Betriebsteil und der neu hinzukommenden Biogasanlage keineswegs ein neuartiger, der Landwirtschaft nicht mehr zuzuordnender Gesamtbetrieb im Sinne eines „Biomassebetriebes“. Vielmehr liegen nach wie vor zwei Betriebsteile vor, die gesondert zu betrachten sind und von denen der fortbestehende landwirtschaftliche Teilbetrieb den landwirtschaftlichen Charakter nicht dadurch verliert, dass er auf die Erzeugung von Biomasse für die – eigene - Biogasanlage ausgerichtet ist. Ebenso wie ein ausschließlich für eine fremde Biogasanlage Biomasse produzierender landwirtschaftlicher Betrieb wird ein Betrieb, wie ihn der Kläger beabsichtigt, durch die ausschließliche Erzeugung von Biomasse nicht dergestalt landwirtschaftsfremd geprägt, dass er nicht mehr als landwirtschaftlicher Betrieb abgesehen werden könnte. Soweit hier die Erzeugung von Biogas stattfindet, indem die Biomasse einer Umwandlung in Biogas unterzogen wird, stellt dies letztlich nichts anderes als eine Veredelung von Bodenprodukten der Landwirtschaft dar, wie sie auch bei der Vergärung von Most zu Wein oder Vergärung von Gras zu Silage vorkommt. Dabei ist es unerheblich, dass der eigentliche Grundstoff, die Biomasse, nicht erhalten bleibt, sondern in Form des Biogases ein Stoff in einem anderen Aggregatzustand entsteht (vgl. OVG RP, Urteil vom 24.

Oktober 2001, a.a.O.; OVG SH, Beschluss vom 8. August 2006, a. a.O.). Der Zielsetzung rein gewerbliche Biogasanlagen oder „Biogasfabriken“ im Außenbereich zu verhindern, hat der Gesetzgeber durch die Regelungen in § 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. a und d BauGB bereits Rechnung getragen. Danach muss die Biogasanlage in einem räumlich-funktionalen Zusammenhang mit dem landwirtschaftlichen Betrieb stehen, was hier zwischen den Beteiligten nicht streitig und nach den vorliegenden Unterlagen auch gegeben ist. Darüber hinaus ist die insgesamt zulässige elektrische Leistung der Biogasanlage durch den Gesetzgeber begrenzt worden, worauf der Kläger, wie oben ebenfalls bereits dargelegt worden ist, durch eine entsprechende Anpassung seines Genehmigungsantrages reagiert hat. Das Ziel, unerwünschte Fehlentwicklungen zu verhindern, erfordert deshalb nicht das Vorhandensein eines nicht Biomasse erzeugenden landwirtschaftlichen Betriebsteiles. Entgegen der Auffassung des Beklagten und der Beigeladenen erfüllt das Vorhaben auch die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. b BauGB. Danach ist ein derartiges Vorhaben nur dann zulässig, wenn die Biomasse überwiegend aus dem Betrieb, in dem die Biogasanlage errichtet werden soll, oder überwiegend aus diesem und aus nahe gelegenen landwirtschaftlichen Betrieben stammt. [wird ausgeführt] Allerdings ist zu sehen, dass der Gesetzgeber eine weitere Konkretisierung, wann die Erfüllung der Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 6 b BauGB von dem Antragsteller hinreichend dargetan ist, nicht vorgenommen hat, und dass auch, soweit ersichtlich, keine Verwaltungsvorschriften existieren, welche diesbezüglichen Antragsunterlagen mit dem Genehmigungsantrag hierzu einzureichen wären. Im vorliegenden Fall hat, wie sich aus den Verwaltungsakten ergibt, eine kontinuierliche Abstimmung zwischen dem Kläger und dem Beklagten auch über diese Frage stattgefunden, als deren Ergebnis festzuhalten ist, dass aus der Sicht des Beklagten die Frage als geklärt angesehen werden konnte. Mehr ist in diesem Zusammenhang allerdings auch nicht zu leisten, wie sich Anhaltspunkte hierfür der Kommentarliteratur entnehmen lassen. Danach ist erforderlich eine Prognose darüber, dass die Erfüllung der Voraussetzung des § 35 Abs. 1 Nr. 6 b BauGB - der überwiegenden Verwendung von Biomasse aus dem eigenen bzw. einem eigenen und nahen Betrieben in der zur Genehmigung stehenden Biomasseanlage für die voraussichtliche Dauer des Betriebes - anzunehmen ist, wobei mögliche Produktionsschwankungen und dergleichen zu berücksichtigen sein können (vgl. Söfker, a.a.O., Rdnr. 59 d). Eine derartige Prognose hat der Beklagte hier indessen aufgestellt und ist dabei zu einem positiven Ergebnis gelangt. Das genügt. [...] Schließlich steht dem Vorhaben auch nicht entgegen, dass gemäß § 35 Abs. 1 BauGB ein derartiges Vorhaben nur dann zulässig ist, wenn die ausreichende Erschließung gesichert ist. Anders als die Erschließungsanforderung in Gebieten mit qualifizierten Bebauungsplänen sowie im nichtbeplanten Innenbereich verlangt § 35 Abs. 1 BauGB nur eine ausreichende Erschließung. An die gesicherte Erschließung sind damit geringere Anforderungen zu stellen. Die ausreichende Erschließung richtet sich nach den jeweiligen Vorhaben, den sich daraus ergebenden Anforderungen an die Erschließung und den örtlichen Gegebenheiten. Mit dem Erfordernis einer ausreichenden Erschließung soll insgesamt berücksichtigt werden, dass ein Mindestmaß an Zugänglichkeit der Grundstücke für Kraftfahrzeuge, und zwar nicht nur des Nutzers des privilegierten Betriebes, sondern auch für öffentlichen Zwecken dienende Fahrzeuge, wie z.B. der Feuerwehr und der Entsorgung erfüllt wird, und weiter, dass der Gemeinde nicht als Folge der Genehmigung von Vorhaben unangemessene Erschließungsmaßnahmen aufgedrängt werden. Andererseits muss berücksichtigt werden, dass die Zulassung von privilegierten Vorhaben nicht an übertriebenen Anforderungen an die Erschließung scheitern darf (Söfker, a.a.O., Rdnr. 69 m.w.N.). Im vorliegenden Fall soll die streitige Biogasanlage im unmittelbaren Anschluss an die Hofstelle des Klägers verwirklicht werden, die ihrerseits über eine ca. 80 m lange Teilstrecke eines Wirtschaftsweges an die Ortslage der Beigeladenen angebunden ist. Soweit die Beigeladene – im Gegensatz zu dem Beklagten – die ausreichende

Erschließung nicht als gesichert ansieht, stützt sie sich lediglich darauf, dass die Benutzung des vorgenannten Wirtschaftsweges durch ein Verkehrsschild, dessen Aufstellung letztlich ungeklärt geblieben ist, auf Fahrzeuge bis maximal 5,5 t beschränkt ist. Wie die Landwirtschaftskammer in ihrem Schreiben vom 2. November 2005 im Widerspruchsverfahren (Bl. 33 f. Widerspruchsakte) ausgeführt hat, finden sich auch anderswo derartige alte und durch die Entwicklung in der Landwirtschaft längst überholte Schilder, die indessen die Nutzung der Wirtschaftswege mit heute üblichen landwirtschaftlichen Maschinen und der üblichen Zuladung nicht hindern können, weil die Eigentümer der hierdurch erschlossenen landwirtschaftlichen Grundstücke die Wege nutzen müssen, um zu ihren Feldern zu gelangen. Darüber hinaus ist gerichtsbekannt, dass heute übliche Zugmaschinen mit Anhängern und Zuladung durchweg ein Mehrfaches des nach dem Schild zulässigen Höchstgewichtes haben. Schließlich fährt der Kläger, wie er in der mündlichen Verhandlung unwidersprochen vorgetragen hat, mit entsprechend großen Maschinen bereits derzeit über den Wirtschaftsweg zu seinem ausgesiedelten landwirtschaftlichen Betrieb und nutzen auch andere Landwirte diesen Weg mit vergleichbaren landwirtschaftlichen Maschinen, ohne dass die Beigeladene hiergegen einschreiten würde. Des Weiteren hat der Kläger dargelegt, dass die Biomasse, soweit er sie nicht im eigenen Betrieb selbst erzeugt, keineswegs mit größeren Transportern zu der Biogasanlage angefahren werden soll, als er sie in seinem Betrieb schon derzeit nutzt. Dass dies nicht möglich sei, sondern dass größere Transporter erforderlich würden, hat die Beigeladene nicht vorgetragen. Ebenfalls hat sie nicht substantiiert dargelegt, dass als Folge der Genehmigung des Vorhabens auf sie unangemessene Erschließungsmaßnahmen zukämen. Angesichts dessen sieht der Senat keinen Anlass für Zweifel an der Einschätzung des Beklagten wie auch der Landwirtschaftskammer, dass die ausreichende Erschließung des Vorhabens gesichert ist. Nach alledem war der Widerspruchsbescheid des Beklagten aufzuheben.

*Mitgeteilt von Dr. Mache, Frankfurt am Main*

#### **Anmerkung:**

Auslöser des Verfahrens war seinerzeit der Antrag der Ortsgemeinde auf Aufhebung des von der Genehmigungsbehörde angeordneten Sofortvollzuges nach § 80 Abs. 5 VwGO gewesen. Das VG Mainz hatte diesem Antrag stattgegeben, die Beschwerde des Klägers war vom OVG Rheinland-Pfalz im Eilverfahren zurückgewiesen worden. Nach dem oben abgedruckten Urteil des OVG in der Hauptsache hat der Kläger einen Antrag nach § 80 Abs. 7 S. 2 VwGO auf Änderung des verwaltungsgerichtlichen Beschlusses zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gestellt. Gegen diesen Antrag hatten das beklagte Land und die Beigeladene eingewandt, aufgrund der Zulassung der Revision sei der Ausgang des Hauptsacheverfahrens als offen anzusehen. Wegen der fehlenden Rechtskraft des Urteils liege die gem. § 80 Abs. 7 S. 2 VwGO erforderliche Veränderung der Sach- und Rechtslage nicht vor. Das OVG hat diese Interpretation jedoch mit Beschluss vom 22.02.2008 (1 B 10129/08.OVG) zurückgewiesen. Es betont, dass nun bei der im Eilverfahren vorzunehmenden Interessenabwägung nicht - mehr - davon auszugehen sei, dass die streitige immissionsrechtliche Genehmigung fehlerhaft sei. Ebenso könnten die Erfolgsaussichten des Klägers in der Hauptsache nicht als „allenfalls offen“ angesehen werden. Wie im Urteil vom 22.11.2007 ausgeführt, seien die Voraussetzungen für die Zulassung des Vorhabens erfüllt. Ausdrücklich betont das OVG, dass der Umstand der Zulassung der Revision wegen des bisherigen Fehlens einer höchstrichterlichen Klärung, unter welchen Voraussetzungen eine Biogasanlage „im Rahmen eines landwirtschaftlichen Betriebes“ betrieben werde, es nicht rechtfertige, von einer offenen Erfolgsaussicht im Rahmen der Interessenabwägung auszugehen. Aus diesen Gründen sei die seinerzeitige Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Wi-

derspruches der Beigeladenen gegen die Genehmigung rückgängig zu machen gewesen.

*RA Dr. Hans-Michael Mache, Rechtsanwalt in Echzell, Sprecher des juristischen Beirates im Fachverband Biogas e.V.*

## 22. Zum Netzanschlusspunkt bei „singulärer Nutzung“ von Netzanlagen

*EnWG §§ 17 Abs. 1; 30 Abs. 2; 31; StromNEV § 19 Abs. 3*

**Sind die von der Sammelschiene der Umspannanlage zur Kundenanlage führenden Betriebsmittel dem Kunden vom Netzbetreiber zur „singulären Nutzung“ überlassen, liegt der Anschluss nicht in der Umspannebene, sondern in der nachgelagerten Netzebene. Ein Baukostenzuschuss kann daher nur für die nachgelagerte Netzebene erhoben werden. Ein BKZ-pflichtiger Netzebenenwechsel liegt nur dann vor, wenn die vom Kunden allein genutzten Betriebsmittel in einer Netz- oder Umspannebene auch in seinem Eigentum stehen.**

*(Leitsatz der Redaktion)*

*BNetzA, B. v. 11.02.2008 - BK6-07-043*

**Zum Sachverhalt:** Das Werk der Antragstellerin ist über einen 10-kV-Netzanschluss an das Mittelspannungsnetz der Antragsgegnerin angeschlossen. Die Netzanschlusskapazität beträgt derzeit 1.300 kVA. Die Antragstellerin bat die Antragsgegnerin unter dem 04.10.2006 um die Abgabe eines Angebots für den Bau einer Anschlussleitung und deren Anschluss an das vorgelagerte Umspannwerk. Dabei soll die zukünftige Netzanschlusskapazität 1.450 kVA betragen. Die Antragsgegnerin bot einen Anschluss zur Entnahme in „Hochspannung mit Umspannung auf Mittelspannung“ dergestalt an, dass die im Eigentum der Antragstellerin stehende „Station E. F.“ mittels Stichanschluss „direkt in der Umspannanlage in F. 10-kV-seitig angeschlossen wird“. Das Mittelspannungskabel und das 10-kV-Abgangsfeld in der Umspannanlage werden durch die Antragstellerin alleine genutzt, stehen aber im Eigentum der Antragsgegnerin (singulär genutzte Netzanlagen). Die Eigentumsgrenze liegt an den Endverschlüssen des Kabels in der Station der Antragstellerin.

Das Angebot der Antragsgegnerin enthielt eine BKZ-Forderung für eine Anschlussleistung von 1.450 kVA in Höhe von 59.885,00 Euro. Des Weiteren enthält das Angebot eine Position „Kalkulierter Netzanschluss Strom“ zu ca. 42.000 Euro sowie eine Position „Abgangsfeld in Umspannanlage“ zu ca. 25.000 Euro. Die Position „kalkulierter Anschluss Strom“ beinhaltet die Kosten für die Verbindung der Kundenanlage mit dem Abgangsschaltfeld in der Umspannanlage, also im Wesentlichen den Kabelbau.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, für die Erhebung eines BKZ bestehe kein Raum. So werde die Antragstellerin bei Realisierung der angebotenen Anschlusskonfiguration gerade nicht ein sog. „Umspannkunde“. Insoweit liege kein Netzebenenwechsel vor. Vielmehr liege ihr Anschluss weiterhin in der Netzebene Mittelspannung. Für diese Netzebene habe sie aber bereits einen Baukostenzuschuss bezahlt. Die Anschlussenebene bestimme sich nach dem Netzanschlusspunkt. Dieser wiederum werde anhand der Abgrenzung zwischen Versorgungsnetz und Kundenanlage bestimmt. Die Eigentumsgrenze liege aber nach dem Angebot an den Endverschlüssen des Anschlusskabels in der Station der Antragstellerin. Der Netzanschlusspunkt liege also in der Netzebene. Der „singuläre Kunde“ werde auch insoweit von der Antragsgegnerin unangemessen behandelt, als er mit den Kosten für drei Netzebenen belastet werde: den Bau der Mittelspannungsleitung (Position kalkulierter Anschluss Strom), das Abgangsfeld in der Umspannanlage als Anschlusskosten und darüber hinaus einem BKZ für die vorgelagerten Netzebenen der Umspannungs- und der Hochspannungsnetzebene. Es sei aber kein sachlicher Grund ersichtlich, warum der „singuläre“ Mittelspannungskunde anders als ein „allgemeiner“ Mittelspannungskunde einen BKZ für die dem Mittelspannungsnetz vorgelagerten Netzebenen leisten solle.

Die Antragsgegnerin trägt vor, in der vorliegenden Konstellation, dass der

Anschlussnehmer den Anschluss im Mittelspannungsring aufgeben und über ein singulär genutztes Kabel „direkt an die Umspannebene angeschlossen werde“, liege ein Netzebenenwechsel vor. Denn anders als bei einem Anschluss im Mittelspannungsnetz wirke sich die Leistungsanforderung eines „singulären Kunden“ direkt auf die Umspannstation aus, an der die Leitung angeschlossen ist. Dort durchmische sie sich mit den Leistungsanforderungen anderer Kunden.

### Aus den Gründen:

II. [24] Der zulässige Antrag ist begründet. Die Erhebung eines BKZ ist im vorliegenden Fall nicht gerechtfertigt und verstößt damit gegen § 17 Abs. 1 EnWG.

[25] Die Antragsgegnerin kann aus ihrer Preisregelung (Strom) für die Anschlusserrstellung in Mittelspannung keinen BKZ für einen Anschluss in der Netzebene „Hochspannung mit Umspannung auf Mittelspannung“ (Netzebene 4) beanspruchen, da die Antragstellerin auch nach einer Realisierung des von der Antragsgegnerin unterbreiteten Anschlussangebots in der Netzebene „Mittelspannung“ (Netzebene 5) angeschlossen ist. Denn ein sich als Neuanschluss darstellender Netzebenenwechsel, in dessen Folge für die gesamte Leistungsbereitstellung ein erneuter BKZ zu zahlen ist, liegt nicht vor, wenn der Anschluss an ein im Eigentum des Netzbetreibers stehendes aber vom Anschlussnehmer bzw. Netznutzer allein genutztes Betriebsmittel der untergelagerten Netzebene erfolgt (hierzu Ziff. 2.). Für einen Anschluss in der Netzebene 5 hat die Antragstellerin indes bereits unstreitig einen BKZ für 1.300 kVA Anschlussleistung bezahlt.

[26] Auch ein nach den allgemeinen Regeln grundsätzlich für die Leistungserhöhung von 150 kVA bestehender Anspruch auf BKZ-Zahlung scheidet vorliegend aus (hierzu Ziff. 3.).

[27] 1. Ein Anschluss an das Mittelspannungsnetz i.S.d. Netzebene 5 ergibt sich allerdings entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht daraus, dass die physikalische Entnahme des Stroms in Mittelspannung erfolgt. Es mag dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechen, undifferenziert danach, ob der Netzanschlusspunkt in der Umspannebene HS/MS (Ebene 4) oder in der Mittelspannungs-Netzebene (Ebene 5) liegt, von einem Anschluss an „das Mittelspannungsnetz“ zu sprechen. In rechtlicher Hinsicht sind diese Fälle indes aufgrund ihrer unterschiedlichen wirtschaftlichen Behandlung auseinander zu halten. So richten sich nach § 17 Abs. 1 StromNEV die Netzentgelte nach der Anschlussenebene der Entnahmestelle, die nach § 3 Abs. 1 StromNEV für jede Netz- und Umspannebene separat zu bestimmen sind. Gerade diese wirtschaftlich unterschiedliche Behandlung der beiden in einer physikalischen Spannung vorhandenen Netz- bzw. Anschlussenebenen führt nach Auffassung der Beschlusskammer zu dem grundsätzlichen Anspruch des Anschlussnehmers nach § 17 Abs. 1 EnWG, im Rahmen des nach § 17 Abs. 2 EnWG Zumutbaren nicht nur die Entnahme in einer bestimmten physikalischen Spannung bestimmen zu können, sondern auch an die von ihm gewünschte Netzebene angeschlossen zu werden. Denn es gehört zu den Grundgegebenheiten eines funktionierenden Wettbewerbsmarkts, dass es der Nachfrageseite überlassen ist, welches von verschiedenpreisigen Angeboten er von einem Anbieter in Anspruch nehmen will. Insoweit besteht ein innerer Zusammenhang bzw. eine Wechselwirkung zwischen den Regelungen der StromNEV und den Netzanschlussregelungen. Ist aber hinsichtlich des Anschlusses zur Bestimmung der Netzentgelte nicht nur zwischen den verschiedenen physikalischen Spannungen sondern zwischen den sich aus der StromNEV ergebenden Netzebenen zu unterscheiden, so ist für die Beschlusskammer kein Grund ersichtlich, warum es dem gegenüber bei der Erhebung des BKZ ausschließlich auf die physikalische Spannung ankommen soll. Insoweit ist die von der Antragsgegnerin in ihrer Preisregelung vorgesehene differenzierte Erhebung eines BKZ für die verschiedenen der StromNEV entstammenden Anschlussenebenen dem Grunde nach nicht zu beanstanden.

[28] 2. Allerdings ist auch die Auffassung der Antragsgegnerin unzutreffend, dass mit der Änderung des Anschlusses auf eine alleinige Nutzung der der Antragstellerin zur Verfügung gestellten Betriebs-