

Rechtsquellen:

BlmSchG § 6 Abs. 1 Nr. 2  
BauGB § 35 Abs. 1 Nr. 6

Stichworte:

Biogasanlage; Blockheizkraftwerk; Außenbereich; Biomasse; Anknüpfungspunkt; Betrieb, landwirtschaftlicher, nahe gelegener; Pachtverhältnis; Kooperationsvereinbarung; Dauerhaftigkeit der Betriebsführung; Nachhaltigkeit; Insolvenz; Insolvenzverwalter; Dienen; Nutzung, mitgezogene; Strukturwandel; Einvernehmen, gemeindliches; Erschließung, ausreichende.

Leitsätze:

1. Eine Biogasanlage wird auch dann „im Rahmen“ eines landwirtschaftlichen Betriebs im Sinne von § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB betrieben, wenn der landwirtschaftliche Betrieb ausschließlich Biomasse erzeugt.
2. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. b BauGB dürfen von der Genehmigungsbehörde nicht lediglich prognostisch abgeschätzt werden.
3. Den Kooperationsvereinbarungen mit nahe gelegenen Betrieben müssen die Lage der Betriebsflächen und die Menge der zu liefernden Biomasse zu entnehmen sein. Das Fehlen von Preisabsprachen kann ein Indiz für die fehlende Dauerhaftigkeit einer privilegierten Betriebsführung sein.

Urteil des 7. Senats vom 11. Dezember 2008 - BVerwG 7 C 6.08

- I. VG Mainz vom 23.01.2007 - Az.: VG 3 K 194/06.MZ -
- II. OVG Koblenz vom 22.11.2007 - Az.: OVG 1 A 10253/07 -



**BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

**IM NAMEN DES VOLKES**

**URTEIL**

BVerwG 7 C 6.08

OVG 1 A 10253/07

Verkündet  
am 11. Dezember 2008  
Ende  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 11. Dezember 2008  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Sailer,  
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Krauß, Neumann, Guttenberger und  
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Schipper

für Recht erkannt:

Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz  
vom 22. November 2007 wird aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweitigen Verhandlung und Ent-  
scheidung an das Oberverwaltungsgericht zurückverwie-  
sen.

Die Entscheidung über die Kosten bleibt der Schlusent-  
scheidung vorbehalten.

#### G r ü n d e :

- 1 Gegenstand des Verfahrens ist der Widerspruchsbescheid des Beklagten vom 6. Februar 2006. Mit diesem wurde die dem ursprünglichen Kläger erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung vom 30. November 2004 über die Errichtung und den Betrieb einer Biogasanlage - auf den Widerspruch der beige-ladenen Ortsgemeinde - aufgehoben.

- 2 Der ursprüngliche Kläger, ein ausgebildeter Landwirt und Winzermeister, übernahm Mitte der 1980er Jahre das elterliche landwirtschaftliche Anwesen. 1991 verlagerte er den Betrieb unter Errichtung eines Wohnhauses und einer Gerätehalle in den Außenbereich südöstlich der Ortsgemeinde B. Von dort aus bewirtschaftete er im Jahre 2004 noch ca. 50 ha landwirtschaftliche Nutzflächen, von denen ca. 5 ha in seinem Eigentum standen und weitere 45 ha langfristig angepachtet waren. Darüber hinaus war der ursprüngliche Kläger mit seinen umfangreichen Gerätschaften (zuweilen auf bis zu 50 ha) für andere Landwirte als Lohnunternehmer tätig.
  
- 3 Der ursprüngliche Kläger beantragte am 1. September 2003 die immissionschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb einer Trocken-Nass-Simultan (TNS) Biogasanlage südlich seiner Hofstelle und ca. 250 m vom Ortsrand von B. entfernt. Die Jahresdurchsatzmenge der Anlage mit 16 000 t Biomasse sollte zum einen durch den Anbau von Triticale mit Untersaat auf ca. 80 ha eigener Betriebsflächen mit einer Biomasse von 8 200 t und zum anderen durch die Zulieferung von 6 600 t kommunalen Grünschredders (kompostierbare Abfälle) und 1 200 t Pferdemist aus dem benachbarten Gestüt H. aufgebracht werden. Nach weiteren Angaben des ursprünglichen Klägers beläuft sich der Tagesinput der Anlage auf bis zu 50 t Biomasse, die an- und abgefahren werden müssen. Hierfür sollen Fahrzeuge mit bis zu 18 t Zuladung und damit bis zu einem Gesamtgewicht von mehr als 30 t eingesetzt werden. Fünf bis sechs Fahrten mit dieser Last sollen täglich über einen vom Verbindungsweg nach B. abzweigenden und beschränkt bis 5,5 t Gesamtgewicht befahrbaren Wirtschaftsweg (S. Weg) stattfinden.
  
- 4 Nachdem im Verwaltungsverfahren von der Beigeladenen in Zweifel gezogen wurde, ob auf den im Genehmigungsantrag benannten Flächen von ca. 80 ha mehr als die Hälfte des jährlichen Inputs der Anlage produziert werden könne, brachte der ursprüngliche Kläger Schreiben der Fa. L. GbR (vom 1. September 2004) und des Gestüts H. (vom 3. Mai 2005) bei, die für die Überlassung von 65 ha bzw. 200 ha Nutzflächen zum Anbau von Biomasse Interessensbekundungen enthalten.

- 5 Mit immissionsschutzrechtlichem Bescheid vom 30. November 2004 genehmigte der Beklagte das Vorhaben unter gleichzeitiger Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens, das die Beigeladene auch wegen der nicht gesicherten Erschließung des Vorhabens verweigert hatte. Diese erhob hiergegen Widerspruch.
- 6 Im Widerspruchsverfahren bot der ursprüngliche Kläger die Vorlage von Anbau- und Abnahmeverträgen über Vertragsflächen von ca. 190 ha an. Der Beklagte verzichtete auf die Vorlage dieser Verträge, weil er nach eigenem Bekunden davon ausging, anderenfalls ein Änderungsgenehmigungsverfahren durchführen zu müssen.
- 7 Der Beklagte hob die immissionsschutzrechtliche Genehmigung mit Widerspruchsbescheid vom 6. Februar 2006 auf. Das Vorhaben sei bauplanungsrechtlich unzulässig. Auch unter Einbeziehung der entfernt im D.kreis gelegenen Flächen könne auf einer Betriebsfläche von ca. 80 ha der überwiegende Teil der nötigen Biomasse nicht erwirtschaftet werden. Vereinbarungen über die Abgabe von Biomasse seitens nahe gelegener Betriebe müssten ein Mindestmaß an Verbindlichkeit aufweisen. Ohne diese Anforderung bestünde die Gefahr, dass die Privilegierungsvoraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB unterlaufen würden.
- 8 Dagegen hat der ursprüngliche Kläger Klage vor dem Verwaltungsgericht erhoben und die schon im Widerspruchsverfahren angebotenen Anbau- und Abnahmeverträge mit dem Gestüt H. und der L. GbR vom 12. bzw. 13. Januar 2006 über eine Vertragsfläche von insgesamt 190 ha für die Erntejahre 2006 bis 2016 vorgelegt. Während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens wurde Anfang November 2006 das Insolvenzverfahren über das Vermögen des ursprünglichen Klägers eröffnet. Das Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen:

- 9 Entgegen den gesetzlichen Anforderungen werde das Vorhaben nicht „im Rahmen“ eines landwirtschaftlichen Betriebs errichtet und betrieben. Die erforderliche, auf einen Basisbetrieb bezogene Zu- und Unterordnung fehle, wenn die Biogasanlage den Schwerpunkt des Betriebs darstelle und die Betriebsflächen allein auf die Erzeugung von Biomasse ausgerichtet seien.
- 10 Auf die Berufung des Klägers hat das Oberverwaltungsgericht das Urteil des Verwaltungsgerichts abgeändert und den Widerspruchsbescheid aufgehoben: Das Vorhaben sei zu Recht genehmigt worden. Der ursprüngliche Kläger habe im September 2004 seinen Antrag an die neue Gesetzeslage angepasst und auf den zusätzlichen Bezug von Biomasse aus zwei nahe gelegenen Betrieben verwiesen. Die Hofstelle des ursprünglichen Klägers stelle einen landwirtschaftlichen Betrieb dar. Der Nachhaltigkeit der landwirtschaftlichen Betätigung stehe nicht entgegen, dass die Betriebsführung ganz überwiegend auf angepachteten Flächen erfolge; auch führe der Insolvenzverwalter den Betrieb erklärtermaßen fort. Auf die neue gesetzliche Regelung des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB könne nicht die Vorgabe der bisherigen Rechtsprechung übertragen werden, wonach die Errichtung und der Betrieb einer Biogasanlage auf einer Hofstelle im Außenbereich dem landwirtschaftlichen Betrieb dienen oder als nichtlandwirtschaftliche Nutzung mitgezogen werden müsse. Mit der gesetzlichen Neuregelung solle dem Strukturwandel in der Landwirtschaft Rechnung getragen werden. Die Biogasanlage müsse sich einer weiteren landwirtschaftlichen Tätigkeit daher nicht unterordnen. Der ursprüngliche Kläger betreibe auch dann eine Landwirtschaft im Sinne von § 201 BauGB, wenn er seinen gesamten Betrieb auf die Produktion von Biomasse ausrichte. Die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. b BauGB lägen vor. Die benötigte Biomasse stamme aus dem eigenen und aus nahe gelegenen landwirtschaftlichen Betrieben, die insgesamt über Flächen von mehr als 300 ha verfügten. Bei den Hofstellen in I. handele es sich um nahe gelegene Betriebe. Für die Produktion von 51% der Gesamtinputmenge von 16 000 t würden bereits 163 ha Nutzfläche ausreichen. Die Forderung nach im Zeitpunkt der Antragstellung bereits fest abgeschlossenen Verträgen mit kooperierenden, nahe gelegenen Betrieben gehe an der Lebenswirklichkeit vorbei. Eine Prognose darüber, ob die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. b BauGB erfüllt seien, sei ausreichend. Ob die Biomass-

se tatsächlich überwiegend aus dem eigenen sowie nahe gelegenen Betrieben stamme, müsse behördlich kontrolliert werden. An das Gebot einer gesicherten Erschließung seien geringe Anforderungen zu stellen. Die Anbindung des Vorhabens über einen Wirtschaftsweg von ca. 80 m Länge an die Ortslage von B. und die Beschränkung der Nutzung dieses Weges auf Fahrzeuge bis maximal 5,5 t stelle die Genehmigungsfähigkeit nicht in Frage. Auch anderswo befänden sich derartig alte und von der Entwicklung in der Landwirtschaft längst überholte Beschilderungen. Diese könnten eine Nutzung der Wirtschaftswege mit deutlich schwereren Nutzfahrzeugen samt Zuladung nicht hindern. Die Beigeladene sei gegen diese Nutzung bisher nicht eingeschritten und habe auch nicht vorgetragen, dass die Biogasanlage mit größeren Transportfahrzeugen, als sie bisher schon im Betrieb des ursprünglichen Klägers Verwendung fänden, angefahren werden müsste.

- 11 Gegen dieses Urteil richtet sich die vom Oberverwaltungsgericht zugelassene Revision der Beigeladenen, mit der sie die Zurückweisung der Berufung des Klägers gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts beantragt. Die Beigeladene macht geltend: Schon die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens sei formal fehlerhaft erfolgt. Ein förmliches Ersuchen auf Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens fehle. Die Beigeladene habe diese Rechtsfehlerhaftigkeit gerügt, ohne dass das Oberverwaltungsgericht hierauf eingegangen sei. Der Anspruch auf rechtliches Gehör sei damit verletzt. Die Biogasanlage werde auch nicht im Rahmen eines landwirtschaftlichen Betriebs errichtet und betrieben. Das Vorhaben erfülle auf den landwirtschaftlichen Betrieb bezogen keine Hilfsfunktion. Das Betreiben der Biogasanlage dürfe nicht den Schwerpunkt der landwirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne einer primären Tätigkeit bilden. Der Gesetzgeber habe die Errichtung reiner Biogasfabriken im Außenbereich nicht privilegiert. Die Dauerhaftigkeit einer landwirtschaftlichen Betriebsführung sei zudem in Folge der Insolvenz des ursprünglichen Klägers entfallen. Hinsichtlich der Eigenerzeugerquote dürfe nicht von 310 ha landwirtschaftlicher Nutzfläche ausgegangen werden. Die Verträge mit den beiden Betrieben in I. seien nicht Gegenstand des Genehmigungsverfahrens gewesen. Zudem hätten sie unter dem Vorbehalt eines noch zu vereinbarenden Abnahmepreises gestanden. Die landwirtschaftlichen Nutzflächen dieser beiden Betriebe lägen zudem verstreut

in der Gemarkung I. und damit nicht nahe im Sinne des Gesetzes. Das Oberverwaltungsgericht habe gegen seine Aufklärungspflicht verstoßen, weil es dieser Frage nicht nachgegangen sei. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. b BauGB seien keiner prognostischen Wertung zugänglich. Die ausreichende Erschließung des Vorhabens sei nicht gesichert. Eine Ausnahmegenehmigung zur Nutzung des nur mit Fahrzeugen bis zu einem maximalen Gesamtgewicht von 5,5 t befahrbaren S. Weges für Fahrzeuge mit einem Gesamtgewicht von 30 t sei nicht erteilt worden. Das Oberverwaltungsgericht sei insoweit von einem falschen Tatbestand ausgegangen und habe dadurch gegen § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO verstoßen.

- 12 Der Kläger tritt der Revision entgegen und beantragt deren Zurückweisung. Er trägt vor: Die Revision sei nur zur Klärung der Frage zugelassen worden, unter welchen Voraussetzungen eine Biogasanlage im Rahmen eines landwirtschaftlichen Betriebs gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB geführt werde. Das hierüber hinausgehende Revisionsvorbringen sei daher bereits unzulässig. Rein vorsorglich sei darauf hinzuweisen, dass die Beigeladene zur Verweigerung ihres Einvernehmens ausführlich Stellung genommen habe. Auf die Form der Kenntnissgabe der Antragsunterlagen komme es daher nicht an. Die Produktion von Biomasse sei Landwirtschaft im Sinne des Gesetzes. § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB setze nicht voraus, dass außer Biomasse noch andere landwirtschaftliche Produkte erzeugt würden. Zur Beurteilung der Nachhaltigkeit des landwirtschaftlichen Betriebs sei auf den Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung abzustellen. Die seinerzeitige Prognose sei für den damaligen Betriebsinhaber positiv gewesen; der Insolvenzverwalter führe den Betrieb fort und beabsichtige weiterhin die Errichtung der Biogasanlage. Die Eigenerzeugerquote von mehr als 50% werde auf Grund der Abnahmevereinbarungen mit der Fa. L. GbR sowie dem Gestüt H. ohne Weiteres erreicht. Deren Betriebe seien nahe gelegen im Sinne des Gesetzes. Prognostische Einschätzungen der Behörde über die Erreichung der Zielvorgabe seien ausreichend. Die Erschließung des Vorhabens sei gesichert. Die Beigeladene sei verpflichtet, die Nutzbarkeit der Wirtschaftswege für die in der Landwirtschaft üblichen Fahrzeuge sicherzustellen und diese entsprechend der Entwicklung der Landtechnik auszubauen.



II

- 13 Die Revision ist insgesamt zulässig.
- 14 Entgegen dem Kläger erweist sich die Revision nicht deshalb bereits zum Teil als unzulässig, weil die Rechtsmittelzulassung durch das Oberverwaltungsgericht in beschränkter Weise allein bezogen auf die Frage erfolgt sei, ob die Biogasanlage nur „im Rahmen“ eines landwirtschaftlichen Betriebs betrieben werden könne. Eine derart ausdrückliche und eindeutige Beschränkung fehlt im Tenor und kann auch der Begründung der Revisionszulassung nicht entnommen werden. Das Oberverwaltungsgericht misst der Rechtssache vielmehr insgesamt grundsätzliche Bedeutung zu, weil die Genehmigungsvoraussetzung des Betriebes „im Rahmen“ eines landwirtschaftlichen Betriebs noch ungeklärt sei. Es legt damit lediglich dar, weshalb es die Revision zugelassen hat. Hiermit verbindet sich aber keine Beschränkung der Revision auf diese Rechtsfrage (Urteil vom 17. Oktober 1972 - BVerwG 3 C 82.71 - BVerwGE 41, 52 = Buchholz 427.2 § 7 FG Nr. 10). Zudem ist die Beschränkung des Rechtsmittels auf bestimmte, abstrakte Rechtsfragen mit dem Wesen der Revision als mögliche Entscheidungskorrektur nicht vereinbar (Czybulka, in: Sodan/Ziekow, VwGO § 132 Rn. 140).
- 15 Die Revision der Beigeladenen ist begründet. Das Berufungsurteil beruht auf der Verletzung von Bundesrecht.
- 16 Zwischen den Verfahrensbeteiligten ist allein streitig, ob der begehrten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nicht andere öffentliche Vorschriften im Sinne von § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG entgegenstehen. Dabei geht es wiederum ausschließlich um die Voraussetzungen des durch das Europarechtsanpassungsgesetz (EAG) Bau im Jahre 2004 neu in das Baugesetzbuch eingefügten Privilegierungstatbestands des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB.

- 17 Zwar ist das Oberverwaltungsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass eine Biogasanlage auch dann „im Rahmen“ eines landwirtschaftlichen Betriebs im Sinne von § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB betrieben wird, wenn der landwirtschaftliche Betrieb überwiegend oder ausschließlich Biomasse erzeugt (1). Bundesrechtswidrig ist aber die Annahme, dass das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. b BauGB nur prognostisch zu beurteilen ist (2). Dies nötigt zur Zurückverweisung, weil der Senat in der Sache mangels hinreichender Tatsachenfeststellungen des Oberverwaltungsgerichts zur Herkunft und nachhaltigen Verfügbarkeit der Biomasse, zum Stand des Insolvenzverfahrens und zur Erschließung des Vorhabens nicht selbst entscheiden kann (3).
- 18 1. Entgegen der Revision verlangt das Tatbestandsmerkmal „im Rahmen eines Betriebs“ - § 35 Abs. 1 Nr. 6 Halbs. 1 BauGB - lediglich, dass die Biogasanlage nur im Anschluss an eine bereits bestehende privilegierte Anlage im Außenbereich errichtet und betrieben werden darf. Der Eingriff in den Außenbereich soll somit nicht in Form eines solitär stehenden Vorhabens erfolgen, vielmehr wird an einen schon vorhandenen landwirtschaftlichen Betrieb (Nr. 1), an einen Gartenbaubetrieb (Nr. 2) oder an einen Tierhaltungsbetrieb (Nr. 4) angeknüpft und damit bereits bestehende Bebauung lediglich erweitert.
- 19 Diesem einschränkenden Privilegierungsmerkmal kann nicht zusätzlich entnommen werden, dass die Biogasanlage gegenüber dem „klassischen“ landwirtschaftlichen Basisbetrieb, an den angeknüpft wird, von untergeordneter Bedeutung sein müsse. Das in § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB enthaltene Merkmal des „Dienens“ kann auf § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB ebenso wenig übertragen werden, wie die (räumliche) Beschränkung der Anlage auf die Maße einer noch zulässigen „mitgezogenen“ Nutzung (vgl. hierzu Beschluss vom 28. August 1998 - BVerwG 4 B 66.98 - Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 336 m.w.N.). Auch ein im Außenbereich gelegener landwirtschaftlicher Betrieb, der ausschließlich auf die Produktion von Biomasse ausgerichtet ist, kann geeigneter Anknüpfungspunkt für die Privilegierung einer angeschlossenen Biogasanlage sein. Die Begründung hierfür folgt zum einen schon daraus, dass es sich auch bei der Produktion von Biomasse um Landwirtschaft im Sinne von § 201 BauGB handelt;

deren Gewinnung erfolgt durch Ackerbau, eine unmittelbare Bodenertragsnutzung steht in Mitten. Zum anderen lassen auch die gängigen Auslegungskriterien an diesem Ergebnis keine Zweifel aufkommen: Schon der Gesetzeswortlaut der Bestimmung, aber auch die Systematik der gesetzlichen Neuregelung sprechen hierfür. § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB stellt in seinem Wortlaut nicht auf das Merkmal des „Dienens“ ab. Wollte der Gesetzgeber eine Biogasanlage lediglich in dienender Abhängigkeit zu einem Betrieb nach Nr. 1, 2 oder 4 privilegieren, hätte er die entsprechende Formulierung verwandt, wie sie andere Privilegierungstatbestände des § 35 Abs. 1 BauGB enthalten. Die Anfügung eines entsprechenden Tatbestandsmerkmals an die Buchstaben a bis d bzw. eine Einfügung in den Buchstaben a wegen der dort ähnlichen Thematik hätte sich angeboten. Hieran fehlt es. Auch den Gesetzesmaterialien lässt sich für eine restriktive Auslegung des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB in diesem Sinne nichts entnehmen. Das Gegenteil ist der Fall. Die vor Inkrafttreten des EAG Bau 2004 für die bauaufsichtliche Genehmigung einer Biogasanlage im Außenbereich einzuhaltenden Kriterien einer nur „dienenden Funktion“ bzw. „mitgezogenen Nutzung“ sollten nach dem Willen des Gesetzgebers nicht aufrecht erhalten bleiben. Die Motive (BTDrucks 15/2250 S. 54 f.) beziehen sich auf den Strukturwandel in der Landwirtschaft, wobei „die bisherige Rechtslage den Bedingungen der Praxis nicht hinreichend Rechnung trägt“. Dieser bewusste Verzicht des Gesetzgebers auf das einschränkende Tatbestandsmerkmal des „Dienens“ des Vorhabens darf nicht durch eine einengende Auslegung des gesetzlichen Anknüpfungspunktes „im Rahmen eines Betriebs“ überspielt werden. Einer weitergehenden einschränkenden Auslegung bedarf das Tatbestandsmerkmal „im Rahmen“ auch deshalb nicht, weil dem Gebot der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs vor Bebauung auch durch die zusätzlichen Tatbestandsvoraussetzungen in § 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. a bis d BauGB Rechnung getragen wird, von denen hier nur Buchst. b streitig ist. Bereits mit der Beschränkung der elektrischen Leistungsfähigkeit des nachgeschalteten Blockheizkraftwerks auf 0,5 MW verbindet sich zugleich eine Obergrenze des baulichen Maßes der das Biogas erzeugenden Anlagekomponenten. Die bauliche Anlage darf nicht auf die Gewinnung von mehr Biogas ausgelegt sein, als es vom Blockheizkraftwerk abgenommen werden und dort Verwendung finden kann (Buchst. d).

- 20 Ebenso darf je Hofstelle nur eine Anlage betrieben werden (Buchst. c). Ferner muss die Biogasanlage mit dem bestehenden Betrieb in einem räumlichen-funktionalen Zusammenhang stehen, was nicht nur die Nähe des Vorhabens zur Hofstelle bedingt, sondern sich auch auf die Möglichkeit der Verwendung in der Anlage anfallender Reststoffe als Dünger auf den Betriebsflächen bezieht und insbesondere die gemeinsame Nutzung bestehender baulicher Anlagen im Betrieb der Hofstelle und der Biogasanlage sicherstellt; die Notwendigkeit neuer baulicher Anlagen wird damit reduziert (Buchst. a). All diese Vorgaben sind Prüfungsgegenstand des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens. Nur bei deren Einhaltung kann eine Genehmigung des privilegierten Vorhabens erfolgen und kommt es zu dem auch unter diesen Rahmenbedingungen gebotenen Schutz des Außenbereichs.
- 21 2. Als bundesrechtswidrig erweist sich jedoch insoweit die Annahme des Oberverwaltungsgerichts, das (dauerhafte) Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen unter § 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. b BauGB müsse im Genehmigungsverfahren nur prognostisch beurteilt werden.
- 22 Nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst b BauGB muss die für den Betrieb der Anlage erforderliche Biomasse überwiegend, also zu mehr als 50%, aus dem eigenen Betrieb oder aus diesem und aus nahe gelegenen Betrieben stammen. Damit beschränkt der Gesetzgeber Kooperationsmöglichkeiten auf den näheren Umkreis und setzt so einer überwiegend überregionalen Anlieferung des benötigten Rohmaterials aus ökologischen und volkswirtschaftlichen Gründen Grenzen, um „Biomasse- bzw. Gülletourismus“ zu unterbinden (BTDrucks 15/2250 S. 55). Entgegen der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts muss die Behörde auch diese einschränkenden Tatbestandmerkmale im Genehmigungsverfahren prüfen und die immissionsschutzrechtliche Genehmigung versagen, wenn der Antragsteller nicht nachweisen kann, dass die Biomasse überwiegend entweder von eigenen oder aber von eigenen und nahe gelegenen Betriebsflächen der Kooperationspartner stammt und ihr Bezug zumindest mittelfristig gesichert ist.
- 23 Eine lediglich prognostische Abschätzung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst b BauGB ist dem Wesen einer bauaufsichtlichen

Genehmigungsentscheidung fremd und würde zudem dem beabsichtigten Schutz des Außenbereichs zuwider laufen. Im Bau- und Fachplanungsrecht liegt für die Verwaltung ein Prognosefreiraum nur vor, wenn eine Prognose entweder zu einer Planungsentscheidung oder zu einem auf anderen Gründen beruhenden Beurteilungsspielraum hinzutritt (Urteil vom 29. Januar 1991 - BVerwG 4 C 51.89 - NVwZ-RR 1991, 601 <608 f.> <<Flughafen München II>> einerseits und Urteil vom 19. Januar 1989 - BVerwG 7 C 31.87 - BVerwGE 81, 185 <191 f.> = Buchholz 451.171 AtG Nr. 27 <<Werkschutz in atomaren Anlagen>> andererseits). Beides liegt bezogen auf den Tatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst b BauGB nicht vor: Von einem eingeschränkten gerichtlichen Überprüfungsmaßstab auszugehen liegt neben der Sache. Das Gesetz räumt der Verwaltung auch keinen Beurteilungsspielraum ein, noch weniger ist Raum für eine prognostische Entscheidung. Auszugehen ist bezüglich der Privilegierungstatbestände des § 35 Abs. 1 BauGB von gebundenen Entscheidungen, d.h. nur bei Vorliegen der jeweiligen tatbestandlichen Voraussetzungen ist ein Vorhaben im Außenbereich privilegiert genehmigungsfähig. Eine entsprechende Prüfungsverpflichtung der Behörde ist somit unausweichlich.

- 24 Zudem erfordert der Schutzzweck des § 35 BauGB über die einzelnen Privilegierungstatbestände hinausgehend, dass der Außenbereich nicht lediglich für kurzfristige, nicht abgesicherte Tätigkeiten in Anspruch genommen wird. Es entspricht in diesem Zusammenhang der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 16. Dezember 2004 - BVerwG 4 C 7.04 - BVerwGE 122, 308 <310> = Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 367; Urteil vom 4. März 1983 - BVerwG 4 C 69.79 - Buchholz 406.11 § 35 BBauG Nr. 198; Beschluss vom 9. Dezember 1993 - BVerwG 4 B 196.93 - Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 289), dass ein im Außenbereich privilegiertes, der Landwirtschaft dienendes Vorhaben auf eine gesicherte Nachhaltigkeit der Bewirtschaftung und Dauerhaftigkeit des Betriebs (auch im Sinne einer Überlebensfähigkeit) angelegt sein muss. An diesem, dem jeweiligen Privileg angemessenen Erfordernis der Nachhaltigkeit und Dauerhaftigkeit müssen sich sämtliche in § 35 Abs. 1 BauGB vorgesehenen Privilegierungstatbestände messen lassen (Urteil vom 24. August 1979 - BVerwG 4 C 3.77 - Buchholz 406.11 § 35 BBauG Nr. 158). Daraus folgt, dass sowohl der landwirtschaftliche Betrieb selbst als

auch die Biogasanlage auf eine gesicherte Nachhaltigkeit und Dauerhaftigkeit angelegt sein müssen.

- 25 3. Zu all diesen Fragen hat das Oberverwaltungsgericht keine tatsächlichen Feststellungen getroffen. Der Senat kann diese im Revisionsverfahren nicht nachholen. Dies zwingt zur Zurückverweisung der Streitsache, wobei das Oberverwaltungsgericht die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung zu prüfen haben wird. Allein das Vorliegen einer Anfechtungsklage zwingt nicht stets dazu, auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Verwaltungsverfahrens abzuheben. Denn mit der Aufhebung der immissionschutzrechtlichen Genehmigung im Widerspruchsverfahren ist diese dem ursprünglichen Kläger auf Verwaltungsebene versagt worden. Der Kläger begehrt damit weiterhin - einer Verpflichtungsklage ähnlich - eine behördliche Entscheidung zu seinen Gunsten. Auch erfordert die Prozessökonomie - zur Vermeidung eines zweiten „Durchgangs“ vor den Verwaltungsgerichten - maßgeblich auf den Zeitpunkt der letzten Gerichtsentscheidung abzustellen (Urteil vom 15. Februar 1985 - BVerwG 4 C 42.81 - Buchholz 406.19 Naturschutz Nr. 65).
- 26 a) Das Oberverwaltungsgericht wird klären müssen, ob (mithilfe der Anbau- und Abnahmeverträge vom 12./13. Januar 2006) hinreichend nachgewiesen ist, dass die Biomasse überwiegend von Betriebsflächen des eigenen oder des eigenen und nahe gelegenen Betriebsflächen von Kooperationspartnern stammt und dies auf Dauer, zumindest mittelfristig, gesichert ist. Dabei kommt es angesichts der gesetzgeberischen Zielsetzung, überregionale Biomasse- und Gülletransporte zu vermeiden, nicht auf die Lage der Hofstellen der Kooperationspartner, sondern derjenigen Betriebsflächen an, auf denen die Biomasse angebaut werden soll. Vorbehaltlich siedlungsstruktureller oder betriebsspezifischer Besonderheiten des Einzelfalls sind Betriebsflächen dann „nahe gelegen“, wenn sie nicht weiter als 15 bis 20 km von der Biogasanlage entfernt sind.
- 27 Zum Nachweis der Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB wird es regelmäßig der Vorlage von Kooperationsverträgen bedürfen, aus denen die Lage der Anbauflächen, der Umfang der anzubauenden Biomasse und die Bezugsdauer (Laufzeit) hervorgehen und die eine Entgeltvereinbarung aufweisen. Nur

dann kann auf die Dauerhaftigkeit des Vorhabens im Sinne eines lebensfähigen Unternehmens geschlossen werden. Kurze oder nur jährliche Laufzeiten können ein Indiz dafür sein, dass der Betrieb der Anlage nur kurzfristig gesichert ist, was unzureichend wäre. Eine ähnliche Indizwirkung kann unter Umständen auch dem Fehlen von Preisabsprachen zukommen, sofern es nicht der landwirtschaftlichen Praxis entspricht, auf schriftliche Preisregelungen zu verzichten und die vertraglichen Anbau- und Abnahmeverpflichtungen auch ungeachtet etwaiger Preisschwankungen verbindlich sind. Jedenfalls wird der Betreiber der Anlage aber unverändert nachweisen müssen, dass auch bei stark schwankenden Preisen der zum Einsatz kommenden Biomasse der Betrieb der Anlage rentierlich und damit auf Dauer gesichert ist. Denn die immissionsschutzrechtliche Genehmigung einer Biogasanlage, deren entprivilegierter Betrieb von vorneherein bereits absehbar ist, verbietet sich (Urteil vom 24. August 1979 a.a.O.).

- 28 b) Zweifel am nachhaltigen Bestand des privilegierten Vorhabens ergeben sich auch aus der Insolvenz des ursprünglichen Klägers. Das Oberverwaltungsgericht hat lediglich festgestellt, dass der Insolvenzverwalter die Fortführung des Betriebs beabsichtigt. Dies muss sich aber sowohl auf den landwirtschaftlichen Betrieb wie auch auf die daran „anknüpfende“ künftige Biogasanlage beziehen, andernfalls die Voraussetzungen deren privilegierter Genehmigung nicht gegeben wären. Die Notwendigkeit einer weiteren nachhaltigen Bewirtschaftung wird die Prüfung erfordern, ob auch künftig noch auf die Betriebsflächen des insolvent gewordenen früheren Betreibers der Hofstelle zurückgegriffen werden kann. Zwar kann der Insolvenzverwalter mit Wirkung für die Insolvenzmasse an den Pachtverträgen festhalten (§§ 108, 109 InsO). Dies hindert aber den Eigentümer bei ausbleibenden Pachtzinsen nicht an einer Kündigung des Pachtverhältnisses (§ 581 i.V.m. § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB).
- 29 Ansprüche aus den Kooperationsverträgen, die bisher von den Vertragspartnern nicht erfüllt worden sind, verlieren mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens zunächst ihre Durchsetzbarkeit (Bundesgerichtshof, Urteil vom 25. April 2002 - IX ZR 313/99 - BGHZ 150, 353 <359>). Will der Insolvenzverwalter an der Erfüllung dieser Verträge gemäß §103 Abs. 1 InsO festhalten, muss er auch sei-

nerseits erfüllungsbereit sein. Sollten die Partner der Kooperationsvereinbarungen nach zwischenzeitlich drei Jahren des Stillstandes den Fortbestand der Verträge nicht in Frage stellen und von der Möglichkeit einer Loslösung nach § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO nicht Gebrauch gemacht haben, wird der Insolvenzverwalter zur Prüfung der betrieblichen Nachhaltigkeit und Dauerhaftigkeit ein Konzept über eine Betriebsfortführung vorlegen müssen, das die Billigung der Gläubigerversammlung gefunden hat (§ 160 InsO). Aus diesem Konzept muss insbesondere ersichtlich sein, mit welcher Person und mit welcher finanziellen Ausstattung es zu einer Betriebsfortführung kommen soll. Nur dies ermöglicht wiederum die Prüfung, ob unter den engen Privilegierungsvoraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB die immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb einer Biogasanlage erteilt werden kann und wer als Genehmigungsnehmer in Frage kommt.

- 30 c) Die Voraussetzungen der ausreichenden Erschließung einer landwirtschaftlichen Hofstelle im Außenbereich sind in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geklärt (Urteil vom 30. August 1985 - BVerwG 4 C 48.81 - Buchholz 406.11 § 35 BBauG Nr. 228; Urteil vom 22. November 1985 - BVerwG 4 C 71.82 - Buchholz 406.11 § 35 BBauG Nr. 229). So ist die Erschließung kleinerer landwirtschaftlicher Betriebe im Außenbereich über landwirtschaftliche Wirtschaftswege, aber auch über Feld- und Waldwege ausreichend. Allerdings erhöhen sich die Anforderungen an eine ausreichende Erschließung, je stärker der zu bewältigende Ziel- und Quellverkehr anwächst.
- 31 Das Oberverwaltungsgericht hat zur Frage der ausreichenden Erschließung nicht im erforderlichen Maße tatsächliche Feststellungen getroffen. Denn sollte die straßenverkehrsrechtliche Anordnung, auf Grund derer das Zeichen 262 der Straßenverkehrsordnung mit der Aufschrift 5,5 t aufgestellt worden ist, dem Schutz des Wirtschaftsweges dienen, weil dieser für schwerere Belastungen nicht ausgelegt ist, kann sich diese Anordnung nicht durch Jahre lange Nichtbeachtung der Nutzer und wegen ausbleibender Verkehrskontrollen erledigt haben. Es versteht sich von selbst, dass die Beigeladene eine Zerstörung des in ihrer Baulast stehenden Wirtschaftsweges durch dauerhaftes Befahren mit überschweren Fahrzeugen nicht hinnehmen muss. Vorliegend hat der ur-



sprüngliche Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht bekundet, dass zur Biogasanlage täglich Rohmaterial in einem Umfang bis zu 50 t an- und abgefahren werden müsse und ein täglicher Verkehr von 5 bis 6 Lastkraftwagen mit einer jeweiligen Gesamtlast von über 30 t zu erwarten sei. Das Oberverwaltungsgericht wird daher ggf. noch klären müssen, ob der tatsächliche Ausbauzustand des Weges diesen Verkehr aufnehmen kann, ohne dauerhaft beschädigt zu werden, und ob dem Kläger in diesem Falle ein Anspruch auf Aufhebung der verkehrlichen Anordnung für die Inbetriebnahme seines Vorhabens zur Seite steht. Fehlt es an einem ausreichenden Ausbau, ist ggf. zu prüfen, ob ein Ausbauangebot des Vorhabenträgers an die Gemeinde, das diese nicht ohne Weiteres ablehnen kann (vgl. Urteil vom 30. August 1985 a.a.O.), vorliegt.

- 32 4. Den von der Beigeladenen gerügten Verfahrensfehlern muss wegen der gebotenen Zurückverweisung der Sache an das Oberverwaltungsgericht nicht weiter nachgegangen werden. Von einer Missachtung des durch § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB gewährleisteten Rechts der Beigeladenen auf Einvernehmen kann keine Rede sein. Sie mag zwar lediglich zusammen mit anderen Trägern öffentlicher Belange am Verwaltungsverfahren beteiligt und um Stellungnahme gebeten worden sein. Dass die Beigeladene sich ihrer verfahrensrechtlichen Stellung und ihrer planungsrechtlichen Betroffenheit bewusst war, ergibt sich schon daraus, dass sie ihr Einvernehmen unter Verweis auf § 70 der Landesbauordnung aus bauplanungsrechtlichen Gründen ausdrücklich verweigert hat.

Sailer

Krauß

Neumann

Guttenberger

Schipper

