



Oberste Baubehörde im Bayerischen Staatsministerium des Innern
Postfach 22 12 53 • 80502 München

KOPIE

Landratsamt Ebersberg
Eichthalstraße 5
85560 Ebersberg

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom B-2009-98 28.05.2009	Unser Zeichen IIB5-4112.79-003/05 Telefon / - Fax	Bearbeiter Zimmer	München 17.07.2009 E-Mail
--	---	----------------------	---------------------------------

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

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit Schreiben vom 28.05.2009 haben Sie uns die Frage vorgelegt, ob eine Aktiengesellschaft als Bauherrin und Betreiberin einer Biogasanlage gem. § 35 Abs. 1 Nr. 6 Baugesetzbuch (BauGB) auftreten könne. Im konkreten Fall wurde u.a. zum Zweck der Errichtung und des Betriebs einer Biogasanlage eine Aktiengesellschaft gegründet, deren alleiniger Aktionär der Inhaber des Basisbetriebs ist. Der Inhaber des Basisbetriebs und alleinige Aktionär ist nach den vorgelegten Unterlagen weder im Vorstand noch im Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft vertreten, allerdings wird eine Bestellung zum Vorstandmitglied erwogen.

Das Landratsamt Ebersberg möchte die gestellte Frage verneinen und geht davon aus, dass die Rechtsform der Aktiengesellschaft für Bauherren und Betreiber von Biogasanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB nicht gewählt werden kann.

Im wesentlichen teilt das Staatsministerium des Innern die vom Landratsamt geäußerte Rechtsauffassung.

Zur Frage, ob Personengesellschaften oder juristische Personen des Privatrechts Bauherr oder Betreiber von Biogasanlagen im Sinn von § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB sein können, äußert sich die Gesetzesbegründung (vgl. BT Drs. 15/2215, insbesondere S. 81) nicht. Das vom Landratsamt in Bezug genommene Rundschreiben des Staatsministeriums des Innern vom 04.08.2005 (Nr. IIB5-4112.79-003/05) hält fest:

„Dem überwiegenden praktischen Bedürfnis folgend erscheint es demgegenüber auch vertretbar, eine Biomasseanlage, die als Gemeinschaftsanlage von mehreren Inhabern von Betrieben nach § 35 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 oder (sofern Tierhaltung betrieben wird) Nr. 4 BauGB betrieben wird, als grundsätzlich von § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB erfasst anzusehen. Eine Zuordnung der Biomasseanlage zu einem z. B. landwirtschaftlichen Betrieb, wie sie § 35 Abs. 1 Nr. 6 mit der Formulierung „im Rahmen eines Betriebes“ verlangt, dürfte also nicht allein deshalb zu verneinen sein, weil das zu beurteilende Vorhaben nicht im Eigentum des Betriebsinhabers, sondern im Eigentum einer Betreibergesellschaft steht. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Betreibergesellschaft nur aus Gesellschaftern, die die Biomassanlage besichtigen besteht und im Wesentlichen auch keinen weiteren Zweck als den Betrieb der jeweiligen Anlage verfolgt. Allerdings wird in solchen Fällen zu verlangen sein, dass der Inhaber des Betriebs, in dessen räumlich-funktionalen Zusammenhang die Anlage errichtet wird, maßgeblichen Einfluss auf die Betreibergesellschaft innehat. Die Zuordnung der Biomasseanlage zu dem Betrieb wird demgegenüber regelmäßig nicht begründet werden können, wenn zu den Gesellschaftern neben den die Anlage nutzenden Betriebsinhabern auch andere Gesellschafter, etwa mehrheitlich auch reine Kapitalanleger, treten. Letztlich maßgeblich sind stets die Umstände des konkreten Einzelfalls.“

Die von der Fachkommission Städtebau der Bauministerkonferenz am 22.03.2006 beschlossenen Hinweise zur Privilegierung von Biomasseanlagen nach § 35

Abs. 1 Nr. 6 BauGB führen zu dieser Frage aus:

„Diese Zuordnung“ (im Rahmen eines Betriebes) „liegt jedenfalls vor, wenn der Betreiber der Biomasseanlage identisch ist mit dem Inhaber des Basisbetriebs. Darüber hinaus ist die erforderliche Zuordnung aber auch nicht schon 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 noch zugeordnet werden, wenn sie sich im Eigentum einer Betreibergesellschaft befindet. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Betreibergesellschaft dauerhaft nur aus Gesellschaftern im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 6 b BauGB besteht, die die Anlage besichtigen. Der Inhaber des Basisbetriebs muss dabei allerdings maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft haben.“

In der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung hat sich, soweit ersichtlich, bisher das VG Stade (Urteil vom 09.12.2008, Az: 2 A 1457/07) mit der vom Landratsamt gestellten Frage nach der zulässigen Rechtsform von Bauherrn und Betreibern von Biogasanlagen im Sinne von § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB auseinandergesetzt. Das VG Stade hat nicht beanstandet, dass eine Biogasanlage gem. § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB im Eigentum einer GmbH & Co KG steht, die als eigener Rechtsträger nicht identisch ist mit dem Eigentümer des landwirtschaftlichen Basisbetriebs. Im entschiedenen Fall war der Inhaber des Basisbetriebs Komplementär der Gesellschaft. Das VG hält fest, dass der Rahmen des landwirtschaftlichen Betriebs, in dem die Biogasanlage betrieben werden soll, verlassen würde, hätte der Inhaber des Basisbetriebs nicht maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft. Das VG betont, dass die Freigabe sämtlicher gesellschaftsrechtlicher Modelle das „Rahmenerfordernis“ unterlaufen würde (VG Stade aaO, Rz. 48 und 49). Das vom Vorstand der Bioenergie Grafing AG, Herrn Martin Lechner, angeführte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11.12.2009 (Az.: 7 C 6/08) enthält keine Aussagen zur zulässigen Rechtsform.

Die Kommentarliteratur hält fest, es sei nicht ausgeschlossen, eine Anlage von mehreren Personen, auch in einer gegebenenfalls gesellschaftsrechtlich unterschiedlichen Form (z. B. Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Gesellschaft mit beschränkter Haftung), zu betreiben. Es lasse sich daher das Bestehen einer Zuordnung auch vertreten, wenn die Biomasseanlage von mehreren Gesellschaftern betrieben wird und dabei der Inhaber des Basisbetriebs, in dessen Rahmen die Anlage errichtet wird, maßgeblichen Einfluss innerhalb der Gesellschaft hat (z.B. Söfker in Ernst / Zinkahn / Bielenberg BauGB, § 35 Rz. 59b)

Die im vorgelegten Fall entscheidende Frage ist, ob die Aktiengesellschaft eine Rechtsform ist, in der sichergestellt werden kann, dass der Inhaber des Basisbetriebs maßgeblichen Einfluss im dargestellten Sinn hat.

Mit der Regelung in § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB wollte der Gesetzgeber den Strukturwandel in der Landwirtschaft unterstützen (BT Drs. 15/2250, S. 54). Das Tatbestandsmerkmal „im Rahmen eines Betriebes nach Nr. 1 oder 2 oder eines Betriebes nach Nr. 4“ in § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB verlangt, dass es einen Basisbetrieb für die Biomasseanlage geben muss. In Bezug auf die Voraussetzung der Zuordnung der Biomasseanlage zu dem Basisbetrieb (Betrieb, in dem die Biomasseanlage betrieben werden soll) können die Merkmale der „dienenden Funktion“ des Vorhabens in Fällen des landwirtschaftlichen Betriebs im Sinne des § 35 Abs. 1

Nr. 1 entsprechend angewandt werden. Dazu gehören die funktional zugeordnete Beziehung der Anlage zum Betrieb, die Prägung der Anlage durch den Betrieb und eine räumliche Nähe der Anlage zum Betrieb. Die Identität von Inhaber (Eigentümer) des Basisbetriebs und Betreiber der Biogasanlage ist für die Zuordnung einerseits wesentlicher Anhaltspunkt. Die Zuordnung ist aber andererseits nicht schon deswegen zu verneinen, weil die zu beurteilende Biomasseanlage nicht im Eigentum oder alleinigem Eigentum des Inhabers des Basisbetriebs steht (vgl. Söfker in Ernst / Zinkahn / Bielenberg BauGB, § 35 Rz. 59b).

Aus dem Zusammenhang mit § 35 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. b) BauGB ergibt sich, dass der Gesetzgeber Kooperationen mehrerer Basisbetriebe ermöglichen wollte (BT Drs. 15/2250, S. 55). Konkret bedeutet dies, dass immer dann, wenn die Identität zwischen Betreiber des Basisbetriebs und der Biomasseanlage nicht besteht, also auch in den Fällen, in denen ein „Zusammenschluss“ die Biomasseanlage errichten und betreiben will, besondere Umstände hinzutreten müssen, um die Zuordnung zum Basisbetrieb sicherzustellen. Konsequenterweise hält das Rundschreiben vom 04.08.2005 (Az: IIB5-4112.79-003/05) fest, dass diese besonderen Umstände vorliegen, wenn der Inhaber des Betriebes, in dessen räumlich funktionalen Zusammenhang die Anlage errichtet wird, maßgeblichen Einfluss auf den Zusammenschluss hat (so auch Söfker aaO).

Maßgeblicher Einfluss im genannten Sinn ist aber nicht in jeder Gesellschaft oder juristischen Person des Privatrechts möglich. Für die unterschiedlichen Gesellschaften und juristischen Personen des Privatrechts braucht hier nicht entschieden zu werden, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen maßgeblicher Einfluss im genannten Sinn gewährleistet werden kann. Jedenfalls kann eine Aktiengesellschaft (AG) nur dann Bauherr oder Betreiber einer Biogasanlage im Sinn von § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB sein, wenn der Inhaber des Basisbetriebs mindestens 50% plus 1 Aktie der Aktien hält und gleichzeitig alleinvertretungsberechtigtes Mitglied des Vorstandes ist. Dies ergibt sich aus Folgendem:

1. Streuung der Aktien

Die AG ist eine juristische Person des Privatrechts mit „Kapitalsammelfunktion“ (Doralt / Dregger, Münchener Kommentar zum AktG, Einleitung Rz. 5). Die vom Gesetzgeber in § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB bezweckte Förderung der Zusammenarbeit von Land-, Forstwirten oder Tierhaltern steht in Widerspruch zu dieser Funktion der AG.

§ 54 Aktiengesetz (AktG), der die Hauptpflichten der Aktionäre festschreibt, macht deutlich, dass ein maßgeblicher Einfluss auf die Geschäfte der Gesellschaft seitens der Aktionäre nicht besteht. Die Leitung der Gesellschaft erfolgt nach § 76 Abs. 1 AktG durch den Vorstand in eigener Verantwortung. Die Hauptversammlung kann dem Vorstand keine Weisungen erteilen (Spindler, Münchener Kommentar zum AktG, § 76 Rz. 22). Daran ändert sich auch dadurch nichts, dass im vorliegenden Fall der Inhaber des Basisbetriebs 100 % der Aktien hält. Zwar kann er, worauf sein Rechtsvertreter im bauaufsichtlichen Verfahren hingewiesen hat, jederzeit eine Hauptversammlung einberufen, in der ein neuer Aufsichtsrat bestimmt wird, der seinerseits eine Abberufung des bisherigen und Bestellung eines neuen Vorstandes vornehmen kann. Insofern ist jedoch zu beachten, dass eine Abberufung des Vorstandes gem. § 84 Abs. 3 AktG nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes erfolgen kann. Eine freie Abberufungsmöglichkeit besteht gerade nicht. Bei der Bestellung eines neuen Vorstands ist der Aufsichtsrat zudem in der Entscheidung über die Person frei. Eine Weisungsbefugnis seitens der Hauptversammlung besteht insofern nicht und kann auch nicht durch die Satzung begründet werden.

Die Aktien sind einfach zu übertragen. Durch die vom Gesetz statuierte Bindung der Biomasseanlage an einen Basisbetrieb wird deutlich, dass bei Zusammenschlüssen, die Biomasseanlagen errichten und betreiben, Personengesellschaften in Form der Gesellschaft Bürgerlichen Rechts (GbR), der OHG oder der KG mit einem idR überschaubaren Bestand an Gesellschaftern in Betracht kommen. Hier ist, regelmäßig über das Halten entsprechender Anteile, eindeutig bestimmbar, ob der Inhaber des Basisbetriebs maßgeblichen Einfluss im erforderlichen Sinn hat. Es ist auch deutlich, dass in der Situation des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB Wechsel im Gesellschafterbestand jedenfalls nicht in der Einfachheit gewollt sind, wie dies bei der Aktiengesellschaft möglich ist. Während nämlich die Übertragung einer Gesellschaftsbeteiligung bei Personengesellschaften grundsätzlich der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf, sind Aktien grundsätzlich vollkommen frei übertragbar. Daran ändert auch die in der vorgelegten Satzung enthaltene Regelung nichts, die das Recht zur Übertragung der Aktien an die Zustimmung der Gesellschaft (§ 3 Abs. 4 der Satzung) knüpft; über die Erteilung der Zustimmung beschließt nach § 3 Abs. 4 Satz 2 der Satzung die Hauptversammlung. Da die Hauptversammlung derzeit ausschließlich aus dem alleinigen Aktionär besteht, sind die Aktien nach seinem Gutdünken frei übertragbar. Im übrigen gilt: Würde die konkrete Aus-

gestaltung, in der der Inhaber des Basisbetriebs Alleinaktionär ist, für die Annahme eines maßgeblichen Einflusses ausreichen, müsste bei jeder Aktien- transaktion geprüft werden, ob, die - insoweit unterstellten – Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB noch vorliegen oder ob ggf. bauaufsichtliche Maßnahmen angezeigt sind.

2. Zusammensetzung des Vorstands

Eine Mitgliedschaft des Inhabers des Basisbetriebs im Vorstand vermag für sich genommen maßgeblichen Einfluss auch nicht zu begründen.

Nach Mitteilungen des Bevollmächtigten gegenüber dem Staatsministerium des Innern ist offenbar angedacht, den Inhaber des Basisbetriebs und Alleinaktionär in den Vorstand der Aktiengesellschaft aufzunehmen. Dies würde maßgeblichen Einfluss im erforderlichen Sinne begründen, wenn ihm alleinige Geschäftsführungs- befugnis eingeräumt wird. Dies gilt allerdings nur, so lange der Inhaber des Basisbetriebs mehr als die Hälfte der Aktien hält.

Nach der Genehmigungsentscheidung erfolgende Änderungen im Aktienbesitz oder in der Vertretungsbefugnis des Vorstandsmitglieds, das Inhaber des Basisbetriebs ist, führen dazu, dass die genehmigte Anlage nicht mehr privilegiert ist. Um im Einzelfall aufwändige Ermittlungen der unteren Bauaufsichtsbehörde zu vermeiden, scheint es angezeigt, die Einhaltung dieser Voraussetzungen dadurch sicherzustellen, dass die ggf. zu erteilende Baugenehmigung hinsichtlich der Aktienanteile, der Mitgliedschaft des Inhabers des Basisbetriebs im Vorstand und seiner Alleinvertretungsbefugnis mit auflösenden Bedingungen (Art. 36 Abs. 2 Nr. 2 Bayer. Verwaltungsverfahrensgesetz – BayVwVfG) enthält.

In diesem Zusammenhang weisen wir darauf hin, dass § 35 Abs.1 Nr. 6 BauGB nicht die einzig denkbare Rechtsgrundlage für die Ansiedlung der beabsichtigten Biomasseanlage am vorgesehenen Standort ist. Es ist der Gemeinde unbenommen, die Grundlage für die Ansiedlung der Anlage durch einen Bebauungsplan zu schaffen. Biomasseanlagen, die in durch qualifizierten Bebauungsplan ausgewiesenen Baugebieten errichtet werden sollen, unterliegen nicht den Beschränkungen des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB: Insbesondere besteht dann keine Beschränkung des Anlagenbetreibers auf Betreibergesellschaften, die maßgeblichen Einfluss des Inhabers eines Basisbetriebs ermöglichen.

Die Regierung von Oberbayern und die übrigen Regierungen haben Kopie dieses Schreibens erhalten.

Mit freundlichen Grüßen

Kraus
Regierungsdirektor