



## Ein Jahr Praxis mit dem EAG Bau ( BauGB)

### Anmerkungen zur Rückbauverpflichtung und deren Sicherung aus der Praxis (  35 Abs. 5 S. 2 u. S. 3 BauGB)

von Michael Hammon, Sprecher Ak Genehmigung und Genehmigungspraxis im Fachverband Biogas e. V. -

Nachdem im vergangenen Jahr (2004) zunächst die Verabschiedung des EAG Bau in der Biogaswirtschaft mit Erleichterung aufgenommen worden war, stellte sich in der Praxis zunehmend Ernüchterung ein. Vor allem weil bei der Privilegierung von Biogasanlagen im Außenbereich alte Anwendungsprobleme durch neue Anwendungsunsicherheiten bei den Vollzugsbehörden ersetzt wurden.

Einige Bundesländer haben zur Verbesserung von Rechtsanwendung und zur Festigung der Rechtssicherheit Einf hrungserlasse oder Hinweise veröffentlicht, die z.T. allerdings ganz erheblich von einander abweichen<sup>1)</sup>. Als interessierter Beobachter kann man die dadurch bewirkte Anwendungsvielfalt nur beklagen.

Mit der Anwendung und Auslegung des neuen Rechts der (städtebaulichen) Zulassung von Biogas-(Biomasse-)Anlagen hat sich der Fachverband Biogas e.V. seit Juni 2004 ständig beschäftigt und war bestrebt, seinen Einfluss bei der Rechtsanwendung geltend zu machen.

Die Vielzahl der Aktionen können und sollen an dieser Stelle nicht nachgezeichnet werden. Auch kann an dieser Stelle nicht die Vielzahl von Auslegungsfragen im Rahmen des   35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB in all ihren Ausformungen nachgegangen werden<sup>2)</sup>.

Als Fazit nach einem Jahr Genehmigungs- und Anwendungspraxis sowie ersten Meinungsäußerungen in der Literatur ist festzustellen, die Genehmigungsbehörden interpretieren den neuen   35 Abs. S. 1 Nr. 6 BauGB eher restriktiv. Die politischen Bekundungen, die die Verabschiedung des Gesetzes begleiteten, haben sich vielfach als zu optimistisch erwiesen. Gleiches gilt für den   35 Abs. 5 BauGB. Denn von z. Teil entscheidender Bedeutung hat sich in der Genehmigungspraxis im Kontext des   35 BauGB auch die Rückbauverpflichtung nach   35 Abs. 5 S. 2 i. V. m.3 BauGB herausgestellt.

<sup>1)</sup> vgl. z. B. Muster-Einführungserlass zum Gesetz zur Anpassung des Baugesetzbuchs an EU-Richtlinien (Europarechtsanpassungsgesetz Bau – EAG Bau) - (EAG Bau – Mustererlass) < Beschlossen durch die Fachkommission Städtebau am 1. Juli 2004 >, Ziff. 4.31.3 - S. 69 f ( i. c. <http://www.is-argebau.de> 4233856 — doc); RdErl. d. Ministeriums für Städtebau und Wohnen, Kultur und Sport - IIA1 – 901.12 vom 30.01.2005, Ziff. 4.3.1.5 Rückbauverpflichtung, S. 18 c. <http://sgv.im.nrw.de/mbl/frei/2005/Ausg14/MBL14-4.pdf> , s. a. Vgl. Bay. Oberste Baubehörde, vgl. ObB - Bay Stmi, Schreiben v. 04.08.05 - Az.: IIB5-4112.79-003/05

<sup>2)</sup> vgl. hierzu in Auseinandersetzung mit dem Niedersächsischen Merkblatt Porsche u. Hammon, Anmerkungen des Fachverband Biogas e.V. zu den „Hinweise[n] des Niedersächsischen Ministeriums für den ländlichen Raum, Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (ML) und des Niedersächsischen Ministeriums für Soziales, Frauen, Familie und Gesundheit (MS) zu der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von Biomasseanlagen nach   35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB“<sup>1)</sup> (Stand: Januar 2005) - i.c. [www.biogas.org](http://www.biogas.org) - [http://www.ms.niedersachsen.de/master/C1718907\\_N13730\\_L20\\_D0\\_1674.html](http://www.ms.niedersachsen.de/master/C1718907_N13730_L20_D0_1674.html)

## 1.) Zur Normstruktur und Regelungsgehalt der §§ § 35 Abs. 5 S. 2 i. V. m. S. 3 BauGB

Für Biomasseanlagen<sup>3)</sup> hat die mit dem EAG Bau erlassene Bestimmung des § 35 Abs. 5 S. 2 BauGB eine weitere Zulässigkeitsvoraussetzung eingeführt.

Nach dieser Bestimmung ist vom Vorhabenträger (Antragsteller) eine Verpflichtungserklärung abzugeben, in der er sich verbindlich verpflichtet, "das Vorhaben nach dauerhafter Aufgabe der zulässigen Nutzung zurückzubauen und Bodenversiegelungen zu beseitigen". Bei einer nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB zulässigen Nutzungsänderung ist die Rückbauverpflichtung zu übernehmen ( § 35 Abs. 5 S. 2 2. HS<sup>4)</sup> 1. Alt. BauGB. — Sie entfällt lediglich bei Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 sowie Abs. 2 BauGB ( § 35 Abs. 5 S. 2 2. HS 2. Alt. BauGB).

Nicht unerwähnt bleiben darf auch die Übergangsvorschrift des § 244 Abs. 7 BauGB. Diese Vorschrift enthält eine Überleitungsvorschrift zur Regelung des § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB. Danach gilt § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB nicht für die Zulässigkeit eines Vorhabens, das die Nutzungsänderung einer (bereits bestehenden) baulichen Anlage zum Inhalt hat, deren bisherige Nutzung vor dem Inkrafttreten des EAG Bau (20.07.2004) zulässigerweise aufgenommen wurde<sup>5)</sup>.

Neben der Verpflichtung zum Rückbau enthält das BauGB mit § 35 Abs. 5 S. 3 BauGB eine weitere Nebenbestimmung, die wohl als eigenständige Regelung zur Genehmigung verstanden werden kann und somit auch selbstständig angreifbar sein dürfte<sup>6)</sup>. Die Baugenehmigungsbehörden sollen „durch nach Landesrecht vorgesehene Baulast oder in anderer Weise die Einhaltung“ der Rückbauverpflichtung sicherzustellen. Dies hat zur Folge, dass sich der Antragsteller der Übernahme der Verpflichtung nach § 35 Abs. 5 S. 2 BauGB in der Regel nicht entziehen kann. Indes wird in atypischen Fallgestaltungen der Verzicht auf die Sicherung ( bisher nur in der Literatur<sup>7)</sup>) für möglich gehalten.

Diese Regelung (§ 35 Abs. 5 S.2 V. m. S. 3 BauGB) ist gerade für den einzelnen zukünftigen Energiewirt von großer Bedeutung, weil bei unsachgerechter Auswahl des Sicherungsmittels dem Antragsteller die Mittel entzogen werden, die er sinnvoller in eine dem Stand der Technik entsprechende Anlage investieren können sollte. Motiv des Gesetzgebers für die in das BauGB aufgenommene Verpflichtung zum Rückbau und deren Sicherung war der Gesichtspunkt des Außenbereichsschutzes.

Ziel der Regelung sollte es weiter sein, insbesondere der Beeinträchtigung der Landschaft durch aufgegebene Anlagen mit einer nur zeitlich begrenzten Nutzungsdauer entgegenzuwirken. Dem Gesetzgeber ging es zugleich auch darum, der Entprivilegierung privilegierter Vorhaben eine Sperre entgegen zu setzen<sup>8)</sup>. Zu bedauern ist, dass der Gesetzgeber seinen eigenen, aus § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB vorgegebenen Ansatz vernachlässigt hat, wonach eine Biomasseanlage stets in den Rahmen

---

<sup>3)</sup> sowie aus landwirtschaftlicher Sicht auch für Vorhaben der Intensivtierhaltung nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB

<sup>4)</sup> HS = Halbsatz

<sup>5)</sup> § 244 Abs 7 BauGB

<sup>6)</sup> § 36 Abs. 2 VwVfG — vgl. Maurer, Allg. Verwaltungsrecht, 13. Auflage, München 2000, § 12 Ziff. IV.2, RdNr. 27 / S. 334f

<sup>7)</sup> vgl. Hentschke / Urbisch Baurechtliche Zulässigkeit von Biomasseanlagen im Außenbereich nach dem EAG Bau, Agrar und Umweltrecht 2 / 2005, Ziff. III.2.g ~ S. 41 / 46

<sup>8)</sup> vgl. Upmeyer, BauR 2004, S. 1389f, Hentschke / Urbisch aaO, Agrar und Umweltrecht 2 / 2005, Ziff. III.2.g ~ S. 41/45f

eines bestehenden im Außenbereich privilegierten landwirtschaftlichen Betriebes hineingestellt werden muss<sup>9)</sup>.

Anders als bei sonstigen Formen der Erzeugung erneuerbarer Energien (z. B. Windkraft) besteht bei der Biomassennutzung bereits ein landwirtschaftlicher Betrieb, in den die Biomasseanlage als weiterer Betriebszweig "hineingestellt" wird. Berücksichtigt man weiter, dass aufgrund der Vergütungsregelungen des EEG von einer Nutzungsdauer von mind. 20 Jahren auszugehen ist, und durch die neue DIN Norm 1045 (verbindlich seit 01. Januar 2005) die Bauwerksqualität der wesentlichen Bauwerke einer Biogasanlage auf eine Nutzungsdauer von mindestens 50 Jahren ausgelegt sein müssen, wird offenbar, dass man bei Biomasseanlagen zu unrecht eine nur 'kurze' Nutzungsdauer unterstellt.

Darüber hinaus eignen sich sowohl der Fermenter als auch etwaige Gärrestlager nicht nur für die Erzeugung von Biogas, sondern sind im Zusammenhang des 'rahmengebenden' landwirtschaftlichen Betriebes zu Lagerzwecken landwirtschaftlicher (Neben-)Produkte vielfältig nutzbar. Dieser Sachzusammenhang kann die gesetzgeberische Entscheidung zwar nicht aufheben, lässt es aber berechtigt erscheinen, dies bei der Wahl des Sicherungsmittels im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen.

Vor diesem Hintergrund ist es also angezeigt sich mit den Voraussetzungen und Anforderungen an die unterschiedlichen Sicherungsmittel vertraut zu machen, um ggfs. überzogene Anforderungen der Genehmigungsbehörden begegnen und sachgerechte Gegenvorschläge zur Erfüllung der Maßgaben aus § 35 Abs. 5 S. 3 BauGB unterbreiten zu können.

Die weitere Darstellung soll eine Orientierung für diesen Diskussionsprozess mit den Genehmigungsbehörden anbieten.

Im einzelnen werden die zur Verfügung stehenden<sup>10)</sup> Sicherungsmittel aufgezeigt, daraufhin untersucht werden, ob nach dem Gesetz einem Sicherungsmittel der Vorzug zu geben ist und welche rechtlichen Anforderungen für die Entscheidung der Genehmigungsbehörde maßgeblich sind. - Denn von Gesetzes wegen ist es nicht ausgeschlossen, über die Art, Form und Höhe des Sicherungsmittels im Rahmen des Verfahrens mit den Genehmigungsbehörden das Gespräch zu suchen.

---

<sup>9)</sup> vgl. Berkemann, Biogasanlagen [in NRW]- Standortsteuerung und Einzelgenehmigung, VHW Manuskript 2004, Ziff. 3.2.1/ S. 21

<sup>10)</sup> betrachtet werden die in der Diskussion zumeist genannten Sicherungsmittel

## 2.) Arten der Sicherungsmittel i. S. d. § 35 Abs. 5 S. 3 BauGB

Nach § 35 Abs. 5 S. 3 BauGB soll die Baugenehmigungsbehörde<sup>11)</sup> die Einhaltung der Verpflichtung nach § 35 Abs. 5 S. 2 BauGB (Rückbauverpflichtung) 'sicherstellen'.

Dies geschieht zum einen durch eine entsprechende Nebenbestimmung in der Genehmigungsentscheidung und zum anderen durch ein entsprechendes Sicherungsmittel. Das Gesetz formuliert dies so:

Die Baugenehmigungsbehörde soll durch nach Landesrecht vorgesehene Baulast oder in anderer Weise die Einhaltung der Verpflichtung nach S. 2 [§ 35 Abs. 5 S. 2 BauGB] sicherstellen. Bevor hier der Frage weiter nachgegangen werden soll, ob das BauGB ein Rangverhältnis der Sicherungsmittel vorgibt, soll ein Überblick über die wichtigsten Formen der Sicherungsmittel gegeben werden.

### 2.1 Die Baulast

Die Baulast ist ein Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts und ist in den Bauordnungen (BauO) der Länder geregelt. Allerdings kennen die Länder Brandenburg und Bayern das Rechtsinstitut der Baulast nicht. Hier kann nur auf die 'sonstigen' Sicherungsmittel zurückgegriffen werden<sup>12)13)</sup>

Der Begriff der Baulast wird dabei in den Ländern, die dieses Rechtsinstitut kennen, zumeist wie folgt definiert:

"... Durch Erklärung gegenüber der Bauaufsichtsbehörde können Grundstückseigentümer öffentlich-rechtliche Verpflichtungen zu einem ihre Grundstücke betreffenden Tun, Dulden oder Unterlassen übernehmen, die sich nicht schon aus dem öffentlichen Baurecht ergeben (Baulasten)".

Baulasten werden mit der Eintragung in das Baulastenverzeichnis wirksam und wirken auch gegenüber den Rechtsnachfolgern.<sup>14)</sup> Von der Eintragung in das Baulastenverzeichnis als Wirksamkeitsvoraussetzung macht nur Baden Württemberg eine Ausnahme. Dort entsteht die Baulast bereits mit Abgabe der Erklärung gegenüber der Gemeinde, die auch das Baulastenverzeichnis<sup>15)</sup> führt. In den anderen Bundesländern führt die zuständige Bauordnungsbehörde das Baulastenverzeichnis.<sup>16)</sup>

---

<sup>11)</sup> im BImSchG-Verfahren ist dies durch die Konzentrationswirkung in die BImSchG Genehmigung integriert

<sup>12)</sup> dazu unten Ziff. 2.2 ff,

<sup>13)</sup> vgl. zum Fall der Sicherung einer Abstandsfläche ( Art 7 VI 1 Bay. BauO) mittels Grunddienstbarkeit kombiniert mit einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit zugunsten der Baugenehmigungsbehörde: Bay. VGH, B. v. 14.12.1993 - Az.: 20 B 933.2760, NVwZ 1995, 231 LS 1 — Die Grundsätze dieser Entscheidung sind allerdings mangels Eintragungsfähigkeit aktiven Tuns als Grunddienstbarkeit nur eingeschränkt übertragbar, siehe nachfolgend dazu 2.2.1

<sup>14)</sup> vgl. z. B. § 83 BauO NW [Bauordnung für das Land Nordrhein Westfalen, BauO NRW v. Bekanntmachung der Neufassung 1. März 2000 ( GV NRW 200, S, zuletzt geändert durch Art 9 d. Gesetzes v. 04.05.2004 ( GVBl. NRW 04, S. 248) [In Kraft seit dem: 04.06.2004]

<sup>15)</sup> vgl. § 71 LBO [B. ~ W.], — Landesbauordnung für Baden-Württemberg (LBO) v. 8. August 1995 (GBl. S. 617), zuletzt geändert durch Gesetz v. 19. Dezember 2000 ( GBl. S. 760)

<sup>16)</sup> vgl. z. B. § 83 Abs. 4 BauO [ Mecklenburg], § 80 Abs. 4 Sächsische Bauordnung (SächsBO), § 80 Abs. 4 Thüringer BauO, Thüringer Bauordnung (ThürBO) i. d. F. v. 16. März 2004 (GVBl. S. 349); § 92 NbauO (Niedersachsen) [http://www.lexonline.info/lexonline2/live/voris/index\\_0.php?lid=70&id=173016&ev=P92&ev\\_counter=107](http://www.lexonline.info/lexonline2/live/voris/index_0.php?lid=70&id=173016&ev=P92&ev_counter=107); § 83 BauO NRW Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen ( BauO NRW - Landesbauordnung) i. d. F. V. 1. März 2000 (GV. 2000 S. 256, 9.5.2000 (SMBl. NRW. 23210)

### 2.1.1 Wesensmerkmale der Baulast

Für den zulässigen Inhalt einer Baulast ist wesentlich:

- der öffentlich rechtliche Charakter der zu übernehmenden Verpflichtung
- deren Grundstücksbezogenheit
- die Baurechtsrelevanz der Verpflichtung
- ihre Subsidiarität gegenüber bereits geregelten Verpflichtungen

Zweck der Baulast ist es, auf Dauer und mit Wirkung für Rechtsnachfolger öffentlich rechtliche Hindernisse für die Genehmigungserteilung zu einer Bebauung auszuräumen.

Inhalt der Baulast kann ein "Tun", Dulden oder Unterlassen sein. Im Fall des § 35 Abs. 5 S. 3 BauGB geht es um ein Tun, nämlich den Rückbau der Biomasseanlage. Diese Verpflichtung hat auch die erforderliche Baurechtsrelevanz<sup>17)</sup>, weil auch bauplanungsrechtliche Tatbestände (hier: § 35 Abs. 5 S. 2 BauGB) durch Baulast gesichert werden können<sup>18)</sup>.

### 2.1.2 Ausgestaltung der Baulast

Neben der Übernahme der Verpflichtungserklärung gem. § 35 Abs. 5 S. 2 BauGB in die Baulasterklärung und deren Eintragung in das Baulastenverzeichnis (bis auf Baden Württemberg<sup>19)</sup>) wäre damit der Sicherungszweck aus §§ 35 Abs. 5 S. 2 + 3 BauGB erfüllt, weil neben dem aktuellen Eigentümer auch sein Rechtsnachfolger für die Erfüllung der Rückbauverpflichtung eintreten muss.

Die einmal übernommene Baulast kann nicht durch einseitige Erklärung des Verpflichteten wieder aufgehoben werden. Nur durch Verzichtserklärung der Bauaufsichtsbehörde kann für den Fall, dass der Sicherungszweck entfallen ist, die Baulast wieder aufgehoben werden<sup>20)</sup> (vgl. z. B. § 83 Abs. 3 BauO NRW<sup>21)</sup>).

### 2.1.3 Wirkung der Baulast

Die Baulast gibt der Bauaufsichtsbehörde das Recht, die übernommene Verpflichtung ggfs. durch eine *(auf die allg. bauaufsichtrechtliche Ermächtigungsgrundlage (in NRW § 61 BauO NRW)<sup>22)</sup> oder durch*

---

<sup>17)</sup> vgl. Gädtke/ Temme / Heintz, Bauordnung Nordrhein Westfalen, Kommentar, 10. Auflage 2003, § 83 BauO NRW, Rdnr. 27 - 30, S. 1842 f

<sup>18)</sup> vgl. Gädtke/ Temme / Heintz, Bauordnung Nordrhein Westfalen, aaO [ FN 18], § 83 BauO NRW, RdNr. 35; OVG Lüneburg, U. v. 4.10.1984 - 6 A 131 // 82, BauR 1984, 285

<sup>19)</sup> siehe dort § 71 Abs. 1 i. V. m. 72 Abs 1 B. W. LBO, Baden-Württemberg (LBO) Vom 8. August 1995 (GBl. S. 617) zuletzt geändert durch Gesetz vom 19. Dezember 2000 ( GBl. S. 760); hierzu auch Gädtke/ Temme / Heintz, Bauordnung Nordrhein Westfalen, aaO [ FN 18], § 83 BauO NRW, RdNr. 15

<sup>20)</sup> Gädtke/ Temme / Heintz, Bauordnung Nordrhein Westfalen, aaO [ FN 18], § 83 BauO NRW, RdNr. 48

<sup>21)</sup> § 83 Abs. 3 BauO NRW und im wesentlichen gleichlautende Bestimmungen in den anderen Bundesländern, die das Rechtsinstitut der Baulast eingeführt haben).

<sup>22)</sup> Vgl. Gädtke/ Temme / Heintz, Bauordnung Nordrhein Westfalen, aaO [ FN 18], § 83 BauO NRW, RdNr. 51, S. 1853;

eine auf eine bauaufsichtliche Spezialermächtigung (wie z. B. § 65 BauO B. W. oder § 60 Abs 2 S. 2 SächsBO)<sup>23)</sup> gestützte) Verfügung vom Pflichtigen zu fordern.

Dass die Erfüllung der Rückbau- und Rekultivierungsverpflichtung nur unter Einsatz finanzieller Mittel möglich ist, nehmen viele Bauaufsichtsbehörden zum Anlass, diese Kostenlast bereits bei der Begründung der Baulast abzusichern, obwohl der Eintritt der Rückbauverpflichtung zu diesem Zeitpunkt nur latent besteht und, in den Kategorien des Bauordnungsrechts betrachtet, noch keine konkrete oder gar eine dringende Gefahr besteht, diese Verpflichtung könnte nicht erfüllt werden.

Hieraus lässt sich schlussfolgern, dass sich - wie auch sonst bei der Durchsetzung von bauordnungsrechtlichen Verfügungen - die Bauordnungsbehörde, wenn der Verpflichtete die Realisierung der Rückbauverpflichtung verweigert, die Mittelausstattung im Wege über das Verwaltungsvollstreckungsrecht beschaffen kann und muss.

Denn alle Verwaltungsvollstreckungsgesetze der Länder kennen eine dem § 59 Abs. 2 VwVG NRW<sup>24)</sup> entsprechende Bestimmung für die Ersatzvornahme:

#### **§ 59 VwVG NRW Ersatzvornahme**

- 1) Wird die Verpflichtung, eine Handlung vorzunehmen, deren Vornahme durch einen anderen möglich ist (vertretbare Handlung), nicht erfüllt, so kann die Vollzugsbehörde auf Kosten des Betroffenen die Handlung selbst ausführen oder einen anderen mit der Ausführung beauftragen.
- 2) Es kann bestimmt werden, dass der Betroffenen die voraussichtlichen Kosten der Ersatzvornahme im Voraus zu zahlen hat. Zahlt der Betroffene die Kosten der Ersatzvornahme oder die voraussichtlich entstehenden Kosten der Ersatzvornahme nicht fristgerecht, so können sie im Verwaltungszwangsverfahren beigetrieben werden. Die Beitreibung der voraussichtlichen Kosten unterbleibt, sobald der Betroffene die gebotene Handlung ausführt.
- 3) Zahlt der Betroffene die Kosten der Ersatzvornahme nicht bis zu dem Tag, der sich aus der Fristsetzung ergibt, so hat er für den Kostenbetrag von diesem Tag an bis zum Tage der Erstattung Zinsen zu entrichten. Der Zinssatz für das Jahr beträgt fünf Prozentpunkte über der Basiszinssatz des § 247 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Liegt der Gesamtbetrag der Zinsen unter 50 Euro, ist von der Erhebung abzusehen. Die Zinsforderung kann im Verwaltungszwangsverfahren beigetrieben werden.

Danach kann bestimmt werden, dass der Pflichtige die Kosten der Ersatzvornahme im Voraus zu zahlen hat. Gegen diese Anordnung in der Verwaltungsvollstreckung haben Rechtsbehelfe im Übrigen keine aufschiebende Wirkung<sup>25)</sup>.

### **2.1.4 Formanforderungen für die Baulast**

In allen Bundesländern, die das Rechtsinstitut eingeführt haben, bedarf die Baulasterklärung der Schriftform.

<sup>23)</sup> vgl. § 65 LBO [B. ~ W.], aaO [ FN 16]; § 60 Abs. 2 S. 2 BauO Sachsen Sächsische Bauordnung (SächsBO) i.d.F. v. 14. Dezember 2001

<sup>24)</sup> Verwaltungsvollstreckungsgesetz für das Land Nordrheinwestfalen - Verwaltungsvollstreckungsgesetz NRW - VwVG NRW i. ed. F. d. Bekanntmachung der Neufassung v. 19.02.05 ( GV. NRW 2003, S. 156, zuletzt geändert d. G. v. 16.11. 2004, in kraft seit 01. 01. 2005

<sup>25)</sup> Vgl. § 8 Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung — AG VwGO — v. 26.03. q960, zuletzt geändert durch Art I d G. v. 18.11.2003 ( GV NRW. S. 715 [ in Kraft getreten am 01. 01. 2004 und vergleichbare Ländergesetze

## 2.2 Andere Sicherungsmittel

Die Baugenehmigungsbehörde soll wie schon ausgeführt - die Rückbauverpflichtung durch Baulast oder in anderer Weise sicherstellen (§ 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB). Gelegentlich wird deshalb postuliert: Zwischen beiden Varianten bestehe kein Rangverhältnis. Es dürften daher anstelle der Baulast auch andere Formen der Sicherstellung gewählt werden<sup>26)</sup>. Sicher ist, dass sich aus der bundesrechtlichen Norm des § 35 Abs. 5 S. 2 BauGB kein Rangverhältnis der Sicherungsmittel entnehmen lässt. Zu der Frage, ob sich aus landesrechtlichen Normen des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsverfahrenrechts nicht ein solches Rangverhältnis ergibt. Dieser Frage soll nachgegangen, zuvor jedoch die geeigneten Sicherungsmittel beschrieben werden.

In Betracht kommen insbesondere die nachstehend genannten Sicherungsmittel:

- die beschränkt persönliche Dienstbarkeit ( § 10 90 BGB)
- Selbstschuldnerische Bankbürgschaft.<sup>27)</sup> ( §§ 765 i. V. m. 773 BGB)
- die Sicherungsgrundschuld<sup>28)</sup> ( § 1191 BGB) oder Höchstbetrags- Sicherungshypothek ( §§ 1163 Abs. 1, 1177 Abs. 1BGB).
- [ gesicherte Rückstellungen<sup>29)</sup> ]

### 2.2.1 Die beschränkt persönliche Dienstbarkeit

Der Inhalt einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit ist weitgehend deckungsgleich mit dem Inhalt der Grunddienstbarkeit nach § 1118 BGB. Der Unterschied zur Grunddienstbarkeit besteht darin, dass das bestimmte Recht nicht dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks, sondern einer bestimmten natürlichen oder juristischen Person zusteht. Auch der Rechtsträger der Bauaufsichtsbehörde kann somit Begünstigter einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit sein.

Soweit Einführungserlasse oder sonstiges Schrifttum sich bisher geäußert haben, wird die beschränkt persönliche Dienstbarkeit als geeignetes Sicherungsmittel i. S. d § 35 Abs. 5 S. 3 BauGB bezeichnet<sup>30)</sup>. Indes sind hier Zweifel angebracht. Durch den Rückverweis des § 1090 BGB auf die Grundnorm des § 1018 BGB (Grunddienstbarkeit) kann Inhalt auch einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit kein aktives Tun sein<sup>31)</sup>, sondern nur ein Dulden oder Unterlassen bzw. das Recht, ein Grundstück in bestimmter Weise zu benutzen.

---

<sup>26)</sup> vgl. z.B. vgl. z.B. § 56 Abs. 2 S. 2 BBergG)

<sup>27)</sup> Zulässigkeit von Vorhaben Einführungserlass zum Europarechtsanpassungsgesetz Bau (EAG Bau) – (EAG Bau – Einführungserlass) — RdErl. d. Ministeriums für Städtebau und Wohnen, Kultur und Sport - IIA1 – 901.12 vom 30.01.2005 - [ vgl. <http://www.mswks.nrw.de/Ministerium/bauen/bauaufsicht/EAG-Bau-Einfuehrungserlass.pdf>

<sup>28)</sup> einschränkend Erlass NRW, aaO [FN 1] -, nur, wenn der Grundstückseigentümer selbst Bauherr ist.

<sup>29)</sup> Dazu unter 2.3 a.E.

<sup>30)</sup> Zulässigkeit von Vorhaben Einführungserlass zum Europarechtsanpassungsgesetz Bau (EAG Bau) – (EAG Bau – Einführungserlass) RdErl. d. Ministeriums für Städtebau und Wohnen, Kultur und Sport - IIA1 – 901.12 vom 30.01.2005, Ziff. 4.3.1.5 Rückbauverpflichtung, S. 18. [ vgl. <http://www.mswks.nrw.de/Ministerium/bauen/bauaufsicht/EAG-Bau-Einfuehrungserlass.pdf>

<sup>31)</sup> vgl. Gädtke/ Temme / Heintz, Bauordnung Nordrhein Westfalen, aaO [ FN 18], § 83 BauO NRW, RdNr. 9, S. 1836; Palandt Bassenge, BGB, Kommentar, 62. Auflage, München 2003, § 1018, Rdnr. 5, S. 1461

Den Rückbau einer Biomasseanlage kann man in diesem Zusammenhang nur als aktives Tun einstufen. Um ein "verfallen-lassen" (Dulden) kann es ja nicht gehen. Z. T. wird hier die Möglichkeit zur Bestellung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit mit dem Inhalt gesehen, der Eigentümer des dienenden (Anlagen-)Grundstücks sei zur Duldung des Rückbaus und der Beseitigung der Bodenversiegelung verpflichtet<sup>32)</sup>.

Ob die Auferlegung lediglich einer Duldung ausreichend ist, der gesetzlichen Verpflichtung zu genügen, muss wohl eher bezweifelt werden. Vor diesem Hintergrund erscheint es zumindest fraglich, dass die Vorschläge zum Sicherungsmittel der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit bis zu Ende durchdacht sind.

## 2.2.2 Selbstschuldnerische Bürgschaft ( §§ 765 i. V. m. 773 BGB)

Dieses Sicherungsmittel wird Land auf Land ab von den Genehmigungsbehörden als erstes in die Diskussion gebracht. Aus der Sicht der Biogaspraxis ist dies allerdings das Sicherungsmittel, das die meisten Kosten verursacht.<sup>33)</sup>

Neben der Tatsache, dass die Bankbürgschaft das für den Anlagenbetreiber das teuerste Sicherungsmittel ist, kristallisiert sich auch die Bemessung der Bürgschaftssumme als kritisch heraus. Teilweise werden so unverhältnismäßig hohe Bürgschaftssummen gefordert (das Maximum war eine geforderte Summe von 320.000 € für eine 150 kWel Anlage), dass die Wirtschaftlichkeit des gesamten Projektes in Frage gestellt ist. Zudem wirkt sich die Selbstschuldnerische Bankbürgschaft unmittelbar auf den Kreditrahmen aus und kann so Finanzierungsschwierigkeiten für das Projekt und darüber hinaus verstärken.

Anzuerkennen ist aber, dass die Selbstschuldnerische (Bank-)Bürgschaft ein dem Grunde nach geeignetes Sicherungsmittel ist. Dies folgt aus § 232 BGB. Allerdings schränkt § 232 Abs. 2 BGB ein: Sicherheitsleistung durch einen Bürgen (§ 239 BGB) ist danach nur zulässig, wenn der Schuldner keine Realsicherheiten erbringen kann. Eine Befugnis für den Gläubiger, diese gesetzliche Rangfolge umzukehren, ist nicht erkennbar. Also dürfte es auch der Bauaufsichtsbehörde an der Befugnis fehlen, im Rahmen einer Nebenbestimmung zum Bescheid, eine Selbstschuldnerische Bürgschaft<sup>34)</sup> zu erzwingen.

Vorrang haben nach § 232 Abs. 1 in Verbindung mit § 238 BGB Hypotheken oder Grundschulden an inländischen Grundstücken, soweit sie den Anforderungen an die Mündelsicherheit genügen<sup>35)</sup>.

---

<sup>32)</sup> vgl. Oberste Baubehörde im Bay. Staatsministerium des Innern [ ObB- Bay. Stmi], Schreiben v. 04.08.05 - Az.: IIB5-4112.79-003/05, S. 5

<sup>33)</sup> Der Antragsteller muss für die Dienstleistung der Bank ( Bankbürgschaftsübernahme) die Kosten übernehmen. Im Durchschnitt verlangen die Institute zwischen zwei und drei Prozent der Bürgschaftssumme im Jahr. Beispiel Muster aus einem landwirtschaftlichen Anwendungsfall ~ Selbstschuldnerische Bankbürgschaft, .I c. [http://www.lfl.bayern.de/lem/milchboerse/07106/linkurl\\_0\\_29.pdf](http://www.lfl.bayern.de/lem/milchboerse/07106/linkurl_0_29.pdf) ; s.a.: <http://www.sparkasse-re.de/cms/de/firmenkunden/finanzierung/finanzierung/bankbuergschaften/Bankbuergschaften.html>

<sup>34)</sup> In der Praxis wird zumeist die Forderung nach einer Selbstschuldnerischen Bankbürgschaft erhoben.

<sup>35)</sup> vgl. Palandt - HEINRICHS, BGB, Kommentar, 62. Auflage, München 2003, § 232, RdNr. 2, S. 234, i. V. m. aaO, § 238

### 2.2.3 Sicherungsgrundschuld

Das BGB definiert die Grundschuld in § 1191 Abs. 1 BGB als eine von einer Forderung unabhängige Grundstücksbelastung des Inhalts, "dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist".

Gemeint ist damit die Befugnis des Gläubigers der Grundschuld, das belastete Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung zu verwerten (§§ 1192 Abs. 1, 1147 BGB in Verbindung mit den Vorschriften des Zwangsversteigerungsgesetzes - ZVG -).

Der Eigentümer eines mit einer Grundschuld belasteten Grundstücks haftet also nur mit dem Grundstück, schuldet persönlich nicht, es sei denn, es wird mit dem Gläubiger zugleich eine Haftungsmitübernahme vereinbart. Den Begriff "Sicherungsgrundschuld" kennt das Gesetz selbst nicht. Als Sicherungsgrundschuld wird in der Rechtspraxis eine zur Sicherung von Forderungen bestellte Grundschuld bezeichnet. Die Sicherungsgrundschuld sichert einen Begünstigten wegen einer Forderung gegen den Eigentümer oder einen Dritten. Sie darf bei Nichterfüllung der Forderung zu deren Befriedigung verwertet werden<sup>36)</sup>. Durch die beim Vorgang der Bestellung der Grundschuld getroffene Sicherungsabrede werden Einzelheiten der Fälligkeit sowie etwaige Verwertungsbeschränkungen vereinbart<sup>37)</sup>. Die Grundschuld kann also mit Bezug zur Kostenhöhe der Rückbaukosten im Rahmen der Sicherungsabrede auch als geeignetes Sicherungsmittel in Betracht kommen. Sie kann zulässigerweise auch an jedem geeigneten Grundstück bestellt werden, vorausgesetzt ist nur, dass im Falle einer Verwertung der Wert der besicherten Forderung auch erzielbar ist.

Die zuweilen in Hinweisen aufgestellte Beschränkung der Sicherungsgrundschuld auf den Fall, dass der Grundeigentümer zugleich Bauherr der Biomasseanlage sein müsse<sup>38)</sup>, findet weder in §§ 232, 238 BGB noch in den Grundsätzen zur Sicherungsabrede bei (Sicherungs-) Grundschulden eine Stütze.

Die Sicherungsgrundschuld kann ohne Gefährdung des Sicherungszwecks auch an einem anderen Grundstück außerhalb des betrieblichen Zusammenhangs bestellt werden. Es genügt, dass das Grundstück einen zur Erreichung des Sicherungszwecks genügenden Wert besitzt.

Die Kosten der Eintragung der Sicherungsgrundschuld sind im Vergleich zu den Kosten der Selbstschuldnerischen (Bank-)Bürgschaft marginal<sup>39)</sup>.

Zuweilen wird auch eine Höchstbetrags- Sicherungshypothek (§§ 1163 Abs. 1, 1177 Abs. 1 BGB in Betracht gezogen.<sup>40)</sup> Unter den Umständen des Einzelfalls kann diese Hypothek von Vorteil sein, weil Sie bis zur Entstehung der Ersatzvornahmekosten (Kosten von Rückbau und Rekultivierung (vorläufig) dem Eigentümer zusteht<sup>41)</sup>.

<sup>36)</sup> vgl. Palandt - BASSENGE, BGB, Kommentar, 62. Auflage, München 2003, § 1191, RdNr. 13, S. 1546, - vgl. instruktiv auch, <http://sicherungsgrundschuld.de/index.htm> m. w. Hinweisen

<sup>37)</sup> vgl. Palandt - BASSENGE, BGB, Kommentar, 62. Auflage, München 2003, § 1191, RdNr. 17, 19, S. 1546f

<sup>38)</sup> RdErl. d. Ministeriums für Städtebau und Wohnen, Kultur und Sport - IIA1 – 901.12 vom 30.01.2005, Ziff. 4.3.1.5 Rückbauverpflichtung, S. 18

<sup>39)</sup> so auch die Ansicht der Bay. Obersten Baubehörde, vgl. ObB - Bay Stmi, Schreiben v. 04.08.05 - Az.: IIB5-4112.79-003/05, S. 4

<sup>40)</sup> Bay. ObB - Stmi, aaO FN 1, Schreiben v. 04.08.05 - Az.: IIB5-4112.79-003/05, S. 4

<sup>41)</sup> vgl. Bay. ObB - Stmi, aaO, S. 4; Palandt - BASSENGE, BGB, Kommentar, 62. Auflage, München 2003, § 1163, RdNr. 6, S. 1526 m. w. N.

### 2.3 Rangverhältnis der Sicherungsmittel

Nach der vorstehenden Betrachtung ist zu entscheiden, welche der aufgezeigten Sicherungsmittel in der Praxis den Vorzug verdienen: § 35 Abs. 5 S. 3 BauGB gibt bundesrechtlich (BauGB) kein Rangverhältnis vor. Es drängt sich aber die Frage auf, ob nicht die Tatsache, dass der Vollzug der Rückbauverpflichtung eine bauordnungsrechtliche Aufgabe ist, aus den allg.

Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit ein Rangverhältnis der Sicherungsmittel folgern lässt. Nach dem verfassungsrechtlich verankerten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz<sup>42)</sup> ist zu fragen, ob das jeweilige Sicherungsmittel unter den Rahmenbedingungen des konkreten Falls geeignet, erforderlich (notwendig) und verhältnismäßig im engeren Sinne ist.<sup>43)</sup>

Zweifel an der Geeignetheit ergeben sich wie dargelegt bei der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit mangels Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen.

Geeignet, erforderlich und im Regelfall auch verhältnismäßig sind die Baulast und die Sicherungsgrundschuld. Selbst wenn man die dargestellten Zweifel (wegen § 232 Abs. 2 BGB) an der Geeignetheit bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft zurückstellt, ist doch noch einmal darauf hinzuweisen, dass hier aus Gründen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne Bedenken bleiben. Die Baugenehmigungsbehörde ist zumindest verpflichtet, eines der anderen Sicherungsmittel ernsthaft zu prüfen und bei entsprechender Eignung auch zu akzeptieren, wenn es vom Pflichtigen angeboten wird. Davon abgesehen ist die Behörde gehalten, auf eine förmliche Sicherung zu verzichten, wenn nach den Umständen des Einzelfalls ein Sicherungsbedürfnis nicht besteht.<sup>44)</sup> Schließlich kann auch unter den besonderen Umständen des Einzelfalls die (ggf. treuhändlerisch überwachte) Ansammlung von Rückstellungen ein geeignetes Sicherungsmittel für die Rückbauverpflichtung sein<sup>45)</sup>. Nachdem finanzgerichtlich geklärt ist<sup>46)</sup>, dass für verbindlich festgestellte Rückbauverpflichtungen steuerrechtlich wirksam Rückstellungen gebildet werden dürfen, sollte im Rahmen einer Handreichung für die Genehmigungsbehörden auch ein Rückstellungsmodell als ausreichende Sicherung im Sinne von § 35 Abs. 5 S. 3 BauGB anerkannt werden.

---

<sup>42)</sup> vgl. Maurer, Allg. Verwaltungsrecht, 13. Auflage, München 2000, § 4 IV 1 d, RdNr. 28, S. 72 m. w. N.

<sup>43)</sup> vgl. Maurer, Allg. Verwaltungsrecht, 13. Auflage, München 2000, § 10 Ziff. I.4 d, RdNr. 17 / S. 239f:  
(1) Die Maßnahme ist nur *geeignet*, wenn sie den erstrebten Erfolg überhaupt zu erreichen vermag; (2) die geeignete Maßnahme ist nur *notwendig* (*erforderlich*), wenn nicht andere geeignete Mittel zur Verfügung stehen, die den Betroffenen und die Allgemeinheit weniger beeinträchtigen; (3) die notwendige Maßnahme ist nur *verhältnismäßig* i.e.S., wenn sie nicht außer Verhältnis zum erstrebten Erfolg steht.

<sup>44)</sup> vgl. Bay. ObB - StmI, aaO FN 39, Schreiben v. 04.08.05 - Az.: IIB5-4112.79-003/05, S. 3 f

<sup>45)</sup> Näher dazu Porsche - Hammon, aaO FN [ 2 ]

<sup>46)</sup> vgl. FG Rheinland-Pfalz - Urteil v. 13.01.2005 Az. 6 K 1075/01)

### 3.) Zusammenfassung, Fazit

Absicht des Gesetzgebers des § 35 Abs. 5 S. 2 u. 3 BauGB kann es nicht gewesen sein, mit der Wahl des Sicherungsmittels ein Projekt von vorn herein zum Scheitern zu bringen. Dies gilt um so mehr als das neue BauGB (EAG Bau) durch den neuen Planungsgrundsatz — 'Nutzung erneuerbarer Energien' ( § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchst. f BauGB) — auf die Entwicklung der Nutzung auch von Biomasse besonders bedacht nimmt.

Anliegen des Beitrags ist es, auf die praktischen Schwierigkeiten mit der Detailregelung des § 35 Abs. 5 S. 2 u. S. 3 BauGB aufmerksam zu machen und eine Diskussion der derzeitigen Praxis in Genehmigungsbehörden, bei Planern und Biogasanlagenbetreibern anzustoßen, und zwar getreu dem Motto des Arbeitskreises Genehmigung und Genehmigungspraxis im Fachverband Biogas e.V.: "Aus der Praxis für die Praxis!"

Der Autor:

Michael Hammon

Beigeordneter a.D. und

Sprecher des AK Genehmigung &

Genehmigungspraxis im Fachverband Biogas e.V.

MH-P-Consult

Donauschwabenstr. 109

33609 Bielefeld

Tel.: 0521 – 77 25 404

Mobil : 0172 – 7611023

Fax: 0521 – 77 25 405

Mail : [MAGG-Hammon@t-online.de](mailto:MAGG-Hammon@t-online.de)