Langfristige Gülleabnahmeverträge als Voraussetzung für die Zulassung von Tierhaltungsanlagen?

Von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht Prof. Dr. Matthias Dombert, Potsdam

1. Vorbemerkung

Ein Urteil des *OVG Lüneburg* vom 29. 8. 1988 (1) muss in der Praxis der Anlagenzulassung immer wieder als Beleg dafür herhalten, dass die Zulassung von Tierhaltungsanlagen regelmäßig eine langfristig gesicherte Gülleabnahme voraussetzen soll. Nur wer langfristige Abnahmeverträge vorweisen kann, soll die bau- oder immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen erfüllen. Vielfach werden von Behörden Laufzeiten von zwölf oder mehr Jahren gefordert, in Einzelfällen unter Berufung auf „OVG Lüneburg" gar 18 Jahre (!). Derartige Laufzeiten wirksam zu vereinbaren, fällt manchem Antragsteller schwer – welcher Vertragspartner kann schon mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit dem Anlagenbetreiber die Abnahme der Gülle über Dutzende von Jahren garantieren?

Der Hinweis auf „OVG Lüneburg" reicht daher in vielen Genehmigungsverfahren dazu aus, dem jeweiligen Antragsteller genehmigungsrechtliche Probleme zu schaffen. Gelesen haben die Entscheidung des OVG Lüneburg dem äußeren Eindruck nach freilich die wenigsten, gewürdigt – jedenfalls in der veröffentlichten Literatur – kaum einer. Dies ist für die Genehmigungspraxis und die jeweiligen Antragsteller bedauerlich. Denn der Blick in die Entscheidung zeigt, dass das OVG im konkreten Fall die Frage nach langfristigen Gülleabnahmeverträgen gar nicht zu entscheiden brauchte und dementsprechend auch nicht entschieden hat. Allerdings belegen die Hinweise, dass das *OVG Lüneburg* das Ausbringen der Gülle als Voraussetzung für die Annahme einer „ausreichenden Erschließung" begreift und von einer „gesicherten Erschließung" nur sprechen will, wenn diese „auf Dauer zur Verfügung steht" (2).

Was die Dauerhaftigkeit betrifft, nimmt der Senat eine Anleihe bei der Rechtsprechung des *OVG Münster* vor. Das *OVG Münster* hatte in einem – noch älteren – Urteil vom 19. 6. 1970 (3) ausgeführt, dass und unter welchen Voraussetzungen Pachtflächen Grundlage für einen landwirtschaftlichen „Betrieb" im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB sein können. Nur in diesem Zusammenhang fällt das Stichwort „von mindestens 18 Jahren" – und scheint sich genehmigungsrechtlich verselbstständigt zu haben. Dabei sind erhebliche Einwände gegen das Urteil des *OVG Lüneburg* nicht zu übersehen; sie sollen im Folgenden dargestellt werden.

1) 1 A 5/87; BRS 48 Nr. 79.
2) M. w. N. OVG Lüneburg, a. a. O., S. 200.
3) X A 104/69; BRS 23 Nr. 58.

2. Anforderungen an die Erschließung eines Vorhabens – der Erschließungsbegriff

Sollen Tierhaltungsanlagen im Rahmen landwirtschaftlicher Betriebe im Außenbereich errichtet werden, beurteilt sich ihre Zulassung privilegiert nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB; sind sie als Anlagen der Intensivtierhaltung Teil gewerblicher Betriebe, folgt ihre Privilegierung regelmäßig aus § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB. (4) Nach § 35 Abs. 1 BauGB sind die privilegierten Vorhaben nur zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen und wenn die ausreichende Erschließung gesichert ist. § 35 Abs. 1 greift mit dem Begriff der Erschließung einen Rechtsbegriff auf, der mit allen Zulassungstatbeständen des Bauplanungsrechtes eng verbunden ist. Ebenso wie in Gebieten mit qualifizierten Bebauungsplänen setzt auch die Zulässigkeit von Vorhaben in den nach § 34 und § 35 zu beurteilenden Gebieten die gesicherte Erschließung voraus. Der Begriff der Erschließung ist dabei bundesrechtlich nicht in allen Einzelheiten festgelegt (5).

a) Allgemeines zur Erschließung

Was zur Erschließung erforderlich ist, ist vorhabenbezogen zu beurteilen (6). Allgemein fallen unter den Begriff der Erschließung i. S. d. §§ 30 ff. BauGB die Maßnahmen, die erforderlich sind, um Bauland baureif zu machen (7) und so eine geordnete, gefahrlose bauliche Nutzung zu ermöglichen (8). Dafür sind jedenfalls eine Anbindung an die Straße (Zuwegung), die Einrichtungen für die Versorgung mit Strom, Wasser, Gas, ggf. Wärme, Telefon sowie die Leitungen für Elektrizität, Wasser und Abwasser vonnöten (9). Allgemein wird darauf hingewiesen, dass zur Erschließung regelmäßig die verkehrsmäßige Anbindung des Baugrundstückes durch Straßen, Wege und Plätze gehört. Geht es um Vorhaben im Außenbereich, sind an die Erschließung geringere Anforderungen als in Gebieten mit qualifizierten Bebauungsplänen sowie im nicht beplanten Innenbereich zu stellen. Deutlich wird dies etwa an die Anforderungen an die Erschließung im Geltungsbereich von Bebauungsplänen. Dort wird regelmäßig eine dem Bebauungsplan entsprechende Sicherung verlangt (10).

§ 35 Abs. 1 verlangt demgegenüber nur eine *ausreichende* Erschließung (11). Die Anforderungen an die Erschließung im Außenbereich sollen auf Mindestanforderungen reduziert werden, die im Verkehrsbedarf des jeweiligen Vorhabens und einem „außenbereichsmäßigen" Standard entsprechen, also sich konkret nach den Bedürfnissen und Gegebenheiten des Einzelfalles richten (12). Gefordert ist damit lediglich ein Mindestmaß an Zugänglichkeit der Grundstücke für Kraftfahrzeuge, und zwar nicht nur des Nutzers des privilegierten Betriebs, sondern auch von öffentlichen Zwecken dienenden Fahrzeugen, wie Polizei, Feuerwehr oder Rettungswesen. Deutlich wird bereits hieraus, dass es mit dem Begriff der Erschließung stets um eine faktische Anbindung des Bauvorhabens geht: Dementsprechend hat es das *BVerwG* als erforderlich, aber auch ausreichend angesehen, dass erstens die erschlossenen Grundstücke jederzeit mit Kraftfahrzeugen erreichbar sein müssen, die im öffentlichen Interesse, insbesondere zur Gefahrenabwehr im Einsatz sind, zweitens, dass die vorhandenen Wege nicht überlastet werden dürfen und drittens, dass der Verkehr nicht zur Schädigung des Straßenzustandes führen darf (13).

b) Gülleabnahmeverträge als Voraussetzung ausreichender Erschließung?

Ist also davon die Rede, dass die Ver- oder Entsorgung eines Grundstückes zur Erschließung gehört, ist damit stets die leitungsgebundene Ver- oder Entsorgung gemeint. Die rechtliche Sicherung der Gülleentsorgung im Sinne von Abnahmeverträgen zählt nach dieser Rechtsprechung schon nicht zu einer derart zu fordernden Anbindung des Bauvorhabens. Daher geht auch der Hinweis des *OVG Lüneburg (14)* fehl: die ordnungsgemäße Beseitigung von Abwässern und – in der Sprache des *OVG Lüneburg* – „Abfallstoffen" unterfällt nur dann dem Erschließungsbegriff, wenn sie leitungsgebunden entsorgt werden. Sobald die in einem Mastbetrieb anfallende Gülle durch Verbringung von der Anlage auf Ausbringungsflächen entsorgt wird, wird der rechtliche Rahmen der ausreichenden Erschließung im Sinne des § 35 Abs. 1 BauGB verlassen.

Bereits hiernach erübrigt sich die Frage, wie die Laufzeiten solcher Verträge beschaffen sein müssen, die das Ausbringen der Gülle zum Gegenstand haben. Ob sich dies tatsächlich nach den zeitlichen Maßstäben beurteilt, die dann anzuwenden sind, wenn Pachtverträge Grundlage für einen landwirtschaftlichen „Betrieb" im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB sein sollen, ist allerdings zu bezweifeln. Denn das zitierte Erfordernis langfristig ausgerichteter Vertragsgestaltung hängt eng mit der baurechtlichen Privilegierung des landwirtschaftlichen Unternehmens zusammen. Ein landwirtschaftlicher Betrieb setzt außer den Merkmalen der Gewinnerzielungsabsicht, der persönlichen Eignung des Betreibers und eines zur Gewinnerzielung geeigneten Betriebsumfanges und Betriebszuschnitts stets ein auf Dauer angelegtes potentiell für Generationen geschaffenes Unternehmen voraus (15). Unter diesem Nachhaltigkeitsgedanken steht der Schutz des Außenbereiches. Denn er soll grundsätzlich nur einer ernsthaften, in seiner Beständigkeit langfristig ausgerichteten nachhaltigen Betätigung „geopfert" werden (16). Aus diesem Umstand leitet die Rechtsprechung die Forderung ab, dass es geboten sei, „für den Nachweis der Dauerhaftigkeit und Nachhaltigkeit eines solchen Betriebes strenge Maßstäbe anzulegen" (17). Dass selbst Pachtverträge bei längerer Laufzeit, auch bei Laufzeiten von 18 bis 20 Jahren dieser Nachhaltigkeit entgegenstehen können, hat die Rechtsprechung erkannt. Es wird darauf verwiesen, dass Pachtverträge jederzeit im Einvernehmen mit den Verpächtern vorzeitig aufgelöst werden können (18). Um den Schutz des Außenbereiches geht es aber bei der hier interessierenden Problematik nicht. Die Frage, ob ein Anlagenbetreiber hinsichtlich der in seinem Betrieb anfallenden Gülle hinreichende Entsorgungssicherheit bietet, kann auf andere Weise sichergestellt werden.

3. Ordnungsgemäße Gülleabnahme als Genehmigungsvoraussetzung

a) Zur Abfalleigenschaft von Gülle

Steht nach dem vorher Gesagten fest, dass das Erschließungserfordernis in § 35 Abs. 1 BauGB kein tauglicher Anknüpfungspunkt für die Forderung der Entsorgungssicherheit ist, kann gemäß § 6 BImSchG gleichwohl verlangt werden, dass der Anlagenbetreiber den Anforderungen des § 5 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG genügt. Der genannten Vorschrift nach sind Anlagen so zu errichten und zu betreiben, dass Abfälle vermieden, nicht zu vermeidende Abfälle verwertet und nicht zu verwertende Abfälle ohne Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit beseitigt werden. Die aktuelle Fassung der Vorschrift geht mit ihren Vorläuferregelungen auf eine Stellungnahme des Bundesrates (19) zurück, der vorgeschlagen hatte, zur „Sicherstellung der Abfallbeseitigung" eine entsprechende Genehmigungsvoraussetzung in § 6 BImSchG-Entwurf einzufügen (20). Es ist allerdings fraglich, ob tierische Ausscheidungen rechtlich als Abfall zu werten sind, ob damit überhaupt das Immissionsschutzrecht eine Ermächtigungsgrundlage für güllebezogene Nebenbestimmungen darstellt: Zu beachten ist nämlich, dass „tierische Ausscheidungen, Gülle, Jauche, Stallmist ... sowie ähnliche Nebenerzeugnisse

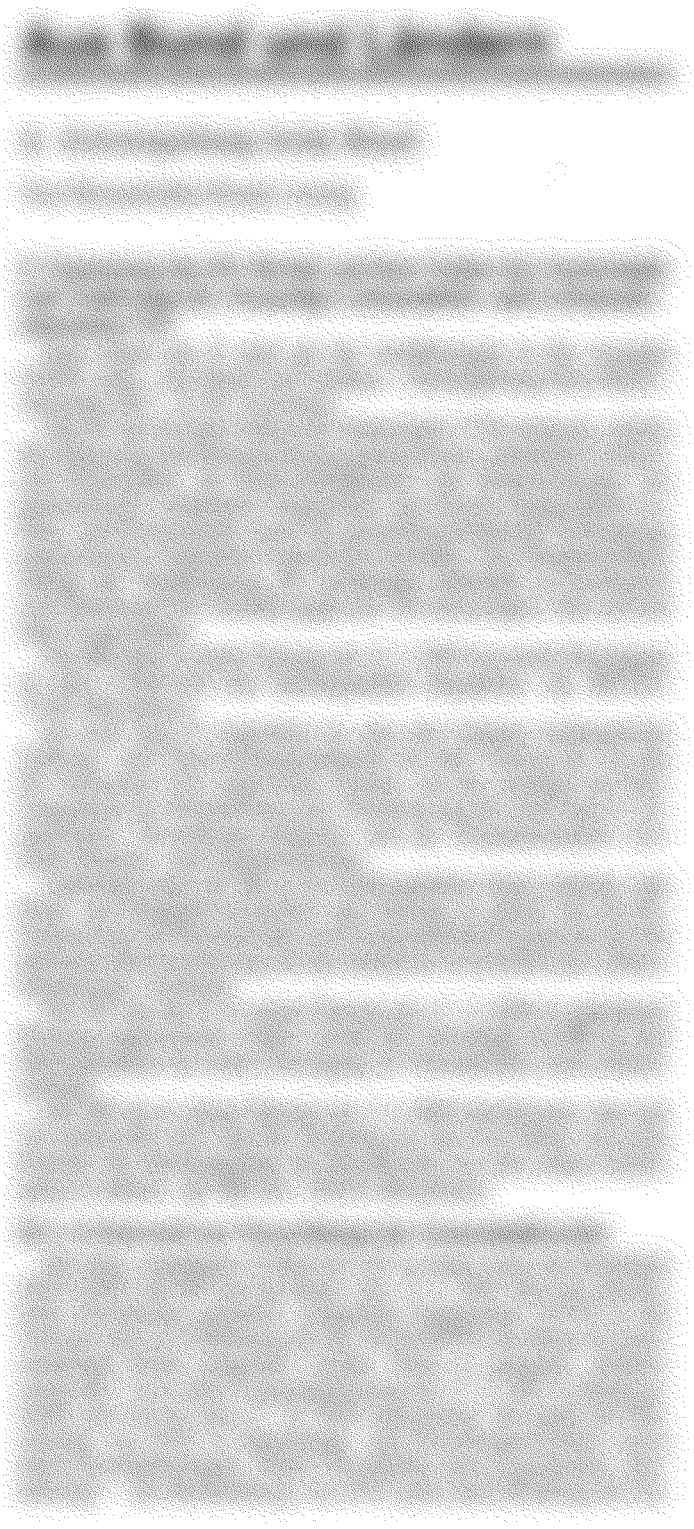
4) Vgl. BVerwG, NVwZ 1984, 169 [Geflügelmaststall mit 180 000 Mastplätzen]; OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2002, 731 [Putenaufzucht und Putenmaststall mit 8 500 Hennenplätzen; OVG Lüneburg NVwZ-RR 2002, 19 [Jungputenaufzucht mit 12 000 Hennen und 15 000 Hähnen]; OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2000, 91 [Hähnchenmaststall mit 39 500 Plätzen]).
5) BVerwG BauR 1996, 363–366; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg BauGB § 30 Rn. 40.
6) BVerwG, a. a. O.; DVBl. 1985, 1986.
7) Schmaltz, a. a. O., § 30 Rn. 19.
8) Koch/Hendler, in: Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht – 3. Auflage, 2001 – § 20, Rn. 14, 15, § 26 Rn. 42.
9) St. vieler Battis/Krautzberger/Löhr BauGB, 6 Aufl., 2001, § 30 Rn. 16; Söfker, a. a. O., § 30, Rn. 42.
10) Zur Abgrenzung Battis/Krautzberger/Löhr, 6. Aufl. 2001, § 35 Rn. 7, Söfker, a. a. O., § 35 Rn. 69.
11) Söfker, a. a. O., § 35 Rn. 69.
12) BVerwG, BRS 44 Nr. 75; NVwZ 1986, 644; Ehebrecht/Stüer, in: Der Außenbereichsschutz in Gesetzgebung und Rechtsprechung, S. 138; Battis/Krautzberger/Löhr, a. a. O., § 35 Rn. 8, Söfker, a. a. O., § 35 Rn. 69.
13) BVerwG, NJW 1976, 1855; in diesem Sinne auch Kuschnerus, Das zulässige Bauvorhaben, 6. Aufl. 2001, Rn. 406 S. 172.
14) BRS 48 Nr. 79, S. 200.
15) So wörtlich VGH Mannheim, BauR 1992, 208–211 = BRS 52 Nr. 73.
16) Dazu BVerwG, BRS 44 Nr. 79; BVerwG Urt. v. 19. 7. 1994 – 4 B 140/94 – zitiert nach Juris CD Rom Verwaltungsrecht; in diesem Sinne auch OVG Schleswig, Urt. v. 27. 4. 1994 1 L 141/92, ebenfalls zitiert nach Juris CD Rom Verwaltungsrecht.
17) So wörtlich VGH Mannheim, a. a. O.
18) VGH Mannheim, a.a.O.
19) BT-Drs. 7/179 S. 52.
20) Zur Entstehungsgeschichte OVG Münster, NVwZ 1987, 146.

aus der landwirtschaftlichen Produktion" dem Anwendungsfall des *DüngeMG* unterfallen. Die genannten Stoffe sind nach § 1 Nr. 2 DüngeMG „Wirtschaftsdünger". Dieser Wirtschaftsdünger ist nach §§ 3 Abs. 3 und 8 Abs. 2 Satz 2 KrW/AbfG allerdings dann kein Abfall, wenn bei Aufbringen das Maß der „guten fachlichen Praxis" nicht überschritten wird (21). Folgerichtig weist die Rechtsprechung darauf hin, dass „bei einem gezielten Einsatz von Gülle als Düngemittel ... weder von abfallrechtlicher Beseitigung noch Verwertung" ausgegangen werden kann (22). Denn jedenfalls dann, wenn eine bestimmungsgemäße Gülle-Verwertung gegeben ist, greifen abfallrechtliche Anforderungen von vornherein nicht ein. Das *OLG Oldenburg* hat zutreffend darauf verwiesen, dass „ bei einem gezielten Einsatz von Gülle als Düngemittel ... weder von abfallrechtlicher Beseitigung noch Verwertung" ausgegangen werden kann (23).

b) Gülleentsorgung als Inhalt von Nebenbestimmungen

Nimmt man überhaupt an, dass der Gülleanfall in der Anlage abfall- oder immissionsschutzrechtliche Relevanz besitzt, ist damit immer noch nicht gesagt, dass der bisher von der Praxis gewählte Weg – nämlich die Sicherstellung durch die Vorlage entsprechend langfristiger Abnahmeverträge nachzuweisen – rechtmäßig ist. Tatsächlich erweist sich die bisherige Verwaltungspraxis als unpraktikabel, zeitaufwendig, lebensfremd und damit unverhältnismäßig. Dem jeweiligen Antragsteller werden Vertraggestaltungen abverlangt, die selbst dann keine rechtliche Sicherheit versprechen, wenn er einen Vertragspartner findet, der die Gülleabnahme über den Zeitraum von zwölf Jahren und mehr verspricht. Gerade die Rechtsprechung hat darauf verwiesen, dass Pachtverträge jederzeit im Einvernehmen mit den Verpächtern vorzeitig aufgelöst werden können (24).

Der Vorlage von Verträgen bedarf es aber zum Nachweise ordnungsgemäßer Gülleverbringung nicht. Denn unproblematisch ist die Sicherstellung ordnungsgemäßer Gülleverbringung mit dem Instrument des § 12 BImSchG möglich. Nach § 12 Abs. 1 BImSchG kann die Genehmigung unter Bedingungen erteilt oder mit Auflagen verbunden werden, soweit dies erforderlich ist, um die Erfüllung der in § 6 genannten Genehmigungsvoraussetzungen sicherzustellen. Einschlägig ist hierbei die auflösende Bedingung. Bei der auflösenden Bedingung erlöschen die Rechtsfolgen der Genehmigung mit dem Eintritt des zukünftigen Ereignisses, an das die Bedingung geknüpft ist; einer besonderen Feststellung des Erlöschens durch Rechtsaktes bedarf es nicht mehr, die Behörde muss nicht mehr tätig werden (25). Auch wenn auflösende Bedingungen als „verhältnismäßig selten" gekennzeichnet werden (26), steht der Handhabung dieses Instrumentes in der Genehmigungspraxis nichts entgegen.

Dabei kann auch nicht darauf verwiesen werden, die Genehmigungsbehörde sei gehindert, dort in eine Bedingung auszuweichen, wo die Ablehnung der Genehmigung geboten ist. Nebenbestimmungen können dort nicht zur Anwendung kommen, wo es nicht darum geht, Genehmigungsvoraussetzungen sicherzustellen, sondern erst zu schaffen. Von der Behörde ist damit eine Prognose gefordert. Sie kann von dem Instrument der Bedingung Gebrauch machen, wenn sie sich zuvor davon überzeugt hat, dass mit dem Eintritt des Ereignisses mit großer Wahrscheinlichkeit nicht gerechnet zu werden braucht: Im konkreten Fall bedeutet dies, dass die Genehmigungsbehörde die Genehmigungserteilung unter die Bedingung einer gewährleisteten Gülleverbringung dann stellen kann, wenn im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung Abnahmeverträge vorliegen, die aller Lebenserfahrung nach für einen realistischen Zeitraum eine ordnungsgemäße Abnahme versprechen. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn – wie in der Praxis häufig – der jeweilige Antragsteller Abnahmeverträge mit einer Laufzeit von fünf oder sechs Jahren vorlegt. Lediglich wenn im Einzelfall Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass eine Gülleverbringung über diesen Zeitraum hinaus nicht in Betracht kommt, kommt aus Behördensicht die Formulierung einer Nebenbestimmung nicht in Betracht. In der Praxis wird man sich einen solchen Fall schwerlich vorstellen können, so dass bei Vorlage von Verträgen mit Laufzeiten der vorstehend genannten Art für die Genehmigungsbehörde der „Weg in die Bedingung" eröffnet ist. Der jeweilige Antragsteller muss sich über die rechtliche Tragweite einer derartigen Genehmigungsgestaltung im Klaren sein. Kann er – beispielsweise nach Ablauf der von ihm vorgelegten Verträge – weitere Gülleabnehmer nicht aufweisen, fehlt es mithin an einer ordnungsgemäßen Gülleverbringung, wirkt sich die Bedingung aus. Bei einer Genehmigungserteilung, die unter der Bedingung fortlaufender ordnungsgemäßer Entsorgung der Gülleabnahme steht, entfällt dann der Genehmigungstatbestand: Eine Rechtsfolge, die dazu führt, dass in der Praxis – wie dargestellt – die auflösende Bedingung als „selten" bezeichnet worden ist, die angesichts der landwirtschaftlichen Genehmigungspraxis vermutlich aber der einzige Ausweg ist, um das Problem der Gülleabnahme als Investitionshindernis aus dem Weg zu räumen.

21) Rossnagel, NuR 1998, 69, 72.
22) OLG Oldenburg NuR 2000, 409 ff.; zum Pferdemist als strafrechtlichem Abfall s. OLG Zweibrücken, MStZ 1991, 336 f.
23) NuR 2000, 409 ff.
24) VGH Mannheim, BauR 1992, 208–211 = BRS 52 Nr. 73.
25) Dazu BVerwG, NJW – RR 1990, 849, 851; Sellner, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht Bd. I, § 12 BImSchG Rn. 45.
26) Sellner, a. a. O., Rn. 47; Jarass, BImSchG, 5. Aufl., 2002, § 12 Rn. 5.