

Rechtsfragen der Errichtung von Freiflächen- und Floating-Photovoltaik-Anlagen zur Eigenversorgung betrieblicher Standorte

Professor Dr. Götz Brückner und Moritz Hermsdorf, Leipzig*

Solarenergie stellt nicht nur einen zentralen Baustein auf dem Weg zu einer nachhaltigen Energieversorgung, sondern in Zeiten steigender Energiepreise auch eine kostengünstige Eigenversorgungsalternative für Unternehmen dar. Dieser Beitrag befasst sich daher mit den planungsrechtlichen Rahmenbedingungen einschließlich ausgewählter Fragen des (Umwelt-)Fachrechts für Freiflächen-Photovoltaikanlagen, die der Eigenversorgung von Betriebsstandorten dienen. Im Kontext des „Osterpaketes“ beleuchtet er außerdem die wesentlichen Anforderungen an schwimmende Photovoltaikanlagen.

I. Hintergrund und tatsächlicher Befund

Der Ausbau der Photovoltaik (PV) als Baustein der Energiewende ist im Jahr 2022 von unterschiedlichen Entwicklungen gekennzeichnet: Die rund 2,2 Mio. Anlagen trugen mit ihrer installierten Gesamtleistung von 59 Gigawatt zuletzt (Stand 1. Halbjahr 2022) etwa 12,1% zur Gesamtstromerzeugung in Deutschland bei.¹ Gleichzeitig liegt der Anteil der Freiflächen-PV, also solcher PV-Anlagen, die „nicht auf, an oder in einem Gebäude oder einer sonstigen baulichen Anlage angebracht ist, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden ist“ (§ 3 Nr. 22 EEG), hieran seit 2012 lediglich zwischen 25% bis 30%.² Dabei sind die Potentiale dieser Art der Energieerzeugung enorm, etwa weil der Flächenverbrauch pro erzeugtem MW kontinuierlich sinkt.³

Dies haben unlängst auch Unternehmen erkannt, die nicht im Energieerzeugungssektor tätig sind. Ihr Fokus liegt nicht auf der Einspeisung von Strom ins allgemeine Versorgungsnetz, sondern auf der netzunabhängigen Deckung des betrieblichen Eigenbedarfs. Der Zubau solcher Eigenverbrauchsanlagen muss sowohl als Mittel zur Erreichung des

Ziels der Bundesregierung, bis 2030 rund 200 Gigawatt elektrischer Energie durch PV bereitzustellen als auch einer Stärkung der dezentralen Versorgung mit erneuerbaren Energien⁴ verstanden werden.

Dennoch gestaltet sich die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit solcher Anlagen für betroffene Unternehmen äußerst kompliziert. Weil der Zubau von Freiflächen-PV-Anlagen in Deutschland bisher faktisch an das Förderregime des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG)

gebunden war – wovon Betreiber von Eigenverbrauchsanlagen allenfalls am Rande profitiert haben –, hat der Gesetzgeber vor allem die Anpassung des Bauplanungsrechts an die aktuellen Bedürfnisse weitgehend vernachlässigt. Mit den als „Osterpaket“ bezeichneten Gesetzesnovellen im Energie- und Umweltrecht ist deshalb zwar eine umfassende Reform des EEG auf den Weg gebracht worden, die Erwartungen, der Gesetzgeber werde auch die bauplanungsrechtlichen Rahmenbedingungen für PV-Anlagen, insbesondere durch einen eigenen Privilegierungstatbestand in § 35 I BauGB reformieren,⁵ haben sich allerdings nicht bestätigt. Unternehmen, welche die Errichtung von Freiflächen-PV-Eigenverbrauchsanlagen anstreben, sind daher weiterhin an die hergebrachten Zulassungsverfahren mit ihren restriktiven materiell-rechtlichen Voraussetzungen gebunden.

Der nachfolgende Beitrag widmet sich deshalb der Frage, welche Zulassungsverfahren (II.) und bauplanungsrechtlichen Rahmenbedingungen (III. und IV.) für eine Verwirklichung von Freiflächen-PV-Anlagen zur betrieblichen Eigenversorgung zu beachten sind. In diesem Zusammenhang betrachtet der Beitrag auch die neu eingeführten speziellen wasserrechtlichen Vorgaben für sog. Floating-PV-Anlagen, also PV-Anlagen, die auf Wasserflächen betrieben werden (V.).

II. Differenzierte Zulassungsregime

Unternehmen, die sich mittels Photovoltaik selbst versorgen möchten, müssen sich zunächst Klarheit über die dafür erforderlichen Zulassungsverfahren verschaffen. Die Bandbreite relevanter Zulassungsverfahren lässt sich im Wesentlichen wie folgt systematisieren:

Freiflächen-PV-Eigenverbrauchsanlagen, die zumindest auch der Versorgung einer immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlage dienen, sind als Nebeneinrichtungen i. S. v. § 1 II Nr. 2 der 4. BImSchV zu qualifizieren, da sie zwar nicht unabdingbar notwendig für den Betrieb der ihnen übergeordneten Hauptnutzung sind, mit dieser aber in funktionalem Zusammenhang stehen. Soweit die Hauptanlage nach § 4 BImSchG i. V. m. der 4. BImSchV genehmigungsbedürftig ist, bedarf es für Errichtung und Betrieb einer solchen PV-Anlage daher regelmäßig der Durchführung eines Änderungsgenehmigungsverfahrens nach § 16 BImSchG.

Ist die Hauptanlage nicht immissionsschutzrechtlich genehmigungspflichtig, ist ihre Zulassung im normalen Baugenehmigungsverfahren durchzuführen. Da das Bauordnungsrecht keine Gesamtanlage kennt, ist für die Errichtung und den Betrieb einer PV-Eigenversorgungsanlage, welche die Hauptnutzung „erweitert“ ein selbstständiges Baugenehmigungsverfahren durchzuführen. Bis zu einer Höhe von 3 m und einer Länge von 9 m sind solche Anlagen zudem regelmäßig verfahrensfrei gestellt (vgl. § 61 I Nr. 3 b) SächsBO, Art. 57 I Nr. 3 a) bb) BayBO, § 62 I Nr 3 b) BauO NRW). Im Übrigen durchläuft das Vorhaben in der Regel das vereinfachte Baugenehmigungsverfahren,⁶ was zu einer Beschleunigung des Genehmigungsprozesses führt.

Darüber hinaus existiert eine ganze Bandbreite von Spezialeinsatzfeldern für Freiflächen-PV-Eigenverbrauchsanlagen, die unterschiedlichen (fachgesetzlichen) Genehmigungsregimen unterliegen. Die Verfasser wollen sich hier auf den ihrer Ansicht nach immer relevanter werdenden Fall der Eigenversorgung von bergbaulichen Betriebsstandorten beschränken. Entsprechende PV-Anlagen werden hier typischerweise auf bereits abgegrabenen Flächen⁷ oder Tagebauseen⁸ errichtet, um keine wertvollen Naturräume in Anspruch zu nehmen, sondern brach liegende, vormals betrieblich genutzte Flächen (sog. Konversionsflächen) einer sinnvollen (Nach-)Nutzung zuzuführen.

Die Genehmigung solcher Vorhaben unterfällt dem Regime des Bundesberggesetzes (BBergG). Aufsuchungs- und Gewinnungsbetriebe sowie Betriebe zur Aufbereitung dürfen gemäß § 51 I 1 BBergG nur aufgrund von Plänen (Betriebsplänen) errichtet, geführt und eingestellt werden, die vom Vorhabenträger aufgestellt und von der zuständigen Behörde zugelassen worden sind. Zum Betrieb gehören nach Satz 2 der Regelung auch die in § 2 I BBergG bezeichneten Tätigkeiten und Einrichtungen. Dies sind das Aufsuchen, Gewinnen und Aufbereiten von Bodenschätzen einschließlich der erforderlichen Nebentätigkeiten, wie etwa Verladen, Befördern, Abladen, Lagern und Ablagern von Bodenschätzen, Nebengestein und sonstigen Massen, soweit es im unmittelbaren betrieblichen Zusammenhang mit dem Aufsuchen, Gewinnen oder Aufbereiten steht und sich nicht aus § 2 IV BBergG etwas anderes ergibt (§ 2 I BBergG). Erfasst ist weiter die Wiedernutzbarmachung und sind schließlich Betriebsanlagen und Betriebseinrichtungen, die überwiegend den Tätigkeiten nach § 2 I Nr. 1 oder Nr. 2 BBergG dienen oder zu dienen bestimmt sind.

Daraus ergibt sich, dass PV-Anlagen, die der Versorgung von Bergbaubetrieben dienen, dem bergrechtlichen Betriebsplanerfordernis unterliegen. Eine solche PV-Anlage dient dann überwiegend den Tätigkeiten nach § 2 I Nr. 1 oder Nr. 2 BBergG, wenn mehr als 50 % der erzeugten Energie durch den Bergbaubetrieb genutzt werden.⁹ Geeignetes Instrument

Brückner/Hermsdorf: Rechtsfragen der Errichtung von Freiflächen- und Floating-Photovoltaik-Anlagen zur Eigenversorgung betrieblicher Standorte (LKV 2022, 433)

435

ist der Sonderbetriebsplan, der für bestimmte Teile des Betriebes oder für bestimmte Vorhaben aufgestellt werden kann (§ 52 II Nr. 2 BBergG).

III. Bauplanungsrechtliche Einordnung

Der Zubau von PV-Freiflächenanlagen unterlag in den letzten Jahrzehnten teils erheblichen politischen Schwankungen. Hintergrund ist die Befürchtung hoher Flächenverbräuche durch die regelmäßig als großflächige Solarparks verwirklichten Vorhaben¹⁰ und die damit verbundenen Akzeptanzprobleme. Infolgedessen ist das bestehende Bauplanungsrecht für Freiflächen-PV-Anlagen sehr restriktiv ausgestaltet. Gesetzgeberisch gewollt sind vornehmlich solche Anlagen, die als Nebenanlagen in, an und auf Gebäuden errichtet werden.¹¹

1. Freiflächen-Photovoltaik im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB)

Der Zubau von Freiflächen-PV-Anlagen soll nach dem gesetzgeberischen Leitbild regelmäßig im Innenbereich stattfinden.¹² Dieser Gedanke steht aber im Spannungsverhältnis mit den entsprechenden bauplanungsrechtlichen Vorgaben.

Nach § 34 I BauGB kommt es für die Zulässigkeit eines Vorhabens im Innenbereich darauf an, dass es sich vor allem im Hinblick auf die Art der baulichen Nutzung in die nähere Umgebung einfügt. Dies setzt zunächst eine Betrachtung bestehender Nutzungen im Vergleichsraum voraus.¹³ Für Freiflächen-PV-Anlagen liegen im unbeplanten Innenbereich regelmäßig aber keine Referenzanlagen vor. Zwar lässt sich hieraus noch nicht pauschal schließen, dass das Vorhaben im Innenbereich unzulässig wäre; hierzu bedarf es weiter der Feststellung, dass es prinzipiell geeignet ist, erhebliche bodenrechtliche Spannungen im Bezugsgebiet zu erzeugen.¹⁴ Ob Freiflächen-PV-Anlagen solche Konflikte erzeugen, ist aber einzelfallabhängig. Es ergibt sich daher aus der Rechtsprechung kein einheitliches Bild.¹⁵ Die Verwaltungspraxis tendiert eher dazu, Freiflächen-PV-Anlagen im Innenbereich restriktiv zu behandeln.¹⁶ Letztlich werden im Hinblick auf Belange des Ortsbildes (§ 1 VI Nr. 5 BauGB) und der Emissionsvermeidung (§ 1 VI Nr. 7 e) BauGB) vor allem Größe und technisch bedingte Emissionen, insbesondere die immer wieder zum Gegenstand von Klagen gemachten Reflexionseffekte von Solarpaneelen ausschlaggebend sein.

Etwas anders gestaltet sich die Situation in Bereichen, die der Typik eines der Baugebiete der BauNVO entsprechen, ohne als solches bauleitplanerisch ausgewiesen zu sein (sog. faktische Baugebiete, § 34 II BauGB). Marktorientierte PV-Anlagen sind als Gewerbebetriebe, insbesondere in sich als Dorf-, Misch-, Gewerbe- und Industriegebiete darstellenden Baugebieten zulässig.¹⁷ Da der „Gewerbe“-Begriff der BauNVO an den der GewO angelehnt ist,¹⁸ darf allerdings bezweifelt werden, ob reine Eigenversorgungsanlagen, deren Betrieb nicht (primär) auf Gewinnerzielung gerichtet ist insoweit zur zulässigen Gebietsnutzung gehören.¹⁹ Dann jedenfalls stellen sie aber Nebenanlagen nach § 14 I 1 BauNVO dar. Dabei wird die notwendige Unterordnung regelmäßig anzunehmen sein, weil die optische Wirkung von Freiflächen-PV-Anlagen, auf welche die Rechtsprechung maßgeblich abstellt,²⁰ aufgrund der geringen Höhe und bei Eigenversorgungsanlagen auch dem vergleichsweise geringen Flächenverbrauch eine funktionelle Gleichwertigkeit zur Hauptnutzung ausschließen wird. Soweit Freiflächen-PV-Anlagen, deren Zweck die Einspeisung ins öffentliche Netz ist, in den benannten Baugebieten zulässig sind, bestehen auch keine Bedenken gegen Eigenversorgungsanlagen im Hinblick auf die jeweiligen Gebietseigenarten.

Im Innenbereich mit hohem Entwicklungspotenzial bietet sich die Errichtung einer Freiflächen-PV-Anlage häufig aber schon deswegen nicht an, weil Folgevorhaben, die zu einer Verschattung der PV-Anlage führen, nach der Rechtsprechung ohne Verstoß gegen

das Rücksichtnahmegebot zulässig sind,²¹ jedenfalls solange die bauordnungsrechtlichen Abstandsflächen eingehalten werden.²²

2. Keine (Voll-)Privilegierung von Freiflächen-Photovoltaik im Außenbereich (§ 35 I BauGB)

Zwar hat der Gesetzgeber, wie eingangs bereits angedeutet, die Freiflächen-PV mit dem Osterpaket im Hinblick auf das EEG-Förderregime gestärkt. Nach wie vor fehlt es aber an einem, mit den Zielen des EEG korrespondierenden bauplanungsrechtlichen Zulassungsregime. Der Privilegierungskatalog des § 35 I BauGB enthält, anders als für die Nutzung von Wind- oder Wasserenergie (vgl. § 35 I Nr. 5 BauGB), mit § 35 I Nr. 8 BauGB lediglich einen Privilegierungstatbestand, der die Nutzung solarer Strahlungsenergie direkt adressiert. Dem gesetzgeberischen Willen entsprechend privilegiert dieser die Photovoltaik aber nur, soweit sie als untergeordnete Nebenanlage in, an oder auf Gebäuden errichtet wird, nicht also Freiflächen-PV-Anlagen.

a) Ortsgebundener öffentlicher Versorgungsbetrieb (§ 35 I Nr. 3 BauGB)

Vielfach wurde deshalb versucht, die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Freiflächen-PV-Anlagen im Außenbereich auf § 35 I Nr. 3 BauGB zu stützen. Der Eindruck, es handle sich hierbei um eine Art Generalklausel für die Errichtung jeglicher Anlagen, die „der öffentlichen Versorgung mit Elektrizität [...] dien[en]“ trägt aber, denn die Rechtsprechung erstreckt das Tatbestandsmerkmal der „Ortsgebun-

Brückner/Hermsdorf: Rechtsfragen der Errichtung von Freiflächen- und Floating-Photovoltaik-Anlagen zur Eigenversorgung betrieblicher Standorte(LKV 2022, 433)

436

denheit“ nicht nur auf „andere gewerbliche Betriebe“ i. S. d. § 35 I Nr. 3 BauGB, sondern auch auf die aufgezählten Versorgungsanlagen.²³

Ortsgebunden ist eine Versorgungsanlage demgemäß dann, wenn sie ihrem Wesen und Gegenstand nach ausschließlich auf die geografischen und geologischen Eigenarten eines bestimmten Ortes angewiesen ist.²⁴ Ist es daher möglich, die Versorgungsanlage an jedem beliebigen Standort im Außenbereich zu errichten und wird ein konkreter Standort nur der besseren äußeren Bedingungen als an anderen Standorten wegen gewählt, ist ein Vorhaben gerade nicht ortsgebunden i. S. d. § 35 I Nr. 3 BauGB. Diese speziellen Standortauswahlkriterien haben ausschließlich Wirtschaftlichkeitserwägungen zum Hintergrund und sind daher unbeachtlich.²⁵

Die Privilegierung scheitert im Ergebnis also an einer unnötig restriktiven Auslegung des Privilegierungstatbestandes. Abgesehen davon, dass der Wortlaut des § 35 I Nr. 3 BauGB klar zwischen Versorgungsanlagen und ortsgebundenen gewerblichen Betrieben unterscheidet, muss sich die Rechtsprechung auch die Frage entgegenhalten lassen, welche Energieerzeugungsanlagen angesichts der umfassenden Sondertatbestände (§ 35 I Nrn. 5, 6 und 7 BauGB) dann überhaupt unter die Privilegierung fallen sollen. Denkbar sind insofern faktisch nur solche Freiflächen-PV-Anlagen, die, ohne selbst privilegiert zu sein, als

dienende Anlage an der Privilegierung des Hauptbetriebs nach § 35 I Nr. 3 BauGB teilnehmen.²⁶ Angesichts der Anforderungen, die § 35 I Nr. 3 BauGB an die Hauptanlage stellt, ist dies nur denkbar für PV-Anlagen, die einem bergbaulichen Betrieb dienen.

Dieses Ergebnis ist umso unbefriedigender, als die Frage nach der Privilegierung von Eigenversorgungsanlagen unter § 35 I Nr. 3 BauGB durch die Rechtsprechung bereits entschieden ist. Für das Merkmal der „öffentlichen Versorgung“ soll es demnach nicht nötig sein, dass eine Versorgung Dritter alleiniges oder wenigstens primäres Ziel der Errichtung und des Betriebes einer Versorgungsanlage ist.²⁷ Eine entsprechende Überschussproduktion – die bei Eigenversorgungsanlagen schon wegen der zumindest teilweisen Möglichkeit stattfinden wird, in den Genuss der EEG-Förderung zu kommen – die geeignet ist elektrische Energie für die allgemeine Versorgung bereitzustellen soll genügen.²⁸

b) Anlagen mit spezifischer Außenbereichspräferenz (§ 35 I Nr. 4 BauGB)

Ebenfalls nicht zu einer Privilegierung von Freiflächen-PV-Anlagen führt der Tatbestand des § 35 I Nr. 4 BauGB, der Vorhaben erfasst, die wegen ihrer besonderen Anforderungen an die Umgebung, ihrer nachteiligen Wirkung auf die Umgebung oder ihrer besonderen Zweckbestimmung nur im Außenbereich ausgeführt werden sollen. Die Norm stellt einen Auffangtatbestand für nicht bereits nach § 35 I Nrn. 1-3 und 5-8 BauGB privilegierte Vorhaben dar, die wegen ihres spezifischen Zwecks aber dennoch nur im Außenbereich verwirklicht werden sollen.²⁹

Diese sog. „Außenbereichspräferenz“ ergibt sich zunächst aus den tatbestandlich umschriebenen umgebungsbezogenen Merkmalen. Insofern dürften gegen Freiflächen-PV-Anlagen wenig Bedenken bestehen: Die anlagenspezifischen Größenverhältnisse, der hiermit verbundene Verbrauch von wertvollem Bauland im Innenbereich und die konkreten Anlagenemissionen, insbesondere Reflexionswirkungen³⁰ können jedenfalls als nachteilige Wirkungen an die Umgebung verstanden werden.

Eine solch uferlose Privilegierung im Außenbereich widerspricht aber dem gesetzgeberisch gewollten Außenbereichs schutz. Es muss sich daher zudem bei wertender Betrachtung ergeben, dass das genehmigungs gegenständliche Vorhaben gerade im Außenbereich verwirklicht werden soll.³¹ Der Grundsatz, wonach der Außenbereich von Bebauung freizuhalten ist, bedingt, dass § 35 I Nr. 4 BauGB einem Vorhaben nur dann zugutekommen kann, wenn es einen derartigen Einzelfallcharakter hat, dass vernünftigerweise eine vorgreifliche planerische Standortfestlegung nicht erwartet werden kann.³²

Ob nach einer solch wertenden Betrachtung für Freiflächen-PV-Anlagen der Einzelfallcharakter regelmäßig zu verneinen ist, ist umstritten. Generalisierende Aussagen hierzu verbieten sich.³³ Die Gerichte lehnen eine spezifische Außenbereichsbindung von Freiflächen-PV-Anlagen unter Verweis auf die Möglichkeit, nach § 11 II BauNVO Sondergebiete für die Nutzung solarer Strahlungsenergie festzusetzen, überwiegend ab.³⁴

Auch die spezifische Konstellation einer Eigenversorgungsanlage dürfte im Regelfall nicht zu einer anderen Bewertung führen. Die Tatsache, dass solche Anlagen an den Betrieb einer Hauptanlage gebunden sind, ist für die Privilegierung irrelevant, weil ihr Bezugspunkt nicht der Außenbereich, sondern eine Vornutzung ist.

Zudem werden nach der Rechtsprechung von § 35 I Nr. 4 BauGB ohnehin nur solche Anlagen privilegiert, deren Errichtung und Betrieb im allgemeinen Interesse liegt, wenngleich auch überwiegend privatnützige Vorhaben diesem Interesse dienen können.³⁵ Die Rechtsprechung geht aber davon aus, dass insbesondere aus dem energierechtlichen Normbestand nicht abzuleiten ist, dass der Gesetzgeber

Brückner/Hermsdorf: Rechtsfragen der Errichtung von Freiflächen- und Floating-Photovoltaik-Anlagen zur Eigenversorgung betrieblicher Standorte (LKV 2022, 433)

437

Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien als im allgemeinen Interesse planungsrechtlich privilegieren wolle.³⁶

Hieran dürfte sich auch mit den Änderungen des EEG im Rahmen des Osterpaketes nichts geändert haben. Zwar hat der Gesetzgeber nunmehr mit § 2 S. 1 EEG-2023 die Errichtung und Betrieb von Anlagen zur Nutzung Erneuerbarer Energien ins überragende öffentliche Interesse gestellt und zugleich darauf hingewiesen, hierunter auch

Eigenversorgungsanlagen zu verstehen.³⁷ Gleichfalls fehlt es nach wie vor am baurechtlichen Bezug dieser Norm. Aus § 2 S. 2 EEG-2023, wonach Erneuerbare Energien einen vorrangigen Belang bei Schutzgüterabwägungen darstellen, wird deutlich, dass er Errichtung und Betrieb von entsprechenden Anlagen nicht die Verbindlichkeit einer Privilegierungsentscheidung einräumt. Wäre der Gesetzgeber von seiner Auffassung, Freiflächen-PV-Anlagen ausschließlich im Innenbereich zu verwirklichen abgerückt, hätte er gleichfalls das Förderregime des § 37 I EEG-2023 von der Notwendigkeit einer Bauleitplanung entkoppeln müssen.

c) Regelfall: sonstige Anlagen (§ 35 II BauGB)

Nach alledem sind Freiflächen-PV-Anlagen also im Regelfall als sonstige Anlagen i. S. d. § 35 II BauGB zu behandeln. Als solche unterliegen sie strengerem bauplanungsrechtlichen Zulassungsanforderungen, weil ihnen – anders als den privilegierten Vorhaben – öffentliche Belange bereits dann entgegengehalten werden können, soweit diese beeinträchtigt sind. Insoweit handelt es sich um ein Weniger im Vergleich zu dem „Entgegenstehens“-Erfordernis des § 35 I BauGB, denn eine Beeinträchtigung führt bei sonstigen Vorhaben ohne weitere Abwägung, insbesondere nicht zwischen dem mit der Vorhabenverwirklichung ggf. verfolgten besonderen öffentlichen Interessen und den öffentlichen Belangen³⁸ zur Unzulässigkeit. Auch die bereits erörterten Wertungen der Neuregelung des § 2 S. 1 EEG-2023 vermögen hieran nichts zu ändern, da ihr Charakter als abwägungsrelevanter Belang zugunsten der PV-Nutzung keinen Einfluss auf das „Beeinträchtigens“-Erfordernis nimmt.

Als öffentliche Belange sind nicht nur die in § 35 III BauGB aufgeführten Gesichtspunkte zu verstehen, sondern insbesondere auch die durch § 1 VI BauGB formulierten Belange, soweit sie für den Außenbereichsschutz von Bedeutung sind.³⁹ Weil die in § 35 III BauGB vertypen Belange aber die höchste Relevanz besitzen, sollen sich die nachfolgenden Ausführungen (IV.) hierauf beschränken.

d) Alternative: Bauleitplanung

Die dargestellten Probleme begründen die in der Praxis regelmäßig anzutreffende Auffassung, Freiflächen-PV-Anlagen seien ausschließlich aufgrund einer Bebauungsplanung planungsrechtlich zulässig.⁴⁰ Die Planungsträger können hierfür insbesondere Sondergebiete „Erneuerbare Energien“ (§ 11 II 2 BauNVO) festsetzen. Eine Planungspflicht wird sich hieraus gleichfalls nicht ergeben, weil gerade die Errichtung einer rein privatnützigen PV-Eigenversorgungsanlage keinen hinreichend qualifizierten städtebaulichen Grund von besonderem Gewicht darstellen wird.⁴¹

Mehr noch wird teilweise angenommen, wegen des Erforderlichkeitsgebots (§ 1 III 1, 1. Halbs. BauGB) sei der Erlass solcher Bebauungspläne unzulässig, weil die Bauleitplanung wettbewerblich neutral sein müsse und daher nicht einseitig Marktteilnehmer begünstigen dürfe.⁴² Zwar kann eine solche Begünstigung bei Eigenversorgungsanlagen vorliegen, etwa weil sich der Betrieb hierdurch der Energiekostenposition weitgehend entledigt. Angesichts der Schutzrichtung des Bauplanungsrechts kann eine solche unzulässige Begünstigung aber nur dann vorliegen, wenn eine bestehende bodenrechtliche Konkurrenzsituation zugunsten eines der Beteiligten durch Planung aufgehoben wird. Das Institut des vorhabenbezogenen Bebauungsplans verdeutlicht, dass städtebauliche Planung durchaus einen konkreten Einzelfall zum Gegenstand haben kann.

3. Teilprivilegierung nach § 35 IV 1 Nr. 6 BauGB

Sind Freiflächen-PV-Anlagen im Außenbereich als sonstige Anlagen zu beurteilen, kommt unter bestimmten Umständen eine Erleichterung der planungsrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen durch Teilprivilegierung nach § 35 IV BauGB in Betracht.⁴³ Teilprivilegierung bedeutet, dass dem Vorhaben bestimmte öffentliche Belange aus § 35 III 1 BauGB, namentlich Darstellungen des Flächennutzungsplans, eines Landschaftsplans, Beeinträchtigungen der natürlichen Eigenart der Landschaft oder die Befürchtung der Entstehung, Verfestigung oder Erweiterung einer Splittersiedlung, nicht mehr entgegengehalten werden können.

Für PV-Eigenversorgungsanlagen ist insbesondere die Teilprivilegierung für bauliche Erweiterung eines zulässigerweise errichteten gewerblichen Betriebs nach § 35 IV Nr. 6 BauGB relevant. Diese setzt einen funktional-räumlichen Bezug zwischen Erweiterungsvorhaben und Hauptnutzung voraus.⁴⁴ Funktional sind Eigenversorgungsanlagen also ohne Weiteres teilprivilegierungsfähig. In räumlicher Hinsicht sind jedoch solche Anlagen ausgeschlossen, die auf Betriebsgrundstücken

errichtet werden, welche von der eigentlichen Betriebsstätte entfernt liegen.⁴⁵ Dies kann insbesondere für Freiflächen-PV-Anlagen problematisch sein, die auf nicht mehr betrieblich genutzten Bergbauflächen errichtet werden,

Brückner/Hermsdorf: Rechtsfragen der Errichtung von Freiflächen- und Floating-Photovoltaik-Anlagen zur Eigenversorgung betrieblicher Standorte(LKV 2022, 433)	438
---	-----

welche nicht unmittelbar an aktiv genutzte Flächen angrenzen. Da bergbauliche Vorhaben aber typischerweise besonders großflächig sind, ist ein strenger Betrachtungsmaßstab nicht angezeigt.

Voraussetzung für die Teilprivilegierung ist, dass die Erweiterung im Verhältnis zum vorhandenen Gebäude und Betrieb angemessen ist. Wirtschaftliche Erwägungen sind hierfür irrelevant; erforderlich ist vielmehr eine Abwägung hinsichtlich der Frage, ob die Erweiterung in Relation zur Hauptnutzung unverhältnismäßig erscheint und den Außenbereich zusätzlich erheblich beeinträchtigt.⁴⁶ Wesentliches Indiz ist ihr flächenmäßiges Verhältnis zueinander, auch unter Berücksichtigung nicht mehr betrieblich genutzter Flächen.⁴⁷ Regelmäßig werden Erweiterungen, die nicht mehr als 20% bis 25% des betrieblichen Bestands umfassen, für angemessen gehalten.⁴⁸ Solange diese auf nachträglich eingetretene konkrete Erfordernisse reagieren, bleiben hierbei auch vorherige Erweiterungen außer Betracht.⁴⁹ Weil § 35 IV 1 Nr. 6 BauGB einen Bezug zum Hauptbetrieb voraussetzt, werden diese Erfordernisse vor allem aus betrieblichen Erwägungen zu resultieren haben.

IV. Bauplanungsrechtliche Anforderungen im Außenbereich, einschließlich fachrechtlicher Vorgaben, insbesondere des Naturschutzrechts

Soweit Freiflächen-PV-Eigenversorgungsanlagen im Außenbereich also nicht privilegiert sind, dürfen sie nach § 35 II BauGB insbesondere die Belange des § 35 III BauGB nicht beeinträchtigen. Ob solche Beeinträchtigungen vorliegen, ist zwar einzelfallabhängig, wird aber verbreitet als Regelfall unterstellt.⁵⁰

1. Darstellungen des Flächennutzungsplans

Darstellungen eines Flächennutzungsplans spielen in der Praxis nur eine untergeordnete Rolle. Dies liegt zum einen daran, dass seine Darstellungen teilprivilegierten Vorhaben nicht entgegengehalten werden können (§ 35 IV 1 BauGB). Zum anderen sind die darstellerischen Möglichkeiten, mit denen direkter Einfluss auf die Zulässigkeit von Freiflächen-PV-Anlagen genommen werden kann begrenzt.

Liegt dennoch eine solche Darstellung vor und hält sie sich insbesondere im Rahmen einer ordnungsgemäßen Abwägung (§ 1 VII BauGB), entfaltet sie zugleich nur dann die Wirkung eines beeinträchtigten Belangs, wenn mit ihr in qualifizierter Weise einer bestimmten Nutzung ein konkreter Standort im Außenbereich zugewiesen wird und das zulassungsbedürftige Vorhaben diese Standortzuweisung infrage stellt.⁵¹ Hintergrund ist die mit § 35 I BauGB verbundene Zuweisung bestimmter Nutzungen zum Außenbereich.

Diese planähnliche Bestimmung würde umgangen, wenn die Gemeinden durch jedwede Planungsentscheidung einen relevanten beeinträchtigten Belang aufstellen könnte. Darstellungen können demnach Vorhaben nur insoweit entgegengehalten werden, wie sie die mit der Außenbereichsprivilegierung vom Gesetzgeber nicht antizipierte konkrete Standortentscheidung betreffen.

Dies wirft aber die Frage auf, ob auch auf sonstige Vorhaben (§ 35 II BauGB) dieser Maßstab anzulegen ist, die der Gesetzgeber im Außenbereich gerade nicht privilegiert. Die Rechtsprechung nimmt eine Übertragung der genannten Grundsätze weitgehend kritiklos an.⁵² Dies ist im Ergebnis konsequent, denn die Frage, ob eine Darstellung eine konkrete Standortzuweisung enthält, ist die, der nachvollziehenden Abwägung im Rahmen des § 35 I BauGB bzw. der Bewertung des § 35 II BauGB abstrakt vorgeschaltete Frage, ob eine Darstellung ihrem Inhalt nach geeignet ist, durch ein Vorhaben überhaupt infrage gestellt werden zu können.

Als Darstellungen mit konkreter Standortentscheidung kommen daher regelmäßig in Betracht: Sukzessionsflächen,⁵³ Vorrangflächen für Kompensationsmaßnahmen nach § 15 II 2 BNatSchG⁵⁴ oder Grünflächen,⁵⁵ nicht aber die häufig dargestellten Flächen für landwirtschaftliche Nutzung, weil diese nur die allgemeine Außenbereichsbestimmung wiedergeben.⁵⁶

2. Darstellungen eines Landschaftsplans

Zielsetzung der Landschaftsplanung ist gemäß § 8 BNatSchG die Konkretisierung der Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege als Grundlage vorsorgenden Handelns sowie die Darstellung und Begründung der Erfordernisse und Maßnahmen zur Verwirklichung dieser Ziele. Erforderlich sind hinreichend bestimmte Darstellungen, die die Aufgaben der Landschaftsplanung nach § 9 BNatSchG betreffen. Zentrales Element der Landschaftsplanung ist die Festlegung von geschützten Landschaftsbestandteilen im Sinne von § 29 BNatSchG und von Verboten im Bereich der Schutzgegenstände. Dies kann etwa auch das Verbot der Errichtung baulicher Anlagen beinhalten. Von diesen Verboten kann der Landschaftsplan Ausnahmen vorsehen und können regelmäßig Befreiungen nach Maßgabe von § 67 BNatSchG erfolgen.

3. Schädliche Umwelteinwirkungen

Von besonderer Bedeutung für die Errichtung von Freiflächen-PV-Anlagen sind die von ihnen erzeugten Wechselwirkungen mit der Umwelt. Nach § 35 III 1 Nr. 3 BauGB stehen einem Vorhaben öffentliche Belange nämlich insbesondere dann entgegen, wenn sie schädliche Umwelteinwirkungen hervorrufen kann. Hierunter sind alle Immissionen zu fassen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder Nachbarschaft herbeizuführen (§ 3 I

BlmSchG). Regelmäßig werden sich die relevanten Einwirkungen auf die Immissionsarten Licht, Wärme und Strahlen beschränken.

Der in diesem Zusammenhang am häufigsten vorgebrachte Einwand bezieht sich auf die mögliche Blendwirkung von PV-Paneelen. Diese wird im Wesentlichen durch die Reflexion von Sonnenlicht an der Solarzelle und/oder dem darüberliegenden Schutzglas verursacht. Bei der Bewertung, ob sie die Schwelle zur erheblichen Belästigung überschreitet, greift die Verwaltung regelmäßig auf die Hinweise der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz (LAI)⁵⁷ zurück, die teilweise in Verwaltungsvorschriften überführt wurden.⁵⁸ Maßgeblich für die Beurteilung ist danach die Blenddauer am konkreten Immissionsmesspunkt.⁵⁹

Weder die LAI-Hinweise, noch die entsprechenden Verwaltungsvorschriften berücksichtigen aber die verschiedenen Schutzansprüche unterschiedlicher Gebietsnutzungen, die konkrete örtliche Situation und die Tatsache, dass physiologische (also objektiv sehvermögensmindernde) und psychologische (also ein bloßes Störgefühl hervorrufende) Blendwirkung nicht dieselbe Beeinträchtigungsqualität haben.⁶⁰ Anders als der TA Lärm wird ihnen daher zurecht der Charakter einer außenverbindlichen Rechtsnorm abgesprochen.⁶¹ Für die Prüfung schädlicher Umwelteinwirkungen können sie somit nur als Ausgangspunkt einer vertieften Untersuchung herangezogen werden. Zu berücksichtigen ist außerdem, dass Betroffene Blendimmissionen regelmäßig als sozialadäquat hinzunehmen haben, wenn sie selbst zumutbare, also dem Umfang nach geringfügige Abwehrmaßnahmen ergreifen können.⁶² Als schädliche Umwelteinwirkungen werden Blendimmissionen nach alledem daher nur im Ausnahmefall einem Vorhaben entgegenstehen.

4. Unwirtschaftliche Aufwendungen

Keine besondere Bedeutung dürfte der Belang unwirtschaftlicher Aufwendungen für Erschließungsanlagen (§ 35 III 1 Nr. 4 BauGB) haben, da Freiflächen-PV-Eigenversorgungsanlagen i.d.R. auf bereits erschlossenen Betriebsgrundstücken errichtet werden dürften. Sowohl die Besonderheit der Eigenverbrauchsanlage als auch die generell niedrigen infrastrukturellen Ansprüche einer PV-Anlage bedingen es aber zugleich, dass auch in den übrigen Fällen eine finanzielle Mehrbelastung von Gemeinden und Landkreisen im Hinblick auf Bau und Unterhaltung solcher Erschließungsanlagen nur in absoluten Ausnahmefällen die Grenze zur Unwirtschaftlichkeit überschreiten. Im Übrigen könnte sich dann der Vorhabenträger unter Annahmeverpflichtung des jeweiligen Baulastträgers selbst zur Kostenübernahme verpflichten.⁶³

5. Belange des Naturschutzes, der Landschaftspflege, des Bodenschutzes, des Denkmalschutzes sowie Erholungswert der Landschaft und Verunstaltung des Orts- und Landschaftsbildes

Vor allem die Großflächigkeit von Freiflächen-PV-Anlagen bedingt es, ein besonderes Augenmerk auf naturschutzrechtliche Aspekte und Belange des Landschaftsschutzes zu legen.

a) Landschaft und Landschaftsbild

Der Schutz der natürlichen Eigenart der Landschaft erstreckt sich auch darauf, den Außenbereich überhaupt von einer Bebauung freizuhalten, die der Wesensart bzw. Wesensbestimmung der zur Bebauung vorgesehenen Fläche widerspricht. Einen öffentlichen Belang stellt die natürliche Eigenart der Landschaft auch in Bezug auf ihren Erholungswert dar.⁶⁴ Dabei führt die Beeinträchtigung der Funktion des Außenbereichs als Erholungsraum für die Allgemeinheit zur Unzulässigkeit von Vorhaben.⁶⁵ Der Erholungswert der Landschaft ist jedoch bereits durch eine bestehende Vorbelastung durch einen Betriebsstandort und die betriebliche Nutzung von zu beanspruchenden Flächen nicht mehr weiter zu beeinträchtigen, wenn betrieblich genutzte Flächen mit einer PV-Anlage bebaut werden.⁶⁶

Ob eine PV-Anlage das Orts- und Landschaftsbild verunstaltet, ist im Einzelfall zu prüfen. Das setzt voraus, dass sie dem Orts- und Landschaftsbild in ästhetischer Hinsicht grob unangemessen ist und auch von einem für ästhetische Eindrücke offenen Betrachter als belastend empfunden wird. Ob die Schwelle zur Verunstaltung überschritten ist, hängt von den konkreten Umständen der jeweiligen Situation ab. Insbesondere kann eine Landschaft durch technische Einrichtungen und Bauten bereits so vorbelastet sein, dass das Vorhaben sie nicht mehr verunstalten kann.⁶⁷ Die technische Neuartigkeit einer Anlage allein und die dadurch bedingte optische Gewöhnungsbedürftigkeit sind nicht geeignet, das Orts- oder Landschaftsbild zu beeinträchtigen.⁶⁸

b) Naturschutzbelange

Mit dem Verweis auf die Belange des Naturschutzes wird das gesamte materielle Anforderungsprogramm des BNatSchG aktiviert. Als Dauerbrenner mit dem höchsten

Brückner/Hermsdorf: Rechtsfragen der Errichtung von Freiflächen- und Floating-Photovoltaik-Anlagen zur Eigenversorgung betrieblicher Standorte(LKV 2022, 433)	440
---	-----

Konfliktpotential erweisen sich hier – wie bei allen größeren Vorhaben – das Schutzregime des Netzes Natura 2000 und der besondere Artenschutz.

Projekte sind gemäß § 34 I 1 BNatSchG vor ihrer Zulassung oder Durchführung auf ihre Verträglichkeit mit den Erhaltungszielen eines Natura 2000-Gebiets zu überprüfen, wenn sie einzeln oder im Zusammenwirken mit anderen Projekten oder Plänen geeignet sind, das Gebiet erheblich zu beeinträchtigen, und nicht unmittelbar der Verwaltung des Gebiets dienen. Wesentlicher Wirkfaktor von PV-Anlagen ist die Flächeninanspruchnahme innerhalb eines solchen Gebiets mit ihren Wirkungen auf Habitatstrukturen.⁶⁹ Mittelbare Wirkungen, wie Lichtimmissionen und optische Reize dürften geringe Relevanz besitzen, sofern nicht

empfindliche Schutz- und Erhaltungsziele in unmittelbarer Nähe der geplanten Anlage anzutreffen sind.

Zentraler Prüfungspunkt sind die Verbote des besonderen Artenschutzrechts nach § 44 I BNatSchG. Artenschutzrechtlich relevant können hier namentlich im Zusammenhang mit dem Bau der Anlagen das Tötungs- und Zerstörungsverbot werden. Der Betrieb der Anlagen wirft hier deutlich weniger Probleme auf.⁷⁰ Die Prüfung, ob einem Vorhaben artenschutzrechtliche Verbote nach § 44 BNatSchG entgegenstehen, setzt eine ausreichende Ermittlung und Bestandsaufnahme der im Untersuchungsraum vorhandenen Tierarten und ihrer Lebensräume voraus. Ein lückenloses Arteninventar muss hierbei aber nicht aufgestellt werden. Erforderlich, aber auch ausreichend ist – auch nach den Vorgaben des Unionsrechts – eine am Maßstab praktischer Vernunft ausgerichtete Prüfung.⁷¹ Regelmäßig werden zwei Quellen genutzt: die Bestandserfassung vor Ort und die Auswertung bereits vorhandener Kenntnisse und Fachliteratur.⁷²

Der Tatbestand des Tötungsverbots ist mit Blick auf eine nie völlig auszuschließende Gefahr für geschützte Tiere erst dann erfüllt, wenn das Vorhaben dieses Risiko in einer für die betroffene Tierart signifikanten Weise erhöht. Dabei sind Maßnahmen, mittels derer Tötungen so weit vermieden werden können, dass sie innerhalb des Risikobereichs verbleiben, der im Naturraum immer verbunden ist, in die Betrachtung mit einzubeziehen.⁷³ Dieser Signifikanzansatz gilt nicht nur für das betriebsbedingte Risiko, sondern auch für bau- und anlagenbezogene Risiken.⁷⁴ Nach § 44 I Nr. 3 BNatSchG ist es verboten, Fortpflanzungs- oder Ruhestätten der wildlebenden Tiere der besonders geschützten Arten aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören. Der Begriff der „Fortpflanzungsstätte“ ist eng auszulegen.⁷⁵ In zeitlicher Hinsicht betrifft die Verbotsnorm primär die Phase aktueller Nutzung der Lebensstätte. Unter Berücksichtigung des verfolgten Zwecks der Regelung, die Funktion der Lebensstätte für die geschützte Art zu sichern, ist dieser Schutz aber auszudehnen auf Abwesenheitszeiten der sie nutzenden Tiere einer Art, sofern nach deren Lebensgewohnheiten eine regelmäßig wiederkehrende Nutzung zu erwarten ist.⁷⁶ Im Einklang hiermit hat auch der EuGH im Kontext der Auslegung des Art. 12 I d) der Richtlinie 92/43/EWG festgestellt, dass unter den Begriff der Ruhestätten auch solche zu verstehen sind, die nicht mehr von einer nach Anhang 4 a) der Richtlinie geschützten Tierart beansprucht werden. Erforderlich für die Einstufung als Ruhestätte ist aber eine hinreichend hohe Wahrscheinlichkeit, dass die betreffende Art an diese Ruhestätte zurückkehrt.⁷⁷ Im Falle der dauerhaften Aufgabe der Ruhestätte kommt die Verwirklichung des Verbotstatbestands nicht in Betracht. Für das Störungsverbot (§ 44 I Nr. 2 BNatSchG) ist anerkannt, dass Maßnahmen zur Schaffung von Ausweichlebensräumen dem Eintritt des Störungsverbots gemäß § 44 I Nr. 2 BNatSchG entgegenwirken können. Durch vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen (sog. „CEF-

Maßnahmen“) kann zudem der Eintritt des Verbotstatbestandes des § 44 I Nr. 3 BNatSchG regelmäßig vermieden werden.⁷⁸

Nach § 30 I BNatSchG sind bestimmte Teile von Natur und Landschaft, die eine besondere Bedeutung als Biotop haben, gesetzlich geschützt. Handlungen, die zu einer Zerstörung oder einer sonstigen erheblichen Beeinträchtigung gesetzlich geschützter Biotop führen können, sind verboten (§ 30 II BNatSchG). Als Zerstörung ist die physische Beseitigung eines Biotops zu verstehen. Die sonstige erhebliche Beeinträchtigung betrifft Veränderungen, die den Charakter des Biotops zwar nicht grundlegend verändern, jedoch dessen Wert und Eignung als Lebensraum für die ihn betreffenden Lebensgemeinschaften bzw. Tier- und Pflanzenarten mindern. Gemäß § 30 III BNatSchG kann von den Verboten auf Antrag eine Ausnahme zugelassen werden, wenn die Beeinträchtigungen ausgeglichen werden können. Im Übrigen kann gemäß § 67 I BNatSchG von den Ge- und Verboten auf Antrag eine Befreiung gewährt werden, wenn dies aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art notwendig ist oder die Durchführung der Vorschrift im Einzelfall zu einer unzumutbaren Belastung führen würde.

Neben diesen Bereichen ist regelmäßig die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung zu beachten. Gemäß § 14 I BNatSchG sind Eingriffe in Natur und Landschaft Veränderungen der Gestalt oder Nutzung von Grundflächen oder Veränderungen des mit der belebten Bodenschicht in Verbindung stehenden Grundwasserspiegels, welche die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts oder das Landschaftsbild erheblich beeinträchtigen können. Dabei definiert sich die Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts als Wirkgefüge zwischen seinen Elementen Wasser, Boden, Luft, Klima, Tiere und Pflanzen. Eine Flächeninanspruchnahme ist grundsätzlich als ausgleichspflichtiger Eingriff einzustufen. Zu beachten ist aber, dass bei der Nutzung von bereits betrieblich genutzten Flächen regelmäßig kein weitergehen-

Brückner/Hermsdorf: Rechtsfragen der Errichtung von Freiflächen- und Floating-Photovoltaik-Anlagen zur Eigenversorgung betrieblicher Standorte(LKV 2022, 433)	441
---	-----

der Eingriff erfolgt und vielmehr bei einer etwaigen Entsiegelung eine naturschutzfachliche Aufwertung der Flächen möglich ist.⁷⁹

c) Beeinträchtigung der natürlichen Eigenart der Landschaft

Der Belang verfolgt den Zweck, den Außenbereich mit seiner naturgegebenen Bodennutzung für die Allgemeinheit zu erhalten. Der Ansatz ist dabei ein ästhetischer. Es geht um den Schutz einer im Einzelfall schutzwürdigen Landschaft vor ästhetischer Beeinträchtigung.⁸⁰ Mithin sollen nach der Rechtsprechung bauliche Anlagen abgewehrt werden, die der Landschaft wesensfremd sind. Wesensfremd sind alle baulichen Anlagen, die nicht der land- oder forstwirtschaftlichen Bodennutzung oder der allgemeinen Erholung dienen. Eine Beeinträchtigung ist jedoch ausgeschlossen, wenn das Baugrundstück sich

wegen seiner natürlichen Beschaffenheit nicht für die naturgegebene Bodennutzung eignet oder seine Schutzwürdigkeit durch bereits erfolgte anderweitige Eingriffe eingebüßt hat.⁸¹ Letzteres ist regelmäßig der Fall, wenn die gegenständlichen Flächen bereits zum jetzigen Zeitpunkt betrieblich genutzt werden.⁸² Unabhängig davon kann auch insoweit eine schon bestehende Vorbelastung etwa durch den Betriebsstandort, benachbarte Bebauung sowie die Nähe zu vorhandenen Infrastrukturanlagen dazu führen, dass eine schutzwürdige Landschaft in der Zusammenschau der Umstände des Einzelfalls zu verneinen ist. Ebenso in die Betrachtung einzubeziehen sind die geringe bauliche Höhe der Anlagen und deren gegebenenfalls fehlende Sichtbarkeit aufgrund des umliegenden Bewuchses.

d) Insbesondere: Umsetzung in Landschaftsschutzgebieten

Gemäß § 26 II BNatSchG sind in einem Landschaftsschutzgebiet unter Beachtung des § 5 I BNatSchG und nach Maßgabe näherer Bestimmungen alle Handlungen verboten, die den Charakter des Gebietes verändern oder dem besonderen Schutzzweck zuwiderlaufen. Zu prüfen sind die konkreten Verbotstatbestände der Landschaftsschutzgebietsverordnung. Soweit sich aus diesen absolute Bauverbote ergeben, wäre die Umsetzung des Vorhabens grundsätzlich unzulässig. Die Regelungen im Landesrecht beinhalten aber häufig Ausnahmen von Verboten der Landschaftsschutzgebietsverordnungen, etwa für teilprivilegierte Vorhaben nach § 35 IV BauGB.⁸³

Unabhängig davon besteht eine Befreiungsmöglichkeit nach § 67 BNatSchG; auch soweit die Befreiungsmöglichkeit im Landesnaturschutzgesetz nicht separat geregelt wird und landesrechtliche Verbote und Beschränkungen betroffen sind. Zentraler Aspekt hierbei ist, dass das Vorhaben im öffentlichen Interesse liegt. Maßgeblich ist hier zunächst das Interesse an der Sicherstellung der Energieversorgung, die durch das BVerfG als Gemeinwohlaspekt höchsten Ranges mehrfach anerkannt wurde.⁸⁴ Es hat weiterhin anerkannt, dass die ständige Verfügbarkeit ausreichender Energiemengen eine entscheidende Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit der gesamten Wirtschaft darstellt.⁸⁵ Dient die PV-Anlage neben der Standortversorgung in signifikantem Umfang auch dem öffentlichen Interesse an der Sicherstellung der Energieversorgung bezogen auf die Allgemeinheit, weil sie in das öffentliche Netz einspeist, kann auch dieser Belang geltend gemacht werden. Ohnehin hat der Gesetzgeber mit der Neufassung des § 2 EEG-2023 klargestellt, dass ein überragendes öffentliches Interesse an Errichtung und Betrieb von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien besteht und diesem Interesse ein abwägerischer Vorrang eingeräumt ist, der gerade auch Eigenversorgungsanlagen erfassen soll.⁸⁶ Hinzu kommt das betriebliche Vorhaben, dem die PV-Anlage dient. Wenn die zu versorgende Anlage beispielsweise Produkte für den Straßenbau herstellt oder wenn Rohstoffe zur Versorgung des Marktes gewonnen werden (§§ 1, 48 I BBergG) können diese hinter dem zu versorgenden Vorhaben stehenden Belange geltend gemacht werden.

Nicht zuletzt bestätigt sich die Gemeinwohldienlichkeit vor der aktuellen Krisensituation. So fordert der Bundesgesetzgeber zum Entwurf des Gesetzes zur Bereithaltung von Ersatzkraftwerken zur Reduzierung des Gasverbrauchs im Stromsektor im Fall einer drohenden Gasmangellage durch Änderungen des Energiewirtschaftsgesetzes und weiterer energiewirtschaftlicher Vorschriften ausdrücklich, gemeinsam mit den Ländern darauf hinzuwirken, bestehende Spielräume im Genehmigungsrecht zu nutzen, damit alle Potenziale zur Einsparung von Erdgas durch Fuel Switch durch die Nutzung alternativer Energieerzeugungsanlagen gehoben werden können und nicht durch bürokratische Hürden erschwert wird.⁸⁷

Die in § 67 I Nr. 2 BNatSchG angesprochene unzumutbare Belastung kann in dem absehbar realistischen Ausfall der Gasversorgung aufgrund des Ukrainekriegs und der damit zusammenhängenden wirtschaftlichen Sanktionen bestehen. Ein solcher Ausfall der Gasversorgung kann den Stillstand der betrieblichen Produktion zur Folge haben, was wiederum Rückwirkungen auch auf die Arbeitsplätze der am Standort tätigen Beschäftigten und ggf. weitere mittelbar abhängige Arbeitsplätze zur Folge hat.

Dass eine Befreiung entgegen der teilweise anzutreffenden Ansicht erteilt werden kann, verdeutlicht § 26 III BNatSchG in der Fassung des Vierten Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes vom 20.7.2022. Danach wird selbst die Errichtung von deutlich eingriffsintensiveren und optisch störenderen Windenergieanlagen nebst Nebenanlagen in Landschaftsschutzgebieten in bestimmten Bereichen ohne die Inanspruchnahme einer Ausnahme oder Befreiung zulässig.

Brückner/Hermsdorf: Rechtsfragen der Errichtung von Freiflächen- und Floating-Photovoltaik-Anlagen zur Eigenversorgung betrieblicher Standorte(LKV 2022, 433)

442

e) Waldrechtliche Vorgaben

Vorschriften zum Waldabstand (etwa § 24 LWaldG SH) dienen zur Verhütung von Waldbränden und sind auch bei der Errichtung von PV-Anlagen zu beachten. Danach gilt grundsätzlich, dass zur Sicherung der Waldbewirtschaftung und der Walderhaltung, wegen der besonderen Bedeutung von Waldrändern für den Naturschutz sowie zur Sicherung von baulichen Anlagen vor Gefahren durch Windwurf oder Waldbrand Vorhaben im Sinne des § 29 BauGB einen Abstand von 30 m vom Wald einhalten müssen. Unterschreitungen des Abstandes können im Einzelfall zugelassen werden, wenn insbesondere eine Gefährdung für die Schutzgüter nicht zu besorgen ist.

f) Beeinträchtigung von Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur; Gefährdung der Wasserwirtschaft oder des Hochwasserschutzes

Wenig Relevanz dürften Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur (vgl. § 1 I Nrn. 1-7 des Gesetzes über die Gemeinschaftsaufgabe "Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes") als öffentlicher Belang gegen Freiflächen-PV-Anlagen haben. Sie zielen auf die Bildung effektiverer land- und forstwirtschaftlicher Flächenverteilung ab, also

insbesondere durch Flurbereinigung und freiwilligen Landtausch.⁸⁸ Da PV-Eigenversorgungsanlagen üblicherweise auf industriellen bzw. gewerblichen Konversionsflächen errichtet werden, sind entsprechende Beeinträchtigungen von vornherein ausgeschlossen.⁸⁹

In Abhängigkeit vom konkreten Errichtungsstandort der PV-Anlage sind darüber hinaus Auswirkungen auf die Wasserwirtschaft und den Hochwasserschutz zu beachten. Eine Gefährdung der Wasserwirtschaft wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn wegen vom Vorhaben ausgehender schädlicher Verunreinigungen oder sonstigen Veränderungen des Grundwassers eine Gefährdung der Trinkwasserversorgung (insbesondere in Schutzgebieten nach § 51 WHG) zu befürchten ist.⁹⁰ Angesichts der geringen baulichen Eingriffe in den Boden, vor allem die faktisch ohne besondere Fundamente und Tiefe errichteten Trägerkonstruktionen⁹¹ dürften solche Beeinträchtigungen aber regelmäßig ausgeschlossen sein. Einzig die Bodenüberschirmung durch die PV-Paneele kann zu einer Veränderung des Wasserhaushalts führen, auch wenn diese, insbesondere im Vergleich zur außenbereichstypischen Agrarnutzung eher als unerheblich einzustufen sein dürften.⁹²

Ähnlich verhält sich die Errichtung von PV-Anlagen zu Belangen des Hochwasserschutzes. Erfasst sind hiervon insbesondere der Rückhalt von Hochwasser auf Retentionsflächen, die Gewährleistung eines schadlosen Wasserabflusses und die Vorbeugung von Hochwasserschäden.⁹³ Da in Überschwemmungsgebieten die Errichtung von Freiflächen-PV-Anlagen ohnehin ausgeschlossen ist (§ 78 IV 1 WHG) dürfte dieser Belang nur im Ausnahmefall zum Tragen kommen. Andererseits bestehen auch keine Bedenken gegen eine Ausnahme vom Errichtungsverbot nach § 78 V 1 Nr. 1 WHG, denn bei hochaufgeständerten PV-Anlagen, bei denen die geringfügigen Retentionsflächenverluste an anderer Stelle kompensiert werden, dürfte ein Verlust an Retentionsraum ebenso ausgeschlossen sein, wie eine Verhinderung des Wasserrückflusses. Insofern ist lediglich auf eine ausreichende Sicherung der elektrischen Anlagenteile zu achten.

g) Splittersiedlung

Ein Versagungsgrund gemäß § 35 III Nr. 7 BauGB ist für die hier zu betrachtenden PV-Anlagen regelmäßig nicht gegeben. Mit diesem Kriterium soll eine Zersiedelung des Außenbereichs verhindert werden. Maßgeblich ist insoweit, dass eine Splittersiedlung nur dann begründet oder erweitert werden kann, wenn es um eine Ansammlung von baulichen Anlagen geht, die zumindest zum gelegentlichen Aufenthalt von Menschen bestimmt sind. Für technische Anlagen ohne jeden Bezug zum Aufenthalt von Menschen ist das nicht der Fall.⁹⁴ Unabhängig davon ist auch dann keine Erweiterung einer Splittersiedlung gegeben, wenn eine räumliche Erweiterung im Sinne einer zusätzlichen Flächeninanspruchnahme nicht stattfinden wird. Erfolgt die Errichtung einer nicht zum Aufenthalt von Menschen geeigneten PV-Anlage auf bereits betrieblich genutzten Flächen, ist dies der Fall.

h) Ungeschriebener Belang des Planungserfordernisses

In Teilen der Praxis wird die Umsetzung von betrieblich genutzten PV-Anlagen unter dem Gesichtspunkt eines bestehenden Planungserfordernisses als unzulässig betrachtet. Der ungeschriebene öffentliche Belang eines Planungserfordernisses besteht allgemein nur dann, wenn die in § 35 BauGB enthaltenen Vorgaben nicht ausreichen, eine Entscheidung über die Zulässigkeit des beabsichtigten Vorhabens treffen zu können. Mit Blick auf die Situation schon bestehender Betriebsstandorte, deren gesicherte Erschließung und die Tatsache, dass auch keine signifikante Zunahme des Betriebsverkehrs durch PV-Anlagen erfolgen wird, ist ein Planungserfordernis ausgelöst durch solche Anlagen regelmäßig nicht gegeben.⁹⁵

Mitunter wird unter Heranziehung einschlägiger ministerieller Erlasse⁹⁶ ein generelles Planungserfordernis gesehen und behauptet, PV-Anlagen seien im Außenbereich immer nur

Brückner/Hermsdorf: Rechtsfragen der Errichtung von Freiflächen- und Floating-Photovoltaik-Anlagen zur Eigenversorgung betrieblicher Standorte (LKV 2022, 433)

443

aufgrund eines Bebauungsplans umsetzbar. Eine rechtliche Bindung der Bauaufsichtsbehörden an solche Erlasse besteht regelmäßig nicht, da diese informellen „Vorgaben“ sich selbst häufig nur als „Hilfestellung“ für die nachgeordneten Behörden verstehen.⁹⁷ Auch inhaltlich erfolgt regelmäßig nur die bloße Wiedergabe verschiedener fachlicher und rechtlicher Vorgaben für Solar-Freiflächenanlagen. Eine Bindung ist bei einer solchen Ausgangssituation schon nicht beabsichtigt. Eine solche könnte auch unter rechtlichen Gesichtspunkten nicht erzeugt werden. Denn wenn damit lediglich der Standpunkt der verantwortlichen Ministerien zu den einschlägigen rechtlichen Vorgaben referiert wird, handelt es sich allenfalls um eine norminterpretierende Verwaltungsvorschrift, die keine Grundlage für eine mit Außenwirkung versehene Selbstbindung der Verwaltung sein können.⁹⁸

Soweit aus der Existenz eines solchen Erlasses abgeleitet wird, dass damit festgelegt sei, in welchen Fällen die Kommunen bauleitplanerisch tätig werden müssten (Planungserfordernis), verstößt dies gegen die kommunale Selbstverwaltungsgarantie (Planungshoheit) im Sinne von Art. 28 II GG allgemein sowie die daran anknüpfenden tragenden Grundprinzipien des § 1 BauGB, wonach Träger der Bauleitplanung die Gemeinden sind und diese insbesondere über die Erforderlichkeit der Aufstellung eines Bebauungsplans (eigenverantwortlich) entscheiden (§ 1 III 1 BauGB).

i) Raumordnerische Vorgaben (§ 35 III 2 und 3 BauGB)

Die überörtliche Steuerung von Freiflächen-PV-Anlagen erfolgte bisher überwiegend durch das Förderregime des EEG.⁹⁹ Positive, also standortzuweisende Festlegungen waren bisher selten Gegenstand raumordnerischer Regelungen.¹⁰⁰ Ein Grund hierfür ist wohl, dass mangels Privilegierung, Freiflächen-PV-Anlagen der Einwand des Vorliegens einer Konzentrationsfläche nach § 35 III BauGB nicht entgegengehalten werden könnte.¹⁰¹ Weit häufiger sind daher raumordnerische Zielfestlegungen, die Freiflächen-PV-Anlagen in

bestimmten Landschaftsteilen oder Vorranggebieten ausschließen¹⁰² und über § 35 III 2, 1. Halbs. BauGB ein Zulässigkeitshindernis statuieren sollen. Im Hinblick auf den Inhalt solcher Festlegungen kann aber nichts anderes gelten als für Flächennutzungspläne, d. h. das jeweilige Ziel der Raumordnung muss sachlich und räumlich so hinreichend bestimmt sein, dass eindeutig festgestellt werden kann, welche konkreten Maßnahmen mit diesem gesichert werden sollen.¹⁰³

Daneben begegnet die Praxis, Freiflächen-PV-Anlagen in bestimmten Vorranggebieten auszuschließen rechtlichen Bedenken, da mit einem pauschalen Ausschlussstatbestand das Vereinbarkeitserfordernis des § 7 III 2 Nr. 1 ROG bzw. der entsprechenden landesrechtlichen Bestimmungen (etwa Art. 14 II 1 Nr. 1 BayLplG) ausgehebelt wird. Dieses Erfordernis sichert die durch Art. 14 I GG geschützte materielle Baufreiheit, denn da die Vorranggebiets-Regelung eine bestimmten Nutzungsart,¹⁰⁴ nicht aber eine konkrete Anlage absichert, ließe sich ein pauschaler Ausschluss jeder anderen Anlage verfassungsrechtlich wohl nicht rechtfertigen.

V. Sonderfall: Floating-Photovoltaik, insbesondere wasserrechtliche Vorgaben

Wesentliche Änderungen des Rechtsrahmens haben mit dem Osterpaket 2021 die sog. Floating-PV-Anlagen erfahren. Die Potentiale dieser Art der Erzeugung von PV-Energie sind enorm, insbesondere da im Vergleich zu herkömmlichen PV-Anlagen höhere Erzeugungsmengen zu erwarten sind¹⁰⁵ und sie dazu beiträgt den Flächenverbrauch erneuerbarer Energien weiter zu senken. Deswegen erhofft sich auch der Gesetzgeber, insbesondere durch die Novellierung des EEG-Förderregimes künftig einen stärkeren Ausbau.¹⁰⁶

1. Genehmigungsregime

Für die Errichtung von Anlagen auf Oberflächengewässern bedarf es nach Landesrecht regelmäßig einer wasserrechtlichen Genehmigung (vgl. § 26 I SächsWG, § 87 I BbgWG, § 22 I LWG NRW).¹⁰⁷ Diese sind aber entbehrlich, wenn die Anlage bereits durch bergrechtlichen Betriebsplan zugelassen ist (vgl. § 26 X SächsWG, § 87 I 4 BbgWG, § 22 II Nr. 2 LWG NRW, sog. Exemptionsklausel).¹⁰⁸ Soweit eine Floating-PV-Anlage einem Bergbaubetrieb dient, verdrängt damit die rechtliche Betriebsplanzulassung die wasserrechtliche Anlagengenehmigung. Im gestuften Zulassungssystem des Bergrechts bietet sich hierbei die Zulassung eines Sonderbetriebsplans an. Aufgrund der beschränkten Konzentrationswirkung der wasserrechtlichen Genehmigung ist ein gesondertes Baugenehmigungsverfahren nicht durchzuführen (vgl. etwa § 26 VIII i. V. m. § 55 VIII SächsWG). Dies entbindet aber nicht von der Prüfung bauordnungs- und bauplanungsrechtlicher Vorgaben, da Floating-PV-Anlagen schon aufgrund der Abstandsvorgaben des § 36 III WHG-neu mit dem Boden verankert werden müssen, jedenfalls aber überwiegend ortsfest benutzt werden und damit bauliche Anlagen i. S. d. Landesbauordnungen¹⁰⁹ und zugleich Vorhaben i. S. d.

§ 29 I BauGB sind, die insbesondere im Hinblick auf Belange des Umweltschutzes (§ 1 VI Nr. 7 BauGB) bodenrechtliche Relevanz aufweisen.¹¹⁰

Ob darüber hinaus für Floating-PV-Anlagen ein wasserrechtlicher Benutzungstatbestand erfüllt ist, ist bislang ungeklärt. Nach hier vertretener Auffassung ist § 9 I Nr. 4 WHG nicht einschlägig. Denn diese Regelung betrifft mit dem dort genannten Einbringen von Stoffen nur solche Vorgänge bzw. Stoffe, die zur Auflösung oder zu anderer wasserwirtschaftlich erheblicher Verbindung mit dem Wasser eingebracht werden.¹¹¹ Hierunter fällt hingegen nicht das Einbringen von Gegenständen, wie etwa Boten oder eben PV-Anlagen.¹¹² Diese Auslegung entspricht auch der gesetzgeberischen Zielsetzung des § 1 WHG sowie dessen Konkretisierung in § 3 Nr. 10 WHG. Das Vorliegen eines unechten Benutzungstatbestands gemäß § 9 II Nr. 2 WHG ist bezogen auf Floating- PV-Anlagen ebenfalls zu bezweifeln. Denn danach bedarf es einer Eignung, eine nicht nur unerhebliche nachteilige Veränderung der Wasserbeschaffenheit auszulösen. Ungeachtet der Tatsache, dass stoffliche Beeinflussungen durch derartige Anlagen nicht verursacht werden und damit letztlich nur mittelbare Effekte z. B. über eine denkbare Verringerung der Sonneneinstrahlung eine Rolle spielen können, hat der Gesetzgeber mit der Einführung des § 36 III WHG über die dortigen Größenvorgaben eine grundsätzliche Regelung geschaffen, bei deren Einhaltung davon auszugehen ist, dass schädliche Gewässerveränderungen gerade nicht entstehen (dazu sogleich).

2. Größenvorgaben des § 36 III WHG-neu

Mit § 36 III WHG-neu hat der Gesetzgeber erstmals die wasserrechtlichen Rahmenbedingungen für Floating-PV konkretisiert, gleichfalls aber auch eingeschränkt. Dies hat erhebliche Kritik, vor allem vonseiten der Solarbranche hervorgerufen.¹¹³ Der Gesetzgeber stützt die Beschränkungen auf die Erwägung, dass Umweltbeeinträchtigungen von Floating-PV-Anlagen noch nicht ausreichend erforscht seien,¹¹⁴ was angesichts der Vielzahl entsprechender Studien befremdlich erscheint.¹¹⁵

Zulässig ist künftig die Errichtung von Floating-PV ausschließlich auf von Menschen geschaffenen (künstliche Gewässer, § 3 Nr. 4 WHG) oder in ihrem Wesen physikalisch erheblich veränderte oberirdische Gewässer oder Küstengewässer (wesentlich veränderte Gewässer, § 3 Nr. 5 WHG). Darüber hinaus darf die Anlage, ausgehend von der Linie des Mittelwasserstandes¹¹⁶ nicht mehr als 15% der Wasserfläche bedecken und ist ein Abstand von mindestens 40 Metern zum Ufer zu wahren.

3. Sonstige wasserrechtliche Vorgaben, insbesondere Bewirtschaftungsziele

Da sowohl bergrechtliche Betriebsplanzulassungen (§ 48 II 1 BBergG) als auch die wasserrechtlichen Anlagengenehmigungen die Einhaltung von sich aus wasserrechtlichen

Vorschriften ergebenden Anforderungen voraussetzen, ist Gegenstand der behördlichen Prüfprogramme grundsätzlich das gesamte Wasserrecht.

Nur auf den ersten Blick ergeben sich insofern Probleme mit der Reinhaltungsvorschrift des § 32 WHG. Da das Einbringen der für die Errichtung einer Floating-PV-Anlage notwendigen Baustoffe weder mit der nach Abs. 1 notwendigen Entledigungsabsicht noch mit der für Abs. 2 erforderlichen späteren Nutzungsabsicht betrieben wird,¹¹⁷ ist die Relevanz für Floating-PV-Anlagen eher als gering einzustufen.

Prüfgegenstand sind vor allem die für die betreffende Gewässerkategorie geltenden Bewirtschaftungsziele der §§ 27 II bis 31, 44 und 47 WHG, die zwingend zu beachtendes Recht darstellen.¹¹⁸ Nach § 27 II WHG sind oberirdische Gewässer, soweit sie als künstlich oder erheblich verändert eingestuft werden, so zu bewirtschaften, dass eine Verschlechterung ihres ökologischen Potenzials und chemischen Zustands vermieden wird und ein gutes ökologisches Potenzial und ein guter chemischer Zustand erhalten oder erreicht werden kann. Nach § 47 I WHG ist das Grundwasser so zu bewirtschaften, dass eine Verschlechterung seines mengenmäßigen und seines chemischen Zustandes vermieden wird, alle signifikanten und anhaltenden Trends ansteigender Schadstoffkonzentrationen aufgrund der Auswirkungen menschlicher Tätigkeit umgekehrt werden und ein guter mengenmäßiger und ein guter chemischer Zustand erhalten oder erreicht werden. Zentraler Punkt der wasserrechtlichen Verträglichkeitsprüfung ist das sog. Verschlechterungsverbot. Ferner ist das Zielerreichungsgebot eigenständig zu prüfen.

Mittelbare Wirkungen über das genutzte Oberflächengewässer auf die Menge und Chemie des Grundwassers sind durch Floating-PV-Anlagen fernliegend. Der Fokus liegt daher bei Auswirkungen auf den ökologischen Zustand von Oberflächengewässern. Die Bewirtschaftungsziele gelten zudem nur für berichtspflichtige Stillgewässer, mithin solche mit einer Oberfläche von 0,5 km² oder mehr gemäß Anlage 1 Nr. 2.1 a) OGewV.¹¹⁹ Für kleinere Seen kommen die Bewirtschaftungsziele nur mittelbar zur Geltung. Das BVerwG hat insoweit in seiner Elbtunnel-Entscheidung judiziert, dass es jedenfalls ausreichend sei, wenn Kleingewässer so bewirtschaftet werden, dass der festgelegte Oberflächenwasserkörper die Bewirtschaftungsziele erreicht.¹²⁰ Damit gelten die Bewirtschaftungsziele und damit insbesondere das Ver-

Brückner/Hermsdorf: Rechtsfragen der Errichtung von Freiflächen- und Floating-Photovoltaik-Anlagen zur Eigenversorgung betrieblicher Standorte(LKV 2022, 433)

445

schlechterungsverbot bei vorhabenbedingten Auswirkungen auf Kleingewässer nur insoweit, als dieses eine Verbindung zu einem festgelegten Oberflächenwasserkörper aufweist oder sonst eine Einwirkung durch das Kleingewässer auf diesen gegeben ist. Die Prüfung der Verschlechterung ist dann auf den festgelegten Oberflächenwasserkörper zu beziehen.

VI. Fazit und Ausblick

Es zeigt sich, dass der Rechtsrahmen für Freiflächen-PV-Eigenversorgungsanlagen ebenso kompliziert wie differenziert ist. Generalisierende Aussagen zur Zulässigkeit lassen sich nicht treffen; Einzelfallprüfungen bestimmen die behördliche, anwaltliche und gerichtliche Praxis.

Der Gesetzgeber hat es versäumt diese Unklarheiten und damit zugleich Ausbauhemmnisse im Rahmen seines „Osterpaketes“ anzugehen. Das mutet befremdlich an, weil eine verstärkte Förderung von PV-(Eigenversorgungs-)Anlagen ausdrücklich erklärtes Ziel der Bundesregierung ist und die Potenziale dieser Technologie und dieses Einsatzfeldes als hoch einzuschätzen sind.

Das Verständnis des Gesetzgebers, „Förderung“ in diesem Sinne als Setzung wirtschaftlicher Anreize zu begreifen, ist zu beschränkt. Eine Förderung in diesem Sinne läuft leer, wenn sie nicht zugleich mit den planungsrechtlichen Rahmenbedingungen korrespondiert. Die Beschränkung auf die Bauleitplanung wird dem nicht gerecht. Es bedarf daher zukünftig weiterer Regelungsbemühungen, um dem gesetzgeberischen Anspruch der Beschleunigung der Energiewende Geltung zu verschaffen. Ausgangspunkt hierfür kann nur eine Gleichstellung aller Erzeugungsformen erneuerbarer Energien im Hinblick auf ihre planungsrechtliche Außenbereichsprivilegierung sein.

* Der Autor Brückner ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Dr. Dammert und Steinforth in Leipzig und dort schwerpunktmäßig im Öffentlichen Recht, insbesondere im Umwelt- und Bergrecht tätig. Der Autor Hermsdorf ist Rechtsreferendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Dresden und war zum Zeitpunkt der Abfassung des Beitrags in der genannten Kanzlei tätig.

1 Strom-Report, Photovoltaik in Deutschland, <https://strom-report.de/photovoltaik/>, zuletzt abgerufen: 18.9.2022.

2 Vgl. für die Werte von 2006 bis 2018 Zentrum für Sonnenenergie- und Wasserstoff-Forschung Baden-Württemberg/Bosch & Partner GmbH, Vorbereitung und Begleitung bei der Erstellung eines Erfahrungsberichts gemäß § 97 Erneuerbare-Energien-Gesetz – Teilvorhaben II c: Solare Strahlungsenergie, 2019, S. 2.

3 Lag die Flächeninanspruchnahme im Jahr 2004 bei 4,1 ha/MW, waren es im Jahr 2018 gerade noch 1,3 ha/MW, vgl. Zentrum für Sonnenenergie- und Wasserstoff-Forschung Baden-Württemberg/Bosch & Partner GmbH (o.Fußn. 2), S. 86.

4 Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit: Koalitionsvertrag von SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP 2021-2025, S. 56 f.

5 So etwa Lippert, RdE 2022, 228 (236). Mit Einschränkungen auch v. Seht, UPR 2020, 257 (262).

6 Herbst, VR 2013, 336 (340).

7 Etwa das 2015 errichtete Grubenkraftwerk im Kiessandtagebau Altenau (Brandenburg): <https://bergerholding.eu/de/polen/berger-gruppe/unternehmen/energie-umweltschutz>, zuletzt abgerufen: 12.10.2022.

8 Etwa die schwimmende PV-Anlage auf dem Silbersee III des Tagebaus Haltern: <https://blog.quarzwerte.de/offizieller-startschuss-fuer-deutschlands-groesste-schwimmende-pv-anlage/>, zuletzt abgerufen: 12.10.2022.

9 So in vergleichbarem Kontext VG Leipzig, Urt. v. 20.6.2012 – 1 K 1031/10, Rn. 74 ff., juris.

10 Vgl. schon Grigoleit, ZfBR-Sonderausgabe 2012, 95 (96).

11 Vgl. hierzu schon die Stellungnahme des Ausschusses für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau zur Baurechtsnovelle 1997, BT-Dr 13/4978, S. 6.

12 BT-Dr 13/4978, S. 6.

13 Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 34 Rn. 25.

14 BVerwG, Urt. v. 15.12.1994 – 4 C 13/93, Rn. 17, juris.

15 Verneinend etwa VG Augsburg, Urt. v. 23.6.2010 – Au 4 K 09.613.

16 Regionale Planungsgemeinschaft Prignitz-Oberhavel, Arbeitshilfe Photovoltaik-Freiflächenanlagen, 2021, S. 10.

17 Herbst, VR 2013, 336 (339). Aus der Rspr. etwa VG Schwerin, Urt. v. 13.3.2014 – 2 A 661/13, Rn. 24 ff., juris.

18 Hornmann, in: Spannowsky/Hornmann/Kämper, BauNVO, 2. Aufl. 2021, § 4 Rn. 119.

19 Insoweit ablehnend Hornmann, in: Spannowsky/Hornmann/Kämper (o.Fußn. 18), § 4 Rn. 122.1.

20 BVerwG, Urt. v. 18.2.1983 – 4 C 18/81, Rn. 18, juris.

21 VGH München, Beschl. v. 28.12.2016 – 15 CS 16.1774, Rn. 15; OVG Schleswig, Beschl. v. 15.10.2019 – 1 MB 20/19, Rn. 16, juris.

22 OVG Münster, Beschl. v. 17.12.2020 – 7 B 1616/20, Rn. 7, juris.

23 St. Rspr. seit BVerwG, Urt. v. 21.1.1977 – IV C 28/75, Rn. 28, juris.

24 BVerwG, Urt. v. 19.4.2012 – 4 C 10/11, Rn. 16, juris; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 144. Aufl. 2022, § 35 Rn. 53.

25 VGH München, Beschl. v. 17.12.2015 – 1 ZB 14.2604, u. a., Rn. 6; OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.5.2019 – 2 L 53/17, Rn. 17, juris.

26 OVG Koblenz, Beschl. v. 18.1.2018 – 8 A 11373/17, Rn. 17 ff., juris.

27 BVerwG, Urt. v. 16.6.1994 – 4 C 20/93, Rn. 13, juris.

28 BVerwG, Urt. v. 16.6.1994 – 4 C 20/93, Rn. 13, juris.

29 Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (o.Fußn. 24), § 35 Rn. 55; BVerwG, Urt. v. 16.6.1994 – 4 C 20/93, Rn. 20, juris.

- 30 Demuth/Maack/Schumacher, Klima- und Naturschutz: Hand in Hand – Heft 6, Photovoltaik-Freiflächenanlagen: Planung und Installation mit Mehrwert für den Naturschutz, 2019, S. 24.
- 31 BVerwG, Urt. v. 16.6.1994 – 4 C 20/93, Rn. 20, juris.
- 32 BVerwG, Urt. v. 16.6.1994 – 4 C 20/93, Rn. 21, juris.
- 33 BVerwG, Urt. v. 1.11.2018 – 4 C 5/17, Rn. 14, juris. Für Agri-PV teilweise bejaht, vgl. Frey/Kallina, NVwZ 2022, 388 (389 f.).
- 34 OLG Dresden, Urt. v. 5.3.2014 – 1 U 635/13, Rn. 46, juris. Vgl. auch VG Trier, Urt. v. 23.5.2012 – 5 K 1511/11.TR, Rn. 40 f., juris, dass § 35 I Nr. 4 BauGB durch Vergleich mit der Privilegierung von Windenergieanlagen nach § 35 I Nr. 5 BauGB ablehnt.
- 35 BVerwG, Urt. v. 16.6.1994 – 4 C 20/93, Rn. 22; Beschl. v. 12.4.2011 – 4 B 6/11, Rn. 7; VGH München, Beschl. v. 17.12.2015 – 1 ZB 14.2604, u. a., Rn. 5, juris.
- 36 BVerwG, Urt. v. 16.6.1994 – 4 C 20/93, Rn. 24, juris. Gegen eine Privilegierung aus Klimaschutzgesichtspunkten nunmehr auch OVG Lüneburg, Beschl. v. 31.1.2020 – 1 ME 127/19, Rn. 8, juris.
- 37 BT-Dr 20/1630, S. 158 f.
- 38 BVerwG, Urt. v. 16.2.1973 – IV C 61/70, Rn. 14, juris; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (o.Fußn. 24), § 35 Rn. 77.
- 39 Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (o.Fußn. 24), § 35 Rn. 75.
- 40 Schmidt-Eichstaedt, BauR 2021, 626 (627); Frey/Ritter/Nitsch, NVwZ 2021, 1577 (1578). Fraunhofer ISE, Agri-Photovoltaik: Chance für Landwirtschaft und Energiewende, 2. Aufl. 2022, S. 57 weist insbesondere auf die Möglichkeit vorhabenbezogener Bebauungspläne (§ 12 BauGB) hin.
- 41 Zu den Voraussetzungen einer Planungspflicht ausdrücklich aber nur im unbeplanten Innenbereich BVerwG, Urt. v. 17.9.2003 – 4 C 14/01, Rn. 16, juris.
- 42 Frenz, DVBl. 2015, 220 (222) unter Verweis auf BVerwG, Beschl. v. 26.2.1997 – 4 NB 5/97, Rn. 6, juris.
- 43 So etwa Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (o.Fußn. 24), § 35 Rn. 161 a, 162 b.
- 44 BVerwG, Urt. v. 17.2.2011 – 4 C 9/10, Rn. 18, 21, juris.
- 45 Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (o.Fußn. 24), § 35 Rn. 162 b.
- 46 Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (o.Fußn. 24), § 35 Rn. 162 a f.
- 47 Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (o.Fußn. 24), § 35 Rn. 162 b.
- 48 VGH München, Urt. v. 29.3.1985 – 26 B 82 A.2195; OVG Koblenz, Urt. v. 22.5.2022 – 1 A 11346/01, juris.
- 49 BVerwG, Beschl. v. 28.9.1992 – 4 B 175/92, Rn. 5 f., juris.

- 50 So etwa Grigoleit, ZfBR-Sonderausgabe 2012, 95 (96). Aus der Verwaltungspraxis Regionale Planungsgemeinschaft Prignitz-Oberhavel (o.Fußn. 16), S. 10.
- 51 BVerwG, Beschl. v. 17.8.2015 – 4 B 31/15, Rn. 3, juris, m. w. N.
- 52 Etwa VG Trier, Urt. v. 23.5.2012 – 5 K 1511/11.TR, Rn. 48; OVG Saarlouis, Beschl. v. 13.2.2019 – 2 B 251/18, Rn. 24, juris.
- 53 Vgl. VG Trier, Urt. v. 23.5.2012 – 5 K 1511/11.TR, Rn. 49, juris.
- 54 BVerwG, Beschl. v. 17.8.2015 – 4 B 31/15, Rn. 3, juris.
- 55 VG Leipzig, Urt. v. 9.7.2014 – 4 K 984/12, Rn. 35 f., juris.
- 56 BVerwG, Urt. v. 6.10.1989 – 4 C 28/86, Rn. 13, juris.
- 57 Bund/Länder-Arbeitsgruppe für Immissionsschutz, Hinweise zur Messung, Beurteilung und Minderung von Lichtimmissionen: Beschluss der LAI vom 13.9.2012.
- 58 Vgl. für Brandenburg: Leitlinie des Ministeriums für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz zur Messung und Beurteilung von Lichtimmissionen (Licht-Leitlinie) vom 16.4.2014 (ABl./14, [Nr. 21], S. 691) geändert durch Erlass des MLUK vom 17.9.2021 (ABl./21, [Nr. 40], S. 779) und für NRW: Gemeinsamer Runderlass des Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz – V-5 8800.4.11 – und des Ministeriums für Bauen, Wohnen, Stadtentwicklung und Verkehr – VI.1 – 850 v. 11.12.2014: Lichtimmissionen, Messung, Beurteilung und Verminderung.
- 59 Nicht mehr als 30min/d oder 30h/a, vgl. Bund/Länder-Arbeitsgruppe für Immissionsschutz (o.Fußn. 57), S. 24.
- 60 VG Würzburg, Urt. v. 31.1.2008 – W 5 K 07.1055, Rn. 23 ff.; VG Regensburg, Urt. v. 14.5.2019 – RN 6 K 17.2047, Rn. 104 f., juris.
- 61 So auch VG Regensburg, Urt. v. 14.5.2019 – RN 6 K 17.2047, Rn. 101 ff., juris, das im Ergebnis aber dennoch eine erhebliche Beeinträchtigung allein auf eine Überschreitung der Blendungsdauer gestützt bejaht.
- 62 VGH Mannheim, Urt. v. 19.7.2007 – 3 S 1654/06, Rn. 26, juris.
- 63 BVerwG, Urt. v. 30.8.1985 – 4 C 48/81, Rn. 20, juris.
- 64 Söfker, in: Spannowsky/Uechtritz, BeckOK BauGB, 55. Ed. 2022, § 35 Rn. 91.
- 65 BVerwG, Urt. v. 27.1.1967 – IV C 33/65, Rn. 32; Urt. v. 14.3.1975 – IV C 41/73, Rn. 31, juris.
- 66 VG Cottbus, Urt. v. 12.11.2015 – 5 K 1126/13, Rn. 24, juris.
- 67 BVerwG, Beschl. v. 18.3.2003 – 4 B 7/03, Rn. 5; VG Cottbus, Urt. v. 12.11.2015 – 5 K 1126/13, Rn. 25, juris.
- 68 BVerwG, Beschl. v. 18.3.2003 – 4 B 7/03, Rn. 5, juris.
- 69 Vgl. hierzu Demuth/Maack/Schumacher (o.Fußn. 30), S. 22.

70 Schuhmacher weist aber zurecht darauf hin, dass auch bei der Unterhaltungspflege die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote zu beachten sind, vgl. Demuth/Maack/Schumacher (o.Fußn. 30), S. 16 f.

71 BVerwG, Urt. v. 9.7.2008 – 9 A 14/07, Rn. 54, juris.

72 BVerwG, Urt. v. 9.7.2008 – 9 A 14/07; Urt. v. 6.11.2013 – 9 A 14/12, juris.

73 St. Rspr. BVerwG, Urt. v. 9.7.2008 – 9 A 14/07, Rn. 91; Urt. v. 14.7.2011 – 9 A 12/10, Rn. 99; Urt. v. 6.4.2017 – 4 A 16/16, Rn. 73 f., juris.

74 BVerwG, Urt. v. 8.1.2014 – 9 A 4/13, Rn. 99; Urt. v. 6.4.2017 – 4 A 16/16, Rn. 73, juris.

75 BVerwG, Urt. v. 6.11.2013 – 9 A 14/12, Rn. 114, juris.

76 BVerwG, Urt. v. 18.3.2009 – 9 A 39/07, Rn. 66; Urt. v. 6.11.2013 – 9 A 14/12, Rn. 114, juris.

77 EuGH, Urt. v. 2.7.2020 – C-477/19, Rn. 36.

78 BVerwG, Beschl. v. 6.3.2014 – 9 C 6/12, juris.

79 Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft Baden-Württemberg, Freiflächensolaranlagen: Handlungsleitfaden, 2019, S. 41.

80 Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr (o.Fußn. 13), § 35 Rn. 86.

81 Grundlegend BVerwG, Beschl. v. 8.7.1996 – 4 B 120/96, Rn. 3; VGH München, Beschl. v. 28.12.2016 – 15 CS 16.1774, Rn. 48; OVG Bautzen, Urt. v. 6.7.2017 – 1 A 117/16, Rn. 43, juris.

82 So auch zum Erholungswert der Landschaft VG Cottbus, Urt. v. 12.11.2015 – 5 K 1126/13, Rn. 23 f., juris.

83 Vgl. z. B. § 61 II Nr. 1 LNatSchG SH.

84 BVerfG, Urt. v. 17.12.2013 – 1 BvR 3139/08 u. a., Rn. 286, juris.

85 BVerfG, Urt. v. 17.12.2013 – 1 BvR 3139/08 u. a., Rn. 286, juris.

86 Siehe schon oben unter III.2.c. Vgl. BT-Dr 20/1630, S. 158 f.

87 BT-Dr 20/2594, S. 34.

88 Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (o.Fußn. 24), § 35 Rn. 101.

89 Eine Ausnahme könnten Agri-PV-Anlagen sein, weil diese auf landwirtschaftlichen Flächen errichtet und betrieben werden. Zweifelhaft erscheinen dann aber konkrete Auswirkungen auf die Neuordnung landwirtschaftlicher Flächen.

90 BVerwG, Urt. v. 12.4.2001 – 4 C 5/00, Rn. 27, juris.

91 Demuth/Maack/Schumacher (o.Fußn. 30), S. 20.

92 Wagegg/Trumpp, NuR 2015, 815 (818). Zu den Möglichkeiten technischer Eingrenzbarkeit Wagegg/Trumpp, NuR 2015, 815 (821).

93 Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (o.Fußn. 24), § 35 Rn. 102 a; VG Trier, Urt. v. 23.5.2012 – 5 K 1511/11.TR, Rn. 53, juris.

94 OVG Bautzen, Urt. v. 6.7.2017 – 1 A 117/16, Rn. 41, juris. Unzutreffend insofern VG Augsburg, Urt. v. 6.3.2008 – AU 5 K 06.891, u. a., Rn. 119, juris.

95 Ebenso für eine ca. 3 ha große PV-Anlage, OVG Bautzen, Urt. v. 6.7.2017 – 1 A 117/16, Rn. 46 ff., juris.

96 Siehe etwa Gemeinsamer Beratungserlass des Ministeriums für Inneres, ländliche Räume, Integration und Gleichstellung und des Ministeriums für Energie, Landwirtschaft, Umwelt, Natur und Digitalisierung vom 1. September 2021 – VI 52 –, "Grundsätze zur Planung von großflächigen Solar-Freiflächenanlagen im Außenbereich" (Gl. Nr. 2131.17), Abl. SH 2022 Nr. 6, S. 118.

97 Vgl. Gemeinsamer Beratungserlass des Ministeriums für Inneres, ländliche Räume, Integration und Gleichstellung und des Ministeriums für Energie, Landwirtschaft, Umwelt, Natur und Digitalisierung vom 1. September 2021 – VI 52 –, "Grundsätze zur Planung von großflächigen Solar-Freiflächenanlagen im Außenbereich" (Gl. Nr. 2131.17), Abl. SH 2022 Nr. 6, S. 118.

98 Grundlegend BVerwG, Urt. v. 10.12.1969 – VIII C 104/69, Rn. 14, juris.

99 v. Seht, UPR 2020, 257 (260).

100 Grigoleit, ZfBR-Sonderausgabe 2012, 95 (95). Zugleich zur Kritik an dieser Praxis v. Seht, UPR 2020, 257 (261).

101 v. Seht, UPR 2020, 257 (261).

102 Etwa auf „landschaftsprägende Höhenrücken, Kuppen und Kuppenlandschaften“ oder in Vorranggebieten Landwirtschaft, vgl. Ziel 5.1.4.3 des Regionalplans Leipzig-West-sachsen, Regionaler Planungsverband Leipzig-West-sachsen, Regionalplan Leipzig-West-sachsen: Teil 1 – Festlegungen mit Begründungen, 2021, S. 195 ff.

103 BVerwG, Urt. v. 20.1.1984 – 4 C 43/81, Rn. 23, juris.

104 BVerwG, Beschl. v. 20.8.1992 – 5 NB 20/91, Rn. 20, juris.

105 Dies ist insbesondere auf den Effekt der Verdunstungskühlung zurückzuführen, vgl. Da Pimentel Silva/Branco, Impact Assess. Proj. Apprais. 2018, 390 (391).

106 BT-Dr 20/1630, S. 252. Hiernach sind Floating-PV-Anlagen nunmehr Anlagen des ersten Ausschreibungssegments (§ 37 I Nr. 2j EEG-2023) und damit nicht mehr als besondere Teilanlagen von Anlagenkombinationen auf die Teilnahme an Innovationsausschreibungen nach § 39n EEG angewiesen.

107 Vgl. zum Nebeneinander von wasserrechtlichem Benutzungsrecht und Genehmigung, Brückner, in: Dallhammer/Dammert/Faßbender, SächsWG, 2019, § 26 Rn. 8.

108 Zu ersterer vgl. Brückner, in: Dallhammer/Dammert/Faßbender (o.Fußn. 107), § 26 Rn. 37 ff.

109 Zur Einordnung schwimmender Anlagen OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 10.7.2018 – 2 S 13/18, Rn. 5, juris.

110 Vgl. VG Schleswig, Urt. v. 30.4.2012 – 8 A 45/11, Rn. 50 ff., juris.

111 Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 9 Rn. 28 m. w. N.

112 Czychowski/Reinhardt (o.Fußn. 111), § 9 Rn. 28.

113 Hennig/Ekardt/Antonow/Widmann/Glaser/Rath/Gätsch/Bärenwaldt, ZNER 2022, 195 (200).

114 BT-Dr 20/1630, S. 188.

115 Vgl. nur Da Pimentel Silva/Branco, Impact Assess. Proj. Apprais. 2018, 390; Haas/Khalighi/La Fuente/Gerbersdorf/Nowak/Chen, Energy Convers. Manag. 2020, 112414; Ma/Wu/Su, J. Renew. Sustain. Energy 2021, 62701, jeweils m. w. N.

116 Die Mittelwasserstandslinie ist die gedachte vertikale Linie am Punkt des Zusammentreffens von Ufer und Gewässerbett bei gemitteltem Wasserstand.

117 Vgl. zum Ganzen OVG Greifswald, Urt. v. 16.12.1997 – 3 L 236/95, Rn. 52 ff., juris.

118 EuGH, Urt. v. 1.7.2015 – C-461/13, Rn. 51; BVerwG, Urt. v. 9.2.2017 – 7 A 2/15, u. a., Rn. 478, juris.

119 BVerwG, Urt. v. 10.11.2016 – 9 A 18/15, Rn. 101, juris.

120 BVerwG, Urt. v. 10.11.2016 – 9 A 18/15, Rn. 104 f., juris.

Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Verlag C.H.Beck GmbH & Co. KG ist Inhaber von Nutzungsrechten. Ohne gesonderte Berechtigung ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen. Verlag C.H.Beck GmbH & Co. KG behält sich alle Rechte vor, insbesondere die Nutzung zum Text-und-Data-Mining (TDM) nach § 44b Abs. 3 UrhG (Art. 4 DSM-RL).