

F. Darstellung der derzeitigen rechtlichen Rahmenbedingungen

I. Bauordnungsrecht

1. Genehmigungsbedürftigkeit einer Freiflächenphotovoltaikanlage

Die Genehmigungsbedürftigkeit der Errichtung einer Freiflächenphotovoltaikanlage ergibt sich aus den landesrechtlichen Bauvorschriften der Landesbauordnungen. In Baden-Württemberg bedarf es nach § 49 LBO BW einer Baugenehmigung, wenn es sich um die Errichtung oder den Abbruch einer baulichen Anlage oder einer sonstigen in § 50 LBO BW bezeichneten Anlage handelt, soweit in den §§ 50, 51, 69 und 70 LBO BW keine entgegenstehenden Vorschriften enthalten sind (vgl. § 49 LBO BW).⁵⁴

Ein Vorhaben i.S.d. Bauordnungsrechts ist die beabsichtigte Veränderung der baulichen Situation, also das, was der Bauherr vorhat. Dabei erfasst die LBO Veränderungen baulicher Anlagen sowie sonstiger, in § 50 nebst Anhang aufgeführter Anlagen und Einrichtungen, die dem Anwendungsbereich nach § 1 Abs. 1 S. 2, 3, Abs. 2 LBO unterliegen.⁵⁵

a. Bauliche Anlage

Ob die Genehmigungsbedürftigkeit einer Freiflächenphotovoltaikanlage vorliegt, wird danach beurteilt, ob es sich bei einer Freiflächenphotovoltaikanlage, um eine bauliche Anlage im Sinne der Landesbauordnung handelt.

Im Bauordnungsrecht wird die bauliche Anlage folgendermaßen definiert. Bauliche Anlagen sind unmittelbar mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen gem. § 2 Absatz 1 Satz 1 LBO BW.

Aus dieser Legaldefinition ergeben sich drei Anforderungen an eine bauliche Anlage. Zum einen (1) muss die Anlage mit dem Erdboden verbunden

⁵⁴ In anderen Bundesländern finden sich entsprechende Vorschriften.

⁵⁵ Schlotterbeck, Hager, Busch, Gammerl, Landesbauordnung für Ba-Wü (LBO)-Hager, § 49 Rn. 4.

sein, (2) es müssen Bauprodukte verwendet worden sein und (3) die Anlage muss aus Bauprodukten hergestellt worden sein.⁵⁶

(1) Verbindung mit dem Erdboden

Eine Verbindung mit dem Erdboden besteht gem. § 2 Absatz 1 Satz 2 LBO BW auch dann, wenn die Anlage durch eigene Schwere auf dem Boden ruht, oder, wenn die Anlage nach ihrem Verwendungszweck dazu bestimmt ist, überwiegend ortsfest genutzt zu werden. In jedem Fall liegt jedoch die Verbindung mit dem Erdboden vor, wenn die Anlage eine besondere Gründung ausweist, zum Beispiel ein Fundament oder eine Verankerung.⁵⁷

Die meisten Freiflächenphotovoltaikanlagen besitzen aufgrund der großen Modulfläche auch ein Fundament oder eine Verankerung im Boden, da die Modulflächen eine große Windangriffsfläche bieten und die Module bei höheren Windgeschwindigkeiten andernfalls beschädigt oder Menschen durch sich lösende Teile gefährdet werden würden.

Ein etwas anderes Bild gibt sich hingegen bei schwimmenden Solarmodulen⁵⁸, die zum Beispiel auf Baggerseen installiert worden sind. Diese sind nicht direkt mit dem Boden unter ihnen verbunden, sondern über einen Steg am Ufer fixiert.⁵⁹ Aber auch diese Uferverankerung ist wiederum am Ufer mit dem Erdboden durch ein Fundament oder eine Verankerung fixiert, sodass dieses Tatbestandskriterium bei allen Anlagentypen vorliegt.

(2) Bauprodukte

Weiterhin müsste die Freiflächenphotovoltaikanlage aus Bauprodukten hergestellt werden.⁶⁰ Bauprodukte gemäß § 2 Absatz 10 LBO BW sind nach

56 Sauter, Landesbauordnung für Baden-Württemberg, § 2 Rn. 5.

57 Sauter, Landesbauordnung für Baden-Württemberg, § 2 Rn. 5.

58 Auch Floating PV genannt; <https://www.baywa-re.de/de/solar/systemanwendungen/floating-pv> (zuletzt aufgerufen am 05.04.2024).

59 <https://www.enbw.com/unternehmen/presse/artikel/schwimmende-photovoltaikanlage.html> (zuletzt aufgerufen am 05.04.2024).

60 Sauter, Landesbauordnung für Baden-Württemberg, § 2 Rn. 15.

Nr. 1 Produkte, Baustoffe, Bauteile und Anlagen sowie Bausätze⁶¹, die hergestellt werden, um dauerhaft in bauliche Anlagen eingebaut zu werden.

Diese Begriffsbestimmung ist sehr weit gefasst und umfasst nach § 2 Absatz 10 LBO BW neben den Baustoffen und Bauteilen auch solche „Anlagen“, die bestimmungsgemäß in baulichen Anlagen dauerhaft eingebaut werden genauso wie Baustoffe und Bauteile von vorgefertigten Anlagen.⁶² Die meist vorgefertigten Solarmodule werden genau wie die Stahl- oder Holzunterkonstruktion für die Aufständigung aus verschiedenen Bauteilen zusammengesetzt, sodass eine FFPV-Anlage aus Bauprodukten gem. § 2 Absatz 10 LBO BW hergestellt wird.

(3) Herstellung aus Bauprodukten

Neben der Verwendung von Bauprodukten kommt es auch auf die Herstellung aus Bauprodukten an, folglich wird eine herstellende Tätigkeit verlangt.⁶³ Vorausgesetzt wird für dieses Tatbestandskriterium daher, dass die Anlage künstlich geschaffen wird.⁶⁴

Eine Freiflächenphotovoltaikanlage ist künstlich geschaffen und damit auch aus Bauprodukten hergestellt gem. § 2 Absatz 10 LBO BW.

b. Errichtung

Die Errichtung einer Anlage umfasst alle Neubaumaßnahmen von baulichen Anlagen, die auch ihre Erweiterung und den Wiederaufbau nach Zerstörung beinhaltet. Die Freiflächenphotovoltaikanlagen werden neu gebaut, daher liegt eine Errichtung nach § 49 LBO BW vor.

61 Gemäß Artikel 2 Nummer 2 der Verordnung (EU) Nr. 305/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2011 zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten und zur Aufhebung der Richtlinie 89/106/EWG des Rates (ABl. L 88 vom 4.4.2011, S. 5, ABl. L 103 vom 12.4.2013, S. 10), die zuletzt durch Delegierte Verordnung (EU) Nr. 574/2014 (ABl. L 159 vom 28.5.2014, S. 41) geändert worden ist.

62 Sauter, Landesbauordnung für Baden-Württemberg, § 2 Rn. 15.

63 Sauter, Landesbauordnung für Baden-Württemberg, § 2 Rn. 16.

64 Sauter, Landesbauordnung für Baden-Württemberg, § 2 Rn. 16.

c. Ausnahmen zur Genehmigungsbedürftigkeit

Nach § 49 Hs.1 LBO BW sind die Errichtung und der Abbruch baulicher Anlagen sowie der in § 50 LBO BW aufgeführten anderen Anlagen und Errichtungen (Vorhaben) grundsätzlich genehmigungsbedürftig. Freigestellt sind hingegen nur verfahrensfreie Vorhaben gem. § 50 Abs. I-IV LBO BW nebst Anhang, kenntnisgabepflichtige Vorhaben gem. § 51 I, II LBO BW, fliegende Bauten gem. § 69 LBO BW und zustimmungspflichtige Vorhaben nach § 70 Abs. I LBO BW.⁶⁵

(1) Verfahrensfreie Vorhaben nach Anlage 1 zu § 50 LBO Baden-Württemberg

Nach dem Anhang 1 zu § 50 LBO in Nr. 3 c) sind Feuerungs- und Energieerzeugungsanlagen zur photovoltaischen und thermischen Solarnutzung auf oder an Gebäuden sowie eine damit verbundene Änderung der Nutzung oder der äußeren Gestalt der Gebäude und gebäudeunabhängige Anlagen bis zu drei Metern Höhe und einer Gesamtlänge bis zu neun Metern verfahrensfreie Vorhaben.⁶⁶

Gebäudeunabhängige Anlagen werden bis zu drei Metern Höhe und einer Gesamtlänge von bis zu neun Metern privilegiert. Unerheblich für die Freistellung von der Genehmigungspflicht ist die Nennleistung der Anlage. Gebäudeunabhängig sind Solaranlagen, die nicht an oder auf einem Gebäude nach § 2 Abs. II angebracht werden. Sie sind verfahrenspflichtig, wenn sie eine Höhe von mehr als drei Metern oder eine Gesamtlänge von mehr als neun Metern erreichen. Die Anlage erfasst alle Anlagenteile (Module), die durch Leitungen miteinander verbunden sind. Die Höhe (max. drei Meter) errechnet sich vom Untergrund, auf dem die Anlage ruht, bis zur Oberkante des höchsten Anlagenteils. Als Gesamtlänge wird die größte Entfernung zwischen den Außenseiten der am weitesten auseinander liegenden Module entlang einer gedachten Linie bezeichnet (max. neun Meter). Die größtmögliche Stellfläche beträgt damit 81 qm.

65 Hager in Schlotterbeck, Hager, Busch, Gammerl, Landesbauordnung für Ba-Wü (LBO), § 49 Rn. 17.

66 Unterschiedliche Länderspezifische Vorgaben (nicht im Außenbereich) u.a. OVG Lüneburg (I. Senat), Beschluss vom 31.01.2020 – 1 ME 127/19, Rn. 6.

(2) Kenntnisgabeverfahren nach § 51 LBO BW

Ein Kenntnisgabeverfahren nach § 51 LBO BW liegt bei der Errichtung einer Freiflächenphotovoltaikanlage vor, sofern die Voraussetzungen nach § 51 Abs.1 Satz 1 vorliegen, es nicht Abs.1 Satz 2 unterfällt, das Vorhaben im Geltungsbereich eines Bebauungsplans und außerhalb des Geltungsbereichs einer Veränderungssperre liegt und das Vorhaben nicht den Festsetzungen des Bebauungsplans widerspricht.⁶⁷

Da keine Abweichungen, Ausnahmen oder Befreiungen vom Bebauungsplan im Kenntnisgabeverfahren möglich sind, eignet sich dieses Verfahren grundsätzlich nur, wenn den Vorgaben des Bebauungsplans zu 100 % entsprochen wird.⁶⁸

(3) Fliegende Bauten gem. § 69 LBO BW

Fliegende Bauten sind nach § 69 LBO BW bauliche Anlagen, die geeignet und bestimmt sind, an verschiedenen Orten wiederholt aufgestellt und abgebaut zu werden. Dazu zählen üblicherweise Zirkuszelte oder Fahrgeschäfte. Abgesehen von neuartigen Solarcontainern⁶⁹ eignen sich die gesetzlichen Erleichterungen für fliegende Bauten gem. § 69 LBO BW nicht für Freiflächenphotovoltaikanlagen, da diese nicht dauerhaft für den Auf- und Abbau gedacht und geeignet sind.

(4) Zustimmungsverfahren nach § 70 LBO BW

Sofern der Bund, das Land, eine andere Gebietskörperschaft des öffentlichen Rechts oder eine Kirche Bauherr ist, tritt an die Stelle der Baugenehmigung die Zustimmung nach § 70 LBO BW. Auch eine solche Erleichterung lässt sich damit nicht auf die meisten der Baugenehmigungsverfahren für Freiflächenphotovoltaikanlagen übertragen.

67 Sauter, Landesbauordnung für Baden-Württemberg, § 51 Rn. 3.

68 Sauter, Landesbauordnung für Baden-Württemberg, § 51 Rn. 6.

69 <https://www.solarcontainer.at/> (zuletzt aufgerufen am 05.04.2024).

(5) Zwischenergebnis

Freiflächenphotovoltaikanlagen ab über 9 Metern Länge sind damit grundsätzlich baurechtlich genehmigungspflichtig nach § 58 LBO BW.

2. Genehmigungsfähigkeit einer Freiflächenphotovoltaikanlage

Eine Freiflächenphotovoltaikanlage ist nur dann genehmigungsfähig, wenn keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind, entgegenstehen gem. § 58 Absatz 1 Satz 1 LBO BW. Die Feststellung des Prüfungsumfangs, das Bauplanungsrecht und das Bauordnungsrecht gehören hierbei zur zwingenden Prüfung der Genehmigungsfähigkeit.

a. Prüfungsumfang

Der Prüfungsumfang der Genehmigungsprüfung wird ausschließlich im Falle des Kenntnissgabeverfahrens nach § 51 LBO iVm. § 52 LBO BW reduziert. Ein solches dürfte wie oben genannt nur in Ausnahmefällen vorliegen, sodass hierauf nicht weiter einzugehen ist. Der Prüfungsumfang bildet damit die vollständige Prüfung der Genehmigungsfähigkeit anhand des Bauplanungs- und Bauordnungsrechts.

b. Bauplanungsrecht

Das Prüfungsschema einer Baugenehmigung in puncto Vereinbarkeit mit bauplanungsrechtlichen Vorschriften umfasst die Feststellung der bauplanungsrechtlichen Situation und die Prüfung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit.

Anhand der Prüfung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit wird festgestellt, ob (1) keine entgegenstehende Veränderungssperre vorliegt, (2) die Errichtung der baulichen Anlage mit den §§ 29–37 BauGB vereinbar ist und (3) die Vereinbarkeit mit sonstigen bauplanungsrechtlichen Vorschriften besteht.⁷⁰

⁷⁰ Gassner in BeckOK-Bauordnungsrecht Baden-Württemberg, § 29 Rn. 1.

(1) Keine entgegenstehende Veränderungssperre

Ob keine entgegenstehende Veränderungssperre vorliegt, kann nur für den jeweiligen Einzelfall geprüft werden.

(2) Vereinbarkeit mit den §§ 29–37 BauGB

Die Errichtung der Freiflächenphotovoltaikanlage muss mit den §§ 29–37 BauGB vereinbar und damit bauplanungsrechtlich zulässig sein.

Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit richtet sich nach der Lage des Grundstücks: Befindet sich das Grundstück in einem Bebauungsplan, müssen die Vorgaben des Bebauungsplans berücksichtigt werden. Auf einem unbeplanten Grundstück hängt die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit davon ab, ob sich das Vorhaben im Innenbereich oder im Außenbereich befindet.

Bei einer Freiflächenphotovoltaikanlage muss es sich um ein zulässigerweise zu errichtendes Vorhaben handeln im Sinne der §§ 29 ff. BauGB.

Im ersten Abschnitt des dritten Teils des BauGB finden sich die Vorgaben für die Zulässigkeit von Bauvorhaben. Gemäß § 29 BauGB gelten für Vorhaben, die die Errichtung von baulichen Anlagen zum Inhalt haben, die §§ 30 bis 37 BauGB. In diesen §§ wird abschließend festgelegt, welche materiell-rechtlichen Anforderungen in planungsrechtlicher Sicht an Vorhaben zu stellen sind, dabei findet sich jedoch weder eine Begriffsbestimmung für „bauliche Anlage“ noch für „Vorhaben“ im BauGB.⁷¹

Eine Übernahme des bauordnungsrechtlichen Begriffs der baulichen Anlage aus den Landesbauordnungen in das Bauplanungsrecht der §§ 29 ff. BauGB verbietet sich jedoch aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzung beider Bereiche. Für das Bauordnungsrecht sind die Belange der Gefahrenabwehr maßgeblich und das Bauplanungsrecht thematisiert die Fragestellung, ob ein Vorhaben für die städtebauliche Entwicklung erheblich ist.⁷² Heranzuziehen ist daher die von der Rechtsprechung geprägten Definition.

71 Jeromin in Baugesetzbuch Handkommentar, § 29 Rn. 1.

72 BVerwG 10.12.1971 – IV C 33.69; BVerwGE 39, 154.

i. Prüfungsfang des § 29 BauGB

Nach der Rechtsprechung des BVerwG ist die bauliche Anlage durch das Merkmal des „Bauens“ und durch das beschränkende Merkmal der „bodenrechtlichen Relevanz“ definiert.⁷³ Dabei muss die Verbindung mit dem Erdboden genauso vorliegen wie der Bezug zu städtebaulichen Belangen.⁷⁴

(a) Verbindung mit dem Erdboden

Die Verbindung mit dem Erdboden wird nach der Rechtsprechung erfüllt, wenn die Anlage in einer auf Dauer gedachten Weise künstlich mit dem Erdboden verbunden ist.⁷⁵ Abgestellt wird dabei vor allem auf das Element der Dauerhaftigkeit.⁷⁶ Bei Freiflächenphotovoltaikanlagen sind die Anforderungen an die bauliche Anlage und die Verbindung mit dem Erdboden unstreitig erfüllt.

(b) Städtebauliche Belange/Bodenrechtliche Relevanz

Der bundesrechtliche Begriff des Vorhabens nach § 29 Abs. 1 BauGB hat sich an der Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG zu orientieren, die auf das Bodenrecht limitiert ist. Dadurch bedarf der Begriff der baulichen Anlage des einschränkenden Kriteriums der bodenrechtlichen Relevanz. Die bodenrechtliche Relevanz liegt vor, wenn das Vorhaben, die in § 1 Absatz 5 und 6 BauGB genannten Anforderungen derart berührt oder berühren kann und dadurch „das Bedürfnis nach einer ihre Zulässigkeit regelnden verbindlichen Bauleitplanung hervorruft“.⁷⁷

Zum Kriterienkatalog des § 1 Absatz 5 BauGB gehört unter anderem das Orts- und Landschaftsbild. Das Landschaftsbild nach § 1 Absatz 5 S. 2 BauGB wird in der Regel von größeren Freiflächenphotovoltaikanlagen

73 BVerwG Urt. v. 7.5.2001 – 6 C 18/00, NVwZ 2001, 1046; dass. BVerwG Urt. v. 31.8.1973 – IV C 33/71, BVerwGE 44, 59, 61; *Reidt* in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB § 29 Rn. 9.

74 BVerwG Urt. v. 7.5.2001 – 6 C 18/00, NVwZ 2001, 1046; dass. BVerwG Urt. v. 31.8.1973 – IV C 33/71, BVerwGE 44, 59, 61; *Reidt* in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB § 29 Rn. 9.

75 *Reidt* in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB § 29 Rn. 13.

76 *Reidt* in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB § 29 Rn. 13.

77 *Reidt* in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB § 29 Rn. 14; BVerwG Urt. v. 7.5.2001 – 6 C 18/00, NVwZ 2001, 1046.

berührt sein, sodass dadurch bereits die bodenrechtliche Relevanz bejaht werden kann.

(c) Zwischenergebnis

Bei Freiflächenphotovoltaikanlagen liegt damit, sowohl eine Verbindung mit dem Erdboden, als auch die bodenrechtliche Relevanz vor, sodass eine Freiflächenphotovoltaikanlage differenziert nach den §§ 30 bis 35 BauGB, die jeweils einschlägigen Anforderungen erfüllen muss.

ii. § 30 BauGB Bebauungsplan

Unterschieden werden je nach Inhalt und Vorhaben drei Arten von Bebauungsplänen: zum einen die qualifizierten Bebauungspläne, die einfachen Bebauungspläne und die vorhabenbezogenen Bebauungspläne. Qualifizierte Bebauungspläne treffen Festsetzungen zu der Art und dem Maß der baulichen Nutzung, der überbaubaren Grundstücksflächen, sowie zu den Verkehrsflächen.⁷⁸

Bei den einfachen Bebauungsplänen fehlt eine dieser gerade genannten Voraussetzungen, die im qualifizierten Bebauungsplan getroffen werden müssen. Sofern der einfache Bebauungsplan keine Regelung dazu trifft, sind damit die §§ 34 und 35 BauGB heranzuziehen.⁷⁹

Der vorhabenbezogene Bebauungsplan kommt dann zur Anwendung, wenn bereits ein präzises Vorhaben realisiert werden soll. Grundsätzlich ist ein Vorhaben im Geltungsbereich eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans nur zulässig, wenn es dem Bebauungsplan nicht widerspricht. Der vorhabenbezogene Bebauungsplan enthält, auch wenn die Mindestfestsetzungen des Absatz 1 für qualifizierte Bebauungspläne nicht enthalten sind, trotzdem die ausschließliche Grundlage für die Genehmigung eines Bauvorhabens.⁸⁰

Bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Vorhaben im Rahmen des vorhabenbezogenen Bebauungsplanes muss nicht wie bei dem einfachen Be-

78 Mitschang in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB § 30 Rn. 4–7.

79 Mitschang in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB § 30 Rn. 9.

80 Dürr in Brügelmann, BauGB § 30 Rn. 11.

bauungsplan auf die Vorschriften der §§ 34 und 35 BauGB zurückgegriffen werden.⁸¹

Zusammengefasst:

- 1) Ein qualifizierter Bebauungsplan trifft Festsetzungen zu Art und Maß der baulichen Nutzung, der überbaubaren Grundstücksfläche sowie den Verkehrsflächen.
- 2) Bei einem einfachen Bebauungsplan fehlt eine der oben genannten Voraussetzungen, meist gibt es nur entweder Festsetzungen zur Art oder zum Maß der baulichen Nutzungen.
- 3) Für beide Fälle können vorhabenbezogene Bebauungspläne aufgestellt werden, wenn sich interessierte Projektierer direkt an Gemeinden wenden, die über geeignete Flächen für Freiflächen-PV-Anlagen verfügen.

In allen diesen drei Fällen hat die Gemeinde die Planungshoheit inne. Im Rahmen des Bebauungsplanes ist jedoch der sogenannte Typenzwang problematisch. Die Gemeinde ist an § 9 BauGB und die Vorgaben der BauNVO gebunden. Der Typenzwang erfordert, dass bei FFPV-Anlagen, die Gebiete als sogenannte Sondergebiete „Photovoltaik“ darzustellen und festzusetzen sind nach § 11 BauNVO.⁸²

Bei der bereits angesprochenen Mischform der Agri-Photovoltaik (siehe S. 27) stellt sich daher die Frage, wie die Gebietsfestsetzungen mit der landwirtschaftlichen Bewirtschaftung gekoppelt werden können.

Bei einem vorhabenbezogenen B-Plan könnten planungsrechtliche Spielräume genutzt werden, da die Gemeinde das Vorhaben hier ohne Berücksichtigung von § 9 BauGB oder der BauNVO zulassen kann. Allerdings kommt den Vorgaben des BauGB und der BauNVO stets eine Leitfunktion zu, sodass auch im Rahmen eines vorhabenbezogenen Bebauungsplanes die individuelle geordnete städtebauliche Entwicklung beachtet werden muss.⁸³

iii. § 34 BauGB Innenbereich

Ein Vorhaben ist im Innenbereich zulässig, wenn es sich nach Art und Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der Grundstücksfläche, die überbaut werden soll, in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt

81 Dürr in Brügelmann, BauGB § 30 Rn. 11.

82 BeckOK BauNVO-Spannowsky, BauNVO § 1 Rn. 72.

83 BVerwG, NVwZ 2003, 98.

und die Erschließung gesichert ist nach § 34 Abs. 1 S. 1 BauGB. Bei diesem Gebietstyp handelt es sich immer um Fläche in der Nähe von Bebauung, die keinem B-Plan unterliegen.

Das Einfügen in die nähere Umgebung dürfte bei einer Freiflächenphotovoltaikanlage schwer zu begründen sein. Bei diesem Prüfungsschritt werden die tatsächlich vorhandene und die, die nähere Umgebung prägende Bebauung analysiert und geprüft, ob das entsprechende Bauwerk in die Umgebung passt.⁸⁴ Im Allgemeinen dürfte ersteres wegen möglicher Verschattung der Freiflächenphotovoltaikanlage durch höhere Gebäude und wegen der hohen Anforderungen an das Tatbestandskriterium des Einfügens in die nähere Umgebung scheitern. Die Errichtung und der Betrieb einer Freiflächenphotovoltaikanlage sind damit im Innenbereich kaum denkbar. Eine Ausnahme könnte die Park-PV sein (siehe S. 27), diese Anlagen könnten im Innenbereich auf Parkplatzflächen errichtet werden.

iv. § 35 BauGB Privilegierung im Außenbereich

Sofern kein Innenbereich und kein Bebauungsplan vorliegen, kommt die Errichtung einer Freiflächen-PV-Anlage im Außenbereich in Frage. § 35 BauGB definiert sogenannte privilegierte Vorhaben, die im Außenbereich errichtet werden können, obwohl der Außenbereich grundsätzlich von Bebauung freizuhalten ist.

Die Prüfung der Privilegierung von Vorhaben nach § 35 BauGB unterteilt sich in die materielle Prüfung der Absätze 1 und 2. Privilegierte Vorhaben sind nach § 35 Abs. 1 BauGB zulässig, wenn ihnen öffentliche Belange nicht entgegenstehen. Sonstige Vorhaben sind dagegen nach § 35 Abs. 2 BauGB nur im Einzelfall zulässig, wenn ihre Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt und die Erschließung gesichert ist. § 35 Abs. 3 BauGB führt, nicht abschließend, die Beeinträchtigungen öffentlicher Belange auf. Dazu gehören bspw. Darstellungen in Flächennutzungsplänen oder Vorgaben in Raumordnungsplänen. Eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange liegt z.B. dann vor, wenn die Freiflächen-PV-Anlage den Darstellungen des Flächennutzungsplanes widerspricht.

84 BeckOK BauGB- Spannowsky, BauGB § 34.

(a) Freiflächenphotovoltaikanlagen im Außenbereich

§ 35 Abs. 1 BauGB enthält eine abschließende Liste der privilegierten Vorhaben. Aufgeführt ist in Abs. 1 die Privilegierung von land-, forst- und gartenbaulichen Betrieben, öffentlicher Versorgung, Vorhaben mit einer besonderen Anforderung an die Umgebung, Windenergieanlagen und Wasserkraftanlagen, Biomasseanlagen, Kernenergieanlagen und Photovoltaikanlagen in, an und auf Dach- und Außenwandflächen und seit Ende Dezember 2022 auch die Teilprivilegierung von Freiflächenphotovoltaikanlagen auf einer Fläche längs von Autobahnen oder Schienenwegen des übergeordneten Netzes im Sinne des § 2b des Allgemeinen Eisenbahngesetzes mit mindestens zwei Hauptgleisen, sofern die Anlage in einer Entfernung zu diesen von bis zu 200 Metern, gemessen vom äußeren Rand der Fahrbahn, errichtet wird.

Im nachfolgenden werden einige Nummern des § 35 Abs. 1 BauGB herausgegriffen und analysiert, in wie weit eine Freiflächenphotovoltaikanlage unter die Tatbestandskriterien fällt.

Nr. 1 Dienen eines Landwirtschaftlichen Betriebes

Nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB ist ein Vorhaben nur zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen, die ausreichende Erschließung gesichert ist, und, wenn das Vorhaben einem landwirtschaftlichen Betrieb dient und nur einen untergeordneten Teil der Betriebsfläche einnimmt.

Der in § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB verwendete Begriff der Landwirtschaft ist in § 201 BauGB eigenständig geregelt. Landwirtschaft im Sinne des BauGB ist insbesondere „der Ackerbau, die Wiesen- und Weidelandschaft einschließlich Tierhaltung, soweit das Futter überwiegend auf den zum landwirtschaftlichen Betrieb gehörenden, landwirtschaftlich genutzten Flächen erzeugt werden kann, die gartenbauliche Erzeugung, der Erwerbsobstbau, der Weinbau, die berufsmäßige Imkerei und die berufsmäßige Binnenfischerei.“

Dort wird auch die gartenbauliche Erzeugung erwähnt. Die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 BauGB dürfte demnach auch solche Betriebe betreffen, die Pflanzen in Töpfen, Containern oder sonstigen Behältnissen, insbesondere in Gewächshäusern aufziehen.

Ein landwirtschaftlicher Betrieb im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB setzt die drei Produktionsfaktoren Betriebsmittel (bauliche Anlagen und Einrichtungen), menschliche Arbeit (Durchführung der im Betrieb anfal-

lenden Arbeiten) und Bodennutzung (Bewirtschaftung landwirtschaftlicher Flächen, einschließlich Tierhaltung) voraus.⁸⁵ Ein landwirtschaftlicher Betrieb i.S.d. § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB liegt erst dann vor, wenn die Produktionsfaktoren zu einer organisatorischen Einheit zusammengefasst sind und planmäßig von einem Betriebsleiter eingesetzt werden.⁸⁶

Da im Begriff der Landwirtschaft auch Imkerei und Weidewirtschaft umfasst sind, kann bei einer Freiflächenphotovoltaikanlage, bei der Bienenkästen installiert sind oder auf den Flächen neben oder unter den Solarmodulen Schafe weiden bereits von einer Doppelnutzung der Fläche gesprochen werden.⁸⁷

Die Doppelnutzung lässt per se jedoch keinen Schluss darüber zu, ob auch ein landwirtschaftlicher Betrieb vorliegt. Sowohl die Beweidung durch Schafe zum Beispiel im Rahmen von Beweidungsverträgen oder die Imkerei lassen sich ohne landwirtschaftlichen Betrieb realisieren.

Bei klassischen Freiflächenphotovoltaikanlagen, bei denen die Fläche maximal mit Modulen bestückt wird und eher sogar die gegenseitige Beschattung der Module in Kauf genommen wird, um den größtmöglichen Stromertrag zu generieren, kann nicht von einer Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB ausgegangen werden.

Beurteilung bei der Agri-Photovoltaik

Fraglich ist, ob die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit einer Agri-PV Anlage im Gegensatz zu einer Freiflächenphotovoltaikanlage nach derzeitigem Verständnis anders zu beurteilen ist. Eine Agri-PV Anlage, die die landwirtschaftliche Erzeugung mit der Stromerzeugung verbindet, könnte anders zu beurteilen sein, als eine „reine“ Freiflächen-PV Anlage ohne landwirtschaftliche Doppelnutzung. Ein anderes Ergebnis könnte bei einer differenzierten Betrachtung der dienenden Funktion entstehen.

Fraglich ist, ob eine Agri-PV Anlage eine dienende Funktion für einen landwirtschaftlichen Betrieb innehat. Die dienende Funktion für die Landwirtschaft ist nur dann erfüllt, wenn ein vernünftiger Landwirt auch und gerade unter Berücksichtigung des Gebots der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs dieses Vorhaben mit etwa gleichem Verwendungszweck und mit etwa gleicher Gestaltung und Ausstattung für einen entsprechen-

85 Söfker in Spannowsky/Uechtritz, BauGB, § 35 Rn. 5.

86 BVerwGE 41, 138.

87 Charlotte Burtin, Die planungsrechtliche Zulässigkeit von Agri-Photovoltaikanlagen, NVwZ 21/2021, S. 1582, 1583.

den Betrieb errichten würde und das Vorhaben durch diese Zuordnung zu dem konkreten Betrieb auch äußerlich erkennbar geprägt wird.⁸⁸

In anderen Worten des Bundesverwaltungsgerichts dient ein Vorhaben einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb iSv. § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB, wenn es nach der konkreten Wirtschaftsweise dem Betrieb funktional zugeordnet und nach seiner Gestaltung und Ausstattung durch den betrieblichen Verwendungszweck geprägt ist.⁸⁹

Entscheidend ist, ob der betriebsbezogene Anteil der Energieerzeugung gemessen an der Gesamtkapazität der Anlage erheblich ins Gewicht fällt. Überwiegt der den zur Einspeisung in das öffentliche Netz bestimmten Anteil nicht deutlich, fehlt die „dienende Funktion der Anlage“.⁹⁰

Bei einem vergleichbaren Sachverhalt im Bereich der Windenergie hat das BVerwG entschieden, dass die Verwendung von ca. zwei Drittel des in einer Windenergieanlage erzeugten Stroms in einem landwirtschaftlichen Betrieb für die dienende Funktion ausreichend sei.⁹¹

Dennoch wird in der bisher herrschenden Literatur und Rechtsprechung die dienende Funktion der Agri-PV Anlage verneint, da ein vernünftiger Landwirt, die Ausgaben der Anschaffung und die Betriebskosten einer Agri-PV Anlage nicht tätigen wird, um z.B. Hagelschutznetze oder Folientunnel zu ersetzen. Erst in einer Gesamtbewertung der wirtschaftlichen Komponenten mit den Einnahmen durch den Verkauf des Stroms und die gleichzeitigen Einnahmen durch die landwirtschaftlichen Kulturen entstehen Symbioseeffekte der Doppelnutzung. Eine gesamtwirtschaftliche Betrachtung wird bisher jedoch nicht von der Rechtsprechung für die Beurteilung der dienenden Funktion zugelassen, sodass im Ergebnis auch für die Agri-PV eine dienende Funktion nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB für den landwirtschaftlichen Betrieb abgelehnt werden muss.

Nr. 3 Versorgung mit Elektrizität

Nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB könnte eine Privilegierung für Freiflächenphotovoltaikanlagen im Rahmen der öffentlichen Versorgung mit Elektrizität vorliegen. Hiernach ist ein Vorhaben im Außenbereich zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen, die ausreichende Erschließung

88 BVerwG Urt. v. 03.11.1972, AZ 4 C 9.70.

89 BVerwG, Urteil vom 16. Mai 1991 – 4 C 2/89, juris Leitsatz 1.

90 Charlotte Burtin, Die planungsrechtliche Zulässigkeit von Agri-Photovoltaikanlagen, NVwZ 21/2021, S. 1582, 1583.

91 BVerwG Beschluss v. 4.11.2008, Az 4 B 44.08.

gesichert ist, und, wenn das Vorhaben der öffentlichen Versorgung mit Elektrizität dient.

Der Tatbestand des § 35 Absatz 1 Nr. 3 BauGB ist jedoch als Auffangtatbestand konzipiert, der die Vorhaben privilegiert, die in den Nr. 1–3 und 5–7 nicht erfasst werden.⁹² Um dennoch nicht Tür und Tor für die Errichtung zahlreicher Vorhaben im Außenbereich zu öffnen, hat das Bundesverwaltungsgericht grundlegend dazu entschieden, dass diese Privilegierung eng auszulegen ist.⁹³ Verlangt wird eine besondere Beziehung zum Außenbereich. Diese Beziehung muss in Form einer Bewertung ergeben, dass das Vorhaben ausschließlich im Außenbereich errichtet werden soll.⁹⁴ Anlagen und Einrichtungen zur Stromversorgung der Betriebe nach Nr. 3 (z.B. Windenergieanlagen) können dazu gehören, wenn der erzeugte Strom im Betrieb verwandt wird.⁹⁵

Das BVerwG schränkt dieses Tatbestandskriterien jedoch entgegen dem Wortlaut der Vorschrift, durch das zusätzliche Kriterium der Ortsgebundenheit weiter ein. Dadurch verlangt das BVerwG, dass nur für solche öffentlichen Versorgungseinrichtungen die Privilegierung in Betracht kommt, die aus funktionellen oder topografischen Gründen auf einen bestimmten Standort angewiesen und dadurch ortsgebunden sind.⁹⁶ Nicht ausreichend für die Privilegierung ist somit, dass die Anlage zwar im Außenbereich errichtet werden muss, aber nicht auf einen bestimmten Standort angewiesen ist. Ortsgebundenheit bedeutet, dass die Anlage nur an einem bestimmten Punkt errichtet werden kann und der Betrieb der Anlage somit nur an einem bestimmten Standort im Außenbereich möglich ist, die Anlage damit auf die geographische oder die geologische Eigenart der Stelle angewiesen ist, weil der Betrieb der Anlage an einem andern Ort ihren Zweck verfehlen würde.⁹⁷ Eine nur generelle Zuweisung zum Außenbereich reicht für die Ortsgebundenheit nicht aus.⁹⁸ Außerdem reiche es nicht aus, dass ein

92 BeckOK BauGB-*Spannowski/Uechtritz*, § 35 Rn. 26.

93 BeckOK BauGB-*Spannowski/Uechtritz*, § 35 Rn. 26; BVerwGE 41, 138 = DVBl 1973, 643; BVerwGE 50, 346 = NJW 1977, 199.

94 BeckOK BauGB-*Spannowski/Uechtritz*, § 35 Rn. 26.

95 BeckOK BauGB-*Spannowski/Uechtritz*, § 35 Rn. 26.

96 Brügelmann-Dürr, Baugesetzbuch, § 35 Rn. 67.

97 Brügelmann-Dürr, Baugesetzbuch, § 35 Rn. 68; BVerwG 19.04.2012 – 4 C 10.13 – NVwZ 2012, 1631 Rn. 15; BVerwG 4 C 2.12 Urteil vom 20.06.2013, Rn. 11.

98 Brügelmann-Dürr, Baugesetzbuch, § 35 Rn. 68; BVerwG 07.05.1976 – IV C 43.74.

Standort Lagevorteile biete, das Vorhaben müsse vielmehr mit dem Standort „stehen und fallen“.⁹⁹

In einer jüngeren Entscheidung ist das BVerwG im Falle der Installation einer Mobilfunktisdeanlage davon abgerückt und hat anstelle der Ortsgebundenheit nur noch eine Raum- bzw. Gebietsgebundenheit in Modifikation des Tatbestandskriteriums der Ortsgebundenheit verlangt.¹⁰⁰ Dennoch gleichzeitig betont, dass die Gebundenheit an einen Raum nicht vorliegt, wenn der gesamte Außenbereich einer Gemeinde oder einer Vielzahl von Gemeinden als potentiell geeigneter Standort in Betracht kommt.¹⁰¹

Das Gebot der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs ist dabei das Leitbild und legt die Auslegungsstruktur des § 35 BauGB fest.¹⁰² Vor diesem Hintergrund hat das BVerwG entschieden, dass das einschränkende Korrektiv in die Prüfung der Ortsgebundenheit eine Verhältnismäßigkeitsprüfung darstellen soll.¹⁰³

Wie oben dargestellt reicht es für die Privilegierung nach den Anforderungen der Rechtsprechung nicht aus, wenn der gesamte Außenbereich einer Gemeinde oder einer Vielzahl von Gemeinden als potentieller Standort für Freiflächenphotovoltaikanlagen in Erwägung gezogen werden kann. Für Freiflächenphotovoltaikanlagen dürfte das jedoch der Fall sein. Sofern keine große Verschattung droht, der Boden sich für die Befestigung der Aufständigung eignet und keine naturschutzfachlichen Belange tangiert werden, ist die Errichtung einer Freiflächenphotovoltaikanlage nicht raum- bzw. gebietsbezogen. Ein zwingender Gebiets- oder Raumbezug kann daher für die Errichtung einer Freiflächenphotovoltaikanlagen nicht konstruiert werden.

*Ausblick-Konzept Regionale Energiewaben*¹⁰⁴

Eine Privilegierung nach § 35 Absatz 1 Nr.3 ließe sich erst dann erwägen, wenn die Bundesrepublik für die Stromversorgung mit Freiflächenphotovoltaikanlagen in sogenannte Wabenstrukturen – vergleichbar bei

99 Brügelmann-Dürr, Baugesetzbuch, § 35 Rn. 69; BVerwG 5.7.1974; 18.12.1995 – 4 B 260.95 – DÖV 1996, 380 = BauR 1996, 362 = BRS 57 Nr. 107 = NVwZ-RR 1996, 483.

100 BVerwG 4 C 2.12 Urteil vom 20.06.2013, Leitsatz, Rn. 12.

101 BVerwG 4 C 2.12 Urteil vom 20.06.2013, Rn. 11.

102 BVerwG 4 C 2.12 Urteil vom 20.06.2013, Rn. 14.

103 BVerwG 4 C 2.12 Urteil vom 20.06.2013, Rn. 16.

104 https://ec.europa.eu/regional_policy/de/projects/germany/energy-cells-transforming-cross-border-renewable-power-supply-in-the-greater-region (zuletzt aufgerufen am 05.04.2024).

den Mobilfunknetzen eingeteilt werden würde, um eine möglichst lokale Energieversorgung zu ermöglichen.¹⁰⁵ Denkbar wäre sogar die einzelnen Waben nach benötigtem Strombedarf und der vorhandenen und der benötigten lokalen Erzeugung einzuteilen und gezielt dahingehend erneuerbare Energien auszubauen, um eine Versorgungsautarkie anzustreben. Eine derartige gewollte dezentrale und autarke Energieversorgung aus erneuerbaren Energiequellen lässt sich bei den politischen Entscheidungsträgern derzeit jedoch nicht erkennen, und erst recht nicht in den Privilegierungstatbeständen des § 35 BauGB ablesen, obwohl das Windenergieflächenbedarfsgesetz zumindest für die Windenergieanlagen auf Bundeslandebene ähnliche Ideen in Gesetzesform gießt.

Da eine solche Standortgebundenheit bzw. das Stehen und Fallen der Projektrealisierung nicht an einen Standort geknüpft werden kann, scheidet eine Privilegierung von Freiflächenphotovoltaikanlagen nach § 35 Absatz 1 Nr. 3 BauGB aus.

Nr. 8a Photovoltaik auf Dachflächen

Einzig der Privilegierungstatbestand des Nr. 8 nennt ausdrücklich die Photovoltaik. Erst durch die Gesetzesänderung vom 30.07.2011 wurde die Privilegierung nach § 35 Absatz 1 Nr. 8 BauGB eingefügt. Die Photovoltaik ist dann privilegiert, wenn sie „in, an und auf Dach- und Außenwandflächen installiert worden ist und das Gebäude zulässigerweise errichtet und genutzt wird und die Anlage dem Gebäude baulich untergeordnet ist.“¹⁰⁶

Hierin wird jedoch ausdrücklich die Solarnutzung mit der Installation auf Aufdachanlagen verknüpft, herkömmliche gebäudeunabhängige Anlagen sind nicht von dem Privilegierungstatbestand erfasst.¹⁰⁷

Nr. 8b Teilprivilegierung von Freiflächenphotovoltaikanlagen

Zum Januar 2023 wurde eine neue Teilprivilegierung für Freiflächenphotovoltaikanlagen im Außenbereich eingeführt. Diese Privilegierung ist jedoch räumlich begrenzt auf Flächen, die längs von Autobahnen und Schienenwegen des übergeordneten Netzes im Sinne des § 2b des Allgemeinen Eisen-

105 https://ec.europa.eu/regional_policy/de/projects/germany/energy-cells-transforming-cross-border-renewable-power-supply-in-the-greater-region (zuletzt aufgerufen am 05.04.2024).

106 Verwaltungs- und nachbarrechtliche Probleme des Einsatzes von Photovoltaikanlagen, Fritsche, LKV, 2020, 49.

107 Charlotte Burtin, Die planungsrechtliche Zulässigkeit von Agri-Photovoltaikanlagen, NVwZ 21/2021, S. 1582, 1583.

bahngesetzes mit mindestens zwei Hauptgleisen und einer Entfernung zu diesen von bis zu 200 Metern, gemessen vom äußeren Rand der Fahrbahn liegen.

In der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses findet sich die Begründung für die Einführung der Teilprivilegierung: Aufgrund der bereits vorliegenden optischen und akustischen Belastungen, kann auf den zukünftig privilegierten Flächen auf die Durchführung eines Planverfahrens verzichtet werden.¹⁰⁸

Die Formulierung ist dabei angelehnt an § 48 Abs.1 S.1 Nr.3 c) aa) EEG 2023, wobei die Privilegierung nur auf 200 Meter ausgedehnt wurde, entgegen des 500 Meter Förderkorridors des EEG 2023.¹⁰⁹

(b) Privilegierung nach § 35 Absatz 2 BauGB

Wenn keiner der Privilegierungstatbestände aus § 35 Abs.1 BauGB greift, kann ein Vorhaben im Einzelfall zugelassen werden, wenn dessen Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt und die Erschließung gesichert ist nach § 35 Abs.2 BauGB.

Durch diese Formulierung wird deutlich, dass ein Rangverhältnis zwischen § 35 Abs.2 und Abs.1 BauGB vorliegt. Abs.2 besitzt gegenüber Abs.1 nur eine nachgeordnete Rolle. Deutlich wird das in der Formulierung „sonstige Vorhaben können im Einzelfall zugelassen werden“, diese Einzelfallprüfung legt bereits den Ausnahmecharakter dieser Vorschrift offen. Daneben darf das Vorhaben keine öffentlichen Belange beeinträchtigen, anders als in Abs.1, hier dürfen öffentliche Belange nicht entgegenstehen.

Als Auslegungshilfe für die Beeinträchtigung öffentlicher Belange wird dabei der § 35 Abs.3 BauGB herangezogen. Sobald eines der Belange in § 35 Abs.3 beeinträchtigt ist, scheidet eine Zulässigkeit nach § 35 Abs.2 BauGB meist aus.

Eine Anlagenrealisierung vom FFPV dürfte unter dem Dach des § 35 Abs.2 Bau meist an folgenden Kriterien scheitern: Widerspruch zu den Darstellungen des Flächennutzungsplanes, Hervorrufen schädlicher Umwelteinwirkungen, Belange des Naturschutzes, sowie Beeinträchtigungen von Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur, die Gefährdung der

108 Deutscher Bundestag vom 30.11.2022, Drucksache 20/4704, S. 17.

109 Deutscher Bundestag vom 30.11.2022, Drucksache 20/4704, S. 17.

Wasserwirtschaft, des Hochwasserschutzes oder an der Verunstaltung des Orts- und Landschaftsbildes nach § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB.¹¹⁰

(c) Zwischenergebnis für das Bauplanungsrecht

Freiflächenphotovoltaikanlagen sind im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 BauGB nur im Rahmen des § 35 Abs. 1 Nr. 8b BauGB privilegiert, anders als gebäudeabhängige PV-Anlagen gem. § 35 Abs. 1 Nr. 8a BauGB.

II. Darstellung von Flächensicherungsinstrumenten

Bei Photovoltaikanlagen wird zunächst aufgrund der Bauart differenziert. Eine das Dach ersetzende Anlage (integrierte Anlage) stellt grundsätzlich einen wesentlichen Bestandteil des Gebäudes nach § 94 Abs. 2 BGB und damit auch des Grundstücks dar.¹¹¹ Bei der Errichtung einer Freiflächenphotovoltaikanlage dagegen handelt es sich um ein Bauwerk.¹¹² Bei einer FFPV Anlage handelt es sich grundsätzlich um einen wesentlichen Bestandteil eines Grundstücks, selbst, wenn die Anlage mittels eines rückbaubaren Fundaments (Rammfundament) errichtet worden ist.¹¹³

Um den Eigentumsübergang bei Errichtung der FFPV Anlage zu verhindern, wird vertraglich meist, auch in Bezug auf die Finanzierungswürdigkeit (bankability) und Akzeptanz auf Seiten der Investoren¹¹⁴, zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Betreiber der Anlage (falls diese Personen auseinander fallen) eine Vereinbarung geschlossen, in der festgehalten wird, das die Freiflächenanlage nur ein Scheinbestandteil des Grundstücks nach § 95 BGB ist.¹¹⁵

Um den Zugang zum Grundstück und das Nutzungsrecht am Grundstück, darüberhinaus auch noch dinglich zu sichern, wird in den meisten Fällen eine beschränkt-persönliche Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen.

110 Deutscher Bundestag vom 30.11.2022, Drucksache 20/4704, S. 17.

111 *Goldbach/ Klos* in: Schneider, ZVG, D. VII 8. Rn. 143.

112 Joseph Schnitzler, Rechtssicherheit bei Planung und Installation von PV-Anlagen, S. 51; BGH, Urteil vom 02.06.2016, Az. VII ZR 348/13.

113 OLG Bamberg v. 12.01.2012 – 6 W 38/11, MDR 2012, 904; Erman/Schmidt, § 94 Rn. 12.

114 Vgl. bei Onshore-Windenergieanlagen: Böttcher/Faßbender/Waldhoff, Erneuerbare Energien, § 2 Onshore-Windenergieanlagen, Rn. 4.

115 *Goldbach/ Klos* in: Schneider, ZVG, D. VII 8. Rn. 143.

In der überwiegenden Anzahl von Fällen wird die Anlage daher von einem Dritten in Ausübung eines Pachtrechts und/oder einer beschränkt-persönlichen Dienstbarkeit zu einem nur vorübergehenden Zweck auf einem Grundstück errichtet und betrieben.

Bei der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit handelt es sich um ein subjektiv-persönliches Recht gemäß § 1090 BGB.¹¹⁶ Das in drei unterschiedlichen Varianten erteilt werden kann: die Untersagung der Vornahme bestimmter Handlungen, der Ausschluss der Ausübung eines Rechts oder die Nutzung eines Grundstücks in einzelnen Beziehungen.¹¹⁷ Eine Kumulation mehrerer Varianten ist dabei möglich und vor allem bei der Sicherung der Errichtung und des Betriebs von Photovoltaikanlagen üblich.¹¹⁸

1. Zivilrechtliche Aspekte der Flächensicherung

Sofern der Betreiber der Freiflächenanlagen nicht zugleich Eigentümer des Grundstücks ist, auf der die Freiflächenphotovoltaikanlagen errichtet werden soll, ist ein Pachtvertrag /Mietvertrag zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Betreiber zu schließen.

Der Pachtvertrag bzw. Mietvertrag für die Errichtung und den Betrieb einer Freiflächenphotovoltaikanlage zwischen der Betreibergesellschaft und der Grundstückseigentümerin sollte zu folgenden Punkten eine Regelung treffen:¹¹⁹

- Die Eigentumsrechte an der Freiflächenphotovoltaikanlage sollten bei der Projektgesellschaft liegen.
- Die Anlage darf nur zu einem vorübergehenden Zweck am Standort installiert werden und muss nach Betriebszeit wieder zurückgebaut werden, sodass die Anforderungen des § 95 BGB erfüllt werden (die Anlage sollte ein Scheinbestandteil des Grundstücks sein).
- Das Vertragswerk sollte eine ausdrückliche Rückbauverpflichtung enthalten, nach der die Anlage nach Beendigung des Pachtvertrages bzw. Mietvertrages vollständig zu entfernen ist.

116 Münchener Kommentar-Mohr, Vorbemerkungen zu § 1018, Rn. 8.

117 Münchener Kommentar-Mohr, Vorbemerkungen zu § 1018, Rn. 8.

118 Kappler, ZNotP 2007, 257, 260; Münchener Kommentar-Mohr, Vorbemerkungen zu § 1018, Rn. 8.

119 Die Punkte finden sich im Leitfaden der Umweltbank zur Finanzierung von Photovoltaik-Anlagen, S. 6.

- Eine Übernahme- bzw. Kaufoption sollte für die Vermieterin bzw. Verpächterin nicht enthalten sein
- Auf das Vermieterpfandrecht bzw. das Verpächterpfandrecht sollte verzichtet worden sein
- Der Pachtvertrag oder der Mietvertrag sollten zeitlich befristet sein, damit eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen werden kann. Dabei sollte darauf geachtet werden, dass die Vertragslaufzeit nicht 30 Jahre überschreitet, damit der Vertrag nicht ordentlich kündbar ist.
- Vereinbarung eines Entgeltes für die Vermietung bzw. Verpachtung
- Regelung eines Eintrittsrechts für das finanzierende Kreditinstitut und Recht zur Benennung einer dritten Person durch das finanzierende Kreditinstitut, zum Vertragseintritt und als Rechtsnachfolgerin der Pächterin
- Sicherstellung der Kenntnisnahme beim Grundstückseigentümer der ggf. stattgefundenen Sicherungsübereignung an das finanzierende Kreditinstitut
- Zustimmungserfordernis für das finanzierende Kreditinstitut, sofern Vertragsänderungen das Sicherungsinteresse des finanzierenden Kreditinstitutes betreffen.
- Dienstbarkeiten und Vormerkungen sollten eingetragen sein
- Verpflichtung des Grundstückseigentümers, dass sofern ein Verkauf ansteht, der Grundstückseigentümer die Käufer über den bestehenden Nutzungsvertrag und geschlossene Nachträge informiert und diese zu einer entsprechenden Übernahme verpflichtet¹²⁰

2. Dingliche Sicherung des Standorts und der Anlage

Sofern ein Kreditinstitut bei der Finanzierung der Freiflächenphotovoltaikanlage mitwirkt und Betreiber und Flächeneigentümer nicht identisch sind, können verschiedene dingliche Sicherungsinstrumente für die Finanzierung der Anlage notwendig werden.

Zum einen wird voraussichtlich eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit für die Betreibergesellschaft¹²¹ der Anlage einzutragen sein, genau wie Vormerkungen für die Eintragung einer inhaltsgleichen beschränkt persönlichen Dienstbarkeit für die Kreditgeberin. Diese Rechte sollten im Gleichrang zueinander eingetragen werden. Diese Rechte sind einzutragen, um u.a. das Betretungsrecht des Betreibers für meist 20 Jahre zu sichern.

120 Finanzierung von Photovoltaik-Anlagen – Ein Leitfaden der UmweltBank, S. 6.

121 Also für die Kreditnehmerin.

Ein Rangrücktritt ist meist für alle eingetragenen Rechte in Abteilung III des Grundbuchs einzuholen, dazu gehören zum Beispiel Grundschulden, Rentenschulden, Hypotheken, Sicherungshypotheken und Zwangssicherungshypotheken. Daneben sind Rangrücktritte für wertmindernde Rechte aus Abteilung II des Grundbuchs einzutragen, wie zum Beispiel Auflassungsvormerkungen, Leibgedinge, Rückauflassungsvormerkungen und Reallasten.¹²²

3. Öffentlich-rechtliche Aspekte der Flächensicherung

Als öffentlich-rechtliches Sicherungsmittel kommen vor allem das landesrechtliche Instrument der Baulasten zur Anwendung. Danach können zur Sicherung von öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen Baulasten eingetragen werden.¹²³ Dieses Sicherungsinstrument kommt vor allem bei der Sicherung von Abstandsflächen auf Nachbargrundstücken oder zur Sicherung von Brandschutzvorgaben zur Anwendung.

III. Beihilferecht / Förderung

1. EEG

Förderrechtlich sind zunächst die Regelungen des EEG zu beachten. Grundsätzlich ist eine EEG Förderung wie oben dargestellt für eine Baugenehmigung nicht notwendig. Es ist daher möglich auch außerhalb des EEG-Förderregimes FFPV zu errichten und zu betreiben.

Im EEG 2023 ist geregelt worden, dass die Stromversorgung vollständig auf erneuerbare Energien umzustellen ist nach § 1 EEG, wobei die Errichtung und der Bau von erneuerbaren Energien Anlagen im überragenden öffentlichen Interesse liegt und der öffentlichen Sicherheit dient, solange das Bundesgebiet nahezu treibhausgasneutral ist gem. § 2 Satz 1 EEG 2023.

a. Netzzugang

FFPV Anlagen sind Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien iSd. § 3 Nr. 21 EEG 2023. Damit steht der Betreiberin einer FFPV

122 Finanzierung von Photovoltaik-Anlagen – Ein Leitfaden der UmweltBank, S. 6.

123 Hornmann HBO, 4. Aufl. 2022, HBO § 85 Rn. 7.

Anlage ein Anspruch gegenüber dem Netzbetreiber auf vorrangigen Netzanschluss nach § 8 Abs. 1 EEG 2023 zu. Besonders hervorzuheben ist dabei § 8 Abs. 4 EEG 2023, nachdem die Pflicht zum Netzanschluss auch dann besteht, wenn die Abnahme des Stroms erst durch die Optimierung, die Verstärkung oder den Ausbau des Netzes möglich wird.

Neben dem Anspruch auf Netzzugang, müssen Netzbetreiber vorbehaltlich des § 13 EnWG, den gesamten Strom aus der FFPV-Anlage unverzüglich physikalisch abnehmen, übertragen und verteilen, sofern der Anlagenbetreiber den Strom im Rahmen der Marktprämie, der Einspeisevergütung nach § 21 Abs. 1 Nr. 1–3, dem Mieterstromzuschlag oder der sonstigen Direktvermarktung veräußert.

b. Förderrahmen bei FFPV

Die Fördersätze für Photovoltaikanlagen sind aufgeteilt in Fördersätze nach dem sogenannten ersten Segment nach § 37 EEG 2023 und dem zweiten Segment nach § 38 c EEG 2023. Das zweite Segment beschränkt sich ausschließlich auf Anlagentypen, die auf, an oder in einem Gebäude oder einer Lärmschutzwand errichtet werden.

Das Anlagensegment Nummer 1 bezieht sich auf Freiflächenphotovoltaikanlagen, die auf den Flächenkategorien nach § 37 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 EEG 2023 errichtet werden, dazu gehören die Flächen, die kein entwässerter, landwirtschaftlich genutzter Moorboden sind. Dazu gehören ferner Flächen innerhalb von Bebauungsplänen oder Anlagen auf künstlichen Gewässern nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe j) in Verbindung mit § 3 Nr. 4 WHG und besondere Solaranlagen, wie die Agri-PV, die auf Ackerflächen, auf Flächen mit Dauerkulturen oder mehrjährigen Kulturen errichtet werden. Daneben zählen zu den besonderen Anlagenstandorten, diejenigen auf Grünland, auf Parkplatzflächen oder auf Moorböden. Jede dieser Flächenkategorien besitzt darüber hinaus noch weitere Anforderungen geregelt in den § 37 ff EEG 2023.

Die Vergütungshöhe für Anlagen des ersten Segments wird durch Ausschreibung ermittelt, wobei Freistellungen von der Ausschreibungspflicht für Bürgerenergiegesellschaften nach § 22 Abs. 3, 2. Absatz Nr. 2 EEG 2023 und für Solaranlagen bis einschließlich 1 MW installierter Leistung nach Nr. 1 geschaffen worden sind.

Die Fördermöglichkeiten nach dem EEG sind bei Freiflächenphotovoltaikanlagen beschränkt auf Anlagen, deren installierte Leistung 20 Megawatt nicht überschreitet gemäß § 38a Abs. 1 Nr. 5 Buchstabe a). Außerdem dür-

fen sich die Anlagen nicht auf einer Fläche befinden, die zum Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplanes rechtsverbindlich als Naturschutzgebiete oder als Nationalpark festgesetzt worden sind nach § 38a Abs. 1 Nr. 5 Buchstabe b).

c. Förderrahmen für Agri-PV

Mit dem EEG 2023 ist eine Fördermöglichkeit für Agri-PV, neben den Innovationsausschreibungen eingeführt worden. Gefördert werden können Freiflächensolaranlagen, auf Ackerflächen, die kein Moorboden sind, mit gleichzeitig landwirtschaftlichem Nutzpflanzenanbau oder Anlagen auf Flächen mit angepflanzten Dauerkulturen oder mehrjährige Kulturen.

Sofern die Anlage in einer lichten Höhe von mindestens 2,10 Metern über dem Boden aufgeständert wird, erhöht sich der Vergütungsanspruch nach § 38 b Abs. 1 EEG 2023, sofern die Anlage in den nächsten 5 Jahren einen Zuschlag erhält.

2. Landwirtschaftliche Förderung in Form der Flächenprämie

Grundsätzlich gewährt die Europäische Union nur Direktzahlungen für primär landwirtschaftlich genutzte Flächen. Im Sinne dieses Grundverständnisses wurde in § 12 Abs. 4 Nr. 6 GAPDZV geregelt, dass Flächen auf denen sich Anlagen zur Nutzung von solarer Strahlungsenergie befinden als nicht landwirtschaftliche Flächen gelten. Somit sind Flächen auf denen FFPV Anlagen errichtet worden sind grundsätzlich nicht förderfähig.

3. Ausnahme Agri-PV

Zu dieser Regelung wurde eine Ausnahme für Agri-PV Anlagen geschaffen nach § 12 Abs. 4 Nr. 6 EEG 2023. Flächen, auf denen eine Agri-PV Anlage errichtet worden ist, sind förderfähig, sofern nach § 12 Abs. 5 GAPDZV eine Bearbeitung der Fläche unter Einsatz üblicher landwirtschaftlicher Methoden, Maschinen und Geräte nicht ausgeschlossen ist (1) und die landwirtschaftlich nutzbare Fläche unter Zugrundelegung der DIN SPEC 91434:2021-05 um höchstens 15 % verringert ist (2). In Konsequenz dessen sind 85 % der Fläche, die der Ermittlung des Prozentsatzes zugrunde liegen, förderfähig.