

Klimakrisenrecht

Herausgegeben von
PHILLIP HELLWEGE
und DANIEL WOLFF

Mohr Siebeck

Klimakrisenrecht

herausgegeben von
Phillip Hellwege und Daniel Wolff

Mohr Siebeck

Phillip Hellwege ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Rechtsgeschichte an der Universität Augsburg.
orcid.org/ 0000-0001-9012-2682

Daniel Wolff ist Inhaber der Juniorprofessur für Öffentliches Recht an der Universität Augsburg.

ISBN 978-3-16- 163885-5 / eISBN 978-3-16- 163886-2
DOI 10.1628/978-3-16- 163886-2

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen [2024]. www.mohrsiebeck.com

© [Phillip Hellwege], [Daniel Wolff] (Hg.); Beiträge: jeweiliger Autor/jeweilige Autorin.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International“ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung der jeweiligen Urheber unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von AZ Druck und Datentechnik in Kempten auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Anstrengungen beim Ausbau erneuerbarer Energien dargestellt am Beispiel von Agri-Photovoltaikanlagen*

Martin Kment und Torben Buck

I.	Eine Antwort auf die Klimakrise: Förderung von Photovoltaik im bauplanungsrechtlichen Außenbereich	366
II.	Politische Ausbaustrategie und steigender Strombedarf	367
	A. Schlüsselrolle von Photovoltaikanlagen	367
	B. Gesetzgeberische Anstrengungen	368
III.	Gegenstand der neuen Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB: Die Agri-Photovoltaikanlagen	369
	A. Einordnung der Agri-Photovoltaikanlagen in die Freiflächenphotovoltaiktechnik	369
	1. Agri-Photovoltaikanlagen als besondere Photovoltaikanlagen	369
	a) Flächenmerkmale	370
	b) Zulässige Technik	370
	2. Vorteile von Agri-Photovoltaikanlagen	371
	B. Weitere planungsrechtliche Einschränkungen der Privilegierung in § 35 Abs. 1 BauGB	372
	1. Räumlich-funktionaler Zusammenhang zum Betrieb	372
	a) Betrieb	373
	b) Räumlich-funktionaler Zusammenhang	373
	2. Begrenzung der Grundfläche auf 25.000 Quadratmeter	374
	3. Begrenzung der Anzahl der Anlagen	374
	4. Bewertung: Verbleibende Potenziale	375
IV.	Entgegenstehende öffentliche Belange und raumordnungsrechtliche Vorgaben	375
	A. Keine dem Vorhaben entgegenstehenden öffentlichen Belange	375
	1. Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege	376
	2. Natürliche Eigenart der Landschaft und ihr Erholungswert	377
	3. Orts- und Landschaftsbild	377
	4. Besonderheiten bei der Abwägung entgegenstehender Belange	378
	B. Raumordnerische Vorgaben	378
V.	Weitergehende Überlegungen	379
	A. Interessenkonflikt durch neues Genehmigungsregime	379
	B. Auswirkungen der Novellierung auf andere Regelungsregime und Verbesserungspotential	380
	1. Anpassungen des UVPG und EEG	380
	2. Absehen von einer Konzentrationszonenplanung	381
VI.	Fazit: Aufbruch zur Bewältigung der Klimakrise	382

* Alle Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 14.4.2024.

I. Eine Antwort auf die Klimakrise: Förderung von Photovoltaik im bauplanungsrechtlichen Außenbereich

Um die Klimakrise zu bewältigen, muss auch das deutsche Verwaltungsrecht ertüchtigt werden. Daher machte es sich die Bundesregierung für die 20. Wahlperiode des Deutschen Bundestags zur gemeinsamen Aufgabe, den Ausbau der erneuerbaren Energien drastisch zu beschleunigen und alle (rechtlichen) Hürden und Hemmnisse aus dem Weg zu räumen.¹ Diese Anstrengungen entsprechen dem selbst auferlegten gesetzlichen Ziel des § 1 Abs. 1 EEG,² wonach „im Interesse des Klima- und Umweltschutzes die Transformation zu einer nachhaltigen und treibhausgasneutralen Stromversorgung“ voranzutreiben ist, „die vollständig auf erneuerbaren Energien beruht“. Zur Erreichung dieses Ziels soll der Anteil des aus erneuerbaren Energien erzeugten Stroms am Bruttostromverbrauch im Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland einschließlich der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone auf mindestens 80 % im Jahr 2030 gesteigert werden, § 1 Abs. 2 EEG. Nach Vorstellung der Bundesregierung sollen dabei fünf Quellen zukünftig die Stromversorgung in Deutschland dominieren: Wind an Land, Photovoltaik, Wind auf See, Importe von erneuerbarem Strom und zuletzt Kraftwerke, die grünen Wasserstoff nutzen.³

Der Ausbaufortschritt, der erreicht werden muss, um die Abkehr von fossilen Brennstoffen zu vollziehen und zur Abwendung der Klimakrise eine treibhausgasneutrale Stromversorgung zu etablieren, ist nicht planlos sich selbst überlassen. Vielmehr beziffert der Gesetzgeber im Erneuerbare-Energien-Gesetz konkrete anvisierte Etappenziele. Dabei ist auffällig, dass gemäß § 4 Nr. 3 EEG die Leistung aus der Solarenergie deutlich über der Leistung liegen soll, die aus Windenergie an Land (§ 4 Nr. 1 EEG), Windenergie auf See (§ 1 Abs. 2 WindSeeG⁴) oder sonst einer Quelle erneuerbarer Energien (vgl. etwa § 4 Nr. 4 EEG) gewonnen werden soll. Solarenergie ist folglich der Kernbestandteil der deutschen Energietransformation.

Zum Zweck des verstärkten Ausbaus von Photovoltaikanlagen im Rahmen der Energiewende hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Stärkung der Digitalisierung im Bauleitplanverfahren und zur Änderung weiterer Vorschriften am 3.7.2023 die Privilegierung von bestimmten Agri-Photovoltaikanlagen im bauplanerischen Außenbereich beschlossen.⁵ Gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB

¹ Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit. Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP (2021), 56.

² Erneuerbare-Energien-Gesetz v. 21.7.2014 (BGBl. 2014 I, 1066), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes v. 26.7.2023 (BGBl. 2023 I, Nr. 202).

³ Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK), Photovoltaik-Strategie – Handlungsfelder und Maßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der Photovoltaik (2023), 5.

⁴ Windenergie-auf-See-Gesetz v. 13.10.2016 (BGBl. 2016 I, 2258, 2310), zuletzt geändert durch Art. 14 des Gesetzes v. 22.3.2023 (BGBl. 2023 I, Nr. 88).

⁵ BGBl. 2023 I, Nr. 176.

ist nun im Außenbereich ein Vorhaben privilegiert, wenn es der Nutzung solarer Strahlungsenergie durch besondere Solaranlagen im Sinne des § 48 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 lit. a, b oder c EEG dient und weitere, dort näher aufgeführte Voraussetzungen erfüllt.

II. Politische Ausbaustrategie und steigender Strombedarf

A. Schlüsselrolle von Photovoltaikanlagen

Das Verlangen nach elektrischer Energie wird durch die Energiewende nicht zurückgehen; ganz im Gegenteil: Es ist mit einem gewaltigen Anstieg allein durch Elektrifizierungsprozesse im Verkehr und in der Industrie zu rechnen.⁶ Im Jahr 2022 lag der Stromverbrauch in Deutschland bei 484,2 TWh. Hiervon wurden 233,9 TWh aus erneuerbaren Energien erzeugt;⁷ dies entspricht einem Anteil der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien von 48,3 %. Zur Stromerzeugung dieser erneuerbaren Energien waren knapp 150 GW Kapazität installiert, wovon die Photovoltaiktechnik einen Anteil von 67 GW (45 %) ausmachte.⁸

Für das Jahr 2030 wird in Deutschland aufgrund der eingeleiteten Verkehrs- und Wärmewende mit einem steigenden Brutto-Strombedarf von insgesamt etwa 750 TWh gerechnet.⁹ Gemäß § 1 Abs. 2 EEG sollen hiervon mindestens 80 % aus erneuerbaren Energien abgedeckt werden, mithin 600 TWh.¹⁰ Um diesen Zielwert zu erreichen, würden – in Anlehnung an die Daten aus dem Jahr 2022 – etwa 385 GW installierte Kapazität aus erneuerbaren Energien benötigt. Dies entspräche einer Steigerung von 235 GW bzw. 150 % in acht Jahren.

In § 4 EEG hat der Gesetzgeber skizziert, dass für das Jahr 2030 insgesamt 215 GW an installierter Leistung für die Nutzung von Photovoltaik angestrebt werden; Photovoltaik soll also einen maßgeblichen Anteil zum Erfolg der

⁶ *BMWK*, Umsetzungsplan für Deutschland („Marktreformplan“) nach Art. 20 Verordnung (EU) 2019/943 über den Elektrizitätsbinnenmarkt (2022), 6, abrufbar unter https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/U/umsetzungsplan-fur-deutschland-markt-reformplan-nach-art-20-verordnung-eu-2019-943-uber-den-elektrizitatsbinnenmarkt.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

⁷ *Bundesnetzagentur*, Pressemitteilung v. 4.1.2023, abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Presse/Pressemitteilungen/2023/20230104_smar.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

⁸ *BMWK* (Fn. 3), 5.

⁹ *BMWK* (Fn. 6), 6.

¹⁰ *Bundesregierung*, Pressemitteilung v. 25.4.2023, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/schwerpunkte/klimaschutz/energiewende-beschleunigen-2040310#:~:text=Steigender%20Strombedarf%20eingerechnet&text=2030%20sollen%20daher%20rund%20600,Bruttostromverbrauch%20von%20etwa%20750%20TWh%20>.

Energiewende und zur Abwendung der Klimakrise beitragen.¹¹ Diese Schwerpunktsetzung begründet sich dadurch, dass Photovoltaiktechnik inzwischen zu einer vergleichsweise kostengünstigen Stromerzeugungsquelle geworden ist, die weltweit erhebliches Entwicklungs- und Wachstumspotential aufweist.¹²

B. Gesetzgeberische Anstrengungen

Um dem Ausbau von Photovoltaikanlagen noch einen stärkeren Schub zu verschaffen, wird ihre Förderung in zwei aufeinanderfolgenden Gesetzespaketen – dem Solarpaket I und II – in Angriff genommen. Die Neuregelungen sollen das Tempo beim Ausbau von Photovoltaikanlagen auf Dächern und Gebäuden durch einfachere Verfahren und Abbau von Bürokratie erhöhen sowie den Ausbau von Freiflächenanlagen stärken.¹³ Der Schwerpunkt dieser Photovoltaikstrategie soll dabei auf der kurz- und mittelfristigen Perspektive liegen mit dem Ziel, in der laufenden Legislaturperiode noch möglichst viele Maßnahmen umzusetzen.¹⁴

Einen ersten Schritt hierfür hat der Gesetzgeber nun mit der Einführung des neuen § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB getan, welcher die Privilegierung bestimmter Agri-Photovoltaikanlagen im Außenbereich regelt. Diese Neuregelung findet sich jedoch überraschenderweise nicht im Solarpaket I.¹⁵ Vielmehr wurde sie zeitlich vorgezogen und in ein anderes Gesetzespaket – das Gesetzespaket zur Stärkung der Digitalisierung im Bauleitplanverfahren – eingearbeitet.¹⁶

Zwar kann das Gesetz zur Stärkung der Digitalisierung im Bauleitplanverfahren auch als kleine Novelle des BauGB bezeichnet werden.¹⁷ Systematisch ist eine Einordnung der Privilegierung der Agri-Photovoltaikanlagen im Außenbereich in dieses Gesetzespaket aber eher fernliegend. Deshalb hatte die Bundesregierung im ursprünglichen Gesetzesentwurf eine solche Regelung auch nicht vorgesehen.¹⁸ Erst im Rahmen der Ausschussberatungen wurde als Art. 1 Nr. 10 a) cc) des Gesetzes eine Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wohnen, Stadtentwicklung, Bauwesen und Kommunen aufgenommen und

¹¹ A. Baars/M. Roscher, Handlungs- und Steuerungsinstrumente für den Ausbau der Photovoltaik (Teil 1), KommJur 2023, 8, 9.

¹² *BMWK* (Fn. 3), 5.

¹³ *BMWK*, Überblickspapier Solarpaket v. 16.8.2023, abrufbar unter https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/20230816-ueberblickspapier-solarpaket.pdf?__blob=publicationFile&v=8.

¹⁴ *BMWK* (Fn. 3), 7.

¹⁵ Aktuell liegt zum Solarpaket I zwar schon ein Gesetzesentwurf vor (Gesetzesentwurf v. 9.10.2023, BT-Drs. 20/8657). Dieser befindet sich allerdings noch zur endgültigen Abstimmung im Bundestag.

¹⁶ BT-Drs. 20/7248.

¹⁷ Vgl. Plenarprotokoll der 109. Sitzung des Deutschen Bundestages v. 15.7.2023 – Stenografischer Bericht, Plenarprotokoll 20/109, 13272, 13281.

¹⁸ BT-Drs. 20/5663.

so die Änderung des § 35 BauGB eingebracht.¹⁹ Eine Begründung für diese Entwicklung ist der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses nicht zu entnehmen.²⁰ Naheliegender ist aber, dass die vorgezogene Erweiterung des Privilegienkatalogs des § 35 Abs. 1 BauGB auf das Drängen der Landwirtschaftsverbände und der landwirtschaftlichen Forschungsinstitute zurückzuführen ist.²¹

III. Gegenstand der neuen Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB: Die Agri-Photovoltaikanlagen

A. Einordnung der Agri-Photovoltaikanlagen in die Freiflächenphotovoltaiktechnik

Die Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB bezieht sich auf Photovoltaikanlagen im Sinne des § 48 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 lit. a, b oder c EEG. Dies sind sogenannte „Agri-Photovoltaikanlagen“, die zu den eher neuartigen technischen Solarsystemen gehören. Die Technik befindet sich zwar weiterhin noch in der Felderprobung,²² wird aber auch schon in größerem Umfang gewerblich genutzt.²³ Voraussetzung für die Privilegierung ist, dass es sich bei dieser Photovoltaikanlage um eine besondere Solaranlage nach § 48 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 lit. a, b oder c EEG handelt.

1. Agri-Photovoltaikanlagen als besondere Photovoltaikanlagen

Eine nähere Lektüre des § 48 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 lit. a, b und c EEG erklärt, dass von § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB nur solche Anlagen profitieren, die auch die Anforderungen der Bundesnetzagentur gemäß § 85c EEG erfüllen. Dies sind

¹⁹ BT-Drs. 20/7248, 9 f.; *D. Enzensperger*, Zur neuen Privilegierung von Agri-Photovoltaikanlagen im Außenbereich, NVwZ 2023, 1394, 1395.

²⁰ BT-Drs. 20/7248, 31.

²¹ Vgl. *Enzensperger* (Fn. 19), 1395; *Deutscher Bauernverband/Hochschule Kehl/Fraunhofer ISE*, Agri-Photovoltaik: bessere Chancen für kleinere Anlagen und hoch aufgeständerte Systeme (2022), 3, abrufbar unter https://www.bauernverband.de/fileadmin/user_upload/dbv/pressemitteilungen/2022/KW_21_bis_KW_40/KW_41/Positionspapier_Agri-Photovoltaik_-_DBV__Fraunhofer_ISE_und_Hochschule_Kehl.pdf.

²² Näheres zur Zulässigkeit von Agri-Photovoltaikanlagen im Rahmen der Nutzung zu Forschungszwecken im Außenbereich und auch zu deren finanziellen Förderungsmöglichkeiten in: *J. Vollprecht/N. Kather*, Frischer Wind für die Agri-PV: Der neue Rechtsrahmen im Überblick (Teil 2), IR 2022, 232 f.

²³ Hierzu: *M. Frey/A. Kallina*, Bauleitplanerische Zulässigkeit von Agri-PV-Forschungsanlagen nach § 35 I Nr. 4 und II BauGB, NVwZ 2022, 388.

Anforderungen sowohl an die Fläche, auf der sich die Anlage befinden soll, als auch an den technischen Charakter der Anlage selbst.²⁴

a) Flächenmerkmale

Die Bundesnetzagentur verlangt, dass auf der Fläche eine gleichzeitige landwirtschaftliche Nutzung erfolgt. Die zulässigen Nutzungsvarianten sind in den einzelnen Varianten der Buchstaben a, b und c individuell geregelt, die zwischen der Art der landwirtschaftlichen Fläche differenzieren. Auf „Ackerflächen“²⁵ ist gemäß § 48 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 lit. a EEG eine Errichtung zulässig, sofern ein gleichzeitiger Nutzpflanzenanbau auf derselben Fläche erfolgt. § 48 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 lit. b EEG verlangt eine gleichzeitige Nutzung in Form des Anbaus von Dauerkulturen²⁶ oder mehrjährigen Kulturen. Und schließlich darf auf „Grünland“ gemäß § 48 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 lit. c EEG eine Photovoltaikanlage nur errichtet werden, wenn dieses gleichzeitig landwirtschaftlich als Dauergrünland²⁷ herangezogen wird. Ein Anlagenbau ist in jeder Variante ausgeschlossen, wenn es sich bei der fraglichen Fläche um Moorboden, um ein rechtsverbindlich als Naturschutzgebiet festgesetztes Gebiet gemäß § 23 BNatSchG oder um einen rechtsverbindlich festgesetzten Nationalpark gemäß § 24 BNatSchG handelt. Bei Grünland besteht zudem die zusätzliche Besonderheit, dass das Grünland nicht in einem Natura 2000-Gebiet im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 8 BNatSchG liegen darf und die Fläche auch nicht ein in Anhang I der Richtlinie 92/43/EWG aufgeführter Lebensraumtyp ist.

b) Zulässige Technik

Hinsichtlich der Technik der Anlage wird gefordert, dass die Solaranlage der DIN SPEC 91434:2021-05 entspricht. Damit soll erreicht werden, dass 80 % der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzbarkeit der Fläche trotz der zusätzlichen Bebauung mit den Solarmodulen erhalten bleiben. Mithin lassen die privilegierten Photovoltaikanlagen eine Kombination aus landwirtschaftlicher

²⁴ Bundesnetzagentur, Festlegung der zu stellenden Anforderungen an die besonderen Solaranlagen nach § 37 Absatz 1 Nummer 3 und § 48 Absatz 1 Satz 1 Nummer 5 EEG zum 1.7.2023; Az.: 4.08.01.01/1#4; abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/Ausschreibungen/Solar1/BesondereSolaranlagen/Festlegung.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

²⁵ Zur Definition vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. f Verordnung (EU) Nr. 1307/13 v. 17.12.2013 mit Vorschriften über Direktzahlungen an Inhaber landwirtschaftlicher Betriebe im Rahmen von Stützungsregelungen der Gemeinsamen Agrarpolitik und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 637/2008 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 73/2009 des Rates, Abl. 2013 L 347/608.

²⁶ Zur Definition vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. g Verordnung (EU) Nr. 1307/13.

²⁷ Zur Definition vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. h Verordnung (EU) Nr. 1307/13 und § 4 Abs. 5 BWLLG.

Nutzung und Stromerzeugung aus Solarenergie zu.²⁸ Eine Förderfähigkeit der Anlage nach dem EEG ist nicht relevant.²⁹

Die konkrete technische Bauweise der Agri-Photovoltaikanlagen kann variieren. Im Wesentlichen existieren aber zwei Haupttypen: Dies sind einerseits hoch aufgeständerte Anlagen, bei denen die Photovoltaikmodule horizontal ausgerichtet sind und die landwirtschaftliche Nutzung einschließlich des Betriebs großer Landmaschinen *unter* diesen stattfindet. Andererseits gibt es Anlagen, bei denen die Photovoltaikmodule vertikal in Reihen aufgebaut werden und die landwirtschaftliche Nutzung in den Korridoren *zwischen* diesen erfolgt.³⁰

2. Vorteile von Agri-Photovoltaikanlagen

Agri-Photovoltaiktechnik hat gegenüber konventionellen Photovoltaikfreiflächenanlagen den besonderen Vorteil, dass sie nur unmaßgeblich in Flächenkonkurrenz zur Landwirtschaft tritt.³¹ Die ihr eigene Doppelnutzungsmöglichkeit reduziert also perspektivisch die Gesamtflächeninanspruchnahme, sodass besonders schützenswerte Flächen geschont werden können.³² Hinzu kommt eine mögliche Diversifizierung des landwirtschaftlichen Einkommens und damit eine Förderung des Strukturwandels in der Landwirtschaft, ohne zur teilweisen Aufgabe der landwirtschaftlichen Tätigkeit zu zwingen.³³ Auf diese Weise kann die Landwirtschaft gewinnbringend in den Klimaschutz mit eingebunden werden.³⁴ Außerdem können sich aufgrund der oben beschriebenen Anordnung der Photovoltaikmodule Synergieeffekte für die landwirtschaftliche Nutzung ergeben, da die Photovoltaikmodule die unter ihnen wachsenden Pflanzen vor Hagel, Frost und Dürre schützen können.³⁵

In Deutschland werden circa 16,7 Mio. Hektar Fläche landwirtschaftlich genutzt. Das theoretische Ausbaupotenzial der Agri-Photovoltaikanlagen und damit auch das Potenzial einer entsprechenden Außenbereichsprivilegierung für

²⁸ Fraunhofer ISE, Agri-Photovoltaik: Chancen für die Landwirtschaft und Energiewende (2022), 11, abrufbar unter <https://www.ise.fraunhofer.de/de/veroeffentlichungen/studien/agri-photovoltaik-chance-fuer-landwirtschaft-und-energiewende.html>.

²⁹ BT-Drs. 20/7248, 31; ausführlich und zur finanziellen Förderung von Solaranlagen nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. a bis c EEG: V. Kissling, Die Privilegierung von Agri-PV-Anlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB, EnK-Aktuell 2023, 010170.

³⁰ J. Otto/N. Wegner, Weiterentwicklung der Außenbereichsprivilegierung von PV-Freiflächenanlagen, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 56 (2023), 18.

³¹ Fraunhofer ISE (Fn. 28), 7.

³² J. Scharf/M. Grieb/M. Fritz, Agri-Photovoltaik. Stand und offene Fragen, TFZ-Bericht 73 (2021), 63 f., abrufbar unter https://www.tfz.bayern.de/mam/cms08/rohstoffpflanzen/dateien/tfz_bericht_73_agri-pv.pdf.

³³ Otto/Wegner (Fn. 30), 18.

³⁴ BMWK (Fn. 3), 2, 5, 9, 12.

³⁵ Fraunhofer ISE (Fn. 28), 6.

die kurzfristige Bereitstellung von Flächen ist also beachtlich. Das Fraunhofer-Institut für Solare Energiesysteme schätzt für hoch aufgeständerte Agri-Photovoltaikanlagen das theoretische Leistungspotenzial auf 1700 GW und für bodennahe Anlagen mit weitem Reihenabstand, zwischen denen Futterpflanzen auf Dauergrünland angebaut werden, auf weitere 1200 GW.³⁶ In der Diskussion besteht zwar noch Uneinigkeit darüber, welche Anteile der Potenziale auch praktisch gehoben werden können.³⁷ Trotzdem ruht in der Agri-Photovoltaiktechnik – allein schon aufgrund der für sie verfügbaren Fläche – eine beträchtliche Energiereserve, die geeignet ist, einen erheblichen Beitrag zur Bewältigung der Klimakrise zu leisten.

B. Weitere planungsrechtliche Einschränkungen der Privilegierung in § 35 Abs. 1 BauGB

Bei der Öffnung des bauplanerischen Außenbereichs für Photovoltaikanlagen geht der Gesetzgeber behutsam vor. Daher werden nicht pauschal alle beschriebenen³⁸ Agri-Photovoltaikanlagen im Außenbereich zugelassen, sondern nur solche, die bestimmte baurechtliche Voraussetzungen erfüllen. Der Bau der besonderen Solaranlage ist gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB nur dann zulässig, wenn (a) das Vorhaben in einem räumlich-funktionalen Zusammenhang mit einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb (§ 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB) oder einem Betrieb der gartenbaulichen Erzeugung (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 BauGB) steht, (b) die Grundfläche der besonderen Solaranlage nicht 25.000 qm überschreitet und (c) pro Hofstelle oder Betriebsstandort nur eine Anlage betrieben wird.

1. Räumlich-funktionaler Zusammenhang zum Betrieb

Mit dem Verweis auf § 35 Abs. 1 Nr. 1, 2 BauGB stellt der Gesetzgeber klar, dass nur land- und forstwirtschaftliche sowie gartenbauliche Betriebe von der Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB profitieren können.³⁹ Zu einem dieser Betriebe muss das Vorhaben in einem räumlich-funktionalen Zusammenhang stehen. Den Rechtsbegriff des räumlich-funktionalen Zusammenhangs hat der Gesetzgeber bereits in § 35 Abs. 1 Nr. 6 lit. a, Abs. 4 Nr. 1 lit. e, sowie in § 249a Abs. 1, 2 BauGB verwendet. Erkenntnisse zu diesen Regelungen helfen, § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB besser zu verstehen.

³⁶ *Fraunhofer ISE* (Fn. 28), 14; *Otto/Wegner* (Fn. 30), 19 f.

³⁷ *Otto/Wegner* (Fn. 30), 19 f.; vgl. *Universität Hohenheim*, Pressemitteilung v. 22.9.2022, abrufbar unter https://www.uni-hohenheim.de/pressemitteilung?tx_ttnews%5Btt_news%5D=56412&cHash=af5d9c4ce70bc94dfdc3ef84264dee8a.

³⁸ Siehe oben S. 369 ff.

³⁹ *Enzensperger* (Fn. 19), 1395.

a) Betrieb

Mit Blick auf das große Flächenpotenzial von Agri-Photovoltaikanlagen könnte man auf die Idee kommen, den Begriff des „Betriebs“ möglichst weit zu verstehen und damit die gesamte Fläche, auf welcher der land- oder forstwirtschaftliche oder gartenbauliche Betrieb ausgeübt wird, für Agri-Photovoltaikanlagen zu öffnen. Dieses weite Verständnis übersieht allerdings den regulierenden Zweck der Voraussetzungen in § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB; insbesondere § 35 Abs. 1 Nr. 9 lit. c BauGB indiziert, dass die Anzahl der Agri-Photovoltaikanlagen im Außenbereich trotz der Privilegierung eher gering gehalten werden soll. Aus diesem systematischen Zusammenhang ist auch die Voraussetzung des Nr. 9 lit. a moderat auszulegen.⁴⁰ Demnach ist unter dem Begriff des „Betriebs“ nur eine Hofstelle beziehungsweise ein Betriebsstandort und nicht die gesamte Betriebsfläche zu verstehen.⁴¹

b) Räumlich-funktionaler Zusammenhang

Zu dieser Hofstelle beziehungsweise dem Betriebsstandort muss die Solaranlage in einem „räumlich-funktionalen Zusammenhang“ stehen. Bei der Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs kann zwischen dem „räumlichen Zusammenhang“ einerseits und dem „funktionalen Zusammenhang“ andererseits differenziert werden.

aa) Räumlicher Zusammenhang

Der räumliche Zusammenhang zum Betrieb lässt sich nicht metergenau feststellen. Anders als bei Biogasanlagen, bei denen der räumliche Zusammenhang wegen der Geruchsemissionen der Anlagen großzügig ausgelegt wird,⁴² ist das Entfernungsverständnis bei § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB tendenziell enger. Historisch wollte der Gesetzgeber nämlich mit der Anforderung des räumlichen Zusammenhangs einer Anlage zum Betrieb die ungeplanten Siedlungstendenzen im Außenbereich eindämmen.⁴³ Von einem räumlichen Zusammenhang zum Betrieb kann deswegen wohl nur gesprochen werden, wenn die Agri-Photovoltaikanlage an die Hofstelle oder den Betriebsstandort angrenzt, beziehungsweise nach dem optischen Eindruck unzweifelhaft als ein Bestandteil der

⁴⁰ Vgl. zur allgemeinen engen Auslegung der Privilegierungstatbestände in der ständigen Rechtsprechung: BVerwG, Urt. v. 30.6.1964 – I C 80.62; BVerwG, Urt. v. 13.1.1967 – IV C 47.65; G. Spieß, in: Jäde/Dirnberger, BauGB/BauNVO (10. Aufl., 2022), § 35 Rn. 3.

⁴¹ Enzensperger (Fn. 19), 1396; vgl. auch zu § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB: Jäde/Dirnberger/Spieß (Fn. 40), § 35 Rn. 83.

⁴² So bei Biogasanlagen sinnvollerweise mit Blick auf die Immissionen bis 700 m Entfernung OVG Schleswig, NJOZ 2007, 804; restriktivere Ansicht bis 300 m Entfernung: C.-W. Otto, Zulassung und planerische Steuerung von Biomasseanlagen unter besonderer Berücksichtigung der Klimaschutznovelle des Baugesetzbuchs, ZfBR 2011, 735, 736.

⁴³ Jäde/Dirnberger/Spieß (Fn. 40), § 35 Rn. 119.

Hofstelle beziehungsweise des Betriebsstandortes erscheint.⁴⁴ Auf dieser Grundlage ist im Einzelfall die Rechtslage zu ermitteln.

bb) Funktionaler Zusammenhang

Mit dem Tatbestandsmerkmal des funktionalen Zusammenhangs verlangt der Gesetzgeber nicht, dass die Agri-Photovoltaikanlage dem Betrieb zur Eigenversorgung „dient“.⁴⁵ Vielmehr bedarf es in Anlehnung an die vergleichbare Regelung des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB nur einer „Verknüpfung der Anlage mit der vorhandenen Betriebsstruktur“, um das Merkmal des funktionalen Zusammenhangs zu erfüllen.⁴⁶ Um diese Verknüpfung herzustellen, sind unterschiedliche Synergien der Anlage mit der Landwirtschaft denkbar: So liegt zum einen ein bereits ausreichender Synergieeffekt vor, wenn der erzeugte Strom nicht in deutlich überwiegendem Maße vom Betrieb verwendet, sondern stattdessen in das öffentliche Netz eingespeist wird.⁴⁷ Selbst bei einer ausschließlichen Einspeisung des Stroms in das öffentliche Netz ist eine anderweitige, für die Verknüpfung ausreichende Synergie denkbar, indem die Agri-Photovoltaikanlage Schutz für die darunter liegende landwirtschaftliche Fläche vor Hagel, Frost und Dürre bieten kann.

2. Begrenzung der Grundfläche auf 25.000 Quadratmeter

Die neue Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB nimmt in lit. b auch eine Einschränkung hinsichtlich der Größe der Photovoltaikanlage vor. So darf die Grundfläche der besonderen Solaranlage 25.000 qm nicht überschreiten, wobei 25.000 qm ungefähr einer Fläche von 3,5 Fußballfeldern entsprechen. Die gesetzlich gewählte Größeneinheit bezieht sich auf die Fläche, die sich ergibt, wenn man die am Rand der Agraranlage aufgestellten Photovoltaikpanels summiert. Eine bereinigte Flächenzahl, welche einzig auf die addierte Fläche der aufgebauten Photovoltaik Elemente abstellt, ist nicht gemeint.⁴⁸

3. Begrenzung der Anzahl der Anlagen

Abschließend wird in § 35 Abs. 1 Nr. 9 lit. c BauGB die Anzahl der privilegierten Anlagen auf eine Anlage pro Hofstelle oder Betriebsstandort begrenzt. Telos dieser Einschränkung ist, ein Überhandnehmen des bauleitplanungs-

⁴⁴ *Enzensperger* (Fn. 19), 1396; *Otto* (Fn. 42), 736.

⁴⁵ *Kissling* (Fn. 29), 010170; zu Freiflächenanlagen, die der Eigenversorgung von Betriebsstandorten dienen, näher: *G. Brückner/M. Hermsdorf*, Rechtsfragen der Errichtung von Freiflächen- und Floating-Photovoltaik-Anlagen zur Eigenversorgung betrieblicher Standorte, LKV 2022, 433.

⁴⁶ *S. Mitschang/O. Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB (15. Aufl., 2022), § 35 Rn. 51.

⁴⁷ Vgl. *Kissling* (Fn. 29), 010170.

⁴⁸ So auch *Enzensperger* (Fn. 19), 1396.

rechtlich ungesteuerten Ausbaus von Agri-Photovoltaikanlagen (zunächst) zu unterbinden. Hat ein Betrieb mehrere Hofstellen bzw. Betriebsstandorte, dann darf er insgesamt mehr als eine Agri-Photovoltaikanlage errichten.⁴⁹ Für diese großzügigere Auslegung spricht, dass zwischen den Begriffen des „Betriebs“ als Oberbegriff und denen der „Hofstelle“⁵⁰ und des „Betriebsstandorts“⁵¹ als Untereinheiten zu differenzieren ist; ein Betrieb kann folglich mehrere Hofstellen bzw. Betriebsstandorte besitzen. Auch nach dem Sinn und Zweck der Privilegierung ist bei mehreren Betriebsstandorten, aufgrund ihrer entfernungsmäßigen Distanz zueinander, mit keiner komprimierten Überhandnahme von Agri-Photovoltaikanlagen auf einem kleinen Gebiet und einer damit einhergehenden Zerstörung des Landschaftsbilds zu rechnen.

4. Bewertung: Verbleibende Potenziale

Die Analyse des § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB führt uns vor Augen, dass der Gesetzgeber mit den ergänzenden Voraussetzungen der Buchstaben a, b und c die Privilegierung von Agri-Photovoltaikanlagen spürbar eingeschränkt hat. Damit bleibt voraussichtlich ein größerer Teil des Ausbaupotenzials von Agri-Photovoltaikanlagen im Außenbereich ungenutzt.⁵² Insbesondere die Voraussetzung des räumlich-funktionalen Zusammenhangs der Anlage zu einem Betrieb trägt hierzu maßgeblich bei, weil der Besitz von Landwirtschaftsflächen räumlich nicht an einen Hof gebunden ist. Welcher Größenordnung dieser Verlust des Ausbaupotentials in Gigawatt entspricht, ist wissenschaftlich noch nicht erforscht.

IV Entgegenstehende öffentliche Belange und raumordnungsrechtliche Vorgaben

Allein die Erfüllung des Privilegierungstatbestands nach § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB bietet keine Gewähr, dass sich das konkrete Agri-Photovoltaikprojekt auch verwirklichen wird. Privilegierten Vorhaben können nämlich öffentliche Belange nach § 35 Abs. 3 BauGB entgegenstehen.

A. Keine dem Vorhaben entgegenstehenden öffentlichen Belange

Bei den in § 35 Abs. 3 BauGB aufgezählten öffentlichen Belangen handelt es sich um einen nicht abschließend aufgezählten Katalog („insbesondere“).

⁴⁹ So auch *Enzensperger* (Fn. 19), 1396.

⁵⁰ Zur Definition: *W. Rieger*, in: Schrödter, BauGB (9. Aufl., 2019), § 35 Rn. 80.

⁵¹ Zur Definition: *S. Kraus*, Nochmals – Zur Privilegierung von Biogasanlagen im Außenbereich – eine Erwiderung, UPR 2008, 218, 220.

⁵² Zum Ausbaupotential von Agri-PV-Anlagen siehe oben S. 371 f.

Daneben kommen noch weitere, im Wesentlichen von der Rechtsprechung entwickelte, öffentliche Belange in Betracht, die einem privilegierten Vorhaben entgegengehalten werden können.⁵³ Im Kontext der Ansiedlung von Agri-Photovoltaikanlagen dürften insbesondere die in § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB niedergeschriebenen Belange von Bedeutung sein.⁵⁴ Dies sind namentlich die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege, des Bodenschutzes, des Denkmalschutzes, die natürliche Eigenart der Landschaft und ihr Erholungswert sowie das Orts- und Landschaftsbild.

1. Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege

Die Belange des Naturschutzes sind im Naturschutzgesetz näher ausgeformt. Eine Beeinträchtigung der Belange des Naturschutzes ist gegeben, wenn das Vorhaben gegen Regeln des Naturschutzes verstößt.⁵⁵ So können etwa die §§ 13 ff. BNatSchG missachtet sein, wenn das Vorhaben in einem nach dem Naturschutzgesetz besonders geschützten Gebiet geplant und das Projekt geeignet ist, das Gebiet erheblich zu beeinträchtigen.⁵⁶ Daneben kommen Verstöße gegen den Artenschutz gemäß §§ 37 ff. BNatSchG in Betracht, wenn Bau oder Betrieb der Anlage die Gefahr des Todes einer geschützten Art in signifikanter Weise erhöhen.⁵⁷

Da Flächen in Naturschutzgebieten bereits wegen des Verweises in § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB auf § 48 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 lit. a, b und c EEG aus dem Anwendungsbereich der Privilegierung ausgenommen sind, kommen bei den entgegenstehenden Belangen des Natur- und Landschaftsschutzes konkret nur als Landschaftsschutzgebiete (LSG) ausgewiesene Flächen gemäß § 26 BNatSchG in Betracht. Hier ist zu beachten, dass – anders als für Windkraftanlagen in § 26 Abs. 3 BNatSchG – für Solartechnik keine gesetzliche Aufhebung des Verbots in solchen Gebieten vorgesehen ist. Ein solartechnisches Vorhaben ist mithin in Landschaftsschutzgebieten (zunächst) nicht realisierbar. Etwas anderes gilt nur, wenn zugunsten des Vorhabens eine Ausnahme⁵⁸ oder Befreiung gemäß § 67 BNatSchG mit Ausgleichspflicht gemäß § 15 Abs. 2 BNatSchG erteilt werden kann. Da Agri-Photovoltaikanlagen im

⁵³ Vgl. BVerwG, Urt. v. 29.10.1969 – IV C 44.68; BVerwG, BauR 2007, 78; BVerwG, NVwZ 2021, 1075; Jäde/Dirnberger/Spieß (Fn. 40), § 35 Rn. 188; Mitschang/Reidt, in: Batis/Krautzberger/Löhr (Fn. 46), § 35 Rn 99 ff.

⁵⁴ Ausführliche Darstellung zu allen in § 35 Abs. 3 BauGB aufgezählten Belangen: Brückner/Hermsdorf (Fn. 45), 438 ff.; Enzensperger (Fn. 19), 1396 ff.

⁵⁵ Brückner/Hermsdorf (Fn. 45), 439 f.

⁵⁶ M. Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht (101. EL, Juni 2023), § 13 BNatSchG Rn. 3, 5.

⁵⁷ Brückner/Hermsdorf (Fn. 45), 440.

⁵⁸ Vgl. z.B. § 61 Abs. 2 Nr. 1 LNatSchG SH.

besonderen öffentlichen Interesse liegen,⁵⁹ wie § 2 EEG verdeutlicht,⁶⁰ dürfte auch in Landschaftsschutzgebieten eine Realisierung nicht ausgeschlossen sein.

2. Natürliche Eigenart der Landschaft und ihr Erholungswert

Die natürliche Eigenart der Landschaft und ihr Erholungswert stehen einem privilegierten Vorhaben entgegen, wenn es am Standort wesensfremd erscheint.⁶¹ Bei diesem Belang geht es um den Schutz einer im Einzelfall erhaltungswürdigen Landschaft vor ästhetischen Beeinträchtigungen.⁶²

Bei Vorhaben, die landwirtschaftlichen Zwecken dienen, kann davon ausgegangen werden, dass keine Beeinträchtigung der Eigenart der bereits landwirtschaftlich geprägten Art der Landschaft vorliegt.⁶³ Eine Agri-Photovoltaikanlage, die sich in den landwirtschaftlichen Betrieb einfügt und über einer Agrarfläche angesiedelt wird, kann deshalb in der Regel auch nicht als Beeinträchtigung der natürlichen Eigenart der Landschaft angesehen werden.

3. Orts- und Landschaftsbild

Eine Beeinträchtigung des Orts- und Landschaftsbildes ist zu befürchten, wenn das Vorhaben im Hinblick auf das Orts- oder Landschaftsbild in ästhetischer Hinsicht grob unangemessen ist und auch von einem für ästhetische Eindrücke offenen Betrachter als belastend empfunden wird.⁶⁴ Ob die Schwelle zur Verunstaltung überschritten ist, hängt von den konkreten Umständen der jeweiligen Situation ab.⁶⁵

Bei privilegierten Vorhaben wird man an eine Verunstaltung besonders hohe Anforderungen stellen müssen, da die privilegierten Vorhaben nach dem Willen des Gesetzgebers gerade im Außenbereich errichtet werden sollen.⁶⁶ Es braucht also eine besonders schutzwürdige Umgebung oder einen besonders groben Eingriff in das Landschaftsbild, um den privilegierten Vorhaben die Ansiedlung zu verwehren.⁶⁷ Diese Voraussetzungen werden bei Agri-Photovoltaikanlagen in der Regel nicht vorliegen. Nur in den seltensten Fällen wird die Umgebung des Vorhabens landschaftlich so attraktiv sein, dass sie beson-

⁵⁹ Brückner/Hermsdorf (Fn. 45), 441.

⁶⁰ BT-Drs. 20/1630, 139; K. Greb/M. Boewe, in: Greb/Boewe/Sieberg, BeckOK EEG (13. Ed., Stand 1.4.2023), § 2 Rn. 2.1.

⁶¹ W. Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzenberger, BauGB (150. EL, Mai 2023), § 35 Rn. 96.

⁶² Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzenberger/Löhr (Fn. 46), § 35 Rn. 86.

⁶³ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzenberger (Fn. 61), § 35 Rn. 97.

⁶⁴ BVerwGE 2, 172, 177; Enzensperger (Fn. 19), 1397.

⁶⁵ Brückner/Hermsdorf (Fn. 45), 439.

⁶⁶ Enzensperger (Fn. 19), 1397.

⁶⁷ Schrödter/Rieger (Fn. 50), § 35 Rn. 128.

ders schützenswert ist.⁶⁸ Jedenfalls kann die technische Neuartigkeit der Agri-Photovoltaikanlagen allein und die dadurch bedingte optische Gewöhnungsbedürftigkeit nicht geeignet sein, das Orts- oder Landschaftsbild zu beeinträchtigen.⁶⁹

4. Besonderheiten bei der Abwägung entgegenstehender Belange

Werden entgegenstehende öffentliche Belange identifiziert, hat im Rahmen des § 35 Abs. 3 BauGB eine nachvollziehende Abwägung zwischen dem Interesse an der Verwirklichung des Vorhabens und der Schwere der Beeinträchtigung der öffentlichen Belange stattzufinden.⁷⁰ In dieser Abwägung ist zunächst zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit der Privilegierung einzelner Vorhaben ihrem Realisierungsinteresse eine gesteigerte Bedeutung beigemessen hat. Es besteht quasi eine Vermutung ihrer Zulässigkeit.⁷¹ Hinzu kommt, dass erneuerbare Energien gemäß § 2 EEG eine gesteigerte Bedeutung besitzen, da ihre Verwirklichung im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt. Erneuerbare Energien können also in die jeweils durchzuführende Schutzgüterabwägung als vorrangiger Belang eingebracht werden, wo ihnen ein besonders hohes Gewicht beigemessen werden soll.⁷² Für ein solches Einbringen des besonderen Belangs der erneuerbaren Energien braucht es keine Begründung, sondern es genügt ein Verweis auf die Gesetzesregelung.⁷³

B. Raumordnerische Vorgaben

Gemäß § 35 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BauGB dürfen raumbedeutsame Vorhaben den Zielen der Raumordnung nicht widersprechen. Diese Regelung gilt auch für Agri-Photovoltaikanlagen. Die überörtliche Steuerung von Freiflächenphotovoltaikanlagen erfolgte bisher überwiegend durch das EEG. Dort, wo eine finanzielle Förderung in Frage kam, wurde das Vorhaben zumeist auch örtlich geplant. Demgegenüber wurden positive raumordnerische Zuweisungen von Freiflächenphotovoltaikanlagen an einen Standort bisher nicht getroffen.⁷⁴ Vielmehr war es häufiger der Fall, dass Freiflächenphotovoltaikanlagen aufgrund gegenläufiger raumordnerischer Zielfestlegungen für bestimmte Landschaftsteile ausgeschlossen wurden (sogenannte „raumordnerische Aus-

⁶⁸ Enzensperger (Fn. 19), 1397; Brückner/Hermsdorf (Fn. 45), 439.

⁶⁹ BVerwG, Beschl. v. 18.3.2003 – 4 B 7/03 – juris Rn. 5.

⁷⁰ M. Kment, in: Jarass/Kment, BauGB (3. Aufl., 2022), § 35 Rn. 6; Kissling (Fn. 29), 010170, Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 46), § 35 Rn. 6.

⁷¹ Vgl. Jarass/Kment (Fn. 70), § 35 Rn. 4; Kissling (Fn. 29), 010170, Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 46), § 35 Rn. 6.

⁷² BT-Drs. 20/1630, 159; Enzensperger (Fn. 19), 1398.

⁷³ Vgl. Enzensperger (Fn. 19), 1398; so auch die Rspr.: OVG Greifswald, NVwZ 2023, 1015, 1016.

⁷⁴ Brückner/Hermsdorf (Fn. 45), 443.

schlussplanung“).⁷⁵ Dies geschah in der Regel durch die Ausweisung von entgegenstehenden Vorranggebieten, beispielsweise für die Landwirtschaft.⁷⁶

Eine raumplanerische Konzentration⁷⁷ von Agri-Photovoltaikanlagen auf bestimmte Gebiete kommt demgegenüber nicht in Betracht. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB ist bereits nach seinem Wortlaut nicht auf Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB anwendbar.

V. Weitergehende Überlegungen

A. Interessenkonflikt durch neues Genehmigungsregime

Die Ausweitung des Katalogs privilegierter Vorhaben in § 35 Abs. 1 BauGB geht automatisch zu Lasten der Steuerungskraft der Gemeinden. Die privilegierten Vorhaben können sich nämlich ohne eine planerische Grundlage im Außenbereich ansiedeln. Dies gilt umso mehr, wenn privilegierte Vorhaben keiner Bindung an Flächenzuweisungen eines Flächennutzungsplans nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB unterliegen. So ist es auch im Fall von Agri-Photovoltaikanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB. Hinsichtlich der planungsrechtlichen Zulässigkeit dieser Anlagen verliert die Gemeinde folglich ihre bis dahin bestehende faktische „Veto-Position“, die sie mit der Entscheidung, ob sie planerisch tätig wird, hatte.⁷⁸ Demgegenüber ist jedoch zu beachten, dass eine Privilegierung von Agri-Photovoltaikanlagen zu einer Beschleunigung des Zulassungsverfahrens führt. Anderenfalls müssten die Anlagen auf den Abschluss eines Bauleitplanungsverfahrens warten, der in der Praxis schnell zwei Jahre in Anspruch nehmen kann.⁷⁹ Eine Privilegierung kann diese Zeitspanne deutlich verkürzen.

Den aufgezeigten Konflikt zwischen dem Interesse des beschleunigten Ausbaus der Agri-Photovoltaiktechnik und dem Interesse der Gemeinde an ihrer faktischen „Veto-Position“ im Rahmen ihrer kommunalen Planungshoheit hat der Gesetzgeber mit der Regelung des § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB in einen angemessenen Ausgleich gebracht. Die dort beschriebenen Einschränkungen reduzieren das Konfliktpotenzial der Anlagen und zügeln zudem ihre ungeordnete Ausbreitung; auch ist die Anzahl und räumliche Ausdehnung der Anlagen mengenmäßig verengt.⁸⁰

⁷⁵ Brückner/Hermsdorf (Fn. 45), 443; Otto/Wegner (Fn. 30), 27.

⁷⁶ W. Spannowsky, Beschleunigter Ausbau der Windkraft- und Photovoltaiknutzung und deren Folgen für die Raumordnungsplanung und Bauleitplanung, ZfBR 2023, 18, 25.

⁷⁷ Gleiches gilt für Konzentrationen durch einen Flächennutzungsplan.

⁷⁸ Otto/Wegner (Fn. 30), 11.

⁷⁹ Frey/Kallina (Fn. 23), 388.

⁸⁰ Vgl. Otto/Wegner (Fn. 30), 23.

B. Auswirkungen der Novellierung auf andere Regelungsregime und Verbesserungspotential

1. Anpassungen des UVPG und EEG

Durch den Wegfall der Notwendigkeit eines Bebauungsplans entfällt zugleich die Umweltprüfung nach § 2 Abs. 4 BauGB. Die privilegierten Agri-Photovoltaikanlagen können somit unabhängig von ihren Umweltauswirkungen errichtet werden, sofern sie besonders schutzwürdige Gebiete meiden.⁸¹ Um diese Schutzlücke zu schließen, könnte man in Erwägung ziehen, die privilegierten Photovoltaikvorhaben in die Liste der umweltverträglichkeitsprüfungspflichtigen Vorhaben in Anlage 1 des UVPG aufzunehmen. Damit würden weiterhin die erheblichen Auswirkungen des Vorhabens auf die Schutzgüter des UVPG ermittelt und bewertet.⁸² Dies scheint bei kleineren – wie hier von der bisherigen Privilegierung erfassten – Vorhaben zwar noch weniger dringlich. Bei einer Fortentwicklung des Privilegierungstatbestandes auf weitere Vorhaben ist eine Anpassung des UVPG mit einem abgestuften Prüfungsumfang je nach Größe des Vorhabens aber naheliegend,⁸³ obschon es nicht dem unionsrechtlichen Trend entspricht. Bei den neuen Beschleunigungsgebieten nach Art. 15c, 16a EE-RL,⁸⁴ welche die Ansiedlung von erneuerbaren Energien beschleunigen sollen, werden nämlich die umweltrelevanten Prüfschritte auf die vorgelagerte Planungsebene gehoben, um die Projektzulassung von einer Umweltverträglichkeitsprüfung und anderen Umweltprüfungen zu entlasten.

Diese energiewirtschaftlich förderliche Entwicklung dürfte aus umweltrechtlicher Sicht kritisch zu bewerten sein, gerade wenn sie mit Vorrangregelungen wie § 2 EEG gepaart wird. Dies verhindert, dass noch eine umfassende Diskussion zu etwaigen Zweifeln im Hinblick auf den Umweltschutz stattfindet. In der Konsequenz gibt es nach dem jetzigen Regelungsregime bei privilegierten Agri-Photovoltaikanlagen keine ausreichende vorherige Umweltfolgenabschätzung mehr.⁸⁵ Neben den Bedenken hinsichtlich der Verfassungskonformität einer solchen Verabsolutierung eines öffentlichen Belangs ist auch der dafür ökologisch zu zahlende Preis zu berücksichtigen.⁸⁶ Die Auflösung dieses Zielkonflikts in einer „schwarz-weiß-Entscheidung“ zu Gunsten der er-

⁸¹ Zu den schutzwürdigen Gebieten siehe oben S. 370.

⁸² *M. Frey/M. Ritter/C. Nitsch*, Privilegierung von Freiflächenphotovoltaikanlagen? Gleichheitswidrige Diskriminierung gegenüber anderen erneuerbaren Energieerzeugungsarten und landwirtschaftlicher Bewirtschaftung, NVwZ 2021, 1577, 1582.

⁸³ *Frey/Ritter/Nitsch* (Fn. 82), 1582.

⁸⁴ Richtlinie (EU) 2023/2413 v. 18.10.2023 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2018/2001, der Verordnung (EU) 2018/1999 und der Richtlinie 98/70/EG im Hinblick auf die Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2015/652 des Rates, Abl. L v. 31.10.2023, 1.

⁸⁵ *Spannowsky* (Fn. 76), 27.

⁸⁶ *Spannowsky* (Fn. 76), 26 f.

neuerbaren Energien und zu Lasten anderer Belange, wie beispielsweise des Naturschutzes, erscheint insbesondere auch deshalb unglücklich, weil Biodiversitäts-, Natur- und Artenschutz unmittelbar mit dem Klimaschutz zusammenhängen. Nachhaltiger Klimaschutz kann nur gemeinsam mit dem Schutz einer biodiversen Natur erreicht werden. Deshalb ist es überlegenswert, die in § 2 EEG getroffene Wertentscheidung situativ anzupassen.

2. Absehen von einer Konzentrationszonenplanung

Des Weiteren ist in der Literatur teilweise gefordert worden, die Möglichkeit einer Konzentrationszonenplanung für Agri-Photovoltaikanlagen vergleichbar zu den Windkraftanlagen in § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB zu schaffen.⁸⁷ Ähnliches wurde ebenfalls in den Beratungen des Ausschusses für Wohnen, Stadtentwicklung, Bauwesen und Kommunen diskutiert.⁸⁸ In den geltenden Gesetzestext fand diese Forderung jedoch letztendlich – zu Recht – keinen Eingang.

Eine Konzentrationszonenplanung würde Raumplanungsbehörden und Gemeinden in die Lage versetzen, die Ansiedlung von Agri-Photovoltaikanlagen räumlich zu steuern. Für die Agri-Photovoltaikanlagen besteht dieses Bedürfnis allerdings aktuell nicht, da diese privilegierten Anlagen gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 9 lit. a BauGB in einem räumlich-funktionalen Zusammenhang zum Betrieb errichtet werden müssen. Damit ist bereits eine räumliche Steuerung durch Gesetz erfolgt. Eine unkontrollierte Ausdehnung im Außenbereich ist folglich tatbestandlich ausgeschlossen. An die Notwendigkeit eines Gestaltungsrechts der Raumordnungsbehörden oder Gemeinden mittels der Konzentrationszonenplanung wäre somit erst mit einer zukünftigen Fortentwicklung der Privilegierung zur Errichtung von Agri-Photovoltaikanlagen auf allen Freiflächen im Außenbereich zu denken. Dabei muss ferner beachtet werden, dass die hohen und spezifischen Anforderungen der Rechtsprechung an die Ausweisung einer Konzentrationszone⁸⁹ für viele Kommunen Rechtsunsicherheiten und große Probleme in der praktischen Handhabbarkeit mit sich bringen.⁹⁰ Dies spricht in der Summe – zumindest zum aktuellen Zeitpunkt – gegen die Sachdienlichkeit einer Konzentrationszonenplanung bei Agri-Photovoltaikanlagen.

⁸⁷ Vgl. *Spannowsky* (Fn. 76), 27.

⁸⁸ Schriftliche Stellungnahme des Sachverständigen B. Kümper zum Gesetzentwurf zur Stärkung der Digitalisierung im Bauleitplanverfahren, BT-Drs 20/5663, Ausschuss-Drs. 20(24)124-E, Blatt 7.

⁸⁹ Hierzu ausführlich: *Spannowsky* (Fn. 76), 20 f.

⁹⁰ *Otto/Wegner* (Fn. 30), 25.

VI. Fazit: Aufbruch zur Bewältigung der Klimakrise

Die Bewältigung der Klimakrise zwingt zu Veränderungen auf allen Ebenen des Rechts. Auch im Verwaltungsrecht müssen viele Modifikationen gleichzeitig angegangen und dabei möglichst widerspruchsfrei aufeinander abgestimmt werden. Der Gesetzgeber hat mit der Ergänzung des § 35 Abs. 1 BauGB um seine neue Nr. 9 ein weiteres Puzzleteil für den beschleunigten Ausbau von erneuerbaren Energien geschaffen und in die bestehende Rechtslandschaft eingesetzt. Dies war naheliegend, da der Ausbau von Kapazitäten der Photovoltaik einen wichtigen Baustein in der aktuellen Energietransformation darstellt.

Mit der Ergänzung des § 35 BauGB sind allerdings nicht alle Probleme bewältigt. Der neue § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB trägt nicht die Handschrift einer dauerhaften Lösung. Vielmehr präsentiert sich die Neuregelung – wie auch die vorangegangene Novellierung des § 35 Abs. 1 Nr. 8 BauGB – ihrer Konzeption nach eher als eine fragmentarische Lösung im Rahmen des Problems der Flächenbereitstellung. Sie trägt deutliche Züge einer Sofortmaßnahme im Kontext der immer noch gegenwärtigen Energie- und Klimakrise, die einer ganzen Reihe von Regelungen des deutschen Verwaltungsrechts anhaften.

Nichtsdestotrotz ist die regulatorische Umsetzung der kurzfristigen Beschleunigungsmaßnahme nachvollziehbar und angemessen ausgestaltet worden. Sie verschafft vor dem Hintergrund des drängenden Zubaus in erster Linie Zeit, um den weiteren Prozess der Flächenbereitstellung zu organisieren. Sollte die Flächeninanspruchnahme zukünftig deutlich ausgeweitet werden, dürfte es notwendig sein, über die Anpassung der Rechtsstrukturen nachzudenken, welche die Flächeninanspruchnahme (planerisch) steuern. Die existierenden Korrekturmechanismen des § 35 BauGB reichen in jedem Fall allein nicht aus, um größere Flächeninanspruchnahmen zu koordinieren; § 2 EEG hat jedenfalls der in den entgegenstehenden öffentlichen Belangen des § 35 BauGB zum Ausdruck kommenden Korrekturfunktion ihre geringe Steuerungskraft genommen.