

Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht

Diskussionspapier: Weiterentwicklung der Außenbereichsprivilegierung von PV-Freiflächenanlagen

Konzeptionelle Möglichkeiten zur Stärkung der Flächenbereitstellung und weiterer Steuerungsziele bei Erhalt kommunaler Gestaltungsmöglichkeiten

56 | 16.02.2023

erstellt von
Jonas Otto
Dr. Nils Wegner, LL.M. (Stockholm)

II Weiterentwicklung der Außenbereichsprivilegierung von PV-Freiflächenanlagen

Zitiervorschlag:

**Otto/Wegner, Diskussionspapier:
Weiterentwicklung der Außenbereichs-
privilegierung von PV-Freiflächenanlagen,
Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht
Nr. 56 vom 16.02.2023.**

**Stiftung Umweltenergierecht
Friedrich-Ebert-Ring 9
97072 Würzburg**

Telefon
+49 931 79 40 77-0

Telefax
+49 931 79 40 77-29

E-Mail
**otto@stiftung-umweltenergierecht.de
wegner@stiftung-umweltenergierecht.de**

Internet
www.stiftung-umweltenergierecht.de

Vorstand
Dr. Thorsten Müller und Fabian Pause, LL.M. Eur.

Stiftungsrat
**Prof. Dr. Monika Böhm
Prof. Dr. Franz Reimer
Prof. Dr. Markus Ludwigs
Prof. Dr. Sabine Schlacke**

Spendenkonto
**Sparkasse Mainfranken Würzburg
IBAN: DE16 7905 0000 0046 7431 83
BIC: BYLADEM1SWU**

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	1
A. Einleitung und Problemstellung	3
B. Der neue Status Quo des Rechtsrahmens für PV-Freiflächenanlagen	7
I. Faktische "Veto-Position" von Gemeinden jenseits von § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB	7
1. Zulässigkeit auf planersetzender Grundlage allein im Einzelfall	7
2. Besteht eine Erstplanungspflicht der Gemeinden außerhalb der Randstreifen?	8
II. Planersetzende gesetzliche Grundlage in Reichweite des § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB	9
III. Zwischenfazit	11
C. Änderungsoptionen für die Fortentwicklung der Außenbereichsprivilegierung von PV-Freiflächenanlagen	12
I. Inhaltliche Ausgestaltungsmöglichkeiten einer Außenbereichsprivilegierung	12
1. Uneingeschränkte Privilegierung für alle PV-Freiflächenanlagen auf allen Flächen	12
2. Privilegierung von PV- Freiflächenanlagen nur auf bestimmten Flächentypen	13
a) Positivbestimmung privilegierter Flächen	13
b) Privilegierung mit Ausnahmen für besonders schützenswerte Flächentypen	15
aa) Flächen zum Biotop- und Artenschutz	15
bb) Flächen mit hohem landschaftsbildlichem Wert	16
c) Privilegierung in raumordnerisch festgelegten Vorranggebieten	17
3. Privilegierung nur bestimmter Typen von PV-Freiflächenanlagen	18
a) Agri-PV	18
b) Biodiversitäts-PV	20
4. Beschränkung der Privilegierung auf einen bestimmten Flächenanteil und/oder bestimmte Anlagengrößen	22
II. Unbedingte oder subsidiäre Privilegierung	23
1. Wirkungen einer unbedingten Privilegierung	23
2. Ausgestaltung der Privilegierung als subsidiär	24
a) Eröffnung einer Konzentrationszonenplanung entsprechend § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB für PV-Freiflächenanlagen	24
b) Positive Steuerung nach dem Modell des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB	25
3. Wechselwirkungen mit raumordnerischer Steuerung	27
D. Fazit	30

Zusammenfassung

Photovoltaik-Freiflächenanlagen sind ein zentraler Baustein der Energiewende. Die Flächenbereitstellung für sie ist jedoch – auch nach ihrer punktuellen Privilegierung entlang von Autobahnen und bestimmter Schienenwege in § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB – nicht ausreichend, um die mittel- und langfristigen Ausbauziele für die Photovoltaik zu erreichen. Zwar sind die Kommunen im maßgeblichen Rechtsrahmen nach wie vor zu Recht mit einer starken Stellung ausgestattet. Zum einen ist aber nicht hinreichend rechtlich abgesichert, dass aus dieser Stellung heraus eine insgesamt genügende Flächenbereitstellung durch die Kommunen im Wege der Bebauungsplanung erfolgt. Zum anderen müssen auch in den Fällen zeit- und personalaufwändige Planungsverfahren durchgeführt werden, in denen Konsens über eine Standortwahl besteht.

Hinzu kommt, dass der gesetzgeberische Versuch, den Freiflächenausbau über das Förderrecht nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz auf bestimmte Flächen zu lenken, zunehmend daran scheitert, dass immer mehr PV-Freiflächenanlagen ohne eine solche Förderung realisiert werden. Weder Ordnungs- noch Planungsrecht können diesen Steuerungsverlust aber bislang auffangen und eine ausreichende Lenkungswirkung für Naturschutz oder auch landwirtschaftliche Flächen erzielen.

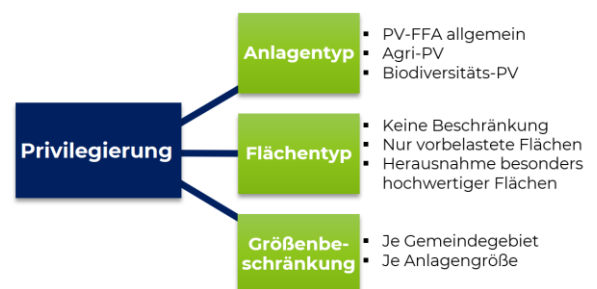
Diese Defizite des derzeitigen Rechtsrahmens könnten teilweise durch eine weiterentwickelte Privilegierung von Freiflächenanlagen beseitigt werden. Damit eine Privilegierung zugleich aber nicht auch neue Probleme verursacht, kommt es auf die Ausgestaltung eines solchen rechtlichen Instruments an, wofür es verschiedene Möglichkeiten gibt. Zentral ist dabei nicht nur die inhaltliche Ausrichtung der Privilegierung, sondern auch ihre Auswirkung auf die Planungshoheit der Kommunen und damit deren Gestaltungsmöglichkeiten und bislang jedenfalls faktisch bestehende „Veto-Position“ („Ob“ der Planung) bei der Ausweisung eines Standorts für eine PV-Freiflächenanlage.

Inhaltlich kann der Gesetzgeber eine Privilegierung mithilfe verschiedener

Stellschrauben weiterentwickeln und durch deren Kombination die Steuerungsziele etwa eines umwelt- und naturverträglichen Ausbaus einerseits oder einer Förderung des Strukturwandels in der Landwirtschaft andererseits in unterschiedlichem Maße verfolgen. Entscheidend sind hierfür die Fragen,

- ▶ ob die Privilegierung uneingeschränkt gilt, auf bestimmte Flächen beschränkt oder die Entscheidung hierüber etwa durch Verweis auf die Raumordnung an diese delegiert wird,
- ▶ ob Freiflächenanlagen allgemein privilegiert werden oder lediglich bestimmte Anlagentypen wie Agri-PV-Anlagen oder Biodiversitäts-PV-Anlagen sowie
- ▶ ob die Privilegierung in unbegrenztem Umfang gilt oder eine Beschränkung auf einen bestimmten Flächenanteil und/oder eine bestimmte Anlagengröße enthält.

Optionen für die inhaltliche Ausgestaltung einer Privilegierung von PV-Freiflächenanlagen



Besonderes Augenmerk ist bei der inhaltlichen Konzeption der Regelung auf ihre hinreichende Vollziehbarkeit zu legen. Die mit einer Privilegierung zu erzielende Steuerungswirkung bleibt aufgrund ihres Abstraktionsgrads hinter derjenigen räumlicher Planungen zurück. Der Versuch, die Steuerungswirkung durch einen (zu) hohen Detail- und Komplexitätsgrad der Regelung zu steigern, würde Defizite im Vollzug provozieren und so im Ergebnis scheitern.

Inwieweit die kommunale Planungshoheit durch eine Privilegierung beeinträchtigt wird, hängt ebenfalls von deren Konzeption ab. Die Frage ist nicht nur zentral für die Stellung der Gemeinden bei der Steuerung

des Freiflächenausbaus. Über die gemeindliche Bebauungsplanung findet vielmehr bislang auch eine Einbeziehung der Öffentlichkeit statt, was diese zur wichtigen Grundlage für die lokale Akzeptanz des PV-Ausbaus macht. An diese Aspekte knüpfen auch in der fachlichen Diskussion über eine Privilegierung für Freiflächenanlagen viele Befürchtungen an. Zutreffend sind diese jedoch nur für eine Privilegierung mit unbedingter Geltung. In Betracht kommt aber auch eine subsidiäre Ausgestaltung gegenüber der gemeindlichen Planung.

Gilt die Privilegierung unbedingt, verdrängt sie, wie es bei § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB der Fall ist, in ihrer Reichweite weitgehend die gemeindliche Steuerung und damit auch deren bisherige „Veto-Position“ im Sinne eines Letztentscheidungsrechts. In Teilen verschieben sich dadurch auch Fragen in das Zulassungsverfahren und sind dann von Behörden zu lösen, die bislang je nach Bauordnungsrecht nur wenig hiermit befasst waren. Gilt die Privilegierung dagegen nur subsidiär, so greift sie nur in dem Fall ein, in dem Gemeinden planerisch untätig bleiben oder nur unzureichend Flächen für PV-Freiflächenanlagen ausweisen. Die Funktion der Privilegierung läge bei dieser Ausgestaltung in erster Linie darin, die in der Vergangenheit bestehende faktische „Veto-Position“ von Gemeinden hinsichtlich des „Ob“ einer Flächenausweisung zu überwinden. Ihre Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich der Standortwahl („Wo-hin“), des Flächenumfangs jenseits eines zu erreichenden Mindestwerts („Wieviel“) und der Anlagenkonfiguration (Maß baulicher Nutzung) bliebe dagegen grundsätzlich erhalten.

Zur subsidiären Ausgestaltung einer Privilegierung kommt konkret in Betracht, den Gemeinden Steuerungsmöglichkeiten in Form von klassischen Positivplanungen einzuräumen. Hierbei ist darauf zu achten, dass diese in ihrer Handhabbarkeit praktikabel, Planungsdauer und Komplexität mithin begrenzt bleiben. Mit Blick auf die Erfahrungen, die bei der Steuerung der Windenergie gemacht wurden, erscheint das Instrument der Konzentrationszonenplanung dagegen ungeeignet.

Im Blick zu behalten sind zudem die Wechselwirkungen und Abhängigkeiten einer kommunalen Steuerung mit der Raumordnung. Der aktuelle Gesetzesentwurf zur

Novellierung des Raumordnungsgesetzes sieht hier die Etablierung einer Ausschlusswirkung vor, die, wo sie angewendet wird, den Kommunen die notwendige Gestaltungsfreiheit nehmen würde. Raumordnung und die Weiterentwicklung einer Privilegierungsregelung sollten insoweit zusammen betrachtet werden.

Kernergebnisse

- ▶ Das aktuelle System der Flächenbereitstellung ist nicht geeignet den mittel- und langfristig erforderlichen Ausbau der PV-Freifläche umzusetzen. Weder wird eine ausreichende Flächenausweisung genügend abgesichert noch eine hinreichende Steuerungswirkung erreicht.
- ▶ Das Instrument einer Privilegierung von Freiflächenvorhaben kann einen Teil der bestehenden Probleme lösen, aber auch neue Probleme schaffen. Entscheidend ist deshalb seine inhaltliche Ausgestaltung sowie die Bestimmung ihres Verhältnisses zur gemeindlichen Bebauungsplanung.
- ▶ Je nach inhaltlicher Konzeption können mit einer Privilegierung Steuerungsziele wie der naturverträgliche Ausbau oder die Förderung des Strukturwandels in der Landwirtschaft besser als bislang gefördert werden.
- ▶ Eine Privilegierung lässt sich als subsidiär gegenüber der kommunalen Planung ausgestalten. Sie greift dann nur bei planerischer Untätigkeit der Gemeinden und schränkt in ihrer Reichweite das bisherige Letztentscheidungsrecht der Gemeinden bei der Frage ein, ob überhaupt eine Planung stattfindet. Wird die Gemeinde dagegen planerisch tätig und setzt ein etwa gefordertes Mindestmaß an Flächenausweisung um, kann sie ihre Planungsvorstellungen wie schon bislang umsetzen.

A. Einleitung und Problemstellung

Die Stromerzeugung aus Photovoltaik (PV) ist neben der Windenergie das zentrale Standbein der Energiewende¹. Die Ausbauziele für die PV wurden zuletzt im Rahmen des sogenannten Osterpakets in § 4 Nr. 3 Erneuerbare-Energien-Gesetz 2023 (EEG 2023) noch einmal deutlich angehoben. So soll die installierte Leistung von Solaranlagen von derzeit ca. 65 Gigawatt² bereits bis zum Jahr 2030 auf 215 Gigawatt und schließlich 400 Gigawatt im Jahr 2040 gesteigert werden.

Grundsätzlich kann der PV-Ausbau durch PV-Anlagen an oder auf Gebäuden oder sonstigen baulichen Anlagen oder PV-Freiflächenanlagen erfolgen. Photovoltaik-Anlagen, die nicht als Freiflächenanlagen errichtet werden, vermeiden zwar eine weitere Flächeninanspruchnahme und gelten deshalb als besonders naturverträglich. Allerdings haben PV-Freiflächenanlagen die entscheidenden Vorteile, dass sie als große zusammenhängende Anlagen wesentlich kostengünstiger und schneller zu installieren sind³. Allein das hohe Ausbauvolumen, das in geringer Zeit umzusetzen ist, in Verbindung mit einem Fachkräftemangel könnte dazu führen, dass ein Großteil des Solarausbaus bis 2030 durch PV-Freiflächenanlage erfolgen wird⁴. Ob sich vor diesem Hintergrund die Einschätzung der Bundesregierung, dass der erforderliche Ausbau in etwa hälftig auf Dachflächen und hälftig auf der Freifläche stattfindet⁵, erfüllen wird, bleibt abzuwarten. Rechtlich in irgendeiner Weise abgesichert und mit

Instrumenten unterlegt ist diese Prognose jedenfalls nicht.

Das flächenmäßige Potenzial für den angestrebten Zubau von PV-Freiflächenanlagen ist vorhanden⁶. Dies gilt umso mehr, als dass Konzepte existieren, die Photovoltaiknutzung mit anderen Nutzungen auf derselben Fläche zu verbinden und so die Potenziale zu erweitern. Hierzu zählt beispielsweise eine Kombination der PV mit der Landwirtschaft (Agri-PV) oder besonderen Ökosystemdienstleistungen (Biodiversitäts-PV).

Hinzu kommt, dass der Ausbau nicht länger aus wirtschaftlichen Gründen auf die eingeschränkte Flächenkulisse des Erneuerbare-Energien-Gesetzes beschränkt ist. Dieses sieht auch in Zukunft einen geförderten Zubau, insbesondere auf bestimmten vorbelasteten (beispielsweise Konversionsflächen aus wirtschaftlicher, verkehrlicher, wohnungsbaulicher oder militärischer Nutzung) sowie weiteren Flächen vor und schließt eine EEG-Förderung jenseits dessen aus (vgl. insbesondere §§ 37, 48 EEG 2023)⁷. Mit der zunehmenden Wirtschaftlichkeit von PV-Freiflächenanlagen ohne jede Förderung⁸ lassen sich potenziell jedoch auch außerhalb dieser Förderkulisse und damit auf deutlich mehr Flächen Anlagen realisieren.

Nicht den Ausbauzielen scheint aber aktuell die planerische Flächenbereitstellung für PV-Freiflächenanlagen zu entsprechen. Denn naheliegend ist, die auffällige

¹ Vgl. *Fraunhofer ISE*, Wege zu einem klimaneutralen Energiesystem, Februar 2020, <https://www.ise.fraunhofer.de/de/veroeffentlichungen/studien/wege-zu-einem-klimaneutralen-energiesystem.html>, S. 4.

² *Fraunhofer ISE*, Installierte Netto-Leistung zur Stromerzeugung in Deutschland in 2022, 30.11.2022, https://energy-charts.info/charts/installed_power/chart.htm?l=de&c=DE&stacking=single&chartColumnSorting=default.

³ *Günnewig/Johannwerner/Kelm/Metzger/Wegner*, Anpassung der Flächenkulisse für PV-Freiflächenanlagen im EEG vor dem Hintergrund erhöhter Ausbauziele, UBA TEXTE 76/2022, S. 22.

⁴ *Von Seht*, Photovoltaik-Freiflächenanlagen: Ein Hoffnungsträger für die Energiewende – Auswirkungen, gesetzlicher Änderungsbedarf und planerische Handlungserfordernisse, UPR 2020, S. 257 (258).

⁵ *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien und weiteren Maßnahmen im Stromsektor, 02.05.2022, <https://dserver.bundestag.de/btd/20/016/2001630.pdf>, S. 3.

⁶ *Fraunhofer ISE*, Aktuelle Fakten zur Photovoltaik in Deutschland, 21.09.2022, <https://www.ise.fraunhofer.de/content/dam/ise/de/documents/publications/studies/aktuelle-fakten-zur-photovoltaik-in-deutschland.pdf>, S. 34.

⁷ *Günnewig/Johannwerner/Kelm/Metzger/Wegner/Moog/Kamm*, Abschlussbericht Umweltverträgliche Standortsteuerung von Solar-Freiflächenanlagen, UBA TEXTE 141/2022, S. 59.

⁸ *Günnewig/Johannwerner/Kelm/Metzger/Wegner/Moog/Kamm*, Abschlussbericht Umweltverträgliche Standortsteuerung von Solar-Freiflächenanlagen, UBA TEXTE 141/2022, S. 51.

4 Weiterentwicklung der Außenbereichsprivilegierung von PV-Freiflächenanlagen

erstmalige Unterzeichnung der Ausschreibung für die EEG-Förderung von PV-Freiflächenanlagen im Juni 2022 sowie anschließend der Ausschreibung im November 2022 zumindest teilweise auf eine mangelnde Flächenbereitstellung zurückzuführen. Während im Juni 2022 eine Förderung für 1.126 Megawatt ausgeschrieben war, wurden Gebote mit einem Gesamtvolumen von nur 714 Megawatt abgegeben⁹, was einer Unterzeichnung von ca. 37 Prozent entspricht. Im November 2022 wurde das Ausschreibungsvolumen auf 890 Megawatt herabgesetzt¹⁰, was aber nicht verhindern konnte, dass mit einem Gebotsvolumen von 677 Megawatt dennoch eine deutliche Unterzeichnung eintrat¹¹. Als bestimmende Gründe hierfür werden von der Praxis unter anderem verzögerte (nicht startende oder nicht weiterkommende) Bebauungsplanverfahren genannt¹².

Ein Bebauungsplan war bis zuletzt nach dem planungsrechtlichen Rechtsrahmen aber ganz überwiegend Voraussetzung für die Umsetzung einer Freiflächenanlage¹³. Den Gemeinden, die für die Planaufstellung zuständig sind, verlieh dies weitgehend eine Gestaltungs- und gleichzeitig „Veto-Position“ für die Realisierung von PV-Freiflächenanlagen. Durch planerische Untätigkeit wurde der Ausbau solcher Anlagen so vielerorts verhindert.

Zunehmend wurde vor diesem Hintergrund darüber nachgedacht, wie der Rechtsrahmen geändert werden kann, um die künftigen Ausbauziele überhaupt mengenmäßig und innerhalb der kurzen Frist zu erreichen. Diskutiert wurden insoweit insbesondere Optionen einer Außenbereichsprivilegierung für PV-Freiflächenanlagen¹⁴. Mit deren Hilfe, so die Hoffnung der Befürworter, könnte nicht nur die Menge bereitgestellter Flächen erhöht werden, sondern auch langwierige Planaufstellungsverfahren durch eine planersetzende gesetzgeberische Regelung abgelöst und der Ausbau damit beschleunigt werden.

Gegen die Einführung einer Außenbereichsprivilegierung wurde ihrerseits insbesondere ein Akzeptanzverlust bei kommunalen Entscheidungsträgern wie auch betroffenen Anwohnern angeführt. Dieser wurde für den Fall befürchtet, dass die Entscheidung über die planungsrechtliche Flächenbereitstellung durch die Privilegierung nicht länger vollständig bei der Kommune liegt und die Öffentlichkeit nicht länger umfassend in den Planungsverfahren beteiligt wird. Nicht selten wurde zudem auf die Erfahrungen mit der Privilegierung der Windenergie und den vielfach fehlgeschlagenen Versuchen ihrer Konzentration auf bestimmte Flächen mithilfe der

⁹ BNetzA, Pressemitteilung, Ergebnisse der Ausschreibung für Solaranlagen des ersten Segments zum Gebotstermin 1. Juni 2022, 29.06.2022, https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2022/20220629_FFAV_22-2.html?jsessionid=BB01EA77C0D4D98FF0696397CB8B0089?nn=265778; Detailergebnisse hier abrufbar: BNetzA, Ausschreibung Solaranlagen erstes Segment: Gebotstermin 1. Juni 2022, Öffentliche Bekanntgabe der Zuschläge, 29.06.2022, <https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/ElektrizitaetundGas/Ausschreibungen/Solaranlagen1/BeendeteAusschreibungen/Ausschreibungen2022/Gebotstermin01062022/start.html>.

¹⁰ Vgl. BNetzA, Pressemitteilung, Ergebnisse der Ausschreibung für Solaranlagen des ersten Segments zum Gebotstermin 1. November 2022, 06.12.2022, https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2022/20221206_Solar.html.

¹¹ Vgl. BNetzA, Pressemitteilung, Ergebnisse der Ausschreibung für Solaranlagen des ersten Segments zum Gebotstermin 1. November 2022, 06.12.2022, https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2022/20221206_Solar.html; Detailergebnisse hier abrufbar: BNetzA, Ausschreibung Solaranlagen erstes Segment: Gebotstermin 1. November

2022, Öffentliche Bekanntgabe der Zuschläge, 06.12.2022, <https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/ElektrizitaetundGas/Ausschreibungen/Solaranlagen1/Gebotstermin01112022/start.html>.

¹² BNE, bne-Statement zur Unterzeichnung der Solarpark-Ausschreibungsrunde, 06.12.2022, <https://www.bne-online.de/de/news/detail/bne-pressestatement-zur-unterzeichnung-der-solarpark-ausschreibungsrunde/>; BNE, Unterzeichnung in Photovoltaikausschreibungen, Analyse und Handlungsoptionen innerhalb und außerhalb des EEGs, 01.07.2022, https://www.bne-online.de/fileadmin/user_upload/22-07-01_bne_Hintergrund_PV-FFA_Unterzeichnung.pdf.

¹³ Hierzu sogleich ausführlich unter B. I.

¹⁴ So beispielsweise *Frey/Kallina*, Das Potenzial der Freiflächenphotovoltaik zur Erreichung der Klimaziele endlich nutzen, KlimR 2022, S. 118 (118); Stellungnahme des Bundesverbandes Solarwirtschaft e. V. zum Entwurf einer EnSiG-Novelle in der Arbeitsfassung vom 05.09.2022, S. 4; *Bundesrat*, Empfehlungen, BR(A) 503/1/22, S. 8; *Günnewig/Johannwerner/Kelm/Metzger/Wegner*, Anpassung der Flächenkulisse für PV-Freiflächenanlagen im EEG vor dem Hintergrund erhöhter Zubauziele, UBA TEXTE 76/2022, S. 42 ff.

sogenannten Konzentrationszonenplanung verwiesen¹⁵.

Der Gesetzgeber hat sich mittlerweile insofern den Befürwortern einer Außenbereichsprivilegierung angeschlossen, als dass er mit der Einführung des § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB zum 1. Januar 2023 Freiflächenanlagen innerhalb eines 200 Meter-„Randstreifens“ längs von Autobahnen und bestimmten Schienenwegen privilegiert hat¹⁶. Hiernach benötigen PV-Freiflächenanlagen innerhalb der genannten Randstreifen zu ihrer Zulässigkeit keinen gemeindlichen Bebauungsplan mehr, sondern können auf Grundlage der planersetzenden Regelung des § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b), Abs. 3 BauGB grundsätzlich direkt, d. h. vorbehaltlich entgegenstehender öffentlicher Belange im Einzelfall und entgegenstehenden Fachrechts, zugelassen werden¹⁷.

Allerdings handelt es sich bei dieser Regelung ihrer Konzeption nach eher um eine fragmentarische Lösung des Problems der Flächenbereitstellung, die deutliche Züge einer „Sofortmaßnahme“ im Kontext der gegenwärtigen Energiekrise trägt¹⁸. Eine umfassende Neuausrichtung der Flächenbereitstellung für PV-Freiflächenanlagen ist damit nicht verbunden.

Auch wenn durch die Privilegierung auf den erfassten Randstreifen ein nicht unerhebliches Flächenpotenzial für den Ausbau in den nächsten Jahren geöffnet wird, bleibt darüber hinaus ungeklärt, wie mittelfristig ausreichend Flächen für die Erreichung der Ausbauziele bereitgestellt werden sollen. Ebenso wurde mit der Regelung das Steuerungspotenzial des Instruments der Außenbereichsprivilegierung keinesfalls voll ausgeschöpft. Zwar wird die Flächenbereitstellung gerade durch die Öffnung bestimmter „vorbelasteter“ Flächen gestärkt. Weitere naturschutzfachliche Aspekte werden aber genauso wenig adressiert wie Steuerungsanliegen von Gemeinden, die im Anwendungsbereich der nun

geregelten Privilegierung nahezu vollständig überspielt werden.

Der neue § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB kann daher als kurzfristige Beschleunigungsmaßnahme gewertet werden. Sie verschafft vor dem Hintergrund des drängenden Zubaus in erster Linie Zeit, um den weiteren Prozess der Flächenbereitstellung zu organisieren und dabei zusätzliche Steuerungsanliegen zu adressieren. Instrumentell kommt auch für eine solch weitergehende Steuerung eine – weiterentwickelte – Außenbereichsprivilegierung in Betracht. Von grundlegender Bedeutung ist dabei die Entscheidung, ob diese als subsidiär gegenüber gemeindlichen Planungen ausgestaltet wird, mithin nur dann eingreift, wenn nicht durch gemeindliche Planungen ausreichend Flächen bereitgestellt werden, oder ob die Privilegierung gemeindlichen Einfluss bedingungslos verdrängt.

Auf beiden Wegen könnte eine Privilegierung nicht nur dazu beitragen, dass der im EEG 2023 angestrebte Ausbaupfad insgesamt und über die nächsten Jahre hinaus mit höherer Wahrscheinlichkeit eingehalten werden kann. Die so ermöglichte Erschließung weiterer, aus naturschutz- und planungsfachlicher Sicht eher unkritischer Standorte auf gesetzlicher Grundlage könnte auch dabei helfen, wertvolle Planungsressourcen zu schonen, die dann für komplexere Standorte verwendet werden könnten. Ein Stück weit könnte zudem die in Folge der verbesserten Wirtschaftlichkeit gerade größerer Freiflächenanlagen zunehmend schwindende ökologische Steuerungswirkung des EEG-Förderrechts kompensiert werden. Dies indem eine planungsrechtliche Privilegierung gerade die Realisierung von Anlagen auf aus anderen Gründen vorbelasteten Flächen fördert oder aber gezielt solche Anlagentypen stärkt, die eine ökologische Aufwertung am Standort versprechen. Hierneben könnte schließlich mithilfe einer

¹⁵ Vgl. hierzu nur *Wegner*, Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 37 vom 14.12.2018, <https://stiftung-umweltenergierecht.de/hintergrundpapier-zu-den-fehlerquellen-von-konzentrationszonenplanungen-erschienen/> sowie zu den Lösungsvorschlägen *Wegner*, Reformansätze zum Planungsrecht von Windenergieanlagen, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 26 vom 11.02.2022, <https://stiftung-umweltenergierecht.de/reformvorschlaege-fuer->

[die-flaechenbereitstellung-bei-der-windenergie-was-ist-jetzt-zu-tun/](#).

¹⁶ Artikel 1, Gesetz zur sofortigen Verbesserung der Rahmenbedingungen für die erneuerbaren Energien im Städtebaurecht, BGBl. 2023 Teil I Nr. 6, 11.01.2023.

¹⁷ Hierzu sogleich ausführlich unter B. II.

¹⁸ Vgl. insofern die Begründung zum ursprünglichen Gesetzentwurf BT-Drs. 20/4227, S. 10.

6 Weiterentwicklung der Außenbereichsprivilegierung von PV-Freiflächenanlagen

Privilegierungsregelung auch die Transformation in der Landwirtschaft unterstützt werden.

Vor dem Hintergrund der durch § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB veränderten Rechtslage soll sich das vorliegende Diskussionspapier mit verschiedenen Optionen für eine Fortentwicklung der Außenbereichsprivilegierung für PV-Freiflächenanlagen befassen und deren Verhältnis zu den geltend gemachten Hoffnungen genauso klären wie zu den befürchteten Nachteilen. Hierzu wird zunächst der Status Quo des gegenwärtigen Rechtsrahmens nach den jüngsten Entwicklungen erörtert (B.), bevor auf die einzelnen Weiterentwicklungsmöglichkeiten einer Außenbereichsprivilegierung eingegangen (C.) und abschließend ein Fazit gezogen wird (D.).

B. Der neue Status Quo des Rechtsrahmens für PV-Freiflächenanlagen

Im bis Ende 2022 geltenden Rechtsrahmen waren Projektierer von PV-Freiflächenanlagen ganz regelmäßig davon abhängig, dass Gemeinden Standorte für solche Anlagen in einem Bebauungsplan festsetzten¹⁹. Wollten oder konnten die Gemeinden dies nicht, etwa angesichts begrenzter Planungsressourcen, kam für Projektierer allein noch der Weg über die planerisierenden Regelungen der § 34 (Vorhaben im sog. unbeplanten Innenbereich) oder § 35 BauGB (Außenbereich) in Betracht. Bis zur nunmehrigen Einführung von § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB war dieser Weg allerdings allein in Einzelfällen eröffnet.

Mit der Einführung des § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB ist der gegenwärtige planungsrechtliche Rahmen für PV-Freiflächenanlagen nunmehr zweigeteilt: Außerhalb des Geltungsbereichs der Privilegierung (dazu I.) besteht weiterhin jedenfalls faktisch eine Gestaltungs- und „Veto-Position“ der Gemeinden, die sich nicht nur auf die Standortwahl („Wohin“), den Zuschnitt („Wieviel“) und einzelne Modalitäten von Freiflächenanlagen (Maß baulicher Nutzung), sondern vielmehr auch auf die Schaffung einer ausreichenden Planungsgrundlage für solche Anlagen überhaupt, mithin auf das „Ob“ von PV-Freiflächenanlagen, bezieht. Innerhalb des Geltungsbereichs der Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB (dazu II.) sind PV-Freiflächenanlagen dagegen nun grundsätzlich zulässig, ohne dass es hierfür eines gemeindlichen Bebauungsplans bedarf. Die „Veto-Position“ gemeindlicher Bauleitplanung wurde insoweit ersatzlos beseitigt.

I. Faktische "Veto-Position" von Gemeinden jenseits von § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB

1. Zulässigkeit auf planerisierender Grundlage allein im Einzelfall

Jenseits der Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB längs von Autobahnen und bestimmten Schienenwegen sind PV-Freiflächenanlagen auf gesetzlicher Grundlage planungsrechtlich sowohl im sogenannten unbeplanten Innenbereich nach § 34 BauGB als auch im übrigen Außenbereich nach § 35 BauGB allenfalls im Einzelfall zulässig.

§ 34 Abs. 1 oder 2 BauGB, die letztlich der jeweiligen baulichen Umgebung eine maßstabsbildende Funktion geben und darauf abstellen, ob sich ein bauliches Vorhaben in dieses Umfeld einfügt, ermöglichen gerade größeren PV-Freiflächenanlagen nur in Ausnahmefällen einen direkten Weg zum Baurecht²⁰. Denkbar ist dies beispielsweise in Einzelfällen auf entsprechenden Konversionsflächen. Jenseits dessen können größere Baulücken regelmäßig nicht als baulicher Innenbereich qualifiziert werden²¹, was aber überhaupt erst den Anwendungsbereich von § 34 BauGB eröffnen würde.

Auch im übrigen Außenbereich jenseits der in § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB erfassten Randstreifen ist über § 35 BauGB eine planungsrechtliche Zulassung regelmäßig

¹⁹ Dies kann als gewöhnliche Angebotsplanung (vgl. § 30 Abs. 1 BauGB) oder in der Form eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans (vgl. § 30 Abs. 2 BauGB) für den Fall erfolgen, dass sich bereits ein Investor zur Durchführung eines konkreten Vorhabens verpflichtet. Der Festsetzungskatalog sieht hierfür insbesondere „Sondergebiete PV“ (§ 11 Abs. 2 Alt. 8 BauNVO), Versorgungsflächen für die Stromerzeugung (§ 9 Abs. 1 Nr. 12 BauGB) sowie verschiedene Gebietstypen vor, in denen eine gewerbliche Nutzung regelmäßig zulässig ist, insbesondere Gewerbe- und Industriegebiete, aber auch Dorf- und Mischgebiete, siehe hierzu *Oehlschläger*,

Planung und Zulassung von Photovoltaikanlagen, Analyse und Reformbedarf, 2019, S. 116.

²⁰ *Günnewig/Johannwerner/Kelm/Metzger/Wegner/Moog/Kamm*, Abschlussbericht Umweltverträgliche Standortsteuerung von Solar-Freiflächenanlagen, UBA TEXTE 141/2022, S. 92; vgl. *Mitschang*, Fachliche und rechtliche Anforderungen an die Zulassung und planerische Steuerung von Fotovoltaikfreiflächenanlagen, NuR 2009, S. 821 (823 f.).

²¹ Vgl. zum hierfür vorausgesetzten Bebauungszusammenhang *Mitschang/Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 34 Rn. 8b f.

jedenfalls nicht mit der erforderlichen Rechtssicherheit möglich. Entscheidend ist hiernach in den allermeisten Fällen, ob PV-Freiflächenanlagen auch abgesehen von § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB zu den privilegierten, grundsätzlich zulässigen Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB gehören oder ob sie zu den nicht-privilegierten, sog. „sonstigen“, Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB zählen, die im Außenbereich grundsätzlich unzulässig sind.

Im Ausgangspunkt gibt es zwar auch in den allgemeineren Privilegierungstatbeständen Anknüpfungspunkte zur Begründung einer Privilegierung von Freiflächenanlagen, die über bloße Einzelfallkonstellationen und Randnutzungen²² hinausgehen. Im Ergebnis erweisen sich jedenfalls für reguläre Freiflächenanlagen aber die allgemeinen Privilegierungstatbestände nach § 35 Abs. 1 Nr. 3²³ (ortsgebundene Betriebe) bzw. Nr. 4²⁴ (Vorhaben mit besonderen Anforderungen an oder Wirkungen auf ihre Umgebung) BauGB als nicht einschlägig. Ob anderes für die besondere Form sog. Agri-PV-Anlagen²⁵ nach § 35 Abs. 1 Nr. 1, 2 bzw. 4 Alt. 3 BauGB gilt, da solche Anlagen Synergieeffekte mit den gartenbaulichen und landwirtschaftlichen Nutzungen aufweisen²⁶ bzw. wegen ihrer besonderen Zweckbestimmung diesen nur gemeinsam mit der dem Außenbereich zugewiesenen landwirtschaftlichen Nutzung erfüllen können²⁷, braucht hier nicht weiter erörtert zu werden. Da es zu diesen keineswegs eindeutig zu beantwortenden Fragen²⁸ an einer höchstgerichtlichen Entscheidung

fehlt, mangelt es jedenfalls an einer hinreichend sicheren Grundlage für den weiteren Ausbau auch dieser besonderen Form von Freiflächenanlagen.

2. Besteht eine Erstplanungspflicht der Gemeinden außerhalb der Randstreifen?

Existieren aber außerhalb der Flächen des § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB allenfalls im Einzelfall Möglichkeiten, eine planungsrechtliche Zulassung ohne vorangehenden Bebauungsplan zu erreichen, stellt sich die Frage, ob die Gemeinden unter Umständen dazu verpflichtet sein können, dort einen Bebauungsplan für PV-Freiflächenanlagen aufzustellen.

Zunächst könnte sich eine solche sogenannte Erstplanungspflicht der Gemeinden aus § 1 Abs. 3 BauGB ergeben, nach dem die Gemeinden dann Bauleitpläne aufzustellen haben, „sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist“. Diese Erforderlichkeit bestimmt sich zwar unter anderem entlang der planungsrechtlichen Grundsätze des Klimaschutzes (§ 1 Abs. 5 BauGB) und der Nutzung erneuerbarer Energien (§ 1 Abs. 6 Nr. 7f BauGB)²⁹, deren Bedeutung durch § 2 EEG 2023 („überragendes öffentliches Interesse“) und § 13 Abs. 1 S. 1 Bundes-Klimaschutzgesetz („Berücksichtigungsgebot“) noch einmal hervorgehoben wird³⁰. Bislang war anerkannt, dass wegen der Planungshoheit der Gemeinden aus den abstrakten Planungsgrundsätzen in aller Regel keine

²² Die sog. mitgezogene Privilegierung im Rahmen von § 35 Abs. 1 Nr. 1, 2 BauGB und die Zulassung über § 38 BauGB können an dieser Stelle vernachlässigt werden, da sie sich nicht auf Freiflächenanlagen mit dem vorrangigen Zweck der Netzeinspeisung beziehen.

²³ BVerwG, NVwZ 2013, S. 1288 (1289).

²⁴ Oehlenschläger, Planung und Zulassung von Photovoltaikanlagen, Analyse und Reformbedarf, 2019, S. 207.

²⁵ Fraunhofer ISE, Agri-Photovoltaik: Chance für Landwirtschaft und Energiewende, April 2022, <https://www.ise.fraunhofer.de/de/veroeffentlichungen/studien/agri-photovoltaik-chance-fuer-landwirtschaft-und-energiewende.html>, S. 11. Für eine nähere Bestimmung der Agri-PV siehe auch BNetzA, Festlegung der Anforderungen an die besonderen Solaranlagen nach § 15 InnAusV, 01.10.2021, https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/Ausschreibungen/Innovations/GezeichneteFestlegungOktober2021.pdf?__blob=publicationFile&v=3, S. 2 ff. sowie Deutsches Institut für Normung e.V., DIN SPEC 91434 Agri-Photovoltaik-Anlagen - Anforderungen an die

landwirtschaftliche Hauptnutzung, Mai 2021, <https://www.din.de/de/wdc-beuth:din21:337886742>.

²⁶ Vgl. Burtin, Die planungsrechtliche Zulässigkeit von Agri-Photovoltaikanlagen, NVwZ 2021, S. 1582 (1583 f.); Vollprecht/Kather, Der Rechtsrahmen für Agri-PV: Aktuelle Herausforderungen und Lösungsansätze, IR 2021, S. 266 (270).

²⁷ Bringewat, Vortrag im Rahmen des BWE-Seminars Freiflächensolar: Floating- und Agri-PV: Planung nach aktuellem Recht und Fördermöglichkeiten, 01.09.2022; Vgl. speziell zu Agri-PV-Forschungsanlagen Frey/Kallina, Bauleitplanerische Zulässigkeit von Agri-PV-Forschungsanlagen nach § 35 I Nr. 4 und II BauGB, NVwZ 2022, 388 (389 f.).

²⁸ Vgl. Burtin, Die planungsrechtliche Zulässigkeit von Agri-Photovoltaikanlagen, NVwZ 2021, S. 1582 (1584).

²⁹ Vgl. Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 1 Rn. 28.

³⁰ Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 27.09.2022 – 1 BvR 2661/21, juris Rn. 85.

konkrete Pflicht der Gemeinde folgt, einen Bebauungsplan gerade für PV-Freiflächenanlagen aufzustellen³¹. Dass sich dies durch §§ 2 EEG 2203, 13 Bundes-Klimaschutzgesetz geändert haben könnte, ist nicht ersichtlich.

In der wissenschaftlichen Literatur diskutiert und vielfach auch bejaht wird dagegen eine Erstplanungspflicht der Gemeinde aus § 1 Abs. 4 BauGB in Verbindung mit einem raumordnerischen Vorranggebiet für PV-Freiflächenanlagen nach § 7 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Raumordnungsgesetz (ROG). Nach § 1 Abs. 4 BauGB hat die Gemeinde ihre Bauleitpläne den Zielen der Raumordnung, zu denen auch solche Vorranggebiete zählen, „anzupassen“. Dieses Anpassungsgebot wird vielfach so ausgelegt, dass es der Gemeinde nicht nur verbietet, entgegen einem Ziel der Raumordnung zu planen, sondern der Gemeinde umgekehrt auch gebietet, überhaupt zu planen, sobald und soweit dies zur Verwirklichung eines Ziels der Raumordnung erforderlich ist³². Da, wie oben beschrieben, PV-Freiflächenanlagen in aller Regel außerhalb des Geltungsbereichs der Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB nur aufgrund eines Bebauungsplans zulässig sind, lässt sich mit dieser Argumentation eine Erstplanungspflicht bei Vorranggebieten für PV-Freiflächenanlagen außerhalb der Randstreifen bejahen, da das „Vorranggebiet PV-Freiflächenanlagen“ dort regelmäßig anders nicht verwirklicht werden kann³³.

Konstatiert werden muss aber, dass sich diese klare Tendenz in der Literatur bislang nicht in der Praxis niederschlägt. Ob dies daran liegt, dass die Raumordnung bei PV-Freiflächenanlagen kaum mit der Kategorie der Vorranggebiete operiert, entsprechende Erstplanungspflichten von den Gemeinden nicht beachtet und von den Kommunalaufsichten auch nicht durchgesetzt werden oder ob andere Gründe vorliegen,

ist insoweit nicht eindeutig ersichtlich. Bisher hat auch die Rechtsprechung Erstplanungspflichten zwar unter bestimmten Voraussetzungen allgemein anerkannt³⁴, sie aber in konkreten Fällen nur äußerst selten bejaht³⁵.

Eine Klarstellung des Gesetzgebers könnte insoweit zwar über die bestehenden Unsicherheiten hinweghelfen. An der Zurückhaltung der Raumordnung bei der Festlegung von PV-Vorranggebieten und möglichen Durchsetzungsproblemen entsprechender Erstplanungspflichten würde aber auch dies nichts ändern. Insgesamt erscheinen etwaige Erstplanungspflichten der Gemeinden für PV-Freiflächenanlagen daher allenfalls eingeschränkt geeignet, um jetzt oder in Zukunft die Flächenbereitstellung für PV-Freiflächenanlagen zu forcieren.

II. Planeretzende gesetzliche Grundlage in Reichweite des § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB

In der Reichweite des Privilegierungsstatbestands nach § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB hat der Gesetzgeber im Zusammenwirken mit § 35 Abs. 3 BauGB dagegen eine planeretzende gesetzliche Grundlage für PV-Freiflächenanlagen geschaffen und die oben festgestellte Zweiteilung des Rechtsrahmens bewirkt. In seinem Anwendungsbereich ist ein Bebauungsplan für die planungsrechtliche Zulässigkeit von PV-Freiflächenanlagen regelmäßig nicht länger vorausgesetzt, die faktische „Veto-Position“ der Gemeinden wurde insoweit punktuell aufgebrochen.

Im Ausgangspunkt dient § 35 BauGB dem Schutz des Außenbereichs und dessen Funktionen, die durch eine bauliche Nutzung beeinträchtigt werden. Zudem sichert

³¹ Günnewig/Johannwerner/Kelm/Metzger/Wegner, Anpassung der Flächenkulisse für PV-Freiflächenanlagen im EEG vor dem Hintergrund erhöhter Zubauziele, UBA TEXTE 76/2022, S. 39.

³² Kümper, Raumordnung und Bauleitplanung – Regelungsbefugnisse der Raumordnung und Bindungswirkungen raumordnerischer Festlegungen für die Bauleitplanung, ZfBR 2018, S. 119 (126).

³³ Vgl. von Seht, Photovoltaik-Freiflächenanlagen: Ein Hoffnungsträger für die Energiewende –

Auswirkungen, gesetzlicher Änderungsbedarf und planerische Handlungserfordernisse, UPR 2020, S. 257 (262).

³⁴ BVerwG, Urt. v. 17.09.2003 – 4 C 14/01; BVerwG, Urt. v. 08.03.2006 – 4 B 75/05, juris Rn. 12; BVerwG, Urt. v. 14.05.2007 – 4 BN 8/07, juris Rn. 4; BVerwG, Urt. v. 25.06.2007 – 4 BN 17/07, juris Rn. 9.

³⁵ Vgl. Günnewig/Johannwerner/Kelm/Metzger/Wegner/Moog/Kamm, Abschlussbericht Umweltverträgliche Standortsteuerung von Solar-Freiflächenanlagen, UBA TEXTE 141/2022, S. 109 f.

die Norm das Planmäßigkeitprinzip und insoweit die Planungshoheit der Gemeinden ab. Seine Regelungswirkung erzielt § 35 BauGB im Wesentlichen über die Differenzierung von privilegierten (§ 35 Abs. 1 BauGB) und sog. sonstigen Vorhaben (§ 35 Abs. 2 BauGB).

Ein grundsätzliches Verbot der Bebauung des Außenbereichs gilt dabei für alle sonstigen Vorhaben und lässt diese nur ganz ausnahmsweise zu. Sie sind bereits dann unzulässig, wenn sie insbesondere den in § 35 Abs. 3 BauGB genannten öffentlichen Belangen (u. a. Planungsbelange der Flächennutzungs- und Landschaftsplanung; Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen; Belange des Naturschutzes, des Denkmalschutzes oder der Schutz der natürlichen Eigenart der Landschaft sowie des Landschaftsbildes) nur „beeinträchtigen“ (§ 35 Abs. 2 BauGB).

Die Privilegierung einzelner Vorhabentypen, die in § 35 Abs. 1 BauGB abschließend aufgezählt werden, führt demgegenüber zu deren bevorzugter Zulässigkeit³⁶. Einem privilegierten Vorhaben kann die Genehmigung für einen bestimmten Ort im Außenbereich nämlich erst dann versagt werden, wenn ihm dort öffentliche Belange „entgegenstehen“. Ihre bloße Beeinträchtigung genügt hier gerade nicht. Die Privilegierung wirkt sich damit auf die Abwägung zwischen den Bauinteressen und dem Außenbereichsschutz aus, die von der Zulassungsbehörde unter Beachtung der gesetzlichen Wertungen durchzuführen ist (sogenannte nachvollziehende Abwägung): Privilegierte Vorhaben haben in dieser Abwägung ein hohes Gewicht, da der Gesetzgeber sie über die Privilegierung in planähnlicher und -ersetzender Weise dem Außenbereich zugewiesen³⁷ und insoweit den Außenbereichsschutz gelockert hat³⁸; bei Erneuerbare-Energien-Anlagen wird

diesbezüglich über § 2 EEG 2023 ausdrücklich ein relativer Abwägungsvorrang festgeschrieben³⁹.

Der neue § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB regelt nun eine Privilegierung von PV-Freiflächenanlagen

„auf einer Fläche längs von

aa) Autobahnen oder

bb) Schienenwegen des übergeordneten Netzes im Sinne des § 2b des Allgemeinen Eisenbahngesetzes mit mindestens zwei Hauptgleisen

und in einer Entfernung zu diesen von bis zu 200 Metern, gemessen vom äußeren Rand der Fahrbahn.“

Neben Autobahnen (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Bundesfernstraßengesetz (FStrG)) werden mithin nur „Schienenwege des übergeordneten Netzes im Sinne des § 2b des Allgemeinen Eisenbahngesetzes mit mindestens zwei Hauptgleisen“ erfasst. Während durch den Verweis auf § 2b Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) im Wesentlichen nur örtliche Stadtbahnen und Eisenbahninfrastrukturen in Privateigentum aufgenommen werden⁴⁰, geht mit dem Erfordernis von mindestens zwei Hauptgleisen eine stärkere Einschränkung einher⁴¹.

Keinerlei Vorgaben trifft die Regelung dagegen für die typen- und größenmäßige Ausgestaltung der PV-Freiflächenanlagen, sodass ebenso besondere Anlagenformen wie die Agri-PV umfasst sind und innerhalb der benannten Flächen theoretisch auch sehr große zusammenhängende Anlagen verwirklicht werden könnten. Auch besondere Anforderungen an die naturverträgliche Gestaltung solcher Anlagen werden nicht gestellt.

³⁶ Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 1, 4.

³⁷ BVerwG, Urt. v. 31.03.2013 – 4 CN 1/12, juris Rn. 24; Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 6.

³⁸ Vgl. hierzu VG Braunschweig, Urt. v. 11.05.2022 – 2 A 100/19, juris Rn. 42 f.

³⁹ Vgl. hierzu Parzefall, Die neue Abwägungsdirektive des § 2 EEG im Gefüge des Bauplanungsrechts, NVwZ 2022, S. 1592 (1595).

⁴⁰ Für eine Auflistung aller Bahnstrecken, die Teil des übergeordneten Netzes nach § 2b AEG sind, siehe

Eisenbahn-Bundesamt, Liste übergeordnetes Netz, 31.10.2019, https://www.eba.bund.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Infrastruktur/uebergeordnetes_Netz/liste_uebergeordnetes_netz.html?sessionid=5FC45BAA62A853ADE5FBBD208A9E7366.live21302?nn=2405334.

⁴¹ Vgl. hierfür DB Netze AG, Infrastrukturregister, <https://geovdbn.deutschebahn.com/isr> (Auswahl „Streckenmerkmale“ und sodann „Gleisanzahl“) sowie § 4 Abs. 11 S. 1 Eisenbahn-Bau-und-Betriebsordnung (EBO).

In ihrer Reichweite bewirkt die Regelung zwar nicht, dass die Anlagen generell überall auf den erfassten Flächen zulässig wären⁴². Die gesetzgeberische Wertungsentcheidung der Privilegierung führt aber dazu, dass sich im Einzelfall dort die Bauinteressen wesentlich leichter gegen die öffentlichen Belange durchsetzen. Wenn die Abwägung demnach kein Entgegenstehen öffentlicher Belange ergibt und zudem die ausreichende Erschließung gesichert ist, besteht – jedenfalls in bauplanungsrechtlicher Hinsicht – ein Rechtsanspruch auf Zulassung der Freiflächenanlage⁴³. Von der bauplanungsrechtlichen Norm des § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB unbenommen bleibt indessen, dass auch die planungsrechtlich zulässigen PV-Freiflächenanlagen allen anderen einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften entsprechen müssen, um insgesamt rechtmäßig zu sein.

Für PV-Freiflächenanlagen auf den genannten Randstreifen ist insofern vor allem die fachrechtliche Regelung des § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 FStrG relevant, nach der innerhalb eines 40 Meter-Streifens längs von Autobahnen jede Bebauung – vorbehaltlich einer Ausnahmeerteilung im Einzelfall durch das Fernstraßen-Bundesamt (§ 9 Abs. 8 FStrG) – verboten ist. Diese gesonderte Ausnahmeerteilung ist somit zwingende Voraussetzung für die dortige Realisierung der Anlagen.

Im Abstand von 40 bis 100 Metern längs zu Autobahnen ist zur Erteilung der Baugenehmigung nach § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 FStrG die Zustimmung des Fernstraßen-Bundesamtes erforderlich. Das Zustimmungserfordernis ist als unselbstständiger Teil in das Baugenehmigungsverfahren integriert und die Baurechtsbehörde an die Entscheidung des Fernstraßen-Bundesamtes gebunden⁴⁴; dieses darf die Zustimmung jedoch nur versagen, soweit dies wegen der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, der Ausbaubabsichten oder der Straßenbaugestaltung nötig ist (§ 9 Abs. 3 FStrG).

Auch bei Anlagen entlang von Schienenwegen werden der Umgriff der Planfeststellung der jeweiligen Schiene und die hieraus resultierende Sperrwirkung nach § 38 S. 1

BauGB sowie ggf. hierzu einzuhaltende Abstände zu berücksichtigen sein. Nicht zuletzt aus diesen Abstandsvorgaben folgt eine Verringerung der durch § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB erfassten Flächenpotenziale.

Eine explizite Steuerungsmöglichkeit von Gemeinden, wie dies im Rahmen anderer Privilegierungstatbestände vorgesehen ist, kennt § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB nicht. Weder wurde insoweit das Instrument der Konzentrationszonenplanung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB für anwendbar erklärt noch eine andere Möglichkeit eröffnet. Gemeinden können die erfassten Flächen insoweit allein punktuell mit Bebauungsplänen überplanen und sie damit dem Anwendungsbereich der Privilegierung entziehen.

III. Zwischenfazit

Mit der Einführung der Privilegierung von PV-Freiflächenanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB hat der Gesetzgeber die bislang bestehende faktische „Veto-Position“ der Gemeinden hinsichtlich der planungsrechtlichen Zulässigkeit solcher Anlagen für bestimmte Flächen durchbrochen. Die Potenziale, die damit auf gesetzlicher Grundlage für den Freiflächenausbau erschlossen werden, bleiben aber schon aufgrund verschiedener rechtlicher Einschränkungen begrenzt. Der mittel- und langfristige zum Erreichen der Ausbauziele bestehende Flächenbedarf wird so nur zu einem geringen Teil adressiert. Insoweit verbleibt es bei der ganz regelmäßigen Notwendigkeit gemeindlicher Bebauungspläne.

Kurzfristig wurde durch die Regelung die Flächenbereitstellung zwar gestärkt. Weder ist mit ihr aber der Mangel an Planungsressourcen noch das Problem der planerischen Untätigkeit zahlreicher Kommunen in einer umfassenden Weise gelöst. Nicht bzw. nur eingeschränkt verfolgt werden mit der Regelung auch weitere Steuerungsziele wie die Förderung besonders ökologischer Anlagentypen oder einer gezielten Förderung des Strukturwandels in der Landwirtschaft.

⁴² Vgl. *Kümper*, Zur Privilegierung erneuerbarer Energien in § 35 Abs. 1 BauGB: Funktionswandel der Privilegierung und Perspektiven planerischer Steuerung, ZfBR 2015, S. 224 (225).

⁴³ Vgl. *Mitschang/Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 5.

⁴⁴ *Anders*, Der Umfang der Rechtmäßigkeitsprüfung im Baugenehmigungsverfahren, JuS 2015, S. 604 (606).

C. Änderungsoptionen für die Fortentwicklung der Außenbereichsprivilegierung von PV-Freiflächenanlagen

Wegen der Beschränkung von Reichweite und Steuerungswirkungen des § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB lohnt es sich, die mit dem Instrument der Außenbereichsprivilegierung für Freiflächenanlagen vorhandenen Regelungsoptionen noch einmal grundsätzlich in den Blick zu nehmen. Die vielfältigen Ausgestaltungsmöglichkeiten lassen eine weiterentwickelte Außenbereichsprivilegierung von PV-Freiflächenanlagen als geeignet erscheinen, einen größeren Baustein eines langfristig angelegten Rechtsrahmens für PV-Freiflächenanlagen darzustellen. Dieser Baustein könnte sowohl § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB insgesamt ersetzen als auch aus einer Kombination dieser Regelung mit einer fortentwickelten Privilegierung bestehen. Weitergehend als bislang könnten damit neben der ausreichenden Flächenbereitstellung etwa auch Anliegen des Naturschutzes und die Transformation der Landwirtschaft befördert werden, ohne dabei die gemeindlichen Steuerungsinteressen außer Acht zu lassen.

Die verschiedenen politisch zu bestimmenden Steuerungsanliegen können in erster Linie durch inhaltliche Ausgestaltungen des Privilegierungstatbestands hinsichtlich der erfassten Flächen- und Anlagentypen sowie Anlagengrößen verfolgt werden (dazu I.). Grundlegend für die Ausrichtung des Instruments mit Blick auf die gemeindlichen Steuerungsinteressen wird daneben sein, ob die Privilegierung eine unbedingt planerische Funktion besitzt, wie dies bei § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB der Fall ist, oder ob trotz der gesetzgeberischen Grundentscheidung zum "Ob" der Nutzungsmöglichkeiten eine gemeindliche Steuerungsmöglichkeit zum „Wie“ der Nutzung vorgesehen wird. Insoweit wäre es gar möglich, die Privilegierung letztlich als subsidiär gegenüber gemeindlichen Planungen auszugestalten und sie nur dort eingreifen zu lassen, wo auf herkömmlicher,

das heißt planerischer Grundlage der Gemeinde, nicht ausreichend Flächen zur Verfügung gestellt werden (dazu II.).

I. Inhaltliche Ausgestaltungsmöglichkeiten einer Außenbereichsprivilegierung

Nachfolgend werden verschiedene Ausgestaltungsmöglichkeiten einer Außenbereichsprivilegierung von PV-Freiflächenanlagen aufgezeigt und zu denkbaren Steuerungszielen exemplarisch in Beziehung gesetzt. Kombinationsmöglichkeiten zwischen den einzelnen Varianten sind denkbar und können je nach politischer Gewichtung der einzelnen Ziele eingesetzt werden.

1. Uneingeschränkte Privilegierung für alle PV-Freiflächenanlagen auf allen Flächen

Als „regulatorischer Grundfall“ kommt zunächst eine allgemeine, d. h. uneingeschränkte Privilegierung von PV-Freiflächenanlagen auf allen Flächen im Außenbereich in Betracht. Mit einer solchen allgemeinen Privilegierung könnte das Höchstmaß an Außenbereichsflächen für PV-Freiflächenanlagen bereitgestellt werden. Dementsprechend wird eine solche Ausgestaltung gerade auch mit Blick auf den enormen Ausbau gefordert, der zum Erreichen der Klimaziele benötigt wird⁴⁵.

Eine solche allgemeine Privilegierung von PV-Freiflächenanlagen würde bedeuten, dass alle Freiflächenanlagen einschließlich der besonderen Typen der Agri-PV und der Biodiversitäts-PV gleichermaßen überall zulässig wären, wenn ihnen nicht im

⁴⁵ Grüne EnergieministerInnen, Stärkung der Photovoltaik im ländlichen Raum und in den Städten, Positionspapier, 20.08.2019, <https://www.bne->

Einzelfall ein öffentlicher Belang entgegensteht. Während die kurzfristige Flächenbereitstellung damit maximal erreicht würde, fände vornehmlich nur noch eine kleinräumige, vorhabenbezogene Steuerung über das planerisetzende Regime des § 35 BauGB bzw. die darin geregelten entgegenstehenden Belange im Einzelfall statt. Eine Steuerung, die vergleichbar wäre mit der bislang förderrechtlichen Steuerung solcher Anlagen im EEG, auf in erster Linie vorbelastete Flächen, würde damit nicht erzielt. Maßgeblich wären vielmehr die am jeweiligen Standort zu beachtenden ordnungsrechtlichen Vorgaben und das daraus resultierende Schutzniveau, das bestimmte Standorte insbesondere über die Instrumente des Gebietsnaturschutzes und weitere punktuell wirkende Verbotswirkungen ausschließt. Im Übrigen wäre die Regelung auf eine standortoptimierte Nutzung gerichtet und machte vor allen Dingen Vorgaben zur Konzeption der Anlage am gewählten Standort. Eine räumliche Trennung miteinander tendenziell unverträglicher Nutzungen würde nicht in gleichem Maße erreicht, wie dies bei einer planerischen Steuerung möglich ist.

Sofern eine allgemeine Privilegierung nicht von einer expliziten Steuerungsmöglichkeit, wie etwa eine Möglichkeit zur Beeinflussung mit Bebauungsplanung⁴⁶, begleitet würde, hätten die Gemeinden auf die Standortsteuerung zwar noch einen gewissen Einfluss, wären dabei aber auf eine reine Negativsteuerung verwiesen. Hierfür könnten sie einzelne Bereiche des Außenbereichs für andere städtebauliche Zwecke überplanen und damit diese Flächen gezielt von PV-Nutzungen freihalten. Auf Ebene der Flächennutzungsplanung wäre eine solche Negativsteuerung allerdings nur insoweit möglich, als hier bereits konkret standortbezogene Darstellungen gewählt würden, die den privilegierten PV-Freiflächenanlagen entgegengehalten werden können⁴⁷. Die Intensität kommunaler Steuerung bliebe damit deutlich hinter den Möglichkeiten des bisherigen Rechtsrahmens zurück. Im Zusammenwirken mit einer allgemeinen Privilegierung ohne

weitere Differenzierungen und vorbehaltlich des möglichen raumordnerischen Einflusses⁴⁸ würde dies wohl zu einer äußerst dispersen Verteilung von Anlagen führen.

2. Privilegierung von PV-Freiflächenanlagen nur auf bestimmten Flächentypen

Um eine weitergehende Steuerungswirkung bereits durch die Ausgestaltung und damit Eingrenzung einer Außenbereichsprivilegierung zu erreichen, kommt deren Beschränkung auf weniger schützenswerte, vorbelastete Flächen in Betracht. Regulatorisch kann dies entweder durch eine Positivbestimmung der privilegierten Flächen geschehen (a.) oder umgekehrt durch eine Negativbestimmung dergestalt, dass einzelne Flächen von der im Übrigen allgemeinen Privilegierung ausgenommen werden (b.). Denkbar erscheint es zudem, dass der Gesetzgeber die Auswahl privilegierter Flächen nicht selbst vornimmt, sondern durch einen Verweis auf raumordnerische Vorranggebiete für PV-Freiflächenanlagen letztlich an die Raumordnung delegiert (c.).

a) Positivbestimmung privilegierter Flächen

Im Sinne der ersten Möglichkeit könnte die Privilegierung von PV-Freiflächenanlagen auf katalogartig aufgezählte Flächentypen beschränkt werden. Dies würde der Regelungstechnik im EEG entsprechen (vgl. § 37 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2023 sowie § 48 Abs. 1 Nr. 2, 3 EEG 2023). Auch inhaltlich könnte bei der Auswahl der privilegierten Flächen eine Orientierung an der EEG-Förderkulisse stattfinden⁴⁹. Dem Gesetzgeber stünde es aber natürlich ebenso frei, die Bestimmung der privilegierten Flächen ganz oder teilweise abweichend von den förderfähigen Flächen nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz vorzunehmen. Anschaulich wird dies auch durch die punktuelle Privilegierung von Freiflächenanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB auf Flächen entlang von Autobahnen und bestimmten

⁴⁶ Hierzu unten unter C. II. 2 b).

⁴⁷ Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 74.

⁴⁸ Hierzu unten unter C. II. 3.

⁴⁹ So von Seht, Photovoltaik-Freiflächenanlagen: Ein Hoffnungsträger für die Energiewende – Auswirkungen, gesetzlicher Änderungsbedarf und planerische Handlungserfordernisse, UPR 2020, S. 257 (262).

Schienenwegen. Hier hat sich der Gesetzgeber grundsätzlich an einzelne Gebietstypen der Förderkulisse des EEG angelehnt, allerdings definierte er die Breite der Randstreifen restriktiver (vgl. § 37 Abs. 1 Nr. 2 lit. c) EEG 2023). Als weitere Flächentypen, die teils anhand tatsächlicher Gegebenheiten, teils anhand rechtlicher Qualifizierungen definiert sind, kämen für eine Privilegierung etwa in Betracht:

- ▶ bereits versiegelte Flächen,
- ▶ Konversionsflächen aus wirtschaftlicher, verkehrlicher, wohnungsbaulicher oder militärischer Nutzung,
- ▶ ausgewiesene Gewerbe- oder Industriegebiete und
- ▶ nach § 38 BauGB planfestgestellte Flächen.

Zwar könnten in diesem Modell daneben auch die in der Flächenkulisse des EEG weiterhin enthaltenen Flächen im Eigentum des Bundes oder der Bundesanstalt für Immobilienaufgaben einerseits sowie Ackerland und Grünland in benachteiligten Gebieten andererseits in die positiv umschriebene Flächenkulisse einer Privilegierung aufgenommen werden. Den entsprechenden Tatbeständen der Förderkulisse im EEG 2023 liegen allerdings andere Erwägungen als solche des Naturschutzes zugrunde. Dies gilt jedenfalls für die Flächen des Bundes und der Bundesanstalt. Aber auch bei den Flächen in benachteiligten Gebieten stehen Aspekte der Strukturförderung im Vordergrund⁵⁰, obgleich sich für die Nutzung landwirtschaftlich intensiv genutzter Flächen für PV-Freiflächenanlagen auch erhebliche umweltschutzfachliche Erwägungen anführen lassen⁵¹.

Mittels einer in Anlehnung an die Kulisse des EEG vorgenommenen Positivbestimmung könnte insbesondere das Ziel einer kompensatorischen planerischen

Steuerung verfolgt werden, die bezweckt, den zunehmenden Steuerungsverlust des Förderrechts jedenfalls teilweise auszugleichen und eine Lenkung von Anlagen auf vorbelastete Flächen zu erreichen. Anders als im Förderrecht bestünde hiernach der Anreiz für die Nutzung gerade dieser Flächen nicht in einem unmittelbaren finanziellen Vorteil, sondern in der erleichterten planungsrechtlichen Verfügbarkeit der Flächen, gegebenenfalls auch in der Ersparnis des zeitaufwändigen Bebauungsplanverfahrens, das im Falle vorhabenbezogener Bebauungsplanung ebenfalls mit Kosten für den Vorhabenträger verbunden ist.

Hinsichtlich des Ziels einer ausreichenden und kurzfristigen Flächenbereitstellung wäre eine auf bestimmte Flächentypen beschränkte Privilegierung zwar gegenüber einer allgemeinen Privilegierung limitiert. Auch mit der Privilegierung vorbelasteter Flächentypen würden aber ganz erhebliche Potenziale unter dem Vorbehalt des Entgegenstehens öffentlicher Belange im Einzelfall sowie der negativen Steuerung durch Kommunen und Raumordnung erschlossen⁵². Zudem erscheint es plausibel, dass eine Begrenzung der Privilegierung auf vorbelastete Flächen und damit auch eine Begrenzung des Wegfalls der umfassenden Öffentlichkeitsbeteiligung, wie sie mit dem Verzicht auf das Planerfordernis einhergeht, vor Ort auf mehr Akzeptanz stoßen würde, als bei der Öffnung bislang unbelasteter Flächen⁵³. Hinzu kommt, dass die Kommunen auch weiterhin jedenfalls die Möglichkeit hätten, jenseits der privilegierten Flächen zusätzliche Flächen mittels Bebauungsplänen für PV-Freiflächenanlagen auszuweisen und hierbei auch die breite Öffentlichkeit einzubeziehen.

Im Ausgangspunkt ebenfalls dem regulatorischen Modell einer positiven Bestimmung privilegierter Flächen folgt ein kürzlich gemachter Vorschlag, wonach PV-

⁵⁰ Vgl. *Wegner*, Ausschreibungen nach EEG und Naturschutz, in: Mengel, Naturschutzrecht im Kontext von Klimawandel und Energiewende, 2021, S. 87 (98 f.).

⁵¹ Vgl. *BUND*, Naturverträgliche Freiflächen-Solaranlagen für Strom und Wärme, Mai 2022, <https://www.bund.net/service/publikationen/detail/publication/naturvertraegliche-freiflaechen-solaranlagen-fuer-strom-und-waerme/>, S. 17.

⁵² Nach *Stiftung Klimaneutralität*, Photovoltaik (PV) – Potenziale, Literaturrecherche, 18.02.2021, S. 3-5 besteht unter verschiedenen Annahmen bei einem Flächenverbrauch der PV-Module von 1,25 ha/MW auf

versiegelten Flächen Potenzial für ca. 2,5 GW installierte Leistung, bei Konversionsflächen von 6-10 GW, für Anlagen in einem Abstand von 220 m entlang von Autobahnen und Schienenwegen 70-105 GW sowie bei Anlagen auf Ackerland und Grünland in benachteiligten Gebieten von ca. 90 GW, siehe <https://www.stiftung-klima.de/app/uploads/2021/02/2021-02-18-PV-Potentiale-Literaturrecherche.pdf>.

⁵³ Vgl. *von Seht*, Photovoltaik-Freiflächenanlagen: Ein Hoffnungsträger für die Energiewende – Auswirkungen, gesetzlicher Änderungsbedarf und planerische Handlungserfordernisse, UPR 2020, S. 257 (262).

Freiflächenanlagen in der Nähe landwirtschaftlicher Betriebe privilegiert werden sollten⁵⁴. Anders als bei der Anlehnung an die Flächenkulisse des EEG würden hier aber nicht bestimmte Flächentypen abschließend bestimmt, sondern die privilegierten Flächen allein über ihre Nähebeziehung zu landwirtschaftlichen Betrieben sowie eine Leistungsbegrenzung auf 1 Megawatt (ca. 1 Hektar) definiert. Die Steuerungsziele hier mithin nicht auf eine Nutzung belasteter Flächen ab, sondern auf die Vereinfachung einer Randnutzung. Ihrer Ausrichtung nach kommt dies der Möglichkeit sog. mitgezogener Nutzungen nahe, wie sie bereits heute im Rahmen von § 35 BauGB zulässig sind⁵⁵. Anders als dort wären sie insbesondere aber von den Anforderungen eines dienenden Charakters der Nutzung befreit. Auch wenn eine solche Privilegierung unter Bestimmtheitsgesichtspunkten durchaus möglich wäre, erscheint es gleichwohl fragwürdig, entsprechend dem Vorschlag die Privilegierung auf Fälle zu begrenzen, in denen die Anlagen durch die Landwirte selbst errichtet werden. Damit würde verhindert, dass Flächeneigentümer, die selbst keine Landwirte sind, von der Privilegierung Gebrauch machten. Eine solche Steuerung wäre dem bodenrechtlichen Planungsrecht fremd, zielte es damit doch nicht auf eine bestimmte städtebauliche Ordnung, sondern auf die wirtschaftliche Privilegierung von Landwirten ab.

b) Privilegierung mit Ausnahmen für besonders schützenswerte Flächentypen

Anstatt die PV-Freiflächenanlagen positiv auf abschließend bestimmte, weniger schützenswerte Flächen zu verweisen, könnte man auch umgekehrt – negativ – bestimmte besonders schützenswerte Flächen von der Privilegierung ausnehmen.

Dieses Vorgehen liegt vor allen Dingen dann nahe, wenn lediglich wenige Ausnahmen von der ansonsten allgemeinen Außenbereichsprivilegierung festgelegt werden sollen. Anders als im jetzigen § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB kann der Kreis der privilegierten Flächen dann unbenannt bleiben. Illustriert werden können die hierbei bestehenden regulatorischen Herausforderungen anhand von Flächentypen, deren Eignung für PV-Freiflächenanlagen aufgrund ihrer hohen Schutzwürdigkeit allgemein verneint wird. Teilweise werden hierunter Flächen mit einer hohen Bedeutung für den Biotop- und Artenschutz (aa) und/oder solche mit einem hohen landschaftsbildlichen Wert (bb) gefasst⁵⁶.

aa) Flächen zum Biotop- und Artenschutz

In biotop- und artenschutzrechtlicher Hinsicht wird von verschiedenen Stimmen dafür eingetreten, beispielsweise folgende Flächen für PV-Freiflächenanlagen zu sperren⁵⁷:

- ▶ Nationalparks, Naturschutzgebiete, „Natura 2000“-Gebiete (entsprechend den Erhaltungszielen), gesetzlich geschützte Biotope nach § 30 BNatSchG,
- ▶ (Flächen-)Naturdenkmale,
- ▶ Kern- und Pflegezonen von Biosphärenreservaten,
- ▶ Rast-, Nahrungs- und Brutgebiete störungsempfindlicher beziehungsweise streng geschützter Vogelarten und
- ▶ extensiv bewirtschaftetes, artenreiches Grünland.

Soweit sich der Gesetzgeber diese Wertungen zu eigen machen will, könnte eine Privilegierung für PV-Freiflächenanlagen mit

⁵⁴ Stellungnahme des Bundesverbandes Solarwirtschaft e. V. zum Entwurf einer EnSiG-Novelle in der Arbeitsfassung vom 05.09.2022, S. 4.

⁵⁵ Zu den Voraussetzungen für sog. mitgezogene Nutzungen siehe *Mitschang/Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 14.

⁵⁶ *KNE*, Kriterien für eine naturverträgliche Standortwahl für Solar-Freiflächenanlagen, 14.09.2021, https://www.naturschutz-energiewende.de/wp-content/uploads/KNE_Kriterienkatalog-zur-naturvertraeglichen-Standortsteuerung-PV-Freiflaechenanlagen.pdf, S. 2.

⁵⁷ Vgl. *Demuth/Maack*, Photovoltaik-Freiflächenanlagen, Planung und Installation mit Mehrwert für den

Naturschutz, in: *Heiland: Klima- und Naturschutz: Hand in Hand*, 2019, S. 8 f., https://www.bfn.de/sites/default/files/2021-05/EKon_Heft6.pdf; vgl. *NABU/BSW Solar*, Kriterien für naturverträgliche Photovoltaik-Freiflächenanlagen, April 2021, https://www.nabu.de/imperia/md/content/nabude/energie/solarenergie/210505-nabu-bsw-kriterien_fuer_naturvertraegliche_solarparks.pdf, S. 6; mit vielen weiteren Nachweisen siehe die regelmäßig aktualisierte Übersicht des *KNE*, Kriterien für eine naturverträgliche Standortwahl für Solar-Freiflächenanlagen, 14.09.2021, https://www.naturschutz-energiewende.de/wp-content/uploads/KNE_Kriterienkatalog-zur-naturvertraeglichen-Standortsteuerung-PV-Freiflaechenanlagen.pdf, S. 2 ff.

entsprechenden Ausnahmen versehen werden. In erster Linie würde dadurch auch die in solchen Gebieten ansonsten möglichen Ausnahmen und Befreiungen auf Zulassungsebene ausgeschlossen.

Aus rechtlicher Sicht müssen solche Ausnahmen von der Privilegierung in erster Linie hinreichend bestimmt gefasst sein, um den entsprechenden rechtsstaatlichen Anforderungen zu genügen und nicht zuletzt auch die Vollzugsfähigkeit der Vorschrift durch die Bauordnungsbehörden zu gewährleisten. Die mit einer Privilegierung zu erzielende Steuerungswirkung bleibt aufgrund ihres Abstraktionsgrads notwendigerweise hinter derjenigen räumlicher Planungen zurück. Ein zu hoher Detail- und Komplexitätsgrad der Regelung würde ihre Steuerungswirkung nicht erhöhen, sondern Defizite in ihrem Vollzug provozieren. In diesem Sinne dürften sich Ausnahmeregelungen insbesondere dann als rechtssicher und unkompliziert im Vollzug erweisen, wenn zur Prüfung ihres Tatbestands keine Gutachten im Einzelfall erforderlich sind, sondern der Tatbestand allein anhand allgemein vorhandener oder leicht zu erhebender Informationen geprüft werden kann.

Dies wäre beispielsweise bei einer Ausnahme für Nationalparks, Naturschutzgebiete und andere förmlich festgelegte Schutzgebiete der Fall, da deren Grenzen in Verordnungen klar bestimmt sind⁵⁸. Sofern bestimmte Schutzgebiete allein in Abhängigkeit von ihren Schutzziele ausgenommen werden sollen, würde der Vollzug erleichtert, indem die maßgeblichen Schutzziele näher umschrieben werden. Zugleich darf die jeweilige Norm aber auch in ihrer Entwicklungsoffenheit nicht zu stark eingeschränkt und in ihrer Verständlichkeit nicht überdehnt werden, so dass der

Gesetzgeber hier einen Ausgleich zwischen diesen Zielen und der Vollzugsfähigkeit zu treffen hätte.

Problematischer wären auch Ausnahmen für Rast-, Nahrungs- und Brutgebiete streng geschützter „PV-sensibler“ Vogelarten, sofern diese nicht innerhalb formal ausgewiesener Vogelschutzgebiete liegen und hierüber ausgenommen werden sollten⁵⁹. Diese Gebiete könnten im Genehmigungsverfahren wohl nur unter der Hinzuziehung von Gutachtern im Einzelfall ermittelt werden. Dies würde eine Steigerung der Komplexität sowie eine Verlängerung der Verfahren für PV-Freiflächenanlagen bedeuten.

bb) Flächen mit hohem landschaftsbildlichem Wert

Weiterhin wird angesichts der mit PV-Freiflächenanlagen verbundenen technischen Überprägung der Landschaft gefordert, bei der Realisierung von PV-Freiflächenanlagen auch landschaftsästhetische Aspekte stärker zu berücksichtigen⁶⁰. Für PV-Freiflächenanlagen sollen danach unter anderem nicht infrage kommen:

- ▶ Landschaftsschutzgebiete und geschützte Landschaftsbestandteile⁶¹,
- ▶ Bereiche, die aus Gründen des Landschaftsbildes von herausragender Bedeutung sind (Erholungsgebiete etc.)⁶² und
- ▶ landschaftlich besonders erlebniswirksame Bereiche⁶³.

Würde sich der Gesetzgeber dies zu eigen machen, läge auch hier bei der regulatorischen Umsetzung die Herausforderung vor allen Dingen in der hinreichend bestimmten und vollzugsfähigen Umsetzung. Problematisch wären insoweit Ausnahmen von der Privilegierung mittels Umschreibungen

⁵⁸ § 22 Abs. 1 S. 2 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) fordert insoweit, dass das zu schützende Gebiet in einer Schutzerklärung genau bezeichnet wird, *Albrecht*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, BNatSchG, 63. Edition 2020, § 22 Rn. 5.

⁵⁹ Ob diese ausgenommen werden sollten, kann hier nicht beurteilt werden. Das Beispiel dient allein der Illustration des regulatorischen Problems.

⁶⁰ *Schmidt et. al.*, Landschaftsbild & Energiewende, Band 2: Handlungsempfehlungen, 2018, S. 72.

⁶¹ Vgl. *KNE*, Kriterien für eine naturverträgliche Standortwahl für Solar-Freiflächenanlagen, 14.09.2021, https://www.naturschutz-energiewende.de/wp-content/uploads/KNE_Kriterienkatalog-zur-

[naturvertraeglichen-Standortsteuerung-PV-Freiflaechenanlagen.pdf](#), S. 5.

⁶² Vgl. *Badelt et. al.*, Integration von Solarenergie in die niedersächsische Energielandschaft, November 2020, https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewi9h_-y29r7A-hUVQ_EDHV_sB_4QFnoE-CAGQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.umwelt.niedersachsen.de%2Fdownload%2F161527%2FBericht_Integration_von_Solarenergie_in_die_niedersaechsisccwhe_Energielandschaft_IN-SIDE_.pdf&usq=AOvVaw1lqbReElzTk6rFjtq9KiWg, S. 75.

⁶³ *Schmidt et. al.*, Landschaftsbild & Energiewende, Band 2: Handlungsempfehlungen, 2018, S. 74.

wie „Landschaftsbild von herausragender Bedeutung“ oder „landschaftlich erlebniswirksamer Bereich“, da solch unbestimmte Rechtsbegriffe eine erhebliche Rechtsunsicherheit in die Genehmigungsverfahren tragen könnten, wenn im Einzelfall über ihr Vorliegen entschieden werden müsste.

Demgegenüber wäre die Herausnahme klar definierter Landschaftsschutzgebiete aus den Privilegierungstatbeständen unter dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit zwar rechtlich unproblematisch. Dieser Schutzgebietstypus wird jedoch in den verschiedenen Bundesländern äußerst unterschiedlich eingesetzt. Ihre pauschale Herausnahme aus einem Privilegierungstatbestand hätte mithin in den verschiedenen Ländern sehr unterschiedliche Folgen. Teils würde hiermit ein erheblicher Anteil der Landesflächen der Privilegierung entzogen und damit lediglich ein allgemeiner Zersiedelungsschutz gefördert, teils würden hierüber Landschaften mit einem tatsächlich hohen Landschaftswert nur in geringerem Umfang erfasst⁶⁴.

c) Privilegierung in raumordnerisch festgelegten Vorranggebieten

Zuletzt wird ebenso vorgeschlagen, die Flächen, auf denen PV-Freiflächenanlagen privilegiert sein sollen, nicht konkret im Privilegierungstatbestand selbst zu bestimmen, sondern in diesem auf raumordnerisch festgelegte Vorranggebiete für PV-Freiflächenanlagen zu verweisen⁶⁵. Durch diese Verweisung ginge dann mit der Festlegung eines Vorranggebiets für PV-Freiflächenanlagen „automatisch“ die dortige Privilegierung der Anlagen einher, sodass in der Planungshierarchie die Bauleitplanung sozusagen übersprungen würde und von der Ebene der Raumordnung direkt in das Zulassungsverfahren für PV-Freiflächenanlagen übergegangen werden könnte. Um entsprechende Planungsaktivitäten auf der Regionalplanebene anzuregen, wird zudem

angeregt, gleichzeitig Änderungen im ROG vorzunehmen, wie etwa die Einführung eines neuen Grundsatzes der Raumordnung in § 2 Abs. 2 Nr. 6 ROG, nach dem die Regionalpläne entlang des Ausbaupfades des EEG Vorranggebiete für PV-Freiflächenanlagen ausweisen sollen⁶⁶. Erwogen wird zudem oder in Alternative hierzu die Ausweitung des Regelungsbereichs der Bundesraumordnung in § 17 Abs. 2 ROG, um in einem Bundesraumordnungsplan zielförmige Vorgaben für die Ausweisung von Vorranggebieten in Regionalplänen festlegen zu können⁶⁷.

Ein Vorteil einer solchen Regelung wäre sicherlich, dass über die Regionalpläne im Rahmen der Vorgaben der Landesplanung relativ große Flächenkontingente auf einmal geöffnet werden könnten und gleichzeitig aber ein planerisches Verfahren durchgeführt werden würde, das ein höheres Maß an räumlicher Koordination der Anlagen erhoffen lässt, als es ein abstrakt-generell formulierter Privilegierungstatbestand leisten könnte. Andererseits erscheint aber nicht gesichert, dass die Ausweisung der Vorranggebiete tatsächlich schnell genug und in einem ausreichenden Umfang angestoßen werden kann, um auch die kurz- und mittelfristigen Ausbauziele zu erreichen. Es bestünde demnach zumindest das Risiko, dass die eingangs geschilderte „Veto-Position“ der Gemeinden hinsichtlich der Bebauungsplanaufstellung lediglich auf die Regionalplanungs-ebene bzw. die Vorranggebietsfestlegung für PV-Freiflächenanlagen verschoben würde. Zudem bestünde die Gefahr, dass in dem Zeitraum während der Regionalplanaufstellung der durch die Gemeinden gesteuerte Zubau weitgehend zum Erliegen kommen könnte, da diese das Ergebnis der Planaufstellung vielfach abwarten dürften. Dem Vorschlag liegt zwar der unbedingt unterstützenswerte Gedanke zugrunde, dass eine Doppelung von Planungsebenen auch aus

⁶⁴ Für die unterschiedliche Verteilung von Landschaftsschutzgebieten in den Bundesländern siehe *BfN*, Landschaftsschutzgebiete in Deutschland, 2022, <https://www.bfn.de/daten-und-fakten/landschaftsschutzgebiete-deutschland>.

⁶⁵ *Von Seht*, Ausbau der Freiflächen-Photovoltaik, Unterstützungs- und Steuerungsmöglichkeiten der Bundesraumordnung und Landesplanung, 06.12.2022, <https://rur.oekom.de/index.php/rur/article/view/804>, S. 11 f.

⁶⁶ *Von Seht*, Ausbau der Freiflächen-Photovoltaik, Unterstützungs- und Steuerungsmöglichkeiten der Bundesraumordnung und Landesplanung, 06.12.2022, <https://rur.oekom.de/index.php/rur/article/view/804>, S. 9.

⁶⁷ *Von Seht*, Ausbau der Freiflächen-Photovoltaik, Unterstützungs- und Steuerungsmöglichkeiten der Bundesraumordnung und Landesplanung, 06.12.2022, <https://rur.oekom.de/index.php/rur/article/view/804>, S. 10.

Beschleunigungsgründen wenn möglich vermieden werden sollte. Hieraus folgt jedoch nicht zwingend, dass deshalb die Regionalplanung mit einem Durchgriff gegenüber der Planungshoheit der Gemeinden ausgestattet werden müsste. Denkbar ist vielmehr auch eine Zurücknahme der raumordnerischen Steuerung zugunsten eines Zusammenspiels aus gesetzgebersicher Privilegierung und den noch zu erörternden Steuerungsmöglichkeiten von Gemeinden.

3. Privilegierung nur bestimmter Typen von PV-Freiflächenanlagen

Anstelle oder zusätzlich zu einer Beschränkung der Privilegierung auf abstrakt festgelegte oder durch Verweis auf raumordnerische Festlegungen definierte Flächen könnten zur Erzielung von Steuerungswirkungen, die über eine Stärkung der Flächenbereitstellung hinausgehen, auch ausschließlich bestimmte Typen von PV-Freiflächenanlagen privilegiert werden. Ziel einer solchen Regulatorik kann es sein, die Realisierung bestimmter Anlagentypen besonders zu fördern, weil diese ihrer besonderen Eigenschaften wegen (bspw. besonders naturverträgliche Gestaltung) oder aufgrund anderweitiger Beschränkungen der Privilegierungsregelung (bspw. Größenbeschränkung) eine gesonderte planerische Steuerung weitaus weniger verlangen. Im geltenden § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB erfolgt bislang eine solche Differenzierung nicht⁶⁸.

Allgemeine Voraussetzung für die gesetzliche Konzeption solcher spezifischer Außenbereichsprivilegierungen ist die Typisierung von Anlagenkonzepten, die ihre hinreichend bestimmte Umschreibung im Gesetz ermöglichen. In diesem Diskussionspapier sollen insofern die Agri-PV und die sogenannte Biodiversitäts-PV thematisiert werden, obgleich diese in der fachlichen Diskussion einen unterschiedlichen Grad an

Typisierung erreicht haben. Auf die sogenannte Moor-PV (PV-Freiflächenanlagen auf wiedervernässten Moorflächen) wird hier aufgrund der vielen ungeklärten tatsächlichen Fragen in diesem Bereich nicht eingegangen. Ebenso werden schwimmende PV-Anlagen (sogenannte „Floating-PV“) angesichts der sich diesbezüglich stellenden Sonderfragen nicht behandelt.

a) Agri-PV

Agri-PV-Anlagen zeichnen sich dadurch aus, dass sie auf derselben Fläche eine Kombination aus landwirtschaftlicher Nutzung und Stromerzeugung aus Solarenergie zulassen⁶⁹. Die technischen Ansätze dazu sind vielfältig. Im Wesentlichen existieren aber einerseits hoch aufgeständerte Anlagen, bei denen die PV-Module horizontal ausgerichtet sind und die landwirtschaftliche Nutzung einschließlich des Betriebs großer Landmaschinen unter diesen stattfindet, während es sich andererseits um Anlagen handelt, bei denen die PV-Module vertikal in Reihen aufgebaut sind und die landwirtschaftliche Nutzung in den Korridoren zwischen diesen stattfindet.

Als wesentliche Vorteile der Agri-PV gegenüber konventionellen PV-Freiflächenanlagen wird zunächst die Entschärfung der Flächenkonkurrenz zwischen PV-Freiflächenutzung und Landwirtschaft genannt. Hinzu kommt eine mögliche Diversifizierung des landwirtschaftlichen Einkommens und damit eine Förderung des Strukturwandels in der Landwirtschaft, ohne zur teilweisen Aufgabe landwirtschaftlicher Tätigkeit zu zwingen⁷⁰. Zudem ergeben sich aus der PV-Nutzung im Einzelnen noch näher zu untersuchende Synergieeffekte für die landwirtschaftliche Nutzung, da die PV-Module die unter ihnen wachsenden Pflanzen vor Hagel, Frost und Dürre schützen können⁷¹. Dem gegenüber steht eine – isoliert auf die PV-Nutzung blickende –

⁶⁸ Vgl. Oben unter B. II.

⁶⁹ Fraunhofer ISE, Agri-Photovoltaik: Chance für Landwirtschaft und Energiewende, April 2022, <https://www.ise.fraunhofer.de/de/veroeffentlichungen/studien/agri-photovoltaik-chance-fuer-landwirtschaft-und-energiewende.html>, S. 11.

⁷⁰ Fraunhofer ISE, Agri-Photovoltaik: Chance für Landwirtschaft und Energiewende, April 2022,

<https://www.ise.fraunhofer.de/de/veroeffentlichungen/studien/agri-photovoltaik-chance-fuer-landwirtschaft-und-energiewende.html>, S. 7.

⁷¹ Fraunhofer ISE, Agri-Photovoltaik: Chance für Landwirtschaft und Energiewende, April 2022, <https://www.ise.fraunhofer.de/de/veroeffentlichungen/studien/agri-photovoltaik-chance-fuer-landwirtschaft-und-energiewende.html>, S. 6.

geringere Flächeneffizienz⁷² solcher Anlagen sowie aus naturschutzfachlicher Sicht der Nachteil, dass hier gerade nicht Flächen aus der intensiven Landwirtschaft zugunsten ökologischer Funktionen herausgeholt werden.

Von Vorteil für die Schaffung einer Außenbereichsprivilegierung für Agri-PV-Anlagen, die von verschiedenen Stimmen befürwortet wird⁷³, ist, dass rechtssichere Definitionen der Agri-PV bereits vorhanden sind. In der DIN SPEC 91434 wurde insoweit festgelegt, welche Anforderungen an die landwirtschaftliche Hauptnutzung zu stellen sind, damit eine PV-Anlage der Agri-PV zugerechnet werden kann⁷⁴. Auch die Bundesnetzagentur (BNetzA) hat für die Zwecke förderrechtlicher Regelungen Anforderungen an die Agri-PV festgelegt⁷⁵. Förderrechtlich werden danach als zulässige landwirtschaftliche Nutzung der Ackerbau sowie der Anbau von Dauerkulturen und mehrjährigen Kulturen (ohne die Bewirtschaftung als Dauergrünland oder Dauerweideland sowie ohne den Anbau von Gras- und Grünfütterpflanzen) erfasst und für den zu wählenden Stand der Technik der Anlagen auf die DIN SPEC 91434 verwiesen. Die ursprünglich für die

Innovationsausschreibungen im EEG 2021 entwickelte Festlegung soll auch unter dem EEG 2023 vorübergehend mit gewissen gesetzgeberischen Modifikationen⁷⁶ ihre Gültigkeit behalten, obgleich die als besondere Solaranlagen fortgeführten Agri-PV-Anlagen nunmehr als Teil des ersten Ausschreibungssegments gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 a-c EEG 2023 definiert werden⁷⁷.

Der Gesetzgeber kann sich diese Definitionen auch für die Zwecke einer Außenbereichsprivilegierung zu eigen machen⁷⁸. Denkbar wäre es aber auch, allein einzelne der dort genannten Anlagentypen bzw. Flächentypen so oder mit ggf. planungsrechtlich relevanten Modifikationen – diskutiert wird insbesondere Agri-PV auf Dauergrünland – zu übernehmen⁷⁹. Eine besondere Herausforderung im Falle der Privilegierung der Agri-PV bestünde aber darin, durch die Definition die technische Fortentwicklung solcher Anlagen nicht einzuschränken und damit das Innovationspotenzial nicht zu hemmen⁸⁰.

Da in Deutschland ca. 16,7 Mio. Hektar Fläche landwirtschaftlich genutzt werden, ist das theoretische Ausbaupotenzial der Agri-PV und damit auch das Potenzial einer entsprechenden Außenbereichsprivilegierung

⁷² TFZ, Agri-Photovoltaik, Stand und offene Fragen, Mai 2021, https://www.tfz.bayern.de/mam/cms08/rohstoffpflanze/dateien/tfz_bericht_73_agri-pv.pdf, S. 63 f.

⁷³ BEE, Positionspapier Erneuerbares Beschleunigungspapier, 14.11.2022, <https://www.bee-ev.de/service/publikationen-medien/beitrag/erneuerbares-beschleunigungspaket>; BSW-Solar, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur sofortigen Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Erneuerbaren Energien im Städtebaurecht, 27.09.2022, https://www.solarwirtschaft.de/wp-content/uploads/2022/09/bsw_stellungn_refE-BauGB.pdf, S. 3; Fraunhofer ISE, Agri-Photovoltaik: Chance für Landwirtschaft und Energiewende, April 2022, <https://www.ise.fraunhofer.de/de/veroeffentlichungen/studien/agri-photovoltaik-chance-fuer-landwirtschaft-und-energiewende.html>, S. 62; Vollprecht/Kather, Der Rechtsrahmen für Agri-PV: Aktuelle Herausforderungen und Lösungsansätze, IR 2021, S. 266 (272); mit der Maßgabe, dass sowohl agrarische als auch finanzielle Vorteile bestehe auch BUND, Naturverträgliche Freiflächensolaranlagen für Strom und Wärme, Positionen 72, 07.06.2022, <https://www.bund.net/service/publikationen/detail/publication/naturvertraegliche-freiflaechen-solaranlagen-fuer-strom-und-waerme/>, S. 16.

⁷⁴ Deutsches Institut für Normung e.V., DIN SPEC 91434 Agri-Photovoltaik-Anlagen - Anforderungen an die landwirtschaftliche Hauptnutzung, Mai 2021, <https://www.din.de/de/wdc-beuth:din21:337886742>.

⁷⁵ BNetzA, Festlegung der Anforderungen an die besonderen Solaranlagen nach § 15 InnAusV, 01.10.2021, https://www.bundesnetzagentur.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/Ausschreibungen/Innovations/GezeichneteFestlegungOktober2021.pdf?__blob=publicationFile&v=3, S. 2 ff.

⁷⁶ Vgl. die Einbeziehung von Grünland nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 c) EEG 2023, die in Gegensatz zur bisherigen Festlegung der BNetzA steht.

⁷⁷ Vgl. § 85c Abs. 2 EEG 2023, wonach die Festlegung der BNetzA vom 01.10.2021 fort gilt, bis eine neue Festlegung stattfindet. Auf § 85c EEG 2023 verweist auch § 48 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 EEG 2023, der die Förderkulisse außerhalb von Ausschreibungen definiert.

⁷⁸ Günnewig/Johannwerner/Kelm/Metzger/Wegner, Anpassung der Flächenkulisse für PV-Freiflächenanlagen im EEG vor dem Hintergrund erhöhter Zubauziele, UBA TEXTE 76/2022, 2022, S. 44 f.

⁷⁹ Auch hier geht es nicht darum, dies vorzuschlagen, sondern die regulatorischen Möglichkeiten aufzuzeigen. Der Standardisierungsfunktion der DIN SPEC 91434 würde dies zwar zuwiderlaufen. Gehindert ist der Gesetzgeber daran aber nicht, zumal sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung von Anlagentypen in Förderrecht und Planungsrecht rechtfertigen können.

⁸⁰ Vgl. Günnewig/Johannwerner/Kelm/Metzger/Wegner, Anpassung der Flächenkulisse für PV-Freiflächenanlagen im EEG vor dem Hintergrund erhöhter Zubauziele, UBA TEXTE 76/2022, 2022, S. 44.

für die kurzfristige Bereitstellung von Flächen beträchtlich. Das Fraunhofer ISE schätzt für hoch aufgeständerte Agri-PV-Anlagen das theoretische Leistungspotenzial auf 1700 Gigawatt und für bodennahe Anlagen mit weitem Reihenabstand, zwischen denen Futterpflanzen auf Dauergrünland angebaut werden, auf weitere 1200 Gigawatt⁸¹. Uneinigkeit besteht allerdings in der Diskussion noch darüber, welche Anteile der Potenziale auch praktisch gehoben werden können und namentlich, mit welchen Kosten dies für das Energiesystem im Unterschied zu einem Ausbau herkömmlicher Anlagen einherginge⁸². Hiervon hängt ab, welchen Beitrag die Agri-PV zur Erreichung der Ausbauziele insgesamt leisten könnte.

Trotzdem: Schon aufgrund dieses weitreichenden theoretischen Potenzials – insofern durchaus vergleichbar mit einer allgemeinen Außenbereichsprivilegierung – würde auch eine allgemeine Privilegierung von Agri-PV-Anlagen einen weitreichenden Eingriff in die Planungshoheit von Kommunen darstellen. Auch im Vergleich mit der bisherigen förderrechtlichen Steuerung geht die Privilegierung der Agri-PV über die dortige Öffnung von landwirtschaftlichen Flächen in benachteiligten Gebieten in Abhängigkeit von entsprechenden Verordnungen der Länder (§§ 37 Abs. 1 Nr. 2h, 37c EEG 2023) hinaus. Die dortige Beschränkung auf benachteiligte Gebiete ist

allerdings durch den Schutz von Böden für die landwirtschaftliche Urproduktion begründet, da hier eine Öffnung genauso auch für konventionelle PV-Freiflächenanlagen erfolgt, die eine Doppelnutzung gerade nicht ermöglichen.

b) Biodiversitäts-PV

Als Biodiversitäts-PV lassen sich solche Typen von PV-Freiflächenanlagen bezeichnen, die neben der Solarnutzung einen besonderen ökologischen Mehrwert generieren. Auch dies kann als eine Form der „Doppelnutzung“ verstanden werden, da dieselbe Fläche für die Stromerzeugung einerseits und bestimmte Ökosystemleistungen andererseits genutzt wird⁸³. Für den ökologischen Erfolg der Anlagen müssen von der Standortwahl über die Anlagenplanung und den Bau bis hin zum Betrieb, der Pflege und der Bewirtschaftung der Anlage verschiedene naturschutzfachliche Aspekte berücksichtigt werden⁸⁴. Gelingt dies, können insbesondere vorbelastete Flächen ökologisch aufgewertet und der Biotopverbund gestärkt werden, indem die Biodiversitäts-PV als sogenanntes Trittsteinbiotop fungiert⁸⁵.

Die Übergänge zwischen „normalen“ PV-Freiflächenanlagen und der Biodiversitäts-PV sind dabei fließend⁸⁶. Zur ökologischen Planung und Realisierung von PV-Freiflächenanlagen existieren zwar in Bayern⁸⁷, Baden-Württemberg⁸⁸ und Brandenburg⁸⁹

⁸¹ Fraunhofer ISE, Agri-Photovoltaik: Chance für Landwirtschaft und Energiewende, April 2022, <https://www.ise.fraunhofer.de/de/veroeffentlichungen/studien/agri-photovoltaik-chance-fuer-landwirtschaft-und-energiewende.html>, S. 14.

⁸² Vgl. Universität Hohenheim, Agri-Photovoltaik: Grüner Strom vom Acker hat Potenzial, aber seinen Preis, 22.09.2022, https://www.uni-hohenheim.de/pressemitteilung?tx_ttnews%5Btt_news%5D=56412&cHash=af5d9c4ce70bc94dfdc3ef84264dee8a; TFZ, Agri-Photovoltaik, Stand und offene Fragen, Mai 2012, https://www.tfz.bayern.de/mam/cms08/rohstoffpflanzen/dateien/tfz_bericht_73_agri-pv.pdf, S. 43 ff.

⁸³ Günnewig/Johannwerner/Kelm/Metzger/Wegener/Moog/Kamm, Abschlussbericht Umweltverträgliche Standortsteuerung von Solar-Freiflächenanlagen, UBA TEXTE 141/2022, S. 78

⁸⁴ Günnewig/Johannwerner/Kelm/Metzger/Wegener/Moog/Kamm, Abschlussbericht Umweltverträgliche Standortsteuerung von Solar-Freiflächenanlagen, UBA TEXTE 141/2022, S. 78 f.

⁸⁵ Vgl. Raab, Erneuerbare Energien und Naturschutz – Solarparks können Beitrag zur Stabilisierung der biologischen Vielfalt leisten, ANLiegen Natur 2015, S. 67 (75).

⁸⁶ Günnewig/Johannwerner/Kelm/Metzger/Wegener/Moog/Kamm, Abschlussbericht Umweltverträgliche Standortsteuerung von Solar-Freiflächenanlagen, UBA TEXTE 141/2022, S. 78.

⁸⁷ LfU, Praxis-Leitfaden für die ökologische Gestaltung von Photovoltaik-Freiflächenanlagen, [https://www.bestellen.bayern.de/application/applstarter?APPL=eshop&DIR=eshop&ACTIONxSETVAL\(artdtl.htm,APGxNO-DENR:34,AARTxNR:ifu_nat_00209,AARTxNO-DENR:326826,USERxBODYURL:artdtl.htm,KATALOG:StMUG,AKATxNAME:StMUG,ALLE:x\)=X](https://www.bestellen.bayern.de/application/applstarter?APPL=eshop&DIR=eshop&ACTIONxSETVAL(artdtl.htm,APGxNO-DENR:34,AARTxNR:ifu_nat_00209,AARTxNO-DENR:326826,USERxBODYURL:artdtl.htm,KATALOG:StMUG,AKATxNAME:StMUG,ALLE:x)=X), S. 16 ff.

⁸⁸ MUK, Freifächensolaranlagen, Handlungsleitfaden, September 2019, https://um.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-um/intern/Dateien/Dokumente/2_Presse_und_Service/Publikationen/Energie/Handlungsleitfaden_Freiflaechensolaranlagen.pdf, S. 40 ff.

⁸⁹ MLUK, Vorläufige Handlungsempfehlung des MLUK zur Unterstützung kommunaler Entscheidungen für großflächige Photovoltaik-Freifächensolaranlagen (PV-FFA), <https://mluk.brandenburg.de/sixcms/media.php/9/MLUK-Handlungsempfehlung-PV-FFA.pdf>, S. 4 ff.

bereits Leitfäden. Diese haben aber nicht das Ziel, die Biotop-PV als eigenen Typ von PV-Freiflächenanlagen zu etablieren, sondern wollen allgemeine Leitlinien für die Realisierung aller PV-Freiflächenanlagen aufstellen. Derzeit existiert damit noch keine Typisierung der Biodiversitäts-PV, wie dies bei der Agri-PV mit der DIN SPEC 91434 und der Festlegung der Bundesnetzagentur der Fall ist.

Um das Konzept der Biodiversitäts-PV zur Grundlage einer Außenbereichsprivilegierung zu machen, stehen dem Gesetzgeber gleichwohl verschiedene Optionen offen. Zum einen könnte sich der Gesetzgeber um die Schaffung einer Definition eines solchen Anlagentyps bemühen, der durch seine Aufnahme in § 35 Abs. 1 BauGB eine Privilegierung erfährt und gegebenenfalls neben der Privilegierung weiterer Anlagentypen steht. Ein entsprechender Normungsprozess wie bei der Agri-PV wäre insoweit ein mögliches Vorgehen.

Möglich erscheint es aber auch, dass der Gesetzgeber das Konzept dergestalt umsetzt, dass im Rahmen einer Privilegierung ökologische Mindestanforderungen festgelegt werden, ohne dass sich diese zu einem eigenständigen Anlagentypus verdichten. Insoweit könnte sich der Gesetzgeber an einer Vielzahl konkreter Kriterien orientieren, die von Verwaltung, Politik und Verbänden bereits genannt werden, um eine möglichst hohe Naturverträglichkeit von PV-Freiflächenanlagen zu erreichen. Diese Kriterien sind auszugsweise die folgenden⁹⁰:

- ▶ Ökologische Baubegleitung während der Bauarbeiten,
- ▶ Bauzeitenregelung für den Artenschutz,
- ▶ Begrenzung der Bodenversiegelung auf in der Regel deutlich unter 5 Prozent der Fläche inklusive aller Gebäudeteile,

- ▶ Begrenzung der Überdeckung der Freifläche durch die Modultische auf in der Regel maximal 50 Prozent,
- ▶ Mindestabstand zwischen der Modulunterkante und dem Boden von 80 cm (Nutzbarkeit der Fläche unter den Modulen als Lebensraum),
- ▶ Bewirtschaftung und Pflege mit dem Ziel artenreicher Bestände in Form von extensiver Beweidung oder Mahd,
- ▶ kleintierdurchlässige Umzäunung,
- ▶ Prüfen des Erfordernisses von Querungshilfen und Korridoren für Großsäuger bei barriereartigen Anlagen,
- ▶ bei Bedarf bis zu 3 Meter breite Gehölzpflanzungen an den Außenkanten der Anlage, nach Möglichkeit Verzicht auf Einzäunung und
- ▶ Ermöglichung des vollständigen Rückbaus der PV-Anlage nach Außerbetriebnahme.

Neben den zu beantwortenden fachlichen Fragen, welche Kriterien für eine umweltverträgliche Steuerung des angestrebten Ausbaus sinnvoll sind, ist aus rechtlicher Sicht auch hier insbesondere die notwendige Bestimmtheit der Regelungen sowie deren Vollzugsfähigkeit im Blick zu behalten. Die notwendige Vollzugsfähigkeit würde insbesondere durch pauschalere Vorgaben gesteigert, während individuell an den jeweiligen Standort anzupassende Vorgaben diese beschränken würden. Zudem sollte zur Vermeidung von Doppelstrukturen eine Koordination mit anderen Regelungen stattfinden, die bereits heute naturschutzrechtliche Standards setzen oder deren Setzung ermöglichen. Neben ordnungsrechtlichen Vorgaben ist hier auch § 6 Abs. 4 S. 2 EEG 2023 in den Blick zu nehmen, der es ermöglicht, eine Beteiligung von Standortkommunen von der Vorlage eines naturschutzfachlichen Konzepts abhängig zu machen.

⁹⁰ Vgl. *BUND NRW*, Biodiversitätsstandards für Freiflächen-PV, 26.07.2022, <https://www.bund-nrw.de/publikationen/detail/publication/biodiversitaetsstandards-fuer-freiflaechen-photovoltaik-anlagen/>, S. 2 f.; vgl. *Demuth/Maack*, Photovoltaik-Freiflächenanlagen, Planung und Installation mit Mehrwert für den Naturschutz, in: Heiland: Klima- und Naturschutz: Hand in Hand, 2019, S. 9 ff., https://www.bfn.de/sites/default/files/2021-05/EKon_Heft6.pdf; für eine Zusammenstellung der in Planungshilfen bzw. Positionspapieren

genannten Kriterien siehe *KNE*, Kriterien für eine naturverträgliche Gestaltung von Solar-Freiflächenanlagen, 14.09.2021, https://www.naturschutz-energie-wende.de/wp-content/uploads/KNE_Kriterienkatalog-zur-naturvertraeglichen-Anlagengestaltung-PV-Freiflaechenanlagen.pdf, S. 1 ff. Das KNE hat hier eine Übersicht zu den von verschiedener Seite vorgebrachten Empfehlungen erstellt, die regelmäßig aktualisiert wird.

Zwar würde es dem Konzept der Biodiversitäts-PV durchaus entsprechen, eine Privilegierung solcher Anlagen gerade für solche Standorte vorzusehen, auf denen eine deutliche Aufwertung der ökologischen Funktionen erreicht werden kann, und umgekehrt diejenigen Flächen frei zu halten, wo eine Aufwertung nicht eintreten würde⁹¹. Insoweit scheint eine Kombination aus der Privilegierung von Biodiversitäts-PV-Anlagen mit einer Beschränkung auf bestimmte Flächen hier besonders naheliegend. Auch insofern wäre jedoch jedenfalls darauf zu achten, dass die privilegierten Standorte hinreichend standardisiert ermittelbar sind und aufwändige Gutachten zur Bestimmung der jeweiligen Standortqualität vermieden werden. Eine Anknüpfung an die Biotopwerte der Bundeskompensationsverordnung, wie sie zuletzt auch in § 3 Nr. 34b EEG 2023 erfolgt ist, scheint insofern als ein mögliches regulatorisches Vorgehen, müsste jedoch auch kritisch auf seine Vollzugsfähigkeit hin überprüft werden.

4. Beschränkung der Privilegierung auf einen bestimmten Flächenanteil und/oder bestimmte Anlagengrößen

Als weitere regulatorische Stellschraube mit Blick auf die kommunale Planungshoheit einerseits und den natur- und umweltverträglichen Ausbau andererseits erscheint zudem die Frage klar bezifferter Größenbegrenzungen. Die derzeitige Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB enthält keinerlei solche Beschränkung, womit theoretisch, sofern sich geeignete zusammenhängende Flächen finden, auch sehr große PV-Freiflächenanlagen ohne eine städtebauliche Planung im Einzelfall verwirklicht werden könnten⁹².

Denkbar ist hier zum einen eine Begrenzung der Privilegierung auf eine bestimmte Größe pro Gemeindegebiet. Dies müsste nicht, könnte aber auf eine Begrenzung privilegierter Anlagen auf einen Flächenanteil

pro Gemeindegebiet hinauslaufen. Soweit sie in Kombination mit Beschränkungen der Privilegierung auf bestimmte Flächentypen eingesetzt würde, die ebenfalls als – wenn auch sehr unterschiedliche – Größenbegrenzungen fungieren, käme einer bezifferten Größenbegrenzung die Rolle einer absoluten Begrenzung zu, im Gegensatz zu der relativen Begrenzung mittels Privilegierung bestimmter Flächentypen.

Auf diese Weise würde nicht zuletzt deutlich, dass die Privilegierung allein der Erschließung eines Teils der erforderlichen Flächen dient und insofern neben die planerische Flächenbereitstellung durch die Gemeinden tritt. Zudem würde auch verhindert, dass allein aufgrund planerischer Passivität der Gemeinden die Tragfähigkeit des jeweiligen Gebiets durch allzu viele PV-Freiflächenanlagen überdehnt würde. Verhindert werden muss bei entsprechenden Grenzen aber der mögliche Anschein, dass eine solche Limitierung der Privilegierung als Obergrenze für die Flächenbereitstellung für PV-Freiflächenanlagen insgesamt verstanden wird bzw. dass die Gemeinde nicht noch aus eigenem Antrieb weitere Flächen ausweisen könnte.

Denkbar ist zudem – ggf. in Kombination mit der Größenbegrenzung pro Gemeindegebiet – eine Limitierung der Privilegierung auf bestimmte Anlagengrößen. Hiermit können naturschutzfachliche Anliegen genauso verfolgt werden wie eine Schonung kommunaler Planungshoheit. Bei der Bezifferung einer solchen Limitierung sollten aber zugleich auch die Auswirkungen auf die Kosten des hierüber laufenden Ausbaus sowie die Chancen entsprechender Anlagen im Blick behalten werden, Zuschläge in Ausschreibungen zu erhalten⁹³.

⁹¹ Vgl. *NABU/BSW Solar*, Kriterien für naturverträgliche Photovoltaik-Freiflächenanlagen, Gemeinsames Papier, April 2021, https://www.nabu.de/imperia/md/content/nabude/energie/solarenergie/210505-nabu-bsw-kriterien_fuer_naturvertraegliche_solarparks.pdf, S. 4.

⁹² In diesem Zusammenhang erwähnenswert ist auch, dass die förderrechtliche Größenbeschränkung des § 37 Abs. 3 EEG 2021 auf 20 MW pro Anlage zuletzt mit

Geltung für das Jahr 2023 auf 100 MW erhöht wurde, BGBl. I., 2022, S. 1738, § 100 Abs. 13 S. 1 EEG.

⁹³ Inwieweit über einen solchen Parameter gerade auch Anlagen von Bürgerenergiegesellschaften gefördert werden könnten, die einen Zuschlag in Ausschreibungen nicht benötigen, kann hier keine Aussage getroffen werden.

II. Unbedingte oder subsidiäre Privilegierung

Neben der inhaltlichen Ausgestaltung einer Privilegierungsregelung ist für ihr Wesen mehr noch die Frage entscheidend, in welches Verhältnis sie zur gemeindlichen Planung und damit der Planungshoheit der Gemeinden gesetzt wird. Man kann insoweit zwischen einer unbedingten Privilegierung unterscheiden (unter 1.), die zu einer Zurückdrängung gemeindlicher Steuerung führt, und einer subsidiären Privilegierung, die den Primat gemeindlicher Steuerung unberührt lässt und nur für den Fall vollständiger oder teilweiser planerischer Untätigkeit greift (unter 2.). Für die Ausgestaltung dieses Verhältnisses ist nicht zuletzt auch die Wechselbeziehung zu raumordnerischer Steuerung zu beachten (unter 3.).

1. Wirkungen einer unbedingten Privilegierung

Als unbedingt lässt sich eine Privilegierung bezeichnen, wenn sie keine explizite Steuermöglichkeit für Gemeinden vorsieht, wie dies etwa auch bei der nun erfolgten Privilegierung von Freiflächenanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB der Fall ist. Wie gesehen schließt dies zwar einen mittelbaren Einfluss über eine bauleitplanerische Ausweisung anderweitiger Nutzungen nicht aus. Diese Steuerung ist in ihren Wirkungen jedoch beschränkt.

Der Grad der Einschränkung der kommunalen Planungshoheit durch solche unbedingten Privilegierungen hängt dann wiederum von ihrer inhaltlichen Ausgestaltung ab und geht bei einer weit gefassten allgemeinen Privilegierung weiter als bei einer Privilegierung allein bestimmter Anlagentypen beziehungsweise -größen oder einer Beschränkung auf bestimmte Flächentypen. In ihrer Reichweite wird der Grundsatz

der Planmäßigkeit beschränkt, wonach sich die bauliche Entwicklung grundsätzlich auf der Grundlage gemeindlicher Bebauungspläne vollzieht⁹⁴. In diesem Maße wird auch die kommunale Planungshoheit berührt, die über den Grundsatz der Planmäßigkeit planungsrechtlich abgesichert wird⁹⁵. Die nach bisherigem Recht den Gemeinden zukommenden Entscheidungen über das „Ob“ der planungsrechtlichen Zulassung von PV-Freiflächenanlagen, das „Wohin“ solcher Anlagen sowie das „Wieviel“ im Sinne ihres Flächenumgriffs würde durch eine Privilegierung vom Gesetzgeber vorentschieden und hinsichtlich des „Wohin“ zudem letztlich auf den jeweiligen Vorhabenträger überantwortet.

Neben den genannten Möglichkeiten zur mittelbaren Einwirkung über anderweitige Positivplanungen wären Gemeinden auf eine Verfahrensposition im Zulassungsverfahren für die Freiflächenanlagen beschränkt, da hier ihr Einvernehmen nach § 36 BauGB einzuholen wäre. Einen gestalterischen Einfluss erlaubt diese Regelung jedoch nicht, da das Einvernehmen allein aus gesetzlichen Gründen versagt werden darf (vgl. § 36 Abs. 2 S. 1 BauGB).

Die Konzeption der Privilegierung als unbedingte würde so zu einer noch weitergehenden Zentralisierung von raumrelevanten Entscheidungen für den Ausbau von PV-Freiflächenanlagen beim Gesetzgeber und mittelbar zu einer Privatisierung bei den im Rahmen der Regelungen agierenden Vorhabenträgern führen. Unter Akzeptanzgesichtspunkten kann dies genauso problematisch sein wie auch der mit der Privilegierung im Ausgangspunkt einhergehende Verzicht auf die Durchführung von Öffentlichkeitsbeteiligungen, die – nach bisherigem Recht – allein in den Planungsverfahren stattfinden⁹⁶ und durch die ggf. in den Zulassungsverfahren erfolgende

⁹⁴ Vgl. Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 146. EL 2022, § 35 Rn. 13, der von einem „Spannungsverhältnis“ zwischen Planmäßigkeitssatz und § 35 BauGB spricht.

⁹⁵ Vgl. Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 2 Rn. 20 f.

⁹⁶ Vgl. Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 2 Rn. 6. Dass nach §§ 5 ff. i. V. m. Anlage 1

Ziffer 18.7 Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz (UVPG) für PV-Freiflächenanlagen eine UVP nur dann in Betracht kommt, wenn für sie „ein Bebauungsplan aufgestellt wird“ und also nicht, wenn sie als nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegierte Vorhaben verwirklicht werden, müsste mit Blick auf die Einführung einer Privilegierung überprüft werden.

Nachbarbeteiligung⁹⁷ nicht kompensiert werden könnten⁹⁸.

Schritte, die bislang im Rahmen der Planaufstellung erfolgten, wie die Abarbeitung der naturschutzrechtlichen Eingriffs-Ausgleichsregelung, lägen zudem in Zukunft bei den bauordnungsrechtlichen Zulassungsbehörden. Mit dem Verzicht auf die Planaufstellung, ginge insoweit nicht auch ein Verzicht auf die darin behandelten Fragen einher. Vielmehr käme es teilweise zu ihrer Verlagerung in Zulassungsverfahren, die zudem von Behörden zu bearbeiten wären, die – je nach Ausgestaltung des landesrechtlichen Bauordnungsrechts, das in vielen Ländern bei Vorliegen eines Bebauungsplans für PV-Freiflächenanlagen kein bauordnungsrechtliches Zulassungsverfahren vorsieht – bislang wenig Berührungspunkte zur Zulassung von Freiflächenanlagen hatten.

2. Ausgestaltung der Privilegierung als subsidiär

Verglichen mit einer unbedingten Ausgestaltung einer weiterentwickelten Privilegierung hätte eine als subsidiär ausgestaltete Privilegierung einen anderen Zweck. Sie ist darauf ausgerichtet, die in der Vergangenheit gegebene faktische „Veto-Position“ der Gemeinden vor allen Dingen hinsichtlich des „Ob“ einer Ausweisung von Standorten für Freiflächenanlagen zu überwinden. Hinsichtlich des „Wohin“, d. h. der Standortauswahl sowie der Gestaltung der Anlage selbst (Maß der baulichen Nutzung) würden den Gemeinden jedoch die bisherigen Gestaltungsmöglichkeiten belassen und hinsichtlich des „Wieviel“ im Sinne des Flächenumgriffs und der Anzahl an Standorten unterlägen die Gemeinden gegebenenfalls allein Mindestvorgaben.

Anders als eine unbedingte Privilegierung zielt eine solche Ausgestaltung zwar weniger auf eine Beschleunigung, wohl aber auf

eine Steigerung der Flächenbereitstellung ab. Im Übrigen sollen die Planungsentscheidungen aber hiernach weiterhin dezentral getroffen werden. Allein für den Fall, dass Gemeinden insgesamt planerisch untätig oder hinter den Mindestanforderungen zurückbleiben, würde die Privilegierung greifen und eine Errichtung von Anlagen auf ihrer Grundlage ermöglichen. Planerische Untätigkeit wäre damit keine Option mehr um Anlagen im Gemeindegebiet insgesamt auszuschließen.

a) Eröffnung einer Konzentrationszonenplanung entsprechend § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB für PV-Freiflächenanlagen

Um eine inhaltlich weiterentwickelte Privilegierung als subsidiär gegenüber gemeindlicher Planung auszugestalten, käme zunächst die Eröffnung einer Konzentrationszonenplanung entsprechend § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB in Betracht. Das Instrument würde es Gemeinden ermöglichen, PV-Freiflächenanlagen auf bestimmte Standorte im Gemeindegebiet zu konzentrieren und es im Übrigen von solchen Anlagen freizuhalten⁹⁹. Zum einen müsste das Instrument für Freiflächenanlagen aber auf die gemeindliche Ebene beschränkt werden, wenn verhindert werden soll, dass – wie bei der Windenergie zu beobachten – die Steuerung in vielen Regionen auf die regionale Ebene hochgezogen wird und insoweit die Gemeinden gebunden werden. Zum anderen wäre es zwar so, dass die Gemeinden bei ihrer Steuerung an die „Substanz-Rechtsprechung“ gebunden werden könnten, ein Ausschluss solcher Anlagen in weiten Teilen des Plangebiets mithin nur dann erreicht werden kann, wenn diesen an anderer Stelle substanziiell Raum verschafft wird. Da diese Vorgabe im Bodenrecht aber nicht an die Ausbauziele des EEG rückgebunden ist, sondern vielmehr eine Abgrenzung allein zu verbotenen Verhinderungsplanungen darstellt¹⁰⁰, müsste diese Vorgabe konkretisiert werden, soll

⁹⁷ In manchen Bundesländern ist die Nachbarbeteiligung nur vorgesehen, wenn von nachbarschützenden Normen Abweichungen oder Befreiungen erteilt werden sollen, vgl. insofern § 70 Abs. 2 S. 1 Musterbauordnung (MBO). Eine Übersicht der für PV-Freiflächenanlagen nach Landesrecht einschlägigen Zulassungsverfahren findet sich bei *Maslaton*, Handbuch des Rechts der Photovoltaik, 3. Aufl. 2021, Anhang I.2 S. XXIII ff.

⁹⁸ Die Nachbarbeteiligung in den Zulassungsverfahren ist sowohl hinsichtlich des Kreises der zu beteiligenden Personen als auch der Einflussmöglichkeiten dieser Personen schwächer ausgeprägt als die Öffentlichkeitsbeteiligung in den Bauleitplanverfahren, vgl. § 3 BauGB, § 70 Musterbauordnung (MBO).

⁹⁹ Vgl. *Rieger*, in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 35 Rn. 178.

¹⁰⁰ BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01, juris Rn. 29.

gewährleistet werden, dass auf ihrer Grundlage eine Flächenbereitstellung im erforderlichen Umfang stattfindet.

Jenseits dieser Ausgestaltungsfragen läge gleichwohl das größere Problem in der praktischen Handhabbarkeit, die sich bei der Konzentrationszonenplanung als erhebliche Herausforderung darstellt¹⁰¹. Die hohen Anforderungen an die Durchführung solcher vor allen Dingen für die Windenergie relevant gewordenen Planungen, die von der Rechtsprechung nicht zuletzt mit der spezifischen Verknüpfung unter anderem der Privilegierung der Windenergie und dem Steuerungsinstrument des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB und deren eigentumsrechtlicher Bedeutung begründet werden, würden wohl auch hier gelten. Nachdem sich der Bundesgesetzgeber für die Windenergie wegen der hiermit verbundenen Herausforderungen gerade vom Instrument der Konzentrationszonenplanungen abgewendet hat¹⁰², erschiene ihre Einführung für die Steuerung von PV-Freiflächenanlagen kaum als hilfreich. Den Gemeinden würden hier eher „Steine statt Brot“ gegeben.

b) Positive Steuerung nach dem Modell des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB

Als weiteres Modell für die subsidiäre Ausgestaltung einer weiterentwickelten Privilegierung für PV-Freiflächenanlagen käme dasjenige des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB in Frage. Dieses wird derzeit noch vor allem für die Ansiedlung nicht UVP-pflichtiger Schweinemastbetriebe verwendet, liegt aber in seiner Grundkonzeption¹⁰³ mit der Eröffnung einer „Positivplanung“ auch der künftigen Steuerung der Windenergie auf Grundlage des reformierten Planungsrechts durch das Wind-an-Land-Gesetz zugrunde. Auch in Bezug auf PV-

Freiflächenanlagen erscheint es durchaus passend, zumal es in seiner bisherigen gesetzlichen Ausgestaltung ebenfalls auf eine gemeindliche Steuerung abzielt, wie sie angesichts der begrenzten Wirkungen von PV-Freiflächenanlagen passend erscheint.

Nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB ist ein Vorhaben privilegiert, wenn es aufgrund einer Reihe von aufgezählten Gründen¹⁰⁴ „nur im Außenbereich ausgeführt werden soll“. Die Rechtsprechung beurteilt dieses „Sollen“ danach, ob das Vorhaben nicht auch im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) oder im Geltungsbereich eines Bebauungsplans (§ 30 BauGB) ausgeführt werden könnte und stellt dabei nicht auf das Vorhaben „im Allgemeinen“, sondern das konkrete Vorhaben in den konkreten örtlichen Gegebenheiten ab¹⁰⁵.

Als Effekt daraus wird das Vorhaben im übrigen Gemeindegebiet unzulässig, sobald die Gemeinde mindestens einen geeigneten Standort mittels eines Bebauungsplans im Gemeindegebiet geschaffen hat. Die Unterbringung der PV-Freiflächenanlagen muss hier objektiv möglich und auch das Grundstück muss zur Verfügung stehen oder zu angemessenen Bedingungen zu bekommen sein¹⁰⁶. Dabei ist es unbedeutend, ob der ausgewiesene Standort ehemals Teil des planungsrechtlichen Außenbereichs war, es sich mithin bei der Ausweisung um eine sog. „Briefmarkenplanung“ inmitten des Außenbereichs handelt oder ob die Fläche bereits zuvor zum Innenbereich gehörte¹⁰⁷.

Gleichzeitig „lebt die Außenbereichsprivilegierung aber auch wieder auf“, sobald die Flächen, auf die der Bebauungsplan die Vorhaben der jeweiligen Art verweist, voll bebaut sind, da dann die hinzukommenden Vorhaben wiederum, mangels freier, durch einen Bebauungsplan zugewiesener

¹⁰¹ Zum Zeitaufwand siehe BMI, *Riedl/Materne/Hage*, Planungsbeschleunigung, MORO Informationen Nr. 20/1, 2021, S. 13, 17; zur Fehleranfälligkeit solcher Planungen m. w. N. *Rieger*, in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 35 Rn. 184; *Wegner*, Fehlerquellen von Windkonzentrationsplanungen – Ein Update, ZfBR 2019, S. 230 (231 ff.).

¹⁰² *Benz/Wegner*, Das Wind-an-Land-Gesetz – neue Grundlagen für die Flächenbereitstellung für die Windenergie, ZNER 2022, S. 367; *Kment*, Eine neue Ära beim Ausbau von Windenergieanlagen, NVwZ 2022, S. 1153 (1153 f.).

¹⁰³ Vgl. *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 146. EL 2022, § 35 Rn. 55c sowie

Benz/Wegner, Das Wind-an-Land-Gesetz – neue Grundlagen für die Flächenbereitstellung für die Windenergie, ZNER 2022, S. 367 (374).

¹⁰⁴ Vorliegend geht es gerade nicht um die Übertragung dieser Voraussetzungen, sondern allein um den Mechanismus, der den Kommunen einen gestaltenden Eingriff ermöglicht.

¹⁰⁵ *Mitschang/Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 33.

¹⁰⁶ BVerwG, Urt. v. 1.11.2018 – 4 C 5.17, juris Rn. 16.

¹⁰⁷ BVerwG, Urt. v. 1.11.2018 – 4 C 5.17, juris Rn. 15 f.

Flächen, nur im Außenbereich ausgeführt werden „sollen“. Gleiches gilt, wenn eine Gemeinde im Sinne einer „Verhinderungsplanung“ in einem Bebauungsplan einen Standort festsetzt, auf dem das jeweilige Vorhaben objektiv nicht untergebracht werden kann, etwa weil die festgesetzte Fläche nicht ausreicht¹⁰⁸.

Die Privilegierung von PV-Freiflächenanlagen nach diesem Modell wäre somit im oben genannten Sinne dadurch subsidiär, dass die Gemeinde die Wirkungen der Privilegierung beseitigen kann, indem sie planerisch tätig wird und geeignete Standorte ausweist. Die grundsätzliche Zulässigkeit von PV-Freiflächenanlagen an allen Orten im Gemeindegebiet, die der Reichweite des Privilegierungstatbestandes unterfallen, wäre sozusagen die gesetzliche „Voreinstellung“, von der die Gemeinde durch eine Bebauungsplanung für PV-Freiflächenanlagen abweichen kann, wenn sie hierfür ein Erfordernis sieht.

Planerische Untätigkeit der Gemeinde wäre auch hiernach nicht länger eine Option für die Verhinderung von Freiflächenanlagen. Verbleiben würden allein konstruktive planerische Steuerungsmöglichkeiten hinsichtlich der Frage des „Wohin“ und des „Wieviel“¹⁰⁹ an Flächen für PV-Freiflächenanlagen. Bei der Ausübung dieser Gestaltungsmöglichkeiten wären die Gemeinden insbesondere auch nicht an die Vorgaben der Rechtsprechung im Bereich der Konzentrationszonenplanung gebunden, soweit deren Maßgaben schon bei der Ausgestaltung der Privilegierung von PV-Freiflächenanlagen und deren Verknüpfung mit dem hier skizzierten Steuerungsinstrument berücksichtigt würde. Auch insoweit könnte eine Orientierung an der Neuausrichtung der Steuerung von Windenergienutzungen im Wind-an-Land-Gesetz erfolgen¹¹⁰. Wie dort handelte es sich auch hier um eine Positivplanung, bei denen der

Fokus der Planungen auf denjenigen Flächen liegt, auf denen Freiflächenanlagen ermöglicht werden sollen.

Damit die Gestaltungsmöglichkeiten der Gemeinden sich auch auf die Frage des „Wieviel“ erstrecken würde und zudem hinsichtlich des „Wohin“ nicht dadurch weitgehend leerliefe, dass die Privilegierung nach der Realisierung einer Anlage immer wieder auflebt und damit die Gemeinde letztlich nur die Reihenfolge bestimmt, in der das Gemeindegebiet mit PV-Freiflächenanlagen bebaut wird, braucht es jedoch eine Modifikation des bisherigen Steuerungsmodells nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB. Erwägenswert ist insoweit die Einführung einer „Obergrenze“, bei deren Erreichen die Privilegierung von PV-Freiflächenanlagen im Gemeindegebiet endgültig außer Kraft tritt und damit die umfassende Gestaltungsfreiheit wieder auf die Gemeinden zurückfällt. Zwar führt eine solche Obergrenze letztlich dazu, dass die Steuerung eine Flächenkontingentierung bewirkt, auf die die Rechtsprechung unter anderem bei der Formulierung ihrer strengen Anforderungen für die Konzentrationszonenplanung verwiesen hat. Eine Übertragung dieser Rechtsprechung dürfte die hier erwogene Modifikation gleichwohl im Ergebnis nicht zur Folge haben. Auch insoweit ist letztlich entscheidend, dass bereits bei der Gestaltung der Privilegierung von PV-Freiflächenanlagen gesetzgeberisch deutlich gemacht wird, dass die Privilegierung von vorne herein unter dem Vorbehalt ihrer näheren räumlichen Ausgestaltung durch die Gemeinde stünde. Eine eigentumsrechtlich verfestigte Position, deren Beschränkung den strengen Anforderungen unterliegt, entsteht insoweit nicht¹¹¹.

Im Falle einer solchen, bereits oben unabhängig von den gemeindlichen Steuerungsmöglichkeiten erwogenen Obergrenze, die planungstypisch insbesondere

¹⁰⁸ Vgl. *Wegner/Kahles/Bauknecht/Ritter/Heinemann/Seidl*, Bundesrechtliche Mengenvorgaben bei gleichzeitiger Stärkung der kommunalen Steuerung für einen klimagerechten Windenergieausbau, UBA CLIMATE CHANGE 21/2020, 2020, S. 41.

¹⁰⁹ *Günnewig/Johannwerner/Kelm/Metzger/Wegner*, Anpassung der Flächenkulisse für PV-Freiflächenanlagen im EEG vor dem Hintergrund erhöhter Zubauziele, UBA TEXTE 76/2022, 2022, S. 46.

¹¹⁰ Vgl. hierzu etwa *Benz/Wegner*, Das Wind-an-Land-Gesetz – neue Grundlagen für die

Flächenbereitstellung für die Windenergie, ZNER 2022, 367 (373 f.); *Wegner*, Reformansätze zum Planungsrecht von Windenergieanlagen, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 26 vom 11.02.2022, S. 37 ff.

¹¹¹ Nach dem BVerfG schützt die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG lediglich die Freiheit, ein Grundstück im Rahmen der Gesetze zu bebauen, BVerfG, Beschl. v. 19.06.1973 – 1 BvL 39/69, 1 BvL 14/72, juris Rn. 43; allgemein zur Baufreiheit siehe *Wieland*, in: *Dreier*, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 14 Rn. 50.

als Flächengrenze denkbar, aber auch als Leistungsgrenze möglich wäre, wäre die Gestaltungsfreiheit der Gemeinden hinsichtlich des „Wohin“ geschützt. Zudem entstünde ein Anreiz für die Gemeinden, entsprechende Planausweisungen nicht ad hoc bei entsprechendem Interesse eines Investors durchzuführen, sondern auf der Grundlage konzeptioneller Standortwürfe jedenfalls Flächen im Umfang der Obergrenze auszuweisen. Darüber hinaus wären Kommunen zudem frei, weitere Flächen zur Verfügung zu stellen und damit das „Wieviel“ weitergehend auszugestalten, ohne hierzu aber jenseits der allgemeinen Regelungen gezwungen zu sein.

Verzichten Gemeinden dagegen auf entsprechende planerische Ausweisungen, weil sie eine Steuerung nicht für erforderlich halten, eine Verständigung mit Investoren über die Standortwahl auf eher informellem Weg erreichen oder aus anderen Gründen Planungsressourcen schonen wollen, greift die weiterentwickelte Privilegierung für Freiflächenanlagen durch. Nur in diesem Fall vollzöge sich der Ausbau im Gemeindegebiet entlang der Privilegierung bzw. der planerisierenden gesetzgeberischen Entscheidung und würde insoweit an die Stelle der ansonsten weiterhin erfolgenden Planungsentscheidungen vor Ort mitsamt der hieran hängenden Folgen für Zulassungsverfahren und Öffentlichkeitsbeteiligung treten.

3. Wechselwirkungen mit raumordnerischer Steuerung

Zu berücksichtigen wären bei der Weiterentwicklung einer Außenbereichsprivilegierung für PV-Freiflächenanlagen mit gemeindlichen Steuerungsmöglichkeiten auch die Wechselwirkungen zur und Abhängigkeiten von der raumordnerischen Steuerung. Diese bildet den Rahmen für die bauleitplanerischen Gestaltungsmöglichkeiten. Wo die Raumordnung abschließend erfolgt und den Gemeinden damit

keinen Gestaltungsfreiraum einräumt, könnte die hier skizzierte subsidiäre Gestaltung einer Privilegierung mit dem Zweck der Bewahrung gemeindlichen Einflusses zugunsten raumordnerischer Steuerung leerlaufen.

Schon nach bisherigem Raumordnungsrecht auf Bundesebene nahm die Raumordnung teils erheblichen Einfluss auf die gemeindliche Bauleitplanung für PV-Freiflächenanlagen¹¹². Zwar war nach verbreiteter Ansicht das Instrument der raumordnerischen Ausschlussplanung über die Festlegung von Eignungsgebieten oder Vorranggebieten mit der Wirkung von Eignungsgebieten für die in der Vergangenheit nicht-privilegierten PV-Freiflächenanlagen nicht eröffnet¹¹³. Auch ohne dieses Instrument wurden in verschiedenen Ländern und Regionen die Möglichkeiten von Gemeinden zur Ausweisung von Standorten jedoch dadurch stark begrenzt, dass die Raumordnung zielförmig abschließend festlegte, auf welchen Flächentypen dies zulässig ist. Für diese Beschränkung wurde in einzelnen Fällen letztlich die bisherige Flächenkulisse des Erneuerbare-Energien-Gesetzes raumordnerisch nachempfunden und insoweit die Planungsmöglichkeiten der Gemeinden stark beschränkt.

Würde nun eine weiterentwickelte Privilegierung von Freiflächenanlagen im Baugesetzbuch eingeführt, müsste die Frage, ob jedenfalls nunmehr auch eine raumordnerische Ausschlussplanung mittels Gebietsfestlegungen eröffnet wäre, neu und in Abhängigkeit von der Konzeption der Privilegierung beantwortet werden. Zweifelsfrei wäre diese Möglichkeit wohl selbst bei einer unbeschränkten Privilegierung von Freiflächenanlagen nicht eröffnet, da der Anwendungsbereich der Ausschlussplanung mittels der genannten Gebietstypen teils in Parallelität mit dem Anwendungsbereich der Konzentrationszonenplanung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB verstanden wird und dieser explizit auf die privilegierten Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2-6 BauGB begrenzt ist¹¹⁴. Danach bedürfte es also

¹¹² Günnewig/Johannwerner/Kelm/Metzger/Wegner/Moog/Kamm, Abschlussbericht Umweltverträgliche Standortsteuerung von Solar-Freiflächenanlagen, UBA TEXTE 141/2022, S. 103 ff.

¹¹³ Grotfels, in: Kment, ROG 2019, § 7 Rn. 68; UBA, Günnewig/Johannwerner/Kelm/Metzger/Wegner/Moog/Kamm, Abschlussbericht

Umweltverträgliche Standortsteuerung von Solar-Freiflächenanlagen, UBA TEXTE 141/2022, S. 108 m. w. N.; a. A. etwa Schmidtchen, Klimagerechte Energieversorgung im Raumordnungsrecht, 2014, S. 306 f.

¹¹⁴ Vgl. Grotfels, in: Kment, ROG 2019, § 7 Rn. 68.

auch für die raumordnerische Steuerung zunächst der Anpassung dieser Regelung. Angesichts der ebenso vertretenen gegenteiligen Auffassung und mangels einschlägiger Rechtsprechung ließ sich aber auch selbst im Falle einer stärker beschränkten Privilegierung die Eröffnung weitergehender raumordnerischer Steuerungsmöglichkeiten nicht sicher ausschließen. Hinzu kommt, dass in Zukunft nach dem derzeitigen Entwurfsstand für eine Novellierung des Raumordnungsgesetzes ohnehin die Möglichkeit zu einer Ausschlussplanung ausdrücklich sowohl für privilegierte als auch nicht privilegierte Vorhaben anerkannt werden soll¹¹⁵. Jedenfalls damit würde die raumordnerische Ausschlussplanung auch für jede Form der Freiflächenanwendung eröffnet – ob unbeschränkt privilegiert, beschränkt oder überhaupt nicht privilegiert. Da hiermit auch die bislang bestehenden Unsicherheiten über die Anwendbarkeit dieses Instruments beseitigt würden, dürfte auch dessen Anwendung in der Planungspraxis zunehmen und damit einer Verringerung gemeindlicher Spielräume Vorschub leisten. Bei tatsächlicher Ausübung einer solchen „Schwarz-Weiß-Planung“ könnte die gemeindliche Bauleitplanung nur dort noch Standorte für Freiflächenanlagen ausweisen, wo raumordnerische Vorranggebiete festgelegt sind und dies zulassen. Jenseits dessen wäre dies dagegen ausgeschlossen, soweit hierfür zielförmig – und damit gem. § 4 Abs. 1 ROG, § 1 Abs. 4 BauGB verbindlich – ein Ausschluss für PV-Nutzungen angeordnet wurde.

In der Tendenz dürfte ein solcher Ausschluss auch nicht allein gegenüber den Kommunen wirken, wie es die eigentliche Zielrichtung der Raumordnung ist, sondern über die bodenrechtliche Raumordnungsklausel des § 35 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BauGB auch auf die Zulassungsebene durchschlagen, wonach raumrelevante Vorhaben „den Zielen der Raumordnung nicht widersprechen“ dürfen. Anders als im Rahmen der Windenergiesteuerung¹¹⁶ dürfte diese Regelung hier auch tatsächlich anwendbar sein, da es an einem Konkurrenzverhältnis zur

Konzentrationszonenplanung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB hier mangelt. Da § 35 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BauGB zudem als strikte Norm verstanden wird, blieben den Zulassungsbehörden in diesem Fall keinerlei Spielräume um im Einzelfall einen Konflikt mit der raumordnerischen Ausschlusswirkung zugunsten einer Freiflächenanlage zu lösen.

Diese Überlegungen zeigen, dass im Falle der Einführung einer weiterentwickelten Privilegierung für Freiflächenanlagen zwingend auch die raumordnerische Ebene in den Blick genommen und gegebenenfalls angepasst werden müsste. Umgekehrt sollte bei einer gesetzgeberischen Änderung auf Raumordnungsebene auch die gemeindliche Steuerung sowie die Option zur Einführung einer weiterentwickelten Privilegierung bedacht werden um zu verhindern, dass diese raumordnerisch konterkariert werden. Dass dies notwendig ist, zeigt auch die Diskussion um den aktuellen Änderungsentwurf für das Raumordnungsgesetz, d.h. die hier vorgeschlagenen § 7 Abs. 3 S. 3-5 ROG-Entwurf.

Würden diese eingeführt käme es nicht nur zu einer faktischen Stärkung raumordnerischer Steuerung und damit zu einer stärkeren Beschränkung gemeindlicher Planungsspielräume. Vielmehr drohte auch die gerade erst durch den Gesetzgeber – in einem Parallelverfahren – geschaffene Privilegierung von PV-Freiflächenanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB unterlaufen zu werden. Wie oben skizziert dürfte die vorgeschlagene raumordnerische Ausschlussplanung gem. § 35 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BauGB unmittelbar auf die Zulassungsebene durchschlagen und dort dann auch den nach § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB entgegenstehen, wo nicht ein Vorranggebiet für PV-Freiflächenanlagen ausgewiesen wurde. Dies würde den Anwendungsbebereich der Privilegierung potenziell deutlich einschränken. Dass dies über das in § 7 Abs. 3 S. 3 ROG-Entwurf vorgesehene Erfordernis, der PV-Freifläche substanziell Raum zu verschaffen, wirksam eingeeht und damit verhindert wird, dass die Privilegierung

¹¹⁵ Siehe Art. 1 Nr. 4 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Raumordnungsgesetzes und anderer Vorschriften (ROGÄndG), BR-Drs. 508/22.

¹¹⁶ Zur Diskussion dort siehe *Wegner*, Pauschale Abstands Vorgabe eines LEP als entgegenstehendes Ziel der Raumordnung nach § 35 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BauGB

und subjektiv-drittschützendes Recht, Anmerkung zu VG Koblenz, Urt. v. 03.07.2020 – 4 K 907/17.KO, ZNER 2021, S. 224 (232 f.).

konterkariert wird, darf wiederum bezweifelt werden. Eine planungsrechtliche Zulässigkeit auf Grundlage allein der Privilegierung wäre nämlich nur überall dort gegeben, wo ihr räumlicher Anwendungsbereich entlang von Autobahnen und bestimmten Schienenwegen mit der Ausweisung von Vorranggebieten (zufällig) zusammenfallen. Wo dies nicht der Fall ist, bleibt es bei der Beschränkung der Privilegierungswirkungen. Zugleich führt die raumordnerische Ausweisung von Flächen für die PV-Freifläche jenseits des Anwendungsbereichs ihrer Privilegierung – anders als bei der Windenergie, von der das Substanzkriterium entlehnt ist – gerade nicht dazu, dass sich auf diesen Flächen die PV-Freifläche auch wird durchsetzen können. Jenseits der Privilegierung bleibt es vielmehr erforderlich, dass Gemeinden zunächst einen Bebauungsplan aufstellen. Da es – anders als bei der Windenergie – bei der PV-Freifläche gerade an einer allgemeinen Privilegierung fehlt, kommt es zu einer Verdoppelung des Planungserfordernisses. Wo Gemeinden einen Plan nicht aufstellen wollen, bleibt – angesichts der Unsicherheiten über ihre Erstplanungspflicht¹¹⁷ - das vorgeschlagene Substanzkriterium hinter dem zurück, was es bei der Windenergie leisten kann.

¹¹⁷ Dazu bereits oben unter B. I. 2.

D. Fazit

Mit der Einführung einer begrenzten Außenbereichsprivilegierung von PV-Freiflächenanlagen in § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB entlang von Autobahnen und bestimmten Schienenwegen hat der Gesetzgeber kurzfristig die Flächenbereitstellung solcher Anlagen gestärkt. Weder ist damit aber der mittel- und langfristig bestehende Flächenbedarf umfassend adressiert noch wurden im Sinne einer umfassenderen Weiterentwicklung des Rechtsrahmens mit dieser Regelung die Steuerungsziele eines naturverträglichen Ausbaus oder auch des Strukturwandels in der Landwirtschaft entschlossen verfolgt. Die Regelung trägt damit deutliche Züge einer Sofortmaßnahme, die einen Beitrag leistet, der aktuellen Versorgungskrise zu begegnen. Sie verschafft zudem Zeit, die nun genutzt werden sollte, um die Flächenbereitstellung auch mittel- und langfristig so zu organisieren, dass die Ausbauziele erreicht werden können.

Insoweit beendet dieser „Federstrich des Gesetzgebers“ die bisherigen Diskussionen nicht. Soll eine Außenbereichsprivilegierung von Freiflächenanlagen im künftigen Rechtsrahmen eine größere Rolle zukommen, um die erforderliche Flächenbereitstellung unter den Bedingungen knapper Planungsressourcen zu gewährleisten, und dabei zudem weitere Steuerungsziele verfolgt werden, so gilt es, die gegen eine Außenbereichsprivilegierung geäußerten Bedenken ernst zu nehmen und diesen Rechnung zu tragen. Das vorliegende Diskussionspapier zeigt, wie dies möglich ist.

Die in weiten Teilen fortbestehende faktische „Veto-Position“ von Gemeinden bei der planerischen Zulassung von Freiflächenanlagen ist in erster Linie insoweit problematisch, als die Gemeinden damit auch darüber entscheiden, ob überhaupt die Grundlagen für Freiflächenanlagen geschaffen werden („Ob“ der Planung). Dies kann mithilfe einer weiterentwickelten Privilegierung adressiert werden, ohne dass die ebenfalls bestehenden Gestaltungsrechte der Kommunen zu Standortwahl („Wohin“), Umgriff („Wieviel“) und Anlagenkonfiguration (Maß baulicher Nutzung) überspielt werden. Möglich ist dies, indem den Kommunen Steuerungsmöglichkeiten

eingräumt werden. Die Privilegierung würde so als subsidiär gegenüber gemeindlicher Planung ausgestaltet. Sie griffe nur dort, wo Gemeinden vollständig oder teilweise untätig blieben. In der Regel dürften dann die Vorteile von Planungsverfahren für die Akzeptanz vor Ort und die „gute Planung“ gewahrt werden können – teilweise möglicherweise um den Preis der ansonsten möglichen Zeitersparnis.

Diese Gestaltungsmöglichkeiten der Kommunen ließen sich auch so fassen, dass die negativen Erfahrungen, die man im Bereich der Steuerung der Windenergie gemacht hat, vermieden würden. Das Modell klassischer Positivplanungen würde Aufwand und Komplexität solcher Planungen vielmehr begrenzen. Mit Blick auf die aktuellen Reformbestrebungen im Raumordnungsrecht wird jedoch zu klären sein, inwieweit sich dieser Steuerungsansatz mit einer weitergehenden raumordnungsrechtlichen Steuerung verträgt. Eine Reform der Flächenbereitstellung muss, um zielführend zu sein, gerade auch die planungsebenenübergreifenden Effekte ausreichend berücksichtigen.

Auch bei „nur“ subsidiärer Geltung einer Privilegierung und mehr noch, wenn diese als unbedingt ausgestaltet würde, muss die inhaltliche Ausgestaltung einer Privilegierung weiterentwickelt werden. Neben der Stärkung der Flächenbereitstellung kann diese insbesondere dafür genutzt werden, die Naturverträglichkeit des Ausbaus zu stärken und insoweit teilweise die abnehmende Steuerungswirkung des Förderrechts zu kompensieren. Möglich ist zudem eine Förderung des Strukturwandels in der Landwirtschaft.

Um diese Steuerungsziele zu erreichen, kann der Gesetzgeber mittels verschiedener Stellschrauben und ihrer Kombination eine Privilegierungsregelung konzipieren. Zentral sind die Fragen,

- ▶ ob die Privilegierung uneingeschränkt gilt, auf bestimmte Flächen beschränkt oder die Entscheidung hierüber etwa durch Verweis auf die Raumordnung an diese delegiert wird,

- ▶ ob Freiflächenanlagen allgemein privilegiert werden oder lediglich bestimmte Anlagentypen wie Agri-PV-Anlagen oder Biodiversitäts-PV-Anlagen sowie
- ▶ ob die Privilegierung in unbegrenztem Umfang gilt oder eine Beschränkung auf einen bestimmten Flächenanteil und/oder eine bestimmte Anlagengröße enthält.

Je nach Einstellung dieser Stellschrauben und ihrer möglichen Kombination bliebe auch neben einer solch weiterentwickelten Privilegierung der Bedarf an weiteren Flächenausweisungen durch die Kommunen vorhanden. Die Privilegierung hätte insofern allein die Funktion, ein Mindestmaß an Fläche planungsrechtlich bereitzustellen und insoweit als hinreichende Grundlage für Zulassungsverfahren zu fungieren. Jenseits dessen blieben die bisherigen Regelungen samt „Veto-Position“ der Gemeinden unangetastet.

Kontakt

Stiftung Umweltenergierecht
Friedrich-Ebert-Ring 9
97072 Würzburg

T: +49 931 79 40 77-0
F: +49 931 79 40 77-29

info@stiftung-umweltenergierecht.de
www.stiftung-umweltenergierecht.de