



LAND BRANDENBURG

Landesamt für Umwelt

Abteilung Wasserwirtschaft 1

Landesamt für Umwelt
Postfach 60 10 61 | 14410 Potsdam

Stadtverwaltung Cottbus
Postfach 10 12 35
03012 Cottbus

Bearb.: Frau Monika Nögel
Gesch.-Z.: LFU-W11-
3060/357+14#115137/2021
Hausruf: +49 33201 442-606
Fax: +49 331 27548-2717
Internet: www.lfu.brandenburg.de
Monika.Noegel@LfU.Brandenburg.de

Potsdam, 6. Mai 2021

Floating PV Anlage auf Cottbuser Ostsee

Ihr Schreiben vom 29.03.2021
Ihr Zeichen: 00549-2021-01
Anlage: Aufsatz aus JZ 2021, 60

Sehr geehrte Frau Tschoppe,

mit Schreiben vom 29.03.2021 haben Sie das Landesamt für Umwelt (LfU) als Obere Wasserbehörde (OWB) um Bewertung gebeten, ob die Errichtung der durch die Firma Lausitz Energie Bergbau AG (LEAG) geplante Floating Photovoltaik-Anlage (PV-Anlage) auf dem Cottbuser Ostsee einen Gewässerausbau darstellt. Für den Fall, dass sich die OWB Ihrer Bewertung, die von einem Gewässerausbauvorhaben ausgeht, nicht anschließt, bitten Sie um eine Begründung dafür, dass die Umgestaltung nicht „wesentlich“ ist. Zudem wünschen Sie eine zwischen dem Landesamt für Bergbau, Geologie und Rohstoffe (LBGR) und dem LfU abgestimmte Aussage zum Gewässerausbautatbestand.

Das LBGR hat Ihnen mit Schreiben vom 28.04.2021 bereits mitgeteilt, dass nach dort vertretener rechtlicher Einschätzung die geplante Errichtung der PV-Anlage nicht den Tatbestand des Gewässerausbaus erfüllt.

Dieser Einschätzung schließt sich die OWB nach Beteiligung der hauseigenen Fachreferate an.

Gemäß § 67 Absatz 2 WHG ist ein Gewässerausbau die Herstellung, Beseitigung und die wesentliche Umgestaltung eines Gewässers oder seiner Ufer. Die Umgestaltung eines Gewässers oder seiner Ufer ist wesentlich, wenn sie den Zustand des Gewässers einschließlich seiner Ufer in einer für den Wasserhaushalt (Wasserstand, Wasserabfluss, Fließgeschwindigkeit, Selbstreinigungsvermögen, Be-

wirtschaftung des Gewässers), für die Schifffahrt, für die Fischerei oder in sonstiger Hinsicht (Landschaftsbild, Naturhaushalt) bedeutsamen Weise ändert. Maßgeblich für die Bewertung der Auswirkungen der PV-Anlage auf das Gewässer ist der mit Planfeststellungsbeschluss des LBGR vom 12.04.2019 legitimierte Bestand des Cottbuser Ostsees, das heißt der Bestand nach abgeschlossener Renaturierung/Rekultivierung. Planfestgestellt wurde die Herstellung des Sees mit einer Größe von ca. 1.900 ha und einem Zielwasserstand von + 62,5 m NHN (+/- 0,5 m) mit einer Einbindung an das Gewässernetz.

Zur Bewertung der Auswirkungen des Vorhabens auf den Wasserhaushalt hat die OWB, die sich erstmalig mit einer schwimmenden Solaranlage dieser Größenordnung befasst, die Stellungnahmen der hauseigenen Fachreferate W 13 (Wasserwirtschaft in Genehmigungsverfahren) und W 14 (Oberflächenwassergüte) eingeholt.

I.

Das Referat W 14 hat mitgeteilt, dass eine Prognose zu den Wirkungen der PV-Anlage auf den See gegenwärtig nicht abgegeben werden könne, weil keine Daten zu Gewässerflora und Gewässerfauna (Sperrgebiet, überwiegend noch Trockenrasen, kein See) vorlägen. Aus den fehlenden Daten werde weiterer Untersuchungsbedarf abgeleitet.

II.

Das Referat W 13 hat darauf hingewiesen, dass die 12 ha (ca. 460 m x 260 m) große PV-Anlage zuzüglich Sichtschutz bezogen auf die Gesamtfläche des Sees von 1.900 ha lediglich 0,7 % der Seefläche bedecke. Das Gewässer befinde sich erst in der Entstehung. Die Inbetriebnahme der Anlage sei 2023 vorgesehen. Es sei wahrscheinlich, dass die Anlage während der Bauphase und Inbetriebnahme noch außerhalb des wassergefüllten Bereichs liege.

Aufgrund fehlender Daten aus Vergleichsprojekten oder wissenschaftlichen Untersuchungen könne gegenwärtig keine fundierte Prognose zu den **ökologischen/limnologischen Auswirkungen** der Anlage auf den See abgegeben werden. Es bestehe Untersuchungsbedarf hinsichtlich der

1. **Verschattung:** Wenn der See vollgelaufen sei, befinde sich die Anlage mindestens 368 m vom Ufer entfernt. Damit seien nach erster Einschätzung keine negativen Auswirkungen auf die ökologische Entwicklung des Uferbereichs gegeben. An der Anlage selbst würden sich durch die Verschattung andere Bedingungen einstellen als im Umfeld – diese würden aber nicht zu einer Verschlechterung des ökologischen Potentials des ganzen Sees führen. Diese Erwartungshaltung des Referates W 13 bedürfe der Bestätigung durch Untersuchungen.
2. **Verringerung der Verdunstung:** Exakte Daten lägen nicht vor, aber allein durch die geringe Fläche der Anlage in Bezug auf die Gesamtfläche des Sees werde die Verringerung der Verdunstung keinen wesentlichen Einfluss auf die Bilanz des Sees haben. Die Verdunstungsverluste bzw.

die veränderte Wasserbilanz des Sees seien zu untersuchen. Auch diese Erwartenshaltung des Referates W 13 bedürfe der Bestätigung durch Untersuchungen.

3. **Stoffeinträge:** Die Verankerung der Anlage sei aktuell nicht beschrieben. Derart weit vom Ufer entfernt werde eine Befestigung am Grund wahrscheinlich mit Pfahlgründung erfolgen müssen. Die Leitungsführung würde auch untergründig erfolgen. Die Auswirkungen auf das ökologische Potential müssten eingeschätzt und in Untersuchungen bewertet werden.

Weiterer Klärungsbedarf bestehe hinsichtlich der Auswirkungen auf die Bewirtschaftung des Sees. Die Planung sehe vor, den Cottbuser Ostsee mit einer Bewirtschaftungslamelle von + 62,5 m NHN (+/- 0,5 m) zu betreiben. Die Anlage müsse so konzipiert werden, dass sie sowohl in der Flutung als auch danach an die Wasserstandsschwankungen angepasst werde. Dazu lägen aktuell noch keine Aussagen vor.

Im Ergebnis könnten mit den vorliegenden Unterlagen keine abschließenden Aussagen zu der PV-Anlage getroffen werden. **Aufgrund der geringen Fläche der Anlage in Bezug auf die Gesamtgröße des Sees sei nach erster, nicht auf Daten aufbauender Einschätzung des Referates W 13 nicht von bedeutsamen Änderungen der wasserwirtschaftlichen Belange (Ökologie, Limnologie, Bewirtschaftung) für den gesamten See auszugehen.** Das Referat W 13 sehe die Probleme der Anlage vor allem in Fragen der Sicherheitstechnik außerhalb seiner Zuständigkeit wie

1. Auswirkungen der Befestigung / Gründung auf die Standsicherheit des Gewässers,
2. Auswirkungen auf die Anlage bei steigendem Seewasserstand,
3. Auswirkungen von Wind und Wellen auf die Sicherheit der Anlage,
4. Auswirkungen von Schnee / Eislast auf die Anlage,
5. Auswirkungen von Eisgang auf den See,
6. Blitzschutz bzw. Auswirkungen von Bränden auf das Gewässer,
7. Touristische Nutzung mit Schifffahrt. Die Anlage soll mit großem Abstand zu allen touristisch genutzten Seeufern und außerhalb geplanter Schifffahrtsrouten, jedoch von allen Seiten umschiffbar, aufgestellt werden. Eine Einschränkung der Nutzung des Sees ist daher nicht zu erwarten. Jedoch sind Sicherheitsbedenken z.B. durch ungeübte Segler und starke Winde zu betrachten.
8. Sicherung vor Stromunfällen.

III.

Für die Beurteilung, ob die PV-Anlage den Gewässerausbautatbestand durch wesentliche Umgestaltung des Gewässers erfüllt, liegt lediglich ein Projektsteckbrief der LEAG vor. Danach hat die PV-Anlage keine wesentlichen Auswirkungen auf die Schifffahrt, weil sie außerhalb geplanter Schifffahrtsrouten liegt und umschiffbar ist und keine wesentlichen Auswirkungen auf das äußere Erscheinungsbild der Landschaft wegen ihrer geringen Höhe von maximal 2,5 m. Zu allen anderen Auswirkungen des Vorhabens, die bei der Beurteilung der Wesentlichkeit der

Umgestaltung zu betrachten sind, liegen keine Angaben vor, die eine auf Daten beruhende Bewertung erlauben. Das Referat W 13 erwartet jedoch **aufgrund des Vergleichs der Größe der Anlage im Verhältnis zu der Größe des Gewässers** keine wesentlichen wasserwirtschaftlichen Auswirkungen der PV-Anlage auf den See. Dieser Vergleichsbetrachtung widersprechend weisen Sie auf eine Zitatstelle im Kommentar von Landmann/Rohmer (Umweltrecht, § 67 Rn. 72) hin, in der es heißt: „Eine bilanzierende Gesamtbetrachtung im Hinblick auf die Frage, ob eine Umgestaltung in Relation zu anderen Gewässerabschnitten schon wesentlich ist, ist i.d.R. nicht zulässig. Entscheidend ist die Umgestaltung selbst, nicht deren Verhältnis zum Rest des Gewässers.“ Abgesehen davon, dass das Zitat offenlässt, welche Sachverhaltsgestaltungen unter den Regelfall und welche unter die Ausnahmen fallen, wird hier eine Entscheidung des OVG Lüneburg zitiert, die einen Gewässerausbau durch Böschungssicherung an einem teilweise verrohrten Entwässerungsgraben betraf. Hier war der Teilabschnitt des Grabens, der umgestaltet wurde, isoliert zu betrachten und die Beurteilung der Wesentlichkeit der Umgestaltung auf diesen betroffenen Grabenabschnitt zu beschränken. Demgegenüber dürfte die Floating PV-Anlage derart untrennbar in das Gesamtsystem des Sees eingebunden werden, dass ihre wasserwirtschaftlichen Auswirkungen nicht losgelöst vom Gesamtwasserregime betrachtet werden können. **Dies spricht** – den Ausführungen des Referates W 13 folgend – **dafür, bei der Bewertung der Wesentlichkeit der Umgestaltung die wasserwirtschaftlichen Auswirkungen der PV-Anlage in Relation zum Gesamtwasserregime des Sees zu betrachten.**

Die Zeitschrift NJ 2021 hat einen Beitrag der Rechtsanwältinnen Müller/Burtin zu den Genehmigungserfordernissen „für die neuartige Erscheinung schwimmender Photovoltaikanlagen“ veröffentlicht. Den Aufsatz habe ich meinem Schreiben zu Ihrer Kenntnis beigelegt. Danach bedürfen herkömmliche schwimmende PV-Anlagen regelmäßig einer Baugenehmigung sowie - in Abhängigkeit landesrechtlicher Vorschriften - einer Genehmigung nach Landesrecht für Anlagen im Gewässer gemäß § 36 WHG oder einer wasserrechtlichen Erlaubnis. Die Frage, ob derartige Anlagen auch einen Gewässerausbau darstellen können, wird gar nicht betrachtet. Für die Beurteilung der Auswirkungen der Anlage auf den Wasserhaushalt wird ebenfalls auf die Größe der Anlage im Verhältnis zu der Größe des Gewässers abgestellt.

Selbst wenn, Ihrer Ansicht folgend, bei der Bewertung der Wesentlichkeit der Umgestaltung eine Gesamtbetrachtung in Relation zu anderen Gewässerabschnitten nicht zulässig wäre, gibt es derzeit noch keine Langzeitstudien zu den Auswirkungen schwimmender Solaranlagen. Die LEAG wird aktuell daher keine auf gesicherter Datengrundlage beruhende Gutachten erstellen lassen können, die eine zuverlässige Bewertung der Auswirkungen der Anlage auf den Wasserhaushalt, die Fischerei, das Landschaftsbild und den Naturhaushalt des Gewässers erlauben. Aus diesem Grunde kann derzeit die Wesentlichkeit der Umgestaltung und damit ein Gewässerausbau nicht belegt werden und es ist davon auszugehen,

dass die genehmigungsrechtlichen Instrumentarien für eine Anlage im und über einem Gewässer Anwendung finden.

Für Rückfragen stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung.

Eine Kopie dieses Schreibens geht an das LBGR.

Mit freundlichen Grüßen
im Auftrag

Katja Gäbler

Dieses Dokument wurde am 6. Mai 2021 durch Katja Gäbler schlussgezeichnet und ist ohne Unterschrift gültig.

Planungsrecht der Gemeinde für Photovoltaikanlagen auf Wasserflächen

Rechtsanwalt Moritz Müller /Charlotte Burtin, Leipzig*

Meint die Verfassung „Wasser“, wenn sie „Boden“ sagt? Schwimmende Photovoltaikanlagen sind bislang in Deutschland eine Rarität und dementsprechend wenig in Rechtsprechung und juristischer Literatur behandelt. Stehende Gewässer bieten in Deutschland jedoch erhebliches Flächenpotential¹ für ihre Errichtung ohne in Konkurrenz zu sonstigen Nutzungen zu stehen, weshalb ein Anstieg entsprechender Projekte in der Zukunft zu erwarten ist und sich in der Mandatsarbeit bereits abzeichnet. Auch der Bundesrat hat die Relevanz dieser Thematik erkannt und spricht sich im Rahmen der EEG-Novelle 2021 für eine Förderung von Floatvoltaics aus.² Der hiesige Beitrag soll als Anstoß für eine wissenschaftliche Diskussion und Auseinandersetzung zu den durchaus als offen zu beurteilenden Rechtsfragen dienen. Fragen des Bergrechts werden aufgrund begrenzter Platzkapazität ausgeklammert.

I. Genehmigungserfordernis

Photovoltaikanlagen auf Wasserflächen werden auf einer Unterkonstruktion aus schwimmenden Pontonelementen errichtet, welche auf dem Gewässergrund befestigt wird. Nachstehend wird geprüft, welche Genehmigungen nach dem Wasserrecht und dem Bauordnungsrecht für die Errichtung einzuholen sind. Ein etwaiges Genehmigungserfordernis für Nebenanlagen wird nicht behandelt.³

1. Wasserrechtliche Genehmigung

Das Wasserhaushaltsrecht gehört zur konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG. Es ist vom Wasserwegerecht, das jedoch ebenfalls der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 21 GG unterliegt, zu unterscheiden. Letzteres soll hier unbeachtet bleiben, da Wasserstraßen in der Regel nicht für *Floatovoltaics* zur Verfügung stehen. Maßgebliche Rechtsquellen sind das Wasserhaushaltsgesetz des Bundes (WHG), sowie die Wassergesetze der Länder.⁴ Nach dem WHG könnte einerseits eine Erlaubnis oder Bewilligung gem. §§ 8, 9 WHG, andererseits eine Genehmigung für die Errichtung einer Anlage gem. § 36 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WHG i. V. m. dem Landesrecht notwendig sein.

a) Erlaubnis und Bewilligung nach §§ 8, 9 WHG

Der Anwendungsbereich der §§ 8, 9 WHG ist eröffnet, wenn die Errichtung der Photovoltaikanlage eine Benutzung des Gewässers darstellt, die von § 9 i. S. d. Gesetzes definiert wird. Einerseits kommt der Tatbestand des Einbringens von Stoffen in das Gewässer gem. § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG als echte Benutzung, andererseits die nachteilige Auswirkung auf die Wasserbeschaffenheit gem. § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG als unechte Benutzung in Betracht.

aa) Einbringen von Stoffen in das Gewässer § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG

Die Errichtung der Anlage auf Pontonelementen und die Verankerung könnten eine echte Benutzung, nämlich das Einbringen von (festen) Stoffen in das Gewässer i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG darstellen. Dafür bedürfte es im Hinblick auf § 14 Abs. 1 Nr. 3 WHG einer Erlaubnis.

Grundsätzlich ist die Einordnung der Herstellung ortsfester Anlagen als „Einbringen“ umstritten.⁵ Der Wortlaut ließe eine Subsumtion des Vorhabens unter die Norm zu. In der Kommentarliteratur

wird aber darauf hingewiesen, dass die Benutzung eine unmittelbar und final auf die Inanspruchnahme eines Gewässers gerichtete Maßnahme meint.⁶ Der Wortlaut des § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG wird deshalb dahingehend eingeschränkt, dass er nur für Stoffe gilt, die sich im Wasser auflösen oder zerteilen, fortgeschwemmt werden oder auf dem Gewässerbett infolge ihrer Schwere unbefestigt aufliegen.⁷ Dies wird durch die Erwägung gestützt, dass sich eine Erlaubnis oder Bewilligung auch nur auf die funktionelle Einwirkungsmöglichkeit auf das Gewässer bezieht. Auf die Ausübung mittels besonderer Anlagen kommt es nicht an. Eine Genehmigung nach §§ 8, 9 WHG trifft nur eine Regelung bezüglich der Benutzung, nicht bezüglich der dazu genutzten, wenn auch eigens errichteten Anlage.⁸

Für das Vorliegen einer Benutzung wird ein Handeln vorausgesetzt, das nach objektiver Betrachtung darauf abzielt, die natürlichen Eigenschaften des Gewässers für die Förderung menschlicher Zwecke auszunützen.⁹ Wenn das Gewässer

Müller/Burtin: Planungsrecht der Gemeinde für Photovoltaikanlagen auf Wasserflächen(NJ 2021, 60)

61

hingegen lediglich als Baugrund betrachtet wird, soll keine Benutzung i. S. d. Gesetzes vorliegen.¹⁰ Ob die Errichtung einer Photovoltaikanlage auf einer Wasserfläche eine Gewässerbenutzung darstellt, kann – nicht zuletzt wegen bislang fehlender einschlägiger Rechtsprechung – ambivalent beurteilt werden.

Es könnte angenommen werden, eine Benutzung liege vor, da die Kühlung durch und die Spiegelungen des Sonnenlichts auf dem Wasser und damit dessen Eigenschaften für die Effizienzsteigerung der Module genutzt wird. Insofern könnte kein wesentlicher Unterschied zur Entnahme und späterer Rückleitung zwecks Kühlung von Maschinen erkennbar sein.

Allerdings ist wesentlicher Unterschied der unterbleibende Ortswechsel des Wassers bei schwimmenden Photovoltaikanlagen. Zusätzlich ist Hauptgrund der Standortwahl für Projektierer wohl die befürchtete Flächenknappheit für herkömmliche Freiflächenanlagen. Der Effizienzvorteil von wenigen Prozent¹¹ ist damit lediglich mittelbare Auswirkung, die als Nebenfolge nicht als Benutzung einzustufen ist. Die zusätzlich durch geringere Verschattung hervorgerufene Effizienzsteigerung ist lediglich ein Standortvorteil, der auf sonstigen unbewaldeten, hindernisfreien Flächen ebenfalls erreichbar ist.

Dass die Errichtung und das Einbringen der festen Stoffe keine Auswirkungen auf die Gewässerbeschaffenheit haben, kann hingegen nicht als Argument herangezogen werden. Die tatsächliche Auswirkung auf den Gewässerzustand ist für die Einordnung als Benutzung, jedenfalls im Rahmen des § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG, irrelevant. Bedeutung erlangt der Umstand erst für die Genehmigungsfähigkeit und wäre daher erst noch im Rahmen des Genehmigungsverfahrens zu untersuchen.¹²

Auch die Existenz des § 36 WHG spricht nicht gegen eine Einordnung der Photovoltaikanlage als Gewässerbenutzung. Denn, wie oben beschrieben, ist die Vorschrift nicht *lex specialis* gegenüber §§ 8, 9 WHG, sondern sichert lediglich die Berücksichtigung der Belange des Wasserhaushalts bei anlagebezogenen Zulassungsakten ab.¹³

bb) Folge der nachteiligen Veränderung der Wasserbeschaffenheit § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG

Als Auffangtatbestand kommt ferner § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG in Betracht. Dieser erklärt zu unechten Benutzungen „Maßnahmen, die geeignet sind dauernd oder in einem nicht nur unerheblichen Ausmaß nachteilige Veränderungen der Wasserbeschaffenheit herbeizuführen.“

Hier bedarf es zwar eines zweckgerichteten, nicht jedoch eines auf das Gewässer bezogenen Verhaltens.¹⁴ Der Eintritt einer negativen Veränderung der Wasserqualität muss nicht absehbar sein, sondern es bedarf konkreter Anhaltspunkte für die Eignung der Maßnahme zur Gewässeränderung.¹⁵ Diese Bewertung kann nur am einzelnen Projekt vorgenommen werden. Dabei ist ein wesentlicher Faktor die Größe der geplanten Anlage im Verhältnis zu der des Gewässers. Generell könnte zum Beispiel das Abhalten der Anlage von Wind zu geringerer Durchmischung des Gewässers führen.¹⁶ Regelmäßig wird jedoch die Unterkonstruktion der Photovoltaikanlage aus trinkwassertauglichem Material gefertigt sein, sodass negative Auswirkungen auf die Gewässerökologie durch das Material nicht zu erwarten sind. Zusätzlich bewirkt die Verschattung des Gewässers durch die Anlage eine verminderte Verdunstung, was positiv bewertet werden kann. Gleichzeitig kann die stärkere Verschattung des Gewässers aber auch die Gewässerflora negativ beeinflussen.

b) Genehmigung nach § 36 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WHG

§ 36 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WHG stellt materielle Anforderungen an die Errichtung von Anlagen an, in, auf, oder über oberirdischen Gewässern, wobei der Anlagenbegriff weiter als im Bauordnungsrecht gefasst wird.¹⁷ Durch das jeweilige Wassergesetz des Landes ergibt sich in den meisten Bundesländern zusätzlich ein Genehmigungserfordernis.¹⁸

Da eine schwimmende Photovoltaikanlage eine künstliche Einrichtung von gewisser Dauer ist, die wasserwirtschaftliche Bedeutung haben kann, auch wenn sie keine wasserwirtschaftliche Zielsetzung verfolgt, bedarf ihre Errichtung meist einer wasserrechtlichen Genehmigung gem. § 36 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WHG i. V. m. Landesrecht. Die Genehmigungsfähigkeit erfordert, dass keine schädlichen Veränderungen der ökologischen Funktion des Gewässers zu befürchten sind und die Gewässerunterhaltung weiterhin gewährleistet ist.

c) Zwischenergebnis

Die Errichtung einer schwimmenden Photovoltaikanlage stellt keine echte Benutzung i. S. d. § 9 WHG dar. Die Nutzung des Wassers zur Effizienzsteigerung der Anlage ist lediglich Nebenzweck oder mittelbare Folge der Wahl der Wasserfläche als Baugrund und zu keinem Zeitpunkt wird Wasser entnommen.

Aufgrund der Neutralität der für die Anlagen verwendeten Materialien dürfte zumindest von ihnen keine nachteiligen Veränderungen der Wasserbeschaffenheit ausgehen. Inwiefern durch die Verschattung und die Reduzierung der Konvektion nachteilige Veränderungen vorliegen hängt voraussichtlich von der Größe der Anlage in Relation zur gesamten Wasserfläche ab. Ob eine unechte Gewässerbenutzung im Sinne des § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG vorliegt, muss einer Einzelfallbetrachtung vorbehalten bleiben.

Müller/Burtin: Planungsrecht der Gemeinde für Photovoltaikanlagen auf Wasserflächen(NJ 2021, 60)

62

Je nach Landesrecht bedürfen schwimmende Photovoltaikanlagen einer Genehmigung nach § 36 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WHG.

Die Erlaubnis nach §§ 8, 9 WHG und eine Genehmigung nach § 36 WHG überschneiden sich nicht, sondern gelten für unterschiedliche Aspekte ein und desselben Vorhabens. Während die Erlaubnis sich auf die Benutzung des Wassers bezieht, muss die Genehmigung nach § 36 WHG für die Errichtung einer Anlage erteilt werden.

2. Baugenehmigung

Für herkömmliche Photovoltaikanlagen ergibt sich ein Genehmigungserfordernis aus dem Bauordnungsrecht. Gem. § 59 Abs. 1 MBO¹⁹ bedarf die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung von Anlagen einer Baugenehmigung, sofern keine Ausnahme vorliegt.

Bauliche Anlagen sind gem. § 2 Abs. 1 MBO alle mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen. Eine feste Verbindung mit dem Erdboden wird auch angenommen, „wenn die Anlage durch eigene Schwere auf dem Boden ruht oder auf ortsfesten Bahnen begrenzt ist oder wenn die Anlage nach ihrem Verwendungszweck dazu bestimmt ist, überwiegend ortsfest benutzt zu werden.“

Für Photovoltaikanlagen auf Wasserflächen gilt nichts Anderes. Denn der Begriff der baulichen Anlage i. S. d. Bauordnungsrechts ist zumindest aufgrund der weiten Fiktion zu bejahen, da die geplante Anlage durch die Verankerung im Boden auf ortsfesten Bahnen begrenzt ist. Hausboote und sonstige schwimmende Räumlichkeiten wurden bisher als bauliche Anlage i. S. d. Bauordnungsrechts eingeordnet.²⁰ Insofern ergeben sich keine signifikanten Unterschiede zu einer schwimmenden Photovoltaikanlage, die ebenfalls dazu bestimmt ist, dauerhaft, am selben Ort der Energiegewinnung zu dienen, selbst wenn sie nicht durch die Befestigung am Gewässergrund oder dem Uferboden auf ortsfesten Bahnen begrenzt wäre.

Die Abmaße für ausnahmsweise genehmigungsfreie Freiflächenanlagen (§ 61 Abs. 1 Nr. 3 b) MBO) werden schwimmende Photovoltaikanlagen wohl regelmäßig deutlich überschreiten. Eine Baugenehmigung ist demnach grundsätzlich erforderlich. Dieses Ergebnis ist auch sinnvoll, weil der Prüfungsumfang der wasserrechtlichen Genehmigung stark eingeschränkt ist. Durch das Erfordernis der Baugenehmigung wird sichergestellt, dass die Einhaltung sonstigen öffentlichen Rechts ebenfalls gesichert ist.²¹

3. Verhältnis der Genehmigungsverfahren zueinander

In den meisten Bauordnungen findet sich ein Paragraph, der sich mit dem Vorrang von Gestattungsverfahren nach anderen Gesetzen als der Bauordnung befasst. In der Musterbauordnung ist dies § 60 S. 1 Nr. 2:

„Keiner Baugenehmigung, Abweichung, Genehmigungsfreistellung, Zustimmung und Bauüberwachung nach diesem Gesetz bedürfen [...] nach anderen Rechtsvorschriften zulassungsbedürftige Anlagen in oder an oberirdischen Gewässern und Anlagen, die dem Ausbau, der Unterhaltung oder der Nutzung eines Gewässers dienen oder als solche gelten, ausgenommen Gebäude, die Sonderbauten sind[.]“

Für schwimmende Photovoltaikanlagen ergibt sich hier also eine Ausnahme, da sie meist bereits einer wasserrechtlichen Genehmigung bedürfen. Allerdings kann das jeweilige Landesrecht stark variieren. In der ThürBO findet sich beispielsweise keine entsprechende Regelung. § 28 Abs. 4 ThürWG regelt vielmehr eine gegenteilige Lösung. Die wasserrechtliche Genehmigung nach § 36 WHG iVm § 28 ThürWG wird von der Baugenehmigung umfasst, sofern im Genehmigungsverfahren Einvernehmen mit der Wasserbehörde hergestellt wird.

4. Zwischenergebnis

Schwimmende Photovoltaikanlagen bedürfen also abhängig von ihrer Größe in Relation zur Wasserfläche einer Erlaubnis nach §§ 8, 9 WHG können. Regelmäßig wird jedoch eine wasserrechtliche Genehmigung nach § 36 WHG iVm Landesrecht erforderlich sein, sowie eine Baugenehmigung nach der jeweiligen Bauordnung des Landes.

II. Die planungsrechtliche Ausweisung schwimmender Anlagen auf Wasserflächen

An die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit schließt sich die Frage nach dem Maßstab der Genehmigungsfähigkeit, genauer des *bauplanungsrechtlichen* Anlagenbegriffs an. Denn um die Genehmigungsfähigkeit einer Anlage nach dem Bauordnungsrecht zu beurteilen, muss die planungsrechtliche Zulässigkeit geprüft werden. Die grundsätzlich aus Art. 14 Abs. 1 GG erwachsende Baufreiheit wird durch die §§ 29 ff. BauGB nur eingeschränkt, wenn eine bauliche Anlage vorliegt (sog Begrenzungsfunktion des Anlagenbegriffes),²² wenn also das Vorhaben „*die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung von baulichen Anlagen zum Inhalt [hat, oder] für Aufschüttungen und Abgrabungen größeren Umfangs sowie für Ausschachtungen, Ablagerungen einschließlich Lagerstätten*“. Sofern keine Anlage i. S. d. § 29 BauGB vorliegt, wäre die planungsrechtliche Zulässigkeit im Rahmen des Genehmigungsverfahrens grundsätzlich zu bejahen. Vorgaben der Raumordnungplanung können dann nicht über § 35 Abs. 3 oder § 1 Abs. 4 BauGB wirken. Im Übrigen wäre es der Bauleitplanung verwehrt, Flächen für schwimmende Photovoltaikanlagen auszuweisen. Der Anlagenbegriff des BauGB kann nur das umfassen, was vom Kompetenztitel des Bodenrechts umfasst ist, auf dem das BauGB basiert.

1. Bauliche Anlage i. S. d. § 29 BauGB

Bauliche Anlagen i. S. d. § 29 BauGB weisen eine feste und dauerhafte Verbindung mit dem Erdboden auf und entfalten bodenrechtliche Relevanz.

Müller/Burtin: Planungsrecht der Gemeinde für Photovoltaikanlagen auf Wasserflächen(NJ 2021, 60)

63

a) Merkmal des Bauens

Das Merkmal des Bauens ist sehr weit gefasst und wird durch jedwede Anlage erfüllt, die dauerhaft, künstlich mit dem Erdboden verbunden ist. Eine feste und dauerhafte Verbindung mit dem Erdboden ist aufgrund der Verankerung schwimmender Photovoltaikanlagen im Gewässergrund zu bejahen. Ausreichend ist bereits, wenn die Anlage dauerhaft ortsfest benutzt werden soll.²³ Schon nach der älteren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erfüllen auch Wohnboote dieses Merkmal.²⁴ Betrachtungspunkte, die zu einer abweichenden Bewertung für schwimmende Solaranlagen führen, sind ebenso wie für den bauordnungsrechtlichen Anlagenbegriff nicht ersichtlich.

b) Bodenrechtliche Relevanz

Das Merkmal der bodenrechtlichen Relevanz wird enger gefasst. Durch das Vorhaben müssen die in § 1 Abs. 6 BauGB genannten Belange in einer Weise berührt werden, die geeignet ist, das Bedürfnis einer verbindlichen Planung hervorzurufen.²⁵ Dass keine städtebaulichen Belange berührt werden, lässt sich nicht konsequent in Hinblick auf das unbestreitbare Vorliegen dieses Merkmals bei herkömmlichen Freiflächenanlagen vertreten. Nur beispielhaft seien als berührte Belange die Gestaltung des Orts- und Landschaftsbildes (§ 1 Abs. 6 Nr. 5 BauGB) oder Belange des Umweltschutzes, insbesondere die Nutzung erneuerbarer Energien (§ 1 Abs. 6 Nr. 7 f) BauGB) genannt. Es ist daher naheliegend, dass schwimmende Photovoltaikanlagen, die beträchtliche Flächen abdecken können, das Bedürfnis einer ihre Zulässigkeit regelnde Planung auslösen.

Folglich wäre auch das Merkmal „bodenrechtliche Relevanz“ der baulichen Anlage im Sinne des § 29 BauGB und damit die Anwendbarkeit der §§ 30–37 BauGB sowie die Zuständigkeit der Bauleitplanungsträger für die Beplanung der Wasserfläche gegeben.

2. Wasserflächen als Teil des Bodenrechts

Das Vorliegen bodenrechtlicher Relevanz setzt aber auch voraus, dass der Bauleitplanung für die betreffende Wasserfläche überhaupt eine Zugriffsberechtigung zusteht.²⁶ Dies wird in Literatur und Rechtsprechung einhellig bejaht.²⁷

Wirklich überzeugen kann die Herleitung dieses Ergebnisses aber nicht. Denn das BVerwG erklärt das Vorliegen einer Anlage i. S. d. § 29 BauGB bei schwimmenden Objekten mit den Regelungen des BauGB selbst. Dieses sieht nunmehr in den §§ 5 Abs. 2 Nr. 7 und 9 Abs. 1 Nr. 16 Buchst. a BauGB die Möglichkeit der Festsetzung von Wasserflächen und Flächen für die Wasserwirtschaft in Bauleitplänen vor. Das Gericht führt wörtlich aus:

*„Zweifeln ließe sich insoweit allenfalls daran, ob nicht die Möglichkeit einer solchen Planung an § 9 BBauG scheiterte. Diese Zweifel erweisen sich indessen als nicht begründet. Richtig ist allerdings, daß § 9 BBauG den möglichen Inhalt von Bebauungsplänen abschließend umschreibt. **Nicht ohne weiteres sicher mag auch sein, daß Wasserflächen den Begriff des Baulandes (Abs. 1 Nr. 1) erfüllen können. Darauf kommt es jedoch nicht an, weil jedenfalls § 9 Abs. 1 Nr. 2 BBauG eingreift: Wasserflächen bzw. Wassergrundstücke sind "Grundstücke", für die in Bebauungsplänen bestimmt werden kann, daß sie von einer Bebauung freizuhalten sind.**“*

Die einfachgesetzliche Ausgestaltung ist jedoch nicht geeignet, Aussagen über die Reichweite der Kompetenznorm zu tätigen. Die Ausgestaltung des Bundesgesetzgebers ist insofern nur eine Interpretation der Verfassung.

Die Zuordnung von Wasser zu Grund und Boden i. S. d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG ist zunächst semantisch fragwürdig. Wasserflächen als Regelungsgegenstand im Rahmen der Raumordnung zu sehen fällt hingegen leichter, da Aufgabe der Raumordnung die überörtliche und überfachliche Koordination verschiedener Nutzungen und auch gänzlicher Fachplanungen ist.²⁹ Das Bodenrecht regelt konkreter die Beziehung des Menschen zu Grund und Boden.³⁰ Zwischen „Boden“ und „Wasser“ wird im allgemeinen Sprachgebrauch klar differenziert. In einer früheren Entscheidung rechnete das BVerwG das Recht der Wasserverbände auch dem Bodenrecht zu und entschärfte mit folgender Überlegung den Wortlautkonflikt:

*„**Da das Wasser vom Boden, auf dem oder unter dem es sich befindet, kaum zu trennen ist, ist die Regelung der mit Wasser und Boden befaßten, zumeist dingliche Mitglieder (§ 153 WVO) umschließenden Verbände auch den Vorschriften zuzurechnen, die Grund und Boden unmittelbar zum Gegenstand rechtlicher Ordnung machen, dh dem Bodenrecht der Nr. 18 des Art. 74 GG.**[...] Ob und inwieweit über das Recht der Wasser- und Bodenverbände hinaus Wasserrecht schlechthin Gegenstand der konkurrierenden Bundesgesetzgebung geworden ist, bedarf jedoch aus vorstehendem Anlaß keiner weiteren Untersuchung, insbesondere nicht, ob aus den grundgesetzlichen Zuständigkeitsbestimmungen **ein umfassender Begriff des "Wasserrechts" überhaupt abzuleiten ist – das Wort als solches fehlt in den verschiedenen Zuständigkeitsaufzählungen des Grundgesetzes –**, und ob es mit zur Bodenverteilung, Raumordnung und Wasserhaushalt (Art. 75 Nr. 4 GG) gehört.“³¹*

Weitere Abmilderung bringt die Überlegung, dass die Kompetenznorm des Bodenrechts in langer Tradition flächenbezogen verstanden wird und nicht auf das Medium Boden abstellt. Daher wurde auch die Entwicklung des

Müller/Burtin: Planungsrecht der Gemeinde für Photovoltaikanlagen auf Wasserflächen(NJ 2021, 60)

64

Bodenschutzrechts aus dem gleichen Kompetenztitel kritisch gesehen.³² Im Rahmen dieses Verständnisses würde auch die Wasserfläche am begrenzten Gut der für den Menschen nutzbaren Erdoberfläche teilnehmen.

Diese annehmlichen Argumente vermögen jedoch, selbst bei einer entwicklungs-offenen Kompetenznorm, nicht jeden Zweifel auszuräumen, denn die städtebauliche Nutzung von Wasserflächen ist eher eine moderne Entwicklung. Dass sie vom Verfassungsgeber bereits mitbedacht wurde und Wasserflächen zu Grund und Boden zählen sollten, ist fraglich. Im Übrigen spricht die explizite Normierung von wasserrechtlichen Kompetenznormen (Art. 74 Abs. 1 Nr. 21 und 32 GG) im Grundgesetz durchaus für eine Differenzierung.

3. Keine Einschränkung durch Fachplanungsrecht

Sofern die bauliche Nutzung der Wasserfläche Gegenstand der Bauleitplanung sein kann, ist die Einschlägigkeit von Fachplanungsrecht für die Errichtung schwimmender Photovoltaikanlagen und dessen Verhältnis zur Bauleitplanung zu untersuchen. Das einzig in Betracht kommende Wasserhaushaltsrecht umfasst generell die „*haushälterische Bewirtschaftung des in der Natur vorhandenen Wassers nach Menge und Güte*“.³³ Es betrifft vor allem die Nutzung von Gewässern und den Hochwasserschutz.³⁴ Die Nutzung der Wasserfläche als Baugrund ist folglich nicht von diesem Fachplanungsrecht erfasst.

III. Zusammenfassung und Ausblick

Für die neuartige Erscheinung schwimmender Photovoltaikanlagen ist regelmäßig eine Baugenehmigung, sowie eine Genehmigung nach § 36 WHG i. V. m. Landesrecht erforderlich. Je nach konkretem Einzelfall kann auch eine Erlaubnis bzw. Bewilligung nach §§ 8, 9 WHG erforderlich sein.

Die Vorstellung der Möglichkeit zur Festsetzung der Nutzung solarer Strahlungsenergie auf einer Wasserfläche bereitet zunächst Unbehagen. Dennoch besteht ein Bedürfnis für eine die Zulassung regelnde, verbindliche Planung. Ob die dafür nötige Kompetenz im Bodenrecht zu finden ist, bleibt offen. Einschlägiges sonstiges Fachplanungsrecht ist nicht ersichtlich. In der Praxis wird dies wohl dazu führen, die Kompetenz der Gemeinde für die Beplanung der Wasserfläche anzunehmen.

In Literatur und Rechtsprechung wurden schwimmende Photovoltaikanlagen auch aufgrund ihrer Rarität in der Praxis bisher nicht ausreichend besprochen. Dies wird sich allerdings mit einer zunehmenden Anzahl entsprechender Projekte ändern und auch zu einer zunehmenden Regelungsichte in Raumordnungs- und ggf. Bauleitplänen führen. Insgesamt wird aber im Einzelfall vor allem die Gewässerbeschaffenheit, die Größe und Konstruktion der Anlage, sowie das Landesrecht für die Projektierung relevant sein. Da sich als Standort Seen in ehemaligen Tagebauen anbieten, wird das Bergrecht als zusätzliche Variable die Komplexität des Genehmigungsverfahrens steigern.

* Der Autor Müller ist Rechtsanwalt, die Autorin Burtin ist Diplom-Juristin, beide in der Maslaton Rechtsanwalts-gesellschaft mbH Leipzig.

¹ Allein auf Tagebauseen sieht das Fraunhoferinstitut ISE ein technisches Potential von 55 GW_p: Aktuelle Fakten zur Photovoltaik in Deutschland, Fraunhofer ISE, Download von www.pv-fakten.de, Fassung vom 19.12.2020, S. 38. Schon der zukünftige Hambacher See soll eine Fläche von 4.000 ha haben: <https://www.bund-nrw.de/themen/braunkohle/hintergruende-und-publikationen/braunkohle-und-umwelt/braunkohle-und-landschaftszerstoerung-das-beispiel-hambacher-wald/>, (zuletzt abgerufen am 29.12.2020).

² Vgl. BR-Drs. 596/20 (Beschluss), S. 9: Der Bundesrat schlägt vor, eine eigene Ausschreibung für Photovoltaikanlagen auf Wasserflächen einzuführen.

³ Dazu Müller, in: „Photovoltaik – Gamechanger der Energiewende?“, 1. Leipziger Photovoltaik-Forum, S. 60 f.

⁴ Z.B. Bayerisches Wassergesetz (BayWG); Berliner Wassergesetz (BWG); Niedersächsisches Wassergesetz (NWG); Sächsisches Wassergesetz (SächsWG); Thüringer Wassergesetz (ThürWG).

⁵ Vgl. *Breuer/Gärditz*, Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. Auflage 2017, Rn. 397; *Knopp*, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG AbwAG, 53. Ergänzungslieferung August 2019, § 9 WHG, Rn. 39.

⁶ *Pape*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 92. EL Februar 2020, § 9 WHG, Rn. 13.

⁷ *Czychowski/Reinhardt*, Wasserhaushaltsgesetz, 12. Auflage 2019, § 9 WHG, Rn. 28.

⁸ *Pape*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 92. EL Februar 2020, § 9 WHG, Rn. 26–27.

⁹ *Knopp*, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG AbwAG, 53. EL August 2019, § 8 WHG, Rn. 19.

¹⁰ Vgl. *Breuer/Gärditz* (Fn. 7), Rn. 397 f.; *Knopp*, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp (Fn. 7), § 8 WHG, Rn. 20; *Pape*, in: Landmann/Rohmer (Fn. 8), § 9 WHG, Rn. 46–49.

¹¹ Ca. 2 %, vgl. *Schmitt*, Energiewende auf dem Wasser, Wirtschaftswoche, 3. November 2019 (<https://www.wiwo.de/unternehmen/energie/schwimmende-photovoltaik-energiewende-auf-dem-wasser/25167372.html>, zuletzt abgerufen am 29. Dezember 2020); *Enkhardt*, Baywa re realisiert schwimmende Photovoltaik-Anlage mit 14,5 Megawatt in sechs Wochen, pv-magazine, 6. November 2019 (<https://www.pv-magazine.de/2019/11/06/baywa-re-realisiert-schwimmende-photovoltaik-anlage-mit-145-megawatt-in-sechs-wochen/>, zuletzt abgerufen am 29.12.2020).

¹² Vgl. *Pape*, in: Landmann/Rohmer (Fn. 8), § 8 WHG, Rn. 2; § 9 WHG, Rn. 42.

¹³ Vgl. *Pape*, in: Landmann/Rohmer (Fn. 8), § 9 WHG, Rn. 26 f.

¹⁴ Vgl. *Czychowski/Reinhardt*, Wasserhaushaltsgesetz (Fn. 9), § 9 WHG, Rn. 85.

¹⁵ Vgl. *Czychowski/Reinhardt*, Wasserhaushaltsgesetz (Fn. 9), § 9 WHG, Rn. 86.

¹⁶ Vgl. Landtag Baden-Württemberg Drs. 16/7654 vom 30. Januar 2020, S. 3.

¹⁷ Vgl. *Faßbender*, in: Landmann/Rohmer (Fn. 8), § 36 WHG, Rn. 13 f.; *Riedel*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 36 WHG, Rn. 6.

¹⁸ Vgl. Listung in *Czychowski/Reinhardt* (Fn. 9), § 36 WHG, Rn. 13.

¹⁹ Musterbauordnung (MBO) in der Fassung vom November 2002, zuletzt geändert durch Beschluss der Bauministerkonferenz am 22. Februar 2019 (vgl. <https://www.bauministerkonferenz.de/Dokumente/42322694.pdf>, zuletzt abgerufen am 29.12.2020).

²⁰ Vgl. OVG Greifswald, Urt. v. 15. Juli 2015 – 3 L 62/10, Rn. 47, BeckRS 2016, 42995; VGH Kassel, Beschl. v. 14. April 1986 – 4 TH 449/86, Rn. 27, BeckRS 1986, 112304; VG Schleswig, Urt. v. 30. April 2012 – 8 A 45/11, Rn. 35, BeckRS 2012, 58291.

²¹ Vgl. dazu OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 8. Februar 2007 – 2 S 39/06, LKV 2008, 38, 39.

²² *Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 14. Auflage 2019, § 29 BauGB, Rn. 5.

²³ *Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 24), § 29 BauGB, Rn. 11.

²⁴ Vgl. BVerwG, Urt. v. 31. August 1973 – IV C 33/71, BVerwGE 44, 59; *Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 24), § 29 BauGB, Rn. 10.

²⁵ BVerwG, Urt. v. 31. August 1973 – IV C 33/71, BVerwGE 44, 59.

²⁶ Zusammenfassend zur Diskussion bzgl. der unmittelbaren Anwendbarkeit des § 35 BauGB auf gemeindefreie Gebiete: Erbguth/Schubert, Rechtsfragen der Zulassung und planerischen Steuerung schwimmender und Pfahlgestützter Häuser in Küsten- und Binnengewässern, 2006, S. 44 f.

²⁷ Vgl. VG Schleswig, Urt. v. 30. April 2012 – 8 A 45/11, Rn. 50–65; BeckRS 2012, 58291; OVG Magdeburg, Beschl. v. 19. Dezember 2007 – 2 M 329/07, juris Rn. 3; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 28. Mai 2009 – OVG 2 A 14.08, Rn. 41; BeckRS 2009, 39844; OVG Greifswald, Urt. v. 15. Juli 2015 – 3 L 62/10, Rn. 60, BeckRS 2016, 42995; BVerwG Urt. v. 5. Juli 1974 – IV C 76.71, VerwRspr. 1975, 719; BVerwG, Urt. v. 31. August 1973 – IV C 33/71, Rn. 23, VerwRspr. 1974, 850; BVerwG, Beschl. v. 13. März 1973 – IV B 8.72, juris Rn. 5; Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 24), § 9 BauGB, Rn. 92 a; Erbguth/Schubert (Fn. 28), S. 48.

29 Vgl. *Breuer/Gärditz* (Fn. 7),, Rn. 28.

30 Vgl. BVerfG, Gutachten v. 16. Juni 1954 – 1 PBvV 2/52, juris, Rn. 75.

31 BVerwG, Urt. v. 25. August 1955 – IV C 18.54, BVerwGE 3, 6; Hervorhebungen durch die Verfasser.

32 Vgl. *Degenhart*, ZRP 1997, 397, 397 f.

33 Vgl. BVerfG, Urt. v. 30. Oktober 1962 – 2 BvF 2/60, NJW 1962, 2243.

34 Vgl. *Stüer*, Bau- und Fachplanungsrecht, 5. Auflage 2015, Rn. 4191.