

5. Fazit: Ein Plädoyer für das Recht der Natur

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass eine naturethische und rechtsphilosophische Neujustierung notwendig ist, welche hinausläuft auf eine Neuverortung des Verhältnisses zwischen Mensch und Natur im Rechtssystem. Die bisherige Ethik, welche vorwiegend anthropozentrisch geprägt und als Ethik auf das Handeln der Menschen untereinander ausgerichtet ist, wird den verschobenen Machtverhältnissen nicht mehr gerecht, in denen der Mensch an der Natur handelt und dieses Handeln rechtfertigen muss. Dabei führt die gesteigerte Macht zu einer gesteigerten Verantwortung des Menschen, wie die Verantwortungsethik festhält (Hans Jonas). Die Diskrepanzphilosophie (Günther Anders) räumt indes ein, dass es ein Missverhältnis zwischen dem technischen Können und dem moralischen Verantworten gibt, sodass sich die Ethik anpassen muss, um dieses Missverhältnis auszugleichen. Eine Neujustierung hin zu einer biozentrischen Perspektive, welche den Eigenwert der Natur anerkennt und ihr eigene Interessen zugesteht, ist notwendig, um Waffengleichheit in der ethischen Abwägung zu erlangen. Getragen von der Ehrfurcht vor dem Leben (Albert Schweitzer), muss von jenem sittlichen Eigenrecht der Natur als Gemeinschaft des Lebendigen ausgegangen werden. Oberstes Gebot dabei ist die Selbstbeschränkung des Menschen, um dem sittlichen Eigenrecht der Natur Platz einräumen zu können. Die Natur muss als menschliches Treugut verstanden werden, das um seiner selbst willen bewahrt werden muss. Ethisch muss der Natur der Subjektstatus verliehen werden, wobei dem Menschen dabei die aktive Rolle des Treuhänders zukommt. Notwendig ist dafür eine Abkehr von dem ausschließlich naturwissenschaftlichen Blick auf die Natur, da dies zu ihrer Objektivierung und Verdinglichung beigetragen hat. Der biozentrische Ansatz betrachtet dagegen das Ganze der Natur als heilig, entweder aus einer metaphysischen Offenheit (Hans Jonas), aus reli-

giöser Überzeugung (Papst Franziskus) oder einer ästhetischen Perspektive (Angelika Krebs). Leitet sich der Subjektstatus der Natur ethisch aus der Annahme ab, dass die Natur Anteil an der göttlichen Schöpfung hat oder aus ästhetischen Motiven der Schönheit und Eigentümlichkeit der Natur, wie es die ästhetische Physio- oder Pathozentrik vorsieht, unterliegt der Mensch in jedem Falle dem Rechtfertigungsgebot seines Handelns gegenüber und an der Natur in einer neuen Form. Das menschliche Handeln muss in Einklang gebracht werden mit diesem Natursubjekt und daran ausgerichtet werden (Hans Immler). Rechtsphilosophisch notwendig ist für die Inrethsetzung der Natur eine Überwindung der bisherigen Trennung von Person und Sache (Vittorio Hösle), um die Heilung des Verhältnisses zu Mutter Erde durch die Schaffung eines rechtlichen Hybridwesens (Alberto Acosta) bewerkstelligen zu können. Unabdingbar hierfür ist die Abschaffung des absolutistischen Herrschaftsverhältnisses des Menschen gegenüber der Natur zugunsten einer Anthropokratie, um in einem verfassungsmäßigen Rechtszustand in der Gestalt des modernen Rechtsstaates zum Frieden mit der Natur gelangen zu können (Klaus Michael Meyer-Abich). Dies ist die konsequente Fortsetzung der tierethischen Debatte und der Entwicklung von Tierrechten (Peter Singer, Martha Nussbaum), sodass im Zugeständnis von Eigenrechten der Tiere der Natur insgesamt eine Interessenvertretung durch Dritte ermöglicht wird. Bereits vorhandene Verfassungsnovellen wie in Bolivien, Venezuela und am deutlichsten in Ecuador weisen den Weg genauso wie die Anerkennung einzelner Ökosysteme oder Nationalparks als eigene Rechtssubjekte. Die logische Konsequenz ist die biozentrische Wende im Recht in Form eines ökologischen Grundgesetzes (Jens Kersten), um die Rechte der Natur auch in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland zu verankern und auf diesem Wege nach der bürgerlichen und sozialen auch die ökologische Revolution in Form einer ökologischen Gesellschafts- und Verfassungsordnung zu verwirklichen.

<https://doi.org/10.1007/s10357-024-4320-4>

Rechtliche Aspekte von schwimmenden Photovoltaikanlagen

Max Weber

© Der/die Autor(en) 2024. Dieser Artikel ist eine Open-Access-Publikation.

Das nordrhein-westfälische Wirtschaftsministerium sieht im Ausbau von schwimmende Photovoltaikanlagen (oder Floating-PV) einen „wichtigen Baustein“, um die Ausbauziele für die Erneuerbaren Energien in Nordrhein-Westfalen und auf Bundesebene zu erreichen.¹ Die Nutzung erneuerbarer Energien ist von zentraler Bedeutung im globalen Bemühen, den Klimawandel einzudämmen. Schwimmende Photovoltaikanlagen, auch bekannt als Solarinseln, stellen eine innovative Technologie dar, die die Energiegewinnung auf Gewässern ermöglicht. Dieser Beitrag widmet sich den rechtlichen Fragestellungen und Problemen, die im Zusammenhang mit der Errichtung von schwimmenden Photovoltaikanlagen auftreten können. Neben dem Bundesrecht dabei insbesondere das nordrhein-westfälische Landesrecht behandelt.

Max Weber, Doktorand und Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbes. Umweltrecht und Verfassungsgeschichte, Prof. Dr. Michael Kotulla, M.A., Universität Bielefeld, Bielefeld, Deutschland

1. Einleitung

Schwimmende Photovoltaikanlagen haben in den letzten Jahren an Bedeutung gewonnen und stellen eine innovative Lösung zur Nutzung erneuerbarer Energien dar. Dabei handelt es sich um Photovoltaik-Kraftwerke auf Gewässerflächen mit an Schwimmkörpern angebrachten Modulen. Sie werden auf künstlichen oder natürlichen Wasserflächen installiert und bieten verschiedene Vorteile gegenüber herkömmlichen Photovoltaikanlagen auf dem Land, da sie eine effiziente Nutzung von Flächen, geringere Umweltauswirkungen und potenziell höhere Energieerträge, insbesondere durch den optimalen Einfallswinkel für Sonnenstrahlen, er-

1) *Neubaur* sieht Potenzial für schwimmende Solaranlagen, Stand 2.11.2023, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/alternativ-energien-haltern-am-see-neubaur-sieht-potenzial-fuer-schwimmende-solaranlagen-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-230420-99-380288>.

möglichen. Dabei ist die Anlage am Gewässergrund, Ufer oder an angrenzenden Strukturen verankert. Dies sind jedoch keine starren Verankerungskonstruktionen, sondern die Vertäuung der Anlage soll eine gewisse „Bewegungsfreiheit“ ermöglichen, damit diese sich Gewässerbewegungen, wie etwa Wellen, anpassen kann.² Infolge der Modulkühlung durch das Gewässer weisen schwimmende Photovoltaikanlagen gesteigerte Erträge im Vergleich zu konventionellen Freiflächenanlagen auf.³ Aktuell sind weltweit 2,6 GWp (Gigawatt peak) Leistung über schwimmende Photovoltaikanlagen installiert.⁴ Die größten dieser Anlagen stehen in China auf einem See in Guqiao Huainan (150 MW) und Xinji Huainan (102 MW)⁵, in Europa befinden sich die bedeutendsten schwimmenden Photovoltaikanlagen derzeit in den Niederlanden auf Seen in Sellinger (41,1 MWp) und Uivermeertjes (29,8 MWp).⁶ Die Anlagen in Deutschland beschränken sich aktuell auf max. 750 kWp.⁷ Vor rund einem Jahr wurde auf dem Schmaloeer See in Haltern, die mit 3,1 MWp bundesweit größte schwimmende Photovoltaikanlage in Betrieb genommen.⁸ Dabei wurden die Solarmodule auf einer Stahlkonstruktion montiert, die von zusammengeschlossenen Kunststoff-Pontons getragen wird. Über ein schwimmend verlegtes Kabel wird der Strom geleitet und in das Netz gespeist. Die Anlage ist auf dem See mit Stahlseilen und in den Seeboden eingebrachten Ankern fixiert.⁹ Geeignete Flächen auf künstlichen Seen in Deutschland bergen laut einer aktuellen Studie des Fraunhofer ISE ein technisches Potenzial von 44 GWp. Mögliche Vorteile und Synergien von schwimmenden Photovoltaikanlagen sind demnach unter anderem die Verfügbarkeit großer ungenutzter Flächen, die bessere Moduleffizienz durch Kühlungseffekt des Wassers sowie die Verringerung von Algenbildung durch geringeren Lichteinfall auf das Gewässer. Weiterhin könnte bei Kopplung mit Wasserkraft (onshore) oder Windkraft (offshore) die (bereits vorhandene) Infrastruktur doppelt genutzt werden.¹⁰

2. Rechtliche Voraussetzungen

In diesem Beitrag soll zum einen dargestellt werden, nach welchem Regelungsregime sich die Errichtung einer schwimmenden Photovoltaikanlage richtet. Dabei kommen sowohl das Wasserrecht, das Baurecht aber auch je nach Standort das Bergrecht in Betracht. Weiterhin wird auf einzelne ausgewählte Aspekte der Genehmigungsfähigkeit, insbesondere nach dem nordrhein-westfälischen Landesrecht, eingegangen. Grundsätzlich ist zu beachten, dass die aktuell für schwimmende Photovoltaikanlagen geltenden Regelungen wesentlich durch das sog. Osterpaket 2021¹¹, aber auch das Gesetz zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien und weiteren Maßnahmen im Stromsektor vom 20. Juli 2022¹² geändert worden sind.

2.1 Wasserrechtliche Gestattung nach § 8, 9 WHG

Für die Errichtung einer schwimmenden Photovoltaikanlage könnte zunächst eine wasserrechtliche Gestattung nach §§ 8 und 9 Wasserhaushaltsgesetz (WHG) erforderlich sein. Nach § 8 Abs. 1 WHG bedarf die Benutzung eines Gewässers der Erlaubnis oder der Bewilligung, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist. Voraussetzung ist daher insbesondere die Benutzung eines Gewässers. Die Existenz des § 36 WHG Abs. 1 i. V. m. dem jeweiligen Landeswassergesetz ändert nichts daran, dass zunächst zu prüfen ist, ob eine Benutzung nach § 9 WHG vorliegt. Denn das Landesrecht kann nicht die Reichweite des § 9 WHG begrenzen, ansonsten könnte Landesrecht über die Benutzungstatbestände des WHG bestimmen.¹³

2.1.1 Benutzung gem. § 9 WHG

§ 9 WHG definiert verschiedene Nutzungen eines Gewässers als Benutzungen i. S. d. WHG, die zur Gestattungs-

pflcht nach § 8 Abs. 1 WHG führen. Die Errichtung einer schwimmenden Photovoltaikanlage kann nur eine Benutzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG oder § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG darstellen.

2.1.1.1 Benutzung gem. § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG

Eine Benutzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG liegt unabhängig davon vor, ob mit der Handlung eine positive oder negative Wirkung für das Gewässer verbunden ist.¹⁴ Entscheidend ist, dass eine zweckgerichtete Handlung mit dem Ziel des Einbringens oder Einleitens von Stoffen vorgenommen wird.¹⁵ Das Einbringen meint feste Stoffe und das Einleiten flüssige oder gasförmige Stoffe.¹⁶ In Betracht kommt demnach bei schwimmenden Photovoltaikanlagen nur das Einbringen von festen Stoffen durch die Errichtung auf Pontonelementen und die Verankerung der Anlage. Vielfach wird, in Anschluss an den VGH Mannheim¹⁷, angenommen, dass Stoffe i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG nur solche seien, die sich im Wasser zerteilen, von ihm fortgeschwemmt werden oder die auf dem Gewässerbett infolge ihrer Schwere unbefestigt aufliegen.¹⁸ Kein

2) Pauli/Tritschler, BauR 2020, 1710, 1710.

3) Fraunhofer ISE, Schwimmende Photovoltaik, Stand 2. 11. 2023, abrufbar unter <https://www.ise.fraunhofer.de/de/leitthemen/integrierte-photovoltaik/schwimmende-photovoltaik-fpv.html>.

4) Fraunhofer ISE, Schwimmende Photovoltaik, Stand 2. 11. 2023, abrufbar unter <https://www.ise.fraunhofer.de/de/leitthemen/integrierte-photovoltaik/schwimmende-photovoltaik-fpv.html>.

5) Laut Hersteller Sungrow Power Supply Co., Ltd. („Sungrow“), Stand 2. 11. 2023, abrufbar unter <https://en.sungrowpower.com/caseDetail/28/floating-pv-case###>.

6) Laut Hersteller BayWa r.e., Stand 2. 11. 2023, abrufbar unter <https://benelux.baywa-re.com/de/solaranlagen-in-benelux/sellinger> und <https://benelux.baywa-re.com/de/solaranlagen-in-benelux/uivermeertjes>.

7) Fraunhofer ISE, Schwimmende Photovoltaik, Stand 2. 11. 2023, abrufbar unter <https://www.ise.fraunhofer.de/de/leitthemen/integrierte-photovoltaik/schwimmende-photovoltaik-fpv.html>.

8) Schwimmender Solarpark in Haltern: Positive Bilanz nach einem Jahr, Stand 2. 11. 2023, abrufbar unter <https://www1.wdr.de/nachrichten/ruhrgebiet/ein-jahr-pv-floss-auf-dem-silbersee-100.html>.

9) Endorf/Strauch, Erste Floating-PV-Anlage unter Bergrecht, in: Ministerium für Wirtschaft, Industrie, Klimaschutz und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen, Jahresbericht 2021 der Bergbehörden des Landes Nordrhein-Westfalen, Stand 2. 11. 2023, abrufbar unter https://www.bra.nrw.de/system/files/media/document/file/jahresbericht_2021_internetfassung_stand_23122022.pdf, S. 50.

10) Fraunhofer ISE, Schwimmende Solarkraftwerke, Stand 2. 11. 2023, abrufbar unter https://www.ise.fraunhofer.de/content/dam/ise/de/documents/infomaterial/brochures/21_de_ISE_FPV.pdf.

11) Insbesondere durch die Änderungen des EEG, vgl. BT-Dr 20/1630, S. 252.

12) Gesetz v. 20.7.2022 – BGBl. I 2022, Nr. 28 v. 28.7.2022, S. 1237 sowie Berichtigung v. 22.3.2023 – BGBl. I 2023, Nr. 87 v. 24.3.2023.

13) Czychowski/Reinhardt, WHG, 13. Aufl. 2023, § 9 Rdnr. 34.

14) Kotulla, WHG, 2. Aufl. 2011, § 9 Rdnr. 14; Pape, in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, WHG, 101. EL, Juni 2023, § 9 Rdnr. 42.

15) Hasche, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, WHG, 67. Ed., 1.12.2017, § 9 Rdnr. 8; Knopp/Müller, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG AbwAG, 57. EL, August 2022, § 9 Rdnr. 34.

16) Czychowski/Reinhardt, WHG, 13. Aufl. 2023, § 9, Rdnr. 26; Kotulla, WHG, 2. Auflage, 2011, § 9 Rdnr. 17, 19.

17) VGH Mannheim, Urt. v. 15.6.1977 – VIII 2475/76, ZfW 78, 298.

18) Breuer/Gärditz, Öffentliches und privates Wasserrecht, Rdnr. 397; Czychowski/Reinhardt, WHG, 13. Aufl. 2023, § 9 Rdnr. 28, 31 f.; Pape, in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, WHG, 101. EL, Juni 2023, § 9 Rdnr. 47, 49.

Stoff sind demnach insbesondere Sachen im Rahmen der Schifffahrt, die unter das WaStrG bzw. die landesrechtlichen Vorschriften fallen.¹⁹ Ob die Herstellung ortsfester Anlagen unter das „Einbringen“ fällt, ist umstritten. So sind sowohl die Fälle des Einbringens feststehender baulicher Anlagen wie Brückenpfeiler und Anlegestellen als auch von beweglichen Anlagen wie Bojen und Wohnbooten in oberirdische Gewässer nicht abschließend geklärt.²⁰ Beispielsweise gibt es gegensätzliche Entscheidungen für das Legen von Ankerbojen. Das VG Freiburg bejaht das Einbringen eines Stoffes²¹, während der VGH Mannheim dieses ablehnt.²² Das BVerwG hat diese Frage offengelassen.²³ Der VGH Mannheim lehnt daneben ein Einbringen von Stoffen bei Anlagen ab, da diese nicht auf Auflösung oder anderweitige wasserwirtschaftlich erhebliche Verbindung gerichtet sei.²⁴ Demgegenüber nimmt der VGH München an, dass jedenfalls dann eine Benutzung vorliege, wenn nicht eine anderweitige behördliche Überprüfung notwendig sei, insbesondere nach dem jeweiligen Landesrecht.²⁵

Mit Blick auf den allgemeinen Sprachgebrauch und des Verständnisses des „Einleitens“ von Stoffen, zu dem das Einbringen parallel zu sehen ist, scheint eine weite Auslegung des Einbringens nicht überzeugend.²⁶ Das Einbringen von Stoffen in ein Gewässer kann nicht mit der Errichtung einer ortsfesten Anlage gleichgesetzt werden. Zudem sind auch die anderen Benutzungstatbestände des § 9 Abs. 1 WHG solche, die direkte Auswirkungen auf das Gewässer haben, wie beispielsweise die Entnahme von Wasser (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 WHG) oder das Aufstauen (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 WHG). Die Benutzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 WHG wurde daher sogar vom Gesetzgeber ausdrücklich dahingehend eingeschränkt, dass das Entnehmen fester Stoffe aus oberirdischen Gewässern nur eine Benutzung darstellt, soweit sich dies auf die Gewässer-eigenschaften auswirkt. Es wäre daher gänzlich unsystematisch den Benutzungstatbestand des § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG auf sämtliche Stoffe, die in das Gewässer eingebracht werden, auszuweiten. Eine Benutzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG liegt daher nach diesem Verständnis in der Errichtung einer schwimmenden Photovoltaikanlage nicht vor.

2.1.1.2 Benutzung gem. § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG

Weiterhin kommt eine (unechte) Benutzung nach dem Auffangtatbestand des § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG in Betracht. Danach gelten als Benutzungen auch Maßnahmen, die geeignet sind, dauernd oder in einem nicht nur unerheblichen Ausmaß nachteilige Veränderungen der Wasserbeschaffenheit herbeizuführen. Die Wasserbeschaffenheit ist nach der Legaldefinition des § 3 Abs. 1 Nr. 9 WHG die physikalische, chemische oder biologische Beschaffenheit des Wassers eines oberirdischen Gewässers oder Küstengewässers sowie des Grundwassers. Unter den Begriff der „Maßnahme“ fallen alle zweckgerichteten, nicht aber notwendigerweise gewässerbezogenen Verhaltensweisen.²⁷ Der Begriff der „Eignung“ zu schädlichen Veränderungen der Beschaffenheit des Wassers, ist weit auszulegen. Daher müssen konkrete Anhaltspunkte für die (positive) Eignung der Maßnahmen zur Veränderung des Wassers bestehen.²⁸ Ob eine schwimmende Photovoltaikanlage geeignet ist, dauernd oder in einem nicht nur unerheblichen Ausmaß nachteilige Veränderungen der Wasserbeschaffenheit herbeizuführen, kann demnach nur im Einzelfall beurteilt werden. Denkbar ist beispielsweise eine geringere Durchmischung des Gewässers durch Abhalten von Wind oder die negative Beeinflussung der Gewässerflora durch eine stärkere Verschattung.²⁹ Dementsprechend kann die Errichtung einer schwimmenden Photovoltaikanlage eine Benutzung nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG darstellen. Die Frage der Gestattungsfähigkeit bemisst sich dann nach den Vorgaben des § 12 Abs. 1 WHG.

2.1.2 Genehmigung gem. § 36 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WHG i. V. m. § 22 LWG NRW

2.1.2.1 Genehmigungspflicht

Weiterhin kommt eine Genehmigungspflicht nach § 36 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WHG für die Errichtung einer schwimmenden Photovoltaikanlage in Betracht. § 36 WHG enthält materielle Vorgaben für die Errichtung von Anlagen. Danach sind solche in, an, über und unter oberirdischen Gewässern so zu errichten, zu betreiben, zu unterhalten und stillzulegen, dass keine schädlichen Gewässeränderungen zu erwarten sind und die Gewässerunterhaltung nicht mehr erschwert wird, als es den Umständen nach unvermeidbar ist. Unter den Begriff der „Anlage“ fallen nach Satz 1 insbesondere bauliche Anlagen wie Gebäude, Brücken, Stege, Unterführungen, Hafenanlagen und Anlegestellen. „Anlage“ ist dabei weit und im Sinne der Landesbauordnungen zu verstehen.³⁰ Aus § 36 Abs. 3 WHG i. V. m. dem jeweilige Landesrecht ergibt sich dann meist der Bedarf einer wasserrechtlichen Genehmigung. Für NRW folgt diese aus § 22 Landeswassergesetz NRW (LWG NRW). Danach bedürfen die Errichtung, wesentliche Veränderung, Betrieb, Stilllegung oder Beseitigung von Anlagen im Sinne von § 36 WHG der Genehmigung. Eine schwimmende Photovoltaikanlage, als „Einrichtung und Gebilde von einer gewissen Dauer“ mit möglicher wasserwirtschaftlicher Relevanz,³¹ stellt unproblematisch eine Anlage i. S. d. § 36 WHG dar. Daher ist eine Genehmigung gem. § 36 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WHG i. V. m. § 22 LWG erforderlich.

2.1.2.2 Genehmigungsfähigkeit

§ 36 Abs. 3 WHG enthält eine Sonderregelung für die Errichtung von schwimmenden Photovoltaikanlagen. Danach darf eine Solaranlage nicht errichtet und betrieben werden, (1.) in und über einem oberirdischen Gewässer, das kein künstliches oder erheblich verändertes Gewässer ist, und (2.) in und über einem künstlichen oder erheb-

- 19) Kotulla, WHG, 2. Aufl. 2011, § 9 Rdnr. 18; Pape, in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, WHG, 101. EL, Juni 2023, § 9 Rdnr. 45.
- 20) Czychowski/Reinhardt, WHG, 13. Aufl. 2023, § 9 Rdnr. 32; Hasche, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht WHG, 67. Ed., 1.12.2017, § 9 Rdnr. 8.
- 21) VG Freiburg, Ur. v. 18.1.1966 – VS IV/135/64, HDW, R 1039.
- 22) VGH Mannheim, Ur. v. 2.10.1970 – II 666/69 – ESVG 21, 48, HDW, R 1172, BaWüVBl. 71, 26.
- 23) BVerwG, Beschl. v. 12.7.1971 – IV B 14/71.
- 24) VGH Mannheim, Ur. v. 15.6.1977 – VIII 2475/76, ZfW 78, 298.
- 25) VGH München, Ur. v. 6.12.1999 – 22 B 97.1171, ZfW 2000, 191; näher zu dem gesamten Streitstand: Haller, VBIBW 2021, 309, 310.
- 26) So auch: Czychowski/Reinhardt, WHG, 13. Aufl. 2023, § 9, Rdnr. 32; Hasche, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, WHG, 67. Ed., 1.12.2017, § 9 Rdnr. 8; Knopp/Müller, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG AbwAG, 57. EL, Februar 2022, § 9 Rdnr. 38f.; Kotulla, WHG, 2. Aufl. 2011, § 9 Rdnr. 17f., Pape, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, WHG, 101. EL Juni 2023, § 9 Rdnr. 46ff.; Haller, VBIBW 2021, 309, 310.
- 27) Czychowski/Reinhardt, WHG, 13. Aufl. 2023, § 9, Rdnr. 85; Pape, in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, WHG, 101. EL Juni, 2023, § 9 Rdnr. 65.
- 28) Czychowski/Reinhardt, WHG, 13. Aufl. 2023, § 9, Rdnr. 86; Hasche, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, WHG, 67. Ed., 1.12.2017, § 9 Rdnr. 19.
- 29) Müller/Burtin, NJ 2021, 60, 61.
- 30) Kotulla, WHG, 2. Aufl. 2011, § 36 Rdnr. 6; Riedel, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, WHG, 67. Ed., 1.4.2022, § 36 Rdnr. 6.
- 31) VGH München, Ur. v. 23.1.1990 – 8 B 6. 80.362, BayVBl. 1990, 341 = ZfW 1990, 467, 469; Faßbender, in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, WHG, 101. EL, Juni 2023, § 36 Rdnr. 15.

lich veränderten Gewässer, wenn ausgehend von der Linie des Mittelwasserstandes die Anlage mehr als 15 Prozent der Gewässerfläche bedeckt oder der Abstand zum Ufer weniger als 40 Meter beträgt. Diese Regelungen sollen nach dem Willen des Bundesgesetzgebers die Auswirkungen des zu erwartenden Zubaus von schwimmenden Photovoltaikanlagen abmildern. Denn nach den Neuregelungen im Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG 2023) sind für schwimmende Photovoltaikanlagen keine Innovationsausschreibungen mehr vorgesehen, sondern sie fallen als sog. Solaranlagen des ersten Segments unter das Ausschreibungsvolumen nach § 28a EEG 2023. Mit Blick auf den hiernach zu erwartenden beträchtlichen Zubau derartiger Anlagen werden in § 36 Abs. 3 WHG Voraussetzungen geregelt, unter denen derartige Anlagen von vornherein unzulässig sind. Maßgeblich hierfür ist, dass die gewässerökologischen Auswirkungen solcher Anlagen derzeit noch weitgehend unbekannt sind. Vor diesem Hintergrund soll deren Zubau auf natürlichen, gewässerökologisch zumeist höherwertigeren Gewässern unterbleiben.³² § 36 Abs. 3 WHG ist abweichungsfest, die Länder sind also daran gehindert eine verbotene Anlage i. S. d. § 36 Abs. 3 WHG zuzulassen.³³

Der Begriff der Solaranlage in § 36 Abs. 3 WHG ist weit zu verstehen. Gem. § 3 Nr. 42 EEG 2023 ist eine Solaranlage jede Anlage zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie. Die Art der Installation der Solaranlage, entweder mit Schwimmkörpern oder durch eine feste Verbindung mit dem Gewässergrund, ist aufgrund der Formulierung „in und über einem“ Gewässer, unerheblich.³⁴ Nach § 36 Abs. 3 Nr. 1 WHG ist die Errichtung und der Betrieb einer Solaranlage nur in und über einem oberirdischen Gewässer, das nicht künstlich oder erheblich verändert ist, verboten. Die Regelung gilt also nur für oberirdische Gewässer i. S. d. § 3 Abs. 1 WHG, das ständig oder zeitweilig in Betten fließende oder stehende oder aus Quellen wild abfließende Wasser. Der Begriff des oberirdischen Gewässers meint nur Binnengewässer mit Ausnahme des Grundwassers.³⁵ Dementsprechend gilt § 36 Abs. 3 Nr. 1 WHG dem Wortlaut nach nicht für Meeres- und Küstengewässer i. S. d. § 3 Abs. 2 bzw. Abs. 2a WHG.³⁶ Gesetzgeberisch gewollt war jedoch augenscheinlich das Verbot auf allen Gewässern, außer den künstlichen oder erheblich veränderten.³⁷ Für alle künstlichen oder erheblich veränderten Gewässer, also nach der Legaldefinition der § 3 Abs. 4 und Abs. 5 WHG auch für Küstengewässer, gilt demgegenüber § 36 Abs. 3 Nr. 2 WHG. Dieser enthält kein Verbot, sondern stellt einschränkende Voraussetzungen auf, unter denen die Nutzung einer Solaranlage wasserrechtlich zulässig ist.³⁸ Danach darf auch bei einem künstlichen oder erheblich veränderten Gewässer eine Solaranlage nicht errichtet und betrieben werden, wenn von der Linie des Mittelwasserstandes die Anlage mehr als 15 Prozent der Gewässerfläche bedeckt oder der Abstand zum Ufer weniger als 40 Meter beträgt. Diese Anforderungen an die Errichtung von schwimmenden Photovoltaikanlagen definiert, dürften insbesondere bei kleinen Gewässern die Errichtung entsprechender Anlagen praktisch unmöglich machen.³⁹

2.1.3 Baugenehmigung

Eine Baugenehmigung ist in NRW nicht erforderlich. Denn gem. § 61 Abs. 1 Nr. 1 Bauordnung NRW (BauO NRW) schließt eine wasserrechtliche Gestattung zulassungsbedürftige Anlagen in, an, über und unter oberirdischen Gewässern und Anlagen, die dem Ausbau, der Unterhaltung oder der Nutzung eines Gewässers dienen oder als solche gelten, ausgenommen Gebäude, die Sonderbauten sind, eine Baugenehmigung nach § 60 BauO NRW sowie eine Zustimmung nach § 79 BauO NRW ein. Wasserrechtlich relevante Vorhaben, die selbst entweder einer Anlageneinrichtung nach den Vorschriften des Landeswasserrechts oder einer Bewilligung oder Erlaubnis nach

dem bundesrechtlichen Wasserhaushaltsgesetz bedürfen, unterfallen daher nach § 61 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauO NRW nicht dem baurechtlichen Regelungsregime und sind nach den jeweiligen wasserrechtlichen Verfahrensvorschriften zu genehmigen.⁴⁰

2.1.4 Planungsrecht

Dennoch ist bei einer Genehmigung nach § 36 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WHG i. V. m. § 22 LWG (aber auch bei einer wasserrechtlichen Gestattung nach § 12 Abs. 1 Nr. 2 WHG) das Bauplanungsrecht zu beachten, denn gem. § 22 LWG NRW ist die Genehmigung zu versagen, wenn sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften dies erfordern. Allerdings könnte die Anwendbarkeit der §§ 29 ff. Baugesetzbuch (BauGB) ausscheiden. Denn gem. § 38 Abs. 1 BauGB sind die Vorschriften der §§ 29 ff. BauGB nicht auf Planfeststellungsverfahren von überörtlicher Bedeutung anzuwenden, sofern die Gemeinde beteiligt wird. Dieser sog. Fachplanungsvorbehalt sperrt zum einen die Anwendung der §§ 29 ff. BauGB. Weiterhin werden die Gemeinden in ihrer Planungshoheit insoweit beschränkt, dass Bauleitpläne nicht im Widerspruch zu einer erfolgten Fachplanung stehen dürfen. § 38 BauGB könnte beispielsweise zur Anwendung kommen, wenn bei der Planung einer schwimmenden Photovoltaikanlage auf einem Baggersee im Rahmen der Zulassung des Nassabgrabungsbetriebs ein Planfeststellungsverfahren nach § 68 Abs. 1 WHG durchgeführt wurde.⁴¹ Dies setzt voraus, dass das Planfeststellungsverfahren überörtliche Bedeutung hat. Maßgebend ist eine typisierende Betrachtung, bei der eine nichtgemeindliche, überörtliche Planungszuständigkeit, vor allem aber das Erfordernis der Einbettung eines Vorhabens in einen über das Gebiet der Gemeinde hinausreichenden planerischen Zusammenhang, eine überörtliche Bedeutung des Vorhabens indiziert, selbst wenn es, isoliert betrachtet, nicht überörtlich bedeutsam ist.⁴² Für privatnützige Vorhaben wasserrechtlicher Art wurde die Überörtlichkeit verneint.⁴³ Nassabgrabungen von Kies und Sand, die in einem wasserrechtlichen Planfeststellungsverfahren nach § 68 Abs. 1 WHG zugelassen werden, dürften bis auf völlig untergeordnete Planungen Vorhaben von überörtlicher Bedeutung darstellen.⁴⁴ Denn neben dem Planfeststellungserfordernis wird durch dieses sowohl die Landschaft als auch der Wasserhaushalt neu gestaltet und ist daher in überörtliche Planungen einzubinden.⁴⁵ Allerdings wird durch § 38 BauGB nur soweit eine gemeindliche Bauleitplanung oder die Zulassung einer baulichen Anlage mit der Fachplanung unver-

32) BT-Drs. 20/1630, S. 252.

33) Czychkowski/Reinhardt, WHG, 13. Aufl. 2023, § 36 Rdnr. 45.

34) Czychkowski/Reinhardt, WHG, 13. Aufl. 2023, § 36 Rdnr. 46.

35) Kotulla, WHG, 2. Aufl. 2011, § 3 Rdnr. 5.

36) Czychkowski/Reinhardt, WHG, 13. Aufl. 2023, § 36 Rdnr. 48.

37) „Stattdessen werden in § 36 Absatz 3 Nummer 1 WHG die Errichtung und der Betrieb beschränkt auf künstliche und erheblich veränderte Gewässer im Sinn von § 3 Nummer 4 und 5 WHG einschließlich kleinerer Gewässer wie Baggerseen, Tagebauseen, sonstige angelegte Seen oder Häfen, die nicht im Rahmen der Bewirtschaftungsplanung kartenmäßig ausgewiesen worden sind.“, BT-Drs. 20/1630, S. 252.

38) Czychkowski/Reinhardt, WHG, 13. Aufl. 2023, § 36 Rdnr. 48.

39) So Möller/Stange, KommJur 2023, 84, 86.

40) Seeger, in: Spannowsky/Saurenhau BeckOK Bauordnungsrecht NRW, 16. Ed., 1. 9. 2023, BauO NRW 2018 § 61 Rdnr. 2.

41) Möller/Stange, KommJur 2023, 84, 86; Pauli/Tritschler, BauR 2020, 1710, 1712f.

42) Kment, in: Jarass/Kment, 3. Aufl. 2022, BauGB § 38 Rdnr. 5; Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, 15. Aufl. 2022, § 38 Rdnr. 18.

43) Kraft, in: Spannowsky/Uechtritz BeckOK BauGB, 59. Ed., 1. 6. 2023, § 38 Rdnr. 14.

44) Dippel, NVwZ 1999, 921, 926.

45) Pauli/Tritschler, BauR 2020, 1710, 1712.

einbar ist, die Anwendung der allgemeinen bauplanungsrechtlichen Vorschriften ausgeschlossen; dies setzt aber voraus, dass der Planfeststellungsbeschluss explizit Regelungen trifft, die im Widerspruch zu einer bauplanungsrechtlichen Nutzung der Fläche stehen.⁴⁶

2.1.4.1 Bauliche Anlage, § 29 BauGB

Die zu errichtende schwimmende Photovoltaikanlage müsste eine bauliche Anlage nach § 29 BauGB darstellen. Eine bauliche Anlage im Sinne von § 29 Abs. 1 BauGB ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts „nicht alles, was den ... (planungsrechtl.) Begriff des Bauens erfüllt Erforderlich ist vielmehr, wie bereits gesagt, ferner, daß eine derart geschaffene Anlage planungsrechtlich relevant ist bzw. planungsrechtlich relevant sein kann, und das heißt, daß sie die in § 1 Abs. 4 und 5 BBauG genannten Belange in einer Weise berühren kann, die geeignet ist, das Bedürfnis nach einer ihre Zulässigkeit regelnden verbindl. Bauleitplanung hervorzurufen.“⁴⁷ Erforderlich ist also insbesondere das einschränkende Merkmal „(möglicher) bodenrechtlicher Relevanz“.⁴⁸ Durch die Verankerungen im Gewässerbett ist die schwimmende Photovoltaikanlage dauerhaft künstlich mit dem Erdboden verbunden. Weiterhin ist als abwägungsrelevanter Belang zumindest § 1 Abs. 6 Nr. 7 lit. a) BauGB hinsichtlich des Wassers betroffen, sodass auch eine bodenrechtliche Relevanz vorliegt. Eine schwimmende Photovoltaikanlage stellt demnach eine bauliche Anlage i. S. d. § 29 BauGB dar und der Anwendungsbereich der §§ 30 ff. BauGB ist eröffnet.

2.1.4.2 Festsetzungen im Bebauungsplan/Außenbereich

Der weit überwiegende Teil der möglichen Standorte für eine schwimmende Photovoltaikanlage dürfte sich im Außenbereich befinden. Für die Zulässigkeit des Vorhabens ist also eine Privilegierung nach § 35 Abs. 1 BauGB erforderlich. In Betracht kommt zunächst eine Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 8 und Nr. 9 BauGB, in denen die Nutzung solarer Strahlungsenergie im Außenbereich zugelassen wird. Diese Privilegierungstatbestände umfassen jedoch schon dem Wortlaut nach nur herkömmliche Solaranlagen, die an Gebäuden oder am Boden installiert werden. Daher kann eine Privilegierung nur aus § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB folgen. Danach ist ein Vorhaben im Außenbereich nur zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen, die ausreichende Erschließung gesichert ist und wenn es der öffentlichen Versorgung mit Elektrizität, Gas, Telekommunikationsdienstleistungen, Wärme und Wasser, der Abwasserwirtschaft oder einem ortsgebundenen gewerblichen Betrieb dient. Voraussetzung ist also, dass die geplante Anlage der öffentlichen Versorgung mit Elektrizität dient. Auch Photovoltaikanlagen können der öffentlichen Versorgung mit Elektrizität dienen, soweit deren Leistungen auch der Allgemeinheit dienen.⁴⁹ Eine Verwendung von Energie nach energiewirtschaftsrechtlichen Vorschriften erfüllt auch das Merkmal der öffentlichen Versorgung, selbst wenn Elektrizität von privaten Personen und Unternehmen erzeugt und verteilt wird.⁵⁰ Zusätzlich muss auch die Ortsgebundenheit gegeben sein. Das Merkmal der Ortsgebundenheit ist zwar dem Wortlaut nach nur für die Gewerbetriebe notwendig, allerdings verlangt das BVerwG für Privilegierung zusätzlich, dass sie zu dem vorgesehenen Standort eine der Ortsgebundenheit gewerblicher Betriebe vergleichbare (gegenüber diesen aber abgeschwächte) Beziehung haben.⁵¹ Diese ist nach der Rechtsprechung des BVerwG bei den in § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB genannten Anlagen der öffentlichen Versorgung vor allem insoweit gegeben, als sie leitungsgebunden sind; denn insoweit könnte ohne Berührung des Außenbereichs die den Versorgungsunternehmen obliegende umfassende Versorgungsaufgabe nicht erfüllt werden. An einer solchen spezifischen Gebundenheit fehlt es, wenn der Standort im Vergleich mit anderen Stellen zwar Lagevorteile bietet, das Vorhaben aber nicht damit steht oder fällt,

ob es hier und so und nirgend woanders ausgeführt werden kann.⁵² Die räumliche Beziehung, auf die das Vorhaben seiner Funktion nach angewiesen ist, müsse sich an einer näher eingrenzenden Stelle und nicht beliebig anderswo im Außenbereich herstellen lassen.⁵³ Bei Freiflächen-Photovoltaikanlagen wird ein solcher „zwingender Standortbezug“ von der Rechtsprechung regelmäßig verneint.⁵⁴ Da die Standorte für eine schwimmende Photovoltaikanlagen begrenzter sind, als solche für herkömmliche Solaranlagen, erscheint es für diese hingegen möglich, einen zwingenden Standortbezug anzunehmen. Dies ist aber im Einzelfall zu untersuchen.

Sollte ein Privilegierungstatbestand nicht in Betracht kommen, richtet sich die Zulässigkeit nach § 35 Abs. 2 BauGB. Danach können sonstige Vorhaben im Einzelfall zugelassen werden, wenn ihre Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt und die Erschließung gesichert ist. Hier dürften jedoch schwimmende Photovoltaikanlagen ebenso wie Freiflächen-Photovoltaikanlagen wegen ihrer zumeist großen Flächeninanspruchnahme, als sonstige Vorhaben Beeinträchtigungen öffentlicher Belange zur Folge haben, so dass sie im Außenbereich unzulässig sind und der Aufstellung eines Bebauungsplans bedürfen.⁵⁵ In einem Bebauungsplan können gem. § 9 Abs. 1 Nr. 12 BauGB Flächen für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien oder gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB i. V. m. § 11 Abs. 2 BauNVO sonstige Sondergebiete für Anlagen zur Nutzung solarer Strahlungsenergie festgesetzt werden.

2.1.5 Landesplanung NRW

Das Vorhaben darf auch den Zielen der Raumordnung nicht widersprechen. In Nordrhein-Westfalen bestehen konkrete, verbindliche Vorgaben für Photovoltaikanlagen im Landesentwicklungsplan. Die Landesregierung Nordrhein-Westfalen hat am 2. Juni 2023 beschlossen, den Landesentwicklungsplan Nordrhein-Westfalen (LEP NRW) zu ändern.⁵⁶ Die geplanten Änderungen betreffen auch das bisherige Ziel „10.2–5 Solarenergienutzung“. Nach der neuen Fassung ist gem. Ziel 10.2–14 „Raumbedeutsame Freiflächen-Solarenergie im Freiraum“ Regional- oder Bauleitplanung für raumbedeutsame Freiflächen-Solarenergieanlagen im Freiraum mit Ausnahme von regionalplanerisch festgelegten Waldbereichen und Bereichen zum Schutz der Natur möglich, wenn der jeweilige Standort mit der Schutz- und Nutzfunktion der jeweiligen Festlegung im Regionalplan vereinbar ist. Dabei ist dem überragenden öffentlichen Interesse des Ausbaus der Erneuerbaren Energien Rechnung zu tragen. Hierunter fal-

46) Pauli/Tritschler, BauR 2020, 1710, 1713.

47) BVerwG, Urt. v. 31. 8. 1973 – IV C 33/71, VerwRSpr 1974, 850, 853.

48) Krämer, in: Spannowsky/Uechtritz BeckOK BauGB, 59. Ed., 1. 6. 2023, § 29 Rdnr. 5; Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, 15. Aufl. 2022, § 29 Rdnr. 9.

49) OVG Magdeburg, Beschl. v. 24. 5. 2019 – 2 L 53/17, BeckRS 2019, 13047 Rdnr. 16.

50) BVerwG, Urt. v. 16. 6. 1994 – 4 C 20/93, NVwZ 1995, 64, 65; Söfker, in: Spannowsky/Uechtritz BeckOK BauGB, 59. Ed., 1. 6. 2023, § 35 Rdnr. 21.

51) BVerwG, Urt. v. 16. 6. 1994 – 4 C 20/93, NVwZ 1995, 64, 65; Söfker, in: Spannowsky/Uechtritz BeckOK BauGB, 59. Ed., 1. 6. 2023, § 35 Rdnr. 23.

52) BVerwG, Urt. v. 16. 6. 1994 – 4 C 20/93, NVwZ 1995, 64, 65.

53) Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 35 Rdnr. 28; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, 150. EL, Mai 2023, § 35 Rdnr. 52a.

54) Pauli/Tritschler, BauR 2020, 1710, 1714.

55) Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, 150. EL, Mai 2023, § 35 Rdnr. 59j.

56) Die Begründung der Landesregierung ist abrufbar unter https://landesplanung.nrw.de/system/files/media/document/file/lep_nrw_-_aenderung_erneuerbare_energien_-_planbegruendung.pdf, Stand 2. 11. 2023.

len ausdrücklich auch schwimmende Photovoltaikanlagen als Bauart einer Freiflächen-Solarenergieanlage.⁵⁷ Dazu wird im LEP NRW ausgeführt, dass „[b]ei Freiflächen-Solarenergieanlagen kleiner als 2 ha ... i. d. R. davon ausgegangen werden [kann], dass diese Anlagen nicht raumbedeutsam sind. Für Freiflächen-Solarenergieanlagen von 2 ha bis weniger als 10 ha ist in der Regel eine Prüfung des Einzelfalls erforderlich, ob eine Raumbedeutsamkeit vorliegt. Sofern sich aus den anderen u. g. Kriterien keine Raumbedeutsamkeit ergibt, kann davon ausgegangen werden, dass bestimmte Anlagen auch mit einer Größe von deutlich mehr als 2 ha und unterhalb von 10 ha nicht raumbedeutsam sind. Bei Anlagen ab einer Größe von 10 ha und mehr ist von einer Raumbedeutsamkeit auszugehen, wenn nicht Umstände des Einzelfalls entgegenstehen. Insbesondere folgende Kriterien für eine Raumbedeutsamkeit dienen der Beurteilung der Raumbedeutsamkeit von Freiflächen-Solarenergieanlagen: die Lage, das Maß der Beeinträchtigung des Landschaftsbilds, die Verbelastung/technische Überprägung der Landschaft, die Vereinbarkeit mit der Standortumgebung oder Summeneffekte von angrenzenden und mittelbar benachbarten vorhandenen Anlagen (Zerschneidungseffekt).“ Da der LEP NRW schwimmende Photovoltaikanlagen als Bauart der Freiflächen-Solarenergieanlagen versteht,⁵⁸ gelten die obigen Anmerkungen auch für diese. Explizit zu schwimmenden Photovoltaikanlagen wird weiter ausgeführt, dass neben den geltenden gesetzlichen Vorgaben und Nutz- und Schutzfunktionen auch die geplanten Nachfolgenutzungen zu beachten sind. Nach dem LEP NRW ist für die Errichtung von Freiflächen-Solarenergieanlagen für folgende Bereiche eine Einzelfallprüfung vorzunehmen: Regionale Grünzüge, Bereiche zum Schutz der Landschaft und landschaftsorientierten Erholung (BSLE), Bereich für den Schutz der Landschaft mit besonderer Bedeutung für Vogelarten des Offenlandes (BSLV), Landwirtschaftliche Kernräume, Bereiche für den Grundwasser- und Gewässerschutz, Bereiche für die Sicherung und den Abbau oberflächennaher Bodenschätze (BSAB), stehende künstliche Oberflächengewässer (Floating-Photovoltaikanlagen). Dabei ist dem überragenden öffentlichen Interesse des Ausbaus der Erneuerbaren Energien Rechnung zu tragen. Eine Errichtung in Überschwemmungsgebieten ist nicht mit den Zielen der Raumordnung vereinbar.⁵⁹

Nach Grundsatz 10.2.-17 LEP NRW sollen für raumbedeutsame schwimmende Photovoltaikanlagen vorzugsweise künstliche und erheblich veränderte Oberflächengewässer genutzt werden.⁶⁰ Künstliche stehende Gewässer im Sinne dieser Festlegung sind stehende Gewässer, die in der Regel durch Aufstau von Fließgewässern oder Freilegen oder Wiederherstellen der Grundwasseroberfläche entstanden sind und sich vorbehaltlich fachgesetzlicher Prüfung für Floating-Photovoltaikanlagen eignen. Hierbei darf der primäre Zweck des Gewässers in aller Regel nicht eingeschränkt werden. Vorstellbar ist beispielsweise eine Nutzung auf solchen Abgrabungsgewässern, die hinsichtlich ihrer ökologischen Wertigkeit (u. a. Artenschutz) und des Landschaftsschutzes keine besondere Bedeutung haben oder eine besondere Größe aufweisen und bei denen auch ansonsten hinsichtlich der bestehenden oder geplanten Nachfolgenutzung keine Konflikte bestehen.

Schwimmende Photovoltaikanlagen sind demnach künftig (voraussichtlich) explizit im LEP NRW vorgesehen. Als besonders geeigneter Standort stehen dabei künstlich stehende Gewässer und insbesondere Abgrabungsgewässer im Blickpunkt. Da dem überragenden öffentlichen Interesse des Ausbaus der Erneuerbaren Energien Rechnung zu tragen ist, stehen gerade in solchen Standorten schwimmende Photovoltaikanlagen den Festlegungen des LEP NRW nicht entgegen, sondern sind explizit vorgesehen und gewünscht.

2.1.6 Bergrecht

Für eine schwimmende Photovoltaikanlage kann je nach Einzelfall auch das Bergrecht eine Rolle spielen. So ist die

schwimmende Photovoltaikanlage in Haltern am See nach Bergrecht zugelassen worden. Wegen der Nutzung von $\frac{2}{3}$ des erzeugten Stroms für die Betriebsanlagen des Werks Haltern und damit einer überwiegenden innerbetrieblichen Nutzung, liegt eine dem Bergbau dienende Anlage gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3 Bundesberggesetz (BBergG) vor.⁶¹ Danach greift das Bundesberggesetz für Betriebsanlagen und Betriebseinrichtungen (Einrichtungen), die überwiegend einer der in den Nummern 1 oder 2 bezeichneten Tätigkeiten dienen oder zu dienen bestimmt sind. Diese Tätigkeiten sind das Aufsuchen, Gewinnen und Aufbereiten von bergfreien und grundeigenen Bodenschätzen einschließlich des Verladens, Beförderns, Abladens, Lagerns und Ablagerns von Bodenschätzen, Nebengestein und sonstigen Massen, soweit es im unmittelbaren betrieblichen Zusammenhang mit dem Aufsuchen, Gewinnen oder Aufbereiten steht und sich nicht aus § 2 Abs. 4 BBergG etwas anderes ergibt. Weiterhin gilt das Bundesberggesetz das Wiedernutzbarmachen der Oberfläche während und nach der Aufsuchung, Gewinnung und Aufbereitung von bergfreien und grundeigenen Bodenschätzen. Soweit die schwimmende Photovoltaikanlage als solch eine Betriebsanlage- oder -einrichtung einzuordnen ist, ist diese über eine Sonderbetriebsplanzulassung gem. § 52 Abs. 2 Nr. 2 BBergG durch die zuständige Bergbehörde zu genehmigen. Dabei sind zum einen die Zulassungsvoraussetzungen gem. § 55 Abs. 1 BBergG zu prüfen, aber auch ob entsprechend § 48 Abs. 2 BBergG ob dem Vorhaben überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen.

2.1.7 Sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften

Im Rahmen einer wasserrechtlichen Gestattung, einer wasserrechtlichen Anlagengenehmigung oder auch einer bergrechtlichen Zulassung können auch noch weitere umweltrechtliche Regelungen eine Rolle spielen. Dies ist aber stark vom Einzelfall abhängig, so dass an dieser Stelle nur kurz einige Beispiele genannt werden sollen. So ist wegen eines möglichen mit der Errichtung der Anlage verbundenen Eingriffs in Natur und Landschaft die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung gem. §§ 14, 15 Bundesnaturschutzgesetz zu beachten. Daneben ist unter Umständen auch eine Artenschutzprüfung vorzunehmen.

3. Rechtsfolge

Auf der Rechtsfolgenseite sind bei einer wasserrechtlichen Gestattung nach dem WHG bzw. einer Genehmigung nach dem LWG NRW einige Besonderheiten zu beachten. Grundsätzlich steht gem. § 12 Abs. 2 WHG der zuständigen Behörde sowohl bei der Erteilung der Erlaubnis als auch bei der Bewilligung ein Bewirtschaftungsermessen zu. Der An-

57) Landesregierung NRW: Änderung des Landesentwicklungsplans NRW für den Ausbau der Erneuerbaren Energien – Synopse, Stand 2. 11. 2023, <https://landesplanung.nrw.de/system/files/media/document/file/lep-nrw-anderung-erneuerbare-energien-synopse-zu-den-geplanten-anderungen.pdf>, S. 15.

58) Ebd.

59) Landesregierung NRW: Änderung des Landesentwicklungsplans NRW für den Ausbau der Erneuerbaren Energien – Synopse, Stand 2. 11. 2023, <https://landesplanung.nrw.de/system/files/media/document/file/lep-nrw-anderung-erneuerbare-energien-synopse-zu-den-geplanten-anderungen.pdf>, S. 16.

60) Landesregierung NRW: Änderung des Landesentwicklungsplans NRW für den Ausbau der Erneuerbaren Energien – Synopse, Stand 2. 11. 2023, <https://landesplanung.nrw.de/system/files/media/document/file/lep-nrw-anderung-erneuerbare-energien-synopse-zu-den-geplanten-anderungen.pdf>, S. 18.

61) *Endorf/Strauch*, Erste Floating-PV-Anlage unter Bergrecht, in: Ministerium für Wirtschaft, Industrie, Klimaschutz und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen, Jahresbericht 2021 der Bergbehörden des Landes Nordrhein-Westfalen, Stand 2. 11. 2023, abrufbar unter https://www.bra.nrw.de/system/files/media/document/file/jahresbericht_2021_internetfassung_stand_23122022.pdf, S. 49.

tragsteller hat nur einen Anspruch darauf, dass die Behörde von ihrem Ermessen Gebrauch macht und dieses fehlerfrei ausübt.⁶² Soweit die Behörde von ihrem Ermessen keinen Gebrauch gemacht hat oder dieses nicht ausschöpft, handelt sie ermessensfehlerhaft und damit rechtswidrig.⁶³ Dabei hat die Behörde die allgemeinen Grundsätze der Gewässerbewirtschaftung nach § 6 Abs. 1 WHG zu beachten.⁶⁴ Für die Genehmigung nach § 22 LWG NRW gilt gem. § 22 Abs. 2 LWG NRW, dass die Genehmigung zu versagen ist, wenn die Anlage die Anforderungen nach § 36 Abs. 1 S. 1 des Wasserhaushaltsgesetzes nicht erfüllt oder sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften dies erfordern. Auf Grund der ähnlichen Formulierung zu § 12 Abs. 2 WHG hat die zuständige Behörde auch hier ein (Bewirtschaftungs-)Ermessen. Zudem wird gem. § 22 Abs. 3 S. 1 LWG NRW die Genehmigung grundsätzlich befristet erteilt. Außerdem müssen die Anlagen gem. § 22 Abs. 3 S. 3 i. V. m. § 25 Abs. 2 LWG NRW nach dem Ablauf der Genehmigung wieder beseitigt werden, sobald die zuständige Behörde dies anordnet. Soweit das BBergG Anwendung findet, entscheidet gem. § 19 Abs. 2 WHG die Bergbehörde über die Erteilung der Erlaubnis.

4. Fazit

Schwimmende Photovoltaikanlagen bieten eine vielversprechende Möglichkeit, erneuerbare Energien auf Wasserflächen zu nutzen. Dennoch erfordert ihre Errichtung und der Betrieb eine sorgfältige Beachtung der rechtlichen Rahmenbedingungen, insbesondere im Hinblick auf das Wasser- und Bau(planungs)recht. Zusammenfassend wird für schwimmende Photovoltaikanlagen in den weit überwiegenden Fällen eine wasserrechtliche Gestattung/Genehmigung nach dem WHG bzw. LWG NRW erforderlich sein. Eine Benutzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG liegt nicht vor, im Einzelfall kann eine solche nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 relevant sein. Jedenfalls ist wohl eine Genehmigung

gem. § 22 LWG NRW i. V. m. § 36 WHG erforderlich. Deren Voraussetzungen sind dann zwar im jeweiligen Einzelfall zu beurteilen, allerdings besteht in Nordrhein-Westfalen ein großes politisches Interesse, diese Anlage vermehrt zu errichten. Somit ist davon auszugehen, dass die Zahl solcher Photovoltaikanlagen an geeigneten Standorten zunimmt.

Open Access. Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.

62) *Czychkowski/Reinhardt*, WHG, 13. Aufl. 2023, § 12 Rdnr. 33; *Schendel/Scheier*, in: Giesberts/Reinhardt BeckOK Umweltrecht, WHG, 67. Ed. 1.7.2023, § 12 Rdnr. 12.

63) *Kotulla*, WHG, 2. Aufl. 2011, § 12 Rdnr. 19; *Schendel/Scheier*, in: Giesberts/Reinhardt BeckOK Umweltrecht, WHG, 67. Ed. 1.7.2023, § 12 Rdnr. 12.

64) *Czychkowski/Reinhardt*, WHG, 13. Aufl. 2023, § 12 Rdnr. 33; *Kotulla*, WHG, 2. Aufl. 2011, § 12 Rdnr. 17.