

2014/9

12. Juni 2014

Votum

Anonymisierte Fassung zur Veröffentlichung – in eckige Klammern gesetzte Informationen sind zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verfremdet.

Leitsatz:

Die Voraussetzungen der Übergangsregelung in § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012 sind nicht erfüllt, wenn die PV-Freiflächenanlage zwar nach dem 30. Juni 2012 und vor dem 1. Oktober 2012 in Betrieb genommen und im Geltungsbereich eines Bebauungsplans i. S. d. § 30 BauGB errichtet worden ist, dieser Bebauungsplan aber nicht nach dem 1. September 2003 zumindest auch mit dem Zweck der Errichtung einer Solarstromanlage aufgestellt worden ist.

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchstellerin –

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG durch den Vorsitzenden Dr. Lovens, die Mitglieder Dr. Pippke und Dr. Winkler sowie die Beisitzer Brohm und Weißenborn aufgrund der mündlichen Erörterung vom 12. Juni 2014 am selben Tag bei einer Enthaltung folgendes Votum:

Die Anspruchstellerin hat für den Strom, der in ihrer Fotovoltaik-Installation in [...] auf dem Flurstück [...] erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist wird, einen Vergütungsanspruch nach § 32 Abs. 1 Nr. 3a) und b) EEG 2012 in der seit dem 1. April 2012 geltenden Fassung. Ihr steht hingegen kein Vergütungsanspruch nach § 66 Abs. 18a EEG 2012 in der ab dem 1. April 2012 geltenden Fassung zu, auch nicht i. V. m. § 32 EEG 2012 (weder direkt noch analog) in der bis zum 31. März 2012 geltenden Fassung.

Inhaltsverzeichnis

1	Tatbestand	3
2	Begründung	8
2.1	Verfahren	8
2.2	Würdigung	9
2.2.1	Kein Anspruch aus § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012	9
2.2.2	Kein Anspruch aus § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012 i V. m. § 32 Abs. 2 EEG 2012 (a. F.) oder § 32 Abs. 1 Nr. 3 c) cc) EEG 2012 analog	12
2.2.3	Kein Anspruch aus § 66 Abs. 18a Satz 2 i. V. m. Satz 1 EEG 2012 i. V. m. § 32 Abs. 1 EEG 2012 (a. F.)	16

I Tatbestand

- 1 Die Parteien sind uneins, ob sich die Höhe der Vergütung für den Strom, den die Anspruchstellerin in ihrer PV-Freiflächenanlage in [...] erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin einspeist, nach § 66 Abs. 18a EEG 2012¹ i. V. m. § 32 EEG 2012 in der bis zum 31. März 2012 geltenden Fassung² (im Folgenden: EEG 2012 (a. F.)) oder nach § 32 Abs. 1 EEG 2012 in der seit dem 1. April 2012 geltenden Fassung richtet.
- 2 Die Anspruchstellerin betreibt in der [...] auf den ehemals unter den Nummern [diverse], jetzt unter der Nummer [...] im Grundbuch verzeichneten Flurstücken der Flur [...], Gemarkung [...], (im Folgenden: Vorhabensfläche) eine PV-Freiflächenanlage mit einer installierten Leistung von 1 487,64 kW_p. Die Module wurden am 27. September 2012 in Betrieb genommen. Der in der PV-Freiflächenanlage erzeugte und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeiste Strom wird von der Anspruchsgegnerin auf der Grundlage des § 32 Abs. 1 EEG 2012 mit 13,50 Cent/kWh vergütet.
- 3 Die Vorhabensfläche liegt im Bereich des Bebauungsplans der Stadt [...] „Gewerbe-park [...]“, der die Fläche als Gewerbegebiet gemäß § 8 BauNVO³ ausweist. Dieser Bebauungsplan trat am 14. Oktober 1993 in Kraft und wurde seitdem nicht geändert. Primäres Ziel der Planung war es seinerzeit, die Brachflächen als Bauland für die Ansiedelung von Gewerbebetrieben zu erschließen. Eine Zweckbestimmung zur Nutzung solarer Strahlungsenergie enthält der Bebauungsplan nicht.
- 4 Zu DDR-Zeiten war die Vorhabensfläche vom [VEB ...] gewerblich bzw. industriell zum Betrieb einer Stahlgießerei genutzt worden. Von 1990 bis 1996 nutzte die [...] GmbH die Vorhabensfläche als Rechtsnachfolgerin des [VEB ...] weiterhin gewerblich bzw. industriell zum Betrieb einer Stahlgießerei; außerdem wurden auf der Fläche Geräte und Betriebsfahrzeuge abgestellt, gewartet und instandgesetzt sowie Betriebsstoffe wie sog. Formsand, Öle, Reinigungsmittel und Brennstoffe gelagert.

¹ Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Art. 5 des dritten Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften v. 20.12.2012 (BGBl. I S. 2730), nachfolgend bezeichnet als EEG 2012. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/eeeg2012/arbeitsausgabe>.

² Erneuerbare-Energien-Gesetz v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Art. 7 Abs. 2 des Gesetzes zur Änderung des Rechtsrahmens für Strom aus solarer Strahlungsenergie und zu weiteren Änderungen im Recht der erneuerbaren Energien v. 17.08.2012 (BGBl. I S. 1754).

³ Baunutzungsverordnung in der Fassung der Bekanntmachung v. 23.01.1990 (BGBl. I S. 132), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes v. 11.06.2013 (BGBl. I S. 1548).

Seit der Insolvenz der [...] GmbH im Jahr 1996 lag die Fläche brach. Bis zur Errichtung der PV-Freiflächenanlage waren auf der Vorhabensfläche noch Hallen, Baracken und sonstige verfallene Gebäude aus der Zeit der industriellen Nutzung vorhanden; Teile der Fläche waren mit Formsand bedeckt. Die Fläche ist nicht als Naturschutzgebiet oder Nationalpark ausgewiesen.

- 5 Die Anspruchstellerin beantragte im April/Mai 2012 die Baugenehmigung für das seit 2011 geplante Vorhaben. Im Zuge des Genehmigungsverfahrens erteilte die Stadt [...] durch den Bauausschuss am 10. Juli 2012 das gemeindliche Einvernehmen gemäß § 36 BauGB⁴. Das Vorhaben ist im Bauausschuss der Stadt [...] in öffentlicher Sitzung beraten und beschlossen worden; die Öffentlichkeit ist über die lokale Presse informiert worden. Mit Genehmigungsfreistellungsbescheid vom 23. August 2012 [(Az. ...)] teilte das Bauordnungsamt der Stadt [...] der Rechtsvorgängerin der Anspruchstellerin mit, dass gemäß § 61 Abs. 1 BauO [...] für die Errichtung des geplanten Solarparks kein Baugenehmigungsverfahren erforderlich und das Bauvorhaben von der Baugenehmigungspflicht freigestellt sei. Von einzelnen Festsetzungen des Bebauungsplans wurden Befreiungen erteilt.
- 6 In der Folgezeit wurde die PV-Freiflächenanlage auf der Vorhabensfläche errichtet. Bereits im 2. Quartal 2012 waren die vorhandenen Ruinen beseitigt sowie eine Altlastensanierung durchgeführt worden. Für den Abriss und die Sanierung wandte die Anspruchstellerin rund 226 000,- € auf.
- 7 Ausweislich des zur Akte gereichten Schreibens der Stadt [...] (Dezernat für Stadtentwicklung, Bau und Verkehr) vom 12. März 2014 begrüßte die Stadt die Errichtung der PV-Freiflächenanlage auf der Vorhabensfläche. Von einer Änderung des Bebauungsplans Nr. [...] sei Abstand genommen worden, da die Errichtung des Solarparks nicht die Grundzüge der Planung berührte und der Betrieb einer PV-Freiflächenanlage als gewerbliche Nutzung eingeordnet wurde. Die Öffentlichkeit sei über die lokale Presse umfassend informiert worden; das Vorhaben sei von der Bevölkerung positiv aufgenommen worden.
- 8 Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Vorhabensfläche die flächenbezogenen Voraussetzungen für die Annahme einer Konversionsfläche erfüllt. Insbesondere sind die Tatsachen, die aus Sicht der Parteien die Konversionsflächeneigenschaft begründen, zwischen den Parteien unstreitig.

⁴Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung v. 23.09.2004 (BGBl. I S. 2414), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes v. 15.07.2014 (BGBl. I S. 954).

- 9 **Die Anspruchstellerin** meint, ihr stehe ein Anspruch auf die erhöhte Konversionsflächenvergütung in Höhe von 15,95 Cent/kWh zu. Dieser ergebe sich unmittelbar aus § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012. Diese Regelung beinhalte eine eigenständige Anspruchsgrundlage, deren Voraussetzungen erfüllt seien, da die PV-Freiflächenanlage auf einer Konversionsfläche aus wirtschaftlicher Nutzung errichtet worden sei. Der Beschluss über die Aufstellung des Bebauungsplans sei vor dem 1. März 2012 gefasst worden. Weitere Anspruchsvoraussetzungen seien nicht zu erfüllen.
- 10 Hilfsweise beruft sich die Anspruchstellerin auf § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012 i. V. m. § 32 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2012 (a. F.), dessen Voraussetzungen ebenfalls erfüllt seien. Zwar sei der Bebauungsplan vorliegend vor dem 1. September 2003 aufgestellt und nachträglich nicht mehr geändert worden, jedoch lägen insoweit die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 32 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2012 (a. F.) vor, so dass für den auf einer Konversionsfläche erzeugten Strom auch dann eine erhöhte Vergütung zu leisten sei, wenn diese Fläche im Bereich eines vor dem 1. September 2003 beschlossenen Bebauungsplans liege. Es bestehe eine planwidrige Regelungslücke, denn aus der historischen Auslegung der Regelung folge, dass der genannte Stichtag eine erweiternde, nicht jedoch einschränkende Funktion für die Vergütung von PV-Freiflächenanlagen entfalten sollte, und zum anderen ergebe sich aus dem Sinn und Zweck der Übergangsregelung, dass § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012 auf sämtliche Anlagen auf Konversionsflächen angewendet werden sollte, für die ein förmliches Verfahren durchgeführt wurde. Auch sei der streitgegenständliche Sachverhalt den vom Wortlaut des § 32 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2012 (a. F.) erfassten Sachverhalten in rechtlich-wertender Hinsicht ähnlich. Die höhere Vergütung für PV-Freiflächenanlagen auf Konversionsflächen sollte den höheren Stromgestehungskosten Rechnung tragen, die aufgrund längerer Planungszeiten und höherer Kosten für Wegebau, Fundamente und ggf. Altlastensanierung entstünden. Dieser Zweck greife auch für die verfahrensgegenständliche Installation. Die Errichtung der PV-Freiflächenanlage sei mit erheblichen Mehrkosten im Vergleich zu anderen PV-Freiflächenanlagen einhergegangen und habe zu einer Verbesserung des ökologischen Zustands der Fläche geführt. Im Übrigen habe es der Anlagenbetreiber nicht in der Hand, ob für die Anlagenerrichtung neues Planungsrecht geschaffen bzw. altes Planungsrecht geändert werde. Die Akzeptanz der Bevölkerung sei auch ohne ein neues Planungsverfahren sichergestellt gewesen.
- 11 Wiederum hilfsweise beruft sich die Anspruchstellerin auf § 66 Abs. 18a Satz 2 und Satz 1 EEG 2012 i. V. m. § 32 Abs. 1 Nr. 3 a) EEG 2012 (a. F.), dessen Voraussetzun-

gen ebenfalls erfüllt seien. Da § 66 Abs. 18a Satz 1 EEG 2012 entsprechend anzuwenden sei, ergebe sich die Anwendbarkeit des gesamten EEG 2012 (a. F.) und nicht nur des § 32 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2012 (a. F.). Das ergebe sich bereits aus dem Wortlaut der Regelung, die nicht auf eine einzelne Vorschrift der bisherigen Fassung, sondern auf das EEG 2012 (a. F.) insgesamt verweise. Die Regelung in § 32 Abs. 2 EEG 2012 (a. F.) stelle klar, dass die Konversionsflächenvergütung auch dann verlangt werden könne, wenn gleichzeitig die Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 EEG 2012 (a. F.) erfüllt seien. Daraus folge im Umkehrschluss, dass ein Anlagenbetreiber bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 EEG 2012 (a. F.) für den in seiner Anlage erzeugten Strom jedenfalls die Vergütung nach § 32 Abs. 1 EEG 2012 (a. F.) beanspruchen könne, auch wenn sich die Anlage auf einer Konversionsfläche befinde. Für die Vergütungshöhe gelte – abweichend von § 32 Abs. 1 Nr. 3 a) EEG 2012 (a. F.) – § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012.

- 12 **Die Anspruchsgegnerin** meint, die Voraussetzungen des § 66 Abs. 18a EEG 2012 i. V. m. § 32 Abs. 2 EEG 2012 (a. F.) seien weder in direkter noch in analoger Anwendung der Regelungen erfüllt.
- 13 Ein Vergütungsanspruch ergebe sich zunächst nicht aus § 66 Abs. 18a Satz 1 EEG 2012, da die PV-Freiflächenanlage nach dem dort genannten Übergangszeitraum in Betrieb genommen worden sei.
- 14 Der Anspruch folge jedoch auch nicht aus § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012. Diese Regelung enthalte zeitliche, flächenbezogene und planungsbezogene Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssten. Die besonderen planungsbezogenen Voraussetzungen, die sich aufgrund des Verweises auf § 32 Abs. 1 Nr. 3 c) EEG 2012 ergeben, seien jedoch nicht erfüllt. Denn der Anwendungsbereich dieser Regelung sei nur eröffnet, wenn die PV-Freiflächenanlage nicht nur auf einer Konversionsfläche, sondern außerdem im Bereich eines beschlossenen Bebauungsplans i. S. d. § 30 BauGB errichtet wurde, der nach dem 1. September 2003 zumindest auch mit dem Zweck der Errichtung einer Solarstromanlage aufgestellt worden ist. Diese Voraussetzung erfülle der aus dem Jahr 1993 stammende Bebauungsplan nicht.
- 15 Eine analoge Anwendung des § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012 scheidet aus. Bereits das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke erscheine in Anbetracht der Gesetzeshistorie, der Systematik sowie des Regelungszwecks fraglich. Insbesondere ergebe sich aus dem Verweis in § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012 auf dessen Satz 1 („ist Satz 1 entsprechend anzuwenden“) nicht, dass nach dem Willen des Gesetzgebers auch PV-

Freiflächenanlagen erfasst sein sollten, die im Geltungsbereich eines vor dem 1. September 2003 aufgestellten und nicht mit dem Zweck der Solarstromerzeugung geänderten Bebauungsplans errichtet worden sind. Selbst wenn man diesen Verweis als Rechtsgrundverweis qualifiziere, seien die in § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012 geregelten planungsbezogenen Voraussetzungen vorrangig. Auch sei das Anknüpfen der erhöhten Vergütung an erhöhte planungsbezogene Anforderungen gesetzgeberisch gewollt und nicht systemfremd. Schließlich sprächen auch Sinn und Zweck der Übergangsregelung gegen eine Erweiterung des Wortlauts des § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012. Denn die erhöhte Konversionsflächenvergütung habe nur für Anlagen gemäß § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2 EEG 2009 für einen gewissen Zeitraum fortgeschrieben werden sollen. Diese Bestimmungen setzten jedoch ebenfalls voraus, dass die Anlagen im Geltungsbereich eines (auch) zu diesem Zweck nach dem 1. September 2003 aufgestellten oder geänderten Bebauungsplans errichtet wurden. Die von der Anspruchstellerin vertretene Auslegung hätte hingegen zur Folge, dass für Strom aus Anlagen die erhöhte Konversionsflächenvergütung gezahlt würde, die bei Fortgeltung des EEG in der bisherigen Fassung nicht zur Anwendung gekommen wäre. Das könne nicht richtig sein. Schließlich entsprächen die besonderen planungsbezogenen Anforderungen zur Gewährleistung der Akzeptanz und der Steuerung durch die Bevölkerung bei den betreffenden Anlagen dem Willen des Gesetzgebers.

- 16 Gegen eine Analogie spreche auch die Unterschiedlichkeit der Sachverhalte. Allein die Vergleichbarkeit der tatsächlichen Flächenqualität reiche nicht aus, um von einer planwidrigen Ungleichbehandlung verschiedener PV-Freiflächenanlagen hinsichtlich der Vergütungssätze auszugehen. Die Anspruchsgegnerin verweist insoweit vor allem auf das Votum 2012/32 der Clearingstelle EEG.⁵ Auch im vorliegenden Fall sei die Beteiligung der Öffentlichkeit im Rahmen der ursprünglichen Planaufstellung sowie während des Baugenehmigungsverfahrens für die PV-Freiflächenanlage nicht geeignet gewesen, die mit dem förmlichen Planungserfordernis bezweckte Akzeptanz in der Bevölkerung herzustellen.
- 17 Der Anspruchstellerin stehe damit nur ein Vergütungsanspruch nach § 32 Abs. 1 Nr. 3 a), b) EEG 2012 zu.

⁵Clearingstelle EEG, Votum v. 27.03.2012 – 2012/32, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2012/32>.

- 18 Auf den gemeinsamen Antrag der Parteien hat die Clearingstelle EEG mit Beschluss vom 20. Mai 2014 das Votumsverfahren eingeleitet. Die Clearingstelle EEG hat dabei gemäß § 26 Abs. 2 VerfO⁶ die grundsätzliche Bedeutung der im Verfahren zu klärenden Rechtsfrage festgestellt. Die Anspruchstellerin hat den Bundesverband Solarwirtschaft e. V. (BSW-Solar), die Anspruchsgegnerin hat den BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. gemäß § 26 Abs. 2 Satz 1 VerfO als eine bei der Clearingstelle EEG akkreditierten Interessengruppe (Anhang A der VerfO) gebeten, eine Beisitzerin bzw. einen Beisitzer für dieses Verfahren zu benennen. Die im Votumsverfahren zu klärende Verfahrensfrage lautete:

Hat die Anspruchstellerin für den Strom, der in ihrer Fotovoltaik-Installation in [...] auf den Flurstücken [diverse] erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist wird, einen Vergütungsanspruch nach § 66 Abs. 18a EEG 2012 in der ab dem 1. April 2012 geltenden Fassung, ggf. i. V. m. § 32 EEG 2012 in der bis zum 31. März 2012 geltenden Fassung, oder einen Vergütungsanspruch nach § 32 Abs. 1 Nr. 3 a) oder b) EEG 2012 in der seit dem 1. April 2012 geltenden Fassung?

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 19 Das Verfahren ist gemäß den Vorschriften der VerfO zustandegekommen und durchgeführt worden. Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus §§ 26 Abs. 2, 2 Abs. 5 VerfO. Es wurde eine mündliche Erörterung durchgeführt, da nicht alle Parteien und die Clearingstelle EEG einem schriftlichen Verfahren zustimmten, §§ 28, 20 VerfO. Die Beschlussvorlage hat gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied der Clearingstelle EEG Dr. Pippke erstellt.

⁶Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG in der Fassung vom 07.12.2012, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeq.de/verfahrensordnung>.

2.2 Würdigung

20 Die Anspruchstellerin hat keinen Vergütungsanspruch nach § 66 Abs. 18a EEG 2012, auch nicht i. V. m. § 32 EEG 2012 (a. F.), weder in unmittelbarer noch in analoger Anwendung dieser Vorschrift, sondern lediglich einen Vergütungsanspruch nach § 32 Abs. 1 Nr. 3 a) oder b) EEG 2012.

2.2.1 Kein Anspruch aus § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012

21 Aus § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012 ergibt sich kein Vergütungsanspruch. Zwar ist darin die Höhe des Vergütungssatzes geregelt, jedoch handelt es sich dabei nur in Verbindung mit § 32 Abs. 1 Nr. 3 c) cc) EEG 2012, auf den die Regelung verweist, um eine Anspruchsgrundlage. Dessen Voraussetzungen sind nicht erfüllt.

22 § 66 Abs. 18a EEG 2012 lautet wie folgt:

„Für Strom aus Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie nach § 32 Absatz 1, die nach dem 31. März 2012 und vor dem 1. Juli 2012 nach § 3 Nummer 5 in Betrieb genommen worden sind, gilt nach dem 31. Dezember 2013 § 33 Absatz 4 und im Übrigen, unabhängig von der installierten Leistung und vorbehaltlich des Absatzes 11, das Erneuerbare-Energien-Gesetz in der am 31. März 2012 geltenden Fassung, wenn

1. zur Errichtung der Anlagen ein Bebauungsplan erforderlich ist und der Beschluss über die letzte Änderung des Bebauungsplans, in dessen Geltungsbereich die Anlagen errichtet worden sind, oder, soweit noch keine Änderung dieses Bebauungsplans erfolgt ist, der Beschluss über dessen Aufstellung vor dem 1. März 2012 gefasst worden ist oder
2. in den Fällen des § 32 Absatz 1 Nummer 2 kein Verfahren zur Aufstellung oder Änderung eines Bebauungsplans durchgeführt worden ist und der Antrag auf Einleitung eines Verfahrens nach § 38 Satz 1 des Baugesetzbuches vor dem 1. März 2012 gestellt worden ist.

Für Strom aus Anlagen nach § 32 Absatz 1 Nummer 3 Buchstabe c Doppelbuchstabe cc, die nach dem 30. Juni 2012 und vor dem 1. Ok-

tober 2012 nach § 3 Nummer 5 in Betrieb genommen worden sind, ist Satz 1 entsprechend anzuwenden mit der Maßgabe, dass die Vergütung 15,95 Cent pro Kilowattstunde beträgt; werden diese Anlagen nach § 17 Absatz 2 Nummer 1 registriert, gelten sie abweichend von § 20a Absatz 5 Satz 2 unabhängig von der installierten Leistung als geförderte Anlagen im Sinne des § 20a Absatz 5 Satz 1.“

23 Der Anspruch auf die Vergütung in Höhe von 15,95 Cent/kWh setzt nach § 66 Abs. 18a Satz 2, Satz 1 EEG 2012 also voraus, dass

- es sich um eine Anlage nach § 32 Abs. 1 Nr. 3 c) cc) EEG 2012 handelt,
- die Anlage nach dem 30. Juni und vor dem 1. Oktober 2012 in Betrieb genommen wurde und
- zur Errichtung der Anlage ein Bebauungsplan erforderlich ist und der Aufstellungsbeschluss für den Bebauungsplan vor dem 1. März 2012 gefasst wurde.

24 Eine „Anlage nach § 32 Abs. 1 Nr. 3 c) cc) EEG 2012“ wiederum liegt nur vor, wenn

- die Vorhabensfläche eine Konversionsfläche i. S. d. § 32 Abs. 1 Nr. 3 c) cc) EEG 2012 bzw. § 32 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2012 (a. F.) ist,
- die Vorhabensfläche nicht zum Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans als Naturschutzgebiet i. S. d. § 23 BNatSchG⁷ oder als Nationalpark i. S. d. § 24 BNatSchG festgesetzt war und
- die PV-Installation im Bereich eines beschlossenen Bebauungsplans im Sinne des § 30 BauGB errichtet wurde, der nach dem 1. September 2003 zumindest auch mit dem Zweck der Errichtung einer Solarstromanlage aufgestellt worden ist.

25 Der in § 66 Abs. 18a Satz 2 enthaltene Verweis auf § 32 Abs. 1 Nr. 3 c) cc) EEG 2012 bezieht sich also nicht nur auf die in Buchstabe cc) der Regelung geregelten flächenbezogenen Voraussetzungen, sondern auch auf die im Eingangssatz unter Buchstabe c) der Regelung geregelten besonderen planungsbezogenen Voraussetzungen.⁸

- 26 Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Norm. Hätte der Gesetzgeber nur auf die flächenbezogenen Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 Nr. 3 c) EEG 2012 verweisen wollen, hätte dies in der Formulierung zum Ausdruck gebracht werden können (z. B. „Für Strom aus Anlagen auf Flächen nach . . .“); es wurde jedoch auf die gesamte Normkette verwiesen, die auch die besonderen planungsbezogenen Voraussetzungen enthält.
- 27 Auch die systematische Stellung sowie der Sinn und Zweck der Regelung in § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012 sprechen gegen eine rein flächenbezogene Verweisung.
- 28 Die Regelung ist Bestandteil des § 66 EEG 2012, der die Übergangsregelungen enthält. Darin wird für bestimmte Anlagen unter bestimmten Voraussetzungen die Fortgeltung der bisherigen Rechtslage angeordnet. Soll die bisherige Rechtslage nur in veränderter Form auf die Anlagen angewandt werden, kommt dies durch die Formulierung „mit der Maßgabe . . .“ zum Ausdruck. Auch in § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012 ist eine solche Formulierung enthalten, jedoch nur hinsichtlich der Vergütungshöhe, nicht hinsichtlich der Vergütungsvoraussetzungen. Insoweit soll die bisherige Rechtslage vielmehr unverändert fortgelten (dazu näher u. 2.2.2).
- 29 Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2014 die „entsprechende Anwendung“ des Satzes 1 anordnet, der seinerseits nur einen Aufstellungsbeschluss vor dem 1. März 2012 fordert. Die Regelung in Satz 2, die für Anlagen auf Konversionsflächen mit Inbetriebnahme nach dem 30. Juni und vor dem 1. Oktober 2012 weitergehende Anforderungen aufstellt, geht insoweit als speziellere Regelung vor.
- 30 Auch den Gesetzgebungsmaterialien ist nichts dafür zu entnehmen, dass durch § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012 eine Änderung der Voraussetzungen für die erhöhte Konversionsflächenvergütung beabsichtigt war. Im Gegenteil ist darin durchgehend davon die Rede, dass für die unter die Übergangsregelungen fallenden Freiflächenanlagen „die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes geltende Rechtslage“ bzw. die „alte Rechtslage“ fortgelten soll.⁹ Die Voraussetzungen für die erhöhte Vergütung beschränken sich aber gerade nicht auf die flächenbezogenen Voraussetzungen, sondern beinhalten auch die besonderen planungsbezogenen Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 Nr. 3 c) EEG 2012.

⁷Bundesnaturschutzgesetz v. 29.07.2009 (BGBl. I S. 2542), zuletzt geändert durch Art. 4 Abs. 100 des Gesetzes v. 07.08.2013 (BGBl. I S. 3154).

⁸So auch *Thomas*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 66 Rn. 110.

⁹BT-Drs. 17/9152, S. 37f. zu § 66 EEG 2012.

31 Diese sind vorliegend nicht erfüllt, denn der Bebauungsplan ist weder nach dem 1. September 2003 noch zumindest auch mit dem Zweck der Errichtung einer Solarstromanlage aufgestellt worden.

2.2.2 Kein Anspruch aus § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012 i V. m. § 32 Abs. 2 EEG 2012 (a. F.) oder § 32 Abs. 1 Nr. 3 c) cc) EEG 2012 analog

32 Ein Vergütungsanspruch in Höhe von 15,95 Cent/kWh ergibt sich auch nicht aufgrund einer analogen Anwendung des § 32 Abs. 2 EEG 2012 (a. F.) oder des § 32 Abs. 1 Nr. 3 c) cc) EEG 2012 im Rahmen des § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012.

33 **Keine planwidrige Regelungslücke** Es fehlt insoweit bereits an einer planwidrigen Regelungslücke. Die Konversionsflächenvergütung ist sowohl nach der bis zum 31. März 2012 geltenden Rechtslage als auch nach der seit dem 1. April 2012 geltenden Rechtslage an besondere planerische Voraussetzungen geknüpft, die über den allgemeinen Planungsvorbehalt für PV-Freiflächenanlagen hinausgehen. So ist nicht nur ein Bebauungsplan erforderlich, sondern dieser muss außerdem nach dem 1. September 2003 (auch) mit dem Zweck der Errichtung einer Solarstromanlage aufgestellt worden sein.

34 Aus diesem Grund hat die Clearingstelle EEG in ihrem Votum 2012/32 bereits unter der Geltung des § 32 EEG 2009¹⁰ einen Anspruch auf die erhöhte Konversionsflächenvergütung verneint, wenn die PV-Freiflächenanlage zwar auf einer Konversionsfläche aus wirtschaftlicher Nutzung, nicht aber im Geltungsbereich eines Bebauungsplans i. S. d. § 30 BauGB (sondern im Bereich eines Planfeststellungsbeschlusses) errichtet wurde.¹¹ In dem Votum heißt es hierzu wie folgt:

„Das schließt nicht aus, dass im Einzelfall auch für Solarstromanlagen an oder auf Deponieflächen der Vergütungstatbestand der Konversionsflächenvergütung erfüllt werden kann. Dafür ist aber ein (auch) zu diesem

¹⁰Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074 ff.), in der bis zum 31.12.2011 geltenden, zuletzt durch Art. 1 Nr. 33 des Gesetzes zur Neuordnung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634) geänderten Fassung, nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/arbeitsausgabe>.

¹¹Clearingstelle EEG, Votum v. 27.03.2013 – 2012/32, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2012/32>, insbes. Rn. 28 ff.

Zweck erlassener Bebauungsplan erforderlich und es muss sich um eine Konversionsfläche i. S. d. Gesetzes handeln. Dass bei Deponieflächen nur die Erfüllung der letzteren Voraussetzung ausreichen soll, widerspricht dem Regelungsplan des Gesetzgebers.“¹²

- 35 Gleiches gilt, wenn zwar ein Bebauungsplan vorliegt, dieser aber nicht den besonderen planungsbezogenen Voraussetzungen genügt. So hat die Clearingstelle EEG in ihrem Votum 2013/89 zu § 32 Abs. 3 Satz 1 EEG 2009 Folgendes ausgeführt:

„Eine Einspeisevergütung für Anlagen auf den in § 32 Abs. 3 Satz 1 EEG 2009 geregelten speziellen Flächenkategorien setzt hingegen zwingend voraus, dass nach dem 1. September 2003 ein Bebauungsplan zumindest auch zum Zweck der Errichtung einer Solarstromanlage erlassen wurde. Für diese Flächen ist der sog. Planungsvorbehalt des § 32 EEG 2009 also nicht allgemein gefasst in dem Sinne, dass überhaupt eine Planungsentscheidung vorliegen muss, sondern vielmehr speziell in dem Sinne, dass zumindest auch die Nutzung der Fläche zum Zweck der Solarstromerzeugung Gegenstand des Planungsverfahrens gewesen sein muss. Die Flächenkategorie und eine auf die Solarstromerzeugung gerichtete Planungsentscheidung bedingen sich bei diesem Vergütungstatbestand gegenseitig und stehen nicht beliebig nebeneinander.“¹³

- 36 Für § 32 EEG 2012 ergibt sich insoweit nichts anderes.
- 37 Ein gesetzgeberisches Versehen ist in Anbetracht der sehr differenzierten Anforderungen in den verschiedenen Vergütungstatbeständen für PV-Freiflächenanlagen, die sehr klar zwischen allgemeinen und besonderen planungsbezogenen Voraussetzungen unterscheiden, nicht ersichtlich.
- 38 Wie schon in § 32 EEG 2009 hat der Gesetzgeber auch in den verschiedenen Tatbeständen des § 32 EEG 2012 klar – hinsichtlich des Zeitpunktes und des Zwecks der Planungsentscheidung – verschiedene planungsrechtliche Gegebenheiten benannt. Es sind deshalb keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass das Erfordernis eines seit dem 1. September 2003 (auch) zum Zweck der Solarstromerzeugung erlassenen

¹²Clearingstelle EEG, Votum v. 27.03.2013 – 2012/32, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2012/32>, Rn. 32.

¹³Clearingstelle EEG, Votum v. 19.02.2014 – 2013/89, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2013/89>, Rn. 26 f.

bzw. geänderten Bebauungsplans bei Konversionsflächenanlagen nicht dem Regelungsplan des Gesetzgebers entspricht und dementsprechend unabhängig von der Erfüllung dieser planungsrechtlichen Voraussetzungen ein Anspruch auf die erhöhte Vergütung nach § 32 Abs. 2 EEG 2012 (a. F.) oder § 32 Abs. 1 Nr. 3 c) EEG 2012 gegeben sein soll.

- 39 Daher ist auch nicht anzunehmen, dass Raum für eine analoge Anwendung dieser Regelungen besteht, wenn eine PV-Freiflächenanlage auf einer Konversionsfläche und dabei im Geltungsbereich eines Bebauungsplans errichtet wurde, der vor dem 1. September 2003 aufgestellt, aber dafür *nicht* (auch) zum Zwecke der Solarstromerzeugung aufgestellt oder geändert wurde. Vielmehr bestimmen § 32 Abs. 2 EEG 2012 (a. F.) und § 32 Abs. 1 Nr. 3 c) EEG 2012 ausdrücklich, dass der Bebauungsplan „zumindes­te auch mit dem Zweck der Errichtung einer Anlage zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie aufgestellt“ worden sein muss.¹⁴
- 40 Zwar mag der Sinn und Zweck der erhöhten Konversionsflächenvergütung, die bei Vorhaben auf ökologisch belasteten Flächen regelmäßig höheren Stromgestehungskosten auszugleichen, auch bei Vorhaben relevant sein, die auf alten oder nicht zum Zweck der Solarstromerzeugung aufgestellten Bebauungsplänen errichtet werden, insbesondere wenn es sich dabei – wie vorliegend – um Konversionsflächen aus wirtschaftlicher Nutzung handelt.
- 41 Daraus lässt sich jedoch nicht ableiten, dass allein das Vorliegen einer Konversionsfläche genügen soll, um den erhöhten Anspruch geltend machen zu können.¹⁵ Denn anderenfalls liefen die – kumulativ zu erfüllenden – spezifischen bauplanerischen Voraussetzungen des Vergütungstatbestandes vollständig leer. Die Vergütungstatbestände des § 32 EEG 2012 folgen einem differenzierten System. Danach sind z. B. Vorhaben im Geltungsbereich von „alten“ (vor dem 1. September 2003 aufgestellten) Bebauungsplänen sowie auf Flächen, die bereits vor dem 1. Januar 2010 als Gewerbe- oder Industriegebiete festgesetzt wurden, gegenüber den in § 32 Abs. 2 EEG 2012 (a. F.) oder § 32 Abs. 1 Nr. 3 c) EEG 2012 geregelten Freiflächenvorhaben besser gestellt, denn es muss keinen weitergehenden planerischen und keinen flächenbezogenen Anforderungen Genüge getan werden. Hierin liegt eine deutliche Erleichterung bei der Projektentwicklung und -realisierung, insbesondere in zeitlicher Hinsicht.

¹⁴So für § 32 EEG 2009 bereits *Clearingstelle EEG*, Votum v. 19.02.2014 – 2013/89, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/votv/2013/89>, Rn. 28 ff.

¹⁵So bereits *Clearingstelle EEG*, Votum v. 27.03.2013 – 2012/32, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/votv/2012/32>, Rn. 59 ff.

- 42 Dem steht auch nicht entgegen, dass der Stichtag 1. September 2003 ursprünglich eine Privilegierung von PV-Freiflächenvorhaben im Geltungsbereich von Bebauungsplänen gewähren sollte, die vor diesem Tag aufgestellt worden waren, und nur für später aufgestellte Bebauungspläne strengere Voraussetzungen normieren sollte. Denn die Privilegierung erfolgt durch die bisherige und die zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme geltende Rechtslage bereits dadurch, dass – über den allgemeinen Planungsvorbehalt hinaus – keine weitergehenden planungs- oder flächenbezogenen Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Mit dieser Privilegierung einher geht eine im Vergleich zu Konversionsflächen niedrigere Vergütung. Die erhöhte Konversionsflächenvergütung setzte hingegen von Anfang an voraus, dass sowohl die flächenbezogenen als auch die besonderen planungsbezogenen Voraussetzungen kumulativ erfüllt waren.
- 43 **Keine Vergleichbarkeit der Sachverhalte** Selbst wenn man von einer planwidrigen Regelungslücke ausginge, wäre der vorliegende Sachverhalt den von der Norm erfassten Sachverhalten in rechtlich-wertender Hinsicht nicht ähnlich. Zwar mag die Stadt das Vorhaben begrüßt haben und es in der Bevölkerung keinen Widerstand dagegen gegeben haben, jedoch ist der Ablauf vorliegend nicht mit einem förmlichen Bebauungsplanverfahren gleichzustellen.
- 44 So würde eine analoge Anwendung nicht dem Ansatz gerecht, dass die besonderen planungsbezogenen Voraussetzungen in besonderem Maße die Mitwirkung der Bevölkerung und der betroffenen Gemeinde gewährleisten sollen. Durch das formalisierte Verfahren der Beteiligung der Öffentlichkeit und der Träger öffentlicher Belange in einem – auch auf die Errichtung einer Solarstromanlage gerichteten – Bebauungsplanverfahren erfolgt in der Gemeinde eine Auseinandersetzung mit dem konkreten Vorhaben im Hinblick auf die dabei zu berücksichtigenden öffentlichen und privaten Belange.
- 45 Eine städtebauliche Entwicklung und Ordnung unter Berücksichtigung der in § 1 Abs. 6 BauGB enthaltenen Vorgaben und unter Abwägung der öffentlichen und privaten Belange gemäß § 1 Abs. 7 BauGB ist vorliegend jedoch nicht in vergleichbarer Weise erfolgt. Insbesondere liegt eine solche nicht in der Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens gemäß § 36 BauGB im Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens, denn hierin liegt kein Planungsinstrument.¹⁶

¹⁶So bereits *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 25.11.2010–2008/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2008/16>, Rn. 31.

- 46 Gleiches gilt im Hinblick auf die Öffentlichkeitsbeteiligung. Dass das Vorhaben im Bauausschuss der Stadt [...] in öffentlicher Sitzung beraten und beschlossen wurde und die Öffentlichkeit auch über die lokale Presse über das Vorhaben informiert wurde, ist in rechtlich-wertender Hinsicht nicht mit der in einem Bebauungsplanverfahren nach dem BauGB durchzuführenden Beteiligung der Öffentlichkeit gleichzusetzen.
- 47 Den Maßstab bildet dabei die Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 3 Abs. 2 BauGB.¹⁷ Im Rahmen eines Bebauungsplanverfahrens nach §§ 2 ff. BauGB sind insbesondere
- der Entwurf des Bebauungsplans mit der Begründung und den wesentlichen umweltbezogenen Stellungnahmen für die Dauer eines Monats öffentlich auszulegen,
 - Ort und Dauer der Auslegung sowie Angaben dazu, welche Arten umweltbezogener Informationen verfügbar sind, mindestens eine Woche vorher ortsüblich bekannt zu machen, wobei auf die Möglichkeit der Abgabe von Stellungnahmen während der Auslegungsfrist hinzuweisen ist,
 - die fristgemäß abgegebenen Stellungnahmen zu prüfen; das Ergebnis ist mitzuteilen.
- 48 Diesen Anforderungen genügte das Vorgehen der Stadt vorliegend nicht. Zwar hatten die Bürgerinnen und Bürger der Stadt die Möglichkeit, von dem Vorhaben Kenntnis zu erlangen. Die Information der Öffentlichkeit über die Presse sowie die Öffentlichkeit der Sitzung des Bauausschusses ist mit der Öffentlichkeitsbeteiligung in einem Bebauungsplanverfahren jedoch nicht gleichzusetzen. Insbesondere wurden die Planungen nicht zur Einsicht öffentlich ausgelegt und es bestand keine Möglichkeit, Einwendungen zu erheben, die im Rahmen einer Abwägungsentscheidung durch den Planungsträger zu berücksichtigen gewesen wären.

2.2.3 Kein Anspruch aus § 66 Abs. 1a Satz 2 i. V. m. Satz 1 EEG 2012 i. V. m. § 32 Abs. 1 EEG 2012 (a. F.)

- 49 Auch aus § 66 Abs. 1a Satz 2 i. V. m. Satz 1 EEG 2012 i. V. m. § 32 Abs. 1 EEG 2012 (a. F.) ergibt sich kein Vergütungsanspruch in Höhe von 15,95 Cent/kWh.

¹⁷So bereits *Clearingstelle EEG*, *Votum v. 27.03.2013 – 2012/32*, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/votv/2012/32>, Rn. 47.

- 50 Mit der Übergangsregelung in § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012 soll unter der Voraussetzung, dass die Anlage nach dem 30. Juni 2012 und vor dem 1. Oktober 2012 in Betrieb genommen wurde, die bisherige Rechtslage fortgelten mit der Maßgabe, dass ein Vergütungssatz von 15,95 Cent je kWh zu zahlen ist. Dieser Vergütungssatz entspricht bei fortgeschriebener Degression gemäß § 20 EEG 2012 (a. F.) dem erhöhten Satz für Anlagen auf Konversionsflächen gemäß § 32 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2012 (a. F.).¹⁸ Ausdrücklich geregelt wurde dieser Vergütungssatz in § 66 Abs. 18a EEG 2012 deshalb, weil aufgrund der Außerkraftsetzung der Degressionsregelungen in §§ 20 ff. EEG 2012 (a. F.) keine Ermittlung, Berechnung und Veröffentlichung des nach dem EEG 2012 (a. F.) für Anlagen mit einer Inbetriebnahme nach dem 30. Juni 2012 und vor dem 1. Oktober 2012 ab dem 1. April 2012 maßgeblichen Vergütungssatzes durch die Bundesnetzagentur mehr erfolgte. Es handelt sich jedoch um den Vergütungssatz, der maßgeblich gewesen wäre, wenn die Novellierung des EEG 2012 nicht zum 1. April 2012 in Kraft getreten wäre.
- 51 Wäre für die streitgegenständliche Anlage § 32 Abs. 1 EEG 2012 (a. F.) maßgeblich, lägen weder die Voraussetzungen des § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012 vor, noch wäre der dort geregelte Vergütungssatz passend. Vorhaben, die nach § 32 Abs. 1 EEG 2012 (a. F.) Anspruch auf Vergütung hätten, erhalten diese nur unter den Voraussetzungen des § 66 Abs. 18a Satz 1 EEG 2012. Hiernach muss die Anlage insbesondere nach dem 31. März 2012 und vor dem 1. Juli 2012 in Betrieb genommen worden sein. Das ist vorliegend nicht erfolgt; vielmehr ist die PV-Freiflächenanlage am 27. September 2012 in Betrieb genommen worden.

Dr. Lovens

Dr. Pippke

Dr. Winkler

Brohm

Weißborn

¹⁸S. die Begründung in BT-Drs. 17/9152, S. 38: „Für Anlagen auf Konversionsflächen werden durch Satz 2 auch Anlagen von der Übergangsregelung erfasst, die nach dem 30. Juni 2012 und vor dem 1. Oktober 2012 nach dem neuen, „technischen“ Inbetriebnahmebegriff in Betrieb genommen werden. Für sie gilt entsprechend der alten Rechtslage zum 1. Juli 2012 eine Degression von 15 Prozent; sie kommen so auf einen Vergütungssatz von 15,95 Cent je Kilowattstunde.“