

2017/19

27. Juni 2017

Votum

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

Leitsätze:

1. Eine Freiflächenanlage ist nur dann „im Geltungsbereich“ eines Bebauungsplans errichtet worden, wenn der Bebauungsplan zum Zeitpunkt der Errichtung der Freiflächenanlage bereits in Kraft getreten ist. In Fällen, in denen im ergänzenden Verfahren nach § 214 Abs. 4 BauGB¹ das Datum des Inkrafttretens eines Bebauungsplans rückwirkend geändert worden ist, ist dieses geänderte Datum maßgeblich.
2. Ein Bebauungsplan ist „beschlossen“ i. S. v. § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EEG 2009², wenn er von der Gemeinde bis zum Ablauf des 24. März 2010 gemäß § 10 Abs. 1 BauGB als Satzung beschlossen wurde (Fortführung des Hinweises 2010/8³ und des Votums 2010/10⁴). Spätere Beschlüsse in dem Bebauungsplanverfahren sind unerheblich, wenn der in Kraft getretene Bebauungsplan in den Grundzügen der Planung unverändert derjenige Bebauungsplan ist, der erstmalig vor dem 25. März 2010

¹Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung v. 23.09.2004 (BGBl. I S. 2414), zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes v. 29.05.2017 (BGBl. I S. 1298), nachfolgend: BauGB.

²Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074 ff.), in der durch Art. 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 11.08.2010 (BGBl. I S. 1170, sog. PV-Novelle 2010, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/eeeg2009/aenderung5>) geänderten Fassung, nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. – Arbeitsausgaben des EEG 2009 abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/eeeg2009/arbeitsausgabe>.

³Clearingstelle EEG, Hinweis v. 27.09.2010 – 2010/8, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/hinwv/2010/8>, Rn. 64 ff.

⁴Clearingstelle EEG, Votum v. 16.09.2010 – 2010/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/votv/2010/10>, Rn. 63.

beschlossen wurde (Fortführung des Votums 2010/11⁵ und des Votums 2013/50⁶).

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchstellerin –

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG durch den Vorsitzenden Dr. Lovens sowie die Mitglieder Richter und Dr. Winkler aufgrund der mündlichen Erörterung vom 13. April 2017 am 27. Juni 2017 einstimmig folgendes Votum:

Die Anspruchstellerin hat gegen die Anspruchsgegnerin für den in den Fotovoltaikmodulen des Solarparks [...] seit dem 29. Oktober 2010 erzeugten und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten Strom einen Anspruch auf Zahlung der Einspeisevergütung nach § 32 EEG 2009 in der zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme geltenden Fassung.

Ergänzender Hinweis der Clearingstelle EEG:

Wenn und soweit die Anspruchsgegnerin geringere oder höhere Vergütungen gezahlt hat, als es sich aus der Anwendung dieses Votums ergibt, so liegen hinsichtlich darauf beruhender Zahlungen oder Forderungen der Anspruchsgegnerin an die Anspruchstellerin die Voraussetzungen für nachträgliche Korrekturen im bundesweiten Ausgleich gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2017⁷ vor.

⁵Clearingstelle EEG, Votum v. 04.10.2010 – 2010/11, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2010/11>, Rn. 37.

⁶Clearingstelle EEG, Votum v. 03.12.2013 – 2013/50, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2013/50>, Rn. 44 ff.

⁷Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes zur Änderung der Bestimmungen zur Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung und zur Eigenversorgung v. 22.12.2016 (BGBl. I S. 3106), nachfolgend bezeichnet als EEG 2017. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2017/arbeitsausgabe>. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2017/arbeitsausgabe>.

Inhaltsverzeichnis

1	Tatbestand	3
2	Begründung	14
2.1	Verfahren	14
2.2	Würdigung	14
2.2.1	Prüfungsmaßstab	14
2.2.2	„im Geltungsbereich eines Bebauungsplans errichtet“	15
2.2.3	„vor dem 25. März 2010 beschlossener Bebauungsplan“	19
2.2.4	Vormalige Nutzung als Ackerfläche	22
2.2.5	Rechtsfolge	22

1 Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Einspeisevergütung für Strom aus dem Solarpark der Anspruchstellerin (nachfolgend: Freiflächenanlage). Insbesondere ist streitig, ob die Freiflächenanlage im Geltungsbereich eines vor dem 25. März 2010 beschlossenen Bebauungsplans errichtet worden ist.
- 2 Die Anspruchstellerin errichtete 2010 in [...] (nachfolgend: Vorhabensfläche) eine Freiflächenanlage mit einer installierten Leistung von 2,027 MW. Die Freiflächenanlage befindet sich im Gebiet des Bebauungsplans Nr. 1 der Gemeinde [...].
- 3 Der Bauantrag für die Freiflächenanlage ging am 18. März 2010 bei der Unteren Bauaufsichtsbehörde des Kreises [...] (nachfolgend: Baubehörde) ein. Ebenfalls am 18. März 2010 erteilte die Gemeinde ihr gemeindliches Einverständnis gemäß § 36 BauGB. Mit Schreiben vom 23. März 2010 an die Anspruchstellerin teilte die Baubehörde mit, dass der Antrag unvollständig sei und u. a. eine „Anerkennungserklärung nach § 33 Baugesetzbuch (Anlage)“ nachzureichen sei. Weiter heißt es:

„Das Baugrundstück befindet sich im Bereich eines in Aufstellung befindlichen Bebauungsplanes, der noch nicht rechtskräftig ist. Die Vorlage der Anerkennungserklärung ist gemäß § 33 Abs. 1 Nr. 3 BauGB Voraussetzung für die Zulässigkeit Ihres Vorhabens.“

- 4 Am 27. März 2010 unterzeichnete die Anspruchstellerin eine „Anerkennungserklärung nach § 33 Baugesetzbuch“ (nachfolgend: Anerkennungserklärung), in der sie sich verpflichtete, die künftigen Festsetzungen des geänderten Bebauungsplans Nr. 1 als verbindlich anzuerkennen. Die Anerkennungserklärung ging am 7. April 2010 bei der Baubehörde ein. Am 31. Mai 2010 erteilte die Baubehörde die Baugenehmigung.
- 5 Am 13. Juli 2010 begannen die Bauarbeiten und am 29. Oktober 2010 wurde die Freiflächenanlage in Betrieb genommen. Seitdem wird der in der Freiflächenanlage erzeugte Strom in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist.
- 6 Bei der Vorhabensfläche handelt es sich um eine Fläche, die gemäß den zur Akte gereichten „Nutzungsnachweisen zum Antrag auf Agrarförderung“ im Jahr
- 2006 im Umfang von 6 ha, 95 ar (netto) mit „Weizen“,
 - 2007 im Umfang von 6 ha, 95 ar (netto) mit „Winterraps (oo) zur Körnergewinnung“,
 - 2008 im Umfang von 6 ha, 95 ar (netto) mit „Winterweizen (ohne Durum)“ sowie
 - 2009 im Umfang von 6 ha, 88 ar (netto) mit „Winterroggen“

bebaut wurde. Ferner heißt es in der Anerkennungserklärung, dass es sich um eine Fläche handelt, „die seit Jahren als Ackerfläche“ bewirtschaftet wurde. Im Protokoll der Gemeindevertretung der Gemeinde [...] vom 23. November 2009, TOP 9 heißt es: „Die Gemeinde [...] beabsichtigt, ... dass eine Fläche von 7,2 ha für die Errichtung einer Freiflächensolaranlage ausgewiesen wird ... Es handelt sich dabei um eine Zusatznutzung auf der Grundnutzung Landwirtschaft.“⁸ Eine weitgehend identische Formulierung ist in der vom 23. Dezember 2009 bis zum 25. Januar 2010 ausgelegten Entwurfsfassung der 1. Änderung und Erweiterung des Bebauungsplans Nr. 1 unter Ziffer 1 enthalten, wobei dort die Fläche mit ca. 5,4 ha angegeben wird. In der Entwurfsfassung heißt es ferner: „Innerhalb des Flurstücks liegt zentral eine feuchte Senke, die im Rahmen der Ausgleichsbereitstellung als Biotop entwickelt wird.“ Unter Ziffer 4 heißt es weiter: „Die landwirtschaftliche Fläche im Geltungsbereich des Bebauungsplans ist bisher als Fläche für die Landwirtschaft ausgewiesen ...“⁹

⁸Auslassung nicht im Original.

⁹Auslassung nicht im Original.

- 7 Für die Errichtung der Freiflächenanlage wurde der Bebauungsplan Nr. 1 der Gemeinde [...] im Amt [...] geändert und erweitert. Das Bebauungsplanverfahren zum Erlass der ersten Änderung und Erweiterung des Bebauungsplans Nr. 1 verlief zusammengefasst wie folgt:

Datum	Verfahrensschritt	Urheber
31.07.09	Aufstellungsbeschluss	Gemeinde [...]
23.11.09	Entwurfs- und Auslegungsbeschluss	Gemeinde [...]
27.01.10	Beratung eingegangener Anregungen	Gemeinde [...]
27.01.10	Satzungsbeschluss	Gemeinde [...]
22.03.10	Entwurfs- und Aufstellungsbeschluss	Gemeinde [...]
31.03.10	Satzungsbeschluss, „Aufhebung“ des Beschl. v. 27.01.10	Gemeinde [...]
04.05.10	Genehmigung des Satzungsbeschlusses (v. 31.03.10) mit Auflagen	Landkreis [...]
30.06.10	Inkrafttreten (rückwirkend, s. u. Beschl. v. 12.12.16)	Gemeinde [...]
17.11.10	Beschluss zur Umsetzung der Genehmigungsaufgabe v. 04.05.10	Gemeinde [...]
13.12.10	Bekanntmachung der Genehmigung	Amt [...]
21.12.10	Inkrafttreten (später geändert)	Gemeinde [...]
12.12.16	Beschluss im ergänzenden Verfahren (§ 214 BauBG), rückwirkende Inkraftsetzung der 1. Änderung zum 30.06.2010	Gemeinde [...]
14.12.16	Bekanntmachung der Genehmigung des rückwirkenden Inkrafttretens	Amt [...]

- 8 Die Vorhabensfläche war ursprünglich durch den Bebauungsplan Nr. 1 der Gemeinde [...] für die Nutzung von Windenergie ausgewiesen.
- 9 Im Auszug aus der Niederschrift der Sitzung der Gemeindevertretung der Gemeinde [...] vom 31. Juli 2009 (nachfolgend: Beschluss vom 31. Juli 2009) heißt es:

„Die [...] GmbH & Co. KG] möchte eine Freiflächen-Photovoltaikanlage in der Gemeinde [...] errichten und diese als Bürgersolarpark betreiben. Ein schriftlicher Antrag liegt der Gemeinde vor.

... Insofern ist eine verbindliche Bauleitplanung nach dem Baugesetzbuch erforderlich, wobei für den Betreiber der Bebauungsplan Voraussetzung ist, um die Zahlung der Einspeisevergütung ... beanspruchen

zu können. Durch die Verknüpfung der Vergütungsverpflichtung nach § 11 Abs. 3 und 4 EEG mit dem Erfordernis einer Bauleitplanung haben die Gemeinden die Möglichkeit, Standorte für großflächige Photovoltaikanlagen zu bestimmen ...

Zur Umsetzung des Vorhabens wäre daher von der Gemeindevertretung der Aufstellungsbeschluss für [die] 1. Änderung und Erweiterung des B-Planes Nr. 1 der Gemeinde [...] zu fassen.

Beschluss:

1. Für das Gebiet ... wird die 1. Änderung und Erweiterung des B-Planes Nr. 1 aufgestellt. Es werden folgende Planungsziele verfolgt: Schaffung der planungsrechtlichen Voraussetzungen für den Betrieb einer großflächigen Photovoltaik-Freiflächenanlage.

2. ...¹⁰

10 Im Entwurfs- und Auslegungsbeschluss der Gemeinde [...] zur 1. Änderung und Erweiterung des Bebauungsplans Nr. 1 vom 23. November 2009 wird ausgeführt:

„Mit der geplanten Änderung und Erweiterung wird innerhalb des Geltungsbereiches des B-Planes Nr. 1 und angrenzend eine Fläche als Sondergebiet Photovoltaik ausgewiesen.“

11 Der Auszug aus der Niederschrift der Sitzung der Gemeindevertretung der Gemeinde [...] vom 27. Januar 2010 (nachfolgend: Beschluss vom 27. Januar 2010) enthält u. a. folgende Ausführungen:

„Beratung und Beschlussfassung über die Aufstellung der 1. Änderung und Erweiterung des B-Planes Nr. 1

a) Prüfung und Entscheidung über eingegangene Anregungen

b) Satzungsbeschluss

...

Beschluss:

1. Die während der öffentlichen Auslegung des Entwurfs der 1. Änderung und Erweiterung des B-Planes Nr. 1 abgegebenen Stellungnahmen der Öffentlichkeit und der Behörden und sonstiger Träger öffentlicher Belange hat die Gemeindevertretung ... geprüft ...

¹⁰Auslassungen nicht im Original.

2. Aufgrund § 10 des Baugesetzbuches (BauGB) beschließt die Gemeindevertretung die 1. Änderung und Erweiterung des Bebauungsplans Nr. 1 ... als Satzung.
3. Die Begründung wird gebilligt.
4. Der Beschluss des Bebauungsplans ... ist nach § 10 BauGB ortsüblich bekannt zu machen ...¹¹

12 Im Auszug aus der Niederschrift der Sitzung der Gemeindevertretung der Gemeinde [...] vom 22. März 2010 (nachfolgend: Beschluss vom 22. März 2010) heißt es:

„Der Entwurf der 1. Änderung und Erweiterung des B-Planes Nr. 1 wurde nach dem Verfahren nach § 3 Abs. 2 des Baugesetzbuches geändert und ist daher neu auszulegen. Da die Grundzüge der Planung nicht berührt werden, kann die Einholung der Stellungnahmen ... beschränkt werden.

Beschluss:

1. Der geänderte Entwurf der 1. Änderung und Erweiterung des Bebauungsplanes Nr. 1 ... wird in der vorliegenden Form gebilligt.
2. Der Entwurf des Planes und die Begründung sind nach § 4a Abs. 3 BauGB erneut öffentlich auszulegen. Stellungnahmen können nur zu den geänderten oder ergänzten Teilen abgegeben werden ...¹²

13 Im Auszug aus der Niederschrift der Sitzung der Gemeindevertretung der Gemeinde [...] vom 31. März 2010 (nachfolgend: Beschluss vom 31. März 2010) heißt es:

„Beratung und Beschlussfassung über die Aufstellung der 1. Änderung und Erweiterung des B-Planes Nr. 1
a) Prüfung und Entscheidung über eingegangene Anregungen
b) Satzungsbeschluss

¹¹ Auslassungen nicht im Original.

¹² Auslassungen nicht im Original. – Anm. der Clearingstelle EEG: Bei der Nennung von „§ 3 Abs. 2“ BauGB handelt es sich um ein Schreibversehen, gemeint ist offenkundig „§ 13 Abs. 2“.

...

Das Verfahren nach dem Baugesetzbuch ist durchgeführt und nunmehr abgeschlossen ... Die Gründe des erneuten Satzungsbeschlusses werden erläutert. Die Stellungnahmen werden anschließend von der Gemeindevertretung geprüft und ... beschlossen.

Beschluss:

1. Der Satzungsbeschluss über die 1. Änderung und Erweiterung des Bebauungsplans Nr. 1 ... vom 27.01.2010 wird aufgehoben.
2. Die während der öffentlichen Auslegung des Entwurfs der 1. Änderung und Erweiterung des B-Planes Nr. 1 abgegebenen Stellungnahmen der Öffentlichkeit und der Behörden und sonstiger Träger öffentlicher Belange hat die Gemeindevertretung ... geprüft ...
3. Aufgrund § 10 des Baugesetzbuches (BauGB) beschließt die Gemeindevertretung die 1. Änderung und Erweiterung des Bebauungsplans Nr. 1 ... als Satzung.
4. Die Begründung wird gebilligt.
5. Der Beschluss des Bebauungsplans ... ist nach § 10 BauGB ortsüblich bekannt zu machen ...¹³

14 Zu den Hintergründen der neuerlichen Beratung und Beschlussfassung heißt es in einer E-Mail der Planerin [...] an die Naturschutzabteilung des Kreises [...] vom 23. März 2010:

„... die Gemeinde [...] hat den Satzungsbeschluss zurückgenommen. Die Grenze des B-Plans hat sich geringfügig geändert. Es ist ein Klärteich sowie zwei Nebengebäude teilweise innerhalb des Geltungsbereiches im Rahmen der Richtigkeitsbescheinigung aufgetaucht. Daher musste der Geltungsbereich geringfügig geändert werden. Parallel ist aufgrund der im Süden verlorengegangenen Baufläche eine gleich große Fläche im Norden von der Ausgleichsfläche in die Baufläche übernommen worden.

Da wir kurzfristig den Satzungsbeschluss (am 31.03.2010) fassen möchten, bitte ich um kurzfristige Rückmeldung zur veränderten

¹³Auslassungen nicht im Original.

Planung, um dann zeitnah den selbstständigen B-Plan... beim Kreis zur Genehmigung vorlegen zu können.

Es sind sowohl der Ursprungsplan vom 14.12.2009 angefügt als auch der nun aktuelle B-Plan...¹⁴

- 15 In der Antwort-E-Mail vom 28. April 2010 stellt der Kreis fest, dass „in der bisherigen Planung ausreichend Ausgleich vorgehalten wurde“, so dass „durch die Änderung naturschutzfachliche / -rechtliche Belange nicht betroffen“ seien.
- 16 Auf Antrag der Anspruchstellerin vom 1. Dezember 2016 leitete die Gemeinde [...] ein ergänzendes Verfahren nach § 214 Abs. 4 BauGB ein, um nicht auszuschließende Abwägungsfehler zu beheben und den Bebauungsplan rückwirkend zum 30. Juni 2010 in Kraft zu setzen. Im Auszug aus der Niederschrift der Sitzung der Gemeindevertretung der Gemeinde [...] vom 12. Dezember 2016 (nachfolgend: Beschluss vom 12. Dezember 2016) heißt es:

„Beschluss zur 1. Änderung und Erweiterung des Bebauungsplanes Nr. 1 der Gemeinde [...] hier: Ergänzendes Verfahren...“

Der Netzbetreiber... fordert von dem Bürgersolarpark einen Nachweis über die Errichtung des Solarparks im Geltungsbereich eines Bebauungsplans durch Vorlage der öffentlichen Bekanntmachung zum Inkrafttreten des B-Planes. Der Netzbetreiber geht davon aus, dass die Photovoltaikanlage nicht im Geltungsbereich eines B-Planes errichtet wurde und deshalb die Vergütungsvoraussetzungen nach § 32 EEG in der zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme gültigen Fassung nicht erfüllt seien. Zudem behalte sich der Netzbetreiber eine Rückforderung der Vergütung vor und hat bereits seit Juli 2016 die Stromlieferungen des Bürgersolarparks nicht mehr vergütet. Der Antrag des Bürgersolarparks... wird... bekannt gegeben. Mit dem Antrag wird gebeten, wegen eines nicht auszuschließenden Abwägungsfehlers den B-Plan im Rahmen eines ergänzenden Verfahrens nach § 214 Abs. 4 BauGB rückwirkend zum 30.06.2010 in Kraft zu setzen...

¹⁴Auslassungen nicht im Original.

Beschluss:

1. Wegen Zweifeln an der Fehlerfreiheit der 1. Änderung und Erweiterung des Bebauungsplanes Nr. 1 wird ein ergänzendes Verfahren gemäß § 214 Absatz 4 BauGB zur Heilung des Abwägungsfehlers beschlossen.
2. Die 1. Änderung und Erweiterung des Bebauungsplanes Nr. 1 der Gemeinde [...] wird im Ergebnis der Ermessensentscheidung im Rahmen des ergänzenden Verfahrens gemäß § 214 Abs. 4 BauGB rückwirkend zum 30. Juni 2010 in Kraft gesetzt. Dies ist der Zeitpunkt zu dem der Bebauungsplan – hätte er nicht an Fehlern gelitten – ursprünglich in Kraft getreten wäre.
3. ...“

- 17 Der Beschlusstenor zu Ziffer 2 wurde in der Bekanntmachung des Amtes [...] vom 14. Dezember 2016 wörtlich übernommen.
- 18 **Die Anspruchstellerin** behauptet, die Vorhabensfläche sei in den drei dem Satzungsbeschluss vorhergehenden Jahren als Ackerfläche i. S. v. § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EEG 2009 genutzt worden. Bei dem im Zuge des Bebauungsplanverfahrens eingerichteten Feuchtbiotop habe es sich um eine feuchte Senke gehandelt, die zusammen mit den umgebenden Flächen beackert worden sei.
- 19 Sie ist der Auffassung, ihre Freiflächenanlage sei „im Geltungsbereich“ eines Bebauungsplans errichtet worden. Denn die Gemeinde [...] habe im Dezember 2016 die 1. Änderung und Erweiterung des Bebauungsplans Nr. 1 rückwirkend zum 30. Juni 2010 in Kraft gesetzt hat. Dieses Datum sei bei der Anwendung von § 32 Abs. 2 und 3 EEG 2009 maßgeblich. Entscheidend sei allein das Ergebnis der nach dem BauGB durchgeführten Verfahren. Eine Rechtmäßigkeitskontrolle der bauplanungsrechtlichen Verfahren bei der Anwendung des EEG komme nicht in Betracht.
- 20 Das rückwirkende Inkraftsetzen des Bebauungsplans sei weder eine unzulässige Rechtsausübung noch liege sonst ein Fall der Verwirkung vor. Zwar käme eine unzulässige Rechtsausübung in Betracht, wenn die am ergänzenden Verfahren Beteiligten eine ihnen zustehende Rechtsposition – hier: die Möglichkeit, den Satzungsbeschluss rückwirkend in Kraft zu setzen – zweckwidrig zur Verwirklichung ihrer Interessen eingesetzt hätten. Dies sei hier aber nicht der Fall, weil Sinn und Zweck des § 214 Abs. 4 BauGB sei, aufwändige Planungsverfahren zu retten und

hierdurch das Vertrauen der Betroffenen in die Wirksamkeit des Bebauungsplans zu schützen. Ziel des Bebauungsplanverfahrens sei es gewesen, den wirtschaftlichen Betrieb der geplanten Freiflächenanlage zu ermöglichen, wie sich insbesondere aus dem Aufstellungsbeschluss vom 31. Juli 2009 ergebe. Angesichts des drohenden Vergütungsausschlusses sei es daher kein zweckwidriger, sondern ein zweckmäßiger Gebrauch des § 214 Abs. 4 BauGB gewesen, den Bebauungsplan rückwirkend in Kraft zu setzen, um die Vergütungsvoraussetzungen zu sichern. Andernfalls wäre das Bebauungsplanverfahren obsolet geworden. Der Wille der Gemeinde, durch das ergänzende Verfahren nach § 214 Abs. 4 BauGB allein die Vergütungsfähigkeit des Bürgersolarparks herzustellen, sei daher nicht zu beanstanden. Auch eine Verwirkung komme nicht in Betracht, da in der baurechtlichen Literatur eine rückwirkende Heilung auch noch 23 Jahre nach Satzungsbeschluss für zulässig erachtet werde. Es bestehe auch kein schutzwürdiges Vertrauen der Planbetroffenen in die Unwirksamkeit einer Satzung.

- 21 Hilfsweise, sollte das Inkrafttreten zum 21. Dezember 2010 für die Anwendung von § 32 Abs. 3 EEG 2009 maßgeblich sein, beruft sich die Anspruchstellerin auf das Votum der Clearingstelle EEG vom 3. Dezember 2013,¹⁵ wonach ab dem Inkrafttreten des Bebauungsplans § 32 Abs. 2 EEG 2009 analog anzuwenden und ab diesem Zeitpunkt die Vergütung zu zahlen sei, wenn die Baugenehmigung unter Anwendung von § 33 BauGB erteilt worden ist. Dies sei hier der Fall. Das Urteil des *BGH* vom 18. Januar 2017 – VIII ZR 278/15¹⁶ stehe dem nicht entgegen, weil diesem eine Inbetriebnahme vor dem Satzungsbeschluss und zudem die Rechtslage unter Geltung des EEG 2012¹⁷ zugrunde lagen. Im Umkehrschluss aus den Ausführungen des *BGH* ergebe sich, dass unter Geltung des EEG 2009 dem Gesetzgeber die Problematik der vorzeitigen Inbetriebnahme von Freiflächenanlagen nicht bewusst gewesen sei, so dass Raum für einen Analogieschluss bleibe.
- 22 Sie ist weiter der Auffassung, für die Vorhabensfläche ihrer Freiflächenanlage liege gemäß § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EEG 2009 ein „vor dem 25. März 2005 beschlossener

¹⁵Anm. der Clearingstelle EEG: *Clearingstelle EEG*, Votum v. 03.12.2013 – 2013/50, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/votv/2013/50>.

¹⁶Anm. der Clearingstelle EEG: Siehe <https://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/3438>.

¹⁷Gesetz 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), außer Kraft gesetzt durch Art. 23 Satz 2 des Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), nachfolgend bezeichnet als EEG 2012. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2012/arbeitsausgabe>.

Bebauungsplan“ vor. Maßgeblich sei hier der Beschluss vom 27. Januar 2010, welcher durch den Beschluss vom 31. März 2010 nur modifiziert worden sei. So habe die Clearingstelle EEG im Votum 2010/11, Rn. 37¹⁸ festgestellt, dass ein zweiter Satzungsbeschluss für die Stichtagsregelung in § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EEG 2009 n.F. unerheblich sei, wenn der Bebauungsplan unverändert derjenige ist, der erstmalig vor dem Stichtag beschlossen wurde. Hier sei der Bebauungsplan in diesem Sinne unverändert, wie sich auch aus der Anwendung des Hinweises der Clearingstelle EEG 2010/8, Rn. 80 ff.¹⁹ ergebe.

- 23 **Die Anspruchsgegnerin** bestreitet, dass die Vorhabensfläche vollständig als Ackerfläche genutzt worden sei; sie erklärt sich mit Nichtwissen hinsichtlich der vormaligen Nutzung des in der Vorhabensfläche befindlichen Feuchtbiotops.
- 24 Sie ist der Auffassung, die Voraussetzungen von § 32 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009 lägen nicht vor. Denn die Freiflächenanlage sei nicht im Geltungsbereich eines Bebauungsplans errichtet worden, weil die 1. Änderung und Erweiterung des Bebauungsplans Nr. 1 erst im Dezember 2010 und damit nach der Errichtung der Freiflächenanlage in Kraft getreten sei. § 32 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009 verlange, dass der maßgebliche Bebauungsplan vor der Anlagenerrichtung in Kraft getreten ist. Dies ergebe sich schon aus dem Wortlaut, da der „Geltungsbereich“ die Geltung des Bebauungsplans und damit dessen Inkrafttreten voraussetze. Dies habe die Clearingstelle EEG zur Vorgängerregelung in § 11 Abs. 3 EEG 2004 im Votum 2011/9, Rn. 35 ebenso beurteilt.²⁰ Auch die systematische Auslegung, die Gesetzeshistorie sowie Sinn und Zweck der Regelung verlangten, dass der Bebauungsplan bei der Anlagenerrichtung bereits in Kraft getreten sein muss.
- 25 Eine Heilung durch das rückwirkende Inkrafttreten des Bebauungsplans zum 30. Juni 2010 komme nicht in Betracht, weil damit die gesetzgeberische Intention für die rigiden Voraussetzungen bei der Errichtung von Freiflächenanlagen unterlaufen würden. Dagegen sprächen auch die Erwägungen des *BGH* in seinem Urteil vom 18. Januar 2017.²¹ Im Übrigen sei fraglich, ob tatsächlich Abwägungsfehler zur rückwirkenden Heilung nach § 214 BauGB geführt hätten. Aus einer Zeitungsmeldung vom 22. Dezember 2016 ergebe sich, dass das Heilungsverfahren nur erfolgt sei, um nach-

¹⁸Clearingstelle EEG, Votum v. 04.10.2010–2010/11, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2010/11>.

¹⁹Clearingstelle EEG, Hinweis v. 27.09.2010–2010/8, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/binvw/2010/8>.

²⁰Anm. der Clearingstelle EEG: Siehe <https://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2011/9>.

²¹Anm. der Clearingstelle EEG: Siehe <https://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/3438>.

träglich die Vergütungsvoraussetzungen nach dem EEG zu schaffen. Das ergänzende Verfahren sei damit nur „vorgeschoben“.

- 26 Auch eine analoge Anwendung von § 32 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009 komme nicht in Betracht. Dagegen sprächen sowohl das Urteil des *BGH* vom 18. Januar 2017 – VIII ZR 278/15 als auch das Urteil des *OLG Naumburg* v. 16. April 2015 – 2 U 82/14.²² Vorsorglich macht sie geltend, dass es in jedem Fall an der Planreife i. S. v. § 33 BauGB gefehlt habe.
- 27 Schließlich seien die flächenbezogenen Voraussetzungen von § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EEG 2009 nicht erfüllt. Denn diese Regelung setze voraus, dass sich die Freiflächenanlage auf Grünflächen befinden muss, die in einem „vor dem 25. März 2010 beschlossenen“ Bebauungsplan zur Errichtung der Freiflächenanlage ausgewiesen sein muss. Hier aber sei der Bebauungsplan erst am 31. März 2010 und damit nach dem Stichtag beschlossen worden, weil dieser Beschluss maßgeblich für das weitere Bebauungsplanverfahren gewesen sei. Der Satzungsbeschluss vom 27. Januar 2010 sei unerheblich, weil dieser von der Gemeinde ausdrücklich durch den Beschluss vom 31. März 2010 „aufgehoben“ worden sei. Die Anspruchsgegnerin beruft sich insoweit auf den Hinweis 2010/8 der Clearingstelle EEG vom 27. September 2010.²³
- 28 Mit Beschluss vom 23. März 2017 hat die Clearingstelle EEG das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG (VerfO)²⁴ nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautet:

Hat die Anspruchstellerin gegen die Anspruchsgegnerin für den in den Fotovoltaikmodulen des Solarparks [...] seit dem 29. Oktober 2010 – hilfsweise: ab dem 21. Dezember 2010 – erzeugten und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten Strom einen Anspruch auf Zahlung der Einspeisevergütung nach § 32 EEG 2009 in der zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme geltenden Fassung?

²²Anm. der Clearingstelle EEG: Siehe <https://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/2792>.

²³Anm. der Clearingstelle EEG: Siehe <https://www.clearingstelle-ee.de/hinwv/2010/8>.

²⁴Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG i. d. F. v. 04.08.2015, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/downloads>.

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 29 Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus § 26 Abs. 1 i. V. m. § 2 Abs. 5 VerfO. Es wurde eine mündliche Erörterung durchgeführt, § 28 Abs. 2 VerfO. Die Beschlussvorlage hat gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied der Clearingstelle EEG Dr. Winkler erstellt.

2.2 Würdigung

- 30 Die Anspruchstellerin hat gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch darauf, dass der in ihrer Freiflächenanlage erzeugte Strom nach § 32 EEG 2009 in der bis zum Zeitpunkt ihrer Inbetriebnahme geltenden Fassung (siehe Abschnitt 2.2.1) vergütet wird. Der Anspruch besteht für die seit der Inbetriebnahme der Freiflächenanlage eingespeisten Strommengen. Denn die Freiflächenanlage wurde im Geltungsbereich eines Bebauungsplans errichtet (dazu Abschnitt 2.2.2), welcher vor dem 25. März 2010 zur Errichtung dieser Anlage beschlossen wurde (dazu Abschnitt 2.2.3) und zum Zeitpunkt des Beschlusses über die Änderung des Bebauungsplans in den drei vorangegangenen Jahren als Ackerland genutzt wurde (dazu Abschnitt 2.2.4).

2.2.1 Prüfungsmaßstab

- 31 Da die Freiflächenanlage am 29. Oktober 2010 in Betrieb genommen wurde, ist § 32 EEG 2009 in der durch die „PV-Novelle“²⁵ 2010 geänderten Fassung anzuwenden. Die hier maßgeblichen Regelungen des § 32 EEG 2009 lauten wie folgt:

„(1) ...

- (2) Sofern die Anlage nicht an oder auf einer baulichen Anlage angebracht ist, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden ist, besteht die Vergütungspflicht des Netzbetreibers nur, wenn die Anlage

²⁵Erstes Gesetz zur Änderung des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes v. 11.08.2010 in der am 17.08.2010 im Bundesgesetzblatt (BGBl. I S. 1170) veröffentlichten Fassung, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/eeeg2009/aenderung5>.

1. im Geltungsbereich eines Bebauungsplans im Sinne des § 30 des Baugesetzbuches . . . in der jeweils geltenden Fassung
2. . . .
errichtet worden ist.
- (3) ¹Für Strom aus einer Anlage nach Absatz 2, die im Geltungsbereich eines Bebauungsplans errichtet wurde, der zumindest auch zu diesem Zweck nach dem 1. September 2003 aufgestellt oder geändert worden ist, besteht die Vergütungspflicht des Netzbetreibers nur, wenn sich die Anlage
 1. . . .
 2. . . .
 3. auf Grünflächen befindet, die zur Errichtung dieser Anlage in einem vor dem 25. März 2010 beschlossenen Bebauungsplan ausgewiesen sind und zum Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans in den drei vorangegangenen Jahren als Ackerland genutzt wurden, und sie vor dem 1. Januar 2011 in Betrieb genommen wurde oder
 4. . . .
 - 2“²⁶

2.2.2 „im Geltungsbereich eines Bebauungsplans errichtet“

- 32 Die Freiflächenanlage ist im Geltungsbereich eines Bebauungsplans errichtet worden.
- 33 Unstreitig ist die Freiflächenanlage zwischen Juli und Oktober 2010 errichtet worden, wobei dahinstehen kann, auf welches Datum es dabei genau ankommt.²⁷ Die Errichtung fand damit nach dem Datum des rückwirkend im ergänzenden Verfahren nach § 214 Abs. 4 BauGB bestimmten Inkrafttretens – also nach dem 30. Juni 2010 – statt. Der zunächst angenommene Zeitpunkt des Inkrafttretens der 1. Änderung und Erweiterung des Bebauungsplans Nr. 1 am 21. Dezember 2010 ist baurechtlich und auch für die Anwendung des EEG mit dem Abschluss des ergänzenden Verfahrens unbeachtlich geworden.

²⁶Auslassungen und Satznummerierungen nicht im Original.

²⁷Nach *Heinemann*, in: Gabler/Metzenthin (Hrsg.), EEG Praxiskommentar, Stand: 01 – 11, § 32 Rn. 21, soll es auf den Abschluss der Errichtung ankommen.

- 34 Eine Freiflächenanlage ist nur dann „im Geltungsbereich“ eines Bebauungsplans errichtet worden, wenn der Bebauungsplan zum Zeitpunkt der Errichtung der Anlage bereits in Kraft getreten ist.²⁸
- 35 In Fällen, in denen im ergänzenden Verfahren nach § 214 Abs. 4 BauGB das Datum des Inkrafttretens eines Bebauungsplans rückwirkend geändert worden ist, ist grundsätzlich dieses geänderte Datum maßgeblich. Soweit also im ergänzenden Verfahren nach § 214 Abs. 4 BauGB das Inkrafttreten eines Bebauungsplans rückwirkend geändert wurde und diese Änderung Bestandskraft erlangt hat, ist bei der Entscheidung, ob ein Vergütungsanspruch besteht oder nicht, das rückwirkend festgesetzte Datum – gleichgültig, ob dieses Datum vor oder nach dem zunächst ermessensfehlerhaft bewirkten Datum des Inkrafttretens liegt – entscheidend. Dabei ist es nicht Aufgabe der Clearingstelle EEG, die formelle oder materielle Rechtmäßigkeit des ergänzenden Verfahrens zu prüfen und dessen Ergebnis ggf. zu verwerfen. Denn dabei handelt es sich um Fragen des Baurechts, für deren abschließende Klärung allein die Verwaltungsgerichte zuständig sind.²⁹
- 36 Für die Frage der Vergütungsfähigkeit gemäß § 32 Abs. 2 und 3 EEG 2009 ist entscheidend, dass der darin enthaltene Planungsvorbehalt *allein* der Gemeinde die Entscheidungsbefugnis darüber einräumen wollte, ob in ihrem Gemeindegebiet eine vergütungsfähige Freiflächenanlage errichtet werden soll oder nicht. Entscheidet sich die Gemeinde – wie hier – *dafür*, dann lässt sich dem EEG nicht entnehmen, dass die Gemeinde daran gehindert werden soll, im ergänzenden Verfahren die Voraussetzungen für die Vergütungsfähigkeit der gewollten Freiflächenanlage herzustellen. Die Anspruchsgegnerin nimmt im vorliegenden Verfahren zwar zutreffend an, dass es der Gemeinde mit dem ergänzenden Verfahren allein darum ging, die Vergütungsfähigkeit der Freiflächenanlage zu retten. Dem EEG lässt sich aber nicht entnehmen, dass eine solche „Rettung“ zum Ausschluss der Vergütung führt. Das EEG 2004 und 2009 verlangen eine positive, durch Satzungsbeschluss und Inkrafttreten des Bebauungsplans nach § 10 BauGB manifestierte Entscheidung der Gemeinde zugunsten

²⁸Vgl. *Clearingstelle EEG*, Votum v. 03.12.2013 – 2013/50, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2013/50>, Rn. 34 ff. (zum EEG 2009); *Clearingstelle EEG*, Votum v. 05.10.2011 – 2011/9, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2011/9>, Rn. 43 (zum EEG 2004); ebenso *LG Frankfurt (Oder)*, Urt. v. 20.11.2013 – 11 O 325/13, nicht veröffentlicht; a. A. *OLG Koblenz*, Urt. v. 23.01.2013 – 5 U 1276/12, BeckRS 2013, 22535, S. 7, wonach es unerheblich sein soll, wenn die Anlage vor dem Inkrafttreten des Bebauungsplans errichtet und in Betrieb genommen wurde, solange dies jedenfalls nach dem Aufstellungsbeschluss geschehen sei.

²⁹Vgl. zur rückwirkenden Fehlerbehebung im ergänzenden Verfahren *BVerwG*, Beschl. v. 16.06.2010 – 4 BN 67.09, Rn. 7 ff.; *BVerwG*, Beschl. v. 18.07.2003 – 4 B 49.03, Rn. 4; *Sächsisches OVG*, Urt. v. 16.11.2015 – 1 C 15/14, Rn. 35 (alle zitiert nach juris).

der Freiflächenanlage. Dabei ist es zwar der gesetzgeberisch vorgesehene „Normalfall“, dass diese Manifestation des gemeindlichen Willens *vor* der Errichtung der Freiflächenanlage mit dem Inkrafttreten des Bebauungsplans abgeschlossen worden ist. Wird die Freiflächenanlage unter Geltung des EEG 2004 oder des EEG 2009 noch vor dem Inkrafttreten des Bebauungsplans errichtet, so folgt daraus *zunächst*, dass kein Vergütungsanspruch besteht. Der Vergütungsanspruch entsteht aber, wenn und sobald die Gemeinde im ergänzenden Verfahren zum Ausdruck bringt, dass der Abschluss der „Manifestation“ nur versehentlich nach der Errichtung der Freiflächenanlage erfolgte.

- 37 Der vorliegende Fall zeigt, wie auch andere der Clearingstelle EEG zur Kenntnis gelangte Fälle, dass viele Gemeinderäte in den Jahren vor 2012 irrtümlich davon ausgingen, bereits mit dem Aufstellungsbeschluss alles Notwendige getan zu haben, um der im Gemeindegebiet gewollten Freiflächenanlage die Vergütung zu sichern. Denn es wäre dem Gemeinderat ohne Weiteres möglich gewesen, die nach dem Satzungsbeschluss i. S. v. § 10 Abs. 2 BauGB noch notwendigen Verfahrensschritte, insbesondere die Verkündung, deutlich zügiger zu erledigen. Dass die Gemeinde sich mit den abschließenden Verfahrensschritten reichlich Zeit ließ,³⁰ nachdem bei den vorherigen Verfahrensschritten bis zu den Satzungsbeschlüssen offensichtlich auf eine zügige Bearbeitung Wert gelegt wurde,³¹ deutet darauf hin, dass die Gemeindevertreter fälschlich annahmen, bereits alles Notwendige getan zu haben, um die Vergütung für die Freiflächenanlage zu sichern. Es ist aber nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber mit dem Planungsvorbehalt in § 32 Abs. 2 EEG 2009 eine Korrektur derartiger Irrtümer mit dem vollständigen und irreversiblen Vergütungsverlust sanktionieren wollte. Der Gemeinde ist es daher nicht verwehrt, alle nach dem BauGB zur Verfügung stehenden Mittel auszuschöpfen, um ihre positive Entscheidung zugunsten einer vergütungsfähigen Freiflächenanlage auch wirksam werden zu lassen, denn der Planungsvorbehalt nach dem EEG enthält kein Gebot, die Errichtung und die Vergütungsfähigkeit einer Freiflächenanlage durch die Gemeinde möglichst *nicht* zu fördern. Andernfalls müsste jedwede Heilung von bauplanungsrechtlichen Verfahrens- oder Abwägungsfehlern als EEG-widrige Umgehung des Planungsvorbehalts qualifiziert werden, was sich dem EEG jedoch nicht entnehmen lässt.
- 38 Bei alledem handelt es sich nicht um eine Umgehung des EEG-rechtlichen Planungsvorbehalts, weil der Anlagenbetreiber, der vor dem Inkrafttreten des Bebauungsplans

³⁰Beispielsweise verging zwischen der Genehmigung des Bebauungsplans vom 04.05.2010 und dem Beschluss zur Umsetzung der Genehmigungsaufflage am 17.11.2010 über ein halbes Jahr.

³¹Vgl. die Begriffe „kurzfristig“ und „zeitnah“ in der E-Mail der Planerin [...], Rn. 14.

seine Anlage errichtet und in Betrieb genommen hat, vorläufig keinen Vergütungsanspruch geltend machen kann. Der Anlagenbetreiber trägt somit das Risiko, dass die Gemeinde kein ergänzendes Verfahren durchführt und das Inkrafttreten des Bebauungsplans nicht vor der Errichtung der Freiflächenanlage liegt. Der Wille des Gesetzgebers des EEG 2004 und EEG 2009, dass nur Freiflächenanlagen im Geltungsbereich beschlossener Bebauungspläne eine Vergütung erhalten, kommt auf diese Weise hinreichend zum Tragen.

- 39 Dem steht auch nicht das Urteil des *BGH* vom 18. Januar 2017³² entgegen. Darin hat der *BGH* entschieden, dass § 32 EEG 2012 weder unmittelbar noch analog anwendbar ist, wenn im Zeitpunkt der Errichtung der Anlage ein Satzungsbeschluss nach § 10 BauGB über den Bebauungsplan noch nicht vorlag und dass ein Vergütungsanspruch – auch für spätere Zeiträume – selbst dann nicht in Betracht komme, wenn die Errichtung der Anlage auf der Grundlage einer nach § 33 BauGB erteilten Baugenehmigung erfolgte und der Satzungsbeschluss über den Bebauungsplan anschließend noch gefasst wurde. Gegenstand des Urteils war also im Kern, ob es für § 32 EEG 2012 entscheidend auf den Aufstellungsbeschluss (§ 2 BauGB) oder auf den Satzungsbeschluss (§ 10 BauGB) ankommt.³³ Diese Frage ist hier aber nicht relevant, da die Errichtung der Freiflächenanlage in jedem Fall nach dem Satzungsbeschluss erfolgte. Auch die vom *BGH* verneinte Frage, ob bei einer gemäß § 33 BauGB erteilten Baugenehmigung § 32 EEG 2012 analog angewendet werden könne,³⁴ ist im vorliegenden Verfahren nicht entscheidungserheblich. Die entscheidende Frage, welche Auswirkungen ein rückwirkendes Inkrafttreten des Bebauungsplans gemäß § 214 Abs. 4 BauGB hat, war vom *BGH* nicht zu beantworten. Die Erwägungen, die der *BGH* dafür heranzieht, dass es nach dem EEG 2012 maßgeblich auf den Satzungsbeschluss ankommt und dass ein Analogieschluss unzulässig ist, können für die Entscheidung, ob das rückwirkende Inkrafttreten des Bebauungsplans nach dem EEG 2009 entscheidend ist, jedenfalls nicht herangezogen werden, weil es sich dabei um grundlegend andere rechtliche Fragen handelt.

³²*BGH*, Urt. v. 18.01.2017 – VIII ZR 278/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/3438>

³³*BGH*, Urt. v. 18.01.2017 – VIII ZR 278/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/3438>, Rn. 18–26.

³⁴*BGH*, Urt. v. 18.01.2017 – VIII ZR 278/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/3438>, Rn. 27–33.

2.2.3 „vor dem 25. März 2010 beschlossener Bebauungsplan“

- 40 Die Vorhabensfläche befindet sich in einem zur Errichtung der Freiflächenanlage vor dem 25. März 2010 beschlossenen Bebauungsplan. Maßgeblich ist hierfür der Beschluss der Gemeinde [...] vom 27. Januar 2010 und nicht der Beschluss vom 31. März 2010. Denn ein Bebauungsplan ist dann „beschlossen“, wenn er von der Gemeinde bis zum Ablauf des 24. März 2010 gemäß § 10 Abs. 1 BauGB als Satzung beschlossen wurde.³⁵ Spätere Beschlüsse in dem Bebauungsplanverfahren sind unerheblich, wenn der in Kraft getretene Bebauungsplan in den Grundzügen der Planung unverändert derjenige Bebauungsplan ist, der erstmalig vor dem 25. März 2010 beschlossen wurde.³⁶
- 41 Eine solche Kontinuität in den Grundzügen der Planung ist hier gegeben. Zwar hat die Gemeinde [...] im Beschluss vom 31. März 2010 formuliert, dass sie den vorherigen Satzungsbeschluss vom 27. Januar 2010 „aufgehoben“ habe. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass die Gemeinde das bisherige Bebauungsplanverfahren materiell aufgeben und ein gänzlich neues Verfahren einleiten wollte. Aus den Umständen des gesamten Planungsverfahrens ergibt sich vielmehr, dass die Gemeinde durch den Beschluss vom 31. März 2010 das bereits 2009 begonnene und am 27. Januar 2010 zunächst als abgeschlossen betrachtete Bebauungsplanverfahren lediglich geringfügig ändern wollte, nachdem ein kleiner Teil des Plangebietes („Die Grenze des B-Plans hat sich geringfügig geändert. Es ist ein Klärteich sowie zwei Nebengebäude teilweise innerhalb des Geltungsbereiches... aufgetaucht. Daher musste der Geltungsbereich geringfügig geändert werden.“)³⁷ aus der Planung herausgenommen werden musste. Auch die Formulierung im Beschluss vom 22. März 2010, wonach „die Grundzüge der Planung“ durch die Änderung nicht berührt werden, die Bezugnahme der Planerin [...] auf den „Ursprungsplan vom 14.12.2009“ (s. Rn. 14) sowie die kontinuierlich verwendete Bezeichnung „1. Änderung und Erweiterung des B-Planes Nr. 1“ sprechen dafür, dass es sich bei dem Beschluss vom 31. März 2010 um eine auf dem Beschluss vom 27. Januar 2010 aufbauende und unmittelbar daran anknüpfende Entscheidung der Gemeinde handelte. Hingegen liegen keine

³⁵ Clearingstelle EEG, Hinweis v. 27.09.2010–2010/8, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/bin/wv/2010/8>, Rn. 64 ff.; Clearingstelle EEG, Votum v. 16.09.2010–2010/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2010/10>, Rn. 63.

³⁶ Clearingstelle EEG, Votum v. 04.10.2010–2010/11, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2010/11>, Rn. 37; Clearingstelle EEG, Votum v. 03.12.2013–2013/50, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2013/50>, Rn. 44 ff.

³⁷ Siehe oben Rn. 14.

Anhaltspunkte vor, dass mit dem Beschluss vom 31. März 2010 ein „echtes“ Aufhebungsverfahren (vgl. § 1 Abs. 8 BauGB) eingeleitet werden sollte. Es spricht daher – ohne dass dies von der Clearingstelle EEG abschließend beurteilt werden kann oder muss – vieles dafür, dass das Wort „aufgehoben“ im Beschluss vom 31. März 2010 rechtsirrig verwendet wurde, da faktisch keine Aufhebung, sondern eine Änderung des beschlossenen (aber noch nicht in Kraft getretenen) Bebauungsplans erfolgt ist.

- 42 Dies entspricht Sinn und Zweck des in § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EEG 2009 enthaltenen Planungsvorbehalts und der Stichtagsregelung. Hierzu hat die 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) in einem die Einführung von § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EEG 2009 betreffenden Verfahren u. a. wie folgt ausgeführt:

„Erst der Beschluss über den Bebauungsplan bot eine verlässliche Grundlage für Investitionen und infolgedessen für berechtigtes Vertrauen. Das ergibt sich aus den einfachrechtlichen Regelungen über die Aufstellung von Bebauungsplänen, die auch der Gesetzgeber bei der Anordnung der Vergütungspflicht für Strom aus Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie auf ehemaligen Ackerflächen im Blick gehabt hat.

...

Die Forderung nach einem die Errichtung und den Betrieb der Anlage ermöglichenden Bebauungsplan hat der Gesetzgeber gerade mit der Überlegung in das Gesetz aufgenommen, dass die damit verbundenen Einflussmöglichkeiten seitens der Bevölkerung – über die zur Entscheidung über die Satzung berufenen Gemeinderäte und im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung (vgl. § 3 BauGB) – zu einer möglichst großen Akzeptanz des Vorhabens führen soll (vgl. BTDrucks 16/8148, S. 60; Schomerus, in: Frenz/Müggenborg, EEG, 2010, § 32 Rn. 40). Die Öffentlichkeitsbeteiligung wie auch die Behördenbeteiligung (§ 4 BauGB) kann freilich dazu führen, dass Gesichtspunkte zu Tage treten, die der von der Gemeindeverwaltung beabsichtigten und Investoren womöglich in Aussicht gestellten Planung unüberwindbar entgegenstehen, oder dass eine grundsätzliche Ablehnung des Vorhabens in der Bevölkerung die Entscheidungsträger dazu veranlasst, aus (lokal-)politischen Gründen von einer Planungsentscheidung zugunsten des Investors abzusehen.“³⁸

³⁸BVerfG, Beschl. v. 23.09.2010 – 1 BvQ 28/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/1034>, Rn. 38, 41, Auslassung nicht im Original. – Siehe zur akzeptanzsichernden Wirkung des Planungsvorbehalts auch *Clearingstelle EEG*, Votum v. 05.10.2011 – 2011/9, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2011/9>, Rn. 45, 48, 49 f., 53, 57 ff. (zum EEG 2004).

- 43 Die durch das Bebauungsplanverfahren zu schaffende kommunale Akzeptanz war hier – wie der gesamte Verlauf des Verfahrens zeigt – kontinuierlich gegeben. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die neuerliche Beratung und Beschlussfassung im März 2010 allein auf einer Intervention des Katasteramtes im Rahmen der Richtigkeitsbescheinigung³⁹ beruhte (s. Rn. 14.), so dass die Anspruchstellerin nicht davon ausgehen musste, es seien (nachträglich) Gesichtspunkte aufgetaucht, die der in Aussicht gestellten Planung unüberwindbar entgegenstünden oder dass eine grundsätzliche Ablehnung des Vorhabens in der Bevölkerung aufgetreten sei. Mangels derartiger Anhaltspunkte bot vielmehr der erstmalige Beschluss die von der Kammer des BVerfG genannte „verlässliche Grundlage für Investitionen und infolgedessen für berechtigtes Vertrauen.“⁴⁰
- 44 Diese Auslegung des Wortes „beschlossen“ durch die Clearingstelle EEG steht im Übrigen auch im Einklang mit dem Urteil des *BGH* zu demselben Begriff in § 32 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. c EEG 2012.⁴¹ In dieser – eine spätere Fassung des EEG betreffenden – Entscheidung hat der *BGH* ausgeführt, dass ein „beschlossener“ Bebauungsplan immer dann vorliegt, wenn der Satzungsbeschluss nach § 10 Abs. 1 BauGB getroffen worden ist.⁴² Es kommt danach also weder auf die Genehmigung noch auf die Verkündung oder das Inkrafttreten nach § 10 Abs. 2 und 3 BauGB an.
- 45 Dem steht auch nicht entgegen, dass das Amt [...] in der Bekanntmachung vom 14. Dezember 2016 allein den Beschluss der Gemeinde vom 31. März 2010 – und nicht den Beschluss vom 27. Januar 2010 – erwähnt hat. Denn zum einen lässt sich dieser Nennung nicht entnehmen, das Amt [...] habe damit die Kontinuität zwischen dem Beschluss vom 27. Januar 2010 und dem vom 31. März 2010 in Zweifel ziehen wollen. Zum anderen enthält der Auszug aus der Niederschrift der Gemeindevertretung [...] vom 12. Dezember 2010 keinen Bezug auf ein Beschlussdatum, weder der 27. Januar noch der 31. März 2010 werden darin erwähnt. Vielmehr wird durchgängig nur die „1. Änderung und Erweiterung des B-Planes Nr. 1“ genannt,

³⁹Die Richtigkeitsbescheinigung auf Bebauungsplänen erfolgt auf Grundlage der jeweiligen Landesbauordnung und der Planzeichenverordnung des BauGB durch das zuständige Katasteramt oder durch einen öffentlich bestellten Vermessungsingenieur. Mit der Bescheinigung wird ausgedrückt, dass der örtliche Besitzstand mit dem Katasterbestand identisch ist und dass die geplanten Maßnahmen geometrisch auch realisiert werden können, vgl. <http://www.overath-sand.de/leistungsspektrum/katastervermessung/bescheinigungen/>, zuletzt abgerufen am 02.06.2017.

⁴⁰Vgl. Zitat in Rn. 42.

⁴¹*BGH*, Urt. v. 18.01.2017 – VIII ZR 278/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/3438>.

⁴²*BGH*, Urt. v. 18.01.2017 – VIII ZR 278/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/3438>, Rn. 18 ff.

was dafür spricht, dass die Gemeinde bei dem Beschluss über das ergänzende Verfahren nicht nur den Satzungsbeschluss vom 31. März 2010, sondern auch den vorherigen Beschluss vom 27. Januar 2010 sowie das gesamte, bereits 2009 eingeleitete Planungsverfahren im Sinn hatte.

2.2.4 Vormalige Nutzung als Ackerfläche

- 46 Die Freiflächenanlage befindet sich auf einer Grünfläche. Ebensowenig ist streitbefangen, dass sie vor dem 1. Januar 2011 in Betrieb genommen worden ist.
- 47 Die Vorhabensfläche wurde in den drei dem Aufstellungs- bzw. Änderungsbeschluss vorangehenden Jahren – also spätestens seit 2007 – als Ackerland genutzt. Dies ergibt sich schlüssig aus den überwiegend von der Anspruchsgegnerin selbst zur Akte gereichten Unterlagen, vor allem aus den „Nutzungsnachweisen zum Antrag auf Agrarförderung“. Weitere Indizien ergeben sich aus den Beschlüssen der Gemeinde [...] zur 1. Änderung und Erweiterung des B-Planes Nr. 1. So geht aus der Entwurfsfassung der 1. Änderung und Erweiterung des B-Planes Nr. 1 hervor, dass die feuchte Senke innerhalb der Vorhabensfläche „im Rahmen der Ausgleichsbereitstellung als Biotop entwickelt wird.“ Wenn es sich bei der feuchten Senke bereits vor der Nutzungsänderung um ein unbeackertes Biotop gehandelt hätte, so wäre nicht zu erklären, inwieweit dieses Biotop erst noch zu entwickeln sein sollte. Das Bestreiten der Anspruchsgegnerin, welches darauf beruht, dass ein Teil der Vorhabensfläche im Bebauungsplan als Feuchtbiotop ausgewiesen ist, ist insoweit unsubstantiiert.

2.2.5 Rechtsfolge

- 48 Die Clearingstelle EEG weist ergänzend darauf hin, dass die Anspruchstellerin bei der Inbetriebnahme der Freiflächenanlage zunächst keinen Vergütungsanspruch gegen die Anspruchsgegnerin hatte, so dass auch kein Anspruch auf Verzugszinsen geltend gemacht werden kann. Erst mit dem Abschluss des ergänzenden Verfahrens trat die Wirkung der bauplanungsrechtlichen Rückwirkungsfiktion ein.⁴³ Entstanden ist der Vergütungsanspruch damit erstmalig am 14. Dezember 2016, als das rückwirkende Inkrafttreten verkündet wurde.

Dr. Lovens

Richter

Dr. Winkler

⁴³Vgl. *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB Kommentar, 11. Aufl. 2009, § 214 Rn. 28.