2008/16 25. November 2010

Empfehlung

Die Clearingstelle EEG empfiehlt, die Frage des Empfehlungsverfahrens 2008/16

Bauplanerische Voraussetzungen bei PV-Anlagen

wie folgt zu beantworten:

Für Strom aus einer PV-Anlage, die nicht i. S. v. § 11 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 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 kein Vergütungsanspruch, wenn die Anlage nicht im Geltungsbereich eines Bebauungsplans nach § 30 BauGB oder auf einer Fläche, für die ein Verfahren nach § 38 Abs. 1 BauGB durchgeführt worden ist, sondern im unbeplanten Innenbereich gemäß § 34 BauGB errichtet worden ist, auch wenn die weiteren Voraussetzungen des § 11 EEG 2004 mit Ausnahme von Abs. 3 Nr. 1 und 2 vorliegen.

Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Kruczynski. Unter *http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/16* können Sie dieses Dokument herunterladen.

Inhaltsverzeichnis

1 **Einleitung des Verfahrens** 3

2 **Einführung** 3

3 **Zusammenfassung der Stellungnahme** 5

4 **Herleitung** 6

4.1 Wortlautbefund 6

4.2 Folgerungen 7

5 **Prüfung der analogen Anwendung des § 11 Abs. 3 EEG 2004 auf Vorhaben i. S. v. § 34 Satz 1 BauGB** 7

5.1 Planwidrige Regelungslücke 7

5.2 Ähnlichkeit der Sachverhalte in rechtlich-wertender Hinsicht 11

5.2.1 Vergleich mit Bebauungsplangebieten 11

5.2.2 Vergleich mit planfestgestellten oder vergleichbaren Gebieten 14

5.3 Ergebnis 16

Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Kruczynski. Unter *http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/16* können Sie dieses Dokument herunterladen.

1 Einleitung des Verfahrens

1 Die Clearingstelle EEG hat in ihrer Sitzung am 9. April 2008 durch den Vorsitzenden der Clearingstelle EEG Dr. Lovens, die Mitglieder der Clearingstelle EEG Lucha und Puke und die nichtständigen Beisitzer der Clearingstelle EEG Grobrügge und Weißenborn gem. § 23 Abs. 1 Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG (VerfO[1]) die Einleitung eines Empfehlungsverfahrens zu folgender Frage beschlossen:

> Ist der Netzbetreiber auch dann zur Vergütung von Strom aus solarer Strahlungsenergie verpflichtet, wenn eine 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, und die Anlage vor dem 1. Januar 2015 in einem im Zusammenhang bebauten, unbeplanten Innenbereich gemäß § 34 des Baugesetzbuches in Betrieb genommen worden ist, sofern die weiteren Voraussetzungen des § 11 EEG 2004 mit Ausnahme von Abs. 3 Nr. 1 und 2 vorliegen?

2 Die Beschlussvorlage für die vorliegende Empfehlung haben gemäß § 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied der Clearingstelle EEG Dr. Pippke und der Vorsitzende der Clearingstelle EEG Dr. Lovens erstellt.

3 Die bei der Clearingstelle EEG während der Stellungnahmefrist gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 VerfO akkreditierten Interessengruppen und die gemäß § 2 Abs. 4 Satz 3 VerfO registrierten öffentlichen Stellen haben bis zum 14. Mai 2008, 18:00 Uhr, Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gem. § 24 Abs. 1 VerfO erhalten. Die Stellungnahme des BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V.[2] ist fristgemäß eingegangen.

2 Einführung

4 Das Erneuerbare-Energien-Gesetz in der vom 1. August 2004 bis zum 31. Dezember 2008 gültigen Fassung[3] gewährte im Interesse des Natur- und Umweltschutzes sowie

[1] Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG vom 01.10.2007 in der Fassung v. 06.04.2010, abrufbar unter *http://www.clearingstelle-eeg.de/verfahrensordnung*, nachfolgend bezeichnet als VerfO.

[2] Abrufbar unter *http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/16*.

[3] Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 21.07.2004 (BGBl. I S. 1918), zuletzt geändert durch Art. 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-

Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Kruczynski. Unter *http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/16* können Sie dieses Dokument herunterladen.

im Interesse der Akzeptanz von Solarstromanlagen für Strom aus solarer Strahlungsenergie, der in sog. Freiflächenanlagen[4] erzeugt wird, nicht in jedem Fall einen Vergütungsanspruch, sondern nur unter den in den Absätzen 3 und 4 des § 11 EEG 2004 genannten einschränkenden Voraussetzungen.[5] Sind die Solarstromanlagen nicht an oder auf einer baulichen Anlage angebracht, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden ist, ist der Netzbetreiber gemäß § 11 Abs. 3 EEG 2004 nur zur Vergütung verpflichtet, wenn die Anlagen vor dem 1. Januar 2015

1. im Geltungsbereich eines Bebauungsplans im Sinne des § 30 BauGB[6] oder
2. auf einer Fläche, für die ein Verfahren nach § 38 Satz 1 BauGB durchgeführt worden ist,

in Betrieb genommen worden sind, wobei im erstgenannten Fall dann noch weitergehende Vergütungsvoraussetzungen, insbesondere die flächenbezogenen Voraussetzungen nach § 11 Abs. 4 EEG 2004, zu erfüllen sind, wenn der Bebauungsplan zumindest auch zu diesem Zweck nach dem 1. September 2003 aufgestellt oder geändert wurde.[7]

5 Die Vergütungsvoraussetzungen nach § 11 Abs. 3 EEG 2004 gelten gleichermaßen für Solarstromanlagen an oder auf Gebäuden im Sinne von § 11 Abs. 2 EEG 2004 wie für Solarstromanlagen an oder auf anderen baulichen Anlagen, sofern die Gebäude

Energien-Gesetzes v. 07.11.2006 (BGBl. I S. 2550), nachfolgend bezeichnet als EEG 2004, außer Kraft gesetzt durch Art. 7 Satz 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074).

[4] Als Freiflächenanlagen werden im Rahmen dieser Empfehlung solche Solarstromanlagen verstanden, die nicht an oder auf baulichen Anlagen, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden sind, angebracht sind.

[5] Eine inhaltsgleiche Regelung fand sich bereits seit dem 01.01.2004 in § 8 Abs. 3 und 4 des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien Gesetz – EEG) v. 29.03.2000 (BGBl. I S. 305), nachfolgend bezeichnet als EEG 2000, in der Fassung des Zweiten Gesetzes zur Änderung des EEG v. 22.12.2003 (BGBl. I S. 3074).

[6] Baugesetzbuch (BauGB) i. d. F. der Bekanntmachung v. 23.09.2004 (BGBl. I S. 2414), während der zeitlichen Geltung des EEG 2004 zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes v. 24.12.2008 (BGBl. I S. 3018).

[7] S. zu den flächenbezogenen Voraussetzungen nach § 11 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2004 (Grünflächen) *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 13.06.2008 – 2008/6, abrufbar unter *http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/6*, sowie zu den flächenbezogenen Voraussetzungen nach § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 (Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung) *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 01.07.2010 – 2010/2, abrufbar unter *http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2010/2*.

Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Kruczynski. Unter *http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/16* können Sie dieses Dokument herunterladen.

bzw. baulichen Anlagen nicht vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichtet worden sind.[8]

6 Bei der Anwendung und Auslegung des § 11 Abs. 3 EEG 2004 ist die Frage entstanden, ob der Netzbetreiber auch dann zur Vergütung verpflichtet ist, wenn die – nicht an oder auf einer vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichteten baulichen Anlage angebrachte – Solarstromanlage nicht im Geltungsbereich eines Bebauungsplans i. S. d. § 30 BauGB oder auf einer Fläche, für die ein Verfahren nach § 38 Satz 1 BauGB durchgeführt worden ist, sondern beispielsweise in einem im Zusammenhang bebauten, unbeplanten Innenbereich gemäß § 34 BauGB in Betrieb genommen worden ist.

3 Zusammenfassung der Stellungnahme

7 Zu der Verfahrensfrage ist fristgerecht die Stellungnahme des BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V.[9] eingegangen, die sich wie folgt zusammenfassen lässt:

8 Der Netzbetreiber sei in dem der Verfahrensfrage entsprechenden Fall zur Vergütung nicht verpflichtet. Bedeutung und Zweck des § 34 BauGB seien es, die grundrechtlich geschützte Befugnis der Grundstückseigentümer, auf ihnen gehörenden Grundstücken bauliche Anlagen zu errichten, nicht dadurch zu beschränken, dass für die entsprechende Gemeinde bzw. das Grundstück kein Bebauungsplan existierte. Seien die weiteren bauplanungsrechtlichen Erfordernisse erfüllt, ergebe sich auch ohne einen Bebauungsplan aus Art. 14 GG[10] die Notwendigkeit, einen entsprechenden Bauantrag positiv zu bescheiden. § 34 BauGB diene damit im Wesentlichen der Wahrung der Grundrechte des Eigentümers eines Grundstücks innerhalb eines unbeplanten Innenbereichs einer Gemeinde. Die Vorgaben von § 34 BauGB könnten einen Bebauungsplan jedoch allenfalls materiell-inhaltlich, nicht jedoch in formeller Hinsicht ersetzen.

9 Gemäß der Gesetzesbegründung zu § 11 Abs. 3 EEG 2004 diene diese Vorschrift einer besseren Steuerung der Auswahl der unbebauten Flächen zur Errichtung von

[8] *Clearingstelle EEG*, Votum v. 09.04.2008 – 2007/4, abrufbar unter *http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2007/4*.

[9] Abrufbar unter *http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/16*.

[10] Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100 – 1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Gesetz v. 21.07.2010 (BGBl. I S. 944).

Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Kruczynski. Unter *http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/16* können Sie dieses Dokument herunterladen.

Freiflächenanlagen, dem Schutz ökologisch sensibler Flächen und einer möglichst großen Akzeptanz in der Bevölkerung. Das Planungserfordernis ermögliche es der Bevölkerung, im Rahmen der Satzungsentscheidung der zuständigen Gebietskörperschaft und durch die vorgeschriebene Bürgerbeteiligung Einfluss zu nehmen.

10 Sowohl das formelle Planerfordernis als auch die Gesetzesbegründungen sprächen daher dagegen, die Voraussetzungen von § 11 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2004 durch eine Anlage in Gebieten nach § 34 BauGB als erfüllt anzusehen. Dies stünde nicht im Widerspruch dazu, dass dem formellen Planerfordernis bereits dann genügt würde, wenn ein einfacher Bebauungsplan vorläge, dessen Inhalt sich mangels Festlegung nach § 30 Abs. 3 BauGB und §§ 34, 35 BauGB richten würde; der vorliegende Bebauungsplan, d. h. die gemeindliche Beteiligung, erfülle hier die Anforderungen von § 11 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2004.

4 Herleitung

4.1 Wortlautbefund

11 § 11 Abs. 3 EEG 2004 setzt voraus, dass die Anlage vor dem 1. Januar 2015 im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes im Sinne des § 30 BauGB oder auf einer Fläche, für die ein Verfahren nach § 38 Satz 1 BauGB durchgeführt worden ist, in Betrieb genommen worden ist. Hierdurch sind Flächen im Geltungsbereich von

- qualifizierten Bebauungsplänen (§ 30 Abs. 1 BauGB),
- vorhabenbezogenen Bebauungsplänen (§ 30 Abs. 2 BauGB) und
- einfachen Bebauungsplänen (§ 30 Abs. 3 BauGB)

ebenso einbezogen wie Flächen, für die ein Planfeststellungsverfahren oder ein sonstiges Verfahren mit den Rechtswirkungen der Planfeststellung durchgeführt worden ist (§ 38 Satz 1 BauBG). Unter letzteren Anwendungsbereich fallen *unter anderem*

- Bundesfernstraßen (§ 17 Satz 1 FStrG[11]),
- Betriebsanlagen einer Eisenbahn (§ 18 Satz 1 AEG[12]) und

[11] Bundesfernstraßengesetz (FStrG) in der Fassung v. 28.06.2007 (BGBl. I S. 1206).
[12] Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) in der Fassung v. 26.02.2008 (BGBl. I S. 215).

Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Kruczynski. Unter *http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/16* können Sie dieses Dokument herunterladen.

- Deponien gemäß KrW-/AbfG (§ 31 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG[13]).

12 Im Zusammenhang bebaute Ortsteile, für die ein Bebauungsplan nicht existiert und bei denen sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Bauvorhaben daher nach § 34 Satz 1 BauGB richtet, sind in § 11 Abs. 3 EEG 2004 nicht genannt.

4.2 Folgerungen

13 Daher ist zu prüfen, ob die von § 34 Satz 1 BauGB umfassten Gebiete in die Vergütungsvoraussetzungen gemäß § 11 Abs. 3 EEG 2004 einbezogen werden können. Dies wäre – aufgrund des eindeutigen Wortlauts – nur möglich, wenn die Voraussetzungen für einen Analogieschluss vorliegen.

14 Die Voraussetzungen für eine Analogie liegen vor, falls es sich bei der Nichterwähnung der Gebiete nach § 34 Satz 1 BauGB um eine

1. planwidrige Regelungslücke handelt, die aufgrund der
2. Ähnlichkeit der Sachverhalte in rechtlich-wertender Hinsicht

durch eine analoge Anwendung des § 11 Abs. 3 Nr. 1 bzw. 2 EEG 2004 auf Fälle, in denen die PV-Installation in einem unbeplanten, im Zusammenhang bebauten Ortsteil errichtet wird, geschlossen werden könnte.[14]

5 Prüfung der analogen Anwendung des § 11 Abs. 3 EEG 2004 auf Vorhaben i. S. v. § 34 Satz 1 BauGB

5.1 Planwidrige Regelungslücke

15 Die Gebiete im unbeplanten Innenbereich gemäß § 34 Satz 1 BauGB sind in § 11 Abs. 3 EEG 2004 nicht genannt. Sie erhalten auch keine spezielle Berücksichtigung an anderer Stelle im EEG 2004. Es liegt somit eine Regelungslücke vor, deren Planwidrigkeit zu untersuchen ist. Von einer Planwidrigkeit kann dabei nur ausgegangen werden, wenn die fehlende Einbeziehung der nach § 34 BauGB zu beurteilenden

[13] Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (KrW-/AbfG) in der Fassung v. 19.07.2007 (BGBl. I S. 1462).
[14] *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 194 ff.

Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Kruczynski. Unter *http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/16* können Sie dieses Dokument herunterladen.

Vorhaben in § 11 Abs. 3 EEG 2004 nicht dem der Regelung zugrunde liegenden Regelungsplan entspricht, wenn also davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber, hätte er den nicht geregelten Fall erwogen, diesen ebenfalls dem gesetzlichen Regelungsplan unterworfen hätte.

16 Der Umstand an sich, dass die privilegierten Flächen in § 11 Abs. 3 Nr. 1 und 2 EEG 2004 enumerativ genannt sind, reicht für die Annahme nicht aus, dass eine abschließende Regelung gewollt ist. Anderenfalls könnte eine Planwidrigkeit im Rahmen enumerativ verfasster Gesetzestexte niemals angenommen werden, was eine Analogie allein aufgrund einer Formulierungstechnik ausschlösse.

17 Der der Regelung des § 11 Abs. 3 zugrunde liegende Regelungsplan ist durch Auslegung zu ermitteln.

18 **Teleologie** Der Gesetzesbegründung zu § 11 EEG 2004[15] lässt sich nicht mit Sicherheit entnehmen, dass die in § 34 BauGB normierten Gebiete vom Gesetzgeber *bewusst* nicht in den Vorschriften des § 11 Abs. 3 EEG 2004 genannt worden sind. Allerdings wird das Planungserfordernis für sog. Freiflächenanlagen in der Gesetzesbegründung zu § 11 EEG 2004 deutlich hervorgehoben:

19

> „Ferner besteht nur für solche Anlagen ein Anspruch, die im Bereich eines Bebauungsplanes im Sinne des § 30 BauGB oder auf einer Fläche in Betrieb genommen worden ist, für die ein Verfahren nach § 38 BauGB durchgeführt worden ist. Hiermit soll sichergestellt werden, dass ökologisch sensible Flächen nicht überbaut werden und eine möglichst große Akzeptanz in der Bevölkerung vor Ort erreicht werden kann. Das Planungserfordernis ermöglicht es der Bevölkerung, einerseits im Rahmen der Satzungsentscheidung der zuständigen Gebietskörperschaft über ihre gewählten Gemeinde- oder Stadträte und andererseits durch die vorgeschriebene Bürgerbeteiligung Einfluss zu nehmen. So kann die jeweilige Gemeinde die Gebiete bestimmen, auf der die Anlagen errichtet werden.“[16]

20 Die Beschränkung auf beplante und planfestgestellte Flächen dient hiernach insbesondere dem Ziel, keinen Anreiz für eine Inanspruchnahme ökologisch sensibler

[15] BT-Drs. 15/2327, S. 34 sowie BT-Drs. 15/2864, S. 44.
[16] BT-Drs. 15/2327, S. 34 sowie BT-Drs. 15/2864, S. 44.

Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Kruczynski. Unter *http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/16* können Sie dieses Dokument herunterladen.

Flächen zu setzen und die Steuerung der Inanspruchnahme von unbebauten Flächen im Übrigen der Gemeinde – bzw. der für die Planfeststellung zuständigen Behörde – und der örtlichen Bevölkerung zu überlassen und einem planerischen Abwägungsprozess zu unterwerfen.[17] Das planungsrechtliche Instrumentarium für Bebauungspläne und Planfeststellungen sieht stets eine Beteiligung der Öffentlichkeit vor. Für Bebauungspläne ist die Beteiligung der Öffentlichkeit in § 3 BauGB geregelt; für Planfeststellungen ergibt sich dies aus den jeweiligen Regelungen des Fachplanungsrechts bzw. aus § 73 VwVfG[18]. Auch hat in beiden Verfahren eine Abwägung widerstreitender Belange stattzufinden. Die Zulassung von Vorhaben nach § 34 BauGB liegt hingegen in den Händen der zuständigen Baubehörde; es findet weder eine Öffentlichkeitsbeteiligung noch ein planerischer Abwägungsprozess statt.

21 Die **teleologische** Betrachtung der Regelungen deutet vor diesem Hintergrund darauf hin, dass der Ausschluss von Freiflächenanlagen im unbeplanten Innenbereich dem der Regelung in § 11 EEG 2004 zugrundeliegenden Regelungsplan entspricht und damit hinsichtlich der im unbeplanten Innenbereich auf der Grundlage des § 34 BauGB realisierten Vorhaben keine planwidrige Regelungslücke vorliegt.[19]

Historie Dies ergibt sich auch unter **historischen** Gesichtpunkten:

22 Bereits mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 22. Dezember 2003[20] hatte § 8 EEG 2000 die Fassung erhalten, die sich im EEG 2004 nahezu wortgleich in § 11 EEG 2004 wiederfand. Auch die Begründung zu § 8 Abs. 3 EEG 2000 entsprach bereits im Wesentlichen der oben zitierten Begründung zu § 11 Abs. 3 EEG 2004.[21]

23 Wäre die Nichtaufnahme von Flächen i. S. d. § 34 BauGB in § 8 Abs. 3 EEG 2000 planwidrig erfolgt, hätte bei Erlass des EEG 2004 ohne Weiteres eine Korrektur erfolgen können. Dies ist aber nicht geschehen.

[17] Auch das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung v. 23.09.2010 zu § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EEG 2009 die Bedeutung des – im Vergleich zu § 11 Abs. 3 EEG 2004 weitgehend unveränderten – Planungsvorbehalts herausgestellt: *BVerfG*, Beschl. v. 23.09.2010 – 1 BvQ 28/10, abrufbar unter *http://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/1034*.

[18] Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) in der Fassung der Bekanntmachung v. 23.01.2003 (BGBl. I S. 102), zuletzt geändert durch Artikel 2 Absatz 1 des Gesetzes v. 14.08.2009 (BGBl. I S. 2827).

[19] So auch die Stellungnahme des BDEW, Rn. 7.

[20] BGBl. I S. 3074.

[21] Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 15/1974, S. 4 f.

Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Kruczynski. Unter *http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/16* können Sie dieses Dokument herunterladen.

24 Auch im Rahmen späterer Änderungen des EEG 2004 kam es nicht zu einer Aufnahme von Flächen i. S. d. § 34 BauGB in die Vergütungstatbestände. Das EEG 2009[22] nennt die Gebiete im unbeplanten Innenbereich gemäß § 34 BauGB in der § 11 Abs. 3 EEG 2004 entsprechenden Vorschrift des § 32 Abs. 2 EEG 2009 ebenfalls nicht. Grundsätzlich kann zwar eine Neufassung eines Gesetzes nicht herangezogen werden, um das Vorgängergesetz zu interpretieren, da Anknüpfungspunkt für die im Hinblick auf den Gesetzgeber subjektiven Auslegungsmethoden – insbesondere die Teleologie, aber auch die Frage der etwaigen Planwidrigkeit einer Regelungslücke – der Moment des Erlasses des vorhergehenden Gesetzes ist. Indes kann die Aufnahme einer bestimmten Regelung in ein nachfolgendes Gesetz bei Vorliegen weiterer Anhaltspunkte ein Indiz dafür sein, dass der frühere Gesetzgeber die entsprechende Regelungsmaterie übersehen hat. Dies gilt insbesondere dann, wenn zwischen dem Erlass des vorhergehenden und des nachfolgenden Gesetzes nur ein kurzer Zeitraum verstrichen ist und sich die Mehrheitsverhältnisse in den beiden gesetzgebungsbefugten Bundesorganen Bundestag und Bundesrat nicht wesentlich geändert haben. In diesem Fall bestünden jedenfalls Anhaltspunkte dafür, dass die am Willensbildungsprozess des Gesetzgebers beteiligten Akteure und die von ihnen verfolgten Gesetzgebungsabsichten hinreichend identisch sind, um von der späteren Aufnahme einer Regelung auf deren frühere Planwidrigkeit schließen zu können. Vorliegend sind jedoch zwischen der Verkündung des EEG 2004 und der Verkündung des EEG 2009 vier Jahre vergangen. Zudem haben sich die Mehrheitsverhältnisse im Deutschen Bundestag geändert, so dass von einer hinreichenden Kontinuität der am Willensbildungsprozess beteiligten Akteure innerhalb der Gesetzgebungsorgane nicht ausgegangen werden kann.

25 **Genese** Indes legt ein anderer Aspekt die Vermutung nahe, dass die Regelungslücke *gewollt* ist: Die „Urfassung" des EEG 2004 erfuhr zwei Modifikationen. Zum einen änderte das Zweite Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts[23] das EEG 2004 durch seinen Artikel 3 Abs. 35 (wenn auch nur marginal), zum anderen änderte das Erste Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes[24] das EEG 2004 hinsichtlich mehrerer Paragraphen. Die erste der beiden Änderungen erfolgte während derselben Legislaturperiode wie der Beschluss der Urfassung

[22] Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Gesetz v. 11.08.2010 (BGBl. I S. 1170), im Folgenden bezeichnet als EEG 2009.

[23] Vom 07.07.2005 (BGBl. I S. 1970, 2014).

[24] Vom 07.11.2006 (BGBl. I S. 1550).

Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Kruczynski. Unter *http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/16* können Sie dieses Dokument herunterladen.

des EEG 2004. Beide Änderungen fügten die unbeplanten Innenbereiche nach § 34 BauGB den Tatbestandsvoraussetzungen nach § 11 Abs. 3 EEG 2004 nicht hinzu, was bei einer planwidrigen Regelungslücke jedenfalls dann nahegelegen hätte, wenn diese als solche erkannt worden wäre.

26 **Ergebnis** Wenngleich hiernach überwiegende Annahmen dafür sprechen, keine planwidrige Regelungslücke anzunehmen, ist diese nicht ganz auszuschließen – dies insbesondere, wenn sich die zugrundeliegenden Sachverhalte in rechtlich-wertender Hinsicht derart ähnlich sind, dass sich die Annahme einer Planwidrigkeit zur Vermeidung eines Willkürvorwurfs gegenüber dem Gesetzgeber geradezu aufdrängt. Es ist daher die Ähnlichkeit von Flächen i. S. d. § 34 BauGB mit Bebauungsplangebieten und planfestgestellten Flächen zu analysieren.

5.2 Ähnlichkeit der Sachverhalte in rechtlich-wertender Hinsicht

27 Zu fragen ist, ob Anlagen, die innerhalb im Zusammenhang bebauter Ortsteile i. S. d. § 34 BauGB in Betrieb genommen werden, solchen Anlagen, die im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes im Sinne des § 30 BauGB oder auf einer Fläche, für die ein Verfahren nach § 38 Satz 1 BauGB durchgeführt wurde, errichtet und in Betrieb genommen werden, in rechtlich-wertender Hinsicht hinreichend ähnlich sind.

28 Der Vergleich zeigt, dass die beiden Sachverhalte hinreichend verschieden sind, um nicht von einer Ähnlichkeit in rechtlich-wertender Hinsicht auszugehen. Insbesondere fehlt es bei der Zulassung von Vorhaben nach § 34 BauGB an der planerischen Flächensteuerung, der Öffentlichkeitsbeteiligung und dem Abwägungsprozess, die sowohl das Bebauungsplanverfahren als auch das Planfeststellungsverfahren wesentlich prägen.

5.2.1 Vergleich mit Bebauungsplangebieten

29 Ein Bebauungsplan i. S. d. § 30 BauGB ist gemäß § 10 Abs. 1 BauGB von der Gemeinde als Satzung zu beschließen. Dem Bebauungsplan geht somit ein Willensbildungs- und -formulierungsprozess der örtlichen Selbstverwaltungskörperschaft voraus, in dessen Rahmen eine Abwägung der relevanten Belange (s. § 1 Abs. 6 sowie § 1a BauGB) ebenso stattfindet wie eine Beteiligung der Öffentlichkeit, der Behörden und sonstigen Träger öffentlicher Belange. Hierdurch ist die Akzeptanz der örtlichen Bevölkerung, deren Berücksichtigung Sinn und Zweck von § 11 Abs. 3 und 4

Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Kruczynski. Unter *http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/16* können Sie dieses Dokument herunterladen.

EEG 2004 fordert, jedenfalls insofern sichergestellt, als die Zulassung der Errichtung von PV-Anlagen in Bebauungsplangebieten ein Aufstellungsverfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung sowie einen Satzungsbeschluss der gewählten Gemeindevertretung voraussetzt.

30 Die Zulassung der Errichtung von PV-Anlagen innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile gemäß § 34 BauGB beruht demgegenüber grundsätzlich auf einer Einzelfallentscheidung der zuständigen Baubehörde, der weder ein entsprechender Willensbildungs- und -formulierungsprozess der Gemeinde noch eine Öffentlichkeitsbeteiligung vorausgegangen sind.

31 Zwar hat die Gemeinde die Möglichkeit, das nach § 36 BauGB erforderliche gemeindliche Einvernehmen zu einem Vorhaben, dessen Zulässigkeit sich nach § 34 BauGB richtet, zu verweigern, dies jedoch nur aus Gründen, die sich aus den §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB ergeben. Damit liegt in dem Einvernehmenserfordernis kein adäquates Planungsinstrument.[25] Darüber hinaus kann das Einvernehmen gemäß § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB von der nach Landesrecht zuständigen Behörde ersetzt werden, wenn es zu Unrecht versagt wurde. Es kommt also letztlich allein darauf an, ob die Errichtung einer PV-Installation im konkreten Fall nach § 34 BauGB zulässig ist, wofür insbesondere erforderlich ist, dass sich das Vorhaben nach Art und Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der zu überbauenden Grundstücksfläche in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt; für planerische Erwägungen der Gemeinde ist dabei kein Raum.

32 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 34 Abs. 4 Satz 1 BauGB, wonach die Gemeinde befugt ist, durch Satzung

1. die Grenzen für im Zusammenhang bebaute Ortsteile festzulegen,
2. bebaute Bereiche im Außenbereich als im Zusammenhang bebaute Ortsteile festzulegen, wenn die Flächen im Flächennutzungsplan als Baufläche dargestellt sind und
3. einzelne Außenbereichsflächen in die im Zusammenhang bebauten Ortsteile einzubeziehen, wenn die einbezogenen Flächen durch die bauliche Nutzung des angrenzenden Bereichs entsprechend geprägt sind.

[25] *Rieger*, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB Kommentar, 7. Aufl. 2006, § 35 Rn. 13.

Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Kruczynski. Unter *http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/16* können Sie dieses Dokument herunterladen.

33 Bei der Aufstellung solcher Satzungen sind die Vorschriften über die Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung, wie sie für das sog. vereinfachte Verfahren nach § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und 3 und Satz 2 BauGB gelten, entsprechend anzuwenden (§ 34 Abs. 6 Satz 1 BauGB). In den Satzungen können einzelne Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 und 3 Satz 1 sowie Abs. 4 BauGB getroffen werden (§ 34 Abs. 5 Satz 2 BauGB).

34 Trotz der vorgenannten Möglichkeiten der Gemeinde erreicht die Festsetzung von im Zusammenhang bebauten Ortsteilen nach § 34 Abs. 4 BauGB indes nicht eine mit einem Bebauungsplan vergleichbare Steuerungsintensität. Denn die Gemeinde kann in der Satzung zwar festlegen, welche Gebiete als im Zusammenhang bebaute Ortsteile gelten, und auch einzelne bebauungsplantypische Festsetzungen treffen. Jedoch dürfen keine Festsetzungen getroffen werden, die in ihrem Detaillierungsgrad denen eines qualifizierten Bebauungsplans entsprechen; auch darf die Planungspflicht der Gemeinde aus § 1 Abs. 3 BauGB nicht leer laufen.[26] Insbesondere dürfen nur einzelne, nicht aber sämtliche der in § 34 BauGB genannten Kriterien durch Festsetzungen nach § 9 BauGB ersetzt werden.[27] Die Festsetzungen müssen sich auf die spezifische Zielsetzung der Satzungen, d. h. die Erweiterung des Innenbereichs um einzelne Außenbereichsflächen, beschränken und insbesondere an die Eigenart der vorhandenen Bebauung anknüpfen.

35 Eine hinreichende Vergleichbarkeit zwischen Vorhaben nach § 34 BauGB und Bebauungsplanvorhaben ist damit auch insoweit nicht gegeben.

36 Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass sich die Zulässigkeit von Vorhaben bei einfachen Bebauungsplänen i. S. d. § 30 Abs. 3 BauGB im Übrigen nach § 34 oder § 35 BauGB richtet. Einfache Bebauungspläne sind solche, die nicht die Voraussetzungen eines qualifizierten Bebauungsplans nach § 30 Abs. 1 BauGB erfüllen, die also nicht „mindestens Festsetzungen über die Art und das Maß der baulichen Nutzung, die überbaubaren Grundstücksflächen und die örtlichen Verkehrsflächen" enthalten. Bei solchen Plänen ist es gerade Ausdruck der planerischen Entscheidung der Gemeinde und Ergebnis des Abwägungsprozesses, nicht sämtliche der vorgenannten Festsetzungen zu treffen, sondern den Bebauungsplan mit einem nur beschränkten Regelungsgehalt zu versehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich die Zulässigkeit von Vorhaben nur „im Übrigen" nach den §§ 34, 35 BauGB richtet, also nur insoweit, wie es im Bebauungsplan an Festsetzungen fehlt. Setzt der Bebauungsplan beispielsweise die Art der baulichen Nutzung und die überbaubaren Grundstücks-

[26] *BVerwG*, Beschl. v. 13.03.2003 – 4 BN 20.03, Rn. 3, veröffentlicht bei juris.
[27] *Rieger*, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB Kommentar, 7. Aufl. 2006, § 34 Rn. 94.

Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Kruczynski. Unter *http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/16* können Sie dieses Dokument herunterladen.

flächen abschließend fest, ist bei Vorhaben im Innenbereich § 34 BauGB nur noch hinsichtlich des Maßes der baulichen Nutzung heranzuziehen.

37 Aufgrund dieser nur ergänzenden Geltung der §§ 34, 35 BauGB ist auch eine hinreichende Vergleichbarkeit zwischen Vorhaben nach § 34 BauGB und Vorhaben im Geltungsbereich einfacher Bebauungspläne nicht gegeben.

5.2.2 Vergleich mit planfestgestellten oder vergleichbaren Gebieten

38 An einer hinreichenden Vergleichbarkeit fehlt es auch hinsichtlich der in § 11 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2004 genannten Vorhaben, d. h. Vorhaben, die auf einer Fläche realisiert werden, für die ein Verfahren nach § 38 Satz 1 BauGB durchgeführt worden ist.

39 Zwar sind die planerischen Steuerungsmöglichkeiten der Gemeinde auch bei solchen Flächen aufgrund des in § 38 Satz 1 BauGB angeordneten Vorrangs des Fachplanungsrechts eingeschränkt. Es findet aber – im Unterschied zu der Zulassung von Vorhaben nach § 34 BauGB – zur Gewährleistung der Akzeptanz in der Bevölkerung auch in den in § 38 Satz 1 BauGB genannten Verfahren eine Öffentlichkeitsbeteiligung statt; dies ergibt sich aus den jeweiligen Regelungen des Fachplanungsrechts bzw. aus § 73 VwVfG. Allerdings ist zu konzedieren, dass diese Öffentlichkeitsbeteiligung sich im Regelfall nicht auf die (zusätzliche bzw. spätere) Nutzung der Fläche zur Solarstromerzeugung, sondern auf die ursprüngliche Nutzung bezogen hat, die Gegenstand des Verfahrens i. S. d. § 38 Satz 1 BauGB war. Eine spezifisch auf die Solarstromerzeugung bezogene Öffentlichkeitsbeteiligung findet nur statt, wenn diese als wesentliche Änderung des Planfeststellungsbeschlusses in einem neuerlichen Verfahren i. S. d. § 38 Satz 1 BauGB gestattet wird – was allerdings nach Kenntnis der Clearingstelle EEG in der Praxis nicht immer der Fall ist. Die auf die ursprüngliche Nutzung beschränkte Öffentlichkeitsbeteiligung ist geeignet, die vom Gesetzgeber gewünschte Akzeptanz des Umstandes, dass die Fläche überhaupt für eine bestimmte Nutzung in Anspruch genommen wird, in der Bevölkerung zu gewährleisten. Darüber hinaus muss die Solarstromnutzung mit dem ursprünglichen Planungsziel im Einklang stehen bzw. darf ihm zumindest nicht widersprechen.[28] Insofern wirkt die Öffentlichkeitsbeteiligung auch für die Nachnutzung (Errichtung von Solarstromanlagen) fort.

[28] Zum Verhältnis zwischen Fachplanung und Bauleitplanung im Übrigen *Rieger*, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB Kommentar, 7. Aufl. 2006, § 38 Rn. 21 ff.

Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Kruczynski. Unter *http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/16* können Sie dieses Dokument herunterladen.

40 Darüber hinaus sind Vorhaben nach § 34 BauGB und Vorhaben auf Flächen, für die ein Verfahren nach § 38 BauGB durchgeführt worden ist, auch hinsichtlich der typischen Flächenqualität nicht hinreichend vergleichbar.

41 Das § 11 EEG 2004 zugrunde liegende Prüfungsschema[29] sowie die in § 11 Abs. 3 und 4 EEG 2004 geregelten Tatbestände zeigen, dass ein Vergütungsanspruch für Strom aus Solarstromanlagen, die nicht auf einer vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichteten baulichen Anlagen angebracht sind, nur auf ökologisch beeinträchtigten Flächen bestehen soll. Die erleichterten Anforderungen nach § 11 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2004 für Anlagen auf Flächen, für die ein Verfahren nach § 38 Satz 1 BauGB durchgeführt worden ist, rechtfertigen sich vor diesem Hintergrund daraus, dass – neben baulichen Anlagen, Versiegelungs-, Acker- und Konversionsflächen – auch solche planfestgestellten Flächen typischerweise durch die jeweilige Vornutzung (z. B. als Bundesfernstraße, Eisenbahnfläche oder Deponie) geprägt und damit ökologisch belastet sind, so dass es durch die spätere Errichtung von Solarstromanlagen auf diesen Flächen nicht zu einer (zusätzlichen) Inanspruchnahme von „unbelasteten" Freiflächen kommt.[30]

42 Eine solche ökologische Vorbelastung der Fläche ist bei Gebieten i. S. d. § 34 BauGB schon deshalb nicht als „wesenstypisch" zu unterstellen, weil sie nicht durch ihre spezifische Vornutzung, sondern durch ihre Belegenheit innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile charakterisiert sind. So kann es sich bei – unbebauten – Flächen im unbeplanten Innenbereich ohne Weiteres auch um „unbelastete" Freiflächen (z. B. Gärten) handeln, für die eine Inanspruchnahme zur Solarstromnutzung aus ökologischen Aspekten nicht zu rechtfertigen ist.

43 Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass es sich bei Fotovoltaikanlagen, die im unbeplanten Innenbereich errichtet werden (sollen), häufig oder gar regelmäßig um Einzelanlagen handele, die nur mit einem geringen Flächenverbrauch einhergingen. Denn das EEG nimmt eine quantitative Unterscheidung zwischen Einzelanlagen mit geringem und Anlagenparks mit größerer Flächeninanspruchnahme nicht vor. Vielmehr gelten die planerischen Vergütungsvoraussetzungen des § 11 Abs. 3 EEG 2004 unterschiedslos stets (aber auch nur) dann, wenn eine (oder mehrere) Fotovoltaikanlage(n) nicht an oder auf baulichen Anlagen angebracht sind, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichtet worden sind.

[29] *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 01.07.2010 – 2010/2, abrufbar unter *http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2010/2*, Rn. 24 f. und Anhang.

[30] *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 01.07.2010 – 2010/2, abrufbar unter *http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2010/2*, Rn. 68.

Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Kruczynski. Unter *http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/16* können Sie dieses Dokument herunterladen.

44 Vor diesem Hintergrund fehlt es insgesamt an einer hinreichenden Vergleichbarkeit von Flächen, auf denen sich die Zulässigkeit von Vorhaben nach § 34 BauGB beurteilt, mit den in § 11 Abs. 3 und 4 EEG 2004 geregelten Flächen. Eine Analogie scheidet damit aus.

5.3 Ergebnis

45 Eine analoge Anwendung von § 11 Abs. 3 Nr. 1 bzw. Nr. 2 EEG 2004 auf Vorhaben, die innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile gem. § 34 BauGB und nicht im Geltungsbereich eines Bebauungsplans errichtet werden, kommt nicht in Betracht. Somit scheidet auch eine Vergütung von Strom aus Fotovoltaikanlagen aus, die innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile gem. § 34 BauGB in Betrieb genommen worden sind und die nicht an oder auf einer baulichen Anlage angebracht sind, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden ist.

Beschluss

Die Empfehlung wurde einstimmig angenommen.

Gemäß § 25 Nr. 1 VerfO ist das Verfahren mit Annahme der Empfehlung beendet.

Dr. Lovens Dr. Pippke Richter
(i. V. für Dr. Winkler)

Grobrügge Weißenborn

Die Clearingstelle EEG ist nichtselbständiger Geschäftsbereich der RELAW – Gesellschaft für angewandtes Recht der Erneuerbaren Energien mbH, GF: Christine Kruczynski. Unter *http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/16* können Sie dieses Dokument herunterladen.