

2020/47/II

30. Juli 2021

## Votum

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchstellerin –

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG|KWKG<sup>1</sup> durch ihre Mitglieder Sobotta in der Funktion des Vorsitzenden sowie Dr. Mutlak als Beisitzerin und Todorovic als Beisitzer aufgrund der mündlichen Erörterung vom 17. August 2020 am 30. Juli 2021 durch Mehrheitsbeschluss folgendes Votum:

**Für den in den Solaranlagen des Solarparks in [...] erzeugten und in das Netz eingespeisten Strom steht der Anspruchstellerin kein Anspruch auf Zahlung einer Einspeisevergütung gemäß § 48 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 100 Abs. 8 EEG 2017<sup>2</sup> zu.**

Ergänzender Hinweis der Clearingstelle:

<sup>1</sup>Nachfolgend bezeichnet als Clearingstelle. Sofern im Folgenden auf bis zum 31.12.2017 beschlossene Verfahrensergebnisse Bezug genommen wird, wurden diese von der Clearingstelle EEG beschlossen.

<sup>2</sup>Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 14.08.2020 an geltenden Fassung, verkündet als Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 8 des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Energieeinsparrechts für Gebäude und zur Änderung weiterer Gesetze v. 08.08.2020 (BGBl. I S. 1728) sowie Art. 6 des Gesetzes zur Reduzierung und zur Beendigung der Kohleverstromung und zur Änderung weiterer Gesetze (Kohleausstiegsgesetz) v. 08.08.2020 (BGBl. I S. 1818), rückwirkend geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften v. 21.12.2020 (BGBl. I S. 3138) nachfolgend bezeichnet als EEG 2017. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2017/arbeitsausgabe>.

**Ergeben sich aus diesem Votum nachträgliche Korrekturen am bundesweiten Ausgleich hinsichtlich der abzurechnenden Strommengen oder Vergütungs-, Zuschlags- bzw. Prämienzahlungen (finanzielle Förderung), sind diese Korrekturen gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2021<sup>3</sup> bei der nächsten Abrechnung zu berücksichtigen.**

## I Tatbestand

- 1 Zwischen den Parteien ist streitig, ob der Anspruchstellerin ein Vergütungsanspruch gemäß §§ 100 Abs. 8 i. V. m. 48 Abs. 1 Satz 2 EEG 2017 (ggf. in analoger Anwendung) zusteht.
- 2 Die Anspruchstellerin betreibt seit dem [...] Juni 2010 in [...] (jetzt: Landkreis [...]), Ortsteil [...], eine PV-Freiflächenanlage mit einer installierten Leistung von [ca. 1050] kW<sub>p</sub>.
- 3 Die Anspruchsgegnerin betreibt das örtliche Verteilnetz, in das die Anspruchstellerin den mit ihrer Anlage erzeugten Strom einspeist.
- 4 Diese Fläche liegt im Geltungsbereich des Bebauungsplans „Nr. 1 ‚Solarpark [...]‘“ der Gemeinde [...]. Dieser weist die Fläche als „sonstiges Sondergebiet regenerativer Energien, Photovoltaik“ aus. Der Aufstellungsbeschluss für diesen Bebauungsplan wurde am 27. Mai 2009 gefasst. Ein erster Satzungsbeschluss über den Bebauungsplan wurde am 18. Februar 2010 gefasst.
- 5 Um den Solarpark [...] noch vor der vom Gesetzgeber zum 1. Juli 2010 vorgesehenen Absenkung der Einspeisevergütung für Solaranlagen errichten zu können, beantragte die Rechtsvorgängerin der Anspruchstellerin mit Schreiben vom 25. März 2010 eine vorgezogene Baugenehmigung zur Errichtung der PV-Freiflächenanlage. Diese wurde am 15. April 2010 auf der Grundlage des § 33

<sup>3</sup>Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 01.01.2021 an geltenden Fassung, verkündet als Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 11 des Gesetzes zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und zur Regelung reiner Wasserstoffnetze im Energiewirtschaftsrecht v. 16.07.2021 (BGBl. I S. 3026), nachfolgend bezeichnet als EEG 2021. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2021/arbeitsausgabe>.

BauGB<sup>4</sup> durch die Untere Bauaufsichtsbehörde des Landkreises [...] erteilt. Der Solarpark wurde sodann am [...] Juni 2010 in Betrieb genommen.

6 Im September 2010 wurde die im Rahmen der ursprünglichen Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung versäumte Anhörung des Landesamtes für [...] (nachfolgend: Landesamt) nachgeholt. Basierend auf der Stellungnahme wurden folgende Maßnahmen festgehalten:

- Austausch des Feldahorns gegen 20 Traubeneichen in den festgesetzten Pflanzenflächen
- Ausgleichsmaßnahmen für die Beeinträchtigung des Lebensraums der Fledermäuse
- Vorlage eines Ausführungsplans zur Renaturierung des temporären Gewässers an das Landesamt
- Vorlage der Dokumentation der durchgeführten und noch durchzuführenden Untersuchungen im Rahmen des Monitorings sowie der Aussagen eines Schreiadlerspezialisten durch das Büro [...]
- Vorgaben zu den vorgesehenen vegetationsarmen Flächen.

7 Eine aufgrund dieser Vorgaben geänderte Fassung des Bebauungsplans wurde am 23. September 2010 als Satzung beschlossen. Die Änderungen umfassten u. a. Angaben zu naturschutzrechtlich geschützten Flächen, Prognosen zur Entwicklung des Umweltzustands bezüglich Tieren und Pflanzen sowie Vorgaben bezüglich des für erforderlich gehaltenen Monitorings des Bauvorhabens. Das Landratsamt des damals zuständigen Landkreises [...] genehmigte den Bebauungsplan mit Bescheid vom 27. September 2010. Die öffentliche Bekanntmachung erfolgte am 2. Oktober 2010.

8 Zu der Frage, ob der Anspruchstellerin für den von ihr erzeugten und eingespeisten Strom gemäß § 32 EEG 2009,<sup>5</sup> ein Vergütungsanspruch zustand, führten die An-

<sup>4</sup>Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung v. 23.09.2004 (BGBl. I S. 2414), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes v. 29.07.2017 (BGBl. I S. 2808).

<sup>5</sup>Gesetz 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 bis zum 31.12.2011 geltenden, zuletzt durch Art. 1 Nr. 33 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634) geänderten Fassung, außer Kraft gesetzt durch Art. 23 Satz 2 des Gesetzes zur grundlegenden Reform des

spruchstellerin und die Rechtsvorgängerin der Anspruchsgegnerin im Jahr 2013 ein Votumsverfahren vor der Clearingstelle unter dem Aktenzeichen 2013/50 durch.<sup>6</sup>

- 9 Die Parteien stritten um die Vergütungsfähigkeit des Stroms gemäß § 32 EEG 2009, den die Anspruchstellerin in ihrer auf dem Gelände einer ehemaligen Landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaft (LPG) errichteten PV-Freiflächenanlage erzeugte und in das Netz der Anspruchsgegnerin einspeiste. Insbesondere waren sich die Parteien uneins, ob die Anlage im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes sowie auf einer Konversionsfläche aus wirtschaftlicher Nutzung errichtet wurde.
- 10 Das Votumsverfahren endete mit dem Ergebnis, dass der Anspruchstellerin ein Vergütungsanspruch in analoger Anwendung des § 32 EEG 2009 in der bis zum 30. Juni 2010 geltenden Fassung ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bebauungsplans zusteht.<sup>7</sup>
- 11 Am 18. Januar 2017 urteilte der Bundesgerichtshof (BGH) unter dem Aktenzeichen VIII ZR 278/15,<sup>8</sup> dass eine analoge Anwendung des § 32 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. c EEG 2012 nicht in Betracht kommt, wenn die Errichtung der Anlage auf Grundlage eines Vorbescheides i. S. d. § 33 BauGB und vor Eintreten der Planungsvoraussetzungen des EEG stattfand. In dem Urteil benannte der BGH in Rn. 31 die Clearingstelle-Voten 2011/9 (zu § 11 Abs. 3 EEG 2004) sowie 2013/50 (zu § 32 Abs. 2 EEG 2009) vom 5. Oktober 2011 bzw. vom 3. Dezember 2013, als abweichende Ansicht.
- 12 Der Leitsatz des Urteils lautet:

„Ein Anspruch auf Einspeisevergütung nach § 32 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. c EEG 2012-I<sup>9</sup> setzt voraus, dass bereits im Zeitpunkt der Errichtung der Anlage ein Satzungsbeschluss nach § 10 BauGB über den Bebauungsplan vorlag. Fehlt es hieran, kommt ein Vergütungsanspruch nach dem EEG 2012-I – auch für spätere Zeiträume – selbst dann

---

Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2009/arbeitsausgabe>.

<sup>6</sup>Clearingstelle, Votum v. 03.12.2012 – 2013/50, abrufbar unter: <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2013/50>.

<sup>7</sup>Clearingstelle, Votum v. 03.12.2012 – 2013/50, abrufbar unter: <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2013/50>, Rn. 36 ff.

<sup>8</sup>Abrufbar unter: <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3438>.

<sup>9</sup>Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Artikel 7 Abs. 2 des Gesetzes zur Änderung des Rechtsrahmens für Strom aus solarer Strahlungsenergie und zu weiteren Änderungen im Recht der erneuerbaren Energien vom 17.08.2012 (BGBl. I S. 1754) abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2012/arbeitsausgabe>.

nicht in Betracht, wenn die Errichtung der Anlage auf der Grundlage einer nach § 33 BauGB erteilten Baugenehmigung erfolgte und der Satzungsbeschluss über den Bebauungsplan anschließend noch gefasst wird.“

- 13 In der Folge kam es zwischen den Beteiligten zu Meinungsverschiedenheiten darüber, ob der BGH mit seinem Urteil vom 18. Januar 2017 auch das Votum der Clearingstelle 2013/50 verworfen hat, und infolge dessen, ob der Anspruchstellerin ein Anspruch gemäß §§ 100 Abs. 8 i. V. m. 48 Abs. 1 Satz 2 EEG 2017 in direkter oder analoger Anwendung zusteht. Die Beteiligten haben den Verfahrensgegenstand des vorliegenden Votumsverfahrens auf die letztgenannte Frage beschränkt.
- 14 **Die Anspruchstellerin** ist der Ansicht, dass ihr ein Anspruch auf Vergütung gemäß §§ 100 Abs. 8 i. V. m. 48 Abs. 1 Satz 2 EEG 2017 ggf. analog zustehe. Im vorliegenden Fall ergebe sich dies bereits aus dem Umstand, dass ein zweiter Satzungsbeschluss nach Errichtung des Solarparks gefasst wurde und der Wortlaut lediglich die Errichtung vor dem Beschluss „eines“ Bebauungsplans verlange.
- 15 Selbst wenn man dies anders sehen würde, so stünde ihr ein Vergütungsanspruch gemäß §§ 100 Abs. 8 i. V. m. 48 Abs. 1 Satz 2 EEG 2017 analog zu, da es dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers entspreche, diese Regelung auf Sachverhalte zu erstrecken, in denen Freiflächenanlagen zwischen dem Satzungsbeschluss und dem Inkrafttreten des Bebauungsplans errichtet wurden, um zumindest für die Zukunft die Vergütungsfähigkeit zu erhalten. Bei der Nachbesserung zur Rechtslage nach dem Urteil, welches das EEG 2012 betraf, habe der Gesetzgeber nicht an die Rechtslage im EEG 2009 gedacht. Auch sonst lägen alle Voraussetzungen für eine analoge Anwendung vor. Insbesondere spreche die kurzfristige Einbringung im Gesetzgebungsverfahren im Rahmen des Ausschussberichts<sup>10</sup> für eine planwidrige Regelungslücke. Auch die Interessenlage sei die gleiche: Wenn die Regelung auf Bestandsanlagen Anwendung finde, die noch vor Erlass des Beschlusses errichtet wurden, so müsse sie erst recht auf Anlagen Anwendung finden, die nach dem Beschluss, aber vor dem Inkrafttreten errichtet wurden, da dieses Vorgehen gerade dem intendierten Grundsatz des Gesetzgebers entspreche, dass Anlagen nach der Fassung des Satzungsbeschlusses errichtet werden sollen. Verneine man die Vergütungsfähigkeit in der vorliegenden Konstellation, dann setze man sich diesbezüglich einem Wertungswiderspruch aus.

<sup>10</sup>BT-Drs. 18/2988, 33, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/3476>.

- 16 Zudem seien die sonstigen Anforderungen des § 48 Abs. 1 Satz 2 EEG 2017 erfüllt, da der Solarpark auf Grundlage einer bestandskräftigen Baugenehmigung gemäß § 33 BauGB errichtet worden sei. Diese stelle einerseits die baurechtliche Zulässigkeit verbindlich fest und andererseits entspreche es dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers, eine solche Genehmigung für die Heilungsvorschrift des § 48 Abs. 1 Satz 2 EEG 2017 genügen zu lassen.
- 17 Der Solarpark sei unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 33 BauGB errichtet worden. Insoweit sei es ausreichend, dass die Errichtung auf einer bestandskräftigen Baugenehmigung gemäß § 33 BauGB beruhe, die das Vorliegen der Voraussetzungen verbindlich festschreibe. Weder der Wortlaut noch Sinn und Zweck des § 48 Abs. 1 Satz 2 EEG 2017 böten Anlass, die Tatbestandsmerkmale des § 33 BauGB im Einzelnen zu prüfen. Eine solche Prüfung widerspreche vielmehr der § 48 Abs. 1 Satz 2 EEG 2017 zugrunde liegenden gesetzgeberischen Intention. Nach der Entscheidung des Bundesgerichtshof vom 18. Januar 2017, VIII ZR 278/15 sei es dem Gesetzgeber darum gegangen, einen Gleichlauf zwischen baurechtlicher Zulässigkeit und EEG-Förderung zu erreichen. Somit könne auch nach Sinn und Zweck der Heilungsvorschrift der Anknüpfungspunkt für die Förderfähigkeit nach dem EEG nur eine (bestandskräftige) Genehmigung nach § 33 BauGB sein. Die gegenteilige Ansicht führe zu vermehrter Rechtsunsicherheit und bereite den Bestandsanlagenbetreibern neue Hindernisse. Nachdem die (üblicherweise) sachnähere Behörde die Voraussetzungen des § 33 BauGB als gegeben ansah, dürfe der Betreiber davon ausgehen, dass die bauplanungsrechtlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit seines Vorhabens vorliegen. Für eine erneute eigene Prüfung der erteilten Baugenehmigung bestehe weder ein Anlass, noch sei dem Betreiber diese zuzumuten.
- 18 Dem stehe auch nicht das von der Anspruchsgegnerin zur Akte gereichte Urteil des OLG Brandenburg vom 11. Dezember 2018, Az. 6 U 94/16<sup>11</sup>, welches dem tatsächlichen Vorliegen einer vorläufigen Baugenehmigung nach § 33 BauGB keine Bedeutung beigemessen hat, entgegen. Dieses sei rechtsirrig und lasse eine Befassung mit der § 48 Abs. 1 S. 2 EEG 2017 zugrunde liegenden gesetzgeberischen Intention und den rechtlichen Wirkungen einer bestandskräftigen Baugenehmigung vermissen.
- 19 **Die Anspruchsgegnerin** ist der Ansicht, dass der Anspruchstellerin weder in direkter noch in analoger Anwendung der §§ 100 Abs. 8 i. V. m. 48 Abs. 1 Satz 2 EEG 2017

<sup>11</sup> OLG Brandenburg, Urt. v. 11.12.2018 – 6 U 94/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/4955>.

ein Vergütungsanspruch zustehe. Eine direkte Anwendung scheitere daran, dass die Anlage nicht vor dem maßgeblichen Satzungsbeschluss im Sinne des § 10 BauGB errichtet worden sei. Eine Analogie scheitere zwar nicht an einer planwidrigen Regelungslücke, jedoch liefe die Annahme einer Analogie auf die Schaffung einer weiteren Anspruchsgrundlage hinaus, was der BGH in seinem Urteil vom 18. Januar 2017 gerade abgelehnt habe. Die Ausführungen seien insoweit auf die vorliegende Konstellation übertragbar.

- 20 Unabhängig davon lägen die Voraussetzungen des § 48 Abs. 1 Satz 2 EEG 2017 bereits deshalb nicht vor, da die dort genannten „Voraussetzungen des § 33 BauGB“ bei Erlass der Genehmigung nicht vorgelegen hätten. Aufgrund der fehlenden Behördenbeteiligung des Landesamtes könne weder von formeller Planreife i. S. d. § 33 Abs. 1 Nr. 1 BauGB noch von materieller Planreife ausgegangen werden.
- 21 Diese Auffassung werde auch durch das Urteil des OLG Brandenburg vom 11. Dezember 2018, Az. 6 U 94/16<sup>12</sup> gestützt. Das OLG habe entschieden, dass die Voraussetzungen der Heilungsvorschrift des § 48 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 EEG 2017 wegen der fehlenden Einhaltung der Voraussetzungen des § 33 BauGB zum Zeitpunkt der Errichtung des dort streitigen Solarparks nicht vorlagen. Der Baugenehmigung sei zutreffend keine materielle Bedeutung für das EEG zugemessen worden.
- 22 Selbst wenn die Regelungen des § 48 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 100 Abs. 8 EEG 2017 direkte oder analoge Anwendung auf Bestandsanlagen nach dem EEG 2009 finden könnten, lägen die Voraussetzungen des § 33 BauGB und mithin die Voraussetzungen der genannten Heilungsvorschriften nicht vor.
- 23 Mit Beschluss vom 11. August 2020 hat die Clearingstelle das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 ihrer Verfahrensordnung (VerfO)<sup>13</sup> nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen. Die durch die Clearingstelle zu begutachtenden Fragen lauten:

1. Hat die Anspruchstellerin gegen die Anspruchsgegnerin für den in den Solaranlagen des Solarparks in [...], Ortsteil [...], erzeugten und in das Netz eingespeisten Strom einen Anspruch auf Zahlung der Einspeisevergütung nach § 48 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 100 Abs. 8 EEG 2017?

<sup>12</sup>OLG Brandenburg, Urt. v. 11.12.2018 – 6 U 94/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/4955>.

<sup>13</sup>Verfahrensordnung der Clearingstelle in der Fassung v. 01.01.2018, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/downloads>.

2. Bejahendenfalls:

- (a) Ab welchem Zeitpunkt besteht der Vergütungsanspruch,
- (b) mit welchem Vergütungssatz und
- (c) mit welcher restlichen Förderdauer?

## 2 Begründung

### 2.1 Verfahren

- 24 Die Besetzung der Clearingstelle 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 Todorovic erstellt.

### 2.2 Würdigung

- 25 Für den in den Solaranlagen des Solarparks in [...], Ortsteil [...] erzeugten und in das Netz eingespeisten Strom steht der Anspruchstellerin kein Anspruch auf Zahlung einer Einspeisevergütung gemäß § 48 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 100 Abs. 8 EEG 2017 zu.
- 26 Der Annahme eines Anspruchs steht vorliegend entgegen, dass die Solaranlagen nicht – wie von § 48 Abs. 1 Satz 2 EEG 2017 gefordert – unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 33 BauGB errichtet wurden. Weder das Vorliegen einer bestandskräftigen Baugenehmigung noch die spätere erneute Beschlussfassung des Bebauungsplans und die in diesem Rahmen nachgeholte Behördenbeteiligung führen dazu, dass vom Vorliegen der Voraussetzungen zum Zeitpunkt der Errichtung auszugehen ist.
- 27 Daher kann dahinstehen, ob die Norm des § 48 Abs. 1 Satz 2 EEG 2017 auf Anlagen, die unter dem EEG 2009 errichtet wurden, grundsätzlich und vorliegend direkt oder entsprechend anwendbar ist. Auch die zweite Verfahrensfrage muss vorliegend nicht beantwortet werden.

#### 2.2.1 Die Anforderungen des § 48 Abs. 1 Satz 2 EEG 2017

- 28 § 48 Abs. 1 Satz 2 EEG 2017 verlangt, dass die Voraussetzungen des § 33 BauGB zum



Zeitpunkt der Errichtung vorlagen. Dies war vorliegend nicht der Fall, da zum maßgeblichen Zeitpunkt der Errichtung die von § 33 Abs. 1 Nr. 1 BauGB geforderte Behördenbeteiligung nicht vollständig durchgeführt worden war. Die gemäß § 33 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 4 BauGB notwendige Beteiligung des Landesamtes wurde erst später nachgeholt und der Bebauungsplan unter Berücksichtigung der Stellungnahme erneut beschlossen. Ebenso hat die Antragstellerin die schriftliche Anerkennung der Festsetzungen i. S. d. § 33 Abs. 1 Nr. 3 BauGB für sich und ihre Rechtsnachfolger sowie die gesicherte Erschließung i. S. d. § 33 Abs. 1 Nr. 4 BauGB nicht ausreichend dargelegt.

29 Für die Annahme, dass das Vorliegen einer bestandskräftigen, auf § 33 BauGB gestützten Baugenehmigung nicht ausreicht, sondern das Vorliegen der Voraussetzungen des § 33 BauGB vom EEG gefordert wird, sprechen vorliegend der Wortlaut der Norm, die Gesetzssystematik sowie die Gesetzeshistorie und der in dieser zum Ausdruck kommende Wille des Gesetzgebers. Auch Sinn und Zweck der Vorschrift gebieten kein abweichendes Auslegungsergebnis.

30 § 48 Abs. 1 Satz 2 EEG 2017 lautet:

„Sofern Solaranlagen vor dem Beschluss eines Bebauungsplans unter Einhaltung der übrigen Voraussetzungen des Satzes 1 Nummer 3 und der Voraussetzungen des § 33 des Baugesetzbuchs errichtet worden sind, besteht ein Anspruch nach § 19 bei Einhaltung der sonstigen Voraussetzungen abweichend von § 25 Absatz 1 Satz 3 erst, nachdem der Bebauungsplan beschlossen worden ist.“

31 Der **Wortlaut** verlangt ausdrücklich das Vorliegen der Voraussetzungen des § 33 BauGB und nicht das Vorliegen einer auf § 33 BauGB beruhenden Baugenehmigung. Mit dem Abstellen auf das *Vorliegen der Voraussetzungen* einer Norm werden in aller Regel die Tatbestandsvoraussetzungen der Norm, auf die verwiesen wird, konstitutiv in Bezug genommen.<sup>14</sup> Für die Annahme, dass vom Vorliegen der Voraussetzungen auch ausgegangen werden könnte, wenn eine bestandskräftige, auf Grundlage des § 33 BauGB erteilte Baugenehmigung erlassen wurde, hätte eine abweichende Wortwahl und eine Bezugnahme auf die Genehmigung nahegelegen. Insofern wäre es dem Gesetzgeber ein Leichtes gewesen – wie in nahezu allen anderen Normen des EEG, in denen auf Genehmigungen aus angrenzenden bzw.

<sup>14</sup>Vgl. *BMJ*, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Bekanntmachung vom 22.09.2008, abrufbar unter <http://bdr.bmj.de/vorwort.html>, zuletzt aufgerufen am 02.07.2021, Rn. 213.

anderen Rechtsgebieten Bezug genommen wird (s. u. Rn. 36) – das Vorliegen einer Genehmigung zur Voraussetzung des Vergütungserhaltes zu machen. Er hat dies jedoch nicht getan, sondern das *Vorliegen der Voraussetzungen des § 33 BauGB* zum Errichtungszeitpunkt in den Wortlaut aufgenommen und mithin zur Tatbestandsvoraussetzung eines Vergütungsanspruchs i. S. d. § 48 Abs. 1 Satz 2 EEG 2017 (i. V. m. § 100 Abs. 8 EEG 2017) gemacht.

- 32 Eine abweichende Auslegung des Wortlauts ist zwar nicht vollständig ausgeschlossen, hierfür sind in Anbetracht des klaren Wortlauts jedoch gewichtige Gründe zu fordern, deren Vorliegen auch nach Betrachtung der Gesetzeshistorie, -systematik und des -zweckes nicht erkennbar ist.
- 33 Die **Gesetzesbegründung** spricht dafür, dass es dem Gesetzgeber auf das Vorliegen der Voraussetzungen und nicht auf das Vorliegen einer Genehmigung ankam. In der Gesetzesbegründung zu § 48 Abs. 1 Satz 2 EEG 2017 heißt es:

„Grundsätzlich sollen Freiflächensolaranlagen unter den Voraussetzungen des § 48 Absatz 1 Nummer 3 EEG 2017 erst nach dem Beschluss des Bebauungsplans durch den jeweils zuständigen Gemeinderat errichtet werden. Baurechtlich ist jedoch schon vor dem finalen Beschluss über den Bebauungsplan unter den engen Voraussetzungen des § 33 BauGB die Errichtung von Freiflächensolaranlagen zulässig. Voraussetzung hierfür ist nach § 33 BauGB, dass

1. die Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung durchgeführt worden ist,
2. anzunehmen ist, dass das Vorhaben den künftigen Festsetzungen des Bebauungsplans nicht entgegensteht,
3. der Antragsteller diese Festsetzungen schriftlich anerkennt und
4. die Erschließung gesichert ist.

Da in diesen Fällen bereits eine Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung stattgefunden hat und die Gemeinde auf dieser Grundlage eine Baugenehmigung erteilen kann, besteht in diesen Fällen in der Regel die notwendige Akzeptanz für den Bau von Freiflächensolaranlagen. Vor diesem Hintergrund sind die strengeren Anforderungen des EEG in diesem Punkt nicht notwendig. Es soll zwar grundsätzlich weiterhin die Errichtung nach dem Beschluss des Bebauungsplans die Regel bleiben, aber

wenn unter den in § 33 BauGB genannten Voraussetzungen vor dem Beschluss des Bebauungsplans eine Freiflächensolaranlage errichtet worden ist, kann der Betreiber für den Strom, der nach dem Beschluss über den Bebauungsplans ins Netz eingespeist worden ist, eine Marktprämie oder eine Einspeisevergütung verlangen.“<sup>15</sup>

- 34 Auch im Rahmen der Gesetzesbegründung wird einzig auf das Vorliegen der Voraussetzungen des § 33 BauGB und nicht auf das Vorliegen einer Genehmigung abgestellt. Die einzelnen Voraussetzungen werden im Begründungstext vollständig wiedergegeben. Das Vorliegen dieser einzelnen Voraussetzungen wird auch in der Begründung zur Anwendung der Heilungsvorschrift und für die vom Gesetzgeber als ausreichend betrachtete Akzeptanz gefordert. Die Ausführungen lassen mithin den Willen des Gesetzgebers erkennen, dass es ihm tatsächlich auf das Vorliegen der einzelnen Voraussetzungen und nicht auf das Vorhandensein einer Genehmigung ankam.
- 35 Hingegen ist die Bezugnahme auf die *strengerer Anforderungen des EEG* in dem Begründungstext nicht – wie von der Anspruchstellerin eingewandt – auf das Vorliegen der Voraussetzungen des § 33 BauGB, sondern auf die Errichtung vor Satzungsbeschluss bezogen. Gemeint ist daher, dass im Rahmen der § 48 Abs. 1 Satz 2 EEG 2017 i. V. m. § 100 Abs. 8 EEG 2017 nunmehr lediglich das Vorliegen der Voraussetzungen des § 33 BauGB gefordert wird und nicht mehr die strengerer Anforderungen des EEG gelten, die im EEG 2009 eine Errichtung im Geltungsbereich eines Bebauungsplans bzw. im EEG 2012 eine Errichtung im Bereich eines beschlossenen Bebauungsplans vorsahen.
- 36 Für dieses Ergebnis spricht auch eine **systematische Auslegung** der EEG-Normen. Im EEG finden sich zahlreiche Inbezugnahmen von Genehmigungen aus anderen Rechtsgebieten. In der Regel wird ausdrücklich das Vorliegen einer Genehmigung in Bezug genommen, was in diesen Normen für einen eingeschränkten Prüfungsmaßstab im Kontext des EEG spricht. Dies ist vorliegend nicht der Fall.
- 37 Die Begrifflichkeiten *genehmigt*, *Genehmigung* und *Genehmigungsbedürftigkeit* finden sich in folgenden Normen des EEG 2017:

§§ 22, 36, 36e, 36f, 36g, 37, 39, 39d, 39e, 39f, 48, 50b, 85b, 88, 88a, 88b, 88c, 88d, 93, 100, 103 sowie in der Anlage 2 zum EEG 2017.

<sup>15</sup>BT-Drs. 18/12988, S. 33, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/3476>.

- 38 Die Entscheidung des Gesetzgebers, von dieser oftmals praktizierten Regelungstechnik des Abstellens auf eine Genehmigung abzuweichen, scheint somit bewusst getroffen worden zu sein. Dass es sich um ein gesetzgeberisches Versehen handelt, ist vor diesem Hintergrund fernliegend.
- 39 Auch eine Auslegung nach **Sinn und Zweck** der Heilungsvorschrift vermag den Verzicht auf das Vorliegen der Voraussetzungen und das Abstellen auf eine bestandskräftige Genehmigung nicht zu rechtfertigen. Der Anspruchstellerin ist insofern darin recht zu geben, dass es dem Gesetzgeber darum ging, Freiflächensolaranlagen, die nach Erlass des BGH-Urteils für den in ihnen erzeugten und eingespeisten Strom keinen Vergütungsanspruch mehr beanspruchen konnten, über die Heilungsvorschrift des § 48 Abs. 1 Satz 2, 3 EEG 2017 und deren rückwirkende Anwendbarkeit gemäß § 100 Abs. 8 EEG 2017 zu einem Vergütungsanspruch zu verhelfen und diese vor unter Umständen drohenden Insolvenzen zu bewahren. Er hat die Anwendbarkeit der Heilungsvorschrift im Zuge des Normerlasses jedoch von weiteren Bedingungen abhängig gemacht. Es ging ihm daher nicht darum, allen Anlagen, die von dem Urteil betroffen sein könnten, einen Vergütungsanspruch i. S. d. § 19 EEG 2017 zu vermitteln, sondern nur denjenigen, die aus seiner Sicht zum Zeitpunkt der Errichtung über die notwendige *Akzeptanz* verfügten. Diese knüpft der Gesetzgeber wiederum an das Vorliegen der Voraussetzungen des § 33 BauGB an, wobei er im Rahmen der Begründung die durchgeführte Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung in den Mittelpunkt stellte.
- 40 Auch führt dieses Auslegungsergebnis, entgegen dem Vorbringen der Anspruchstellerin, nicht dazu, dass die Clearingstelle oder ein mit der Prüfung der Normen des EEG befasstes (Zivil-)Gericht die Wirkungen der Baugenehmigung aufzuheben vermag. Die Frage, ob ein Vergütungsanspruch i. S. d. EEG besteht, wirkt sich auf die baurechtliche Zulässigkeit der Anlage nicht aus.
- 41 Nicht entscheidend ist nach der in § 48 Abs. 1 Satz 2 EEG 2017 zum Ausdruck kommenden Wertung des Gesetzgebers, ob der Anlagenbetreiber bei der Errichtung der Anlage „alles richtig“ gemacht hat. Selbst wenn man dies im vorliegenden Fall unterstellt, kommt es dem Gesetzgeber des EEG 2017 darauf nicht an, sondern allein darauf, ob die Voraussetzungen des § 33 BauGB tatsächlich eingehalten worden sind und daher die Akzeptanz für das Vorhaben unterstellt werden kann, obwohl die Solaranlage noch vor dem maßgeblichen Satzungsbeschluss errichtet worden ist.

### 2.2.2 Keine Unbeachtlichkeit der nicht durchgeführten Behördenbeteiligung im Einzelfall

- 42 Wird das Vorliegen der Voraussetzungen gefordert, so kann im vorliegenden Einzelfall nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die notwendige Akzeptanz vorlag, obgleich eine Behörde nicht beteiligt worden war. Die Beteiligung des Landesamtes und die von diesem geforderten natur- und artenschutzrechtlichen Vorgaben waren für den Bebauungsplan und das konkrete Bauvorhaben nicht unerheblich oder vernachlässigbar. Die Beteiligung führte zu konkreten Anforderungen an den Bauherren und es fand eine erneute Beschlussfassung des Bebauungsplans durch die Gemeinde unter Berücksichtigung der Stellungnahme des Landesamtes statt (s. o. Rn. 6 f.).
- 43 Hierfür spricht, dass es sich auch im Bauplanungsrecht nicht um einen unerheblichen und mithin um einen beachtlichen Fehler i. S. d. § 214 BauGB gehandelt hätte, der nicht durch Zeitablauf unbeachtlich geworden wäre.<sup>16</sup> Weder waren die vom Landesamt ermittelten Belange unerheblich i. S. d. § 214 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) BauGB noch waren sie zuvor bei der Entscheidung berücksichtigt worden.
- 44 Es scheint zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen, dass im Einzelfall auch von der notwendigen Akzeptanz für die Errichtung einer Freiflächenanlage ausgegangen werden kann, obwohl die Voraussetzungen des § 33 BauGB nicht vollständig vorlagen. Dies ist aber jedenfalls bei Nichtbeteiligung der natur- und umweltschutzrechtlichen Behörde regelmäßig nicht der Fall, da deren Beteiligung im Hinblick auf die zu verlangende Akzeptanz nicht vernachlässigbar ist. Erst nachdem die umweltschutzrechtlichen Belange ermittelt und sodann in der Planung berücksichtigt wurden, kann davon ausgegangen werden, dass die Akzeptanz vor Ort tatsächlich gegeben war. Hierfür spricht bereits der Umstand, dass umwelt- und naturschutzrechtlichen Belangen bei der Planaufstellung eine zentrale Rolle zukommt, vgl. §§ 1a, 2 Abs. 4, 2a BauGB.

### 2.2.3 Keine Bindung an die gemäß § 72 LBauO M-V i. V. m. § 33 BauGB erteilte und bestandskräftig gewordene Baugenehmigung

- 45 Vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 33 BauGB kann auch nicht aufgrund der

<sup>16</sup>Die im Votum 2013/50 getroffenen Aussagen zur Unerheblichkeit des Fehlers sind zu einer abweichenden rechtlichen Frage und sowohl vor dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 18.01.2017 – VIII ZR 278/15, als auch vor Erlass des § 48 Abs. 1 Satz 2 EEG 2017 getroffen worden.

bestandskräftigen Baugenehmigung, die gemäß § 72 LBauO M-V<sup>17</sup> auf Grundlage des § 33 BauGB erteilt wurde, ausgegangen werden. Dies gilt unabhängig davon, ob bei Baugenehmigungen in Mecklenburg-Vorpommern von einer über die Tatbestandswirkung hinausgehenden Feststellungswirkung auszugehen ist.<sup>18</sup> Auch die Feststellungswirkung einer bestandskräftigen Baugenehmigung würde nicht bewirken, dass vom Vorliegen der im Rahmen der Genehmigung zu prüfenden Voraussetzungen für die Zwecke des EEG ausgegangen werden müsse und der Clearingstelle bzw. einem mit der Frage befassten (Zivil-)Gericht die Prüfung, ob die Voraussetzungen des § 33 BauGB tatsächlich vorlagen, verwehrt ist.

- 46 Die von der Anspruchstellerin angeführten höchstrichterlichen Entscheidungen zur Tatbestandswirkung von Verwaltungsakten<sup>19</sup> haben gemeinsam, dass es um die Tatbestands- bzw. Feststellungswirkung von bestandskräftigen Verwaltungsakten in Bezug auf die in diesen getroffenen Feststellungen im genehmigungsrechtlichen Sinne geht. So soll aus Gründen der Rechtssicherheit (bzw. der Einheit der Rechtsordnung) keine abweichende Entscheidung in der gleichen Sache getroffen werden, die sodann bspw. einem Bauherren eine baurechtliche Änderung aufgrund eines Umstands aufzwingen würde, der bereits in einem bestandskräftig gewordenen Verwaltungsakt von einer anderen Behörde beurteilt wurde.<sup>20</sup> Es geht in diesen Fällen um die Verhinderung einer abweichenden Entscheidung bezüglich desselben Gegenstands. Entsprechend werden Aspekte des Vertrauensschutzes des Begünstigten, die Möglichkeit der Rücknahme von Verwaltungsakten im Allgemeinen und der Rechtsschutzmöglichkeiten von Betroffenen (Dritten) berücksichtigt.<sup>21</sup> Diese Erwägungen lassen sich schon im Ausgangspunkt nicht für die vorliegende

<sup>17</sup>LBauO M-V 2006 vom 18.04.2006 (GVOBl. M-V S. 102), geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 17.12.2009 (GVOBl. M-V S. 729).

<sup>18</sup>OVG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 30.10.2013 – 3 L 183/10, abrufbar unter <https://www.landesrecht-mv.de/bsmv/document/MWRE140002237>, Rn. 45 ff.; vgl. auch OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 22.10.2008 – 8 A 10942/08, Rn. 33.

<sup>19</sup>BVerwG, Urt. v. 17.12.2015 – 4 C 7.14, abrufbar unter <https://www.bverwg.de/171215U4C7.14.0>; BVerwG, Beschl. v. 11.02.2016 – 4 B 1.16, abrufbar unter <https://www.bverwg.de/de/110216B4B1.16.0> BGH, Urt. v. 14.06.2007 – IZR 125/04, abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=41134&pos=o&anz=1> und BGH, Urt. v. 02.12.2015 – IZR 239/14, abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=7476&pos=o&anz=1>.

<sup>20</sup>Gleiches gilt in dem angeführten Markenrechtsstreit bezüglich der Untersagung einer Produktkennzeichnung, deren Verwendung bereits zuvor von einer Behörde zugelassen wurde.

<sup>21</sup>BVerwG, Urt. v. 17.12.2015 – 4 C 7.14, abrufbar unter <https://www.bverwg.de/171215U4C7.14.0>, Rn. 7; BGH, Urt. v. 14.06.2007 – IZR 125/04, abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=41134&pos=o&anz=1>, Rn. 24 ff.;

Frage fruchtbar machen, da die Rücknahme einer Baugenehmigung oder sonstige baurechtlichen Konsequenzen für die baurechtlich genehmigte Anlage bei der Frage, ob einem Anlagenbetreiber eine Vergütung i. S. d. Normen des EEG zusteht, nicht im Raum steht. Zudem ist mit dem Erhalt der Baugenehmigung kein Vertrauen auf einen Vergütungserhalt verbunden. Auch sind Dritte in Bezug auf einen Vergütungsanspruch andere Personen und anders betroffen als im genehmigungsrechtlichen Verfahren.

- 47 Eine Baugenehmigung vermittelt die Erlaubnis, die Anlage zu errichten. Eine auf Grundlage des § 33 BauGB erteilte Baugenehmigung dient hingegen nicht der Feststellung der Vergütungsvoraussetzungen i. S. d. § 48 EEG 2017. Die Voraussetzungen der Vergütungsvorschriften des EEG gehören nicht zum Prüfungsprogramm der Behörde, die die Baugenehmigung erteilt. Über einen Vergütungsanspruch im Sinne des EEG wird in einer Baugenehmigung keine Aussage getroffen. Hierzu wäre die Baubehörde mangels Zuständigkeit auch nicht befugt.
- 48 Zu diesem Verhältnis zwischen Vergütungsanspruch und Baugenehmigung führt das OLG Koblenz aus:

„Dabei ergibt sich auch keine andere Wertung daraus, dass der Klägerin nach Fassung des Satzungsbeschlusses vom 10.08.2011 bereits eine Baugenehmigung auf der Grundlage des § 33 BauGB erteilt worden ist. Denn diese begründet allenfalls einen Anspruch der Klägerin, die Anlage errichten zu dürfen. Diese allein aus baurechtlicher Sicht erteilte Erlaubnis hat aber noch nicht zur Folge, dass damit gleichzeitig die Voraussetzungen für einen Vergütungsanspruch nach dem EEG 2009 vorliegen. Vielmehr weist die Beklagte zutreffend darauf hin, dass aus der Befugnis zum Bauen noch kein Anspruch auf Zahlung einer Einspeisevergütung resultiert. Denn die Vergütungspflicht nach dem EEG folgt ihren eigenen Regeln.“<sup>22</sup>

- 49 An diesem Grundsatz ändert auch die erfolgte Aufnahme der Voraussetzungen des § 33 BauGB in den Tatbestand der Vergütungsvorschrift des § 48 Abs. 1 Satz 2

*BGH*, Urt. v. 02.12.2015 – IZR 239/14, abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=74765&pos=o&anz=1>, Rn. 24 ff.

<sup>22</sup>*OLG Koblenz*, Urt. v. 21.12.2017 – 6 U 12/17, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eegekwwg.de/rechtsprechung/4308>, Rn. 62, auch wenn die Ausführungen im Urteil zur Frage der Anwendung des § 32 Abs. 3 EEG 2009 vor Beschluss des Bebauungsplans ergangen sind, ist die dahinterstehende allgemeine Feststellung der Sache nach zutreffend.

EEG 2017 nichts. Diese sind vielmehr als eigenständige materielle Voraussetzungen eines Vergütungsanspruchs im Sinne des EEG normiert worden (s.o. Rn. 31 ff.).

- 50 Auch der Vergleich mit den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zur Problematik paralleler Genehmigungsverfahren<sup>23</sup> stützt das vorgefundene Ergebnis. Auch hier ist anerkannt, dass sich die Frage der Bindungswirkung in Bezug auf nachfolgende Behördenentscheidungen nur bei sich überschneidenden Regelungs- und Entscheidungsbefugnissen stellt. Hiervon sind jedoch Konstellationen zu unterscheiden, bei denen – wie vorliegend – lediglich sich überschneidende materielle Prüfungsmaßstäbe im Raum stehen. Bei diesen stellt sich die Frage der Bindungswirkung von vornherein nicht, so dass Entscheidungen anderer Behörden (bzw. anderer Gerichte) nicht präjudiziert sein können.<sup>24</sup>
- 51 Es bleibt dem Gesetzgeber unbenommen, strengere Anforderungen – als das Vorliegen einer Genehmigung – an den Vergütungserhalt im EEG zu stellen.<sup>25</sup>
- 52 Hierin liegt keine Verletzung des Vertrauensschutzes der Anspruchstellerin. Die erhaltene vorläufige Baugenehmigung i. S. d. § 33 BauGB ist nicht geeignet, das Vertrauen in einen Vergütungsanspruch nach dem EEG zu schützen. Zum Zeitpunkt des Erlasses der Baugenehmigung wurden nach dem EEG weitergehende Anforderungen an den Vergütungserhalt – namentlich die Errichtung im Geltungsbereich eines Bebauungsplans – gestellt. Auch im Hinblick auf die Heilungsvorschrift des §§ 48 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. 100 Abs. 8 EEG 2017 liegt keine Verletzung des Vertrauensschutzes vor. Zu dem Zeitpunkt als die Anlage errichtet wurde, war die Heilungsvorschrift noch nicht erlassen, so dass die Anspruchstellerin ihre Disposition nicht im Vertrauen auf den Erhalt einer Vergütung gemäß §§ 48 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. 100 Abs. 8 EEG 2017 getätigt hat.
- 53 Mit dieser Feststellung ist keine Abkehr von der ständigen Spruchpraxis der Clearingstelle in Bezug auf eine Bindungswirkung von bestandskräftigen Genehmigungen verbunden. Die Bezugnahme auf eine Genehmigung im EEG führt – im Gegensatz zu einer Bezugnahme auf die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Norm – in

<sup>23</sup>Vgl. *BVerwG*, Urt. v. 04.07.1986 – 4 C 31.84; *BVerwG*, Urt. v. 17.10.1989 – 1 C 18.87; *Bayrischer VGH*, Beschl. v. 18.03.1993 – GrS 1/1992 – 1 B 90.3063.

<sup>24</sup>*Landmann/Rohmer*, in: Seibert (Hrsg.), 93. EL August 2020, BImSchG § 13, Rn. 93, 94.

<sup>25</sup>Dem Gesetzgeber kommt bezüglich der Ausgestaltung der Vergütungsansprüche im EEG eine weitreichende Gestaltungsfreiheit zu, vgl. *BGH*, Urt. v. 18.01.2017 – VIII ZR 278/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3438>, Rn. 29 mit Verweis auf *BVerfGE* 17, 210, 216; 93, 319, 350; 110, 274, 293; sowie *BGH*, Urt. v. 01.12.2010 – VIII ZR 241/07, abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=54454&pos=o&anz=1>, Rn. 19.



der Regel dazu, dass eine erneute Prüfung bspw. aufgrund der formellen und materiellen Bestandskraft der Genehmigung nicht angezeigt ist.<sup>26</sup> Vielmehr erübrigt sich in diesen Fällen eine Prüfung, da der Gesetzgeber mit der Bezugnahme auf eine Genehmigung regelmäßig ausdrückt, dass er eine erneute Prüfung nicht für angezeigt hält, sondern das Vorliegen der Genehmigung als ausreichend betrachtet.

#### 2.2.4 Keine Heilung durch die Nachholung der Behördenbeteiligung

- 54 Die Nachholung der Behördenbeteiligung hat auch nicht zu einer Heilung geführt, die im Rahmen der Heilungsvorschrift des § 48 Abs. 1 Satz 2 EEG 2017 nunmehr die Beurteilung gebietet, dass die Voraussetzungen zum Zeitpunkt der Errichtung als vorliegend geboten hätten.
- 55 Zunächst kam und kommt es dem Gesetzgeber auf die zeitliche Abfolge zwischen Errichtung und Satzungsbeschluss an. Die Einhaltung der Anforderungen trägt dem gemeindlichen Planungswillen Rechnung und soll sicherstellen, dass vor Ort die nötige Akzeptanz für das Projekt gegeben ist.<sup>27</sup> Insofern wird im Rahmen der Heilungsvorschrift von dieser strikten Reihenfolge zwar abgewichen, Bezugspunkt für das Vorliegen der Akzeptanz ist aber das tatsächliche Vorliegen der Voraussetzungen des § 33 BauGB zum Zeitpunkt der Errichtung.
- 56 Zudem kommt einem nachfolgenden Satzungsbeschluss (und der nachgeholtene Behördenbeteiligung) auch im Bauplanungsrecht keine heilende Wirkung in Bezug auf eine gemäß § 33 BauGB erteilte Baugenehmigung zu.<sup>28</sup>
- 57 Ob sich an der EEG-rechtlichen Bewertung etwas ändern würde, wenn der zweite Satzungsbeschluss eine rückwirkende Inkraftsetzung des ersten Beschlusses i. S. d. § 214 BauGB angeordnet hätte, muss vorliegend nicht entschieden werden, da dies nicht der Fall war.

#### 2.2.5 Keine Analogie aufgrund des Vorliegens einer bestandskräftigen Baugenehmigung

- 58 Auch eine analoge Anwendung des § 48 Abs. 1 Satz 2 EEG 2017 scheidet vorliegend

<sup>26</sup>Stellvertretend vgl. *Clearingstelle*, Hinweis v. 30.05.2017 – 2017/6, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/bin/wv/2017/6>, Rn. 45.

<sup>27</sup>BT-Drs. 18/12988, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/3476>, S. 33, sowie BT-Drs. 15/2864, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/278>, S. 44.

<sup>28</sup>Vgl. *BVerwG*, Urt. v. 12.12.2018 – 4 C 6.17, abrufbar unter <https://www.bverwg.de/de/121218U4C6.17.0> Rn 32 ff.

aus. Es liegt bereits keine planwidrige Regelungslücke vor. Dabei kann offen bleiben, ob in den Fällen, in denen eine Baugenehmigung i. S. d. § 33 BauGB erteilt wurde, obwohl die Voraussetzungen des § 33 BauGB nicht vorlagen, eine vergleichbare Interessenslage gegeben wäre. Voraussetzung für eine analoge Anwendung ist jedenfalls das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke. Für die Annahme einer Regelungslücke fehlt es aber an konkreten Anhaltspunkten, da weder die Historie noch Sinn und Zweck der Norm den Schluss zulassen, der Gesetzgeber habe eigentlich an das Vorliegen einer Genehmigung anknüpfen wollen und sei versehentlich von seinem Regelungsplan abgewichen. Ein solcher Schluss wäre auch nach ständiger Rechtsprechung des BGH eine Voraussetzung für die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke. Verlangt wird, dass sich die Lücke aus einem unbeabsichtigten Abweichen des Gesetzgebers von seinem – dem konkreten Gesetzgebungsvorhaben zugrundeliegenden – Regelungsplan ergibt. Sie muss sich aus dem Gesetz im Wege der historischen und teleologischen Auslegung ergeben und anhand von konkreten Umständen festgestellt werden können.<sup>29</sup>

Dr. Mutlak

Sobotta

Todorovic

---

<sup>29</sup>BGH, Urt. v. 18.01.2017 – VIII ZR 278/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3438>, Rn. 32.