

2010/10

16. September 2010

Votum

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

Leitsätze:

1. § 32 EEG 2009 enthält i. V. m. § 20 Abs. 4 Satz 1 EEG 2009 verschiedene Vergütungstatbestände. Erfüllt eine Anlage zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie i. S. v. § 32 EEG 2009 mehrere Tatbestände innerhalb des § 32 EEG 2009, ist die Rechtsfolge aus dem sachnäheren Tatbestand abzuleiten. Das ist im Verhältnis zwischen den in § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 EEG 2009 bzw. § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 2 EEG 2009 und den in § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2 EEG 2009 geregelten Tatbeständen derjenige Tatbestand, der die strengsten Voraussetzungen beinhaltet.
2. Die Ausnahmeregelung in § 20 Abs. 4 Satz 2 EEG 2009 ist für Strom aus Anlagen nach § 32 EEG 2009, die nicht im Geltungsbereich eines vor dem 25. März 2010 als Satzung beschlossenen Bebauungsplans errichtet werden, weder direkt noch analog anwendbar.

In dem Votumsverfahren

I. . . .

– Anspruchstellerin –

2. ...

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG durch den Vorsitzenden Dr. Lovens, das Mitglied Dr. Pippke und den technischen Koordinator Dibbern sowie die nichtständigen Beisitzer Haselhuhn und Weißenborn aufgrund der mündlichen Erörterung vom 2. September 2010 am 16. September 2010 folgendes Votum:

1. **Die Anspruchstellerin hat gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch auf Vergütung des Stroms, der nach der Errichtung und Inbetriebnahme der geplanten PV-Installation in [...Z...], [A...], erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist wird, aus § 32 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009¹.**
2. **Der Anspruch besteht nur in der durch § 20 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009 abgesenkten Höhe. Die Ausnahmeregelung in § 20 Abs. 4 Satz 2 EEG 2009 ist nicht anzuwenden.**

¹Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2071), zuletzt geändert durch Art. 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 11.08.2010 (BGBl. I S. 1170), nachfolgend bezeichnet als EEG 2009.

Inhaltsverzeichnis

1	Tatbestand	3
2	Begründung	8
2.1	Verfahren	8
2.2	Würdigung	9
2.2.1	Anspruch aus § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009	9
2.2.2	Anwendung der Regelung zur sog. Einmaldegression in § 20 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009	19

1 Tatbestand

- 1 Die Anspruchstellerin plant seit September/Oktober 2009 die Errichtung eines sog. Solarparks mit ca. 18 400 Solarmodulen und einer Gesamtleistung von 3,5 MW_p in [...] [Z...], Ortsteil [H...].
- 2 Bei der für die Errichtung vorgesehenen Fläche mit einer Größe von rund 7 ha handelt es sich um eine von zwei ehemaligen, auf dem Gebiet der ehemaligen DDR gelegenen Aschehalden („Aschespülhalden [H...]“), die als Deponie gewidmet und zwischen 1983 und 1992 zur Ablagerung von Kraftwerksaschen und Kohlepartikeln aus dem Braunkohlekraftwerk [H...] genutzt worden sind. Betreiber der Deponie waren zunächst der VEB [K...], danach die [V...] und schließlich die [V...].
- 3 Die Fläche befindet sich auf dem Areal einer ehemaligen Braunkohletiefbaugrube der [W...]; in der Zeit von 1862 bis 1867 waren 5 Schächte und 2 Abbruchfelder angelegt worden.² Das Gelände ist als Gebiet mit unterirdischen Hohlräumen ausgewiesen; Absenkungen sind nicht völlig auszuschließen.
- 4 Die Halde, auf der der Solarpark errichtet werden soll, wurde für die seinerzeitige Nutzung so angelegt, dass zunächst rund um die Fläche ein sog. Pionierdamm aus Asche und Schotter errichtet wurde, in den dann über eine Einspülvorrichtung unmittelbar aus dem Kraftwerk [H...] Asche eingespült wurde. Dies führte zu einer Überdeckung der natürlichen Bodengesellschaften. Nach Einstellung des Einspülens

²Begründung zum Bebauungsplan „Sondergebiet [...]“, S. 13.

im Jahr 1992 wurde rings um die entstandene Halde eine steile, terrassierte Befestigung angelegt. Der obere Teil der Halde wurde auf einer Höhe von etwa 16 m oberhalb der [B ...] in etwa eben abgeschlossen. Er weist eine leichte Neigung nach innen auf; dort befinden sich zwei sog. Mönche, die dem Wasserablauf dienen. Insgesamt ähnelt die Deponie so einem Tafelberg. Nach einem Dambruch wurde die Deponie auf der zur [B ...] gerichteten Seite neu aufgeschüttet und – z. T. mit Beton – befestigt. In den Jahren 1999 bis 2002 wurde die Fläche mit einer Stärke von durchschnittlich 1 m (zu den sog. Mönchen hin abnehmend) mit insgesamt ca. 770 Kubikmetern Mutterboden abgedeckt, wobei die Böschungsbereiche z. T. nicht bedeckt sind. Es wurde auf einer Fläche von rund 2 ha Wald angepflanzt; im Übrigen wurde die Fläche der natürlichen Sukzession überlassen.

- 5 Rings um die Deponie befindet sich ein Graben, der der Wasserabführung dient. Der von der Anspruchstellerin vorgelegte Bericht der [H. . .] und des Ingenieurbüros Dr. [A. . .] zum Setzungsverhalten der Halde zeigt, dass im Laufe der letzten Jahre die Setzungen auf der Halde an allen Böschungsbereichen abnehmen. Die stärksten Setzungen sind danach im mittleren Böschungsbereich (Diagramm 1.3.7) und im Bereich der zur [B ...] gerichteten Böschung (Diagramm 1.3.4) feststellbar (bis ca. 226 mm im Januar 2008 bzw. Januar 2010). Der Begründung zum Bebauungsplan sowie dem von der Anspruchstellerin vorgelegten „Bericht zu den Nachsorgemaßnahmen 2009“ auf der „Aschepülhalde [H. . .]“ der [H. . .] ist zu entnehmen, dass die Standsicherheit der Halden nicht gefährdet bzw. die Stabilität des Haldenkörpers gewährleistet ist.
- 6 Das Regierungspräsidium [D. . .] hat das Ende der Betriebsphase der Altdeponie mit Bescheid vom 9. Februar 2005 festgestellt. Die Deponie befindet sich seitdem in der Nachsorgephase. In diesem Zusammenhang wird die Deponie weiterhin entwässert und es findet ein Monitoring statt, das u. a. Grundwasserstandsmessungen, eine Überwachung der Grundwasserbeschaffenheit und Setzungsmessungen umfasst. Der Begründung zum Bebauungsplan „Sondergebiet [. . .]“ ist zu entnehmen, dass das Grundwasser unterhalb der Halde mit „aschetypischen Einträgen“ (Chlorid, Sulfat, Ammonium bzw. Nitrat, AOX³) belastet ist und das Gebiet insgesamt „großflächig gestörte Grundwasserverhältnisse“ aufweist.⁴ Aus dem von der Anspruchstellerin vorgelegten „Bericht zu den Nachsorgemaßnahmen 2009“ auf der „Aschepülhalde [H. . .]“ der [H. . .] ergibt sich, dass das Grundwasser nach wie vor mit Austrägen aus

³D.h. Adsorbierbare organisch gebundene Halogene, s. *Wikipedia*, abrufbar unter http://de.wikipedia.org/wiki/Adsorbierbare_organisch_gebundene_Halogene, zuletzt abgerufen am 29.11.2010.

⁴Begründung zum Bebauungsplan, S. 12 f. und 25.

der Deponie beaufschlagt wird. Die Fläche ist im [Landes] Altlastenkataster mit der Nummer [...] als Altdeponie erfasst. Nach Auffassung der [oberen Abfallbehörde] handelt es sich um eine Deponie der niedrigsten Gefährdungskategorie.

- 7 Am 19. November 2009 beschloss die Stadt [Z...] die Aufstellung des Bebauungsplans „Sondergebiet [...]“. Der Aufstellungsbeschluss wurde ortsüblich bekannt gemacht. Planungsziele dieses Verfahrens waren die Ausweisung eines Sondergebietes Fotovoltaikanlagen, die Festsetzung von Verkehrsflächen innerhalb der Fläche sowie die Durchführung einer Umweltprüfung. Im Anschluss erfolgte die Beteiligung der Öffentlichkeit und der Träger öffentlicher Belange.
- 8 Am 14. und 20. Januar 2010 schlossen die Stadt [Z...] und die Anspruchstellerin einen auf die ehemalige Aschepülhalde des Braunkohlekraftwerks [H...] bezogenen „Städtebaulichen Vertrag zur Übernahme der Kosten des Verfahrens zur Aufstellung eines Bebauungsplans gem. § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB“.
- 9 Am 24. Februar 2010 ließen die Anspruchstellerin und die [V...] ein Angebot auf Grundstückskauf über mehrere Flurstücke der Gemarkung [W...], Blatt [...] des Grundbuchs von [W...], sowie der Gemarkung [D...], Blätter [...] des Grundbuchs von [H...], mit einer Größe von insgesamt [...] Quadratmetern notariell beurkunden (Urkundenrolle des Notars [V...] Nr. [...]). Die in der Baugenehmigung genannten Flurstücke sind darin genannt. Das Kaufangebot kann von der Anspruchstellerin bis zum 31. Dezember 2010 angenommen werden.
- 10 Am 15. März 2010 stellte die Anspruchstellerin einen Antrag auf Baugenehmigung.
- 11 Am 16. März 2010 fand ein von der Baugenehmigungsbehörde initiiertes und moderiertes Termin beim Landkreis [G...] (Außenstelle [Z...]) statt, in dem die betroffenen Behörden des Landkreises ihre Zustimmung zu dem Vorhaben erklärten.
- 12 Mit Schreiben vom 17. März 2010 an die untere Bauaufsichtsbehörde stimmte die [obere Abfallbehörde] in ihrer Funktion als obere Abfallbehörde dem Bauantrag zu.
- 13 Am 25. März 2010 beschloss der Stadtrat der Stadt [Z...] die „Billigung“ des Entwurfes des Bebauungsplans „Sondergebiet [...]“ in der Fassung vom 2. März 2010.
- 14 Die Stadt [Z...] in ihrer Funktion als untere Bauaufsichtsbehörde erteilte am 9. April 2010 eine Baugenehmigung nach § 72 [Landesbauordnung] für die Errichtung von ca. 18 408 Solarmodulen, aufgeständert auf schrägen Stahlkonstruktionen, sowie von 4 Zentralwechselrichtern, einer Schaltanlage und eines Gerätehauses. Die bauplanungsrechtliche Genehmigungsfähigkeit beurteilte sie dabei nach § 35 BauGB (Bauen im Außenbereich). In dem Bescheid wird ausgeführt, dass die Errichtung bauli-

cher Anlagen den Erfordernissen der Nachsorge nicht entgegenstehe und dass die [obere Abfallbehörde] als Trägerin der Deponienachsorge das Vorhaben ausdrücklich befürworte; eine Verfahrenskonzentration scheidet daher aus und es bewende insoweit beim regulären bauordnungsrechtlichen Genehmigungsverfahren. Im Weiteren führte sie aus, dass auch die „Sperrwirkung des § 38 BauGB“ nicht greife, da ganz offensichtlich kein Zweckwiderspruch bestehe.

- 15 Die Fotovoltaikmodule sollen auf der Tafelfläche bis zur Böschungskante errichtet werden. Dabei soll die Aufständigung bis in das Aschesubstrat hineinreichen.
- 16 Am 24. Juni 2010 beschloss die Stadt [Z...] den Bebauungsplan als Satzung.
- 17 Zwischen den Parteien ist streitig, ob und ggf. in welcher Höhe für den Strom, der in dem geplanten Solarpark erzeugt werden soll, ein Vergütungsanspruch nach dem EEG 2009 besteht.
- 18 Die Anspruchstellerin ist der Ansicht, ihr stehe für den in der Anlage erzeugten und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten Strom eine Vergütung aus § 32 Abs. 1 EEG 2009 in nicht durch § 20 Abs. 4 Satz 1 EEG 2009 abgesenkter Höhe zu. Die Anspruchsvoraussetzungen nach § 32 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2009 lägen vor, weil es sich um eine Fachplanungsfläche handele. Zudem handele es sich bei der Aschepülhalde auch um eine „bauliche Anlage“, so dass auch die Anspruchsvoraussetzungen nach § 32 Abs. 2, 1. Halbsatz EEG 2009 erfüllt seien. Schließlich sei die Fläche auch als Konversionsfläche aus wirtschaftlicher Nutzung zu qualifizieren, so dass der Anspruch auch aus § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009 begründet sei. Die Ansprüche stünden alternativ nebeneinander; ein Rangverhältnis bestehe nicht. Bei parallel zutreffenden Tatbeständen gelte das Günstigkeitsprinzip zugunsten des Anlagenbetreibers bzw. der Anlagenbetreiberin.
- 19 Die sog. Einmaldegression nach § 20 Abs. 4 Satz 1 EEG 2009 sei aufgrund der „Vertrauensschutzregelung“ in § 20 Abs. 4 Satz 2 EEG 2009 nicht anzuwenden. § 20 Abs. 4 Satz 2 EEG 2009 sei in den Fällen, in denen sich Anlagen nicht in einem Bebauungsplangebiet befinden müssen, also insbesondere bei Anlagen an oder auf baulichen Anlagen mit vorrangig anderem Errichtungszweck oder auf planfestgestellten Flächen, teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass der zweite Halbsatz, zweiter Teil („und im Geltungsbereich eines vor dem 25. März 2010 beschlossenen Bebauungsplans“) nicht anzuwenden sei. Sollte jedoch der zweite Teil gelten, sei die Regelung modifiziert anzuwenden und auf einen dem Bebauungsplanbeschluss äquivalenten Vertrauenstatbestand abzustellen. Mit dem in Bezug genommenen Beschluss sei der Aufstellungsbeschluss gemäß § 2 Abs. 1 BauGB gemeint. Ein äquivalenter Vertrau-

enstatbestand liege entweder in der Erteilung der sog. fachplanungsrechtlichen „Unbedenklichkeitsbescheinigung“ durch die zuständige Fachbehörde oder spätestens in der gegenüber dem Bauherrn von Seiten der Baugenehmigungsbehörde und der zu beteiligenden Fachbehörden artikulierten grundsätzlichen Einschätzung der Genehmigungsfähigkeit der Anlage. Beides sei vorliegend vor dem 25. März 2010 erfolgt. Weiterhin sei § 20 Abs. 4 Satz 2 wie folgt zu lesen: „*vor Ablauf des 25. März 2010*“. Jedenfalls die am 25. März 2010 vom Stadtrat beschlossene „Billigung“ des Bebauungsplanentwurfs habe deshalb rechtzeitig einen Vertrauenstatbestand begründet.

- 20 Die Anspruchsgegnerin ist der Ansicht, es bestehe kein Anspruch aus § 32 EEG 2009, und wenn, dann nur in der durch § 20 Abs. 4 Satz 1 EEG 2009 abgesenkten Höhe. Es handele sich bei der Halde nicht um eine „bauliche Anlage“; eine bloße Aufschüttung von Abfall reiche für die Annahme einer baulichen Anlage nicht aus. Des Weiteren sei fraglich, ob sich die Halde durch die Renaturierung nicht bereits als Landschaftsbestandteil darstelle. Es liege auch keine Fachplanungsfläche i. S. d. § 32 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2009 vor, weil für die seinerzeitige Nutzung keine Planfeststellung oder ein vergleichbares Verfahren stattgefunden habe. Dass abfallrechtliche Regelungen bezüglich der Stilllegung und Nachsorge angewendet würden, ändere daran nichts. Der in Bezug genommene § 38 BauGB sei insoweit eindeutig. Auch die Voraussetzungen für eine Analogie lägen nicht vor; dafür fehle es bereits an der erforderlichen Regelungslücke. Schließlich bestünden auch Zweifel hinsichtlich einer Qualifizierung der Fläche als Konversionsfläche i. S. d. § 32 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009. Es handele sich um eine Deponie der niedrigsten Gefährdungskategorie; die Stilllegung liege schon lange zurück; es lägen keine ökologischen Belastungswirkungen mehr vor.
- 21 Die Anspruchsgegnerin hält weder eine analoge Anwendung des § 20 Abs. 4 Satz 2 EEG 2009 noch eine teleologische Reduktion für erforderlich bzw. angebracht. Die gesetzliche Regelung sei insoweit eindeutig. Dies gelte auch hinsichtlich des Zeitpunkts. Der Gesetzgeber habe gewollt, dass die Bebauungspläne *bis zum* 24. März 2010 vorliegen. Dies begründe sich daraus, dass mit der ersten Lesung am 25. März 2010 das Gesetzgebungsverfahren begonnen habe.
- 22 Mit inhaltsgleichen Anträgen vom 9. und 17. August 2010 haben sich die Anspruchstellerin bzw. die Anspruchsgegnerin an die Clearingstelle EEG gewandt und beantragt, ein Votumsverfahren gemäß §§ 26 ff. Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG⁵ (VerfO) durchzuführen. Die Anspruchstellerin wünschte die Hinzuziehung einer nichtständigen Beisitzerin oder eines nichtständigen Beisitzers von der DGS

⁵ Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/verfahrensordnung>.

Deutschen Gesellschaft für Sonnenenergie. Die Anspruchsgegnerin wünschte die Hinzuziehung einer nichtständigen Beisitzerin oder eines nichtständigen Beisitzers vom BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V.

- 23 Mit Beschluss vom 19. August 2010 hat die Clearingstelle EEG das Votumsverfahren angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautete:

Hat die Anspruchstellerin gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch auf Vergütung des Stroms, der nach der Errichtung und Inbetriebnahme der geplanten PV-Installation in [...Z...]/OT [H...], [A...], erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist wird, gemäß § 32 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 EEG 2009 bzw. § 32 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009, jeweils i. V. m. § 20 Abs. 4 Satz 2 EEG (in der seit dem 1. Juli 2010 geltenden Fassung)?

Insbesondere: Besteht ein Anspruch auf Vergütung in nicht durch § 20 Abs. 4 Satz 1 EEG 2009 (in der seit dem 1. Juli 2010 geltenden Fassung) abgesenkter Höhe?

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 24 Das Verfahren ist gemäß den Vorschriften der VerfO zustandegekommen und durchgeführt worden.
- 25 Die Clearingstelle EEG hat das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 VerfO nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen.
- 26 Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus §§ 26 Abs. 1, 22 Abs. 3 VerfO.
- 27 Den Parteien ist gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 1 VerfO Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 2 VerfO hat die Clearingstelle EEG einen Termin zur mündlichen Erörterung bestimmt. Die Beschlussvorlage für das Votum hat gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied der Clearingstelle EEG Dr. Pippke erstellt.

2.2 Würdigung

28 Die Anspruchstellerin hat gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch auf Vergütung des in der geplanten Anlage erzeugten und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten Stroms aus § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 i. V. m. § 20 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009. § 20 Abs. 4 Satz 2 EEG 2009 ist nicht anzuwenden.

2.2.1 Anspruch aus § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009

29 Der Vergütungsanspruch aus § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009 ist gegeben, weil die Solarstromanlagen im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, der zumindest auch zu diesem Zweck nach dem 1. September 2003 aufgestellt wurde, auf einer Konversionsfläche aus wirtschaftlicher Nutzung errichtet werden.⁶

30 **Planerische Voraussetzungen** Die Solarstromanlagen sollen im Geltungsbereich des am 24. Juni 2010 als Satzung beschlossenen Bebauungsplans „Sondergebiet [. . .]“ errichtet werden. Damit sind die planerischen Voraussetzungen des Anspruchs aus § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009 erfüllt.

31 **Konversionsfläche aus wirtschaftlicher Nutzung** Die Aschehalde ist eine Konversionsfläche aus wirtschaftlicher Nutzung. Dies ergibt sich aus der Anwendung der Empfehlung 2010/2 der Clearingstelle EEG zur Auslegung der flächenbezogenen Anforderungen an Konversionsflächen i. S. d. § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009 bzw. § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004⁷ auf den streitgegenständlichen Sachverhalt.

32 Vorliegend wurde die Fläche von dem VEB [K. . .] zum Zwecke der Entsorgung der bei dem Betrieb des Braunkohlekraftwerks [H. . .] anfallenden Asche genutzt. Bei der Nutzung einer Fläche zum Zweck der Entsorgung von Abfall handelt es sich um eine wirtschaftliche Nutzung. Wie die Clearingstelle EEG in ihrer Empfeh-

⁶Zu der Frage, warum der hier gleichzeitig erfüllte Tatbestand des § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 EEG 2009 wegen Errichtung auf einer nicht vorrangig zur Solarstromerzeugung errichteten baulichen Anlage keine „Sperrwirkung“ für die weitere Prüfung entfaltet, und zum Verhältnis dieses Tatbestandes zu dem Anspruch aus § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009 wird unter Rn. 41 ff. ausführlich eingegangen.

⁷Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 01.07.2010 – 2010/2, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfo/2010/2>.

lung 2010/2 vom 1. Juli 2010⁸ ausgeführt hat, ist der Begriff der „wirtschaftlichen Nutzung“ weit zu verstehen und erfasst nicht nur gewerbliche und industrielle Tätigkeiten, sondern alle Tätigkeiten, die sich als planvolle Deckung des menschlichen Bedarfs darstellen. Hierzu gehören auch Tätigkeiten der öffentlichen Leistungsverwaltung, auch im Zusammenhang mit der Verwertung oder Beseitigung von Abfällen. Vor diesem Hintergrund kann dahinstehen, ob es sich bei der Tätigkeit des VEB um eine gewerbliche bzw. industrielle Tätigkeit handelte oder nicht und ob diese als privatwirtschaftliche Tätigkeit zu qualifizieren ist oder nicht.

- 33 Für die Qualifizierung einer Fläche als Konversionsfläche ist weiterhin Voraussetzung, dass der ökologische Wert der Fläche infolge der ursprünglichen wirtschaftlichen Nutzung schwerwiegend beeinträchtigt ist. Das ist dann der Fall, wenn sich der ökologische Wert der Fläche aufgrund der spezifischen Vornutzung schlechter darstellt als vor dieser bzw. ohne diese Nutzung. Konversionsfläche ist dabei diejenige Fläche, die innerhalb der räumlichen Ausdehnung der ursprünglichen wirtschaftlichen Vornutzung auf der Grundlage des Bebauungsplans tatsächlich nachgenutzt wird. Eine widerlegliche Vermutung für eine schwerwiegende Beeinträchtigung des ökologischen Werts der Fläche im konkreten Anwendungsfall besteht dann, wenn eines oder mehrere der in der Empfehlung 2010/2 der Clearingstelle EEG aufgestellten Kriterien erfüllt sind (s. Leitsatz Nr. 7). Im Weiteren spricht es im konkreten Fall für eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Schutzgüter der Umwelt, wenn eines oder mehrere der in der Empfehlung genannten Indizien erfüllt sind (s. Leitsatz Nr. 8).
- 34 Relevante Fläche ist vorliegend diejenige Fläche, auf der der Solarpark errichtet werden soll. Denn dies ist die Fläche, die tatsächlich nachgenutzt werden soll. Zur Errichtung vorgesehen ist die den oberen Teil der Halde bildende Plateaufläche bis zum Böschungsrand.
- 35 Diese Fläche ist insgesamt schwerwiegend ökologisch beeinträchtigt. Von den Kriterien, die eine widerlegliche Vermutung für eine schwerwiegende ökologische Beeinträchtigung begründen, sind vorliegend mehrere erfüllt:
- 36 Die besondere – hier: abfallrechtliche – Überwachung nach Beendigung einer genehmigungsbedürftigen Tätigkeit (hier: Betrieb einer Abfalldeponie) hält an. Dem Bescheid des Regierungspräsidiums [D. . .] vom 9. Februar 2005 ist zu entnehmen, dass zwar die endgültige Stilllegung der Deponie festgestellt, aber gleichzeitig auf der

⁸Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 01.07.2010–2010/2, Leitsatz 1 und Rn. 43 ff., abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2010/2>.

Grundlage des § 36 KrW-/AbfG Nachsorgemaßnahmen angeordnet worden sind. Dass die Nachsorgephase auch aktuell noch anhält, ergibt sich aus dem Schreiben der [oberen Abfallbehörde] in ihrer Funktion als obere Abfallbehörde vom 17. März 2010. Der Begründung zum Bebauungsplan kann zudem entnommen werden, dass eine Entlassung aus der abfallrechtlichen Überwachungspflicht wegen der noch erforderlichen Grundwasser- und Setzungsmessungen in den nächsten Jahren nicht zu erwarten ist.⁹

- 37 Außerdem ist – wenn nicht sogar von einer Altlast i. S. d. § 2 Abs. 5 Nr. 1 BBodSchG¹⁰ – zumindest von dem hinreichenden Verdacht einer Altlast i. S. d. BBodSchG auszugehen. Nach § 2 Abs. 5 Nr. 1 BBodSchG sind stillgelegte Abfallbeseitigungsanlagen sowie sonstige Grundstücke, auf denen Abfälle behandelt, gelagert oder abgelagert worden sind (Altablagerungen), durch die schädliche Bodenveränderungen oder sonstige Gefahren für den einzelnen oder die Allgemeinheit hervorgerufen werden, Altlasten im Sinne des BBodSchG. Schädliche Bodenveränderungen wiederum sind nach § 2 Abs. 3 BBodSchG Beeinträchtigungen der Bodenfunktionen, die geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für den einzelnen oder die Allgemeinheit herbeizuführen. Bei einer in der Nachsorge befindlichen Deponie ist regelmäßig davon auszugehen, dass diese – aufgrund der Gefahr des Austrags von Schadstoffen – mit schädlichen Bodenveränderungen einhergeht. Vorliegend spricht für die Annahme einer schädlichen Bodenveränderung bzw. für einen entsprechenden hinreichenden Verdacht, dass das abfallrechtliche Monitoring aufrecht erhalten wurde und die Deponie außerdem unter der [...] Nr. [...] in das [Landes] Altlastenkataster eingetragen ist. Dass die Deponie der niedrigsten Gefährdungskategorie zugeordnet wurde, steht dem nicht entgegen; es genügt, dass überhaupt eine Gefährdung vorliegt.
- 38 Die Anspruchsgegnerin hat den Beweis des Gegenteils, insbesondere den Beweis der fehlenden ökologischen Belastung der Fläche, nicht angetreten, so dass bereits aufgrund der widerleglichen Vermutung davon auszugehen ist, dass es sich um eine Konversionsfläche i. S. d. § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009 handelt.
- 39 Davon abgesehen ist aufgrund einer Gesamtschau der Gegebenheiten auch unabhängig von den Kriterien anhand der Indizien davon auszugehen, dass eine schwerwiegende ökologische Beeinträchtigung der Fläche vorliegt. Das ergibt sich insbe-

⁹Begründung zum Bebauungsplan „Sondergebiet [...]“, S. 13.

¹⁰Bundes-Bodenschutzgesetz (BBodSchG) v. 17.03.1998 (BGBl. I S. 502), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes v. 09.12.2004 (BGBl. I S. 3214).

sondere daraus, dass aufgrund des massiven Ascheauftrags davon auszugehen ist, dass sich Abfälle, Schadstoffe und sonstige aus der Vornutzung stammende Materialien im Boden befinden und eine Veränderung des Bodens durch eine künstliche Veränderung der Erdoberfläche, eine herabgesetzte Bodenfruchtbarkeit und ein erheblich veränderter pH-Wert des Bodens vorliegen, durch die eine schwerwiegende Beeinträchtigung der natürlichen Bodenfunktionen gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 BBodSchG eingetreten ist. Wie sich der Begründung zum Bebauungsplan „Sondergebiet [...]“ entnehmen lässt, führte die ehemalige Nutzung der Fläche als Aschepülhalde zu einer Überdeckung der natürlichen Bodengesellschaften.¹¹ Auch ist das Grundwasser direkt unterhalb der Aschehalde durch aschetypische Einträge belastet; insgesamt weist das Gebiet „großflächig gestörte Grundwasserverhältnisse“ auf.¹² Der Boden ist danach insgesamt in seiner natürlichen Funktion als Bestandteil des Naturhaushalts, insbesondere mit seinen Wasser- und Nährstoffkreisläufen, sowie als Abbau-, Ausgleichs- und Aufbaumedium für stoffliche Einwirkungen auf Grund der Filter-, Puffer- und Stoffumwandlungseigenschaften, insbesondere auch zum Schutz des Grundwassers (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 1 b) und c) BBodSchG), schwerwiegend beeinträchtigt. Der ökologische Wert der Fläche stellt sich hierdurch insgesamt als deutlich schlechter als vor oder ohne die Nutzung als Aschepülhalde dar.

- 40 Offen bleiben kann in diesem Zusammenhang, ob auch das Kriterium „Fläche mit einer infolge tagebaulicher Nutzung beeinträchtigten Standsicherheit“ entsprechend heranzuziehen ist.
- 41 **Keine Vorrangigkeit anderer Tatbestände** Dem Vergütungsanspruch aus § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009 steht nicht eine etwaige Vorrangigkeit anderer Tatbestände innerhalb des § 32 EEG 2009 entgegen.
- 42 Zwar handelt es sich bei der Deponie auch um eine **bauliche Anlage** i. S. d. § 32 Abs. 2, 1. Halbsatz EEG 2009.
- 43 Ob der Begriff der baulichen Anlage in § 32 EEG 2009 dabei unter **systematischen Aspekten** unter Einbeziehung anderer Regelwerke eher im bauplanungsrechtlichen (vgl. § 29 BauGB¹³) oder eher im bauordnungsrechtlichen Sinne (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 1

¹¹Begründung zum Bebauungsplan „Sondergebiet [...]“, S. 24.

¹²Begründung zum Bebauungsplan „Sondergebiet [...]“, S. 12 und 25.

¹³Baugesetzbuch (BauGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. September 2004 (BGBl. I, S. 2414), zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes v. 31.07.2009 (BGBl. I, S. 2585).

Musterbauordnung¹⁴⁾ zu verstehen ist, kann vorliegend dahingestellt bleiben,¹⁵ da die Deponie in beiden Fällen den jeweiligen Anforderungen an eine bauliche Anlage genügt:

- 44 Eine bauliche Anlage i. S. d. § 29 BauGB liegt dann vor, wenn sie im weitesten Sinne gebaut, d. h. in einer auf Dauer gedachten Weise künstlich mit dem Erdboden verbunden ist und bodenrechtliche Relevanz hat.¹⁶ Auf das Material, die Art der Verbindung mit dem Boden, die konstruktive Beschaffenheit oder die Größe der Anlage kommt es dabei nicht an. Von einer bodenrechtlichen Relevanz ist auszugehen, wenn ein Vorhaben für die städtebauliche Entwicklung erheblich ist und die Zielsetzungen des § 1 Abs. 6 BauGB betroffen sind.¹⁷ Die Deponie ist vorliegend aufgrund ihrer auf Dauer angelegten künstlichen Verbindung mit dem Erdboden sowohl „gebaut“ als auch von bodenrechtlicher Relevanz. Letzteres ergibt sich schon daraus, dass die Errichtung und der Betrieb einer solchen Anlage gemäß § 31 Abs. 2 KrW-/AbfG einer Planfeststellung bedürfen.
- 45 In der Gesetzesbegründung zum EEG 2004 wird der Begriff der baulichen Anlage unter Verweis auf das Bauordnungsrecht als mit dem Erdboden verbundene, aus Bauteilen oder Baustoffen hergestellte Anlage definiert. Sonstige bauliche Anlagen sollen insbesondere Straßen, Stellplätze, Deponieflächen, Lager- und Abstellflächen sein.¹⁸
- 46 Im Bauordnungsrecht selbst wird eine bauliche Anlage in § 2 Abs. 1 Satz 1 MBO wie folgt definiert:

Bauliche Anlagen sind mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen; eine Verbindung mit dem Boden besteht auch dann, wenn die Anlage durch eigene Schwere auf dem Boden ruht oder

¹⁴Musterbauordnung, abrufbar unter <http://www.bauordnungen.de/html/musterbauordnung.html>, zuletzt abgerufen am 01.11.2010, im Folgenden bezeichnet als MBO.

¹⁵Offen gelassen auch von *LG Gießen*, Urt. v. 27.05.2010-4 O 83/10, das einen stillgelegten Bahndamm mit der Begründung als bauliche Anlage qualifiziert hat, dass die vormalige Nutzung den Charakter des Gebietes weiterhin prägt; abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/1081>.

¹⁶Vgl. *BVerwG*, Urt. v. 17.12.1976 - IV C 6.75, NJW 1977, 2090; *BVerwG*, Urt. v. 3.12.1992 - 4 C 27.91, NVwZ 1993, 983, 984; *Rieger*, in: Schrödter, BauGB, Kommentar, 7. Aufl. 2006, § 29 Rn. 6.; *Löhr*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, 11. Aufl. 2009, § 29 Rn. 9; s. auch *BVerwG*, Beschl. v. 12.01.2010-7 B 34.09, AbfallR 2010, 256, das jüngst die Aufschüttung einer Sandgrube mit schadstoffbelastetem Verfüllmaterial als bauliches Vorhaben i. S. d. § 29 BauGB anerkannt hat.

¹⁷Vgl. *Krautzberger*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, 92. Ergänzungslieferung 2009, § 29 Rn. 24.

¹⁸Vgl. BT-Drs. 15/2864, S. 44.

auf ortsfesten Bahnen begrenzt beweglich ist oder wenn die Anlage nach ihrem Verwendungszweck dazu bestimmt ist, überwiegend ortsfest benutzt zu werden.

- 47 Da die Deponie zwar nicht insgesamt, aber doch in wesentlichen Teilen (insbesondere zur Herstellung der terrassierten Befestigung) aus Bauprodukten (Schotter, Beton und Asche) hergestellt und als Ganzes fest mit dem Erdboden verbunden ist, genügt sie hiernach auch den Merkmalen einer baulichen Anlage im bauordnungsrechtlichen Sinne.
- 48 Diese wurde ausschließlich zu Entsorgungszwecken und mithin nicht vorrangig zum Zwecke der Stromerzeugung angelegt.
- 49 Die Qualifizierung der Altdeponie als „bauliche Anlage“ mit vorrangig anderem Errichtungszweck entfaltet jedoch keine „Sperrwirkung“ in dem Sinne, dass ein Anspruch aus § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009 nicht geltend gemacht werden könnte und die Anspruchstellerin auf den Anspruch aus § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 EEG 2009 verwiesen wäre. Denn dem Gesetz ist kein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen, dass es der Anlagenbetreiberin bzw. dem Anlagenbetreiber verwehrt sein soll, sich bei Erfüllung eines voraussetzungsärmeren Tatbestandes der Prüfung eines voraussetzungsreicheren Tatbestandes zu unterwerfen.
- 50 Die Frage des Verhältnisses der verschiedenen Tatbestände innerhalb des § 32 EEG 2009 ist erst aufgrund der durch das Erste Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 11. August 2010¹⁹ in § 20 Abs. 4 Satz 1 EEG 2009 geregelten sog. Einmaldegression zum 1. Juli 2010 relevant geworden. Bis zum 1. Juli 2010 konnte die Beantwortung der Frage dahingestellt bleiben, weil der Vergütungssatz in allen Fällen des § 32 EEG 2009 gleich war. Nunmehr hängt – die Anwendbarkeit des § 20 Abs. 4 Satz 1 gemäß Satz 2 EEG 2009 vorausgesetzt – die Höhe des Vergütungssatzes davon ab, ob der Strom in Anlagen gemäß § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2 EEG 2009 einerseits oder in sonstigen Anlagen i. S. d. § 32 EEG 2009 andererseits erzeugt wird. Geregelt sind in § 32 EEG 2009 in der Fassung des Ersten Änderungsgesetzes nunmehr folgende Fallgruppen:
- § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 (Anlagen auf baulichen Anlagen, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichtet worden sind) i. V. m. § 20 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 EEG 2009

¹⁹BGBI. I S. 1170; im Folgenden: Erstes Änderungsgesetz.

- § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 2 (planfestgestellte Flächen) i. V. m. § 20 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 EEG 2009
- § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Satz 2 und 3 (Gewerbe- und Industriegebiete) i. V. m. Abs. § 20 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 EEG 2009
- § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 4 (Anlagen innerhalb von 110 Metern längs von Autobahnen oder Schienenwegen), i. V. m. § 20 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 EEG 2009
- § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EEG 2009 (ehemalige Ackerflächen) – diese Regelung bleibt aufgrund ihrer nur noch befristeten Relevanz außer Betracht
- § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 (Versiegelungsflächen) und 2 (Konversionsflächen), jeweils i. V. m. § 20 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009

51 Bei der letztgenannten Fallgruppe besteht ein höherer Vergütungsanspruch als bei den vier zuerst genannten Fallgruppen.

52 Zwar liegt der **Systematik** des § 32 EEG 2009 auch nach der Änderung durch das Erste Änderungsgesetz noch ein abgestuftes Anforderungsprofil zugrunde.²⁰ So ergibt sich aus der Formulierung in § 32 Abs. 2, 1. Halbsatz EEG 2009 im Umkehrschluss, dass für die Vergütung von Strom aus Solarstromanlagen, die an oder auf einer baulichen Anlage angebracht werden, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichtet worden ist, keinen weiteren (insbesondere flächenbezogenen) Anforderungen genügt sein muss, der Anspruch aus § 32 Abs. 1 EEG 2009 vielmehr ohne weitere Voraussetzungen gegeben ist. Für andere Solarstromanlagen, also solche, die nicht an oder auf einer vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichteten baulichen Anlage angebracht werden, gelten hingegen weitergehende Anforderungen. Ein Vergütungsanspruch besteht dann nur, wenn sie entweder auf einer Fläche, für die ein Verfahren nach § 38 BauGB durchgeführt worden ist, oder im Geltungsbereich eines Bebauungsplans errichtet werden, wobei im letztgenannten Fall noch danach zu unterscheiden ist, zu welchem Zeitpunkt und zu welchem Zweck der Bebauungsplan aufgestellt oder geändert worden ist, und ggf. die flächenbezogenen Voraussetzungen des § 32 Abs. 3 EEG 2009 einzuhalten sind. Die weitestgehenden, d. h. strengsten Anforderungen gelten für Solarstromanlagen, die

²⁰Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 01.07.2010–2010/2, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2010/2>, Rn. 24 f. und Anhang.

nicht an oder auf einer vorrangig zu anderen Zwecken errichteten baulichen Anlage, aber im Geltungsbereich eines nach dem 1. September 2003 (auch) zu diesem Zweck aufgestellten oder geänderten Bebauungsplans errichtet werden. Ein Vergütungsanspruch ist dann nur gegeben, wenn einer der in § 32 Abs. 3 Satz 1 oder Satz 2 und 3 EEG 2009 aufgeführten Tatbestände erfüllt ist.

- 53 Erklärlich ist dieses abgestufte Anforderungsprofil aus dem **Sinn und Zweck** der Regelung heraus, Freiflächenanlagen nur ausnahmsweise und unter engen Voraussetzungen zu fördern.²¹ Insbesondere im Falle der Errichtung an oder auf Gebäuden und Lärmschutzwänden (s. § 33 EEG 2009) sowie nicht vorrangig der Solarstromerzeugung dienenden baulichen Anlagen (§ 32 Abs. 2 EEG 2009) wird dieses Steuerungsziel in besonderem Maße erfüllt. Diese Anlagen sind deshalb dadurch privilegiert, dass keine weiteren flächenbezogenen Anforderungen erfüllt sein müssen.
- 54 Zu berücksichtigen ist jedoch, dass der Gesetzgeber mit dem Ersten Änderungsgesetz nunmehr eine weitere Steuerungsebene eingeführt hat. Durch die Differenzierung bei der Einmaldegression zwischen Anlagen auf Versiegelungs- und Konversionsflächen auf der einen (8 %, ggf. weitere 3 %) und sonstigen Anlagen nach § 32 EEG 2009 auf der anderen Seite (12 %, ggf. weitere 3 %) gemäß § 20 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 und 2 EEG 2009 wird eine Privilegierung der erstgenannten Anlagen erkennbar. Der Gesetzesbegründung ist zu entnehmen, dass die geringere Absenkung der Vergütung für Konversionsflächen bzw. die „günstigeren Vergütungsbedingungen“ den höheren Kosten für die Nutzbarmachung der entsprechenden Flächen Rechnung tragen soll:

„... Allerdings muss berücksichtigt werden, dass die Kosten für Freiflächenprojekte auf Konversionsflächen aufgrund längerer Planungszeiten, höherer Kosten für Altlastenbeseitigung und einen größeren Bedarf an Kompensationsflächen deutlich höher sind als auf anderen Freiflächen. Vor diesem Hintergrund fällt die Einmalabsenkung für Strom aus Anlagen auf Konversionsflächen deutlich geringer aus.“²²

- 55 Für Strom aus Anlagen auf Konversionsflächen soll also eine höhere Vergütung gezahlt werden, um die auf solchen Flächen typischerweise höheren Stromgestehungskosten auszugleichen. Zu der Privilegierung der Versiegelungsflächen ist der Gesetzesbegründung nichts zu entnehmen; teleologische Aspekte lassen darauf schließen,

²¹Vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/8148, S. 60.

²²Vgl. BT-Drs. 17/1604, S. 9.

dass damit ein besonderer Anreiz zur Inanspruchnahme solcher Flächen gesetzt werden sollte.

- 56 Diese beiden verschiedenen Privilegierungsansätze des § 32 EEG 2009 einerseits und des § 20 Abs. 4 Satz 1 EEG 2009 andererseits lassen sich nur dann widerspruchsfrei in Einklang bringen, wenn das abgestufte Anforderungsprofil des § 32 EEG 2009 nicht zugleich als Regelung einer Rangfolge der verschiedenen Tatbestände in dem Sinne verstanden wird, dass bei Erfüllung eines Tatbestands mit niedrigen Anforderungen dieser als speziellere Regelung (*lex specialis*) anderen, anforderungsreicheren Tatbeständen vorgeht. Anderenfalls wäre für Strom aus Anlagen, die auf Versiegelungs- oder Konversionsflächen errichtet wurden, dann ein geringerer Vergütungssatz zu zahlen, wenn bzw. soweit sich die Anlagen zugleich auf vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichteten baulichen Anlagen (§ 32 Abs. 2, 1. Hs. EEG 2009) oder planfestgestellten Flächen (§ 32 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2009) befinden. Dies wäre mit dem Steuerungsansatz des § 20 Abs. 4 Satz 1 EEG 2009 aber nicht vereinbar, der gerade auf die Flächenqualität und die damit einhergehenden erhöhten Stromgestehungskosten abstellt.
- 57 § 20 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 EEG 2009 ist danach – soweit nach Satz 2 anwendbar – bei der Anwendung und Auslegung von § 32 EEG 2009 mit der Folge „mitzulesen“, dass § 32 EEG 2009 in seiner aktuellen Fassung nicht mehr nur einen Vergütungstatbestand in Abs. 1 und Anspruchsvoraussetzungen für verschiedene Fallgruppen in den Absätzen 2 und 3 enthält, sondern vielmehr i. V. m. § 20 Abs. 4 Satz 1 EEG 2009 verschiedene Vergütungstatbestände (s.o. Rn. 50).
- 58 Im Verhältnis zwischen den in § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2 EEG 2009 (Versiegelungs- und Konversionsflächen) und den sonstigen in § 32 EEG 2009 geregelten Tatbeständen kommt es dabei nicht auf das abgestufte Anforderungsprofil, sondern vielmehr darauf an, welcher Tatbestand jeweils unter Berücksichtigung der Steuerungswirkung des § 20 Abs. 4 Satz 1 EEG 2009 der im konkreten Fall sachnähere – oder auch „prägende“ – Tatbestand ist. Bei Erfüllung mehrerer Tatbestände ist sachnäher oder prägend dabei jeweils derjenige Tatbestand, der die weiterreichenden, d. h. strengeren Voraussetzungen normiert. Mit anderen Worten: Befindet sich die Vorhabensfläche gleichzeitig auf einer nicht vorrangig zur Solarstromerzeugung errichteten baulichen Anlage und einer den Anforderungen des § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 oder 2 EEG 2009 genügenden Versiegelungs- oder Konversionsfläche, und ist zur Realisierung ein auch diesem Zweck dienender Bebauungsplan nach dem 1. September 2003 aufgestellt oder geändert worden, so ist die Anspruchsgrund-

lage in § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 bzw. Nr. 2 EEG 2009 sachnäher. Daraus folgt allerdings nicht im Umkehrschluss, dass ein Anspruch nach § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 EEG 2009 ausgeschlossen wäre, wenn sich eine PV-Installation zwar auf einer Versiegelungs- oder Konversionsfläche befindet, aber mangels Bebauungsplan kein Anspruch aus § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1., Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 oder Nr. 2 EEG 2009 gegeben ist. Die Sachnähe oder Prägung begründet sich vielmehr nur aus der *Erfüllung* der jeweils strengeren Anspruchsgrundlage.

- 59 Einschlägig ist hiernach im Verhältnis zwischen den in § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 EEG 2009 bzw. § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 2 EEG 2009 und den in § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2 EEG 2009 geregelten Tatbeständen jeweils nicht diejenige Anspruchsgrundlage, die nach dem Anforderungsprofil die geringsten Anforderungen an den Vergütungsanspruch stellt, sondern jeweils die „strengste“ – im Sinne von voraussetzungsreichste – im konkreten Fall erfüllte Anspruchsgrundlage. Das ist vorliegend § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009.
- 60 Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass der Vergütungsanspruch dann bei Versiegelungs- oder Konversionsflächen, die zugleich bauliche Anlagen mit vorrangig anderem Nutzungszweck oder planfestgestellte Flächen nach § 32 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2009 darstellen, in seiner Höhe maßgeblich von dem Erlass eines Bebauungsplans abhängt. Der Erlass eines Bebauungsplans setzt ein komplexes Verfahren voraus, dessen Ausgang insbesondere von der Beteiligung der Öffentlichkeit und der Träger öffentlicher Belange und betroffenen Behörden abhängig ist. Er stellt insofern – im Vergleich mit Vorhaben ohne Bebauungsplan – eine zusätzliche Hürde für den Vorhabenträger dar, die – wenn sie genommen wird – eine unterschiedliche Vergütung durchaus rechtfertigt.
- 61 Ob vorliegend auch § 32 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2009 – ggf. in analoger Anwendung – erfüllt wäre, weil es sich um eine Fläche handelt, für die ein Verfahren nach § 38 BauGB stattgefunden hat oder die als DDR-Altdeponie aufgrund der Aufrechterhaltung einer Zulassungsentscheidung der DDR nach Art. 19 Einigungsvertrag bzw. der Anwendbarkeit der abfallrechtlichen Regelungen gemäß §§ 35 Abs. 2, 36 KrW-/AbfG mit planfestgestellten Deponieflächen gleichzustellen ist,²³ kann dabei dahinstehen. Denn auch dieser Tatbestand wäre aus den oben genannten Gründen nicht vorrangig

²³Vgl. zu dem für nach dem Recht der DDR zugelassenen Deponien geltenden Rechtsregime etwa *Oebbecke*, LKV 1995, 129; *Müller*, LKV 2008, 541; *Kersting/Spieß*, LKV 1999, 425, sowie *Lovens*, Altlastenfreistellung nach dem Umweltraumgesetz, S. 18 ff.

gegenüber § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009.

2.2.2 Anwendung der Regelung zur sog. Einmaldegression in § 20 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009

- 62 Der Vergütungsanspruch aus § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009 besteht nur in der durch § 20 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009 verminderten Höhe. Die Ausnahmeregelung in § 20 Abs. 4 Satz 2 EEG 2009 greift nicht, weil der Bebauungsplan erst nach dem 25. März 2010 als Satzung beschlossen wurde.
- 63 Wie die Clearingstelle EEG in ihrem Hinweis 2010/8²⁴ ausgeführt hat, ist ein Bebauungsplan i. S. d. § 20 Abs. 4 Satz 2 EEG 2009 vor dem 25. März 2010 beschlossen, wenn er von der Gemeinde bis zum Ablauf des 24. März 2010 gemäß § 10 Abs. 1 BauGB als Satzung beschlossen wurde. Das ist vorliegend nicht der Fall. Zwar wurde die Aufstellung des Bebauungsplans bereits im November 2009 beschlossen, der Satzungsbeschluss selbst erfolgte jedoch erst nach dem 25. März 2010.
- 64 Die „Billigung“ des Entwurfs durch den Stadtrat vor dem eigentlichen Satzungsbeschluss reicht für die Annahme eines i. S. d. § 20 Abs. 4 Satz 2 EEG 2009 „beschlossenen“ Bebauungsplans nicht aus. Das ergibt sich bereits daraus, dass eine solche „Billigung“ keinen gesetzlich vorgegebenen Schritt im Bebauungsplanverfahren darstellt. Eine Stichtagsregelung kann sinnvoll nur auf Verfahrensschritte Bezug nehmen, die in allen von der Regelung erfassten Sachverhalten durchzuführen ist. Das ist bei einer „Billigung“ des Bebauungsplanentwurfs nicht der Fall.
- 65 Etwas anderes ergibt sich auch nicht unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes. Ein begründetes Vertrauen in die Realisierungsfähigkeit des Vorhabens wird erst durch den Satzungsbeschluss der Gemeinde gesetzt.²⁵ Vor diesem Beschluss kann die Realisierung noch ohne weiteres daran scheitern, dass der Bebauungsplan nicht oder nur mit erheblichen Änderungen als Satzung beschlossen wird.²⁶ Erst mit dem Satzungsbeschluss ist ein Verfahrensstand erreicht, der zumindest in gewissem Maße Sicherheit hinsichtlich der planungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens gewährleistet.

²⁴Clearingstelle EEG, Hinweis v. 27.09.2010 – 2010/8, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/binvw/2010/8>.

²⁵Vgl. Clearingstelle EEG, Hinweis v. 27.09.2010 – 2010/8, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/binvw/2010/8>, Rn. 64 ff.

²⁶Es besteht kein Anspruch darauf, dass die Gemeinde eine von ihr mit dem Ziel der Aufstellung, Änderung oder Ergänzung eines Bebauungsplans eingeleitete Planung zu Ende führt, s. *BVerwG*, Beschl. v. 09.10.1996 – 4 B 180.96, NVwZ-RR 1997, 213.

- 66 Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass es für die Realisierung der PV-Installation auf der Aschehalde möglicherweise keines Bebauungsplans bedurft und die auf der Grundlage des § 35 BauGB erteilte Baugenehmigung ausgereicht hätte. Der Anwendungsbereich der Übergangsregelung in § 20 Abs. 4 Satz 2 EEG 2009 ist auf Vorhaben beschränkt, die im Geltungsbereich eines Bebauungsplans errichtet werden. Eine im Wege der Analogie modifizierte Anwendung der Regelung auf Vorhaben i. S. d. § 32 Abs. 2, 1. Halbsatz (an oder auf baulichen Anlagen) und § 32 Abs. 2 Nr. 2 (auf einer Fläche, für die ein Verfahren nach § 38 BauGB durchgeführt wurde) EEG 2009, kommt nicht in Betracht, weil die Voraussetzungen für eine Analogie – Existenz einer planwidrigen Regelungslücke sowie Übertragbarkeit der gesetzlichen Wertung auf die nicht geregelten Tatbestände – nicht gegeben sind.
- 67 Generell sind Ausnahmeregelungen nur unter sehr engen Voraussetzungen überhaupt analogiefähig. Nach dem Wortlaut des § 20 Abs. 4 Satz 2 EEG 2009 erscheint aber bereits fraglich, ob überhaupt von einer planwidrigen Regelungslücke ausgegangen werden kann. Denn die Regelung erfasst zunächst uneingeschränkt „Strom aus Anlagen nach § 32“ und regelt eine Ausnahme von der Vergütungsabsenkung nach § 20 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2. In diesen Nummern werden alle in § 32 EEG 2009 geregelten Tatbestände erfasst:
1. Strom aus Anlagen nach § 32, mit Ausnahme des Stroms aus Anlagen nach § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2, sowie
 2. Strom aus Anlagen nach § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2.
- 68 Im Weiteren beschränkt die Regelung in § 20 Abs. 4 Satz 2 EEG 2009 dann aber die Ausnahme auf solche Anlagen, die
- vor dem 1. Januar 2011 in Betrieb genommen und außerdem
 - im Geltungsbereich eines vor dem 25. März 2010 beschlossenen Bebauungsplans errichtet wurden.
- 69 Dabei erfolgt die Einschränkung durch zwei an bestimmte Realisierungsschritte (Inbetriebnahme und Bebauungsplanbeschluss) geknüpfte und mit jeweils einem Stichtag (1. Januar 2011 und 25. März 2010) verbundene Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen. Diese mehrschichtige Einschränkung auf einen Teil der insgesamt von § 32 EEG 2009 erfassten Solarstromanlagen kann durchaus auch „plangemäß“ erfolgt sein. Die Regelung wäre hiernach so zu lesen: „Die Absenkung der Vergütung

nach Satz 1 Nr. 1 und 2 ist nicht anzuwenden in Fällen, in denen Anlagen im Geltungsbereich eines vor dem 25. März 2010 beschlossenen Bebauungsplans errichtet und vor dem 1. Januar 2011 in Betrieb genommen werden.“

- 70 Die **genetische Auslegung** ergibt insoweit keine sicheren Erkenntnisse:
- 71 Die Regelung des § 20 Abs. 4 Satz 2 EEG 2009 war in ähnlicher Form bereits in dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP vom 23. März 2010²⁷ enthalten. Allerdings war anstelle des 25. März 2010 der 1. Januar 2010 genannt. Die Begründung zu § 20 Abs. 4 EEG 2009 lautete wie folgt:

„Abs. 4 wird neu in § 20 eingefügt. Damit werden die Vergütungen einmalig abgesenkt. Bei Anlagen nach § 32 beträgt die Absenkung 15 Prozent und gilt für Anlagen, die nach dem 30. Juni 2010 in Betrieb gehen. Ausgenommen sind Anlagen auf Konversionsflächen, für diese beträgt die Absenkung nur 11 Prozent. Zudem sind alle Anlagen nach § 32, die auf Flächen errichtet werden, für die schon vor dem 1. Januar 2010 ein Bebauungsplan beschlossen wurde, von der Absenkung ausgenommen, wenn sie vor dem 1. Januar 2011 in Betrieb genommen werden. Diese Übergangsregelung dient dem Vertrauensschutz und gilt nur für Anlagen, die die Anforderungen des § 32 erfüllen. . . “²⁸

- 72 Die Äußerung, von der Absenkung seien alle Anlagen auf Flächen ausgenommen, für die schon vor dem 1. Januar 2010 ein Bebauungsplan beschlossen wurde, kann durchaus dahingehend verstanden werden, dass die Ausnahme für die anderen Anlagen nicht anwendbar sein soll. Umgekehrt kann der Hinweis, die Übergangsregelung gelte nur für Anlagen, die die Anforderungen des § 32 EEG 2009 erfüllen, aber auch dafür ins Feld geführt werden, dass uneingeschränkt alle Tatbestände des § 32 EEG 2009 erfasst sein sollten.
- 73 Klarheit liefert auch nicht die Begründung zu dem Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, mit dem der Stichtag auf den 25. März 2010 geändert werden sollte:

„Bei Vorliegen eines Bebauungsplanes, der vor dem 25. März 2010 beschlossen wurde, können zukünftige Anlagenbetreiber ihre Planungen

²⁷BT-Drs. 17/1147, S. 3 f.

²⁸BT-Drs. 17/1147, S. 9.

noch bis Ende des Jahres 2010 auf Freiflächen umsetzen und erhalten weiterhin die Einspeisevergütung in der Höhe, als ob die Anlage vor dem 1. Juli 2010 in Betrieb genommen worden wäre.“²⁹

- 74 Obwohl der Bebauungsplan jeweils erwähnt wird, bleibt letztlich unklar, ob den Änderungsvorschlägen tatsächlich die Absicht zugrunde lag, zwischen bebauungsplanakzessorischen und anderen Vorhaben i. S. d. § 32 EEG 2009 zu unterscheiden. Es lässt sich umgekehrt aber auch nicht sicher feststellen, dass eine Anwendung der Regelung auf unterschiedslos alle in § 32 EEG 2009 geregelten Tatbestände gewollt war, unabhängig davon, ob das Vorhaben im Geltungsbereich eines Bebauungsplans errichtet wird oder nicht.
- 75 Zu berücksichtigen ist aber unter **systematischen** Gesichtspunkten auch, dass eine weitere Übergangsvorschrift in § 66 Abs. 4 EEG 2009 eingefügt wurde. Nach dieser Regelung gelten für Strom aus Anlagen nach den §§ 32 und 33 Abs. 2 EEG 2009, die vor dem 1. Juli 2010 in Betrieb genommen wurden, die §§ 32 und 33 Abs. 2 in der am 30. Juni 2010 geltenden Fassung. Nach der Begründung zum Gesetzentwurf sollte hiermit sichergestellt werden, dass die Neuregelungen für Freiflächenanlagen, insbesondere der Wegfall der Vergütungspflicht für Anlagen auf ehemaligen Ackerflächen, die in Grünland umgewandelt wurden, nicht für Bestandsanlagen einschließlich aller vor dem 1. Juli 2010 in Betrieb genommenen Anlagen gelten.³⁰ Anders als die Regelung in § 20 Abs. 4 Satz 2 EEG 2009 bezieht sich § 66 Abs. 4 EEG 2009 unterschiedslos auf alle Vorhaben i. S. d. § 32 EEG 2009 und stellt allein auf die Inbetriebnahme vor dem Inkrafttreten der Neuregelung ab. Hieraus lässt sich im Umkehrschluss folgern, dass eine entsprechende Formulierung auch in § 20 Abs. 4 Satz 2 EEG 2009 gewählt worden wäre, wenn nicht nur die planakzessorischen, sondern alle Vorhaben i. S. d. § 32 EEG 2009, die noch bis zum Ende des Jahres 2010 in Betrieb genommen werden, hätten erfasst werden sollen. Der Gesetzgeber hat sich aber in § 20 Abs. 4 Satz 2 EEG 2009 für einen anderen Wortlaut entschieden und die Nichtanwendung der Einmaldegression nicht nur von der Inbetriebnahme vor einem bestimmten Stichtag, sondern auch von der Errichtung im Geltungsbereich eines vor dem 25. März 2010 beschlossenen Bebauungsplans abhängig gemacht. Dies spricht dagegen, für die nicht bebauungsplanakzessorischen Vorhaben von einer planwidrigen Regelungslücke auszugehen.

²⁹S. Ausschussdrucksache 17(16)63 zu TOP 5a vom 30.04.2010.

³⁰BT-Drs. 17/1147, S. 11.

- 76 Selbst wenn man aber von einer planwidrigen Regelungslücke für die nicht bebauungsplanakzessorischen Vorhaben ausginge, fehlte es an einer hinreichenden Vergleichbarkeit mit den von der Regelung erfassten Sachverhalten.
- 77 Zwar kann die ökologische Wertigkeit der betroffenen Flächen vergleichbar sein; insbesondere können bauliche Anlagen mit vorrangig anderem Errichtungszweck und planfestgestellte Flächen eine ähnliche ökologische Belastung wie Versiegelungs- und Konversionsflächen aufweisen. Eine solche Vergleichbarkeit der tatsächlichen Flächenqualität reicht allein aber nicht aus, um von einer planwidrigen Ungleichbehandlung durch § 20 Abs. 4 Satz 2 EEG 2009 auszugehen. Denn diese Regelung stellt nicht auf die Flächenqualitäten, sondern auf die planerischen Aspekte ab. Und in dieser Hinsicht sind erhebliche Unterschiede zwischen den planakzessorischen und den anderen Vorhaben feststellbar.
- 78 Denn im Falle eines Vorhabens mit Bebauungsplanverfahren – sei es gesetzlich erforderlich oder nicht – wird die Entscheidung über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit der konkret geplanten PV-Installation in die Hände der betroffenen Gemeinde gelegt. Dem mit dem Planungsvorbehalt verfolgten Ziel des Gesetzgebers, Akzeptanz in der Bevölkerung zu erreichen, wird damit in sehr viel stärkerem Maße Rechnung getragen als bei Vorhaben, die aufgrund einer einfachen Baugenehmigung oder auf der Grundlage eines bauordnungsrechtlichen Anzeigeverfahrens zugelassen werden können. Nach der Gesetzesbegründung ermöglicht das Planungserfordernis

„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 denen die Anlagen errichtet werden.“³¹

- 79 Auch ist zu berücksichtigen, dass sich insbesondere bei Vorhaben im Außenbereich nicht aus vergütungs- sondern bereits aus originär bauplanungsrechtlichen Gründen das Erfordernis einer förmlichen Planung ergeben kann. Wenn die durch das Vorhaben berührten öffentlichen und privaten Belange einen Koordinierungsbedarf auslösen, dem nicht das Konditionalprogramm des § 35 BauGB, sondern nur eine Abwägung im Rahmen einer förmlichen Planung angemessene Rechnung zu tragen

³¹Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 16/8148, S. 60.

vermag, ist ein Planungserfordernis gegeben, das der Zulassung eines Vorhabens nach § 35 BauGB als öffentlicher Belang entgegenstehen kann.³²

- 80 Im Unterschied zu Vorhaben im Geltungsbereich von Bebauungsplänen beruht die Zulassung im Falle einer einfachen Baugenehmigung oder eines bauordnungsrechtlichen Anzeigeverfahrens auf einer Einzelfallentscheidung der zuständigen Baubehörde, der weder ein mit einer Planung vergleichbarer Willensbildungs- und -formulierungsprozess der Gemeinde noch eine Öffentlichkeitsbeteiligung vorausgegangen ist.³³ Zwar hat die Gemeinde in diesen Fällen die Möglichkeit, das nach § 36 BauGB erforderliche gemeindliche Einvernehmen zu einem Bauvorhaben 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.³⁴ 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 bauplanungsrechtlich zulässig ist; für planerische Erwägungen der Gemeinde ist dabei kein Raum.
- 81 In den Fällen, in denen die Zulässigkeit der auf einer Fläche i. S. d. § 32 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2009 geplanten PV-Installation nur in einem Verfahren nach § 38 BauGB erfolgen kann, findet zwar eine Öffentlichkeitsbeteiligung und eine Beteiligung der Gemeinde statt, jedoch ist auch diese Beteiligung nicht mit der Steuerungsmöglichkeit der Gemeinde durch die verbindliche Bauleitplanung vergleichbar, zumal eine Zustimmung der Gemeinde im Verfahren nach § 38 BauGB gerade nicht erforderlich und die Planfeststellungsbehörde an eine negative Stellungnahme nicht gebunden ist.³⁵
- 82 Ob ein Vorhaben nach § 32 EEG 2009 mit oder ohne Bebauungsplan durchgeführt wird, hat danach erhebliche Auswirkungen auf die Steuerungsmöglichkeiten der Gemeinde. Der Bebauungsplan ist *das* gemeindliche Planungsinstrument und damit auch das Instrument, das zuvörderst geeignet ist, die vom Gesetzgeber gewünschte Akzeptanz für Solarstromanlagen, die nicht an oder auf baulichen Anlagen angebracht sind, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus

³²Vgl. *BVerwG*, Urt. v. 01.08.2002 – 4 C 5.01, NVwZ 2003, 86, 87.

³³So für die Entscheidung über die Zulässigkeit eines Vorhabens nach § 35 BauGB *BVerwG*, Urt. v. 01.08.2002 – 4 C 5.01, NVwZ 2003, 86.

³⁴*Rieger*, in: Schrödter, *BauGB*, Kommentar, 7. Aufl. 2006, § 35 Rn. 13.

³⁵Vgl. *Rieger*, in: Schrödter, *BauGB*, Kommentar, 7. Aufl. 2006, § 38 Rn. 16.

solarer Strahlungsenergie errichtet worden sind, in der Bevölkerung zu gewährleisten.

- 83 Auch das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 23. September 2010 zu § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EEG 2009 die Bedeutung des Planungsvorbehalts des § 32 Abs. 2 EEG 2009 herausgestellt:

„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 (...).“³⁶

- 84 Dabei kann ein Bebauungsplanverfahren einige Zeit in Anspruch nehmen; nach Kenntnis der Clearingstelle EEG ist mindestens mit einer Verfahrensdauer von 6 Monaten zu rechnen. Diese Verfahrensdauer – die auch im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum Ersten Änderungsgesetz mehrfach thematisiert wurde³⁷ – ist für bebauungsplanakzessorische Vorhaben spezifisch. Einfache Baugenehmigungen werden im Regelfall in kürzeren Zeiträumen erteilt. Zwar können im Einzelfall insbesondere bei Vorhaben auf ehemals planfestgestellten Flächen durchaus vergleichbare Zeiträume entstehen, etwa dann, wenn die Zulassung im Wege einer Planänderung erteilt wird. Nach Kenntnis der Clearingstelle EEG ist aber bei Vorhaben i. S. d. § 32 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2009 nicht in jedem Fall eine Planänderung erforderlich, vielmehr reicht ggf. – wie offenbar im vorliegenden Fall – eine einfache Baugenehmigung aus.³⁸ Gerade der vorliegende Fall zeigt deutlich, dass das Baugenehmigungsverfahren auf der Grundlage des § 35 BauGB deutlich schneller abgeschlossen werden konnte als das Bebauungsplanverfahren. Im Ergebnis wäre eine Realisierung

³⁶BVerfG, Beschl. v. 23.09.2010 – I BvQ 28/10, Rn. 41, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/1034>.

³⁷Vgl. hierzu *Clearingstelle EEG*, Hinweis 2010/8 v. 27.09.2010, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/hinwv/2010/8>, unter Abschnitt 3.3.

³⁸In Rechtsprechung und Literatur wird die Frage, welcher rechtlichen Schritte es bei der Zulassung von fachplanungsfremden Vorhaben auf planfestgestellten Flächen bedarf, allerdings sehr uneinheitlich beantwortet; vgl. nur *BVerwG*, Beschl. v. 27.04.1998 – 4 B 33.98, NVwZ-RR 1998, 542; *Breuer*, NVwZ 2007, 3; *Müller*, LKV 2008, 541; *Runkel*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Kommentar, 92. EL 2009, § 38 Rn. 28 f.

des Vorhabens bereits auf der Grundlage dieser Genehmigung möglich und offenbar zulässig gewesen.

- 85 Aufgrund dieser spezifischen Unterschiede sind bebauungsplanakzessorische nicht mit anderen Zulassungsverfahren für Vorhaben i. S. d. § 32 EEG 2009 vergleichbar. Eine Analogie scheidet deshalb aus.
- 86 Es kann daher dahinstehen, auf welchen Verfahrensschritt als „äquivalenten Vertrauensstatbestand“ im Rahmen einer Analogie anstelle des Satzungsbeschlusses abzustellen wäre. Maßgebend für die Anwendbarkeit des § 20 Abs. 4 Satz 2 EEG 2009 ist allein der Satzungsbeschluss des Bebauungsplans; auf die Zustimmung bzw. „Unbedenklichkeitsbescheinigung“ der oberen Abfallbehörde oder die von Seiten der Baugenehmigungsbehörde artikulierte Einschätzung der Genehmigungsfähigkeit der Anlage kommt es nicht an.

Beschluss

Der Beschluss ist bei gesonderter Abstimmung über die beiden Ziffern des Votums im engeren Sinne, d. h. die Antwort auf die Verfahrensfrage, jeweils mehrheitlich ergangen.

Gemäß § 29 Nr. 1 VerfO ist das Verfahren mit dem Votum der Clearingstelle EEG beendet.

Dibbern

Dr. Lovens

Dr. Pippke

Haselhuhn

Weißborn