

2008/43

19. Januar 2009

## Votum

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

Leitsätze:

1. Die Empfehlung 2008/6 der Clearingstelle EEG ist für die Auslegung und Anwendung von § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 zugrundezulegen.
2. Im Einzelfall kann eine natur- und bodenschutzfachliche Begutachtung von Flächen, die länger als ein Jahr stillgelegt und danach wieder ackerbaulich genutzt wurden, entbehrlich sein, wenn der Anlagenbetreiber auf andere Weise nachzuweisen vermag, dass sich die ökologische Werthaltigkeit der Fläche während der Stilllegung nicht der einer Grünfläche angenähert hat. Ist ein gutachterlicher oder anderweitiger Nachweis nicht mehr möglich, hat der Anlagenbetreiber nachzuweisen, dass die Wiederaufnahme der ackerbaulichen Nutzung nach einer zwischenzeitlichen Stilllegung nicht nur zu dem Zweck erfolgt, eine Einspeisevergütung für zur Errichtung auf dieser Fläche geplante Fotovoltaikanlagen zu erhalten.

In dem Votumsverfahren

1. ...

- Anspruchsteller -

2. ...

- Anspruchsgegner -

erlässt die Clearingstelle EEG durch den Vorsitzenden Dr. Lovens, das Mitglied Lucha und den rechtswissenschaftlichen Koordinator Dr. Winkler am 19. Januar 2009 folgendes Votum:

1. Der Anspruchsteller hat gegen der Anspruchsgegner einen Anspruch auf Vergütung des in den geplanten Fotovoltaikanlagen in der Gemarkung T., auf den Flächen mit den Flurnummern [1], [2], [3] und [4] erzeugten und in das Netz des Anspruchsgegners eingespeisten Stroms gemäß § 32 i. V. m. § 16 Abs. 1 EEG 2009 ab dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme der geplanten Anlagen und des Inkrafttretens des Bebauungsplanes „Sondergebiet Fotovoltaik“ der Gemeinde T.
2. Für die Flurnummer [5] mit der Gesamtfläche von ca. 3,29 ha gilt Ziffer 1 mit folgenden Maßgaben:
  - (a) Es besteht kein Vergütungsanspruch für Strom aus Fotovoltaikanlagen, die errichtet werden
    - auf der Teilfläche von ca. 0,42 ha, für die laut Schreiben des Amtes für Landwirtschaft und Forsten F. vom 05.09.2008 eine landwirtschaftliche Nutzung nicht bestätigt wurde,
    - auf der Teilfläche von ca. 0,26 ha, die im vorgenanntem Schreiben als „sonstige nicht landwirtschaftlich genutzte Fläche“ bezeichnet wird,
    - auf der Teilfläche von ca. 1,47 ha, die im vorgenannten Bebauungsplan als Fläche für Maßnahmen zum Schutz, zur Pflege und zur Entwicklung von Natur und Landschaft („Ausgleichsfläche“) vorgesehen ist.

- (b) Für Strom aus Fotovoltaikanlagen, die auf der Teilfläche von ca. 0,79 ha, welche gemäß Schreiben des Amtes für Landwirtschaft und Forsten F. vom 05.09.2008 in den Jahren 2006 sowie 2007 stillgelegt und ferner 2008 aus der Erzeugung genommen wurden, errichtet werden, besteht ein Vergütungsanspruch nur, wenn sich die ökologische Werthaltigkeit der Teilfläche bis zum Zeitpunkt der Aufstellung des Bebauungsplanes nicht bereits wesentlich der einer Grünfläche angenähert hat; dies ist durch den Anspruchsteller durch ein entsprechendes Gutachten mit natur- und bodenschutzfachlichem Schwerpunkt nachzuweisen.
- (c) Im übrigen gilt Ziffer 1 uneingeschränkt für die Teilfläche von ca. 1,82 ha, für die das Amt für Landwirtschaft und Forsten F. mit Schreiben vom 05.09.2008 eine Nutzung durch Anbau von Klegras (2005), Ackergras (2007) und Winterweizen (2008) bestätigt hat.

## I Tatbestand

Der Anspruchsteller plant, in der Gemarkung T. auf Freiflächen Fotovoltaikanlagen zu errichten und den Strom in das Netz des Anspruchsgegners einzuspeisen. Die Anlagen sollen auf den Flächen mit den Flurnummern [1], [2], [3], [4] und [5] errichtet werden, für die die Gemeinde T. am 15.10.2008 den Bebauungsplan „Sondergebiet Fotovoltaik“ beschlossen hat; der Bebauungsplan ist noch nicht in Kraft getreten. Ein Teil der beplanten Fläche der Flurnummer [5] ist als Ausgleichsfläche für Maßnahmen zum Schutz, zur Pflege und zur Entwicklung von Natur und Landschaft vorgesehen. Die gegenwärtig rechtswirksame Flächennutzungsplanung stellt die Flurstücke als Flächen für die Landwirtschaft dar. Im Zuge des Planungsverfahrens wurde ein Umweltbericht nach §§ 2 Abs. 4, 2a BauGB<sup>1</sup> erstellt.<sup>2</sup>

Die Flächen wurden in der Vergangenheit wie in Tabelle 1 dargestellt genutzt.

Die Nutzungen sowie die jeweilige Größe der Katasterflächen hat das Amt für Land-

<sup>1</sup>Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.09.2004, BGBl. I, S. 2414, zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 24.12.2008, BGBl. I, S. 3018.

<sup>2</sup>Anlage 1 zum Bebauungsplan „Sondergebiet Fotovoltaik“ der Gemeinde T.

Flur	Jahr (Größe)	2005	2006	2007	2008
[1]	(2,98 ha)	StgmN	Winterweizen	Wintergerste	AadEg
[2]	(1,82 ha)	Winterweizen	AadEg		Kleegras
[3]	(0,40 ha)	Dinkel			
	(0,47 ha)	Kleegras	Klee	Klee	SN
[4]	(1,65 ha)	Kleegras	StgoN	Winterweizen	Wintergerste
[5]	(1,82 ha)	Kleegras		Ackergras	Winterweizen
	(0,79 ha)	Kleegras		StgoN	AadEg
	(0,26 ha)	sonstige nicht landwirtschaftliche Nutzung			
	(0,42 ha)	landwirtschaftliche Nutzung nicht bestätigt			

AadEg: Ackerland aus der Erzeugung genommen  
 SN: Sonstige nicht landwirtschaftliche Nutzung  
 StgmN: Stilllegung mit NawaRo-Anbau  
 StgoN: Stilllegung ohne NawaRo-Anbau

Tabelle 1: Übersicht zur Flächennutzung

wirtschaft und Forsten F.<sup>3</sup> an den Anspruchsteller mit Schreiben vom 13.06.2008, 03.09.2008, 05.09.2008, 09.09.2008<sup>4</sup> bzw. 23.10.2008 bestätigt. Der Anspruchsteller hat in das in Kopie an die Clearingstelle EEG übermittelte Schreiben vom 05.09.2008 bzw. in eine ebenfalls zur Akte gereichte Kopie der Planzeichnung des Bebauungsplanentwurfs ergänzende handschriftliche Bemerkungen eingefügt, aus denen die Größe der jeweiligen Teilflächen, die jährlichen Nutzungen sowie in Bezug auf eine Teilfläche deren künftige Verwendung als Ausgleichsfläche hervorgehen. Ferner hat der Anspruchsteller ein an ihn adressiertes Schreiben des Landschaftsarchitekten Dipl.-Ing. B. vom 30.10.2008 übermittelt, in dem es in Bezug auf die Flurnummer [2] heißt: „... eine Besichtigung am 29. Oktober 2008 hat ergeben, dass auf der genannten Flurnummer keine wiesen- oder grünflächenähnlichen Strukturen festgestellt werden konnten. Die Fläche wurde im Zuge der Bewirtschaftung geackert.“ Die Bestätigungen des Landwirtschaftsamtes und die ergänzenden Darstellungen des Anspruchstellers sind vom Anspruchsgegner nicht bestritten worden.

Der Anspruchsteller ist der Meinung, dass alle zur Bebauung mit Fotovoltaikanlagen vorgesehenen Flächen die Voraussetzungen des § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 erfüllen

<sup>3</sup>Nachfolgend auch als „Landwirtschaftsamt“ bezeichnet.

<sup>4</sup>Im Original „2009“, wobei es sich offensichtlich um ein Schreibversehen handelt.

und somit ein Vergütungsanspruch ab Inbetriebnahme der Fotovoltaikanlagen besteht.

Der Anspruchsgegner bezweifelt wegen der 2006 und 2007 erfolgten Stilllegung der Ackerflächen auf der Flurnummer [2] die Vergütungsfähigkeit der auf dieser Fläche zur Errichtung vorgesehenen Fotovoltaikanlagen und beruft sich hierbei insbesondere auf die Empfehlung 2008/6 der Clearingstelle EEG<sup>5</sup>.

Mit Anträgen vom 10.11.2008 und 27.11.2008 haben sich der Anspruchsteller bzw. der Anspruchsgegner an die Clearingstelle EEG gewandt und beantragt, ein Votumsverfahren gemäß §§ 26 ff. Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG<sup>6</sup> (VerfO) durchzuführen. Der Anspruchsteller wünschte im Gegensatz zum Anspruchsgegner keine Hinzuziehung einer nichtständigen Beisitzerin oder eines nichtständigen Beisitzers von einer der im Anhang, Teil A, der Verfahrensordnung genannten Interessengruppe. Die Parteien wünschten übereinstimmend ein schriftliches Verfahren.

Mit Beschluss vom 17.12.2008 hat die Clearingstelle EEG das Votumsverfahren angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautete:

Hat der Anspruchsteller gegen den Anspruchsgegner einen Anspruch auf Vergütung des in den geplanten Fotovoltaikanlagen, Gemarkung T., Flurnummern [1], [2], [3], [4] und [5], erzeugten und in das Netz des Anspruchsgegners eingespeisten Stroms gemäß § 32 i. V. m. § 16 Abs. 1 EEG 2009 ab dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme i. S. v. § 3 Nr. 5 EEG 2009?

## 2 Begründung

### 2.1 Verfahren

Das Verfahren ist gemäß den Vorschriften der VerfO zustande gekommen und durchgeführt worden.

Die Clearingstelle EEG hat das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 VerfO nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen.

<sup>5</sup>Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2008/6>.

<sup>6</sup>Verfahrensordnung vom 01.10.2007 in der Fassung vom 12.12.2007, abrufbar über <http://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>.

Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus §§ 2, 26 Abs. 1 i. V. m. § 22 Abs. 3 VerfO. Der rechtswissenschaftliche Koordinator vertritt das Mitglied der Clearingstelle EEG Puke für das gesamte Verfahren gemäß § 2 Abs. 3 VerfO i. V. m. § 3 Abs. 1, § 7 Satz 2 des Geschäftsverteilungsplanes der Clearingstelle EEG. Gemäß § 26 Abs. 2 Sätze 1 und 4 VerfO kommt es nicht zur Hinzuziehung nichtständiger Beisitzerinnen bzw. nichtständiger Beisitzer.

Den Parteien ist gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 1 VerfO Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Ein schriftliches Verfahren wurde durchgeführt, da die Parteien dies wünschten, §§ 28, 20 Abs. 2 VerfO. Berichterstatter war gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO der rechtswissenschaftliche Koordinator der Clearingstelle EEG, Dr. Winkler.

## 2.2 Würdigung

### 2.2.1 Auslegung von § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009

Zwischen den Parteien klärungsbedürftig und für den Anspruch des Anspruchstellers entscheidungserheblich ist die Frage, wie Flächen beschaffen und in der Vergangenheit genutzt worden sein müssen, damit nach § 32 Abs. 3 Nr. 3 i. V. m. §§ 32 Abs. 1, 16 Abs. 1 EEG 2009 Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 25.10.2008, BGBl. I, S. 2074,<sup>7</sup> ein Vergütungsanspruch besteht. Danach besteht die Vergütungspflicht des Netzbetreibers für Strom aus einer Fotovoltaikanlage, die im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes errichtet wurde, der zumindest auch zu diesem Zweck nach dem 01.09.2003 aufgestellt oder geändert worden ist, nur, wenn sich die Anlage

auf Grünflächen befindet, die zur Errichtung dieser Anlage im Bebauungsplan ausgewiesen sind und zum Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung ... des Bebauungsplans in den drei vorangegangenen Jahren als Ackerland genutzt wurden.

Aus dem **Wortlaut** ergibt sich nicht unmittelbar, unter welchen Voraussetzungen von einer „Nutzung als Ackerland“ ausgegangen werden kann. Wie bereits im EEG 2004<sup>8</sup> sind die Begriffe „Ackerland“, „Nutzung als Ackerland“ und „Grünflä-

<sup>7</sup>Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) vom 25.10.2008, BGBl. I, S. 2074.

<sup>8</sup>Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21.07.2004, BGBl. I, S. 1918, außer Kraft gesetzt durch Art. 7 Satz 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften vom 25.10.2008, BGBl. I, S. 2074.

che“ im EEG 2009 nicht definiert. Es kann daher auf die Ausführungen zur Wortlautanalyse in der Empfehlung der Clearingstelle EEG 2008/6, unter 4.1.1,<sup>9</sup> verwiesen werden.

Allein aus der Gesetzesformulierung, dass die Flächen „in den drei vorangegangenen Jahren als Ackerland genutzt“ worden sein müssen, folgt nicht, dass jedwede Stilllegung der Flächen zu einem Ausschluss der Vergütung führe, weil damit dem bloßen Wortlaut eine Bedeutung beigelegt würde, die dieser in Anbetracht der relativen Unbestimmtheit der Formulierung aus sich heraus nicht hat. Vielmehr ist hier die Norm weder ihrem Wortlaut noch ihrem Sinn nach so klar und eindeutig, dass ein Verständnis, nach der Stilllegungsflächen keine Ackerflächen sind, von vornherein ausgeschlossen wäre. Vielmehr bedarf es überhaupt erst der näheren Untersuchung insbesondere von Sinn und Zweck der Norm.<sup>10</sup>

**Systematisch** ist die Norm zunächst im Kontext des EEG 2009 zu betrachten. Im Vergleich zu § 11 EEG 2004 haben sich diesbezüglich keine relevanten Veränderungen ergeben,<sup>11</sup> so dass auch insoweit auf die Empfehlung der Clearingstelle EEG 2008/6, unter 4.1.1 (1), verwiesen werden kann. Gleiches gilt für die systematischen Betrachtungen von Normen außerhalb des EEG unter 4.1.1 (2) der Empfehlung.

Ein **historischer Vergleich** der Norm mit Vorgängerregelungen gibt darüber, welche *Art* der Nutzung erforderlich ist, keine Auskunft: Zwar ist der Gesetzeswortlaut mit der Neufassung des EEG zum 01.01.2009 um die Formulierung „in den drei vorangegangenen Jahren“ ergänzt worden. Dies gibt aber zunächst nur darüber Aufschluss, *wie lange* die Nutzung als Ackerland andauern musste. Auf die weitere Frage, wie diese Nutzung konkret ausgestaltet sein musste, gibt die neu eingefügte Wortgruppe keine Antwort.

Es stellt sich die Frage, ob sich **genetisch** – also aus dem Gesetzgebungsprozess – weitere Schlüsse ziehen lassen: Die Formulierung des § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 war bereits im Regierungsentwurf enthalten und wurde unverändert bis zur Verabschiedung des Gesetzes beibehalten.

Zur Begründung heißt es:<sup>12</sup>

„Vergütet wird zudem Strom aus solchen Anlagen, die auf Flächen er-

<sup>9</sup>Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2008/6>.

<sup>10</sup>Dazu siehe unten S. 9 f.

<sup>11</sup>Die Aufteilung des Regelungsgehaltes von § 11 EEG 2004 auf nunmehr zwei Paragraphen in § 32 und § 33 EEG 2009 ist für die vorliegende Auslegungsfrage ohne Bedeutung.

<sup>12</sup>BT-Drs. 16/8148, S. 61.

richtet werden, die zum Zweck der Errichtung dieser Anlagen aus Ackerlandflächen in Grünland umgewandelt worden sind. Damit wird die Beeinträchtigung von Natur und Landschaft möglichst gering gehalten. Der Begriff der Grünfläche ist untechnisch und unabhängig von § 32 BauGB zu verstehen. Eine Versiegelung der Fläche erfolgt durch die Installation aufgeständerter Solarmodule nicht. Sie ist z. B. als Weidefläche weiter eingeschränkt nutzbar. Die Umwandlung in Grünland trägt zur Verminderung der Bodenerosion und der Verbesserung der Aufnahmefähigkeit von Niederschlagswasser bei. Es muss vor der Inbetriebnahme eine tatsächliche Nutzung als Ackerland vorgelegen haben. Nicht ausreichend ist, wenn Grünland kurzfristig in Ackerland umgewandelt wurde. Von einer tatsächlichen Nutzung kann ausgegangen werden, wenn in den letzten drei Jahren ein aktiver Feldbau betrieben wurde. Ein aktiver Feldbau ist gegeben, wenn die betreffende Fläche zur Gewinnung von Feldfrüchten genutzt wird; wird Ackerland vorübergehend oder dauerhaft stillgelegt, ohne dass auf ihm Feldfrüchte gewonnen werden, liegt während dieser Zeit kein aktiver Feldbau vor.“

Im Gegensatz zur Begründung des EEG 2004<sup>13</sup>, die bis auf den letzten vorstehend zitierten Satz wortgleich mit der Begründung zum EEG 2009 ist, erwähnt diese nun ausdrücklich Stilllegungsflächen. Die Formulierung soll offenbar dazu dienen, den bereits in der früheren Gesetzesbegründung enthaltenen Begriff des „aktiven Feldbaus“ zu präzisieren, indem einerseits die unwiderlegliche Vermutung („ist gegeben“) aufgestellt wird, dass bei der Gewinnung von Feldfrüchten ein aktiver Feldbau vorliegt und andererseits ein solcher ausgeschlossen wird, wenn Ackerland vorübergehend oder dauerhaft stillgelegt wird, ohne dass auf ihm Feldfrüchte gewonnen werden. Dies könnte dafür zu sprechen, Stilllegungsflächen generell von der Qualifizierung als Ackerflächen auszuschließen. Einer solchen Schlussfolgerung in Bezug auf die Auslegung von § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Begründung nicht das Kriterium des „aktiven Feldbaus“ in den Mittelpunkt stellt, sondern in erster Linie eine „tatsächliche Nutzung als Ackerland“ fordert und hierauf bezogen – wie schon in der Begründung zum EEG 2004 – eine „Kann“-Formulierung verwendet wird; der Begründung kann demnach allein eine Regelvermutung entnommen werden, dass zu Zeiten „aktiven Feldbaus“ eine „tatsächliche Nutzung als Ackerland“ gegeben ist. Der Gesetzesbegründung lässt sich

<sup>13</sup>BT-Drs. 15/2864, S. 45.

nicht entnehmen, dass es über den „aktiven Feldbau“ hinaus keine weiteren Fälle der „tatsächlichen Nutzung als Ackerland“ gibt; der Umkehrschluss – in dem Sinne, dass eine Fläche zwangsläufig aus dem Anwendungsbereich des § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 herausfallen müsste, wenn darauf in den letzten drei Jahren kein „aktiver Feldbau“ betrieben wurde – lässt sich aus der Formulierung also nicht ziehen.<sup>14</sup> Vielmehr kann eine „tatsächliche Nutzung als Ackerland“ nach Ansicht der Clearingstelle EEG, wie bereits in der Empfehlung 2008/6 ausgeführt, auch im Falle einer zwischenzeitlichen Stilllegung gegeben sein. Im Übrigen kommt der Gesetzesbegründung für die Auslegung an dieser Stelle nur eingeschränkte Aussagekraft zu, weil die Begründung vom ausdrücklichen und stets vorrangigen Wortlaut des Gesetzes<sup>15</sup> abweicht, wenn es darin heißt, dass eine tatsächliche Nutzung als Ackerland „vor der Inbetriebnahme“ vorgelegen haben muss; demgegenüber muss nach dem Gesetz die Ackerlandnutzung „zum Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans“ vorgelegen haben. Eine Nutzung als Ackerland im Zeitraum nach dem Inkrafttreten des Bebauungsplans und vor der Inbetriebnahme wäre bauplanungsrechtlich gar nicht zulässig, weil durch den Bebauungsplan gerade die Umwidmung der Flächen in Grünlandflächen abgesichert werden muss, so dass die ackerbauliche Nutzung nur bis zum Inkrafttreten des Bebauungsplanes andauern kann.<sup>16</sup>

**Teleologische** Erwägungen bestätigen den Befund, dass eine zwischenzeitliche Flächenstilllegung nicht generell der Vergütung entgegensteht.<sup>17</sup> Die Ziele des § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 stimmen mit den Zielen des § 11 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2004 überein. In Übereinstimmung mit den Ausführungen unter 4.1.1 in der Empfehlung 2008/6 zur teleologischen Auslegung von § 11 Abs. 4 EEG 2004 geht die Clearingstelle EEG auch hinsichtlich der Auslegung von § 32 Abs. 3 Nrn. 1 bis 3 EEG 2009 davon aus, dass diese Vorschriften im Wesentlichen eine bessere Steuerung der Auswahl der un bebauten Flächen zur Errichtung von Fotovoltaikanlagen ermöglichen sollen. Es soll insbesondere sichergestellt werden, dass ökologisch sensible Flächen nicht überbaut werden und eine möglichst hohe Akzeptanz in der Bevölkerung vor

<sup>14</sup>Ebenso zur Begründung von § 11 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2004 die Empfehlung der Clearingstelle EEG 2008/6, unter 4.1.1.

<sup>15</sup>Zum Vorrang des Wortlauts siehe *BVerfG*, Beschl. v. 23.10.1991 – 1 BvR 850/88, *BVerfGE* 85, 69, 73; Beschl. v. 22.10.1985 – 1 BvL 44/83, *BVerfGE* 71, 81, 105.

<sup>16</sup>Vgl. Empfehlung 2008/6, unter 4.1.2.

<sup>17</sup>Ähnlich *Salje*, EEG Kommentar, 5. Aufl. 2009, § 32 Rn. 41, der die analoge Anwendung der Norm auf Stilllegungsflächen für gerechtfertigt erachtet.

Ort erreicht werden kann.<sup>18</sup> Mittels der flächenbezogenen Vorgaben des § 32 Abs. 3 EEG 2009 werden bereits versiegelte bzw. durch eine Vornutzung beeinträchtigte Flächen vorrangig als Errichtungsstandorte für Fotovoltaikanlagen herangezogen. Die Beeinträchtigung von Natur und Landschaft soll möglichst gering gehalten werden.<sup>19</sup>

Daraus ergibt sich, dass § 32 Abs. 3 Nr. 4 EEG 2009 darauf abzielt, einerseits solche Flächen vor einer Bebauung mit Fotovoltaikanlagen zu schützen, die (noch) nicht oder nicht vollständig die flächenbezogenen Voraussetzungen erfüllen. Andererseits kann den Bestimmungen des § 32 Abs. 3 EEG 2009 entnommen werden, dass sogar zu einer Verbesserung der Flächensituation beigetragen werden soll, indem durch eine Vornutzung stark negativ beeinträchtigte Flächen als Standorte für Fotovoltaikanlagen ausgewählt werden. Eine Nutzung als Errichtungs- und Betriebsort einer Fotovoltaikanlage kann hier im besten Fall (und je nach Ausgestaltung des Solarparks)<sup>20</sup> dazu beitragen, dass sich die Flächen erholen und ökologisch höherwertiger werden;<sup>21</sup> jedenfalls werden die Flächen durch die Installation von Fotovoltaikanlagen in der Regel nicht versiegelt.<sup>22</sup> Die Errichtung und der Betrieb der Fotovoltaikanlagen hat dann einen doppelten Nutzen – die Erzeugung von Strom ohne Freisetzung von CO<sub>2</sub>-Emissionen und die Leistung eines Beitrags zur Verbesserung der Flächensituation.

Als **Zwischenergebnis** ist festzuhalten, dass die Empfehlung 2008/6 der Clearingstelle EEG für die Auslegung und Anwendung des § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 heranzuziehen ist.<sup>23</sup> Somit führt auch unter der Geltung von § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 die zwischenzeitliche Stilllegung von Ackerflächen nicht generell zum Ausschluss

<sup>18</sup>BT-Drs. 15/2864, S. 44; BT-Drs. 16/8148, S. 60.

<sup>19</sup>BT-Drs. 15/2864, S. 45; BT-Drs. 16/8148, S. 61.

<sup>20</sup>Zur Berücksichtigung von Umweltbelangen in diesem Zusammenhang, z. B. im Hinblick auf die Gestaltung der Einzäunung, siehe auch *ARGE Monitoring PV-Anlagen* (Bearb.), Leitfaden zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Planung von PV-Freiflächenanlagen, erstellt im Auftrag des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, 2007, abrufbar unter <http://www.erneuerbare-energien.de/inhalt/35964>, zuletzt abgerufen am 21.01.2009.

<sup>21</sup>Vgl. hierzu auch BT-Drs. 16/8148, S. 61: „Die Umwandlung in Grünland trägt zur Verminderung der Bodenerosion und der Verbesserung der Aufnahmefähigkeit von Niederschlagswasser bei.“

<sup>22</sup>Vgl. BT-Drs. 16/8148, S. 61.

<sup>23</sup>Soweit nunmehr eine dreijährige Nutzung als Ackerfläche im Gesetz verankert ist, befindet sich die Empfehlung damit im Einklang, weil die Clearingstelle EEG bereits in der Empfehlung 2008/6 davon ausgegangen war, dass schon nach § 11 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2004 regelmäßig eine dreijährige Nutzung als Ackerland erforderlich ist; siehe Empfehlung 2008/6, unter 4.1.1.

der Vergütung;<sup>24</sup> Stilllegungen, die ein Jahr überschreiten, erfordern in der Regel eine Begutachtung der betreffenden Fläche.<sup>25</sup>

### 2.2.2 Anwendung auf den Sachverhalt

Aus den vorstehenden Überlegungen ergibt sich, dass die Verfahrensfrage nach dem Bestehen des Anspruchs auf Vergütung nach § 32 i. V. m. § 16 Abs. 1 EEG 2009 ab dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme, §§ 3 Abs. 5, 21 Abs. 1 EEG 2009, wie folgt zu beantworten ist:

Für die Fläche mit der **Flurnummer [1]** besteht ein Anspruch, weil diese in den drei Jahren vor dem Beschluss über die Aufstellung des Bebauungsplans als Ackerland genutzt wurde. Die Flur ist gemäß Bestätigung des Amtes für Landwirtschaft und Forsten F. vom 09.09.2008 in den Jahren 2006 und 2007 mit Winterweizen bzw. Wintergerste bebaut worden. 2008 wurde die Fläche zwar aus der Erzeugung genommen, ist aber gleichwohl noch als „Ackerland“ verzeichnet. Die somit bis zum Zeitpunkt der Aufstellung des Bebauungsplans in etwa ein Jahr andauernde Herausnahme der Fläche aus der Erzeugung ist gemäß Empfehlung 2008/6 der Clearingstelle EEG im Hinblick auf die Vergütung unschädlich.

Für die Fläche mit der **Flurnummer [2]** besteht ebenfalls ein Anspruch, weil diese in den drei Jahren vor dem Beschluss über die Aufstellung des Bebauungsplans als Ackerland genutzt wurde und der nach der zwischenzeitlichen Stilllegung in den Jahren 2006 und 2007 erfolgte Umbruch der Ackerfläche nicht den Zweck hatte, die Vergütungsvoraussetzungen des § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 zu schaffen. Die Flur ist gemäß Bestätigung des Amtes für Landwirtschaft und Forsten F. vom 13.06.2008 zunächst im Jahre 2005 mit Winterweizen bebaut worden. 2006 und 2007 wurde die Fläche zwar aus der Erzeugung genommen, blieb aber gleichwohl noch als „Ackerland“ verzeichnet. 2008 wurde Klee gras angebaut, wobei das Landwirtschaftsamt in einem weiteren Schreiben vom 23.10.2008 bestätigt, dass es sich bei Klee gras um eine Ackerfrucht handelt. Somit liegt hier ein Fall einer mehr als ein Jahr andauernden Flächenstilllegung vor. Hierzu empfiehlt die Clearingstelle EEG, dass in der Regel eine Einzelfallprüfung zu erfolgen hat:<sup>26</sup> Der Anlagenbetreiber hat im Falle einer mehr als einjährigen Flächenstilllegung den Nachweis zu erbringen, dass sich

<sup>24</sup>Noch weitergehend *Salje*, EEG Kommentar, 5. Aufl. 2009, § 32 Rn. 41, der für Stilllegungsflächen § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 analog anwendet.

<sup>25</sup>Im Einzelnen siehe Empfehlung 2008/6, Nr. 4.

<sup>26</sup>Empfehlung 2008/6, Nrn. 3 und 4.

die ökologische Werthaltigkeit der stillgelegten Fläche nicht bereits wesentlich einer Grünfläche angenähert hat. Dies ist im Regelfall durch ein entsprechendes Gutachten mit natur- und bodenschutzfachlichem Schwerpunkt nachzuweisen. Der Anspruchsteller kann nicht mehr exakt begutachten lassen, welchen naturschutz- und bodenschutzfachlichen Wert die Fläche im Laufe der Stilllegung angenommen hat, weil die Fläche 2008 wieder umgebrochen und mit Klee gras bebaut wurde.<sup>27</sup> In einem solchen Fall sind zunächst die im Rahmen der Bauleitplanung erstellten Planungsunterlagen, insbesondere der Umweltbericht gemäß §§ 2 Abs. 4, 2a BauGB, heranzuziehen, um Indizien dafür zu sammeln, inwieweit sich die Fläche im Laufe der Stilllegung einer Grünfläche angenähert haben könnte.<sup>28</sup> In der Begründung des Bebauungsplans finden sich zunächst Anhaltspunkte im Rahmen der Bestandbewertung: Danach haben die Flächen für „Arten und Biotop e“ eine geringe Bedeutung, da es sich um einen struktur- und artenarmen, stark anthropogen geprägten Lebensraum handele; der Boden ist danach von mittlerer Bedeutung für Naturhaushalt und Landschaftsbild und wird beschrieben als anthropogen überprägt, mit verändertem Bodengefüge und gestörtem Gewässerhaushalt.<sup>29</sup> Im Umweltbericht heißt es unter Ziff. 2.4, dass die Flächen „derzeit intensiv landwirtschaftlich genutzt“ würden und diese „frei von wertgebenden Biotopstrukturen“ seien; die „artenarme und intensiv landwirtschaftlich genutzte Fläche“ weise „keine bedeutenden Funktionen für den Arten- und Biotopschutz auf.“ Diese Ausführungen lassen den Schluss zu, dass die beplanten Flächen für Flora und Fauna keine bedeutenden Lebensraumfunktionen haben.<sup>30</sup> Unter Ziff. 2.1 des Umweltberichts wird der Boden als vorwiegend sandig-kiesig bzw. schluffig-kiesig mit geringem Filtervermögen beschrieben. Für sandige Bodentypen gehen *Gekle/Zeddies/Kaule*<sup>31</sup> generalisierend davon aus, dass nach zweijähriger Stilllegung nur eine geringe bis mäßige Annäherung an Grünland eintritt.

<sup>27</sup>Das Schreiben des Landschaftsarchitekten B. vom 30.10.2008 ist daher von geringer Aussagekraft, weil bei dessen Begehung nicht mehr der Zustand der Fläche zum Ende der Stilllegungszeit festgestellt werden konnte.

<sup>28</sup>Zur Relevanz der bauplanungsrechtlichen Umweltprüfung siehe Empfehlung 2008/6, unter 4.1.1 (zur teleologischen Auslegung) und am Ende von 4.1.1.

<sup>29</sup>Ziff. 6.1, Teil C – Begründung – des Bebauungsplans „Sondergebiet Fotovoltaik“ der Gemeinde T.

<sup>30</sup>Zur Relevanz der genannten Funktionen als Indikatoren und Kriterien zur Ermittlung der ökologischen Werthaltigkeit eines Bodens siehe *Gekle/Zeddies/Kaule*, Auswirkungen einer Nutzungsänderung von Ackerland durch Stilllegung im Zusammenhang mit der Umwidmung von Flächen und Nutzung für Photovoltaikanlagen, Gutachten im Auftrag der Clearingstelle EEG, Februar 2008, S. 32 ff., abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2008/6>.

<sup>31</sup>Auswirkungen einer Nutzungsänderung von Ackerland durch Stilllegung im Zusammenhang mit der Umwidmung von Flächen und Nutzung für Photovoltaikanlagen, Gutachten im Auftrag der Clearingstelle EEG, Februar 2008, S. 36 ff.

Da sich der Zustand der Fläche nach dem Ende der zweijährigen Stilllegung wegen des neuerlichen Umbruchs und der nachfolgenden Aussaat hier nicht mehr *sicher* feststellen lässt und eine gutachterliche Untersuchung, inwieweit eine Annäherung an Grünland stattgefunden haben könnte, unmöglich geworden ist, kommt es entscheidend darauf an, ob der Umbruch im Rahmen der ordnungsgemäßen Landwirtschaft erfolgte oder allein den Zweck hatte, die Vergütungsvoraussetzungen des § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 zu schaffen. Hierzu lassen die vorgelegten Unterlagen den Schluss zu, dass der Umbruch 2008 im Rahmen der ordnungsgemäßen Landwirtschaft erfolgte. Dies ergibt sich zum einen aus dem Umstand, dass ausweislich der Bestätigungen des Landwirtschaftsamtes die an Flurstück [2] angrenzenden Flächen nach einer ein- oder zweijährigen Stilllegung wieder in die intensive Nutzung genommen wurden; zum anderen hält auch der Umweltbericht (Ziff. 3.1) fest, dass eine Extensivierung im Plangebiet nicht stattfindet und davon auszugehen sei, dass bei einer Nichtdurchführung des Vorhabens die Flächen weiterhin intensiv genutzt würden. Sonstige Anhaltspunkte, die darauf hindeuten, dass der Umbruch nur vorgenommen wurde, um eventuell bereits entstandenes Grünland kurzfristig wieder in Ackerland umzuwandeln und so die Vergütungsvoraussetzungen zu schaffen, liegen nicht vor.

Für die Fläche mit der **Flurnummer** [3] mit insgesamt 0,87 ha besteht ebenfalls ein Anspruch, weil diese in den drei Jahren vor dem Beschluss über die Aufstellung des Bebauungsplans als Ackerland genutzt wurde. Die Flur ist gemäß der Bestätigung des Amtes für Landwirtschaft und Forsten F. vom 03.09.2008 auf einer Teilfläche von 0,40 ha durchgängig mit Dinkel bebaut worden. Zwar hat das Landwirtschaftsamt eine Teilfläche von 0,47 ha, die von 2005 bis 2007 mit Klee gras bestellt wurde, für das Jahr 2008 als „sonstige, nicht landwirtschaftlich genutzte Fläche“ eingestuft, so dass fraglich sein könnte, ob diese Teilfläche in allen drei Jahren vor der Aufstellung des Bebauungsplans als „Ackerfläche“ im Sinne von § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 anzusehen war. In entsprechender Anwendung der Empfehlung der Clearingstelle EEG zum Umgang mit Flächen, die nicht länger als ein Jahr stillgelegt wurden, ist auch hier von einer Vergütungsfähigkeit auszugehen, weil in Anbetracht der intensiven Vornutzung davon auszugehen ist, dass diese Teilfläche trotz der im Jahr 2008 unterbliebenen landwirtschaftlichen Nutzung noch weitgehend den natur- und bodenschutzfachlichen Wert einer Ackerfläche hat und damit als vergütungsfähige Ackerfläche i. S. v. § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 gelten kann.

Auch für die Fläche mit der **Flurnummer** [4] besteht ein Anspruch, weil diese in den

drei Jahren vor dem Beschluss über die Aufstellung des Bebauungsplans als Ackerland genutzt wurde. Zwar hat das Landwirtschaftsamt in der Bescheinigung vom 05.09.2008 ausgeführt, dass diese von 2005 bis 2008 als ein gemeinsames Feldstück mit der Flurnummer [5] geführt worden sei, so dass eine Zuordnung einer einzelnen Nutzung zu einer Flurnummer nicht möglich sei. Jedoch gibt dasselbe Schreiben für diese Flurnummer eine Katasterfläche von 1,6487 ha an, und für die Jahre 2007 und 2008 wird für eine Teilfläche von 1,65 ha die Nutzung „Winterweizen“ bzw. „Wintergerste“ vermerkt; in einer handschriftlichen Notiz hat der Anspruchsteller diese Nutzungen der Flurnummer [4] zugeordnet. Die Clearingstelle EEG geht daher davon aus, dass diese Nutzungen die Flurnummer [4] betreffen. Für 2005 wird für beide Fluren mit den Nummern [4] und [5] der Anbau von Klee gras bestätigt, für 2006 für beide Flächen die Stilllegung ohne nachwachsende Rohstoffe. Die zwischenzeitliche, einjährige Stilllegung ist – wie bei Flurnummer [1] – für die Vergütung unschädlich, so dass insgesamt die Vergütungsfähigkeit für dieses Flurstück zu bejahen ist.

Für die Fläche mit der **Flurnummer** [5] ist gemäß dem Schreiben des Landwirtschaftsamtes vom 05.09.2008 wie folgt flächenanteilig zu differenzieren:

- Für eine Teilfläche von 1,82 ha besteht der Vergütungsanspruch, weil diese in den drei Jahren vor dem Beschluss über die Aufstellung des Bebauungsplans als Ackerland genutzt wurde. Das Landwirtschaftsamt bestätigt für zwei Teilflächen von 1,82 ha und 0,79 ha im vorgenannten Schreiben, dass auf beiden Teilflächen 2005 Klee gras angebaut wurde und 2006 eine Stilllegung ohne nachwachsende Rohstoffe erfolgte. Für die Jahre 2007 und 2008 vermerkt die Bestätigung für 1,82 ha die Nutzung „Acker gras“ bzw. „Wintergerste“ und für 0,79 ha „Stilllegung ohne nachwachsende Rohstoffe“ bzw. „Ackerland aus der Erzeugung genommen“. Daraus folgt, dass auf einem Flächenanteil von 1,82 ha nur eine einjährige Stilllegung im Jahre 2006 erfolgte, die vergütungsunschädlich ist. Für den Flächenanteil von 0,79 ha liegt über einen Zeitraum von drei Jahren – von 2006 bis einschließlich 2008 – keine aktive Gewinnung von Feldfrüchten vor. Da diese Teilfläche auch noch nicht erneut umgebrochen wurde, ist gemäß der von der Clearingstelle EEG ausgesprochenen Empfehlung 2008/6 die ökologische Werthaltigkeit der aus der Erzeugung genommenen Flächen gutachterlich zu untersuchen. Auf der Basis der Ergebnisse des Gutachtens ist dann zu entscheiden, ob der Vergütungsanspruch besteht.
- Eine Teilfläche von 0,26 ha wurde durchgängig von 2005 bis 2008 als „sonstige nicht landwirtschaftlich genutzte Fläche“ geführt. Insoweit ist nicht erkenn-

bar, dass diese Teilfläche überhaupt zu einem früheren Zeitpunkt als Ackerfläche zu charakterisieren gewesen wäre und dass eine solche frühere Nutzung der Fläche noch ihr Gepräge geben könnte. Diese Teilfläche erfüllt daher nicht die Voraussetzungen des § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009.

- Für eine Teilfläche von 0,42 ha vermerkt das Amt für Landwirtschaft und Forsten F. im Schreiben vom 05.09.2008, dass für diese eine landwirtschaftliche Nutzung nicht bestätigt werden könne. Diese Fläche ist daher wie die vorgenannte Teilfläche zu behandeln; die Vergütungsvoraussetzungen des § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 sind nicht erfüllt.
- Da die Verfahrensfrage sich auf das gesamte Flurstück [5] bezieht, ist auch die Teilfläche von reichlich 15 000 m<sup>2</sup> (ca. 1,5 ha), die für naturschutzrechtliche Ausgleichsmaßnahmen vorgesehen ist und auf denen offenkundig keine Fotovoltaikanlagen errichtet werden sollen, als nicht vergütungsfähig zu deklarieren, weil diese Fläche planungsrechtlich nicht für die Errichtung der Anlagen vorgesehen ist.
- Handschriftliche Eintragungen des Anspruchstellers in die Planzeichnung des Bebauungsplans wie auch der Umstand, dass sich aus der Addition der drei fraglichen Teilflächen (0,79 ha + 0,26 ha + 0,42 ha = 1,47 ha) annähernd die als Ausgleichsfläche vorgesehene Größe von ca. 15 000 m<sup>2</sup> ergibt, legen nahe, dass die fraglichen Teilflächen vollständig von der Ausgleichfläche umschlossen werden. Dies hätte zur Folge, dass für die Flurnummer [5] letztlich nur zwei Teilflächen zu unterscheiden wären: einerseits die Teilfläche von ca. 1,82 ha, die vergütungsfähig ist und auf der Fotovoltaikanlagen errichtet werden sollen, sowie andererseits die Teilfläche von ca. 1,47 ha, die nicht bzw. teilweise nur nach vorheriger Begutachtung vergütungsfähig ist, was unterbleiben kann, wenn dort keine Fotovoltaikanlagen errichtet werden sollen.

Die Anforderungen, die § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 an den Bebauungsplan stellt, sind hier – sobald der Plan in Kraft getreten ist (§ 10 Abs. 3 BauGB) – erfüllt: Der Bebauungsplan ist zu dem Zwecke aufgestellt worden, in seinem Geltungsbereich Fotovoltaikanlagen i. S. d. § 32 Abs. 2 EEG 2009 zu errichten. Aus den Festsetzungen<sup>32</sup> des Bebauungsplans zur Art der baulichen Nutzung ergibt sich, dass die geplanten Fotovoltaikanlagen auf Flächen errichtet werden, die gerade hierfür aus-

<sup>32</sup>Siehe Ziff. 2.1 in Teil B – Satzungstext – des Bebauungsplans „Sondergebiet Fotovoltaik“ der Gemeinde T. in der Fassung von 15.10.2008.

gewiesen sind. Schließlich werden die Flächen nach den Vorgaben des Bebauungsplans zu Grünflächen i. S. v. § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 umgewidmet, weil in den textlichen Festsetzungen des Planes<sup>33</sup> festgeschrieben ist, dass die Flächen unter den Fotovoltaik-Modulen als Grünland zu entwickeln und zu erhalten sind.

Dr. Lovens

Lucha

Dr. Winkler

---

<sup>33</sup>Ebenda.