

2011/7

15. Dezember 2011

Votum

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

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchstellerin –

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG durch den Vorsitzenden Dr. Lovens und die Mitglieder Dr. Pippke und Dr. Winkler am 15. Dezember 2011 einstimmig folgendes Votum:

Die Anspruchstellerin hat bei Inbetriebnahme der Solarstromanlagen ab dem 1. Januar 2012 gegen die Anspruchsgegnerin aus §§ 16 Abs. 1, 32 Abs. 1 Nr. 3 a) und b) EEG 2012¹ einen Anspruch auf Vergütung des Stroms, der in der im Geltungsbereich des Bebauungsplans „[...]“, Planbereich [...], auf den Flurstücken Nr. [...] in [...] geplanten Fotovoltaikinstallation erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist wird.

¹Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634, berichtigt S. 2255), nachfolgend bezeichnet als EEG 2012. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/ee2012/arbeitsausgabe>.

Inhaltsverzeichnis

1	Tatbestand	3
2	Begründung	5
2.1	Verfahren	5
2.2	Würdigung	6
2.2.1	Anwendbarkeit § 32 Abs. 1 EEG 2012	6
2.2.2	Erfüllung der Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 Nr. 3 a) und b) EEG 2012	7

I Tatbestand

- 1 Die Anspruchstellerin plant seit 2009 die Errichtung einer Fotovoltaikinstallation mit einer Gesamtleistung von ca. 700 kW_p auf den Flurstücken [...] (im Folgenden: Vorhabensfläche). Diese befinden sich im Geltungsbereich des Bebauungsplans „[...]“ in [...] [K...], Gemarkung [Ö...] (Planbereich...).
- 2 Der Bebauungsplan ist am 3. Juli 1980 in Kraft getreten. Die vorgenannten Flurstücke befinden sich in einem Gebiet, das durch diesen Bebauungsplan gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1a BBauG² i. V. m. § 8 BauNVO 1977³ als Gewerbegebiet (GE) festgesetzt wurde. Diese Festsetzung hat nach wie vor Bestand. Der Bebauungsplan wurde zwar mehrfach, zuletzt im Jahr 2004, geändert. Dabei bezogen sich die vorgenommenen Änderungen jedoch nicht auf das Gewerbegebiet, in dem sich die Vorhabensfläche befindet, sondern auf andere Gebiete innerhalb des Bebauungsplans. Die vierte und letzte Änderung im Jahr 2004 betraf das im Westen des Planbereichs befindliche Teilplangebiet [...] und diente der planungsrechtlichen Absicherung eines Supermarktes.
- 3 Das Planungsamt der Stadt [K...] erklärte im Schreiben an die Anspruchstellerin vom 18. September 2009, dass das geplante Vorhaben einer Fotovoltaikinstallation im Geltungsbereich des rechtskräftigen Bebauungsplans „[...]“ liege. Aus planungs- und baurechtlicher Sicht stehe dem Vorhaben – die Einhaltung der sonstigen Festsetzungen des Bebauungsplans vorausgesetzt – grundsätzlich nichts im Wege.
- 4 Auf Anfrage der Anspruchstellerin bei der Anspruchsgegnerin erklärte diese im elektronischen Schreiben vom 23. Oktober 2009 an die Anspruchstellerin, eine Vergütungspflicht des Netzbetreibers für Freiflächenanlagen, die im Geltungsbereich eines Bebauungsplans errichtet werden, der nach dem 1. September 2003 aufgestellt oder geändert wurde, bestehe nur, wenn die Errichtung von Anlagen zur solaren Stromerzeugung zumindest auch Zweck der Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans

²Bundesbaugesetz (BBauG) in der Fassung vom 18.08.1976 (BGBl. I S. 2256) in der Fassung der letzten Änderung durch Gesetz v. 06.07.1979 (BGBl. I S. 949).

³Verordnung über die bauliche Nutzung der Grundstücke (Baunutzungsverordnung – BauNVO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.09.1977 (BGBl. I S. 1763).

ist. Zusätzlich seien die in § 32 Abs. 3 EEG 2009⁴ genannten flächenbezogenen Anforderungen einzuhalten.

- 5 Daraufhin äußerte die Anspruchstellerin gegenüber der Stadt [K...] den Wunsch, den Bebauungsplan „[I...]“ entsprechend zu ändern. Mit elektronischem Schreiben vom 3. Dezember 2009 teilte das Rechtsamt der Stadtverwaltung [K...] der Anspruchstellerin daraufhin mit, dass diesem Wunsch nicht entsprochen werden könne. Ein Bebauungsplan dürfe nur geändert werden, wenn städtebauliche Gründe dies erfordern; solche städtebaulichen Gründe seien vorliegend nicht gegeben. Die geplante Fotovoltaikinstallation sei ein nach § 8 BauNVO nicht erheblich belästigender Gewerbebetrieb, der gemäß der Landesbauordnung auf der Grundlage des jetzigen Bebauungsplans genehmigungsfrei verwirklicht werden könne.
- 6 Die Flurstücke, die die Vorhabensfläche bilden, erhielten die o. g. Flurstücksnummern erst nach dem Jahr 1980. Sie sind bei einem Vergleich des Bebauungsplans von 1980 mit dem von der Anspruchstellerin am 18. März 2011 übermittelten Auszug einer aktualisierten Planfassung offenbar aus Teilen der ursprünglichen Flurstücke mit den Nummern [...] entstanden. Diese befinden sich im mittleren bis östlichen Teil des Planungsgebietes und liegen außerhalb des im Jahr 2004 geänderten Planbereichs [...].
- 7 Die Anspruchstellerin hat erklärt, die Planung frühestens Anfang/Mitte des Jahres 2012 zu realisieren.
- 8 Die Anspruchstellerin ist der Auffassung, dass die flächenbezogenen Vergütungsvoraussetzungen des § 32 EEG nicht anzuwenden seien. Es sei ein Vergütungsanspruch gegeben.
- 9 Die Anspruchsgegnerin vertritt die Auffassung, dass gemäß der amtlichen Begründung zu § 32 Abs. 3 EEG 2009 eine Vergütungspflicht des Netzbetreibers für Freiflächenanlagen, die im Geltungsbereich eines Bebauungsplans errichtet werden, der nach dem 1. September 2003 aufgestellt oder geändert wurde, nur bestehe, wenn die Errichtung von Anlagen zur solaren Stromerzeugung zumindest auch Zweck der Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans ist. Zusätzlich seien die in § 32

⁴Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074 ff.), zuletzt geändert durch Art. 13 Abs. 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634), nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eege.de/eege2009/arbeitsausgabe>.

Abs. 3 EEG 2009 genannten flächenbezogenen Anforderungen einzuhalten.

- 10 Mit inhaltsgleichen Anträgen vom 14. Juni 2010 haben sich die Anspruchstellerin und die Anspruchsgegnerin an die Clearingstelle EEG gewandt und beantragt, ein Votumsverfahren gemäß §§ 26 ff. Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG⁵ (VerfO) durchzuführen.
- 11 Mit Beschluss vom 28. Februar 2011 hat die Clearingstelle EEG das Votumsverfahren angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautete:

Hat die Anspruchstellerin gegen die Anspruchsgegnerin aus §§ 16 Abs. 1, 32 EEG 2009 einen Anspruch auf Vergütung des Stroms, der in der im Geltungsbereich des Bebauungsplans „[I...]“, Planbereich [...], auf den Flurstücksnummern [...] in [...] [K...], geplanten Fotovoltaikinstallation erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist wird?⁶

- 12 Beide Parteien und die Clearingstelle EEG stimmten einem schriftlichen Verfahren zu.

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 13 Das Verfahren ist gemäß den Vorschriften der VerfO zustandegekommen und durchgeführt worden.
- 14 Die Clearingstelle EEG hat das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 VerfO nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen.
- 15 Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus § 26 Abs. 1 VerfO.
- 16 Den Parteien ist gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 1 VerfO Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Es wurde ein schriftliches Verfahren durchgeführt, da beide Parteien und die Clearingstelle EEG dem zustimmten, §§ 28, 20 Abs. 2 VerfO. Die Beschlussvorlage hat gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied der Clearingstelle EEG Dr. Pippke erstellt.

⁵Vom 01.10.2007 in der Fassung vom 06.04.2010, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/verfahrensordnung>.

⁶Das EEG 2012 wurde erst nach der Eröffnung des Votumsverfahrens im Bundesgesetzblatt veröffentlicht und konnte deshalb der Verfahrensfrage noch nicht zugrunde gelegt werden. Näher zur Anwendbarkeit des EEG 2012 Rn. 18.

2.2 Würdigung

17 Der Anspruchstellerin steht gegen die Anspruchsgegnerin ein Vergütungsanspruch nach §§ 16 Abs. 1, 32 Abs. 1 Nr. 3 a) und b) EEG 2012 zu. § 32 Abs. 1 EEG 2012 ist vorliegend anwendbar (hierzu unter 2.2.1); seine Voraussetzungen sind gegeben (hierzu unter 2.2.2).

2.2.1 Anwendbarkeit § 32 Abs. 1 EEG 2012

18 Der rechtlichen Würdigung liegt das EEG 2012 zugrunde. Maßgebend für den Vergütungsanspruch ist grundsätzlich die Rechtslage, die im Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlage i. S. d. § 3 Nr. 1 EEG 2012 gilt. Das ergibt sich aus § 66 EEG 2009 ebenso wie aus § 66 EEG 2012. Da die Anspruchstellerin erklärt hat, die Anlage frühestens Anfang/Mitte 2012 in Betrieb nehmen zu wollen, ist das EEG 2009 gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2012 für ihre Anlage nicht maßgebend; ein Vergütungsanspruch kann sich vielmehr nur aus dem EEG 2012 ergeben. Da es sich vorliegend um eine Installation handelt, die nicht ausschließlich in, an oder auf einem Gebäude oder einer Lärmschutzwand angebracht sind, ist für den Anspruch auf Vergütung des in der Installation erzeugten Stroms § 32 EEG 2012 maßgeblich.

19 Die ursprünglich zwischen den Parteien streitige Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Vergütungsanspruch für Strom aus Freiflächenanlagen gegeben ist, wenn der Bebauungsplan nicht (auch) zum Zweck der Solarstromerzeugung nach dem 1. September 2003 geändert worden ist,⁷ kann deshalb ebenso wie die Frage, ob eine Änderung in einem die Vorhabensfläche nicht berührenden Teilbereich des Bebauungsplans insoweit überhaupt relevant ist, dahingestellt bleiben.

20 Denn das EEG 2012 enthält in § 32 Abs. 1 Nr. 3 a) und b) Regelungen, aus denen sich ein Vergütungsanspruch der Anspruchstellerin unabhängig von der Änderung des Bebauungsplans im Jahr 2004 ergibt. Diese Regelungen lauten wie folgt:

„Für Strom aus Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie beträgt die Vergütung 21,11 Cent pro Kilowattstunde abzüglich der Verringerung nach § 20a, wenn die Anlage . . .

⁷Vgl. zum Streitstand insoweit etwa *Böning*, in: Reshöft (Hrsg.), EEG Kommentar, 3. Aufl. 2009, § 32 Rn. 31; *Schrödter/Kuras*, KommP spezial 2010, S. 191, 192 und 196, sowie *Oschmann*, in: Altröck/Oschmann/Theobald, EEG-Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 25, zu der insoweit identischen Rechtslage unter dem EEG 2004.

3. im Bereich eines beschlossenen Bebauungsplans im Sinne des § 30 des Baugesetzbuches errichtet worden ist und
 - a) der Bebauungsplan vor dem 1. September 2003 aufgestellt und später nicht mit dem Zweck geändert worden ist, eine Anlage zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie zu errichten, [oder]
 - b) der Bebauungsplan vor dem 1. Januar 2010 für die Fläche, auf der die Anlage errichtet worden ist, ein Gewerbe- oder Industriegebiet im Sinne der §§ 8, 9 der Baunutzungsverordnung ausgewiesen hat, auch wenn die Festsetzung nach dem 1. Januar 2010 zumindest auch mit dem Zweck geändert worden ist, eine Anlage zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie zu errichten . . .“

2.2.2 Erfüllung der Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 Nr. 3 a) und b) EEG 2012

21 Die Voraussetzungen sowohl des § 32 Abs. 1 Nr. 3 a) als auch des § 32 Abs. 1 Nr. 3 b) EEG 2012 sind erfüllt.

22 **§ 32 Abs. 1 Nr. 3 a) EEG 2012** Der Bebauungsplan „[I . . .]“, in dessen Geltungsbereich die Anlage errichtet werden soll, wurde vor dem 1. September 2003 aufgestellt. Er wurde zwar nach diesem Zeitpunkt noch einmal geändert, aber nicht mit dem Zweck, eine Anlage zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie zu errichten. Die Änderung diene vielmehr der planungsrechtlichen Absicherung eines Supermarktes.

23 **§ 32 Abs. 1 Nr. 3 b) EEG 2012** Außerdem befindet sich die Vorhabensfläche, auf der die Fotovoltaikanlagen installiert werden sollen, im Geltungsbereich eines Bebauungsplans auf einer Fläche, die bereits vor dem 1. Januar 2010 als Gewerbegebiet i. S. d. § 8 BauNVO festgesetzt war. Dass diese Festsetzung nicht auf der Grundlage der BauNVO in der gegenwärtig geltenden Fassung⁸ erfolgt ist, sondern auf der Grundlage der BauNVO 1977, ist dabei unerheblich. Denn in § 32 Abs. 1 Nr. 3 b) EEG 2012 ist lediglich von einer Festsetzung als Gewerbe- oder Industriegebiet „im

⁸Baunutzungsverordnung (BauNVO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.01.1990 (BGBl. I S. 132), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes v. 22.04.1993 (BGBl. I S. 466).

Sinne der §§ 8 und 9 der Baunutzungsverordnung“ die Rede. Weder muss die Festsetzung danach *gemäß* den genannten Regelungen erfolgt sein, noch ist damit eine Festsetzung nach einer früheren Fassung der Regelungen ausgeschlossen. Denn es handelt sich bei der Bezugnahme auf die §§ 8 und 9 BauNVO mangels eines Vollzitats nicht um eine starre oder statische Verweisung auf eine bestimmte Fassung der BauNVO.⁹ Eine Änderung des Bebauungsplans nach dem 1. Januar 2010 ist nicht erfolgt. Es bedurfte deshalb keiner Prüfung, ob die Festsetzung als Gewerbe- oder Industriegebiet gemäß § 32 Abs. 1 Nr. 3 b) letzter Halbsatz EEG 2012 nach dem 1. Januar 2010 zumindest auch mit dem Zweck geändert worden ist, eine Anlage zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie zu errichten.

- 24 Damit besteht gemäß § 32 Abs. 1 Nr. 3 a) und b) EEG 2012 ein Vergütungsanspruch für den in diesen Anlagen erzeugten und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten Strom.
- 25 Hinsichtlich der Höhe des Vergütungsanspruchs ist die Degression gemäß § 20a EEG 2012 zu berücksichtigen.

Dr. Lovens

Dr. Pippke

Dr. Winkler

⁹Vgl. *Bundesministerium der Justiz*, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Bekanntmachung v. 22.09.2008, Bundesanzeiger Nr. 160, Rn. 239, 240.