

Hinweis (*Entwurf*)

Die Clearingstelle EEG gibt folgenden Hinweis zur Auslegung und Anwendung des § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009:

1. Für die Anwendung von § 32 Abs. 3 Satz 2 EEG 2009 kommt es allein darauf an, ob die Fläche, auf der sich die Solarstromanlage befindet, am 31. Dezember 2009 im Geltungsbereich eines Bebauungsplans lag, der für die Fläche eine Festsetzung als Gewerbe- oder Industriegebiet i. S. d. §§ 8, 9 BauNVO enthielt. Spätere, d. h. nach dem 31. Dezember 2009 vorgenommene Änderungen des Bebauungsplans sind irrelevant. Gleiches gilt im Hinblick auf § 32 Abs. 3 Satz 3 EEG 2009 bei einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan, der am 31. Dezember 2009 Festsetzungen entsprechend §§ 8, 9 BauNVO enthielt.
2. Der Bebauungsplan mit den erforderlichen Festsetzungen gemäß § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 muss am 31. Dezember 2009 – schon und noch – in Kraft gewesen sein. Das Inkrafttreten eines Bebauungsplans setzt neben dem Satzungsbeschluss nach § 10 Abs. 1 BauGB insbesondere die Bekanntmachung nach § 10 Abs. 3 BauGB voraus.
3. § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 ist analog anwendbar auf Flächen, die die festgesetzten Gewerbe- oder Industriegebiete durchschneiden oder an diese angrenzen, wenn die Funktion dieser Flächen nach den am 31. Dezember 2009 geltenden Festsetzungen des Bebauungsplans ausschließlich von den nunmehr für Zwecke der Solarstromerzeugung genutzten Gewerbe- und Industriegebieten abhängig war, insbesondere deren Erschließung diente, und diese Funktion nunmehr aufgrund der Solarstromnutzung objektiv sinnlos wird.

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung des Verfahrens	2
2	Herleitung	4
2.1	Wortlaut	4
2.2	Systematik	8
2.3	Historie	11
2.4	Genese	12
2.5	Teleologie	13
2.6	Ergebnis	16
3	Analoge Anwendung auf weitere Flächen	17
3.1	Planwidrige Regelungslücke	18
3.2	Vergleichbarkeit der Sachverhalte	21
3.3	Ergebnis	22

1 Einleitung des Verfahrens

- 1 Die Clearingstelle EEG hat am 14. April 2011 durch den Vorsitzenden der Clearingstelle EEG, Dr. Lovens sowie die Mitglieder der Clearingstelle EEG Dr. Pippke und Dr. Winkler beschlossen, zu folgender Frage ein Hinweisverfahren einzuleiten:

Wann greift die Regelung in § 32 Abs. 3 Satz 2 bzw. Satz 3 EEG 2009¹?

Insbesondere:

1. Gilt § 32 Abs. 3 Satz 2 bzw. 3 EEG 2009 auch dann, wenn sich die Solarstromanlage zwar auf einer Fläche befindet, die bereits vor

¹Erneuerbare-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 2074 ff.), zuletzt geändert durch Gesetz v. 11.08.2010 (BGBl. I 1170), im Folgenden bezeichnet als EEG 2009 – Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/arbeitsausgabe>.

dem 1. Januar 2010 als Gewerbe- oder Industriegebiet im Sinne des § 8 oder § 9 BauNVO² festgesetzt war bzw. für die vor diesem Zeitpunkt in einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan nach § 12 BauGB³ zulässige bauliche Nutzungen entsprechend § 8 oder § 9 BauNVO festgesetzt waren, der Bebauungsplan aber nach dem 1. Januar 2010 hinsichtlich dieser oder anderer Festsetzungen geändert wurde?

2. Ist die Regelung auch anwendbar, wenn auf der Fläche zwar vor dem 1. Januar 2010 ein Gewerbe- oder Industriegebiet gemäß bzw. entsprechend §§ 8, 9 BauNVO festgesetzt war, diese Festsetzung aber am 31. Dezember 2009 nicht mehr bestand?
3. Wann ist eine Fläche als Gewerbe- oder Industriegebiet im Sinne der oder entsprechend den §§ 8, 9 BauNVO „festgesetzt“ i. S. d. § 32 Abs. 3 Satz 2, 3 EEG 2009?
4. Auf welche Flächen ist § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 ggf. analog anwendbar?

- 2 Es handelt sich dabei um abstrakt-generelle Auslegungs- und Anwendungsfragen, für deren Beantwortung der Clearingstelle EEG die Durchführung eines Empfehlungsverfahrens nicht geboten erscheint.
- 3 Der Einleitung voraus gingen an die Clearingstelle EEG gerichtete Anregungen, zur Auslegung von § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 ein Hinweisverfahren einzuleiten. Zur Begründung wurde darauf hingewiesen, dass in der Praxis große Unsicherheit herrsche, ob die Regelungen einen seit dem genannten Stichtag unveränderten Bebauungsplan fordern oder ob Änderungen – und ggf. welcher Art – die Anwendbarkeit der Regelungen unberührt lassen. Praktisch relevant ist die Frage insbesondere in den Fällen, in denen ein ursprünglich im Bebauungsplan ausgewiesenes Gewerbe- oder Industriegebiet nach dem 1. Januar 2010 durch Änderung des Bebauungsplans in ein Sondergebiet für PV-Anlagen gemäß § 11 BauNVO umgewandelt wurde.

²Baunutzungsverordnung (BauNVO) in der Fassung der Bekanntmachung v. 23.01.1990 (BGBl. I S. 132), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes v. 22.04.1993 (BGBl. I S. 466).

³Baugesetzbuch (BauGB) in der Fassung der Bekanntmachung v. 23.09.2004 (BGBl. I S. 2414), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes v. 31.07.2009 (BGBl. I S. 2585).

2 Herleitung

2.1 Wortlaut

- 4 Für Strom aus Anlagen, die im Geltungsbereich eines Bebauungsplans errichtet werden, der zumindest auch zu diesem Zweck nach dem 1. September 2003 aufgestellt oder geändert worden ist, besteht ein Vergütungsanspruch nur, wenn einer der in § 32 Abs. 3 Satz 1 EEG 2009 geregelten Tatbestände erfüllt ist, wenn also die Anlagen entweder auf einer Versiegelungs- (Nr. 1) oder Konversionsfläche (Nr. 2), einer ehemaligen Ackerfläche (Nr. 3)⁴ oder auf Flächen errichtet werden, die längs von Autobahnen oder Schienenwegen liegen (Nr. 4).
- 5 Diese Einschränkung findet nach § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 keine Anwendung, wenn

„sich die Anlage auf einer Fläche befindet, die bereits vor dem 1. Januar 2010 als Gewerbe- oder Industriegebiet im Sinne des § 8 oder des § 9 der Baunutzungsverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 1990 (BGBl. I S. 132), die zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 22. April 1993 (BGBl. I S. 466) geändert worden ist, festgesetzt war. Satz 2 gilt entsprechend bei einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan nach § 12 Baugesetzbuch, der zulässige bauliche Nutzungen entsprechend § 8 oder § 9 der Baunutzungsverordnung festgesetzt hat.“

- 6 Satz 2 setzt also nach seinem Wortlaut voraus, dass die Fläche „bereits vor“ dem genannten Stichtag als Gewerbe- oder Industriegebiet i. S. d. BauNVO „festgesetzt war“. Der Bedeutungsgehalt der Begriffe Gewerbe- bzw. Industriegebiet ergibt sich aus den in Bezug genommenen Regelungen der §§ 8, 9 BauNVO.
- 7 „Gewerbegebiete“ sind in § 8 BauNVO wie folgt beschrieben:

„(1) Gewerbegebiete dienen vorwiegend der Unterbringung von nicht erheblich belästigenden Gewerbebetrieben.

(2) Zulässig sind

⁴Die Anwendbarkeit dieser Regelung setzt u. a. voraus, dass die Flächen in einem vor dem 25.03.2010 beschlossenen Bebauungsplan ausgewiesen sind und die Anlagen vor dem 01.01.2011 in Betrieb genommen wurden.

1. Gewerbebetriebe aller Art, Lagerhäuser, Lagerplätze und öffentliche Betriebe,
2. Geschäfts-, Büro- und Verwaltungsgebäude,
3. Tankstellen,
4. Anlagen für sportliche Zwecke.

(3) Ausnahmsweise können zugelassen werden

1. Wohnungen für Aufsichts- und Bereitschaftspersonen sowie für Betriebsinhaber und Betriebsleiter, die dem Gewerbebetrieb zugeordnet und ihm gegenüber in Grundfläche und Baumasse untergeordnet sind,
2. Anlagen für kirchliche, kulturelle, soziale und gesundheitliche Zwecke,
3. Vergnügungsstätten.“

8 „Industriegebiete“ werden in § 9 BauNVO wie folgt charakterisiert:

„(1) Industriegebiete dienen ausschließlich der Unterbringung von Gewerbebetrieben, und zwar vorwiegend solcher Betriebe, die in anderen Baugebieten unzulässig sind.

(2) Zulässig sind

1. Gewerbebetriebe aller Art, Lagerhäuser, Lagerplätze und öffentliche Betriebe,
2. Tankstellen.

(3) Ausnahmsweise können zugelassen werden

1. Wohnungen für Aufsichts- und Bereitschaftspersonen sowie für Betriebsinhaber und Betriebsleiter, die dem Gewerbebetrieb zugeordnet und ihm gegenüber in Grundfläche und Baumasse untergeordnet sind,
2. Anlagen für kirchliche, kulturelle, soziale, gesundheitliche und sportliche Zwecke.“

9 Industrie- und Gewerbegebiete gehören zu den in § 1 Abs. 2 BauNVO aufgezählten Baugebieten, die im Bebauungsplan zur Festlegung der zulässigen Art der baulichen Nutzung festgesetzt werden können (§ 1 Abs. 3 BauNVO). Durch die Festsetzung

werden die zitierten Vorschriften Bestandteil des Bebauungsplans, soweit nicht etwas anderes bestimmt wird (§ 1 Abs. 3 Satz 2 BauNVO). § 1 Abs. 4 bis 10 BauNVO enthält Regelungen zu den möglichen abweichenden Bestimmungen.

- 10 Somit ist bereits aus dem Wortlaut abzuleiten, dass die Festsetzung als Gewerbe- bzw. Industriegebiet in einem *Bebauungsplan* erfolgt sein muss. Die Ausweisung in einem Flächennutzungsplan reicht insoweit nicht aus, weil gemäß § 1 Abs. 1 bis 3 BauNVO in Flächennutzungsplänen nur die in § 1 Abs. 1 BauNVO genannten Bauflächen, nicht jedoch Baugebiete i. S. v. §§ 8, 9 BauNVO festgesetzt werden können.⁵ Auch ergibt sich aus dem Wortlaut eindeutig, dass die Regelung des § 32 Abs. 3 Satz 2 EEG 2009 keine Anwendung auf andere Baugebietsfestsetzungen i. S. d. § 1 Abs. 2 BauNVO findet. Nicht erfasst sind insbesondere Mischgebiete (§ 6 BauNVO), Kerngebiete (§ 7 BauNVO), Sondergebiete (§ 11 BauNVO) oder Wohngebiete (§§ 3 bis 5 BauNVO).
- 11 **Stichtagsregelung** Die temporale Präposition „vor“ in § 32 Abs. 3 Satz 2 EEG 2009 kennzeichnet die Angabe einer Zeitdauer bis zu einem bestimmten Zeitpunkt. Aus dem Wortlaut ergibt sich damit eindeutig, dass die Festsetzung als Gewerbe- oder Industriegebiet irgendwann bis einschließlich 31. Dezember 2009 erfolgt sein muss.
- 12 Daraus folgt jedoch keine Aussage zu der Frage, ob die vor dem 1. Januar 2010 erfolgte Festsetzung auch bis zum Stichtag und ggf. darüber hinaus unverändert fortbestehen muss.
- 13 Die Verwendung des Präteritums für die Voraussetzung der Festsetzung als Gewerbe- oder Industriegebiet („war“) deutet insoweit darauf hin, dass es allein auf den Zeitraum ankommt, der am 31. Dezember 2009 endete und damit dem 1. Januar 2010 vorausging. Denn diese Zeitform wird verwendet, um Sachverhalte oder Geschehen auszudrücken, die bereits vergangen oder abgeschlossen sind und die keinen Bezug auf die Gegenwart aufweisen.⁶ Hieraus lässt sich ableiten, dass Veränderungen am Bebauungsplan *nach* dem Stichtag irrelevant sein sollen. Gleichzeitig wäre eine Deutung möglich, nach der auch die Festsetzung selbst der Vergangenheit angehören kann, so dass auch Flächen in Betracht kämen, die zwar während eines bestimmten Zeitraums vor dem 1. Januar 2010 als Gewerbe- oder Industriegebiete festgesetzt

⁵In § 1 Abs. 2 BauGB ist der Flächennutzungsplan als „vorbereitender Bauleitplan“ und der Bebauungsplan als „verbindlicher Bauleitplan“ legaldefiniert.

⁶Vgl. insoweit *canoonet*, Deutsche Wörterbücher und Grammatik, Seite „Das Präteritum“, abrufbar unter <http://www.canoo.net/services/OnlineGrammar/Wort/Verb/Tempora/Praet.html?MenuId=Word21222>, zuletzt abgerufen am 15.02.2011.

waren, dies aber am Stichtag nicht mehr sind – sei es, weil der Bebauungsplan aufgehoben oder weil die Gebietsfestsetzung geändert wurde.

- 14 Umgekehrt könnte der Wendung „bereits vor“ ein Hinweis darauf entnommen werden, dass der vor dem Stichtag hergestellte Zustand, also die Festsetzung als Gewerbe- oder Industriegebiet, auch bis zum und über den Stichtag hinaus weiterhin bestehen muss, die Regelung also als „am und auch nach dem 1. Januar 2010 ...“ zu lesen ist. Allerdings hätte es dann semantisch nahe gelegen, eine vom Gesetzgeber gewollte Kontinuität der Ausweisung durch die Verwendung des Begriffes „auch“ zweifelsfrei zum Ausdruck zu bringen.
- 15 Hinsichtlich der Frage, ob die Festsetzung am Stichtag noch bestanden haben muss und ob Änderungen der Festsetzungen nach dem Stichtag der Anwendung der Regelung entgegenstehen oder nicht, ist der Wortlaut damit nicht eindeutig.
- 16 Eindeutig ausgeschlossen ist eine Anwendung der Regelungen nach dem Wortlaut hingegen insbesondere dann, wenn die genannten Festsetzungen erst *nach* dem Stichtag erfolgt sind. Solarstromanlagen in Gewerbe- oder Industriegebieten, die erst ab dem 1. Januar 2010 festgesetzt worden sind, sind damit nicht nach § 32 Abs. 3 Satz 2 oder 3 EEG 2009 privilegiert.
- 17 „Festsetzung“ Unklar ist allerdings wiederum, zu welchem Zeitpunkt davon auszugehen ist, dass eine Fläche als Gewerbe- oder Industriegebiet „festgesetzt“ ist. Als Festsetzung werden im BauGB die rechtsverbindlichen Vorgaben im Bebauungsplan verstanden (§ 8 Abs. 1 Satz 1 BauGB). Es handelt sich also um inhaltliche Aussagen eines Bebauungsplans. Damit ist unklar, ob die Annahme einer „Festsetzung“ voraussetzt, dass der Bebauungsplan in Kraft getreten ist, oder ob bereits mit dem Beschluss des Bebauungsplans als Satzung gemäß § 10 Abs. 1 BauGB oder ggf. zu einem noch früheren Verfahrensstand von einer „Festsetzung“ im Sinne der Regelung auszugehen ist.
- 18 Da der Wortlaut somit mehrere Interpretationsmöglichkeiten zulässt, bedarf die Regelung der Auslegung.
- 19 Dies betrifft auch § 32 Abs. 3 Satz 3 EEG 2009, der die entsprechende Anwendung des Satzes 2 bei einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan nach § 12 BauGB anordnet. Voraussetzung ist nach dem Wortlaut, dass dieser vorhabenbezogene Bebauungsplan „zulässige bauliche Nutzungen entsprechend § 8 oder § 9 BauNVO festgesetzt hat“. Dass auf die §§ 8, 9 BauNVO nicht unmittelbar, sondern nur „ent-

sprechend“ Bezug genommen wird, resultiert daraus, dass bei vorhabenbezogenen Bebauungsplänen keine Bindung an die Festsetzungskataloge in § 9 BauGB und § 1 Abs. 2 BauNVO besteht.⁷ Es kommt insofern nicht darauf an, ob in dem vorhabenbezogenen Bebauungsplan ausdrücklich ein Gewerbe- oder Industriegebiet festgesetzt wurde; maßgeblich ist vielmehr, ob die im vorhabenbezogenen Bebauungsplan festgesetzte Art der baulichen Nutzung den in den §§ 8 und 9 BauNVO vorgesehenen zulässigen Nutzungen entspricht.

2.2 Systematik

- 20 Bei der systematischen Auslegung der verfahrensgegenständlichen Regelungen ist nicht nur das EEG 2009 zu betrachten, sondern aufgrund der Nennung bauplanungsrechtlicher Regelungen und Begriffe (z. B. „Festsetzung“) auch das BauGB und die BauNVO einzubeziehen.
- 21 **Binnensystematik des § 32 EEG 2009** Die Regelungen in § 32 Abs. 3 Sätze 2 und 3 EEG 2009 sind insbesondere hinsichtlich ihrer Funktion im Gefüge des § 32 EEG 2009 zu analysieren.⁸
- 22 Die Regelungen in § 32 Abs. 3 Sätze 2 und 3 EEG 2009 beschränken den Anwendungsbereich des § 32 Abs. 3 Satz 1 EEG 2009. Denn unabhängig davon, mit welcher Zweckrichtung und ob vor oder nach dem 1. September 2003 der Bebauungsplan aufgestellt oder (zuletzt) geändert wurde, finden die flächenbezogenen Anforderungen des Satzes 1 keine Anwendung auf Vorhaben in vor dem 1. Januar 2010 festgesetzten Gewerbe- oder Industriegebieten. Die Anforderungen des Satzes 1 an die Flächenqualität müssen also immer dann nicht eingehalten werden, wenn eine der in Satz 2 oder 3 geregelten Voraussetzungen erfüllt ist. Vielmehr können die Anlagen auch dann errichtet werden, wenn die Fläche weder als Versiegelungs- (Nr. 1), noch als Konversions- (Nr. 2), noch als ehemalige Ackerfläche (Nr. 3) oder als Fläche längs von Autobahnen oder Schienenwegen (Nr. 4) zu qualifizieren ist. Damit handelt es sich bei den Sätzen 2 und 3 im Verhältnis zu Satz 1 um speziellere Regelungen.
- 23 Aus § 32 Abs. 3 Satz 1 EEG 2009 lässt sich für die Auslegung der Sätze 2 und 3 vor diesem Hintergrund nichts ableiten. Das gilt hinsichtlich eines etwaigen Erfordernis-

⁷Vgl. *Quaas/Kukk*, in: Schrödter (Hrsg.), *BauGB Kommentar*, 7. Aufl. 2006, § 12 Rn. 15.

⁸Vgl. zu dem der Regelung in ihrer bis zum 30.06.2010 geltenden Fassung zugrunde liegenden Prüfungsschema insbesondere *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 01.07.2010 – 2010/2, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeq.de/empfv/2010/2>, unter 5.

ses der Kontinuität der Ausweisung über den Stichtag hinaus auch aufgrund der unterschiedlichen Formulierung der Regelungen. So geht § 32 Abs. 3 Satz 1 EEG 2009 davon aus, dass die Anlagen *im Geltungsbereich* eines Bebauungsplans *errichtet werden*, der zumindest auch zu diesem Zweck nach dem 1. September 2003 aufgestellt oder geändert worden ist – was eine Fortgeltung dieses Plans zumindest bis zum Errichtungszeitpunkt nahelegt. Demgegenüber beziehen sich die Regelungen der Sätze 2 und 3 auf „Flächen“, für die die genannten planerischen Voraussetzungen „vor“ dem 1. Januar 2010 vorgelegen haben müssen. Das Erfordernis der Errichtung im Geltungsbereich eines Bebauungsplans ergibt sich für diese Vorhaben lediglich aus § 32 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009.

- 24 **Heranziehung anderer Normen des EEG 2009** Zahlreiche Normen des EEG 2009 enthalten Fristenregelungen, die sich wie § 32 Abs. 3 Satz 2 EEG 2009 aus der Wendung „vor dem“ und einem bestimmten Datum zusammensetzen. Dabei handelt es sich überwiegend um Fristen für Vergütungs- bzw. Degressionstatbestände, die auf den Inbetriebnahmezeitpunkt der Anlage abstellen.⁹ Die Inbetriebnahme einer Anlage führt zwar im Regelfall zum dauerhaften Betrieb und hat damit fortgesetzte Wirkung, jedoch ist der Vorgang des Inbetriebnehmens abgeschlossen, sobald die Anlage in Betrieb ist.¹⁰ Der Inbetriebnahmezeitpunkt bleibt auch dann bestehen, wenn die Anlage später zwischenzeitlich außer Betrieb genommen wird. Es geht also um ein in der Vergangenheit abgeschlossenes Ereignis. Zum Teil beziehen sich die Regelungen auch auf andere Ereignisse als die Inbetriebnahme, die vor einem bestimmten Zeitpunkt eingetreten sein müssen. Zu nennen sind hier insbesondere § 20 Abs. 4 Satz 2, 2. Halbsatz EEG 2009 und § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EEG 2009, die einen „vor dem 25. März 2010 beschlossenen Bebauungsplan“ voraussetzen.¹¹ § 66 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2009 sieht den Systemdienstleistungs-Bonus für Bestandsanlagen vor, „sobald sie infolge einer Nachrüstung vor dem 1. Januar 2011 die Anforderungen der Verordnung nach § 64 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 erstmals einhalten“. Auch diese Regelungen implizieren, dass ein vor dem genannten Datum hergestellter Zu-

⁹Vgl. nur § 20 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4 Satz 2, § 23 Abs. 2 Satz 1, § 29 Abs. 2 Satz 4, § 31 Abs. 2 Satz 2 EEG 2009.

¹⁰Vgl. zum Verhältnis der Inbetriebnahme zur dauerhaften Stromspeisung *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 25.06.2010–2010/1, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/hinwv/2010/1>, Nr. 4 und Rn. 69, 79 sowie 97.

¹¹Vgl. zu der Frage, wann von einem beschlossenen Bebauungsplan im Sinne dieser Regelungen auszugehen ist, ausführlich *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 24.09.2010–2010/8, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/hinwv/2010/8>.

stand nach diesem Zeitpunkt fortgesetzt wird. Dennoch ist Bezugsgegenstand der Fristenregelungen stets ein abgeschlossenes Ereignis, nämlich im einen Fall der Beschluss des Bebauungsplans als Satzung und im anderen Fall die Nachrüstung. Ob die Kontinuität des hierdurch hergestellten Zustands eine weitere Voraussetzung für die jeweils angeordnete Rechtsfolge ist, ergibt sich jeweils nur aus anderen Tatbestandsmerkmalen (bei §§ 20 Abs. 4 Satz 2 und § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EEG 2009 ggf. aus dem Tatbestandsmerkmal „zur Errichtung der Anlage . . . ausgewiesen“ oder „im Geltungsbereich . . . errichtet“, bei § 23 Abs. 2 und 4 EEG 2009 aus der komplementären Voraussetzung „nach dem . . . modernisiert worden sind“, bei § 29 Abs. 2 Satz 4 EEG 2009 aus der Anspruchsvoraussetzung „ab dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme . . . erfüllen“).

- 25 Vor diesem Hintergrund lässt sich unter systematischen Gesichtspunkten für die Auslegung von § 32 Abs. 3 Satz 2 EEG 2009 nichts dafür ableiten, dass der Zustand (Ausweisung der Fläche als Gewerbe- oder Industriegebiet im Bebauungsplan), der durch das in Bezug genommene Ereignis („Festsetzung“) vor dem Stichtag hergestellt wurde, auch *nach* diesem Zeitpunkt noch bestehen muss. Unergiebig ist die systematische Betrachtung auch hinsichtlich der Frage, ob die Festsetzungen *bis* zum Stichtag bestehen müssen.
- 26 **Heranziehung von Normen des Baurechts** Für die Frage, ab welchem Zeitpunkt Aussagen des Bebauungsplans als „Festsetzungen“ zu qualifizieren sind bzw. Baugebiete „festgesetzt“ sind, wie es § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 verlangen, ist das BauGB heranzuziehen.
- 27 Danach sind die im Bebauungsplan enthaltenen „Festsetzungen“ eine ortsrechtlich verbindliche Regelung für die im Plangebiet gelegenen Grundstücke.¹² Verbindlichkeit erlangt ein Bebauungsplan aber gemäß § 10 Abs. 3 Satz 4 BauGB erst mit seiner Bekanntmachung; dieser geht der Satzungsbeschluss der Gemeinde (§ 10 Abs. 1 BauGB) sowie ggf. eine Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde (§ 10 Abs. 2 BauGB) voraus. Dem entspricht es, wenn in § 33 Abs. 1 Nr. 2 BauGB für die Zeit der Planaufstellung von „künftigen Festsetzungen des Bebauungsplans“ die Rede ist. Denn während des Planaufstellungsverfahrens liegen noch keine „Festsetzungen“ vor. Das Planaufstellungsverfahren ist beendet, sobald der Plan aufgestellt ist, was wiederum im Zeitpunkt seines Wirksamwerdens mit der Bekanntmachung gemäß § 10 Abs. 3 Satz 4 BauGB der Fall ist.

¹²Schrödter, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB Kommentar, 7. Aufl. 2006, § 9 Rn. 4.

28 „Festgesetzt“ ist ein Gewerbe- oder Industriegebiet bzw. eine zulässige bauliche Nutzung entsprechend §§ 8, 9 BauNVO also erst dann, wenn der Bebauungsplan in Kraft ist. Daraus folgt, dass die Regelungen in § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 nur anwendbar sind, wenn der entsprechende Bebauungsplan vor dem 1. Januar 2010 wirksam war.¹³ Das setzt voraus, dass er spätestens am 31. Dezember 2009 in Kraft getreten ist.

2.3 Historie

29 Zu § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 existieren keine Vorgängernormen. Allerdings war unter der bis zum 30. Juni 2010 geltenden Gesetzesfassung unklar, ob und unter welchen Voraussetzungen im Geltungsbereich von Bebauungsplänen, die nicht (auch) zum Zweck der Solarstromerzeugung aufgestellt oder geändert worden sind, ein Vergütungsanspruch für Strom aus Freiflächenanlagen gegeben war. Zwar war ein solcher Anspruch unstreitig gegeben, wenn der Bebauungsplan nicht nach dem 1. September 2003, sondern vor diesem Zeitpunkt aufgestellt oder (zuletzt) geändert worden war.¹⁴ Ob Gleiches für den Fall gelten sollte, dass der Bebauungsplan zwar nach dem 1. September 2003, aber nicht (auch) zum Zwecke der Solarstromerzeugung aufgestellt oder verändert wurde, wurde aber unterschiedlich beantwortet.¹⁵

30 Vor diesem Hintergrund führen die Regelungen in § 32 Abs. 3 Sätze 2 und 3 EEG 2009 einerseits die bisherige Rechtslage fort, soweit sie als Gewerbe- oder Industriegebiet festgesetzte Flächen im Geltungsbereich von Bebauungsplänen erfassen, die bereits vor dem 1. September 2003 aufgestellt oder (zuletzt) geändert worden sind, und regeln andererseits für solche Flächen im Geltungsbereich von Bebauungsplänen, die nach diesem Zeitpunkt aufgestellt oder geändert worden sind, erstmals und damit originär, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Vergütungsanspruch nach § 32 EEG 2009 auch unabhängig von den flächenbezogenen Voraussetzungen des § 32 Abs. 3 Satz 1 EEG 2009 gegeben ist. Die historische Betrachtung ist für die Auslegung des § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 deshalb unergiebig.

¹³So auch *Schrödter/Kuras*, in: KommP spezial 2010, S. 191, 192.

¹⁴Vgl. *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 01.07.2010–2010/2, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2010/2>, unter 5 (Anhang – Prüfungsschema § 32 EEG 2009) sowie BT-Drs. 16/8148, S. 60.

¹⁵Bejahend etwa *Bönning*, in: Reshöft (Hrsg.), EEG Kommentar, 3. Aufl. 2009, § 32 Rn. 31; verneinend etwa *Schrödter/Kuras*, in: KommP spezial 2010, S. 191, 192 und 196; *Oschmann*, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG-Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 25, zu der insoweit identischen Rechtslage unter dem EEG 2004.

2.4 Genese

Die Sätze 2 und 3 wurden erst mit Wirkung vom 1. Juli 2010 durch das Erste Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in § 32 Abs. 3 EEG 2009 eingefügt.¹⁶

31 Bereits in der Formulierungshilfe der Bundesregierung vom 3. März 2010, die dem Kabinettsbeschluss zum Ersten Änderungsgesetz zugrunde lag, waren die verfahrensgegenständlichen Regelungen vorgesehen.¹⁷ Sie finden sich unverändert in dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP vom 23. März 2010¹⁸ in Artikel 1 Nr. 3b wieder. Die Begründung lautet wie folgt:

„Zudem können nach § 32 Abs. 3 Satz 2 zukünftig Freiflächenanlagen auf bestehenden Industrie- und Gewerbeflächen eine Vergütung erhalten. Dies ist schon nach geltendem Recht für Anlagen auf Gewerbeflächen möglich, die vor dem 1. September 2003 als solche ausgewiesen wurden.“¹⁹

32 Im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens wurden keine Veränderungen an den Regelungen vorgenommen; sie sind unverändert in Kraft getreten.

33 Im Rahmen der öffentlichen Anhörung zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP am 21. April 2010 spielten § 32 Abs. 3 Sätze 2 und 3 EEG 2009 keine Rolle.

34 Der Änderungsantrag der Fraktion der SPD im Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit²⁰, der anstelle des in § 32 Abs. 3 Satz 2 EEG 2009 vorgesehenen Stichtags den 25. März 2010 vorschlug, wurde nicht angenommen.

35 Dabei ist zu berücksichtigen, dass der 1. Januar 2010 in dem ursprünglichen Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU und FDP in zahlreichen Bestimmungen als Stichtag für Übergangsregelungen vorgesehen war. Dabei wurde diese zeitliche Grenze damit begründet, dass sie den „notwendigen Vertrauensschutz“ für alle Projekte gewährleiste, die ihre Planungen bereits auf einer „hinreichend sicheren rechtlichen

¹⁶Art. 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 11.08.2010 (BGBl. I, S. 1170), im Folgenden bezeichnet als Erstes Änderungsgesetz.

¹⁷Abrufbar unter http://www.clearingstelle-ee.de/pv_novelle.

¹⁸BT-Drs. 17/1147, S. 3, abrufbar unter http://www.clearingstelle-ee.de/pv_novelle.

¹⁹BT-Drs. 17/1147, S. 10.

²⁰Ausschussdrucksache 17(16)74(neu); auch enthalten in BT-Drs. 17/1604 (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit) ab S. 27.

Vertrauensbasis vorgenommen haben“²¹. Zugleich werde verhindert, dass „bis zum Inkrafttreten des Gesetzes neue Bebauungspläne von Gemeinden erlassen werden, um ... noch die Errichtung von Photovoltaikanlagen, die in den Genuss der gesetzlichen Vergütung nach dem EEG 2009 kommen, zu ermöglichen.“²² Erst in den Beschlussempfehlungen des Unterausschusses wurde – etwa in der Regelung der sog. Einmaldegression in § 20 Abs. 4 Satz 2 EEG 2009 und in der Regelung der Ackerflächenvergütung in § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EEG 2009 – mit dem Ziel einer Ausweitung des Vertrauensschutzes der 25. März 2010 eingefügt.²³ An diesem Tag wurden die Gesetzesänderungen in erster Lesung im Bundestag behandelt.

- 36 Dass § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 in diesem Zusammenhang unberücksichtigt blieben, ist insoweit möglicherweise daraus erklärlich, dass die Regelungen keine Übergangsbestimmungen, sondern – soweit sie Flächen im Geltungsbereich von Bebauungsplänen erfassen, die nach dem 1. September 2003 aufgestellt oder geändert wurden – Vorschriften beinhalten, die keine Verschlechterung, sondern allenfalls eine Ausweitung von Vergütungstatbeständen beinhalten. Insofern bestand kein Anlass, aus Gründen der Ausweitung des Vertrauensschutzes in die vorherige Rechtslage einen späteren Zeitpunkt als Stichtag vorzusehen. Dementsprechend blieb es bei dem ursprünglich vorgesehenen 1. Januar 2010.
- 37 Für die verfahrensgegenständlichen Fragen ist die genetische Betrachtung damit im Ergebnis ebenfalls unergiebig.

2.5 Teleologie

- 38 Mit den Sätzen 2 und 3 des § 32 Abs. 3 EEG 2009 erfolgt eine Abkehr von dem ursprünglich mit der Regelung verfolgten Ziel, die Errichtung von Freiflächenanlagen vor allem auf solche Flächen zu lenken, die durch eine vorherige Nutzung in ihrem ökologischen Wert beeinträchtigt sind.²⁴ Denn bei Erfüllung der Voraussetzungen der Sätze 2 und 3 – die rein planerischer Natur sind – ist der Vergütungsanspruch

²¹BT-Drs. 17/1147, S. 9.

²²So die Begründung in BT-Drs. 17/1147, S. 9 zum Stichtag in § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3.

²³Vgl. die Begründung zu § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EEG 2009 in BT-Drs. 17/1604, S. 19: „Durch die Verschiebung der Frist ... vom 1. Januar 2010 auf den 25. März 2010 sollen zusätzlich weitere bereits geplante Anlagen in den Genuss der Vertrauensschutzregelung gelangen.“

²⁴Näher zu dieser ursprünglichen Zielsetzung der Regelung *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 01.07.2010 – 2010/2, Abschnitt 4.5, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2010/2> sowie Empfehlung v. 13.06.2008 – 2008/6 zur Vorgängerregelung in § 11 Abs. 3 und 4 EEG 2004, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2008/6>.

nach § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009 ohne weitere – insbesondere flächenbezogene – Voraussetzungen gegeben. Allerdings war auch nach der bis zur Änderung geltenden Rechtslage unabhängig von dem jeweiligen ökologischen Wert der Fläche ein Vergütungsanspruch gegeben, wenn die Anlagen im Geltungsbereich von Bebauungsplänen errichtet wurden, die vor dem 1. September 2003 aufgestellt oder zuletzt geändert worden waren. Insofern bezog die Regelung auch in ihrer bisherigen Fassung schon Flächen ein, die zwar nicht durch eine tatsächliche Nutzung ökologisch belastet waren, für die aber aufgrund der geltenden bauplanungsrechtlichen Ausweisung eine solche potentiell belastende Nutzung zumindest möglich war.

- 39 Zweck der neu eingefügten Regelungen ist es, zusätzlich zu den bereits vor dem 1. September 2003 bauplanungsrechtlich erfassten Flächen diejenigen Flächen für Fotovoltaikanlagen nutzbar zu machen, für die bereits vor dem 1. Januar 2010 eine bauplanerische Entscheidung für eine gewerbliche oder industrielle Nutzung zwar getroffen, aber nicht umgesetzt wurde.²⁵ Damit sollten insbesondere solche Flächen erfasst sein, die seit Jahren entweder brach liegen oder weiterhin für landwirtschaftliche Zwecke genutzt werden, weil die ursprünglich geplante gewerbliche oder industrielle Nutzung ganz oder teilweise nicht realisiert wurde. Vergleichbar den im Geltungsbereich bereits vor dem 1. September 2003 aufgestellter oder (zuletzt) geänderter Bebauungspläne liegenden Flächen handelt es sich dabei um Flächen, die aufgrund eines zurückliegenden Willensentschlusses der Gemeinde für eine potentiell ökologisch belastende Nutzung vorgesehen waren.
- 40 Als Stichtag wurde dabei der 1. Januar 2010 und damit ein Datum gewählt, das dem ursprünglichen Gesetzentwurf des Ersten Änderungsgesetzes unmittelbar vorausging. Dabei ist der Stichtag in diesem Zusammenhang offenbar weniger unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes als vielmehr als Kriterium für eine Begrenzung der in Frage kommenden Flächen festgelegt worden. Insbesondere sollten offenbar nur Flächen erfasst werden, die die normierten planerischen Voraussetzungen bereits *unabhängig* von der gesetzlichen Änderung erfüllten. Umgekehrt sollte damit ausgeschlossen werden, dass bis zum Inkrafttreten der Neuregelung noch *gezielt* zusätzliche Flächen beplant werden, um die Voraussetzungen für einen Vergütungsanspruch mit dem Inkrafttreten der Regelungen herzustellen.
- 41 Demnach war es Wille des Gesetzgebers, nur solche Flächen zu privilegieren, die bereits am Stichtag als Gewerbe- oder Industriegebiet bauplanungsrechtlich festgesetzt

²⁵Vgl. die Begründung in BT-Drs. 17/1147, S. 10. Nach *Schrödter/Kuras*, in: KommP spezial 2010, S. 191, 197, liegen die betreffenden Flächen oft in strukturschwachen Gemeinden.

waren, und umgekehrt solche Flächen auszuschließen, bei denen eine solche Festsetzung erst ab dem 1. Januar 2010 erfolgte. Insbesondere sollte kein Anreiz gesetzt werden, im Hinblick auf die Neuregelungen gezielt zusätzliche Flächen auszuweisen.

- 42 Dem Sinn und Zweck der Norm entspricht vor diesem Hintergrund nur eine Auslegung, nach der spätere, d. h. *ab* dem 1. Januar 2010 vorgenommene Änderungen des Bebauungsplans keine Rolle spielen. Denn auch bei einer späteren Änderung der planungsrechtlichen Festsetzungen gehören die betreffenden Flächen zu denjenigen, die aufgrund ihrer planerischen Gegebenheiten zum Stichtag nach § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 privilegiert werden sollten.
- 43 Hinzu kommt, dass diese Änderungen ggf. aus rein bauplanungsrechtlichen oder sonstigen Gründen erforderlich sein können.²⁶ Solche Erfordernisse spielen aber keine Rolle hinsichtlich der Frage, welche Flächen nach dem EEG 2009 *vergütungsrechtlich* privilegiert sein sollten. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass die Regelungen in § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 nur gelten sollen, wenn und soweit die Errichtung von Solarstromanlagen nach der planerischen Situation am Stichtag auf der betreffenden Fläche zulässig ist bzw. war. Im Gegenteil wird zwar eine bestimmte planerische Situation zum Stichtag zur Voraussetzung für den Vergütungsanspruch gemacht, jedoch kein Bezug zwischen den planerischen Festsetzungen und der Zulässigkeit der Anlagenerrichtung hergestellt. Generell nimmt § 32 EEG 2009 zwar auf planerische Aspekte Bezug, macht aber nicht die Erfüllung zulassungsrechtlicher Anforderungen bei der Realisierung der Solarstromanlage zur Voraussetzung für den Vergütungsanspruch. Dementsprechend ist die (baurechtliche) Zulässigkeit der Anlagenerrichtung von dem Netzbetreiber nicht zu prüfen.
- 44 Umgekehrt folgt aus dem Sinn und Zweck der Regelung aber auch, dass die bauplanungsrechtlichen Festsetzungen als Gewerbe- oder Industriegebiet gemäß §§ 8, 9 BauNVO – bzw. entsprechend bei vorhabenbezogenen Bebauungsplänen – *bis zum* Stichtag bestanden haben müssen. Wurden die Festsetzungen als Gewerbe- oder Industriegebiet für eine Fläche bereits vor dem Stichtag geändert, so ist diesen Flächen – unabhängig von der Gesetzesänderung zum 1. Juli 2010 – bereits von Seiten des zuständigen Planungsträgers eine *andere* Nutzung zugewiesen worden, so dass insoweit der Zweck der Regelung, anderweitig nicht nutzbare Gewerbe- oder Industriegebiete für die Erzeugung von Solarstrom im Anwendungsbereich des EEG 2009 zu

²⁶So ist etwa umstritten, ob und unter welchen Voraussetzungen großflächige Fotovoltaikinstallationen in Gewerbe- oder Industriegebieten planungsrechtlich zulässig sind, vgl. hierzu *von Oppen*, ZUR 2010, 295, 300 m.w.N.

öffnen, nicht greift. Erfolgte eine Änderung der Festsetzungen des Bebauungsplans vor dem Stichtag gerade zum Zweck der Errichtung von Solarstromanlagen, so wäre hierfür die Ausgangsregelung in § 32 Abs. 3 Satz 1 EEG 2009 anzuwenden, weil es sich um eine Änderung auch zum Zweck der Errichtung solcher Anlagen handelte.

- 45 § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 ist damit erst recht nicht anwendbar für Flächen, die zwar in der Vergangenheit vor dem 1. Januar 2010 für einen gewissen Zeitraum im Bebauungsplan als Gewerbe- oder Industriegebiet festgesetzt worden waren, der Bebauungsplan bzw. die entsprechende Festsetzung aber am 31. Dezember 2010 *nicht mehr* bestand – z. B. weil der Bebauungsplan vor diesem Tag aufgehoben wurde oder weil die Festsetzungen nach § 9 Abs. 2 BauGB auf einen bereits vor dem 1. Januar 2010 endenden Zeitraum befristet waren. In diesem Fall hat sich der Planungsträger bereits vor dem Stichtag entschieden, die Fläche gerade *keiner* Nutzung mehr zuzuweisen, die einen Bebauungsplan erfordert.²⁷ Damit läuft der Zweck der Regelung bei solchen Flächen von vornherein ins Leere.
- 46 Der Bebauungsplan muss also am 31. Dezember 2009 – *schon und noch* – wirksam gewesen sein und die Fläche als Gewerbe- oder Industriegebiet i. S. d. bzw. entsprechend §§ 8, 9 BauNVO ausgewiesen haben.

2.6 Ergebnis

- 47 Die Auslegung von § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 ergibt, dass es hinsichtlich der planerischen Voraussetzung allein auf den Status quo am genannten Stichtag ankommt. Die Fläche muss also am 31. Dezember 2009 im Geltungsbereich eines Bebauungsplans gelegen haben, der die Fläche als Gewerbe- oder Industriegebiet gemäß §§ 8, 9 BauNVO festgesetzt hat. Entsprechendes gilt bei vorhabenbezogenen Bebauungsplänen für Flächen, für die hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung Festsetzungen entsprechend §§ 8, 9 BauNVO gelten. Dabei ist nicht erforderlich, dass eine Errichtung von Solarstromanlagen auf der Fläche zu diesem Zeitpunkt zulässig gewesen wäre.
- 48 Änderungen des Bebauungsplans nach dem Stichtag sind irrelevant und stehen der Anwendung von § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 nicht entgegen.
- 49 Von einer „Festsetzung“ im Sinne der Regelungen ist auszugehen, wenn der Bebau-

²⁷Mit der Aufhebung eines Bebauungsplans wird die Fläche wieder zum unbepflanzten Außen- oder Innenbereich mit der Folge, dass sich die Zulässigkeit von Vorhaben auf der Fläche nach den §§ 34, 35 BauGB richtet.

ungsplan am Stichtag in Kraft war. Das setzt neben dem Satzungsbeschluss nach § 10 Abs. 1 BauGB insbesondere die Bekanntmachung nach § 10 Abs. 3 BauGB voraus.

3 Analoge Anwendung auf weitere Flächen

- 50 Grundsätzlich ist die Regelung in § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 *parzellenscharf* anzuwenden, d. h. die Solarstromanlagen müssen sich innerhalb derjenigen Parzellen befinden, für die die Festsetzung als Gewerbe- oder Industriegebiet am 31. Dezember 2009 galt.²⁸
- 51 In den an die Clearingstelle EEG gerichteten Anfragen zu § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 wurde die Frage gestellt, ob die Regelung – ggf. analog – darüber hinaus auf solche Verkehrsflächen oder Flächen für Ver- und Entsorgungsanlagen und -leitungen anwendbar ist, die unmittelbar an die festgesetzten Gewerbe- oder Industriegebiete angrenzen oder diese durchschneiden. Hintergrund ist der Umstand, dass die ursprünglich anderen Zwecken dienenden Festsetzungen für das Bebauungsplangebiet regelmäßig eine mehr oder weniger starke Gliederung in verschiedene kleinräumige Gebiete anstelle einer flächigen Ausweisung vorsehen, wie sie sich bei der Ausweisung von Sondergebieten für sog. Freiflächenanlagen anbieten würde. Dementsprechend ergeben die Festsetzungen i. S. d. § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 häufig keine zusammenhängende Fläche, sondern eine Summe mehr oder weniger zahlreicher „Fenster“, zwischen denen sich z. B. Verkehrsflächen oder Flächen für Ver- und Entsorgungsanlagen befinden.
- 52 Da die nicht gemäß §§ 8, 9 BauNVO (bzw. entsprechend bei vorhabenbezogenen Bebauungsplänen) als Gewerbe- oder Industriegebiete festgesetzten Flächen die gesetzlichen Voraussetzungen des § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 nicht erfüllen, kommt – sofern ein Vergütungsanspruch auf diesen Flächen nicht bereits aus anderen Tatbeständen innerhalb des § 32 EEG 2009²⁹ gegeben ist – nur eine analoge Anwendung dieser Regelung in Betracht.
- 53 Im Ergebnis sind hinsichtlich solcher Flächen, die nach dem Bebauungsplan für eine vergleichbar potentiell ökologisch belastende Nutzung vorgesehen waren und deren Funktion ausschließlich von den festgesetzten und nunmehr zum Zweck der Solar-

²⁸So auch für ehemalige Ackerflächen gemäß § 11 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2004 bereits *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 13.06.2008 – 2008/6, Leitsatz 6, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2008/6>.

²⁹Z.B. aus § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EEG 2009, weil die Flächen bereits versiegelt waren.

stromerzeugung genutzten Gewerbe- und Industriegebieten abhängig ist, die Voraussetzungen für eine Analogie gegeben, denn es liegt hinsichtlich dieser Flächen eine planwidrige Regelungslücke vor (dazu unter 3.1) und die von der Regelung erfassten sind diesen nicht erfassten Flächen in rechtlich-wertender Hinsicht vergleichbar (dazu unter 3.2).

3.1 Planwidrige Regelungslücke

- 54 Eine Analogie kommt von vornherein nur hinsichtlich derjenigen Flächenfestsetzungen im Bebauungsplan in Betracht, für die die fehlende Erfassung in § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 als planwidrig, d. h. dem der Norm zugrundeliegenden Regelungsplan widersprechend anzusehen ist.
- 55 Der Gesetzgeber hat mit § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 eine Privilegierung für bestimmte bestehende Bebauungsplangebiete vorgesehen und dabei explizit auf zwei Baugebietstypen aus dem in § 1 Abs. 2 BauNVO enthaltenen Katalog der nach der BauNVO für die Art der baulichen Nutzung zulässigen Baugebietsfestsetzungen Bezug genommen. Hinsichtlich der in Betracht kommenden Baugebiete nach BauNVO liegt damit eine eindeutige Willensbekundung des Gesetzgebers vor. Insofern kann bereits aus systematischen und, da zu anderen Baugebieten in aller Regel auch keine funktionale Verbindung zu den in §§ 8, 9 BauNVO genannten Gebieten besteht, auch aus teleologischen Gründen für alle anderen in § 1 Abs. 2 BauNVO genannten Baugebietstypen nicht unterstellt werden, dass die fehlende Einbeziehung nicht dem der Regelung des § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 zugrunde liegenden Regelungsplan entspricht. Eine analoge Anwendung der Regelungen auf vor dem 1. Januar 2010 festgesetzte Kleinsiedlungs- oder Wohngebiete, Dorf-, Misch- oder Kerngebiete scheidet danach ebenso aus wie auf Sondergebiete.
- 56 Gleiches gilt für Festsetzungen nach § 9 BauGB auf Flächen, deren Funktion in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit den von den Regelungen unmittelbar erfassten Gewerbe- und Industriegebieten steht oder die nicht in vergleichbarer Weise für eine potentiell ökologisch belastende Nutzung vorgesehen sind. Ausgeschlossen sind danach insbesondere Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 Nr. 5 (Flächen für den Gemeinbedarf sowie für Sport- und Spielanlagen), Nr. 7 und 8 (bestimmte Wohngebäude), Nr. 15 (Grünflächen), Nr. 16 bis 20 BauGB und nach Abs. 1a (naturschutzrechtliche Ausgleichsflächen) sowie für aus landesrechtlichen Vorschriften übernommene

ne Festsetzungen nach § 9 Abs. 4 BauGB, Kennzeichnungen nach § 9 Abs. 5 BauGB oder informatorisch übernommene Festsetzungen aus anderen Rechtskreisen nach § 9 Abs. 6 und 6a BauGB. Das ergibt sich bereits daraus, dass hinsichtlich solcher Flächen das mit der Regelung verfolgte Ziel der Nutzbarmachung brach liegender Gewerbe- oder Industrie- und damit solcher Flächen, für die die Gemeinde als Planungsträger bereits in der Vergangenheit eine Entscheidung für die Errichtung mehr oder weniger belästigender Gewerbebetriebe und damit für eine potentiell ökologisch belastende Nutzung getroffen hat, nicht greift (näher zu den teleologischen Erwägungen oben 2.5).

57 In Betracht kommen deshalb von vornherein nur Flächen, für die nach dem Bebauungsplan Festsetzungen bestehen, die in einem engen funktionalen Zusammenhang mit den von der Regelung unmittelbar erfassten Gewerbe- und Industriegebieten stehen und sich deshalb bei funktionaler Betrachtung des Gesamtgefüges *als Bestandteil derselben* darstellen und die für eine vergleichbar potentiell ökologisch belastende Nutzung vorgesehen waren. Das können insbesondere Festsetzungen gemäß den nachfolgend aufgezählten Vorschriften sein,³⁰ und das auch nur, soweit sie jeweils ausschließlich der Erschließung bzw. Versorgung des im Bebauungsplan festgesetzten und nunmehr zu Zwecken der Solarstromerzeugung genutzten Gewerbe- oder Industriegebiets dienen:

- § 9 Abs. 1 Nr. 4 BauGB (Flächen für Nebenanlagen, die auf Grund anderer Vorschriften für die Nutzung von Grundstücken erforderlich sind, wie Spiel-, Freizeit- und Erholungsflächen sowie Flächen für Stellplätze und Garagen mit ihren Einfahrten),
- § 9 Abs. 1 Nr. 9 BauGB (Flächen mit besonderem Nutzungszweck),
- § 9 Abs. 1 Nr. 10 BauGB (von Bebauung freizuhaltende Flächen und ihre Nutzung),
- § 9 Abs. 1 Nr. 11 BauGB (Verkehrsflächen),
- § 9 Abs. 1 Nr. 12 BauGB (Versorgungsflächen),

³⁰Soweit die Festsetzungen nicht ohnehin bereits Gewerbe- oder Industriegebiete betreffen; denn einige die Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 BauGB können nicht nur andere Baugrundstücke, sondern auch festgesetzte Baugebiete i. S. d. § 1 BauNVO betreffen, vgl. hinsichtlich § 9 Abs. 1 Nr. 4 *Löhr*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB Kommentar*, 11. Aufl. 2009, § 9 Rn. 24 f.

- § 9 Abs. 1 Nr. 14 BauGB (Flächen für Abfall- und Abwasserbeseitigung und Ablagerungen),
- § 9 Abs. 1 Nr. 26 BauGB (Flächen für Aufschüttungen, Abgrabungen und Stützmauern, soweit zur Herstellung des Straßenkörpers erforderlich).

58 Zu berücksichtigen ist, dass gemäß § 14 Abs. 1 BauNVO außer den in den §§ 2 bis 13 BauNVO genannten Anlagen auch „untergeordnete Nebenanlagen und Einrichtungen zulässig (sind), die dem Nutzungszweck der in dem Baugebiet gelegenen Grundstücke oder des Baugebiets selbst dienen und die seiner Eigenart nicht widersprechen.“ § 14 Abs. 2 Satz 1 BauNVO bestimmt, dass „die der Versorgung der Baugebiete mit Elektrizität, Gas, Wärme und Wasser sowie zur Ableitung von Abwasser dienenden Nebenanlagen . . . in den Baugebieten als Ausnahme zugelassen werden (können), auch soweit für sie im Bebauungsplan keine besonderen Flächen festgesetzt sind.“

59 Hieraus ergibt sich, dass das Bauplanungsrecht bei bestimmten Anlagen von einer starken Akzessorietät zu den festgesetzten Baugebieten ausgeht und deshalb erleichterte bauplanungsrechtliche Anforderungen vorsieht.

60 Es liegt nahe, diese Wertung auf § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 zu übertragen und die fehlende Erstreckung dieser Regelung auf solche Flächen, die zwar formal nicht Bestandteil der festgesetzten Gewerbe- und Industriegebiete sind, aber in vergleichbarer Weise wie die in § 14 Abs. 1 und 2 BauNVO genannten Nutzungszwecke in ihrer Funktion akzessorisch *ausschließlich* zu den festgesetzten Gebieten i. S. d. §§ 8, 9 BauNVO sind, so dass sie sich bei funktionaler Betrachtung des Gesamtgefüges der Flächen letztlich als Bestandteil dieser Gebiete darstellen, als planwidrig zu qualifizieren.

61 Denn die strikte Anwendung der Regelung führte dazu, dass die Stromerzeugung auf Flächen, für die die Zwecksetzung der Regelung in gleicher Weise wie für die unmittelbar geregelten Flächen greift, nicht vergütungsfähig ist, sofern nicht einer der anderen Tatbestände innerhalb des § 32 EEG 2009 erfüllt ist. Letzteres wird aber nur im Ausnahmefall in Betracht kommen, etwa wenn sich auf diesen Flächen bereits Straßen oder andere bauliche Anlagen befinden. In der Konsequenz könnte sich ergeben, dass die unmittelbar nach § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 nutzbaren Flächen aufgrund ihrer „Zerschneidung“ durch die nicht nutzbaren funktional akzessorischen Flächen die Gestalt eines „Flickenteppichs“ annehmen, so dass das Ziel des Gesetzgebers, Flächen, deren vorgesehene gewerbliche oder industrielle Nutzung

sich nicht verwirklicht hat, mit der Solarstromerzeugung einem anderen Nutzungszweck zuzuführen, verfehlt würde, weil Bestandteile der ungenutzten Flächen mangels Vergütungsfähigkeit auch weiterhin ungenutzt blieben oder auch die gesamte Fläche letztlich nicht zur Errichtung von Solarstromanlagen genutzt würde. Gleichzeitig wäre jede andere Nutzung der funktional akzessorischen Flächen aufgrund der Nutzung des jeweiligen Gewerbe- oder Industriegebietes zur Solarstromerzeugung weitgehend unmöglich. Diese Rechtsfolgen kollidieren mit dem Zweck der Regelungen (siehe dazu oben 2.5).

- 62 Im Ergebnis ist deshalb davon auszugehen, dass hinsichtlich dieser funktional akzessorischen Flächen eine planwidrige Regelungslücke in § 32 Abs. 3 EEG 2009 vorliegt.

3.2 Vergleichbarkeit der Sachverhalte

- 63 Flächen, deren ausschließlicher Zweck die Erschließung oder Versorgung eines von § 32 Abs. 3 Satz 2 oder 3 EEG 2009 erfassten Gewerbe- oder Industriegebiets war und die sich dergestalt bei funktionaler Betrachtung als Bestandteil des jeweiligen Gewerbe- oder Industriegebietes i. S. d. §§ 8, 9 BauNVO darstellen, sind hinsichtlich des Regelungszwecks des § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 den unmittelbar geregelten Baugebieten rechtlich-wertend vergleichbar.
- 64 Denn auch diese funktional akzessorischen Flächen können – mangels Realisierung einer Bebauung in den festgesetzten Gewerbe- oder Industriegebieten – ihrer ursprünglich vorgesehenen Nutzung nicht mehr sinnvoll zugeführt werden. Anders als die nicht funktional akzessorischen Flächen innerhalb desselben Bebauungsplans, die ggf. auch bei Nutzung des Gewerbe- bzw. Industriegebietes zum Zwecke der Solarstromerzeugung noch sinnvoll nutzbar sind, ist ihre festgesetzte Funktion aufgrund ihrer untrennbaren Verknüpfung mit dem Gewerbe- oder Industriegebiet gegenstands- und damit sinnlos geworden. Eine Realisierung der festgesetzten Nutzung ist damit nicht mehr möglich.
- 65 Insofern teilen die funktional akzessorischen Flächen letztlich das „Schicksal“ der festgesetzten Gewerbe- und Industriegebiete. Denn in gleicher Weise wie bei diesen ist eine Nutzung zu den ursprünglich festgesetzten Zwecken nicht mehr realisierbar.
- 66 Die mit der Regelung verfolgte Zielsetzung, eine Nutzung von Flächen zur Solarstromerzeugung anzureizen, für die die Gemeinde als Planungsträger in der Vergangenheit die Entscheidung getroffen hat, dass dort mehr oder weniger störende Gewerbebetriebe errichtet und damit potentiell ökologisch belastende Nutzungen

vorgenommen werden, und die Umsetzung dieser Entscheidung unterblieben ist, greift für die funktional akzessorischen Flächen in gleicher Weise.

- 67 Könnten diese Flächen nicht analog § 32 Abs. 3 Satz 2, 3 EEG 2009 in gleicher Weise wie die Gewerbe- und Industriegebiete genutzt werden, zu denen sie bei funktionaler Betrachtung ausschließlich gehören, kann dies zur Folge haben, dass die unmittelbar nach § 32 Abs. 3 Satz 2, 3 EEG 2009 nutzbaren Flächen aufgrund ihrer Zerschneidung oder Begrenzung durch die funktional akzessorischen Flächen nicht oder nur eingeschränkt nutzbar sind. Das wiederum liefe der Intention des Gesetzgebers, die festgesetzten und nicht genutzten Gewerbe- und Industriegebiete einer sinnvollen Nutzung zuzuführen, zuwider. Denn es kann unterstellt werden, dass auch eine möglichst optimale Nutzung der gesamten Fläche, die aufgrund der fehlenden Realisierung der festgesetzten Nutzungen als Gewerbe- bzw. Industriegebiet brachliegt, intendiertes Ziel der Regelungen ist. Eine solche kann aber nur dann gewährleistet werden, wenn bei der Ausrichtung und Aufstellung der Module nicht solche – kleinräumigen und damit untergeordneten – Flächen freigelassen werden müssen, die die nutzbaren Flächen durchschneiden oder anderweitig begrenzen.

3.3 Ergebnis

- 68 Über die – parzellenscharf abzugrenzenden – Flächen innerhalb der im Bebauungsplan festgesetzten Gewerbe- und Industriegebiete hinaus ist § 32 Abs. 3 Satz 2, 3 EEG 2009 analog anwendbar auf Flächen, die die festgesetzten Gewerbe- oder Industriegebiete durchschneiden oder an diese angrenzen, wenn die – potentiell ökologisch belastende – Funktion dieser Flächen nach den am 31. Dezember 2009 geltenden Festsetzungen des Bebauungsplans akzessorisch ausschließlich zu den nunmehr für Zwecke der Solarstromerzeugung genutzten Gewerbe- und Industriegebieten war und diese Funktion nunmehr aufgrund der Solarstromnutzung objektiv sinn- und zwecklos wird.

Ende des Entwurfs