

Stellungnahme

Stellungnahme des Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. gegenüber der Clearingstelle EEG zu folgender Frage (Verfahren 2011/4):

Wann greift die Regelung in § 32 Abs. 3 Satz 2 bzw. Satz 3 EEG 2009?

Berlin, 12. Mai 2011

Fragestellung:

Wann greift die Regelung in § 32 Abs. 3 Satz 2 bzw. Satz 3 EEG 2009?

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 dem 1. Januar 2010 als Gewerbe- oder Industriegebiet im Sinne des § 8 oder § 9 BauNVO festgesetzt war bzw. für die vor diesem Zeitpunkt in einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan nach § 12 BauGB 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?

Stellungnahme:

Der BDEW begrüßt die Darstellungen der Clearingstelle EEG unter Nr. 1 und 2 der Entscheidung im engeren Sinne und Rdn. 1 bis 49 sowie 54 bis 56 der Entscheidung im weiteren Sinne.

Die Ausführungen in Nr. 3 der Entscheidung im engeren Sinne und Rdn. 50 bis 53 sowie 57 bis 68 der Entscheidung im weiteren Sinne begegnen dagegen nach Auffassung des BDEW Bedenken.

§ 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 (bzw. 2010)¹ sind als Ausnahmeregelungen zu § 32 Abs. 3 Satz 1 EEG 2009 grundsätzlich einschränkend auszulegen, um ihren Charakter als Ausnahmeregelung nicht zu verletzen². Dies ist das Wesen jeglicher Ausnahmeregelung. Hiermit sind sie grundsätzlich auch nicht analogiefähig.

Der Grundgedanke von § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 ist zwar (anders als bei § 32 Abs. 2 Satz 1 EEG 2009), dass auch Flächen zur Verfügung stehen sollen, die nicht durch vorherige Nutzung ökologisch beeinträchtigt worden sind. Insoweit reicht die *Ausweisung* als Gewerbe- oder Industriegebiet aus. Dies würde daher rechtfertigen, dass Flächen, die nicht bereits wegen Versiegelung, Aufhebung der bisherigen verkehrlichen Nutzung³ oder als Randfläche entsprechender Verkehrswege unter andere Tatbestände des § 32 Abs. 3 Satz 1

¹ Die in der Folge zitierten Bestimmungen des EEG 2009 bezeichnen solche, die aufgrund des „Ersten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes“ vom 11. August 2010 (BGBl. I S. 1170) geändert, neu gefasst oder geschaffen worden sind.

² RGZ 153, S. 23; BGHZ 2, S. 237, 244; BGHZ 11, S. 135, 143; BGH, NJW 1989, S. 460.

³ Z.B. als faktisch genutzte Durchgangsstraße durch ein nicht genutztes aber als solches ausgewiesenes Gewerbe- oder Industriegebiet.

EEG 2009 fallen, aber zwischen ausgewiesenen Gewerbe- oder Industriegebieten liegen, auch die Privilegierung nach § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 in Anspruch nehmen dürften. Diese Flächen wären ohnehin, selbst wenn deren Bebauung faktisch unterblieben ist, gemäß dem zugrundeliegenden Bebauungsplan z.B. mit Verkehrseinrichtungen oder Ver- und Entsorgungseinrichtungen bebaut worden und damit ökologisch beeinträchtigt worden. Sie wären somit hinsichtlich der bauplanungsrechtlich vorgesehenen Nutzung vergleichbar für eine Beeinträchtigung vorgesehen, wie die in § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 genannten Gewerbe- oder Industriegebiete.

Allerdings ist nach Auffassung des BDEW die Planwidrigkeit einer möglichen Regelungslücke fraglich. Zum einen steht der Planwidrigkeit der Charakter der Ausnahmeregelungen von § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 entgegen. Zum anderen ist zu unterstellen, dass dem Gesetzgeber bekannt gewesen ist, dass bei bauplanungsrechtlich vorgesehenen aber nicht realisierten Gewerbe- oder Industriegebieten zumindest gleichzeitig Flächen z.B. für Verkehrseinrichtungen oder Ver- und Entsorgungseinrichtungen ausgewiesen werden mussten, die nicht unter §§ 8 und 9 BauNVO fallen. Dies verdeutlicht die klare Abstimmung des Gesetzgebers auf bestimmte Flächencharakteristika nach §§ 8 oder 9 BauNVO. Hätte er im Gesetzeswortlaut auf „Gewerbe- oder Industriegebiete“ ohne Konkretisierung dieser Begriffe durch Verweis auf §§ 8 oder 9 BauNVO abgestellt, hätte eine Analogie mangels hinreichender Begriffsschärfe nahegelegen.

Dementsprechend begrüßt der BDEW die bereits von der Clearingstelle EEG in Rdn. 55 und 56 des Hinweistwurfes aufgezeigten Grenzen der Analogie.

Soweit § 14 Abs. 1 und 2 BauNVO bereits u.a. für Gebiete nach §§ 8 und 9 BauNVO eine Errichtung von Erschließungs- sowie Ver- und Entsorgungseinrichtungen als Ausnahmen zulässt, selbst wenn diese Errichtung nicht ausdrücklich im Bebauungsplan vorgesehen worden ist, könnten entsprechende Einrichtungen bereits über die Auslegung der Begriffe „Gewerbe- oder Industriegebiet im Sinne des § 8 oder des § 9 der Baunutzungsverordnung (...)“ in § 32 Abs. 3 Satz 2 EEG 2009 bzw. „zulässige bauliche Nutzungen entsprechend § 8 oder § 9 der Baunutzungsverordnung“ in § 32 Abs. 3 Satz 3 EEG 2009“ subsumiert werden. Allerdings ist auch hier wieder der Ausnahmecharakter einer entsprechenden Erstreckung der Einrichtungen auf Erschließungs- sowie Ver- und Entsorgungseinrichtungen zu betonen, den § 14 Abs. 1 BauNVO aufstellt. Diese Ausnahmen können – weil im Bebauungsplan nicht ausdrücklich vorgesehen – dann nur durch entsprechende Baugenehmigung, d.h. für den Einzelfall, zugelassen werden. Wenn diese Flächen nun im Rahmen von § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 generell – bei entsprechender funktionaler Akzessorietät zu den Flächen nach §§ 8 oder 9 BauNVO - als Errichtungsflächen für Solarstromanlagen zugelassen werden, wird wiederum dieser Ausnahmecharakter vernachlässigt.

Auch die eingeschränkte Nutzbarkeit einer entsprechend „zerschnittenen“ bauplanungsrechtlich vorgesehenen Gewerbe- oder Industriefläche ist nach Auffassung des BDEW eine Frage des Einzelfalls. Zumindest Industrieflächen sind von vornherein für größere zusammenhängende Areale konzipiert worden. Darüber hinaus ist die Zerschneidung der Flächen durch z.B. für Erschließungs- sowie Ver- und Entsorgungseinrichtungen vorgesehene Flächen hinsichtlich der bauplanungsrechtlich vorgesehenen gesamten Gewerbe- oder Industriefläche

allenfalls von untergeordneter Bedeutung. Dies verdeutlicht bereits die Verwendung der Begriffe „untergeordnete Nebenanlagen und Einrichtungen“ in § 14 Abs. 1 Satz 1 BauNVO. Daher vermag eine entsprechende Zerschneidung nach Ansicht des BDEW das Gesamtziel der regenerativen Stromerzeugung auf diesen Flächen nicht gravierend zu beeinträchtigen.

Dementsprechend sieht der BDEW keine Möglichkeit für eine Analogiefähigkeit der unter Nr. 3 der Empfehlung im engeren Sinne im Hinweistwurf genannten Flächen.

Jedenfalls besteht keinerlei Bedarf für eine analoge Anwendung und damit Ausweitung der zugelassenen Flächen für Solarstomanlagen am Rande der zugelassenen Flächen, soweit nicht unmittelbar gegenüberliegende Grundstücke der bauplanungsrechtlichen Festsetzung nach §§ 8 oder 9 BauNVO bzw. dem § 32 Abs. 3 Satz 2 oder 3 EEG 2009 unterfallen. Eine Wiese, die ein nicht realisiertes Industriegelände begrenzt und die für eine nicht realisierte vierspurige Zufahrtstraße vorgesehen war, auf deren anderer Seite ein nicht nach § 32 Abs. 3 Satz 2 oder 3 EEG 2009 privilegiertes Gelände liegt, bedarf nicht des „Schutzes“ durch eine Ausweitung der privilegierten Fläche im Wege der Analogie, soweit sie nicht sowieso Bestandteil der Festsetzung „Industrie- oder Gewerbegebiet“ ist.

Ansprechpartner:

Christoph Weißenborn

Telefon: +49 30 300199-1514

christoph.weissenborn@bdeu.de