

Stellungnahme des BSW-Solar

I. Fragestellung

Die Clearingstelle EEG hat am 14.4.2011 die Einleitung eines Hinweisverfahrens (AZ 2011/4) zu folgender Frage beschlossen:

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

- 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?**

II. Stellungnahme

Der BSW-Solar begrüßt und unterstützt den Hinweisentwurf vom 14.4.2011. Ergänzend dazu seien aber folgende Ausführungen nachfolgend dargestellt.

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 ?

Der BSW-Solar geht davon aus, dass diese Regelung auch im oben dargestellten Fall sowie in vergleichbaren Varianten zur Geltung kommt.

Es sind auf Grundlage eines B-Plans, der vor dem 01.01.2010 als Satzung beschlossen wurde, zwei Fälle von Gewerbegebieten zu unterscheiden:

1. Bestehende Gewerbegebiete, die bereits tatsächlich als Gewerbegebiet genutzt wurden, z.B. bereits realisierte Erschließungssysteme, Gebäude, Fundamente, was ggf. zu einer Überlagerung der Vergütungstatbestände führt, aber unschädlich hierfür sein dürfte.

2. Flächen, die im B-Plan als GE/GI ausgewiesen wurden, auf denen aber noch keine Bautätigkeit stattgefunden hat.

Ausschlaggebend bei beiden Fallkonstellationen ist, dass die Fläche, die überplant wurde, bereits der natürlichen Nutzung entzogen sein sollte.

Ziel des Gesetzgebers ist grundsätzlich die vorrangige Förderung von Gebäudeanlagen. Die Förderung von Freiflächenanlagen soll nach § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 bis 4 EEG (n.F.) auf solche Flächen beschränkt werden, die bereits erheblich vorbelastet sind, oder bei Folgenutzungen auf bestimmte andere Nutzungen (Konversionen). Die neue Regelung entwickelt § 32 Abs.3 Nr. 1 bis 3 EEG in der bis zum 30.06.2010 geltenden Fassung fort. Um der weiteren Nutzung von ehemals landwirtschaftlich genutzten Ackerflächen als Flächen für PV-Freiflächenanlagen entgegenzuwirken, wurde die Regelung in § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG (a.F.) mit Gesetz vom 11.08.2010 (rückwirkend zum 30.06.2010) aufgehoben. Die anderen Regelungen wurden teilweise fortentwickelt (Konversionsflächen). Außerdem ist eine Regelung für Freiflächenanlagen entlang von Autobahnen und Schienenwegen eingeführt worden. Letztlich wurde die Regelung in § 32 Abs. 3 Satz 2 EEG (n.F.) im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens eingefügt und soll offenbar dazu dienen, wenigstens auf diesen Flächen noch PV-

Freiflächenanlagen unabhängig von den Restriktionen aus § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 bis 3 EEG (n.F.) zu ermöglichen.

Der Gesetzgeber führt in der Gesetzesbegründung zu § 32 Abs. 3 Satz 2 EEG (n.F.) aus:

„Zudem können nach § 32 Absatz 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.“ (BT-Drs. 17/1147)

Voraussetzung für die Vergütung nach § 32 Abs. 3 Satz 2 EEG (n.F.) ist zunächst, dass sich die PV-Anlage auf einer Fläche befindet, die bereits vor dem 01.01.2010 als Gewerbe- oder Industriegebiet im Sinne des § 8 oder des § 9 BauNVO festgesetzt war. Maßgebliches Kriterium für die Unanwendbarkeit des § 32 Abs. 3 Satz 1 EEG 2009, der weitere einengende Voraussetzungen für die Vergütung von Freiflächenanlagen im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes enthält, ist, dass die Fläche vor dem 01. Januar 2010 als Industrie- oder Gewerbegebiet festgesetzt war, nicht aber das die Festsetzungen im Bebauungsplan auch künftig Geltung entfalten.

Durch die Beschränkung auf bestehende Gewerbegebietsausweisungen vor dem 01.01.2010 ist ein Missbrauch durch neue Gewerbegebietsausweisungen als Vergütungstatbestand hinreichend ausgeschlossen. Eine Änderung des Gewerbegebietes in ein Sondergebiet ändert nichts an dem bereits legitimierten Eingriff in Natur und Landschaft. Würde man die Festsetzung als Gewerbegebiet beibehalten wollen, würde das der Ausnutzbarkeit der Fläche und dem Wortlaut zuwider laufen. Es müsste dann „auf einer Fläche, die als Gewerbegebiet festgesetzt ist“ lauten.

Aus o.g. Gründen muss es im Rahmen der Projektentwicklung möglich sein, aus dem Gewerbegebiet ein Sondergebiet zu entwickeln. Dies wird auch von einzelnen Kommunen gefordert, da sich die Städtebauliche Zielsetzung u.U. ändert. Abs. 3 S. 2 u. 3 sind als Erweiterung der Frist in S. 1 mit der Beschränkung auf Gewerbe- und Industriegebiete einzustufen. Für Flächenausweisungen vor dem 01.09.2003 ist eine Änderung der Flächennutzung in ein SO-Gebiet nicht vergütungsschädlich, da es sich auf alle Flächenkategorien bezieht, die zumindest auch zum Zweck der Errichtung von Photovoltaikanlagen aufgestellt sind. Versteht man Abs. 3 S. 2 u. 3 als Eingrenzung der Flächenkategorien und gleichzeitig als Erweiterung der Frist für die Flächenkategorie GE/GI, dann darf eine Änderung des B-Plans nach dem 01.01.2010 nicht vergütungsschädlich sein.

Nachträgliche Änderungen der Festsetzungen des Bebauungsplanes nach dem 01. Januar 2010 - durch eine Änderung des Bebauungsplanes mit dem Ziel der Neuausweisung als PV-Sondergebiet oder Entwidmung des Gebietes - haben auch

dann keine Auswirkungen auf die EEG-Vergütung nach § 32 EEG, wenn zu diesem Zeitpunkt die PV-Anlage bereits in Betrieb genommen ist und die Fläche zumindest bis zum 01. Januar 2010 ununterbrochen als Gewerbe- oder Industriegebiet ausgewiesen war. Schließlich liegt die Bauleitplanung nicht in der Hand des EEG-Anlagenbetreibers, sondern ist Sache der Gemeinde. Wenn die Gemeinde zur Errichtung der PV-Anlage die Bauleitplanung ändert, dürfte das keinesfalls zum Nachteil des EEG-Anlagenbetreibers ausgehen, der im Vertrauen auf die Regelungen des EEG und unter Einhaltung der Bestimmungen des öffentlichen Baurechts investiert hat und auf den Anspruch der Einspeisevergütung angewiesen ist.

Wird eine Industrie- oder Gewerbegebietsfläche durch Erlass eines Bebauungsplans nach dem 01. Januar 2010 in direkter Nachfolge zur Industrie- bzw. Gewerbegebietsausweisung als Sondergebiet für Photovoltaik ausgewiesen, findet nach hiesiger Überzeugung auch wiederum § 32 Abs. 3 Satz 2 EEG (n.F.) Anwendung, da es dann auf die vorherige bauleitplanerische Ausweisung der Fläche als Gewerbe- und Industriegebiet mit entsprechender bauplanungsrechtlicher Festsetzung ankommt. Eine letztlich konkretisierende Änderung eines solchen Bebauungsplanes mit den Festsetzungen Industriegebiet oder Gewerbegebiet dahingehend, dass eine Neuausweisung als Sondergebiet Photovoltaik erfolgt, dürfte im Hinblick auf den Vergütungsanspruch unschädlich sein. Die gesamte Problematik ist auch im Kontext mit § 15 BauNVO zu sehen.

Eine PV-Anlage als sonstiger Gewerbebetrieb ist grundsätzlich im GE/GI zulässig. Hiernach darf durch die Ansiedlung bestimmter Betriebe nicht der Gebietscharakter zerstört werden. Viele Behörden gehen daher heute davon aus, dass aus baurechtlicher Sicht durch die Ansiedlung einer PV-Anlage auf einem kompletten Gewerbe- oder Industriegebiet der Gebietscharakter dieses Gebiets zerstört würde und wollen von daher die bestehenden Gebiete in Sondergebiete umwandeln oder eine maximale Bebauung mit 50 Prozent zulassen, bevor sie möglicherweise ihre Alt-Bebauungspläne riskieren.

Würde man nun die starre Auffassung vertreten, ein bestehendes Gewerbe- oder Industriegebiet - das nicht genutzt wird, nun aber einer sinnvollen Nutzung zugeführt werden könnte - darf für eine vergütungsfähige Nutzung durch PV-Anlagen nicht verändert werden, dann würde dies sicherlich der Intention des Gesetzgebers zuwiderlaufen, diese Flächen nutzbar zu machen.

Dasselbe dürfte auch für eine beantragte und gewährte Befreiung von den Festsetzungen eines bestehenden Bebauungsplanes mit der Ausweisung als Gewerbe- und Industriegebiet gelten, da auch eine solche Befreiung, die nur unter den Voraussetzungen des § 31 BauGB erteilt werden kann, nichts daran ändert, dass die Fläche als GI oder GE ausgewiesen war (und ist).

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?

Der BSW-Solar schließt sich bei dieser Frage den Ausführungen im Hinweistwurf an.

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?

Eine Festsetzung liegt vor, wenn ein Satzungsbeschluss für einen Bebauungsplan gefasst wurde. Hier sollte man die Analogie zu § 32 Abs. 3 Satz 1 aufgreifen, wonach ein Satzungsbeschluss bis zum 27.03.2010 genügt.

Somit sind alle B-Pläne, die bis zum 01.01.2010 einen Satzungsbeschluss als Gewerbe- oder Industriegebiet hatten, als vergütungsfähige Flächen in die Betrachtung mit einzubeziehen.

Nach der hier vertretenen Auffassung sind von solchen Festsetzungen auch Verkehrsflächen des Gebiets, etc. mit umfasst. Dies kann man in Anlehnung an die Rechtsprechung zur Überbaubarkeit von Konversionsflächen folgendermaßen herleiten:

Eine entsprechende Entscheidung wurde hierbei für ehemalige Militärflugplätze getroffen. In diesem Kontext seien nicht nur die unmittelbaren militärisch genutzten, versiegelten Start- und Landebahnflächen, sondern auch die dazugehörigen Rasenflächen beiderseits der Landebahn von der militärischen Nutzung umfasst und würden daher gleichermaßen die Vergütungspflicht auslösen (LG Bad Kreuznach, Urteil vom 02.09.2003, Az.: 3 O 27 1/09, zitiert nach Clearingstelle EEG, Empfehlung vom 01.07.2010, 2010/2, 5. 11 RdNrn. 8; AG Bad Sobernheim, Urteil vom 3 1.08.2009, Az.: 61C245/09, zitiert nach Clearingstelle a.a.O., 5. 11 RdNrn. 9). Eine militärische Nutzung setzte notwendigerweise bestimmte Infrastrukturen in der näheren Umgebung voraus, die somit auch in die militärische Nutzung miteinbezogen sein würden (so AG Bad Sobernheim, a.a.O.).

Für eine Einbeziehung in die Vergütungspflicht auch in diesem Fall spricht also, dass auch in Gewerbe- und Industriegebieten notwendigerweise Infrastrukturflächen vorgesehen werden müssen und dass bei diesen Straßenflächen innerhalb eines Gewerbe- oder Industriegebiets sogar eine

naturschutzfachlich ungewollte Nutzung, nämlich eine Versiegelung, durch die Solaranlagenutzung verhindert werden würde (ähnlich dem Zweck von § 32 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2010).

Legt man zudem die Intention des Gesetzgebers zu Grunde, ist der „Geltungsbereich“ bzw. die „Fläche“ einschließlich der Infrastruktur maßgebend (vgl. Abs. 2 und Abs. 3. S.1). Die Bezeichnung Gewerbegebiet soll lediglich diese Flächennutzung von den übrigen nach Abs. 3 S. 1 gemeinten Flächennutzungen differenzieren, die vor dem 01.09.2003 als Gebiete auch zum Zwecke der Photovoltaiknutzung festgesetzt wurden.

4. Auf welche Flächen ist § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 EEG 2009 ggf. analog anwendbar?

Der BSW-Solar vertritt die Ansicht, dass erwogen werden sollte, eine Analogie für Flächen zuzulassen, die ebenfalls vor dem 01.01.2010 bauleitplanerisch zum Zwecke einer Bebauung/Versiegelung festgesetzt und somit einer natürlichen Nutzung entzogen waren, die jedoch bisher einer solchen Nutzung noch nicht zugeführt werden konnten und wo eine Nutzung mit PV-Anlagen eine sinnvolle Gestaltung eines Brachlandes darstellt. Dies können beispielsweise folgende Flächen sein:

- festgesetzte Gebiete, die einen überwiegend gewerblichen oder infrastrukturellen Charakter aufweisen (GRZ >0,7)
- ehemalige geplante Heiz- bzw. Kraftwerksstandorte
- Messegelände
- Sondergebiete für Teststrecken, die nicht gebaut wurden
- Sondergebiete für Rohstoffabbau und Deponien, die nicht nach Fachgesetzen durch Planfeststellung genehmigt werden
- usw.

Kontakt:

BSW - Bundesverband Solarwirtschaft e.V.

Rainer Brohm

Stralauer Platz 34

10243 Berlin

Tel. 030 / 2977788 - 34