

Stellungnahme

Stellungnahme des Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. gegenüber der Clearingstelle EEG zu folgender Frage (Verfahren 2010/2):

Solarstromanlagen auf Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung im Sinne des § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 bzw. § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004:

Unter welchen flächenbezogenen Voraussetzungen ist für Strom aus diesen Solarstromanlagen, die sich auf zur Errichtung der Anlagen im Bebauungsplan ausgewiesenen Flächen befinden, die EEG-Vergütung zu zahlen?

Berlin, 12. April 2010

Fragestellung:

„Solarstromanlagen auf Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung im Sinne des § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 bzw. § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004:

Unter welchen flächenbezogenen Voraussetzungen ist für Strom aus diesen Solarstromanlagen, die sich auf zur Errichtung der Anlagen im Bebauungsplan ausgewiesenen Flächen befinden, die EEG-Vergütung zu zahlen?“

Stellungnahme:

1. Gesetzeswortlaut

Gemäß § 32 Abs. 3 EEG 2009 besteht die Vergütungspflicht des Netzbetreibers für Strom aus einer Anlage nach Absatz 2, die im Geltungsbereich eines Bebauungsplans errichtet wurde, der zumindest auch zu diesem Zweck nach dem 1. September 2003 aufgestellt oder geändert worden ist, nur, wenn sie sich

1. auf Flächen befindet, die zum Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans bereits versiegelt waren,
2. auf Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung befindet oder
3. auf Grünflächen befindet, die zur Errichtung dieser Anlage im Bebauungsplan ausgewiesen sind und zum Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans in den drei vorangegangenen Jahren als Ackerland genutzt wurden.

Gemäß § 11 Abs. 4 EEG 2004 ist der Netzbetreiber für Strom aus einer Anlage nach Absatz 3, die im Geltungsbereich eines Bebauungsplans errichtet wurde, der zumindest auch zu diesem Zweck nach dem 1. September 2003 aufgestellt oder geändert worden ist, nur zur Vergütung verpflichtet, wenn sie sich

1. auf Flächen befindet, die zum Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans bereits versiegelt waren,
2. auf Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung befindet oder
3. auf Grünflächen befindet, die zur Errichtung dieser Anlage im Bebauungsplan ausgewiesen sind und zum Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans als Ackerland genutzt wurden.

§ 11 Abs. 4 EEG 2004 gilt gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 und § 21 Abs. 1 EEG 2004 nur für Anlagen mit Inbetriebnahme zwischen dem 1. August 2004 und dem 31. Dezember 2008. Für später in Betrieb genommene Anlagen gilt nur noch § 32 Abs. 3 EEG 2009.

2. Beantwortung der Fragestellung

a) Auslegung des Gesetzeswortlauts

Der Gesetzeswortlaut in § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 und § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 ist insoweit gleichlautend, als dass sich die Solarstromanlage nach § 11 Abs. 3 EEG 2004 bzw. nach § 32 Abs. 3 EEG 2009 „auf Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung befindet“ bzw. durch die Bindung der Vergütungspflicht an diesen Umstand auf diesen Flächen befinden muss.

Die Wortlautänderung von „ist der Netzbetreiber nur zur Vergütung verpflichtet, wenn“ in § 11 Abs. 4 EEG 2004 hin zu „besteht die Vergütungspflicht des Netzbetreibers nur, wenn“ in § 32 Abs. 3 EEG 2009 ist für die Verfahrensfrage zwar nicht von Bedeutung, führt aber zur selben Rechtsfolge, dem Vergütungsausschluss.

Die betreffende Anlage muss sich nach § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 auf entsprechenden Konversionsflächen „befinden“. Dies bedeutet, dass sie auf entsprechenden Flächen ruhen bzw. angebracht sein muss. Eine Anbringung neben diesen Flächen, d.h. ein „Befinden“ der Anlage auf anderen Flächen, ist dementsprechend bereits nach dem Gesetzeswortlaut ausgeschlossen.

Wann eine „Konversionsfläche aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung“ nach § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 vorliegt, ist aus dem Gesetzeswortlaut nicht unmittelbar zu erkennen, weshalb der Begriff „Konversionsfläche“ ausgelegt werden muss. Unter Konversion wird in diesem Zusammenhang u.a. die „Umwandlung von militärischer in zivile Nutzung“¹ bzw. die „Umstellung des Produktionsprogramms eines Unternehmens auf andere Güter, v.a. von militärischen Gütern auf zivile Güter“², verstanden.

Der Begriff „Konversion“ wird hinsichtlich der stadtplanerischen Aspekte bei Wikipedia wie folgt beschrieben³:

„Der Begriff Konversion (auch Umnutzung oder Nutzungsänderung) beschreibt in der Stadtplanung die Wiedereingliederung von Brachflächen in den Wirtschafts- und Naturkreislauf oder die Nutzungsänderung von Gebäuden. Der Begriff entstand im Zuge der Umnutzung ehemaliger militärischer Anlagen (Konversionsflächen) und wurde speziell für diese verwendet. Im Laufe der Jahre fand der Begriff auch bei anderen Entwicklungsflächen Anwendung. Am Beginn des 20. Jahrhunderts bezeichnet der Begriff „Konversion“ dagegen meist die Umwandlung von Flächen für militärische Zwecke.

Hierbei kann es sich je nach Lage um eine bauliche Wiedernutzung (Inwertsetzung) oder um eine freiräumliche Folgenutzung (Revitalisierung) handeln. Im Rahmen der Innenentwicklung der Städte steht die Wiedernutzbarmachung von Flächen und soweit möglich auch von Hochbauten im Vordergrund. Es ist aber durchaus auch in dicht bebauter Umgebung die Anlage eines Stadtteilparks angemessen.“

¹ Duden, Band 5, Fremdwörterbuch, 7. Aufl., 2001, S. 542

² Brockhaus, Enzyklopädie, 19. Auflage, 1990, Band 12, S. 321

³ Beitrag abrufbar unter „[http://de.wikipedia.org/wiki/Konversion_\(Stadtplanung\)](http://de.wikipedia.org/wiki/Konversion_(Stadtplanung))“

Die Begriffe „Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung“ legen dem Wortsinne nach nahe, dass die vorherige Nutzung der betreffenden Flächen wirtschaftlicher oder militärischer Natur gewesen sein muss. Lag eine entsprechende Nutzung bei diesen Flächen gar nicht vor, z.B. mangels vorheriger wirtschaftlicher Nutzungsmöglichkeit trotz entsprechender Widmung, kann bereits dem Wortsinne nach nicht von einer Konversion bzw. einem Entstammen der Flächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung gesprochen werden.

Die Auslegung der Begriffe „Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung“ in § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 nach diesen Maßgaben gibt aber keinen Aufschluss darüber, ob von diesen Flächen z.B. auch solche Flächen umfasst sind, auf denen zwar die Auswirkungen einer vorherigen wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung nicht mehr nachwirken, die aber in konkret erforderlichem Nutzungszusammenhang oder innerhalb desselben abgegrenzten Areals wie solche Flächen liegen, auf denen die Auswirkungen noch fortwirken. Ob auch diese Flächen von den Begriffen „Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung“ umfasst sind, kann nur durch eine weitergehende Auslegung der Regelung geklärt werden.

b) Auslegung nach dem Gesetzeszweck

Die Gesetzesbegründung zu § 11 Abs. 4 EEG enthält folgende Ausführungen⁴:

„Für Strom aus Anlagen, die im Geltungsbereich von Bebauungsplänen errichtet werden, die schon vor dem 1. September 2003 in Kraft getreten waren, besteht nach Satz 1 ein Vergütungsanspruch. Demgegenüber enthält die Regelung in Satz 2 für Anlagen im Geltungsbereich von Bebauungsplänen, die nach dem 1. September 2003 aufgestellt oder geändert werden, eine Einschränkung. Hier besteht ein Vergütungsanspruch nur auf solchen Flächen, die bereits versiegelt sind, auf Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung oder auf Grünflächen, die zum Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans als Ackerland genutzt worden sind und in Grünlandflächen umgewandelt worden sind. Dabei muss die Errichtung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie nicht ausschließlicher Zweck der Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans und der Flächennutzung sein.“

Eine Versiegelung liegt bei einer Oberflächenabdichtung des Bodens vor. Hierdurch werden die in § 2 Abs. 2 Nr. 1 lit. b) und c) des Bundesbodenschutzgesetzes genannten Bodenfunktionen (Funktionen als Bestandteil des Naturhaushalts, insbesondere mit seinen Wasser- und Nährstoffkreisläufen, Abbau-, Ausgleichs- und Aufbaumedium für stoffliche Einwirkungen auf Grund der Filter-, Puffer- und Stoffumwandlungseigenschaften, insbesondere auch zum Schutz des Grundwassers) dauerhaft beeinträchtigt. Insbesondere bauliche Anlagen erfüllen das Kriterium der Versiegelung. Daher wird auch

⁴ BT-Drs. 15/2864, S. 44 f. zu § 11 Abs. 4

Strom aus Anlagen an Straßen, Stellplätzen, Deponieflächen, Aufschüttungen, Lager- und Abstellplätzen und Ähnlichem vergütet.

Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung sind solche, die ehemals für militärische oder wirtschaftliche Zwecke genutzt wurden. Dabei handelt es sich nur noch dann um eine Konversionsfläche, wenn die Auswirkungen dieser Nutzungsarten noch fortwirken. Eine lang zurückliegende Nutzung, die keine Auswirkung mehr auf den Zustand der Flächen hat, ist also nicht ausreichend. Zu Konversionsflächen können beispielsweise Abraumhalden, ehemalige Tagebaugebiete, Truppenübungsplätze und Munitionsdepots zählen. Die Vorschriften des Bundesbodenschutzgesetzes und anderer Gesetze, die Anforderungen an die Wiederherstellung der Bodenqualität stellen und dem Schutz des Grundwassers dienen, bleiben unberührt.

Vergütet wird zudem Strom aus solchen Anlagen, die auf Flächen errichtet 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.

Die Regelungen über die Berücksichtigung von Umweltbelangen im Rahmen der bei der Planaufstellung zu prüfenden Umweltbelange nach § 1a BauGB (u. a. Eingriffsregelung) bleiben unberührt.“

Die Gesetzesbegründung zu § 32 Abs. 3 EEG 2009 enthält folgende Ausführungen⁵:

„Für Strom aus Anlagen im Sinne des Absatzes 2 Nr. 1, die im Geltungsbereich von Bebauungsplänen errichtet werden, die schon vor dem 1. September 2003 in Kraft traten, besteht ein Vergütungsanspruch.

Demgegenüber enthält die Regelung für Anlagen im Geltungsbereich von Bebauungsplänen, die nach dem 1. September 2003 aufgestellt oder geändert werden, eine Einschränkung. Hier besteht ein Vergütungsanspruch nur für Strom aus Anlagen auf solchen Flächen, die bereits versiegelt sind, auf Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung oder auf Grünflächen, die zum Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans in den vorangegangenen Jahren als Ackerland genutzt und in Grünlandflächen umgewandelt worden sind. Dabei muss die Errichtung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungs-

⁵ BT-Drs. 16/8148, S. 60 f. zu § 32 Abs. 3

energie nicht ausschließlicher Zweck der Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans und der Flächennutzung sein.

Eine Versiegelung liegt bei einer Oberflächenabdichtung des Bodens vor. Hierdurch werden die in § 2 Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe b und c des Bundesbodenschutzgesetzes genannten Bodenfunktionen (Funktionen als Bestandteil des Naturhaushalts, insbesondere mit seinen Wasser- und Nährstoffkreisläufen, sowie als Abbau-, Ausgleichs- und Aufbaumedium für stoffliche Einwirkungen aufgrund der Filter-, Puffer- und Stoffumwandlungseigenschaften, insbesondere auch zum Schutz des Grundwassers) dauerhaft beeinträchtigt. Vor allem bauliche Anlagen erfüllen das Kriterium der Versiegelung. Daher wird auch Strom aus Anlagen an Straßen, Stellplätzen, Deponieflächen, Aufschüttungen, Lager- und Abstellplätzen und Ähnlichem vergütet.

Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung sind solche, die vor Errichtung der Anlage für mehrere Jahre für militärische oder wirtschaftliche Zwecke genutzt wurden. Eine landwirtschaftliche Nutzung ist keine wirtschaftliche Nutzung im Sinne dieser Regelung. Dabei handelt es sich nur noch dann um eine Konversionsfläche, wenn die Auswirkungen dieser Nutzungsarten noch fortwirken. Eine lang zurückliegende Nutzung, die keine Auswirkung mehr auf den Zustand der Flächen hat, ist also nicht ausreichend. Zu Konversionsflächen können beispielsweise Abraumhalden, ehemalige Tagebaugebiete, Truppenübungsplätze und Munitionsdepots zählen. Die Vorschriften des Bundesbodenschutzgesetzes und anderer Gesetze, die Anforderungen an die Wiederherstellung der Bodenqualität stellen und dem Schutz des Grundwassers dienen, bleiben unberührt.

Vergütet wird zudem Strom aus solchen Anlagen, die auf Flächen errichtet 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.

Die Regelungen über die Berücksichtigung von Umweltbelangen im Rahmen der bei der Planaufstellung zu prüfenden Umweltbelange nach § 1a BauGB (u. a. Eingriffsregelung nach dem Bundesnaturschutzgesetz) bleiben unberührt.“

Sinn und Zweck von § 11 Abs. 4 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 EEG 2009 ist es, Anlagen nach § 11 Abs. 3 EEG 2004 und nach § 32 Abs. 2 EEG 2009 auf Flächen zu konzentrieren, die

ohnehin bereits durch eine anderweitige vorherige Nutzung gegenüber dem ursprünglichen Natur-Zustand verändert worden sind⁶. Dies sind gemäß ausdrücklicher gesetzlicher Festlegung bereits versiegelte Flächen nach § 11 Abs. 4 Nr. 1 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2009, Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung nach § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 und Grünflächen nach § 11 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009, die zur Errichtung dieser Anlage im Bebauungsplan ausgewiesen sind und zum Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans in den drei vorangegangenen Jahren⁷ als Ackerland genutzt wurden.

aa) „Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung“ nach § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009

Bei „Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung“ nach § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 müssen die Auswirkungen der wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung auf den betreffenden Flächen gemäß den Gesetzesbegründungen zu beiden Gesetzen weiterhin fortwirken. Die Gesetzesbegründungen stellen außerdem das Erfordernis der *mehrfährigen* wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung der betreffenden Fläche auf⁸. Allerdings dürfen die Einwirkungen auf die Fläche wiederum nicht so weit zurückliegen, dass die Auswirkungen der Nutzung nicht mehr fortwirken⁹. Dementsprechend ist stets eine Einzelfallprüfung erforderlich. Gemäß den Gesetzesbegründungen *können beispielsweise* Abraumhalden, ehemalige Tagebaugelände, Truppenübungsplätze und Munitionsdepots zu den Konversionsflächen zählen.

Die Rechtsliteratur¹⁰ und Teile der Rechtsprechung¹¹ zu § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 schließen sich diesen Ausführungen in den Gesetzesbegründungen an. Gemäß der Rechtsliteratur ist eine Fläche, auf der eine wirtschaftliche Nutzung bloß beabsichtigt war, aber nicht realisiert werden konnte, mangels merklichen Auswirkungen einer vorherigen wirtschaftlichen Nutzung ohnehin keine Konversionsfläche in diesem Sinne¹². Diese Ansichten entsprechen auch dem Sinn und Zweck von § 11 Abs. 4 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 EEG 2009 insgesamt, dass eben nur solche Flächen umfasst werden sollen, die ökologisch weiterhin gegenüber dem Ursprungszustand verändert sind.

⁶ Schomerus, in: Frenz/Müggenborg, EEG, § 32 Rdn. 58; Bönning, in: Reshöft, EEG, 3. Aufl., § 32 Rdn. 33; Müller, in: Danner/Theobald, Energierecht, EEG, EL 53, § 11 Rdn. 54.

⁷ Dieser Zeitbezug wurde in § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 neu gegenüber § 11 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2004 eingefügt.

⁸ BT-Drs. 18/8148 S. 60 zu § 32 Abs. 3; BT-Drs. 15/2864, S. 44 f. zu § 11 Abs. 4

⁹ BT-Drs. 18/8148 S. 60 zu § 32 Abs. 3; BT-Drs. 15/2864, S. 44 f. zu § 11 Abs. 4

¹⁰ Fischer/Lorenzen, RdE 2004, S. 209, 211; Müller, in: Danner/Theobald, Energierecht, EEG, EL 53, § 11 Rdn. 59; Bönning, in: Reshöft, EEG, 3. Aufl., § 32 Rdn. 33; Schomerus, in: Frenz/Müggenborg, EEG, § 32 Rdn. 62; Salje, EEG, 5. Aufl., § 32 Rdn. 36; Oschmann, in: Altröck/Oschmann/Theobald, EEG, 2. Aufl., § 11 Rdn. 65.

¹¹ LG Gießen, ZNER 2008, S. 253.

¹² Oschmann, in: Altröck/Oschmann/Theobald, EEG, 2. Aufl., § 11 Rdn. 65

Das LG Gießen hat mit Urteil vom 1. April 2008¹³ festgestellt, dass Solarstrom-Anlagen nicht auf einer Konversionsfläche im Sinne von § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 (gleichlautend mit § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009) errichtet worden sind, wenn oberirdisch keine Anzeichen für eine frühere wirtschaftliche Nutzung dieser Fläche mehr erhalten sind. Die Solarstrom-Anlagen sollten hier auf einer Fläche errichtet werden, auf der früher Windenergieanlagen standen, die zurückgebaut wurden, woraufhin die Fläche in Weideland umgewandelt wurde. Lediglich die Fundamente der Windenergieanlagen befanden sich im Erdreich noch in einer Tiefe von mindestens 60 cm neben ebenfalls vorhandenen Mittel- und Niederspannungsleitungen sowie einem Kabelschacht. Das Landgericht hat die genannten Fundamente und Kabel noch nicht als Kontaminierung des Erdreiches und damit als Ausweis einer früheren wirtschaftlichen Nutzung des Geländes ausreichen lassen.

Diesem Urteil stehen Urteile des AG Bad Sobernheim vom 31. August 2009 (Az. 61 C 245/09) und vom LG Bad Kreuznach vom 2. September 2009 (Az. 3 O 271/09) gegenüber, wonach Grasflächen neben einer Start- und Landebahn eines ehemals militärisch genutzten Flugplatzes „Konversionsflächen aus militärischer Nutzung“ nach § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 sind, da sie sowohl flächenseitig als auch bauplanungsrechtlich innerhalb desselben Areals wie die Start- und Landebahn und weitere bislang zu militärischen Zwecken genutzte bauliche Anlagen und damit innerhalb der „Konversionsfläche“ gelegen sind.

bb) „Versiegelungsflächen“ im Sinne von § 11 Abs. 4 Nr. 1 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2009

„Versiegelungsflächen“ im Sinne von § 11 Abs. 4 Nr. 1 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2009 sind qua Versiegelung ohnehin gegenüber dem natürlichen Ursprungszustand ökologisch negativ verändert, so dass diesen Flächen das Kriterium der Fortwirkung der Auswirkungen der anderen Nutzungsart durch die fortwährende Versiegelung alleine innewohnt. Praktische Fälle dieser Versiegelungsflächen sind z.B. durch Bitumen oder Beton belegte Flächen, da hier ein konkreter Abschluss des Bodens nach oben hin erfolgt, der eine Wasserdurchlässigkeit verhindert. Weitere Versiegelungsflächen sind Flächen, auf denen Rasengittersteine oder breitfugiges Pflaster verlegt ist, da dadurch selbst bei Wasserdurchlässigkeit über die Wasserspeicherfunktion hinausgehende Bodenfunktionen eingeschränkt sind¹⁴.

cc) „Ackerlandflächen“ nach § 11 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009

Hinsichtlich der „Ackerland- bzw. Grünflächen“ stellt der Gesetzeswortlaut und die Gesetzesbegründung zu § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 gegenüber dem Wortlaut und der Begründung zu § 11 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2004 nunmehr gerade klar, dass „Ackerland“ im Sinne dieser Vorschrift „in den letzten drei vorangegangenen Jahren als Ackerland genutzt“ werden musste.

¹³ Az. 6 O 51/07, ZNER 2008, S. 253 f. = IR 2008, S. 138

¹⁴ Oschmann, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 2. Aufl., § 11 Rdn. 63; Müller, in: Danner/Theobald, Energierecht, EEG, EL 53, § 11 Rdn. 57.

Ein aktiver Feldbau ist nach der Gesetzesbegründung zu § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 „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.“

Gemäß den Beschlüssen der Clearingstelle EEG in den Verfahren 2008/6 und 2008/43 ist eine einjährige planmäßige Stilllegung der betreffenden Fläche für die Annahme einer aktiven Nutzung als Ackerland unschädlich, da sich diese Fläche während dieses Zeitraums hinsichtlich ihrer ökologischen Werthaltigkeit nicht wesentlich an die der Grünfläche angenähert hat. Dies gilt gemäß dem Votum der Clearingstelle EEG vom 19. Januar 2009 (Verfahren 2008/43) auch und trotz des nunmehr in § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 genannten Zeitraums einer aktiven Ackerlandnutzung von drei Jahren. Allerdings betont die Clearingstelle EEG in ihrer Empfehlung im Verfahren 2008/6 unter Nr. 4.1.3, dass sich die Solarstromanlagen vollständig auf den „Grünflächen“ im Sinne von § 11 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2004 befinden müssen, damit der Anlagenbetreiber für sämtlichen Strom aus diesen Anlagen eine Abnahme- und Vergütungspflicht gegenüber dem Netzbetreiber nach §§ 5 und 11 EEG 2004 hat. Eine nur teilweise Errichtung auf diesen Flächen führe dazu, dass nur der Strom der Vergütungspflicht des Netzbetreibers nach § 5 Abs. 1 i.V. m. § 11 Abs. 1 EEG 2004 unterliegt, der in auf den qualifizierten Flächen errichteten Fotovoltaik-Anlagen erzeugt wird.

dd) Zwischenergebnis:

Die vorstehenden Ausführungen zum Sinn und Zweck der Flächen nach § 11 Abs. 4 Nr. 1 bis 3 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 EEG 2009 verdeutlichen die Notwendigkeit, innerhalb von § 11 Abs. 4 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 EEG 2009 insgesamt vom Erfordernis des Fortwirkens der Auswirkungen einer vorherigen, ökologisch belastenden Nutzung auszugehen, um dem Sinn und Zweck der Regelung zu entsprechen. Eine Herausnahme von § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 aus diesem Erfordernis würde gegen den Sinn und Zweck der Gesamtregelung sprechen, die Anlagen auf ökologisch veränderten Flächen zu konzentrieren, und dagegen, dass die Auswirkungen aus der vorherigen wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung der Flächen gemäß den ausdrücklichen Ausführungen in den Gesetzesbegründungen zu beiden Gesetzen noch fortwirken müssen. Die Auffassung, dass auch diejenigen Flächen von § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 umfasst werden würden, die gegenüber ihrem natürlichen Zustand nicht durch eine anderweitige spätere Nutzung verändert worden sind, würde daher diesem Gesetzeszweck entgegenstehen.

Daher wären auch solche Flächen von § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 nicht als „Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung“ umfasst, die zwar an entsprechende Konversionsflächen grenzen oder als Teilflächen vom selben Bebauungsplan oder derselben Baugenehmigung erfasst werden, wie entsprechende Konversionsflächen, aber keinerlei Auswirkungen der vorherigen wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung (mehr) aufweisen. Gleiches gilt für Flächen innerhalb derselben Umzäunung wie Konversionsflächen, auf denen wiederum keine Auswirkungen der vorherigen wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung nachweisbar sind.

c) Auslegung nach der Gesetzssystematik

aa) Gesetzssystematik innerhalb des EEG 2004 bzw. 2009

§ 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 stehen in gesetzessystematischen Zusammenhang zu § 11 Abs. 4 Nr. 1 und 3 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 1 und 3 EEG 2009. Diese Regelungen haben die gleiche Rechtsfolge wie § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009, nämlich einen Vergütungsausschluss, wenn die betreffende Anlage die Voraussetzungen der Regelung nicht erfüllt (§ 11 Abs. 4 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 EEG 2009, jeweils Einleitungssatz). Darüber hinaus dienen § 11 Abs. 4 Nr. 1 bis 3 EEG 2004 sowie § 32 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 EEG 2009 jeweils dem gleichen Gesetzeszweck, nämlich der Vermeidung der Errichtung von Solarstromanlagen nach § 11 Abs. 3 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 2 EEG 2009 auf naturbelassenen Flächen, indem diese Anlagen auf Flächen konzentriert werden sollen, die bereits durch eine Versiegelung, durch vorherige militärische oder wirtschaftliche oder durch eine landwirtschaftliche Nutzung ökologisch verändert worden sind. Dementsprechend sind sämtliche Unterfälle von § 11 Abs. 4 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 EEG 2009 in gesetzessystematischer Hinsicht miteinander vergleichbar.

Eine Ungleichbehandlung dahingehend, dass bestimmte Voraussetzungen, die nach § 11 Abs. 4 Nr. 1 und 3 EEG 2004 sowie § 32 Abs. 3 Nr. 1 und 3 EEG 2009 von den betreffenden Anlagen erfüllt werden müssen, für diese Anlagen nach § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 nicht gelten, kann aus gesetzessystematischer Hinsicht nicht angenommen werden.

Im Rahmen der Binnenabgrenzung zwischen § 11 Abs. 4 Nr. 1 bis 3 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 EEG 2009 ist festzuhalten, dass eine landwirtschaftliche Nutzung aufgrund der speziellen Behandlung von Ackerlandflächen in § 11 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 keine wirtschaftliche Nutzung im Sinne von § 11 Abs. 4 Nr. 2 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 sein kann¹⁵. Gleiches gilt für bereits versiegelte Flächen, die mglw. aus einer wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung resultieren, da diese in § 11 Abs. 4 Nr. 1 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2009 behandelt werden. Schließlich kann eine Solarstromanlage an oder auf einer baulichen Anlage, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichtet worden ist, keine Solarstromanlage sein, die sich auf Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung befindet, da dieser Fall bereits nach § 11 Abs. 3 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 2 EEG 2009 nicht zu einer Anwendung von § 11 Abs. 4 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 EEG 2009 führt.

bb) Gesetzssystematik unter Heranziehung anderer Gesetze

Die Rechtsprechung¹⁶ nimmt teilweise zu „Konversionsflächen“ in baurechtlichem Zusammenhang, z.B. im Rahmen von § 164b BauGB, Stellung. Allerdings wird der Begriff „Konversionsfläche“ auch im Baugesetzbuch nicht definiert. Diese Rechtsprechung dient außerdem

¹⁵ Müller, in: Danner/Theobald, Energierecht, EEG, EL 53, § 11 Rdn. 59; Schomerus, in: Frenz/Müggenborg, EEG, § 32 Rdn. 62; Oschmann, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 2. Aufl., § 11 Rdn. 65; LG Gießen, Urteil vom 1. April 2008, Az. 6 O 51/07, IR 2008, S. 138, so auch BT-Drs. 18/8148 S. 60 zu § 32 Abs. 3 BVerwG, NVwZ 2003, S. 211 ff.; VGH Kassel, ZUR 2009, S. 5 ff.

¹⁶

nur der Bestimmung der Charakteristik des betreffenden Grundstücks zum einen in bauplanungsrechtlicher Hinsicht, um z.B. die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit einer nachfolgenden Neubebauung nach §§ 34 und 35 BauGB zu beurteilen. Zum anderen dient sie der Abgrenzung von förderfähigen zu nicht förderfähigen Flächen nach § 164b BauGB. Gegenstand dieser Rechtsprechung ist damit nicht – wie im Falle von § 11 Abs. 4 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 EEG 2009 – die Abgrenzung zwischen Flächen, auf denen Auswirkungen aus einer vorherigen landwirtschaftlichen, wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung noch fortwirken oder die bereits versiegelt sind, und solchen, bei denen diese Anforderungen nicht zutreffen. Aufgrund dieses unterschiedlichen Regelungszwecks kann diese Rechtsprechung für eine rechtssystematische Betrachtungsweise zum § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 nicht verwertet werden.

d) Auslegung nach der Gesetzeshistorie

§ 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 fußt in seinem Bestand und Wortlaut auf § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004, der wiederum § 8 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2000 (in der Fassung geltend ab dem 1. Januar 2000) als Vorgängerregelung hatte. § 8 EEG 2000 (in der Fassung, geltend bis zum 31. Dezember 2003) differenzierte noch nicht nach Solarstromanlagen an oder auf Gebäuden und sonstigen Anlagen.

Die Gesetzesmaterialien zu § 8 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2000 (in der Fassung geltend ab dem 1. Januar 2000)¹⁷ enthalten jedoch keine Ausführungen zu Konversionsflächen im Sinne von § 8 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2000 (in der Fassung geltend ab dem 1. Januar 2000), § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009, und beinhalten im Übrigen ähnliche Ausführungen insgesamt zu § 8 Abs. 4 EEG 2000 (in der Fassung geltend ab dem 1. Januar 2000), wie die Gesetzesbegründungen zu § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009. Über die vorstehenden Ausführungen unter b) und c) hinausgehende Anhaltspunkte können daher aus einer gesetzeshistorischen Betrachtung nicht gewonnen werden.

3. Fazit

Anhaltspunkte dafür, dass auch Flächen, auf denen die Auswirkungen aus einer vorherigen wirtschaftlichen oder militärischen Tätigkeit nicht oder nicht mehr nachweisbar sind, von § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 bzw. § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 umfasst werden können, sind weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus dem Sinn und Zweck und der Gesetzessystematik der Regelungen ableitbar. Vielmehr sprechen diese Auslegungsmethoden dafür, dass von den „Konversionsflächen“ im Sinne von § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 bzw. § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 nur solche Flächen umfasst sind, die tatsächlich in der Vergangenheit wirtschaftlich oder militärisch genutzt worden sind und auf denen diese Nutzung so lange und zeitlich noch nicht so weit entfernt stattgefunden hat, dass die Auswirkungen aus dieser Nutzung zum Zeitpunkt der Errichtung der Solarstromanlagen weiterhin nachweisbar fortwirken.

¹⁷ BT-Drs. 15/1974, S. 5 zu § 8 Abs. 4

Hierbei kommt es konkret auf die Aufstellflächen für die betreffenden Solarstromanlagen an, nicht auf angrenzende Flächen. Werden Solarstrommodule sowohl auf „Konversionsflächen“ im Sinne von § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 bzw. § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 aufgestellt, als auch auf angrenzenden, nicht-qualifizierten Flächen, unterliegt dementsprechend nur der Strom aus denjenigen Modulen einer Abnahme- und Vergütungspflicht nach § 11 i. V. mit § 5 EEG 2004 bzw. § 32 i. V. mit § 16 EEG 2009, die sich ausschließlich auf diesen „Konversionsflächen“ befinden. Insoweit gilt die gleiche Behandlung wie bei Solarstromanlagen auf „Grünflächen“ nach § 11 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009¹⁸.

„Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung“ nach § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 bzw. § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 können in Abgrenzung zu Flächen nach § 11 Abs. 4 Nr. 1 bis 3 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 EEG 2009 keine ehemals landwirtschaftlich genutzten Flächen sein, da diese bereits von § 11 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 erfasst werden. Gleiches gilt für bereits versiegelte Flächen, die mglw. aus einer wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung resultieren, da diese in § 11 Abs. 4 Nr. 1 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2009 behandelt werden. Schließlich kann eine Solarstromanlage, die an oder auf einer baulichen Anlage angebracht ist, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichtet worden ist, keine Solarstromanlage sein, die sich auf Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung befindet, da dieser Fall bereits nach § 11 Abs. 3 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 2 EEG 2009 nicht zu einer Anwendung von § 11 Abs. 4 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 EEG 2009 führt.

„Konversionsflächen aus wirtschaftlicher Nutzung“ können dementsprechend Abraumhalden oder ehemalige Tagebaugebiete sein. Außerdem sind auch Böden umfasst, die aus vorheriger wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung weiterhin und nachweislich kontaminiert sind. Letzteres kann bei Truppenübungsplätzen zutreffen. Die Flächen, auf denen Munitionsdepots in der Vergangenheit errichtet worden sind, können ebenfalls „Konversionsflächen aus militärischer Nutzung“ sein.

Speziell bei ehemaligen Tagebaugebieten und bei Truppenübungsplätzen muss aber im Einzelfall für die als Aufstellfläche der Solarstrommodule gewählten Flächen geprüft werden, ob diese tatsächlich noch Auswirkungen aus der vorherigen wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung aufweisen oder nicht. Bei ehemaligen Tagebaugebieten kann dies zweifelhaft sein, wenn sie wieder verfüllt und renaturiert worden sind. Dies steht nicht im Widerspruch zu den Ausführungen in den Gesetzesbegründungen zu § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 bzw. § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004, da gemäß dem dortigen Wortlaut zu Konversionsflächen beispielsweise Abraumhalden, ehemalige Tagebaugebiete, Truppenübungsplätze und Munitionsdepots zählen *können*. Eine absolute Aussage dahingehend, dass ehemalige Tagebaugebiete oder Truppenübungsplätze zwingend „Konversionsflächen aus wirtschaftlicher Nutzung“ nach § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 bzw. § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 sind, ist somit in den Gesetzesbegründungen nicht enthalten.

¹⁸ Vgl. Clearingstelle EEG, Empfehlung im Verfahren 2008/6 unter Nr. 4.1.3, zu § 11 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2004.

Ansprechpartner:

Christoph Weissenborn

Telefon: +49 30 300199- 1514

christoph.weissenborn@bdew.de