



GEODE · Magazinstraße 15-16 · 10179 Berlin
Clearingstelle EEG
Kontorhaus Heffer
Charlottenstraße 65
10117 Berlin



vorab per Telefax: 030/206 14 16-79

Unser Az.: 01102-10
(Bitte stets angeben)

☎ 030/611 28 40-96

Dr. Martin Altröck/NW
Berlin/12.04.2010

Stellungnahme von GEODE gegenüber der Clearingstelle EEG zum Empfehlungsverfahren 2010/2 - Konversionsflächen

Ihr Zeichen: /2010_2/0002

Sehr geehrte Damen und Herren,

am 23. Februar 2010 hat die Clearingstelle EEG die Einleitung eines Empfehlungsverfahrens zu der folgenden Frage beschlossen:

„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?“

Zu dieser Frage möchten wir die nachfolgende **Stellungnahme** abgeben:

Groupement Européen des entreprises et Organismes de Distribution d'Énergie

Deutsche Sektion:
Magazinstr. 15/16 · 10179 Berlin · Deutschland
Tel.: +49 (0)30/611 284 070 · Fax: +49 (0)30/611 284 099
e-mail: info@geode.de

General Delegation:
DELAS & PRAT · Paris 205 · 08009 Barcelona · Spanien
Tel.: +34 (0)93 414 22 77 · Fax: +34 (0)93 209 53 07
e-mail: geode@dolasprat.com

Für Strom aus Photovoltaik-Anlagen, die nicht an oder auf einem Gebäude angebracht sind (sog. Freiflächen-Anlagen), sieht das EEG nur unter bestimmten Voraussetzungen eine Vergütung vor. Befindet sich die Anlage auf einer Fläche, die im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes liegt, der nach dem Stichtag des 01.09.2003 aufgestellt/geändert wurde, so hängt die Vergütung von den Voraussetzungen des § 32 Abs. 3 EEG ab.

§ 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG regelt:

„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, besteht die Vergütungspflicht des Netzbetreibers nur, wenn sie sich

1. [...]

2. auf Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung befindet oder

3. [...].“

Zur Bestimmung der flächenbezogenen Voraussetzungen einer solchen Konversionsfläche ist zunächst zu klären, welche Flächen aufgrund ihrer bisherigen Nutzung überhaupt als Konversionsflächen in Betracht kommen. Zum zweiten ist zu überlegen, mit welcher Intensität die bisherige Nutzung noch auf die Fläche fortwirken muss, damit diese als Konversionsfläche angesehen werden kann.

1. Arten der Nutzung

Der Begriff der „Konversion“ hat verschiedene Bedeutungsvarianten, welche allesamt eine **Umwandlung**, einen Übertritt, eine Veränderung oder einen Übergang bezeichnen. Insbesondere wird darunter die Umwandlung einer militärischen in eine zivile Nutzung verstanden (Duden, Fremdwörterbuch, 7. Aufl.). Dieses Verständnis liegt auch § 164 b Abs. 2 Nr. 2 Baugesetzbuch (BauGB) zugrunde, in dem der Gesetzgeber zwischen „*brachliegenden Industrie-, Konversions- oder Eisenbahnflächen*“ unterscheidet. Unter dem BauGB dürfte der Begriff der Konversionsfläche daher nur ehemals militärisch genutzte Areale umfassen (vgl. *Krautzberger*, in: Ernst/ Zinkahn/Bielenberg, Kommentar zum BauGB, Stand Dezember 2006, § 164 b, Rn. 73; *Schmitz*, in: Spannowsky/Uechtritz, Kommentar zum BauGB, § 164 b Rn. 18).

Dieses enge Begriffsverständnis ist mit Blick auf den Wortlaut im § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG, der zu den Konversionsflächen nicht nur die militärisch genutzten Areale zählt, sondern auch die *wirtschaftlich* genutzten Flächen einbezieht, und mit Blick auf die Gesetzesbegründung aber

nicht auf das EEG übertragbar. Mit dem Merkmal der „wirtschaftlichen Nutzung“ erweitert der Gesetzgeber den Begriff der Konversionsfläche gegenüber dem BauGB. Eine Eingrenzung auf bestimmte Arten des Wirtschaftens findet nicht statt, so dass der Gesetzgeber mit der „wirtschaftlichen Nutzung“ zunächst einen weiten Begriff gewählt hat.

Dies wird bestätigt durch den Vergleich mit anderen Vorschriften, in welchen der Gesetzgeber ähnliche Begriffe verwendet. Bereits der Begriff des „Rechts der Wirtschaft“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG wurde stets weit ausgelegt. Außerdem wird beispielsweise die „wirtschaftliche Betätigung“ im Kommunalrecht bereits gesetzlich weit definiert, siehe § 107 Abs. 1 S. 3 GO NRW und § 100 Abs. 1 BrandGO. Wenn der Gesetzgeber nur Flächen hätte bezeichnen wollen, auf denen bestimmte Arten des Wirtschaftens stattgefunden haben, so hätte er engere Begriffe wie eine „gewerbliche“ oder „industrielle“ Nutzung verwendet. Unter dem weiten Begriff der wirtschaftlichen Nutzung kann jedoch grundsätzlich die **Nutzung des Geländes durch alle Wirtschaftszweige** zu einer Konversionsfläche führen.

Auch Sinn und Zweck der Regelung gehen bei einer historischen sowie teleologischen Auslegung nicht dahin, nur wenige bestimmte Arten der bisherigen Nutzung zu privilegieren. Stattdessen kommt es vielmehr auf die **fortwirkenden Auswirkungen** der vorherigen Nutzung an. So heißt es in der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 16/8148, S. 60):

„Dabei handelt es sich nur noch dann um eine Konversionsfläche, wenn die Auswirkungen dieser Nutzungsarten noch fortwirken.“

Die Eingrenzung des Begriffs der Konversionsflächen geschieht daher erst auf dieser zweiten, unten näher diskutierten Prüfungsstufe der fortwirkenden Auswirkungen. Aus welcher Art von Nutzung diese stammen, ist nicht entscheidend, hier wollte der Gesetzgeber im Grundsatz den Zugriff auf eine Vielzahl an Flächen ermöglichen.

So sind auch die in der **Gesetzesbegründung** aufgezählten Flächen **keinesfalls abschließend** gemeint („*beispielsweise*“). Über diese Flächen hinaus kommen zunächst alle Flächen in Betracht, auf denen eine wie auch immer geartete Nutzung zu wirtschaftlichen oder militärischen Zwecken stattgefunden hat. Als weitere Beispiele lassen sich Fabrikgelände, durch Handwerksbetriebe genutzte Flächen, Messegelände und für Anlagen zur Energieversorgung verwandte Flächen anführen. Aber auch Hotelgelände, Golfplätze oder Gewerbeparks dürften grundsätzlich als wirtschaftlich genutzte Flächen anzusehen sein. Entscheidend für ihre Einstufung als Konversionsfläche ist das Fortdauern der bisherigen Nutzung.

Nach diesen Maßstäben lässt sich in Frage stellen, ob die **Landwirtschaft** von dem Begriff der „wirtschaftlichen Nutzung“ ausgenommen ist, wie die Begründung zum EEG 2009 meint (BT-Drs. 16/8148, S. 60). Die Begründung zum EEG 2004, mit welchem die Regelung eingeführt wurde, spricht noch nicht von einer Ausnahme der landwirtschaftlichen Nutzung (BT-

Drs. 15/2864, S. 45). Eine Klarstellung im Gesetz selbst, welche leicht hätte erfolgen können, wurde nicht vorgenommen. Eine Heranziehung landwirtschaftlicher Flächen entspräche jedenfalls dann dem Sinn des Gesetzes, wenn die landwirtschaftliche Nutzung beispielsweise durch erhebliche Bodenbelastungen weiterhin negative Auswirkungen auf die Fläche hat.

Nach alledem ist das Merkmal der „wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung“ **weit auszu-legen**, so dass der Art nach eine Vielzahl von Arealen als Konversionsfläche in Betracht kommen. Durch den Wortlaut sind indes regelmäßig naturschutzfachlich hochwertige oder gar als Naturschutzgebiete geschützte Flächen vom Begriff der Konversionsfläche ausgenommen. Die Einschränkung im Bereich der Gebiete mit wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung erfolgt hingegen dadurch, dass diese Nutzung auf dem Gebiet noch fortwirken muss, was im Folgenden näher präzisiert wird.

2. Fortwirkung der bisherigen Nutzung

Das Verständnis des Gesetzgebers davon, dass bei einer Konversionsfläche die vorherige Nutzung noch fortwirkende Auswirkungen auf den Zustand der Fläche haben muss, wird von der Literatur zum EEG - soweit ersichtlich - geteilt (vgl. *Böning*, in: Reshöft, Kommentar zum EEG, 3. Aufl. 2009, § 32 Rn. 33; Salje, Kommentar zum EEG, 5. Aufl. 2009, § 32 Rn. 36 f.; vgl. zu § 11 Abs. 4 EEG 2004: *Oschmann*, in: Altrock/Oschmann/Theobald, Kommentar zum EEG, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 65; *Müller*, in: Danner/Theobald, Energierecht, § 11 EEG Rn. 59; *Fischer/Lorenzen*, RdE 2004, S. 209, 211). Zusätzlich wird teilweise darauf hingewiesen, dass die Auswirkungen der ehemaligen Nutzung noch mit einer gewissen Erheblichkeit fortwirken müssten (vgl. *Schomerus*, in: Frenz/ Müggenborg, Kommentar zum EEG, 1. Aufl. 2010, § 32 Rn. 62).

Mit der Beschränkung von Freiflächen-PV-Anlagen unter anderem auf Konversionsflächen soll vermieden werden, dass die Inanspruchnahme von ohne weiteres für den Wirtschaftskreislauf anderweitig verwendbaren oder ökologisch wertvollen Flächen durch großflächige PV-Freianlagen auch noch mit den Vergütungssätzen des EEG gefördert wird. Auch zeigt der systematische Vergleich mit § 32 Abs. 3 Nr. 1 EEG, der die Inanspruchnahme versiegelter Flächen erlaubt, dass die Norm auf die Nutzung in irgendeiner Weise beeinträchtigter Flächen abzielt, welche nicht ohne weiteres zu anderen Zwecken verwendet werden können.

Auch die ersten Urteile zum Begriff der Konversionsfläche gehen von diesem Verständnis aus. Das LG Bad Kreuznach urteilt zu den Auswirkungen der bisherigen Nutzung, dass diese nicht allein durch Zeitablauf entfielen, sondern der unveränderte Zustand entscheidend sei (Urteil vom 02.09.2009, Az.: 3 O 271/09). Das LG Gießen hält für die Fortwirkung der bisherigen Nutzung für maßgeblich, „ob die vormalige Nutzung den Charakter des Gebietes weiterhin prägt und eine andere Nutzung stattfindet“ (LG Gießen, Urteil vom 01.04.2008, Az.: 6 O 51/07, ZNER 2008, 253, 254).

Diese zwei indes ineinander übergehenden Kriterien des LG Gießen – die **Prägung durch die bisherige Nutzung** und die seitdem stattgefundene **anderweitige Nutzung** – sind hilfreich bei der Bestimmung, ob die bisherige wirtschaftliche oder militärische Nutzung des Gebietes noch fortwirkt. Im Folgenden sollen diese Kriterien noch weiter präzisiert werden.

Zunächst ließe sich überlegen, ob nur derart belastete Gebiete als Konversionsflächen anzusehen sind, auf welchen sich **Altlasten** im Sinne des § 2 Abs. 5 BBodSchG befinden. Hierfür könnte die Formulierung in der Gesetzesbegründung herangezogen werden, wonach die Vorschriften des Bundesbodenschutzgesetzes und anderer Gesetze, die Anforderungen an die Wiederherstellung der Bodenqualität stellen und dem Schutz des Grundwassers dienen, unberührt bleiben sollen (BT-Drs. 16/8148, S. 60). Diese Formulierung ist indes nur als Klarstellung zu werten, wonach lediglich für den Fall, dass die zur Stromerzeugung aus solarer Strahlungsenergie vorgesehenen Flächen altlastenbelastet sein sollten, eine eventuelle Sanierungspflicht unverändert besteht. Dies entspricht dem üblichen Gebrauch der Klausel „bleiben unberührt“. Allerdings führt die Gesetzesbegründung als Beispiele für Konversionsflächen solche Gebiete auf, bei denen oft Altlasten vorhanden sein werden, namentlich Abraumhalden, ehemalige Tagebaugelände, Truppenübungsplätze und Munitionsdepots. Während das Vorliegen einer Altlast demnach keine notwendige Bedingung für eine Konversionsfläche ist, spricht die Belastung durch eine Altlast andererseits als ein Kriterium stark dafür, diese Fläche als Konversionsfläche anzusehen.

Die Prägung des Gebietes durch die vorherige Nutzung kann sich aus dem Vorhandensein von **Gebäuden und anderen baulichen Einrichtungen** auf dem Grundstück ergeben. Diese prägen das Areal umso mehr, als sie in keine andere Nutzung überführt worden sind oder aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht überführt werden können. Bereits der optische Eindruck der jeweiligen Fläche ist für die fortwirkende Prägung ein wesentliches Kriterium.

Daraus sowie aus der beispielhaften Auflistung von Gebieten in der Gesetzesbegründung ergibt sich auch, dass der **Aufwand für die Überführung des Gebietes in eine neue Nutzung** ein guter Gradmesser für die fortwirkenden Auswirkungen der vorherigen Nutzung ist. Umso aufwändiger die Überführung in eine neue Nutzung ist, umso stärker prägt die bisherige Nutzungsart forthin das Gebiet.

Damit korrespondiert die Überlegung, inwieweit die möglichen **Nutzungsarten des Gebietes infolge der vorherigen Nutzung eingeschränkt** sind. Eine fortwirkende Prägung des Gebietes durch die vorherige wirtschaftliche oder militärische Nutzung wird typischerweise nur wenige andere Nutzungen auf dem Gebiet zulassen, solange keine strukturellen Veränderungen erfolgen und Investitionen getätigt werden. Wenn eine anderweitige Nutzung des Gebietes nicht ohne weiteres möglich ist, so demonstriert dies die fortwirkende Beeinträchtigung. Auch vom Zweck der Norm spricht dies für eine Einstufung als Konversionsfläche, weil

so eine Wiedereingliederung der Fläche in den Wirtschaftskreislauf als Areal für PV-Anlagen erfolgt. Andernfalls würde das Gebiet weiterhin brach liegen, was daher auch als typisches Merkmal einer Konversionsfläche erwähnt wird (vgl. LG Gießen ZNER 2008, 253).

Eine Prägung durch die bisherige Nutzung wird in aller Regel hingegen dann **abzulehnen** sein, wenn auf dem Gebiet **naturschutzfachlich hochwertige Flächen** entstanden sind. Dies lässt sich bereits aus der Voraussetzung der „wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung“ folgern, weil durch die Entstehung eines schützenswerten Gebietes faktisch eine andere relevante „Nutzung“ eingesetzt hat. Jedenfalls liefe die Verwendung von naturschutzfachlich hochwertigen Flächen dem Zweck entgegen, auf solchen Flächen die Ansiedlung von PV-Anlagen zu fördern, die aufgrund irgendeiner fortwirkenden Belastung aus dem Wirtschaftskreislauf ausgeschlossen sind. Auch lässt sich systematisch aus § 32 Abs. 3 Nr. 1 EEG ableiten, dass naturschutzfachlich wertvolle Gebiete von dem Absatz nicht erfasst sein sollen. Es lassen sich aber andere Teile einer zusammengehörigen Fläche weiterhin als Konversionsfläche erfassen, wenn das naturschutzfachlich hochwertige Gebiet nur in Teilen dieser Fläche besteht.

3. Zusammenfassung

Im Ergebnis ist festzustellen, dass eine Konversionsfläche bei einer Vielzahl von vorherigen Nutzungsarten des Gebietes in Betracht kommt. Die Formulierung der „wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung“ ist weit und geht gezielt über den engeren Begriff der Umwandlung einer militärischen Nutzung hinaus.

Entscheidend ist hingegen, ob die bisherige Nutzung fortwirkende Auswirkungen auf die Fläche hat. Dabei ist zu untersuchen, inwieweit die Fläche weiterhin durch die vormalige Nutzung geprägt wird und ob eine anderweitige Nutzung des Gebietes stattgefunden hat. Für das Vorliegen einer Konversionsfläche sprechen insbesondere die folgenden Kriterien:

- Altlasten auf dem Gelände
- Vorhandene Gebäude und bauliche Anlagen, insbesondere bei eingeschränkter anderweitiger Verwendbarkeit
- Hoher Aufwand für eine neue Nutzung der Fläche
- Unmöglichkeit oder starke Einschränkung einer neuen Nutzung der Fläche infolge der bisherigen Strukturen

Für weitere Rückfragen stehen wir gern zur Verfügung.

Mit freundlichem Gruß

Dr. Martin Altrock

Arbeitsgruppe Erneuerbare Energien/KWK