

2010/11

4. Oktober 2010

Votum

Anonymisierte Fassung zur Veröffentlichung – in eckige Klammern gesetzte Informationen sind zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verfremdet.

In dem Votumsverfahren

1. ...

– Anspruchstellerin –

2. ...

Beistand: ...

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG durch den Vorsitzenden Dr. Lovens und die Mitglieder Dr. Pippke und Dr. Winkler, dieser vertreten durch die rechtswissenschaftliche Koordinatorin Richter, am 4. Oktober 2010 folgendes Votum:

Die Anspruchstellerin hat gegen die Anspruchsgegnerin gemäß §§ 16 Abs. 1, 32 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EEG 2009¹ einen Anspruch auf Vergütung des Stroms, der in der auf dem Flurstück Nr. [...] in der [G...] geplanten Fotovoltaikinstallation erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist wird, wenn und soweit die Solarstromanlagen vor dem 1. Januar 2011 in Betrieb genommen werden.

¹Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Art. 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 11.08.2010 (BGBl. I S. 1170), im Folgenden bezeichnet als EEG 2009.

Inhaltsverzeichnis

1	Tatbestand	2
2	Begründung	6
2.1	Verfahren	6
2.2	Würdigung	6
2.2.1	Qualifizierung als Ackerfläche	7
2.2.2	Errichtung im Geltungsbereich eines vor dem 25. März 2010 beschlossenen Bebauungsplans	10
2.2.3	Weitere Voraussetzungen	11

I Tatbestand

- 1 Die Anspruchstellerin plant eine Fotovoltaik-Freiflächeninstallation mit einer Gesamtleistung von 990 kW_p auf Teilflächen der Flurstücke mit den Nummern [...] in der [G...]. Bei den Flurstücken mit den Nummern [...] handelt es sich um Ackerparzellen. Das Flurstück Nr. [...] stellt eine Ansaatwiese dar. Diese Wiese wurde vor 10 Jahren zum Schutz des dort vorhandenen Brunnens aus der Ackernutzung genommen. Eingesät wurden bei Aufgabe der Ackernutzung ausschließlich Wiesengräser, keine Kräuter. Seitdem wurde die Wiese einmal im Jahr gemäht und in Abhängigkeit vom jeweiligen Aufwuchs als Weidefläche für Pferde oder Schafe genutzt. Umgeben ist das Flurstück von Ackerflächen und Wald.
- 2 Die genannten Flurstücke liegen im Geltungsbereich des Bebauungsplans [„K...“]. Dieser weist eine Fläche, die zusätzlich zu den oben genannten Flurstücken auch Teilflächen der Flurstücke mit den Nummern [...] in der [G...] umfasst, als „Sondergebiet Photovoltaikanlage“ aus. Nach der Begründung zu dem Bebauungsplan ist die beplante Fläche im Grundbuch als Ackerland eingetragen und im Flächennutzungsplan als Fläche mit landwirtschaftlicher Nutzung für den Außenbereich dargestellt. Die Begründung zum Bebauungsplan führt weiter aus, das Gebiet werde derzeit als landwirtschaftliches Ackerland genutzt bzw. „intensiv landwirtschaftlich genutzt“.
- 3 Der Bebauungsplan wurde von dem Gemeinderat der [G...] am 24. März 2010

als Satzung beschlossen. Ein inhaltsgleicher Beschluss der Gemeinde datiert vom 20. Mai 2010. Dem vorausgegangen war – auf Anraten des Landratsamtes [L...] im Rahmen der Genehmigung des Bebauungsplans nach § 10 Abs. 2 Satz 1 BauGB² – eine neuerliche verkürzte Auslegung des Bebauungsplans in der (unveränderten) Fassung vom 24. März 2010 gemäß § 4a Abs. 3 BauGB hinsichtlich dreier Ergänzungen, mit denen nach der erstmaligen Beteiligung der Öffentlichkeit – und vor dem Beschluss am 24. März 2010 – den erhobenen Einwendungen Rechnung getragen worden war.

- 4 Das Landratsamt [L...] erteilte am 12. August 2010 einen Bescheid, mit dem das Bauvorhaben nach Maßgabe der dem Bescheid beiliegenden und mit Genehmigungsvermerk versehenen Bauvorlagen genehmigt wurde. Der dieser Baugenehmigung zugrunde liegende Lageplan sieht die Errichtung von Fotovoltaikmodulen mit einer Gesamtleistung von ca. 2,5 MW_p auf der im Bebauungsplan als „Sondergebiet Photovoltaikanlage“ ausgewiesenen Fläche vor.
- 5 Obwohl nach dem Bebauungsplan und der Baugenehmigung eine Bebauung des gesamten „Sondergebiets Photovoltaikanlage“ zulässig wäre, sollen nur die in Rn. 1 genannten Flurstücke bebaut werden.
- 6 Der in der geplanten Fotovoltaikinstallation erzeugte Strom soll in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist werden.
- 7 Die Qualifizierung der Flurstücke als ehemalige Ackerfläche i. S. d. § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EEG 2009 ist nur hinsichtlich des Flurstücks [...] zwischen den Parteien streitig.
- 8 Die Anspruchstellerin ist der Auffassung, die Voraussetzungen für die Einspeisevergütung nach § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EEG 2009 seien auf dieser Fläche erfüllt. Das Flurstück habe sich hinsichtlich der Pflanzenzusammensetzung und der Bodenbeschaffenheit nicht einem Grünland angeglichen.
- 9 Zum Nachweis hat die Anspruchstellerin ein vom Sachverständigen [P...] erstelltes „Gutachten über den ökologischen Zustand der Flurstücksnummer [...] entsprechend § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG“ vom 30. März 2010 (im Folgenden: Gutachten) vorgelegt. Dieses Gutachten trifft folgende Feststellungen: Die angrenzenden Flächen würden als Acker intensiv genutzt; im Westen und Süden grenze die Fläche an Wald. Dies bedinge ein sehr geringes Einwanderungspotential für Wiesenarten. Bei der Fläche

²Baugesetzbuch (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).

selbst handele es sich um einen nährstoffreichen Ackerstandort mit tiefgründigen, nährstoffreichen, tonigen Lehmböden, wobei der hohe Schluffanteil eine schnelle Auswaschung von Nährstoffen verhindere. Die Bodenentwicklung unter dem eingesäten Grasbestand sei dementsprechend langsam verlaufen. Der Boden zeige noch bis in 40 cm Tiefe einen homogenen durchmischten Ackerbodenhorizont, darunter steige der Tonanteil an. Es sei kein marginaler Ackerstandort, nach dessen Umwandlung die Entwicklung schnell zu artenreichem Grünland führe. Es sei keine Ausmagerung erfolgt, die eine Entwicklung artenreicher Wiesen begünstigen würde. Es habe sich noch keine Humusanreicherung oder Gefügeveränderung in der obersten Bodenschicht der Ansaatfläche entwickelt. Die Einsaat von Wiesengräsern habe zu einem artenarmen, von Obergräsern dominierten Bestand geführt. Dies entspreche der vegetationskundlichen Definition des Bundesamtes für Naturschutz von intensiv bewirtschaftetem Acker auf Löss-, Lehm- oder Tonboden mit stark verarmter oder fehlender Segetalvegetation. Die durch die Bewirtschaftung seit Aufgabe der Ackernutzung und Einsaat (einmal jährliches Mähen, anschließende Nachbeweidung) entstandene dichte Vegetationsdecke aus Obergräsern und die Streuauflage verhindere gute Keimungsbedingungen für weitere Arten. Dieser Zustand sei für Brachen eutropher Standorte typisch. Die Fläche biete aufgrund des Fehlens bzw. der Armut an Blütenpflanzen keinen Habitat für blütenbesuchende Insekten. Der bracheartige Zustand des eutrophen Bodens sei kein Habitat für artenreiche Bodenkäfer-Gemeinschaften. Die Wiesenfläche sei im Rahmen einer integrierten Bewertung als ein von Gräsern dominierter Bestand ohne Vertreter der artenreichen Wiesen und ohne naturschutzfachlich wertgebende Pflanzenarten, die einen ökologisch wertvolleren Zustand gegenüber dem Acker als Referenz begründen würden, zu qualifizieren. Da sich die Fläche nicht in einem Wasserschutzgebiet befinde, könne sie jederzeit wieder in eine Ackerfläche umgewandelt werden. Im Ergebnis habe sich der Zustand der Flurstücksnummer 418/2 seit der Ackernutzung in seiner ökologischen Werthaltigkeit nicht einer Grünfläche i. S. d. § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EEG 2009 angenähert. Damit seien die Voraussetzungen für die Einspeisevergütung nach § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EEG 2009 erfüllt.

- 10 Weiterhin ist die Anspruchstellerin der Auffassung, der Bebauungsplan sei im Sinne der in § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EEG 2009 enthaltenen Stichtagsregelung vor dem 25. März 2010 beschlossen worden. Maßgeblich sei insoweit der Satzungsbeschluss der Gemeinde [G...] am 24. März 2010. Auf den „Wiederholungsbeschluss“ vom 20. Mai 2010 komme es nicht an. Die Anspruchstellerin hat hierzu eine rechtsgutachtliche Stellungnahme von Rechtsanwalt [...] vom 16. August 2010 vorgelegt,

nach der schon deshalb auf den Beschluss am 24. März 2010 abzustellen sei, weil die erneute Beteiligung der Öffentlichkeit, die dem zweiten Beschluss vorausging, entbehrlich gewesen sei.

- 11 Die Anspruchsgegnerin hat erklärt, das von der Anspruchstellerin vorgelegte Gutachten von [P. . .] „zur Kenntnis“ zu nehmen und kein gesondertes Gutachten vorlegen zu wollen. Über den „darin beschriebenen Sachverhalt“ bestehe jedoch „Klärungsbedarf durch die Clearingstelle“.
- 12 Der Beistand der Anspruchsgegnerin hat erklärt, nach den ihm bislang vorliegenden Informationen werde er bei der Testierung nach § 50 i. V. m. § 47 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2009 für den Teil des Solarparks, der sich auf der Wiese befindet, nicht von der Erfüllung der in § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EEG 2009 genannten Voraussetzungen ausgehen. Es sei erforderlich, dass die Grünfläche zum Zeitpunkt der Aufstellung des Bebauungsplans in den vorangegangenen drei Jahren als Ackerland genutzt worden sei, wobei eine einjährige Stilllegung unschädlich sei. Nach dem im Rahmen des Empfehlungsverfahrens 2008/6 von der Clearingstelle EEG³ in Auftrag gegebenen Gutachten sei im Regelfall davon auszugehen, dass sich ehemalige Ackerflächen bei allen Standort- und Bodentypen bereits nach fünf Jahren dem Vergleichszustand Grünland angenähert hätten. Hier sei die Fläche sogar über einen Zeitraum von 10 Jahren als Wiese genutzt worden. Weiterhin erscheine fraglich, ob ein glaubwürdiger Nachweis geführt werden könne, dass die Wiederaufnahme der ackerbaulichen Nutzung nach der Stilllegung nicht nur zu dem Zweck erfolge, eine Einspeisevergütung für die geplante Anlage zu erhalten. Zu berücksichtigen sei dabei, dass die Nutzungsänderung vor 10 Jahren zur Verbesserung der Wasserqualität des dort befindlichen Brunnens erfolgt sei, so dass die im Gutachten von [P. . .] angeführte Möglichkeit der jederzeitigen Wiederaufnahme der Ackernutzung zweifelhaft sei.
- 13 Die Anspruchstellerin hat mit Anwaltsschreiben vom 23. September 2010 klargestellt, dass eine neue Ackernutzung zum Erhalt der Einspeisevergütung gerade nicht erfolgen solle, sondern die Ackerlandeigenschaft nach wie vor vorhanden sei.
- 14 Mit inhaltsgleichen Anträgen vom 9. und 10. August 2010 haben sich die Anspruchstellerin und die Anspruchsgegnerin an die Clearingstelle EEG gewandt und beantragt, ein Votumsverfahren gemäß §§ 26 ff. Verfahrensordnung der Clearingstelle

³Anm. der Clearingstelle EEG: *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 13.06.2008 – 2008/6, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/6>.

EEG⁴ (VerfO) durchzuführen. Die Anspruchsgegnerin benannte den [B. . .] als Beistand. Beide Parteien stimmten einem schriftlichen Verfahren zu.

- 15 Mit Beschluss vom 7. September 2010 hat die Clearingstelle EEG das Votumsverfahren angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautete:

Hat die Anspruchstellerin gegen die Anspruchsgegnerin gemäß §§ 16 Abs. 1, 32 EEG 2009 einen Anspruch auf Vergütung des Stroms, der in der auf dem Flurstück Nr. [. . .] in [K. . .] geplanten Photovoltaikinstallation erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist werden soll, sobald die beiden letztgenannten Voraussetzungen erfüllt sind?

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 16 Das Verfahren ist gemäß den Vorschriften der VerfO zustandegekommen und durchgeführt worden.
- 17 Die Clearingstelle EEG hat das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 VerfO nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen.
- 18 Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus § 26 Abs. 1 VerfO.
- 19 Den Parteien ist gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 1 VerfO Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Es wurde ein schriftliches Verfahren durchgeführt, da beide Parteien und die Clearingstelle EEG dem zustimmten, § 28 Abs. 2 VerfO.
- 20 Die Beschlussvorlage für das Votum hat das Mitglied der Clearingstelle EEG Dr. Pippke erstellt.

2.2 Würdigung

- 21 Der Anspruchstellerin steht für den Strom, der in den auf der Flurnummer [. . .] geplanten PV-Anlagen erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist werden wird, ein Anspruch auf Vergütung nach § 16 Abs. 1 i. V. m. § 32 Abs. 1, Abs. 3

⁴Abrufbar über <http://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>.

Satz 1 Nr. 3 EEG 2009 gegen die Anspruchsgegnerin zu, wenn und soweit die PV-Anlagen im Geltungsbereich des Bebauungsplans [„K...“] errichtet und vor dem 1. Januar 2011 in Betrieb genommen werden.

- 22 Es handelt sich bei der geplanten PV-Installation um eine sog. Freiflächenanlage, d. h. die Module befinden sich nicht an oder auf einer baulichen Anlage, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichtet worden ist. Ein Vergütungsanspruch besteht für den in einer solchen Installation erzeugten Strom nur, wenn die Voraussetzungen des § 32 Abs. 2 und 3 EEG 2009 erfüllt sind. Vorliegend sollen die Module im Geltungsbereich des Bebauungsplans „[K...]“ in Betrieb genommen werden. Den planerischen Voraussetzungen des § 32 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009 ist damit Genüge getan. Da dieser Bebauungsplan zumindest auch zum Zweck der Solarstromerzeugung nach dem 1. September 2003 aufgestellt worden ist, muss außerdem einer der in § 32 Abs. 3 EEG 2009 genannten Tatbestände erfüllt sein. Das ist vorliegend der Fall, weil die Installation auf Grünflächen errichtet werden soll, die zur Errichtung dieser Anlage in einem vor dem 25. März 2010 beschlossenen Bebauungsplan ausgewiesen sind und zum Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung des Bebauungsplans in den drei vorangegangenen Jahren als Ackerland genutzt wurden. Voraussetzung ist für den Vergütungsanspruch allerdings weiterhin, dass die Anlagen vor dem 1. Januar 2011 in Betrieb genommen werden.

2.2.1 Qualifizierung als Ackerfläche

- 23 Die Fläche mit der Flurnummer [...] ist als Fläche zu qualifizieren, die zum Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung des Bebauungsplans in den drei vorangegangenen Jahren als Ackerland genutzt worden ist. Die rund zehnjährige Stilllegung der Fläche steht dieser Annahme nicht entgegen.
- 24 Nach der Empfehlung 2008/6 der Clearingstelle EEG⁵ führen zwischenzeitliche obligatorische oder freiwillige Flächenstilllegungen im Grundsatz nicht dazu, dass die entsprechende Fläche nicht mehr als Ackerland zu charakterisieren ist. Dabei ist für Flächenstilllegungen, die über ein Jahr hinausgehen, in der Regel eine Einzelfallprüfung erforderlich. Die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber hat in diesem Fall – durch ein entsprechendes Gutachten mit natur- und bodenschutzfachlichem Schwerpunkt – nachzuweisen, dass sich die ökologische Werthaltigkeit der stillgelegten Fläche nicht bereits wesentlich einer Grünfläche angenähert hat.

⁵ Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 13.06.2008 – 2008/6, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/6>.

- 25 Die Empfehlung der Clearingstelle EEG ist auch für die Auslegung und Anwendung von § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EEG 2009 zugrunde zu legen.⁶
- 26 Auch nach einer zehnjährigen Stilllegung ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, eine stillgelegte Fläche noch als Ackerfläche i. S. d. § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EEG 2009 zu qualifizieren. Zwar ist nach dem Gutachten, das die Clearingstelle EEG im Rahmen des Empfehlungsverfahrens 2008/6 eingeholt hat, im Regelfall davon auszugehen, dass Flächen sich nach 5 Jahren weitgehend einer Grünfläche angenähert haben:

„Obwohl für die einzelnen Kriterien auf verschiedenen Standorten nach der Stilllegung mit einer unterschiedlichen Entwicklungsgeschwindigkeit zu rechnen ist, ist allen gemeinsam, dass innerhalb eines Zeitraums von 5 Jahren nach der Stilllegung die von der ehemaligen Ackernutzung geprägten Verhältnisse i. d. R. bei allen untersuchten Kriterien ihre bestimmende Bedeutung verlieren.“⁷

- 27 Aus dieser Feststellung für den Regelfall („i. d. R.“) folgt jedoch nicht, dass es nach Ablauf von 5 Jahren generell und unabhängig von etwaigen Besonderheiten des Einzelfalls ausgeschlossen wäre, dass eine Fläche sich noch nicht weitgehend einer Grünfläche angenähert hat. Vielmehr ist stets eine Prüfung des Einzelfalls unter Berücksichtigung der spezifischen Besonderheiten des jeweiligen Standorts erforderlich. Das geht auch aus dem bereits zitierten Gutachten hervor:

„Insgesamt kommt die vorliegende Studie zum Ergebnis, dass es bei dem standortspezifisch stark unterschiedlichen Entwicklungsverlauf neben den Fällen, die durch Anlegen der vorgestellten Maßstäbe ohne Einzelprüfung entschieden werden können, auch Fälle gibt, in denen sich der Umschlagszeitpunkt nur mit Hilfe einer Einzelprüfung aller standortspezifischen Einflüsse sachgerecht bestimmen lässt.“⁸

- 28 Danach kommt es maßgeblich darauf an, ob die Fläche im Einzelfall Besonderheiten aufweist, die eine von der regelmäßig anzunehmenden Entwicklung abweichende Entwicklung begründet. Führen diese spezifischen Besonderheiten dazu, dass sich

⁶Clearingstelle EEG, Votum v. 19.01.2009 – 2008/43, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/43>.

⁷Gekle/Zeddies/Kaule, Gutachten „Auswirkungen einer Nutzungsänderung von Ackerland durch Stilllegung im Zusammenhang mit der Umwidmung von Flächen und Nutzung für Photovoltaikan-

im Einzelfall der Vorgang der Annäherung an eine Grünfläche verzögert, kann auch bei einer längerfristigen Stilllegung noch von einer Ackerfläche auszugehen sein.

- 29 Die Anspruchstellerin hat mit dem vorgelegten Gutachten schlüssig, nachvollziehbar und substantiiert dargelegt, dass sich das Flurstück [...] aufgrund der spezifischen Bodenbeschaffenheit, der Einsaat, der Bewirtschaftung, ihrer Umgebung und anderer Aspekte in seiner ökologischen Werthaltigkeit nicht einer Grünfläche angenähert hat. Insbesondere wird plausibel dargelegt, dass der hohe Schluffanteil in dem tonigen Lehmboden eine schnelle Auswaschung der aus der Ackernutzung stammenden Nährstoffe im Boden verhindert und die Bodenentwicklung deshalb langsam verlief, so dass keine Ausmagerung die Entwicklung einer artenreichen Wiese begünstigen konnte, und dass zudem keine Humusanreicherung in der obersten Bodenschicht erfolgt ist (Gutachten, S. 2). Plausibel ist auch, dass die Einsaat lediglich von Wiesengräsern zu einem artenarmen – und damit im Ergebnis grünflächenuntypischen – Bestand führte (Gutachten, S. 2 f.). Gleiches gilt für die Darlegung, dass die Nachbarschaft zu intensiv genutzten Ackerflächen und Wald ein sehr geringes Einwanderungspotential für Wiesenarten bedingt. Ebenso ist nachvollziehbar, dass der späte Mahdzeitpunkt im Jahr und die Nachbeweidung der Ausmagerung des Bodens entgegenstanden (Gutachten, S. 3). Plausibel ist schließlich auch die Einschätzung, dass sich aufgrund der geschilderten Entwicklung kein Bestand entwickelt hat, der im Vergleich zu einer Ackerfläche einen ökologisch wertvolleren Zustand begründen würde (Gutachten, S. 4).
- 30 Der Clearingstelle EEG ist darüber hinaus mindestens ein anderer Einzelfall bekannt, in dem sogar eine mehr als 10jährige Stilllegung aufgrund der spezifischen Besonderheiten des Standortes den Ackerflächenstatus nach den Kriterien der Empfehlung 2008/6 unberührt gelassen hat.
- 31 Das einfache Bestreiten der Anspruchsgegnerin, der das Vorbringen ihres Beistandes zuzurechnen ist (vg. § 90 Abs. 2 ZPO), reicht vor diesem Hintergrund nicht aus, um das Vorbringen der Anspruchsgegnerin zu erschüttern. Insbesondere werden die Aussagen des von der Anspruchstellerin vorgelegten Gutachtens fachlich nicht in Frage gestellt.

lagen“, im Auftrag der Clearingstelle EEG, 02/2008, S. 45, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/6>.

⁸Gekle/Zeddies/Kaule, Gutachten „Auswirkungen einer Nutzungsänderung von Ackerland durch Stilllegung im Zusammenhang mit der Umwidmung von Flächen und Nutzung für Photovoltaikanlagen“, im Auftrag der Clearingstelle EEG, Februar 2008, S. 43, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/6>.

- 32 Hiernach ist davon auszugehen, dass sich die streitgegenständliche Fläche noch nicht einer Grünfläche angenähert hat, so dass sie im Ergebnis als Fläche zu qualifizieren ist, die in den drei Jahren vor dem Beschluss über die Aufstellung des Bebauungsplans als Ackerland genutzt wurde.
- 33 Dem steht nicht entgegen, dass die Anspruchstellerin erklärt hat, keine neue Acker-
nutzung zum Erhalt der Einspeisevergütung aufnehmen zu wollen. Für die Quali-
fizierung als ehemalige Ackerfläche kommt es allein darauf an, ob sich die Fläche
nach ihrer Stilllegung einer Grünfläche angenähert hat, und nicht darauf, ob bei
dem Nutzungsberechtigten ein konkreter Wille besteht, die Fläche zu irgend einem
Zeitpunkt wieder ackerbaulich nutzen zu wollen. Zudem hat die Anspruchstelle-
rin keine Aussage dazu getroffen, ob die Fläche zu irgend einem in der Zukunft
liegenden Zeitpunkt wieder als Ackerfläche genutzt werden soll, sondern lediglich
zum Ausdruck gebracht, dass keine Absicht bestehe, eine ackerbauliche Nutzung al-
lein zu dem Zweck aufzunehmen, die Vergütungsvoraussetzungen nach § 32 Abs. 3
Satz 1 Nr. 3 EEG 2009 herzustellen. Vielmehr gehe sie davon aus, dass die Vorausset-
zungen bereits aufgrund der fehlenden Annäherung an eine Grünfläche vorliegen.
Dem entspricht die Ausführung in dem Gutachten, dass die Fläche jederzeit in eine
Ackerfläche umgewandelt werden kann.

2.2.2 Errichtung im Geltungsbereich eines vor dem 25. März 2010 beschlosse- nen Bebauungsplans

- 34 Hinsichtlich des Beschlusszeitpunktes ist auf den ersten Beschluss der Gemeinde
[G...] am 24. März 2010 abzustellen. Auf die Frage, ob der Beschluss am 24. März
2010 rechtmäßig bzw. wirksam war oder nicht, kommt es dabei nicht an.⁹ Entschei-
dend ist allein, dass die Anlagen im Geltungsbereich des vor dem 25. März 2010
beschlossenen Bebauungsplans errichtet werden. Davon ist vorliegend auszugehen.
Denn unstreitig hat die Gemeinde den Bebauungsplan am 24. März 2010 als Satzung
beschlossen. Mangels anderweitiger Anhaltspunkte ist außerdem davon auszugehen,
dass der Bebauungsplan nach dem neuerlichen Beschluss am 20. Mai 2010 unverän-
dert in Kraft getreten und damit wirksam geworden ist.
- 35 Zwar erscheint es nicht ausgeschlossen, dass der Satzungsbeschluss am 24. März
2010 ohne die nach § 4a Abs. 3 BauGB durchzuführende erneute Öffentlichkeits-
beteiligung, wie sie dann nach dem 25. März 2010 und vor dem neuerlichen Sat-

⁹Clearingstelle EEG, Hinweis v. 27.09.2010-2010/8, abrufbar unter [http://www.clearingstelle-
eeg.de/hinwv/2010/8](http://www.clearingstelle-
eeg.de/hinwv/2010/8), Rn. 72 ff.

zungsbeschluss am 20. Mai 2010 nachgeholt wurden, nicht hätte gefällt werden dürfen. Denn nach § 4a Abs. 3 BauGB ist der Entwurf des Bauleitplans erneut auszulegen und sind die Stellungnahmen erneut einzuholen, wenn er nach dem Verfahren gem. § 3 Abs. 2 BauGB oder § 4 Abs. 2 BauGB geändert oder ergänzt wird. Das war hier der Fall. Auch wäre dieser – mögliche – Verfahrensverstoß gemäß § 214 Abs. 1 Nr. 2 BauGB für die Rechtswirksamkeit der Satzung beachtlich.

- 36 Aus systematischen und teleologischen Gründen ist bei der Stichtagsregelung in § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EEG 2009, also hinsichtlich des Zeitpunkts des Beschlusses, aber nicht auf die Rechtmäßigkeit des Satzungsbeschlusses abzustellen.¹⁰ Vielmehr kommt es für die Stichtagsregelung allein darauf an, dass der Bebauungsplan, in dessen Geltungsbereich die Anlagen errichtet werden, vor dem 25. März 2010 als Satzung beschlossen wurde, unabhängig davon, ob dieser Beschluss wirksam ist. Die weitere Voraussetzung, dass es überhaupt einen Bebauungsplan gibt, in dessen Geltungsbereich die PV-Anlagen errichtet werden, ist vorliegend ohne weiteres erfüllt.
- 37 Dass es einen zweiten Satzungsbeschluss nach dem Stichtag gab, ist deshalb zwar ggf. für die Wirksamkeit und das Vorliegen eines Bebauungsplans erheblich, in dessen Geltungsbereich die Anlagen errichtet werden (§ 33 Abs. 3 Satz 1, Halbsatz 1 EEG 2009), nicht aber für das Erfordernis eines Beschlusses dieses Bebauungsplans vor dem Stichtag nach § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EEG 2009. Ausschlaggebend ist insoweit, dass der Bebauungsplan, der Gegenstand des zweiten Satzungsbeschlusses war und der sodann in Kraft getreten ist, unverändert derjenige Bebauungsplan ist, der erstmalig am 24. März 2010 beschlossen wurde.

2.2.3 Weitere Voraussetzungen

- 38 Nach der durch das Erste Änderungsgesetz zum EEG¹¹ novellierten Fassung des § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EEG 2009 kommt es für den Vergütungsanspruch weiterhin darauf an, dass die Anlage vor dem 1. Januar 2011 in Betrieb genommen wurde.¹²

¹⁰Clearingstelle EEG, Hinweis v. 27.09.2010–2010/8, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/hinwv/2010/8>, Rn. 72 ff.

¹¹Erstes Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 11.08.2010 (BGBl. I S. 1170).

¹²Vgl. zur Bestimmung des Inbetriebnahmezeitpunktes bei PV-Anlagen *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 25.06.2010–2010/1, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/hinwv/2010/1>.

Der Vergütungsanspruch besteht deshalb nur unter der aus dem Votum im engeren Sinne, d. h. der Antwort auf die Verfahrensfrage, ersichtlichen Einschränkung.

Gemäß § 29 Nr. 1 VerfO ist das Verfahren mit dem Votum der Clearingstelle EEG beendet.

Dr. Lovens

Dr. Pippke

Dr. Winkler