

Rechtsanwälte *Anja Assion* und *Dr. Roman Götze*, Leipzig*

Zum Bebauungsplanerfordernis nach § 32 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009 bei PV-Freiflächenanlagen

Zugleich Anmerkung zu OLG Naumburg, Urteil vom 16. 4. 2015 – 2 U 82/14, REE 2015, 124 ff.

I. Einleitung

In einer aktuellen Entscheidung hat das OLG Naumburg (REE 2015, 124 ff.) die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Vergütungsanspruch nach § 32 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009 besteht, in einer Weise beantwortet, die nicht weniger als die disruptive Abkehr von bestehenden Grundsätzen der EEG-Solarvergütung bedeutet. Nach Auffassung des OLG Naumburg soll es auf das Vorliegen eines (wirksamen) Bebauungsplanes schon zum Zeitpunkt des Baubeginns der PV-Anlage ankommen. Die Entscheidung überzeugt allerdings nicht. Sie führt zu absurden Ergebnissen und bedarf dringend der Korrektur.

Die Aufstellung von Bebauungsplänen fordert mit Blick auf zwingend im Baugesetzbuch (BauGB) vorgesehene Behörden- und Öffentlichkeitsbeteiligungen erheblichen zeitlichen Vorlauf, nicht selten von deutlich mehr als einem Jahr.¹ Die Projektierung von PV-Freiflächenanlagen war dagegen – nicht zuletzt auch wegen des vom Gesetzgeber bewusst als Beschleunigungsanreiz implementierten Degressionsmechanismus bei der Einspeisevergütung – in der Praxis immer ein „Wettlauf gegen die Zeit“. Oft wurden die bauvorbereitenden und baulichen Aktivitäten deshalb so getaktet, dass – soweit baurechtlich zulässig – in die sich entwickelnde Rechtswirksamkeit des Bebauungsplanes „hinein“ gebaut wurde: Der Bau der Anlage begann – auf der Grundlage einer Baugenehmigung etwa im Stadium der formellen und materiellen Planreife des § 33 BauGB – schon vor der Rechtswirksamkeit des Bebauungsplanes und war bauzeitlich so konfiguriert, dass die Fertigstellung und Inbetriebnahme der Anlage kurz nach dem Inkrafttreten des Bebauungsplanes erfolgte. Ernsthafte Bedenken gegen diese Optimierung der parallel laufenden, jedoch ineinandergreifenden Prozesse „auf der Zeitachse“ wurden weder von den Netzbetreibern noch von den Branchenverbänden oder der Fachöffentlichkeit artikuliert. Mit Blick auf die ambitionierten Energieziele des Bundes und der Länder sah man es als erforderlich, aber auch ausreichend an, dass die Bebauungspläne nach Maßgabe des § 32 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009 im Zeitpunkt der Inbetriebnahme vorhanden waren.

Das OLG Naumburg hat jetzt allerdings in einem aktuellen Urteil² die vergütungsrechtliche Lage völlig konträr und in sehr deutlicher Abwendung von dieser bisher herrschenden Interpretation der Vergütungsregelung beurteilt. Nach seiner

Auffassung muss der Bebauungsplan zwingend – und zwar in Kraft befindlich – bereits im Zeitpunkt des Baubeginns (!) der Anlage vorgelegen haben. Folge dessen wäre, dass denjenigen Anlagenbetreibern, die dem durch die Degression der Vergütung gesetzten Beschleunigungsimpuls folgend, ihre Investition auf der Grundlage von Baugenehmigungen im Stadium der Planreife nach § 33 BauGB zügig „in eine sich bis zur Inbetriebnahme verdichtende bauplanungsrechtliche Kulisse“ ins Werk gesetzt haben, kein Vergütungsanspruch nach § 32 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009 zusteht, da diese Freiflächenanlagen nicht im Geltungsbereich eines Bebauungsplans „errichtet“ sind.

II. Das Urteil des OLG Naumburg

Die Klägerin errichtete auf dem Gelände eines ehemaligen Umspannwerks eine PV-Freiflächenanlage mit dem Ziel, Einspeisevergütung gemäß § 32 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009 (Konversionsfläche) in Anspruch zu nehmen. Der beklagte Netzbetreiber lehnte die Zahlung einer Einspeisevergütung ab. Für die Vorhabenfläche wurde mit solarer Zwecksetzung ein Bebauungsplanverfahren durchgeführt. Die Photovoltaikanlage war nach dem Satzungsbeschluss und der Erteilung einer Baugenehmigung (auf Grundlage von § 33 BauGB) errichtet und auch in Betrieb genommen worden (§ 3 Nr. 5 EEG 2009). In Kraft trat der Bebauungsplan allerdings erst etwa einen Monat später.

* Die Verfasser sind Rechtsanwälte (der Zweitautor zugleich Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Lehrbeauftragter an der Hochschule Harz) mit Schwerpunkt Umwelt- und Planungsrecht sowie anlagenbezogenem Energierecht bei Götze & Müller-Wiesenhaken Rechtsanwälte in Leipzig; mit dem der Entscheidung des OLG Naumburg zugrunde liegenden Verfahrens waren sie nicht befasst.

1 Zu den baurechtlichen Aspekten von PV-Freiflächenanlagen vgl. etwa von Oppen, ZUR 2010, 295 ff., Matthes/Appel/Fritzsche, SächsVBl. 2013, 81 [87 ff.] und Götze, in: Hoppenberg/de Witt (Hrsg.), Handbuch des öffentlichen Baurechts, Stand: 41. EL (2015), Kapitel Z VII, Photovoltaikanlagen, Rdnr. 80 ff.

2 OLG Naumburg, Urt. v. 16. 4. 2015 – 2 U 82/14, REE 2015, 124 ff.; gegen das Urteil wurde Nichtzulassungsbeschwerde beim Bundesgerichtshof eingelegt, über die – soweit ersichtlich – noch nicht entschieden ist.

Eckdaten des Falls:

20.10.2011:	Satzungsbeschluss
05.12.2011:	Baugenehmigung auf Grundlage von § 33 BauGB
09.12.2011:	Genehmigung des Bebauungsplans durch Landratsamt
12.2011:	<u>Errichtung</u>
23.12.2011:	Inbetriebnahme
01.01.2012:	Inkrafttreten des EEG 2012 (I)
05.02.2012:	Bekanntmachung des Bebauungsplans
06.02.2012:	<u>Inkrafttreten des Bebauungsplans</u>
01.06.2012:	Erstmalige Stromeinspeisung

Nachdem der Klägerin erstinstanzlich vom LG Halle noch ein Vergütungsanspruch zugesprochen wurde, wies das OLG Naumburg die Klage mit Urteil vom 16. 4. 2015 ab, weil die Anlage nach seiner Auffassung nicht *im Geltungsbereich eines Bebauungsplans errichtet* worden war. Nun wäre die Naumburger Entscheidung nicht spektakulär, wenn das Gericht sich darauf beschränkt hätte, den Vergütungsanspruch wegen Fehlens des rechtswirksamen Bebauungsplanes im Zeitpunkt der Inbetriebnahme abzulehnen. Im Kern der Entscheidung geht es indes um die Auslegung der Vergütungsvoraussetzung, dass die Photovoltaikanlage im Geltungsbereich eines Bebauungsplans „errichtet worden ist“.

Zu seiner Auffassung, dass für die zur Errichtung der PV-Freiflächenanlage genutzten Fläche zum Zeitpunkt des Beginns der Errichtung bereits ein wirksam in Kraft getretener Bebauungsplan bestehen müsse, gelangt das OLG Naumburg in mehreren methodischen Auslegungsschritten. Bereits dem Wortlaut der Norm sei zu entnehmen, dass auf den Zeitpunkt der Errichtung der Anlage abzustellen sei und schon zu Beginn der Errichtung ein Bebauungsplan vorliegen müsse.³ Ausgehend von diesem grammatikalischen Zugriff bezieht sich das Gericht nachfolgend – gleichsam: die Norm historisch-genetisch interpretierend – auf die Gesetzesbegründung zum EEG 2009, die sich dazu verhält, dass – anders als noch im EEG 2004 – die Anlage nicht mehr „im Geltungsbereich eines Bebauungsplans *in Betrieb genommen*“, sondern „errichtet“ sein müsse. Hier stellt das Gericht einen Zusammenhang zur Ratio des Planungserfordernisses nach § 32 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009 her, wozu es in den Materialien heißt, dass mit dem Planungserfordernis eine Einflussnahme des Gemeinderats auf den Standort von Photovoltaikanlagen zur Schaffung einer hohen Akzeptanz für die Anlagen in der Bevölkerung bezweckt werde.⁴

Was die Qualität des Bebauungsplanes angeht, versucht das OLG Naumburg aus der späteren Änderung des EEG 2009 Rückschlüsse zu ziehen: Da das EEG 2009 noch auf den *Geltungsbereich* eines Bebauungsplans abstellt, folgert das Gericht, dass der Bebauungsplan bereits in Kraft getreten sein müsse, wenn mit der Errichtung der Photovoltaikanlage *begonnen* wird. Der

Senat verweist auf die Gesetzesänderung in der Fassung des EEG 2012 (I), worin der Gesetzeswortlaut dahingehend geändert wurde, dass Vergütungsvoraussetzung nur noch ein „*beschlossener* Bebauungsplan“ ist. Aus der Gesetzesbegründung werde deutlich, dass künftig nur noch auf den Satzungsbeschluss abzustellen sei, bislang aber mehr – also das Inkrafttreten des Bebauungsplans – verlangt worden sei.⁵ Weiterhin hebt das Gericht die besondere Bedeutung der Bekanntgabe im Satzungsverfahren hervor und vergleicht den Wortlaut des § 32 Abs. 2 EEG 2009 mit dem Gesetzestext in § 33 BauGB (Zulässigkeit von Vorhaben während der Planaufstellung). Wenn der Gesetzgeber ähnliche Tatbestandsvoraussetzungen vor Augen gehabt hätte, hätte er nach Auffassung des Gerichts diese auch ähnlich formuliert.

Das OLG Naumburg folgt schließlich ausdrücklich nicht der Rechtsauffassung des OLG Koblenz, welches die Auffassung vertreten hatte, dass es auf das Inkrafttreten und die Wirksamkeit des Bebauungsplans nicht ankomme⁶ und verwirft auch die Rechtsanalogie, die die Clearingstelle EEG unter anderem im Votum 2013/50 vom 3. 12. 2013 angenommen hatte. Die Clearingstelle EEG hatte herausgearbeitet, dass ein Vergütungsanspruch in analoger Anwendung des § 32 Abs. 2 EEG 2009 bestehe, wenn im Errichtungszeitpunkt zwar der Bebauungsplan noch nicht in Kraft getreten sei, aber bereits die Voraussetzungen des § 33 BauGB vorliegen. Anders als die Clearingstelle EEG sah das OLG Naumburg die Voraussetzungen für einen Analogieschluss bereits mangels planwidriger Regelungslücke nicht als gegeben an. Eine bereits vor dem Inkrafttreten des Bebauungsplans errichtete Anlage berge zudem das Risiko, dass sie einem später geänderten Plan und seinen Festsetzungen nicht entspreche.⁷

Im Ergebnis der Erwägungen des OLG Naumburg liegt das Tatbestandsmerkmal „im Geltungsbereich eines beschlossenen Bebauungsplans errichtet“ nur dann vor, wenn die strikte Reihenfolge „Satzungsbeschluss/Inkrafttreten des Bebauungsplans/Beginn der Bauarbeiten (= Beginn der Errichtung)/Inbetriebnahme“ eingehalten worden ist.

III. Urteilskritik

1. Zum Qualitätsstichtag bei § 32 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009

Im Folgenden soll zunächst untersucht werden, ob das OLG Naumburg hinsichtlich des Bebauungsplanerfordernisses nach

3 OLG Naumburg, REE 2015, 124 [125].

4 OLG Naumburg, REE 2015, 124 [125].

5 OLG Naumburg, REE 2015, 124 [125 f.].

6 OLG Naumburg, REE 2015, 124 [126] in Abgrenzung zu OLG Koblenz, Urt. v. 23. 1. 2013 – 5 U 1276/12, ZMR 2014, 583.

7 OLG Naumburg, REE 2015, 124 [126 f.].

§ 32 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009 zu Recht auf den (frühesten) Erreichungszeitpunkt als Stichtag für die vergütungsrechtliche „Qualitätsbestimmung“ abstellt.

a) Normwortlaut und Gesetzesmaterialien

Im Ausgangspunkt ist dem OLG Naumburg zu konzедieren, dass der Gesetzgeber bei der Novellierung des EEG 2004 in Bezug auf die Vergütungsregelung für PV-Freiflächenanlagen tatsächlich – wenn auch eher beiläufig – den Normwortlaut variierte. Die nachfolgende Übersicht über die verschiedenen Fassungen der Vergütungsnorm für Freiflächen-Photovoltaikanlagen nach dem EEG (EEG 2004 bis EEG 2014⁸) zeigt, dass die Anlage nach dem Wortlaut des § 32 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009 im Geltungsbereich eines Bebauungsplans errichtet – nicht (wie noch im EEG 2004): in Betrieb genommen – werden muss:⁹

Synoptische Übersicht

§ 11 Abs. 3 EEG 2004

Anlage muss vor dem 1. 1. 2015 im *Geltungsbereich* eines Bebauungsplans *in Betrieb genommen* worden sein.

§ 32 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009 (Urfassung)

Anlage muss vor dem 1. 1. 2015 im *Geltungsbereich* eines Bebauungsplans *errichtet* worden sein.

§ 32 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2012 (I)

Anlage muss im Bereich eines *beschlossenen* Bebauungsplans *errichtet* worden sein.

§ 51 Abs. 1 EEG 2014

Anlage muss im Bereich eines *beschlossenen* Bebauungsplans *errichtet* worden sein.

Allerdings darf aus der Änderung des Wortlauts – gerade beim EEG – nicht vorschnell geschlossen werden, dass der Gesetzgeber bei Schaffung des EEG 2009 eine grundlegende Neubestimmung der Vergütungsvoraussetzungen beabsichtigte; schon gar nicht dann, wenn in den Gesetzesmaterialien zum EEG 2009 explizit zum Ausdruck gebracht wird, dass *keine* inhaltliche Änderung intendiert war:

„Ferner besteht nur für solche Anlagen ein Anspruch, die im Bereich eines Bebauungsplans im Sinne des § 30 BauGB oder auf einer Fläche errichtet worden ist, für die ein Verfahren nach § 38 Satz 1 BauGB durchgeführt worden ist. Hiermit soll sichergestellt werden, dass ökologisch sensible Flächen nicht überbaut werden und eine möglichst große Akzeptanz in der Bevölkerung vor Ort erreicht werden kann. Nummer 2 knüpft nunmehr richtigerweise an *die Errichtung der Anlage* und nicht mehr an deren Inbetriebnahme an, da die Begriffsbestimmung

des § 3 Nr. 5 an dieser Stelle nicht sinnvoll ist. Eine inhaltliche Änderung ist damit *nicht verbunden*.

Das Planungerfordernis ermöglicht es der Bevölkerung, einerseits im Rahmen der Satzungsentscheidung der zuständigen Gebietskörperschaft über ihre gewählten Gemeinde- oder Stadträte und andererseits durch die vorgeschriebene Bürgerbeteiligung Einfluss zu nehmen. So kann die jeweilige Gemeinde die Gebiete bestimmen, auf denen die Anlagen errichtet werden sollen.“¹⁰ [Hervorhebungen nicht im Original]

Dieses gesetzgeberische „Dementi“ an die Adresse der Norminterpreten – keine inhaltliche Änderung beabsichtigt – steht in deutlichem Kontrast zur Auslegungsthese des OLG Naumburg; in den Urteilsgründen setzt sich das Gericht mit dieser Sentenz nicht einmal im Ansatz auseinander.

Der Wortlaut des § 32 Abs. 2 EEG 2009 spricht bei genauer Betrachtung trotz der Änderung der Terminologie dafür, dass es ausreicht, wenn bei *Inbetriebnahme* der Anlage ein Bebauungsplan vorliegt. Der – nur vermeintliche – Widerspruch löst sich nämlich auf, wenn die damals ins Gesetz eingepflegte „Endterminierung“ der Solarvergütung mit in die Betrachtung einbezogen wird: § 32 Abs. 2 EEG 2009 bestimmt, dass Freiflächenanlagen nur dann eine Vergütung erhalten, wenn sie *vor dem 1. 1. 2015 errichtet* worden sind und bestimmte planungsrechtliche Voraussetzungen erfüllen. Der Regelungskern von § 32 Abs. 2 EEG 2009 enthält neben einer Kategorisierung der Freiflächenanlagen (Anlagen im Bereich eines Bebauungsplans und Anlagen im Bereich einer Fachplanungsfläche) primär eine kalendarisch bestimmte „Deadline“ (Stichtag für den Auslauf der Vergütungsregelung), bis zu welcher der Anspruch überhaupt begründet werden sollte.¹¹ § 32 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009 verlangt somit, dass

- die Photovoltaikanlage vor dem 1. 1. 2015 errichtet sein muss (also auch danach noch in Betrieb genommen werden kann),
- vor dem 1. 1. 2015 ein Bebauungsplan vorhanden sein muss und
- sich die Anlage – räumlich – im Geltungsbereich des Bebauungsplans befindet.

8 Zwischen dem EEG 2012 (I) und dem EEG 2012 (II) sind hinsichtlich der planungsrechtlichen Voraussetzungen und des maßgeblichen Zeitpunkts für die Beurteilung der Vergütungs- bzw. Fördervoraussetzungen keine Änderungen zu verzeichnen. Deshalb wird aus Vereinfachungsgründen das EEG 2012 (II) in der Übersicht nicht abgebildet.

9 Eine umfassende Synopse über die verschiedenen Gesetzesfassungen kann unter www.goetze.net/files/synopse.pdf abgerufen werden.

10 BT-Drs. 16/8148, S. 60.

11 Zur zeitlichen Befristung siehe auch Salje, Kommentar zum EEG, 4. Aufl. (2007), § 11 EEG, Rdnr. 60 f., 88 ff.

Im Lichte dessen wird deutlich, dass es dem Gesetzgeber darum ging, dem Endtermin durch die Verwendung des Begriffs „Errichtung“ gleichsam „die Spitze zu brechen“. Eine vom Gesetzgeber intendierte Chronologie hinsichtlich der Planungs- und Bauphasen der Freiflächenanlage lässt sich aus dem Wortlaut dieser Norm dagegen *nicht* ableiten. Wäre eine zeitliche Vorverlagerung des Qualitätsstichtages für die Flächenvoraussetzungen einschließlich des Bebauungsplanerfordernisses vom Gesetzgeber beabsichtigt gewesen, so hätte er diese gravierende (!) Änderung in der Gesetzesbegründung entweder ausdrücklich klarstellen müssen (dazu sogleich) oder eine andere – präzisere – Formulierung im Gesetzestext gewählt (z. B.: „besteht ein Vergütungsanspruch nur, wenn für die Anlage bei Beginn ihrer Errichtung ein Bebauungsplan vorhanden ist“).

Zu der hier vertretenen Auffassung passt dann auch bruchlos¹², dass die Gesetzesbegründung – wie oben zitiert – ausdrücklich betont, dass eine *inhaltliche* Änderung mit der Modifizierung des Gesetzeswortlauts *nicht* verbunden sei. Dieser explizite Hinweis in den Gesetzesmaterialien, den sich der parlamentarische Gesetzgeber zu eigen machte, kann – anders als das OLG Naumburg dies tut – nicht ausgeblendet werden. Für § 11 EEG 2004 war – soweit ersichtlich – unstrittig, dass maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen eines Bebauungsplans die Inbetriebnahme war.¹³ Dass der Gesetzgeber nur den Wortlaut, aber nicht den Inhalt der Vergütungsregelung ändern wollte, kann richtigerweise nur bedeuten, dass der Gesetzgeber auch solche Anlagen fördern wollte, die zwar vor dem 1. 1. 2015 errichtet, zu diesem Zeitpunkt aber noch nicht in Betrieb genommen wurden. Der Gesetzgeber wollte also auch noch solche Anlagen fördern, die nach dem 1. 1. 2015 in Betrieb genommen wurden, vorausgesetzt, sie wurden vorher errichtet und befanden sich schon am 1. 1. 2015 im Geltungsbereich eines Bebauungsplans.¹⁴ In diesem Sinne wäre die Gesetzesänderung als Erweiterung und Begünstigung, keinesfalls jedoch als eine Verschärfung im Vergleich zu der Regelung in § 11 Abs. 3 EEG 2004 zu verstehen. Da für das Vorliegen der Vergütungsvoraussetzungen bereits nach den allgemeinen Vergütungsvorschriften der Zeitpunkt der Inbetriebnahme maßgeblich ist, war die Bezugnahme auf die Inbetriebnahme (wie noch in § 11 Abs. 3 EEG 2004) redundant.

Nimmt man ergänzend die Materialien zum EEG 2012 (I) in den Blick, wo im Zuge der Schaffung praktischer Erleichterungen für die Anlagenbetreiber erneut das Bebauungsplanerfordernis reflektiert wird, wird deutlich, dass die grammatikalisch-genetische Auslegung des § 32 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009 durch das OLG Naumburg auf „wackeligen Beinen“ steht: Der Gesetzgeber stellte im Zuge der Novellierung EEG 2012 ausdrücklich klar, dass es nicht (mehr) auf einen wirksamen Bebauungsplan ankommt, sondern das Vorliegen eines Satzungsbeschlusses ausreicht:

„Aus Klarstellungsgründen wird bei Freiflächen nach Absatz 1 Nummer 3 und Absatz 3 jedoch nicht mehr auf die Errichtung der Anlagen im Geltungsbereich eines Bebauungsplans abgestellt, da dies erhebliche Rechtsunsicherheit geschaffen hat,

insbesondere in den Fällen, in denen sich die Verkündung des Bebauungsplans verzögert hat. *Deswegen soll künftig auf den Satzungsbeschluss der Gemeinde über die Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans abgestellt werden.*“¹⁵ [Hervorhebungen nicht im Original]

Diese Änderung sollte das Handling der Bebauungsplanvoraussetzung in der Praxis verbessern. Der Normgeber hatte hier erkennbar Fälle vor Augen, in denen sich die Inkraftsetzung des Bebauungsplanes verzögerte und so eine fertige Anlage nicht in Betrieb gehen konnte. Genau dies waren nämlich die Fälle, die von den Branchenverbänden an das zuständige Fachministerium herangetragen worden waren. Es ging gerade nicht – oder nicht vordergründig – um Fälle, wo – in der Diktion des OLG Naumburg – der Beginn der Errichtung dieser Anlagen auf den Bebauungsplan warten musste.

b) Normsystematik und Zweckerwägungen

Für die – in die Systematik des Normenkomplexes eingebettete – Interpretation des § 32 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009 darf zudem nicht ausgeblendet bleiben, dass es für die Vergütung und ihre Parameter grundsätzlich nicht auf die Errichtung, sondern auf die Inbetriebnahme ankommt, wenn und soweit nicht im Einzelfall eine zeitliche Vorverlagerung angeordnet wird. All diese systematischen und teleologischen Erwägungen führen letztlich zum Ergebnis, dass es ausreicht, wenn im Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Freiflächenanlage die Vergütungsvoraussetzungen vorliegen.

Eindeutig ist im EEG zunächst geregelt, dass es für den Beginn der 20-jährigen Vergütungsdauer¹⁶ und auch für die Bestimmung der Vergütungshöhe¹⁷ (bzw. der Marktprämie / anzulegenden Werte im Sinne des EEG 2014) auf den Inbetriebnahmezeitpunkt ankommt.¹⁸ Der Zeitpunkt der Inbetriebnahme ist nach

12 Abzulehnen ist deshalb die Auffassung von Schomerus, in: Frenz/Müggenborg, Kommentar zum EEG, 1. Aufl. (2010), § 32 EEG, Rdnr. 43, der zwar bezweifelt, dass nach der zitierten Sentenz der Gesetzesbegründung keine inhaltliche Veränderung mit der Änderung des Wortlauts verbunden sei, hieraus aber dann inkonsequent einen abweichenden Regelungswillen ableitet.

13 Vgl. dazu Salje (o. Fußn. 10), § 11 EEG, Rdnr. 107 f.

14 So auch Bönning, in: Reshöft, Kommentar zum EEG, 3. Aufl. (2009), § 32 EEG, Rdnr. 26.

15 Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, BT-Drs. 17/6071, S. 76 [rechte Spalte].

16 Vgl. § 21 Abs. 2 EEG 2009, § 21 Abs. 2 2012 (I) und (II) bzw. § 22 Satz 2 EEG 2014.

17 Vgl. § 20 EEG 2009, § 20 EEG 2012 (I) und (II) bzw. § 26 EEG 2014.

18 Vgl. z. B. auch Ekardt/Hennig, in: Frenz/Müggenborg, Kommentar zum EEG, 3. Aufl. (2013), § 21 EEG, Rdnr. 2.

den jeweiligen Übergangsbestimmungen¹⁹ in der Regel auch maßgebend für die Frage, nach welcher EEG-Fassung sich die Fördervoraussetzungen für eine Photovoltaikanlage bestimmen.²⁰ Da mit der Inbetriebnahme der Photovoltaikanlage die Vergütungsdauer zu laufen beginnt und gleichzeitig die Höhe der – für den gesamten Vergütungszeitraum gleichbleibenden – Vergütung bestimmt wird, spricht alles dafür, dass der Gesetzgeber ein Modell vor Augen hatte, wonach sämtliche Vergütungsvoraussetzungen grundsätzlich in diesem Zeitpunkt vorliegen müssen. Der Zeitpunkt der Inbetriebnahme nach § 3 Nr. 5 EEG 2009 markiert somit den „Qualitätsstichtag“, zu dem die Vergütungsvoraussetzungen nachzuweisen sind.

Ausgehend vom Grundsatz der Inbetriebnahme als maßgebender Zäsur trifft das EEG in einzelnen Vergütungstatbeständen abweichende Einzelfallregelungen zum „Qualitätsstichtag“, die diesen gleichsam punktuell vorverlagern: So müssen etwa Versiegelungen (§ 32 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2009) bereits im Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung oder Änderung eines Bebauungsplans vorhanden gewesen sein.²¹ Gleiches gilt bei Konversionsflächen (§ 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009): Hier darf – als negative Tatbestandsvoraussetzung – im Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung und Änderung eines Bebauungsplans kein Naturschutzgebiet oder Nationalpark festgesetzt sein.²² Auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung wird für Konversionsflächen allerdings nur hinsichtlich der flächenbezogenen (ökologischen) Voraussetzungen – zugunsten des Betreibers – ebenfalls auf diesen Zeitpunkt abgestellt, da bis zur Inbetriebnahme ggf. ökologische Verbesserungen der Fläche (z. B. Sanierung) absichtsvoll herbeigeführt werden.²³ Alle diese Voraussetzungen, die bereits *vor der Inbetriebnahme* erfüllt sein müssen, qualifizieren den Vorhabenstandort als vom Gesetzgeber ausgewählte und förderwürdige Potentialfläche für PV-Freiflächenanlagen. Sie weisen alle auf eine bereits vorhandene Vorbelastung hin bzw. belegen, dass keine „Tabukriterien“ (Nationalpark, Naturschutzgebiet) gegen eine Photovoltaikanlage sprechen. Die bereits belastete Fläche soll aber sinnvoll und nachhaltig genutzt werden und dafür kann und soll es zulässig sein, wegen der Photovoltaikanlage die Fläche zu verändern, insbesondere zu sanieren oder zu rekultivieren und die vorhandenen ökologischen Missstände zu beseitigen.²⁴ Es ist daher nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber für diese flächenbezogenen Tatbestandsvoraussetzungen – ausnahmsweise – auf einen frühen, der Inbetriebnahme vorgelagerten Zeitpunkt abstellt und damit die Möglichkeit schuf, vor der Inbetriebnahme und Fertigstellung der Photovoltaikanlage die Vorhabenfläche ökologisch aufzuwerten.

Es sind – entgegen der Entscheidung des OLG Naumburg – auch keine überzeugenden teleologischen Gründe²⁵ erkennbar, die gegen die Inbetriebnahme als maßgeblichen Zeitpunkt für das Vorliegen eines Bebauungsplans sprechen. Der Gesetzgeber wollte mit dem Bebauungsplanerfordernis sicherstellen, dass sich ein kommunales Gremium unter Beteiligung der Öffentlichkeit mit der Frage auseinandersetzt, ob und wo eine Freiflächenanlage in der Gemeinde errichtet werden soll. Hierdurch sollte entsprechende Akzeptanz gewährleistet werden.

Wenn bei Errichtung der Anlage wegen formeller und materieller „Planreife“ des Bebauungsplanes nach § 33 BauGB²⁶ – also nach der förmlichen Behörden- und Öffentlichkeitsbeteiligung nach §§ 3 Abs. 2, § 4 Abs. 2 BauGB [§ 33 Abs. 1 Nr. 1 BauGB] und dem Feststehen des Abwägungsergebnisses im Kern mit hinreichender Sicherheit [§ 33 Abs. 1 Nr. 2 BauGB] – eine Baugenehmigung erteilt werden kann und im Zeitpunkt der Inbetriebnahme ein Bebauungsplan als Satzung existiert, liegen ab dem Moment, in dem erstmals ein Vergütungsanspruch geltend gemacht werden kann, alle gesetzlichen Anforderungen für eine Vergütung nach § 32 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009 vor. Der Sinn und Zweck des Planungserfordernisses wird erfüllt und auch systematische Brüche zum Baurecht werden vermieden, die unter dem Gesichtspunkt der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung zudem problematisch wären.

Im Übrigen ist zu sehen, dass das Generalziel – gleichsam der überwölbende teleologische Rahmen – des EEG darin besteht, den Bau von Anlagen zur Erzeugung von Energie aus regenerativen Energiequellen zu fördern. Eine Interpretation, die zu erheblich restriktiveren Fördervoraussetzungen gelangt, ist somit verstärkt begründungsbedürftig. Auch Schnelligkeit ist der Vergütungssystematik des EEG immanent: Der Gesetzgeber beeinflusste durch Schaffung eines Degressionsmechanismus ein gewolltes Klima zügiger Planung und Realisierung. Eingrenzende Judikate – wie jenes des OLG Naumburg – müssen deshalb besonders sorgfältig den Sinn und Zweck der errichteten Restriktionsbedingungen hinterfragen.

Anders gewendet: Es erscheint als bloße Förmelerei, wenn man – wie es das OLG Naumburg in der Konsequenz fordert – in der Weise auf den Wortlaut abstellt, dass die Errichtung der

19 Vgl. z. B. § 66 EEG 2012 (II) oder § 100 EEG 2014.

20 Der Vergütungsbeginn (d. h. der Zeitpunkt, ab dem frühestens ein Anspruch auf Einspeisevergütung besteht) hängt gemäß § 21 Abs. 1 EEG 2009 und § 21 Abs. 1 2012 (I) und (II) hingegen von dem Zeitpunkt ab, ab dem der Generator erstmals Strom aus Erneuerbaren Energien oder Grubengas erzeugt und in das Netz einspeist.

21 Vgl. § 32 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2009, § 32 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2012 (I) bzw. § 32 Abs. 1 Nr. 3 c) bb) EEG 2012 (II) bzw. § 51 Abs. 1 Nr. 3 c) bb) EEG 2014; siehe dazu auch Götze, in: Hoppenberg/de Witt (o. Fußn. 1), Kapitel Z VII, Rdnr. 61.

22 Vgl. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009, § 32 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2012 (I) bzw. § 32 Abs. 1 Nr. 3 c) cc) EEG 2012 (II) bzw. § 51 Abs. 1 Nr. 3 c) cc) EEG 2014.

23 Vgl. Clearingstelle EEG, Empfehlung 2010/2 vom 1.7.2010, Rdnr. 56 ff.; a. A. offenbar Schulz, in: Säcker, Kommentar zum EEG 2014, 3. Aufl. (2015), § 51 EEG, Rdnr. 150.

24 Vgl. Clearingstelle EEG, Empfehlung 2010/2 vom 1.7.2010, Rdnr. 57.

25 Und der teleologischen Auslegungsmethode misst das OLG Naumburg eine hohe Bedeutung zu, wie sich aus seiner Entscheidung vom 17.7.2014 – 2 U 156/13 (EnWG), Rdnr. 17 [juris] ergibt.

26 Dazu aus der bauplanungsrechtlichen Kommentarliteratur etwa Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Kommentar zum BauGB, Stand: 1.5.2015, Rdnr. 31 ff., 39 ff.

Photovoltaikanlage erst nach dem Inkrafttreten eines Bebauungsplans erfolgen dürfte, insbesondere in Fällen, in denen schon vorher eine Baugenehmigung vorliegt. Der Sinn und Zweck der Regelung (Akzeptanz, Steuerungsmöglichkeiten der Gemeinde) wird auch dann erfüllt, wenn eine – baurechtlich genehmigte – Photovoltaikanlage errichtet wird und danach der Bebauungsplan fertiggestellt wird. Hier sichert zudem das Einvernehmenserfordernis nach § 36 Abs. 1 BauGB, was auch in der Fallkonstellation des § 33 BauGB eingreift, den planerischen Willen der Standortgemeinde und der durch den Gemeinderat repräsentierten lokalen Öffentlichkeit.

Sicherlich wäre es – wie das OLG Naumburg erwägt – denkbar, dass das Bebauungsplanverfahren scheitert und eine großflächige Freiflächenanlage „in der Welt ist“, die die Gemeinde nicht – oder jedenfalls nicht an dem realisierten Standort – haben möchte. In diesem Fall besteht unter Umständen die Möglichkeit, die Baugenehmigung aufzuheben. Dieser Fall wird aber selten sein und kann nicht eine Auslegungsthese stützen, die in einer Vielzahl von Fällen den Vergütungsanspruch ausschließt. Zum anderen könnte dieser Fall aber auch ohne die Steuernormen des EEG eintreten; schließlich ist es rechtlich zulässig bei entsprechender Baurechtmäßigkeit eine Freiflächenanlage zu errichten, auch wenn kein Bebauungsplan vorliegt. Der Anlagenbetreiber erhält schlicht keine Förderung, rechtmäßig ist die Anlage gleichwohl. Es ist in diesem Zusammenhang in Erinnerung zu rufen, dass der EEG-Gesetzgeber Freiflächenanlagen ohne Bebauungsplan nicht verhindern oder gar verbieten wollte. Vielmehr entschied er sich dazu, nur solche Freiflächenanlagen zu fördern, die sich im Umgriff eines Bebauungsplans (oder einer Fachplanungsfläche) befinden. Genau dieses Ziel wird aber auch dann erreicht, wenn der Bebauungsplan erst nach der Errichtung, aber vor der Inbetriebnahme als Vergütungsstartpunkt vorliegt.

2. Errichtung als punktuelle Tathandlung?

Aber selbst wenn man – entgegen unserer Rechtsauffassung – dem OLG Naumburg darin folgte, dass es als „Qualitätsstichtag“ für die Vergütungsvoraussetzungen auf den Zeitpunkt der Errichtung ankäme, ist nicht – wie es das Gericht tut – auf den Baubeginn abzustellen. Vielmehr ist die Errichtung im baulichen Kontext eine *Dauerhandlung*, die zwar mit dem Baubeginn ihren Anfang nimmt, nicht jedoch damit abgeschlossen ist. Es spricht sogar alles dafür, dass selbst in diesem Fall unter „Errichtung“ grundsätzlich (auch) *der letzte Errichtungsakt* zu verstehen ist. Diesen markiert im Grundsatz der Inbetriebnahmezeitpunkt, bzw. wenn man hier noch präziser abgrenzen mag, den Zeitpunkt der Herstellung der Inbetriebnahmefähigkeit (Betriebsbereitschaft) der Anlage. In der Literatur zum EEG wird auf ganz ähnlicher Linie unter anderem vertreten, dass es auf die Baumaßnahme der Errichtung ankomme und deshalb die bauliche Erstellung vollendet – nicht erst begonnen – sein müsse.²⁷

Der Begriff des „Errichtens“ ist unter anderem aus den Bauordnungen der Länder bekannt. „Errichten“ ist danach das

Herstellen neuer baulicher Anlagen auf einem Grundstück.²⁸ Der Begriff „Errichtung“ wird darüber hinaus in § 29 BauGB genannt. Im Sinne von § 29 BauGB wird unter Errichtung einer baulichen Anlage deren Herstellung oder die Wiederherstellung einer zerstörten Anlage mithilfe von Baustoffen und Baumaterialien verstanden.²⁹ Von der Errichtung einer Photovoltaikanlage kann im baurechtlichen bzw. baufachlichen Sinne erst gesprochen werden, wenn die Inbetriebnahme möglich ist, d. h. der Generator in Betrieb genommen werden kann.

Für die Annahme, dass mit dem Begriff des „Errichtens“ die Herstellung einer inbetriebnahmefertigen Photovoltaikanlage gemeint ist, spricht auch der Wortlaut des § 32 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009: Die Anlage soll im Bereich eines Bebauungsplans „errichtet worden sein“. Unstreitig dürfte sein, dass eine Anlage erst errichtet *worden* ist, wenn der Errichtungsvorgang abgeschlossen, mithin die bauliche Herstellung der PV-Anlage vollendet ist. Hätte der Gesetzgeber – wie das OLG Naumburg allerdings annimmt – auf den Beginn der Errichtung abgestellt, hätte er dies mit der Formulierung „errichtet *wird*“ zum Ausdruck bringen können und wohl auch müssen.

Die Lösung des OLG Naumburg generiert zudem erhebliche Abgrenzungsprobleme, etwa zu bauvorbereitenden Maßnahmen. Diese Abgrenzungsprobleme ergeben sich beim in Rechtsprechung und Praxis konturierten Begriff der Inbetriebnahme bzw. der Baufertigstellung (Inbetriebnahmeignung) nicht. Aus Praktikabilitätsgründen sollte deshalb auf die Inbetriebnahme als maßgebende „Zäsur“, in der die flächenbezogenen Vergütungsvoraussetzungen (insbesondere: der Bebauungsplan) vorliegen müssen, wenn nicht etwa aus besonderen Sachgründen (wie z. B. für die ökologischen Eigenschaften einer Konversionsfläche) eine Vorverlagerung des Qualitätsbestimmungszeitpunkts für einzelne Flächenkriterien (etwa auf den Zeitpunkt des Aufstellungsbeschlusses gemäß § 2 Abs. 1 BauGB) geboten ist.

3. Qualitative Anforderungen an Bebauungsplan

Unabhängig von der Frage, ob es hinsichtlich des Bebauungsplanerfordernisses auf den Zeitpunkt der Errichtung oder der Inbetriebnahme der Photovoltaikanlage ankommt, überspannt das OLG Naumburg zudem die qualitativen Anforderungen an den Bebauungsplan.

27 Vgl. Schomerus: in: Frenz/Müggenborg (o. Fußn. 17), § 32 EEG, Rdnr. 54; so grundsätzlich auch Schulz, in: Säcker (o. Fußn. 22), § 51 EEG, Rdnr. 150.

28 Vgl. z. B. Johlen, in: Gädtke/Czepuck/Johlen/Plietz/Wenzel (Hrsg.), Kommentar zur BauO NRW, 12. Aufl. (2011), § 3 BauO NRW, Rdnr. 20.

29 Vgl. dazu z. B. Ferner, in: Ferner/Kröniger/Aschke (Hrsg.), Kommentar zum BauGB, 3. Aufl. (2013), § 29 BauGB, Rdnr. 7.

a) Aufstellungsbeschluss, Inkrafttreten oder Wirksamkeit erforderlich?

Das EEG 2009 verlangte noch, dass die Anlage im „Geltungsbereich“ eines Bebauungsplans errichtet wurde. Ob dies einen in Kraft getretenen und wirksamen Bebauungsplan erforderte, ist umstritten.

Zunächst ist zwischen einem in Kraft getretenen Bebauungsplan und einem wirksamen bzw. rechtmäßigen Bebauungsplan zu unterscheiden. Ein Bebauungsplan wird als Satzung beschlossen (§ 10 Abs. 1 BauGB) und entfaltet grundsätzlich nur dann Rechtswirkungen, wenn er in Kraft getreten ist (Ausnahme: Baugenehmigung nach § 33 BauGB noch bevor das Bauleitplanverfahren abgeschlossen ist). Rechtswidrig ist ein Bebauungsplan, wenn er formell und / oder materiell fehlerhaft ist. Ein rechtswidriger Bebauungsplan ist jedoch nur dann auch unwirksam bzw. ungültig, wenn die Fehler nach den Planerhaltungsgrundsätzen der §§ 214, 215 BauGB (noch) beachtlich sind. Während das Inkrafttreten durch die ortsübliche Bekanntmachung (vgl. § 10 Abs. 3 Satz 4 BauGB) noch relativ leicht festgestellt werden kann, kann die Wirksamkeitsprüfung durchaus komplexe juristische Prüfungen erfordern.

Das OLG Koblenz vertrat hierzu – in einem Eilverfahren – die weitgehendste Auffassung und ließ einen Aufstellungsbeschluss für den Bebauungsplan ausreichen. Ein Inkrafttreten sei nicht erforderlich.³⁰ Überwiegend wird wegen des im EEG 2004 und EEG 2009 verwendeten Begriffs „Geltungsbereich“ jedoch vertreten, dass der Bebauungsplan zwar in Kraft getreten, nicht aber auch wirksam sein müsse. Die Clearingstelle EEG hat zum EEG 2009³¹ und auch bereits zum EEG 2004³² vertreten, dass vor dem Inkrafttreten des Bebauungsplans grundsätzlich kein Vergütungsanspruch besteht (Ausnahme: Baugenehmigung nach § 33 BauGB; dazu gleich unter b)). Dass es auf die im Zweifel schwierig festzustellende Wirksamkeit des Bebauungsplans nicht ankomme, hat etwa das LG Dresden in zwei Entscheidungen klargestellt:³³ Das Gericht verweist auf die räumliche Komponente des Begriffs „Geltungsbereich“ und darauf, dass die mit dem Bebauungsplanerfordernis bezweckte Standortsteuerung durch die Gemeinde keine erneute Wirksamkeitsprüfung bedürfe. Das OLG Naumburg verlangt zwar einen wirksamen Bebauungsplan, scheint jedoch nur einen in Kraft getretenen – nicht auch rechtmäßigen – Bebauungsplan zu meinen, weil es die Wirksamkeit des Bebauungsplans an seiner Bekanntgabe festmacht.³⁴

Unstreitig dürfte es damit sein, dass es auf die Rechtmäßigkeit eines Bebauungsplans nicht ankommt; dies würde nicht zuletzt zu dem Problem führen, dass der Netzbetreiber als privater Anspruchsschuldner komplizierte Rechtsfragen zu prüfen hätte. Durchaus vertretbar wäre es jedoch auch auf den Satzungsbeschluss abzustellen, wie es seit dem EEG 2012 (I) ausdrücklich gesetzlich gefordert wird. Zwar hat der Gesetzgeber in seiner Begründung zum Ausdruck gebracht, dass *künftig* auf den Satzungsbeschluss abzustellen sei. Sehr wahrscheinlich sollte dies aber nur eine deklaratorische Regelung sein, wonach auch der

Wortlaut – entsprechend der bisherigen Rechtslage – künftig auf den Satzungsbeschluss abstelle.³⁵

b) Sonderfall: Baugenehmigung nach § 33 BauGB

Selbst wenn man – entgegen der hier vertretenen Meinung – nicht auf die Inbetriebnahme als Bezugszeitpunkt abstellt bzw. ein in Kraft getretener Bebauungsplan auch schon bei Beginn der Anlagenerrichtung vorliegen müsste, so müsste jedenfalls besondere Berücksichtigung finden, wenn eine Baugenehmigung nach § 33 BauGB vorliegt – insbesondere in den Fällen, in denen ein Bebauungsplan bei Errichtung der Anlage noch nicht existiert.

Nach Auffassung der Clearingstelle EEG soll eine PV-Freiflächenanlage zwar grundsätzlich erst nach dem Vorliegen des Bebauungsplans errichtet werden. Eine Ausnahme gelte jedoch in dem Fall, dass die Photovoltaikanlage auf Grundlage von § 33 BauGB errichtet wird (analoge Anwendung des § 11 EEG 2004 bzw. § 32 EEG 2009):

„Grundsätzlich ist die Solaranlage erst nach dem Beschluss des Bebauungsplans zu errichten. In dem Sonderfall der Errichtung der Solaranlage auf der Grundlage von § 33 BauGB besteht jedoch auch dann ein Anspruch auf Förderung, wenn bereits nach Vorliegen der Voraussetzungen des § 33 BauGB errichtet wurde und der Bebauungsplan später beschlossen wird. Allerdings besteht in so einem Fall der Förderanspruch zeitlich erst ab dem Zeitpunkt des Beschlusses des Bebauungsplans.“³⁶

Die Clearingstelle EEG hatte diese Rechtsauffassung bereits unter Geltung des EEG 2004 entwickelt³⁷ und ausdrücklich auch mit Inkrafttreten des EEG 2009 aufrechterhalten:

„Es ist damit auch unter dem EEG 2009 davon auszugehen, dass der Gesetzgeber einen Vergütungsanspruch in Konstellationen, in denen eine PV-Freiflächenanlage auf der Grundlage des § 33 BauGB realisiert worden ist, nicht endgültig ausschließen wollte, wenn der für die Genehmigung nach § 33 BauGB

30 OLG Koblenz, Urte. v. 23. 1. 2013 – 5 U 1276/12, Rdnr. 52 [juris].

31 Clearingstelle EEG, Votum 2013/50 vom 3. 12. 2013, Rdnr. 35.

32 Clearingstelle EEG, Votum 2011/9 vom 5. 10. 2011, Rdnr. 31, 35.

33 LG Dresden, Urte. v. 31. 5. 2012 – 8 O 2938/11 [juris]; LG Dresden, Urte. v. 25. 1. 2013 – 8 O 2939/11 (abrufbar unter www.clearingstelle-eeeg.de).

34 Vgl. OLG Naumburg, REE 2015, 124 [125 f.].

35 So auch bereits Götze, in: Hoppenberg/de Witt (o. Fußn. 1), Kapitel Z VII, Rdnr. 47.

36 Unter Verweis auf Clearingstelle EEG, Votum 2011/9 vom 5. 10. 2011, Schulz, in: Säckler (o. Fußn. 22), § 51 EEG, Rdnr. 151. Für die Höhe der Vergütung gilt im Übrigen – wie immer – der Zeitpunkt der Inbetriebnahme, vgl. Clearingstelle EEG, Votum 2013/50 vom 3. 12. 2013, Rdnr. 66f.

37 Clearingstelle EEG, Votum 2011/9 vom 5. 10. 2011.

maßgebliche Bebauungsplan in Kraft tritt, und insoweit eine durch Analogie zu schließende Regelungslücke im Gesetz besteht.³⁸

Diese – aus unserer Sicht überzeugende – Rechtsauffassung trägt dem Umstand Rechnung, dass für die Erteilung einer Baugenehmigung auf Grundlage des § 33 BauGB strenge öffentlich-rechtliche Voraussetzungen gelten, d. h. unter anderem die sowohl formelle als auch materielle Planreife des Bebauungsplanes erforderlich ist. Das bedeutet, es müssen bereits wesentliche, Transparenz schaffende Verfahrensschritte durchgeführt worden sein (Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung). Außerdem muss sicher prognostizierbar sein, dass das Vorhaben den Festsetzungen des künftigen Bebauungsplans entsprechen wird, die der Bauherr zudem schriftlich als für sich bindend anerkennen muss. Das Inkrafttreten des Bebauungsplans hängt in diesem Stadium also überwiegend nur noch von formellen Verfahrensakten statt, die meist zwar zu keinen inhaltlichen Änderungen des Bebauungsplans mehr führen, sich aber hinziehen und die Umsetzung eines Vorhabens verzögern können. Es kann deshalb regelmäßig davon ausgegangen werden, dass das Vorhaben auch schon im Zeitpunkt der Planungsreife dem Planungswillen der Gemeinde entspricht.³⁹

Dem Sinn und Zweck des Bebauungsplanerfordernisses, dass die Bevölkerung Einfluss darauf nehmen kann, ob und wo eine Freiflächenanlage realisiert wird, wird also auch bei Vorliegen der formellen und materiellen Planreife bzw. bei einer Genehmigung nach § 33 BauGB durch die Öffentlichkeitsbeteiligung erfüllt. Ein hinreichend gereifter Bebauungsplan im Sinne des § 33 BauGB wird darüber hinaus wie ein bereits in Kraft getretener, wirksamer Bebauungsplan behandelt. Der Bauherr darf gegenüber einem Bauherrn, der in einem bereits beplanten Gebiet baut, nicht schlechter gestellt werden.⁴⁰ Es ist daher wegen der vergleichbaren Interessenlage geboten, dass auch ohne explizite Regelung im Gesetz (Gesetzeslücke) Photovoltaikfreiflächenanlagen, die auf Grundlage des § 33 BauGB errichtet werden, im Hinblick auf § 32 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009 vergütungsfähig sind. Dass der Gesetzgeber diese Fälle trotz der ähnlichen Ausgangslage bewusst nicht einbeziehen wollte, lässt sich anhand der Gesetzesmaterialien nicht nachvollziehen (Planwidrigkeit der Gesetzeslücke). Dies wäre auch nicht schlüssig, da insoweit die Einheit der Rechtsordnung für die Übernahme der baurechtlichen Wertung streitet. Damit liegen die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung der Vergütungsbestände auf Konstellationen, in denen im Errichtungszeitpunkt noch kein Bebauungsplan, aber eine Baugenehmigung nach § 33 BauGB existiert, vor.

Die Bedenken, die das OLG Naumburg hinsichtlich der analogen Anwendung von § 32 Abs. 2 EEG 2009 aufwirft, greifen unseres Erachtens nicht durch. Die gegenteilige Auffassung übersieht, dass die Baugenehmigung auf Grundlage von § 33 BauGB zur Absicherung des gemeindlichen Planungswillens und etwaiger Änderungen mit Nebenbestimmungen versehen werden könnte (insbesondere: Widerrufsvorbehalt). Im Übrigen kann die Baugenehmigung als Verwaltungsakt auch nach

§ 49 VwVfG widerrufen werden, wenn der in Kraft getretene Bebauungsplan entgegen der Erwartungen im Zeitpunkt des Genehmigungserlasses abweichende Festsetzungen enthält. Damit wird sichergestellt, dass nicht nur baurechtmäßige Photovoltaikanlagen errichtet werden, sondern es werden auch die Fördergrundsätze des EEG beachtet: Eine baurechtswidrige Photovoltaikanlage muss wieder abgebaut werden und kann mangels Stromeinspeisung keine Förderung erhalten. Hervorzuheben ist weiterhin, dass sich der Gesetzgeber mit dem EEG 2012 (I) selbst ausdrücklich dazu entschieden hat, auf den Satzungsbeschluss abzustellen. Damit nimmt der Gesetzgeber bewusst das Risiko in Kauf, dass sich der Bebauungsplan nach dem Bau der Photovoltaikanlage noch einmal ändert. Die Argumentation des OLG Naumburg vermag daher auch insoweit nicht zu überzeugen.

IV. Schlussbetrachtung

Problematisch und auch auf der Wertungsebene unstimmig ist an der vom OLG Naumburg entfaltenen Rechtsmeinung vor allem, dass dem Anlagenbetreiber letztlich gar kein Vergütungsanspruch zuerkannt wurde, obwohl er alle gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen – wenngleich nicht in der vom OLG Naumburg verlangten Chronologie – erfüllt und sich zudem nach Maßgabe des öffentlichen Baurechts sowohl rechtskonform als auch rational verhalten hat: Da der Anlagenbetreiber die Photovoltaikanlage errichtet hat und erst dann der Bebauungsplan in Kraft getreten ist, hat er – aus Sicht des Gerichts – seinen Förderanspruch vollständig verwirkt. Die Möglichkeit der Heilung durch erneute Inbetriebnahme wäre – bei formaler Anwendung der Grundsätze des OLG Naumburg – wohl versperrt. Diese drakonische und vom Gesetzgeber ersichtlich nicht beabsichtigte Rechtsfolge ist auch auf der Wertungsebene widersprüchlich zur bauplanungsrechtlichen Beurteilung (Einheit der Rechtsordnung). Letzten Endes erwächst hier auch ein grundrechtliches Problem, da die (faktische) Entwertung des ins Werk gesetzten Eigentums (Art. 14 Abs. 1 GG) unter Verhältnismäßigkeitsaspekten höchst problematisch erscheint.

Dem hätte das Gericht zumindest dadurch die Schärfe nehmen können, indem es einen Vergütungsanspruch ab dem Zeitpunkt zugesprochen oder als möglich erachtet hätte, in dem frühestens alle von ihm geforderten Vergütungsbedingungen vorlagen (hier: 6.2.2012). Durch eine (konkludente) neue Inbetriebnahme zu diesem Zeitpunkt wäre ein Vergütungsanspruch dann zumindest ab diesem Zeitpunkt unter Geltung des EEG 2012 (I) entstanden. Folgte man dagegen strikt der Auffassung des Gerichts, hätte der Anlagenbetreiber nach dem Inkrafttreten des

38 Clearingstelle EEG, Votum 2013/50 vom 3.12.2013, Rdnr. 40.

39 So auch Clearingstelle EEG, Votum 2011/9 vom 5.10.2011, Rdnr. 49.

40 VG Berlin, Beschl. v. 3.7.1996 – 19 A 694.96, Rdnr. 25 [juris].

Bebauungsplanes wohl nur die Option (gehabt), den kompletten Rückbau der Anlage vorzunehmen und diese dann noch einmal neu zu errichten, um *ex nunc* einen Vergütungsanspruch zu erlangen. Die Demontage der Anlage und eine Neuerrichtung, diesmal im Geltungsbereich des Bebauungsplans nach Maßgabe der Kautelen des OLG Naumburg, würden nicht nur völlig unverhältnismäßigen Aufwand verursachen, sondern wäre in einem hohen Maße – gemessen an den Zielen des EEG im Allgemeinen und der Förderung von Anlagen auf Konversionsflächen im Speziellen – sinnwidrig.

Diese Restriktionstendenzen in der Rechtsprechung führen direkt in eine Sackgasse: Die Energiewende kann nur gelingen, wenn die Interpretation des EEG durch die Gerichte und sein

Vollzug durch die Rechtsanwender Vertrauen schützt und den Zweck des EEG (§ 1 Abs. 1 EEG) im Interesse des Klima- und Umweltschutzes (Art. 20a GG) als Auslegungsdeterminante bei unbestimmten Gesetzesbegriffen im Zweifel durchschlagen lässt. Eine überzogen restriktive Interpretation der Vergütungsregelung, wie diejenige des OLG Naumburg, die im Ergebnis öffentlich-rechtlich gestattetes und zugleich wirtschaftlich rationales Verhalten der Betreiberseite mit dem Totalverlust der Vergütung sanktioniert, gefährdet dagegen das dringend erforderliche positive Investitionsklima bei den Erneuerbaren Energien, das gerade am Vorabend der konsequenten Umstellung auf ein Ausschreibungsmodell dringend nötig ist. Es bleibt zu wünschen, dass der Bundesgerichtshof ordnend eingreift und die Naumburger Entscheidung korrigiert.

Rechtsanwalt Dr. Christian Dümke, Berlin*

Die Durchsetzung des Anspruchs auf EEG-Abschlagszahlungen im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes

I. Einleitung

Ein Anlagenbetreiber, der seine Anlage zur Erzeugung von regenerativem Strom erfolgreich ans Netz gebracht hat, wird im Regelfall danach streben, im Rahmen des von ihm gewählten Vermarktungsmodells möglichst zeitnah vom Netzbetreiber auch eine Vergütung für den eingespeisten Strom zu erhalten. Und auch später, im laufenden Einspeisebetrieb der angeschlossenen Anlagen, ist der Betreiber im Regelfall auf einen kontinuierlichen Zahlungsfluss angewiesen. Dieses Interesse kann durch Auszahlung von monatlichen Abschlägen auf die zu erwartende Einspeisevergütung oder Marktprämie gewahrt werden. Aus diesem Grund hatte der Gesetzgeber bereits im Zuge der Novellierung des EEG 2012 in § 16 Abs. 1 Satz 3 EEG 2012 erstmals einen gesetzlichen Anspruch des Anlagenbetreibers auf regelmäßige Auszahlung von angemessenen Abschlägen ausdrücklich in das EEG aufgenommen. Zuvor mussten Abschlagszahlungen vom Anlagenbetreiber noch vertraglich mit dem Netzbetreiber vereinbart werden.¹ Im EEG 2014 ist der gesetzliche Anspruch auf Abschlagszahlungen dann noch einmal um eine ausdrückliche Regelung zur Fälligkeit der Abschlagsforderung erweitert worden. Zuvor bestand oft Unklarheit über den Fälligkeitszeitpunkt.² Auf die zu erwartenden Zahlungen für den eingespeisten Strom sind nunmehr gemäß § 19 Abs. 2 EEG 2014 vom Netzbetreiber monatlich jeweils zum 15. Kalendertag für den Vormonat Abschläge in angemessenem Umfang zu leisten.

II. Durchsetzung von Abschlagsforderungen im Streitfall

Im Streitfall kann der Anspruch des Anlagenbetreibers auf Zahlung von angemessenen Abschlägen zunächst einmal, wie jeder andere schuldrechtliche Zahlungsanspruch, mittels einer normalen Leistungsklage verfolgt werden. Bei streitigen, aber noch nicht fälligen Abschlagsforderungen, ist zudem eine Klage auf künftige wiederkehrende Leistung (§ 258 ZPO) oder generell eine Feststellungsklage³ möglich. Vor dem Hintergrund der eingangs geschilderten Interessenlage des Anlagenbetreibers an einem möglichst zeitnahen Zahlungsfluss und der im Regelfall zu erwartenden Verfahrensdauer eines Hauptsacheverfahrens kommt in der Praxis regelmäßig auch ein Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz in Betracht.

Hierbei sind jedoch besondere gesetzliche Anforderungen zu beachten: Nach § 935 ZPO ist der Erlass einer einstweiligen

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt und Sozjus in der Kanzlei Bethge.Reimann.Stari in Berlin und Dozent an der IUBH School of Business and Management am Standort Erfurt.

1 Vgl. Clearingstelle EEG, Empfehlung vom 9.12.2011 – 2011/12, S. 15.

2 Vgl. Clearingstelle EEG, Empfehlung vom 21.6.2012 – 2012/6, S. 5.

3 BGH, Urt. v. 19.11.2014 – VIII ZR 79/14, REE 2015, 32.