

2010/2

1. Juli 2010

Empfehlung

Die Clearingstelle EEG empfiehlt, die Frage des Empfehlungsverfahrens 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?

wie folgt zu beantworten:

1. **Der Begriff der „Konversionsfläche aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung“ ist hinsichtlich der in Betracht kommenden Nutzungsarten wie folgt auszulegen:**
 - (a) **Wirtschaftliche Nutzungen sind nicht nur gewerbliche und industrielle, sondern insbesondere auch Flächennutzungen im Rahmen der sog. staatlichen oder kommunalen Leistungsverwaltung (z.B. die Nutzung von Flächen zum Betrieb von Schulen, Bibliotheken, Museen oder für die Bereitstellung von Infrastruktur wie Straßen, Plätzen und öffentlichen Bauten, von öffentlichen Verkehrsmitteln oder öffentlicher Wasserversorgung), auch soweit sie in den Gemeindeordnungen als „nichtwirtschaftlich“ qualifiziert werden.**
 - (b) **Militärische Nutzungen sind alle Flächennutzungen durch Einheiten, die mit der Landesverteidigung beauftragt sind, unabhängig davon, ob diese unmittelbar oder mittelbar im Zusammenhang mit dem Verteidigungsauftrag stehen.**
 - (c) **Nicht erfasst sind alle Flächennutzungen, die dem ausschließlich privaten Bereich und der öffentlichen Eingriffsverwaltung zuzurechnen sind.**

2. Voraussetzung für die Qualifizierung einer Fläche als Konversionsfläche ist, dass der ökologische Wert der Fläche infolge der ursprünglichen wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung schwerwiegend beeinträchtigt ist. Die genehmigungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens ist dabei für die Qualifizierung der Fläche als Konversionsfläche nicht vorgreiflich. Vielmehr gilt ein EEG-spezifisches Anforderungsprofil.
3. Maßgeblich ist, ob sich der ökologische Wert der Fläche aufgrund der spezifischen Vornutzung schlechter darstellt als vor dieser bzw. ohne diese Nutzung. Dabei ist der Zustand sämtlicher Schutzgüter der Umwelt relevant.
4. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung der Beeinträchtigung des ökologischen Werts der Fläche ist der Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans. Veränderungen der Fläche nach diesem Zeitpunkt sind irrelevant.
5. Die Prüfung der flächenbezogenen Voraussetzungen ist nicht auf die Aufstellflächen der einzelnen Solarstromanlagen zu beziehen, sondern vielmehr ist die Konversionsfläche in ihrer Gesamtheit in den Blick zu nehmen. Dabei ist die Konversionsfläche diejenige Fläche, die innerhalb der räumlichen Ausdehnung der ursprünglichen wirtschaftlichen oder militärischen Vornutzung auf der Grundlage des Bebauungsplans tatsächlich einer Nachnutzung zugeführt wird. Es steht der Anlagenbetreiberin bzw. dem Anlagenbetreiber dabei frei, auf die tatsächliche Nachnutzung zum Zwecke der Solarstromerzeugung oder die ggf. auch zu anderen Zwecken erfolgende tatsächliche Nachnutzung abzustellen.
6. Ist eine schwerwiegende Beeinträchtigung des ökologischen Werts nur für Teile der tatsächlich einer Nachnutzung zugeführten Fläche gegeben, ist von einer Konversionsfläche auszugehen, wenn der überwiegende Teil der Fläche (d.h. mehr als 50 % der Fläche) eine solche Beeinträchtigung aufweist. Hierzu sind – durch einheitliche Merkmale gekennzeichnete – Teilflächen zu bilden, als beeinträchtigt oder unbeeinträchtigt zu qualifizieren und einander gegenüberzustellen.
7. Bei Vorliegen eines oder mehrerer der folgenden Kriterien besteht eine widerlegliche Vermutung dafür, dass der ökologische Wert der jeweils be-

trachteten (Teil-) Fläche aufgrund der spezifischen Vornutzung schwerwiegend beeinträchtigt ist:

- Existenz von Altlasten i. S. d. § 2 Abs. 5 BBodSchG¹ oder schädlichen Bodenveränderungen i. S. d. § 2 Abs. 3 BBodSchG² bzw. ein hinreichender Verdacht einer Altlast oder einer schädlichen Bodenveränderung i. S. d. § 9 Abs. 2 Satz 1 BBodSchG, § 3 Abs. 4 BBodSchV,³
- Existenz bzw. ein hinreichender Verdacht für die Existenz von Kampfmitteln,
- Versiegelungen der Bodenoberfläche, die mit einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der natürlichen Bodenfunktionen gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 a), b) und c) BBodSchG⁴ einhergehen,
- Flächen mit einer infolge tagebaulicher Nutzung beeinträchtigten Standsicherheit (z.B. Abbaugebiete und Kippenflächen aus dem Braunkohleabbau, bei denen – ggf. auch nach Sanierung und noch

¹Bundes-Bodenschutzgesetz vom 17.03.1998, BGBl. I S. 502, zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 09.12.2004, BGBl. I S. 3214; § 2 Abs. 5 lautet wie folgt: „Altlasten im Sinne dieses Gesetzes sind

- (a) stillgelegte Abfallbeseitigungsanlagen sowie sonstige Grundstücke, auf denen Abfälle behandelt, gelagert oder abgelagert worden sind (Altablagerungen), und
- (b) Grundstücke stillgelegter Anlagen und sonstige Grundstücke, auf denen mit umweltgefährdenden Stoffen umgegangen worden ist, ausgenommen Anlagen, deren Stilllegung einer Genehmigung nach dem Atomgesetz bedarf (Altstandorte),

durch die schädliche Bodenveränderungen oder sonstige Gefahren für den einzelnen oder die Allgemeinheit hervorgerufen werden.“

²„Schädliche Bodenveränderungen im Sinne dieses Gesetzes sind Beeinträchtigungen der Bodenfunktionen, die geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für den einzelnen oder die Allgemeinheit herbeizuführen.“

³Bundes-Bodenschutz- und Altlastenverordnung vom 12.07.1999, BGBl. I S. 1554, zuletzt geändert durch Artikel 16 des Gesetzes vom 31.07.2009, BGBl. I S. 2585; § 3 Abs. 4 BBodSchV lautet wie folgt: „Konkrete Anhaltspunkte, die den hinreichenden Verdacht einer schädlichen Bodenveränderung oder Altlast begründen (§ 9 Abs. 2 Satz 1 BBodSchG), liegen in der Regel vor, wenn Untersuchungen eine Überschreitung von Prüfwerten ergeben oder wenn auf Grund einer Bewertung nach § 4 Abs. 3 eine Überschreitung von Prüfwerten zu erwarten ist. Besteht ein hinreichender Verdacht im Sinne des Satzes 1 oder auf Grund sonstiger Feststellungen, soll eine Detailuntersuchung durchgeführt werden.“

⁴Natürliche Bodenfunktionen als „a) Lebensgrundlage und Lebensraum für Menschen, Tiere, Pflanzen und Bodenorganismen, b) Bestandteil des Naturhaushalts, insbesondere mit seinen Wasser- und Nährstoffkreisläufen, c) Abbau-, Ausgleichs- und Aufbaumedium für stoffliche Einwirkungen auf Grund der Filter-, Puffer- und Stoffumwandlungseigenschaften, insbesondere auch zum Schutz des Grundwassers“.

nach Entlassung der Fläche aus der Bergaufsicht – mit „Setzungen“ und Rutschungen zu rechnen ist),

- Aufrechterhaltung der speziellen gesetzlichen Aufsicht bzw. Überwachung der zuständigen Behörde nach Einstellung des Betriebes einer genehmigungsbedürftigen Anlage bzw. der Ausübung einer genehmigungsbedürftigen Tätigkeit, beispielsweise nach Immissionsschutz- oder Bergrecht.

8. Folgende Indizien sprechen im Weiteren für eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Schutzgüter der Umwelt aufgrund der Vornutzung auf der jeweiligen (Teil-) Fläche:

- Veränderungen des Bodens durch
 - einen im Vergleich zum standorttypischen pH-Wert stark veränderten pH-Wert des Bodens,
 - einen im Vergleich zum standorttypischen Humusgehalt stark abgesenkten Humusgehalt des Bodens,
 - eine im Vergleich zur standorttypischen Bodenfruchtbarkeit stark abgesenkte Bodenfruchtbarkeit,
 - Abfälle, Schadstoffe und sonstige im oder auf dem Boden befindliche Materialien, die aus der Vornutzung stammen (z.B. Trümmer),
 - künstliche Veränderungen der Erdoberfläche bzw. der Bodenstruktur, insbesondere weiträumige Bodenabträge, oder
 - Bodenerosion,

jeweils sofern hierdurch eine schwerwiegende Beeinträchtigung der natürlichen Bodenfunktionen gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 a), b) und c) BBodSchG eingetreten ist;⁵

- eine unmittelbar bevorstehende oder noch nicht abgeschlossene starke Anhebung des gegenwärtigen Grundwasserstandes mit möglichen Folgen für die Standsicherheit des Geländes.

⁵Sofern diese Bodenveränderungen nicht schon als schädliche Bodenveränderung i. S. d. § 2 Abs. 3 BBodSchG Gegenstand der o. g. Kriterien ist, die eine widerleglichen Vermutung für eine schwerwiegende Beeinträchtigung des ökologischen Werts einer Fläche begründen.

9. Bei Überschneidungen zwischen den verschiedenen Tatbeständen in § 11 Abs. 4 Nr. 1 bis 3 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 EEG 2009 kommt es darauf an, wodurch die konkret in Anspruch genommene Fläche in ihrer Gesamtheit geprägt ist. Von vornherein nicht angewendet werden die flächenbezogenen Voraussetzungen für Solarstromanlagen, die sich an oder auf baulichen Anlagen befinden, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichtet worden sind, sowie bei Anlagen, die sich auf Lärmschutzwänden oder Gebäuden i. S. v. § 33 Abs. 3 EEG 2009 bzw. § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 befinden. Das hindert nicht, diese baulichen Anlagen bzw. Gebäude bei der Prüfung der Beeinträchtigung des ökologischen Werts der Fläche in ihrer Gesamtheit zu berücksichtigen.
10. Die Clearingstelle EEG rät Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreibern und Netzbetreibern, zur Klärung von Zweifelsfragen im Einzelfall einvernehmlich die Einleitung eines Votumsverfahrens oder eines Einigungsverfahrens bei der Clearingstelle EEG zu beantragen, um gerichtliche Auseinandersetzungen zu vermeiden.

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung des Verfahrens	8
2	Einführung	9
3	Zusammenfassung der Stellungnahmen	15
4	Herleitung	22
4.1	Wortlaut	25
4.1.1	Konversionsfläche	25
4.1.2	aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung	28
	„Nutzung“	28
	Wirtschaftliche Nutzung	29
	Militärische Nutzung	31
4.1.3	relevanter Zeitpunkt	32
4.1.4	Fazit	34
4.2	Systematik	34
4.2.1	Betrachtung im Zusammenhang des EEG	35
	Folgen für die in Betracht kommenden Nutzungsarten	37
	Relevanz des tatsächlichen Zustands der Fläche; Zwischen- nutzungen	38
	Verhältnis zur Prüfung der Zulässigkeit des Vorhabens	39
	Bewertungsmaßstab/Anforderungsprofil	42
	Bestandteile der Konversionsfläche	45
	Verhältnis zu den anderen Fallgruppen und zu § 11 Abs. 3 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 2 EEG 2009	48
4.2.2	Betrachtung im Zusammenhang mit anderen Regelungen der Rechtsordnung	51
4.2.3	Fazit	53

4.3	Historische Auslegung	54
4.4	Genetische Auslegung	55
4.5	Teleologische Auslegung	57
	Bewertungsmaßstab	58
	Ausdehnung und Bestandteile der Konversionsfläche	61
4.6	Zusammenfassung der Ergebnisse und Ableitung der Empfehlungen .	63
4.7	Zu erbringende Nachweise; Beweisfragen	69
	Nachweis der tatsächlichen Vornutzung und ihrer Ausdehnung	71
	Nachweis der Nutzungsaufgabe	72
	Festlegung der durch die tatsächliche Nachnutzung räumlich begrenzten „Konversionsfläche“ innerhalb der räumlichen Ausdehnung der Vornutzung	73
	Nachweis des ökologischen Zustands der Fläche	74
	Vorgehen bei Widersprüchen	75
5	Anhang – Prüfungsschema § 32 EEG 2009	77

I Einleitung des Verfahrens

- 1 Die Clearingstelle EEG hat eine große Zahl von Anfragen und Anregungen zur Durchführung eines Empfehlungsverfahrens zu der Frage erhalten, unter welchen Voraussetzungen bei sogenannten Freiflächenanlagen davon auszugehen ist, dass sie sich auf Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung befinden und dementsprechend ein EEG-Vergütungsanspruch für den in diesen Anlagen erzeugten Strom gegeben ist. Insbesondere haben sich das Ministerium für Umwelt, Forsten und Verbraucherschutz des Landes Rheinland-Pfalz und die RWE Rhein-Ruhr Verteilnetz GmbH mit der Bitte um Einleitung und Durchführung eines entsprechenden Empfehlungsverfahrens an die Clearingstelle EEG gewandt.
- 2 Die Clearingstelle EEG hat auf ihrer Sitzung am 23. Februar 2010 durch den Vorsitzenden der Clearingstelle EEG, Dr. Lovens, das Mitglied der Clearingstelle EEG Dr. Winkler, die rechtswissenschaftliche Koordinatorin Richter und die nichtständigen Beisitzer der Clearingstelle EEG Grobrügge und Weißenborn gem. § 23 Abs. 1 Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG (VerfO) die Einleitung eines Empfehlungsverfahrens zu folgender 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?

Die Beschlussvorlage für die vorliegende Empfehlung hat gemäß §§ 24 Abs. 5, 22 Abs. 4 VerfO das Mitglied der Clearingstelle EEG Dr. Pippke erstellt.

- 3 Die bei der Clearingstelle EEG während der Stellungnahmefrist gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 VerfO akkreditierten Interessengruppen und die gemäß § 2 Abs. 4 Satz 3 VerfO registrierten öffentlichen Stellen haben bis zum 12. April 2010 Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gem. § 24 Abs. 1 VerfO erhalten. Die Stellungnahmen des Bundesverbandes Biogene und Regenerative Kraft- und Treibstoffe e. V., des Deutschen Bauernverbandes e. V., des BDEW Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e. V., des GEODE Groupement Européen des entreprises et Organismes de Distribution d'Énergie, des Ministeriums für Umwelt, Gesundheit und

Verbraucherschutz des Landes Brandenburg, des Bundesverbandes Solarwirtschaft e. V. und des Ministeriums für Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume des Landes Schleswig-Holstein sind fristgemäß eingegangen.

2 Einführung

- 4 Der EEG-Vergütungsanspruch besteht für Strom aus solarer Strahlungsenergie, der in sog. Freiflächenanlagen erzeugt wird, nicht in jedem Fall, sondern nur unter den in § 32 EEG 2009⁶ bzw. § 11 Abs. 2 bis 4 EEG 2004⁷ genannten Voraussetzungen. Sind diese Anlagen nicht an oder auf einer baulichen Anlage angebracht, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden ist, ist Voraussetzung für den Vergütungsanspruch, dass die Anlage entweder im Geltungsbereich eines Bebauungsplans im Sinne des § 30 BauGB⁸ in der jeweils geltenden Fassung oder auf einer Fläche, für die ein Verfahren nach § 38 Satz 1 BauGB durchgeführt worden ist, errichtet worden ist.
- 5 Die weiteren Voraussetzungen für den Vergütungsanspruch unterscheiden sich im erstgenannten Fall je nachdem, ob der Bebauungsplan zumindest auch zu diesem Zweck vor oder nach dem 1. September 2003 aufgestellt oder geändert worden ist. Bei einer Aufstellung oder Änderung auch zum Zweck der Errichtung der Solarstromanlage nach dem 1. September 2003 ist weitere Voraussetzung für den Vergütungsanspruch, dass die Anlage 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

⁶Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) vom 25.10.2008, BGBl. I S. 2074, zuletzt geändert durch Artikel 12 des Gesetzes vom 22.12.2009, BGBl. I S. 3950.

⁷Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) vom 21.07.2004, BGBl. I, S. 1918, zuletzt geändert durch Art. 7 Abs. 2 des Gesetzes vom 25.10.2008, BGBl. I, S. 2074.

⁸Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.09.2004, BGBl. I S. 2414, zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 31.07. 2009, BGBl. I S. 2585.

oder Änderung des Bebauungsplans (in den drei vorangegangenen Jahren)⁹ als Ackerland genutzt wurden.

Der Wortlaut der Regelungen im EEG 2004 und im EEG 2009 ist insoweit im Wesentlichen identisch.

- 6 Mit der Frage, welche flächenbezogenen Anforderungen an Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung im Sinne des EEG 2004 und des EEG 2009 zu stellen sind, haben sich bereits mehrere Gerichte befasst.
- 7 Das Landgericht Gießen hat für ein Grundstück, auf dem die zuvor betriebenen drei Windenergieanlagen oberirdisch vollständig abgebaut worden waren, auf dem sich lediglich in ca. 60 bis 70 cm Tiefe noch die Fundamente befanden und das zwischenzeitlich als Weideland genutzt wurde, maßgeblich auf das Fortwirken der Auswirkungen der vorherigen Nutzungsart abgestellt.¹⁰ Eine Nutzung als Standort für Windenergieanlagen könne grundsätzlich eine vorherige wirtschaftliche Nutzung der Fläche darstellen. Dem stehe nicht entgegen, dass die vorherige Nutzung das Gelände nicht vollständig in Anspruch genommen habe. Eine vollständige Überbauung könne nicht gefordert werden. Abgesehen davon, dass einzuhaltende öffentlich-rechtliche Abstandserfordernisse die Art der Bebauung mit prägten, und zu deren Charakteristik gehörten und deshalb Abstandsflächen nicht losgelöst von tatsächlich bebauten oder sonst tatsächlich genutzten Flächen beurteilt werden könnten, zeigten auch die in den Gesetzesmaterialien genannten Beispiele, nämlich Abraumhalden, Tagebaugebiete, Truppenübungsplätze und Munitionsdepots, dass der Gesetzgeber hier eine Nutzung meine, die das Grundstück nicht lückenlos in Anspruch genommen habe. Im konkreten Fall sei die Fläche aber dennoch nicht als wirtschaftliche Konversionsfläche zu qualifizieren, weil es infolge des Rückbaus der oberirdischen Teile an der Fortwirkung der ehemaligen wirtschaftlichen Nutzung fehle. Die vormalige Nutzung präge den Charakter des Gebietes deshalb nicht mehr. Darüber hinaus stehe entgegen, dass das Grundstück in anderer Weise, nämlich als Weideland, genutzt werde, womit es wieder einem für den ländlichen Außenbereich typischen Nutzungszweck diene. Abschließend findet sich der Hinweis, dass die Einschätzung

⁹So die Formulierung im EEG 2009; im EEG 2004 war im Gesetzeswortlaut noch keine Angabe zu dem Nutzungszeitraum enthalten, s. § 11 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2004. Näher zu den flächenbezogenen Anforderungen nach dieser Regelung *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 13.06.2008 – 2008/6, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/6>.

¹⁰LG Gießen, Urt. v. 01.04.2008 – 6 O 51/07, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/377>.

der für die Bebauungsplanung zuständigen Gemeinde hinsichtlich der Qualifizierung des Geländes als Konversionsfläche keine präjudizielle Wirkung entfalte.

- 8 Das Landgericht Bad Kreuznach hat¹¹ für eine geplante Solarstromanlage, die auf dem Gelände eines ehemaligen NATO-Flugplatzes in unmittelbarer Nähe der Landebahn auf einer Grünfläche errichtet werden soll, die Voraussetzungen einer militärischen Konversionsfläche bejaht und zur Begründung ausgeführt, die bauleitplanerische Konversionsmaßnahme erstreckte sich auf das gesamte Areal des ehemaligen Flugplatzes und die räumliche Ausdehnung bzw. Begrenzung sei planerisch festgelegt.¹² Die gesamte Fläche sei eingezäuntes Sperrgebiet gewesen und von der flugbetrieblichen Infrastruktur geprägt. Es sei kein nachvollziehbarer Grund ersichtlich, abweichend von dieser üblichen und sachgerechten Gesamtschau dem Begriff „Konversionsfläche“ im Rahmen des § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 einen anderen Sinngehalt zu geben. Eine einschränkende Auslegung dahingehend, dass „Konversionsflächen“ nur solche Flächen umfassten, die mit militärischen Anlagen und Objekten bebaut gewesen seien, nicht jedoch zum Flugbetrieb notwendige Abstandsflächen und Sicherheitszonen, die damals wie heute mit Gras oder ähnlichen Pflanzen bewachsen seien, lehnte das LG Bad Kreuznach daher ab. Auch solche Grasflächen hätten damals ausschließlich der militärischen Nutzung unterlegen und seien einer anderweitigen Nutzung nicht zugänglich gewesen. Diese singuläre Nutzungsmöglichkeit wirke fort, bis dato sei keine andere Nutzung realisiert worden; die Konversionsmaßnahme solle eine solche erst ermöglichen. Die Auswirkungen der militärischen Nutzung entfielen auch nicht durch Zeitablauf, ausschlaggebend sei der unveränderte Zustand.
- 9 Diese Entscheidung deckt sich großenteils mit dem zu einer auf derselben Fläche bereits errichteten Solarstromanlage ergangenen Urteil des AG Bad Sobernheim.¹³ Dieses führt weitergehend aus, eine isolierte Betrachtung der Landebahn auf der einen und der unmittelbar angrenzenden Sicherheitsfläche auf der anderen Seite sei nicht angezeigt; eine solche Sichtweise würde eine willkürliche Aufspaltung des Geländes bedeuten. Der Flugbetrieb der Landebahn setze notwendigerweise bestimmte Infrastrukturen in unmittelbarer Umgebung voraus, so dass die benachbarte Grünfläche auch nicht anderweitig, z. B. als Weideland, habe genutzt werden können. In der Hauptsacheentscheidung führt das AG Bad Sobernheim ergänzend aus, auch

¹¹Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 59 EEG 2009.

¹²LG Bad Kreuznach, Urt. v. 02.09.2009 – 3 O 271/09, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/747>.

¹³AG Bad Sobernheim, Urt. v. 31.08.2009 – 61 C 245/09, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/746> – Urteil im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes.

die Flächen in unmittelbarer Nähe der Landebahn seien als wesentlicher Bestandteil der Infrastrukturanlage militärischen Beeinträchtigungen und einer erheblichen Gefahr von Verschmutzungen, beispielsweise von Reifenabrieb und Kerosin, ausgesetzt gewesen. Zudem sei der städtebauliche Vertrag aus dem Jahre 2003, der auf einen Zeitraum von mindestens 10 Jahren angelegt sei, ein weiteres Indiz dafür, dass die Konversion noch nicht abgeschlossen sei.¹⁴

- 10 Weite Teile der Literatur sehen unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung zu § 11 EEG 2004¹⁵ bzw. § 32 EEG 2009¹⁶ den Sinn und Zweck der Regelungen in § 11 Abs. 4 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 EEG 2009 darin, die Errichtung von Freiflächenanlagen auf Flächen mit (ökologischer) Vorbelastung zu konzentrieren bzw. zu beschränken, und halten deshalb ein Fortwirken der Auswirkungen der ursprünglichen Nutzungsart für erforderlich.¹⁷
- 11 In einigen Bundesländern und Regierungsbezirken wurden für die Planung großflächiger Fotovoltaik-Freiflächenanlagen Kriterienkataloge zur Ermittlung geeigneter Flächen entwickelt.¹⁸ Nach diesen Kriterien sollen Freiflächenanlagen nur auf bereits vorbelasteten Landschaftsteilen errichtet und schutzwürdige Bereiche freigehalten werden. Als grundsätzlich geeignet werden in den schleswig-holsteinischen „Grundsätzen zur Planung von großflächigen Photovoltaikanlagen im Außenbereich“ etwa folgende Flächen bezeichnet:

¹⁴AG *Bad Sobernheim*, Urt. v. 05.05.2010, 61 C 405/09, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/746> – Entscheidung im Hauptsacheverfahren.

¹⁵BT-Drs. 15/2864, S. 44 f.

¹⁶BT-Drs. 16/8148, S. 60 f.

¹⁷Vgl. *Schomerus*, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), EEG Kommentar, 2010, § 32 Rn. 39, 62; *Böning*, in: Reshöft (Hrsg.), EEG Kommentar, 3. Aufl. 2009, § 32 Rn. 33; *Salje*, EEG Kommentar, 5. Aufl. 2009, § 32 Rn. 32 ff.; *Oschmann*, in: Altröck/Oschmann/Theobald, EEG Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 65; *Weißborn*, in: Böhmer/Weißborn (Hrsg.), Erneuerbare Energien – Perspektiven für die Stromerzeugung, 2. Aufl. 2009, S. 261, 345; *Mitschang*, NuR 2009, S. 821, 823; *Fischer/Lorenzen*, RdE 2004, S. 209, 211.

¹⁸Vgl. etwa für Schleswig-Holstein „Grundsätze zur Planung von großflächigen Photovoltaikanlagen im Außenbereich“, Gl Nr. 7515.1, Gemeinsamer Beratungserlass des Innenministeriums, der Staatskanzlei, des Ministeriums für Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume und des Ministeriums für Wissenschaft, Wirtschaft und Verkehr vom 05.07.2006, Amtsbl. Schl.-H. 2006, S. 607, abrufbar unter <http://shvv.juris.de>, zuletzt abgerufen am 22.06.2010; für Bayern Rundschreiben „Freiflächen-Photovoltaikanlagen“ des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 19.11.2009, IIB5-4112.79-037/09, Gl Nr. 2.1.(3), abrufbar unter <http://www.regierung.oberpfalz.bayern.de>, zuletzt abgerufen am 22.06.2010, und für den Regierungsbezirk Tübingen „Hinweise für die bau- und bauplanungsrechtliche Behandlung, Standortfragen und weitere damit zusammenhängende Fragestellungen“ des Regierungspräsidiums Tübingen, Az. 21-20/2600, abrufbar unter <http://www.rp.baden-wuerttemberg.de>, zuletzt abgerufen am 22.06.2010.

- versiegelte Konversionsflächen aus wirtschaftlicher und militärischer Nutzung,
- sonstige brachliegende, ehemals baulich genutzte Flächen im Außenbereich,
- Flächen im räumlichen Zusammenhang mit größeren Gewerbebetrieben im Außenbereich,
- AbfalldPONen und Altlastenflächen,
- Eignungsgebiete für die Windenergienutzung, sofern dadurch die auf diesen Flächen privilegierte Nutzungsform nicht unzulässig eingeschränkt wird,
- Verkehrswege und Verkehrsflächen im Außenbereich, sofern dies mit den jeweiligen verkehrlichen Anforderungen vereinbar ist.¹⁹

12 In dem bayerischen Rundschreiben werden ausschließende Kriterien (Liste ungeeigneter Standorte, insbes. Schutzgebiete nach BNatSchG, Biotope, artenschutzrechtlich relevante Flächen etc.) und Restriktionsgebiete bzw. einschränkende Kriterien (Liste nur bedingt geeigneter Standorte) genannt.²⁰

13 Auch das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit hat einen „Leitfaden zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Planung von PV-Freiflächenanlagen“ erstellen lassen.²¹ Darin werden als unter naturschutzfachlichen Aspekten geeignet insbesondere Flächen genannt,

- deren Biotopfunktion, Biotopverbundfunktion und Habitatfunktion (z.B. durch Lärm) bereits wesentlich beeinträchtigt ist,
- deren Bodenfunktionen (z.B. durch Versiegelung, Bodenverdichtung oder Kontamination) stark belastet sind,

¹⁹ „Grundsätze zur Planung von großflächigen Photovoltaikanlagen im Außenbereich“, Gl Nr. 7515.1, Gemeinsamer Beratungserlass des Innenministeriums, der Staatskanzlei, des Ministeriums für Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume und des Ministeriums für Wissenschaft, Wirtschaft und Verkehr vom 05.07.2006, Amtsbl. Schl.-H. 2006, S. 607, abrufbar unter <http://shvv.juris.de>, zuletzt abgerufen am 22.06.2010.

²⁰ Rundschreiben „Freiflächen-Photovoltaikanlagen“ des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 19.11.2009, IIB5-4112.79-037/09, Gl Nr. 2.1.(3), abrufbar unter <http://www.regierung.oberpfalz.bayern.de>, zuletzt abgerufen am 22.06.2010.

²¹ ARGE Monitoring PV-Anlagen, Leitfaden zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Planung von PV-Freiflächenanlagen, im Auftrag des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Stand 28.11.2007, abrufbar unter http://www.erneuerbare-energien.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/pv_leitfaden.pdf, zuletzt abgerufen am 22.06.2010.

- deren Landschaftsbild durch Bebauung und andere technische Objekte wie Verkehrswege etc. bereits erheblich verfremdet ist und das somit unempfindlich ist gegenüber den Wirkungen des Vorhabens,
- deren Bebauung keinen weiteren Verlust von Freiraum darstellt.

14 Die genannten Kriterienkataloge unterscheiden nicht zwischen planungs- und sonstigen zulassungsrechtlichen Anforderungen auf der einen und spezifischen EEG-vergütungsrechtlichen Anforderungen auf der anderen Seite, sondern nehmen sich der Thematik aus planungs- und zulassungsrechtlicher Sicht an. Demzufolge spielen darin insbesondere die bauleitplanerischen und naturschutzfachlichen Aspekte eine Rolle. Gegenstand des Empfehlungsverfahrens sind jedoch ausschließlich die flächenbezogenen Voraussetzungen für den Vergütungsanspruch nach § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009.

15 Nach den bei der Clearingstelle EEG in diesem Empfehlungsverfahren eingegangenen Stellungnahmen sowie den bei der Clearingstelle EEG bisher eingegangenen Anfragen zu Konversionsflächen sind insbesondere die folgenden Fragestellungen klärungsbedürftig:

- Welche Arten von Flächennutzungen kommen im Einzelnen als „wirtschaftliche oder militärische Nutzung“ im Sinne des Gesetzes in Betracht?
- Welcher Bewertungsmaßstab ist anzulegen für die „fortwirkende Belastung“ der Fläche?
- Welches ist der relevante Zeitpunkt für die Prüfung der flächenbezogenen Voraussetzungen?
- Wie ist die „Konversionsfläche“ räumlich zu begrenzen und welche Bestandteile gehören, insbesondere bei heterogener Belastungssituation, dazu?
- Schließen sog. Zwischennutzungen (insbes. landwirtschaftlicher Art) die Qualifizierung als Konversionsfläche aus?
- In welchem Verhältnis steht § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 zu anderen Tatbeständen (insbes. Versiegelungs- bzw. ehemalige Ackerflächen und bauliche Anlagen)?
- Welche Nachweise hat der Anlagenbetreiber zum Nachweis der flächenbezogenen Voraussetzungen zu erbringen?

3 Zusammenfassung der Stellungnahmen

16 Die fristgerecht eingegangenen Stellungnahmen²² lassen sich wie folgt zusammenfassen:

17 1. Stellungnahme des Bundesverbandes Biogene und Regenerative Kraft- und Treibstoffe e. V. (BBK)

- Der Begriff der Konversionsfläche sei weit auszulegen; auch die sich hinsichtlich der wirtschaftlichen bzw. militärischen (Vor-)Nutzung ergebenden Beurteilungsspielräume seien großzügig auszufüllen. Dies sei geboten, um den anstehenden Wegfall der Nutzungsmöglichkeiten von ehemaligen Ackerflächen zu kompensieren und den angestrebten Prozentsatz des Anteils der erneuerbaren Energien an der Stromversorgung erreichen zu können.
- Eine Konversionsfläche liege dann vor, wenn die im Einzelfall gebotene Beurteilung ergebe, dass die Auswirkungen der jeweiligen ursprünglichen Nutzungsart noch im Zeitpunkt der Errichtung der Fotovoltaikanlage fortwirkten. Allein daraus, dass die vorherige Nutzung schon vor langer Zeit beendet wurde, könne nicht geschlossen werden, dass eine Konversionsfläche nicht mehr vorliege; das Zeitmoment sei unerheblich, solange die Auswirkungen der vorherigen Nutzung noch fortwirkten.
- Das zu beurteilende Gelände sei einheitlich zu betrachten; eine lückenlose Versiegelung oder gar Bebauung sei nicht notwendig. Insbesondere gehörten auch Gras- und Abstandsflächen zur Konversionsfläche im Sinne des EEG, soweit der Charakter der Vornutzung sie mitpräge.

18 2. Stellungnahme des Deutschen Bauernverbandes e. V.

- Bei der Auslegung des Begriffs der „Konversionsflächen aus wirtschaftlicher und militärischer Nutzung“ sei aus Sicht der Landwirtschaft die in der Regel komplexe Nutzungshistorie der Flächen zu berücksichtigen. So könne während oder nach der wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung eine vorübergehende und/oder untergeordnete landwirtschaftliche Nutzung stattgefunden haben, z. B. durch Beweidung oder exten-

²²Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2010/2>.

sive Land- und Forstwirtschaft. Hierin solle kein generelles Ausschlusskriterium für die Annahme einer Konversionsfläche i. S. d. EEG liegen. Vielmehr solle eine Gesamtbewertung der Nutzungshistorie der Konversionsflächen erfolgen.

- Wesentlicher Ansatzpunkt für die Qualifizierung einer Fläche sei, ob durch die frühere wirtschaftliche bzw. militärische Nutzung solche Veränderungen bzw. Einschränkungen entstanden seien, die eine ertragsorientierte Land- oder Forstwirtschaft auf Dauer so stark belasteten, dass an diesem Standort kein nachhaltiger Reinertrag zu erwarten sei.
- Im Falle einer Rekultivierung der Fläche komme es vor allem auf die dadurch erreichte Bodenqualität an. Sei keine oder nur noch eine geringe Ertragsfähigkeit der Fläche gegeben oder bestünden dauerhaft bergrechtliche Beschränkungen, solle eine Vergütungsfähigkeit nach dem EEG gegeben sein. Anders sei dies bei Flächen zu sehen, die vollwertig rekultiviert worden seien bzw. für die Zusagen für eine solche vollwertige Rekultivierung zu land- oder forstwirtschaftlichen Zwecken bestünden.
- Bei einer landwirtschaftlichen Nutzung von Teilflächen in oder an den Konversionsflächen könne eine konkrete prozentuale Obergrenze für solche landwirtschaftlichen Teilflächen festgesetzt werden. Dabei sollten die landwirtschaftlichen Teilflächen deutlich untergeordneten Charakter haben und maximal 5 bis 10 Prozent der Gesamtfläche ausmachen.
- Es spreche viel dafür, jeweils die konkrete planerische Zweckbestimmung im Flächennutzungs- und im Bebauungsplan als maßgeblich anzusehen. Den Kommunen sei insoweit ein gewisser planerischer Spielraum zuzugestehen.

19 3. Stellungnahme des BDEW Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e. V.

- Sinn und Zweck der Regelungen in § 11 Abs. 4 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 EEG 2009 sei es, die Errichtung von Freiflächenanlagen auf naturbelassenen Flächen zu verhindern und gleichzeitig auf solche Flächen zu konzentrieren, die ohnehin bereits durch eine anderweitige vorherige Nutzung gegenüber dem ursprünglichen Naturzustand verändert worden seien. Deshalb sei es erforderlich, dass eine wirtschaftliche oder militärische

Nutzung tatsächlich stattgefunden habe und dass die Nutzung so lange und zeitlich noch nicht so weit entfernt stattgefunden habe, dass die Auswirkungen dieser vorherigen, ökologisch belastenden Nutzung noch fortwirkten.

- Dabei komme es konkret auf die Aufstellflächen für die betreffenden Solarstromanlagen an. Nicht erfasst seien Flächen, die zwar an Konversionsflächen grenzten oder als Teilflächen vom selben Bebauungsplan oder derselben Baugenehmigung erfasst würden oder sich innerhalb derselben Umzäunung befänden, aber keinerlei Auswirkungen der vorherigen wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung (mehr) aufwiesen.
- Keine Konversionsflächen im Sinne des EEG 2004 bzw. des EEG 2009 seien ehemals landwirtschaftlich genutzte Flächen. Gleiches gelte für bereits versiegelte Flächen, selbst wenn sie aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung stammten. Solche Flächen seien bereits Gegenstand der Regelungen in § 32 Abs. 3 Nrn. 1 und 3 EEG 2009 bzw. § 11 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 EEG 2004. Ebenfalls nicht Gegenstand der Regelungen in § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 bzw. § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 seien Solarstromanlagen, die i. S. d. § 32 Abs. 2 EEG 2009 bzw. § 11 Abs. 3 EEG 2004 an oder auf einer baulichen Anlage angebracht seien, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichtet worden sei.
- Konversionsflächen könnten danach Abraumhalden oder ehemalige Tagebaugebiete sein sowie Flächen, bei denen die Böden aus einer vorherigen wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung weiterhin und nachweislich kontaminiert seien. Speziell bei Tagebaugebieten und Truppenübungsplätzen müsse 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 aufwiesen oder nicht. Dies könne etwa bei ehemaligen Tagebaugebieten zweifelhaft sein, wenn diese wieder verfüllt und renaturiert worden seien.

20 4. Stellungnahme des GEODE Groupement Européen des entreprises et Organismes de Distribution d'Énergie

- Das Merkmal der „wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung“ sei weit auszulegen. Eine wirtschaftliche Nutzung im Sinne des EEG liege da-

bei nicht nur bei einer „gewerblichen“ oder „industriellen“ Nutzung vor, vielmehr könne grundsätzlich die Nutzung des Geländes durch alle Wirtschaftszweige zu einer Konversionsfläche führen. Eine Eingrenzung auf bestimmte Arten des Wirtschaftens sei nicht statthaft.

- Insbesondere seien die in der Gesetzesbegründung genannten Nutzungsarten nicht abschließend. In Betracht kämen zusätzlich nicht nur Fabrikgelände, durch Handwerksbetriebe genutzte Flächen, Messengelände und für Anlagen zur Energieversorgung verwandte Flächen, sondern auch Hotelgelände, Golfplätze oder Gewerbeparks. Dem Sinn des Gesetzes entspräche auch eine Heranziehung von zuvor landwirtschaftlich genutzten Flächen, wenn die Nutzung durch erhebliche Bodenbelastungen weiterhin negative Auswirkungen auf die Fläche habe.
- Entscheidend für die Qualifizierung einer Fläche als Konversionsfläche sei das Fortwirken der bisherigen wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung des Gebietes. Für das Vorliegen einer Konversionsfläche sprächen dabei 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.

21 5. Stellungnahme des Ministeriums für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz des Landes Brandenburg

- Für Bergbaufolgeflächen bzw. ehemalige Tagebaugelände und Abraummalden stehe, auch bei einer relativ kurzzeitigen landwirtschaftlichen Nutzung, einer Einstufung als Konversionsflächen nichts entgegen.
- Dafür spreche, dass die Folgen des Bergbaus auf solchen Flächen oft noch viele Jahrzehnte nachwirkten, z. B. in Form von Vernässungen, Rutschungen, Tagesbrüchen und einer eingeschränkten Bodenfruchtbarkeit.

22 6. Stellungnahme des BSW – Bundesverbandes Solarwirtschaft e. V.

- Die Begriffe der wirtschaftlichen und der militärischen Nutzung seien ebenso wie der Begriff der Konversionsfläche weit auszulegen. Dies gelte

auch hinsichtlich der räumlichen Erstreckung sowie der zeitlichen Reichweite.

- Von einer wirtschaftlichen Nutzung sei auszugehen, wenn sie der Gewinnung, Herstellung, Verteilung von Rohstoffen oder Waren, der Erbringung von Dienstleistungen oder dem Betrieb öffentlicher Infrastruktureinrichtungen diene. Das sei bei einer Nutzung zu land- oder forstwirtschaftlichen, militärischen oder privatnützigen Zwecken nicht der Fall. Weiterhin müsse die wirtschaftliche Nutzung nachhaltig, also durch eine wiederholende Beanspruchung gekennzeichnet und auf eine gewisse Dauer angelegt sein und den Zweck haben, einen individuellen oder der Allgemeinheit dienenden Vorteil zu erzielen, der nicht notwendig in Einnahmen oder Gewinn bestehe. Dabei sei die Rechtsform des Trägers oder der rechtlichen Organisationsform der wirtschaftlichen Nutzung unerheblich. Zu den wirtschaftlichen Nutzungen seien etwa auch Nutzungen zu Zwecken der Abfallwirtschaft, der Energiewirtschaft, für den zivilen Verkehr oder durch die öffentliche Verwaltung einschließlich der Einrichtungen der zivilen Sicherheit zu zählen.
- Der Nachweis der wirtschaftlichen Nutzung könne im Zweifel durch jede privat oder öffentlich veranlasste Darstellung erbracht werden (z.B. durch die Begründung eines Bebauungsplans).
- Eine militärische Nutzung liege vor, wenn sie Zwecken inländischer oder ausländischer Streitkräfte diene. Erfasst seien jegliche Nutzungen unabhängig davon, ob sie im Einzelfall dem militärischen oder zivilen Tätigkeitsfeld der Streitkräfte oder deren Verwaltung zuzuordnen seien. Militärisch genutzt seien danach insbesondere Kasernengelände, Übungsplätze, Lagerflächen aller Art (Munitionslager, Tanklager), Militärflugplätze, Dienstgebäude oder Wohnbereiche („Housing Areas“).
- Der Nachweis der militärischen Nutzung könne im Zweifel durch eine Stellungnahme des Bundesministeriums der Verteidigung oder einer für das Ministerium aufgrund Gesetzes oder Vertrages tätigen Stelle erbracht werden.
- Von einer Konversionsfläche sei auszugehen, wenn deren bisherige wirtschaftliche oder militärische Nutzung aufgegeben wurde, wobei die Aufgabe der bisherigen Nutzung auch durch eine unmittelbare Anschlussnutzung ersetzt worden sein könne. Auf den zeitlichen Abstand zwischen

der bisherigen Nutzung und der neuen Nutzung durch die Errichtung von Solarstromanlagen komme es also nicht an.

- Zweifel über die tatsächliche vorherige Aufgabe einer militärischen Nutzung könnten durch die Vorlage einer dauerhaften militärischen Entbehrlichkeitserklärung des Bundesministeriums der Verteidigung oder einer für das Ministerium aufgrund Gesetzes oder Vertrages tätigen Stellen ausgeräumt werden, alternativ durch eine vom Bundesministerium der Verteidigung gegenüber der Kommune abgegebene Freigabeerklärung. Sei die Fläche tatsächlicher Gegenstand der kommunalen Bauleitplanung, gelte der Nachweis stets als erbracht. Auf eine Entlassung der Fläche aus dem Zuständigkeitsbereich des Bundesministeriums der Verteidigung komme es nicht an.
- Bei wirtschaftlich genutzten Flächen könne der Nachweis der Aufgabe der bisherigen Nutzung durch Erklärung des bisherigen Nutzers oder Eigentümers erbracht werden. Dabei solle die Erklärung Angaben dazu enthalten, wie der Willensentschluss durch objektiv erkennbare Tatsachen umgesetzt worden sei. Ein Nachweis sei nicht erforderlich, wenn die Fläche tatsächlich Gegenstand der kommunalen Bauleitplanung sei und danach eine andere als die bisher zulässige Nutzung beabsichtigt oder festgesetzt sei. Auf eine förmliche Entlassung der Fläche aus dem Zuständigkeitsbereich einer etwaigen Fachbehörde (z.B. Bergaufsicht) komme es nicht an.
- Von der Qualifizierung als wirtschaftliche oder militärische Konversionsfläche sei der gesamte für die bisherige Nutzung bestimmte räumliche Bereich erfasst. Eine Solaranlage „befinde“ sich daher gemäß dem EEG auf einer Konversionsfläche, wenn sie an beliebiger Stelle innerhalb dieses räumlichen Bereichs oder auf Teilflächen davon errichtet werde. Es komme nicht darauf an, dass die Fläche, auf der die Solarstromanlage errichtet wird, konkrete ökologische Beeinträchtigungen durch die bisherige Nutzung erfahren habe. Die ökologische Werthaltigkeit einzelner Teilbereiche des bisherigen Nutzungsareals sei allein im Rahmen der Bebauungsplanung oder eines baurechtlichen oder sonstigen Verfahrens der Anlagenzulassung zu berücksichtigen.
- Die räumliche Abgrenzung der von der bisherigen Nutzung beanspruchten Flächen könne bei militärischen Flächen durch die bereits genannten

Entbehrlichkeits- oder Freigabeerklärungen oder eine sonstige Bescheinigung der für die Verteidigung zuständigen Stelle oder der planenden Kommune nachgewiesen werden. Bei wirtschaftlichen Nutzungen könne der Nachweis durch Erklärung des bisherigen Nutzers oder Eigentümers erbracht werden. Alternativ könnten Nachweise auch durch behördliche Bescheide erbracht werden. Indiz für die räumliche Ausdehnung der bisherigen Nutzung sei eine vorhandene oder nachweislich ehemals vorhandene Umwehrung.

- Aufgrund der ökologischen Zwecksetzung der Regelungen im EEG sei ein Fortwirken der ursprünglichen Nutzung zum Zeitpunkt der Errichtung der Anlage erforderlich. Daran fehle es, wenn die Fläche gerade in den für die bisherige Nutzung typischen Nutzungsbereichen und unabhängig von der Errichtung der Solarstromanlage einen guten ökologischen Zustand erreicht habe oder wenn die Fläche durch eine nichtwirtschaftliche und nichtmilitärische Nachnutzung geprägt sei. Von einem Fortwirken sei auszugehen, wenn die nachteiligen Auswirkungen der bisherigen Nutzung auf den Grund und Boden in einer für die bisherige Nutzung typischen Weise noch sicht- oder nachweisbar seien. Ein Fortwirken liege auch vor, wenn ein zum Zeitpunkt der Errichtung der Anlage im Vergleich zur bisherigen Nutzung besserer ökologischer Zustand erst zum Zwecke der Errichtung der Anlage hergestellt worden sei. Das Fehlen eines guten ökologischen Zustandes sei – sofern das Fortwirken der bisherigen Nutzung nicht offensichtlich sei – durch die Vorlage der Stellungnahme eines zertifizierten Umweltgutachters nachzuweisen, wenn die bisherige Nutzung länger als sieben Jahre zuvor aufgegeben worden sei.

23 7. Stellungnahme des Ministeriums für Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume des Landes Schleswig-Holstein

- Militärische Konversionsflächen sollten nicht generell für Freiflächenanlagen genutzt werden, weil sie teilweise naturschutzfachlich höchst wertvolle Gebiete seien. Bei versiegelten, vorbelasteten und brach gefallen Standorten im Innenbereich bestünden zudem Nutzungskonkurrenzen mit anderen hochwertigen Zwecken wie Gewerbe, Infrastruktur und Wohnbebauung.

- Als wirtschaftliche Konversionsflächen kämen Flächen im Innenbereich als Standorte von Solarstromanlagen in Ergänzung vorrangiger Nutzungen für Siedlungs- und Gewerbeansiedlungen in Betracht. Großräumige Flächen, die i. d. R. im Außenbereich oder am Siedlungsrand lägen, sollten nur dann als Standorte für Freiflächenanlagen mit EEG-Förderung in Betracht kommen, wenn nach gutachterlicher Prüfung einer solchen Nutzung keine natur- und artenschutzfachlichen Wertigkeiten entgegenstünden.
- Bei militärischen Konversionsflächen sei zwischen Bereichen mit einem hohen Versiegelungsgrad und solchen mit weitgehend unversiegelten und natürlichen bzw. nicht weiter anthropogen beeinflussten Flächen zu unterscheiden. Bei ersteren sei eine Nutzung für Solarstromanlagen i. d. R. naturschutzfachlich unbedenklich. Etwaige Gefahren i. S. d. BBodSchG seien durch Sanierung zu beseitigen. Die letztgenannten Flächen sollten nur ausnahmsweise, bei Feststellung der Eignung über eine gutachterliche Bewertung, als Standorte für Solarstromanlagen herangezogen werden.
- Die Vergütungsvoraussetzungen nach dem EEG seien nur zu bejahen, wenn im Rahmen des Planungsprozesses und des Genehmigungsverfahrens festgestellt worden sei, dass
 - nach BBodSchG von der Fläche keine Gefahr ausgehe oder die Versiegelung Teil einer Sanierungsmaßnahme sei,
 - keine besonders geschützten Arten (im Sinne der §§ 44 ff. BNatSchG) beeinträchtigt werden,
 - es sich nicht um Schutzgebiete und Biotopverbundflächen im Sinne der §§ 20 und 21 BNatSchG handele; es sei denn, es könne eine Vereinbarkeit mit den Schutzziele nachgewiesen werden und die weiteren gesetzlichen Vorschriften fänden Anwendung,
 - eine Überprüfung und ggf. ein entsprechender Ausschluss von arten- und naturschutzfachlich hochwertigen Konversionsflächen erfolgt sei.

4 Herleitung

- 24 § 32 EEG 2009 bzw. § 11 Abs. 3 bis 4 EEG 2004 enthalten ein mehrfach gestuftes Anforderungsprofil für Anlagen, die nicht die Voraussetzungen des § 33 Abs. 3 EEG 2009

bzw. § 11 Abs. 2 EEG 2004 erfüllen, d. h. nicht auf Lärmschutzwänden oder Gebäuden angebracht sind, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden sind bzw. die der Definition in § 33 Abs. 3 EEG 2009 entsprechen.

25 Es gilt folgendes Prüfungsschema²³, das jeweils beginnend mit Nr. 1 im Einzelfall geprüft werden muss:²⁴

1. Ist die Anlage an oder auf einer sonstigen, d. h. nicht die Voraussetzungen des § 33 Abs. 3 EEG 2009 bzw. § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 erfüllenden, baulichen Anlage angebracht?²⁵
 - Wenn nein, ist die Prüfung unter Punkt 2. fortzusetzen.
 - Wenn ja, ist weitergehend zu prüfen, ob diese bauliche Anlage vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichtet worden ist.
 - Wenn ja, besteht der Vergütungsanspruch ohne weitere Voraussetzungen.
 - Wenn nein, ist die Prüfung unter Punkt 2. fortzusetzen.
2. Liegt der Standort im Geltungsbereich eines Bebauungsplans i. S. d. § 30 BauGB oder auf einer Fläche, für die ein Verfahren nach § 38 Satz 1 BauGB durchgeführt wurde?
 - Wenn der Standort im Geltungsbereich eines Bebauungsplans liegt, ist die Prüfung unter Punkt 3. fortzusetzen.
 - Wenn der Standort auf einer Fläche i. S. d. § 38 Satz 1 BauGB liegt, besteht der Vergütungsanspruch ohne weitere Voraussetzungen.
 - Liegt der Standort weder im Geltungsbereich eines Bebauungsplans i. S. d. § 30 BauGB noch auf einer Fläche, für die ein Verfahren nach § 38 Satz 1 BauGB durchgeführt wurde, besteht kein Vergütungsanspruch.

²³Eine graphische Darstellung des Prüfungsschemas für § 32 EEG 2009 ist dieser Empfehlung als Anhang beigelegt.

²⁴S. zum Prüfungsschema des § 32 EEG 2009 sowie im Übrigen zu Fragen der Zulassung und planerischen Steuerung von Fotovoltaikfreiflächenanlagen auch *Mitschang*, NuR 2009, 821, 823.

²⁵Zu beachten ist, dass Aufständerungen oder Modulmasten keine baulichen Anlagen i. S. d. § 11 Abs. 3 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 2 EEG 2009 darstellen; siehe dazu im Einzelnen Votumsverfahren der Clearingstelle EEG 2008/42, Informationen nach der Erstellung der Votumsbegründung unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/42>.

3. Ist der Bebauungsplan vor oder nach dem 1. September 2003 aufgestellt oder verändert worden?
 - Wenn der Bebauungsplan vor dem 1. September 2003 aufgestellt und ggf. letztmalig verändert worden ist, besteht der Vergütungsanspruch ohne weitere Voraussetzungen.
 - Wenn der Bebauungsplan nach dem 1. September 2003 aufgestellt oder verändert worden ist, ist die Prüfung unter Punkt 4. fortzusetzen.
4. Ist der nach dem 1. September aufgestellte oder geänderte Bebauungsplan zumindest auch zum Zweck der Solarstromerzeugung aufgestellt oder geändert worden?
 - Wenn ja, ist die Prüfung unter 5. fortzusetzen.
 - Wenn nein, ist das Bestehen eines Vergütungsanspruchs ungeklärt.²⁶
5. Handelt es sich um eine Fläche i. S. d. § 11 Abs. 4 Nr. 1 bis 3 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 EEG 2009?
 - Wenn ja, besteht der Vergütungsanspruch.
 - Wenn nein, besteht kein Vergütungsanspruch.

26 Gegenstand der Verfahrensfrage sind ausschließlich die flächenbezogenen Anforderungen im Anwendungsbereich des § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. des § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009.

27 Die Vorschriften sind im Wesentlichen wortgleich und lauten wie folgt (hier exemplarisch § 32 Abs. 3 EEG 2009):

Für Strom aus einer Anlage nach Abs. 2²⁷, 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, wenn²⁸ sie sich

1. ...

²⁶Diese Frage ist ggf. im Wege eines gesonderten Verfahrens vor der Clearingstelle EEG zu klären.

²⁷Im EEG 2004: „Abs. 3“.

²⁸Im EEG 2004: „ist der Netzbetreiber nur zur Vergütung verpflichtet, wenn...“.

- 2. auf Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung befindet oder
- 3.

28 Unter welchen Voraussetzungen im Einzelfall davon auszugehen ist, dass eine Solarstromanlage sich auf einer Konversionsfläche aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung befindet, ist anhand der nachfolgenden Erwägungen zu bestimmen.

4.1 Wortlaut

- 29 Aus der Formulierung der Regelung, nach der die Vergütungspflicht des Netzbetreibers „nur“ besteht, wenn sich die Solarstromanlage auf einer der in den Nr. 1 bis 3 genannten Flächen befindet, ergibt sich, dass diese Flächenaufzählung abschließend ist und es sich nicht um Regelbeispiele handelt.
- 30 Der Begriff der „Konversionsfläche aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung“ ist weder insgesamt noch in seinen Teilen im EEG gesetzlich definiert.

4.1.1 Konversionsfläche

- 31 Mit „Fläche“ wird im allgemeinen Sprachgebrauch ein nach Länge und Breite flach ausgedehnter Bereich der Erdoberfläche bezeichnet.²⁹ Der Begriff der „Konversion“ ist lateinischer Herkunft (von *conversio*, wie konvertieren von *convertere* = wenden) und wird – neben einer Reihe spezieller Verwendungsformen – im allgemeinen Sprachgebrauch vor allem zur Bezeichnung von Vorgängen einer „Umwandlung“ verwendet.³⁰
- 32 Konversionsflächen sind hiernach „Umwandlungs-“ oder „umgewandelte Flächen“. Hieraus lässt sich nur ableiten, dass es sich um Flächen handeln muss, bei denen eine Zäsur stattgefunden hat mit der Folge, dass für die Fläche eine Unterscheidung für die Zeit vor und die Zeit nach der Umwandlung getroffen werden kann. Eine Aussage darüber, welche Eigenschaften die Fläche vor und nach diesem Vorgang der „Umwandlung“ haben oder welcher Art diese „Umwandlung“ sein muss, ist dadurch

²⁹*Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Das Digitale Wörterbuch der deutschen Sprache*, abrufbar unter <http://www.dwds.de>, zuletzt abgerufen am 04.06.2010.

³⁰*Wiktionary*, abrufbar unter <http://de.wiktionary.org/wiki/Konversion>, zuletzt abgerufen am 21.04.2010

noch nicht getroffen. Entgegen einer gängigen Verwendung im allgemeinen Sprachgebrauch³¹ ist der Begriff der Konversionsfläche danach nicht beschränkt auf die für eine zivile Nutzung freigegebenen militärischen Liegenschaften.³²

- 33 Für den Bereich der Stadtplanung wird der Begriff der „Konversion“ wie folgt beschrieben:³³

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.

Maßgeblich kommt es hiernach auf die Änderung der Nutzung einer Fläche an.

- 34 Auch wenn § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 nicht Teil des (Stadt-) Planungsrechts ist, stehen die Regelungen doch – nicht zuletzt wegen des für die sog. Freiflächenanlagen geltenden Planungsvorbehalts – in deutlichem Bezug zu planerischen Zusammenhängen. Denn es geht um Flächen, die aus einer bestimmten Nutzung hervorgehen (sog. Vornutzung) und auf der Grundlage eines „zumindest auch zu diesem Zweck“ aufgestellten oder geänderten Bebauungsplans neu genutzt werden (sog. Nachnutzung). Dies legt es nahe, dass es auch im Anwen-

³¹Vgl. etwa *BVerwG* im Urt. vom 16.10.2008 – 4 C 3.07, veröffentlicht bei juris, Leitsatz Nr. 1 („Öffnung eines auf Bundesgebiet gelegenen, grenznahen ehemaligen Militärflugplatzes für die zivile Nutzung (Konversion)“), sowie ferner *Henn*, *Europa Regional* 2003, Heft 4, 187 (187).

³²So auch *Manssen*, *BauR* 2008, 31, 32. Der *HessVGH* spricht im Urt. v. 03.02.2009 – 3 A 1207/08, veröffentlicht bei juris, ausdrücklich von einer „industriellen Konversionsfläche“.

³³*Wikipedia*, abrufbar unter [http://de.wikipedia.org/wiki/Konversion_\(Stadtplanung\)](http://de.wikipedia.org/wiki/Konversion_(Stadtplanung)), zuletzt abgerufen am 22.06.2010.

dungsbereich des § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 für die Konversionsflächeneigenschaft zentral auf die Vor- und Nachnutzung ankommt.

35 Eine Konversionsfläche i. S. d. EEG setzt nach dem Wortlaut danach jedenfalls voraus, dass

- die Flächen in der Vergangenheit in einer bestimmten Art und Weise (und zwar wirtschaftlich oder militärisch, s. dazu u. Rn. 43ff. und Rn. 51ff.) genutzt wurden (Vornutzung),
- diese Nutzung aufgegeben wurde³⁴ und
- eine neue Nutzung an die Stelle der vorherigen Nutzung tritt (Nachnutzung).

36 Dabei ist es für die Annahme einer Konversionsfläche i. S. d. EEG nicht erforderlich, dass zwischen der Aufgabe der bisherigen Nutzung und der neuen Nutzung ein zeitlicher Abstand liegt.³⁵ Umgekehrt steht ein – ggf. auch größerer – zeitlicher Abstand zwischen der Vor- und der Nachnutzung der Qualifizierung einer Fläche als „Konversionsfläche“ nicht von vornherein entgegen.³⁶

37 Für den Anwendungsbereich des § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 ergibt sich aus dem Wortlaut im Ergebnis zunächst, dass die **äußerste räumliche Grenze** der als Konversionsfläche in Betracht kommenden Fläche durch die räumliche Ausdehnung der ursprünglichen wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung festgelegt ist. Denn nur innerhalb dieser Fläche kann die Voraussetzung erfüllt werden, dass es sich um eine Konversionsfläche aus einer bestimmten Vornutzung, hier: „aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung“, handelt.

38 Eine **weitergehende räumliche Begrenzung** der als Konversionsfläche in Betracht kommenden Fläche ergibt sich daraus, dass der Begriff der „Konversion“ eine Änderung der tatsächlichen Nutzung der Fläche und damit eine tatsächliche Nachnutzung verlangt. Konversionsfläche kann also nur eine Fläche sein, die tatsächlich neu genutzt wird. Eine bloße Nutzungsmöglichkeit oder bloße Nutzungsabsichten reichen insoweit nicht aus. Insofern wird eine ursprünglich wirtschaftlich oder militärisch genutzte Fläche noch nicht dadurch zur „Konversionsfläche“, dass sie im Geltungsbereich eines Bebauungsplans liegt, der eine bestimmte Art der Nachnutzung

³⁴Müller, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht Kommentar, Stand März 2009, EEG VI § 11 Rn. 59.

³⁵So auch die Stellungnahme des BSW, Rn. 22.

³⁶So auch die Stellungnahme des BBK, Rn. 17.

vorsieht. Der Bebauungsplan ist allein insoweit relevant, als er festlegt, welche tatsächliche Nachnutzung auf der Fläche zugelassen ist. Er schafft die planungsrechtlichen Voraussetzungen für die Nachnutzung der Fläche und bildet deshalb ihre maßgebliche Grundlage. Eine tatsächliche Nachnutzung setzt bei Bauwerken zumindest den Beginn der Errichtungsarbeiten voraus.

- 39 Ob diese tatsächliche Nachnutzung, die die Ausmaße der „Konversionsfläche“ i. S. d. § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 bestimmt, beschränkt ist auf Nutzungen zum Zwecke der Solarstromerzeugung oder auch andere nach dem Bebauungsplan zulässige Nutzungen umfasst, ergibt sich aus dem Wortlaut nicht. Auch wenn es in § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 um eine Flächenkonversion durch die Solarstromnutzung geht, ist der Begriff der Konversion an sich nicht auf eine Nachnutzung zur Solarstromerzeugung beschränkt.

4.1.2 aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung

- 40 „Nutzung“ als Substantiv zu dem Verb „nutzen“ wird im allgemeinen Sprachgebrauch vor allem als Synonym für „Gebrauch“ verwendet.³⁷ Hiermit ist ein tatsächlicher Vorgang gemeint: die Verwendung im Rahmen einer bestimmten Tätigkeit. Für die Auslegung der Regelung lässt sich hieraus ableiten, dass eine tatsächliche (Vor-)Nutzung der Fläche stattgefunden haben muss.
- 41 Nicht ausreichend wäre es, wenn eine Fläche zwar für eine bestimmte Nutzung vorgesehen war und sich dieser Nutzungszweck ggf. auch rechtlich verfestigt hatte, z. B. durch Widmung, Genehmigung oder planerische Darstellung, eine tatsächliche Nutzung dann aber nicht stattgefunden hat.³⁸
- 42 Allerdings setzt eine tatsächliche Nutzung nicht voraus, dass diese die Fläche in dem Sinne „lückenlos“ oder „flächendeckend“ in Anspruch genommen hat, dass Tätigkeiten auf jedem einzelnen Teil der Fläche stattgefunden haben. Als „genutzte“ Flächen sind vielmehr auch solche Teilflächen zu qualifizieren, auf denen zwar selbst keine Tätigkeiten ausgeübt wurden (z.B. Abstandsflächen), die aber in einem unmittelbaren räumlichen und funktionalen Zusammenhang mit den Teilflächen stehen, auf

³⁷Vgl. *Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.)*, Das Digitale Wörterbuch der deutschen Sprache, abrufbar unter <http://www.dwds.de>, zuletzt abgerufen am 23.04.2010.

³⁸So auch *Oschmann*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG-Kommentar, 2. Aufl., § 11 Rn. 65; *Weißborn*, in: *Böhmer/Weißborn (Hrsg.)*, Erneuerbare Energien – Perspektiven für die Stromerzeugung, 2. Aufl., 261, 345.

denen solche Tätigkeiten stattgefunden haben und die sich deshalb als Bestandteile einer einheitlich als „genutzt“ zu qualifizierenden Fläche darstellen.³⁹

- 43 **Wirtschaftliche Nutzung** Im allgemeinen Sprachgebrauch wird der Begriff „wirtschaftlich“ in verschiedenen Zusammenhängen verwendet, etwa als Synonym für „sparsam“ oder „rentabel“ oder um die finanzielle Situation einer Person zu beschreiben oder auch abgeleitet von dem Begriff der „Wirtschaft“.⁴⁰
- 44 Das Begriffspaar „wirtschaftliche Nutzung“ in § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 beschreibt eine bestimmte Art der tatsächlichen Nutzung einer Fläche. Hieraus folgt, dass der Begriff „wirtschaftlich“ hier nicht finanziell, z. B. als Beschreibung eines Verhältnisses zwischen Kosten und Umsatz oder einer finanziellen Situation, sondern vielmehr als Beschreibung bestimmter Tätigkeiten zu verstehen ist. Es geht um die Ausübung von Tätigkeiten wirtschaftlicher Natur, um das „Wirtschaften“. Der Begriff ist damit als Ableitung von dem Substantiv „Wirtschaft“ zu verstehen.
- 45 Dieser wiederum bezeichnet die „Gesamtheit aller ökonomischen und wissenschaftlich-technischen Prozesse und der dazu notwendigen Einrichtungen, die zur erweiterten Reproduktion eines Landes gehören und deren sozialökonomischer Charakter durch die jeweils herrschenden Eigentumsverhältnisse bestimmt wird“⁴¹.
- 46 Ähnlich wird der Begriff „Wirtschaft“ auch bei Wikipedia beschrieben:⁴²

Die Wirtschaft oder Ökonomie ist die Gesamtheit aller Einrichtungen und Handlungen, die der planvollen Deckung des menschlichen Bedarfs dienen. Zu den wirtschaftlichen Einrichtungen gehören Unternehmen, private und öffentliche Haushalte, zu den Handlungen des Wirtschaftens Herstellung, Verbrauch, Umlauf und Verteilung von Gütern.

³⁹Eine widerlegliche Vermutung für die Ausdehnung der tatsächlich genutzten Fläche liefert dabei der Verlauf der seinerzeitigen Einzäunung oder sonstigen Einfriedung, näher dazu u. Rn. 168.

⁴⁰*Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Das Digitale Wörterbuch der deutschen Sprache*, abrufbar unter <http://www.dwds.de>, zuletzt abgerufen am 21.06.2010.

⁴¹*Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Das digitale Wörterbuch der deutschen Sprache des 20. Jahrhunderts*, abrufbar unter <http://www.dwds.de>, zuletzt abgerufen am 21.04.2010.

⁴²*Wikipedia*, abrufbar unter <http://de.wikipedia.org/wiki/Wirtschaft>, zuletzt abgerufen am 22.06.2010

- 47 Zu den „Gütern“ in diesem Sinne werden dabei nicht nur Waren, sondern auch immaterielle Güter wie insbesondere Dienstleistungen gezählt.⁴³
- 48 Im Ergebnis ist ein weites Verständnis des Begriffs „wirtschaftlich“ im allgemeinen Sprachgebrauch zu erkennen. Das spricht dafür, den von dem Substantiv „Wirtschaft“ abgeleiteten und tätigkeitsbezogenen Begriff im Anwendungsbereich des EEG ebenfalls als weit gefasst und insbesondere unabhängig von der jeweiligen Rechtsform, der Organisationseinheit und einer Gewinnerzielungsabsicht zu verstehen.
- 49 Von dem Begriff „wirtschaftlich“ sind daher nicht nur Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Betrieb von Industrie- und Gewerbebetrieben erfasst, sondern grundsätzlich auch Tätigkeiten, die ohne Gewinnerzielungsabsicht wahrgenommen werden. Erfasst ist damit auch der gesamte Bereich der öffentlichen Leistungsverwaltung, d. h. diejenige Verwaltungstätigkeit, die den Menschen Leistungen oder sonstige Vergünstigungen gewährt, insbesondere durch die Bereitstellung öffentlicher Einrichtungen zur Gewährleistung und Verbesserung der Lebensbedingungen der Menschen,⁴⁴ und die aufgrund ihres Beitrags zur planvollen Deckung des menschlichen Bedarfs im weiteren Sinne „wirtschaftlich“ ist. Das gilt unabhängig davon, in welcher Trägerschaft die Tätigkeiten ausgeführt werden. Erfasst sind damit insbesondere auch Flächennutzungen für die Abfall- und Energiewirtschaft, den Verkehr, Bildungseinrichtungen und Sportstätten sowie sonstige Tätigkeiten, die im Zusammenhang mit der Wahrnehmung von Aufgaben der Daseinsvorsorge stehen. Dies betrifft etwa auch die Nutzung von Flächen im Zusammenhang mit der öffentlichen Abwasserentsorgung, z. B. als sog. Rieselfeld.
- 50 Nicht erfasst sind hingegen alle Flächennutzungen, die sich nicht mehr als Tätigkeiten zur planvollen Deckung des menschlichen Bedarfs nach Waren oder Dienstleistungen darstellen. Das sind insbesondere Flächennutzungen, die dem rein privaten Bereich (z.B. private Gartennutzung) oder der Eingriffsverwaltung, also derjenigen Verwaltungstätigkeit zuzurechnen sind, die in die Rechtssphäre des Menschen eingreift, indem sie diesem Verpflichtungen und Belastungen auferlegt (z.B. Tätigkeiten der Polizei oder der Ordnungsbehörden),⁴⁵ und die deshalb nicht mehr im weiteren Sinne zur planvollen Deckung des menschlichen Bedarfs zu zählen ist.

⁴³Vgl. *Wikipedia*, abrufbar unter http://de.wikipedia.org/wiki/Ökonomisches_Gut, zuletzt abgerufen am 22.06.2010.

⁴⁴Vgl. nur *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Auflage 1995, S. 8.

⁴⁵Vgl. nur *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Auflage 1995, S. 8.

- 51 **Militärische Nutzung** Zurückgehend auf den lateinischen Begriff „militaris“ (den Kriegsdienst betreffend) stellt der Begriff „militärisch“ im allgemeinen Sprachgebrauch einen Bezug zum Militär bzw. zu Streitkräften her. Diese wiederum sind allgemein „die bewaffneten Verbände eines Staates oder eines Bündnisses, die dieser zur Verteidigung gegen einen Angriff von außen, oder eben um einen solchen Angriff nach außen zu führen, aufstellt.“⁴⁶
- 52 Erfasst sind alle Flächennutzungen durch Einheiten, die in irgendeiner Form mit der bewaffneten Landesverteidigung beauftragt sind. Damit beschränkt sich der Begriff nicht auf die Bundeswehr bzw. die NVA⁴⁷; in Betracht kommt vielmehr auch eine frühere Flächennutzung durch die Bundespolizei (früher: Bundesgrenzschutz) bzw. die Grenztruppen der DDR, die in begrenztem Umfang ebenfalls mit Aufgaben der Landesverteidigung betraut sind bzw. waren. Ebenfalls in Betracht kommen Flächennutzungen durch nicht-private paramilitärische Organisationen, etwa die sog. Kampfgruppen der DDR.⁴⁸
- 53 Von den in Betracht kommenden Nutzungen sind nicht nur die unmittelbar dem Verteidigungsauftrag dienenden Nutzungen, sondern auch die mittelbar dem Verteidigungsauftrag dienenden Nutzungen (z.B. zwecks Unterbringung, Sport, Verpflegung, Lagerung) erfasst.
- 54 Der Wortlaut ist nicht auf das deutsche Militär beschränkt. In Betracht kommen neben Flächen, die von der Bundeswehr bzw. der NVA genutzt worden sind, danach auch Flächen, die z. B. durch ausländische Streitkräfte, wie z. B. die ehemaligen Besatzungsmächte oder die NATO, genutzt worden sind.
- 55 **„Aus“ wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung** muss die Konversionsfläche nach dem Wortlaut hervorgehen. Hierdurch wird ein Bezug hergestellt zwischen der wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung und dem aktuellen Flächenzustand. Dieser muss sich ursächlich auf die Vornutzung zurückführen lassen. Hieraus lässt sich ableiten, dass eine „Konversionsfläche aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung“ nur eine Fläche sein kann, die durch die frühere wirtschaftliche oder militärische Nutzung geprägt ist.

⁴⁶Vgl. *Wikipedia*, abrufbar unter <http://de.wikipedia.org/wiki/Militär>, zuletzt abgerufen am 21.04.2010.

⁴⁷Die Nationale Volksarmee (NVA) war von 1956 bis 1990 die Armee der Deutschen Demokratischen Republik (im Folgenden: DDR).

⁴⁸Diese stellten eine Organisation zum Schutz des Landes außerhalb der NVA und der Grenztruppen dar, näher dazu *Wikipedia*, abrufbar unter <http://de.wikipedia.org/wiki/Kampfgruppen>, zuletzt abgerufen am 02.06.2010.

4.1.3 relevanter Zeitpunkt

- 56 Der **Wortlaut** der Regelung enthält keine ausdrückliche Aussage dazu, welcher Zeitpunkt für die Prüfung der flächenbezogenen Voraussetzungen – „Konversionsfläche aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung“ – maßgeblich sein soll. Im Unterschied zu den Fallgruppen unter Nr. 1 (versiegelte Flächen) und Nr. 3 (frühere Ackerflächen), bei denen ausdrücklich auf den Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans abgestellt wird, fehlt es an einer entsprechenden Formulierung in § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009.
- 57 Aus dem Wortlaut der Regelung, wonach es Voraussetzung für den Vergütungsanspruch ist, dass sich die Anlage „auf Konversionsflächen (...) *befindet*“⁴⁹, könnte zunächst abgeleitet werden, dass die flächenbezogenen Voraussetzungen während der gesamten Dauer des „Befindens“ gegeben sein müssen. Hiernach wäre in Konstellationen, in denen zwar ursprünglich von einer „Konversionsfläche“ auszugehen ist, die hierfür maßgeblichen Voraussetzungen aber aufgrund gezielter Maßnahmen vor oder im Zusammenhang mit der Errichtung, insbesondere durch Sanierung, Rekultivierung, Beräumung etc., oder auch durch natürliche Vorgänge nachträglich entfallen, kein Vergütungsanspruch gegeben. Dagegen spricht jedoch bereits, dass es sich bei „Konversionsflächen“ begrifflich stets um Flächen handelt, die einem Veränderungsprozess unterliegen und nicht über einen Zeitraum von 20 Jahren einen unveränderten Zustand aufweisen. Unter **teleologischen** Aspekten kann dem Gesetzgeber außerdem nicht unterstellt werden, mit § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 bzw. § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 einen Anreiz gesetzt zu haben, Verbesserungen des ökologischen Werts einer Konversionsfläche im Laufe des Vergütungszeitraums entgegenzuwirken. Davon wäre aber auszugehen, wenn die Regelung voraussetzen würde, dass die flächenbezogenen Anforderungen kontinuierlich gegeben sein müssten, damit der Vergütungsanspruch nicht schon vor Ablauf des gesetzlich vorgesehenen Vergütungszeitraums entfällt. Für das Vorliegen der flächenbezogenen Voraussetzungen muss deshalb auch bei Konversionsflächen ein bestimmter Zeitpunkt und nicht der gesamte Vergütungszeitraum maßgeblich sein. Der Wortlaut ist insoweit lückenhaft, so dass auch eine Auslegung nicht in Betracht kommt.

⁴⁹Hervorhebung nicht im Original.

- 58 Eine **analoge**⁵⁰ Anwendung des in Nr. 1 und 3 geregelten Zeitpunkts im Rahmen der Nr. 2 setzt eine planwidrige Regelungslücke und die Übertragbarkeit der darin liegenden gesetzlichen Wertung auf Konversionsflächen voraus.
- 59 Es ist nicht davon auszugehen, dass die bestehende Regelungslücke vom Gesetzgeber beabsichtigt war. Denn die Frage des relevanten Zeitpunkts für das Vorliegen der flächenbezogenen Voraussetzungen stellt sich bei Konversionsflächen in gleicher Weise wie bei Versiegelungsflächen und ehemaligen Ackerflächen. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass bei Konversionsflächen zwar weniger die Gefahr eines nachträglichen Herbeiführens von flächenbezogenen Voraussetzungen besteht,⁵¹ dafür aber umso stärker die Frage in den Vordergrund rückt, bis zu welchem Zeitpunkt das Fortwirken der vorherigen wirtschaftlichen bzw. militärischen Nutzung noch nachweisbar sein muss. Denn häufig ist zwischen der Aufgabe der Vornutzung und der geplanten Errichtung der Solarstromanlage eine mehr oder weniger lange Zeit verstrichen mit der Folge, dass die Auswirkungen der Vornutzung nachgelassen haben bzw. überlagert wurden.
- 60 Festzuhalten ist zunächst, dass bei den in den Nrn. 1 und 3 geregelten Fallgruppen etwaige Verbesserungen des ökologischen Werts von Versiegelungs- und ehemaligen Ackerflächen nach dem Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans für die bei der Prüfung der Vergütungsvoraussetzungen außer Betracht bleiben. Bei Versiegelungsflächen ist eine Veränderung des ökologischen Werts der Fläche nach dem maßgeblichen Zeitpunkt völlig irrelevant. Insbesondere steht es einer Vergütung nicht entgegen, wenn die Versiegelungsfläche im Zusammenhang mit der Errichtung der Solarstromanlagen entsiegelt wird. Bei Nr. 3 wird sogar ausdrücklich vorausgesetzt, dass ab dem Zeitpunkt der Nutzung der Fläche zur Solarstromerzeugung eine Verbesserung der ökologischen Situation eintritt, indem die Fläche spätestens im Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlagen den Charakter einer Grünfläche haben muss.⁵² Den Nrn. 1 und 3 kann deshalb die gesetzliche Wertung entnommen werden, dass für die darin geregelten Flächen ein einmaliger und relativ früher Zeitpunkt für das Vorliegen der flächenbezogenen Voraussetzungen hinsichtlich der Vornutzung (Versiegelung bzw. Ackerfläche) maßgeblich und alle

⁵⁰Die Prüfung der Analogie erfolgt allein aus pragmatischen Gründen an dieser Stelle und nicht erst im Anschluss an die Auslegung.

⁵¹Vgl. Müller, in: Danner/Theobald, Energierecht Kommentar, Stand März 2009, Bd. 2 Ziff. VI, EEG § 11 Rn. 58; Oschmann, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG-Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 64.

⁵²Vgl. Clearingstelle EEG, Empfehlung zu Fotovoltaik-Anlagen auf Grünflächen im Sinne des § 11 Abs. 4 Nr. 3 EEG 204 – 2008/6, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/6>.

diesbezüglichen Veränderungen auf der Fläche nach diesem Zeitpunkt – auch wenn sie ihren ökologischen Wert verbessern – irrelevant sein sollen.

- 61 Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, warum diese Wertung nicht auch bei den Konversionsflächen zur Anwendung kommen sollte. Würde bei diesen Flächen auf einen späteren Zeitpunkt abgestellt, wären Konstellationen ausgeschlossen, in denen eine Folgenutzung als Standort für Solarstromanlagen ohne Sanierungs- oder sonstige Maßnahmen nicht möglich oder nicht zulässig wäre.⁵³ Das wiederum wäre mit dem Zweck des Gesetzes, gerade die besonders beeinträchtigten und ökologisch nicht wertvollen Flächen für Solarstromanlagen zu nutzen, nicht zu vereinbaren.
- 62 In analoger Anwendung ist daher auch bei Konversionsflächen auf den Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans abzustellen. Verbesserungen des ökologischen Zustands der Fläche nach diesem Zeitpunkt bleiben unberücksichtigt.

4.1.4 Fazit

- 63 Der Wortlaut lässt eine Vielzahl von Vornutzungen wirtschaftlicher oder militärischer Art zu. Aus dem Begriff der Konversionsfläche ist ableitbar, dass es sich um eine Fläche handeln muss, auf der eine Vornutzung stattgefunden hat, diese Vornutzung aufgegeben wurde und eine tatsächliche Nachnutzung erfolgt. Dabei muss die Vornutzung die Fläche weiterhin prägen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung der flächenbezogenen Voraussetzungen ist analog zu den in Nr. 1 und Nr. 3 geregelten Fällen der des Beschlusses über die Aufstellung bzw. Änderung des Bebauungsplans. Eine klare Begriffsbestimmung der flächenbezogenen Voraussetzungen liefert der Wortlaut allein im Ergebnis allerdings nicht, so dass eine Auslegung geboten ist.

4.2 Systematik

- 64 Im Rahmen einer systematischen Auslegung ist der Begriff der „Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung“ zunächst im Zusammenhang des EEG und sodann daraufhin zu betrachten, ob Begriffsdefinitionen aus anderen Rechtstexten herangezogen werden können.

⁵³Hierauf weist auch der BSW in seiner Stellungnahme hin, Rn. 22.

4.2.1 Betrachtung im Zusammenhang des EEG

- 65 Das den Regelungen zugrunde liegende Prüfungsschema (s.o. Rn. 25) sowie ein Vergleich mit den in §§ 32 Abs. 3 Nrn. 1 und 3, 33 EEG 2009 bzw. § 11 Abs. 3, Abs. 4 Nrn. 1 und 3 EEG 2004 geregelten Tatbeständen zeigt, dass ein Vergütungsanspruch für Strom aus Solarstromanlagen auf Konversionsflächen nur bestehen soll, wenn die Solarstromanlage auf einer Fläche errichtet wird, deren ökologischer Wert im Vergleich zu anderen, d. h. nicht in den Tatbeständen der Nrn. 1 bis 3 genannten bzw. sonst privilegierten Flächen (planfestgestellte Flächen und Standorte auf baulichen Anlagen, die nicht zum Zweck der Solarstromerzeugung errichtet worden sind) beeinträchtigt ist.⁵⁴
- 66 § 11 Abs. 4 Nr. 1 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2009 betrifft Versiegelungsflächen. Solche Flächen sind mit einer Oberflächenabdichtung des Bodens versehen, die das Eindringen von Niederschlagswasser behindert und die natürlichen Bodenfunktionen beeinträchtigt. § 2 Abs. 2 Nr. 1 BBodSchG nennt als relevante Bodenfunktionen die Funktionen des Bodens als Lebensgrundlage und Lebensraum für Menschen, Tiere, Pflanzen und Bodenorganismen, als Bestandteil des Naturhaushalts, insbesondere mit seinen Wasser- und Nährstoffkreisläufen sowie als Abbau-, Ausgleichs- und Aufbaumedium für stoffliche Einwirkungen auf Grund der Filter-, Puffer- und Stoffumwandlungseigenschaften, insbesondere auch zum Schutz des Grundwassers. Sämtliche dieser Bodenfunktionen können bei Versiegelungsflächen beeinträchtigt sein. Der ökologische (Un-)Wert einer Versiegelungsfläche drückt sich hiernach maßgeblich in der Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Bodenfunktionen aus.⁵⁵
- 67 § 11 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 nennt Grünflächen, die in den drei vorangegangenen Jahren als Ackerland genutzt wurden. Ackerflächen können in ihrem ökologischen Wert in mehrfacher Hinsicht beeinträchtigt sein. So sind – im Vergleich zu Grünflächen – sowohl der Naturschutzwert als auch der Bodenschutzwert dieser Flächen häufig beeinträchtigt. Veränderungen im Vergleich zu Grünland betreffen etwa den Humusgehalt, die Klimagasemissionen, die Erosion, die Grundwasseranreicherung, die Nährstoffauswaschung, den Wasserhaushalt bei Überflutungen, die Samenbank, die Bodenfauna, blütenbesuchende Insekten, die Vogelfauna und die Strukturvielfalt durch eine Vielfalt von Entwicklungsstadien.⁵⁶

⁵⁴Vgl. hierzu auch *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 13.06.2008 – 2008/6, Kap. 4.1.1, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/EmpfV/2008/6>, sowie *Götze/Boelling/Löscher*, ZUR 2010, 245, 246 f.

⁵⁵Vgl. auch BT-Drs. 16/8148, S. 60.

⁵⁶Vgl. *Geke/Zeddies/Kaule*, Auswirkungen einer Nutzungsänderung von Ackerland durch Stille-

- 68 Erleichterte planungsrechtliche Anforderungen gelten nach § 11 Abs. 3 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 2 EEG 2009 für Anlagen an oder auf baulichen Anlagen, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichtet werden. Bei solchen Solarstromanlagen auf baulichen Anlagen ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der ökologische Wert des Standorts bereits durch die bauliche Anlage beeinträchtigt ist und es nicht zu einer (zusätzlichen) Inanspruchnahme von Flächen vorrangig für die Solarstromerzeugung kommt.⁵⁷ Gleiches gilt für die von § 11 Abs. 2 EEG 2004 bzw. § 33 EEG 2009 erfassten Solarstromanlagen an oder auf Gebäuden oder Lärmschutzwänden. Ebenfalls erleichterte Anforderungen gelten nach § 11 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2009 für Anlagen auf nach § 38 Satz 1 BauGB planfestgestellten Flächen. Auch solche Flächen sind typischerweise durch die jeweilige Vornutzung geprägt, so dass es durch die spätere Errichtung von Solarstromanlagen nicht zu einer (zusätzlichen) Inanspruchnahme von „unbelasteten“ Freiflächen kommt.
- 69 Aus der Systematik der Regelungen folgt, dass das EEG Strom aus Solarstromanlagen generell nur fördert, wenn mit der Errichtung und dem Betrieb der Anlage bei generalisierender Betrachtung keine zusätzliche Beeinträchtigung des ökologischen Werts der in Anspruch genommenen Fläche bzw. des in Anspruch genommenen Standorts einhergeht.⁵⁸ Diese Voraussetzung wiederum ist bei Freiflächenanlagen, also Solarstromanlagen, die nicht an oder auf baulichen Anlagen mit vorrangig anderem Nutzungszweck errichtet werden, nur zu erfüllen, wenn der ökologische Wert der Fläche bereits beeinträchtigt ist.
- 70 Auch lässt sich aus dem systematischen Zusammenhang ableiten, dass die Auswirkungen der Vornutzung noch fortwirken müssen, also bis zu dem maßgeblichen Betrachtungszeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans eine durch die Vornutzung hervorgerufene Beeinträchtigung des ökologischen Werts der Fläche gegeben sein muss.⁵⁹ Eine in der Vergangenheit bereits

gung im Zusammenhang mit der Umwidmung von Flächen und Nutzung für Photovoltaikanlagen, 2008, erstellt im Auftrag der Clearingstelle EEG im Rahmen des Empfehlungsverfahrens 2008/6, S. 9, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2008/6>.

⁵⁷Vgl. Maslaton/Zschiegner, Handbuch des Rechts der Photovoltaik, 2009, S. 292, die insoweit von sinnvollen „Sowieso-Versiegelungen“ sprechen.

⁵⁸Mitschang, NuR 2009, 821, 830, spricht insoweit von einem „ökologisch motivierten räumlichen Steuerungsansatz für Fotovoltaikfreiflächenanlagen“.

⁵⁹So für ehemalige Ackerflächen bereits Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 13.06.2008 – 2008/6, Kap. 4.1.1, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2008/6>; für Konversionsflächen die Stellungnahmen des BBK, Rn. 17, des BDEW, Rn. 19, des GEODE, Rn. 20, und des BSW, Rn. 22, sowie LG Gießen, Urt. v. 01.04.2008 – 6 O 51/07; AG Bad Sobernheim, Urt. v. 31.08.2009 – 61

vollständig beseitigte Beeinträchtigung des ökologischen Werts der Fläche genügt den Voraussetzungen des EEG nicht.⁶⁰

- 71 Für die Prüfung des Fortwirkens der ursprünglichen Nutzung sind nur Kriterien maßgeblich, die den ökologischen Wert der Fläche betreffen. Kein Ansatzpunkt findet sich für die Relevanz rein wirtschaftlicher Kriterien, wie etwa den finanziellen Aufwand für die neue Flächennutzung oder etwaige Investitionsrisiken infolge der besonderen Bodenverhältnisse.
- 72 **Folgen für die in Betracht kommenden Nutzungsarten** Die weite Fassung des Wortlauts hinsichtlich der in Betracht kommenden Nutzungsarten (wirtschaftlich oder militärisch) wird durch die Systematik der Regelung gestützt: Indem es maßgeblich auf die tatsächlichen (ökologischen) Folgen der Vornutzung und den tatsächlichen Zustand der Fläche ankommt, tritt die Frage, in welcher Rechtsform und mit welchem Zweck die Vornutzung ausgeübt wurde, und insbesondere, ob sie mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben wurde, in den Hintergrund. Entscheidend ist vielmehr, ob die jeweilige Vornutzung die Fläche in ihrem jetzigen Zustand prägt.
- 73 Nach dem Wortlaut der Regelung könnten auch landwirtschaftliche Nutzungen „wirtschaftliche“ Nutzungen sein. Indem ehemals als Ackerflächen genutzte Flächen in § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 bzw. § 11 Abs. 4 EEG 2004 einer gesonderten Regelung unterworfen werden, ist § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 bzw. § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 aus systematischen Gründen jedoch einschränkend dahingehend auszulegen, dass eine frühere Nutzung als Ackerfläche nicht gleichzeitig eine wirtschaftliche Nutzung im rechtlichen Sinne darstellen kann. Gleiches gilt für andere als ackerbauliche landwirtschaftliche Nutzungen.⁶¹ Denn die ausdrückliche Regelung von Ackerflächen in Nr. 3 spricht aus systematischen Gründen dafür, dass hiermit eine abschließende Regelung der aus landwirtschaftlicher Nutzung stammenden Flächen getroffen werden sollte. Anderenfalls wäre eine gesonderte Regelung zu Ackerflächen entbehrlich gewesen. Denn wenn eine landwirtschaftliche Nutzung stets eine

C 245/09, sowie *Bönning*, in: Reshöft (Hrsg.), EEG-Kommentar, 3. Auflage 2009, § 32 Rn. 33; *Salje*, EEG-Kommentar, 5. Aufl., § 32 Rn. 32 ff.; *Oschmann*, in: Altröck/Oschmann/Theobald, EEG-Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 65.

⁶⁰Zum relevanten Zeitpunkt für die Prüfung des ökologischen Werts der Fläche s. Rn. 56 ff.

⁶¹So auch die Gesetzesbegründung zum EEG 2009, BT-Drs. 16/8148, S. 60; ebenso die Stellungnahme des BDEW, Rn. 19, sowie *Schomerus*, in: Frenz/Müggendorf (Hrsg.), EEG Kommentar, § 32 Rn. 62; *Oschmann*, in: Altröck/Oschmann/Theobald, EEG-Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 65; *Weißborn*, in: Böhmer/Weißborn (Hrsg.), Erneuerbare Energien – Perspektiven für die Stromerzeugung, 2. Aufl. 2009, S. 261, 344.

„wirtschaftliche Nutzung“ im Sinne der Nr. 2 wäre, hätte es keiner Regelung bedurft, dass Solarstromanlagen auf ehemaligen Ackerflächen eine Vergütung nach dem EEG erhalten. Vielmehr wären diese – soweit die Auswirkungen der ackerbaulichen Nutzung noch vorliegen – stets als Konversionsflächen zu qualifizieren.

- 74 Die Vornutzung einer Fläche zu landwirtschaftlichen Zwecken kann daher nicht zum Entstehen einer Konversionsfläche im Sinne des Gesetzes führen. Umgekehrt folgt hieraus nicht, dass eine landwirtschaftliche und insbesondere ackerbauliche Nutzung von Flächen, auf denen zuvor eine wirtschaftliche oder militärische Nutzung stattgefunden hat, die Qualifizierung der Fläche als Konversionsfläche notwendig ausschliesse (näher dazu u. Rn. 76).
- 75 **Relevanz des tatsächlichen Zustands der Fläche; Zwischennutzungen** Da nach der systematischen Auslegung ein Fortwirken der Auswirkungen der vorherigen Nutzung erforderlich ist,⁶² ist der tatsächliche Zustand der Fläche zu dem relevanten Zeitpunkt⁶³ maßgeblich.
- 76 Aus diesem Grund stehen etwaige zwischenzeitliche, d. h. nach Aufgabe der ursprünglichen Nutzung und vor dem Beschluss über die Aufstellung/Änderung des Bebauungsplans aufgenommene Nutzungen zu anderen als wirtschaftlichen oder militärischen Zwecken (z. B. Beweidung und/oder extensive Land- und Forstwirtschaft, Naherholung) der Qualifizierung als Konversionsfläche nicht zwingend entgegen.⁶⁴ Maßgeblich ist insofern vielmehr, ob diese zwischenzeitliche Nutzung die Auswirkungen der ursprünglichen wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung in einer Weise überlagert oder die Fläche ihrerseits in einer Weise prägt, dass die ursprüngliche Nutzung hinsichtlich des ökologischen Zustands der Fläche keine Relevanz mehr hat oder nicht mehr feststellbar ist. Eine solche ihrerseits „prägende“ zwischenzeitliche Nutzung führt dazu, dass die betroffene Fläche nicht als durch

⁶²S. o. Rn. 70

⁶³S. hierzu oben Rn. 56ff.

⁶⁴So auch die Stellungnahme des Deutschen Bauernverbandes e. V., Rn. 18. Anders offenbar *LG Gießen*, Urt. v. 01.04.2008 – 6 O 51/07, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/node/377>, wonach für die Annahme einer Konversionsfläche nicht nur Voraussetzung ist, dass die vormalige Nutzung den Charakter des Gebietes weiterhin prägt, sondern auch, dass eine anderweitige Nutzung nicht stattfindet. Im konkreten Fall war die Fläche zwischenzeitlich als Weideland genutzt worden und diente damit – so das *LG Gießen* – „wieder einem für den ländlichen Außenbereich typischen Nutzungszweck“.

die Vornutzung beeinträchtigte Fläche, sondern als jedenfalls durch die Vornutzung „unbeeinträchtigt“ zu qualifizieren wäre.⁶⁵

77 Durch das Abstellen auf den tatsächlichen Zustand im Zeitpunkt der Entscheidung über die Aufstellung bzw. Änderung des Bebauungsplans kann auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass sich auf der Fläche nach Aufgabe der ursprünglichen Nutzung möglicherweise durch Zeitablauf oder Maßnahmen, die nicht in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Realisierung der Solarstromanlagen stehen, (wieder) ein ökologisch unbeeinträchtigter Zustand entwickelt hat. Eine solche Entwicklung kann der Annahme eines Fortwirkens der Auswirkungen der vorherigen Nutzung im Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung/Änderung des Bebauungsplans entgegenstehen, wenn sie diese Auswirkungen überlagert. Ist z. B. infolge einer in der Vergangenheit bereits abgeschlossenen Rekultivierung, Renaturierung oder Sanierung oder infolge natürlicher Prozesse auf einer zuvor wirtschaftlich oder militärisch genutzten Fläche keine Beeinträchtigung des ökologischen Werts der Fläche mehr gegeben, fehlt es zu dem maßgeblichen Zeitpunkt⁶⁶ an der Voraussetzung, dass die Auswirkungen der ursprünglichen Nutzung noch fortwirken müssen.

78 **Verhältnis zur Prüfung der Zulässigkeit des Vorhabens** Da sich aus der Systematik des EEG das Erfordernis eines Fortwirkens der Auswirkungen der ursprünglichen wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung in Form einer Beeinträchtigung des ökologischen Werts der Fläche ableiten lässt, stellt sich die Frage, welche Rolle in diesem Zusammenhang die sich aus anderen Gesetzen ergebenden Anforderungen an die Zulässigkeit des Vorhabens spielen. Dies sind Anforderungen insbesondere aus dem Bau-, dem Natur- und Bodenschutzrecht. Zu berücksichtigen ist, dass die Belange des Umweltschutzes, einschließlich des Naturschutzes und der Landschaftspflege, nach § 1 Abs. 6 Nr. 7 BauGB bereits bei der Aufstellung der Bauleitpläne zu berücksichtigen sind. Da die Bebauungspläne im Anwendungsbereich des § 11 Abs. 4 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 EEG 2009 „zumindest auch“ zum Zwecke der Errichtung von Solarstromanlagen aufgestellt oder verändert worden sein müssen, sind bei der Aufstellung/Änderung auch die von einem solchen Vorhaben konkret betroffenen

⁶⁵Siehe zu der Frage, ob auch „unbeeinträchtigte“ Teilflächen Bestandteil einer Konversionsfläche sein können und in welchem Verhältnis die unbeeinträchtigten zu den beeinträchtigten Teilflächen stehen müssen, um insgesamt von einer Konversionsfläche auszugehen, insbesondere unten Rn. 95 ff.

⁶⁶Näher dazu oben Rn. 56 ff.

Belange zu berücksichtigen. Genannt sind in § 1 Abs. 6 Nr. 7 BauGB u. a. folgende Belange:

- die Auswirkungen auf Tiere, Pflanzen, Boden, Wasser, Luft, Klima und das Wirkungsgefüge zwischen ihnen sowie die Landschaft und die biologische Vielfalt,
- die Erhaltungsziele und der Schutzzweck der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung und der Europäischen Vogelschutzgebiete im Sinne des BNatSchG,
- umweltbezogene Auswirkungen auf Kulturgüter und sonstige Sachgüter,
- die Wechselwirkungen zwischen den einzelnen Belangen des Umweltschutzes.

79 Gemäß § 1a BauGB sind bei der Aufstellung der Bauleitpläne außerdem weitergehende Vorschriften zum Umweltschutz einzuhalten; zu diesen weitergehenden Vorschriften gehört u. a. der Grundsatz, dass mit Grund und Boden sparsam und schonend umgegangen werden soll, dass die Vermeidung und der Ausgleich voraussichtlich erheblicher Beeinträchtigungen des Landschaftsbildes sowie der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts in seinen in § 1 Abs. 6 Nr. 7 a) BauGB bezeichneten Bestandteilen in der Abwägung zu berücksichtigen sind und dass die Vorschriften des Bundesnaturschutzgesetzes (BNatSchG)⁶⁷ über die Zulässigkeit und die Durchführung von Eingriffen einschließlich der Einholung der Stellungnahme durch die Kommission anzuwenden sind, soweit ein Gebiet von gemeinschaftlicher Bedeutung und ein Europäisches Vogelschutzgebiet in seinen für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck maßgeblichen Bestandteilen erheblich beeinträchtigt werden kann (vgl. § 34 BNatSchG). Für die zu berücksichtigenden Belange des Umweltschutzes wird gemäß § 2 Abs. 4 BauGB eine Umweltprüfung durchgeführt, in der die voraussichtlichen erheblichen Umweltauswirkungen ermittelt und in einem Umweltbericht beschrieben und bewertet werden. In Anlage 1 zum BauGB sind die Inhalte eines solchen Umweltberichts im Einzelnen vorgegeben; er enthält insbesondere Angaben zur Bestandsaufnahme der einschlägigen Aspekte des derzeitigen Umweltzustands und eine Prognose über die Entwicklung des Umweltzustands bei Durchführung bzw. Nichtdurchführung der Planung. Zu den im Rahmen von Umweltberichten zu betrachtenden Schutzgütern gehören regelmäßig Schutzgebiete, Arten und Biotope, Boden, Wasser, Klima/Luft, Mensch/Erholung/Landschaftsbild, Mensch/Gesundheit, Kultur- und Sachgüter.

⁶⁷Bundesnaturschutzgesetz vom 29.07.2009, BGBl. I S. 2542.

- 80 Im Rahmen der behördlichen Prüfung der Zulässigkeit des Vorhabens können darüber hinaus weitere Schutzgebiete i. S. d. §§ 20 ff. BNatSchG, gesetzlich geschützte Biotope und geschützte Arten eine Rolle spielen, für die jeweils ein besonderes Schutzregime gilt.⁶⁸ Nach dem BBodSchG können Sanierungen erforderlich oder Schutz- und Beschränkungsmaßnahmen zu berücksichtigen sein. Weitere Anforderungen können sich aus dem Wasserrecht, dem Denkmalschutzrecht, dem Immissionsschutzrecht und dem allgemeinen Ordnungsrecht ergeben.
- 81 Festzustellen ist, dass die Belange des Umwelt- und Naturschutzes hiernach bereits Gegenstand der Prüfung der Zulässigkeit des Vorhabens sind. Dabei setzt die Zulässigkeit voraus, dass das Vorhaben mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar ist. Es wird also bereits durch das planungs- und zulassungsrechtliche Regime gewährleistet, dass den Belangen des Umwelt- und Naturschutzes gemäß dem jeweils rechtlich geforderten Schutzniveau Rechnung getragen wird.
- 82 Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob überhaupt Raum ist für zusätzliche oder andere Anforderungen im Anwendungsbereich des § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009, und wenn ja, welcher Art diese Anforderungen sein können.
- 83 Das EEG regelt ausschließlich die Vergütungsvoraussetzungen und trifft keine Aussage zu Fragen der (genehmigungsrechtlichen) Zulässigkeit des Vorhabens. Indem es aber zusätzliche bzw. eigene Anforderungen, nämlich die Eigenschaft als „Konversionsfläche aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung“ stellt, ist die Zulässigkeit eines Vorhabens nicht vorgreiflich für die Vergütungsvoraussetzungen nach § 32 EEG 2009 bzw. § 11 EEG 2004. Dies rechtfertigt es, von einem EEG-spezifischen Anforderungsprofil für Freiflächenanlagen im Anwendungsbereich des Vergütungsanspruchs auszugehen.
- 84 Dieses Anforderungsprofil ist ausschließlich auf den Zustand der Fläche zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Aufstellung/Änderung des Bebauungsplans bezogen. Hierin liegt ein erheblicher Unterschied zum Zulassungsregime. Zwar haben die behördlichen Prüfungen im Regelfall auch den gegenwärtigen Zustand der Fläche zum Gegenstand, jedoch liegt der Schwerpunkt der Prüfung vor allem auf der Betrachtung der *Auswirkungen* des Vorhabens auf die jeweiligen Schutzgüter. Die Auswirkungen der Errichtung und des Betriebes der geplanten Anlage spielen bei der Frage, ob die Fläche wegen des Fortwirkens der Auswirkungen der früheren wirt-

⁶⁸Die Eingriffsregelung findet hingegen gemäß § 18 BNatSchG keine Anwendung; über die Vermeidung, den Ausgleich und den Ersatz ist vielmehr nach den Vorschriften des BauGB zu entscheiden.

schaftlichen oder militärischen Nutzung und damit wegen ihres Zustandes *vor* der Realisierung des Vorhabens als Konversionsfläche i. S. d. EEG in Betracht kommt, hingegen keine Rolle.

- 85 Außer Betracht bleiben für die Qualifizierung einer Fläche als Konversionsfläche also alle Aspekte, die die Auswirkungen des Vorhabens auf die umweltrechtlichen Schutzgüter betreffen. Hier ist vielmehr ausschließlich das zulassungsrechtliche Regime einschlägig. Daraus folgt, dass aus dem EEG in Bezug auf die Zulassung keine weitergehenden Anforderungen an den Zustand der Flächen nach der Errichtung der Anlagen gestellt werden dürfen.
- 86 Die Schutzziele der einschlägigen Umwelt- und Naturschutzgesetze sind damit bei der Auslegung der Regelung nicht maßgeblich. Das schließt es nicht aus, tatsächliche Erkenntnisse, die sich aus den Untersuchungen zur Prüfung der Anforderungen nach den einschlägigen Umwelt- und Naturschutzgesetzen ergeben, bei der Beurteilung des ökologischen Werts der Fläche zu berücksichtigen.⁶⁹ Im Gegenteil sind solche Untersuchungen häufig die in erster Linie verfügbaren Erkenntnisquellen.
- 87 Auch können Bewertungen, die auf der Grundlage der einschlägigen Umweltgesetze vorgenommen werden und die eine Aussage über den ökologischen Wert der Fläche enthalten, bei der Bewertung der Fläche nach dem EEG-spezifischen Anforderungsprofil herangezogen werden.⁷⁰
- 88 **Bewertungsmaßstab/Anforderungsprofil** Ein Maßstab für die Bewertung des ökologischen Zustands von Konversionsflächen ist dem EEG nicht zu entnehmen; jedoch kann aus einem Vergleich mit den Fallgruppen in Nr. 1 und Nr. 3 abgeleitet werden, dass als „Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung“ insbesondere solche Flächen in Betracht kommen, deren ökologischer Zustand in einer Weise beeinträchtigt ist, der mit einer Versiegelung bzw. einer min-

⁶⁹Eine Aufzählung von Standortkriterien unter naturschutzfachlichen Aspekten findet sich etwa im Endbericht zu dem im Auftrag der Gemeinsamen Landesplanung Berlin-Brandenburg bearbeiteten Forschungsvorhaben „Erarbeitung von Grundlagen zur regionalplanerischen Steuerung von Photovoltaik-Freiflächenanlagen am Beispiel der Region Lausitz-Spreewald“, vom 20.10.2009, S. 36 ff., abrufbar unter http://gl.berlin-brandenburg.de/imperia/md/content/bb-gl/energie/gutachten_endbericht.pdf, zuletzt abgerufen am 01.07.2010.

⁷⁰So auch für ehemalige Ackerflächen *Clearingstelle EEG*, Empfehlung zu Fotovoltaik-Anlagen auf Grünflächen im Sinne des § 11 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2004–2008/6, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2008/6>, S. 27 f.

destens dreijährigen Nutzung als Ackerland vergleichbar ist.⁷¹ Versiegelte Flächen und ehemalige Ackerflächen sind vor allem durch eine fortwirkende Beeinträchtigung der natürlichen Bodenfunktionen i. S. d. § 2 Abs. 2 Nr. 1 b) und c) BBodSchG geprägt.

- 89 Allerdings muss den Besonderheiten der spezifischen Vornutzung Rechnung getragen werden. So kommen – anders als bei Versiegelungs- oder Ackerflächen – bei Konversionsflächen extrem heterogene Nutzungsformen in Betracht. Demzufolge stellen sich auch die potenziellen Auswirkungen der früheren Nutzung zu wirtschaftlichen oder militärischen Zwecken als sehr vielgestaltig dar. Ein direkter Vergleich mit dem ökologischen Wert versiegelter bzw. als Ackerfläche genutzter Flächen ist deshalb nur begrenzt möglich. Vielmehr sind die spezifischen Folgen der jeweiligen Vornutzung zu berücksichtigen. Diese können bei einer vorherigen wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung insbesondere in Ablagerungen (z.B. von Abfällen, Schadstoffen, Kampfstoffen) sowie Veränderungen der Bodenoberfläche (z.B. Versiegelungen, Aufschüttungen, Abgrabungen, Profilierungen) liegen.
- 90 Insoweit kann auch ein Vergleich mit den aufgrund ihrer Vornutzung sonst privilegierten Flächen (insbes. planfestgestellte Flächen bzw. bauliche Anlagen mit vorrangig anderem Nutzungszweck gemäß § 11 Abs. 3 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 2 EEG 2009) zur Klärung beitragen. Als planfestgestellte Flächen kommen insbesondere Deponien, aber auch Fernstraßen, Schienenwege, Bahnhofs- oder zivile Flughafengelände in Betracht. Bauliche Anlagen sind insbesondere sämtliche aus Bauprodukten hergestellten Anlagen. Auch hier sind sehr heterogene Belastungsformen möglich.⁷²
- 91 Eine systematische Auslegung der Regelung lässt demnach Raum für die Aufstellung spezifischer Kriterien zur Beurteilung des ökologischen Werts einer ehemals wirtschaftlich oder militärisch genutzten Fläche. Diese Kriterien müssen der Heterogenität der denkbaren wirtschaftlichen bzw. militärischen Nutzungen sowie den Besonderheiten der Auswirkungen dieser Nutzungen auf den ökologischen Wert der Flächen Rechnung tragen.

⁷¹In der Literatur wird z. T. eine „gewisse Erheblichkeit“ der Fortwirkung der Auswirkungen der ehemaligen Nutzungsart gefordert, s. *Schomerus*, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), EEG Kommentar, § 32 Rn. 62.

⁷²Götze/Boelling/Löscher, ZUR 2010, 245, 246 f., sehen deshalb hinsichtlich der Förderung von Anlagen auf Fachplanungsflächen und auf versiegelten oder Konversionsflächen den gleichen steuerpolitischen Ansatz verwirklicht; hier wie dort sei eine fortwirkende Überprägung der Fläche typisch.

- 92 Dabei kann es für die flächenbezogenen Voraussetzungen nach § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 nur auf diejenigen ökologischen Aspekte ankommen, die unmittelbar aus der spezifischen Vornutzung resultieren. Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Regelungen, der einen engen Bezug zwischen der Konversionsflächeneigenschaft und der genannten Vornutzung (wirtschaftlich oder militärisch), nicht hingegen zu allgemeinen ökologischen Aspekten herstellt, sowie aus der systematischen Erwägung, dass auch bei Versiegelungs- und ehemaligen Ackerflächen der Vergütungsanspruch seinen Grund in der jeweils durch die spezielle Vornutzung verursachten Beeinträchtigung der Bodenfunktionen findet.
- 93 Weiterhin kann eine Bewertung der Auswirkungen der Vornutzung auf den ökologischen Wert einer Fläche nur durch einen Vergleich mit dem (hypothetischen) ökologischen Wert, den die Fläche unter der Annahme hätte, dass sie von einer solchen Nutzung nicht in Anspruch genommenen worden wäre, oder, soweit hierüber Daten vorliegen, durch einen Vergleich mit dem ökologischen Wert der Fläche vor der militärischen oder wirtschaftlichen Nutzung erfolgen. Beeinträchtigt ist der ökologische Wert einer zuvor wirtschaftlich oder militärisch genutzten Fläche also dann, wenn er sich aufgrund der spezifischen Vornutzung schlechter darstellt als vor dieser bzw. ohne diese Nutzung.
- 94 Dabei bemisst sich der ökologische Wert nach dem jeweiligen Zustand der Schutzgüter der Umwelt. Für eine Beschränkung der Prüfung auf bodenschutzfachliche Aspekte oder gar auf oberirdisch wahrnehmbare Beeinträchtigungen⁷³ besteht kein Anhaltspunkt, so dass sämtliche in Betracht kommenden Schutzgüter in die Prüfung einzubeziehen sind. Eine Aufzählung der in Betracht kommenden Schutzgüter findet sich in § 2 UVPG⁷⁴:
- Menschen, einschließlich der menschlichen Gesundheit, Tiere, Pflanzen und die biologische Vielfalt,
 - Boden, Wasser, Luft, Klima und Landschaft,
 - Kulturgüter und sonstige Sachgüter.

⁷³So aber offenbar *LG Gießen*, Urt. v. 01.04.2008 – 6 O 51/07, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/377>.

⁷⁴Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung in der Fassung der Bekanntmachung vom 24.02.2010, BGBl. I S. 94.

95 **Bestandteile der Konversionsfläche** Eine systematische Betrachtung liefert auch Ansätze für eine Klärung der Frage, ob die Annahme einer „Konversionsfläche“ i. S. d. § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 voraussetzt, dass eine ökologische Beeinträchtigung „lückenlos“ auf der gesamten Fläche gegeben ist.⁷⁵ Unbelastete Teilflächen können z. B. darauf zurückzuführen sein, dass die wirtschaftliche oder militärische Nutzung die Fläche nicht lückenlos in Anspruch genommen hat oder dass auf Teilflächen aufgrund wenig intensiver Vornutzung und/oder natürlicher Entwicklungen keine Belastungswirkungen mehr feststellbar sind. Insofern ist zu klären, ob und unter welchen Voraussetzungen auch diese unbelasteten Teilflächen Bestandteil der Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung i. S. d. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 bzw. § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 sein können, bzw. ob

- die für die Annahme einer Konversionsfläche erforderliche Beeinträchtigung des ökologischen Werts der Fläche „lückenlos“ auf der gesamten Fläche vorliegen muss und diejenigen Teilflächen, auf denen keine fortwirkende Beeinträchtigung ihres ökologischen Wertes vorliegt, von der Konversionsfläche auszunehmen sind,⁷⁶ oder ob
- Konversionsflächen aus einer Gesamtheit von ökologisch beeinträchtigten und unbeeinträchtigten Teilflächen bestehen können⁷⁷.

Die Folge einer teilflächengenauen Betrachtung im Gegensatz zu einer Gesamtbeurteilung wäre, dass es zum Nachweis der flächenbezogenen Voraussetzungen nicht ausreichte, dass sich die Solarstromanlage an einer beliebigen Stelle innerhalb der räumlichen Ausdehnung der Konversionsfläche befindet, sondern dass die flächenbezogenen Voraussetzungen für jeden Einzelstandort eines Solarmoduls – denn dabei handelt es sich um die „Anlage“ i. S. d. EEG⁷⁸ – gesondert zu prüfen wären.

96 Systematisch ist insofern von Bedeutung, dass in § 32 Abs. 3 EEG 2009 bzw. § 11 Abs. 4 EEG 2004 – im Unterschied etwa zu §§ 5 Abs. 1, 16 Abs. 2 Satz 2, 29 Abs. 3,

⁷⁵Vgl. die den Entscheidungen des *LG Gießen*, Urt. v. 01.04.2008 – 6 O 51/07, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/377> sowie des *AG Bad Sobernheim*, Urt. v. 31.08.2009 – 61 C 245/09, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/746> und des *LG Kreuznach*, Urt. v. 02.09.2009 – 3 O 271/09, abzurufen unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/747> zugrunde liegenden Sachverhalte.

⁷⁶So der BDEW in seiner Stellungnahme, Rn. 19.

⁷⁷So die Stellungnahmen des BBK, Rn. 17, und des BSW, Rn. 22, sowie die Urteile des *LG Bad Kreuznach* und des *AG Bad Sobernheim*, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/746>

30 Satz 2 (Halbsatz 2), 46 Nr. 1, 55 Abs. 2 Nr. 5 EEG 2009 – nicht von dem „Standort“ der Anlage, sondern von „Flächen“ die Rede ist. Bereits dieser Umstand deutet darauf hin, dass es nicht auf den jeweiligen Standort der einzelnen Module ankommt, sondern eine größere räumliche Einheit maßgeblich sein soll.

- 97 Hinzu kommt, dass in allen Fällen des § 11 Abs. 4 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 EEG 2009 die Vergütungspflicht nur für Strom aus „einer Anlage“ besteht, wenn sie sich „auf Konversionsflächen“ befindet.⁷⁹ Da die Anlage bei fotovoltaischer Stromerzeugung grundsätzlich das einzelne Modul ist,⁸⁰ kann sich eine Anlage normalerweise nicht gleichzeitig auf mehreren Flächen „befinden“. Auch dies deutet darauf hin, dass es nicht auf die Aufstellfläche ankommt, sondern auf die gesamte Fläche.
- 98 Der Umstand, dass in § 11 Abs. 4 Nr. 1 und 3 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nrn. 1 und 3 EEG 2009 ebenfalls von „Flächen“ die Rede ist und diese insgesamt die charakteristische Beeinträchtigung des ökologischen Werts aufweisen, steht einem Abstellen auf eine größere räumliche Einheit unter Einbeziehung auch der konkret nicht belasteten Teilbereiche bei § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 nicht entgegen. Zu berücksichtigen ist hierbei die grundlegend unterschiedliche Typik der verschiedenen Flächen. Bei Versiegelungs- und Ackerflächen sind die flächenbezogenen Voraussetzungen schon aufgrund der gesetzlich genannten Vornutzung bzw. dem genannten Erscheinungsbild notwendig lückenlos, da bezogen auf die gesamte Fläche. Das rechtfertigt es, z. B. im Falle der Ackerflächen Nr. 3) eine vollständige Errichtung auf parzellenscharf abgegrenzten Grünflächen zu fordern.⁸¹ Umgekehrt ist es für früher wirtschaftlich oder militärisch genutzte Flächen erscheinungstypisch, dass eine extrem heterogene Belastungssituation gegeben ist, die ihrerseits auf die stark heterogene Nutzung der Flächen in ihren Teilbereichen zurückzuführen ist.⁸² Teilflächen ohne fortwirkende Beeinträchtigung ihres ökologischen Wertes können hier nicht nur auf die jeweiligen funktionalen Erfordernisse der jeweiligen Nutzungsart, sondern insbesondere auch auf Abstandserfordernisse

sowie <http://www.clearingstelle-ee.de/node/747>.

⁷⁸ Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 10.06.2009 – 2009/5, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2009/5>.

⁷⁹ Hervorhebung nicht im Original.

⁸⁰ S. hierzu Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 10.06.2009 – 2009/5, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2009/5>.

⁸¹ S. Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 13.06.2009 – 2008/6, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2008/6>.

⁸² Das LG Gießen geht davon aus, dass eine lückenlose Inanspruchnahme eines Grundstücks durch eine wirtschaftliche oder militärische Nutzung in der Praxis kaum vorkommen dürfte, s. LG Gießen, Urt. v. 01.04.2008 – 6 O 51/07, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/377>.

zwischen verschiedenen Nutzungseinheiten zurückzuführen sein, wobei sich solche Erfordernisse je nach Art der Nutzung aus Gründen der Sicherheit (z.B. bei Start- und Landebahnen), aus Gründen des Brandschutzes (z.B. bei baulichen Anlagen) oder einer ausreichenden Belichtung und Belüftung (z.B. von Gebäuden) ergeben können. Solche Teilflächen stehen in einem unmittelbaren räumlich-funktionalen Zusammenhang mit den intensiv genutzten Teilflächen.⁸³

- 99 Das Gesetz verwendet trotz dieser Unterschiede in allen drei Fällen des § 11 Abs. 4 EEG 2004 bzw. des § 32 Abs. 3 EEG 2009 unterschiedslos den Begriff der Fläche und stellt die drei Fälle der Versiegelungs-, Konversions- und ehemaligen Ackerflächen als gleichberechtigte Alternativen nebeneinander. Dies spricht dafür, die Prüfung der flächenbezogenen Voraussetzungen bei Konversionsflächen nicht auf den jeweiligen Standort der einzelnen PV-Anlage zu beziehen, sondern vielmehr die gesamte Fläche in den Blick zu nehmen, die jeweils ursprünglich wirtschaftlich oder militärisch genutzt worden ist und nunmehr tatsächlich nachgenutzt wird.⁸⁴
- 100 Gestützt wird diese Auslegung auch dadurch, dass das EEG in § 11 Abs. 3 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 2 EEG 2009 einen Vergütungsanspruch auch für Solarstromanlagen auf planfestgestellten Flächen vorsieht. Auch solche Flächen können sehr heterogene Belastungssituationen aufweisen. Dennoch werden sie vom EEG jeweils insgesamt als Standorte für die Solarstromerzeugung privilegiert.
- 101 Im Ergebnis der systematischen Auslegung ist danach eine Gesamtbetrachtung der Konversionsfläche geboten.⁸⁵ Demnach können auch Teilflächen, die keine fortwirkende Beeinträchtigung ihres ökologischen Werts aufweisen, Bestandteil der Konversionsfläche sein. Eine Solarstromanlage „befindet“ sich dann auf einer Konversionsfläche, wenn sie an einer beliebigen Stelle innerhalb der insgesamt als Konversionsfläche zu qualifizierenden Fläche errichtet wird, unabhängig davon, ob die jeweilige Aufstellfläche ökologisch beeinträchtigt ist oder nicht.
- 102 Damit ist allerdings noch keine Aussage dazu getroffen, in welchem Verhältnis die ökologisch beeinträchtigten zu den ökologisch unbeeinträchtigten Teilflächen ste-

⁸³So für die unmittelbar an die Landebahn eines NATO-Flugplatzes angrenzenden Sicherheitsflächen auch *AG Bad Sobernheim*, Urt. v. 31.08.2009 – 61 C 245/09 und Urt. v. 05.05.2010 – 61 C 405/09, beide abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/746>.

⁸⁴Davon geht jetzt offenbar auch die Begründung zu § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG im Gesetzentwurf in der Fassung der Ausschussdrucksache des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit aus, s. 17(16)64 in BT-Drs. 17/1604, elektronische Vorab-Fassung, S. 18.

⁸⁵So auch *LG Bad Kreuznach*, Urt. v. 02.09.2009 – 3 O 271/09, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/747> sowie *AG Bad Sobernheim*, Urt. v. 31.08.2009 – 61 C 245/09, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/746>.

hen müssen, damit die Fläche insgesamt als Konversionsfläche zu qualifizieren ist. Aus dem Erfordernis, dass „die Fläche“ in ihrer Gesamtheit als ökologisch beeinträchtigt anzusehen sein muss, lässt sich jedoch ableiten, dass eine Beeinträchtigung untergeordneter Teilflächen grundsätzlich nicht ausreicht, um insgesamt von einer Konversionsfläche auszugehen. Vielmehr muss die Beeinträchtigung die Fläche in ihrer Gesamtheit „prägen“, was voraussetzt, dass der überwiegende Teil der Fläche eine solche Beeinträchtigung ihres ökologischen Werts aufweist (näher hierzu unter Punkt 4.6).

Verhältnis zu den anderen Fallgruppen und zu § 11 Abs. 3 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 2 EEG 2009 Die systematische Betrachtung liefert schließlich Aussagen zum Verhältnis zwischen den anderen in § 11 EEG 2004 bzw. § 32 EEG 2009 geregelten Fallgruppen. Soll eine Solarstromanlage an oder auf einer baulichen Anlage angebracht werden, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichtet worden ist, werden nach dem Prüfungsschema, das den Regelungen in § 11 EEG 2004 bzw. § 32 EEG 2009 zugrunde liegt (s.o. Rn. 25), die in § 11 Abs. 4 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 EEG 2009 normierten besonderen Flächenanforderungen nicht angewendet.⁸⁶ Gleiches gilt für Solarstromanlagen, die ausschließlich an oder auf einem Gebäude im Sinne des § 33 Abs. 3 EEG 2009 angebracht sind. Für solche Anlagen besteht der Vergütungsanspruch nach § 11 Abs. 1 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 1 EEG 2009 vielmehr ohne weitere Voraussetzungen. Soll bei einem Vorhaben eine Fläche mit Solarstromanlagen bebaut werden, auf der auch bauliche Anlagen mit vorrangig anderem Nutzungszweck befindlich sind, so ist deshalb hinsichtlich der Vergütungsvoraussetzungen für die verschiedenen Standorte der einzelnen Anlagen danach zu unterscheiden, ob sie an oder auf den baulichen Anlagen oder auf der übrigen Fläche errichtet werden. Die besonderen Flächenanforderungen nach § 11 Abs. 4 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 EEG 2009 gelten nur für die letztgenannten Anlagen.

Daraus folgt nicht, dass die auf einer ehemals wirtschaftlich oder militärisch genutzten Fläche vorhandenen baulichen Anlagen bei der Bewertung des ökologischen Zustands der Fläche hinsichtlich ihrer Konversionsflächeneigenschaft außer Betracht blieben. Wie oben ausgeführt, kommt es bei § 11 Abs. 4 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 EEG 2009 – anders als bei § 11 Abs. 3 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 2 EEG 2009 – nicht

⁸⁶So auch die Stellungnahme des BDEW, Rn. 19 und des BSW, Rn. 22, sowie Müller, in: Danner/Theobald, Energierecht Kommentar, Stand März 2009, Bd. 2 Ziff. VI, EEG § 11 Rn. 4 (dort Fußnote 4); Oschmann, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG-Kommentar, 2. Aufl., § 11 Rn. 59.

auf den konkreten Standort der einzelnen Solarstromanlage an. Vielmehr ist eine auf die gesamte „Konversionsfläche“ bezogene Betrachtung vorzunehmen. Etwaige bauliche Anlagen sind für die Bewertung des ökologischen Zustands der Fläche dabei von erheblicher Relevanz, weil sie den Gesamtcharakter der Fläche maßgeblich prägen können.

- 105 Zu klären ist auch, in welchem Verhältnis die in den Nrn. 1 bis 3 der §§ 11 Abs. 4 EEG 2004 bzw. 32 Abs. 3 EEG 2009 genannten Fallgruppen zueinander stehen. So stellt sich die Frage, ob die Vergütungsvoraussetzungen für Strom aus einer Solarstromanlage, die sich auf einer Versiegelungsfläche befindet, die ihrerseits Bestandteil einer wirtschaftlichen oder militärischen Konversionsfläche ist, nach Nr. 1 oder Nr. 2 zu prüfen sind. Ebenso stellt sich die Frage, welche Regelung einschlägig ist, wenn die Solarstromanlage auf einer Fläche errichtet wird, die zwar zuvor wirtschaftlich oder militärisch genutzt wurde, auf der aber zwischenzeitlich Ackerbau betrieben wurde.
- 106 Systematisch ist insofern wiederum zu berücksichtigen, dass die Fallgruppen nicht auf den konkreten Standort der einzelnen Module abstellen, sondern auf eine „Fläche“. Entscheidend kommt es hiernach darauf an, welche Qualifizierung für die jeweils zur Solarstromerzeugung in Anspruch genommene Fläche in ihrer Gesamtheit einschlägig ist. Denn die in den Nrn. 1 bis 3 genannten Flächenarten stehen in einem Alternativverhältnis.⁸⁷
- 107 Maßgeblich ist daher, wodurch die relevante Fläche in ihrem Bestand im Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung bzw. Änderung des Bebauungsplans geprägt ist. Das Kriterium der „Prägung“ der Fläche erscheint aufgrund der gebotenen Gesamtbetrachtung der Fläche sinnvoll. Auch in bauplanungsrechtlichen Zusammenhängen kommt es für die Beurteilung der bodenrechtlichen Situation z. T. auf die Prägung eines Gebietes durch die tatsächlichen baulichen Nutzungen der Umgebung an.⁸⁸ Dabei ist die relevante Fläche bei Nr. 2 die potenzielle Konversionsfläche, d. h. diejenige Fläche, die innerhalb der räumlichen Ausdehnung der ursprünglich wirtschaftlichen

⁸⁷Davon geht jetzt auch die Begründung zu § 32 Abs. 3 Nr. 4 EEG nach der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit zu dem Entwurf zur Änderung des EEG aus, s. BT-Drs. 17/1604, elektronische Vorab-Fassung, S. 19; ähnlich *ARGE Monitoring PV-Anlagen*, Leitfaden zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Planung von PV-Freiflächenanlagen, im Auftrag des BMU, S. 60.

⁸⁸Vgl. etwa zu § 34 BauGB *Rieger*, in: Schrödter, BauGB-Kommentar, 7. Aufl. 2006, § 34 Rn. 22 ff., sowie speziell zur planungsrechtlichen Einordnung von Konversionsflächen *VGH Baden-Württemberg*, Urt. v. 10.07.2006 – 3 S 2309/05, veröffentlicht bei juris, sowie *Manssen*, BauR 2008, 31 ff.

oder militärischen Vornutzung auf der Grundlage des Bebauungsplans tatsächlich einer Nachnutzung zugeführt wird. Bei Nr. 1 ist die relevante Fläche die versiegelte Fläche, bei Nr. 3 die ehemalige Ackerfläche.

108 Hiernach kommt es maßgeblich darauf an, welche konkrete Fläche jeweils für die Solarstromerzeugung in Anspruch genommen wird:

- Ist die Fläche, auf der die Solarstromanlagen errichtet werden, insgesamt versiegelt, ist Nr. 1 einschlägig. Denn in diesem Fall ist selbst dann, wenn die Versiegelung aus einer wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung stammt, in erster Linie nicht die spezifische Vornutzung prägend, sondern vielmehr der Umstand, dass die Fläche versiegelt ist.
- Wird eine Fläche in Anspruch genommen, die vollständig und mindestens in den letzten 3 Jahren ackerbaulich genutzt worden ist, ist grundsätzlich Nr. 3 einschlägig. Denn selbst wenn diese Fläche Bestandteil einer ursprünglich wirtschaftlich oder militärisch genutzten Fläche ist, entfaltet die spätere ackerbauliche Nutzung für diese Fläche aufgrund ihrer vollständigen Inanspruchnahme im Regelfall prägende Wirkung.⁸⁹ Das gilt nur dann nicht, wenn die frühere wirtschaftliche oder militärische Vornutzung die Fläche trotz der späteren ackerbaulichen Nutzung weiterhin prägt, indem z. B. die Bodenqualität (u.a. hinsichtlich pH-Wert, Humusgehalt) oder die Bodenfruchtbarkeit aufgrund der Vornutzung nicht standorttypisch, sondern schwerwiegend verändert ist.
- In allen anderen Fällen, in denen eine ursprünglich wirtschaftlich oder militärisch genutzte Fläche in Anspruch genommen wird, die nicht lückenlos versiegelt bzw. später vollständig als Ackerland genutzt worden ist, sind die flächenbezogenen Voraussetzungen der Nr. 2 zu prüfen. Denn eine heterogene Nutzungssituation mit heterogenen Auswirkungen ist nur bei Konversionsflächen möglich und insofern für solche Flächen prägend.⁹⁰

⁸⁹So auch die Stellungnahme des BSW, Rn. 22.

⁹⁰In den anderen Fällen müssen die flächenbezogenen Voraussetzungen lückenlos und parzellenscharf vorliegen, vgl. Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 13.06.2008 – 2008/6, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2008/6>.

4.2.2 Betrachtung im Zusammenhang mit anderen Regelungen der Rechtsordnung

109 Soweit ersichtlich enthält die Rechtsordnung an keiner Stelle die Begriffskombination „Konversionsfläche aus wirtschaftlicher Nutzung“ bzw. „Konversionsfläche aus militärischer Nutzung“. Isoliert ist der Begriff der „Konversionsfläche“ in § 164b Abs. 2 Nr. 2 BauGB zu finden. Diese Regelung zählt Schwerpunkte für den Einsatz von Finanzhilfen auf, die der Bund zur Förderung städtebaulicher Sanierungsmaßnahmen nach Art. 104a Abs. 4 GG gewähren kann, und nennt als Regelbeispiel für die Flächen, die Gegenstand einer „Wiedernutzung“ sein können, u. a. die „in Innenstädten brachliegenden Industrie-, Konversions- oder Eisenbahnflächen“. Dabei sind mit Konversionsflächen in diesem Zusammenhang nur die vormals militärischen Zwecken dienenden Flächen gemeint.⁹¹ Für die Auslegung des Begriffs der „Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung“ gemäß dem EEG lässt sich hieraus nichts ableiten.

110 Der Begriff „**wirtschaftlich**“ wird in der Rechtsordnung in verschiedenen Zusammenhängen in jeweils eigener Bedeutung verwendet. Eine Verwendung findet sich etwa im Gewerbesteuerrecht, wenn es für die Frage, welche juristischen Personen des Privatrechts der Gewerbesteuer unterliegen, insbesondere auf einen „wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb“ ankommt. Für die Annahme eines solchen „wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes“ bedarf es einer planmäßigen wirtschaftlichen Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen oder anderen wirtschaftlichen Vorteilen; die Absicht, Gewinn zu erzielen, ist nicht erforderlich.⁹² Anhaltspunkte lassen sich auch aus der im Körperschaftsteuerrecht relevanten Abgrenzung zwischen den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben der juristischen Personen des öffentlichen Rechts (sog. Betriebe gewerblicher Art) und ihrer hoheitlichen Tätigkeit entnehmen. Der Begriff des Betriebes gewerblicher Art umfasst alle Einrichtungen, die einer nachhaltigen Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen außerhalb der Land- und Forstwirtschaft dienen und die sich innerhalb der Gesamtbetätigung der juristischen Person wirtschaftlich herausheben. Die Absicht, Gewinn zu erzielen, und die Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr sind nicht erforderlich.⁹³

⁹¹Vgl. Köhler, in: Schrödter, BauGB-Kommentar, 7. Aufl. 2006, § 164b Nr. 14.

⁹²Vgl. § 14 Abgabenordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Oktober 2002, BGBl. I S. 3866; 2003 I S. 61, zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 30. Juli 2009, BGBl. I S. 2474.

⁹³Vgl. § 4 Abs. 1 des Körperschaftsteuergesetzes (KStG) – Körperschaftsteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Oktober 2002, BGBl. I S. 4144, zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 8. April 2010, BGBl. I S. 386.

- 111 In Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG⁹⁴ wird das „Recht der Wirtschaft“ als Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung genannt und der Begriff der Wirtschaft dabei durch den Klammerzusatz (Bergbau, Industrie, Energiewirtschaft, Handwerk, Gewerbe, Handel, Bank- und Börsenwesen, privatrechtliches Versicherungswesen) eingeschränkt. Eine über den Anwendungsbereich dieser Norm hinausgehende generelle Beschränkung des Begriffs der Wirtschaft lässt sich hieraus indes nicht ableiten.
- 112 In den für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden maßgebenden Regelungen der Gemeindeordnungen der Länder (sog. Gemeindegewirtschaftsrecht) wird in aller Regel eine Unterscheidung zwischen sog. „wirtschaftlichen“ und „nichtwirtschaftlichen“ Tätigkeiten der Gemeinden getroffen und es werden bestimmte Tätigkeiten, insbesondere solche, zu deren Wahrnehmung die Gemeinde verpflichtet ist oder die in unmittelbarem Zusammenhang mit der kommunalen Daseinsvorsorge stehen (z.B. Betrieb von Einrichtungen des Bildungswesens oder der Abwasser- oder Abfallentsorgung), als nichtwirtschaftliche Tätigkeiten bezeichnet.⁹⁵ Die entsprechenden Regelungen in den Gemeindeordnungen zielen darauf ab, eine Betätigung der Gemeinden in Bereichen außerhalb der gesetzlichen Verpflichtung und der kommunalen Daseinsvorsorge zum Schutz des kommunalen Haushalts vor den Risiken des freien Wettbewerbs zu reglementieren bzw. zu begrenzen. Die kommunalrechtliche Unterscheidung ist damit zur Qualifizierung verschiedener Arten von Flächennutzungen nicht geeignet. Hinzu kommt, dass die sog. nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten der Gemeinden regelungstechnisch häufig im Wege einer Fiktion bestimmt⁹⁶ oder gesetzlich als solche definiert⁹⁷ werden. Hieraus lässt sich wiederum ableiten, dass auch die i. S. d. Gemeindegewirtschaftsrechts „nichtwirtschaftlichen“ Tätigkeiten im Grundsatz die Voraussetzungen einer wirtschaftlichen Tätigkeit erfüllen (können).
- 113 Zu berücksichtigen ist auch, dass etwa der EuGH unter einem Unternehmen „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit“ versteht, „unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“.⁹⁸

⁹⁴Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 29. Juli 2009, BGBl. I S. 2248.

⁹⁵Vgl. z. B. § 107 GO NW, § 101 Abs. 4 GO S-H, § 102 Abs. 4 GO BW, § 108 Abs. 3 NGO § 68 Abs. 2 KV M-V.

⁹⁶Vgl. § 101 Abs. 4 SO S-H, § 107 Abs. 2 GO NW: „Als wirtschaftliche Betätigung ... gilt nicht ...“.

⁹⁷Vgl. § 108 Abs. 3 NGO, § 68 KV M-V, § 102 Abs. 4 GO B-W: „Wirtschaftliche Unternehmen ... sind nicht ...“.

⁹⁸EuGH, Urt. v. 23.04.1991, Rs. C-41/90, Slg. 1991 I-1979, Rn. 24 f.

- 114 Die bereits aus dem Wortlaut ableitbare weite Fassung des Begriffs der „wirtschaftlichen Nutzung“ und insbesondere die Erstreckung auf Tätigkeiten der Leistungsverwaltung und die Ausnahme von Tätigkeiten der Eingriffsverwaltung wird damit durch die Verwendung des Begriffs „wirtschaftlich“ in der Rechtsordnung gestützt.
- 115 In der Rechtsordnung findet sich der Begriff „**militärisch**“ bzw. der des „Militärs“ mehrfach. Im Grundgesetz etwa in Art. 12a Abs. 4 GG, wonach im Verteidigungsfall Frauen u. a. zu Dienstleistungen „in der ortsfesten militärischen Lazarettorganisation“ herangezogen werden können, sowie in Art. 8a Abs. 4 GG, wo von „militärisch bewaffneten Aufständischen“ die Rede ist. Die Verwendung des Begriffs im letztgenannten Zusammenhang zeigt, dass mit dem Begriff des Militärs nicht allein die Bundeswehr gemeint ist, sondern der Begriff eher tätigkeitsbezogen verwendet wird. Die Streitkräfte des Bundes sind in Art. 87a GG, die Bundeswehrverwaltung in Art. 87b GG geregelt. Letzere dient gemäß Art. 87b Abs. 1 Satz 2 GG den Aufgaben des Personalwesens und der unmittelbaren Deckung des Sachbedarfs der Streitkräfte. Aufgrund der bereits grundgesetzlich vorgegebenen Unterscheidung zwischen den Streitkräften (Bundeswehr) und der Bundeswehrverwaltung liegt es nahe, den Begriff der „militärischen“ Nutzung auf Tätigkeiten zu beschränken, die einen Bezug zur bewaffneten Landesverteidigung haben. Nutzungen durch die Bundeswehrverwaltung zählen jedenfalls dann nicht zu den „militärischen Nutzungen“ i. S. d. EEG, wenn sie keinen Bezug zum Verteidigungsauftrag aufweisen (z.B. Flächennutzung als Parkplatz für die Verwaltungsbeamten und -angestellten).
- 116 Die systematische Betrachtung stützt damit auch die weite Fassung des Begriffs der „militärischen Nutzung“.

4.2.3 Fazit

- 117 Die systematische Auslegung ergibt, dass als „Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung“ nur solche Flächen in Betracht kommen, bei denen die Auswirkungen der vorherigen Nutzung noch fortwirken und deren ökologischer Wert infolge dieser Vornutzung schwerwiegend beeinträchtigt ist. Weiterhin ist aus der Systematik der Regelungen ableitbar, dass die Beeinträchtigung des ökologischen Werts nicht an jedem einzelnen Standort der Module nachweisbar sein muss, sondern eine Gesamtbetrachtung der Konversionsfläche erforderlich ist. „Konversionsfläche“ ist dabei die tatsächlich nachgenutzte Fläche innerhalb der Ausdehnung der ursprünglichen wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung. Da in die Prüfung nur die spezifisch auf die Vornutzung zurückzuführenden Auswirkungen einzube-

ziehen sind, sind Auswirkungen, die auf zwischenzeitliche, d. h. nach der Aufgabe der Vornutzung und vor dem Beschluss über die Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans aufgenommene andere als wirtschaftliche oder militärische Nutzung zurückzuführen sind, unbeachtlich. Führen derartige Zwischennutzungen jedoch dazu, dass sie die Auswirkungen der Vornutzung überlagern oder „überprägen“, so dass die Auswirkungen der Vornutzung nicht mehr feststellbar sind, gelten diese (Teil-) Flächen als nicht infolge der Vornutzung ökologisch beeinträchtigt. Bei Überschneidungen zwischen den verschiedenen Tatbeständen der § 11 Abs. 4 Nr. 1 bis 3 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 EEG 2009 ist eine Gesamtbetrachtung anzustellen, welche Nutzung den Charakter der jeweils in Anspruch genommenen Fläche im Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung bzw. Änderung des Bebauungsplans insgesamt prägt.

4.3 Historische Auslegung

118 Die Vorgängernorm zu § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004, die mit dem Wortlaut des § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 identisch ist, fand sich in § 8 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2000⁹⁹ in der ab dem 1. Januar 2004 geltenden Fassung. Diese Fassung war durch das sog. Fotovoltaik-Vorschaltgesetz¹⁰⁰ nachträglich in das EEG 2000 eingefügt worden; sie ist mit dem Wortlaut der vorgenannten Regelungen weitgehend identisch. In der ursprünglichen Fassung war in § 8 EEG 2000 keine Sonderregelung für Freiflächenanlagen enthalten, allerdings waren nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 EEG 2000 Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie, die nicht an oder auf einer baulichen Anlage angebracht wurden, die vorrangig anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung diene, ab einer Leistungsgrenze von 100 kW ganz vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen. Das Fotovoltaik-Vorschaltgesetz hat damit erstmalig die Vergütung von größeren Freiflächen-Anlagenkonzeptionen vorgesehen. Es diene dem Ausgleich des Wegfalls des sog. 100.000-Dächer-Programms.¹⁰¹

Folgen für die Auslegung des § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 lassen sich daraus nicht ableiten.

⁹⁹Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) vom 29.03.2000, BGBl. I, S. 305.

¹⁰⁰Zweites Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 22.12.2003, BGBl. 2003 I, S. 3074 ff.

¹⁰¹BT-Drs. 15/1974, S. 1; näher hierzu *Schomerus*, in: Frenz/Müggendorf (Hrsg.), EEG Kommentar, 2010, § 32 Rn. 13 ff.

4.4 Genetische Auslegung

- 119 Wie dargestellt wurde die Vorgängernorm zu § 11 Abs. 4 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 EEG 2009 mit dem sog. Fotovoltaik-Vorschaltgesetz in das EEG 2000 eingefügt. In der Begründung zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen findet sich zu den in § 8 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2000 geregelten Konversionsflächen keine nähere Aussage; es werden nur Aussagen zu den Versiegelungs- und ehemaligen Ackerflächen getroffen.¹⁰² Auch in der Beschlussempfehlung samt Bericht des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit findet sich keine Aussage speziell zu der Regelung zu Konversionsflächen.¹⁰³
- 120 Erstmals in der Begründung des Gesetzentwurfs der Fraktionen der SPD und Bündnis 90/Die Grünen zum EEG 2004 findet sich eine Begründung zu der Konversionsflächenregelung;¹⁰⁴ diese wurde im weiteren Gesetzgebungsverfahren und auch in den Gesetzesmaterialien zum EEG 2009¹⁰⁵ im Wesentlichen wortgleich übernommen.
- 121 Der Bundesrat schlug in seiner Stellungnahme zum Entwurf des EEG 2004 vor, § 11 Abs. 4 zu streichen. Die Begründung lautete wie folgt:¹⁰⁶

Die Festlegung besonderer umwelt-, landschafts- und planungspolitischer Anforderungen an den Inhalt von Bebauungsplänen, die die Errichtung von EEG-geförderten Freiflächen-PV-Anlagen ermöglichen sollen, ist nicht Sache der bundesgesetzlichen EEG-Förderregelung und greift in rechtlich bedenklicher Weise faktisch in die bauplanungsrechtliche Gestaltungskompetenz der Länder und Gemeinden ein. Im Rahmen der allgemeinen einschlägigen Vorschriften ist es deren Entscheidung zu überlassen, wo sie die Errichtung von PV-Anlagen als bauliche Anlagen für sachgerecht erachten. Es ist im Übrigen den Netzbetreibern unzumutbar, auch noch die jeweiligen Motive und Inhalte von Bebauungsplänen im Hinblick auf die EEG-Förderberechtigung zu überprüfen.

- 122 Die Bundesregierung stimmte dem Vorschlag des Bundesrates in ihrer Gegenäußerung mit folgender Begründung nicht zu:¹⁰⁷

¹⁰²BT-Drs. 15/1974, S. 5.

¹⁰³BT-Drs. 15/2084.

¹⁰⁴BT-Drs. 15/2327, S. 34.

¹⁰⁵Vgl. nur BT-Drs. 16/8148, S. 60; im Wortlaut wiedergegeben in Rn. 127.

¹⁰⁶BT-Drs. 15/2539, S. 11 f.

¹⁰⁷BT-Drs. 15/2593, S. 4.

Die vorgeschlagene Regelung dient dazu, das Spannungsverhältnis zwischen Naturschutz und Umweltschutz auf der einen Seite und Klimaschutz durch die Nutzung Erneuerbarer Energien auf der anderen Seite zu lösen. Die Bundesregierung wird im weiteren Verlauf des Verfahrens prüfen, inwieweit diese Regelung fortentwickelt werden kann.

- 123 Hieraus wird deutlich, dass der ökologische Zustand der in Anspruch zu nehmenden Flächen auch unabhängig von Zulässigkeitsanforderungen für die Prüfung der Vergütungsvoraussetzungen von Bedeutung sein sollte. Dies stützt das Ergebnis der systematischen Auslegung, wonach die Zulässigkeit des Vorhabens nicht vorgreiflich für das Vorliegen der flächenbezogenen Voraussetzungen ist und ein EEG-spezifisches Anforderungsprofil angewendet werden muss.
- 124 Im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens wurde die Regelung samt Begründung unverändert beibehalten. Auch bei Analyse des Gesetzgebungsprozesses zum EEG 2009 finden sich keine über die ursprüngliche Begründung hinausgehenden Befassungen mit dem Thema Konversionsflächen im Rahmen der Solarstromförderung. Der Wortlaut wurde im EEG 2009 im Vergleich zum EEG 2004 nur geringfügig verändert. In § 11 Abs. 4 EEG 2004 hieß es noch „ist der Netzbetreiber nur zur Vergütung verpflichtet, wenn“; jetzt lautet die Formulierung: „besteht die Vergütungspflicht des Netzbetreibers nur, wenn“. Darin liegt eine rein grammatikalische Änderung ohne Einfluss auf den Regelungsgehalt.¹⁰⁸
- 125 Weiterhin findet sich in der Begründung zu § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 folgender zusätzlicher Hinweis:¹⁰⁹

Eine landwirtschaftliche Nutzung ist keine wirtschaftliche Nutzung im Sinne dieser Regelung.

- 126 Es war dem Gesetzgeber also offenbar ein Anliegen, im Zuge der Novellierung des EEG den Kreis der möglichen Vornutzungen zu konkretisieren. Dabei stützt die Äußerung in der Begründung die bereits aus der systematischen Auslegung ableitbare einschränkende Auslegung des Begriffs der wirtschaftlichen Nutzung, wonach Konversionsflächen aus landwirtschaftlicher Nutzung wegen der gesonderten Regelung in § 11 Abs. 4 Nr. 3 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 3 EEG 2009 nicht in Betracht kommen.

¹⁰⁸So auch *Schomerus*, in: Frenz/Müggenborg, EEG-Kommentar, § 32 Rn. 55.

¹⁰⁹BT-Drs. 16/8148, S. 60.

4.5 Teleologische Auslegung

127 Nach dem Willen des Gesetzgebers sind Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung¹¹⁰

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 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.

128 Ziel der Regelungen in § 32 Abs. 3 EEG 2009 bzw. § 11 Abs. 4 EEG 2004 ist es im Wesentlichen, einen Anreiz zur vorrangigen Nutzung solcher Flächen für die Errichtung von Solarstromanlagen zu setzen, die bereits versiegelt bzw. durch eine Vornutzung ökologisch schwerwiegend beeinträchtigt sind.¹¹¹ Ökologisch sensible Flächen sollen nicht überbaut werden, außerdem soll eine möglichst große Akzeptanz in der Bevölkerung vor Ort erreicht werden.¹¹² Die Beeinträchtigung von Natur und Landschaft soll möglichst gering gehalten werden.¹¹³

129 Auch nach dem Sinn und Zweck der Regelungen ist es danach geboten, den ökologischen Wert der konkret in Anspruch genommenen Flächen bei der Prüfung in den Blick zu nehmen. Unberührt bleibt hierbei die Prüfung der Zulässigkeit der konkreten Nutzung nach anderen Regelungen, insbesondere aus dem Bau- und dem Naturschutzrecht. Dies rechtfertigt es auch unter teleologischen Gesichtspunkten, von einem eigenen, EEG-spezifischen Anforderungsprofil für die Bewertung des Zu-

¹¹⁰BT-Drs. 16/8148, S. 60 sowie bereits nahezu wortgleich – mit Ausnahme des Hinweises auf den Ausschluss landwirtschaftlicher Nutzungen – BT-Drs. 15/2864, S. 44 f.

¹¹¹So auch *Schomerus*, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), EEG Kommentar, § 32 Rn. 39; *Müller*, in: *Danner/Theobald, Energierecht Kommentar*, Stand März 2009, Bd. 2 Ziff. VI, EEG § 11 Rn. 44.

¹¹²BT-Drs. 15/2864, S. 44.

¹¹³BT-Drs. 16/8148, S. 45.

stands der jeweiligen Fläche hinsichtlich ihrer Qualifizierung als Konversionsfläche auszugehen.

- 130 **Bewertungsmaßstab** Indem das Ziel der Regelungen allgemein auf den Schutz „ökologisch sensibler Flächen“ und von Natur und Landschaft bezogen formuliert ist, muss das EEG-spezifische Anforderungsprofil nicht auf eine Bewertung der Bodenfunktionen auf der Fläche beschränkt werden, sondern kann auch andere Schutzgüter der Umwelt einbeziehen. Eine Aufzählung der in Betracht zu ziehenden Schutzgüter kann vor diesem Hintergrund insbesondere § 1 UVPG entnommen werden. Sämtliche Auswirkungen der früheren Nutzung der Fläche auf diese Schutzgüter sind in die Bewertung des Zustands der Fläche einzubeziehen.
- 131 Der Gesetzesbegründung – zum EEG 2004 und zum EEG 2009 – ist dabei unmittelbar keine nähere Konkretisierung des Bewertungsmaßstabes zu entnehmen. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass eine beispielhafte (und nicht abschließende)¹¹⁴ Aufzählung solcher Flächen vorgenommen wurde, die „insbesondere“ geeignet sind, den flächenbezogenen Anforderungen zu genügen. Dies sind Abraumhalden, ehemalige Tagebaugelände, Truppenübungsplätze und Munitionsdepots.¹¹⁵ Die als idealtypisch dargestellten Beispielfälle können damit zusammengefasst als „Leitbild“ des Gesetzgebers für das zur Qualifizierung als Konversionsfläche vorausgesetzte Maß der Beeinträchtigung von Schutzgütern der Umwelt verstanden werden. Eine Analyse der *typischerweise* bei den beispielhaft genannten Flächenarten vorliegenden Beeinträchtigungen kann vor diesem Hintergrund wesentlich zur Entwicklung eines Kataloges beitragen, der mit Sinn und Zweck des Gesetzes übereinstimmend Kriterien enthält, bei deren Vorliegen eine Vermutung dafür besteht, dass die Fläche infolge der Vornutzung ökologisch beeinträchtigt ist.
- 132
- **Abraumhalden** entstehen vor allem im Bergbau als künstlich aufgeworfene Hügel, die im Wesentlichen aus mineralischen Rohstoffen und/oder Abraum, d. h. dem ausgeräumten, wertlosen Material bestehen, das beim Abbau der Rohstoffe (z.B. Erz, Stein- und Braunkohle, Kupferschiefer, Kali, Lehm) anfällt.¹¹⁶ Sie sind in aller Regel gekennzeichnet durch ein oft das Landschaftsbild prägendes Profil der Bodenoberfläche, die Existenz von Schadstoffen im

¹¹⁴So die ganz herrschende Auffassung, s. nur *Salje*, EEG Kommentar, 5. Aufl. 2009, § 32 Rn. 37.

¹¹⁵BT-Drs. 16/8148, S. 60; BT-Drs. 15/2327, S. 34.

¹¹⁶Vgl. *Arbeitskreis Altbergbau der DGGT – Deutsche Gesellschaft für Geotechnik e. V. und DMV – Deutscher Markscheider-Verein e. V.*, Empfehlung „Geotechnisch-markscheiderische Untersuchung und Bewertung von Tagebaurestlöchern, Halden und Kippen des Altbergbaus“, 2004, S. 2 (Defi-

Boden (z.B. Schwefelsäure bei Abraumhalden aus dem Braunkohletagebau), eine geringe Bodenfruchtbarkeit und eine verringerte Standsicherheit des Untergrundes (mit der Gefahr von „Setzungen“ und Rutschungen).

- 133 • **Tagebaugebiete** sind Gebiete, auf denen sich ein von der Erdoberfläche aus hergestellter Abbauraum zur Gewinnung mineralischer Rohstoffe befindet.¹¹⁷ Sie weisen in aller Regel einen weiträumigen Abtrag von Bodenschichten, ein stellenweises Absenken der Geländehöhe mit häufig steilen Böschungen, eine verringerte Standsicherheit des Untergrundes (mit der Gefahr von „Setzungen“, Rutschungen und Absackungen) und eine geringe Bodenfruchtbarkeit auf. Nach Einstellung des Abbaubetriebes ergeben sich häufig zusätzliche Beeinträchtigungen durch Veränderungen des Grundwasserstandes und durch die Zusammensetzung der zur Auffüllung verwendeten Stoffe.
- 134 • **Truppenübungsplätze** sind in der Regel geprägt durch Versiegelungen, insbesondere durch bauliche Anlagen (z.B. Fahrzeughallen, Fahrschulstrecken, Schießsimulationsanlagen, Gefechts- und Beobachtungsstände, Radarstellungen, Rollfeld, sonstige Gebäude und Infrastruktur), Verdichtungen, z. B. durch das langfristige Befahren mit militärischen Fahrzeugen, sowie die Existenz von Kampfmitteln (insbes. Munition aus Schießübungen) und Schadstoffen (z.B. Treibstoffen) im Boden.
- 135 • **Munitionsdepots** stellen im Regelfall Gelände mit zahlreichen, teils über-, teils unterirdisch gelegenen baulichen Anlagen (Gebäude und Bunker, Lagerflächen, Straßen, Stellplätze etc.) und anthropogen hergestellten Erdhügeln/Aufschüttungen (z.B. Splitterschutzwälle) dar und sind häufig mit Schadstoffen und Kampfmitteln im Boden belastet.

136 Gemeinsam ist den genannten Flächentypen eine starke anthropogene Überformung des Geländes mit häufig erheblichen Veränderungen des natürlichen Bodenprofils. Bei den militärisch genutzten Flächen ist darüber hinaus ein erheblicher Versiegelungsanteil durch verschiedenste Arten baulicher Anlagen und Infrastruktureinrich-

tion der bergbaulichen „Halde“), abrufbar unter <http://www.dmv-ev.de>, zuletzt abgerufen am 22.06.2010; *Wikipedia*, abrufbar unter <http://de.wikipedia.org/wiki/Halde>, zuletzt abgerufen am 22.06.2010.

¹¹⁷ *Arbeitskreis Altbergbau der DGGT – Deutsche Gesellschaft für Geotechnik e. V. und DMV – Deutscher Markscheider-Verein e. V.*, Empfehlung „Geotechnisch-markscheiderische Untersuchung und Bewertung von Tagebaurestlöchern, Halden und Kippen des Altbergbaus“, 2004, S. 2 (Definition des Begriffs „Tagebau“) abrufbar unter <http://www.dmv-ev.de>, zuletzt abgerufen am 22.06.2010.

tungen erscheinungstypisch sowie schwerwiegende Belastungen mit Kampfmitteln und/oder Schadstoffen im Boden¹¹⁸, die z. T. als Altlasten oder schädliche Bodenveränderungen i. S. d. BBodSchG zu qualifizieren sind bzw. bei denen ein entsprechender hinreichender Verdacht besteht. Bei Abraumhalden und Tagebaugebieten ist auch die verringerte Standsicherheit des Untergrundes erscheinungstypisch sowie eine den Gefahren des Bergbaus Rechnung tragende besondere Aufsicht. Die verringerte Standsicherheit kann durch die Gefahr von „Setzungen“, Rutschungen oder Felsstürzen je nach den geologischen, hydrologischen, boden- bzw. felsmechanischen und technologischen Gegebenheiten ein nicht unerhebliches Risikopotenzial für Menschen und Sachwerte bergen.¹¹⁹ Besondere Risiken können dabei mit einem Wiederanstieg des zuvor abgesenkten Grundwasserpegels einhergehen.

- 137 Es ist aufgrund teleologischer Erwägungen davon auszugehen, dass die vorstehend geschilderten Gegebenheiten die flächenbezogenen Voraussetzungen für Konversionsflächen nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes in besonderem Maße zu erfüllen geeignet sind. Sie bieten deshalb den Ausgangspunkt für den zu entwickelnden Katalog mit Kriterien und Indizien für die Annahme einer durch die wirtschaftliche oder militärische Vornutzung in ihrem ökologischen Wert schwerwiegend beeinträchtigten Fläche.
- 138 Speziell bei ehemaligen Tagebaugebieten stellt sich die Frage, ob eine Durchführung des für die Einstellung des Betriebes aufgestellten Abschlussbetriebsplans (s. § 53 BBergG¹²⁰) die durch den Tagebau regelmäßig eingetretene Beeinträchtigung des ökologischen Werts der Fläche entfallen lässt. Voraussetzung für die Annahme einer Belastungswirkung ist, dass der ökologische Wert der Fläche aufgrund der spezifischen Vornutzung deutlich niedriger ist, als vor dieser oder ohne diese Nutzung. Das ist nicht der Fall, wenn – in dem maßgeblichen Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung bzw. Änderung des Bebauungsplans – durch gezielte Maßnahmen

¹¹⁸Hierauf weist speziell für ehemalige militärische Liegenschaften etwa das Niedersächsische Ministerium für Soziales, Frauen, Familie und Gesundheit, „Neue Nutzung für alte Strukturen – Konversion militärischer Liegenschaften“, Arbeitshilfe für niedersächsische Städte und Gemeinden, unter Kap. 5., hin, abrufbar unter http://www.nbank.de/_downloads/Soziale_Stadt/Konversion_militaerischer_Liegenschaften_.pdf, zuletzt abgerufen am 23.06.2010.

¹¹⁹Arbeitskreis Altbergbau der DGGT – Deutsche Gesellschaft für Geotechnik e. V. und DMV – Deutscher Markscheider-Verein e. V., Empfehlung „Geotechnisch-markscheiderische Untersuchung und Bewertung von Tagebaurestlöchern, Halden und Kippen des Altbergbaus“, 2004, S. 1 und 3, abrufbar unter <http://www.dmv-ev.de>.

¹²⁰Bundesberggesetz vom 13.08.1980, BGBl. I S. 1310, zuletzt geändert durch Artikel 15 a des Gesetzes vom 31.07.2009, BGBl. I S. 2585.

oder natürliche Entwicklung ein ökologischer Status erreicht wurde, der dem der Fläche vor oder ohne die Vornutzung entspricht. Die Durchführung der nach einem Abschlussbetriebsplan erforderlichen Maßnahmen ist insoweit nicht vorgreiflich. Das ergibt sich bereits daraus, dass die Wiederherstellung eines bestimmten Zustandes von Natur und Umwelt nach den Anforderungen, denen Abschlussbetriebspläne gemäß § 53 BBergG genügen müssen (insbes. die in § 55 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 3 bis 13 BBergG genannten Anforderungen), nicht geschuldet ist; nach § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 und Abs. 2 Nr. 2 BBergG muss nur die „Wiedernutzbarmachung der Oberfläche in der vom einzustellenden Betrieb in Anspruch genommenen Fläche“ sichergestellt sein. Hinzu kommt, dass die Bergaufsicht noch nach Durchführung des Abschlussbetriebsplans fortgeführt wird, solange noch mit Gefahren für Leben und Gesundheit Dritter, für andere Bergbaubetriebe und für Lagerstätten, deren Schutz im öffentlichen Interesse liegt, oder mit gemeinschädlichen Einwirkungen zu rechnen ist (§ 69 Abs. 2 BBergG). Es liegt nahe, dass diese Voraussetzungen für eine Aufrechterhaltung der Bergaufsicht regelmäßig damit einhergehen dürften, dass keine vollständige Wiederherstellung des ökologischen Werts der Fläche erfolgt ist. Die Aufrechterhaltung der Bergaufsicht stellt damit ein wichtiges Indiz dar für die Annahme, dass weiterhin von einer Beeinträchtigung des ökologischen Werts der Fläche auszugehen ist. Daraus folgt indes nicht, dass nach Entlassung einer Fläche aus der Bergaufsicht in jedem Fall von einer ökologisch unbeeinträchtigten Fläche auszugehen wäre. Vielmehr ist anhand des konkreten Zustands der Fläche zu prüfen, ob ihr ökologischer Wert aufgrund der spezifischen Vornutzung erheblich geringer ist als vor oder ohne diese Nutzung.

139 Auch in anderen Konstellationen, in denen für die Zeit nach der Aufgabe der Nutzung einer Fläche gesetzlich eine Nachsorge vorgesehen ist, spricht die Aufrechterhaltung der entsprechenden Aufsicht bzw. Überwachungsbefugnis dafür, dass die Fläche weiterhin ökologisch schwerwiegend beeinträchtigt ist. Das gilt etwa für den Erlass und den Vollzug von Nachsorgeanordnungen nach der Einstellung des Betriebs einer immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlage auf der Grundlage des § 17 Abs. 4a Satz 2 BImSchG¹²¹.

140 **Ausdehnung und Bestandteile der Konversionsfläche** Teleologische Erwägungen stützen auch die aus der systematischen Auslegung ableitbare Annahme, dass

¹²¹Bundes-Immissionsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. September 2002, BGBl. I S. 3830, zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 11. August 2009, BGBl. I S. 2723.

bei der Prüfung der Beeinträchtigung des ökologischen Werts eine Gesamtbetrachtung maßgeblich ist mit der Folge, dass die räumlich durch die wirtschaftliche oder militärische Vornutzung und die tatsächliche Nachnutzung begrenzte Fläche auch dann, wenn die ökologische Beeinträchtigung nicht lückenlos gegeben ist, insgesamt als Konversionsfläche qualifiziert werden kann. Der Gesetzgeber wollte mit den Regelungen in den Nrn. 1 bis 3 der §§ 11 Abs. 4 EEG 2004, 32 Abs. 3 EEG 2009 nicht einzelne Standorte, sondern ganze „Flächen“ für Solarstromanlagen zur Verfügung stellen. Dabei kann davon ausgegangen werden, dass er typische Anlagenkonzepte für Freiflächenanlagen vor Augen hatte, d. h. eine üblicherweise in mehreren Reihen erfolgende Aufstellung mit günstiger Sonnenausrichtung der Modultische, und nicht einen „Flickenteppich“ einzelner Solaranlagen auf den ökologisch belasteten Teilen der Fläche.

141 Die Aufzählung der nach Ansicht des Gesetzgebers idealtypischen Konversionsflächen kann weiterhin Anhaltspunkte nicht nur für den Bewertungsmaßstab, sondern auch für die Frage liefern, welcher Anteil der als Konversionsfläche in Betracht kommenden Fläche eine ökologische Belastung infolge der Vornutzung aufweisen muss. So ist von einer Belastungswirkung bei den genannten Flächentypen im Regelfall auf einem überwiegenden Teil der gesamten Fläche auszugehen. Bei Tagebaugebieten und Abraumhalden treffen die Beeinträchtigungen in aller Regel sogar auf nahezu der gesamten Fläche zu. Insbesondere bei Munitionsdepots oder Truppenübungsplätzen können hingegen die nicht belasteten Teile der Fläche einen nicht unerheblichen Anteil an der gesamten Fläche der Vornutzung ausmachen.¹²² Das bereits aus systematischen Erwägungen ableitbare Erfordernis, dass eine Belastungswirkung auf einem mindestens überwiegenden Teil der Fläche nachweisbar sein muss, ergibt sich danach auch aus teleologischen Gründen.

142 Zu klären ist, ob in den Fällen, in denen der Bebauungsplan innerhalb der räumlichen Ausdehnung der Vornutzung auch andere Nutzungen zulässt, als „Konversionsfläche“ nur die tatsächlich zu Zwecken der Solarstromerzeugung nachgenutzte Fläche oder die ggf. auch zu anderen nach dem Bebauungsplan zulässigen Zwecken genutzte Fläche anzusehen ist. Die Ausdehnung der tatsächlich nachgenutzten Fläche ist deshalb relevant, weil für diese Fläche das Erfordernis der schwerwiegenden Beeinträchtigung des ökologischen Werts auf einem überwiegenden Teil der Fläche zu erfüllen und im Zeitpunkt der erstmaligen Geltendmachung des Vergütungsan-

¹²²Vgl. z. B. den Aufbau des Munitionsdepots Wenigerath, das auf 50 ha von insgesamt 142 ha bewaldet war, *Wikipedia*, abrufbar unter http://de.wikipedia.org/wiki/Munitionsdepot_Wenigerath.

spruchs gegenüber dem Netzbetreiber nachzuweisen ist. Käme es ausschließlich auf die zu Zwecken der Solarstromerzeugung genutzte Fläche an, wäre ein Vergütungsanspruch ausgeschlossen, wenn zwar die insgesamt tatsächlich genutzte, nicht aber die konkret zur Solarstromerzeugung genutzte Fläche überwiegend belastet ist. Mit dem Sinn und Zweck der Regelungen wäre es aber schwerlich zu vereinbaren, wenn es für die Vergütung des Solarstroms darauf ankäme, an welcher Stelle innerhalb der insgesamt nachgenutzten und überwiegend belasteten Fläche sich die Solarstromanlagen befinden. Denn die tatsächliche Nutzung einer überwiegend belasteten Fläche entspricht dem gesetzgeberischen Willen, dass nur ökologisch belastete Flächen in Anspruch genommen werden sollen. Käme es umgekehrt ausschließlich auf die insgesamt und unabhängig vom Zweck nachgenutzte Fläche an, hinge die Erfüllung der Vergütungsvoraussetzungen ggf. davon ab, ob und in welcher Reihenfolge und auf welchen Flächen die anderen zugelassenen Nutzungen von Dritten umgesetzt werden. Würde zunächst eine überwiegend unbelastete Teilfläche tatsächlich genutzt, lägen die Vergütungsvoraussetzungen ggf. allein deshalb nicht vor. Auch dies lief dem Sinn und Zweck der Regelung jedenfalls dann zuwider, wenn die Solarstromanlagen ihrerseits auf überwiegend belasteten Teilflächen errichtet werden. Vor diesem Hintergrund würde es eine zweckwidrige Einschränkung des Vergütungsanspruchs zulasten der Anlagenbetreiberinnen bzw. Anlagenbetreiber bedeuten, wenn ausschließlich auf die eine oder die andere Auslegungsvariante abgestellt würde. Deshalb stellt es die Clearingstelle EEG der Anlagenbetreiberin bzw. dem Anlagenbetreiber anheim, zwischen den beiden Varianten zu wählen und die flächenbezogenen Voraussetzungen entweder auf der von ihr bzw. ihm selbst zu Zwecken der Solarstromerzeugung genutzten Teilfläche nachzuweisen oder auf die insgesamt in Umsetzung des Bebauungsplans erfolgten tatsächlichen Nutzungen abzustellen.

4.6 Zusammenfassung der Ergebnisse und Ableitung der Empfehlungen

- 143 Der Begriff der „Konversionsfläche aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung“ ist hinsichtlich der in Betracht kommenden Nutzungsarten wie folgt auszulegen:
- 144 Als wirtschaftliche Tätigkeiten sind nicht nur Tätigkeiten im Zusammenhang mit Industrie- und Gewerbebetrieben erfasst, sondern grundsätzlich auch Tätigkeiten, die ohne Gewinnerzielungsabsicht wahrgenommen werden. In Betracht kommen damit auch Flächennutzungen im Rahmen der sog. Leistungsverwaltung, etwa für Abfall- und Energiewirtschaft, Bildungseinrichtungen und Sportstätten sowie sons-

tige Tätigkeiten, die im Zusammenhang mit der Wahrnehmung von Aufgaben der Daseinsvorsorge stehen. Dies betrifft etwa auch die Nutzung von Flächen im Zusammenhang mit der öffentlichen Abwasserentsorgung, z. B. als sog. Rieselfeld. Keine wirtschaftlichen Nutzungen sind solche Flächennutzungen, die dem ausschließlich privaten Bereich oder der Eingriffsverwaltung zuzurechnen sind.

- 145 Militärische Nutzungen sind alle Nutzungen einer Fläche durch Einheiten, die mit der Landesverteidigung beauftragt sind, unabhängig davon, ob diese unmittelbar oder mittelbar im Zusammenhang mit dem Verteidigungsauftrag stehen. In Betracht kommen insbesondere Kasernen, Flugplätze¹²³, Tanklager, (Munitions-)Depots, Schieß-, Truppen- und sonstige Übungsplätze und Nachrichtenanlagen.
- 146 Voraussetzung für die Qualifizierung als Konversionsfläche ist, dass der ökologische Wert der Fläche in ihrer Gesamtheit infolge der Vornutzung schwerwiegend beeinträchtigt ist. Konversionsfläche ist dabei diejenige Fläche innerhalb der räumlichen Ausdehnung der ursprünglichen wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung, die auf der Grundlage des Bebauungsplans einer tatsächlichen Nachnutzung zugeführt wird, wobei es der Anlagenbetreiberin bzw. dem Anlagenbetreiber freisteht, insofern auf die tatsächliche Nutzung zum Zwecke der Solarstromerzeugung oder die tatsächliche Nachnutzung auch zu anderen nach dem Bebauungsplan zugelassenen Zwecken abzustellen.
- 147 Maßgeblich ist der ökologische Zustand der Fläche im Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans. Dabei ist dieser Zeitpunkt allerdings als frühester Zeitpunkt zu qualifizieren, so dass die Prüfung der flächenbezogenen Voraussetzungen auch nach diesem Zeitpunkt stattfinden kann, soweit sich am Zustand der Fläche seit dem Beginn des Bebauungsplanverfahrens nachweislich nichts verändert hat.
- 148 Die Zulässigkeit des Vorhabens nach den einschlägigen Umweltgesetzen ist insofern nicht vorgreiflich. Vielmehr gilt ein EEG-spezifisches Anforderungsprofil. Dieses stellt darauf ab, welche schwerwiegenden Beeinträchtigungen des ökologischen Werts der Fläche gerade auf die spezifische Vornutzung (wirtschaftlich oder militärisch) der Fläche zurückzuführen sind. Aspekte, die den ökologischen Wert der Fläche aufgrund anderer Umstände betreffen, bleiben hierbei außer Betracht; sol-

¹²³Dabei gehören zum Flugplatz alle Einrichtungen, die technisch, infrastrukturell und sicherheitstechnisch die Voraussetzungen zum Starten und Landen sowie Rollen und Abstellen von Flugzeugen, zur Durchführung logistischer Maßnahmen an Luftfahrzeugen sowie zur Erfüllung des Einsatzauftrages gewährleisten; vgl. *Henn*, Europa Regional 2003 (Heft 4), 187, 188.

che Aspekte sind ggf. im Rahmen der planungs- und zulassungsrechtlichen Prüfung relevant und finden dort die gesetzlich vorgesehene Berücksichtigung. Maßgeblich ist danach, ob die Fläche infolge der spezifischen Vornutzung (noch) einen deutlich geringeren ökologischen Wert aufweist als vor dieser oder ohne diese Nutzung.

- 149 Dabei ist für den ökologischen Wert der Zustand sämtlicher Schutzgüter der Umwelt relevant, wie sie etwa in § 1 UVPG aufgezählt sind.
- 150 Der teleologischen Auslegung lassen sich anhand einer Analyse der in der Gesetzesbegründung genannten idealtypischen Beispielfälle für Konversionsflächen (Abraumhalden, Tagebaugebiete, Truppenübungsplätze und Munitionsdepos) wesentliche Anhaltspunkte für die Entwicklung eines Kataloges von Kriterien, die eine Vermutung für eine Beeinträchtigung des ökologischen Werts einer Fläche begründen, entnehmen.
- 151 So besteht bei Vorliegen eines oder mehrerer der folgenden Kriterien eine widerlegliche Vermutung dafür, dass die Schutzgüter der Umwelt aufgrund der wirtschaftlichen oder militärischen Vornutzung schwerwiegend beeinträchtigt sind:
- Existenz von Altlasten i. S. d. § 2 Abs. 5 BBodSchG oder schädlichen Bodenveränderungen i. S. d. § 2 Abs. 3 BBodSchG bzw. ein hinreichender Verdacht einer Altlast oder einer schädlichen Bodenveränderung i. S. d. § 9 Abs. 2 Satz 2 BBodSchG, § 3 Abs. 4 BBodSchV,
 - Existenz bzw. ein hinreichender Verdacht für die Existenz von Kampfmitteln; dabei sind Kampfmittel sowohl Explosivstoffe (z.B. Patronen, Granaten, Bomben, Zünder, Minen, Spreng- und Zündmittel) als auch Kampfstoffe (z.B. Nebelstoffe, Brandkampfstoffe und Reizstoffe),¹²⁴
 - Versiegelungen der Bodenoberfläche, die mit einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der natürlichen Bodenfunktionen gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 a), b) und c) BBodSchG einhergehen,

¹²⁴Von einem hinreichenden Verdacht kann insbesondere ausgegangen werden, wenn aufgrund einer historischen Erkundung der möglichen Kampfmittelbelastung und Bewertung durch einen Sachverständigen eine Gefahr nicht auszuschließen ist, vgl. zum Vorgehen bei Kampfmittelverdacht etwa das Phasenschema Kampfmittelräumung in den „Arbeitshilfen zur wirtschaftlichen Erkundung, Planung und Räumung von Kampfmitteln auf Liegenschaften des Bundes (Arbeitshilfen Kampfmittelräumung – AH KMR),“ herausgegeben vom Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung und dem Bundesministerium der Verteidigung, Stand 31.10.2007, Kapitel 4, abrufbar unter <http://www.ofd-hannover.de/KMR>, zuletzt abgerufen am 23.06.2010.

- Flächen mit einer infolge tagebaulicher Nutzung beeinträchtigten Standsicherheit (z.B. Abbaugelände und Kippenflächen aus dem Braunkohleabbau, bei denen – ggf. auch nach Sanierung und noch nach Entlassung der Fläche aus der Bergaufsicht – mit „Setzungen“ zu rechnen ist),
- Aufrechterhaltung der speziellen gesetzlichen Aufsicht bzw. Überwachung der zuständigen Behörde nach Einstellung des Betriebes einer genehmigungsbedürftigen Anlage bzw. der Ausübung einer genehmigungsbedürftigen Tätigkeit, beispielsweise nach Immissionsschutz- oder Bergrecht.

Dabei sind für die Begründung eines hinreichenden Verdachts einer Altlast, schädlichen Bodenveränderung oder eines Kampfmittelvorkommens konkrete Anhaltspunkte erforderlich. Das Erfordernis konkreter Anhaltspunkte stellt auch im Bodenschutzrecht die Schwelle für einen hinreichenden Verdacht einer schädlichen Bodenveränderung oder Altlast dar, der wiederum die zuständige Behörde zu Untersuchungsanordnungen ermächtigt,¹²⁵ und ist aufgrund der starken bodenkundlichen Bezüge auch bei der Betrachtung einer Konversionsfläche eine sinnvolle Schwelle für die Qualifizierung als ökologisch schwerwiegend beeinträchtigte Fläche. Wird der Verdacht später ausgeräumt, steht dies der Vermutungswirkung für eine ökologische Belastung der Fläche nicht entgegen; vielmehr kann die die Konversionsflächeneigenschaft begründende Belastungswirkung gerade in dem aus der konkreten Vornutzung resultierenden hinreichenden Verdacht liegen.

152 Ist keines der genannten Kriterien erfüllt, kann eine Fläche gleichwohl bei einer Beeinträchtigung ihres ökologischen Wertes aus anderen Gründen eine Konversionsfläche sein, wenn die Beeinträchtigungen der Fläche ähnlich schwerwiegend ist, wie beim Vorliegen eines oder mehrerer der vorgenannten Kriterien. Insbesondere folgende Indizien sprechen nach Auffassung der Clearingstelle EEG für eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Schutzgüter der Umwelt aufgrund der Vornutzung im Vergleich zu einer ungenutzten Fläche:

- Veränderungen des Bodens durch
 - einen im Vergleich zum standorttypischen pH-Wert stark veränderten pH-Wert des Bodens,
 - einen im Vergleich zum standorttypischen Humusgehalt stark abgesenkten Humusgehalt des Bodens,

¹²⁵ Vgl. § 9 Abs. 2 Satz 1 BBodSchG.

- eine im Vergleich zur standorttypischen Bodenfruchtbarkeit stark herabgesetzte Bodenfruchtbarkeit
- Abfälle, Schadstoffe und sonstige im oder auf dem Boden befindliche Materialien, die aus der Vornutzung stammen (z.B. Trümmer),
- künstliche Veränderungen der Erdoberfläche bzw. der Bodenstruktur (z.B. Böschungen, Geländeeinschnitte, Gräben, Gruben, Halden, Dämme, Hügel, aufgefüllte Bodensenkungen, Vertiefungen, Ver- und Befestigungen, Anhäufungen von Erdaushub sowie flächige Anhöhungen oder Vertiefungen der Geländeoberfläche sowie sonstige Aufschüttungen und Abgrabungen – jeweils unabhängig von der jeweiligen Definition der „baulichen Anlage“ nach der Landesbauordnung¹²⁶), insbesondere weiträumige Bodenabträge, oder
- Bodenerosion,

jeweils sofern hierdurch eine schwerwiegende Beeinträchtigung der natürlichen Bodenfunktionen gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 a), b) und c) BBodSchG eingetreten ist;¹²⁷

- eine unmittelbar bevorstehende oder noch nicht abgeschlossene starke Anhebung des gegenwärtigen Grundwasserstandes mit möglichen Folgen für die Standsicherheit des Geländes.

153 Liegen die Kriterien und/oder Indizien nur für einen oder mehrere Teile einer Fläche vor, kommt es auf das Gewicht der Beeinträchtigung von Teilflächen für den ökologischen Wert der gesamten Fläche an. Erforderlich ist eine schwerwiegende Belastungswirkung auf dem überwiegenden Teil der Fläche. Denn der überwiegende Teil einer Fläche „prägt“ die Fläche in ihrer Gesamtheit. Hiernach ist nicht erforderlich, dass der ökologische Wert jeder einzelnen Aufstellfläche beeinträchtigt

¹²⁶Vgl. beispielhaft die Definition in § 2 Abs. 1 Satz 1 Thüringer Bauordnung, wonach bauliche Anlagen alle mit dem Erdboden verbundenen, aus Bauprodukten hergestellten Anlagen sind, wobei auch Lagerplatzbefestigungen aus Sand oder Kies oder ein mit Schotter befestigter Weg als baulichen Anlagen zu qualifizieren sein können, s. *Gettke/Temme/Heintz/Dzepuck*, Bauordnung NRW, Kommentar, 11. Aufl. 2008, § 2 Rn. 32. Darüber hinaus gelten nach den Landesbauordnungen häufig auch Aufschüttungen und Abgrabungen, Lagerplätze, Abstellplätze und Ausstellplätze, Spiel- und Sportflächen, Stellplätze für Kraftfahrzeuge als bauliche Anlagen, s. etwa § 2 Abs. 1 Satz 3 ThürBauO.

¹²⁷Sofern diese Bodenveränderungen nicht schon als schädliche Bodenveränderung i. S. d. § 2 Abs. 3 BBodSchG Gegenstand der o. g. Kriterien ist, die eine widerleglichen Vermutung für eine schwerwiegende Beeinträchtigung des ökologischen Werts einer Fläche begründen.

ist; ist die insgesamt als Konversionsfläche zu qualifizierenden Fläche überwiegend belastet, liegen die Voraussetzungen des § 33 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 vor, wenn die Solarstromanlagen an beliebigen Stellen innerhalb dieser Fläche errichtet werden.

- 154 Die Clearingstelle EEG rät, bei einer heterogenen Belastungssituation zur Bewertung der ökologischen Beeinträchtigung der Fläche Teilflächen zu bilden, die jeweils durch einheitliche Merkmale (z.B. Versiegelungen, Ablagerungen, Bodenbeschaffenheiten, Vegetation) gekennzeichnet sind,¹²⁸ und anhand der o. g. Kriterien als schwerwiegend beeinträchtigte oder unbeeinträchtigte Flächen zu qualifizieren. Ausreichend für die Annahme einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des ökologischen Werts der gesamten Fläche ist es, wenn der flächenmäßig überwiegende Teil der Fläche (d.h. mehr als 50 % der Fläche) eine solche Beeinträchtigung aufweist. Zu berücksichtigen ist, dass ihrerseits „prägende“ Zwischennutzungen dazu führen, dass die betroffene Fläche nicht als durch die Vornutzung beeinträchtigte Fläche, sondern als jedenfalls durch die Vornutzung „unbeeinträchtigt“ zu qualifizieren ist.¹²⁹
- 155 Bei der Bildung und Bewertung der Teilflächen ist folgendes zu berücksichtigen: Flächen, auf denen sich verstreut Abfälle, Ablagerungen, Schadstoffe oder Kampfmittel auf oder im Boden befinden bzw. ein entsprechender hinreichender Verdacht besteht, sind, soweit sie sich anhand der o. g. Kriterien und Indizien durch einheitliche Merkmale beschreiben lassen, als einheitliche Teilflächen zu erfassen und zu bewerten.
- 156 Liegt auf der gesamten Fläche keines der oben genannten Kriterien oder Indizien vor, ist das Vorliegen einer Konversionsfläche nicht ausgeschlossen. In einem solchen – atypischen – Fall ist die Einholung eines bodenkundlichen und/oder naturschutzfachlichen Gutachtens durch den Anlagenbetreiber oder die Anlagenbetreiberin erforderlich, in dem die Auswirkungen der Vornutzung auf die Schutzgüter der Umwelt dargestellt und bewertet werden. Von einer Konversionsfläche ist auszugehen, wenn eine vornutzungsbedingte schwerwiegende Beeinträchtigung von Schutzgütern der Umwelt auf dem überwiegenden Teil der Fläche vorliegt. Als Prüfungs-

¹²⁸Eine Bildung von Teilflächen wird insbesondere im Rahmen bodenkundlicher Untersuchungen praktiziert, vgl. insoweit § 4 Abs. 6 BBodSchV und Ziff. 2 Satz 4 des Anhangs 1 zur BBodSchV, wonach Untersuchungsflächen für die Probenahme in geeignete Teilflächen gegliedert werden sollen, wobei die Teilung auf Grund eines unterschiedlichen Gefahrenverdachts, einer unterschiedlichen Bodennutzung, der Geländeform oder der Bodenbeschaffenheit sowie von Auffälligkeiten, wie z. B. einer unterschiedlichen Vegetationsentwicklung, oder anhand von Erkenntnissen aus der Erfassung erfolgen soll.

¹²⁹S.o. Rn. 76.

maßstab für die Schwere der Beeinträchtigung ist dabei zu fordern, dass die Auswirkungen in ihrer Schwere den in Rn. 151 und Rn. 152 genannten Kriterien bzw. Indizien gleichen, weil es nicht gerechtfertigt ist, allein aufgrund der Atypik einer Fläche geringere Anforderungen an die vornutzungsbedingten Beeinträchtigungen der Fläche zu stellen.

- 157 Bei Überschneidungen zwischen den verschiedenen Tatbeständen in § 11 Abs. 4 Nr. 1 bis 3 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 EEG 2009 kommt es darauf an, wodurch die konkret in Anspruch genommene Fläche bei einer Gesamtbetrachtung geprägt ist. Von vornherein nicht zur Anwendung kommt § 11 Abs. 4 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 EEG 2009 für Solarstromanlagen, die sich an oder auf baulichen Anlagen befinden, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichtet worden sind, sowie für ausschließlich an oder auf Gebäuden i. S. v. § 33 Abs. 3 EEG 2009 angebrachte Solarstromanlagen.

4.7 Zu erbringende Nachweise; Beweisfragen

- 158 Hinsichtlich der sich v. a. in etwaigen Zivilprozessen ergebenden Frage nach der Beweislast für das (Nicht-)Vorliegen bestimmter Tatbestandsmerkmale gilt für die Anwendung des EEG 2009 als im Wesentlichen privatrechtsgestaltendem Gesetz die allgemeine Regel, derzufolge immer diejenige Partei das Vorliegen etwaiger Tatbestandsmerkmale darzulegen und ggf. zu beweisen hat, für die die Darlegung und ggf. der Beweis (rechts)günstige Folgen hat.¹³⁰ Dies gilt sowohl für die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber als auch für die Netzbetreiber.
- 159 Da die Darlegung und ggf. der Beweis der flächenbezogenen Voraussetzungen bei Konversionsflächen aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung nach § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 bzw. § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 für Anlagenbetreiberinnen und -betreiber wegen der daran anknüpfenden Vergütungspflicht des Netzbetreibers vorteilhaft ist, obliegt den Anlagenbetreiberinnen und -betreibern nach den allgemeinen zivilprozessualen Regeln hinsichtlich der flächenbezogenen Voraussetzungen die Darlegungs- und Beweislast. Die nachfolgenden Ausführungen erläutern, wie Anlagenbetreiberinnen und -betreiber ihrer Darlegungs- und Beweislast nachkommen können.

¹³⁰Vgl. zur Nachweisführung für die Vergütungsvoraussetzungen nach dem EEG ausführlich *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 25.06.2010–2010/1, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/hinwv/2010/1> sowie ferner Hinweis v. 26.04.2010–2009/28, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/hinwv/2009/28>.

- 160 Da das EEG 2004 bzw. EEG 2009 weder direkt noch analog Anhaltspunkte für die Nachweisführung über die flächenbezogenen Voraussetzungen nach § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 bzw. § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bietet, sind allgemeine Vorschriften heranzuziehen.
- 161 Folgende Tatsachen sind Gegenstand der flächenbezogenen Voraussetzungen nach den oben gefundenen Ergebnissen und von der Anlagenbetreiberin bzw. dem Anlagenbetreiber kumulativ nachzuweisen:
1. die tatsächliche wirtschaftliche oder militärische Vornutzung der Fläche,
 2. die Aufgabe der Vornutzung,
 3. die Festlegung der durch die realisierte tatsächliche Nachnutzung räumlich begrenzten „Konversionsfläche“ innerhalb der räumlichen Ausdehnung der Vornutzung und
 4. auf einem überwiegenden Teil dieser Fläche eine schwerwiegende Beeinträchtigung ihres ökologischen Werts.
- 162 Hinsichtlich der Beeinträchtigung des ökologischen Werts der Vorhabensfläche greift im Rahmen der oben zur Anwendung und Auslegung der Regelungen gefundenen Ergebnisse die genannte Vermutungsregel, wenn die darin aufgeführten Kriterien dargelegt und ggf. bewiesen werden.
- 163 Eine widerlegliche Vermutung bewirkt, dass bei Nachweis eines der genannten Kriterien zunächst ohne weitere Prüfung davon auszugehen ist, dass es sich um eine Fläche handelt, deren ökologischer Wert infolge der Vornutzung schwerwiegend beeinträchtigt ist. Die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber trägt insoweit nur die Beweislast dafür, dass eines der genannten Kriterien erfüllt ist. Will der Netzbetreiber der Vermutungswirkung entgegentreten, trägt er die Beweislast für das Gegenteil, also dafür, dass der ökologische Wert der Fläche nicht schwerwiegend beeinträchtigt ist (vgl. § 292 der Zivilprozessordnung¹³¹).
- 164 Die darüber hinaus zur Darlegung und zum Beweis der Beeinträchtigung des ökologischen Werts der Fläche genannten Indizien sind im Einzelfall zu würdigen. Die Clearingstelle EEG geht insoweit davon aus, dass die Darlegung und ggf. der Beweis

¹³¹Zivilprozessordnung i. d. Fassung v. 5. 12.2005, BGBl. I S. 3202, zuletzt geändert durch Art. 3 des Ges. v. 24. 09.2009, BGBl. I S. 3145; im Weiteren als „ZPO“ bezeichnet.

dieser Indizien auf einem überwiegenden Teil der Fläche grundsätzlich den Schluss auf eine Beeinträchtigung des ökologischen Werts der Vorhabensfläche zulassen.

- 165 Als zivilrechtliche Anspruchsvoraussetzung unterliegt jedenfalls ihre gerichtliche Geltendmachung den Vorschriften der ZPO. Zwar steht es Anlagenbetreiberinnen oder -betreibern bzw. Netzbetreibern als Gläubigerinnen oder Gläubigern bzw. Schuldnern des gesetzlichen Schuldverhältnisses i.S. der §§ 4, 16 EEG 2009 frei, untereinander jeglichen Nachweis als Beweis gegenseitiger Ansprüche anzuerkennen. Im Prozessfall rechtssicher ist indes das, was vor Gericht als Beweis anerkannt wird.
- 166 Als Beweismittel für die o. g. Tatsachen, Kriterien und Indizien kommen alle Mittel des Strengbeweises (d.h. Augenschein, Zeugen, Sachverständige, Urkunden, Parteivernehmen) in Betracht. Geeignet erscheinen insbesondere Urkunden, Sachverständigengutachten, Zeugen und Inaugenscheinnahme. Im einzelnen empfiehlt die Clearingstelle EEG folgende Vorgehensweise:

- 167 **Nachweis der tatsächlichen Vornutzung und ihrer Ausdehnung** Zum Nachweis der **tatsächlichen wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung** der Fläche hält die Clearingstelle EEG die folgenden Quellen für besonders geeignet, soweit sie eine Aussage zu den für die tatsächliche Vornutzung relevanten Tatsachen, Kriterien und Indizien enthalten:

- Genehmigungen oder Planfeststellungsbeschlüsse, die sich auf die Vornutzung beziehen (z.B. bergrechtliche Abbaugenehmigungen oder immissionsschutzrechtliche Genehmigungen für den Betrieb einer Anlage),
- sonstige behördliche Bescheide oder Erklärungen (z.B. Förderbescheide für bestimmte Tätigkeiten, Erklärungen der für die jeweilige Nutzung zuständigen Aufsichtsbehörden oder – bei militärischen Liegenschaften – des Bundesministeriums für Verteidigung¹³² zu militärisch genutzten Flächen),
- Pläne (Flächennutzungs-/Bebauungsplan, Landschaftsplan etc.) einschließlich ihrer Begründungen,
- fotografische Darstellungen,

¹³²Vgl. zu den Verfahrensschritten der Freigabe im Einzelnen *Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, „Verfahren zur Verwertung von Liegenschaften der Bundesanstalt für Immobilienaufgaben“, Merkblatt, Stand März 2009.

- Erklärungen der (ehemals) Nutzungsberechtigten oder der Eigentümer oder sonstiger Zeugen, insbesondere im Wege der eidesstattlichen Versicherung
- Sachverständigengutachten,
- Urkunden, die Nutzungsrechte zum Gegenstand haben,
- ggf. Grundbuchauszüge, aus denen sich Nutzungsrechte ersehen lassen.

168 Auch bei der Ermittlung der die **äußerste räumliche Grenze** für die in Betracht kommende Konversionsfläche bildenden räumlichen Ausdehnung der Vornutzung kommen verschiedene Erkenntnisquellen in Betracht. Eine widerlegliche Vermutung für die räumliche Ausdehnung liefert dabei nach Auffassung der Clearingstelle EEG der Verlauf der – ggf. noch vorhandenen oder aus Planzeichnungen ermittelbaren – seinerzeitigen Einfriedung oder Einzäunung der Fläche. Denn eine solche Einfriedung oder Einzäunung umschließt bei wirtschaftlich oder militärisch genutzten Flächen üblicherweise das Gebiet, das tatsächlich genutzt wird, und begründet so eine widerlegliche Vermutung dafür, dass innerhalb der Einfriedung bzw. Einzäunung eine tatsächliche Nutzung stattgefunden hat und die außerhalb gelegenen Flächen ungenutzt waren. Der Verlauf der Einfriedung kann insbesondere durch eine Planzeichnung oder photographische Darstellungen, ggf. auch Inaugenscheinnahme, nachgewiesen werden. Gab es keine Einfriedung bzw. Einzäunung oder ist deren Verlauf nicht mehr oder nur noch teilweise ermittelbar, muss auf die oben genannten Erkenntnisquellen zurückgegriffen werden. Denn im Regelfall werden diese nicht nur eine Aussage zu der Art der Vornutzung, sondern auch zu ihrer räumlichen Ausdehnung treffen. Dabei reicht es aus, wenn aus diesen Quellen ein räumlich-funktionaler Zusammenhang zwischen einzelnen Teilflächen erkennbar wird, aus der sich die räumliche Ausdehnung der ursprünglichen wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung plausibel ableiten lässt.

169 **Nachweis der Nutzungsaufgabe** Die Nutzungsaufgabe kann insbesondere durch folgende Beweismittel nachgewiesen werden:

- photographische Darstellungen oder Inaugenscheinnahme¹³³,

¹³³Daraus folgt nicht, dass eine der beiden Parteien von der anderen die Inaugenscheinnahme verlangen könnte.

- behördliche Aussagen (z.B. Erklärungen der zuständigen Aufsichtsbehörden zur Betriebseinstellung/Stilllegung),
- Erklärungen der (ehemals) Nutzungsberechtigten oder der Eigentümer oder sonstiger Zeugen, vorzugsweise im Wege der eidesstattlichen Versicherung,
- Pläne (Flächennutzungs-/Bebauungsplan, Landschaftsplan etc.) einschließlich ihrer Begründungen.

Festlegung der durch die tatsächliche Nachnutzung räumlich begrenzten „Konversionsfläche“ innerhalb der räumlichen Ausdehnung der Vornutzung

171 durch die tatsächliche Nachnutzung räumlich begrenzte „Konversionsfläche“ ist für den Nachweis der Anforderung relevant, dass der überwiegende Teil dieser Fläche eine schwerwiegende Beeinträchtigung ihres ökologischen Zustands infolge der Vornutzung aufweisen muss.

172 Maßgeblich ist hierbei der Stand der tatsächlichen Nutzung in dem Zeitpunkt, in dem der Vergütungsanspruch für die jeweils auf der „Konversionsfläche“ realisierten Solarstromanlagen nach § 11 EEG 2004 bzw. § 32 EEG 2009 erstmalig gegenüber dem Netzbetreiber geltend gemacht wird. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die „Konversionsfläche“ mit zunehmender Umsetzung des Bebauungsplans innerhalb der Ausdehnung der ursprünglichen wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung größer wird. Wie oben ausgeführt¹³⁴ steht es der Anlagenbetreiberin bzw. dem Anlagenbetreiber in den Fällen, in denen der Bebauungsplan nicht nur die Solarstromerzeugung, sondern auch andere Nutzungen durch Dritte zulässt, insoweit frei, entweder auf die tatsächlich zur Solarstromerzeugung genutzte Fläche oder auf die insgesamt tatsächlich genutzte Fläche abzustellen. Die Entscheidung für eine der beiden Varianten ist dem Netzbetreiber bei der Geltendmachung des Vergütungsanspruchs mitzuteilen und die jeweils tatsächlich nachgenutzte Fläche nachzuweisen.

173 Nicht als tatsächlich genutzt in diesem Sinne sind solche Flächen zu qualifizieren, auf denen keine Vorhaben im Sinne des Bauplanungsrechts¹³⁵ realisiert werden, sondern die z. B. als Grünfläche oder Wald erhalten bleiben oder die als Fläche für Maßnahmen zum Schutz, zur Pflege und zur Entwicklung von Boden, Natur und Landschaft zur Verfügung stehen.

¹³⁴S.o. Rn. 142

¹³⁵S. zum Begriff des Vorhabens § 29 Abs. 1 BauGB: Vorhaben, die die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung von baulichen Anlagen zum Inhalt haben.

174 Zur Darlegung und zum Nachweis der tatsächlich genutzten Fläche geeignet erscheint der Nachweis über

- Abnahme- und Inbetriebnahmeprotokolle,
- Bescheinigungen über die Konformität errichteter baulicher Anlagen mit bauordnungsrechtlichen Vorgaben, z. B. Konformitätserklärungen des Objektplaners, Prüfingenieurs oder eines anerkannten Sachverständigen,
- soweit erhältlich ggf. Erklärungen der zuständigen Behörde,
- Baufortschrittsanzeigen,
- Zeugen,
- fotografische Darstellungen, ggf. in Verbindung mit planerischen Darstellungen, oder Inaugenscheinnahme¹³⁶,
- Katastervermessungen oder Eintragungen im Liegenschaftskataster.

Zu berücksichtigen ist, dass die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber dann, wenn die auch zu anderen Zwecken nachgenutzte Fläche als die maßgebliche „Konversionsfläche“ gewählt wird, ggf. Nachweise bezüglich der für die von Dritten realisierten Vorhaben tatsächlich genutzten Fläche erbringen muss. Insofern rät die Clearingstelle EEG, dass die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber sich frühzeitig Auskunftsrechte bezüglich der jeweiligen Baufortschritte einräumen lässt.

175 **Nachweis des ökologischen Zustands der Fläche** Steht die potenzielle „Konversionsfläche“ in ihren räumlichen Ausdehnungen fest, ist der Nachweis zu erbringen, dass der ökologische Wert dieser Fläche infolge der Vornutzung schwerwiegend beeinträchtigt ist. Dabei muss die Beeinträchtigung den überwiegenden Teil der Fläche betreffen.

176 Maßgebend ist der ökologische Zustand im Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans.

177 Dabei ist der ökologische Zustand in erster Linie durch die behördlichen Erkenntnisse und Bewertungen, die z. B. im Rahmen der Planung und Zulässigkeitsprüfung

¹³⁶Daraus folgt nicht, dass eine der beiden Parteien von der anderen die Inaugenscheinnahme verlangen könnte.

gewonnen oder angestellt worden sind, nachzuweisen, soweit sie eine belastbare Aussage zu den vornutzungsbedingten Beeinträchtigungen der Schutzgüter der Umwelt auf der Fläche enthalten. Ergänzend können sonstige behördliche Aussagen herangezogen werden (z.B. Eintragungen im Altlastenkataster, Auskünfte von Umwelt- und Naturschutzbehörden). Für ehemals bergbaulich genutzte Flächen kommen hinsichtlich der früheren wirtschaftlichen Nutzung und des ökologischen Zustands der Flächen insbesondere Aussagen der für die Bergaufsicht zuständigen Bergämter in Betracht.

- 178 Lassen sich aus den vorhandenen behördlichen Feststellungen und Bewertungen keine für den nach dieser Empfehlung maßgebenden Bewertungsmaßstab belastbaren Aussagen zu der Beeinträchtigung des ökologischen Zustands der Fläche infolge der Vornutzung ableiten, ist der Nachweis durch ein entsprechendes Sachverständigen-gutachten zu führen. Dieses kann boden- und/oder naturschutzfachlicher Natur sein. Das Gutachten muss die Aussage enthalten, dass der überwiegende Teil der Fläche infolge der jeweiligen Vornutzung eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Schutzgüter der Umwelt aufweist, so dass der ökologische Wert der Fläche aufgrund der spezifischen Vornutzung deutlich geringer ist als vor dieser oder ohne diese Nutzung.
- 179 **Vorgehen bei Widersprüchen** Aus der Aufzählung der potenziellen Erkenntnisquellen folgt nicht, dass der Anlagenbetreiber bei der Geltendmachung des Vergütungsanspruchs sämtliche Erkenntnisquellen ausschöpfen muss. Es handelt sich vielmehr um eine Aufzählung mehrerer möglicher Quellen. Daraus folgt, dass auch die Verwendung nur einer der genannten Quellen ausreichen kann, um die jeweilige Tatsache bzw. das Kriterium oder Indiz nachzuweisen.
- 180 Ergeben sich im Falle einer Heranziehung mehrerer Quellen Widersprüche in Bezug auf die o. g. Tatsachen, Kriterien und Indizien, so ist eine Gesamtbetrachtung der Quellen erforderlich. Dabei kommt den jeweils erstgenannten Quellen grundsätzlich größeres Gewicht zu als den jeweils letztgenannten. Diese Folge rechtfertigt sich aus dem unterschiedlichen Maß, in dem die genannten Quellen nach Einschätzung der Clearingstelle EEG geeignet sind, die jeweiligen Tatsachen, Kriterien oder Indizien zu belegen.

Beschluss

Die Empfehlung wurde einstimmig angenommen.

Gemäß § 25 Nr. 1 VerfO ist das Verfahren mit Annahme der Empfehlung beendet.

Dr. Lovens

Dr. Pippke

Dr. Winkler

Grobrügge

Weißborn

5 Anhang – Prüfungsschema § 32 EEG 2009

