

**Noch ohne die voraussichtlichen Änderungen des EEG zum  
09.03.2012!**

# **Planung und Genehmigung von Photovoltaik-Anlagen in Bayern**

von  
**RA Johannes Bohl**  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Seminarvortrag für den  
vhw  
Bundesverband für Wohnen und Stadtentwicklung  
am 28.02.2012

## **BOHL & COLL.**

---

**Rechtsanwälte**

**Umwelt ♦ Bauen ♦ Verwaltung**

**Büro Würzburg**

Franz-Ludwig-Straße 9  
97072 Würzburg

Telefon: +49 (931) 79645-0  
Telefax: +49 (931) 79645-99

**Zweigstelle Fulda**

Dr.-Weinzierl-Straße 13  
36043 Fulda

Telefon: +49 (661) 9336303  
Telefax: +49 (661) 9336356

**Zweigstelle Schwabach**

Weißburger Straße 1  
91126 Schwabach

Telefon: +49 (9122) 187472  
Telefax: +49 (931) 79645-99

## **Gliederung**

1.	Historische Entwicklung .....	4
2.	Definition PV-Freiflächenanlage .....	8
2.1	Fallgruppen .....	8
2.2	Abgrenzung zu Anlagen an und auf baulichen Anlagen, die nicht Gebäude sind.....	10
2.3	Abgrenzung zwischen Anlagen auf Fachplanungsflächen und im Geltungsbereich eines B-Plans .....	10
2.3.1	Mülldeponien .....	11
2.3.2	Tagebauflächen .....	12
2.3.3	Weitere Fallgruppen für Fachplanungsflächen .....	12
2.4	Flächenkategorien des § 32 Abs. 3 EEG.....	13
2.4.1	Bereits versiegelte Flächen .....	13
2.4.2	Konversionsflächen.....	14
2.4.3	Ackerflächen .....	15
2.4.4	Flächen entlang von Autobahnen und Eisenbahnen .....	16
2.4.4.1	Autobahnen .....	16
2.4.4.2	Eisenbahnen .....	17
2.4.5	Bestehende Gewerbe- und Industrieflächen .....	17
3.	Planungsrechtliches Vorgehen.....	18
3.1	Bebauungsplan oder vorhabenbezogener Bebauungsplan.....	18
3.2	Privilegierung der Photovoltaikanlage? .....	19
3.3	Flächennutzungsplan.....	19
3.4	Raumordnungsverfahren .....	19
3.5	Flächenplanung der Gemeinden.....	20
4.	Baugenehmigungsverfahren.....	20
4.1	Genehmigungsbedürftigkeit von Photovoltaikanlagen.....	20
4.2	Grundsatz und Ausnahmenvorschriften.....	20
5.	Kauf oder Pacht der Flächen.....	21
6.	Netzanschluss.....	21
6.1	Verträge mit dem EVU .....	21
6.2	Leitungswege zum Anschlusspunkt.....	22
7.	Zielkonflikte.....	22
7.1	Kauf- bzw. Pachtpreise für PV-Flächen .....	22

7.2	Kosten für Wegerechte und Leitungsbau für Netzanschluss .....	23
7.3	Kein Rechtsanspruch auf Bebauungsplan.....	23
7.4	Geschwindigkeit der Planung im Hinblick auf die Degression nach § 20 EEG.....	23
8.	Dachflächen-Photovoltaik-Anlagen.....	24
8.1	Bei Baudenkmalen .....	24
8.2	Im Außenbereich.....	24
9.	Ausblick .....	25
10.	Anhang .....	26

Soweit im nachfolgenden Beitrag Normen des EEG zitiert werden, beruhen diese auf dem Gesetzesstand zum 01.01.2012, soweit nicht ausdrücklich ein anderer Gesetzesstand genannt wird.

## **1. Historische Entwicklung**

Erst durch die grundlegende Reform des EEG zum 01.01.2004 wurde der Boom der PV-Freiflächenanlagen ausgelöst. Seitens des BMU wurde dieser Boom an der jährlich neu installierten elektrischen Leistung aller PV-Freiflächenanlagen nachvollzogen und in einem Forschungsvorhaben von 2004 bis 2008 begleitet, an der u.a. die Rechtsanwaltskanzlei Bohl & Kollegen beteiligt war. In der ursprünglichen Zielsetzung ging es darum, die Photovoltaik über Großanlagen, die auf Dächern und an Gebäuden im angestrebten Umfang nicht möglich sind, den Ausbau von Fertigungskapazitäten und den technischen Fortschritt in der Anlagentechnik so zu fördern, dass auch die Photovoltaik sich längerfristig in ihren Kosten realistischen Marktpreisen nähert und damit eine weitere Säule in der Stromproduktion aus erneuerbaren Energien bildet. Dabei sah die damalige rot-grüne Bundesregierung einen Zielkonflikt vor allem mit dem Natur- und Landschaftsverbrauch. Um negative Erfahrungen hinsichtlich der Akzeptanz in der Bevölkerung abzuwenden, wurde die Vergütung durch den Gesetzgeber jedenfalls für den Regelfall davon abhängig gemacht, dass die Anlagen auf Grundlage eines Bebauungsplans errichtet werden. Damit – so die Erwartung des Gesetzgebers – können sich PV-Freiflächenanlagen grundsätzlich nur mit Zustimmung der Gemeinde verwirklichen.

Die nachfolgende große Koalition (ab 2005) novellierte das EEG mit Wirkung zum 01.01.2008 umfassend, ließ aber die Förderungsvoraussetzungen und die Vergütungsbedingungen für PV-Freiflächenanlagen zunächst weitgehend unverändert. So galt das EEG gerade auch im Hinblick auf die PV-Entwicklung als vorbildlich gelungenes Gesetz. Die politische Zielrichtung wurde jedoch verändert. Der mögliche Naturraumkonflikt wurde trotz erheblicher Zunahme der Anlagen nicht mehr in den Mittelpunkt gestellt. Vielmehr ging es nunmehr um eine Stärkung der Boombranche mit den damit entstandenen jungen Firmen und Arbeitsplätzen sowie um die Stärkung der Exportchancen der deutschen Technologie und des deutschen Verfahrens-Know-hows.

Mit dem Regierungswechsel zur schwarz-gelben Koalition im Jahre 2009 fand eine deutliche politische Kehrtwende statt. Nunmehr wurde vor allem problematisiert, dass die Umlage der Vergütungskosten für Erneuerbare Energien auf die Endkundenpreise der Stromkunden steigt. Die Vergütungssätze wurden auch im Hinblick auf die möglichen Gewinne aus dem Anlagenbetrieb als unangemessen hoch bewertet. Schließlich wurden als Folge des immer schnelleren Wachstums beim jährlichen Zubau an PV-Freifläche auch Konkurrenzen mit der traditionellen landwirtschaftlichen Flächennutzung gesehen. Ursprünglich war eine grundlegende Novellierung des EEG erst zum 01.01.2012 vorgesehen, doch führte dann die Dynamik der politischen Diskussion zu einer Vorwegnahme der beabsichtigten Korrekturen durch die sog. „PV-Novelle“ in 2009, die rückwirkend zum 01.01.2010 die Vergütungsfähigkeit und die Vergütungssätze für PV-Freiflächenanlagen wesentlich veränderte. Die bis dahin in der Praxis völlig dominierende Fallgruppe der Freiflächenanlagen auf ehemaligem Ackerland fiel ersatzlos aus der Vergütung nach EEG.

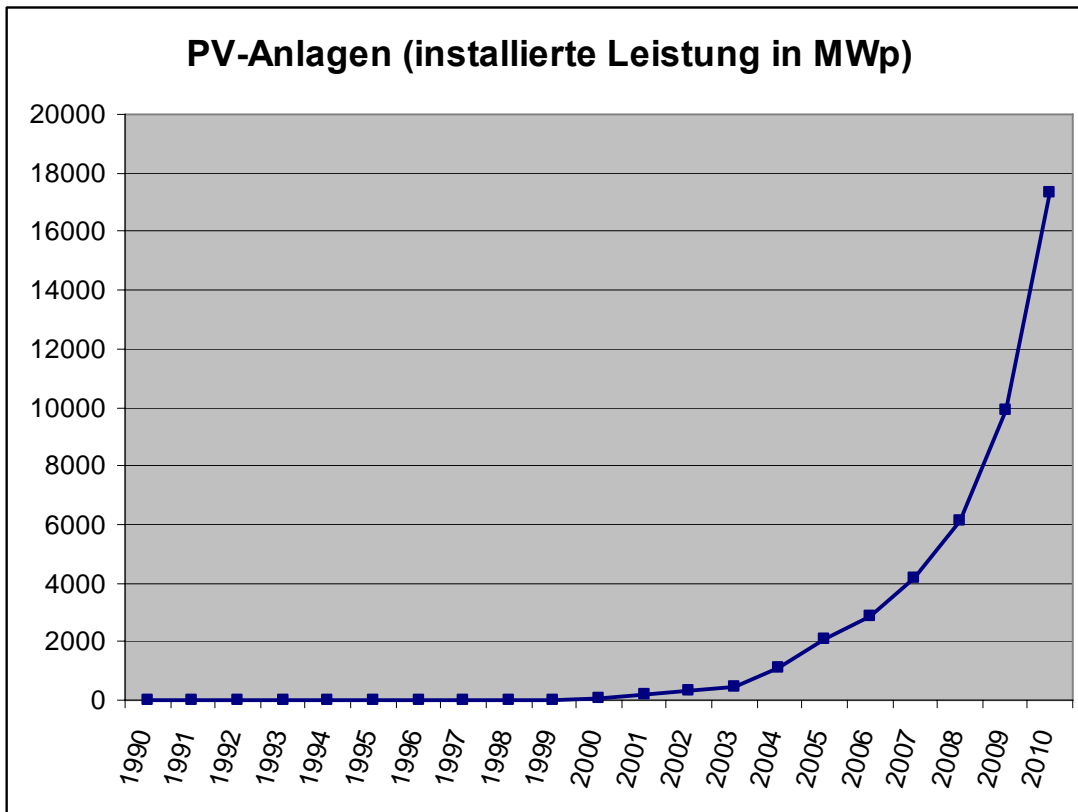
Mit der sog. „Energiewende“ in Folge der Fukushima-Katastrophe und dem nunmehr im parteiübergreifenden Konsens gesetzlich verankerten Atomausstieg im Frühjahr 2011 haben sich die politischen Rahmenbedingungen für den Ausbau der Erneuerbaren Energien erneut verändert. Zum einen müssen die Erneuerbaren Energien insgesamt nunmehr einen erheblichen Teil der Grundversorgung mit Strom gewährleisten und in diese Richtung beschleunigt ausgebaut werden. Dazu ist gerade auch ein Ausbau und die Anpassung der Stromnetze erforderlich. Zum anderen soll einem Kostenanstieg infolge der Ausbaumaßnahmen entgegengewirkt werden. Die zum 01.01.2010 erfolgten wesentlichen Änderungen haben sich gerade im Bereich des Ausbaus der Photovoltaik entgegen aller Befürchtungen zunächst nicht wachstumsbremsend ausgewirkt. Der eingeführte sog. „atmende Deckel“, der die jährliche Degression von der Einhaltung eines Zielkorridors abhängig machte, hat sich jedenfalls nicht stark bremsend auf die Ausbauentwicklung ausgewirkt.

In der nachfolgenden Tabelle ist der Zunahme u.a. der installierten Leistung zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien seit 1990 dargestellt:

	Wasser- kraft	Wind- energie	Biomasse	biogener Anteil des Abfalls	Photo- voltaik	Geo- thermie	Gesamte Leistung
	[MW]	[MW]	[MW]	[MW]	[MW <sub>p</sub> ]	[MW]	[MW]
1990	3.429	55	85	499	1	0	4.069
1991	3.394	106	96	499	2	0	4.097
1992	3.550	174	105	499	3	0	4.331
1993	3.509	326	144	499	5	0	4.483
1994	3.563	618	178	499	6	0	4.865
1995	3.595	1.121	215	525	8	0	5.464
1996	3.510	1.549	253	551	11	0	5.874
1997	3.525	2.089	318	527	18	0	6.476
1998	3.601	2.877	432	540	23	0	7.473
1999	3.523	4.435	467	555	32	0	9.012
2000	3.538	6.097	579	585	76	0	10.875
2001	3.538	8.750	696	585	186	0	13.755
2002	3.785	11.989	843	585	296	0	17.498
2003	3.934	14.604	1.091	847	435	0	20.911
2004	3.819	16.623	1.444	1.016	1.105	0,2	24.007
2005	4.115	18.390	1.964	1.210	2.056	0,2	27.735
2006	4.083	20.579	2.620	1.250	2.899	0,2	31.431
2007	4.169	22.194	3.434	1.330	4.170	3,2	35.300
2008	4.138	23.836	3.969	1.440	6.120	3,2	39.507
2009	4.151	25.716	4.519	1.550	9.914	7,5	45.858
2010	4.395	27.209	5.014	1.650	17.320	7,5	55.596

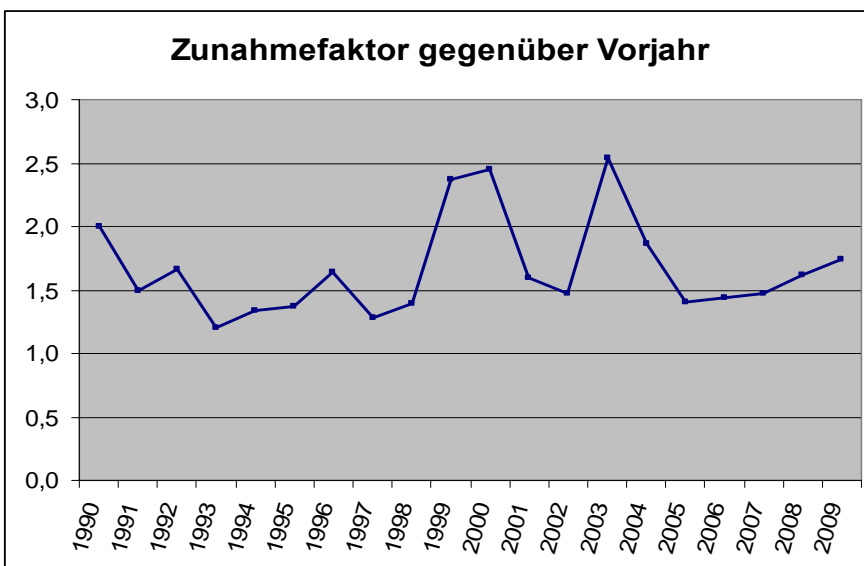
Quelle: BMU-Broschüre: Erneuerbare Energien in Zahlen, Stand: Januar 2012

Der Ausbau und die gesamte installierte Leistung aller PV-Anlagen (einschließlich Dachanlagen) wird in der nachfolgenden Grafik (1990 bis 2010) nochmals visualisiert:



Quelle: eigene Grafik, abgeleitet aus den Daten des BMU

Dabei wird deutlich, dass der Boom der PV-Stromproduktion erst im Jahre 2004 mit dem Inkrafttreten der Novelle zur PV-Freiflächenförderung eintrat. Die Entwicklung in den Jahren 2000 bis 2004 beruhte auf Grundlage des damals neu eingeführten EEG nur auf der Förderung der Dachflächenanlagen. Das bis dahin von der Bundesregierung verfolgte finanzielle Förderung durch das „Hunderttausend-Dächer-Programm“ hatte einen solchen durchschlagenden Erfolg noch nicht herbeiführen können.

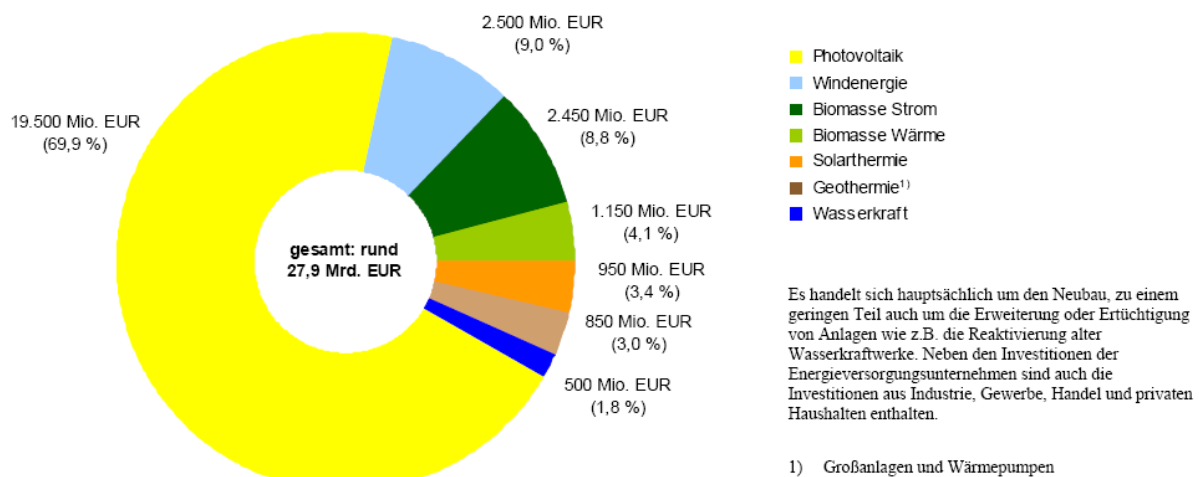


Quelle: eigene Grafik, abgeleitet aus den Daten des BMU

Über die Jahre hat sich demnach die installierte Leistung im Vergleich zum Vorjahr in der Regel etwas weniger als verdoppelt. Die Daten des Jahres 2011 sind noch nicht veröffentlicht, dürften aber nochmals ein erhebliches Wachstum der installierten Leistung belegen. Für das Jahr 2012 wird aktuell jedoch eine Stagnation oder sogar erstmals eine rückläufige Entwicklung erwartet.

Die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der Erneuerbaren Energien insgesamt ist immens. Nach aktueller Publikation des BMU sind in der Gesamtbranche in Deutschland im Jahre 2010 ca. 340.000 Menschen beschäftigt. Der Bundesverband Solarwirtschaft e.V. gibt an, dass mit Stand 2010 in Deutschland ca. 150.000 Menschen in der PV-Branche beschäftigt seien. Bei den Investitionen in Anlagen zeigt sich, dass hier im Jahre 2010 (wie auch schon in den Vorjahren) der ganz überwiegende Anteil auf PV-Anlagen fällt:

#### Investitionen in die Errichtung von Erneuerbare-Energien-Anlagen in Deutschland im Jahr 2010



Quelle: BMU-Broschüre: Erneuerbare Energien in Zahlen, Stand: Januar 2012

Die PV-Novelle des Jahres 2010 hat einen deutlich sichtbaren „Reboundeffekt“ ausgelöst. In Befürchtung weiterer Verschlechterungen wurden in 2010 weit mehr Anlagen in Betrieb gesetzt, als vom Gesetzgeber vorhergesehen, so dass statt der durchaus gewollten Dämpfung der PV-Entwicklung eine nochmalige Beschleunigung des Booms eintrat.

Der in 2011 vorgelegte EEG-Erfahrungsbericht ist in die umfassende Novelle des EEG zum 01.01.2012 eingeflossen. So wurde die Degression der Vergütung nochmals gesteigert (vgl. auch Auszug des EEG 2012 im Anhang). Die noch Anfang 2011 politisch diskutierten Einschnitte in die Förderung der Erneuerbaren Energien sind infolge des nunmehr endgültig vereinbarten Atomausstiegs hinfällig. Die aktuelle Diskussion zur Fortentwicklung des EEG insbesondere zielt auf folgende Punkte ab:

- Einführung von monatlichen (kontinuierlichen) Degressionsschritten, um den „Run“ auf die Inbetriebnahme von Anlagen vor Wirksamwerden eines Degressionsschrittes zu bremsen.
- Abänderung des PV-Förderungssystems, indem statt einer Einspeisevergütung für Jedermann eine Quotenlösung mit Deckelung der Vergütungsförderung eingeführt wird, d.h.

pro Jahr soll ein bestimmter Zubau als Kontingent erlaubt und/oder die Vergütungsförderung auf einen bestimmten Gesamtbetrag begrenzt werden.

- Wiedereinführung der Flächenkategorie „ehemaliges Ackerland“ oder völliger Verzicht auch die Flächenkategorien.
- Beibehaltung des gegenwärtigen Förderungs- und Vergütungssystems, wobei abhängig von der weiteren Entwicklung Sonderabschlüsse erfolgen sollen.

Auch auf Seiten der Betreiber von PV-Anlagen wird das Bedürfnis nach einer der Marktentwicklung angepassten, grundsätzlich auch spürbaren Degression der Vergütungssätze anerkannt, weil der dadurch entstehende Kostendruck zur Erreichung marktgängiger Stromerzeugungskosten unabdingbar ist. Einigkeit besteht jedenfalls dahingehend, dass das EEG nur einen Marktanreiz und keine Dauersubvention für die PV-Branche schaffen soll.

## **2. PV-Freiflächenanlagen**

Eine gesetzliche Definition für den Begriff „PV-Freiflächenanlage“ gibt es nicht. Gemeinhin werden darunter diejenigen PV-Anlagen verstanden, die unter die Vergütungsregelungen des § 32 Abs. 1 EEG und nicht unter § 33 EEG fallen. Freiflächenanlagen sind damit negativ abgegrenzt alle PV-Anlagen, die nicht an oder auf Gebäuden errichtet werden. Positiv formuliert sind es alle Anlagen, die mit nur hierfür geschaffenen Unterkonstruktionen auf dem Boden oder auf sonstigen baulichen Anlagen wie z.B. Wällen, Lärmschutzwänden etc. errichtet werden.

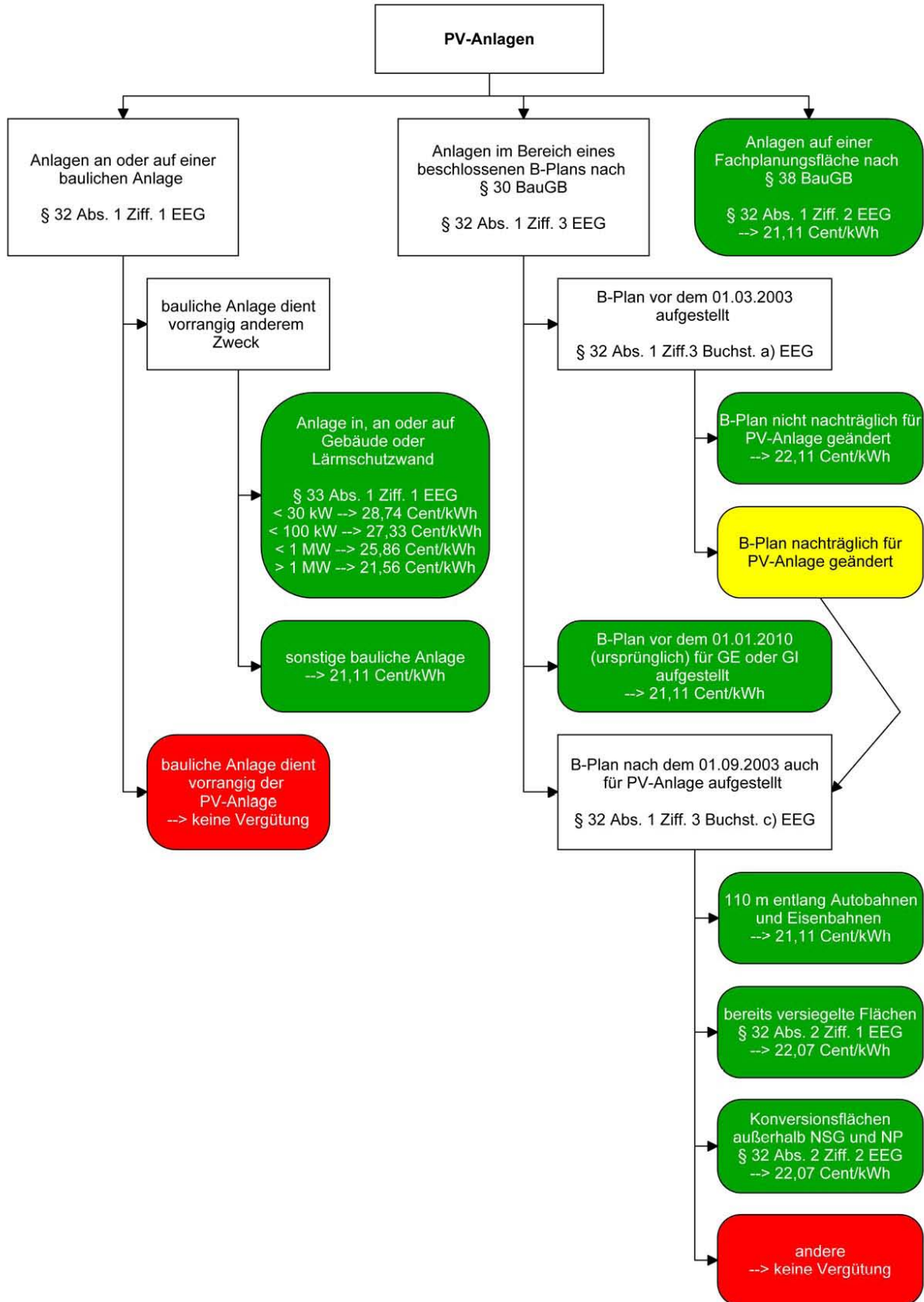
Die Freiflächenanlagen unterscheiden sich nicht nur hinsichtlich der Vergütungsregelungen von den Dach- und Gebäudeanlagen des § 33 EEG. In rechtlicher Hinsicht werden als Vergütungsvoraussetzung besondere fachplanerische oder bauplanerische Anforderungen gestellt. In technischer Hinsicht sind die Anlagen in der Regel größer mit höherer Leistung, so dass die Stromeinspeisung in das Mittelspannungsnetz (110 kV) oder das Hochspannungsnetz (220 kV) erfolgt. Dazu sind gesonderte Netzanschlüsse herzustellen. Eine Einspeisung in das vorhandene anliegende Netz des Endkunden (Niederspannungsnetz) erfolgt grundsätzlich nicht.

Derzeit wird zum Ferntransport gerade auch des Stroms aus Erneuerbaren Energien in Deutschland ein Höchstspannungsnetz mit 380 kV ausgebaut. Bislang findet eine Stromeinspeisung von PV-Strom auf dieser Spannungsebene jedoch (noch) nicht statt.

### **2.1 Fallgruppen**

§ 32 EEG in der seit dem 01.01.2012 geltenden Gesetzesfassung stellt verschiedene Fallkategorien für PV-Freiflächenanlagen auf und macht insoweit unterschiedliche Voraussetzungen für die Vergütungsfähigkeit. Die Systematik des § 32 EEG wird von den Beteiligten leider oft missachtet, was zu erheblichen Missverständnissen führt. Auf dem nachfolgenden Diagramm sind die Fallgruppen systematisch zusammengestellt:





Quelle: eigenes Diagramm

Die Struktur der §§ 32 f. EEG war bis zum 31.12.2011 infolge von Übergangsregelungen noch etwas komplizierter und ist im Anhang dargestellt. Eine wesentliche inhaltliche Änderung hat sich durch das EEG 2012 jedoch nicht ergeben.

Die einzelnen Differenzierungen der aktuellen Regelung werden nachfolgend kurz erläutert:

## **2.2 Abgrenzung zu Anlagen an und auf baulichen Anlagen, die nicht Gebäude sind**

Anlagen an und auf baulichen Anlagen oder Lärmschutzwänden, die keine Gebäude sind, werden nach § 32 Abs. 1 Ziff. 1 EEG von den nachfolgenden besonderen Anforderungen ausgenommen. Das hat zur Folge, dass diese ohne weitere Voraussetzung die Grundvergütung nach § 32 Abs. 1 EEG (ggf. unter Beachtung der Degressionsregelungen des § 20a EEG) erhalten. Hier wurde nunmehr eine Staffelung der Vergütung nach Leistung der Anlage eingeführt.

Der Begriff der „baulichen Anlage“ wird – anders als der Begriff des Gebäudes in § 33 Abs. 3 EEG – nicht gesetzlich definiert. Es ist deshalb offen, ob er Begriff in Rückgriff auf § 29 BauGB, auf die Definitionen in den Landesbauordnungen oder eigenständig aus dem Kontext des EEG auszulegen ist. Auch wenn es systemwidrig ist, dürfte hier letztlich die in den Landesbauordnungen weitgehend einheitliche Begriffsdefinition der baulichen Anlage maßgeblich sein. Bauliche Anlagen, die keine Gebäude sind, sind damit vorrangig:

- Aufschüttungen und Wälle (einschließlich Lärmschutzwälle)
- Mauern
- Masten

Systemwidrig werden zusätzlich Lärmschutzwände in § 32 Abs. 1 Ziff. 1 EEG gesondert aufgeführt, obwohl diese bereits unter den Begriff der baulichen Anlagen subsumierbar sind. Große praktische Bedeutung haben diese Anlagen nach wie vor kaum. Lärmschutzeinrichtungen unterfallen häufig dem Fachplanungsrecht, so dass die bauliche Zulässigkeit der PV-Anlagen in diesem Bereich sich auch an dem jeweiligen Fachplanungsrecht messen lassen muss. Zudem würde sich insoweit eine Überschneidung mit § 32 Abs. 1 Ziff. 2 EEG (bei gleichem Vergütungssatz) ergeben. Zudem sind diese Flächen nur mit Zustimmung des jeweiligen Baulast- oder Planungsträgers verfügbar. Ob die Flächengröße, Sonnenstrahlungsintensität und Nähe zu einem geeigneten Einspeisepunkt darüber hinaus einen wirtschaftlich interessanten Standort bieten, wird man sehr häufig in Frage stellen können.

In technischer Hinsicht sind solche Anlagen und Standorte häufig nur unter vergleichbaren (technischen) Bedingungen wie Dachflächenanlagen möglich, bei gleichzeitig wesentlich niedrigerer Vergütung.

## **2.3 Abgrenzung zwischen Anlagen auf Fachplanungsflächen und im Geltungsbereich eines B-Plans**

Eine weitere grundlegende Differenzierung schafft § 32 Abs. 1 EEG, in dem er für die „echten“ Freiflächenanlagen die Vergütung nur in zwei Fällen zulässt, nämlich

- entweder auf Flächen nach § 38 BauGB, d.h. Flächen, die einem Fachplanungsvorrang unterliegen (§ 32 Abs. 1 Ziff. 2 EEG), oder

- auf Flächen, für die ein Bebauungsplan nach § 30 BauGB besteht und der weitere Anforderungen erfüllen muss (§ 32 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2 EEG).

Diese der bauplanungsrechtlichen Systematik entstammende Unterscheidung wird in der Praxis häufig verkannt und oftmals auch noch mit der Fallgruppe „Konversionsfläche“ vermengt (dazu unten mehr).

Im übrigen ist deutlich darauf hinzuweisen, dass – außer im Fall von Anlagen an oder auf baulichen Anlagen, die keine Gebäude sind oder auf Fachplanungsflächen nach § 38 BauGB – eine PV-Freiflächenanlage im unbeplanten Innenbereich nach § 34 BauGB nicht vergütungsfähig ist, selbst dann, wenn es sich um ein planerisch geeignetes Gebiet handelt (z.B. nach § 34 Abs. 2 BauGB i.V. mit § 8 BauNVO). Der Gesetzgeber wollte über das in § 32 Abs. 1 Ziff. 3 EEG geregelte Planungserfordernis sowohl die Umweltprüfung als auch die örtliche Akzeptanz sichern (vgl. Empfehlung 2008/16 der Clearingstelle EEG vom 25.10.2010).

### **2.3.1 Mülldeponien**

Es wird immer wieder behauptet, dass z.B. Anlagen auf (geschlossenen) Mülldeponien als „Konversionsflächen“ im Sinne des § 32 Abs. 3 Satz 1 Ziff. 2 EEG zu fassen seien. Das ist jedenfalls in den Fällen unrichtig, in denen die Mülldeponie auf Grundlage eines abfallrechtlichen Planfeststellungsbeschlusses noch weiter betrieben wird.

Unklar ist, ob der Gesetzgeber diese Differenzierung selbst genügend beachtet. So wird in den Gesetzesmaterialien zu § 32 Abs. 2 EEG darauf hingewiesen, dass aus der Formulierung „abweichend von Abs. 1“ folgt, dass die höhere Vergütung derjenigen nach Abs. 1 vorgehe. Das unterstellt eine Konkurrenz in den Vergütungsvoraussetzungen, die aber bei genauer Subsumtion so nahezu gar nicht auftreten kann. Aus § 32 Abs. 2 Ziff. 2 EEG folgt, dass die Fallgruppe „Konversionsfläche“ stets auch einen Bebauungsplan erfordert! Genau davon befreit aber die Fallgruppe „Fachplanungsfläche“ nach § 32 Abs. 1 Ziff. 2 EEG!

Der Planfeststellungsbeschluss für den Betrieb einer Mülldeponie wird nicht schon dadurch obsolet, dass die Mülldeponie vollständig verfüllt ist. Vielmehr geht die Deponie dann in die Nachsorgephase über, d.h. die Deponiefläche bleibt für den fachplanerischen Widmungszweck, nämlich der dauerhaften Beseitigung des dort eingelagerten Abfalls weiter „in Betrieb“. Damit bleibt diese Fläche über § 38 BauGB auch grundsätzlich weiter einer Bauleitplanung der Standortgemeinde entzogen. Die Wirkung des § 38 BauGB entfällt jedoch dann, wenn eine „Entwidmung“ der Fläche erfolgt. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu § 38 BauGB hat dies ausdrücklich betont (nicht nur im Zusammenhang mit Bahnanlagen), aber offen gelassen, ob es dazu eines Änderungsplanfeststellungsverfahrens bedarf oder eine einfache Entwidmungserklärung genügt. Die Entwidmung einer geschlossenen Mülldeponie ist gesetzlich im übrigen nicht geregelt.

Handelt es sich hingegen um eine wilde Mülldeponie oder eine Altdeponie vor 1972, die noch ohne Genehmigung oder Planfeststellung errichtet wurde, greift der Fachplanungsvorrang des § 38 BauGB nicht. Diese „Alt-Deponien“, die in der Regel den Status einer Altablagerung

nach dem Bundes-Bodenschutzgesetz einnehmen, können daher grundsätzlich durch Bebauungsplan „überplant“ werden und können ggf. auch die Fallgruppe der Konversion nach § 32 Abs. 2 Ziff. 2 EEG erfüllen. Für die praktische Handhabung stellt sich jedoch die Frage, ob Sanierungsanforderungen nach dem Bundes-Bodenschutzgesetz bestehen, die einer Nutzung für eine PV-Freiflächenanlage für die nächsten 20 Jahre zuwiderlaufen. Soweit Sanierungen erforderlich sind, ist weiterhin die Frage der Sanierungskosten zu klären. „Freistellungen“ von weiteren Sanierungspflichten kann man zwar faktisch durch Sanierungsverträge nach § 10 BBodSchG mit der zuständige Behörde erreichen, jedoch ist deren Durchsetzung in der Praxis oft sehr schwierig zu erreichen. Auch ist der Zeitverlust für den Abschluss von Sanierungsverträgen wie auch die Durchführung etwaiger Voruntersuchungen und/oder Sanierungen nicht zu unterschätzen, so dass aus unserer Einschätzung solche Flächen nur selten wirtschaftlich attraktiv sein können.

### **2.3.2 Tagebauflächen**

Eine vergleichbare Problematik besteht bei der Nutzung von Tagebauflächen. Liegt ein bergrechtlicher Rahmenbetriebsplan vor, so kommt dem die Wirkung des § 38 BauGB zu. Die Fachplanung „endet“ erst dann, wenn das Abbauvorhaben abgeschlossen ist. Das wird bei neueren Vorhaben in der Regel auch die Wiederverfüllung und/oder Renaturierung einschließen. Eine Nutzung für eine PV-Freiflächenanlage ist dann wegen Widerspruch zum Betriebsplan nicht vor Abschluss der Renaturierung möglich. Ist die Renaturierung hingegen abgeschlossen, ist es vom Einzelfall abhängig, ob dann im Anschluss auf Grundlage eines Bebauungsplans ein Konversionsfall nach § 32 Abs. 2 Ziff. 2 EEG vorliegt.

Fehlt es hingegen an einer Renaturierungspflicht im Betriebsplan, ist mit gewisser Wahrscheinlichkeit der Konversionsfall einschlägig, so dass nach Abschluss des Abbauvorhabens sich eine PV-Freiflächenutzung jedenfalls grundsätzlich anschließen kann.

In den Fällen, in denen der Abbau nicht auf bergrechtlichen Betriebsplan, sondern auf Baurecht oder Bundes-Immissionsschutzrecht beruht, kommt nach entsprechender Inkraftsetzung eines Bebauungsplans die Fallgruppe des § 32 Abs. 3 Satz 1 Ziff. 2 EEG (Konversion) in Betracht.

### **2.3.3 Weitere Fallgruppen für Fachplanungsflächen**

Gleichwohl sind Fachplanungsflächen nach § 38 BauGB durchaus für die Errichtung von PV-Freiflächenanlagen von Interesse. Hier kommen nach wie vor u.a. Begleitflächen von Verkehrswegen (Straßen, Eisenbahnen) in Betracht, soweit sie im Geltungsbereich des jeweiligen Planfeststellungsbeschlusses liegen. Hier stellt sich aber z.B. entlang von Bundesfernstraßen aufgrund der im Bundesfernstraßengesetz geregelten Anbauverbote und -vorbehalte das praktische Problem, ob diese Flächen überhaupt rechtlich verfügbar gemacht werden können. Gleiches gilt z.B. für noch immer gewidmete, in der ursprünglichen Bahnnutzung aber aufgegebene Betriebsflächen (z.B. ehemalige Güterbahnhöfe, die auch innerörtlich gelegen sein können).

Generell gilt, dass PV-Freiflächenanlagen auf Fachplanungsflächen nur zulässig sind, wenn der Baulastträger diesen zustimmt und bereit ist, entsprechende Nutzungsverträge abzuschließen. Darüber hinaus muss die PV-Freiflächenanlage mit dem jeweiligen Widmungszweck vereinbar sein. Ein Widerspruch zum Widmungszweck ist nach unserer Auffassung z.B. gegeben, wenn auf einer noch nicht entwidmeten, aber bereits im Betrieb eingestellten Bahntrasse eine PV-Freiflächenanlage errichtet werden soll. Solange die Widmung fortbesteht, ist die Fläche für den Verkehrsweg „freizuhalten“. Es wäre also eine Entwidmung mit anschließendem Bebauungsplan (ggf. als Konversionsfall nach § 32 Abs. 3 Satz 1 Ziff. 2 EEG) erforderlich. Das ist auch sachgerecht, da ansonsten die Planungshoheit der Gemeinde über einen Missbrauch der Widmung unterlaufen würde.

Mit dem Widmungszweck vereinbar sind regelmäßig PV-Anlagen auf den Grünstreifen entlang von Start- und Landebahnen, sofern keine Gründe der Flugsicherheit entgegenstehen.

Keine Fachplanungsflächen sind solche, die zwar mit Nutzungsbeschränkungen durch einen Planfeststellungsbeschluss versehen werden, gleichwohl selbst aber nicht unmittelbar von dem Fachplanungsvorhaben „genutzt“ werden. Hier geht es z.B. um die Bauschutzbereiche eines Flughafens oder die Bauschutzstreifen entlang von Leitungstrassen, insbesondere Hochspannungsleitungen. Diese Flächen bleiben anderen Nutzungen nach wie vor zugänglich, werden jedoch in bestimmter Weise in der Nutzung beschränkt (z.B. durch Bauverbote oder Höhenbeschränkungen für Gebäude).

## **2.4 Flächenkategorien des § 32 Abs. 2 EEG**

Für die nicht auf Fachplanungsflächen gelegenen Flächen ist neben dem Erfordernis eines Bebauungsplan auch die Erfüllung besonderer Flächenkategorien erforderlich.

### **2.4.1 Bereits versiegelte Flächen**

Vergütungsfähig sind Anlagen auf „bereits versiegelten“ Flächen nach § 32 Abs. 3 Satz 1 Ziff. 1 EEG. Hierbei geht es um die Störung der natürlichen Bodenfunktion im Sinne der Aufnahme von Niederschlagswasser. Versiegelt sind also nicht nur bebaute oder mit Beton oder Bitumen bedeckte Flächen, sondern auch solche, die aufgrund menschlich geschaffener Bodenverdichtung für eine Niederschlagswasseraufnahme nicht mehr zur Verfügung stehen.

Die Versiegelung der Flächen muss zum Zeitpunkt des Aufstellungsbeschlusses für den Bebauungsplan bestanden haben. Der Versiegelungsgrad und der damit zusammenhängende Eingriff in die Natur ist bei PV-Anlagen jedoch wesentlich geringer als bei einer vollversiegelten Fläche. Wird parallel zur Errichtung der PV-Anlage die Fläche entsiegelt, kann daher ein Eingriffsausgleich oder gar ein positiver „Überschuss“ entstehen. Ökologische Aufwertungseffekte kommen hier ggf. voll zum tragen.

Die Nutzung bereits versiegelter Flächen für PV-Freiflächenanlagen hat bislang in der Praxis wenig Bedeutung erlangt. In Betracht kommen vor allem aufgelassene Start- und Landebahnen von Flugplätzen und entwidmete Straßen (z.B. bei Trassenverlegungen), aber auch die

Nutzung von betonierten Lagerflächen. Hier gibt es zum einen Überschneidungen zur Flächenkategorie der Konversionsanlagen nach § 32 Abs. 3 Satz 1 Ziff. 2 EEG.

Problematisch ist, dass Lage und Zuschnitt der Versiegelungsflächen mit den Anforderungen an große PV-Freiflächenanlagen oft nicht harmonieren.

## **2.4.2 Konversionsflächen**

Mit dem Wegfall der Ackerflächen ab 01.01.2011 aus der Vergütungsförderung sind die Konversionsflächen (§ 32 Abs. 3 Satz 1 Ziff. 2 EEG) stark ins Blickfeld gekommen. Der Gesetzgeber hat die Fallgruppe der bis dahin „wirtschaftlichen“ und „militärischen“ Konversion in der PV-Novelle des Jahres 2010 noch um die „verkehrliche“ oder „wohnungsbauliche“ Konversion erweitert. Eine Definition des Begriffs „Konversion“, über den es seit 2004 immer wieder Unklarheiten gab, hat der Gesetzgeber aber nicht eingeführt.

In der Stadtplanung beschreibt der Begriff Konversion (auch Umnutzung oder Nutzungsänderung) 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. In diesem engen Sinne verwendet der Gesetzgeber den Begriff der Konversion aber erkennbar nicht (mehr).

Auch wenn der Gesetzgeber den Konversionsbegriff mit vier Adjektiven näher umschrieben hat, folgt daraus nicht, dass er damit den Begriff einschränken und von anderen möglichen Konversionsfällen abgrenzen wollte. Ganz im Gegenteil wollte der Gesetzgeber dadurch deutlich machen, dass er von einem möglichst weiten Konversionsbegriff ausgehen wollte. Die vier Adjektive „wirtschaftlich, militärisch, wohnungsbaulich und verkehrlich“ sind also so weit auszulegen, dass sie letztlich wohl alle denkbaren Varianten einer Konversion erfassen.

Der Begriff der Konversionsfläche im Anwendungsbereich des § 32 Abs. 3 EEG (bzw. des § 11 Abs. 4 EEG 2004) wurde in der Rechtsprechung im Jahre 2008 dahingehend ausgelegt, dass die aufgegebenen Vornutzungen noch immer die Fläche prägen muss. Insoweit muss die Vornutzung letztlich für einen objektiven Betrachter erkennbar sein. Die Rechtsprechung hat damit einen vorrangig optischen Ansatz gewählt, nach dem äußerlich nicht erkennbare Bodenveränderungen (Altlasten oder unterirdische bauliche Anlagen wie z.B. zugeschüttete Betonfundamente) noch nicht für die Annahme einer Konversion genügen.

Demgegenüber hat die Clearingstelle EEG in der Empfehlung 2010/2 vom 01.07.2010 den Begriff der Konversion aus der fortwirkenden ökologischen Belastung der Fläche definiert. Danach wären Flächen mit Altlastenverdacht oder zugeschüttete Betonfundamente grundsätzlich für die Annahme einer Konversionsfläche geeignet. Der Nachweis solle regelmäßig z.B. über den Umweltbericht im Rahmen der Bauleitplanung geführt werden können. Das Gutach-

ten der Clearingstelle EEG ist rechtlich nicht bindend<sup>1</sup> und bezieht sich auf die Fassung des EEG 2008 vor der PV-Novelle, dürfte aber auch auf die aktuelle Gesetzeslage anwendbar sein.

Konversionsflächen sind nicht leicht für die Errichtung einer PV-Freiflächenanlage verfügbar zu machen. Sanierungskosten sowie „hochwertige“ Nutzungsvorstellungen der Eigentümer und Gemeinden erlauben den Zugriff auf diese Flächen oft erst dann, wenn z.B. die Nachfolgenutzung durch Ansiedlung von Gewerbebetrieben gescheitert ist.

Eine weitere Schwierigkeit liegt darin, dass Konversionsflächen räumlich nicht immer leicht abgrenzbar sind. Diese Schwierigkeit wird bei dem ökologischen Ansatz der Clearingstelle EEG noch verschärft. Sind etwa ökologisch unbelastete Grünflächen innerhalb einer eingezäunten ehemaligen militärischen Anlage Konversionsflächen oder nicht?

Konversionsflächen scheiden als vergütungsfähig aus, wenn diese in rechtsverbindlich festgesetzten Naturschutzgebieten oder Nationalparks liegen. Möglich bleibt, dass solche Flächen daher zunächst aus diesen Schutzgebieten förmlich herausgelöst werden. Das ist nicht undenkbar, jedoch dürfte der tatsächliche und zeitliche Aufwand in der Regel diesem Vorgehen entgegenstehen. So müsste beispielsweise der Naturschutzverwaltung eine (vollumfängliche) Ersatzfläche für die Erweiterung des Schutzgebietes präsentiert werden.

Sie scheiden auch dann als vergütungsfähig aus, wenn zwischenzeitlich eine andere Nutzung stattgefunden hat, z.B. als Weide.

### **2.4.3 Ackerflächen**

Die Vergütung von PV-Freiflächenanlagen auf ehemaligen Ackerflächen ist für Neuanlagen ab 01.01.2011 entfallen (§ 32 Abs. 3 Satz 1 Ziff. 3 EEG). Der Wegfall dieser insbesondere in Bayern dominierenden, wenn nicht fast ausschließlich praxisrelevanten Fallgruppe führte dazu, dass die weitere PV-Entwicklung letztlich auf die anderen (und neuen) Flächenkategorien ausweichen musste. Die Entwicklung in 2011 hat gezeigt, dass dies einem weiteren gesteigerten Ausbau der PV-Freiflächen jedenfalls bislang nicht im Wege stand.

Die Kontroverse um die Auslegung des Ziels B VI 1.1 des Landesentwicklungsprogramms Bayern (Anbindung an vorhandene Siedlungseinheiten) ist damit jedenfalls für diesen Fall erledigt. Es war streitig, ob die bayer. Gemeinden die Ansiedlung von PV-Freiflächenanlagen durch ein Entwicklungskonzept steuern müssten. Etwaige von den Gemeinden aufgestellte Konzepte sind jedenfalls nunmehr hinfällig, da mangels Vergütungsfähigkeit Neuanlagen auf absehbare Zeit nicht mehr auf Ackerflächen errichtet werden.

---

<sup>1</sup> Die Clearingstelle EEG ist eine privatrechtliche (und private) Gesellschaft, die finanziert durch die Bundesrepublik und im Auftrag des BMU die Aufgabe einer wissenschaftlichen Beratung und Schlichtung wahrnimmt. Auf Antrag oder Anregung durch Beteiligte oder Gerichte führt sie Einigungs-, Votums- oder Empfehlungsverfahren durch. Die Clearingstelle unterliegt in ihren fachlichen Aussagen keiner Aufsicht.

Dieses sog. „Anbindungsziel“ ist letztlich durch die Änderung des EEG weitgehend auch untauglich zur Standortsteuerung geworden, denn die nunmehrigen „Hauptkategorien“ der Konversionsflächen und Flächen entlang von Autobahnen und Eisenbahnen sind oftmals nicht an Siedlungsflächen anbindbar (s.u.).

#### **2.4.4 Flächen entlang von Autobahnen und Eisenbahnen**

Der Gesetzgeber hat in § 32 Abs. 3 Satz 1 Ziff. 4 EEG die neue Flächenkategorie von Flächen (Ackerland, Grünland oder Ödland) in einem Korridor von 110 m entlang von Autobahnen und Schienenwegen eingeführt. Diese Flächenkategorie soll auf „Zuruf“ einzelner Gemeinden in das Gesetz gelangt sein. Die Auslegung und praktische Anwendung dieser Kategorie bereitet jedoch Schwierigkeiten.

Hinzu kommt, dass die Standorteignung solcher Flächen wie auch deren Zuschnitt und zivilrechtliche Verfügbarkeit völlig zufällig sind. Ebensowenig ist gewährleistet, dass diese Flächen sich wirtschaftlich mit geeigneten Einspeisepunkten mit dem Netz verknüpfen lassen.

Für Bayern kommt hinzu, dass diese Flächen in der Regel eine Beachtung des Ziels B VI 1.1 des Landesentwicklungsprogramms Bayern nicht erlauben. Entgegen der „offiziellen“ Auslegung der Obersten Baubehörde im StMI ist aber richtigerweise davon auszugehen, dass dieses Ziel sich auf neue Siedlungsausweisungen, nicht aber auf Anlagen bezieht, die zwar eines Bebauungsplans bedürfen, aber keine Siedlung (mit allen daraus resultierenden Infrastrukturfolgen) darstellen (so auch der Bayer. Gemeindetag).

##### **2.4.4.1 Autobahnen**

Die Flächen in den gesetzlich beschriebenen Korridor liegen in einer Breite von 40 m in der Anbauverbotszone nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 1 FStrG. Hiervon kann die oberste Landesbaubehörde im Einzelfall nach § 9 Abs. 8 FStrG Ausnahmen zulassen. Darüber hinaus gilt nach § 9 Abs. 2 Satz 1 Ziff. 1 FStrG in einem Korridor von 100 m ein Zustimmungserfordernis der obersten Landesstraßenbaubehörde. Es muss aus den Erfahrungen mit anderen baulichen Anlagen davon ausgegangen werden, dass grundsätzlich die Ausnahmen nur sehr restriktiv erteilt werden, so dass damit diese Flächenkategorie in Bezug auf Autobahnen erhebliche Probleme bereiten kann.

Die Praxis seit 2011 zeigt, dass die Erteilung von Ausnahmen und Zustimmungen der Landesstraßenbaubehörden regional sehr unterschiedlich gehandhabt wird.

Im Detail ergeben sich auch Schwierigkeiten, wo der „äußere Rand der befestigten Fahrbahn“ liegt. So könnte in Zweifel gezogen werden, ob der Standstreifen zur Fahrbahn zählt (was straßenverkehrsrechtlich zu verneinen wäre). Auch ergeben sich fast unlösbare Streit- und Abgrenzungsfragen im Bereich von Parkplätzen, Rasthöfen und Ausfahrten an Autobahnen.



#### **2.4.4.2 Eisenbahnen**

Entlang von Schienenwegen gibt es keine dem § 9 FStrG vergleichbaren Anbauverbote und -beschränkungen. Gleichwohl dürfen auch hier keine nachteiligen Einwirkungen auf den Bahnverkehr auftreten. Umgekehrt sollten Einwirkungen des Schienenwegs auf die PV-Anlage auch vermieden werden (Abschattungen durch Oberleitungen und Masten).

Der Begriff „äußere Rand der befestigten Fahrbahn“ ist auf Eisenbahnen so nicht direkt anwendbar, weil es schon keine Fahrbahn als solche gibt. Soll hier auf die äußere Schiene, den äußeren Rand der Schwellen oder auf den äußeren Rand des Bahndamms als Schotterweg abgestellt werden?

In Bayern wird versucht, als Schienenweg nur solche zu fassen, die „Hauptschienenweg“ sind, d.h. mindestens zweigleisig ausgebaut sind. Nur diese würden infolge ihrer Zerschneidung eine hinreichend gewichtige Vorbelastung des Naturraums darstellen. Diese – aus fachlich durchaus nachvollziehbaren Erwägungen beruhende – Einengung des Begriffs Schienenweg überspannt aber das Begriffsverständnis und ist daher abzulehnen. Letztlich ist jeder Schienenweg, also auch der eingleisige Schienenweg einer Nebenstrecke für den Anbau durch eine PV-Anlagen vergütungsrechtlich geeignet.

Für die Vergütung dürfte auch keine Rolle spielen, ob der Schienenweg noch aktiv genutzt oder stillgelegt ist, solange jedenfalls die fachplanerische Widmung fortbesteht.

#### **2.4.5 Bestehende Gewerbe- und Industrieflächen**

Neu eingeführt wurde zudem die Flächenkategorie der vor dem 01.01.2010 bestehenden Gewerbe- und Industrieflächen (§ 32 Abs. 1 Ziff. 2 Buchst. b) EEG). Hier bedurfte es nach den Vorstellungen des EEG in der Fassung ab 01.01.2011 keines neuen Bebauungsplans, sondern es sollten (brachliegende) Gewerbe- und Industriegebietsplanungen für PV-Freiflächenanlagen genutzt werden.

Hier war aber zu beachten, dass § 32 Abs. 3 Satz 2 EEG (a.F.) die bauplanungsrechtlichen Anforderungen für die Errichtung von PV-Freiflächenanlagen nicht änderte. Es hing deshalb von den konkreten Festsetzungen des Bebauungsplans für das jeweilige Gewerbe- oder Industriegebiet ab, ob dort statt der ursprünglich von der Kommune angedachten Nutzungen auch eine PV-Freiflächenanlage errichtet werden konnte.

Aufgrund der Wege- und Erschließungsplanung sowie der Festsetzung von Baufenstern konnte ein solcher Bebauungsplan deshalb im Einzelfall für eine PV-Freiflächenanlage ungeeignet sein. In der Praxis wurde die Meinung vertreten, dass dann im Wege von Befreiungen nach § 31 Abs. 2 BauGB diese entgegenstehenden Festsetzungen im Einvernehmen mit der Gemeinde überwunden werden könnten. Das ist jedoch sehr fraglich, denn die Befreiung kommt nicht in Betracht, soweit Grundzüge des Bebauungsplans betroffen sind. Die Errichtung einer PV-Freiflächenanlagen statt eines Gewerbe- oder Industriebetriebes dürfte aber häufig mit den Grundzügen kollidieren, dies schon deshalb, weil eine solche Nutzung in der Regel gar nicht von der bauleitplanerischen Abwägung der Gemeinde getragen ist.

Umstritten war, ob die richtigerweise erforderliche Änderung des Bebauungsplans im Ergebnis zu einem „neuen“ Bebauungsplan führt. Bejaht man dies, würde die zeitliche Grenze des § 32 Abs. 3 Satz 2 EEG (a.F.) überschritten.

Hierauf hat nunmehr der Gesetzgeber reagiert und mit Wirkung ab dem 01.01.2012 in § 32 Abs. 1 Ziff. 2 Buchst. b) EEG klargestellt, dass ein solcher Bebauungsplan auch nach dem 01.01.2010 zu dem Zweck geändert werden darf, die PV-Freiflächenanlage zu ermöglichen. Damit stellt sich die o.g. Problematik sowie das (in der Regel untaugliche) Ausweichen auf Befreiungen nach § 31 BauGB nicht mehr.

### **3. Planungsrechtliches Vorgehen**

Soweit es auch künftig für PV-Freiflächenanlagen zur Herstellung der Vergütungspflicht eines Bebauungsplans bedarf, hat der Vorhabenträger auf einen solchen keinen Rechtsanspruch (§ 1 Abs. 3 BauGB). Es steht daher im bauleitplanerischen Belieben der Gemeinde, ob sie sich zur Kooperation im Wege der Aufstellung eines Bebauungsplans bereit erklärt oder nicht.

Häufig wird von Gemeinden kritisiert, dass Vorhabenträger sich Grundstücke durch Vorverträge mit den Eigentümern sichern, bevor mit der Gemeinde eine Vorabstimmung über die Planung erfolgt ist. Diese Kritik ist zurückzuweisen, denn sie beruht auf Missverständnissen. Der Vorhabenträger steht bzgl. der wenigen geeigneten und verfügbaren Flächen in Konkurrenz zu Mitbewerbern und muss daher einen preistreibenden Wettbewerb um diese Flächen verhindern. Das lässt eine frühzeitige Sondierung bei der Standortgemeinde nicht zu, da diese schon aus Gründen der Transparenz und Gleichbehandlung eine Verschwiegenheit gar nicht gewährleisten kann.

Andererseits verkennen Gemeinden, dass sie sich über § 1 Abs. 3 BauGB jeder PV-Planung, die ihren Vorstellungen widerspricht, erfolgreich verweigern kann. Hier ist die Rechtslage grundlegend anders als bei den nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegierten Windkraftanlagen oder Biomasseanlagen.

#### **3.1 Bebauungsplan oder vorhabenbezogener Bebauungsplan**

Spätestens durch die gesetzliche Formulierung in § 32 Abs. 3 Satz 2 EEG (a.F.) war allgemein anerkannt, dass die für die Vergütung erforderliche Bauleitplanung sowohl durch einen Bebauungsplan nach § 30 BauGB als auch durch einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan nach § 12 BauGB erfolgen kann. Es genügt im Übrigen auch ein einfacher Bebauungsplan nach § 30 Abs. 3 BauGB.

Diese Klarstellung ist in der Gesetzesfassung seit dem 01.01.2012 wieder entfallen. Das bedeutet aber nicht, dass nunmehr vorhabenbezogene Bebauungspläne kein taugliches Planungsinstrument mehr seien. Vielmehr hat der Gesetzgeber „erkannt“, dass auch ein vorhabenbezogener Bebauungsplan schlicht ein (besonderer) Bebauungsplan nach § 30 BauGB ist.

Für die Praxis hat sich der vorhabenbezogene Bebauungsplan bewährt, denn er zwingt zum Abschluss eines Durchführungsvertrages. In diesem werden zweckmäßigerweise die vollständige Übernahme aller Planungs- und Erschließungskosten sowie die Verpflichtung zum Abbau der Anlage nach Betriebsende vereinbart. Der Rückbau sollte praxisgerecht für eine Zeit nach 20 bis 30 Jahren vereinbart werden. Der Rückbau ist – jedenfalls nach den kommunalen Interessen – durch eine Rückbaubürgschaft in Höhe der voraussichtlichen Rückbau- und Entsorgungskosten zu sichern. Das ist bislang aber nicht Standard (anders als im Bereich der Windkraftanlagen).

Für einen neu aufzustellenden Bebauungsplan empfiehlt sich die Festsetzung eines „Sondergebietes Photovoltaik“ nach § 11 Abs. 2 BauNVO. Hinsichtlich der Anforderungen aufgrund des Eingriffs in Natur und Landschaft ist auf den Leitfaden der ARGE im Auftrag des BMU zu verweisen, der insoweit nach wie vor gültige Aussagen enthält.

### **3.2 Privilegierung der Photovoltaikanlage?**

Photovoltaik-Freiflächenanlagen sind, jedenfalls in der gegenwärtig üblichen und wirtschaftlich sinnvollen Betriebsweise keine privilegierten Anlagen nach § 35 Abs. 1 BauGB. Sie werden in konsequenter Weiterentwicklung der Rechtsprechung sicher auch regelmäßig nicht als sonstige Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB im Ausnahmefall zulässig sein.

Mangels Privilegierung erübrigt sich damit auch die Frage, ob eine Kommune den Standort für PV-Freiflächenanlagen über § 35 Abs. 3 Satz 2 ff. BauGB mit den Instrumenten des Flächennutzungsplans steuern muss.

Für Vorhabenträger stellt sich die Frage ebenfalls nicht, da er auf diesem Wege keine Vergütungssicherung nach den Regelungen des EEG erhält.

### **3.3 Flächennutzungsplanung**

Standard ist, dass im Parallelverfahren begleitend zum Bebauungsplan oder vorhabenbezogenen Bebauungsplan der Flächennutzungsplan zu ändern ist, um dem Entwicklungsgebot zu genügen. Soweit im Bebauungsplan ein „Sondergebiet Photovoltaik“ nach § 11 Abs. 2 BauNVO festgesetzt wird, muss dies auch auf der Ebene des Flächennutzungsplans als Darstellung erfolgen. Eine „allgemeinere“ Darstellung im Sinne einer Sonderbaufläche für Energieanlagen o.ä. genügt nicht.

### **3.4 Raumordnungsverfahren**

Die Aufstellung von Bauleitplänen sind die Ziele der Raumordnung zu beachten. Soweit im Regionalplan Standortaussagen zu PV-Freiflächen enthalten sind, stellt sich die Frage, ob diese angesichts der grundlegenden Abänderung des § 32 EEG mit Entfall der Ackerflächen (seit 01.01.2011) noch weitergelten können.

Im übrigen ist ein Raumordnungsverfahren nach § 15 ROG durchzuführen, soweit es sich bei der PV-Freiflächenanlage um ein „raumbedeutsames“ Vorhaben handelt. In der Raumordnungsverordnung sind PV-Freiflächenanlagen nicht aufgeführt. In Bayern wird davon ausgegangen, dass PV-Freiflächenanlagen erst ab einer Fläche von 10 ha und mehr raumbedeutsam sind. Anlagen mit solcher Flächenausdehnung dürften für die Zukunft unter den geänderten Flächenkategorien des § 32 Abs. 3 EEG kaum noch vorkommen.

Das Raumordnungsverfahren ist zwar verfahrensrechtlich kostenfrei, jedoch ist es – da dem Bauleitplanverfahren regelmäßig vorangeschaltet, mit einem erheblichen Zeitverlust verbunden. Auch besteht die Gefahr der Doppelinvestition in Planunterlagen und Fachgutachten, wenn diese den Raumordnungsverfahren und den nachfolgenden Verfahren jeweils angepasst und aktualisiert werden müssen.

### **3.5 Flächenplanung der Gemeinden**

Entgegen den Empfehlungen der Obersten Baubehörde im StMI ist eine Flächenplanung zur Entwicklung von PV-Freiflächenanlagen in den Gemeinden nicht notwendig. Etwaige Wünsche von Vorhabenträgern auf die bauplanerische Entwicklung konkreter Flächen können mangels Rechtsanspruch auf Bauleitplanung auch einfach abgelehnt werden.

Im übrigen dürften diejenigen Flächenkonzepte, die von Gemeinden aufgestellt worden sind, angesichts des Wegfalls der Flächenkategorie „ehemaliges Ackerland“ ohnehin obsolet sein. Natürlich war und ist eine Gemeinde nicht gehindert, auch vorausschauend ein Konzept zu entwickeln, für welche Flächen sie einer PV-Nutzung positiv gegenübersteht. Beschränkungen dahingehend, dass dies nur ein bestimmter Prozentsatz der Gemeindefläche sein darf, entbehren jeder Rechtsgrundlage. Solche Flächen- und Entwicklungskonzepte haben daher vorrangig kommunalpolitische Bedeutung. Sie entfalten zudem wohl auch keine Bindungswirkung nach innen.

## **4. Baugenehmigungsverfahren**

### **4.1 Genehmigungsbedürftigkeit von Photovoltaikanlagen**

Werden PV-Freiflächenanlagen auf Grundlage eines qualifizierten Bebauungsplans nach § 30 Abs. 1 BauGB oder eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans nach § 12 BauGB errichtet, unterfallen sie in Bayern dem Genehmigungsfreistellungsverfahren nach Art. 64 BayBO. Die Rechtsprechung des Bayer. Verwaltungsgerichtshofs hat im übrigen bestätigt, dass es sich bei einer PV-Freiflächenanlage nicht um einen Sonderbau handelt.

### **4.2 Ausnahmegesetze**

Nach Art. 63 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 2 Buchst. c BayBO sind PV-Freiflächenanlagen mit einer Fläche bis 9 m<sup>2</sup> genehmigungsfrei. Für PV-Freiflächenanlagen ist das aber praktisch nicht relevant. Im übrigen besagt die Genehmigungsfreiheit nichts über die Vergütungsfähigkeit

nach EEG. Eine gebäudeunabhängige PV-Anlage im Vorgarten ist daher nach geltendem Recht in der Regel nicht vergütungsfähig.

Soweit wegen § 38 BauGB i.V. mit § 32 Abs. 2 Ziff. 1 EEG die PV-Freiflächenanlage keiner Bauleitplanung bedarf, richtet es sich nach dem jeweiligen Fachplanungsregime, ob für die Errichtung einer PV-Freiflächenanlage eine Baugenehmigung oder andere Genehmigung erforderlich ist. Für das Luftverkehrsrecht ist jedenfalls eine Baugenehmigungspflicht für Anlagen anerkannt, die keine funktionellen Zusammenhang mit dem Flugplatz aufweisen (z.B. Parkplätze, Hotels). Das hat die besondere Konsequenz, dass die dann im vereinfachten Verfahren nach Art. 59 BayBO zu erteilende Baugenehmigung letztlich völlig „inhaltsleer“ wird.

## **5. Kauf oder Pacht der Flächen**

Kauf oder Pacht der Flächen unterliegen der Vertragsfreiheit. Für das öffentliche Baurecht genügt, wenn der Anlagenbetreiber jedenfalls Zugriff auf die Flächennutzung hat.

Für Pachtverträge sind Pachtzinsen marktüblich, die zwischen 200 % und 400 % der ortsüblichen landwirtschaftlichen Pacht betragen.

Solange die erforderliche Bauleitplanung und die rechtliche Sicherung des Anschlusses an das Stromnetz nicht gegeben ist, wird der Kauf- oder Pachtvertrag durch einen Vorvertrag oder Optionsvertrag gesichert. Aufgrund des hohen Degressionsdrucks der Vergütung nach § 20 EEG sowie der Gefahr weiterer gesetzlicher Verschlechterungen sind hier nur kurzfristige Zeitspannen zu überbrücken. Ob für die Reservierung von Flächen ein Entgelt gezahlt wird, ist letztlich Verhandlungssache.

## **6. Netzanschluss**

Der Netzanschluss ist unabdingbare Voraussetzung für den Betrieb einer PV-Anlage. Zwar sind die Netzbetreiber nach § 5 Abs. 1 EEG zum Anschluss von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien verpflichtet, ohne dass es dazu eines Vertrages bedarf. Der Anspruch erstreckt sich auf den nächstgelegenen geeigneten Einspeisepunkt, auch wenn dieser dafür technisch erst hergestellt oder ertüchtigt werden muss.

### **6.1 Verträge mit dem EVU**

Trotz der gesetzlich geregelten Anschluss- und Abnahmepflicht für den Strom aus PV-Anlagen sind Verträge über den Anschluss und die Einspeisung mit den Netzbetreibern durchaus üblich.

## **6.2 Leitungswege zum Anschlusspunkt**

Gesetzlich nicht geregelt ist jedoch die Zuleitung zu einem solchen Einspeisepunkt. Da PV-Freiflächenanlagen in der Regel nicht unmittelbar an Einspeisepunkten zum Stromnetz liegen, müssen für die Zuleitung weitere fremde Grundstücke in Anspruch genommen werden.

Die Zuleitungen unterliegen dem Baurecht, insbesondere sind sie als bauliche Anlagen baugenehmigungspflichtig. Es bietet sich daher an, dass die Trasse der Zuleitung in den Bebauungsplan mit aufgenommen wird, um die Vorteile des Genehmigungsfreistellungsverfahrens zu nutzen. Zivilrechtlich sind die Leitungswege sinnvollerweise durch Grunddienstbarkeiten zu sichern. Es sollte auch vereinbart werden, dass die Leitungen auf Kosten des Anlagenbetreibers nach Betriebsaufgabe wieder entfernt werden. Das Belassen der Kabel im Erdboden auf Dauer ist bedenklich.

Leitungsentgelte unterliegen der Vertragsfreiheit. Einmalentgelte in Höhe von ca. 10% des Wertes der von der Durchleitung in Anspruch genommenen Fläche dürften angemessen sein. Bei jährlichen Rentenzahlungen wäre eine entsprechende Abzinsung vorzunehmen.

Da die wesentlichen, für PV-Anlagen verfügbaren Flächen der Vorbereitung durch einen Bebauungsplan bedürfen, ist davon auszugehen, dass die Gemeinden zugleich auch ihre Wege für die nötigen Leitungen zu den Einspeisepunkten (gegen Entgelt) zur Verfügung stellen. Die Problematik der „Erkämpfung“ von Leitungswegen wie beispielsweise bei den nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegierten Windkraftanlagen stellt sich in der Praxis nicht.

## **7. Ziel- und Interessenkonflikte**

Bei der Planung von PV-Freiflächenanlagen bestehen für die Beteiligten Ziel- und Interessenkonflikte.

### **7.1 Kauf- bzw. Pachtpreise für PV-Flächen**

Die Kauf- oder Pachtpreise für die benötigten Flächen sowie etwaige Durchleitungsrechte für Leitungen müssen so bemessen sein, dass sie einerseits ausreichend attraktiv für die Grundeigentümer sind, um die Flächen bereitzustellen. Zum anderen müssen sie aus den Erträgen der Anlagen erwirtschaftet werden und daher in einem angemessenen Verhältnis zum Gesamtgewinn der Anlage stehen. Hier kann durchaus Berücksichtigung finden, dass Anlagen infolge der gesetzlichen Vergütungsregelung nur ein minimiertes wirtschaftliches Risiko tragen. Der Anlagenbetreiber kann zumindest hinsichtlich der Ertragsprognose bereits auf 20 Jahre verlässlich eine Gewinnkalkulation aufstellen. Risiken beruhen vorrangig auf der technischen Anlagensicherheit.

Für Kommunen und öffentliche Planungsträger spielt auch eine Rolle, dass die wirtschaftliche Attraktivität der landwirtschaftsfremden Flächennutzung nicht überhand nehmen darf, da ansonsten eine übermäßige Verknappung von entsprechender Bewirtschaftungsfläche entstehen kann und damit auch die Kauf- und Pachtpreise für die landwirtschaftliche Nutzung steigen.

Hier kommen zusätzliche Verknappungseffekte durch den Anbau von nachwachsenden Rohstoffen für Biomasseanlagen, aber auch für die Treibstoff- und Brennstoffgewinnung hinzu.

## **7.2 Kosten für Wegerechte und Leitungsbau für Netzanschluss**

Die Zuleitung zu einem Anschlusspunkt stellt ein „Nadelöhr“ für den Anlagenbetrieb dar. Das „Erpressungspotential“ für unrealistische Preisforderungen ist daher hoch. Diese Problematik wird mit Wegfall der Flächenkategorie „ehemaliges Ackerland“ noch zunehmen, weil damit eine noch höhere Standortbindung für die Entwicklung von PV-Anlagen ohne Rücksicht auf günstige Anschlusspunkte erfolgt. Wer sich entsprechende Flächen sichern will, muss daher von Anfang an auch die Flächen für Durchleitungen mit sichern.

## **7.3 Kein Rechtsanspruch auf Bebauungsplan**

Nach § 1 Abs. 3 BauGB besteht in keinem Fall ein Rechtsanspruch auf den für die Vergütung erforderlichen Bebauungsplan. Die Versuchung für Gemeinden, die Bauleitplanung deshalb von weiteren Leistungen des Vorhabenträgers abhängig zu machen, ist deshalb hoch. Ein „Verkauf“ der Planungshoheit (z.B. gegen Finanzierung sonstiger Gemeindeeinrichtungen oder Verpflichtung zur Gewerbesteuerzahlung) ist aber unzulässig. Entsprechende Verträge sind nichtig und gefährden zudem die Wirksamkeit der angestrebten Bauleitplanung.

## **7.4 Geschwindigkeit der Planung im Hinblick auf die Degression nach § 20a EEG**

Die Planung und Entwicklung von PV-Freiflächenanlagen muss von der Flächenakquise bis zur Inbetriebnahme (erste Stromerzeugung) in kürzester Zeit erfolgen und zwar bevor die der wirtschaftlichen Anlagenkalkulation zugrunde liegenden Vergütungsregeln sich ändern. Nach derzeitiger Gesetzeslage finde jeweils zum 01.01. eines Jahres eine Degression der Vergütung nach den Regeln des § 20a EEG statt.

Da aber die Zukunft des EEG ungewiss ist und ggf. auch in 2012 weitere Sonderdegressions-schritte drohen, sind die gegenwärtigen Planungen möglichst auf eine Inbetriebnahme vor dem 01.01.2013 oder noch früher auszurichten.

Bei guter inhaltlicher Vorbereitung und optimaler Verfahrensbegleitung ist die Durchführung der Bauleitplanung (Änderung des Flächennutzungsplans mit aufsichtlicher Genehmigung und parallele Inkraftsetzung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans) in ca. 150 Tagen denkbar. Das setzt aber einen absolut reibungslosen und perfekt koordinierten Planungsablauf voraus. Da jedenfalls vor Inkrafttreten des Bebauungsplans schon aus vergütungsrechtlichen Gründen mit dem Bau der PV-Freiflächenanlage nicht begonnen werden darf, ist das Ziel des 31.12.2011 für Neuplanungen derzeit in der Regel noch gut erreichbar!

## **8. Dachflächen-Photovoltaik-Anlagen**

### **8.1 Bei Baudenkmalen**

Da das EEG nur Vergütungsrecht darstellt, kann es die Zulässigkeit von PV-Dachflächenanlagen auf Gebäuden nicht regeln. Aus dem EEG folgt daher grundsätzlich keine besondere Behandlung dieser Anlagen im Verhältnis zum sonstigen materiellen Recht, soweit es Bauvorhaben betrifft.

Ob eine PV-Dachflächenanlagen auf Baudenkmalen errichtet werden kann, richtet sich daher ausschließlich nach dem Denkmalschutzrecht. Da in der Rechtsprechung – in anderem Zusammenhang – anerkannt ist, dass das EEG für vergütungsfähige Anlagen ein gewisses „öffentliches Interesse“ vermittelt, kann dieses in Ermessensentscheidungen oder bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe ein beachtenswertes Argument sein.

Die Vereinbarkeit mit dem Denkmalschutzrecht setzt aber auch dann immer voraus, dass die maßgeblichen denkmalschutzrechtlichen Belange nicht unterlaufen werden. Verlangt der Denkmalschutz also die Erhaltung einer bestimmten Dachgestaltung, steht das einer PV-Dachflächenanlage grundsätzlich entgegen.

Großzügiger wird die Betrachtung ggf. beim „Umgebungsschutz“ eines Denkmals sein. Aber auch das ist stets eine Frage des Einzelfalls.

### **8.2 Im Außenbereich**

Gestaltungsanforderungen an Gebäude im Außenbereich verschafft vor allem der Denkmalschutz (s.o.) oder der Schutz des Landschaftsbildes. Ist ein Gebäude privilegiert, so nimmt eine PV-Dachflächenanlage, so lange sie nur Nebenzweck des Gebäudes ist, an der Privilegierung teil.

Ob in einem solchen Fall gerade aus der PV-Dachflächenanlage ein entscheidender Belang wird, der wegen Beeinträchtigung des Landschaftsbildes dem Vorhaben „entgegensteht“ (vgl. § 35 Abs. 1 BauGB), ist sehr fraglich. Das dürfte in der Regel zu verneinen sein.

Andererseits ist eine Entwicklung erkennbar, dass – grundsätzlich privilegierte – landwirtschaftliche Gebäude zur Errichtung überdimensionaler PV-Dachflächenanlagen missbraucht werden. Es werden nunmehr in strikter Südausrichtung Pultdächer gebaut, auch wenn traditionell bzw. landschaftstypisch Satteldächer üblich waren. Dadurch steigt die Gesamthöhe der Gebäude oder die Grundfläche. Es wird als eine – von der Privilegierung ggf. nicht mehr getragenen – übermäßige Nutzung angestrebt. Ebenso treten die privilegierten Gebäude in den Hintergrund, wenn durch Dachüberstände, die weder nutzungsbedingt oder aus Bautradition geboten eine übermäßige Nutzung für eine PV-Dachflächenanlage erreicht werden soll.

Die Grenze, ab der die Privilegierung die Anlagen nicht mehr „trägt“ oder die Belange des Landschaftsbildes „entgegenstehen“, kann nur im Einzelfall gezogen werden.



## 9. Ausblick

Die PV-Freiflächen stehen politisch auch weiter massiv unter Druck. Ob die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für die Entwicklung solcher Anlagen in Deutschland noch lange erhalten bleiben, ist jedenfalls mit Blick auf 2013 oder später ungewiss. Bis dahin kann – von einer möglichen Umstellung des Degressionssystems abgesehen – zumindest von einer „Planungssicherheit“ ausgegangen werden. Wer die bestehende Rechtslage noch „sicher“ nutzen will, muss mit der Planung von vergütungsfähigen Anlagen sofort beginnen.

Die im Jahre 2011 erkennbare „Torschlusspanik“ wird sich so vermutlich nicht mehr wiederholen. Die Branchenverbände kündigen an, dass die Marktfähigkeit des auf Freiflächen produzierten Stroms vermutlich schon bald erreicht werden kann, so dass dann die Vergütungsförderung ohnehin nicht mehr der entscheidende Faktor der Marktentwicklung wäre.

Stand: 22.02.2012 (vormittags)

## Anhang

Struktur der §§ 32 f. EEG in der Fassung vor dem 01.01.2012:

