

Rechtliche Stellungnahme

zur Frage der

Aufnahme von Ausschlusstatbeständen in § 32 III 1 Nr. 2 EEG (Ausschluss naturschutzrechtlich hochwertiger Flächen bei der Flächenkategorie „Konversionsflächen“)

vorgelegt von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht *Dr. Roman Götze* und Rechtsanwalt *George-Alexander Koukakis* (GÖTZE Rechtsanwälte, Anwaltshaus im Messehof Leipzig, Petersstraße 15, 04109 Leipzig)

im Mai 2011

Inhaltsverzeichnis

I. Ausgangslage.....	3
II. Rechtliche Stellungnahme	3
1. Anreicherung des § 32 III 1 Nr. 2 EEG mit naturschutzrechtlichen Ausschlusskriterien nicht erforderlich	4
2. Erhebliche Auswirkungen auf die Belange der Kommunen	9
a) Eingriff in den Schutzbereich der kommunalen Selbstverwaltung der Gemeinden.....	10
b) Eingriff in kommunale Interessen nicht durch hinreichend gewichtige überörtliche Interessen gerechtfertigt....	12
3. Zu weitgehende Typisierung und Pauschalierung durch regelungstechnischen Rekurs auf die naturschutzrechtlichen Schutzkategorien.....	13
a) Typisierung und Pauschalierung	13
b) Rückgriff auf Typen flächenbezogener Schutzauswei- sungen zu undifferenziert.....	14
aaa) FFH-Gebiete	14
bbb) Andere flächenbezogene Schutzkategorien	15
c) Rückausnahme entsprechend § 19 I 2 BNatSchG	16
III. Zusammenfassung	16

I. Ausgangslage

Das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU) erwägt, im Zuge der EEG-Novelle 2012 die Flächenkategorie „Konversionsflächen“ gemäß § 32 III 1 Nr. 2 EEG mit einschränkenden tatbestandlichen Voraussetzungen zu versehen, um zu erreichen, dass Freiflächenanlagen in naturschutzrechtlich rechtsförmlich geschützten **Gebieten mit höchstem Schutzstatus** nicht mehr gefördert werden. Es ist in diesem Zusammenhang vorgesehen, ausdrücklich in § 32 EEG zu regeln, dass Anlagen auf Konversionsflächen im Sinne des § 32 III 1 Nr. 2 EEG keinen Anspruch auf Einspeisevergütung haben, wenn sich die jeweilige Fläche in einem Naturschutzgebiet, Nationalpark oder gelisteten FFH-Gebiet befindet. Details zur Umsetzung dieser Regelungskonzeption sind derzeit noch nicht bekannt.

Im Rahmen dieser rechtlichen Stellungnahme wird nicht untersucht, *ob* eine Fläche nach derzeitiger Rechtslage und unter Zugrundelegung der Kriterien, die die *Clearingstelle-EEG* in ihrer Empfehlung zu Konversionsflächen¹ entfaltet hat, als Konversionsfläche im Sinne des EEG zu qualifizieren ist, wenn für diese Fläche ein hochstufiger naturschutzrechtlicher Schutzstatus existiert. Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, wie der Novellierungsansatz der ergänzenden Regelung von einschränkenden Kriterien aus rechtlicher Sicht zu bewerten ist, insbesondere ob dieser Regelungsansatz aus rechtlicher Sicht empfohlen werden kann.

II. Rechtliche Stellungnahme

Ein gesetzlicher Vergütungsausschluss von naturschutzrechtlich förmlich unter Schutz gestellter Flächen ist mit Blick auf das vorhandene Instrumentarium zur Berücksichtigung von Naturschutzbelangen in der Bauleitplanung und der Vorhabenzulassung nicht erforderlich (sogleich 1.). Dessen ungeachtet, bewirkte eine Anreicherung des §32 III 1 Nr. 2 EEG mit naturschutzrechtlichen Ausschlusskriterien eine „Übersteuerung“ und wäre auch deshalb problematisch, weil dadurch die Rechte der zur Bauleitplanung berufenen, aber auch ermächtigten Kommunen, zumindest influenzierend berührt und dadurch ein - über die konkreten Ausschlusskategorien hinausgehender - negativer Impuls („chilling effect“) gesetzt

¹ Empfehlung der Clearingstelle-EEG vom 1. Juli 2010, 2010/2, Rdnr. 83, abrufbar unter: www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2010/2, zuletzt abgerufen am 28.4.2011.

würde, auch unterhalb der höchsten naturschutzrechtlichen Schutzkategorien Konversionsflächen für PV-Zwecke in den Blick zu nehmen (nachfolgend 2.). Selbst wenn man dies anders beurteilt, ist die regelungstechnische Anknüpfung an förmliche Schutzkategorien des Naturschutzrechts im Hinblick auf die darin liegende zu holzschnittartige, undifferenzierte Typisierung und Pauschalierung mit Blick auf die einschneidende Rechtsfolge abzulehnen; dies zumindest dann, wenn nicht zugleich auch der Regel-Ausnahme-Mechanismus des Naturschutzrechts (z.B. FFH-VP) der Ausschlussklausel in § 32 III 1 Nr. 2 EEG implementiert wird (unten 3.).

1. Anreicherung des § 32 III 1 Nr. 2 EEG mit naturschutzrechtlichen Ausschlusskriterien nicht erforderlich

Für Anlagen auf militärischen, wirtschaftlichen, verkehrlichen oder wohnungsbaulichen Konversionsflächen besteht nach § 32 III 1 EEG nur dann ein Vergütungsanspruch, wenn für die Fläche ein **Bebauungsplan** (§ 10 BauGB)² aufgestellt worden ist. Bereits die vorhandenen **Instrumente zur Sicherung der Belange des Naturschutzes in der Bauleitplanung** und der **Vorhabenzulassung** gewährleisten in ausreichendem Maße, dass naturschutzfachlich hochwertige Flächen nicht in Anspruch genommen werden.

Dies hat das *Bundesverfassungsgericht* jüngst in seiner Entscheidung zum Wegfall der Flächenkategorie „Ackerflächen“ im Zuge der EEG-Novelle 2010 noch einmal deutlich betont. Mit Recht wies das *Bundesverfassungsgericht* auf Folgendes hin:

„Maßstab bei der Aufstellung und Änderung eines Bebauungsplans sind die städtebauliche Entwicklung und Ordnung (vgl. § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB), nicht die Interessen Einzelner an der baulichen Nutzbarkeit von Grundstücken. (...) Die Gemeinde beschließt den Bebauungsplan als Satzung (...). Wesentliches Element bei der Beschlussfassung ist die Abwägung gemäß § 1 Abs. 7 BauGB. Der nach Landesrecht regelmäßig gemeindeintern zuständige Gemeinderat (...), ein unmittelbar demokratisch legitimiertes Organ (vgl. Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG), muss bei der Aufstellung und Änderung eines Bebauungsplanes insbesondere die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und unterein-

² Vgl. zur Lage in den Ländern Berlin, Brandenburg und Bremen § 246 II BauGB.

ander gerecht abwägen. Eine derartige Abwägung kann auch zu dem Ergebnis führen, dass ein Bebauungsplan für ein vom Investor ins Auge gefasstes Vorhaben nicht aufgestellt wird. **Insbesondere kann bei der Abwägung naturschutzrechtlichen oder landwirtschaftlichen Belangen der Vorzug gegeben werden** (vgl. § 18 Abs. 1 BNatSchG, § 1a Abs. 3, § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchstabe a, Abs. 7 BauGB); (...).³

Fragen des Naturschutzes sind sowohl im Rahmen der Bauleitplanung (vgl. nur §§ 1 VI Nr. 7, 1a, 2 IV BauGB), als auch der konkreten Vorhabenzulassung selbst (vgl. etwa in Sachsen § 63, 64 SächsBO) zu prüfen. So sind gemäß § 1 VII BauGB im Rahmen der **Bauleitplanung** unter anderem als naturschutzrechtliche Belange die Erhaltungsziele und Schutzzwecke von FFH-Gebieten und europäischen Vogelschutzgebieten zu beachten⁴. Die Belange des Umweltschutzes nach § 1 VII BauGB sowie die ergänzenden Bestimmungen des § 1a BauGB sind Gegenstand der zwingend durchzuführenden **Umweltprüfung** nach § 2 IV BauGB⁵. Da § 32 III EEG voraussetzt, dass die Bebauungspläne „zumindest auch“ zum Zwecke der Errichtung von Solarstromanlagen aufgestellt oder verändert worden sein müssen, sind bei deren Aufstellung oder Änderung selbstverständlich auch die von solchen Vorhaben betroffenen umweltrechtlichen Belange konkret zu berücksichtigen⁶. Wenn im Rahmen des Bauleitplanverfahrens bzw. im nachfolgenden Zulassungsverfahren festgestellt wird, dass eine bestimmte Planung naturschutzrechtlichen Normen entspricht bzw. ein bestimmtes Vorhaben genehmigungsfähig ist, wäre nur schwer nachvollziehbar, was eine Ausschlussregelung im EEG zum Naturschutz beitragen soll. Dies liefe nämlich letztlich darauf hinaus, dass das EEG einen Naturschutz statuiert, der durch die entsprechenden *Fachgesetze* nicht erreicht wird oder vorgesehen ist.

In diesem Zusammenhang muss ferner berücksichtigt werden, dass bereits das bestehende **Planungserfordernis** des § 32 II, III EEG unter anderem den Zweck erfüllt, der durch den Ausschlussbestand erreicht werden soll.

³ BVerfG, B.v. 23.9.2010 - 1 BvQ 28/10 -, hier zitiert nach www.bverfg.de; Rdnr.39 mit 40; Auslassung und Hervorhebung nur hier.

⁴ Vgl. nur *von Oppen*, ZUR 2010, 295 (300); ausführlich dazu jüngst *Mitschang/Wagner*, DVBl. 2010, 1257 ff; instruktiv *Kuschnerus*, Der sachgerechte Bebauungsplan, 4. Auflage (2010), 217 ff, insb. 290 ff.

⁵ *von Oppen*, ZUR 2010, 295 (300).

⁶ Empfehlung der Clearingstelle-EEG vom 1.7.2010, 2010/2, Rdnr. 78.

Das Erfordernis der Bauleitplanung soll unter anderem sicherstellen, dass ökologisch sensible Flächen nicht überbaut werden⁷.

Insofern existiert ein engmaschiges Netz naturschutzrechtlicher Anforderungen, das in der Bauleitplanung sowohl *prozedural* - durch die Beteiligung der Träger öffentlicher Belange - aber auch *materiell-rechtlich* untersetzt ist. In der Regel besteht bei förmlichen Schutzgebietsausweisungen eine **strenge Bindung der planenden Gemeinde**; sie kann den Schutzanspruch des Naturschutzrechts im Zuge der Abwägung nicht relativieren, sondern hat diesen als der Abwägung vorangestellten **Planungsleitsatz** zu beachten. Eine Planung, deren Umsetzung an unüberwindbaren naturschutzrechtlichen Hindernissen scheitern würde, ist nicht erforderlich (§ 1 III 1 BauGB). Insofern ist auch gesichert, dass der flächenbezogene Schutz von Natur und Landschaft auf bindenden normativen Festlegungen beruht, über die sich die Bauleitplanung – auch wenn sie selbst lokales Ortsrecht setzt – nicht hinwegsetzen kann. Ein Bebauungsplan, der Vorhaben zulässt, die gegen naturschutzrechtliche Verbote verstoßen, ist **regelmäßig unwirksam**⁸. Grundsätzlich ist deshalb die Schutzgebietsausweisung - ggf. räumlich umgrenzt - aufzuheben, bevor der widersprechende Bebauungsplan in Kraft gesetzt werden kann⁹.

Soweit im Bebauungsplanverfahren *ausnahmsweise* die Möglichkeit planerischer Zurückhaltung in Betracht kommt, muss im **Vorhabenzulassungsverfahren** eine Konfliktlösung – etwa durch Erteilung einer Ausnahme oder Befreiung – ernsthaft möglich erscheinen. In diesem Fall sind die naturschutzrechtlichen Gebote aus der jeweiligen Schutzverordnung im Zulassungsverfahren (Baugenehmigung, ggf. Waldumwandlung etc.) abzuarbeiten, indes dort auch mit vollem Gewicht zu beachten. Die zuständige Naturschutzbehörde kann bereits auf planerischer Ebene klarstellen, dass sie das Vorhaben nicht genehmigen wird. Die Bauleitplanung müsste dann - wegen unüberwindbaren Hindernissen - von der Gemeinde abgebrochen werden oder wäre - wie dargelegt - andernfalls regelmäßig unwirksam.

⁷ Braun/Lederer, BayVBl. 10, 97 (98); Schröder, Informationen 2010 3 (9); Salje, a.a.O., § 32, Rdnr. 21 f.; Götze/Boelling/Löscher, ZUR 2010, 245 jeweils mit Verweis auf die Gesetzesbegründung zu § 32 EEG (BT-Drs. 16/8148).

⁸ Dazu Kuschnerus, a.a.O., Rdnr. 606 mit Rdnr. 660 ff, insb. 663 ff.

⁹ Wie hier Kuschnerus, a.a.O., Rdnr. 663.

Gleiches gilt für die Ebene der **Vorhabenzulassung**: Auch hier verfügt die Naturschutzbehörde über die vorhandenen Schnittstellen im Bauordnungsrecht, Bauplanungsrecht oder auf der Grundlage eigener fachrechtlicher Prüfungsinstrumente über effektive Mittel, den Geltungsanspruch des Naturschutzrechts, insbesondere der Schutzregelungen des flächenbezogenen Naturschutzes durchzusetzen.

Wo freilich - trotz sorgfältiger Abarbeitung des strengen naturschutzrechtlichen und –fachlichen Prüfprogramms - im bauplanungsrechtlichen und anlagenzulassungsrechtlichen Verfahren ein PV-Freiflächenvorhaben geplant und seine Realisierung (unter Einbindung der zuständigen Naturschutzbehörde) genehmigt werden kann, steht fest, dass die Belange von Natur und Landschaft von vornherein kein derart hohes relatives Gewicht hatten (oder unter Berücksichtigung der erforderlichen kompensatorischen bzw. ausgleichenden Maßnahmen noch haben), dass sie ein zwingendes Planungs- oder Realisierungshindernis darstellen. Aus diesem Grunde erscheint der typisierend-pauschalierende (Vergütungs-)Ausschluss von Flächen, die an sich als Konversionsfläche zu qualifizieren wären, alleine wegen eines förmlichen Schutzstatus als nicht sachlich geboten. Bereits der derzeitige Normbefund zeigt deutlich, dass ein Regelungsdefizit bei naturschutzrechtlichen Anforderungen nicht besteht. Ein Vergütungsausschluss ist deshalb selbst dann nicht erforderlich, wenn es hier – vereinzelt - **Vollzugsdefizite** geben sollte. Diese müssten in erster Linie im Fachrecht behandelt und/oder durch aufsichtliche Maßnahmen auf der Ebene der Länder abgebaut werden.

Flankierend könnte - alternativ zum Vergütungsausschluss - die Effektivität des geltenden Naturschutzes beispielsweise durch eine **Verschärfung des UVPG** gestärkt werden. Photovoltaik-Freiflächenanlagen sind bisher nicht in der Anlage 1 zum UVPG gelistet, sodass eine Umweltverträglichkeitsprüfung nur dann erforderlich ist, wenn die Photovoltaik-Freiflächenanlage die Kriterien der Ziffer 18.7 der Anlage 1 erfüllen würde¹⁰ oder im Falle einer Waldumwandlung. Zwar könnten nach dem Anhang 2 der UVP-Richtlinie 85/337/EWG Photovoltaikfreiflächenanlagen durch den nationalen Gesetzgeber der UVP-Pflicht unterworfen werden, was bislang jedoch in der Bundesrepublik Deutschland nicht geschehen ist.¹¹

¹⁰ Herden/Rassmus/Gharadjedaghi, Naturschutzfachliche Bewertungsmethoden von Freiland-photovoltaikanlagen, BfN Skripten 247, 2009, S. 32.

¹¹ Herden/Rassmus/Gharadjedaghi, a.a.O., S. 32.

Darüber hinaus bestehen auch **regelungssystematische Einwände** dagegen, das EEG mit naturschutzrechtlichen Ausschlusskriterien anzureichern. Systematisch ist das EEG dem **Umweltenergierecht** zuzuordnen¹². Hierunter lässt sich die Summe derjenigen Rechtsvorschriften fassen, die unmittelbar die den **Umweltschutz** berührenden Merkmale der Energiegewinnung, der Energieversorgung und des Energieverbrauchs in den Sektoren Strom, Wärme und Kraftstoff regeln¹³. Aus gutem Grund, hat sich der Bund im EEG bisher darauf beschränkt, die Vergütungsvoraussetzungen zu regeln und sich Aussagen zu Fragen der genehmigungsrechtlichen Zulässigkeit einer Anlage weitestgehend enthalten¹⁴. Systematisch sind beide Regelungskomplexe – die vergütungsrechtlichen Regelungen des § 32 EEG und das Zulassungsrecht (LBauO, BauGB) - voneinander zu trennen; sie sollten nicht ohne zwingendes Regelungsbedürfnis vermengt werden. Diese Erkenntnis ist in der Rechtsprechung und Vollzugspraxis verankert. Aus dem Bestehen eines Vergütungsanspruchs kann deshalb nicht auf die Genehmigungsfähigkeit einer EEG-Anlage geschlossen werden. Umgekehrt lässt die Genehmigungsfähigkeit auf der Zulassungsebene auch nicht auf das Bestehen eines Vergütungsanspruchs rückschließen.

Zutreffend heißt es deshalb beispielweise in der **Empfehlung 2010/2 der Clearingstelle-EEG vom 1. Juli 2010** zu den flächenbezogenen Anforderungen des EEG an eine „Konversionsfläche“ und zur Abgrenzung zum Zulassungsrecht:

„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.“¹⁵ [Hervorhebungen durch Verfasser]

Dies spricht nicht gegen eine naturschutz(rechts)politisch erwünschte Verhaltenssteuerung durch ökonomische Anreize, wie sie der Systematik der

¹² Vgl. *Kahl*, JuS 2010, S. 599 (600).

¹³ *Kahl*, a.a.O., S. 599.

¹⁴ Empfehlung der *Clearingstelle-EEG* vom 1.7.2010, 2010/2, Rdnr. 83, abrufbar unter: www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2010/2, zuletzt abgerufen am 28.4.2011.

¹⁵ Empfehlung der *Clearingstelle-EEG* vom 1.7.2010, 2010/2, Rdnr. 85.

§§ 32, 33 EEG auch jetzt bereits eigen ist. Eine Regelung, wonach die Einspeisevergütung für Strom aus Anlagen ausgeschlossen ist, welche sich auf naturschutzfachlich sensible Konversionsflächen befinden, dringt freilich zu weit auf die Ebene des Zulassungsrechts vor, ohne dass der intendierte Lenkungsimpuls durch die fachlichen Vorgaben im Naturschutzrecht und dessen Eigenrationalitäten für die Vergütungsebene hinreichend strikt vorgezeichnet würde. Zwar mag es zutreffen, dass bereits durch die bestehenden Regelungen in §§ 32 f. EEG Lenkungsziele verfolgt werden und ebenfalls eine - nach damaliger Auffassung des Bundesrats nicht unbedenkliche¹⁶ - mittelbare Steuerung der Flächenzuweisung stattfindet. Indes besteht ein wesentlicher Unterschied zu den erwogenen Regelungen. Durch den schutzstatusbezogenen Vergütungsausschluss wird nämlich nicht positiv-lenkend auf eine bereits vorhandene „Vorbelastung“ abgestellt, auf die es die großflächigen PV-Anlagen zu lenken gilt. Vielmehr würde explizit auf wegen spezieller naturschutzrechtlicher Vorschriften bestehende und bereits geprüfte, spezifische Schutzkategorien rekurriert und für diese ein weitergehender Schutz eingeführt, den die jeweilige Unterschutzstellung ggf. selbst nicht (zwingend) vorsieht.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Verhältnis des EEG zum Zulassungsrecht durch die Aufnahme Ausschlussstatbestandes empfindlich gestört würde. Die grundsätzliche Trennung von zulassungsrechtlichen und vergütungsrechtlichen Aspekten würde hierdurch - ohne dass wir mit Blick auf die vorhandenen naturschutzrechtlichen Instrumente eine dies gebietende Regelungsnotwendigkeit erkennen können - partiell aufgehoben und die Grenzen zwischen diesen Regimes verwischt werden.

2. Erhebliche Auswirkungen auf die Belange der Kommunen

Es besteht kein Zweifel, dass der vorgesehene - unseres Erachtens nicht erforderliche und zudem aus den genannten Gründen auch nicht sachgerechte - Ausschlussstatbestand **erhebliche Auswirkungen auf die kommunale Bauleitplanung** haben wird.

¹⁶ Verwiesen sei insofern auf die Stellungnahme des Bundesrates zu § 11 IV EEG a.F., BT-Drs., 15/2539, S. 11 f.

- a) Eingriff in den Schutzbereich der kommunalen Selbstverwaltung der Gemeinden

Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 II GG) gewährleistet den Gemeinden das Recht, alle **Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft** im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Der Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie und somit der Wesensgehalt der gemeindlichen Selbstverwaltung darf nicht ausgehöhlt werden¹⁷. Allerdings ist der Gesetzgeber auch außerhalb des Kernbereichs gehalten, die spezifische Funktion der Institution gemeindliche Selbstverwaltung zu berücksichtigen¹⁸.

Bestandteil dieser kommunalen Selbstverwaltungsgarantie ist auch die **Planungshoheit der Gemeinden**¹⁹, deren wichtigstes Element die örtliche Bauleitplanung darstellt²⁰. Die Planungshoheit ist – zumindest bezüglich der Aufstellung von Bebauungsplänen – deren **Kernbereich** zuzuordnen²¹. Damit bedarf eine Beschränkung der gemeindlichen Planungshoheit jedenfalls gewichtiger tragfähiger Gründe des Gemeinwohls und darf die Selbstverwaltung in ihrem Wesensgehalt nicht berühren²².

Der Eingriff in die Planungshoheit ist bei der Aufnahme einer strikten Ausschlussregelung, darin zu sehen, dass es de facto zu einer weitreichenden und vorwegnehmenden **Beeinflussung der Bauleitplanung der Gemeinden** kommt. Das Ergebnis der Bauleitplanung - genauer: deren Erfordernis i.S.d. § 1 III BauGB - würde zumindest hinsichtlich der Geeignetheit und der Ausweisung bestimmter Flächen gleichsam vorweg genommen werden.

¹⁷ BVerfG, Beschl. v. 23.11.1988 – 2 BvR 1619/83 – u.a., Rdnr. 40; BVerfG, Beschl. v. 23.6.1987 – 2 BvR 826/83 -, Rdnr. 37 (zitiert jeweils nach juris).

¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 23.11.1988 – 2 BvR 1619/83 – u.a., Rdnr. 40 (zitiert nach juris).

¹⁹ BVerfG, Ur. v. 7.10.1980 – 2 BvR 584/76 - u.a., Rdnr. 96 (zitiert nach juris) = BVerfGE 56, S. 298 ff.; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG-Komm., 9. Auflage (2007), Art. 28, Rdnr. 13; *Nierhaus*, in: Sachs, GG-Komm., 5. Auflage (2009), Art. 28, Rdnr. 56; *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG-Komm., 12. Auflage 2011, Art. 28, Rdnr. 87 ff.

²⁰ *Henneke*, a.a.O., Art. 28, Rdnr. 87.

²¹ Vgl. *Nierhaus*, a.a.O., Art. 28, Rdnr. 56; *Uechtritz*, in: Spannawsky/Uechtritz, BauGB, Komm., 2009, § 2, Rdnr. 7; *Henneke*, a.a.O., Art. 28, Rdnr. 87.

²² BVerfG, Ur. v. 7.10.1980 – 2 BvR 584/76 - u.a., Rdnr. 96 (zitiert nach juris); *Uechtritz*, a.a.O., § 2, Rdnr. 7.

In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die bestehende Vorschrift des § 32 III EEG (§ 11 IV EEG a.F.) mit ihren Festlegungen hinsichtlich des Vergütungstatbestandes für Solarenergie auch mit Blick auf die kommunalen Rechte sehr kritisch gewürdigt und deren Streichung gefordert wurde. Im – damaligen - Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich aus dem Jahre 2004 heißt es bezüglich § 11 IV EEG a.F. in der Stellungnahme des Bundesrates hierzu wie folgt:

„Die Festlegung besonderer umwelt-, landschafts- und planungs- politischer 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 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.“²³ [Hervorhebung durch Verfasser]

Dem kann auch nicht etwa entgegengehalten werden, § 31 III EEG enthalte eine vergleichbare Restriktion. Diese Norm betrifft den **Vergütungsausschluss für Offshore-Windenergieanlagen**, die sich in einem Gebiet befinden, das nach § 57 in Verbindung mit § 32 II BNatSchG oder nach Landesrecht zu einem geschützten Teil von Natur und Landschaft erklärt worden ist. Hervorzuheben ist jedoch, dass diese Gebiete sich in der **Ausschließlichen Wirtschaftszone** befinden, in der sich die Fragen gemeindlicher Planungshoheit nicht stellen, zumal die Zulassung derselben ausschließlich nach speziellen bundesrechtlichen Vorschriften zu beurteilen ist, nämlich dem Seeaufgabengesetz (SeeAufG) und der darauf beruhenden Seeanla-

²³ BT-Drs., 15/2539, S. 11 f.

genverordnung (SeeAnIV). Mithin ist die Ausgangslage von vornherein nicht vergleichbar.

Letztlich bleibt damit festzuhalten, dass die Aufnahme von Ausschusstatbeständen, welche eine Vergütung für Anlagen auf naturschutzfachlich sensiblen Flächen ausschließen, aufgrund ihrer faktischen Wirkung einen Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung der Gemeinden in Gestalt ihrer Planungshoheit (Art. 28 II GG) darstellt.

- b) Eingriff in kommunale Interessen nicht durch hinreichend gewichtige überörtliche Interessen gerechtfertigt

Vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund ist eine Einschränkung der Planungshoheit gerechtfertigt, wenn und soweit diese durch **überörtliche Interessen von höherem Gewicht** erfordert wird und auch verhältnismäßig ist²⁴.

Allerdings bestehen - aus den dargelegten Gründen - erhebliche Zweifel, ob sich der Gesetzgeber auf ein naturschutzrechtlich begründbares Regelungserfordernis berufen kann. Bisher gewährleistet das Steuerungsmodell des § 32 f. EEG die ökologisch nicht erwünschte Überbauung noch nicht genutzter Flächen, indem ökologisch bereits - fortwirkend - vorbelastete Flächen als Standort für die Realisierung von Photovoltaik-Freiflächenanlagen bevorzugt werden.²⁵

Dementsprechend hat die Bundesregierung im Gesetzgebungsverfahren zu § 11 IV EEG a.F. (der Vorgängernorm des § 32 III EEG) ausgeführt:

„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.“²⁶

²⁴ BVerfG, Beschl. v. 23.6.1987 – 2 BvR 826/83 -, Rdnr. 40 (zitiert nach juris).

²⁵ Schomerus, in: Frenz/Müggenborg, EEG, Komm., 2. Auflage (2011), § 32, Rdnr. 44; Salje, a.a.O., § 32, Rdnr. 25; Götze/Boelling/Löscher, a.a.O.

²⁶ BT-Drs. 15/2593, S. 4.

Das ein - darüber hinausgehendes - überörtliches Interesse an der weiteren Einschränkung des Flächenkriteriums „Konversionsfläche“ besteht, können wir aus bereits unter II.1. dargelegten Gründen nicht zu erkennen. Die Rechtssphäre der Kommunen sollte daher dadurch geschont werden, dass diesen die Möglichkeit belassen wird, vorbelastete (Konversions-)Flächen auch dann für PV-Zwecke zu überplanen, wenn diese einen formalen naturschutzrechtlichen Schutzstatus aufweisen. Ob dies rechtlich möglich ist, bleibt dann dem Fachrecht überantwortet.

Im Hinblick auf die **praktischen Folgen** der Normierung naturschutzrechtlicher Einschränkungen der Flächenkategorie „Konversionsfläche“ erwarten wir, dass sich die Kommunen - auch über die geregelten flächenbezogenen Schutzkategorien hinaus gehend - der Überplanung von naturschutzrechtlich nicht völlig unberührten Flächen enthalten werden.

3. Zu weitgehende Typisierung und Pauschalierung durch regelungstechnischen Rekurs auf die naturschutzrechtlichen Schutzkategorien

Unabhängig von den bereits herausgearbeiteten grundsätzlichen Einwänden, wäre eine Inbezugnahme der formalen Unterschutzstellung nach Maßgabe einer landesrechtlichen Schutzverordnung (NSG-VO etc.) auch **zu stark typisierend und pauschalierend**.

- a) Typisierung und Pauschalierung

Zwar ist es dem Gesetzgeber nicht verwehrt, in einer gesetzlichen Regelung „Typen“ (hier: Ausschlusskriterien) abstrakt zu definieren. Die mit dieser Pauschalierung einhergehende Vereinfachung und systemimmanente Ungerechtigkeit bzw. Ungleichbehandlung ist von der Rechtsprechung regelmäßig hingenommen worden, wenn und soweit die typisierende Regelung nicht ihrerseits von unzutreffenden Annahmen bei der Typenbildung ausgeht oder übersieht, dass die Vereinfachung für eine Vielzahl von Fällen zu überzogenen Ergebnissen führt

bzw. Einzelne von der Typisierung Betroffene besonders intensiv nachteilig berührt sind.²⁷

- b) Rückgriff auf Typen flächenbezogener Schutzausweisungen zu undifferenziert

Der Rückgriff auf die Schutzkategorien des Naturschutzrechts - etwa die in den §§ 22 ff., 31 ff. BNatSchG aufgeführten Kategorien (Naturschutzgebiete (§ 23), Nationalparke und nationale Naturmonumente (§ 24), Natura-2000 Gebiete (§ 32 usw.) - ist im Lichte dessen zu stark typisierend bzw. pauschalierend.

aaa) FFH-Gebiete

Dies zeigt sich z.B. im Falle der ausgewiesenen FFH-Gebiete. Diese stellen einen Typus naturschutzfachlich sensibler Flächen dar, die sich allerdings aufgrund ihrer **jeweiligen Besonderheiten** nicht als Schutzkategorie für einen Ausschlussbestand eignen. Dies beruht darauf, dass FFH-Gebiete keine nach einheitlichen Kriterien typisierbare Schutzkategorie darstellen.

Vielmehr werden die Schutzzwecke und Erhaltungsziele der FFH-Gebiete erst in der **jeweiligen Schutzgebietsverordnung** konkret und für den Rechtsanwender operationalisierbar bestimmt²⁸. So richtet sich auch die FFH-Verträglichkeitsprüfung gemäß Art. 6 III FFH-RL nach den **definierten Erhaltungszielen**, die für den Schutz des FFH-Gebietes maßgebend sind²⁹. Geschützt ist in diesem Zusammenhang nicht das Gebiet in seiner gesamten Habitat- und Artenvielfalt, sondern nur wegen der Arten und Lebensräume, die als Erhaltungsziel festgelegt wurden³⁰. Folgerichtig ordnet § 34 II BNatSchG an, dass im Rahmen der FFH-Verträglichkeitsprüfung festzustellen ist, ob die erwartete

²⁷ Zu den Anforderungen an typisierende bzw. pauschalierende Regelungen BVerfG, Beschl.v. 8.10.1991 - 1 BvL 50/86 -, insb. juris Rdnr. 40; BVerwG, Beschl. v. 30.4.2009 – 9 B 60/08 -; *Füßer/Götze*, DGVZ 2003, 180 ff..

²⁸ Zutreffend etwa *Thyssen*, NUR 2010, 9 (13); vgl. *ders.*, EurUP 2009, 172 (175); *Storost*, DVBl. 2009, 673 (675); *Mitschang/Wagner*, DVBl. 2010, 1227 ff.

²⁹ BVerwG, Ur. v. 9.7.2008 – 9 A 14/07 -, Rdnr. 58 (zitiert nach juris).

³⁰ BVerwG, Ur. v. 9.7.2008 – 9 A 14/07 -, Rdnr. 58 (zitiert nach juris).

ten Beeinträchtigungen „erheblich“ und die für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck „maßgeblichen Bestandteile“ betroffen sein werden.³¹ Damit ist der Schutz dieser Gebiete in keiner Weise relativiert; es wird allerdings deutlich, dass jedes einzelne **FFH-Gebiet im Hinblick auf dessen konkrete Erhaltungsziele und Schutzzwecke** im Einzelfall zu bewerten ist. Zwar ist nach Auffassung der Rechtsprechung jede Beeinträchtigung von Erhaltungszielen des Gebietes erheblich, wobei die Feststellungslast hierfür bei der Gemeinde liegt. Es darf aber nicht verkannt werden, dass auch die Erheblichkeitsprüfung nicht abstrakt und losgelöst von den Schutz- und Erhaltungszielen (§ 7 I Nr. 9 BNatSchG) erfolgt. Einen Erfahrungssatz, dass die Planung und Realisierung einer PV-Freiflächenanlage auf einer mit einem FFH-Schutzstatus belegten Fläche die Schutz- und Erhaltungsziele beeinträchtigt, gibt es - soweit ersichtlich - nicht.

An dieser Einschätzung würde sich auch nichts ändern, wenn man aus den FFH-Gebieten nur diejenigen in die Ausschlussregelung mit einbezüge, die gerade wegen ihrer Habitatfunktion in der FFH-Richtlinie gelistet sind. Auch dann bewendet es beim Erfordernis einer Einzelfallprüfung unter Berücksichtigung der hinsichtlich des günstigen Erhaltungszustandes in den Blick zu nehmenden Bezugsebene und der fachlich abgeleiteten Schutzziele, Ausgleichs- bzw. Kohärenzmechanismen etc.

bbb) Andere flächenbezogene Schutzkategorien

Analog gelten die vorstehenden Ausführungen auch für **sonstige flächenbezogene Schutzkategorien**. Auch hier ist der jeweilige Schutzregime entscheidend, dass die Schutzgebietsverordnung (z.B. NSG-VO) aufstellt. Die Unterschutzstellung erfolgt durch entsprechenden förmlichen Rechtsakt, der regelmäßig eine Bestimmung zum Schutzgegenstand, Schutzzweck, der zur Erreichung des Schutzzwecks notwendigen Geboten und Verbote sowie erforderliche Pflege-, Entwicklungs- und Wiederherstellungsmaßnahmen enthält (vgl. § 22 I 1 BNatSchG) und sich nach Landesrecht richtet. Gerade auch wegen der ganz erheblichen

³¹ Dazu *Mitschang/Wagner*, DVBl. 2010, 1257 (1263).

regionalen Unterschiede können diese Gebietskategorien nicht regelungstechnisch pauschalierend „über einen Kamm geschoren“ werden. Dies gilt erst recht auch vor dem Hintergrund, dass Schutzgebietsausweisungen regelmäßig auch Zonen mit unterschiedlichen Schutzvorgaben aufweisen (vgl. § 22 I Satz 1, 1. Halbsatz BNatSchG).

c) Rückausnahme entsprechend § 19 I 2 BNatSchG

Den herausgearbeiteten Bedenken könnte – teilweise - abgeholfen werden, wenn durch **Aufnahme einer Rückausnahme entsprechend § 19 I 2 BNatSchG**

„es sei denn, eine FFH-Verträglichkeitsprüfung (§ 34 BNatSchG), artenschutzrechtliche Prüfung oder naturschutzrechtliche Ausnahme/Befreiung (§§ 45 VII, 67 II BNatSchG) ergeben die Zulässigkeit der Anlage“

die sachlich gebotene Berücksichtigung der konkreten örtlichen Verhältnisse und rechtlich-normativen Vorgaben (Schutz- und Erhaltungsziele etc.) gewährleistet werden. Es ist nicht einzusehen, dass PV-Projekte, die (sogar) von der strengen europarechtlichen Umwelthaftung freigestellt werden können bzw. sind, nach nationalem Recht mit einem Vergütungsausschluss belegt werden. Da allerdings die Ausschlussregelung - bei Regelung der sachlich notwendigen Rückausnahme - dann tatbestandlich zerrinnt, sollte sie unseres Erachtens ganz verworfen werden.

III. Zusammenfassung

1. Die juristische Prüfung hat folgendes ergeben:

- a) Die Anreicherung des § 32 III 1 EEG mit naturschutzrechtlichen Ausschlusskriterien (Inbezugnahme von förmlichen Schutzkategorien wie NSG etc.) ist aus juristischer Sicht **nicht erforderlich**. Die Belange des Naturschutzes sind im Verfahren der Aufstellung eines Bebauungsplans und im Vorhabenzulassungsverfahren bereits ausreichend verankert und erfahren dort einen ihrem relativen Gewicht entspre-

chenden Schutz. Es ist nicht Aufgabe des Umweltenergierechts - hier: des Rechts der Erneuerbaren Energien - im Vollzug des Umweltrechts im Kontext der Bauleitplanung und/oder Vorhabenzulassung vermuteten oder bestehenden Vollzugsdefiziten entgegenzuwirken. Dies ist - wenn überhaupt erforderlich - durch die Länder im Wege der Rechts- und/oder Fachaufsicht zu gewährleisten.

- b) Die durch Anreicherung des § 32 III 1 Nr. 2 EEG eintretenden Wirkungen trafen in erster Linie die zur Bauleitplanung berufenen **Kommunen** (und die Vorhabenträger), die hier – ohne zwingendes naturschutzrechtliches Erfordernis – empfindlich in ihren geschützten Interessen und Rechten berührt wären.
- c) Abgesehen von diesen grundsätzlichen Einwänden erweisen sich die als Ausschlusskriterien in Betracht kommenden formalen Schutzkategorien des Bundesnaturschutzgesetzes und der Ländernaturschutzgesetze als zu starr bzw. zu wenig differenziert. Die unter Rückgriff auf diese Kategorien bewirkte **Typisierung und Pauschalierung** auf der Tatbestandsebene hat mit dem generellen Vergütungsausschluss für eine Vielzahl von Fällen eine zu rigide Rechtsfolge. Dem müsste unseres Erachtens durch **Aufnahme einer Rückausnahme** entsprechend § 19 I 2 BNatSchG - „es sei denn, eine FFH-Verträglichkeitsprüfung (§ 34 BNatSchG), artenschutzrechtliche Prüfung oder naturschutzrechtliche Ausnahme/Befreiung (§§ 45 VII, 67 II BNatSchG) ergeben die Zulässigkeit der Anlage“ - abgeholfen werden.

2. Ergänzend weisen wir auf Folgendes hin:

Jedenfalls ist die Aufnahme einer **Übergangsregelung** für bereits laufende Planungen und Zulassungsverfahren aus Vertrauensschutzgründen unverzichtbar. Dies gebietet bereits das verfassungsrechtlich abgesicherte Prinzip der Rechtssicherheit. Denn die Aufnahme einer Vergütungsausschlussregelung darf nicht dazu führen, dass bereits fortgeschrittene, mit erheblichem Aufwand und Kosten verbundene Planungen oder Vorhabenrealisierungen etwa die Durchführung vorgezogener CEF- oder Ausgleichsmaßnahmen, Untersuchungen im Hinblick auf Munition, Altlasten, Bodenverhältnisse wirtschaftlich entwertet werden.

Deshalb bedarf es im Hinblick auf den verfassungsrechtlich gewährten Schutz des Eigentums (Art. 14 GG), das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) und aus Verhältnismäßigkeitserwägungen der Aufnahme von Übergangsregelungen, bei denen es - wegen der Spezifik von Konversionsflächen - anders als bei der Novellierung des EEG 2010 (§ 20 IV EEG und die Übergangsregelung für Ackerflächen in § 32 III 1 Nr. 3 EEG) aus unserer Sicht zwingend erforderlich ist, zugunsten der Vorhabenträger und Kommunen maßgebend auf den **Aufstellungsbeschluss** für den Bebauungsplan abzustellen, da dieser gleichsam den „Startschuss“ für die erheblichen investiven Aufwendungen für Verträglichkeitsuntersuchungen, vorbereitende Gutachten, Sicherung von Ausgleichsflächen darstellt.

Leipzig, den 3. Mai 2011

Dr. Roman Götze
Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Verwaltungsrecht

George-Alexander Koukakis
Rechtsanwalt