

2019/6

18. Juli 2019

## Votum

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

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchstellerin –

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG|KWKG<sup>1</sup> durch ihre Mitglieder Dr. Winkler, Wolter sowie den technischen Koordinator Teichmann am 18. Juli 2019 einstimmig folgendes Votum:

**Die Anspruchstellerin hat für den in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten Strom aus den am [...] Dezember 2016 am Standort [...] in Betrieb genommenen Solaranlagen mit einer installierten Leistung von [ca. 3000] kW<sub>p</sub> gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch auf Zahlung der Marktprämie nach § 100 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 auf Basis des anzulegenden Wertes für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie, die in, an oder auf einer sonstigen baulichen Anlage angebracht worden sind, welche zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden ist.**

<sup>1</sup>Nachfolgend bezeichnet als Clearingstelle. Sofern im Folgenden auf bis zum 31.12.2017 beschlossene Verfahrensergebnisse Bezug genommen wird, wurden diese von der Clearingstelle EEG beschlossen.

Ergänzender Hinweis der Clearingstelle:

**Ergeben sich aus diesem Votum nachträgliche Korrekturen am bundesweiten Ausgleich hinsichtlich der abzurechnenden Strommengen oder Vergütungs- bzw. Prämienzahlungen (finanzielle Förderung), sind diese Korrekturen gemäß § 62 Absatz 1 Nummer 4 EEG 2017<sup>2</sup> bei der nächsten Abrechnung zu berücksichtigen.**

## I Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Förderfähigkeit des Stroms aus der Fotovoltaikinstallation der Anspruchstellerin, insbesondere, ob diese auf einer sonstigen baulichen Anlage errichtet worden ist.
- 2 Die Anspruchstellerin betreibt auf einer Fläche von 2,974 ha am Standort [...], Gemarkung [...], Ortsteil [...], Flur [...] auf den Flurstücken [...] (nachfolgend: Vorhabensfläche) Solaranlagen mit einer installierten Leistung von insgesamt [ca. 3000] kW<sub>p</sub> (nachfolgend: Fotovoltaikinstallation).
- 3 Von 1950 bis 1995 befand sich am Standort der Fotovoltaikinstallation das [...] Stadion, welches aus mehreren Sportplätzen und Nebenanlagen (zum Beispiel Sportlerheim mit Umkleidekabinen, Toiletten, Aufenthaltsräumen für Sportler und Betreuer sowie einer Wohnung für den Platzwart) bestand. Das Stadiongelande wurde in diesem Zeitraum, insbesondere in den 1960er Jahren, mehrmals erweitert und umgebaut. Unter anderem wurde in den 1960er Jahren das Gelände nivelliert, der ovale Rasenplatz mit Raseneinfassungssteinen versehen und eine Drainage verlegt. Zur Historie des Stadionbaus wird auf S. 6 des Gesamtanierungs- und Investitionskonzepts der [...] von [...] 1993 (nachfolgend: Sanierungskonzept), auf S. [...]

<sup>2</sup>Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 14.08.2020 an geltenden Fassung, verkündet als Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 8 des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Energieeinsparrechts für Gebäude und zur Änderung weiterer Gesetze v. 08.08.2020 (BGBl. I S. 1728) sowie Art. 6 des Gesetzes zur Reduzierung und zur Beendigung der Kohleverstromung und zur Änderung weiterer Gesetze (Kohleausstiegsgesetz) v. 08.08.2020 (BGBl. I S. 1818), rückwirkend geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften v. 21.12.2020 (BGBl. I S. 3138) nachfolgend bezeichnet als EEG 2017. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2017/arbeitsausgabe>.

und [...] der Begründung zum Bebauungsplan von September 2016 (nachfolgend: Planbegründung) und die darin enthaltene Abbildung [...] zum historischen Lageplan, auf die als Anlage [...] von der Schiedsklägerin zur Akte gereichte Lichtbilddokumentation sowie auf die Unterlagen zum „Sportplatzbau im [...] Stadion“ (Anlage [...] der Schiedsklägerin) Bezug genommen.

- 4 In unmittelbarer Nachbarschaft zum Stadion befand sich die [...] Hütte. Mitte der 1990er Jahre mussten die Sportplätze des Stadions aufgrund der Kontamination durch die [...] Hütte mit Fremdmaterial abgedeckt werden und der Sportbetrieb wurde nach [...] verlegt. Um Auswehungen zu vermeiden, erfolgte ein Bodenauftrag mit anschließender Begrünung, die zu einer „wiesenartigen Rasenfläche“ führte. Wegen des Flächenzustands der Vorhabensfläche nach dem Bodenauftrag wird auf die als Anlage [...] von der Schiedsklägerin zur Akte gereichten Luftbilder aus den Jahren 2000 und 2015 Bezug genommen, auf denen die Umrisse der Sportplätze auf einer begrüneten Fläche erkennbar sind.
- 5 Die Fotovoltaikinstallation befindet sich im Geltungsbereich des Bebauungsplans Nr. [...] Sondergebiet Photovoltaik „[...]“ der Stadt [...] (nachfolgend: Bebauungsplan). Der Aufstellungsbeschluss für den Bebauungsplan erging am [...] 2016, der Bebauungsplan wurde im Dezember 2016 als Satzung beschlossen und ist am [...] Dezember 2016 mit der öffentlichen Bekanntmachung in Kraft getreten. In der Planbegründung heißt es auf S. 9 ff. zur Vornutzung als Sportplatz auf der Vorhabensfläche auszugsweise:

„Aufgrund der Lage des Plangebietes angrenzend an die frühere [...] Hütte ist von einer sehr starken Überprägung aller Schutzgüter auszugehen.

...

... Auf der Fläche befand sich früher das [...] Stadion mit mehreren Sportplätzen und den dazugehörigen Nebenanlagen ...

Aufgrund der Nähe zur ehemaligen [...] Hütte sind die Böden kontaminiert und eine Abdeckung ist deshalb Mitte der 1990er im Rahmen eines ökologischen Großprojekts erfolgt. Die natürlichen Bodenfunktionen i. S. von § 2 Abs. 2 Nr. 1 BBodSchG sind daher im gesamten Plangebiet beeinträchtigt.

Heute ist die Fläche unbebaut. Es handelt sich um eine Wiese mit Gehölzstrukturen im Randbereich. Sie wird anteilig als Schafweide genutzt ...

Das Plangebiet weist in Folge der früheren Nutzung durch Bodenbelastungen und Versiegelung eine stark gestörte Bodenfunktion auf. Natürlich gewachsener Boden steht nicht an, da der Sportplatz abgedeckt und Mutterboden neu aufgebracht wurde... Insofern ist der Standort für die geplante Nutzung besonders geeignet, für andere Nutzungen jedoch ungeeignet.“<sup>3</sup>

6 Auf S. 14 der Planbegründung wird zudem Folgendes ausgeführt:

„... Das Plangebiet liegt innerhalb einer Altbergbaufläche des [...] abbaus... Für das Plangebiet liegt kein Eintrag im Altlastenkataster des Landes [...] (Datei schädlicher Bodenveränderungen und Altlasten) vor. Es liegt außerhalb des erfassten Betriebsgeländes der ehemaligen [...] -Hütte...

Das ehemalige [...] Stadion lag im unmittelbaren Einwirkungsbereich der Emissionen des benachbarten Industriestandortes. Im Gesamtsanierungs- und Investitionskonzept für die [...] Stadtteile [...], [...] und [...] wird das Plangebiet 1993 wie folgt beschrieben:

„Durch die Nutzungsaufgabe hat sich auf einem Teil des Geländes eine Graslandbrache entwickelt. Der westliche Sportplatz ist ein Sandplatz völlig ohne Bewuchs... Bei einer sportlichen Betätigung auf dem Gelände sind gesundheitliche Risiken nicht auszuschließen. Beim Sport ist ein erhöhter Kontakt mit dem Sportplatzbelag nicht zu vermeiden, außerdem wird bei nicht befestigten Plätzen verstärkt Staub aufgewirbelt. Unabhängig von dieser direkten Gefährdung geht von dem nichtbefestigten Hartplatz des Stadions die Gefahr einer Kontamination der Umgebung durch Windverfrachtung aus.“

7 In der Zusammenfassung der wesentlichen Auswirkungen der Planung (S. 25) heißt es:

„Da die Bodenstruktur infolge der früheren Bebauung und des Bodenauftrags im Rahmen der Altlastensanierung bereits gestört sind, ist nicht mit erheblichen baubedingten Störungen des Bodenhaushalts... zu rechnen.“

<sup>3</sup>Hinweis der Clearingstelle: Alle Auslassungen bei diesem und den nachfolgenden Zitaten sind nicht im Original enthalten.

- 8 In der Stellungnahme der Regionalen Planungsgemeinschaft [...] vom [...] 2016 zum Bebauungsplan wird Folgendes festgestellt:

„... Der Sportplatz hat seine ursprüngliche Funktion verloren. Die Fläche ist eine Altlastenverdachtsfläche aufgrund von Bodenbelastungen durch die ehemalige [...]Hütte. Mitte der 1990er Jahre wurde der kontaminierte Boden großflächig abgedeckt. Die Fläche ist derzeit eine Wiese mit Gehölzstrukturen.“

- 9 Die Anspruchstellerin beauftragte vor der Errichtung der Fotovoltaikinstallation die [...] (nachfolgend: Bodengutachterin) mit einer Baugrunduntersuchung, die klären sollte, ob es sich bei der Vorhabensfläche um eine bauliche Anlage handelt. Laut dem geotechnischem Bericht Nr. [...] vom [...] August 2016 (nachfolgend: geotechnischer Bericht) nahm die Bodengutachterin insgesamt zehn Kleinrammbohrungen mit einer Endtiefe von 2 m vor. Wegen der Lage der Bohrpunkte und des Untersuchungsgebiets wird auf den Lageplan mit den Anschlusspunkten vom [...] August 2016 und die topografische Karte vom [...] August 2016 Bezug genommen. Ausweislich des geotechnischen Berichts weist der künstlich aufgebrachte Mutterboden auf der Vorhabensfläche eine Mächtigkeit von 0,05 bis 0,4 m auf. Auf S. 6 des Berichts heißt es:

„Ein Mutterboden im Sinne einer natürlichen Bodenbildung wurde im gesamten Untersuchungsbereich nicht angetroffen.“

- 10 An den aufgebrachten Mutterboden schließt sich eine Auffüllungsschicht mit einer Mächtigkeit von 0,3 bis 1,20 m an. Diese zweite Auffüllungsschicht fehlt im Bereich des Bohrpunktes 1. Hierzu wird im geotechnischen Bericht wie folgt ausgeführt:

„Nur in der Bohrung BS 1 ist eine Unterlagerung durch Auffüllungsböden nicht festgestellt worden, allerdings ist der Mutterboden/Oberboden selbst als Auffüllung anzusehen.“

- 11 Wegen der vorgefundenen Bodenarten wird auf Plan-Nr. 2.1 bis 2.10 des geotechnische Berichts zu den Bohrprofilen und Schichttabellen sowie die eingereichte Fotodokumentation zu den Bohrungen verwiesen.

- 12 Auf S. 7 des geotechnischen Berichts wird zusammenfassend bewertet:

„Zusammenfassend ist festzustellen, dass im Untersuchungsgebiet eine flächenhaft aufgebrachte Auffüllungsschicht flächendeckend vorhanden ist. Bei der Auffüllung handelt es sich zum Teil um die alten ungebundenen Flächenbefestigungen der ehemaligen Sportanlagen. Überzogen wurden diese mit bindigen Auffüllungen und abschließend mit einer Oberbodenaufschüttung. Bei dem Untersuchungsbereich handelt es sich demnach um eine bauliche Anlage gemäß § 2 Abs. 1 [...] Bauordnung,<sup>4</sup> wobei der Punkt 1 (Aufschüttung) die bauliche Anlage charakterisiert.“

- 13 Vor Errichtung der Fotovoltaikinstallation beauftragte die Anspruchstellerin außerdem ein „Gutachten zur Ermittlung der erforderlichen Rammtiefe für Stahlprofile als Gründungselemente“ bei dem Büro „[...]“ (nachfolgend: Gutachten vom [...] Oktober 2016). Zusätzlich zu sechs Rammsondierungen wurden an vier der sechs Sondierungsstandorte Kleinrammbohrungen bis zu einer Endtiefe von 2,00 m durchgeführt. An einem Sondierungsstandort wurde außerdem ein 0,3 m tiefer Handschurf angelegt, aus dem eine Bodenprobe für die Korrosionsanalyse entnommen wurde. Wegen des Untersuchungsgebiets und der Ansatzpunkte der Bohrungen wird auf den Lageplan der Sondierungen, Anlage [...] des Gutachtens Bezug genommen. Auf S. [...] des Gutachtens vom [...] Oktober 2016 heißt es wie folgt:

„Aufgrund der geologischen Feldaufnahme und der Ergebnisse der Rammsondierungen sowie der Probenahmen lässt sich der Untergrund des Untersuchungsgebietes wie folgt beschreiben:

Unter einer dünnen (ca. 0,1 m) Humusschicht wurden auf der gesamten Fläche oberflächennah künstliche Auffüllungen aufgenommen. Dabei handelt es sich um die Schichten SA 1 und SA 2. Die Schicht SA 1 besteht aus schwach feinsandigem schwach kiesigem Schluff von rötlich brauner Farbe... Ihre Mächtigkeit (einschließlich der Humusschicht) beträgt an den einzelnen Anschlusspunkten zwischen 0,1 m und 0,5 m. Diese Schicht ist die oberste Schicht. Darunter, jedoch nicht flächendeckend, folgt eine Schicht SA 2 aus schwach schluffigem schwach feinsandigem Kies von schwarzer Farbe. Die grobkörnigen, kiesigen Komponenten dieser Schicht bestehen hauptsächlich aus schwarzen Schlackeresten... Ihre Mächtigkeit beträgt 0,3 m bis 0,5 m. Diese Schicht wurde an den Anschlusspunkten DPL 1, DPL 2, DPL 3 und

<sup>4</sup>Anm. der Clearingstelle: Gemeint ist offenbar die Bauordnung des Landes [...] (BauO [...]).

DPL 4 nachgewiesen, nicht jedoch an den Punkten DPL 5 und DPL 6. Unterhalb des künstlichen Auffüllmaterials der Schicht SA folgt natürlicher Boden aus Löss bzw. Lösslehm...“

- 14 In einer ergänzenden Stellungnahme vom [...] 2017 führt das Büro „[...]“ beziehend auf das Gutachten vom [...] 2016 (vgl. Rn. 13) aus:

„Hiermit wird bestätigt, dass es sich bei den Schichten SA 1 und SA 2 auf dem Feld von [...] gesamtheitlich um künstlich geschaffene Böden handelt. Auf der Fläche sind in Oberflächennähe keinerlei natürliche Böden mehr zu verzeichnen.“

- 15 Zur Bewertung der Bodenfruchtbarkeit und des Pflanzenwachstums heißt es in der ergänzenden Stellungnahme:

„Grundsätzlich gehen mit Oberboden- und Geländeabtragungen sowie nachfolgenden Wiedereinbauten von Abtragungsmaterial grundsätzlich und unvermeidlich wesentliche Beeinträchtigungen der vorherigen natürlichen Untergrundverhältnisse einher, selbst bei optimaler Ausführung und besonders schonender Behandlung des Materials der belebten humosen Bodenzone. Noch mehr gilt dies für eingebautes, an anderer Stelle entnommenes Fremdmaterial, um was es sich auf dem Feld von [...] eindeutig handelt. Der Bodenaufbau (im bodenkundlichen Sinne) wird damit unweigerlich negativ beeinträchtigt. Der ökologische Wert der betroffenen Fläche ist dadurch häufig deutlich oder sogar schwerwiegend beeinträchtigt und somit schlechter bzw. geringer als er vorher war. Gegenüber den ursprünglich vorhandenen Böden ist das Auffüllmaterial aus den o. g. Gründen in qualitativer Hinsicht als minderwertiger einzustufen. Diese minderwertigere Bodenqualität bedingt u. a. auch eine geringere Bodenfruchtbarkeit und ein eingeschränktes Wachstum von Pflanzen verglichen mit der Bodenfruchtbarkeit und dem Pflanzenwachstum auf anthropogen unbeeinflussten Flächen der näheren Umgebung mit natürlichem Bodenaufbau.“

- 16 Ausweislich der eingereichten gestempelten Planzeichnung vom [...] Dezember 2016 trat der Bebauungsplan im Dezember 2016 in Kraft. Am [...] Dezember 2016 wurde die Fotovoltaikinstallation der Anspruchstellerin in Betrieb genommen. Der in der streitgegenständlichen Fotovoltaikinstallation erzeugte Strom wird seit dem [...] April 2017 ins Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist.

17 Die Fotovoltaikinstallation wurde auf der gutachterlich untersuchten Vorhabensfläche errichtet. Wegen der Flächenbearbeitung im Zusammenhang mit der Errichtung wird auf die Fotodokumentation vom [...] Dezember 2016 und vom [...] Februar 2017 verwiesen. Zur gutachterlich untersuchten Vorhabensfläche wird in einem Nachtrag vom [...] Mai 2017 zum geotechnischen Bericht (vgl. Rn. 9) festgestellt:

„In dem von Ihnen übersandten Modulbelegungsplan vom [...].10.2016... sind die identischen Flächenbereiche ausgewiesen und mit Modulen belegt, die Gegenstand der Untersuchung waren. Daher treffen die Aussagen des Gutachtens auf die im Modulbelegungsplan dargestellten Flächenbereiche zu.“

18 Auf Nachfrage der Anspruchstellerin erläuterte das Büro „[...]“ mit Datum vom [...] Mai 2018 ergänzend zu ihrem Gutachten (vgl. Rn. 13) schriftlich:

„Bei unserem Gutachten vom [...].10.2016 als SA 1 bezeichneten Schicht aus schwach feinsandigem schwach kiesigen Schluff von rötlich-brauner Farbe handelt es sich um eine Schicht, die typischerweise als Aufdeckung angebracht wird, um eine Vegetation tragen zu können. Diese Schicht ist also nicht aus bautechnischen Gründen erforderlich, sondern hat den Zweck der Bodenverbesserung.

Demgegenüber handelt es sich bei der in unserem Gutachten... als SA 2 bezeichneten Schicht aus schwach schluffigem schwach feinsandigem Kies von schwarzer Farbe sowie den Schlackeresten um verschiedene Lehme, bei denen es sich vermutlich um Abraum aus dem Bergbau handelt, der zur Stabilisierung des Geländes aufgebraucht worden sind. Zur Humusschicht ist ergänzend zu sagen, dass diese nicht durchgängig anzutreffen ist.“

19 Wegen der Schichtung des Bodenaufbaus wird außerdem auf die zur Akte gereichten Lichtbilder vom [...] Februar 2017 Bezug genommen.

20 Die Anspruchstellerin meint, sie habe einen Anspruch auf Zahlung der Marktprämie für den in ihrer Fotovoltaikinstallation erzeugten und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten Stroms auf Basis des anzulegenden Wertes, welcher zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Fotovoltaikinstallation für Solaranlagen auf sonstigen baulichen Anlagen galt (§ 100 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 i. V. m. § 51 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 EEG 2014).

- 21 Sie ist der Auffassung, bei der Vorhabensfläche handle es sich um eine sonstige bauliche Anlage in Form einer Aufschüttung. Eine solche liege vor, wenn künstliche Geländeauffüllungen vorhanden und nachgewiesen sind. Die Vorhabensfläche sei mit Fremdmaterialien aufgefüllt. Das sei auch durch das Bodengutachten hinreichend nachgewiesen worden.
- 22 Ferner meint sie, an der Qualifizierung der Vorhabensfläche als eine bauliche Anlage ändere eine etwaige Renaturierung nichts. Weder aus dem Wortlaut des Gesetzes noch aus der Gesetzesbegründung lasse sich darauf schließen, dass die Entwicklung der Vorhabensfläche zu einer Wiese mit Gehölzstrukturen von Bedeutung sei. Etwas anderes gelte nur, wenn eine ökologische Beeinträchtigung der Fläche aufgrund erheblichen Zeitablaufs und des zwischenzeitlich eingetretenen natürlichen Flächenzustands vollkommen auszuschließen sei. Hier sei weder ein erheblicher Zeitablauf festzustellen noch überwiege die ökologische Bedeutung der Fläche den anthropogenen Eingriff.
- 23 Die **Anspruchsgegnerin** hegt Zweifel, ob dieser Anspruch besteht. Sie ist der Auffassung, es liege keine sonstige bauliche Anlage im Sinne von § 100 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 i. V. m. § 51 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 EEG 2014 vor.
- 24 Die **Anspruchsgegnerin** behauptet, die Vorhabensfläche sei nicht aus Bauprodukten hergestellt. Für den Rasenplatz sei nicht nachgewiesen, dass Bauprodukte zu seiner Herstellung aufgebracht worden sind; sie verweist darauf, dass bei den Kleinrammbohrungen auf dem ehemaligen Rasenplatz lediglich zwischen Mutterboden und Auelehmboden eine aus Schluff bestehende Auffüllung festgestellt wurde, wobei bei einer der Bohrungen (BS 10) auch weitere Materialien wie Asche, Schlacke und Scherben sowie bei einer anderen Bohrung (BS 1) überhaupt keine Schicht zwischen Mutterboden Auelehmboden nachgewiesen wurde. Bei dem ehemaligen Hartplatz verweist sie auf die Ergebnisse der Kleinrammbohrungen, wonach dort jeweils zwei Auffüllungsschichten vorgefunden wurden, wobei es sich bei einer Schicht um den ehemaligen Hartplatz selbst handele. Zudem sei die Vorhabensfläche auch nicht zu einem späteren Zeitpunkt mit Bauprodukten abgedeckt worden. Auch wenn auf der Fläche Material verteilt worden sei, welches grundsätzlich geeignet wäre, eine bauliche Anlage herzustellen, müsse diese Maßnahme auch dem Zweck dienen, eine bauliche Anlage zu errichten. Hier sei genau das Gegenteil der Fall, weil die Fremdmaterialschicht gerade durch die Beseitigung der Sportfläche, mithin einer baulichen Anlage, entstanden sei. Sie verweist auf die ergänzende Erläuterung des Büros „[...]“ vom [...] Mai 2018, wonach es sich um eine Schicht handele, die typischerweise als

Aufdeckung angebracht wird, um eine Vegetation tragen zu können, wohingegen diese Schicht nicht aus bautechnischen Gründen erforderlich gewesen sei.

- 25 Die Vorhabensfläche stelle auch keine Aufschüttung im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Musterbauordnung dar. Um eine solche handle es sich nur, wenn die Aufschüttung eine selbstständige Funktion habe, also nicht lediglich dazu diene, eine andere bauliche Anlage vorzubereiten bzw. herzustellen. Die in den 1950er Jahren aufgebrauchten Materialien hätten den Zweck in der Errichtung einer anderen baulichen Anlage, nämlich der Sportfläche, gehabt.
- 26 Auch wenn die Maßnahmen in den 1990er Jahren als Aufschüttung zu bewerten seien, habe die Vorhabensfläche jedenfalls jede bauordnungsrechtliche Relevanz verloren. Von der Fläche gehe keine für Bauwerke typischen Gefahren aus, deren soziale oder baukulturelle Auswirkungen vom Bauordnungsrecht gesteuert werden müssten. Die Aufschüttungen seien auch nicht erforderlich gewesen, um etwaige Gefahren, die von einer möglichen früheren Kontamination herrühren könnten, weiterhin abzuwenden. Vielmehr habe die Bedeckung der Sportflächen nach 1990 zu einer Verbesserung der Bodenqualität beigetragen.
- 27 Beim bauordnungsrechtlichen Begriff der baulichen Anlage komme es insbesondere darauf an, ob die Fläche als bebaut oder unbebaut anzusehen ist. Ein zu weites Verständnis des Begriffs der baulichen Anlage berge die Gefahr, dass die bei Konversionsflächen vorgesehenen Planungserfordernisse umgangen werden könnten.
- 28 Die Anspruchsgegnerin ist schließlich der Auffassung, dass die Qualifizierung einer Fläche als bauliche Anlage nicht erst dann entfalle, wenn ein vollkommen natürlicher Flächenzustand eingetreten sei. Vielmehr sei das Ausmaß der anthropogenen Prägung maßgeblich. Die Fläche müsse eine Prägungsintensität aufweisen, die mit sonstigen baulichen Anlagen vergleichbar sei. Das sei nur dann der Fall, wenn von der Fläche die für Bauwerke typischen Gefahren ausgehen. Das sei hier nicht der Fall, weil das Areal als eine Weide und damit wie eine natürliche Fläche verwendet worden sei.
- 29 Maßgeblicher Zeitpunkt für diese Betrachtung sei die Errichtung der Solaranlagen im Jahr 2016.
- 30 Mit Beschluss vom 21. Februar 2019 hat die Clearingstelle das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 ihrer Verfahrensordnung (VerfO)<sup>5</sup> nach dem übereinstimmenden

<sup>5</sup>Verfahrensordnung der Clearingstelle in der Fassung v. 01.01.2018, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/downloads>.

Antrag der Parteien angenommen. Die durch die Clearingstelle zu begutachtende Frage lautet:

Hat die Anspruchstellerin für den in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten Strom aus der am [...] Dezember 2016 am Standort [...] in Betrieb genommenen Fotovoltaikanlage mit einer installierten Leistung von [ca. 3000] kW<sub>p</sub> gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch auf Zahlung der Marktprämie nach § 100 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 auf Basis eines anzulegenden Wertes für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie, die in, an oder auf einer sonstigen baulichen Anlage angebracht worden sind, welche zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden ist?

## 2 Begründung

### 2.1 Verfahren

- 31 Die Besetzung der Clearingstelle ergibt sich aus § 26 Abs. 1 i. V. m. § 2 Abs. 5 VerfO. Es wurde eine mündliche Erörterung durchgeführt, § 28 Abs. 2 VerfO. Der zwischenzeitlich aus der Clearingstelle ausgeschiedene Leiter Dr. Lovens-Cronemeyer, der noch an der mündlichen Erörterung teilnahm, wurde bei der Beschlussfassung gemäß § 2 Abs. 3 VerfO vertreten. Die Parteien haben insoweit übereinstimmend auf eine Wiederholung der mündlichen Erörterung verzichtet und einer Entscheidung nach Aktenlage zugestimmt. Die Beschlussvorlage hat gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied der Clearingstelle Dr. Winkler erstellt.

### 2.2 Würdigung

- 32 Es handelt sich bei der Vorhabensfläche um eine sonstige bauliche Anlage im Sinne

von § 51 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 EEG 2014<sup>6,7</sup>

### 2.2.1 Prüfungsmaßstab

- 33 Maßgeblich ist der Begriff der baulichen Anlage im Sinne des Bauordnungsrechts. Im EEG wird der Begriff der „baulichen Anlage“ nicht definiert. Nach dem Willen des Gesetzgebers,<sup>8</sup> nach der Rechtsprechung des BGH<sup>9</sup> und nach der ständigen Spruchpraxis der Clearingstelle<sup>10</sup> ist zur Auslegung und Anwendung dieses Begriffs das Verständnis des Bauordnungsrechts maßgeblich.<sup>11</sup> Unter einer baulichen Anlage ist danach „jede mit dem Erdboden verbundene, aus Bauteilen und Baustoffen hergestellte Anlage zu verstehen“<sup>12</sup>, wobei auch Aufschüttungen und Abgrabungen, Lagerplätze, Abstellplätze und Ausstellungsplätze grundsätzlich als bauliche Anlagen einzuordnen sind.<sup>13</sup> Zugrundezulegen ist dabei nicht allein die bauliche Beschaffenheit einer Anlage, sondern vor allem die Funktion und der Zweck der Anlage.<sup>14</sup>

<sup>6</sup>Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 02.09.2016 an geltenden Fassung, verkündet als Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 15 des Gesetzes zur Digitalisierung der Energiewende v. 29.08.2016 (BGBl. I S. 2034), nachfolgend bezeichnet als EEG 2014. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2014/arbeitsausgabe>.

<sup>7</sup>Diese Regelung gilt gemäß § 100 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 für die verfahrensgegenständliche Fotovoltaikinstallation fort.

<sup>8</sup>Siehe zum EEG 2009: BT-Drs. 16/8148, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2009/urfassung/material>, S. 60; zum EEG 2004: BT-Drs. 15/2864, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2004/material>, S. 44.

<sup>9</sup>BGH, Urt. v. 09.02.2011 – VIII ZR 35/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/1287>; BGH, Urt. v. 17.07.2013 – VIII ZR 308/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2364>.

<sup>10</sup>Clearingstelle, Votum v. 27.08.2010 – 2010/6, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2010/6>; Clearingstelle, Votum v. 13.02.2014 – 2013/62, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2013/62>; Clearingstelle, Votum v. 06.06.2016 – 2016/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2016/15>; Clearingstelle, Votum v. 30.08.2016 – 2016/17, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2016/17>; Clearingstelle, Schiedsspruch v. 28.06.2016 – 2016/20, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/schiedsrrv/2016/20>.

<sup>11</sup>Schomerus/Reins, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Hrsg.), EEG Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 48 Rn. 51.

<sup>12</sup>BGH, Urt. v. 09.02.2011 – VIII ZR 35/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/1287>, Rn. 39; BGH, Urt. v. 17.07.2013 – VIII ZR 308/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2364>, Rn. 18.

<sup>13</sup>BGH, Urt. v. 17.07.2013 – VIII ZR 308/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2364>, Rn. 16 ff.

<sup>14</sup>Vgl. hierzu bereits Clearingstelle, Votum v. 06.06.2016 – 2016/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2016/15>, Rn. 15; Clearingstelle, Schiedsspruch v.

Eine Versiegelung der Fläche ist für die Annahme einer baulichen Anlage nicht erforderlich.<sup>15</sup> Über die Definition der baulichen Anlage hinaus werden auch „Abgrabungen, Aufschüttungen und Lagerplätze“ in der Musterbauordnung<sup>16</sup> und den Landesbauordnungen als konkrete bzw. „fiktive“ bauliche Anlagen benannt. Diese zählen ebenso zu den „sonstigen baulichen Anlagen“ im Sinne des § 51 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014.<sup>17</sup>

- 34 Ob die Vorhabensfläche eine bauliche Anlage im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 MBO ist, insbesondere, ob hier flächendeckend Baustoffe eingesetzt wurden, kann dahinstehen. Denn es handelt sich bei der Vorhabensfläche jedenfalls um eine Aufschüttung und damit um eine fiktive bauliche Anlage (s. Abschnitt 2.2.2). Ob es sich hier auch um eine fiktive bauliche Anlage in Gestalt eines Sportplatzes handelt, kann daher dahinstehen (s. Abschnitt 2.3).

### 2.2.2 Aufschüttung

- 35 Es handelt sich bei der Vorhabensfläche um eine „fiktive“ bauliche Anlage i. S. v. § 2 Abs. 1 Satz 2 MBO, weil auf der Vorhabensfläche im Zuge der Renaturierung in den 1990er Jahren flächendeckend Aufschüttungen vorgenommen wurden.
- 36 Aufschüttungen sind durch künstliche Eingriffe auf Dauer angelegte Veränderungen der Bodenoberfläche, bei denen das Bodenniveau durch das Aufbringen von Materialien erhöht wird.<sup>18</sup> Dabei kommt es nicht darauf an, ob hierdurch ein historisches Bodenniveau wiederhergestellt oder ein zuvor nicht vorhandenes Boden-

---

28.06.2016 – 2016/20, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/schiedsrv/2016/20>, Rn. 14; Clearingstelle, Votum v. 30.08.2016 – 2016/17, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2016/17>, Rn. 20.

<sup>15</sup>BGH, Urt. v. 17.07.2013 – VIII ZR 308/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2364>, Rn. 23; Sitsen, EWeRK 1/2014, 35, 37.

<sup>16</sup>Bauministerkonferenz, Musterbauordnung Fassung November 2002, abrufbar unter <https://www.is-argbau.de/> → Öffentlicher Bereich → Mustervorschriften und Mustererlasse (30.08.2018); nachfolgend zitiert als MBO.

<sup>17</sup>Vgl. hierzu bereits Clearingstelle, Votum v. 06.06.2016 – 2016/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2016/15>, Rn. 18; Clearingstelle, Schiedsspruch v. 28.06.2016 – 2016/20, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/schiedsrv/2016/20>, Rn. 16; Clearingstelle, Votum v. 30.08.2016 – 2016/17, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2016/17>, Rn. 23; Clearingstelle, Votum v. 13.04.2018 – 2018/8, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2018/8>, Rn. 13.

<sup>18</sup>OVG Magdeburg, Beschl. v. 04.09.2017 – 2 M 69/17, abrufbar unter <http://www.landesrecht.sachsen-anhalt.de>, Rn. 13; OVG Koblenz, Urt. v. 12.12.2001 – 8 A 10806/01, abrufbar unter <http://fachdokumente.lubw.baden-wuerttemberg.de/> (30.08.2019).

niveau künstlich geschaffen wird.<sup>19</sup> Derartige Bodenveränderungen unterliegen der Bauaufsicht, „weil sie nicht nur im Hinblick auf ihre Standsicherheit oder etwaige Störungen des Landschaftsbildes, sondern auch wegen der Art und der Beschaffenheit der aufgetragenen Materialien mit öffentlichen Belangen in Widerstreit geraten können.“<sup>20</sup> Daran ändert sich aus bauordnungsrechtlicher Sicht auch nichts, wenn Erdreich ausschließlich zur Bodenverbesserung aufgeföhren wird.<sup>21</sup>

- 37 Bei der Vorhabensfläche wurde flächendeckend eine minderwertige Auffüllschicht aufgetragen, um die kontaminierte Oberfläche des ehemaligen Stadions abzudecken und gesundheitsschädliche Verwehungen von schwermetallhaltigem Staub zu verhindern. Vorrangiger Zweck war dabei nicht die Beseitigung des Stadions, diese war vielmehr eine unvermeidliche Nebenfolge der primär dem Umwelt- und Nachbarnschutz dienenden Maßnahme. Bei der Größe der Vorhabensfläche geht die Kammer auch davon aus, dass es sich bei der Auffüllung um eine bauordnungsrechtlich steuerungswürdige und -bedürftige bauliche Anlage handelt. Die bauordnungsrechtliche Relevanz bestand zum Zeitpunkt der Auffüllung darin, dass das Ziel der Auffüllung nicht durch die Verwendung ungeeigneter Materialien oder eine unsachgemäße Art der Aufbringung gefährdet werden durfte. Die bauordnungsrechtliche Steuerungsbedürftigkeit ist damit in ähnlicher Weise gegeben wie bei anderen Bauwerken, deren Zweckbestimmung sich darin erschöpft, Gefahren und Nachteile für andere Schutzgüter abzuwenden oder zu minimieren (wie bspw. bei Lärmschutzwällen), ohne dass das Bauwerk selbst diese Gefahren oder Nachteile schafft oder begünstigt.
- 38 Ob eine andere Einschätzung angezeigt wäre, wenn die Verbesserung der Bodenqualität der vorrangige Zweck der Auffüllung gewesen wäre, kann dahinstehen. Denn die Aufschüttungen führten – selbst in Anbetracht des sehr mangelhaften Ausgangszustands – nur zu einer geringfügigen Verbesserung des Bodens. Wäre es vorrangig darum gegangen, die Bodenqualität zu verbessern, so hätte es nahegelegen, hochwertigen Mutterboden in ausreichender Höhe – und nicht nur mit einer Mächtigkeit von teilweise weniger als 10 cm – auf der Vorhabensfläche auszubringen.
- 39 Diese bauordnungsrechtliche Relevanz der Aufschüttung ist auch nicht durch Zeitablauf hinfällig geworden. Denn der Zweck der Aufschüttung besteht weiterhin fort,

<sup>19</sup>OLG Koblenz, Urt. v. 21.12.2017 – 6 U 12/17, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eegekwwg.de/rechtsprechung/4308>, Rn. 65 ff.

<sup>20</sup>OVG Koblenz, Urt. v. 12.12.2001 – 8 A 10806/01, abrufbar unter <http://fachdokumente.lubw.badenwuerttemberg.de/> (30.08.2019).

<sup>21</sup>OVG Koblenz, Urt. v. 12.12.2001 – 8 A 10806/01, abrufbar unter <http://fachdokumente.lubw.badenwuerttemberg.de/> (30.08.2019).

so dass bspw. eine Beseitigung der Aufschüttung zu einem bauordnungsrechtlichen Einschreiten führen würde, weil andernfalls die Gefahr der Kontamination benachbarter Bereiche durch schwermetallhaltige Verwehungen wieder aufleben würde.

- 40 Vor diesem Hintergrund kommt es auch nicht entscheidend für die Einordnung als bauliche Anlage darauf an, ob die Fläche als bebaut oder unbebaut anzusehen ist. Dagegen sprechen bereits die Begriffe der Abgrabung und Aufschüttung, bei denen weder nach der MBO noch nach der einschlägigen Rechtsprechung eine Bebauung erforderlich ist. Ob – wie die Schiedsbeklagte meint – ein zu weites Verständnis des Begriffs der baulichen Anlage die Gefahr berge, dass die bei Konversionsflächen vorgesehenen Planungerfordernisse umgangen werden könnten, kann dahinstehen. Denn es besteht kein Ausschluss- oder Über-/Unterordnungsverhältnis zwischen den Regelungen zu Konversionsflächen (§ 5 I Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe c) Doppelbuchstabe cc) EEG 2014) und den Regelungen zu den sonstigen baulichen Anlagen (§ 5 I Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 EEG 2014).<sup>22</sup> Ein solches ergibt sich weder aus dem Wortlaut der Vorschrift, noch ist es nach dem Förderzweck geboten.<sup>23</sup> Vielmehr ist der jeweilige Zahlungsanspruch lediglich an unterschiedliche flächenbezogene Voraussetzungen geknüpft. Eine sonstige bauliche Anlage kann damit zugleich eine Konversionsfläche sein (und umgekehrt). Liegen bei einer Vorhabensfläche beide Voraussetzungen vor, so steht es den Anlagenbetreiberinnen und -betreibern frei, ihren Vergütungsanspruch auf einen der beiden Vergütungstatbestände zu beziehen.<sup>24</sup>
- 41 Weder aus dem Wortlaut der Vergütungsregelungen noch aus deren Verhältnis oder den Gesetzgebungsmaterialien lässt sich hingegen entnehmen, dass bei sonstigen baulichen Anlagen eine enge oder einschränkende Auslegung und Anwendung geboten ist, um das Planungerfordernis bei Konversionsflächen nicht zu umgehen.<sup>25</sup> Der Gesetzgeber hat vielmehr bei sonstigen baulichen Anlagen auf die bauplanungsrechtlichen Vergütungsvoraussetzungen verzichtet, obwohl offenkundig ist, dass eine Vorhabensfläche sowohl eine bauliche Anlage als auch eine bereits versiegelte Fläche (§ 5 I Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe c) Doppelbuchstabe bb) EEG 2014) oder eine Konversi-

<sup>22</sup> Clearingstelle, Schiedsspruch v. 11.01.2019 – 2018/39, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/schiedsrv/2018/39>, Rn. 35 ff.

<sup>23</sup> Ebenso OLG Koblenz, Urt. v. 21.12.2017 – 6 U 12/17, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/4308>, Rn. 65 (zum EEG 2009).

<sup>24</sup> Ebenso Clearingstelle, Schiedsspruch v. 11.01.2019 – 2018/39, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/schiedsrv/2018/39>, Rn. 35 ff. zu ausschreibungspflichtigen Anlagen im Sinne des EEG 2017.

<sup>25</sup> Anders offenbar OLG Brandenburg, Urt. v. 12.09.2017 – 6 U 2/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3968>, Rn. 45.

onsfläche (§ 51 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe c) Doppelbuchstabe cc) EEG 2014) sein kann. Diese Entscheidung des Gesetzgebers, Solaranlagen auf sonstigen baulichen Anlagen gegenüber Freiflächenanlagen zu privilegieren, indem auf das Planungserfordernis verzichtet wird, würde in ihr Gegenteil verkehrt, müssten gerade aufgrund dieser gesetzgeberischen Entscheidung sonstige bauliche Anlagen im Sinne des EEG strengeren Anforderungen genügen als nach der MBO bzw. den Landesbauordnungen.

### 2.2.3 Keine natürliche Überprägung

- 42 Die Eigenschaft der Vorhabensfläche als bauliche Anlage ist auch nicht durch eine im Zeitverlauf eingetretene Renaturierung verloren gegangen.<sup>26</sup> Aus der Gesamtschau der zur Akte gereichten Unterlagen ergibt sich, dass sich die Vorhabensfläche keinem natürlichen Zustand angenähert hat, auch wenn die Nutzung als Sportplatz bereits vor vielen Jahren beendet wurde und die Vorhabensfläche zwischenzeitlich anteilig als Schafweide genutzt wurde und sich in anderen Teilen eine Wiese mit Gehölzstrukturen herausgebildet hat. Zwar ist der Schiedsbeklagten darin zuzustimmen, dass eine anthropogene Prägung für sich genommen nicht entscheidend sein kann, weil die Bundesrepublik fast flächendeckend vom Menschen geprägte Oberflächen aufweist. Umgekehrt ist aber eine Renaturierung nicht bereits dann anzunehmen, wenn eine bauliche Anlage aus minderwertigem Boden hergestellt und anschließend sich selbst überlassen wird, so dass sich natürlicherweise eine zur Schafbeweidung geeignete Ruderalflur einstellt (vgl. Rn. 15).

## 2.3 Sportplatz als bauliche Anlage

- 43 Es kann dahinstehen, ob es sich hier auch um eine fiktive bauliche Anlage in Gestalt eines – zwischenzeitlich aufgegebenen – Sportplatzes handelt, da bereits eine fiktive bauliche Anlage in Form der Aufschüttung gegeben ist.

Teichmann

Dr. Winkler

Wolter

<sup>26</sup>Vgl. *Clearingstelle*, Schiedsspruch v. 28.06.2016 – 2016/20, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/schiedsrv/2016/20>, Rn. 19; *Clearingstelle*, Votum v. 06.06.2016 – 2016/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2016/15>, Rn. 19 ff.