

2020/10-II

10. November 2020

## 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. Mutlak, Sobotka und Todorovic aufgrund der mündlichen Erörterung vom 13. August 2020 am 10. November 2020 einstimmig folgendes Votum:

**Die Anspruchstellerin hat gegen die Anspruchsgegnerin einen Förderanspruch gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG i. V. m. § 37 Abs. 1 Nr. 3 c) bzw. § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 c) aa) EEG 2017<sup>2</sup> für den Strom, der in den am [...] April bzw. [...] 27. August 2018 in Betrieb genommenen Solaranlagen (PVA [...]) in [...], Gemarkung [...] erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist wurde und wird.**

<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.

<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>.

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 bei der nächsten Abrechnung zu berücksichtigen.**

## I Tatbestand

- 1 Zwischen den Parteien ist streitig, ob der Anspruchstellerin für den in der PVA [...] erzeugten und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten Strom ein Anspruch auf Vergütungszahlung zusteht.
- 2 Die von der [...] GmbH in der Gemeinde [...], Gemarkung [...] errichtete PVA [...] (im Folgenden: Solarpark) besteht aus einer Freiflächen-PV-Installation mit einer installierten Leistung von [ca. 750] kW<sub>p</sub> (MaStR-Nr.[...]) (im Folgenden: 750-kW<sub>p</sub>-Anlage) und einer weiteren Freiflächen-PV-Installation mit einer installierten Leistung von [ca. 8 000] kW<sub>p</sub> (MaStR-Nr.[...]) (im Folgenden: Ausschreibungsanlage). Der Solarpark befindet sich neben Flur [...], Flurstücke [...] sowie Flur [...], Flurstück [...].
- 3 Der Solarpark liegt in einer Entfernung von bis zu 110 m längs neben den Schienenanlagen auf der Strecke [...] – [...] (Bahnstrecke [...]) im Teilabschnitt zwischen [...] und [...].
- 4 Die Bahnstrecke wurde im Jahr [ca. 1900] in Betrieb genommen und bis [ca. 2000] von der Deutschen Bahn AG (im Folgenden: DB AG) für den öffentlichen Eisenbahnverkehr zwischen [...] und [...] genutzt.
- 5 Die DB AG beantragte [ca. 2000] die dauernde Einstellung des Betriebs der Bahnstrecke zwischen [...] und [...], welche durch Bescheid des Eisenbahnbundesamtes vom [ca. 2000] auf Grundlage von § 11 Abs. 2 Allgemeines Eisenbahngesetz<sup>3</sup> (im Folgenden: AEG) genehmigt wurde. Das Eisenbahnbundesamt informierte das [...] Landesamt für Verkehr und Straßenbau mit E-Mail vom [ca. 2000] darüber, dass die

<sup>3</sup>Allgemeines Eisenbahngesetz v. 27.12.1993 (BGBl. I S. 2378, 2396; 1994 I S. 2439), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 08.08.2020 (BGBl. I S. 501).

Widmung der Strecke nicht Teil der Genehmigung vom [ca. 2000] war. Mit E-Mail vom [ca. 2000] antwortete das Eisenbahnbundesamt der Anspruchstellerin, dass die Strecke zwar stillgelegt, aber nicht freigestellt wurde, und daher nach wie vor für den öffentlichen Bahnverkehr gewidmet ist.

- 6 Auf dem Streckenabschnitt zwischen [...] und [...] führt die [...] Gesellschaft] seit Ende 2004 Draisinenfahrten durch. Die Strecke [...] – [...] ist zurzeit nicht befahrbar und es findet auf ihr kein Betrieb statt. Auch der Streckenabschnitt zwischen [...] und [...] ist zurzeit nicht befahrbar. Die Strecke zwischen [...] und [...] wird durch die [...] Eisenbahn für den Regionalverkehr genutzt. Der Regionalexpress verkehrt stündlich. Die Bahnhöfe wurden erst kürzlich modernisiert.
- 7 Der Streckenabschnitt zwischen [...] und [...] steht spätestens seit 2011 im Eigentum der [...] GmbH und Co. KG. Der [...] e. V. nutzt den Streckenabschnitt für Fahrten, die der Räumung sowie dem Freischnitt der Gleisanlagen dienen, und überlässt ihn auch Dritten für ihre Schienenfahrzeuge zur Benutzung. Es ist geplant, nach der Restaurierung von Waggonen Fahrten für Touristen anzubieten. Die [...] GmbH hat diesbezüglich am 20. Juni 2017 einen Antrag auf Genehmigung als Eisenbahnverkehrsunternehmen i. S. d. §§ 6 i. V. m. 2 Abs. 3 AEG gestellt.
- 8 Am 29. Februar, 1. und 3. März sowie am 3. September 2016, am 5. September und 18. und 29. Oktober 2017 sowie am 27. Januar, am 9. und 24. Februar 2018 fanden auf der Strecke zwischen [...] und [...] dokumentierte Fahrten des [...]vereins überwiegend zum Freischnitt der Gleisanlagen statt. Vom 17. bis 21. Februar 2020 fanden täglich vier Baufahrten zum Zwecke des Vegetationsrückschnittes und vom 17. bis 20. März 2020 fanden täglich vier Baufahrten zum Zwecke der Streckenunterhaltung statt.
- 9 Am 30. März 2017 wurde der vorhabenbezogene Bebauungsplan „Freiflächen-Photovoltaikanlage [...]“ als Satzung beschlossen. Dieser weist die Fläche, auf der der Solarpark errichtet wurde, als „Sondergebiet Photovoltaik“ i. S. d. § 11 BauNVO aus.
- 10 Für die Ausschreibungsanlage erhielt die Anspruchstellerin im Gebotstermin 1. Februar 2017 einen Zuschlag. Die Bundesnetzagentur (im Folgenden: BNetzA) stellte am 4. September 2018 eine Zahlungsberechtigung für die bezuschlagte Anlage aus.
- 11 Die 750-kW<sub>p</sub>-Anlage wurde am [...] April 2018 und die Ausschreibungsanlage wurde am [...] August 2018 in Betrieb genommen. Der Netzanschluss der Ausschrei-

- bungsanlage erfolgte am [...] Oktober 2018. Die Anspruchsgegnerin hat bisher keine Vergütungen an die Anspruchstellerin gezahlt.
- 12 Die [...] Stadtverordnetenversammlung hat sich am 3. März 2019 für die Reaktivierung der Strecke [...] – [...] ausgesprochen. Auch die Initiative [...] hat am 28. August 2019 eine Erklärung abgegeben, in der sie sich für die Reaktivierung der Strecke ausspricht.
- 13 Die damalige Landesregierung von [...] hat sich in ihrer Antwort auf die Anfrage der Fraktion [...] (Landtagsdrucksache [...]) dagegen ausgesprochen, eine Machbarkeitsstudie zur Reaktivierung der [...] Bahn in Auftrag zu geben. Auch bei einer möglichen Reaktivierung der [...] Bahn hält die Landesregierung von [...] die bereits bestehende, stündliche Verbindung von [...] über [...] nach [...] weiterhin für die schnellste Verbindung, da selbst bei einem theoretisch angenommenen Ausbau der [...] Bahn für 80 Stundenkilometer die aktuellen Reisezeiten über [...] nicht unterboten werden könnten. Zu den Kosten für die Reaktivierung der [...] Bahn ging die Landesregierung von [...] davon aus, dass für einen regelmäßigen Eisenbahnbetrieb mit kurzen Fahrtzeiten sowohl die Gleise als auch die Bahnsteiganlagen, sofern sie überhaupt noch vorhanden sind, komplett erneuert werden müssten, so dass die Reaktivierung der [...] Bahn insgesamt einem Neubau entsprechen dürfte, der mit hohen Investitionen verbunden wäre.
- 14 Bei dieser Einschätzung ist die Landesregierung auch in ihrer Antwort zur Nachfrage des Abgeordneten [...] in der undatierten Landtagsdrucksache [...] geblieben und hat zur Thematik erneut ausgeführt, dass die Fahrzeiten für ein regelmäßiges SPNV-Taktangebot nicht attraktiv wären, so dass auch Maßnahmen zur Geschwindigkeitserhöhung zwingend erforderlich wären, sowie, dass am 15. Juni 2018 durch die Landeseisenbahnaufsicht und das Ministerium für [...] des Landes [...] eine stichpunktartige Vorortbegehung der Eisenbahnstrecke erfolgt ist.
- 15 In das derzeitige Schieneninfrastrukturprojekt [...] für den Ausbau des Schienenverkehrs in [...] wurde die Bahnstrecke der [...] Bahn zwischen [...] und [...] nicht aufgenommen.
- 16 In der [...] Sitzung des Ausschusses für [...] des [...] Landtags ([...]) am 6. Juni 2019 wurde mehrfach angeführt, dass die Landesregierung bei der Beantwortung der Anfrage (Landtagsdrucksache [...]) von falschen Angaben zu Reisezeiten, zum Bevölkerungswachstum und der Praktikabilität von Alternativrouten ausgegangen sei. Die Reaktivierung der [...] Bahn wurde intensiv diskutiert. Insbesondere die [...], die mit [...] zwischenzeitlich den zuständigen Minister stellt, hat sich deutlich

für die Reaktivierung ausgesprochen. Hintergrund war der zunehmende Bedarf an Nahverkehrslösungen zwischen [...] und [...]. Die Bevölkerung im [...] sei stark gewachsen, Alternativen im öffentlichen Nahverkehr fehlten, Straßen seien bereits jetzt überlastet.

- 17 **Die Anspruchstellerin ist der Ansicht**, dass ihr ein Förderanspruch gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe c) bzw. § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Buchstabe c) Doppelbuchstabe aa) EEG 2017 zusteht. Hierzu beruft sie sich im Wesentlichen auf die Ausführungen im Hinweis 2011/8<sup>4</sup> der Clearingstelle, nach dem eine bestehende Widmung aufgrund der potentiellen ökologischen Belastung für die Annahme eines Schienenweges im EEG ausreiche, solange die Widmung nicht funktionslos geworden sei. Dafür, dass die Widmung funktionslos geworden sei, lägen keine Anhaltspunkte vor. Vielmehr sei die Wiederaufnahme des öffentlichen Verkehrsbetriebes in Planung.
- 18 Bei dem Tatbestandsmerkmal „Schienenweg“ handele es sich um eine unwiderlegliche Vermutung bzw. eine typisierende Betrachtung. Der Gesetzgeber habe entschieden, dass bei der Errichtung von Solaranlagen längs eines Schienenwegs stets die flächenbezogenen Anforderungen an einen Zahlungsanspruch nach dem EEG erfüllt seien. Aufgrund der großen Anzahl von Solaranlagen sei ohne die vom Gesetzgeber eingeführten „Flächenkategorien“ gar keine Praktikabilität herstellbar. Dies ergebe sich einerseits bereits aus der gewählten Begrifflichkeit der Flächenkategorien, dem Wortlaut des § 38a Abs. 2 Nr. 3 Buchstabe b EEG 2017 und aus dem Umstand, dass keine Beschränkung auf gewisse Schienenwege erfolgt sei, sondern alle Schienenwege von der Norm erfasst seien.
- 19 Aus der typisierenden Betrachtung, dem Wortlaut und der Gesetzesbegründung<sup>5</sup> ergebe sich auch, dass die ökologische Belastung unwiderleglich vermutet wird. Eine Einschränkung des Wortlauts würde einen Verstoß gegen eine ausdrückliche und klare gesetzliche Regelung der Flächenkategorie „Schienenweg“ darstellen.
- 20 Selbst wenn man auf das für nicht gewidmete Schienenwege aufgestellte Merkmal der „dauerhaften Nutzungsaufgabe“ abstellen würde, so läge eine solche nicht vor. Die Strecke würde durch die [...]bahn regelmäßig unterhalten und befahren und sei zudem anthropogen überprägt. Eine dauerhafte Nutzungsaufgabe sei auch dann abzulehnen, wenn Pläne für die Reaktivierung der [...] Bahn vorlägen. Ähnlich wie bei Konversionsflächen könne entsprechend den Erläuterungen der Clearingstelle

<sup>4</sup>Clearingstelle, Hinweis v. 28.02.2012 – 2011/8, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinwv/2011/8>.

<sup>5</sup>BT-Drs. 17/6071, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/1423/material>, S. 76.

- in ihrer Empfehlung 2010/2<sup>6</sup> darauf abgestellt werden, ob der Schienenweg wieder
- 21 Teil der natürlichen Umgebung geworden sei. Auch käme es durch die tatsächliche Nutzung und aufgrund des Alters der eingesetzten Triebwagen und Waggons zu erheblichen Immissionsbelastungen. Zudem sei die Reaktivierung der [...] Bahn geplant.
- 22 Die von der Anspruchstellerin angeführten Landestagsdrucksachen gäben lediglich die Einschätzung der damaligen Landesregierung wieder. Von dieser gingen keine Rechtswirkungen aus.
- 23 **Die Anspruchsgegnerin** ist der Ansicht, dass die Voraussetzungen für einen Förderanspruch gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe c) bzw. § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Buchstabe c) Doppelbuchstabe aa) EEG 2017 nicht vorliegen, da es sich aufgrund der verbliebenen, eingeschränkten Nutzung um einen stillgelegten Schienenweg und somit nicht um einen Schienenweg i. S. d. § 37 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe c) bzw. § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Buchstabe c) Doppelbuchstabe aa) EEG 2017 handele. Eine Förderfähigkeit von Flächen entlang der seit 1998 nicht mehr für den öffentlichen Verkehr genutzten Gleisanlagen sei aufgrund der entfallenen ökologischen Belastung mit Sinn und Zweck der EEG-Normen nicht vereinbar.
- 24 Der Begriff „Schienenweg“ stelle keine unwiderlegliche Vermutung dar, vielmehr habe der Gesetzgeber eine typisierende Betrachtung vorgenommen, die dieser mit der Annahme einer ökologischen Belastung verbinde. Dies komme auch in der Gesetzesbegründung<sup>7</sup> und im maßgeblichen Gesetzesentwurf<sup>8</sup> zum Ausdruck. Folgerichtig habe auch die Clearingstelle in ihrem Hinweis 2011/8, Rn. 46 stillgelegte Schienenwege aus dem Fördertatbestand ausgenommen.
- 25 Gemessen an diesen Maßstäben erfülle der Streckenabschnitt bei [...] die Voraussetzung eines Schienenwegs im Sinne des EEG nicht. Von einem Personen- und Gütertransport könne aufgrund der Befahrung durch den Museumsverein zum Zwecke des Freischnitts nicht ausgegangen werden. Auch die bauliche Situation spreche gegen die Einordnung als Schienenweg. Eine fortbestehende anthropogene Überformung sei nicht ausreichend, da diese auch bei stillgelegten Schienenwegen vorliege.
- 26 Die Verhältnisse entlang der Strecke hätten zudem einen Zustand erreicht, der die Verwirklichung eines Bahnbetriebs auf der Trasse für unabsehbare Zeit ausschließe,

<sup>6</sup>Clearingstelle, Empfehlung v. 01.07.2010 – 2010/2, , abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/empfv/2010/2>, Rn. 77 ff.

<sup>7</sup>BT-Drs. 17/6071, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/1423/material>, S. 76.

<sup>8</sup>BT-Drs. 17/1147, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/860>, S. 10.

so dass die bestehende Widmung der Strecke für den öffentlichen Verkehr funktionslos geworden sei.

- 27 Nichts anderes ergebe sich für den Fall, dass der Begriff des Schienenwegs weder eine gesetzliche Fiktion noch eine typisierende Betrachtung beinhalte. In diesem Fall müssten die Kriterien und das geforderte Maß der ökologischen Beeinträchtigung anhand eines Vergleichs mit in Betrieb befindlichen Verkehrswegen bestimmt werden.
- 28 Mit Beschluss vom 5. August 2020 hat die Clearingstelle das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 ihrer Verfahrensordnung<sup>9</sup> (VerfO) nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen. Die durch die Clearingstelle zu begutachtende Frage lautet:

Besteht für die PVA [...] nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 c) bzw. § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 c) aa) EEG 2017 ein Förderanspruch nach dem EEG?

## 2 Begründung

### 2.1 Verfahren

- 29 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. Die Beschlussvorlage hat gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied Todorovic erstellt.

### 2.2 Würdigung

- 30 Die Anspruchstellerin hat gegen die Anspruchsgegnerin gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017 i. V. m. § 37 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe c) bzw. § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Buchstabe c) Doppelbuchstabe aa) EEG 2017 einen Anspruch auf Marktprämie für den Strom, der in den am 27. August bzw. am 12. April 2018 in Betrieb genommenen Solaranlagen der Anspruchstellerin in [...], Gemarkung [...] erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist wird.
- 31 Die formalen Anforderungen hinsichtlich des Bebauungsplans sind erfüllt (s. Abschnitt 2.2.1). Bei den Schienenanlagen zwischen [...] und [...], entlang derer die

<sup>9</sup>Verfahrensordnung der Clearingstelle (VerfO) i. d. F. v. 01.01.2018, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/downloads>.

Solaranlagen in einem Abstand von 110 m errichtet wurden, handelt es sich um einen Schienenweg i. S. d. § 37 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe c) bzw. § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Buchstabe c) Doppelbuchstabe aa) EEG 2017 (s. Abschnitt 2.2.2). Um einen Schienenweg im Sinne des EEG handelte es sich auch zum Zeitpunkt der Errichtung bzw. des Beschlusses zur Aufstellung des Bebauungsplans.

32 § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Buchstabe c) Doppelbuchstabe aa) EEG 2017 lautet:

(1) „Für Strom aus Solaranlagen, deren anzulegender Wert gesetzlich bestimmt wird, beträgt dieser vorbehaltlich der Absätze 2 und 3 8,91 Cent pro Kilowattstunde, wenn die Anlage ...

3. im Bereich eines beschlossenen Bebauungsplans im Sinn des § 30 des Baugesetzbuchs errichtet worden ist und ...

c) der Bebauungsplan nach dem 1. September 2003 zumindest auch mit dem Zweck der Errichtung einer Anlage zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie aufgestellt oder geändert worden ist und sich die Anlage aa) auf Flächen befindet, die längs von Autobahnen oder Schienenwegen liegen, und die Anlage in einer Entfernung bis zu 110 Metern, gemessen vom äußeren Rand der befestigten Fahrbahn, errichtet worden ist, ...“

33 § 37 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe c) EEG 2017 lautet:

(1) „Gebote für Solaranlagen müssen in Ergänzung zu § 30 die Angabe enthalten, ob die Anlagen errichtet werden sollen ...

3. auf einer Fläche, ...

c) die zum Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans längs von Autobahnen oder Schienenwegen lag, wenn die Freiflächenanlage in einer Entfernung bis zu 110 Meter, gemessen vom äußeren Rand der befestigten Fahrbahn, errichtet werden soll ...“

### 2.2.1 Bebauungsplan

34 Der Solarpark wurde im Bereich eines beschlossenen Bebauungsplans im Sinne des § 30 des Baugesetzbuchs<sup>10</sup> errichtet, der auch mit dem Zweck der Errichtung einer

<sup>10</sup>Baugesetzbuch v. 03.11.2017 (BGBl. I S. 3634), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes v. 08.08.2020 (BGBl. I S. 1728).

Anlage zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie aufgestellt oder geändert worden ist und befinden sich in einer Entfernung bis zu 110 m auf Flächen, die längs eines Schienenweges i. S. d. § 37 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe c) bzw. § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Buchstabe c) Doppelbuchstabe aa) EEG 2017 liegen.

- 35 Die Eigenschaft als Schienenweg i. S. d. § 37 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe c) bzw. § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Buchstabe c) Doppelbuchstabe aa) EEG 2017 lag auch zum maßgeblichen Zeitpunkt der Aufstellung des Bebauungsplans bzw. zum Zeitpunkt der Errichtung der Solaranlagen vor. Der Bebauungsplan wurde am 30. März 2017 beschlossen und die beiden Anlagen wurden im April bzw. Oktober des Jahres 2018 in Betrieb genommen. Mit dem Bundesgerichtshof<sup>11</sup> kann zum Inbetriebnahmezeitpunkt von einer *Errichtung* ausgegangen werden kann.

### 2.2.2 Vorliegen eines Schienenweges im Sinne des EEG

- 36 Die Schienenanlagen zwischen [...] und [...], entlang derer der Solarpark in einem Abstand von 110 m errichtet wurde, erfüllen die Anforderungen, die das EEG an einen Schienenweg gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe c) bzw. § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Buchstabe c) Doppelbuchstabe aa) EEG 2017 stellt.
- 37 Bei den Schienenanlagen zwischen [...] und [...] handelt es sich um einen Schienenweg i. S. d. § 37 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe c) bzw. § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Buchstabe c) Doppelbuchstabe aa) EEG 2017; sie haben eine Fahrbahn aus Gleisbett und Schienensträngen und sind für den öffentlichen Schienenverkehr gewidmet.<sup>12</sup>
- 38 Es liegt ein Schienenweg i. S. d. EEG vor, da es sich um einen durch Widmungsakt zum öffentlichen Schienenverkehr bestimmten Schienenweg i. S. d. AEG handelt, dessen verkehrsrechtliche Widmung noch fortbesteht. Die Wiederaufnahme des Schienenverkehrs entsprechend dem Widmungszweck ist nicht aufgrund der tatsächlichen Entwicklung für jedermann erkennbar auf unabsehbare Zeit ausgeschlossen.
- 39 Der Einordnung als Schienenweg steht vorliegend nicht entgegen, dass die Strecke durch den Bescheid vom [ca. 2000] stillgelegt wurde, da die Stilllegungsverfügung die Widmung ausdrücklich unberührt ließ.

<sup>11</sup>BGH, Urt. v. 18.01.2017 – VIII ZR 278/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3438>, Rn. 19. Auf den Inbetriebnahmezeitpunkt unter Berufung auf das BGH-Urteil abstellend auch OLG Brandenburg, Urt. v. 11.12.2018 – 6 U 94/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/4955>, 1 b) bb).

<sup>12</sup>Zur Definition ausführlich *Clearingstelle*, Hinweis v. 28.02.2012 – 2011/8, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinwv/2011/8>, Rn. 27 ff.

- 40 Aufgrund der bestehenden öffentlichen Widmung ist für den Verlust der Schienenwegseigenschaft regelmäßig zu verlangen, dass die Strecke entwidmet, bzw. freigestellt<sup>13</sup> wurde.
- 41 Hierfür sprechen insbesondere der Wortlaut und die Gesetzeshistorie. Auch mit der Gesetzessystematik und dem Sinn und Zweck der Norm steht dieses Auslegungsergebnis im Einklang.
- 42 Offen bleiben kann, ob von einer Entwidmung der Strecke auch ausgegangen werden kann, wenn für jedermann erkennbar ein der Widmung entsprechender Schienenverkehr auf dem betreffenden Streckenabschnitt auf unabsehbare Zeit ausgeschlossen ist, da die planungsrechtliche Zweckbestimmung infolge der tatsächlichen Entwicklung funktionslos und damit rechtlich obsolet geworden ist.<sup>14</sup> Vorliegend war dies jedenfalls nicht der Fall (s. Rn. 60).
- 43 Der *Wortlaut*<sup>15</sup> spricht zunächst dafür, dass auch eine stillgelegte und nur noch selten befahrene Strecke einen Schienenweg im Sinne des EEG darstellt, solange die Widmung zum öffentlichen Verkehr fortbesteht. Die Gleisanlagen zwischen [...] und [...] sind ohne Weiteres als Schienenweg – auch aufgrund der fortbestehenden anthropogenen Prägung – erkennbar. Aufgrund der fortbestehenden Widmung gilt dies ebenso im Rechtssinne. Aus dem Wortlaut lassen sich diesbezüglich keine Einschränkungen ableiten. Insbesondere stellt die nur noch seltene Befahrung der Strecke nicht in Frage, dass es sich um eine Fahrbahn aus Gleisbett und Schienensträngen handelt. Dem Wortlaut liegt insofern ein weites Begriffsverständnis zugrunde, das öffentlich gewidmete, jedoch stillgelegte Schienenwege – wie den vorliegenden – umfasst.
- 44 Auch eine *systematische* Betrachtung der Flächenkategorien des § 37 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe c) bzw. § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Buchstabe c) Doppelbuchstabe aa) EEG 2017 führt nicht dazu, dass davon auszugehen ist, dass dem öffentlichen Verkehr gewidmete Schienenwege schon aufgrund einer erfolgten Stilllegung ihre Eigenschaft als Schienenweg im Sinne des EEG verlieren. Betrachtet man die unterschiedlichen Flächenkategorien der § 37 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe c) bzw. § 48 Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 so hat der Gesetzgeber unterschiedliche Voraussetzungen

<sup>13</sup>Zur Freistellung vgl. § 23 AEG.

<sup>14</sup>Zur faktischen Entwidmung *BVerwG*, Urt. v. 16.12.1988 – 4 C 48.86, *BVerwGE* 81, 111, Rn. 31; *BVerwG*, Beschl. v. 26.02.1996 – 11 VR 33.95, *NVwZ* 1996, 793, Rn. 28 ff.; *BVerwG*, Beschl. v. 26.08.1998 – 11 VR 4.98, *NVwZ* 1999, 514, Rn. 19 ff.

<sup>15</sup>Ausführlich zur Auslegung des Begriffs bereits *Clearingstelle*, Hinweis v. 28.02.2012 – 2011/8, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinwv/2011/8>, Rn. 26 ff.

an die Flächen gestellt, auf denen Solaranlagen errichtet werden können. Während in Teilen die ökologische Belastung im Vordergrund steht, bspw. § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Buchstabe c) Doppelbuchstaben bb) und cc) EEG 2017, wird auch auf wirtschaftliche Aspekte abgestellt, vgl. § 37 Abs. 1 Nr. 3 Buchstaben h) und i), bzw. ein Planungserfordernis aufgestellt, vgl. § 37 Abs. 1 Nr. 3 Buchstaben e) und f), oder auf die formale Eigentümerstellung bzw. die Verwaltung eines Grundstücks durch die Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, § 37 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe g) abgestellt.

- 45 Gerade im Vergleich zu den Flächenkategorien „versiegelte Flächen“ und „Konversionsflächen“ wird deutlich, dass es dem Gesetzgeber nicht im gleichen Maße auf die tatsächliche Belastungssituation ankam. Erkennbar ist dies bereits dadurch, dass bei diesen der Wortlaut auf die Flächen selbst Bezug nimmt, während in § 37 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe c) bzw. § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Buchstabe c) Doppelbuchstabe aa) EEG 2017 lediglich gefordert wird, dass die Solaranlagen auf Flächen im Abstand von 100 m bzw. nunmehr 110 m entlang eines *Schienenweges* errichtet werden.
- 46 Betrachtet man die *Gesetzeshistorie* und den in dieser zum Ausdruck kommenden *Willen des Gesetzgebers* so sprechen auch diese dafür, dass die Stilllegung einer dem öffentlichen Verkehr gewidmeten Strecke für sich genommen nicht ausreicht, um die Eigenschaft als Schienenweg i. S. d. EEG zu verneinen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die vorliegend angenommene Einbeziehung dieser Flächen dem Willen des Gesetzgebers entspricht, da diese *potentiell* ökologisch und *tatsächlich* wirtschaftlich beeinträchtigt sind, solange die Widmung fortbesteht.
- 47 Der Gesetzgeber führte zu der im Rahmen der sogenannten PV-Novelle<sup>16</sup> neu geschaffenen Möglichkeit, Freiflächenanlagen längs von Schienenwegen (und Autobahnen) zu errichten wie folgt aus:

„Im Gegenzug wird in § 32 Absatz 3 eine neue Nummer 4 aufgenommen. Hiernach erhalten auch solche Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie eine gesetzliche Vergütung nach dem EEG, die sich auf Flächen befinden, die längs von Autobahnen und Schienenwegen in einer Entfernung bis zu 100 Metern, gemessen vom äußeren Rand der befestigten Fahrbahn, liegen. Diese Flächen sind durch Lärm und Abgase des Straßen- und Schienenverkehrs belastet und daher zu einem großen Teil sowohl wirtschaftlich als auch ökologisch weniger wertvoll. Die Nutzung dieser Flächen zur Stromerzeugung mittels so-

<sup>16</sup>BT-Drs. 17/1147, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/860>.

larer Strahlungsenergie ist daher sinnvoll, wenn den Anlagen keine anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen. Insbesondere dürfen die Anlagen die Sicherheit des Straßen- und Schienenverkehrs sowie wichtige Umweltbelange nicht beeinträchtigen. Um dies zu gewährleisten, ist die Nutzung dieser Flächen zur Stromerzeugung aus solarer Strahlungsenergie nur möglich, wenn sie im Bereich eines Bebauungsplans nach § 9 des Baugesetzbuches als entsprechend nutzbare Fläche ausgewiesen worden sind. Die zuständigen Planungsbehörden müssen dabei die besonderen Sicherheitsaspekte beachten und die Belange des Umwelt- und Naturschutzes berücksichtigen.“<sup>17</sup>

- 48 Hierbei wird deutlich, dass der Gesetzgeber mit Einführung der neuen Flächenkategorie unter anderem einen Ausgleich für die zuvor erfolgte Herausnahme der Ackerflächen als förderfähige Flächen schaffen wollte und, dass der Berücksichtigung von ökologischen Belangen auch das Bebauungsplanerfordernis dient.
- 49 Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit eine Vergütung für Freiflächenanlagen entlang von Schienenwegen damit begründet, dass diese Flächen durch Lärm und Abgase belastet und daher *zu einem großen Teil* sowohl *wirtschaftlich als auch ökologisch* weniger wertvoll seien. Durch die gewählten Formulierungen ist zu erkennen, dass eine typisierende Betrachtung gewählt wurde, in dem Bewusstsein, dass Flächen entlang von Schienenwegen nicht alle in gleichem Maße wirtschaftlich bzw. ökologisch weniger wertvoll sind, zumal die Belastungen auch innerhalb des 100 m bzw. 110 m Korridors und bezüglich der Begriffe *Lärm* bzw. *Abgase* sowie der unterschiedlichen Nutzungsarten und -intensitäten erkennbar variieren können.
- 50 Diese typisierende Betrachtungsweise wird bei öffentlich gewidmeten Schienenwegen nicht – wie von der Anspruchsgegnerin angenommen – bereits durch eine Stilllegung der Strecke erschüttert. Wenn überhaupt, dann käme die Aufhebung der Schienenwegeseigenschaft nur dann in Betracht, wenn tatsächlich für jedermann erkennbar ist, dass die Wiederaufnahme des widmungsgemäßen Schienenverkehrs auf unabsehbare Zeit ausgeschlossen ist, weil die planungsrechtliche Zweckbestimmung infolge der tatsächlichen Entwicklung funktionslos und damit rechtlich obsolet geworden ist.

---

<sup>17</sup>BT-Drs. 17/1147, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/860>, S. 10.

- 51 Neben dem Abstellen auf die ökologischen Belastungen betont der Gesetzgeber zudem die wirtschaftliche Komponente.<sup>18</sup> Gerade der gewählte wirtschaftliche Ansatz spricht dafür, dass bei gewidmeten Strecken eine Stilllegung nicht ausreicht, um die Eigenschaft als Schienenweg im Sinne des EEG zu verlieren. Solange die Strecke noch gewidmet ist, müssen die Eigentümer anliegender Grundstücke auch nach langen Zeiträumen mit der Wiederaufnahme des Betriebes rechnen und haben nur beschränkte Möglichkeiten, bauliche Änderungen der betreffenden Flächen zu erwirken sowie eingeschränkte Rechtsschutzmöglichkeiten in Bezug auf etwaige Immissionsbelastungen, was den Wert dieser Flächen maßgeblich beeinflusst.
- 52 Auch der bei einer öffentlichen Widmung bestehende Vorbehalt zugunsten der Fachplanung und die hiermit verbundene Einschränkung der gemeindlichen Planungshoheit<sup>19</sup> wirkt sich nachteilig auf den wirtschaftlichen Wert der entlang des Schienenwegs liegenden Flächen aus. Eine Stilllegung ändert hieran zunächst nichts.
- 53 Im Gegensatz zu privat betriebenen Schienenwegen, die ihre Qualifikation als Schienenweg im Sinne des EEG verlieren, wenn eine dauerhafte Nutzungsaufgabe gegeben ist,<sup>20</sup> bedarf es bei dem öffentlichen Verkehr gewidmeten Schienenwegen einer Entwidmung. Dies ist auch sachgerecht. Während eine bestehende öffentliche Widmung den wirtschaftlichen Wert der Flächen entlang der Strecke tatsächlich beeinträchtigt, da jederzeit mit der Wiederaufnahme des Schienenverkehrs gerechnet werden muss, kann hiervon bei stillgelegten privat betriebenen Schienenwegen nicht ohne Weiteres ausgegangen werden.
- 54 Die Annahme, dass es sich vorliegend um einen Schienenweg i. S. d. EEG handelt, steht auch mit dem *Sinn und Zweck* der Norm im Einklang.
- 55 Zum Verlust der Schienenwegseigenschaft von öffentlich-rechtlich gewidmeten Schienenwegen vor dem Hintergrund des Sinn und Zwecks der Norm hat die Clearingstelle bereits in ihrem Hinweis 2011/8 in Rn. 47 Folgendes ausgeführt:

„Bei Schienenwegen, die dem öffentlichen Verkehr gewidmet sind, darf deshalb die öffentlich-rechtliche Widmung zur verkehrlichen Nutzung nicht aufgehoben worden sein. Für eine Entwidmung ist dabei ein

<sup>18</sup>Die wirtschaftliche Komponente betonend auch *Bonning* in: Resthöft/Schäfermeier, EEG - Erneuerbare Energien Gesetz, 4. Aufl. 2014, § 32 Rn. 51.

<sup>19</sup>*VG Koblenz*, Urt. v. 09.11.2009 – 4 K 443/09.KO, hierzu bereits *BVerwG*, Urt. v. 16.12.1988 – 4 C 48.86, *BVerwGE* 81, 111, Leitsätze 1 und 3.

<sup>20</sup>*Clearingstelle*, Hinweis v. 28.02.2012 – 2011/8, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinwv/2011/8>, Rn. 48.

ausdrücklich hierauf gerichteter Hoheitsakt der dafür zuständigen Stelle erforderlich. Möglich ist auch, dass die planungsrechtliche Zweckbestimmung infolge der tatsächlichen Entwicklung funktionslos und damit rechtlich obsolet wird. Eine solche Funktionslosigkeit ist anzunehmen, wenn die Verhältnisse wegen der tatsächlichen Entwicklung einen Zustand erreicht haben, der die Verwirklichung eines Bahnbetriebes auf der Trasse für unabsehbare Zeit ausschließt. Wird ein Schienenweg nur vorübergehend nicht genutzt und kann die bestimmungsgemäße Nutzung aufgrund weiterhin bestehender Widmung jederzeit wieder aufgenommen werden, steht dies der Qualifizierung als „Schienenweg“ nicht entgegen. Obwohl nicht 'aktuell' ökologisch belastet, sind die benachbarten Flächen in diesen Fällen aufgrund der Möglichkeit der jederzeitigen Wiederaufnahme der Nutzung jedenfalls 'potentiell' belastet.“<sup>21</sup>

56 An dieser *potentiellen* Belastung ändert ein Stilllegungsbescheid, der die Widmung unberührt lässt, nichts. Vielmehr ist aufgrund der Einordnung einer gewidmeten Bahnanlage als öffentlich-rechtliche Sache mit dem Bundesverwaltungsgericht regelmäßig ein Mindestmaß an Publizität zu verlangen, so dass eine Entwidmung

„... schon wegen der rechtsstaatlich gebotenen Eindeutigkeit öffentlich-sachenrechtlicher Rechtsverhältnisse durch einen hoheitlichen Akt erfolgen [muss], der für jedermann klare Verhältnisse darüber schafft, ob und welche bisher als Bahnanlagen dienende Flächen künftig wieder für andere Arten von Nutzungen offenstehen.“<sup>22</sup>

57 Auch wenn darüber hinaus auch eine faktische Entwicklung möglich erscheint, werden an diese strenge Maßstäbe gestellt.<sup>23</sup>

58 Die Anknüpfung an den Widmungsakt und der hiermit verbundene, zumindest in Teilen formelle Schienenwegsbegriff dient auch im EEG in besonderem Maße der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, da potentielle Anlagenbetreiber sich über das

<sup>21</sup> *Clearingstelle*, Hinweis v. 28.02.2012 – 2011/8, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinwv/2011/8>, Rn. 47.

<sup>22</sup> *BVerwG*, Urt. v. 16.12.1988 – 4 C 48.86, Rn. 31, *BVerwGE* 81, 111 ff.

<sup>23</sup> Vgl. *BVerwG*, Beschl. v. 26.08.1998 – 11 VR 4.98, *NVwZ* 1999, 514; *BVerwG*, Beschl. v. 26.02.1996 – 11 VR 33.95, Rn. 28 ff., 34, *NVwZ* 1996, 793 (Ls.); *OLG Dresden*, Urt. v. 16.06.2016 – 10 U 1781/14; 1 O 265/14 EV (3), II. 3.1.2.2.

Bestehen bzw. Nichtbestehen einer Widmung schnell und zuverlässig Kenntnis verschaffen können.

- 59 Dies dient somit auch der Planungssicherheit und mithin mittelbar auch dem Ziel des beschleunigten Ausbaus der Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien, i. S. d. § 1 EEG 2017.
- 60 Letztlich kann offen bleiben, ob zum öffentlichen Verkehr gewidmeten Schienenwegen faktisch entwidmet werden können,<sup>24</sup> in dem Sinne, dass sie ihre Schienenwegegemeinschaft dadurch einbüßen, dass die planungsrechtliche Zweckbestimmung infolge der tatsächlichen Entwicklung funktionslos und damit rechtlich obsolet geworden ist.
- 61 Denn vorliegend war dies jedenfalls nicht der Fall, da die Wiederaufnahme des Verkehrs auf dem Streckenabschnitt<sup>25</sup> zwischen [...] und [...] nicht für jedermann erkennbar auf unabsehbare Zeit ausgeschlossen ist. Für die Frage, ob der Verkehr auf dem Schienenweg auf unabsehbare Zeit ausgeschlossen ist, sind strenge Maßstäbe anzulegen.<sup>26</sup> Gegen die Annahme einer faktischen Entwidmung spricht bereits der Umstand, dass die Strecken im maßgeblichen Zeitraum regelmäßig zu Zwecken des Streckenfreischnitts bzw. der Streckenunterhaltung befahren wurden. Für eine faktische Entwidmung wäre aber zu verlangen, dass für jedermann erkennbar – bspw. aufgrund von weitgehenden baulichen Änderungen – die Wiederaufnahme des Verkehrs auf unabsehbare Zeit ausgeschlossen ist. Auch der Umstand, dass die Wiederaufnahme des öffentlichen Verkehrs mehrfach im Landtag diskutiert wurde, spricht gegen die Annahme, dass die Wiederaufnahme des widmungsgemäßen Verkehrs für jedermann erkennbar dauerhaft ausgeschlossen ist.

Dr. Mutlak

Sobotta

Todorovic

<sup>24</sup>So ausdrücklich *Clearingstelle*, Hinweis v. 28.02.2012 – 2011/8, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/bin/wv/2011/8>, Rn. 47.

<sup>25</sup>Zum maßgeblichen Streckenabschnitt vgl. *OLG Dresden*, Urt. v. 16.06.2016 – 10 U 1781/14; 1 O 265/14 EV (3), II. 3.1.3.

<sup>26</sup>Vgl. *BVerwG*, Beschl. v. 26.08.1998 – 11 VR 4.98, NVwZ 1999, 514; *BVerwG*, Beschl. v. 26.02.1996 – 11 VR 33.95, Rn. 28 ff., 34, NVwZ 1996, 793 (Ls.); *OLG Dresden*, Urt. v. 16.06.2016 – 10 U 1781/14; 1 O 265/14 EV (3), II. 3.1.2.2.