

2016/20

Berlin, den 28. Juni 2016

Schiedsspruch

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

In dem schiedsrichterlichen Verfahren

1. [...]

– Partei zu 1 und Schiedsklägerin –

2. [...]

– Partei zu 2 und Schiedsbeklagte –

erlässt die Clearingstelle EEG als Schiedsgericht durch den Vorsitzenden Dr. Lovens sowie das Mitglied Dr. Pippke und die technische Koordinatorin Dr. Mutlak auf der Grundlage der vorgelegten Unterlagen im schriftlichen Verfahren am 28. Juni 2016 folgenden Schiedsspruch:

Die von der Schiedsklägerin auf den Flurstücken Nr. [...], Gemarkung [...], in [...] geplante PV-Anlage erfüllt die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014¹ für eine Förderung des in der Anlage erzeugten und in das Netz der Schiedsbeklagten eingespeisten Stroms. Die ehemalige Tagebaufläche auf den genannten Flurstücken bildet eine nicht zur Solarstromerzeugung errichtete „sonstige bauliche Anlage“ im Sinne von § 51 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014.

¹Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 2 Absatz 10 des Gesetzes zur Neuregelung des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes v. 21.12.2015 (BGBl. I S. 2498), nachfolgend bezeichnet als EEG 2014. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2014/arbeitsausgabe>.

Ergänzender Hinweis des Schiedsgerichts:

Ein Anspruch auf Förderung des Stroms, der nach der Errichtung und Inbetriebnahme der im Tenor genannten PV-Anlage erzeugt und in das Netz der Schiedsbeklagten eingespeist wird, gemäß §§ 19 Abs. 1 Nr. 1, 34, 51 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 besteht nur, wenn und solange diese Regelungen auf die PV-Anlage der Schiedsklägerin auch nach Inkrafttreten der anstehenden Novellierung des EEG² weiterhin anzuwenden sind.

1 Tatbestand

- 1 Zwischen den Parteien ist zu klären, ob die von der Schiedsklägerin auf einer ehemaligen Tagebaufläche geplante PV-Anlage nach § 51 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 förderfähig ist, insbesondere, ob die PV-Anlage sich auf einer „sonstigen baulichen Anlage“ befinden wird, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichtet wurde.
- 2 Die Schiedsklägerin plant, auf einem Teilstück des Tagebaus [...] eine PV-Anlage mit einer Leistung von ca. 4 MW_p zu errichten. Diese soll auf den Flurstücken [...] der Flur [...], Gemarkung [...] in [...] (im Folgenden: Vorhabensfläche), errichtet werden.
- 3 Die Vorhabensfläche wurde auf der Grundlage eines Planfeststellungsbeschlusses seit 1997 zum Abbau von Quarzsand genutzt, was zu einer erheblichen Absenkung des Bodenniveaus geführt hat. Nach dem zur Akte gereichten Planfeststellungsbeschluss des Landesoberbergamtes Nordrhein-Westfalen vom 18. April 1997 (Geschäftszeichen 05.2-1-12, im Folgenden: Planfeststellungsbeschluss) wurde für das Gebiet des Tagebaus bei einer ursprünglichen Höhenlage der Geländeoberfläche von ca. 140 m über NN der Abbau von ca. 1,76 Mio m³ Quarzsand auf einer Fläche von 14,57 ha bis zu einer geneigten Abbausohle mit einer Höhe von minimal 100 m über NN im Westen und 107 m über NN im Osten genehmigt. Der Abbau führte zu einer Absenkung der Fläche gegenüber dem ursprünglichen Niveau um bis zu 21 Meter.
- 4 Nunmehr soll die Fläche rekultiviert und zur Solarstromerzeugung genutzt werden. Im Zuge der Rekultivierung soll keine vollständige Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes, insbesondere kein vollständiger Niveaueausgleich erfolgen, jedoch

²Zum Gesetzgebungsverfahren zum „EEG 2016“ s. <https://www.clearingstelle-eeeg.de/eeeg2016/urfassung/material>.

die Böschung mit einer bestimmten Neigung hergestellt werden. Im Planfeststellungsbeschluss sowie im Rahmenbetriebsplan heißt es zur Rekultivierung wie folgt:

„Die Wiedernutzbarmachung des Tagebaus erfolgt ohne Wiederverfüllung in Tieflage und ist auf den Arten- und Biotopschutz ausgerichtet.“³

„Die überlagernden Oberboden- und Abraummassen werden getrennt gewonnen und nachfolgend zur Gewinnung in den fertiggestellten Endböschungsbereichen eingebaut. (...) Die Endböschungen werden mit Hilfe der Abraummassen gestaltet und Ecken werden ausgerundet. Eine eigentliche Kippengestaltung entfällt.“⁴

- 5 Es wird eine etwa 20 m tiefe Absenkung der Geländeoberfläche im Vergleich zum ursprünglichen Zustand verbleiben.
- 6 **Die Schiedsklägerin** geht davon aus, dass es sich bei der Vorhabensfläche um eine „sonstige bauliche Anlage“ im Sinne des § 51 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 handelt.
- 7 Eine von ihr eingereichte „Rechtliche Stellungnahme zur Förderfähigkeit einer Fläche nach dem EEG“ der Rechtsanwaltskanzlei [...] vom 2. März 2016 bejaht die Eigenschaft der Vorhabensfläche als „sonstige bauliche Anlage“, und zwar auch, soweit die Vorhabensfläche nach den bergrechtlichen Vorgaben rekultiviert wird. Es liege eine „Abgrabung“ vor, bei der es sich um eine sogenannte fiktive bauliche Anlage nach § 2 Abs. 1 Satz 2 der Musterbauordnung⁵ handle. Die Einbeziehung auch solcher fiktiver baulicher Anlagen in das Begriffsverständnis nach dem EEG habe auch der BGH in seiner Entscheidung zur Galopprennbahn⁶ bestätigt. Die vorzunehmende Rekultivierung lasse die Eigenschaft als Abgrabung nicht entfallen, weil eine tiefe Grube verbleibe. Dass sich der ökologische Zustand der Flächen durch die Rekultivierung verbessern werde, sei ebenso unerheblich wie der Umstand, dass die Nutzung der Fläche als Sandgrube aufgegeben werde.

³Planfeststellungsbeschluss, S. 9.

⁴Planfeststellungsbeschluss – Rahmenbetriebsplan Tagebau „[...]“, Blätter [...] und [...].

⁵Musterbauordnung – MBO, in der Fassung vom November 2002, zuletzt geändert durch Beschluss der Bauministerkonferenz v. 21.09.2012, abrufbar unter <http://www.bauordnungen.de/html/deutschland.html>.

⁶BGH, Urt. v. 17.07.2013 – VIII ZR 308/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/rechtsprechung/2364>.

- 8 Auch eine von der Schiedsklägerin eingereichte Stellungnahme der [... Wirtschaftsprüfungsgesellschaft] vom 18. Februar 2016 geht angesichts der vom BGH vertretenen weiten Auslegung des Begriffs der „sonstigen baulichen Anlage“, der auch fiktive bauliche Anlagen im Sinne der Musterbauordnung erfasst, selbst nach einer Rekultivierung der Fläche grundsätzlich von einer Förderfähigkeit aus, hält eine andere Rechtsauffassung aber ebenso für vertretbar und empfiehlt deswegen und aufgrund der erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung eine Klärung durch ein Verfahren vor der Clearingstelle EEG.
- 9 **Die Schiedsbeklagte** bezweifelt, dass es sich nach der Rekultivierung (noch) um eine „sonstige bauliche Anlage“ im Sinne des Gesetzes handelt.
- 10 Dem schiedsrichterlichen Verfahren lagen folgende Fragen zugrunde:

Hat die Schiedsklägerin für den Strom, der in der geplanten PV-Anlage auf den Flurstücken Nr.[...] Flur [...], Gemarkung [...], [...], erzeugt und in das Netz der Schiedsbeklagten eingespeist werden soll, einen Anspruch auf Förderung nach § 51 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014?

Insbesondere: Bilden die genannten Flurstücke eine nicht zu solaren Zwecken errichtete „sonstige bauliche Anlage“ im Sinne von § 51 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014?

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 11 Das schiedsrichterliche Verfahren ist gemäß dem zwischen den Parteien und dem Schiedsgericht abgeschlossenen Schiedsvertrag (Schiedsvereinbarung und Schiedsrichtervertrag) durchgeführt worden. Beide Parteien hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

2.2 Würdigung

- 12 Die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 Nr. 1 (2. Alternative) EEG 2014 sind bei der von der Schiedsklägerin geplanten PV-Anlage erfüllt, weil die ehemalige Tagebaufäche auf der Vorhabensfläche – auch nach der geplanten Rekultivierung – als bauliche

Anlage (dazu 2.2.1) mit vorrangig anderem Errichtungszweck als der Solarstromerzeugung (dazu unter 2.2.2) zu qualifizieren ist, an bzw. auf der die PV-Anlage „angebracht“ wird (dazu unter 2.2.3).

- 13 Das Schiedsgericht weist darauf hin, dass dem Schiedsspruch die im Zeitpunkt der Entscheidung geltende Rechtslage zugrunde liegt. Ein Anspruch auf Förderung des Stroms, der nach der Errichtung und Inbetriebnahme der von der Schiedsklägerin geplanten PV-Anlage erzeugt und in das Netz der Schiedsbeklagten eingespeist wird, gemäß §§ 19 Abs. 1 Nr. 1, 34, 51 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 besteht deshalb nur, wenn und solange diese Regelungen auf die PV-Anlage der Schiedsklägerin auch nach Inkrafttreten der anstehenden Novellierung des EEG⁷ weiterhin anzuwenden sind. Das wiederum hängt davon ab, zu welchem Zeitpunkt die Anspruchstellerin die PV-Anlage in Betrieb nehmen wird, zu welchem Zeitpunkt die Gesetzesänderungen in Kraft treten und wie die Übergangsbestimmungen ausgestaltet sein werden.

2.2.1 Bauliche Anlage

- 14 Der im EEG nicht definierte Begriff der baulichen Anlage ist nach dem Willen des Gesetzgebers⁸ und nach der Rechtsprechung des BGH⁹ maßgeblich im Sinne des bauordnungsrechtlichen Begriffs der baulichen Anlage und damit weit auszulegen. Unter einer baulichen Anlage ist danach „jede mit dem Erdboden verbundene, aus Bauteilen und Baustoffen hergestellte Anlage zu verstehen“¹⁰, wobei auch Aufschüttungen und Abgrabungen, Lagerplätze, Abstellplätze und Ausstellungsplätze grundsätzlich als bauliche Anlagen zu qualifizieren sind.¹¹ Zugrunde zu legen ist dabei nicht eine allein auf die bauliche Beschaffenheit einer Anlage, sondern vielmehr vor allem auf Funktion und Zweck der Anlage im Zeitpunkt ihrer Errichtung gerichtete Sichtweise.¹² Als bauliche Anlagen zu qualifizieren sind danach u. a. zu Parkzwecken

⁷Zum Gesetzgebungsverfahren zum „EEG 2016“ s. <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2016/wrfassung/material>.

⁸S. zu den Vorgängerfassungen im EEG 2009 BT-Drs. 16/8148, S. 60; BT-Drs. 15/2864, S. 44.

⁹BGH, Urt. v. 09.02.2011 – VIII ZR 35/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/1287>.

¹⁰BGH, Urt. v. 09.02.2011 – VIII ZR 35/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/1287>.

¹¹BGH, Urt. v. 17.07.2013 – VIII ZR 308/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/2364>.

¹²BGH, Urt. v. 17.07.2013 – VIII ZR 308/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/2364>, Rn. 20 und 22.

hergestellte Asphaltflächen¹³, geschotterte Lagerplätze¹⁴ sowie Sportanlagen, soweit die Flächen von der Umgebung abgegrenzt und entsprechend den Zwecken der jeweiligen Sportart hergerichtet wurden¹⁵. Eine Versiegelung der Fläche ist für die Annahme einer baulichen Anlage nicht erforderlich.¹⁶

- 15 Die Vorhabensfläche stellt hiernach eine „sonstige bauliche Anlage“ im Sinne des § 51 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 dar. Zwar handelt es sich bei dem ehemaligen Tagebau nicht um eine „aus Bauteilen oder Baustoffen hergestellte Anlage“, jedoch stellt er eine „Abgrabung“ dar, die nach den Kriterien des Bauordnungsrechts als bauliche Anlage gilt.
- 16 So sind über die Definition der baulichen Anlage hinaus u. a. auch „Abgrabungen, Aufschüttungen und Lagerplätze“ in § 2 der Musterbauordnung sowie den Landesbauordnungen als konkrete bzw. „fiktive“ bauliche Anlagen benannt. Auch diese nach Bauordnungsrecht besonders benannten bzw. „fiktiven“ baulichen Anlagen zählen – jedenfalls im Falle von Abgrabungen, Aufschüttungen und Lagerplätzen – zu den „sonstigen baulichen Anlagen“ im Sinne des § 51 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014, denn weder nach dem Wortlaut noch auf der Grundlage einer historischen, genetischen und teleologischen Auslegung der Regelung sind Anhaltspunkte ersichtlich, warum diese vom Anwendungsbereich ausgenommen sein sollten.¹⁷ In der Gesetzesbegründung zu einer früheren Fassung der Regelung sind vielmehr ausdrücklich auch „Straßen, Stellplätze, Deponieflächen, Aufschüttungen, Lager- und Abstellplätze“ beispielhaft als sonstige bauliche Anlagen genannt, obwohl sie nicht alle schon nach der bauordnungsrechtlichen Legaldefinition als „bauliche Anlagen“ zu qualifizieren wären.¹⁸ Der Gesetzeszweck, PV-Anlagen vorrangig auf bereits anderweitig baulich genutzten Flächen zu fördern und ökologisch bedeutsame Flächen nicht zu überbauen, greift bei solchen Flächen in gleicher Weise wie bei Anlagen, die schon nach der bauordnungsrechtlichen Definition als „bauliche Anlagen“ zu qualifizieren sind. Denn auch Flächen, auf denen sich Abgrabungen, Aufschüttungen, Lager- oder

¹³ Clearingstelle EEG, Votum v. 27.08.2010 – 2010/6, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2010/6> Rn. 47 ff.

¹⁴ BGH, Urt. v. 09.02.2011 – VIII ZR 35/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/1287>.

¹⁵ BGH, Urt. v. 17.07.2013 – VIII ZR 308/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/2364>.

¹⁶ BGH, Urt. v. 17.07.2013 – VIII ZR 308/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/2364>, Rn. 23; Sitsen, EWeRK 2015, 35, 37.

¹⁷ BGH, Urt. v. 17.07.2013 – VIII ZR 308/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/2364>, Rn. 20f.

¹⁸ BT-Drs. 16/8148, S. 60, zu § 32 Abs. 2 EEG 2009.

Aufstellplätze befinden, sind regelmäßig stark anthropogen geprägt und ökologisch insbesondere im Vergleich zum ursprünglichen Zustand beeinträchtigt.

- 17 Eine „Abgrabung“ ist eine künstliche, auf Dauer angelegte Veränderung der natürlichen Geländeoberfläche durch Senkung des Bodenniveaus.¹⁹ Sand- und Kiesgruben sowie Steinbrüche sind Musterbeispiele für „Abgrabungen“ in diesem Sinne.²⁰
- 18 Die vorliegend nach Abschluss des Quarzsandabbaus verbliebene Grube von 20 m Tiefe stellt danach eine „Abgrabung“ im bauordnungsrechtlichen Sinne dar. Damit ist sie auch als „sonstige bauliche Anlage“ im Sinne des § 51 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 zu qualifizieren.
- 19 Dem steht die unmittelbar vor der Errichtung der PV-Anlage geplante „Rekultivierung“ der Vorhabensfläche nicht entgegen. Zwar geht das Schiedsgericht davon aus, dass der Charakter als „bauliche Anlage“ im Zeitpunkt der Inbetriebnahme noch erkennbar vorhanden sein muss, jedoch bestehen daran vorliegend keine Zweifel. Zwar kann in Einzelfällen die Eigenschaft als „bauliche Anlage“ durch Zeitablauf entfallen, etwa wenn ein ehemaliger Tagebau vollständig wieder verfüllt und renaturiert wird oder ein Baggersee Jahrzehnte nach der Nutzungsaufgabe zu einem mehr oder weniger „natürlichen“ Bestandteil der Umgebung geworden ist, der anthropogene Eingriff zurücktritt und der ökologische Wert in den Vordergrund tritt.²¹ Vorliegend bleibt hingegen die infolge des Quarzsandabbaus entstandene „Grube“ von 20 m Tiefe bestehen; lediglich die Böschungen werden „gestaltet“ bzw. „ausgerundet“. Eine Wiederverfüllung erfolgt nicht. Der anthropogene Eingriff bleibt damit im Wesentlichen erhalten. Auch stehen die Renaturierung und die Nachnutzung zu Solarzwecken in einem zeitlichen Zusammenhang. Für einen Wegfall der Eigenschaft als „bauliche Anlage“ ist unter diesen Umständen kein Raum.

2.2.2 Vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichtet

- 20 Die Sandgrube mit einer Tiefe von 20 m entstammt der bergbaulichen Nutzung des Gebietes und wurde also vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet.

¹⁹Dirnberger, in: Simon/Busse, Bayerische Bauordnung, Loseblatt, Stand Januar 2016, Art. 2 Rn. 160.

²⁰Jäde, in: Baden-württembergische Landesbauordnung und Brandenburgische Bauordnung, Kommentar, Loseblatt Stand Oktober 2011, BbgBO § 2 Rn. 25.

²¹Auch eine Konversionsfläche kann ihre Eigenschaft durch zunehmende Renaturierung verlieren, vgl. *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 01.07.2010–2010/2, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/empfv/2010/2>, Rn. 77.

2.2.3 Anbringung an oder auf der baulichen Anlage

- 21 Die PV-Anlage wird auch i. S. d. § 51 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 an oder auf der baulichen Anlage „angebracht“.
- 22 Für eine „Anbringung“ genügt jede baulich-konstruktive Befestigung der PV-Anlage an oder auf der baulichen Anlage.²² Im Falle einer Installation auf einem geschotterten Lagerplatz hat es der BGH für ausreichend gehalten, dass sich die PV-Module „räumlich oberhalb der baulichen Anlage (hier: des Lagerplatzes) befanden und baulich-konstruktiv über die sie tragenden Stahlmasten und deren Betonfundamente im darunter liegenden Erdboden verankert waren.“²³ Eine „unmittelbare baulich-konstruktive Verbindung der Stahlmasten mit dem Schotterbelag des Lagerplatzes“ war nicht erforderlich.²⁴ Das Anbringen setzt also eine weniger starke Verbindung zwischen PV-Modulen und Untergrund voraus als das Erfordernis der „ausschließlichen Anbringung in, an oder auf einem Gebäude“ gemäß § 33 Abs. 1 EEG 2009 bzw. § 32 Abs. 2 EEG 2012, das eine statische Abhängigkeit der PV-Anlage von dem Gebäude fordert.²⁵
- 23 Vorliegend ist davon auszugehen, dass die PV-Module mittels im Boden verankerter oder auf diesem aufliegender Aufständungen installiert werden. Hierin liegt ohne Weiteres eine „Anbringung“ der Anlage an bzw. auf der baulichen Anlage.

Dr. Lovens

Dr. Mutlak

Dr. Pippke

²²BGH, Urt. v. 09.02.2011 – VIII ZR 35/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/1287>, Rn. 40; BGH, Urt. v. 29.10.2008 – VIII ZR 313/07, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/node/486>, Rn. 16.

²³BGH, Urt. v. 09.02.2011 – VIII ZR 35/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/1287>, Rn. 40.

²⁴BGH, Urt. v. 09.02.2011 – VIII ZR 35/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/1287>, Rn. 40.

²⁵Vgl. hierzu BGH, Urt. v. 29.10.2008 – VIII ZR 313/07, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/node/486>; Clearingstelle EEG, Votum v. 23.04.2010 – 2008/42, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/42>.