

2018/39

Berlin, den 11. Januar 2019

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 das Schiedsgericht durch die Schiedsrichter Dr. Lovens-Cronemeyer sowie Teichmann und Dr. Winkler auf der Grundlage der vorgelegten Unterlagen im schriftlichen Verfahren am 11. Januar 2019 folgenden Schiedsspruch:

Für den Strom, der in den geplanten Solaranlagen „[...] Teilabschnitte [... B] und [... C]“ in [...] erzeugt werden soll, besteht ein Zahlungsanspruch gemäß §§ 37 Abs. 1 Nr. 2, 38 ff. EEG 2017. Insbesondere werden die Solaranlagen auf einer sonstigen baulichen Anlage errichtet.

I Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Förderfähigkeit von Solaranlagen und darüber, ob es sich bei der Vorhabensfläche um eine sonstige bauliche Anlage handelt, auf der die Solaranlagen errichtet werden sollen.
- 2 Die Schiedsklägerin plant am Standort [...], in der Gemarkung [...], auf dem Flurstück [...] (nachfolgend: Vorhabensfläche) Solaranlagen mit einer installierten Leistung von insgesamt 20 MW_p (nachfolgend: Fotovoltaikinstallation) zu errichten. Die Vorhabensfläche besteht aus zwei Teilflächen, der Teilabschnittsfläche „[...] B“ mit 11,9 ha und der Teilabschnittsfläche „[...] C“ mit ca. 6,8 ha. Die Anspruchstellerin hat bereits erfolgreich an einer Ausschreibung der Bundesnetzagentur teilgenommen und einen Zuschlag (Zuschlagsnummer: [...]) erhalten.
- 3 Die Vorhabensfläche befindet sich auf dem Betriebsgelände der ehemaligen Sendeanstalt [...], um deren Kernbereich drei y-förmige Antennenstraßen angelegt waren. Die Teilabschnittsfläche „[...] B“ ist auf der südöstlichen und die Teilabschnittsfläche „[...] C“ auf der südwestlichen Antennenstraße belegen.
- 4 Am 29. September 1969 erteilte die Regierung von [...] ihre bauaufsichtliche Zustimmung zur Errichtung der Sendeanlage. Vor ihrer Errichtung fand vom 23. bis 29. September 1968 auf dem gesamten Baugelände eine Vorerkundung statt. Untersucht wurde die Bodenbeschaffenheit u. a. hinsichtlich der Eignung der südöstlichen und südwestlichen Antennenstraße als Abstrahlfläche, für die Gründung der notwendigen Aufbauten sowie die Errichtung einer Wasserableitung mit damals erhöhtem Grundwasserstand. In dem Schreiben zur Vorerkundung des Paläontologischen Instituts der TU Darmstadt vom 4. Oktober 1968 heißt es zum geologischen Aufbau der Fläche auszugsweise wie folgt:

„...Das Baugelände liegt auf der Niedertrasse der [...], die sich aus mächtigen, in ihrer Gesamtdicke noch nicht genauer erfassten Schottern mit hohem Kalkanteil zusammensetzt...Die Terrasse wurde in geologisch jüngster Zeit in mehrere km breiten, sehr flachen, etwa S-N verlaufenden Einsenkungen um höchstens wenige Meter abgetragen. Das Gelände des [...] liegt überwiegend auf der nicht abgetragenen, höheren Teilfläche; es ist dort von entkalktem Auelehm in wenigen dm Mächtigkeit überdeckt. Betriebsgebäude, gesamter N-Ast, die ersten vier Türme des SW-Astes liegen in diesem Bereich. Nach W hin fällt die Terasse um

1 bis gegen 3 m ab. Diese Schotter werden dort von schwarzbraunen, humosen, z. T. etwas anmoorigen, überwiegend kalkreichen, lockeren Auelehmen von unerwartet geringer Mächtigkeit von durchschnittlich nur 4 dm überdeckt. Hierzu gehört der größere Teil des SW-Astes. Zur Ostseite schneidet nur ein kleiner Teil des SO-Astes ähnliche Verhältnisse an... Alle Sondierbohrungen und offenen Vergleichsaufschlüsse lassen nichts davon erkennen, dass die oben genannte jüngste Eintiefung zu Auskolkungen der Schotter geführt hätte, wie es häufig eintritt. Es hat den Anschein, dass im Gesamtgebiet die Auelehm-Decke weitgehend gleichmäßig in meist 0,3 bis 0,6, in Grenzwerten 0,2 bis 1,1 m Dicke die Schotter überdeckt...“¹

- 5 Zur Herstellung einer ebenen homogenen Abstrahlfläche für den Sendebetrieb wurde auf der gesamten Vorhabensfläche der anmoorige Mutterboden abgetragen und anschließend durch Auftrag mit Kies und Schotter nivelliert und verdichtet sowie durch das Aufbringen von Baustoffen befestigt, um Verzerrungen beim Sendebetrieb zu vermeiden.
- 6 Die Sendeanlage wurde von 1972 bis 2014 als eines der größten Sendezentren für Kurzwelle in Deutschland genutzt. Der Kernbereich der Senderanlage bestand aus verschiedenen Betriebsgebäuden sowie betonierten und bebauten Freiflächen mit einem Durchmesser von 250 m und einer Fläche von 4,9 ha. Die drei Antennenstraßen waren 0,9 km, 1,1 km und 1,4 km lang und wiesen eine Fläche von insgesamt 40,8 ha auf, wobei auf die südöstliche Antennenstraße 13,4 ha und auf die südwestliche Antennenstraße 7,8 ha entfallen. Im Bereich dieser Antennenstraßen standen insgesamt 34 Stahlgittertürme mit bis zu 120 m Höhe und 12 m tiefen, aus einer kombinierten Pfahl-Platten-Gründung bestehenden Fundamenten. Im südöstlichen Antennenbereich waren 12 und im südwestlichen Antennenbereich sechs der Masten belegen. Des Weiteren wiesen sie Versorgungsschächte, Kabelbrücken und Gewichtshalterungen auf. Für die Energieversorgung der Sendeanlage wurde eine zweikreisige 110-kV-Freileitung errichtet, der elektrische Anschlusswert betrug ca. 20 MW. Die Flächen der ehemaligen Sendeanlagen sowie mehr als 85 % der Antennenanlagen befinden sich in der Gemeinde [...], der restliche Teil im Gemeindegebiet [...]. Die Vorhabensfläche im Bereich der südöstlichen Antennenstraße hat eine Länge von ca. 960 m in Nord-Süd-Richtung, diejenige im Bereich der südwestlichen Antennenstraße eine Länge von ca. 600 m in West-Ost-Richtung. Beide Flächen sind ca.

¹Hinweis des Schiedsgerichts: Alle Auslassungen nicht im Original.

120 m breit. Die südliche Grundstücksgrenze der Teilabschnittsfläche „[...] B“ bildet ein Bachlauf. Die südwestliche Grundstücksgrenze der Teilabschnittsfläche „[...] C“ wird durch eine Straße (ehemalige Durchquerung der Antennenstraßen) gebildet.

- 7 Auf beiden Antennenstraßen waren außerdem jeweils zwei massive bunkerähnliche Kabeleinführungsgebäude, Betonplattenstraßen sowie die nivellierten Abstrahlflächen für den Funkwellenbetrieb belegen.
- 8 Im Mai 2013 endete die Nutzung als Sendeanlage. Ab Mai 2014 wurde ein Teil der oberirdischen Bebauung, insbesondere die Masten, Spanten und Kabelkanäle schrittweise zurückgebaut. Die Antennenmäste wurden bis 2015 demontiert, die technischen Sendeanlagen bis 2016. Bei den Fundamenten erfolgte der Rückbau bis ca. 1,50 m unter Geländeoberkante. Die südöstliche und südwestliche Abstrahlfläche und große Teile der Betonplattenstraßen, die vier Kabeleinführungsgebäude auf der südöstlichen und südwestlichen Antennenstraße sowie die Betriebsgebäude der Sendeanlage sind noch vorhanden. Die Abstrahlflächen sind in ihren Dimensionen heute noch sichtbar.
- 9 Das gesamte Betriebsgelände des ehemaligen Senders, einschließlich der Pufferzonen und Sperrgebiete mit erhöhten Strahlungswerten, auf denen die Fotovoltaikinstallation errichtet werden soll, ist eingezäunt.
- 10 Die Änderung des Flächennutzungsplans sowie Änderung bzw. Aufstellung eines Bebauungsplans „Freiflächen Photovoltaikanlage [...] Teilplan 2“ wurde am 4. Oktober 2016 beschlossen. Die Vorhabensfläche befindet sich im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, welcher am 10. Juli 2017 in Kraft getreten ist.
- 11 Am 17. Mai 2018 fand eine Ortsbegehung und Sichtung der oberen Bodenschichten auf der südöstlichen und südwestlichen Abstrahlfläche statt. In der Teilabschnittsfläche „[...] B“ und Teilabschnittsfläche „[...] C“ wurden jeweils fünf stichprobenartige, über die gesamte Vorhabensfläche verteilte Schürfen vorgenommen und eine weitere Schürfe außerhalb der streitgegenständlichen Teilfläche. Wegen der Einzelheiten der Schürfen wird auf folgende Dokumente Bezug genommen:
 - Berichte zur gutachterlichen Schürfe auf dem Gelände der südöstlichen und südwestlichen Abstrahlfläche vom 17. Mai 2018,
 - zur Akte gereichte Lichtbilddokumentationen
 - des Gutachtens zum Nachweis einer baulichen Anlage nach den Regelungen des EEG 2017 der ehemaligen Maststandorte für die südöstliche

Abstrahlfläche der Sendeanlage [...] in [...] vom 6. Juni 2018 (nachfolgend: Gutachten „[...] B“)

- sowie des entsprechenden Gutachtens für die südwestliche Abstrahlfläche vom 4. Juli 2018 (nachfolgend: Gutachten „[...] C“).

12 In beiden Berichten wird unter „Auswertung“ wie folgt ausgeführt:

„Die stichprobenartigen Schürfen haben ergeben, daß:

- die gemäß Erkundungsgutachten von Herrn Prof. Dr. [...] aus dem Jahr 1970² vor Beginn der Bauarbeiten durchschnittlich 40 cm starke anmoorige Mutterbodenschicht heute ... nicht mehr vorhanden ist,
- diese Mutterbodenschicht auf den umliegenden und baulich unberührten Wiesen immer noch nachweisbar vorhanden ist,
- Auffüllungen und Verdichtungen zur Einebnung bzw. Nivellierung der Fläche vorgenommen wurden und heute vorhanden sind.“³

13 In den Gutachten „[...] B“ und „[...] C“ heißt es auszugsweise:

„Die Nachwirkungen der baulichen Maßnahmen sind auch im Hinblick auf die erfolgte Bodenveränderung für die gesamte Vorhabenfläche gegeben und immer noch bestimmend. Dies begründet sich insbesondere auf folgende Nachwirkungen aus den baulichen Maßnahmen:

- voll versiegelte Flächen im Bereich der Fahrtwege mit ca. 10.000 m²,
- teilversiegelte Flächen im Bereich der ehemaligen Leitungskanäle und der zurückgebauten Fundamente mit ca. 5.000 m²,
- Abtrag bzw. überwiegender Abtrag der Mutterbodenschicht ... ,
- die Einhebung bzw. Planierung der Abstrahlfläche, in Teilen auch durch Aufbringen von Kiesen,

²Anm. des Schiedsgerichts: Bei der Jahresangabe handelt es sich um ein offensichtliches Schreibversehen; es muss richtigerweise „1968“ heißen.

³Bericht im Anhang zu den Gutachten „[...] B“ und „[...] C“, ohne Seitenzahl. Hervorhebungen wie im Original.

- großflächige Bodenverdichtungen,
- rudimentäre Baukörperreste,
- 2 massive bunkerähnliche Kabeleinführgebäude.“⁴

14 Zudem stellt der Gutachter fest:

„Die Verminderung der Bodenfruchtbarkeit war im Bereich der Antennenarme bzw. Abstrahlflächen gewollt und hat das Wachsen von Pflanzen weitestgehend verhindert. Auf dem Gelände wurden Plattenwege, Kabelschächte und Kanäle sowie verschiedene Fundamente angelegt, um den Betrieb der Sendeanlage zu gewährleisten.“⁵

15 In den Gutachten „[...]B]“ und „[...]C]“ werden für den nördlichen Teil des Südostarms und den nordöstlichen Teil des Südwestarms des Weiteren die folgenden Feststellungen getroffen:

„... – also der Bereich nahe dem zentralen Senderhauptgebäude – war fast vollflächig versiegelt (befahrbar betonierte) und mit Betriebsgebäuden für die Antennenkabel (Einführungsgebäude) bebaut. Diese zwei Betriebsgebäude für den Anschluß und das Spannen der entsprechend dimensionierten Antennenkabel sind derart massiv aus Stahlbeton errichtet, dass sie nicht zurückgebaut werden (bunkerartige Bauverhältnisse).

Die Gesamtheit der vorliegenden baulichen Tätigkeiten auf dem Gelände des ehemaligen ... Mastarmes der Senderanlage mit ihren Nachwirkungen haben dazu geführt, dass eine großflächig befestigte

Abstrahlfläche

entstanden ist, die in ihren Dimensionen heute noch klar erkennbar ist und ihre bauliche Bestimmung heute noch erfüllt. Die Fläche

⁴S. 14 des Gutachtens „[...]B]“ und S. 16 des Gutachtens „[...]C]“. Auslassung nicht im Original.

⁵S. 16 der Gutachten „[...]B]“ und „[...]C]“.

ist in ihren ökologischen Funktionen als Lebensgrundlage und Lebensraum für Tiere und Pflanzen schwerwiegend beeinträchtigt und geschädigt.“⁶

16 In beiden Gutachten wird außerdem zu beiden Teilabschnittsflächen ausgeführt:

„Mutterböden sind vollflächig nicht vorhanden und werden sich infolge der vorhandenen Bodenverdichtung und einhergehender Erosion nicht entwickeln können. Für den landwirtschaftlichen Ackerbau ist dieser Bereich somit nicht nutzbar. Dieser Zustand wird durch folgende Feststellungen nachgewiesen:

- ...
- gemäß gutachterlicher Schürfen am 15. Mai 2018 konnten auf der Seite 12 dieses Gutachtens⁷ rot umrandeten baulichen Anlage keine anmoorigen Mutterböden festgestellt werden, vielmehr wurden teils stark verdichtete Kies- und Schotterflächen vorgefunden,
- der Abstrahlflächenform folgend verlaufen zwei mittels Betonplatten hergestellte Straßen sowie eine Verbindungsstraße (ebenfalls betonierte)
- ...

Nach Sichtung der raumordnerischen Unterlagen, insbesondere des Flächenutzungsplanes und des Bebauungsplans, bestehen keine Bedenken gegen die Errichtung einer Photovoltaikanlage, da diese weder

- den Wasserhaushalt,
- die dringend notwendige Bodenreaktivierung,
- die Schaffung von Ruderalfluren zur Aktivierung des biologischen Bodenhaushalts und de[n] Aufbau einer Mutterbodenschicht,

⁶Hinweis des Schiedsgerichts: Bezogen auf den südöstlichen und südwestlichen Mastarm; S. 16 des Gutachtens „[...B]“ und S. 16 f. des Gutachtens „[...C]“. Auslassungen nicht im Original, Hervorhebungen wie im Original.

⁷Hinweis des Schiedsgerichts: Die Seitenangabe bezieht sich auf beide Gutachten. Bei der Datumsangabe handelt es sich um ein Schreibversehen; gemäß dem Schreiben der Schiedsklägerin vom 29.11.2018 muss es richtigerweise „17. Mai“ heißen.

- den Lebensraum der in diesem Bereich vorgefundenen Tiere (Amphibien, Insekten, Kleinsäuger) beeinflussen.“⁸

17 Weiter heißt es:

„Der Bau der Abstrahlfläche für das optimale Aussenden der Kurzwellen war für die moderne Anlage unumgänglich. Da die Funktion eines Kurzwellensenders sehr komplex ist, wird an dieser Stelle darauf hingewiesen, das in Bezug auf die Dielektrizitätskonstante und die Leitfähigkeit des Bodens bestimmte Anforderungen gestellt werden, die nur durch bauliche Maßnahmen auf der Fläche erreicht werden können . . . Gemäß Konversionsgutachten wurde bereits festgestellt, dass es sich bei der Fläche um eine Konversionsfläche i. S. des EEG handelt. Die Fläche ist erheblich in ihrer ökologischen Funktion eingeschränkt. Die vorhandenen Pionierpflanzen unterscheiden sich deutlich vom Bewuchs und Art im Vergleich mit baulich unberührten Flächen. Eine Renaturierung bzw. sogenannte Sukzession hat nicht stattgefunden . . . Die geschaffene ‚Abstrahlfläche‘ wurde vollflächig nivelliert und verfestigt. Alle baulichen Veränderungen dieses Areals – die zwischen 1970 und 1972 entstanden sind – stellen baugenehmigungspflichtige Arbeiten dar.“⁹

18 Die Fotovoltaikinstallation wird im Bereich der südöstlichen Abstrahlfläche über in den Boden gerammte Pfosten (ca. 1,60 m bis 1,80 m Tiefe) aufgestellt. Dabei bleibt die östliche Betonplattenstraße als Serviceweg erhalten. Die westliche Betonplattenstraße wird überbaut, wobei die Betonplatten entfernt werden, der Straßenunterbau auf der Abstrahlfläche aber erhalten bleibt. Im Bereich der südwestlichen Abstrahlfläche werden die Module mittels im Boden verankerter oder auf diesem aufliegender Aufständern installiert.

19 Wegen des Zustands der Vorhabensfläche wird auf die den beiden Gutachten „[. . . B]“ und „[. . . C]“ beigefügten Fotodokumentationen Bezug genommen. Wegen der Bodenbeschaffenheit wird zudem auf S. 13 des Gutachtens „[. . . B]“ und auf S. 14 des Gutachtens „[. . . C]“ verwiesen. Darüber hinaus wird wegen der genauen Belegenheit der geplanten Fotovoltaikinstallation auf die Luftbilder auf S. 12 des Gutachtens „[. . . B]“ und auf S. 13 des Gutachtens „[. . . C]“ Bezug genommen.

⁸S. 17 f. der Gutachten „[. . . B]“ und „[. . . C]“. Hervorhebungen wie im Original, Auslassung nicht im Original.

⁹S. 24 ff. des Gutachtens „[. . . B]“ und S. 25 ff. des Gutachtens „[. . . C]“. Hervorhebungen wie im Original, Auslassungen nicht im Original.

- 20 Die Schiedsklägerin meint, ihr stehe für den künftig in ihrer Fotovoltaikinstallation erzeugten und in das Netz der Schiedsbeklagten eingespeisten Strom ein entsprechender Förderanspruch nach dem EEG zu, da die Vorhabensfläche, auf welcher die Fotovoltaikinstallation errichtet werden soll, eine sonstige bauliche Anlage darstelle.
- 21 Die Schiedsbeklagte hegt Zweifel, ob es sich bei der Vorhabensfläche um eine sonstige bauliche Anlage i. S. d. EEG handelt. Denn bei dem benachbarten Gelände der ehemaligen Sendeanlage „[...]“, auf der eine Freiflächenanlage mit einer installierten Leistung von insgesamt 45 MW_p installiert worden ist, handele es sich um eine Konversionsfläche.
- 22 Dem Schiedsverfahren liegt folgende Frage zugrunde:

Besteht für den Strom, der in den geplanten Solaranlagen „[...] Teilabschnitte [...] B] und [...] C]“ in [...] erzeugt werden soll, ein Vergütungsanspruch gemäß §§ 37 Abs. 1 Nr. 2, 38 ff. EEG 2017? Insbesondere: Werden die Solaranlagen auf einer sonstigen baulichen Anlage errichtet?

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 23 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

- 24 Die Schiedsklage ist begründet, denn es handelt sich bei der Vorhabensfläche um eine sonstige bauliche Anlage im Sinne von § 37 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2017.

2.2.1 Auslegung des Antrags

25 Soweit in Ziffer 1.3 des Schiedsvertrags bei dem Verfahrensgegenstand „§ 48 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017“ genannt wird, geht das Schiedsgericht in entsprechender Anwendung von §§ 133, 157 BGB¹⁰ davon aus, dass es sich um ein Versehen handelt und tatsächlich § 37 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2017 gemeint ist. Die Nennung von „§ 48 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017“ im Schiedsvertrag tritt hinter den geäußerten Willen der Parteien zurück, wie er sich aus den Erklärungen im schiedsrichterlichen Verfahren und den sonstigen Umständen ergibt.¹¹

2.2.2 Prüfungsmaßstab

26 § 37 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2017 lautet:

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

...

2. auf einer sonstigen baulichen Anlage, die zu einem anderen Zweck als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden ist,

...¹²

2.2.3 „bauliche Anlage“

27 Der Begriff der sonstigen baulichen Anlage, die zu einem anderen Zweck als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden ist, ist inhaltlich identisch mit § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Alternative 2 EEG 2017 und den entsprechenden Vorgängerregelungen in § 51 Abs. 1 Nr. 1 Alternative 2 EEG 2014¹³, § 32 Abs. 1

¹⁰Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung v. 02.01.2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes v. 12.07.2018 (BGBl. I S. 1151).

¹¹Vgl. zur Auslegung von Klageanträgen *BVerwG*, Urt. v. 31.01.2018 – 8 C 12.17, abrufbar unter <https://www.bverwg.de/de/310118UgC12.17.0>, Rn. 11, letzter Abruf am 14.12.2018.

¹²Auslassungen nicht im Original.

¹³Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) 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>.

Nr. 1 Alternative 2 EEG 2012¹⁴ und § 32 Abs. 2 EEG 2009¹⁵. Dementsprechend sind zur Auslegung und Anwendung von § 37 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2017 die höchstrichterliche Rechtsprechung und die Arbeitsergebnisse der Clearingstelle zum Begriff der sonstigen baulichen Anlage heranzuziehen.

28 Hierzu hat die Clearingstelle zuletzt im Votum 2018/8 ausgeführt:

„Der Begriff der ‚baulichen Anlage‘ wird im EEG nicht definiert. Nach dem Willen des Gesetzgebers,¹⁶ nach der Rechtsprechung des BGH¹⁷ und nach der ständigen Spruchpraxis der Clearingstelle¹⁸ ist zur Auslegung und Anwendung dieses Begriffs das Verständnis des Bauordnungsrechts maßgeblich.¹⁹ Unter einer baulichen Anlage ist danach ‚jede mit dem Erdboden verbundene, aus Bauteilen und Baustoffen hergestellte

¹⁴Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Art. 5 des dritten Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften v. 20.12.2012 (BGBl. I S. 2730), außer Kraft gesetzt durch Art. 23 Satz 2 des Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), nachfolgend bezeichnet als EEG 2012. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2012/arbeitsausgabe>.

¹⁵Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074 ff.), in der bis zum 31.12.2011 geltenden, zuletzt durch Art. 1 Nr. 33 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634) geänderten Fassung, außer Kraft gesetzt durch Art. 23 Satz 2 des Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2009/arbeitsausgabe>.

¹⁶Siehe 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.

¹⁷BGH, 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>.

¹⁸Clearingstelle, 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/schiedsrv/2016/20>.

¹⁹Schomerus/Reins, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Hrsg.), EEG Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 48 Rn. 51.

Anlage zu verstehen²⁰, wobei auch Aufschüttungen und Abgrabungen, Lagerplätze, Abstellplätze und Ausstellungsplätze grundsätzlich als bauliche Anlagen einzuordnen sind.²¹ Zugrunde zu legen ist dabei nicht allein die bauliche Beschaffenheit einer Anlage, sondern vor allem die Funktion und der Zweck der Anlage.²² Eine Versiegelung der Fläche ist für die Annahme einer baulichen Anlage nicht erforderlich.²³ Über die Definition der baulichen Anlage hinaus werden auch ‚Abgrabungen, Aufschüttungen und Lagerplätze‘ in der Musterbauordnung²⁴ 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 2014.²⁵²⁶

- 29 Es handelt sich bei der Vorhabensfläche zum einen um eine „fiktive“ bauliche Anlage i. S. v. § 2 Abs. 1 Satz 2 MBO, weil es auf der Vorhabensfläche flächendeckend zu Abgrabungen und Aufschüttungen kam.
- 30 Aufschüttungen und Abgrabungen sind durch künstliche Eingriffe auf Dauer angelegte Veränderungen der Bodenoberfläche.²⁷ Aufschüttungen erhöhen das Bodenniveau durch das Aufbringen von Stoffen, während bei Abgrabungen das Bodenniveau künstlich abgesenkt wird. Weder bei Aufschüttungen noch bei Abgrabungen kommt

²⁰BGH, 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.

²¹BGH, Urt. v. 17.07.2013 – VIII ZR 308/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2364>, Rn. 16 ff.

²²Vgl. 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. 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.

²³BGH, 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.

²⁴*Bauministerkonferenz*, Musterbauordnung Fassung November 2002, abrufbar unter <https://www.is-erbebau.de/>, zuletzt abgerufen am 12.04.2018. Nachfolgend zitiert als MBO.

²⁵Vgl. 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.

²⁶*Clearingstelle*, Votum v. 13.04.2018 – 2018/8, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2018/8>, Rn. 13.

²⁷OVG Magdeburg, Beschl. v. 04.09.2017 – 2 M 69/17, abrufbar unter <http://www.landesrecht.sachsen-anhalt.de>, Rn. 13.

es darauf an, ob hierdurch ein historisches Bodenniveau wiederhergestellt oder – wie im vorliegenden Fall – ein zuvor nicht vorhandenes Bodenniveau künstlich geschaffen wird.²⁸

- 31 Bei der Vorhabensfläche wurde mit der Errichtung der Sendeanlage eine ebene, homogene Abstrahlfläche geschaffen, um Verzerrungen beim Sendebetrieb zu vermeiden; hierbei wurde auf dem gesamten Vorhabenareal der anmoorige Mutterboden mit einer Mächtigkeit von durchschnittlich 40 cm abgetragen, anschließend durch Kies und Schotter nivelliert und verdichtet sowie mit weiteren Baustoffen befestigt.
- 32 Zum anderen handelt es sich jedenfalls bei den Teilen der Vorhabensfläche, auf denen die Versorgungsschächte, Kabelbrücken, Gewichtshalterungen, die massiven bunkerähnlichen Kabeleinführungsgebäude sowie die Betonplattenstraßen noch erhalten sind, um aus Bauprodukten – insbesondere aus Beton und Stahl – hergestellte bauliche Anlagen i. S. v. § 2 Abs. 1 Satz 1 MBO.
- 33 Die daraus folgende Einordnung der Vorhabensfläche als bauliche Anlage wird auch von der Schiedsbeklagten nicht bezweifelt.

2.2.4 Keine natürliche Überprägung

- 34 Die Eigenschaft der Vorhabensfläche als bauliche Anlage ist auch nicht durch eine im Zeitverlauf eingetretene Renaturierung entfallen. Aus den Gutachten (s. Rn. 11 ff.) ergibt sich, dass die Vorhabensfläche sich nicht einem natürlichen Zustand angenähert hat, auch wenn die Nutzung als Sendeanlage bereits vor mehreren Jahren beendet wurde und Teile der Sendeanlage zurückgebaut worden sind.

2.2.5 Verhältnis zwischen baulicher Anlage und Konversionsfläche

- 35 Der Einordnung der Vorhabensfläche steht auch nicht entgegen, dass nach dem Vortrag der Schiedsbeklagten in der Nachbarschaft eine andere Sendeanlage als Konversionsfläche eingestuft und der Strom aus den dort errichteten Freiflächenanlagen dementsprechend vergütet wird. Ebensowenig ist entscheidungserheblich, ob sich aus den Konversionsflächengutachten, die in den Gutachten „[...]B“ und „[...]C“ erwähnt werden,²⁹ die Konversionsflächeneigenschaft der Vorhabensfläche ergibt.

²⁸OLG Koblenz, Urt. v. 21.12.2017–6 U 12/17, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee-kwkg.de/rechtsprechung/4308>, Rn. 65 ff.

²⁹Die Konversionsflächengutachten lagen dem Schiedsgericht nicht vor.

- 36 Denn es besteht kein Ausschluss- oder Über-/Unterordnungsverhältnis zwischen den Regelungen zu Konversionsflächen (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe b) EEG 2017) und zu den sonstigen baulichen Anlagen (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2017). Ein solches ergibt sich weder aus dem Wortlaut der Vorschrift, noch ist es nach dem Förderzweck geboten.³⁰ 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 Bieterinnen und Bietern im Ausschreibungsverfahren frei, ihr Gebot auf diejenige Förderkategorie zu beziehen, die ihnen vorteilhaft erscheint.
- 37 Dieses Wahlrecht ergibt sich mittelbar aus § 38a Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe a) EEG 2017. Danach erhalten Bieterinnen und Bieter nur dann eine Zahlungsberechtigung, wenn sie

„als Standort für die Solaranlagen eine Fläche nach § 37 Absatz 1 Nummer 1, 2 *oder* Nummer 3 Buchstabe a bis g“

angeben; der Gesetzeswortlaut stellt damit alle in § 37 Abs. 1 EEG 2017 genannten Flächen in ein Gleichrangigkeitsverhältnis und verlangt von den erfolgreichen Bieterinnen und Bietern lediglich die Zuordnung von Gebotsmengen zu den in § 37 Abs. 1 Nr. 1, 2 oder 3 Buchstabe a) bis g) EEG 2017 aufgezählten Förderkategorien.

- 38 Auch aus § 37 Abs. 3 und § 38a Abs. 1 Nr. 5 EEG 2017 kann nicht hergeleitet werden, dass bei Konversionsflächen, die zugleich eine sonstige bauliche Anlage darstellen, eine Förderung nur nach den Vorschriften gewährt werden darf, die für Freiflächenanlagen auf Konversionsflächen gelten. § 37 Abs. 3 EEG 2017 regelt, dass die Gebotsmenge bei Geboten für Freiflächenanlagen pro Gebot eine zu installierende Leistung von 10 MW nicht überschreiten darf. Gemäß § 38a Abs. 1 Nr. 5 Buchstabe a) EEG 2017 darf bei Freiflächenanlagen eine Zahlungsberechtigung nur ausgestellt werden, wenn die installierte Leistung 10 MW nicht überschreitet. Im vorliegenden Fall wäre die Fotovoltaikinstallation daher nicht förderfähig, bestünde ein Vorrang der Konversionsflächenregelung vor den Bestimmungen zu den sonstigen baulichen Anlagen. Denn weder § 37 Abs. 3 EEG 2017 noch § 38a Abs. 1 Nr. 5 Buchstabe a) EEG 2017 lässt sich ein Rangverhältnis zwischen verschiedenen Förderkategorien entnehmen:

³⁰Ebenso 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).

- 39 Der **Wortlaut** ist insofern eindeutig, als Solaranlagen, die auf sonstigen baulichen Anlagen³¹ angebracht sind, *keine* Freiflächenanlagen sind (vgl. § 3 Nr. 22 EEG 2017) und daher die Frage, ob es sich im konkreten Fall um eine Freifläche oder eine sonstige bauliche Anlage handelt, vorgereift ist. Handelt es sich – potentiell – um beides, bedarf es mangels einer gesetzlichen Vorgabe der Entscheidung des Bieters. Entscheidet der Bieter, dass die Vorhabensfläche als sonstige bauliche Anlage behandelt werden soll, so kann dem Wortlaut nach weder § 37 Abs. 3 noch § 38a Abs. 1 Nr. 5 Buchstabe a) EEG 2017 angewendet werden.
- 40 Auch aus der **Gesetzesentstehung** und den Gesetzgebungsmaterialien lässt sich kein Vorrang der Konversionsflächenregelung herleiten. In den Entwürfen des EEG 2017 wird hinsichtlich der 10-MW-Grenze auf die Vorgängerregelung in § 51 Abs. 4 EEG 2014 Bezug genommen und insoweit stets an den Begriff der Freiflächenanlage angeknüpft.³²
- 41 Die **historische Auslegung** bestätigt diesen Befund. Denn die 10-MW-Schwelle in § 51 Abs. 1 EEG 2014 i. V. m. §§ 6 Abs. 2, 22 Abs. 1 Nr. 4 Buchstabe b) FFAV³³ betraf ebenfalls nur Freiflächenanlagen. Unter Geltung des EEG 2014 i. V. m. der FFAV waren Solaranlagen auf sonstigen baulichen Anlagen sogar vollkommen vom Ausschreibungserfordernis ausgenommen, so dass nach der damaligen Rechtslage der Vorteil für die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber noch größer war, wenn sie die Vorhabensfläche als sonstige bauliche Anlage einstufen. Aus den Gesetzgebungsmaterialien zur FFAV lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber insoweit den Anlagenbetreiberinnen und -betreibern ein Wahlrecht einräumte und damit zwischen den einzelnen Förderkategorien kein Über- und Unterordnungsverhältnis sah:

„Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie, die sich auf baulichen Anlagen und zugleich auf einer der in § 51 Absatz 1 Nummer 2 und 3 EEG 2014 genannten Flächenkategorien befinden, können auch nach Ablauf der Übergangsvorschrift des § 55 Absatz 3 EEG 2014 wählen, ob sie die EEG-Förderung nach § 51 Absatz 1

³¹Dabei muss der Errichtungszweck der baulichen Anlage vorrangig ein anderer sein als die Solarstromerzeugung; Aufständerungen („Modultische“) als solche sind daher keine sonstigen baulichen Anlagen in diesem Sinne.

³²BT-Drs. 18/8860, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2017/urfassung/material>, S. 149, 217, 221: „Ziel dieser Größenbegrenzung ist es insbesondere, eine räumliche Ballung von Freiflächenanlagen zu verhindern...“

³³Verordnung zur Einführung von Ausschreibungen der finanziellen Förderung für Freiflächenanlagen sowie zur Änderung weiterer Verordnungen zur Förderung der erneuerbaren Energien (FFAV) v. 06.02.2015 (BGBl. I, S. 108), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/ffav>.

Nummer 1 EEG 2014 oder eine finanzielle Förderung nach dieser Verordnung in Anspruch nehmen wollen.“³⁴

- 42 Dem steht das Urteil des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 28. Mai 2013³⁵ nicht entgegen. Das Oberlandesgericht hat bei der Prüfung von § 20 Abs. 4 Satz 1 EEG 2009 i. V. m. § 32 EEG 2009 ein Wahlrecht des Anlagenbetreibers abgelehnt und geurteilt, dass bei sonstigen baulichen Anlagen die Regelungen für Freiflächenanlagen nicht anwendbar sind. Die Clearingstelle hatte hingegen im Votum 2010/10 entschieden, dass es den Anlagenbetreiberinnen und -betreibern nicht verwehrt ist, sich auch bei Erfüllung eines voraussetzungsärmeren Tatbestandes (bauliche Anlage) der Prüfung eines voraussetzungsreicheren Tatbestandes (Konversionsfläche) zu unterwerfen.³⁶ Dies kann hier indes dahinstehen. Denn zum einen käme es auf Grundlage der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts ebenfalls zu dem hier getroffenen Ergebnis, weil nach dem Urteil die Schiedsklägerin zwar kein Wahlrecht hätte, sie aber die Regelungen für sonstige bauliche Anlagen sogar anwenden *müsste*. Zum anderen hält das Schiedsgericht die Ausführungen des Brandenburgischen Oberlandesgerichts, die sich auf die 2010 vorgenommene Sonderdegression bei bestimmten Solaranlagen bezog, nicht für übertragbar auf die hier auszulegenden Vorschriften des EEG 2017 zur Teilnahme an Ausschreibungen.

Dr. Lovens-Cronemeyer

Teichmann

Dr. Winkler

³⁴BMWi, FFAV Referentenentwurf vom 15.01.2015, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/ffav/material>, S. 63.

³⁵Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urt. v. 28.05.2013 – 6 U 46/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2468>.

³⁶Clearingstelle, Votum v. 16.09.2010 – 2010/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2010/10>, Rn. 49 ff.