

2013/9

28. Oktober 2013

Votum

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

Leitsätze:

1. Die in der Empfehlung 2008/48 der Clearingstelle EEG zum Landschaftspflegebonus nach § 27 Abs. 4 Nr. 2 i. V. m. Anlage 2 Nr. II. 1 EEG 2009¹ unter Nr. 1.(a) aufgestellte widerlegliche Vermutung ist eine sog. tatsächliche Vermutung. Daher ist zunächst davon auszugehen, dass es sich bei Schnitt- und Mahdgut, das auf den unter Nr. 1.(a) der Empfehlung genannten Flächen (u. a. gesetzlich geschützte Biotop- und Flächen aus Agrarumwelt- oder vergleichbaren Förderprogrammen) anfällt, um Landschaftspflegematerial handelt.
2. Die qualitativen Anforderungen, die der Begriff der Landschaftspflege im Sinne des EEG und der Empfehlung 2008/48 beinhaltet, sind bei den Einsatzstoffen, die auf den unter Nr. 1.(a) der Empfehlung genannten Flächen anfallen (vgl. hierzu Rn. 23), und bei den Einsatzstoffen, die bei Tätigkeiten anfallen, welche die Indizien unter Nr. 1.(b) der Empfehlung erfüllen (vgl. hierzu ebenfalls Rn. 23), einheitlich. Nr. 1.(a) der Empfehlung beinhaltet keine materielle Privilegierung oder sonst geringere EEG-rechtliche Anforderungen an das eingesetzte Landschaftspflegematerial, sondern lediglich eine Beweis-erleichterung.

¹Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 24.09.2009 – 2008/48, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/48>, Nr. 1.(a).

3. Wenn der zuständige Netzbetreiber Zweifel daran hat, dass Einsatzstoffe, die von unter Nr. 1.(a) der Empfehlung genannten Flächen stammen, Landschaftspflegematerial ist, kann er die unter Nr. 1 genannte tatsächliche Vermutung erschüttern, indem er die ernsthafte Möglichkeit darlegt, dass das Landschaftspflege-Niveau auf diesen Flächen niedriger ist als auf Flächen, die die Indizien unter Nr. 1.(b) der Empfehlung erfüllen.
4. Die Indizien unter Nr. 1.(b) der Empfehlung 2008/48 sind nicht abschließend. Anlagenbetreiberinnen und -betreiber können darlegen und beweisen, dass durch andere als die in Nr. 1.(b) genannten Tätigkeiten ein entsprechendes Landschaftspflege-Niveau erreicht wird, wie es bei den in Nr. 1.(b) der Empfehlung genannten Bewirtschaftungsformen gegeben ist, und dass damit die von den so bewirtschafteten Flächen stammenden Einsatzstoffe „Landschaftspflegematerial“ sind:
 - (a) Erschüttert der Netzbetreiber die Vermutung, dass es sich bei Einsatzstoffen, die von einer unter Nr. 1.(a) der Empfehlung genannten Fläche stammen, um Landschaftspflegematerial handelt, so kann die Anlagenbetreiberin bzw. der -betreiber beweisen, dass bei der Bewirtschaftung dieser Fläche entweder die unter Nr. 1.(b) der Empfehlung genannten Indizien eingehalten werden oder aufgrund anderer (Bewirtschaftungs-)Maßnahmen ein entsprechendes Landschaftspflege-Niveau wie bei Erfüllung der Indizien aus Nr. 1.(b) der Empfehlung erreicht wird.
 - (b) Stammen Einsatzstoffe von anderen als unter Nr. 1.(a) der Empfehlung genannten Flächen – also von Flächen, für die die tatsächliche, widerlegliche Vermutung nicht greift –, kann die Anlagenbetreiberin bzw. der -betreiber darlegen und – bei Bestreiten des Netzbetreibers – beweisen, dass bei der Bewirtschaftung dieser Fläche entweder die unter Nr. 1.(b) der Empfehlung genannten Indizien eingehalten oder aufgrund anderer (Bewirtschaftungs-)Maßnahmen ein entsprechendes Landschaftspflege-Niveau wie bei Erfüllung der Indizien aus Nr. 1.(b) der Empfehlung erreicht wird.

5. Die Verwendung von Einsatzstoffen – bspw. Mais und Roggen –, die von Flächen stammen, die im Rahmen des Niedersächsischen und Bremer Agrarumweltprogrammes NAU/BAU mit der Maßnahme A₃ (Ausbringen von flüssigem Wirtschaftsdünger, z. B. Gülle, auf Acker- und Grünland mit besonders umweltfreundlichen Ausbringungsverfahren, z. B. mit sog. Schleppschläuchen) bewirtschaftet werden, begründet zwar nach Nr. 1.(a) der Empfehlung 2008/48 die widerlegliche *Vermutung* für das Vorliegen von Landschaftspflegematerial (s. o. Nr. 1). Erschüttert aber der Netzbetreiber diese Vermutung (s. o. Nr. 3) und kann die Anlagenbetreiberin bzw. der -betreiber keine anderweitigen Nachweise (s. o. Nr. 2) vorbringen, reicht allein die Einhaltung dieses Agrarumweltprogramms nicht aus, um zu beweisen, dass diese Einsatzstoffe die Anforderungen an „Landschaftspflege“-Material nach § 27 Abs. 4 Nr. 2 i. V. m. Anlage 2 Nr. II. 1 EEG 2009 auch tatsächlich erfüllen.

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchstellerin –

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG durch den Vorsitzenden Dr. Lovens und die ständigen Beisitzerinnen Dr. Pippke und Richter² sowie die nichtständigen Beisitzer Grobrügge und Weißenborn aufgrund der mündlichen Erörterung vom 21. Februar 2013 am 28. Oktober 2013 einstimmig folgendes Votum:

Die Anspruchstellerin hat für die Jahre 2009 und 2010 keinen Anspruch auf den sog. Landschaftspflegebonus gemäß §§ 16 Abs. 1, 27 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2009 i. V. m. Anlage 2 Nr. I und VI.2.c) EEG 2009.

²Das Mitglied Reißerweber ist zum 31.03.2013 aus der Clearingstelle EEG ausgeschieden.

I Tatbestand

- 1 Die Parteien sind uneins, ob die Anspruchstellerin für die Jahre 2009 und 2010 einen Anspruch auf den sog. Landschaftspflegebonus gemäß §§ 16 Abs. 1, 27 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2009 i. V. m. Anlage 2 Nr. I und VI.2.c) EEG 2009³ für die in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeiste Strommenge hat.
- 2 Die Anspruchstellerin betreibt seit 2005 eine Biogasininstallation mit einer Gesamtleistung von 340 kW_{el}. Die Anlage ist ausschließlich für den Einsatz von nachwachsenden Rohstoffen und Gülle genehmigt worden. Ausweislich eines Umweltgutachtens vom 23. Januar 2010 von [...] GmbH (nachfolgend: Umweltgutachten) wurden in der Biogasininstallation der Anspruchstellerin im Kalenderjahr 2009 ausschließlich Schweinegülle, Mais sowie Ganzpflanzensilage (Roggen) als Substrate eingesetzt. Die eingesetzten Substrate Mais und Roggen werden von der Anspruchstellerin zum Zwecke der Stromerzeugung angebaut. Die Frucht wird einmal im Kalenderjahr angebaut und geerntet. Das Umweltgutachten bestätigt für das Jahr 2009 die für den sog. Landschaftspflegebonus geforderte Einhaltung des „überwiegenden“ Anteils von Landschaftspflegematerial am Gesamteinsatz in den Fermenter.
- 3 Die Anspruchstellerin nimmt seit dem Jahr 2004 für die Anbaufläche für Mais und Roggen am Niedersächsischen (und später auch Bremer) Agrar-Umweltprogramm⁴ („NAU“ bzw. „NAU/BAU“) teil. Eine der insgesamt sieben förderfähigen Maßnahmen betrifft die von der Anspruchstellerin umgesetzte Maßnahme A3: „Ausbringen von flüssigem Wirtschaftsdünger auf Acker- und Grünland mit besonders umweltfreundlichen Ausbringungsverfahren“, vorliegend das Ausbringen von Gülle mittels sogenannter Schleppschläuche. Hierzu führt das Umweltgutachten Folgendes aus:

³Gesetz 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, nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/ee2009/arbeitsausgabe>.

⁴Anmerkung der Clearingstelle EEG: Die Richtlinien über die Gewährung von Zuwendungen sind veröffentlicht als Runderlass des Niedersächsischen Landwirtschaftsministeriums v. 21.07.2004 - 107.2-60170/02/04 (Nds. MBl. Nr. 34/2004 S. 655), geändert durch Runderlass v. 20.06.2007 (Nds. MBl. Nr. 27/2007 S. 652) – VORIS 78900 –; für den streitgegenständlichen Zeitraum galten die Zuwendungsrichtlinien gemäß Runderlass des Niedersächsischen Landwirtschaftsministeriums v. 01.10.2008 - 107.2-60170/02/08 (Nds. MBl. Nr. 41/2008 S. 1079) – VORIS 78900 –.

„Maßgeblich für die vorliegende Beurteilung des Sachverhalts und insbesondere die Auslegung des Begriffes Landschaftspflegematerial ist die Stellungnahme der EEG Clearingstelle vom 14.09.2009 im Rahmen des Empfehlungsverfahrens 2008/48. Danach ist der Begriff des Landschaftspflegematerials ausdrücklich aktivitätsbezogen und weit auszulegen (...), Schnitt- und Mahdgut, welches auf Flächen aus Agrarumwelt- oder vergleichbaren Förderprogrammen anfällt, wird explizit dazugezählt.

...

Nach derzeitigem Stand der Auslegung der Regelungen im Hinblick auf den Landschaftspflegebonus nach EEG 2009 besteht kein Zweifel daran, dass Erntegut von Flächen, die nachweislich an Agrarumweltmaßnahmen teilnehmen, als sog. Landschaftspflegematerial bezeichnet werden kann.

Ein Großteil der Substrate, die in der Biogasanlage der [...] vergoren werden, stammt von Flächen, die nach Maßgabe des Agrarumweltprogramms NAU A3 bewirtschaftet wurden.“

- 4 Aus den ergänzenden Hinweisen zu den Bewilligungsbescheiden NAU A3 der Anspruchstellerin aus dem Jahr 2003, ausgestellt durch das Amt [...], und aus dem Jahr 2008 durch die Landwirtschaftskammer [...], folgt u. a., dass die Teilnehmer an dem Programm in Bezug auf den flüssigen Wirtschaftsdünger bestimmte Anforderungen – wie jährliche Laboruntersuchungen des flüssigen Wirtschaftsdüngers auf seinen Gesamtstickstoffgehalt sowie die Durchführung eines Nährstoffvergleichs mit dem Vorjahr nach § 5 der Düngeverordnung⁵ – erfüllen müssen. Zudem darf der Umfang der Dauergrünlandfläche des Betriebes, außer in Fällen des Besitzwechsels, der mehrjährigen Stilllegung oder der Erstaufforstung, nicht verringert werden. Die Auflage aus dem Bewilligungsbescheid, dass der Umfang des Dauergrünlandanteils nicht verringert werden darf, wird von der Anspruchstellerin – wie durch die Landwirtschaftskammer im Jahr 2011 geprüft und bestätigt – eingehalten.
- 5 Mit Schreiben vom 25. März 2010 lehnte die Anspruchsgegnerin für das Jahr 2009 die Zahlung des Landschaftspflegebonus ab. In ihrem Schreiben führte sie hierzu aus:

⁵Verordnung über die Anwendung von Düngemitteln, Bodenhilfsstoffen, Kultursubstraten und Pflanzenhilfsmitteln nach den Grundsätzen der guten fachlichen Praxis beim Düngen (Düngerverordnung – DüV) i. d. Fassung der Bekanntmachung v. 27.02.2007 (BGBl. I S. 221), zuletzt geändert durch Art. 5 Abs. 36 des Gesetzes v. 24.02.2012 (BGBl. I S. 212).

„Die Anforderungen des Landschaftspflege-Bonus sehen wir als nicht erfüllt an. Landschaftspflege-Material fällt bei Maßnahmen an, die vorrangig der Landschaftspflege dienen.

Indizien hierfür sind der vollständige Verzicht auf mineralischen Dünger und auf chemische Pflanzenschutzmittel sowie eine an den ökologischen Anforderungen der Fläche orientierte Abfolge der Mahdtermine bzw. eine Einschränkung der Mahd auf maximal zwei Termine pro Jahr.“

- 6 Die Anspruchstellerin legte gegen das Schreiben der Anspruchstellerin am 6. April 2010 „Widerspruch“ mit der Begründung ein, dass entsprechend den Aussagen der Empfehlung 2008/48 der Clearingstelle EEG die Kriterien erfüllt seien, welche durch das Umweltgutachten bestätigt würden.
- 7 An der Bewirtschaftung der verfahrensgegenständlichen Flächen der Anspruchstellerin hat sich im Jahr 2009 im Vergleich zum Jahr 2008 nichts geändert.
- 8 Seit dem Jahr 2011 erfüllt die Anspruchstellerin neben der NAU Maßnahme A₃ auch flächendeckend die Maßnahme A₇ („Anbau von Zwischenfrüchten oder Untersaaten auf Ackerflächen des Betriebes“). Seit diesem Jahr erhält die Anspruchstellerin von der Anspruchsgegnerin den Landschaftspflegebonus.
- 9 Im Verlauf des Verfahrens haben die Parteien klargestellt, dass ihrer Ansicht nach für den in der Biomasseanlage der Anspruchstellerin erzeugten Strom (auch in den Jahren 2009 und 2010) jedenfalls ein Anspruch auf Zahlung des sog. NawaRo-Bonus – also des allgemeinen Satzes für Biogasanlagen aus Anlage 2 Nr. VI.2.a EEG 2009 – besteht. Sie haben daher die Verfahrensfrage auf die Frage beschränkt, ob ein Anspruch auf den sog. Landschaftspflegebonus – also den erhöhten NawaRo-Bonus bzw. den erhöhten Satz aus Anlage 2 Nr. VI.2.c) EEG 2009 – besteht.
- 10 Die Anspruchstellerin behauptet, sie habe in den Jahren 2009 und 2010 neben der Schleppschlauchausbringung weitere Maßnahmen zur Landschaftspflege durchgeführt, wenn auch nicht flächendeckend. Es seien vereinzelt Zwischenfrüchte angebaut worden sowie eine Mulchsaat bei Zweitfrüchten. Sowohl der Zwischenanbau als auch der Roggenanbau sei pfluglos erfolgt. Zudem sei durch die Anwendung des sogenannten Splittingverfahrens der Einsatz von chemischen Pflanzenschutzmitteln auf die Hälfte reduziert worden. Neben der Gülle sei nach wie vor künstlicher (mineralischer) Dünger eingesetzt worden.
- 11 Die Anspruchstellerin behauptet zudem, dass sie den Einsatz von Stickstoff wegen der bodennahen Ausbringung habe reduzieren können. So habe bereits im Jahr 2008

der Stickstoffüberhang auf 9 kg pro Hektar reduziert werden können. Nach den Vorgaben der Landwirtschaftskammer sei in den Jahren 2006 bis 2008 ein Stickstoffüberhang von im Durchschnitt 90 kg pro Hektar als üblich angesehen worden. Auch die Reduktion der gasförmigen Stickstoffemissionen sei eine positive Umweltauswirkung der Schleppschlauchausbringung. Dies ergäbe sich aus der von der [...] erstellten Düngebilanz „Betriebliche Ergebnisse 2008 gemäß Düngeverordnung mit Feld-Stall-Vergleich 2008, Gesamtstickstoff aus Wirtschaftsdünger tierischer Herkunft, N-Düngeempfehlung für Ackerland, N_{min}-Richtwerte 2008 und Grunddüngempfehlung für Acker und Grünland“.

- 12 Die Anspruchstellerin ist der Ansicht, dass die Voraussetzungen für den Erhalt des Landschaftspflegebonus erfüllt seien. Insbesondere folge aus der Empfehlung 2008/48 der Clearingstelle EEG, dass ein Anfallen im Rahmen der Landschaftspflege widerleglich vermutet werde, wenn das in Rede stehende Schnitt- und Mahdgut von Flächen aus Agrarumwelt- oder vergleichbaren Förderprogrammen stamme. Diese widerlegliche Vermutung sei von der Anspruchsgegnerin begründet zu erschüttern, was bislang nicht erfolgt sei.
- 13 Die Anspruchsgegnerin ist der Ansicht, dass es für den Landschaftspflegebonus bereits am Vorliegen des Tatbestandsmerkmals „anfallen“ fehle. Denn der gezielte Anbau für die Stromproduktion überwiege im Verhältnis zu etwaigen damit verbundenen Maßnahmen der Landschaftspflege und führe dazu, dass der Mais und Roggen nicht als Landschaftspflegematerial einzustufen sei.
- 14 Auch die von der Anspruchstellerin umgesetzte Maßnahme A3 des NAU-Programms führe nicht dazu, dass der angebaute Mais und Roggen als „Landschaftspflegematerial“ anzusehen sei. Denn diese Maßnahme fördere nur eine bestimmte Art und Weise des Ausbringens von flüssigem Wirtschaftsdünger, beinhalte darüber hinaus aber keinerlei Einschränkungen in der Bewirtschaftung der betreffenden Ackerflächen. Insbesondere gebe es keinerlei Beschränkungen in Bezug auf die Häufigkeit, Dauer und Intensität des Einsatzes von Düngemitteln und/oder Pflanzenschutzmitteln sowie in Bezug auf die Häufigkeit, Dauer und Zeitpunkte der Bewirtschaftung und Bodenbearbeitung im Jahresverlauf. Hiernach sei evident, dass mit dem Förderprogramm NAU A3 keine Maßnahmen gefördert würden, die dazu führten, dass auf diesen Flächen gewonnenes Erntegut als Landschaftspflegematerial zu qualifizieren sei.
- 15 Dies ergebe sich auch aus dem Sinn und Zweck der besonderen Förderung und Vergütung des überwiegenden Einsatzes von Landschaftspflegematerial. So solle aus-

weislich des EEG-Erfahrungsberichtes die besondere Förderung des Einsatzes von Landschaftspflegematerial insbesondere auch die höheren Bereitstellungskosten solcher Landschaftspflegemaßnahmen abdecken. Indes fielen bei Flächen im Rahmen des NAU A₃ mangels Einschränkungen in der Bewirtschaftung gerade keine höheren Bereitstellungskosten an.

- 16 Hilfsweise erklärt die Anspruchsgegnerin, dass die Anspruchstellerin ein „Anfallen im Rahmen der Landschaftspflege“ nicht hinreichend nachgewiesen habe. Das von der Anspruchstellerin vorgelegte Umweltgutachten beschränke sich auf die Feststellung, dass Mais und Roggen von Flächen stamme, für die die Förderung nach NAU A₃ in Anspruch genommen werde. Diese formale Betrachtung genüge nicht. Eine Prüfung der – auch von der Clearingstelle EEG im Rahmen der Empfehlung 2008/48 aufgestellten – inhaltlichen Anforderungen und Kriterien habe – was unstreitig ist – nicht stattgefunden.
- 17 Sofern man eine widerlegliche Vermutung annehme, ist die Anspruchsgegnerin weiterhin der Ansicht, dass sich diese auf die Einhaltung bestimmter inhaltlicher Anforderungen beziehe, etwa hinsichtlich des Düngereinsatzes oder der Saattermine. Zur Erschütterung dieser Vermutung müsse es ausreichen, wenn darauf hingewiesen werde, dass die Einhaltung eines Agrarumweltprogramms im konkreten Fall keine Einschränkung in der Bewirtschaftung und der Pflanzenschutzmittelausbringung vorsehe. Nehme man eine gesetzliche Vermutung an, die den Beweis des Gegenteils durch den Netzbetreiber erfordere, sei zu berücksichtigen, dass der Netzbetreiber über die konkreten Vorgänge keine Kenntnisse habe, so dass eine sekundäre Beweislast bei der Anspruchstellerin zu sehen sei, und ein einfaches Bestreiten des Netzbetreibers ausreichen müsse.
- 18 Mit inhaltsgleichen Anträgen haben sich die Anspruchstellerin und die Anspruchsgegnerin an die Clearingstelle EEG gewandt und beantragt, ein Votumsverfahren gemäß §§ 26 ff. Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG⁶ durchzuführen.
- 19 Mit Beschluss vom 31. Januar 2013 hat die Clearingstelle EEG das Votumsverfahren angenommen und dessen grundsätzliche Bedeutung festgestellt. Die Anspruchstellerin wünschte die Hinzuziehung einer nichtständigen Beisitzerin oder eines nichtständigen Beisitzers durch den im Anhang, Teil A, VerFO genannten Bundesverband Erneuerbare Energie e. V. Die Anspruchsgegnerin wünschte die Hinzuziehung einer nichtständigen Beisitzerin oder eines nichtständigen Beisitzers durch den im An-

⁶Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG in der Fassung v. 06.04.2010, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeq.de/verfahrensordnung>, im Folgenden bezeichnet als VerFO.

hang, Teil A, VerfO genannten BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtenden Fragen lauteten:

Hat die Anspruchstellerin gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch auf Zahlung der erhöhten Vergütung gemäß §§ 16 Abs. 1, 27 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2009 i. V. m. Anlage 2 (sog. NawaRo-Bonus) EEG 2009 für den Strom, den sie in ihrer [...] betriebenen Biomasseanlage erzeugt und in das Netz der Antragsgegnerin einspeist, soweit sie Mais und Roggen als Einsatzstoffe verwendet, die von Flächen stammen, die im Rahmen des Niedersächsischen Agrarumweltprogrammes NAU A3 bewirtschaftet werden, welches das Ausbringen von flüssigem Wirtschaftsdünger, wie z. B. Gülle, auf Acker- und Grünland mit besonders umweltfreundlichen Ausbringungsverfahren, wie z. B. mit sog. Schleppschläuchen, vorsieht?

Wenn ja, besteht insbesondere ein Anspruch auf den sog. Landschaftspflegebonus gemäß §§ 16 Abs. 1, 27 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2009 i. V. m. Anlage 2 Nr. VI.2.c) EEG 2009?

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 20 Das Verfahren ist gemäß den Vorschriften der VerfO zustandegekommen und durchgeführt worden. Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus §§ 26 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 2 Abs. 2 VerfO.
- 21 Den Parteien ist gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 1 VerfO Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 2 VerfO hat die Clearingstelle EEG einen Termin zur mündlichen Erörterung bestimmt. Die Beschlussvorlage hat gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO der Vorsitzende Dr. Lovens erstellt.

2.2 Würdigung

- 22 Die Anspruchstellerin hat für die Jahre 2009 und 2010 keinen Anspruch auf den sog. Landschaftspflegebonus gemäß §§ 16 Abs. 1, 27 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2009 i. V. m.

Anlage 2 Nr. I und VI.2.c) EEG 2009. Dies ergibt sich aus der Anwendung der Empfehlung 2008/48 der Clearingstelle EEG⁷ auf den vorliegenden Fall.

23 In der Empfehlung heißt es u. a.:

1. Pflanzen oder Pflanzenbestandteile fallen dann im Rahmen der Landschaftspflege an, wenn sie bei Maßnahmen zur Erhaltung und Verbesserung eines bestimmten Zustands der Natur und Landschaft anfallen. Der Begriff des Landschaftspflegematerials ist aktivitätsbezogen und weit auszulegen; er umfasst auch Materialien aus forst- und landwirtschaftlicher sowie gartenbaulicher Tätigkeit, sofern diese vorrangig der Landschaftspflege dient.
 - (a) Für ein „Anfallen“ im Rahmen der Landschaftspflege spricht eine widerlegliche Vermutung, wenn Schnitt- und Mahdgut auf folgenden Flächen anfällt:
 - gesetzlich geschützte Biotope,
 - besonders geschützte Natur- und Landschaftsteile,
 - Vertragsnaturschutzflächen, Flächen aus Agrarumwelt- oder vergleichbaren Förderprogrammen,
 - Flächen, auf denen die Bewirtschaftungsauflagen der o. a. Programme freiwillig eingehalten werden sowie
 - Flächen, auf denen vegetationstechnische Pflegemaßnahmen durchgeführt werden, einschließlich u. a. des hierbei anfallenden Straßenbegleitgrüns/-holzes, kommunalen Grasschnitts, Grünschnitts aus der privaten und öffentlichen Garten- und Parkpflege sowie von Golf- und Sportplätzen und von Randstreifen von Gewässern.
 - (b) Indizien dafür, dass die Tätigkeiten auf anderen als auf den unter 1.(a) genannten Flächen vorrangig der Landschaftspflege dienen, sind der Verzicht auf den Einsatz von mineralischem Dünger und von chemischen Pflanzenschutzmitteln ab Kalenderjahresbeginn bis zum Anfallen der Pflanzen oder Pflanzenbestandteile sowie die maximal zweischürige Mahd pro Kalenderjahr.

⁷Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 24.09.2009 – 2008/48, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/48>.

- 24 Zwar bestand vorliegend aufgrund der Teilnahme der Anspruchstellerin mit der Anbaufläche am Agrarumweltprogramm NAU A₃ die widerlegliche Vermutung, dass es sich bei dem auf dieser Fläche angebauten und in der Anlage der Anspruchstellerin eingesetzten Mais und Roggen um Landschaftspflegematerial handelt (dazu unter Rn. 25). Diese Vermutung hat die Anspruchsgegnerin jedoch erschüttert (dazu unter Rn. 27). Den deshalb erforderlichen Beweis, dass die Bewirtschaftung der Anbaufläche in dem maßgeblichen Zeitraum die Anforderungen an die „Landschaftspflege“ i. S. d. Anlage 2 Nr. VI.2.c) EEG 2009 auch tatsächlich erfüllt, hat die Anspruchstellerin nicht erbracht (dazu unter Rn. 36).
- 25 Die in der Empfehlung 2008/48 der Clearingstelle EEG⁸ zum Landschaftspflegebonus nach § 27 Abs. 4 Nr. 2 i. V. m. Anlage 2 Nr. II. 1 EEG 2009 unter Nr. 1.(a) aufgestellte widerlegliche Vermutung ist eine sog. tatsächliche Vermutung.⁹ Daher ist zunächst davon auszugehen, dass es sich bei Schnitt- und Mahdgut, das auf den unter Nr. 1.(a) der Empfehlung genannten Flächen (u. a. gesetzlich geschützte Biotope und Flächen aus Agrarumwelt- oder vergleichbaren Förderprogrammen) anfällt, um Landschaftspflegematerial handelt. Dies gilt auch für die Einsatzstoffe, die die Anspruchstellerin in den Jahren 2009 und 2010 einsetzte: Sie stammten von einer Fläche, die nach den Grundsätzen des Agrarumweltprogrammes NAU A₃ bewirtschaftet wurde, mithin von einer der unter 1.(a) der Empfehlung genannten Flächen.

2.2.1 Wirkung der „tatsächlichen Vermutung“

- 26 Jedoch beinhaltet Nr. 1.(a) der Empfehlung gegenüber den nicht unter Nr. 1.(a) genannten Flächen keine materielle Privilegierung oder sonst geringere EEG-rechtliche Anforderungen an das eingesetzte Landschaftspflegematerial, sondern lediglich eine Beweiserleichterung. Die qualitativen Anforderungen, die der Begriff der Landschaftspflege im Sinne des EEG und der Empfehlung 2008/48 beinhaltet, sind bei den Einsatzstoffen, die auf den unter Nr. 1.(a) der Empfehlung genannten Flächen anfallen, und bei den Einsatzstoffen, die bei Tätigkeiten anfallen, welche die Indizien unter Nr. 1.(b) der Empfehlung erfüllen, einheitlich.

⁸Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 24.09.2009 – 2008/48, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/48>.

⁹Zur widerleglichen tatsächlichen Vermutung vgl. *BGH*, Beschl. v. 09.04.2013 – VIII ZR 245/12 sowie *BGH*, Urt. v. 12.10.2011 – VIII ZR 251/10, beide abrufbar unter <http://www.bundesgerichtshof.de/>; Greger, in: Zöller, ZPO Kommentar, 29. Aufl. 2012, Vor § 284, Rn. 33; Anders/Gehle, Das Assessorexamen im Zivilrecht, 10. Aufl. 2010, S. 227, Rn. 114; Wikipedia, Seite „Vermutung“, Bearbeitungsstand: 16.12.2012, 23:58 UTC, abrufbar unter http://de.wikipedia.org/wiki/Vermutung_%28Recht%29, zuletzt abgerufen am 13.03.2013.

- 27 Wenn – wie vorliegend die Anspruchsgegnerin – der zuständige Netzbetreiber Zweifel daran hat, dass Einsatzstoffe, die von unter Nr. 1.(a) der Empfehlung genannten Flächen stammen, Landschaftspflegematerial sind, kann er die tatsächliche Vermutung erschüttern, indem er die ernsthafte Möglichkeit darlegt, dass das Landschaftspflege-Niveau auf diesen Flächen niedriger ist als auf Flächen, deren Bewirtschaftungsmaßnahmen die Indizien unter Nr. 1. (b) der Empfehlung erfüllen. Die Empfehlung 2008/48 der Clearingstelle EEG führt hierzu – unter 4.3, Nachweisführung und Beweislastfragen¹⁰ – Folgendes aus:

„Stammt das Material aus gesetzlich geschützten Biotopen, aus Kernzonen von Biosphärenreservaten oder von besonders geschützten Natur- und Landschaftsteilen, gilt die widerlegliche Vermutung, dass dort vorrangig Landschaftspflege betrieben wird bzw. die Landschaftspflegemaßnahmen den naturschutzfachlichen Anforderungen entsprechen. Hat der zuständige Netzbetreiber hieran Zweifel, so muss er diese Vermutung begründet erschüttern. Gleiches gilt für Pflanzen oder Pflanzenbestandteile, die von Vertragsnaturschutzflächen, Flächen aus Agrarumwelt- oder vergleichbaren Förderprogrammen stammen...“¹¹

- 28 Die Einhaltung eines Agrarumweltprogrammes für eine bestimmte Fläche begründet mithin die tatsächliche Vermutung – d. h. eine auf Erfahrungssätze gestützte Annahme –, dass die auf diesen Flächen angebauten Einsatzstoffe die materiellen Anforderungen an „Landschaftspflege“-Material i. S. v. Anlage 2 Nr. II. 1 EEG 2009 erfüllen.
- 29 Diese Vermutung erleichtert es der beweisbelasteten Partei (hier: der Anlagenbetreiberin) gegenüber dem Beweisgegner (hier: dem Netzbetreiber) darzulegen, dass es sich bei den verwendeten Einsatzstoffen um „Landschaftspflege“-Material handelt. Denn eine tatsächliche Vermutung begründet im Rahmen der Beweiswürdigung einen Anscheins- oder Indizienbeweis für die behauptete Tatsache¹² – hier also dafür, dass bei den von einer bestimmten Anbaufläche stammenden Einsatzstoffe die

¹⁰ Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 24.09.2009 – 2008/48, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/2008/48>, S. 45 f., Abschnitt 4.3.

¹¹ Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 24.09.2009 – 2008/48, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/48>, S. 45, Nr. 1. und Nr. 2.

¹² BGH, Urt. v. 09.10.2009 – V ZR 178/08, Rn. 15, zitiert nach Juris; NJW 2010, 363, Clearingstelle EEG, Votum v. 12.09.2011 – 2010/18, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2010/18>.

inhaltlichen Voraussetzungen für die behauptete Eigenschaft als „Landschaftspflege“-Material i. S. d. Anlage 2 Nr. II. 1 EEG 2009 vorliegen.

- 30 Die tatsächliche Vermutung enthebt jedoch weder die beweisbelastete Partei (hier: die Anlagenbetreiberin) von der Notwendigkeit, die vermutete Tatsache vorzutragen¹³ noch löst sie eine Beweislastumkehr in dem Sinne aus, dass die Vermutung von der anderen Partei (hier: dem Netzbetreiber) nur noch durch den Beweis des Gegenteiles beseitigt werden kann.¹⁴ Denn da die tatsächliche Vermutung nicht auf gesetzlicher Anordnung beruht, sondern auf Erfahrungssätzen, gilt § 292 ZPO nicht.¹⁵

2.2.2 Erschütterung der tatsächlichen Vermutung durch den Netzbetreiber

- 31 Hat der Beweisgegner Zweifel am Vorliegen der vermuteten Tatsachen, kann er deshalb darlegen, dass im konkreten Fall die ernsthafte Möglichkeit besteht, aus den die Vermutung begründenden Umständen einen anderweitigen (untypischen) Schluss zu ziehen – also darlegen, warum möglicherweise der durch die Vermutung angenommene Umstand im konkreten Fall doch nicht zutrifft.¹⁶ Hat folglich der Netzbetreiber in einem konkreten Fall Zweifel daran, dass die auf die Einhaltung eines Agrarumweltprogrammes gestützte Vermutung für das Vorliegen von „Landschaftspflege“-Material berechtigt ist, also daran, dass die inhaltlichen Anforderungen an „Landschaftspflege“ i. S. d. EEG 2009 auch wirklich eingehalten werden, kann er diese Vermutung erschüttern.
- 32 Dazu muss der Beweisgegner – hier der Netzbetreiber – nach den allgemeinen Grundsätzen darlegen und ggf. beweisen, welche besonderen Umstände die Vermutungswirkung erschüttern.¹⁷ Der Beweis des Gegenteils der vermuteten Tatsache ist hierfür nicht erforderlich.¹⁸

¹³BGH, Urt. v. 09.10.2009 – V ZR 178/08, Rn. 18, zitiert nach Juris, *Clearingstelle EEG*, Votum v. 12.09.2011 – 2010/18, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2010/18>.

¹⁴BGH, Urt. v. 05.10.2004 – XI ZR 210/03, Rn. 35, zitiert nach Juris; *Clearingstelle EEG*, Votum v. 12.09.2011 – 2010/18, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2010/18>.

¹⁵Vgl. BGH, Urt. v. 09.10.2009 – V ZR 178/08, Rn. 15, zitiert nach Juris; Greger, in: Zöllner, ZPO Kommentar, 29. Aufl. 2012, Vor § 284, Rn. 33, *Clearingstelle EEG*, Votum v. 12.09.2011 – 2010/18, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2010/18>.

¹⁶BGH, Urt. v. 05.10.2004 – XI ZR 210/03, Rn. 35, zitiert nach Juris.

¹⁷Vgl. BGH, Urt. v. 05.10.2004 – XI ZR 210/03, Rn. 23, zitiert nach Juris; BGH, Urt. v. 19.01.2001 – V ZR 437/99, Rn. 18, zitiert nach Juris; BGH, Urt. v. 24.03.1988 – III ZR 30/87, Rn. 30, zitiert nach Juris.

¹⁸BGH, Urt. v. 17.04.1951 – I ZR 28/50, BGHZ 2, 1 – 6.

- 33 Umstände, die die Vermutungswirkung erschüttern, liegen beispielsweise dann vor, wenn auf den in der Empfehlung 2008/48 der Clearingstelle EEG unter Nr. 1.(a) genannten Flächen (z. B. einer Fläche, auf der ein Agrarumweltprogramm eingehalten wird), nicht das Schutzniveau erreicht wird, das sich an den unter Nr. 1.(b) aufgeführten Indizien wie Verzicht auf Stickstoffdünger- und/oder Pflanzenschutzmitteleinsatz sowie Anpassung der Mahdtermine orientiert.¹⁹
- 34 Vorliegend hat die Anspruchsgegnerin die Vermutung durch ihre Darlegungen erschüttert. Die Anspruchsgegnerin hat mit Schreiben vom 25. März 2010 dargelegt, dass sie die Anforderungen an den Landschaftspflegebonus als nicht erfüllt ansieht. Zur Begründung führt sie aus, dass Landschaftspflegematerial nur bei Maßnahmen anfallt, die vorrangig der Landschaftspflege dienen. Indizien hierfür seien der vollständige Verzicht auf mineralischen Dünger und auf chemische Pflanzenschutzmittel sowie eine an den ökologischen Anforderungen der Fläche orientierte Abfolge der Mahdtermine bzw. eine Einschränkung der Mahd auf maximal zwei Termine pro Jahr. Sie hat damit jedenfalls ihren begründeten Zweifel an der Vermutung dargelegt, dass die streitgegenständlichen Einsatzstoffe von einer Fläche stammen, die ein vergleichbares Schutzniveau aufweisen wie die Flächen, auf denen die Kriterien unter Nr. 1.(b) der Empfehlung 2008/48 erfüllt werden. Da die Anspruchstellerin für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum (Jahre 2009 und 2010) lediglich vorgetragen hatte, dass sie die Gülle mit dem Schleppschlauch ausbringt und damit an einem Umweltprogramm teilnimmt, erschüttern die Einwände der Anspruchsgegnerin die zuvor begründete Vermutung, dass es sich bei den eingesetzten Stoffen um Landschaftspflegematerial handelt.

2.2.3 Beweislast bei Erschütterung der tatsächlichen Vermutung

- 35 Gelingt es dem Beweisgegner – hier dem Netzbetreiber –, die Vermutungswirkung zu erschüttern, muss der Beweisführer – hier die Anlagenbetreiberin – den vollen Beweis für die vermutete Tatsache erbringen.²⁰
- 36 Der Beweis für das Vorliegen von Landschaftspflegematerial kann geführt werden, indem die Einhaltung der unter Nr. 1.(b) der Empfehlung genannten Indizien dargelegt und bewiesen werden.

¹⁹Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 24.09.2009 – 2008/48, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/2008/48>, Nr. 1.(a), 1.(b).

²⁰BGH, Urt. v. 05.10.2004 – XI ZR 210/03, Rn. 35, zitiert nach Juris.

37 Die Indizien unter Nr. 1.(b) der Empfehlung 2008/48 sind jedoch nicht abschließend. Anlagenbetreiberinnen und -betreiber können insofern auch anhand anderer (Bewirtschaftungs-)Maßnahmen als der unter Nr. 1.(b) der Empfehlung genannten Indizien darlegen und beweisen, dass ein entsprechendes Landschaftspflege-Niveau wie bei Erfüllung der Indizien aus Nr. 1.(b) der Empfehlung erreicht wird und damit von den so bewirtschafteten Flächen stammende Einsatzstoffe „Landschaftspflegematerial“ sind. Daraus folgt im Einzelnen:

1. Erschüttert der Netzbetreiber die Vermutung, dass es sich bei Einsatzstoffen, die von einer unter Nr. 1.(a) der Empfehlung genannten Fläche stammen, um Landschaftspflegematerial handelt, so kann die Anlagenbetreiberin bzw. der -betreiber beweisen, dass bei der Bewirtschaftung dieser Fläche entweder die unter Nr. 1.(b) der Empfehlung genannten Indizien eingehalten werden oder aufgrund anderer (Bewirtschaftungs-)Maßnahmen ein entsprechendes Landschaftspflege-Niveau wie bei Erfüllung der Indizien aus Nr. 1.(b) der Empfehlung erreicht wird.
2. Entsprechendes gilt für Einsatzstoffe, die von anderen als unter Nr. 1.(a) der Empfehlung genannten Flächen stammen – also von Flächen, für die die Vermutung nicht greift: Hier kann die Anlagenbetreiberin bzw. der -betreiber darlegen – und bei Bestreiten des Netzbetreibers beweisen –, dass bei der Bewirtschaftung dieser Fläche entweder die unter Nr. 1.(b) der Empfehlung genannten Indizien eingehalten oder aufgrund anderer (Bewirtschaftungs-)Maßnahmen ein entsprechendes Landschaftspflege-Niveau wie bei Erfüllung der Indizien aus Nr. 1.(b) der Empfehlung erreicht wird.

38 Vorliegend hat die Anlagenbetreiberin den aufgrund der Erschütterung durch den Netzbetreiber erforderlichen Beweis nicht geführt. Denn sie hat weder bewiesen, dass bei der Bewirtschaftung der Anbaufläche die unter Nr. 1.(b) der Empfehlung genannten Indizien eingehalten wurden, noch, dass aufgrund anderer Bewirtschaftungsmaßnahmen ein entsprechendes Landschaftspflegeniveau wie bei Erfüllung der Indizien aus Nr. 1.(b) der Empfehlung erreicht wurde. Das bloße Ausbringen des Flüssigdüngers mit Schlepplschläuchen gewährleistet kein Schutzniveau, das z. B. dem Verzicht auf den Einsatz von mineralischem Dünger und/oder chemischen Pflanzenschutzmitteln und/oder einer maximal zweischürigen Mahd pro Kalenderjahr entspricht. Zwar hat die Anspruchstellerin behauptet, im verfahrensgegenständlichen Zeitraum der Jahre 2009 und 2010 neben der Schlepplschlauchausbringung weitere

landschaftspflegerische Maßnahmen durchgeführt zu haben, nämlich den – nicht flächendeckend erfolgten – Anbau von Zwischenfrüchten, die Mulchsaat bei Zweitfrüchten sowie die Reduzierung chemischer Pflanzenschutzmittel aufgrund eines sog. Splittingverfahrens. Diese Maßnahmen hat sie jedoch nicht nachgewiesen. Die von der Anspruchstellerin vorgelegte Düngebilanz für das Jahr 2008, die eine deutliche Reduzierung des Stickstoffüberhangs auf 9 kg pro Hektar darlegt, was den von der Düngeverordnung geforderten Grenzwert von 90 kg pro Hektar deutlich unterschreitet, entspricht nicht einem Nachweis zur Einhaltung des Indizes „Verzicht auf mineralischen (Stickstoff-)Dünger“. In der Gesamtschau wurde vorliegend damit weder bewiesen, dass bei der Bewirtschaftung der Anbaufläche die unter Nr. 1.(b) der Empfehlung genannten Indizien eingehalten wurden, noch, dass aufgrund anderer Bewirtschaftungsmaßnahmen ein entsprechendes Landschaftspflegenniveau wie bei Erfüllung der Indizien aus Nr. 1.(b) der Empfehlung erreicht wurde.

- 39 Die Verwendung von Einsatzstoffen – bspw. Mais und Roggen –, die von Flächen stammen, die im Rahmen des Niedersächsischen und Bremer Agrarumweltprogrammes NAU/BAU mit der Maßnahme A₃ (Ausbringen von flüssigem Wirtschaftsdünger, z. B. Gülle, auf Acker- und Grünland mit besonders umweltfreundlichen Ausbringungsverfahren, z. B. mit sog. Schleppschläuchen) bewirtschaftet werden, begründet somit zwar nach Nr. 1.(a) der Empfehlung 2008/48 die widerlegliche *tatsächliche Vermutung* für das Vorliegen von Landschaftspflegematerial im Sinne von Anlage 2 Nr. VI. 2.c) EEG 2009. Erschüttert aber, wie vorliegend, der Netzbetreiber diese Vermutung und kann die Anlagenbetreiberin bzw. der -betreiber keine anderweitigen Nachweise für ein den Indizien aus Nr. 1.(b) der Empfehlung genügendes oder diesen entsprechendes Landschaftspflege-Niveau vorbringen, reicht allein die Einhaltung dieses Agrarumweltprogramms nicht aus, um zu beweisen, dass diese Einsatzstoffe die materiellen, also inhaltlichen Anforderungen an „Landschaftspflege“-Material nach § 27 Abs. 4 Nr. 2 i. V. m. Anlage 2 Nr. II. 1 EEG 2009 auch tatsächlich erfüllen.

Dr. Lovens

Dr. Pippke

Richter

Grobrügge

Weißenborn