

2014/20

25. September 2014

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 durch den Vorsitzenden Dr. Lovens, das Mitglied Dr. Pippke und die technische Koordinatorin Dr. Mutlak auf der Grundlage der von den Parteien übermittelten Unterlagen am 25. September 2014 einstimmig folgendes Votum:

Es handelt sich bei der Fläche auf den Grundstücken der Gemeinde [...], Gemarkung [...], Fl.-Nrn. [...] nicht um eine Konversionsfläche aus wirtschaftlicher Nutzung im Sinne des § 51 Abs. 1 Nr. 3 c) cc) EEG 2014¹.

¹Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 22.12.2014 (BGBl. I S. 2406), nachfolgend bezeichnet als EEG 2014. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2014/arbeitsausgabe>.

Ergänzender Hinweis der Clearingstelle EEG:

Das Votum beruht auf der gegenwärtig geltenden Rechtslage. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie erarbeitet zur Zeit auf der Grundlage der §§ 55, 88 EEG 2014 eine Verordnung, mit der die Förderhöhe für Strom aus Fotovoltaik-Freiflächenanlagen künftig wettbewerblich über Ausschreibungen ermittelt werden soll.² In diesem Rahmen besteht die Möglichkeit, dass die Flächen, auf denen Fotovoltaik-Freiflächenanlagen mit Anspruch auf Förderung errichtet werden können, neu bzw. abweichend von § 51 Abs. 1 EEG 2014 bestimmt werden.

I Tatbestand

- 1 Die Parteien begehren Klärung der Frage, ob die Flächen, auf denen die Anspruchstellerin ein PV- Freiflächenvorhaben plant, als Konversionsflächen aus wirtschaftlicher Nutzung gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 3 c) EEG 2014 zu qualifizieren sind.
- 2 Im Einzelnen handelt es sich hierbei um sieben Grundstücke der Gemeinde [...], Gemarkung [...], Flurstücke Nrn. [...] (im Folgenden: Vorhabensfläche). Die Vorhabensfläche befindet sich östlich, also unterhalb der Staumauer des „[...] sees“. Wegen der genauen Belegenheit der Vorhabensfläche wird auf den zur Akte gereichten Lageplan Bezug genommen.
- 3 Der „[...] see“ ist der Stausee hinter der „[...] hauptsperrre“. Diese Talsperre wurde vom [...] als eine von mehreren Maßnahmen auf Grundlage der Studie zur „[...]“ im Mai 1970 beschlossen. Diese Maßnahmen zielten auf eine Verbesserung der Hochwassersituation im [...bereich], eine Niedrigwasseraufhöhung für den [...Kanal] sowie räumliche Strukturverbesserungen durch die Erhöhung des Landschafts- und Wirtschaftsraums [...]. Der Aufstau und Betrieb der Talsperre dient dazu, Wasser vom Gebiet der [...] in das Einzugsgebiet des [...] geregelt überzuleiten. Die Talsperre wurde in den Jahren 1983 bis 1992 errichtet; der Aufstau begann 1993; das Stauziel wurde 1999 erreicht.

²Nähere Informationen finden Sie auf den Seiten des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie unter <http://www.bmwi.de>. Informationen zur Konsultation der Eckpunkte für eine Pilotausschreibung für Fotovoltaik-Freiflächenanlagen sind abrufbar unter <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Energie/Erneuerbare-Energien/eeg-reform,did=645752.html>, zuletzt abgerufen am 25.09.2014.

- 4 Infolge des Aufstaus des „[...] sees“ trat eine Veränderung der Grundwasserverhältnisse ein. Insbesondere kam es zu einem erhöhten Wasserspiegel, der bis zu 20 Meter über dem Gelände liegt, und damit einhergehend auch zu erheblichen Vernässungen der unterhalb dieses Wasserspiegels liegenden Grundstücke. Insbesondere bei Flächen unterhalb des Dammes traten großflächige Vernässungen auf; das Grundwasser trat an einigen Stellen bereits an die Oberfläche. Zur Regulierung der Grundwasserverhältnisse wurden in der Folge ab 1999 unterhalb des Dammes durch das Wasserwirtschaftsamt [...] ([WW ...]) Drainagen und Ableitungskanäle eingebracht. Diese brachten zwar eine Verbesserung, konnten aber den Zustand vor Einstau der Talsperre nicht wiederherstellen. Einige der betroffenen Flächen sind dennoch nicht mehr und andere nur noch eingeschränkt landwirtschaftlich nutzbar. Für die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Entwässerungssysteme sind aufgrund der geologischen und chemischen Umstände laufend erhebliche Aufwendungen erforderlich.
- 5 Die Vorhabensfläche ist von den Vernässungen und Drainagen betroffen und wird nur noch teilweise und im Übrigen nur noch in eingeschränkter Form und unter erschwerten Bedingungen weiterhin landwirtschaftlich genutzt.
- 6 Die Eigentümer und Pächter der von der Vernässung betroffenen land- und forstwirtschaftlich genutzten Flächen erhalten vom [WW ...] seit dem Wirtschaftsjahr 1998/1999 eine Entschädigung des Nutzungsausfalls bzw. der Ertragsminderungen.
- 7 Eine weitergehende technische Lösung als die bisher verlegten Drainagen, die wegen der geologischen und chemischen Gegebenheiten sukzessive ihre Wirksamkeit verlieren, ist nach Darstellung des [WW ...] in einem an die Anspruchstellerin gerichteten Schreiben vom 16. Dezember 2011 nicht mehr möglich; es ist ein irreparabler Zustand eingetreten. Das [WW ...] sieht deshalb die „Umnutzung zur Konversionsfläche als Photovoltaikstandort im Sinne der Energiewende als prioritäre Problemlösung“.
- 8 **Nach Auffassung der Anspruchstellerin** handelt es sich bei den Grundstücken um Konversionsflächen im Sinne des § 51 Abs. 1 Nr. 3 c) cc) EEG 2014. Die [... hauptsperr] stelle eine wirtschaftliche Nutzung dar. Diese wirke sich auf die ursprüngliche ökologische Werthaltigkeit der umliegenden Grundstücke derart nachteilig aus, dass diese als Konversionsflächen im Sinne des EEG anzusehen seien.

- 9 Nach dem von ihr in Auftrag gegebenen „Gutachten zur Konversionsflächeneigenschaft der Fläche unterhalb der Talsperre am [...see]“, erstellt vom [Diplom-Biologen ...], lägen die Voraussetzungen für die Qualifizierung der verfahrensgegenständlichen Grundstücke als Konversionsfläche gemäß der Empfehlung 2010/2 der Clearingstelle EEG³ vor. Die Errichtung der Talsperre sei als wasserbauliche Maßnahme des [...] eine „wirtschaftliche Nutzung“ im Sinne der Empfehlung 2010/2. Durch diese seien die Vernässungen der verfahrensgegenständlichen Grundstücke eingetreten, die den ökologischen Wert der Fläche schwerwiegend beeinträchtigten. Insbesondere sei eine im Vergleich zur standorttypischen Bodenfruchtbarkeit stark abgesenkte Bodenfruchtbarkeit eingetreten. Auch das Kriterium der Anhebung des ursprünglichen Grundwasserstandes mit Folgen für die Standsicherheit des Geländes sei erfüllt.
- 10 **Die Anspruchsgegnerin** bezweifelt, dass die Voraussetzungen einer Konversionsfläche aus wirtschaftlicher Nutzung i. S. d. § 51 Abs. 1 Nr. 3 c) EEG 2014 gegeben sind.
- 11 Eine Umwandlung der Fläche in eine andere Nutzung habe bislang noch nicht stattgefunden. Sollte dies zukünftig stattfinden, erfolge die Umwandlung aus einer landwirtschaftlichen Nutzung heraus. Die Fläche könnte deshalb unabhängig davon, wie sie später genutzt werden solle, nicht zu einer Umwandlungsfläche aus wirtschaftlicher, verkehrlicher, wohnungsbaulicher oder militärischer Nutzung werden.
- 12 Außerdem sei der Aufstau und Betrieb des „[...]sees“ als Flächennutzung im Rahmen der sog. staatlichen oder kommunalen Leistungsverwaltung zu sehen, die in der Regel als „nichtwirtschaftlich“ qualifiziert werde. Diese könne zwar i. S. d. EEG als wirtschaftliche bzw. analoge Nutzung gewertet werden, jedoch nur für den unmittelbaren Bereich des Sees, nicht aber für die umliegenden landwirtschaftlich genutzten Flächen. Eine wirtschaftliche Nutzung setze zudem eine planmäßig gewollte Nutzung voraus. Die Verwässerung der außerhalb des „[...]sees“ liegenden landwirtschaftlich genutzten Flächen geschehe jedoch ungewollt. Da sich die verfahrensgegenständlichen Grundstücke außerhalb der Talsperre befänden, könnten diese nicht als Konversionsflächen bezeichnet werden.
- 13 Selbst wenn man in der Verwässerung der Grundstücke eine wirtschaftliche Nutzung sähe, läge dennoch keine Konversionsfläche vor, da eine solche weiter voraus-

³Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 01.07.2010–2010/2, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2010/2>.

setze, dass die ursprüngliche Nutzung aufgegeben wurde. Vorliegend halte die Verwässerung und damit die Nutzung aber an.

- 14 Mit Beschluss vom 28. August 2014 hat die Clearingstelle EEG das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG (VerfO)⁴ nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautete:

„Handelt es sich bei der Fläche auf den Grundstücken der Gemeinde [...], Gemarkung [...], Fl.-Nrn. [...] um eine Konversionsfläche aus wirtschaftlicher Nutzung im Sinne des § 51 Abs. 1 Nr. 3 c) cc) EEG 2014?“

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 15 Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus §§ 26 Abs. 1, 2 Abs. 5 VerfO. Das Verfahren wurde schriftlich durchgeführt, da alle Parteien und die Clearingstelle EEG dem zustimmten, § 28 Abs. 2 VerfO. Die Beschlussvorlage hat gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied der Clearingstelle EEG Dr. Pippke erstellt.

2.2 Würdigung

- 16 Die verfahrensgegenständlichen Grundstücke stellen keine Konversionsfläche aus wirtschaftlicher Nutzung i. S. d. § 51 Abs. 1 Nr. 3 c) cc) EEG 2014 dar.
- 17 Zwar kann die Nutzung einer Fläche zu wasserwirtschaftlichen Zwecken wie dem Aufstau und Betrieb einer Talsperre eine „wirtschaftliche Nutzung“ im Sinne des § 51 Abs. 1 Nr. 3 c) cc) EEG 2014 sein, jedoch fehlt es vorliegend an einer Nutzung der Vorhabensfläche selbst. Denn die Vorhabensfläche ist nicht Bestandteil der zu wasserwirtschaftlichen Zwecken genutzten Fläche. Dass sich der Aufstau und Betrieb der Talsperre „[...] see]“ auf den Zustand der Vorhabensfläche auswirken, reicht nicht aus, um eine wirtschaftliche Nutzung der Vorhabensfläche selbst anzunehmen (dazu u. 2.2.1). Außerdem fehlte es an einer Aufgabe dieser Nutzung zugunsten der

⁴Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG in der Fassung vom 07.12.2012, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>.

geplanten PV-Anlage, denn aufgegeben wird allenfalls die bisherige landwirtschaftliche Nutzung (dazu u. 2.2.2). Im Einzelnen:

2.2.1 Keine wirtschaftliche Vornutzung der Grundstücke

- 18 Die Vorhabensfläche wurde und wird teilweise noch landwirtschaftlich genutzt. Eine solche landwirtschaftliche Nutzung vermag keine Konversionsfläche i. S. d. § 51 Abs. 1 Nr. 3 c) cc) EEG 2014 zu begründen.⁵ Eine wirtschaftliche Nutzung der Vorhabensfläche durch den Aufstau und Betrieb der Talsperre liegt hingegen nicht vor.
- 19 Nach der Empfehlung 2010/2 der Clearingstelle EEG setzt eine „Nutzung“ den tatsächlichen Gebrauch bzw. die tatsächliche Verwendung eines Grundstücks zu bestimmten Zwecken im Rahmen einer bestimmten Tätigkeit voraus.⁶ Das ergibt sich aus dem Wortlaut der Regelung, wonach es sich um eine Fläche „aus wirtschaftlicher Nutzung“ handeln muss. Dementsprechend führt die Empfehlung 2010/2 hierzu aus:

„Für den Anwendungsbereich des § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 ergibt sich aus dem Wortlaut im Ergebnis zunächst, dass die äußerste räumliche Grenze der als Konversionsfläche in Betracht kommenden Fläche durch die räumliche Ausdehnung der ursprünglichen wirtschaftlichen oder militärischen Nutzung festgelegt ist. Denn nur innerhalb dieser Fläche kann die Voraussetzung erfüllt werden, dass es sich um eine Konversionsfläche aus einer bestimmten Vornutzung, hier: „aus wirtschaftlicher oder militärischer Nutzung“, handelt.“⁷

- 20 Hiernach muss die Fläche selbst tatsächlich (wirtschaftlich oder militärisch) genutzt worden sein; reflexartige Auswirkungen einer auf einer anderen Fläche stattfindenden Nutzung reichen nicht aus. Eine wirtschaftliche Nutzung gerade der verfahrensgegenständlichen Grundstücke liegt hier aber nicht vor.

⁵ Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 01.07.2010 – 2010/2, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2010/2>, Rn. 73 f.

⁶ Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 01.07.2010 – 2010/2, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2010/2>, Rn. 40.

⁷ Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 01.07.2010 – 2010/2, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2010/2>, Rn. 37.

- 21 Auch systematische Aspekte sprechen dagegen, die Auswirkungen einer anderswo stattfindenden Nutzung – und seien sie noch so erheblich – ausreichen zu lassen. So hat der Gesetzgeber den Fall einer ausnahmsweise durch die Nutzung einer benachbarten Fläche stattfindenden Flächenbelastung in § 51 Abs. 1 Nr. 3 c) aa) EEG 2014 ausdrücklich geregelt: Bei Flächen längs von Autobahnen oder Schienenwegen sind PV-Anlagen innerhalb eines Abstandes von 110 Metern förderfähig, weil der Gesetzgeber davon ausging, dass solche Flächen durch Lärm und Abgase belastet und deshalb wirtschaftlich und ökologisch weniger wertvoll sind.⁸ Bei den Konversionsflächen, deren typische Vornutzungen ebenfalls Auswirkungen auf die sie umgebenden Flächen haben können (z. B. durch Emissionen), wird hingegen auf die Nutzung der jeweiligen Fläche abgestellt. Ein anderes Verständnis der Regelung in § 51 Abs. 1 Nr. 3 c) cc) EEG 2014 sähe sich dem Problem ausgesetzt, die räumliche Grenze des noch als Flächennutzung zu qualifizierenden „Einwirkungskreises“ über die Grenze der tatsächlichen Nutzung hinaus definieren zu müssen. Anhaltspunkte dafür ergeben sich weder aus dem Wortlaut noch aus der Systematik oder dem Sinn und Zweck der Regelung.
- 22 Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Annahme einer Konversionsfläche keine „flächendeckende“ wirtschaftliche Vornutzung der jeweiligen Fläche voraussetzt. Die Empfehlung 2010/2 führt dazu Folgendes aus:

„Allerdings setzt eine tatsächliche Nutzung nicht voraus, dass diese die Fläche in dem Sinne „lückenlos“ oder „flächendeckend“ in Anspruch genommen hat, dass Tätigkeiten auf jedem einzelnen Teil der Fläche stattgefunden haben. Als „genutzte“ Flächen sind vielmehr auch solche Teilflächen zu qualifizieren, auf denen zwar selbst keine Tätigkeiten ausgeübt wurden (z. B. Abstandsflächen), die aber in einem unmittelbaren räumlichen und funktionalen Zusammenhang mit den Teilflächen stehen, auf denen solche Tätigkeiten stattgefunden haben und die sich deshalb als Bestandteile einer einheitlich als „genutzt“ zu qualifizierenden Fläche darstellen.“⁹

⁸Vgl. zu der Vorgängerregelung in § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 EEG 2009 bzw. § 32 Abs. 1 Nr. 3 c) EEG 2012 BT-Drs. 17/1147, S. 10; BT-Drs. 17/6071, S. 76, sowie *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 28.02.2012 – 2011/8, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/hinwv/2011/8>.

⁹*Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 01.07.2010 – 2010/2, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2010/2>, Rn. 42.

23 Diese Voraussetzungen liegen hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Grundstücke nicht vor. Selbst wenn man davon ausginge, dass die unterhalb der Staumauer der Talsperre liegenden Grundstücke in einem unmittelbaren räumlichen Zusammenhang zu der Talsperre selbst stehen, fehlt es doch an einem funktionalen Zusammenhang. Denn sie sind für die Errichtung und den Betrieb der Talsperre nicht erforderlich in dem Sinne, dass sie irgendeine „dienende“ Funktion übernehmen, wie es bei Abstandsflächen oder Sicherheitszonen der Fall ist. Die bloße Belegenheit in dem Gebiet, in dem sich infolge des Aufstaus ein ansteigender Grundwasserspiegel eingestellt hat, weist diesen Flächen keine Funktion im Hinblick auf die Errichtung und den Betrieb der Talsperre zu.

2.2.2 Keine Nutzungsaufgabe

- 24 Selbst wenn man von einer Nutzung der verfahrensgegenständlichen Grundstücke durch den Betrieb der Talsperre ausginge, fehlte es im Weiteren an dem für die Annahme einer Konversionsfläche wesentlichen Merkmal der Nutzungsaufgabe.¹⁰ Die Beeinträchtigung durch den infolge des Aufstaus eingetretenen Grundwasserstand hält vielmehr an, solange der Stausee erhalten bleibt.
- 25 Aufgegeben wird allenfalls die bisherige landwirtschaftliche Nutzung. Diese ist jedoch keine der in § 51 Abs. 1 Nr. 3 c) cc) EEG 2014 genannten förderfähigen Vornutzungen. PV-Freiflächenanlagen auf zuvor landwirtschaftlich genutzten Flächen erhalten nach gegenwärtiger Rechtslage keine Vergütung mehr.¹¹

2.2.3 Zum Hinweis der Clearingstelle EEG

26 Das Votum beruht auf der gegenwärtig geltenden Rechtslage, die die Voraussetzungen für eine Förderung von PV-Freiflächenanlagen in §§ 19, 37 f., 51 EEG 2014 abschließend regelt. Für noch in der Planung befindliche Vorhaben ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Förderhöhe für Strom aus Fotovoltaik-Freiflächenanlagen künftig wettbewerblich über Ausschreibungen ermittelt werden soll.¹² Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie erarbeitet zur Zeit auf der Grundlage

¹⁰Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 01.07.2010–2010/2, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2010/2>, Rn. 42.

¹¹Zur Abschaffung der sog. Ackerflächenvergütung zum 01.07.2010 durch die sog. PV-Novelle vgl. <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/aenderung5>.

¹²Nähere Informationen finden Sie auf den Seiten des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie unter <http://www.bmwi.de>.

der §§ 55, 88 EEG 2014 eine entsprechende Verordnung. In diesem Rahmen besteht die Möglichkeit, dass die Flächen, auf denen Fotovoltaik-Freiflächenanlagen mit Anspruch auf Förderung errichtet werden können, neu bzw. abweichend von § 51 Abs. 1 EEG 2014 bestimmt werden.

Dr. Lovens

Dr. Mutlak

Dr. Pippke