

## VOTUM

2021/33-I

29. März 2022

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

## In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchstellerin –

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG | KWKG<sup>1</sup> durch ihre Mitglieder Kaps, Koch und Teichmann auf der Grundlage der vorgelegten Unterlagen im schriftlichen Verfahren am 29. März 2022 folgendes Votum:

- 1. Die von der Antragstellerin auf den Flurstücken [...] (nordwestliche Teilfläche), [...], [...], [...], [...],[...], [...], [...], [...], [...], [...],[...],[...],[...],[...],[...], [...], [...], [...], [...], Flur [...] sowie den Flurstücken [...], [...], [...], Flur [...] („Bezugsfläche“) und den Flurstücken [...], [...], [...],[...], Flur [...] („Ergänzungsfläche Nord“) der Gemarkung [...] am Standort [...] geplanten Solaranlagen erfüllen die Voraussetzungen des § 100 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2021<sup>2</sup> i. V. m. § 37 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2017<sup>3</sup>. Die Aufschüttung in Form der Aufspülung**

<sup>1</sup>Nachfolgend bezeichnet als Clearingstelle.

<sup>2</sup>Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 01.01.2021 an geltenden Fassung, verkündet als Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 11 des Gesetzes zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und zur Regelung reiner Wasserstoffnetze im Energiewirtschaftsrecht v. 16.07.2021 (BGBl. I S. 3026), nachfolgend bezeichnet als EEG 2021. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2021/arbeitsausgabe>.

<sup>3</sup>Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 14.08.2020 an geltenden Fassung, verkündet als Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 8 des Ge-

**und Einebnung von Elbsand auf den genannten Flurstücken ist eine nicht zur Solarstromerzeugung errichtete „sonstige bauliche Anlage“ gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2017.**

- 2. Die südliche Teilfläche des Flurstücks [...], Flur [...] („Ergänzungsfäche Ost“) der Gemarkung [...] am Standort [...] erfüllt die Voraussetzungen gemäß § 100 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2021 i. V. m. § 37 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2017 nicht. Die Anspruchstellerin hat nicht hinreichend dargelegt, dass die Auffüllungen auf dieser Teilfläche eine „sonstige bauliche Anlage“ darstellen.**

Ergänzender Hinweis der Clearingstelle:

**Ergeben sich aus diesem Votum nachträgliche Korrekturen am bundesweiten Ausgleich hinsichtlich der abzurechnenden Strommengen oder Vergütungs- bzw. Prämienzahlungen (finanzielle Förderung), sind diese Korrekturen gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2021<sup>4</sup> bzw. den jeweils anzuwendenden Regelungen zum bundesweiten Ausgleich bei der nächsten Abrechnung zu berücksichtigen.**

---

setzes zur Vereinheitlichung des Energieeinsparrechts für Gebäude und zur Änderung weiterer Gesetze v. 08.08.2020 (BGBl. I S. 1728) sowie Art. 6 des Gesetzes zur Reduzierung und zur Beendigung der Kohleverstromung und zur Änderung weiterer Gesetze (Kohleausstiegsgesetz) v. 08.08.2020 (BGBl. I S. 1818), rückwirkend geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften v. 21.12.2020 (BGBl. I S. 3138) nachfolgend bezeichnet als EEG 2017. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2017/arbeitsausgabe>.

<sup>4</sup>Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) in der v. 01.02.2023 an geltenden Fassung, verkündet als Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes zur sofortigen Verbesserung der Rahmenbedingungen für die erneuerbaren Energien im Städtebaurecht v. 04.01.2023 (BGBl. I Nr. 6), nachfolgend bezeichnet als EEG 2023. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2023/arbeitsausgabe>.

## 1 Tatbestand

- 1 Zwischen den Parteien ist streitig, ob es sich bei den Flächen, auf denen die Solaranlagen der Anspruchstellerin errichtet werden sollen, um sonstige bauliche Anlagen handelt, die zu einem anderen Zweck als der Erzeugung von solarer Strahlungsenergie errichtet worden sind.
- 2 Die Anspruchstellerin plant die Errichtung von Solaranlagen auf den folgenden Flächen der Gemarkung [...] am Standort [...] mit einer insgesamt installierten Leistung von [ca. 40 000],kW<sub>p</sub> (im Folgenden: „Vorhabensfläche“):
  - auf den Flurstücken [...] (nordwestliche Teilfläche), [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], Flur [...] sowie den Flurstücken [...], [...], [...], Flur [...] (im Folgenden: „Bezugsfläche“),
  - den Flurstücken [...], [...], [...], [...], Flur [...] (im Folgenden: „Ergänzungsfläche Nord“) sowie
  - einer weiteren südlichen Teilfläche des Flurstücks [...], Flur [...] (im Folgenden: „Ergänzungsfläche Ost“).
- 3 Die Anspruchstellerin bzw. eine Schwestergesellschaft der Anspruchstellerin erhielten folgende Zuschläge für die Vorhabensfläche: Zunächst erteilte die Bundesnetzagentur einen Zuschlag mit Bekanntgabe im [...] 2019 ([...]). Da die Gebotsmenge nicht für die Vorhabensfläche ausreichte, nahm die Anspruchstellerin im [...] 2021 erneut an einer Ausschreibung teil und erhielt einen Zuschlag ([...]). Aufgrund von zeitlichen Verzögerungen gab die Anspruchstellerin aus kaufmännischer Vernunft noch einmal ein Gebot in der Innovationsausschreibung am [...] 2020 ab und erhielt auch daraufhin einen Zuschlag ([...]).
- 4 Die Belegung der einzelnen Solaranlagen ergibt sich aus dem von der Anspruchstellerin zur Akte gereichten Modulbelegungsplan<sup>5</sup> sowie der Abbildung zum Flurstück [...], Flur [...].<sup>6</sup>
- 5 Die Vorhabensfläche liegt im Geltungsbereich des am [...] 1978 beschlossenen Bebauungsplans Nr. 1 „Industriegebiet [...]“ (Flächengröße ca. [250] ha) im Teilbereich [...] des

<sup>5</sup>Anlage 1 und 12 der Schriftsätze der Anspruchstellerin v. 24.09.2020 und 10.02.2021.

<sup>6</sup>Schriftsatz der Anspruchstellerin v. 08.10.2021, S. 1.

Entwicklungsbereiches [...], welcher am [...] 1979 in Kraft trat. In diesem ist die gesamte Bezugsfläche als Industriegebiet („GI“) gemäß § 9 BauNVO<sup>7</sup> ausgewiesen.

- 6 Die Vorhabensfläche mit einer Größe von ca. [30] ha ist Teil des Industriegebiets [...]. Zur Schaffung des Industriegebiets wurde ein insgesamt [ca. 2 000] ha großes Areal in den 1970/80er Jahren aufgespült. Dies war notwendig, weil es sich bei dem Areal überwiegend um tiefer liegendes Marschland handelt und tragfähige Bodenschichten erst in 25 m Tiefe lagen. Bei der Aufspülung wurden ca. 10 Millionen Kubikmeter Elbsand auf das Gebiet aufgetragen, sodass das Gelände von ein bis zwei Meter unter Normalnull (im Folgenden: NN) auf zwei Meter über NN angehoben wurde. Vormalig befand sich auf diesen Flächen die Ortschaft [...], die allerdings aufgrund der Schaffung des Industriegebiets weichen musste. Nach der erfolgten Aufspülung musste sich der Sand erst setzen, um als stabiler Untergrund zu dienen.
- 7 In der Geologischen Übersichtskarte des Bundesamtes für Geowissenschaften und Rohstoffe ist die Vorhabensfläche als „künstliche Aufschüttung“ kartiert.
- 8 Südlich der Vorhabensfläche befindet sich [...]. Aus einer Kurzbeschreibung für [...] ergibt sich das Folgende zur Bodenbeschaffenheit:

#### „Geologische und hydrologische Verhältnisse

Der Standort wurde in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts zur hochwassersicheren Nutzung mit tonreichen Kleiauffüllungen, die örtlich mit sandreichen Aufspülungen überlagert sind, künstlich aufgeschüttet. Unter dieser Aufspülung sind die natürlich entstandenen holozänen Schichten, die vornehmlich die Bodenarten Klei, torfiger Klei, Torf und Wattsand enthalten, zu finden.“<sup>8</sup>

- 9 Auf den von der Anspruchstellerin zur Akte gereichten Luftbildern aus dem Jahr 1941 und 1944/45 ist zu erkennen, dass auf der Vorhabensfläche und auf den umliegenden Flächen eine Stück-und-Piep-Struktur<sup>9</sup> vorhanden ist. Die ebenfalls von der Anspruch-

<sup>7</sup>Baunutzungsverordnung (Baunutzungsverordnung – BauNVO) in der Fassung der Bekanntmachung v. 21.11.2017 (BGBl. I S. 3786), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes zur Mobilisierung von Bauland (Baulandmobilisierungsgesetz) v. 14.06.2021 (BGBl. I S. 1802).

<sup>8</sup>Anlage A7 des Schriftsatzes der Anspruchstellerin v. 24.09.2020, S. 7 linke Spalte.

<sup>9</sup>Die Piep ist das dominierende Prielsystem vor der [...] Küste. „Stück und Piep“-Strukturen bestehen aus langgestreckten – ca. zehn Meter breiten – im Querschnitt uhrglasförmig aufgewölbten flachen Landrücken („Stücken“), die beiderseits von einer Entwässerungsmulde („Piep“) gesäumt werden und durch regelmäßigen Aushub schmaler und relativ seichter Entwässerungsgräben und Ablagerung des Aushubmaterials unmittelbar neben den Gräben geschaffen wurden. Siehe dazu Anlage A11 des Schriftsatzes der Anspruchstellerin v. 24.09.2020, Boden und Wasser Büro für Hydrogeologie, angewandte Geologie und Wasserwirtschaft, Gutachten „Solarpark [...] Deutschland – Feststellungen zum Bodenaufbau und zum Zustand des Untersuchungsgeländes“ v. 05.02.2020 (im Folgenden: „Gutachten 2020“), S. 3.

stellerin zur Akte gereichten Luftbilder aus dem Jahr 1980 der Vorhabensfläche zeigen keine Stück-und-Piep-Struktur mehr, sondern eine baulich veränderte, eher ebene Fläche.

- 10 Äußerlich handelt es sich bei der Bezugsfläche um eine mit Gras bewachsene Fläche, die von Industrieanlagen umgeben ist. Anpflanzungen oder Ansaaten haben auf der Vorhabensfläche nicht stattgefunden. Der Rasenbewuchs ist stets kurzgehalten worden.
- 11 Zur Ermittlung der Bodenbeschaffenheit der Bezugsfläche liegen mehrere Gutachten vor, die von der Anspruchstellerin bzw. der vorherigen Eigentümerin der Bezugsfläche eingeholt wurden. Im Jahr 2005 wurde zum Zweck der Errichtung von Windenergieanlagen ein Bodengutachten im Auftrag der damaligen Grundstückseigentümerin erstellt (im Folgenden: Gutachten 2005).<sup>10</sup> Der örtliche Untersuchungsbereich des Gutachtens 2005 reicht über die Vorhabensfläche hinaus. Die nach den damaligen Planungen als „WEA 1“ und „WEA 2“ bezeichneten Windenergieanlagen befinden sich auf der Bezugsfläche.<sup>11</sup> Die Erstellung des Gutachtens erfolgte aufgrund einer Ortsbegehung und durch insgesamt sechs Sondierungsbohrungen mit der Rammkernsonde bis zu einer Tiefe von 3,0 m unter Geländeoberkante nach DIN 4021. Die Bohrungen wurden an den geplanten Standorten für die insgesamt sechs Windenergieanlagen vorgenommen.<sup>12</sup> Im Hinblick auf die örtlichen Verhältnisse wird in dem Gutachten festgestellt, dass das Untersuchungsgelände sich im Bereich eines Marschgebietes befindet. Als natürliche Böden seien hier Torfe und Kleiböden zu erwarten. In dem Ergebnis des Gutachtens für die WEA 1 und 2 heißt es:

„Im Bereich der Windenergieanlagen WEA 1 und WEA 2 konnte bis in die maximale Sondiertiefe von 3,0 m aufgespülter Sand nachgewiesen werden.“<sup>13</sup>

- 12 Zudem ergibt sich aus dem Schichtenverzeichnis, dass in den Bodenproben für die WEA 1 und 2 Muschelreste gefunden wurden, und dass die übliche und die geologische Benennung „Auffüllung“ ist.<sup>14</sup>
- 13 Die [...] GmbH erstellte im Auftrag der [...] am 1. November 2016 das Untersuchungsergebnis „Vertiefende umwelttechnische Untersuchung von abgelagerten Bauschuttmaterial, Historische Recherche“ (im Folgenden: Untersuchung 2016).<sup>15</sup> Gegenstand dieses

<sup>10</sup>Anlage A9 des Schriftsatzes der Anspruchstellerin v. 24.09.2021; HPC Harress Pickel Consult AG, Gutachten „Orientierende Untersuchungen auf einem Grundstück der Deutschen BP AG in Brunsbüttel, Schleswig Holstein“.

<sup>11</sup>Gutachten 2005, Anlage 2.

<sup>12</sup>Gutachten 2005, S. 4.

<sup>13</sup>Gutachten 2005, S. 10.

<sup>14</sup>Gutachten 2005, Anlage 3.

<sup>15</sup>Anlage A10 des Schriftsatzes der Anspruchstellerin v. 24.09.2021.

Gutachtens sind insgesamt vier Untersuchungen in der Mitte der Bezugsfläche. Aus den Untersuchungsergebnissen ergibt sich Folgendes:

- 1. Bohrung: Allgemeine und geologische Benennung als „Auffüllung“ bis zu einer Tiefe von 1,8 m. Bis 0,05 m unter dem Ansatzpunkt ist als ergänzende Bemerkung „humos“ und von 1,2 m bis 1,8 m „organisch“ und „Muschelschalen“ angegeben.
- 2. Bohrung: Benennung als „Auffüllung“ in einer Tiefe bis 1,2 m und bis zu einer Tiefe bis 1,8 m als „Mutterboden“ und „Oberboden“. Als ergänzende Bemerkung ist bis zu einer Tiefe von 0,05 m „humos“, in einer Tiefe von 1,2 m „organisch“ sowie „Muschelschalen“ und in einer Tiefe bis 1,8 m „humos“ genannt.
- 3. Bohrung: Benennung als „Auffüllung“ in einer Tiefe bis 1,1 m und bis zu einer Tiefe bis 1,5 m als „Mutterboden“ und „Oberboden“. Als ergänzende Bemerkung ist bis zu einer Tiefe von 0,05 m „humos“, in einer Tiefe von 1,1 m „organisch“ sowie „Muschelschalen“ und in einer Tiefe bis 1,5 m „humos“ angegeben.
- 4. Bohrung: Allgemeine und geologische Benennung als „Auffüllung“ bis zu einer Tiefe von 1,7 m. Als ergänzende Bemerkung ist bis zu einer Tiefe von 0,1 m „humos“ und von 1,3 m bis 1,7 m „organisch“ und „Muschelschalen“ angegeben.

14 Mit Datum vom [...] 2020 wurde durch die „Boden und Wasser Büro für Hydrogeologie, angewandte Geologie und Wasserwirtschaft“ das Gutachten 2020 erstellt.<sup>16</sup> In diesem heißt es zur Ausgangssituation:

„Ursprünglicher Zustand des Untersuchungsgebiets war: Elbmarsch, tidenabhängige Bodenbildung mit überwiegend feinkörniger klastischer Sedimentation zu Salzmarschen, die von Prielen natürlich entwässert wurden.

...

Die weitere Landnutzung erforderte eine stetige Pflege der Oberfläche in Form der Anlage von ‚Stück und Piep‘-Strukturen. ... Die relativ geringe Durchlässigkeit der stark humosen, tonig-schluffigen Böden auf den Stücken begünstigt den oberflächlichen Abfluss von überschüssigem Niederschlagswasser und führt zu einer gut durchwurzelten, mit relativ mächtiger Humusaufgabe versehene Oberfläche, die sowohl ackerbaulich wie auch zur Beweidung genutzt werden kann.

<sup>16</sup>Anlage A11 des Schriftsatzes der Anspruchstellerin v. 24.09.2021.

...

Der Untergrund ist dabei in 2 oder 3 Schichten gliederbar.

- Schicht 1 Die Humusschicht ist mit > 30 cm i. d. R. gut ausgebildet und relativ mächtig. Wurzelhorizont und Bodenfauna sind gut entwickelt.
- Schicht 2 Unter der Humusdecke folgt feinkörniges Sediment aus Schluff und Fein- bis Mittelsand, das organische Bestandteile beinhalten kann. Wenn es über dem permanenten Grundwasserspiegel liegt, herrscht dort aerobes Milieu. Bodenfauna betätigt sich auch in dieser Schicht und sorgt z. T. für einen Materialaustausch mit der Humusdecke.
- Schicht 3 Das Liegende bilden ebenfalls Sande und teilweise tonige Schluffe des Sedimentationsraums des Elbästuars. Sofern sie permanent unter der Grundwasseroberfläche liegen, ist dort sauerstoffarmes bis anaerobes Milieu vorherrschend, was zu einer erheblichen Reduktion der biologischen Aktivität in dieser Schicht führt. Als Indikator für das Antreffen dieser Schicht kann daher neben einer grauschwarzen Färbung auch das Auftreten von H<sub>2</sub>S dienen.<sup>17</sup>

- 15 Die Untersuchung des Bodens erfolgte mittels Handschürfen mit Spaten und Schlitzbe-  
probungen. Insgesamt wurden 56 Einstiche mit Spezialspaten vorgenommen, um nach-  
zuweisen, dass es sich bei dem Untersuchungsgebiet um eine künstlich errichtete Auf-  
schüttung handelt, welche sich bereits bei der Erkundung im Jahr 2005 ergeben hatte.  
Die Stiche wurden in einem Abstand von jeweils zehn Metern, beginnend vom Rand der  
geplanten Solaranlagen, durchgehend vorgenommen und die Fläche dazwischen mit-  
tels zahlreicher Querprofile aufgeschlossen und untersucht. Zudem wurden auch Un-  
tersuchungen außerhalb der geplanten Vorhabensfläche zu Vergleichszwecken vorge-  
nommen, die sich wohl außerhalb des Spülfeldes befinden. Dadurch wurde der land-  
wirtschaftlich genutzte und kultivierte Marschboden sowie eine nicht näher definierte  
ältere Auffüllung dokumentiert.<sup>18</sup>
- 16 Bei der Untersuchung wurde die Fläche in vier Bereiche (A – D) untergliedert. Die Teilflä-  
che D entspricht der Bezugsfläche und die Teilfläche C der Ergänzungsfläche Ost. Die Teil-  
flächen A und B befinden sich östlich der Teilfläche D (Bezugsfläche) und jeweils nördlich  
und südlich der Teilfläche C (Ergänzungsfläche Ost). Obwohl auch die Ergänzungsfläche  
Nord zu der Teilfläche D gehört, befinden sich auf dieser keine Untersuchungspunkte.<sup>19</sup>

<sup>17</sup>Gutachten 2020, S. 3 f. Auslassungen nicht im Original.

<sup>18</sup>Gutachten 2020, S. 8. Siehe zu der Lage der Einstiche auch Anlage 1.4 des Gutachtens.

<sup>19</sup>Gutachten 2020, Anlage 1.5.

17 In dem Gutachten 2020 sind folgende Untersuchungsergebnisse dokumentiert:

„Dem Zustand mit dem 3-gliedrigen, als natürlich zu bezeichnenden Schichtaufbau entsprechen die **Teilfläche A und B** des Untersuchungsgebiets...

**Teilfläche C** ist eine künstliche (anthropogene) Auffüllung, die auf der ursprünglichen Oberfläche der kultivierten Marschwiesen aufgebracht wurde. Sie beinhaltet als Grundsubstanz Sand, und wird von einer mäßig dicken sandigen Humusschicht überdeckt. Ob vor der Auffüllung die Humusschicht der ursprünglichen Oberfläche entfernt wurde, ist nicht feststellbar. Die Auffüllungsmächtigkeit beträgt etwa 1 m über ursprünglichem Niveau.

Der Bodenaufbau stellt sich wie folgt dar:

Schicht SAH	Humusdecke über aufgespültem Sandkörper
Schicht SA	Sand, künstlich aufgefüllt in Mächtigkeiten von etwa 1 m

Darunter liegen

Schichten 1 – 3 wie vorstehend beschrieben

**Teilfläche D**, die den weitaus größten Teil der Fläche umfasst, ist ein vor ca. 4 Jahrzehnten aufgefülltes Spülfeld, das im Zuge der Entwicklung des Industriegebiets südlich der Schleusen von [...] hergestellt wurde. Dabei stand neben dem Zweck der Ablagerung von Baggergut auch die Aufhöhung des Geländes und die Schaffung eines für Industrieanlagen nutzbaren Baugrunds im Vordergrund.

Ein Spülfeld ist eine Deponiefläche für mineralisches Material, das als mit Wasser aufgeschwemmte Suspension im Pumpverfahren transportiert wird. Es handelt sich dabei in jedem Fall um ein Objekt, das von Bauingenieuren geplant, im Rahmen des Baurechts genehmigt, mit wasserbaulichen oder Tiefbaugerätschaften von Baufachpersonal hergestellt wird. Spülfelder können prinzipiell auf jedem ausreichend großen, horizontal liegenden und ebenen Gelände hergestellt werden. Die Errichtung von Deichen bzw. Dämmen um das geplante Spülfeld erfolgt meistens vor Beginn der Spültätigkeit. Das untersuchungsgegenständliche Gelände wurde mit Spülgut aus der Elbe bzw. dem Einmündungsbereich des [...] Kanals in den Elbästuar hergestellt und gemäß vorliegender Angaben in einer kontinuierlich verlaufenden Spülkampagne

aufgefüllt. Ziel und Zweck war die Schaffung von Bauland für industrielle Nutzung. Dies beinhaltete auch die deutliche Aufhöhung des Geländes gegenüber der umgebenden Elbmarsch um bis zu 4 m.

...

Der heutige Zustand des Geländes ist eine weitgehende ebene horizontal liegende Fläche, die keiner geregelten landwirtschaftlichen Nutzung unterliegt. Die Oberfläche befindet sich zwischen 3 und 4 m über dem umgebenden Gelände. Sie ist teilweise von einer meist nur wenige Zentimeter mächtigen Schicht mit erhöhtem organischem Gehalt bedeckt, teilweise nach wie vor eine Sandfläche ohne Humusbedeckung mit sehr schütterer Vegetation. An solchen offenen Stellen sind zahlreiche Schalen und Schalenbruchstücke von marinen Lamellibranchiaten (Majorität) und Resten von ebenfalls marinen Gastropoden und Arthropoden zu finden, die vereinzelt Schill-artig angereichert sein können. Dabei handelt es sich um Reste von Organismen, die ausschließlich dem marinen Benthos im Gewinnungsgebiet des Spülsandes zuzuordnen sind. ...

Typische Vertreter terrestrischer Bodenfauna (v. a. die zu den Oligochaeta zählende Art *Lumbricus terrestris* – vulgo ‚Regenwurm‘) fehlen im gesamten Bereich D (Spülfeld) vollständig. Dies ist ein auffallendes und absolut sicheres Unterscheidungskriterium zu den umgebenden kultivierten Marschböden (Bereich A), deren Bodenfauna dem regionaltypischen Umfang mit gut ausgeprägter Population von *Lumbricus* sp. entspricht. Schalenreste mariner Faunengesellschaften fehlen im bewirtschafteten Marschland dagegen nahezu komplett.

Ein ähnlich signifikanter Unterschied findet sich in der Durchwurzelung des Bodens, die sich im Spülfeld fast ausschließlich auf die oberste, sehr dünne Bodenzone mit nennenswerten organischen Anteilen beschränkt, während die untergelagerten unveränderten Spülsande nahezu völlig frei von Wurzeln und andern Teilen der Bodenflora sind. Im Vergleichsgebiet des östlich liegenden bewirtschafteten Marschlandes reicht die durchwurzelte Bodenschicht sogar unter Grasnarbe mehrere Dezimeter tief und ist als intensiv ausgebildet zu bezeichnen.

Die oberste, zwischen 0 und meist ca. 5 cm, selten auch bis nahe 10 cm mächtige Schicht des Spülfeldes, in der im Sandboden humusartige Bestandteile angereichert sind, ist nicht durch geplante bzw. erdbaulich durchgeführte Humusierung oder Aufbringen von Kulturböden entstanden, sondern durch die

mehrere Jahrzehnte andauernde Behandlung der sich sukzessive verdichtenden Ruderalvegetation, die bedarfsweise und in meist unregelmäßigen Intervallen abgeschlagen oder gemäht wurde, ohne das Mähgut zu nutzen oder abzufahren. Die dadurch unregelmäßige und ungesteuerte Anreicherung von organischem Material hat aber nicht ausgereicht, auch nur ansatzweise eine landwirtschaftlich nutzbare Bodenzusammensetzung und Bodenstruktur zu erzeugen. Ein Einarbeiten solcherweise angereicherten organischen Materials in den unterlagernden Sandkörper, das unerlässlich als erster Schritt zur Kultivierung gewesen wäre, hat zu keinem Zeitpunkt stattgefunden. Graslandvegetation im eigentlichen Sinne findet sich nur auf einem kleineren Teil des Untersuchungsgebiets in Teilfläche D und auch dort nicht in zusammenhängenden größeren Bereichen. Es überwiegt statt dessen eine Vegetation aus Urticaceae, Carduoideae und anderer Vertretern der typischen Vegetation auf anthropogen hergestellten Ruderal- und Sukzessionsflächen.

...

Der Bodenaufbau kann in Analogie zur Beschreibung der Teilflächen A – C folgendermaßen eingestuft werden:

Schicht SAS	Sandaufschüttungen bzw. Aufspülungen ohne Humusierung, i. d. R. etwa 4 m mächtig.
Schicht 1	Ursprüngliche Humusdecke, durch Überschüttung mit Spülsand stark verdichtet und in der Mächtigkeit reduziert, sowie biologisch bis hin zum Absterben jeglicher Bodenfauna verändert.
Schicht 2 und 3	nicht mehr untergliederbar, da durch die Überlagerung permanent unter die Grundwasseroberfläche gelegt und somit als verdichtete Schicht 3 einzustufen.

Es ist davon auszugehen, dass auf Teilfläche D ursprünglich der Schichtaufbau aus den Schichten 1 – 3, wie für Teilfläche A beschrieben, vorlag. Die erdbauliche Tätigkeit des Aufbringens von Spülsand auf Teilfläche D hat allein durch die Masse der Aufschüttung zu einer Verdichtung der vorher natürlichen Lagerungsdichte und somit zu einem Zustand geführt, der im natürlichen Boden erst in Tiefen von > 3 m anzutreffen ist.

### 3 Dokumentation der Bodenverhältnisse im Untersuchungsgebiet

...

Die festgestellten Bodenparameter und die Zusammensetzung des Materials in der Teilfläche D lassen eindeutig eine vollständige und lückenlose Auffüllung im dortigen Spülfeld erkennen. Diese besteht aus Sand, welcher zusätzlich einem technischen Separationsprozess unterzogen worden war. Nur damit lässt sich das fast völlige Fehlen der Feinanteile Ton und Schluff (gesamter Gehalt 0,23 %) sowie die ebenfalls fehlende Kieskörnung (gesamter Anteil ca. 0,5 %) im Boden erklären, die in der Korngrößenanalyse der Probe BÜ 40 aufscheint. Der anthropogen hergestellte Boden ist außerdem ab einer Tiefe von 10–20 cm grundsätzlich frei von messbaren organischen Bestandteilen mit Ausnahme von anteilig geringen, aber auffallende Mengen Detritus aus Lammelibranchiaten-Schalen...

Demgegenüber zeigt die Probe BÜ 101 aus dem außerhalb des Spülfeldes gelegenen Marsch-Kulturland einen sehr hohen Humusanteil und einen ebensolchen Gehalt an organischem Material...<sup>20</sup>

- 18 Die Bodenprobe BÜ 101 wurde nicht auf der Ergänzungsfläche Ost entnommen, sondern nördlich von dieser auf der Teilfläche A.
- 19 Mit Gutachten „Solarpark [...] Deutschland, Einschätzungen des Bodenaufbaus der geplanten Erweiterungsflächen im [...]“ vom [...] 2020 hat die „Boden und Wasser, Büro für Hydrogeologie angewandte Geologie- und Wasserwirtschaft“ ein weiteres Gutachten zur Bodenbeschaffenheit der Ergänzungsfläche Nord vorgelegt (im Folgenden: Ergänzungsgutachten).<sup>21</sup> Die Begutachtung erfolgte als Ergänzung zu dem Gutachten 2020 anhand von Luftbildaufnahmen. In dem Ergänzungsgutachten wird wie folgt resümiert:

„Aus den Luftbildern ist erkennbar, dass sich die Geländeoberfläche der nördlichen Erweiterungsfläche sowohl hinsichtlich ihrer Oberflächenstruktur, als auch in Hinblick auf ihre Vegetation nicht von der südlich daran angrenzenden Belegungsfläche unterscheidet.

Beim Nordteil handelt es sich wie beim Südteil um eine ebene, horizontale liegende Fläche ohne Geländeunebenheiten. Beide Teilflächen gehen nahtlos ineinander über. An den Grenzen existieren weder Böschungen noch Gräben.

...

<sup>20</sup>Gutachten 2020, S. 4–9. Auslassungen nicht im Original.

<sup>21</sup>Anlage A16 des Schriftsatzes der Anspruchstellerin v. 10.02.2021.

### 3 Zusammenfassende Bewertung des Bodenzustands der Erweiterungsfläche im Norden

Aus den in Abschnitt 2 genannten Hinweisen besteht aus Sicht des Gutachters kein Zweifel daran, dass es sich bei der nördlichen Erweiterungsfläche um die nördliche Fortsetzung des südlichen, aufgefüllten Spülfeldes handelt.

Der Untergrund ist demnach genauso aufgebaut wie im Südfeld. Lediglich der nordwestliche Saumbereich besitzt aufgrund landwirtschaftlicher Vornutzungen eine geringfügige mächtigere Humusüberdeckung.“<sup>22</sup>

- 20 Bei der im Gutachten als „Südteil“ oder „südliches Spülfeld“ bezeichneten Fläche handelt es sich um die Bezugsfläche.
- 21 **Die Anspruchstellerin** meint, dass es sich bei der Vorhabensfläche um eine bauliche Anlage handele, die zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichtet wurde.
- 22 Das OLG Brandenburg sei in seinem Urteil<sup>23</sup> im Hinblick auf die rechtliche Bewertung nach Bauordnungsrecht nicht der Ansicht der Literatur und Rechtsprechung gefolgt und habe daher den zugrunde liegenden Sachverhalt bauordnungsrechtlich falsch bewertet. Denn auch Aufschüttungsmaßnahmen, die bloße Nebenerscheinung einer anderen Baumaßnahme sind, seien bauordnungsrechtlich relevant. Aufschüttungen seien als Teilmaßnahme der gesamten baulichen Anlage zuzurechnen. Dies sei beispielsweise bei Aufschüttungen für den Straßenbau (tatsächliche bauliche Anlage) oder der Freilegung von Rohstoffvorkommen (Teil der Abgrabung als Abraumlagerung (fiktive bauliche Anlage)) der Fall.<sup>24</sup> Folglich hätte auch das OLG Brandenburg den Mutterboden als abgelagerten Abraum der Gesamtbaumaßnahme als Anlage nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Alt. 2 MBO<sup>25</sup>, mithin als bauliche Anlage qualifizieren müssen.
- 23 Ohnehin sei der dem Urteil des OLG Brandenburg zugrunde liegende Sachverhalt nicht mit dem vorliegenden Sachverhalt vergleichbar und deshalb zwingend anders zu bewerten. So seien vor allem nach der Literatur zum Bauordnungsrecht Aufschüttungen, die nur mittelbare Folge einer Abgrabung sind, eigenständige Aufschüttungen und somit (fiktive) bauliche Anlagen. Dies gelte beispielsweise für auf einem Grundstück aufgeschütteten Sand, nachdem dieser von einer Sandhalde einer Sandgrube entnommen

<sup>22</sup>Ergänzungsgutachten, S. 3 f. Auslassungen nicht im Original.

<sup>23</sup>Die Anspruchstellerin verweist insoweit auf *OLG Brandenburg*, Urt. v. 12.09.2017 – 6 U 2/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3968>.

<sup>24</sup>Die Anspruchstellerin verweist insoweit auf *Dimberger*, in: Busse/Kraus (Hrsg.), BayBO, 05/2021, Art. 2 Rz. 150.

<sup>25</sup>*Bauministerkonferenz*, Musterbauordnung, Fassung vom 25.09.2020, abrufbar unter <https://www.is-argebau.de/>, zuletzt abgerufen am 24.10.2022. Nachfolgend bezeichnet als MBO.

wurde.<sup>26</sup> Anlass für die Aufspülung der Sandmassen war vorliegend die Schaffung von Baugrund für Industrieanlagen, sodass es sich um eine gezielte künstliche Geländeauffüllung handele. Diese seien nicht bloß wegen eines anderen Vorhabens angefallen oder abgelagert worden. Nach der Rechtsprechung des VG Oldenburg<sup>27</sup> handele es sich im hier zu entscheidenden Fall um ein von der Sandgewinnung losgelöstes und eigenständiges Vorhaben, das einen bestimmten Zweck verfolge. Die Sandgewinnung selbst sei eine der Gesamtbaumaßnahme Aufschüttung für die Schaffung von Industriegrund untergeordnete Abgrabung.

- 24 Eine Renaturierung sei nicht eingetreten, da der anthropogene Eingriff auf den Flächen nicht zurückgetreten sei, sondern vielmehr die Aufschüttungen nach wie vor einen Eingriff in die Natur und Landschaft darstellten im Sinne des § 14 BNatSchG.<sup>28</sup> Insbesondere der ökologische Wert sei zwischenzeitlich nicht in den Vordergrund getreten. Denn im Gegensatz zum Sachverhalt des Votums 2019/6<sup>29</sup> der Clearingstelle seien die Sandaufspülungen sowie die Geländeauffüllungen schon gar nicht zu Umweltschutzzwecken durchgeführt wurden. Im Gegenteil, die landwirtschaftlichen Flächen („Stück und Piep“) wurden entzogen, um ein Industriegebiet durch die Schaffung eines standfesten Untergrundes für bauliche Großanlagen von Industriebetrieben zu realisieren. Die Schaffung des Geländes sei daher schon kein umweltrechtlicher Zweck gewesen, sondern ein umweltrechtlich-relevanter Eingriff in Gestalt der Aufschüttung im Sinne der Rechtsprechung des OVG Rheinland-Pfalz.<sup>30</sup> Da die Flächen auch weiterhin in dem Bebauungsplan als Industriegebiet ausgewiesen sind, bestehe der kommunale Planungswille, Industrie- oder Gewerbebetriebe auf diesen anzusiedeln, fort. Es sei zwischenzeitlich auch nicht zum Ziel der Gemeinde geworden, die Flächen der Natur „zurückzugeben“ oder zu überlassen. Gleiches ergebe sich aus dem Gutachten 2020, da dieses zu dem Ergebnis komme, dass es sich um anthropogene Deponieflächen handele, auf denen wegen der hohen Verdichtung nicht einmal eine ertragsorientierte Landwirtschaft möglich sei. Es handele sich insoweit um Industriebaugrund.

<sup>26</sup>Die Anspruchstellerin verweist insoweit auf *Dimberger*, in: Busse/Kraus (Hrsg.), BayBO, 05/2021, Art. 2 Rz. 163.

<sup>27</sup>Die Anspruchstellerin verweist insoweit auf *VG Oldenburg*, Urt. v. 19.06.2008 – 5 A 4956/06, juris, Leitsatz 4.

<sup>28</sup>Die Anspruchstellerin verweist insoweit auf *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 05/2021, BNatSchG, § 14 Rn. 6. Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz – BNatSchG) v. 29.07.2009 (BGBl. I S. 2542), zuletzt geändert durch Art. 3 des ersten Gesetzes zur Änderung des Elektro- und Elektronikgerätesetzes, der Entsorgungsfachbetriebeverordnung und des Bundesnaturschutzgesetzes v. 08.12.2022 (BGBl. I S. 2240).

<sup>29</sup>Die Anspruchstellerin verweist insoweit auf *Clearingstelle*, Votum v. 18.07.2019 – 2019/6, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2019/6>.

<sup>30</sup>Die Anspruchstellerin verweist insoweit auf *OVG Rheinland-Pfalz*, Urt. v. 18.09.1986 – 8 A 77/84, juris, Leitsatz 1.

- 25 Auch bei der Ergänzungsfläche Ost handele es sich um eine künstliche Aufschüttung. Diese sei zwar nicht im Rahmen der Elbsandaufspülung errichtet worden, wie die Bezugsfläche und die Ergänzungsfläche Nord, allerdings ergebe sich aus dem Gutachten 2020, dass auch hier eine künstliche Bodenveränderung in Form einer künstlichen Geländeauffüllung vorliege.
- 26 **Die Anspruchsgegnerin** meint, dass es sich im vorliegenden Fall schon nicht um eine Aufschüttung im Sinne der MBO handele, da es an der selbstständigen Funktion fehle. Die Vorhabensfläche sei nicht aus Bauprodukten hergestellt, da Elbsand, die Humusschicht, organische Bestandteile und Mutterboden keine Baustoffe i. S. d. Bauordnung darstellten. Dies ergebe sich auch aus dem Urteil des OLG Brandenburg.<sup>31</sup>
- 27 Da der Begriff der baulichen Anlage nicht im EEG definiert sei, komme es für die Begriffsbestimmung auf die Muster- und Landesbauordnung an. In diesem Sinne sei unter einer baulichen Anlage jede mit dem Erdboden verbundene, aus Bauteilen und Baustoffen hergestellte Anlage zu verstehen. So könnten zwar auch „Aufschüttungen“ (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 MBO, § 2 Abs. 1 Nr. 1 LBauO SH) als bauliche Anlagen angesehen werden, allerdings habe das OLG Brandenburg dies in seinem Urteil dahingehend eingeschränkt, als dass darunter nur künstliche, für einen längeren Zeitraum bestimmte Veränderungen der Erdoberfläche durch Niveauerhöhung, die einer selbstständigen Betrachtung zugänglich sind, zu verstehen seien. Ausgeschlossen seien nach dieser Rechtsprechung Aufschüttungen, die lediglich als Neben- oder Folgeerscheinungen aufträten.<sup>32</sup>
- 28 Ferner komme es darauf an, dass die bauliche Anlage als räumlich abgrenzbarer Bereich erkennbar sei, wie dies u. a. bei zu Parkzwecken hergestellten Asphaltflächen, geschotterten Lagerplätzen oder Sportanlagen der Fall sei. Den Luftbildaufnahmen und Lichtbildern, die von der Anspruchstellerin zur Akte gereicht wurden, sei jedoch zu entnehmen, dass die Vorhabensfläche Bestandteil der Umgebung und des Industriegebiets geworden sei, sodass keine Selbstständigkeit vorliege.
- 29 Zudem fehle es an einer zweckgerichteten Funktion der Vorhabensfläche. Der Ansicht der Anspruchstellerin, dass es sich um einen Lagerplatz handele, der dazu bestimmt wäre, die abgelagerten Sandmassen für längere Zeit aufzunehmen, könne nicht gefolgt werden. Denn die Elbsandaufspülung sei ausschließlich zur Landgewinnung in Form der Schaffung eines Industriegebiets erfolgt. Der Aufspülung komme aber kein eigener funktionsgebundener Zweck zu, so wie es etwa bei einem Damm oder Lärm- und Sichtschutz-

<sup>31</sup>Die Anspruchsgegnerin verweist insoweit auf *OLG Brandenburg*, Urt. v. 12.09.2017 – 6 U 2/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3968>.

<sup>32</sup>Die Anspruchsgegnerin verweist insoweit auf *OLG Brandenburg*, Urt. v. 12.09.2017 – 6 U 2/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3968>.

wänden der Fall sei. Würde man dies annehmen, so wäre jede durch Landgewinnung gewonnene Fläche eine bauliche Anlage.

- 30 Der anthropogene Eingriff, der mittlerweile schon 40 Jahre zurückliege, sei zudem in den Hintergrund getreten mit der Folge einer Renaturierung der Vorhabensfläche; die bauordnungsrechtliche Relevanz sei weggefallen. So werde in dem Gutachten 2020 u. a. ausgeführt, dass sich zwischenzeitlich eine gut durchwurzelte, mit relativ mächtiger Humusaufgabe versehene Oberfläche gebildet habe, die sowohl ackerbaulich wie auch zur Beweidung genutzt werden könne. Zudem ergebe sich aus dem Ergänzungsgutachten, dass sich die Geländeoberfläche sowie die Oberflächenstruktur nicht von der südlich angrenzenden Belegungsfläche unterscheide. Vielmehr gingen beide Teilflächen nahtlos ineinander über. Auch die Luftbilder ließen keinen anderen Schluss zu.
- 31 Der vorliegende Sachverhalt sei zudem nicht mit dem des Votums 2019/6 der Clearingstelle vergleichbar.<sup>33</sup> In dem Votum habe es sich um eine abgrenzbare Fläche gehandelt, auf der sich ehemals ein Stadion befand und auf welche eine minderwertige Aufschüttung aufgetragen wurde, um die kontaminierte Oberfläche des ehemaligen Stadions abzudecken und gesundheitsschädliche Auswirkungen zu verhindern. Vorliegend gehe es allerdings um eine Aufspülung mit Elbsand zur Schaffung eines Industriegebiets. Eine minderwertige Bodenstruktur sei nicht gegeben.
- 32 Gegen das Vorliegen einer baulichen Anlage spreche zudem, dass die Vorhabensfläche im Geltungsbereich des Bebauungsplan Nr. 1 liege und dort als Industriegebiet nach § 9 BauNVO ausgewiesen sei. Die Förderung ergebe sich daher aus § 37 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe e) EEG 2017, § 100 Abs. 1 EEG 2021. Insoweit sei jedoch die 10-MW-Grenze des EEG 2017 zu beachten. Auch die Ausführungen des OLG Brandenburg seien so zu verstehen, dass es sich entweder um eine Freifläche handele oder um eine Fläche mit einer baulichen Anlage, um die gesetzlichen Bestimmungen für Freiflächenanlagen nicht umgehen zu können.<sup>34</sup>
- 33 Jedenfalls sei die Ergänzungsfläche Ost schon nicht als Aufschüttung zu qualifizieren, da auf dieser keine Aufspülung mit Elbsand erfolgt sei.
- 34 Mit Beschluss vom 28. September 2021 hat die Clearingstelle das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 ihrer Verfahrensvorschriften (VerfO)<sup>35</sup> nach dem übereinstimmenden An-

<sup>33</sup>Die Anspruchsgegnerin verweist insoweit auf *Clearingstelle*, Votum v. 18.07.2019–2019/6, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2019/6>.

<sup>34</sup>Die Anspruchsgegnerin verweist insoweit auf *OLG Brandenburg*, Urt. v. 12.09.2017–6 U 2/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3968>, Rn. 45.

<sup>35</sup>Verfahrensvorschriften der Clearingstelle v. 01.10.2007 in der Fassung v. 01.10.2019, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/downloads>, nachfolgend bezeichnet als VerfO.



38 Demgegenüber liegen die Voraussetzungen für eine sonstige bauliche Anlage nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2017 bei der Ergänzungsfläche Ost nicht vor, denn die Anspruchstellerin hat nicht zur Überzeugung der Kammer dargelegt, dass es sich bei der Auffüllung um eine „sonstige bauliche Anlage“ handelt (s. Abschnitt 3.3).

### 3.1 Anwendbares Recht

- 39 Rechtlicher Maßstab sind vorliegend § 37 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2017 sowie der wortgleiche § 37 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2021, sodass die Ausführungen je nach anwendbarer Norm für beide Vorschriften gelten.
- 40 Vorliegend ist für den Zuschlag aus dem Jahr 2019 ([...]) § 37 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2017 anzuwenden gemäß § 100 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2021. Für den Zuschlag vom [...] 2021 ([...]) gilt § 37 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2021.
- 41 Für den Zuschlag aus dem Jahr 2020 in der Innovationsausschreibung ([...]) war bis zum 31. Dezember 2020 § 37 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2017 gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 InnAusV (Urfassung)<sup>36</sup> anwendbar und seit dem 1. Januar 2021 ist § 37 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2021 anwendbar gemäß § 6 Abs. 2 InnAusV (4. Fassung)<sup>37</sup> i. V. m. § 19 InnAusV (5. Fassung)<sup>38</sup>.

### 3.2 Bezugsfläche und Ergänzungsfläche Nord

- 42 Die Aufspülung mit Elbsand auf der Bezugsfläche und der Ergänzungsfläche Nord ist eine sonstige bauliche Anlage in Form einer Aufschüttung gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2017 bzw. § 37 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2021.
- 43 Nach § 37 Nr. 2 EEG 2017 bzw. § 37 Nr. 1 EEG 2021 können Gebote für Solaranlagen in einer Ausschreibung abgegeben werden, wenn sich diese „auf einer sonstigen baulichen Anlage, die zu einem anderen Zweck als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden ist“, befinden.

<sup>36</sup>Verordnung zu den Innovationsausschreibungen (Innovationsausschreibungsverordnung – InnAusV), v. 20.01.2020 (BGBl. I S. 106), verkündet als Verordnung zu den Innovationsausschreibungen und zur Änderung weiterer energiewirtschaftlicher Verordnungen, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/innausv>.

<sup>37</sup>Verordnung zu den Innovationsausschreibungen (Innovationsausschreibungsverordnung – InnAusV), v. 20.01.2020 (BGBl. I S. 106), zuletzt geändert durch Art. 11c des Gesetzes zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und zur Regelung reiner Wasserstoffnetze im Energiewirtschaftsrecht v. 16.07.2021 (BGBl. I S. 3026), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/innausv>.

<sup>38</sup>Verordnung zu den Innovationsausschreibungen (Innovationsausschreibungsverordnung – InnAusV), v. 20.01.2020 (BGBl. I S. 106), zuletzt geändert durch Art. 16 des Gesetzes zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien und weiteren Maßnahmen im Stromsektor v. 20.07.2022 (BGBl. I S. 1237), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/innausv>.

- 44 Zum Begriff der „sonstigen baulichen Anlage“ hat die Clearingstelle in dem Votum 2019/6 ausgeführt:

„Maßgeblich ist der Begriff der baulichen Anlage im Sinne des Bauordnungsrechts. Im EEG wird der Begriff der ‚baulichen Anlage‘ nicht definiert. Nach dem Willen des Gesetzgebers, ... nach der Rechtsprechung des BGH... und nach der ständigen Spruchpraxis der Clearingstelle... ist zur Auslegung und Anwendung dieses Begriffs das Verständnis des Bauordnungsrechts maßgeblich... Unter einer baulichen Anlage ist danach ‚jede mit dem Erdboden verbundene, aus Bauteilen und Baustoffen hergestellte Anlage zu verstehen‘ ..., wobei auch Aufschüttungen und Abgrabungen, Lagerplätze, Abstellplätze und Ausstellungsplätze grundsätzlich als bauliche Anlagen einzuordnen sind... Zugrundelegend ist dabei nicht allein die bauliche Beschaffenheit einer Anlage, sondern vor allem die Funktion und der Zweck der Anlage... Eine Versiegelung der Fläche ist für die Annahme einer baulichen Anlage nicht erforderlich... Über die Definition der baulichen Anlage hinaus werden auch ‚Abgrabungen, Aufschüttungen und Lagerplätze‘ in der Musterbauordnung... 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...“.<sup>39</sup>

- 45 Die Aufspülung mit Elbsand auf der Bezugsfläche und der Ergänzungsfläche Nord ist als Aufschüttung in diesem Sinne einzuordnen, denn hierbei handelt es sich um einen künstlichen Eingriff (s. Abschnitt 3.2.2), der eine flächendeckende und auf Dauer angelegte Veränderung der natürlichen Geländeoberfläche (s. Abschnitt 3.2.3) durch Erhöhung des Bodenniveaus darstellt (s. Abschnitt 3.2.1).
- 46 Der Elbsandaufspülung kommt auch eine eigenständige Funktion zu. Diese liegt maßgeblich in der Herstellung von Baugrund, um die Fläche für die Ansiedlung von Industrie- und Gewerbebetrieben nutzbar zu machen (s. Abschnitt 3.2.4). Die Sandaufspülung hat die Eigenschaft als sonstige bauliche Anlage auch nicht aufgrund des zeitlichen Verlaufs verloren, sondern die bauaufsichtsrechtliche Relevanz der Elbsandaufspülung besteht weiterhin fort und eine Renaturierung ist nicht eingetreten (s. Abschnitt 3.2.5). Der Einordnung als sonstige bauliche Anlage steht auch nicht entgegen, dass die streitgegenständlichen Solaranlagen grundsätzlich auch den Vergütungstatbestand einer Konversionsfläche gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe b) EEG 2017 erfüllen (s. Abschnitt 3.2.6).

<sup>39</sup> Clearingstelle, Votum v. 18.07.2019–2019/6, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2019/6>, Rn. 33 m. w. N.

- 47 Gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 MBO gelten auch Aufschüttungen als (fiktive) bauliche Anlagen. Die Einordnung von Aufschüttungen als bauliche Anlagen gilt gleichermaßen für das EEG.<sup>40</sup> Hierzu hat die Clearingstelle in dem Votum 2019/6 ausgeführt:

„Aufschüttungen sind durch künstliche Eingriffe auf Dauer angelegte Veränderungen der Bodenoberfläche, bei denen das Bodenniveau durch das Aufbringen von Materialien erhöht wird ... Dabei kommt es nicht darauf an, ob hierdurch ein historisches Bodenniveau wiederhergestellt oder ein zuvor nicht vorhandenes Bodenniveau künstlich geschaffen wird ... Derartige Bodenveränderungen unterliegen der Bauaufsicht, weil sie nicht nur im Hinblick auf ihre Standsicherheit oder etwaige Störungen des Landschaftsbildes, sondern auch wegen der Art und der Beschaffenheit der aufgetragenen Materialien mit öffentlichen Belangen in Widerstreit geraten können.“<sup>41</sup>

### 3.2.1 Erhöhung des Bodenniveaus durch das Aufbringen von Materialien

- 48 Durch die Aufspülung mit Elbsand wurde das Bodenniveau der Bezugsfläche und der Ergänzungsfläche Nord erhöht.
- 49 Dies wurde durch das Gutachten 2005 und die Untersuchung 2016 sowie die weiteren von der Anspruchstellerin vorgelegten Lichtbilder und Dokumente bereits indiziert. Letztlich wurde dies jedoch für die Bezugsfläche durch das Umweltgutachten 2020 und für die Ergänzungsfläche Nord durch das Ergänzungsgutachten zur Überzeugung der Kammer dargelegt.
- 50 Dass die Aufspülung mit Elbsand auf der Bezugsfläche und der Ergänzungsfläche Nord sowie dem Umland stattfand, wird durch die Gesamtschau der vorgelegten Dokumente nachgewiesen. So wird die Vorhabensfläche in der Geologischen Übersichtskarte des Bundesamtes für Geowissenschaften und Rohstoffe als „künstliche Aufschüttung“ bezeichnet (s. Rn. 7). Dass diese sich aufgrund der Aufspülung mit Elbsand ergab, wird durch die Kurzbeschreibung [...] näher konkretisiert (s. Rn. 8). Zwischen den Parteien ist zudem unstrittig, dass in den 1970/80er Jahren ein ca. 2 000 ha großes Areal zur Herstel-

<sup>40</sup>Zur Einbeziehung von Aufschüttungen nach dem EEG siehe auch *Clearingstelle*, Votum v. 06.06.2016 – 2016/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2016/15>, Rn. 18 f. sowie die Gesetzesbegründung zum EEG 2009: BT-Drs. 16/8148, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/933>, S. 60. Siehe ebenso bereits die Gesetzesbegründung zum EEG 2004: BT-Drs. 15/2327, S. 34 sowie BT-Drs. 15/2684, S. 44, beide abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/278>.

<sup>41</sup>*Clearingstelle*, Votum v. 18.07.2019 – 2019/6, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2019/6>, Rn. 36 m. w. N. Auslassungen nicht im Original.

lung von Baugrund zur Industrieansiedlung geschaffen wurde, da der tragfähige Boden des ursprünglichen Marschlandes erst in einer Tiefe von 25 m begann (s. Rn. 6).

- 51 Weiteres Indiz dafür, dass die Aufspülung tatsächlich auch auf der Vorhabensfläche erfolgte, ergibt sich aus dem Vergleich der Luftbilder aus den Jahren 1941 und 1944/45 sowie den Lichtbildern aus dem Jahr 1980, welche die Vorhabensfläche sowie das Umland zeigen. Auf ersteren ist auf der Vorhabensfläche eine Stück- und Piep-Struktur erkennbar, wohingegen auf Aufnahmen, die 40 Jahre später entstanden sind (nach der Aufspülung in den 1970/80er Jahren), eine ebene und gleichmäßige Fläche ohne Stück- und Piep-Struktur zu sehen ist (s. Rn. 9).
- 52 **Bezugsfläche** Ebenso wird durch das Gutachten 2005 die Aufspülung auf der Bezugsfläche bereits angedeutet, da in diesem resümiert wird, dass für die zwei auf der Bezugsfläche durchgeführten Sondierungsbohrungen bis in die Tiefe von drei Metern „aufgepülter Sand nachgewiesen“ wurde sowie Muschelreste bei der Bodenuntersuchung gefunden wurden (s. Rn. 12). Bestätigt wird dies durch die Untersuchung 2016. Im Rahmen dieser wurden vier Bohrungen in der Mitte der Bezugsfläche durchgeführt und in den Untersuchungsergebnissen wurde dokumentiert, dass in allen vier Bodenuntersuchungen Muschelreste gefunden wurden (s. Rn. 13).
- 53 Dass auf der Bezugsfläche eine „vollständige und lückenlose Auffüllung“ mit einer Mächtigkeit von ca. 3 Metern vorliegt, ergibt sich aus dem Gutachten 2020 (s. Rn. 17). Das Gutachten 2020 ist schlüssig und objektiv nachvollziehbar.
- 54 Zur Beurteilung der bodenrechtlichen Verhältnisse wurden im Rahmen der Erstellung des Gutachtens 2020 insgesamt 56 Einstiche vorgenommen, welche sich über die gesamte Bezugsfläche verteilen. Ebenso wurden zu Vergleichszwecken Einstiche außerhalb der Bezugsfläche vorgenommen und begutachtet (s. Rn. 15).
- 55 Die Bodenbeschaffenheit der Bezugsfläche weist laut dem Gutachten 2020 standortfremde Sandaufschüttungen ohne Humusierung mit einer Mächtigkeit von drei bis vier Metern auf. Ebenso ist danach die darunter liegende, ursprüngliche Bodenschicht „durch Überschüttung mit Spülsand stark verdichtet und in der Mächtigkeit reduziert, sowie biologisch bis hin zum Absterben jeglicher Bodenfauna verändert“ (s. Rn. 17). Da es sich allerdings bei dem Untersuchungsgebiet um Marschland – zumindest ursprünglich – handelt, wäre als erste Schicht eine Humusschicht von ca. 30 cm mit Wurzelhorizont und Bodenfauna sowie eine zweite Schicht aus Schluff und Fein- und Mittelsand mit organischen Bestandteilen zu erwarten gewesen (s. Rn. 14).
- 56 Diese veränderte Bodenbeschaffenheit wird laut dem Gutachten 2020 besonders deut-

lich im Hinblick auf die Bodenfauna und Durchwurzelung der Bezugsfläche im Vergleich zu den umliegenden Gebieten. So haben sich in den Bodenuntersuchungen der außerhalb der Bezugsfläche liegenden Gebiete (kultivierte Marschböden) die typischen Vertreter der Bodenfauna für Marschland und keine Schalenreste gefunden. Demgegenüber fanden sich jedoch in den Bodenproben der Bezugsfläche Schalenreste, jedoch keine für das Marschland typische Bodenfauna (s. Rn. 17).

- 57 **Ergänzungsfläche Nord** Durch das Ergänzungsgutachten wurde nachgewiesen, dass auch auf der Ergänzungsfläche Nord die Aufspülung mit Elbsand erfolgte. Fazit des Ergänzungsgutachtens ist, dass die Ergänzungsfläche Nord „die nördliche Fortsetzung des südlichen, aufgefüllten Spülfeldes“ ist (s. Rn. 19).
- 58 Unerheblich ist insoweit, dass es sich nicht um ein Gutachten auf der Grundlage einer Bodenuntersuchung handelt, da das Ergänzungsgutachten schlüssig und objektiv nachvollziehbar darlegt, dass es sich bei der Ergänzungsfläche Nord ebenso um eine mit Elbsand aufgespülte Fläche handelt. Das Gutachten wurde von demselben Büro als ergänzendes Gutachten zu dem Gutachten 2020 angefertigt. In dem Ergänzungsgutachten wird festgestellt, dass sowohl die ebene Oberflächenstruktur als auch die fehlende Vegetation der Bezugsfläche und der Ergänzungsfläche Nord gleich sind. So gehen beide Flächen nahtlos ineinander über und sind vor allem nicht durch Böschungen oder Gräben getrennt (s. Rn. 19).

### 3.2.2 Künstlicher Eingriff

- 59 Es handelt sich bei der Aufspülung mit ca. 10 Millionen Kubikmeter Elbsand auf einer insgesamt [ca. 2 000] ha großen Fläche (Vorhabensfläche als Teil davon ca. [30] ha) um einen künstlichen Eingriff zur Veränderung der Bodenoberfläche, bei der das Bodenniveau durch das Aufbringen von Sand erhöht wurde.
- 60 Der zur Aufspülung verwendete Elbsand ist ein standortfremdes Material. Insoweit ist es – entgegen der Ansicht der Anspruchsgegnerin – unerheblich, dass es sich bei dem zur Aufspülung verwendeten Material um Elbsand gehandelt hat als ein natürlich vorkommendes Material. So ist es zwar richtig, dass ein Bauprodukt nach § 2 Abs. 9 MBO nur dann vorliegt, wenn dieses „hergestellt“ wurde. Allerdings ist es für das Vorliegen einer fiktiven baulichen Anlagen nicht notwendig, dass es sich bei den verwendeten Materia-

lien um Bauprodukte handelt.<sup>42</sup> Denn nach der Definition gemäß § 2 Abs. 1 MBO ist es lediglich für bauliche Anlagen nach Satz 1 Voraussetzung, dass diese aus Bauprodukten angefertigt wurden, nicht jedoch für (fiktive) bauliche Anlagen nach Satz 2.<sup>43</sup>

- 61 Darüber hinaus ergibt sich aus dem Gutachten 2020, dass der Sand „zusätzlich einem technischen Separationsprozess unterzogen worden“ ist (s. Rn. 17).
- 62 Letztlich ist es nach Ansicht der Kammer nicht ausgeschlossen, dass Elbsand auch als Bausand eingesetzt werden kann.<sup>44</sup>

### 3.2.3 Flächendeckend und dauerhaft angelegte Maßnahmen

- 63 Die Aufspülung mit Elbsand ist zudem flächendeckend erfolgt und auf Dauer angelegt worden. Denn die Aufspülung mit Elbsand erfolgte zur Schaffung eines Industriegebiets, mithin nicht nur zu vorübergehenden Zwecken, sondern als Schaffung von Baugrund für Industrieanlagen und -gebäude. So wurden nicht nur partiell Aufschüttungen vorgenommen, sondern ein insgesamt 2 000 ha großen Areal mit insgesamt 10 Millionen Kubikmeter Elbsand aufgespült. Aus der geographischen Dimension der Aufspülung an sich ergibt sich daher schon die Dauerhaftigkeit.
- 64 Dass die Aufschüttung flächendeckend im Hinblick auf die Bezugsfläche und die Ergänzungsfläche Nord erfolgte, ergibt sich nach Überzeugung der Kammer aus dem Gutachten 2020 und dem Ergänzungsgutachten (s. Rn. 17 ff.).

### 3.2.4 Zwecksetzung und Funktionsbezogenheit

- 65 Die zweckgerichtete eigenständige Funktion der Sandaufspülung ist die Herstellung von Baugrund für Industrieanlagen durch koordiniertes und planvolles Vorgehen.
- 66 Entscheidend für die Beurteilung ist die Funktion und der Zweck und nicht allein die bauliche Beschaffenheit.<sup>45</sup> Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung liegt die funktions- und zweckbezogene bauordnungsrechtliche Sichtweise des Begriffs der „baulichen Anla-

<sup>42</sup>Vgl. insoweit *Clearingstelle*, Votum v. 18.07.2019–2019/6, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2019/6>, Rn. 34; *Clearingstelle*, Votum v. 13.04.2018–2018/8, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2018/8>, Rn. 19.

<sup>43</sup>Vgl. insoweit *Clearingstelle*, Votum v. 30.08.2016–2016/17, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2016/17>, Rn. 28.

<sup>44</sup>Vgl. insoweit auch zu „Schlacke“ als Baustoff: *Clearingstelle*, Votum v. 13.02.2014 – 2013/62, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2013/62>, Rn. 55.

<sup>45</sup>*Clearingstelle*, Votum v. 13.04.2018 – 2018/8, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2018/8>, Rn. 13 m. w. N.

gen“ auch dem Begriff im EEG zu Grunde.<sup>46</sup> So ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Gesetzgeber des EEG sich den bauordnungsrechtlichen Begriff uneingeschränkt zu eigen machen wollte.<sup>47</sup> Demnach unterscheiden sich bauliche Anlagen nach Satz 1 von fiktiven baulichen Anlagen nach Satz 2 des § 2 Abs. 1 MBO dadurch, dass es bei letzteren v. a. auf die Zweckbestimmung ankomme und nicht auf die bauliche Beschaffenheit.<sup>48</sup>

- 67 Die Zweck- und Funktionsbezogenheit ist im Lichte des Bauordnungsrechts als Gefahrabwehrrecht zu verstehen.<sup>49</sup> Die bauordnungsrechtliche Relevanz als Aufsichtsbefugnis zur Abwehr von Gefahren und Nachteilen für andere Schutzgüter ergibt sich für Aufschüttungen vor allem im Hinblick auf die folgenden drei Interessen der Allgemeinheit: verwendete Materialien, Standsicherheit und etwaige Störungen des Landschaftsbildes.<sup>50</sup>
- 68 In diesem Sinne hat die Clearingstelle in dem Votum 2016/17 befunden, dass eine zufällige Bodendurchmischung ohne planvolles Vorgehen keine fiktive bauliche Anlage darstellt, da es an einer nachgewiesenen anthropogenen Bodenveränderung fehlt.<sup>51</sup> Demgegenüber ist nach Rechtsprechung des BGH ein durch Schotterung befestigter Lagerplatz als sonstige bauliche Anlage im Sinne des EEG anzusehen.<sup>52</sup>
- 69 Etwas anderes ergibt sich für den vorliegenden Fall auch nicht aus der Rechtsprechung des OLG Brandenburg,<sup>53</sup> sodass nicht zu entscheiden ist, ob auch Aufschüttungen, die „Neben- oder Folgeerscheinungen“, „Vorbereitungsmaßnahmen“ oder „schlichte Bodenauffüllungen“ darstellen, als fiktive bauliche Anlagen zu qualifizieren sind.<sup>54</sup> Ob dar-

<sup>46</sup> BGH, Urt. v. 17.07.2013 – VIII ZR 308/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2364>, Rn. 20.

<sup>47</sup> BGH, Urt. v. 17.07.2013 – VIII ZR 308/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2364>, Rn. 21.

<sup>48</sup> BGH, Urt. v. 17.07.2013 – VIII ZR 308/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2364>, Rn. 19 ff.

<sup>49</sup> Dalibor, EnWZ 2018, 225, 229 ff.

<sup>50</sup> Clearingstelle, Votum v. 18.07.2019–2019/6, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2019/6>, Rn. 37.

<sup>51</sup> Clearingstelle, Votum v. 30.08.2016–2016/17, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2016/17>, Rn. 28.

<sup>52</sup> BGH, Urt. v. 9.2.2011 – VIII ZR 35/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/1287>, Rn. 39.

<sup>53</sup> OLG Brandenburg, Urt. v. 12.09.2017–6 U 2/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3968>, OLG Brandenburg, Urt. v. 27.10.2020 – 6 U 20/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/6167>.

<sup>54</sup> Siehe Clearingstelle, Votum v. 13.04.2018–2018/8, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2018/8>, Rn. 16 f. So hat insbesondere der VGH München eine zur Aufbereitung und Zwischenlagerung errichtete Aufschüttung von Torfgemisch als bauordnungsrechtlich relevant qualifiziert und mithin als „Aufschüttung“ im Sinne der BayBO angesehen, vgl. VGH München, Beschl. v. 12.12.2017–1 ZB 15.2594, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3972>, Rn. 6. So lehnt Grett das Erfordernis einer besonderen Funktion ab, vgl. Grett, ER 2018, 35, 36. Dalibor kritisiert insoweit, dass das OLG Brandenburg nicht den Zusam-

überhinaus, wie die Anspruchsgegnerin vorträgt, eine „Selbständigkeit“ in Form einer „eigenständigen Funktion“, wie vom OLG Brandenburg gefordert, vorliegen muss, kann daher vorliegend dahinstehen.<sup>55</sup>

70 Das OLG Brandenburg hatte insoweit bereits im Jahr 2017 entschieden:

„... Unter einer Aufschüttung im bauordnungsrechtlichen Sinne sind deshalb nur solche künstlichen, für einen längeren Zeitraum bestimmten Veränderungen der Erdoberfläche durch Niveauerhöhung zu verstehen, die einer selbständigen Betrachtung zugänglich sind. Ausgeschlossen sind mithin solche Aufschüttungen, die lediglich als Neben- oder Folgeerscheinung bei der Errichtung einer anderen baulichen Anlage auftreten (Jäde/Dirnberger/Reimus, Bauordnungsrecht Brandenburg, Loseblatt § 2 Rn. 23). Eine Aufschüttung im bauordnungsrechtlichen Sinne muss also eine eigene Funktion aufweisen, die über die bloße Lagerung von Erdboden, der an anderer Stelle stört, hinausgeht (Simon/Buss, Bayrische Bauordnung, Stand 2016, Art 2 Rn. 150)...“<sup>56</sup>

71 An diese Rechtsprechung anknüpfend hatte das OLG Brandenburg sodann im Jahr 2020 geurteilt, dass „schlichte Bodenauffüllungen“ keine fiktiven baulichen Anlagen darstellen.<sup>57</sup> So führt das Gericht aus:

„... Auch nach Auffassung des Oberlandesgerichts Koblenz unterfällt nicht jede Bodenverfüllung dem fiktiven Anlagenbegriff, sondern ist eine zu Rekultivierungszwecken erfolgte Aufschüttung nur aufgrund ihrer damit eigenständigen und auf Dauer angelegten Zweckbestimmung nicht mit dem schlichten Wiederverschließen oder Zuschütten von Gräben, Löchern oder Erdspalten gleichzusetzen (aaO, Rn. 71). An einer solchen Zweckbestimmung fehlt es hier jedenfalls mit Blick auf Bodenauffüllungen, die lediglich als Vorbereitungsmaßnahmen für eine künftig veränderte Nutzung des Geländes zu verstehen sind.“<sup>58</sup>

menhang zu der Hauptmaßnahme geprüft habe als Teil einer größeren baulichen Anlage, vgl. *Dalibor*, EnWZ 2018, 225, 231.

<sup>55</sup>Bereits offen gelassen in *Clearingstelle*, Votum v. 13.04.2018 – 2018/8, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2018/8>, Rn. 17.

<sup>56</sup>OLG Brandenburg, Urt. v. 12.09.2017 – 6 U 2/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3968>, Rn. 43.

<sup>57</sup>OLG Brandenburg, Urt. v. 27.10.2020 – 6 U 20/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/6167>, S. 15.

<sup>58</sup>OLG Brandenburg, Urt. v. 27.10.2020 – 6 U 20/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/6167>, S. 15 f.

- 72 **Vorliegender Fall** Bei der Aufspülung handelt es sich um eine flächendeckende Maßnahme, deren eigenständiger Zweck die Herstellung von Baugrund zur Ansiedlung von Industrie ist. Die Aufspülungen mit Elbsand sind insoweit einer selbständigen Betrachtung zugänglich, als dass durch die Maßnahme das konkrete Ziel der Baugrundschaftung verfolgt wird. Schon aus der Dimension der Aufschüttungen mit Sand ergibt sich zudem, dass es sich dabei nicht nur um eine „Neben- oder Folgeerscheinung“ oder „Vorbereitungsmaßnahme“ handelt, sondern primärer Zweck hier die Herstellung von tragfähigem Boden für die Ansiedlung von Industrie ist. So ergibt sich aus dem Gutachten 2020, dass das Spülfeld von Bauingenieuren geplant, im Rahmen des Baurechts genehmigt und mit wasserbaulichen oder Tiefbaugerätschaften von Baufachpersonal hergestellt wurde (s. Rn. 17).
- 73 So ist es nach Auffassung der Kammer auch nicht widersprüchlich, dass mit der Einstufung der Aufspülung als sonstige bauliche Anlage jede Landgewinnung eine sonstige bauliche Anlage darstellen könnte,<sup>59</sup> wie von der Anspruchsgegnerin vorgetragen. Denn die Schaffung von neuem Land berührt im vorliegenden Fall offensichtlich Belange der Allgemeinheit vor allem bezüglich der Standsicherheit, der eingesetzten Materialien sowie des Landschaftsbilds.

### 3.2.5 Kein Verlust der Eigenschaft als bauliche Anlage im Zeitverlauf

- 74 Die Aufspülungen auf der Bezugsfläche und der Ergänzungsfläche Nord haben ihre Eigenschaft als sonstige bauliche Anlagen nicht durch Zeitablauf verloren. Denn ausweislich des Gutachtens 2020 fand keine Renaturierung der Flächen statt und der Zweck der Schaffung von Bauland besteht ausweislich des Bebauungsplans weiterhin fort. Die Flächen werden weiterhin maßgeblich durch die Aufspülung geprägt und der anthropogene Eingriff ist nicht in den Hintergrund getreten, obgleich die Aufspülung bereits Jahrzehnte zurückliegt.
- 75 **Keine natürliche Überprägung** So hat die Clearingstelle in der Entscheidung 2018/8 ausgeführt:

„In Einzelfällen – gerade bei Aufschüttungen – kann die Eigenschaft als (fiktive) bauliche Anlage durch Zeitablauf wegfallen, etwa wenn ein ehemaliger

<sup>59</sup>Vgl. insoweit auch die Rechtsprechung des *VG Oldenburg*, welches im Hinblick auf das BBergG den Bau eines Hafens durch Aufspülung der Hafenfläche als eigenständiges Vorhaben angesehen hat: *VG Oldenburg*, Urt. v. 19.06.2008 – 5 A 4956/06, juris, Rn. 28.

Tagebau oder ein Baggersee Jahrzehnte nach der Nutzungsaufgabe zu einem mehr oder weniger ‚natürlichen‘ Bestandteil der Umgebung geworden ist, der Eingriff zurücktritt und die ökologische Bedeutung der Fläche in den Vordergrund rückt. Maßgeblich für die Einordnung als (fiktive) bauliche Anlage im Sinne des EEG ist allein der tatsächliche Zustand der Fläche zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme der PV-Installation. Denn Sinn und Zweck der Regelung des § 51 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 ist, dass PV-Installationen vorrangig auf bereits anderweitig genutzten Flächen zu fördern sind und ökologisch bedeutsame Flächen nicht überbaut werden.“<sup>60</sup>

- 76 Im Unterschied zu dem im Votum zitierten § 51 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 wird in § 37 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2017 nicht auf den Zeitpunkt der Inbetriebnahme dem Wortlaut nach abgestellt. Auf welchen Zeitpunkt abzustellen ist, kann jedoch vorliegend offen bleiben, da bis zum Zeitpunkt der Entscheidung der Kammer keinerlei Anhaltspunkte für eine Renaturierung vorlagen.<sup>61</sup>
- 77 Unerheblich ist insoweit, dass die Bezugsfläche teilweise mit Gras bewachsen ist. Denn eine natürliche Überprägung ist nicht schon durch einen Rasenbewuchs gegeben, da dies zwar auf eine Mutterbodenschicht hindeuten kann, allerdings wird dadurch nicht die aufgefüllte Schicht Teil der natürlichen, ursprünglichen Fläche.<sup>62</sup> Dass dies vorliegend nicht erfolgt ist, ergibt sich aus dem Gutachten 2020. In diesem wird erläutert, dass es sich um eine ebene Fläche handele, „die keiner geregelten landwirtschaftlichen Nutzung unterliegt“. Auch eine Durchwurzelung des Bodens ist nicht gegeben. Ebenso fehlt laut Gutachten 2020 auf der gesamten Bezugsfläche die entsprechende regionaltypische Bodenfauna, die für das Marschland als ursprüngliche Bodenstruktur der Bezugsfläche sowie der derzeitigen Bodenbeschaffenheit der umliegenden Flächen charakteristisch und üblich ist. Die Bodenfauna ist ein „auffallendes und absolut sicheres Unterscheidungskriterium“ in Bezug auf das Marschland (s. Rn. 17).
- 78 Aus der fehlenden Durchwurzelung sowie dem Vergleich der (nicht vorhandenen) Bodenfauna auf der Bezugsfläche und dem umliegenden Marschland ergibt sich zudem, dass die Bezugsfläche und auch die Teilfläche Nord nicht Teil der Umgebung geworden

<sup>60</sup> Clearingstelle, Votum v. 13.04.2018 – 2018/8, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2018/8>, Rn. 24. Siehe auch Clearingstelle, Schiedsspruch v. 28.06.2016 – 2016/20, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/schiedsrv/2016/20>, Rn. 19; Clearingstelle, Votum v. 30.08.2016 – 2016/17, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2016/17>, Rn. 26, 31 ff. So auch OLG Koblenz, Urt. v. 21.12.2017 – 6 U 12/17, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/4308>, S. 21.

<sup>61</sup> Dasselbe ergibt sich auch für die bauordnungsrechtliche Relevanz, vgl. Rn. 79.

<sup>62</sup> Clearingstelle, Schiedsspruch v. 18.07.2019 – 2019/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/schiedsrv/2019/16>, Rn. 42, Clearingstelle, Votum v. 13.04.2018 – 2018/8, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2018/8>, Rn. 26.

sind. So ergibt sich aus dem Gutachten 2020 auch, dass die getroffenen Maßnahmen hinsichtlich der ursprünglichen Bodenschichten „allein durch die Masse der Aufschüttung zu einer Verdichtung der vorher natürlichen Lagerungsdichte“<sup>63</sup> geführt haben (s. Rn. 17).

- 79 **Anhaltende bauordnungsrechtliche Relevanz** Darüber hinaus läuft auch der Einwand der Anspruchsgegnerin ins Leere, dass die bauordnungsrechtliche Relevanz der Aufschüttung nicht mehr anhalten würde.
- 80 Die bauordnungsrechtliche Relevanz besteht weiterhin, wenn die Zweckbestimmung fortbesteht.<sup>64</sup> Ferner ergibt sich diese auch dann, wenn die Beseitigung der Aufschüttung ebenfalls bauaufsichtsrechtlich relevant wäre.<sup>65</sup>
- 81 Die Kammer stimmt insoweit der Argumentation der Anspruchstellerin zu, als dass durch die Ausweisung als Industriegebiet im Bebauungsplan auch weiterhin der Wille der Gemeinde dokumentiert ist, Industriebetriebe auf diesen Flächen anzusiedeln (s. Rn. 5).
- 82 Zudem wäre die Beseitigung der Aufspülung durch Abtragung des Elbsands schon aufgrund der Dimension (Größe der Vorhabensfläche von [30] ha und Mächtigkeit der Aufspülung von 3 – 4 m) ebenso bauordnungsrechtlich relevant wie die Aufspülung selbst.
- 83 Voraussetzung für das Vorliegen einer sonstigen baulichen Anlage ist es zudem nicht, dass durch eine Aufschüttung eine minderwertige Fläche entsteht. Die Anspruchsgegnerin hatte insoweit darauf hingewiesen, dass der vorliegende Fall deshalb nicht mit dem Votum 2019/6<sup>66</sup> vergleichbar sei. Doch auch in dieser Entscheidung wurde die Minderwertigkeit nicht als Voraussetzung geprüft.

### 3.2.6 Verhältnis von baulichen Anlagen zu Fördertatbeständen nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 und 3 EEG 2017

- 84 Es ist unerheblich, dass für die streitgegenständlichen Flächen auch die Voraussetzungen nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe e) EEG 2017 vorliegen. Der Anspruchsgegnerin und dem OLG Brandenburg ist insoweit zu widersprechen, als diese annehmen, dass eine bauliche

<sup>63</sup> Gutachten 2020, S. 7 f.

<sup>64</sup> Clearingstelle, Votum v. 13.04.2018 – 2018/8, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2018/8>, Rn. 23.

<sup>65</sup> Clearingstelle, Votum v. 18.07.2019 – 2019/6, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2019/6>, Rn. 39.

<sup>66</sup> Clearingstelle, Votum v. 18.07.2019 – 2019/6, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2019/6>.

Anlage dann nicht vorliegen könne, wenn bereits der Tatbestand einer förderfähigen Freiflächenanlage erfüllt ist.<sup>67</sup>

- 85 Dies führte die Clearingstelle bereits in dem Votum 2018/39 zum Verhältnis von Konversionsflächen zu sonstigen baulichen Anlagen aus und nichts anderes ergibt sich für die anderen Flächenkategorien des § 37 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2017:

„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 ... 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.

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 Solaranlage eine Fläche nach § 37 Absatz 1 Nummer 1, 2 oder Nummer 3 Buchstaben a bis g“

angeben; der Gesetzeswortlaut stellt damit alle in § 37 Abs. 1 EEG 2017 genannten Flächen in ein Gleichwertigkeitsverhältnis 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.“<sup>68</sup>

<sup>67</sup> OLG Brandenburg, Urt. v. 12.09.2017 – 6 U 2/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3968>, Rn. 45.

<sup>68</sup> Clearingstelle, Schiedsspruch v. 11.01.2019 – 2018/39, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/schiedsdrv/2018/39>, Rn. 36 f. m. w. N. Ergänzend siehe dazu auch zur Rechtslage nach dem EEG 2014: Clearingstelle, Votum v. 18.07.2019 – 2019/6, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2019/6>, Rn. 40 ff. und zur Rechtslage nach dem EEG 2009 Clearingstelle, Votum v. 13.02.2014 – 2013/62, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2013/62>, Rn. 59.

- 86 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den Regelungen zu den Höchstwerten für Gebotsmengen. Zwar enthalten §§ 37 Abs. 3, 38a Abs. 1 Nr. 5 Buchstabe a) EEG 2017<sup>69</sup> eine 10-MW-Grenze für Freiflächenanlagen. Aber dem Wortlaut lässt sich kein Rangverhältnis entnehmen; aus den Definitionen in § 3 EEG 2017 ergibt sich lediglich, dass Solaranlagen auf baulichen Anlagen keine Freiflächenanlagen i. S. d. EEG sind. Erfüllen Solaranlagen sowohl die Voraussetzungen einer baulichen Anlage als auch die für eine Kategorie einer Freiflächenanlage, kommt es auf die Entscheidung des Bieters an. Unterstrichen wird dieses Ergebnis auch durch die historische Auslegung: Nach früherer Rechtslage waren gemäß der FFAV<sup>70</sup> nur Freiflächenanlagen ausschreibungspflichtig; in der Begründung zur FFAV heißt es ausdrücklich, dass Anlagenbetreiberinnen und -betreiber, deren Solaranlage sowohl als Freiflächenanlage i. S. d. Verordnung einzuordnen sind als auch als sonstige bauliche Anlage im Sinne des EEG, ein Wahlrecht zusteht, nach welchem Regime (EEG oder FFAV) sie eine Förderung in Anspruch nehmen wollen.<sup>71</sup>
- 87 Ein Vorrang der Freiflächenanlage lässt sich auch nicht den Gesetzgebungsmaterialien entnehmen.<sup>72</sup>
- 88 Zudem hat die Clearingstelle bereits in dem Votum 2018/39 ausgeführt:

„Dem steht das Urteil des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 28. Mai 2013 ... 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 ... 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 müss-

<sup>69</sup>Die selbe Regelung in §§ 37 Abs. 3, 38a Abs. 1 Nr. 5 Buchstabe a) EEG 2021 mit einem Höchstwert für Gebotsmengen von Freiflächenanlagen von 20 MW.

<sup>70</sup>Verordnung zur Einführung von Ausschreibungen der finanziellen Förderung für Freiflächenanlagen (Freiflächenausschreibungsverordnung - FFAV) vom 06.02.2015 (BGBl. I 2015 S. 108), außer Kraft getreten am 01.01.2017, nachfolgend bezeichnet als FFAV. Abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/gesetz/2691>.

<sup>71</sup>BMWi, FFAV Referentenentwurf v. 15.01.2015, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/ffav/material>, S. 63.

<sup>72</sup>Siehe dazu ausführlich *Clearingstelle*, Schiedsspruch v. 11.01.2019 – 2018/39, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/schiedsrv/2018/39>, Rn. 38 ff.

te. 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.<sup>73</sup>

### 3.2.7 Keine Errichtung zur Solarstromerzeugung

89 Die Aufspülung mit Elbsand erfolgte nicht zum Zweck der Solarstromerzeugung, sondern ursprünglich zur Herstellung von Baugrund für die Ansiedlung von Industrie in den 1970/80er Jahren, mithin deutlich zeitlich vorgelagert zu der Planung der Solaranlagen.

### 3.3 Ergänzungsfläche Ost

90 Demgegenüber hat die Anspruchstellerin nicht zur Überzeugung der Kammer dargelegt, dass es sich bei der Ergänzungsfläche Ost um eine sonstige bauliche Anlage, insbesondere eine fiktive bauliche Anlage in Form einer Aufschüttung, handelt.

91 Zwar ergibt sich aus dem Gutachten 2020, dass auch auf der Ergänzungsfläche Ost in den oberen Schichten künstlich aufgefüllter Sand mit einer Mächtigkeit von einem Meter nachgewiesen wurde (s. Rn. 17). Jedoch hat die Anspruchstellerin nicht dargelegt, zu welchem Zweck diese Aufschüttung erfolgt ist. Notwendig für das Vorliegen einer Aufschüttung i. S. einer fiktiven baulichen Anlage ist jedoch, dass diese eine Funktion und einen Zweck aufweist (s. Abschnitt 3.2.4).

92 Die künstliche Aufschüttung auf der Ergänzungsfläche Ost ist jedenfalls nicht als Teil der Elbsandaufspülung zur Herstellung von Industriegrund entstanden, denn auf dieser wurden vor allem keine Muschelreste nachgewiesen. Ein anderer Zweck für die künstliche entstandene Auffüllung dieser Teilfläche wurde jedoch nicht vorgetragen.

Kaps

Koch

Teichmann

<sup>73</sup> Clearingstelle, Schiedsspruch v. 11.01.2019 – 2018/39, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/schiedsrv/2018/39>, Rn. 42.