

2014/2

15. April 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, vertreten durch die technische Koordinatorin Dr. Mutlak, sowie die Mitglieder Dr. Pippke und Dr. Winkler am 15. April 2014 einstimmig folgendes Votum:

Die Anspruchstellerin hat gegen die Anspruchsgegnerin für den Strom, der in ihrer PV-Installation auf dem [... see] in [...] erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist wird, einen Vergütungsanspruch nach § 66 Abs. 18a Satz 2 i. V. m. Satz 1 Nr. 1 EEG 2012¹ i. V. m. § 32 Abs. 2 EEG 2012 in der bis zum 31. März 2012 geltenden Fassung².

¹Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Art. 5 des dritten Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften v. 20.12.2012 (BGBl. I S. 2730), nachfolgend bezeichnet als EEG 2012. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2012/arbeitsausgabe>.

²Erneuerbare-Energien-Gesetz v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Art. 7 Abs. 2 des Gesetzes zur Änderung des Rechtsrahmens für Strom aus solarer Strahlungsenergie und zu weiteren Änderungen im Recht der erneuerbaren Energien v. 17.08.2012 (BGBl. I S. 1754).

Ergänzender Hinweis der Clearingstelle EEG:

Wenn und soweit die Anspruchsgegnerin geringere Vergütungen gezahlt hat, als es sich aus der Anwendung dieses Votums auf den verfahrensgegenständlichen Vergütungszeitraum ergibt, so liegen hinsichtlich diesbezüglicher Nachzahlungen der Anspruchsgegnerin an die Anspruchstellerin die Voraussetzungen für nachträgliche Korrekturen im bundesweiten Ausgleich gemäß § 38 Nr. 4 EEG 2012 vor.

I Tatbestand

- 1 Die Parteien sind uneins, ob für den Strom, der in der von der Anspruchstellerin betriebenen, auf einem Baggersee schwimmenden PV-Installation erzeugt wird, ein Anspruch auf die für Konversionsflächen erhöhte Vergütung nach § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012 i. V. m. § 32 Abs. 2 EEG 2012 in der bis zum 31. März 2012 geltenden Fassung (im Folgenden: EEG 2012 (a. F.)) besteht.
- 2 Die Anspruchstellerin installierte im westlichen Bereich des [...sees] in [...] (Flurstück [...]) eine PV-Installation mit einer Gesamtleistung von 700 kW_p. Die PV-Module wurden auf einem schwimmenden Aufständersystem montiert, das mit auf dem Seegrund aufliegenden Gewichtsfundamenten verankert wurde. Das Aufständersystem mit den Modulen nimmt eine Fläche von rund 70 x 70 m ein; die Höhe der Aufbauten über der Wasseroberfläche beträgt maximal 2 m. Die PV-Installation wurde am 28. September 2012 in Betrieb genommen.
- 3 Der [...see] ist ein durch Sand- und Kiesabbau seit 1995 künstlich entstandenes Stillgewässer, das sich innerhalb eines noch aktiven Kiesabbaugeländes der Firma [... GmbH] befindet. Durch den Abbau-Vortrieb in den letzten zehn Jahren ist eine Freiwasserfläche von ca. 22 ha entstanden. Der Abbau auf dem gesamten – zuvor intensiv ackerbaulich genutzten – Gelände erfolgt auf der Grundlage des „Planfeststellungsbeschlusses zur Herstellung eines Gewässers durch Kies- und Sandabbau in der Gemarkung [...]“ („In den [P... wiesen]“, „in den [H... wiesen]“)“ der Kreisverwaltung [...] vom 22. Juli 1993 (Az. [...]) und des Planänderungsbescheides vom 15. Juli 2002. Eine Verfüllung der Abbaufächen kann aufgrund des anstehenden Grundwassers nicht durchgeführt werden.

- 4 An dem Stillgewässer, aber nicht auf der Fläche, auf der sich die PV-Installation befindet (im Folgenden: Vorhabensfläche), wird aktuell weiterhin Kiesabbau betrieben. In südlicher und östlicher Richtung soll die Abbauzone großflächig erweitert werden; der Kiesabbau wird dort noch mindestens 20 Jahre lang fortgeführt. Im nördlichen Bereich des Sees bzw. seines Uferbereiches befinden sich ein Schwimmbagger, Rohrleitungen und eine Wasch- und Siloanlage mit Haldenflächen. Der Wasserkörper dient als Entnahme- und Einleitestelle für Prozesswasser des Abbaubetriebs. In unmittelbarer Nachbarschaft zu dem [... see] befinden sich weitere Flurstücke, die durch das Kieswerk der Firma [... GmbH] weiterhin als Betriebsgrundstücke zum Kiesabbau bzw. als Lagerplatz genutzt werden. Außerdem befinden sich dort weitere Wasserflächen, die ebenfalls durch den Kiesabbau entstanden sind. Die östlich des Plangebietes befindliche Uferzone des [... sees] wird im Sommer als Badestrand genutzt.
- 5 Die PV-Installation befindet sich im Geltungsbereich des vorhabenbezogenen Bebauungsplans der Ortsgemeinde [...] für das Teilgebiet „[A...]“. Mit diesem Bebauungsplan wurde die Vorhabensfläche nach § 11 Abs. 2 BauNVO als sonstiges Sondergebiet „[S...] (Fotovoltaikanlagen)“ ausgewiesen. Weiterhin ist geregelt, dass die Nutzung der Sonderfläche „[S...]“ eine „Laufzeit von 23 Jahren ab in Kraft treten des Bebauungsplans“ hat. Danach erfolgt eine Nutzung „entsprechend der Planfeststellungsbescheide vom 22.07.1993 und vom 15.07.2002“. Der Aufstellungsbeschluss für den Bebauungsplan wurde am 23. August 2011 gefasst. Mit der öffentlichen Bekanntmachung am 8. März 2012 trat der Bebauungsplan in Kraft.
- 6 Die Vorhabensfläche liegt innerhalb des Landschaftsschutzgebietes Nr. [...] „[...] gebiet“ sowie in der Schutzzone III B der Trinkwassergewinnungsanlage des Wasserwerks „[...]“ der Stadtwerke [...], jedoch nicht innerhalb eines Naturschutzgebietes oder eines Nationalparks.
- 7 Nach der Begründung zu dem Bebauungsplan sind im Bereich des Plangebietes keine Bodenbelastungen bekannt.³
- 8 Der Umweltbericht zum Bebauungsplan führt u. a. Folgendes aus:

„Der Abbau von Kiesen und Sanden hat Teile des Landschaftsraums deutlich verändert. Baggerseen prägen heute das Erscheinungsbild vor

³Ortsgemeinde [...], Begründung zum vorhabenbezogenen Bebauungsplan für das Teilgebiet „[A...]“, Bearbeitungsstand 31.01.2012, S. 9.

allem im Umfeld der genannten [...].⁴...

Dem Geltungsbereich des Vorhabens kann aufgrund des fortgeführten Kiesabbaus und der zur Zeit nicht abschätzbaren Folgewirkungen nur eine mittlere ökologische Bedeutung zugemessen werden.⁵...

Die vorhandenen Grundbelastungen sind im Wesentlichen auf die unmittelbaren und mittelbaren Wirkungen des Kiesabbaus sowie auf die Störfaktoren der in nächster Nachbarschaft gelegenen L [...] zurückzuführen.“⁶

- 9 Die Anspruchstellerin ist der Auffassung, ihr stehe ein Vergütungsanspruch nach § 66 Abs. 1a Satz 2 EEG 2012 zu. Die PV-Installation sei vor dem 1. Oktober 2012 in Betrieb genommen worden und befinde sich auf einer Konversionsfläche aus wirtschaftlicher Nutzung i. S. d. § 32 Abs. 1 Nr. 3 c) cc) EEG 2012. Das ergebe sich aus der von Dr. [W...] erstellten und zur Akte gereichten Gutachterlichen Einschätzung.⁷
- 10 Darin vertritt der Gutachter die Auffassung, die nachteiligen Auswirkungen des Kiesabbaus auf Grund und Boden in Form eines völligen Verlustes terrestrischer Lebensräume und der gesamten Bodenfunktionen inkl. des ackerbaulichen Ertragspotentials durch dauerhafte Überstauung bis 30 m Tiefe blieben sicht- und nachweisbar. Der gesamte See einschließlich der landgebundenen Installationen dürfe als Konversionsfläche betrachtet werden; eine schwimmende Solaranlage liege somit innerhalb der äußeren Grenzen. Die Nachnutzung durch die PV-Installation erfolge auch auf der wirtschaftlich genutzten Fläche; dass sich diese nicht auf dem Grund, sondern auf der Wasseroberfläche befinde, stehe dem nicht entgegen, denn diese sei „über den Wasserkörper räumlich und funktional verknüpft“. Weiter heißt es wie folgt:

„Der Baggersee ist in seiner Gesamtheit Betriebsgelände, auf dem eine wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird.“

⁴Ortsgemeinde [...], Umweltbericht zum vorhabenbezogenen Bebauungsplan „[A...]“, Stand September 2011 (im Folgenden: Umweltbericht), S. 7.

⁵Umweltbericht, S. 18.

⁶Umweltbericht, S. 20.

⁷[W...], „Kann ein Kiesabbausee als Konversionsfläche im Sinne des EEG klassifiziert werden? Anlass: Vorhaben zur Errichtung einer schwimmenden Photovoltaik-Anlage auf einem Baggersee – Gutachterliche Einschätzung am Fallbeispiel [...see] – [...]“ (im Folgenden: Gutachterliche Einschätzung).

Der Baggersee ist eindeutig durch die wirtschaftliche Nutzung geprägt. Besonders aus ökologischer Sicht fehlen weitgehend alle Strukturelemente eines natürlichen oder zumindest ökologisch wertvollen Sees...

Der ökologische Wert im Sinne eines Stillgewässerhabitats ist vergleichsweise gering und mit renaturierten Tagebaurestseen der Umgebung nicht vergleichbar. Erst erhebliche Renaturierungsmaßnahmen könnten die Entwicklung in ein ökologisch wertvolles Stillgewässer initiieren.

Folgende ökologisch wertgebende Strukturen fehlen:

- Alterstrukturierte Ufergehölze (nur 13 % Uferlinie mit geschichtetem Gehölzbestand)
- Flachwasserzonen (tatsächliche Böschung etwa 1:2)
- Stillgewässer-typische Zonierung des Litorals
- Röhricht- und Schwimmblattzonen (nur fragmentarisch ausgebildet)
- Pufferzone zu landwirtschaftlichen Flächen
- Dadurch bedingt geringe Diversität der aquatischen Lebewelt und der davon abhängigen Nahrungskette.

...

Die Beeinträchtigung des ökologischen Werts könnte nur im Vergleich zum Ausgangszustand „Acker“ und „Grünland“ verglichen werden. Allerdings ist es kaum sinnvoll, Land- und Gewässerlebensräume direkt zu vergleichen... Im Vergleich zu einem natürlichen oder naturnah entwickelten Stillgewässer ist der Baggersee aber deutlich geringer einzustufen.

Auf der Gesamtfunktion der ehemaligen landwirtschaftlichen Flächen und Nebenstrukturen bezogen, muss erkannt werden, dass der gesamte Katalog der Bodenfunktionen incl. der Ertragsfunktion völlig und über Jahrzehnte verloren ist.“⁸

11 Weiter wird festgestellt, dass der pH-Wert des Sees bei etwa 8,3 liege im Vergleich zu dem pH-Wert des Bodens von 7,5 bis 7,8 in Zeiten der ackerbaulichen Nutzung:

⁸Gutachterliche Einschätzung, S. 5 f.

„Bodenbezogen läge ein stark veränderter pH-Wert vor: bei pH 8,3 ist bereits Stickstoff schwerer verfügbar, es käme zu einer Veränderung der Pflanzengesellschaft und die Ackereignung wäre reduziert.“⁹ Weiter heißt es in dem Gutachten wie folgt:

„Hinsichtlich Tiere und Pflanzen wird ein vergleichsweise artenarmer Ausgangslebensraum (Acker) durch einen ebensolchen Gewässerlebensraum ersetzt. Die Rangstufe der Wertigkeit beider Lebensgemeinschaften ist nur bedingt vergleichbar.

Das Schutzgut Boden ist, abgesehen von der normgerechten Wiederverwendung des abgetragenen Oberbodens, erheblich beeinträchtigt. Die in Fn. 4¹⁰ genannten Funktionen sind am Standort gänzlich erloschen.

Der Verlust von Ertragsböden kann durchaus als Beeinträchtigung von Sachgütern klassifiziert werden.“¹¹

12 Weiterhin wird festgestellt, dass die in der Empfehlung 2010/2 der Clearingstelle EEG genannten Kriterien, die bei Tagebaugebieten eine Konversionsfläche begründen können (u. a. verringerte Standsicherheit, verringerte Bodenfruchtbarkeit), auch auf ein durch Tagebau entstandenes Gewässer zuträfen. Weiter heißt es:

„Sowohl die anthropogene Überformung als auch die erhebliche Veränderung des Bodenprofils treffen vollinhaltlich auf einen Baggersee zu . . .

Im Vergleich zu Versiegelungen u. ä. massiven Umgestaltungen besitzen Tagebauseen einen gewissen ökologischen Ausgangswert, der aber, wie die oben angeführten Vergleichsbeobachtungen zeigen, erst nach längerer Renaturierungsphase und bei ausbleibender Freizeitnutzung einen naturschutzfachlich akzeptablen Wert erreicht . . . Unter diesen Gesichtspunkten ist ein ökologischer Status, der dem der Fläche vor oder ohne die Vornutzung entspricht, weder erkennbar eingeleitet noch in der

⁹Gutachterliche Einschätzung, S. 7.

¹⁰Bezug genommen wird hier auf Fn. 4 der Empfehlung 2010/2 der Clearingstelle EEG, in der die natürlichen Bodenfunktionen als „a) Lebensgrundlage und Lebensraum für Menschen, Tiere, Pflanzen und Bodenorganismen, b) Bestandteil des Naturhaushalts, insbesondere mit seinen Wasser- und Nährstoffkreisläufen, c) Abbau-, Ausgleichs- und Aufbaumedium für stoffliche Einwirkungen auf Grund der Filter-, Puffer- und Stoffumwandlungseigenschaften, insbesondere auch zum Schutz des Grundwassers“ gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 BBodSchG aufgeführt sind.

¹¹Gutachterliche Einschätzung, S. 9.

Laufzeit der PV-Anlage mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erreichbar.“¹²

- 13 Die Anspruchsgegnerin bezweifelt, dass die Voraussetzungen für die Annahme einer Konversionsfläche aus wirtschaftlicher Nutzung i. S. d. EEG 2012 unter Berücksichtigung der Empfehlung 2010/2 der Clearingstelle EEG¹³ erfüllt sind.
- 14 Mit Beschluss vom 21. Januar 2011 hat die Clearingstelle EEG das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG (VerfO)¹⁴ nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautete:

Hat die Anspruchstellerin gegen die Anspruchsgegnerin nach § 32 Abs. 1 EEG 2012 in der ab dem 1. April 2012 geltenden Fassung Anspruch auf Vergütung des Stroms, der in der von der Anspruchstellerin geplanten schwimmenden PV-Installation auf dem [... see] in [...] (Flurstück [...]) erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist werden soll?

- 15 Die Parteien haben übereinstimmend auf die Begründung des Votums verzichtet, soweit die rechtliche Würdigung auf veröffentlichten Voten, Empfehlungen, Hinweisen der Clearingstelle EEG oder auf rechtskräftigen Gerichtsurteilen beruht, § 28 Abs. 1 Satz 2 VerfO.

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 16 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.

¹²Gutachterliche Einschätzung, S. 10.

¹³Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 01.07.2010 – 2010/2, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2010/2>.

¹⁴Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG in der Fassung vom 07.12.2012, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>.

2.2 Würdigung

- 17 Der Anspruchstellerin steht gegen die Anspruchsgegnerin ein Anspruch auf die Vergütung nach § 66 Abs. 18a Satz 2 i. V. m. Satz 1 Nr. 1 EEG 2012 i. V. m. § 32 Abs. 2 EEG 2012 (a. F.) zu, weil die gesetzlichen Voraussetzungen für diesen Anspruch erfüllt sind (dazu u. 2.2.2), die Vorhabensfläche insbesondere eine Konversionsfläche aus wirtschaftlicher Nutzung i. S. d. EEG 2012 ist (dazu u. 2.2.3).
- 18 Dass (möglicherweise) weitere Vergütungstatbestände des § 32 Abs. 1 EEG 2012 erfüllt sind, steht der Anwendung des § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012 i. V. m. § 32 Abs. 2 EEG 2012 (a. F.) nicht entgegen (dazu u. 2.2.4).

2.2.1 Anspruchsgrundlage

- 19 Der Anspruch ergibt sich aus § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012. § 66 Abs. 18a EEG 2012 lautet wie folgt:

„Für Strom aus Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie nach § 32 Absatz 1, die nach dem 31. März 2012 und vor dem 1. Juli 2012 nach § 3 Nummer 5 in Betrieb genommen worden sind, gilt nach dem 31. Dezember 2013 § 33 Absatz 4 und im Übrigen, unabhängig von der installierten Leistung und vorbehaltlich des Absatzes 11, das Erneuerbare-Energien-Gesetz in der am 31. März 2012 geltenden Fassung, wenn

1. zur Errichtung der Anlagen ein Bebauungsplan erforderlich ist und der Beschluss über die letzte Änderung des Bebauungsplans, in dessen Geltungsbereich die Anlagen errichtet worden sind, oder, soweit noch keine Änderung dieses Bebauungsplans erfolgt ist, der Beschluss über dessen Aufstellung vor dem 1. März 2012 gefasst worden ist oder
2. in den Fällen des § 32 Absatz 1 Nummer 2 kein Verfahren zur Aufstellung oder Änderung eines Bebauungsplans durchgeführt worden ist und der Antrag auf Einleitung eines Verfahrens nach § 38 Satz 1 des Baugesetzbuches vor dem 1. März 2012 gestellt worden ist.

Für Strom aus Anlagen nach § 32 Absatz 1 Nummer 3 Buchstabe c Doppelbuchstabe cc, die nach dem 30. Juni 2012 und vor dem 1. Oktober 2012 nach § 3 Nummer 5 in Betrieb genommen worden sind, ist Satz 1 entsprechend anzuwenden mit der Maßgabe, dass die Vergütung 15,95 Cent pro Kilowattstunde beträgt; werden diese Anlagen nach § 17 Absatz 2 Nummer 1 registriert, gelten sie abweichend von § 20a Absatz 5 Satz 2 unabhängig von der installierten Leistung als geförderte Anlagen im Sinne des § 20a Absatz 5 Satz 1.“

20 Sind die Voraussetzungen des § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012 erfüllt, ist also das EEG 2012 (a. F.) anzuwenden, wenn die weiteren Voraussetzungen des Abs. 18a Satz 1 Nr. 1 oder Nr. 2 EEG 2012 ebenfalls erfüllt sind. Grundlage für die besondere Vergütung für Solarstromanlagen auf Konversionsflächen im EEG 2012 (a. F.) ist § 32 Abs. 2 EEG 2012 (a. F.). Diese Regelung wird allerdings hinsichtlich der Vergütungshöhe durch § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012 modifiziert, der für Anlagen, die in dem dort genannten Zeitraum in Betrieb genommen werden, einen eigenen Vergütungssatz festlegt. Anspruchsgrundlage ist also § 66 Abs. 18a Satz 2 i. V. m. Satz 1 Nr. 1 EEG 2012 i. V. m. § 32 Abs. 2 EEG 2012 (a. F.).

2.2.2 Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen

21 Die Voraussetzungen dieser Anspruchsgrundlage sind erfüllt:

- Es handelt sich um eine „Anlage nach § 32 Absatz 1 Nr. 3c) cc“, denn
 - die Vorhabensfläche ist eine Konversionsfläche aus wirtschaftlicher Nutzung i. S. d. § 32 Abs. 1 Nr. 3c) cc) EEG 2012 und § 32 Abs. 2 EEG 2012 (a. F.) (dazu sogleich u. 2.2.3),
 - die Fläche war nicht zum Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans als Naturschutzgebiet i. S. d. § 23 BNatSchG¹⁵ oder als Nationalpark i. S. d. § 24 BNatSchG festgesetzt und
 - die PV-Installation befindet sich im Geltungsbereich des vorhabenbezogenen Bebauungsplans der Ortsgemeinde [...] für das Teilgebiet „[A. . .]“

¹⁵Bundesnaturschutzgesetz v. 29.07.2009 (BGBl. I S. 2542), zuletzt geändert durch Artikel 4 Absatz 100 des Gesetzes v. 07.08.2013 (BGBl. I S. 3154).

und damit im Bereich eines beschlossenen Bebauungsplans i. S. d. § 30 BauGB¹⁶, der nach dem 1. September 2003 zumindest auch mit dem Zweck der Errichtung einer Anlage zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie aufgestellt worden ist.

- Da die Module am 28. September 2012 in Betrieb genommen wurden, ist außerdem die Voraussetzung des § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012 erfüllt, dass die Anlage „nach dem 30. Juni 2012 und vor dem 1. Oktober 2012“ in Betrieb genommen worden sein muss. Damit ist § 66 Abs. 18a Satz 1 EEG 2012 entsprechend anzuwenden mit der Maßgabe, dass die Vergütung 15,95 Cent pro Kilowattstunde beträgt.
- Der Aufstellungsbeschluss für den vorhabenbezogenen Bebauungsplan wurde am 23. August 2011 und damit vor dem 1. März 2012 gefasst, so dass auch die Voraussetzungen des § 66 Abs. 18a Satz 1 Nr. 1 EEG 2012 erfüllt sind.

2.2.3 Konversionsfläche aus wirtschaftlicher Nutzung

- 22 Der gesamte Baggersee stellt gemäß § 32 Abs. 1 Nr. 3c) cc) EEG 2012 und § 32 Abs. 2 EEG 2012 (a. F.) sowie der Empfehlung 2010/2¹⁷ der Clearingstelle EEG eine Konversionsfläche aus wirtschaftlicher Nutzung dar.
- 23 **„Wirtschaftliche Nutzung“** Die erforderliche wirtschaftliche Vornutzung der Fläche ist gegeben. Unstreitig ist der Abbau von Kies und Sand eine wirtschaftliche Vornutzung im Sinne des § 32 Abs. 1 Nr. 3c) cc) EEG 2012. Diese wurde im Bereich der Vorhabensfläche beendet.

- 24 **Schwerwiegende Beeinträchtigung des ökologischen Werts der Fläche durch den Kiesabbau** Voraussetzung für die Annahme einer Konversionsfläche ist nach der Empfehlung 2010/2 weiter, dass der ökologische Wert der Fläche aufgrund der spezifischen Vornutzung im Zeitpunkt des Aufstellungsbeschlusses für den zugrundeliegenden Bebauungsplan schwerwiegend ökologisch beeinträchtigt ist. Eine widerlegliche Vermutung für eine schwerwiegende Beeinträchtigung des ökologischen

¹⁶Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung v. 23.09.2004 (BGBl. I S. 2414), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes v. 11.06.2013 (BGBl. I S. 1548).

¹⁷Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 01.07.2010 – 2010/2, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2010/2>.

Werts der Fläche im konkreten Anwendungsfall besteht dann, wenn eines oder mehrere der in der Empfehlung 2010/2 der Clearingstelle EEG aufgestellten Kriterien erfüllt sind.¹⁸ Im Weiteren spricht es im konkreten Fall für eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Schutzgüter der Umwelt, wenn eines oder mehrere der in der Empfehlung 2010/2 der Clearingstelle EEG genannten Indizien erfüllt ist bzw. sind.¹⁹

- 25 Davon ist vorliegend im Ergebnis auszugehen. Der langfristige Abbau von Kies im Wege der Nassauskiesung stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die vorfindlichen Bodenstrukturen dar (dazu Rn. 26 ff.), der durch die Entstehung des Baggersees im maßgeblichen Zeitpunkt (noch) nicht aufgehoben worden war (dazu Rn. 37 ff.).
- 26 Durch den Kiesabbau hat sich der ökologische Wert der Fläche im Vergleich zu dem Zustand vor der bergbaulichen Nutzung in erheblichem Maße nachteilig verändert.
- 27 Vorliegend greift zunächst eine widerlegliche Vermutung für eine schwerwiegende ökologische Beeinträchtigung und damit für eine Konversionsfläche, weil die Fläche im maßgeblichen Zeitpunkt weiterhin der behördlichen Aufsicht unterlag.²⁰ Es ist davon auszugehen, dass die Fläche aufgrund der Fortführung des Abbaubetriebs am [...see] weiterhin der bergrechtlichen Überwachung unterliegt. Denn der Abbau ist zwar auf der Vorhabensfläche, nicht aber an der gesamten, den [...see] bildenden Wasserfläche abgeschlossen. Es ist nicht ersichtlich, dass die Vorhabensfläche aus der Planfeststellung oder behördlichen Aufsicht „entlassen“ wurde.
- 28 Aber auch unabhängig von der Vermutungswirkung der fortbestehenden behördlichen Aufsicht ist vorliegend aufgrund mehrerer Indizien von einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Schutzgüter der Umwelt aufgrund der vorausgegangenen bergbaulichen Tätigkeiten auszugehen.
- 29 Die Clearingstelle EEG verkennt dabei nicht, dass Ackerflächen und Baggerseen nicht ohne Weiteres hinsichtlich ihres ökologischen Wertes vergleichbar sind.
- 30 Zu berücksichtigen ist jedoch, dass Tagebaugebiete zu den nach dem Willen des Gesetzgebers idealtypischen Anwendungsfällen für Konversionsflächen im Sinne des EEG gehören.²¹ Vorliegend hat eine erhebliche Veränderung des Bodens stattgefunden, indem durch den weiträumigen und langjährigen Abbau von Kies im Wege der

¹⁸Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 01.07.2010 – 2010/2, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2010/2>, Nr. 7.

¹⁹Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 01.07.2010 – 2010/2, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2010/2>, Nr. 8.

²⁰Vgl. Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 01.07.2010 – 2010/2, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2010/2>, Nr. 7.

²¹Vgl. zu § 32 EEG 2009 BT-Drs. 16/8148, S. 60, sowie BT-Drs. 15/2327, S. 34.

Nassauskiesung erhebliche künstliche Veränderungen der Erdoberfläche bzw. der Bodenstruktur eingetreten sind. Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass hierdurch auch eine schwerwiegende Beeinträchtigung der natürlichen Bodenfunktionen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1a), b) und c) BBodSchG eingetreten ist. Nach dieser Regelung erfüllt der Boden natürliche Funktionen als

- a) Lebensgrundlage und Lebensraum für Menschen, Tiere, Pflanzen und Bodenorganismen,
- b) Bestandteil des Naturhaushalts, insbesondere mit seinen Wasser- und Nährstoffkreisläufen,
- c) Abbau-, Ausgleichs- und Aufbaumedium für stoffliche Einwirkungen auf Grund der Filter-, Puffer- und Stoffumwandlungseigenschaften, insbesondere auch zum Schutz des Grundwassers.

31 Einige wesentliche der insoweit von der ursprünglichen Ackerfläche erfüllten Bodenfunktionen kann der Baggersee nicht mehr erfüllen.

32 So sind die Erdoberfläche und die Bodenstruktur in erheblichem Umfang verändert worden. Auf der Grundlage des Planfeststellungsbeschlusses, der die Auskiesungstiefe auf 30 m unter Oberkante Gelände beschränkt, wurde im Wege der Nassauskiesung in großem Umfang der natürlich anstehende Boden entfernt.

33 Die standorttypische Bodenfruchtbarkeit ist hierdurch nicht mehr gegeben, denn der ursprünglich vorhandene Humusgehalt des Bodens, der eine landwirtschaftliche Nutzung ermöglicht hatte, existiert in dieser Form nicht mehr, so dass die Fläche als Ertragsboden und als Lebensgrundlage und -raum für die terrestrischen Tiere, Pflanzen und Bodenorganismen vollständig verloren gegangen ist.

34 Im Umweltbericht heißt es wie folgt:

„Vor Inanspruchnahme des Areals für den Kiesabbau wurde die Fläche ebenfalls ackerbaulich intensiv bewirtschaftet. Die Abbautätigkeit hat die Landschafts- und Naturraumpotentiale nachhaltig beeinträchtigt.“²²

²²Umweltbericht zum vorhabenbezogenen Bebauungsplan '[A...]', Ortsgemeinde [...], Stand: September 2011 (im Folgenden: Umweltbericht), S. 7.

35 Zu den durch die Baumaßnahmen betroffenen Uferzonen heißt es im Umweltbericht:

„Allerdings handelt es sich hierbei nicht um gewachsenen und in seiner Entwicklung über Jahrzehnte ungestörten Boden, sondern um umgeschichteten Boden, z. T. auch Rohboden, dessen autochthone Herkunft zudem nicht zweifelsfrei ist...“²³

36 Dass sich die Abbaufäche mit Grundwasser gefüllt hat und nunmehr einen Baggersee bildet, steht der Annahme einer Konversionsfläche i. S. d. § 32 Abs. 1 Nr. 3c) cc) EEG 2012 nicht entgegen. Wäre kein See entstanden, wäre die Abbaufäche ohne Weiteres als Konversionsfläche zu qualifizieren gewesen. Es ist nicht ersichtlich, warum sich an dieser Einschätzung nur dadurch etwas ändern soll, dass auf der Fläche aufgrund des anstehenden Grundwassers ein Baggersee entstanden ist.

37 **Fortwirken der ökologischen Beeinträchtigung** Die durch den Kiesabbau eingetretene ökologische Beeinträchtigung wirkt auch fort. Insofern ist von besonderer Bedeutung, dass der Kiesabbau zwar auf der verfahrensgegenständlichen Fläche abgeschlossen ist, jedoch nach Süden und Osten fortgeführt wird mit der Folge, dass die Vorhabensfläche innerhalb eines noch in Betrieb befindlichen, aktiven Kiesabbaugebietes liegt. Es ist dementsprechend noch keine Renaturierung erfolgt. Vielmehr ist das gesamte Gebiet, in dem sich die Vorhabensfläche befindet, auch weiterhin stark anthropogen überprägt.

38 Von einer Konversionsfläche ist nicht auszugehen, wenn zwar zu einem in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt eine ökologische Beeinträchtigung eingetreten ist, diese jedoch im maßgeblichen Zeitpunkt des Aufstellungsbeschlusses für den zugrundeliegenden Bebauungsplan nicht mehr vorhanden ist. In der Empfehlung 2010/2 heißt es hierzu:

„Durch das Abstellen auf den tatsächlichen Zustand im Zeitpunkt der Entscheidung über die Aufstellung bzw. Änderung des Bebauungsplans kann auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass sich auf der Fläche nach Aufgabe der ursprünglichen Nutzung möglicherweise durch Zeitablauf oder Maßnahmen, die nicht in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Realisierung der Solarstromanlagen stehen, (wieder

²³Umweltbericht, S. 21.

ein ökologisch unbeeinträchtigt Zustand entwickelt hat. Eine solche Entwicklung kann der Annahme eines Fortwirkens der Auswirkungen der vorherigen Nutzung im Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung/Änderung des Bebauungsplans entgegenstehen, wenn sie diese Auswirkungen überlagert. Ist z. B. infolge einer in der Vergangenheit bereits abgeschlossenen Rekultivierung, Renaturierung oder Sanierung oder infolge natürlicher Prozesse auf einer zuvor wirtschaftlich oder militärisch genutzten Fläche keine Beeinträchtigung des ökologischen Werts der Fläche mehr gegeben, fehlt es zu dem maßgeblichen Zeitpunkt an der Voraussetzung, dass die Auswirkungen der ursprünglichen Nutzung noch fortwirken müssen.“²⁴

- 39 Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Die Vorhabensfläche war im Zeitpunkt des Aufstellungsbeschlusses im Jahre 2011 zweifelsfrei nicht renaturiert oder rekultiviert worden, vielmehr handelt es sich bei dem [...see] weiterhin um ein „aktives Abgrabungsgewässer“. Inwieweit man angesichts der fehlenden Vergleichbarkeit der ökologischen Wertigkeit einer Ackerfläche und eines Baggersees zu einer anderen Einschätzung hinsichtlich des Fortwirkens der ökologischen Beeinträchtigung hätte kommen können, wenn sich der [...see] z. B. aufgrund von gezielten Renaturierungsmaßnahmen zu einem ökologisch wertvollen Stillgewässer entwickelt hätte, kann damit hier dahinstehen.
- 40 Im Umweltbericht heißt es wie folgt:

„Der Kiesabbau wird, vorbehaltlich der positiven ökonomischen Entwicklung, entsprechend den Zielsetzungen übergeordneter Planungswerke zur Rohstoffgewinnung und -sicherung für zwei bis drei Dekaden weitergeführt.

Unter ökologischen Aspekten positiv zu beurteilende Veränderungen gegenüber dem Status quo bleiben für diese Periode marginal.“²⁵

„Während der Bauzeit wird es durch den Einsatz von Baumaschinen und die damit verbundenen Arbeiten zu visuellen und akustischen Beeinträchtigungen und Belastungen kommen. Diese werden allerdings die

²⁴Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 01.07.2010 – 2010/2, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2010/2>, Rn. 77.

²⁵Umweltbericht, S. 20.

Effekte des Fahr- und Transportbetriebs des Kiesunternehmens mit hinreichender Sicherheit nicht signifikant erhöhen.“²⁶

- 41 Auch mit dem Sinn und Zweck der Regelung steht es in Einklang, die Vorhabensfläche als Konversionsfläche zu qualifizieren. Es handelt sich in Anbetracht des am [...] fortgesetzten Kiesabbaubetriebes (noch) nicht um eine ökologisch sensible und deshalb von Freiflächenanlagen freizuhaltende Außenbereichsfläche.
- 42 **Belegenheit der PV-Anlage „auf“ der Konversionsfläche** Die PV-Installation der Anspruchstellerin befindet sich auch gemäß § 32 Abs. 1 Nr. 3c) cc) EEG 2012 und § 32 Abs. 2 EEG 2012 (a. F.) „auf“ der Konversionsfläche. Dass die Module nicht unmittelbar auf dem Boden installiert wurden, sondern auf der Wasseroberfläche schwimmen, steht dem nicht entgegen.
- 43 Die Voraussetzung, dass die PV-Anlage sich „auf“ der Konversionsfläche „befinden“ muss, setzt schon dem Wortlaut nach eine weniger starke Verbindung zwischen PV-Modulen (bzw. Unterkonstruktion) und Untergrund als etwa das Erfordernis der „ausschließlichen Anbringung in, an oder auf einem Gebäude“ gemäß § 32 Abs. 2 EEG 2012²⁷ oder das Erfordernis der „Anbringung in, an oder auf einem Gebäude oder einer sonstigen baulichen Anlage“ gemäß § 32 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2012 voraus. Während es für eine „ausschließliche“ Anbringung erforderlich ist, dass ein statisches Abhängigkeitsverhältnis zwischen Gebäude und PV-Installation besteht²⁸, genügt für eine „Anbringung“ jede baulich-konstruktive Befestigung der PV-Anlage an oder auf der baulichen Anlage.²⁹
- 44 Da die schwimmende Konstruktion mit den PV-Modulen vorliegend mittels auf dem Seegrund aufliegenden Gewichtsfundamenten verankert ist, wäre sogar das Erfordernis einer „Anbringung in, an oder auf“ erfüllt. Erst recht bestehen deshalb keine Zweifel, dass sich die Module „auf“ der Konversionsfläche „befinden“.

²⁶Umweltbericht, S. 23.

²⁷Vgl. hierzu nur *BGH*, Urt. v. 29.10.2008 – VIII ZR 313/07, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/486>.

²⁸*Clearingstelle EEG*, Votum v. 23.04.2010 – 2008/42, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/42>, Rn. 61 ff.; *BGH*, Urt. v. 29.10.2008 – VIII ZR 313/07, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/486>.

²⁹*BGH*, Urt. v. 09.02.2011 – VIII ZR 35/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/1287>, Rn. 40; *BGH*, Urt. v. 29.10.2008 – VIII ZR 313/07, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/486>, Rn. 16.

2.2.4 Verhältnis zu anderen Vergütungstatbeständen

- 45 Dass darüber hinaus auch die Anspruchsvoraussetzungen nach § 32 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2012 sowie möglicherweise auch nach § 32 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2012 erfüllt sind, steht dem Anspruch nach § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012 i. V. m. § 32 Abs. 2 EEG 2012 (a. F.) nicht entgegen.
- 46 Die Vergütungsvoraussetzungen des § 32 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2012 sind jedenfalls erfüllt, denn die Anlage befindet sich auf einer Fläche, für die ein Verfahren nach § 38 Satz 1 BauGB durchgeführt worden ist. Die Vorhabensfläche liegt im Geltungsbereich der – weiterhin gültigen – Planfeststellungsbeschlüsse für den Kiesabbau. Darüber hinaus sind möglicherweise auch die Vergütungsvoraussetzungen des § 32 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2012 erfüllt, wenn der Baggersee als bauliche Anlage mit vorrangig anderem Errichtungszweck qualifiziert werden kann. Der Begriff der baulichen Anlage gemäß den Regelungen des EEG zur Förderung der Solarstromerzeugung ist nach der Rechtsprechung des BGH maßgeblich im Sinne des bauordnungsrechtlichen Begriffs der baulichen Anlage auszulegen. Unter einer baulichen Anlage ist danach „jede mit dem Erdboden verbundene, aus Bauteilen und Baustoffen hergestellte Anlage zu verstehen“³⁰, wobei auch Aufschüttungen und Abgrabungen, Lagerplätze, Abstellplätze und Ausstellungsplätze bauliche Anlagen sind.³¹ Es kann jedoch im Ergebnis offen bleiben, ob der [... see] als bauliche Anlage zu qualifizieren ist.
- 47 Denn sind mehrere Vergütungstatbestände des § 32 EEG 2012 erfüllt, ist die Rechtsfolge aus dem sachnäheren Tatbestand abzuleiten.³² Das ist im Verhältnis der vorstehend genannten Vergütungstatbestände zueinander jedenfalls § 66 Abs. 18a Satz 2 EEG 2012 i. V. m. § 32 Abs. 2 EEG 2012 (a. F.), weil dieser die strengsten Voraussetzungen beinhaltet. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Regelung in § 32 Abs. 2 EEG 2012 (a. F.), die durch § 66 Abs. 18a Satz EEG 2012 (nur) hinsichtlich der Vergütungshöhe modifiziert wird, durch die Formulierung „abweichend von Absatz 1“ ausdrücklich bestimmte, dass der höhere Vergütungsanspruch für Solarstromanlagen

³⁰BGH, Urt. v. 09.02.2011 – VIII ZR 35/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/1287>.

³¹BGH, Urt. v. 17.07.2013 – VIII ZR 308/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/2364>.

³²Vgl. *Clearingstelle EEG*, Votum v. 16.09.2010 – 2010/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2010/10>, Leitsatz Nr. 1 und Rn. 41 ff.

auf Konversionsflächen auch dann gelten sollte, wenn die Fläche zugleich eine Fläche nach § 32 Abs. 1 EEG 2012 (a. F.) war.³³

Dr. Mutlak
(in Vertretung für Dr. Lovens)

Dr. Pippke

Dr. Winkler

³³So die Begründung zu § 32 Abs. 2 in BT-Drs. 17/6071, S. 77.