

2018/16

Berlin, den 24. Mai 2018

Schiedsspruch

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

In dem schiedsrichterlichen Verfahren

1. [...]

– Schiedsklägerin –

2. [...]

– Schiedsbeklagte –

erlässt das Schiedsgericht durch den Vorsitzenden Dr. Lovens-Cronemeyer sowie die Schiedsrichter Dr. Brunner und Dr. Winkler auf der Grundlage der vorgelegten Unterlagen im schriftlichen Verfahren am 24. Mai 2018 folgenden Schiedsspruch:

1. **Die Schiedsklägerin hat gegen die Schiedsbeklagte keinen Anspruch darauf, dass der Strom, der in ihrer Fotovoltaikinstallation in [...], Flurstücke [... 5] und [... 7/3] erzeugt und in das Netz der Schiedsbeklagten eingespeist wird, gemäß § 5 I Abs. 2, § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 gefördert wird.**
2. **Es handelt sich bei dem Deponiekörper nicht um ein Gebäude i. S. v. § 5 Nr. 17 EEG 2014.**

Ergänzender Hinweis des Schiedsgerichts:

Wenn und soweit die Schiedsbeklagte geringere oder höhere Vergütungen gezahlt hat, als es sich aus der Anwendung dieses Schiedsspruchs ergibt, so liegen hinsichtlich darauf beruhender Zahlungen oder Forderungen der Schiedsbeklagten an die Schiedsklägerin die Voraussetzungen für nachträgliche Korrekturen im bundesweiten Ausgleich gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2017¹ vor.²

I Tatbestand

- 1 Zwischen den Parteien ist streitig, welche Förderhöhe für die Fotovoltaikinstallation der Schiedsklägerin auf dem Gelände einer Altdeponie mit Bunker nach dem EEG anzuwenden ist.
- 2 Die Schiedsklägerin betreibt in [...], Flurstücks-Nummern [... 5] und [... 7/3] eine Fotovoltaikinstallation (nachfolgend: Anlage). Diese wurde am 9. Juni 2016 mit einer installierten Leistung von 1995,84 kW_p in Betrieb genommen und am 8. Juli 2016 bei der Bundesnetzagentur registriert.
- 3 Bei dem Standort der Anlage handelt es sich um die Deponie der ehemaligen [...]. Der Deponiekörper besteht aus ausgespültem Anhydrid (Gips), welches in der Flussspataufbereitung anfiel. Innerhalb des Deponiekörpers befindet sich eine in den 1940er Jahren angelegte Luftschutzanlage, die nach Kriegsende bis ca. 1991 als Lager [des ...] genutzt wurde. Die Luftschutzanlage bestand aus Stollen und Kammern mit einem zentralen und einem parallel dazu verlaufenden nördlichen Verbindungsgang. Die Stollen und Kammern haben eine Höhe bzw. einen Durchmesser von ca. 1,8 bis 2,8 m. Die Hohlräume wurden errichtet, indem zunächst Verschalungen aus Holz oder Ziegelsteinen sowie ausgemusterte Stahlkessel miteinander verbunden wurden. Um bzw. über diese Hohlkörper wurde sodann sukzessive weiteres Anhydrid verspült und die Kammern und Gänge wurden von innen ausgebaut. Die Deckenstärke liegt bei 6,70 bis 8,20 Metern. Zu der Luftschutzanlage bestanden zehn Zugänge,

¹Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 1 des Dritten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 21.06.2018 (BGBl. I S. 862), nachfolgend bezeichnet als EEG 2017. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2017/arbeitsausgabe>.

²Sofern nachfolgend auf Arbeitsergebnisse der Clearingstelle verwiesen wird, handelt es sich bis zum 31.12.2017 um Entscheidungen der Clearingstelle EEG, ab dem 01.01.2018 um solche der Clearingstelle EEG|KWKG.

von denen derzeit sechs auf der südlichen Seite ganz oder teilweise geöffnet sind. Teilweise sind diese Zugänge soweit mit Steinen vermauert, dass an der Oberkante nur ein Wetterschlitz offen geblieben ist. Die vier Zugänge an den anderen Seiten sind verschüttet.

- 4 Zu den Details der baulich-konstruktiven Errichtung der Luftschutzanlage und ihres heutigen Zustands wird auf die zur Akte gereichten Dokumente, insbesondere auf das Gutachten „[Gipsdeponie ...], Gutachten zur Standsicherheit der Luftschutzanlage“ der [...mbH] vom 2. Oktober 2015 Bezug genommen.
- 5 Für den Standort erließ die Gemeinde [...] 2014 den Bebauungsplan „Gewerbegebiet [...Straße]“. Darin ist als Ausgleichs- und Ersatzmaßnahme für die geplante Errichtung des Solarparks u. a. vorgesehen, dass die Stollen und Kammern durch verschiedene bauliche Maßnahmen als Winterquartiere für Fledermäuse herzurichten sind. Hierzu wird im Einzelnen auf den Bebauungsplan³ Bezug genommen.
- 6 Die Solarmodule sind auf Modultischen verschraubt, welche auf ca. 1,80 Meter tief in den Deponiekörper ragenden, verzinkten Stahlprofilen ruhen.
- 7 Die Parteien sind sich einig, dass es sich bei dem Deponiekörper um eine sonstige bauliche Anlage handelt und die Schiedsklägerin jedenfalls einen Anspruch auf die Marktprämie nach §§ 19 Abs. 1 Nr. 1, 34 i. V. m. § 51 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 hat.
- 8 **Die Schiedsklägerin** ist der Auffassung, es handele sich bei dem Deponiekörper um ein Gebäude (§ 5 Nr. 17 EEG 2014). Denn die Gänge dienten nunmehr als Winterquartiere für Fledermäuse und damit dem Schutz von Tieren. An bzw. auf diesem Gebäude seien die Module auch unmittelbar angebracht.
- 9 Das Votum der Clearingstelle 2008/25⁴ sei analog auf den vorliegenden Fall übertragbar, denn durch den Bebauungsplan sei bestimmt, dass die ehemalige Luftschutzanlage als Winterquartier für Fledermäuse dienen solle. Das Votum 2013/70⁵ könne nur bedingt herangezogen werden, da es sich hier um ein Unikat handele und da die Deponie bereits teilweise bestand, als die Luftschutzanlage errichtet wurde. Das Votum 2012/25⁶ spreche dafür, dass es sich hier um ein Gebäude handele. Denn es beste-

³Umweltbericht zum Bebauungsplan „Gewerbegebiet [...Straße]“ der Stadt [...], Fassung v. 21.11.2014, Teil B – Umweltbericht, Abschnitt 6.5.1.

⁴Clearingstelle, Votum v. 20.10.2008 – 2008/25, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2008/25>.

⁵Clearingstelle, Votum v. 06.12.2013 – 2013/70, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2013/70>.

⁶Clearingstelle, Votum v. 25.04.2013 – 2012/25, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2012/25>.

he der funktionale Zusammenhang zwischen der Überdeckung, der Betretbarkeit und dem Schutzzweck. Die Existenz der überdeckten Hohlräume und der Zugang zu den Hohlräumen durch die Stolleneinflugslöcher ermögliche die Nutzung des Deponiekörpers als Fledermausquartier, welches zusätzlich mit Hohlblocksteinen bzw. Hangplatzbereichen mit Lochblechen für die Fledermäuse anlockend gestaltet werde.

- 10 **Die Schiedsbeklagte** hegt Zweifel, ob es sich hier um ein Gebäude im Sinne des EEG 2014 handelt. Es sei nicht sicher, ob der vorrangige Schutzzweck im Sinne des EEG bei einem Winterquartier für Fledermäuse erreicht werde und ob ein funktionaler Zusammenhang zwischen der Überdeckung, der Betretbarkeit und dem aktuellen Schutzzweck als Fledermausquartier bestehe. Weiter sei unklar, welche Rechtsfolgen es habe, dass die Trägerkonstruktion nicht bis zu den Stollen reiche. Schließlich sei fraglich, ob der Deponiekörper insgesamt oder nur teilweise einen wesentlichen Bestandteil der Luftschutzanlage darstelle, da die Deponie teilweise bereits bestand, bevor die Luftschutzanlage errichtet wurde.
- 11 Aus den Voten der Clearingstelle 2008/25, 2013/70 und 2012/25 könnten keine eindeutigen Schlüsse für das vorliegende Verfahren gezogen werden.
- 12 Dem schiedsrichterlichen Verfahren liegen folgende Fragen zugrunde:
1. Hat die Schiedsklägerin gegen die Schiedsbeklagte einen Anspruch darauf, dass der Strom, der in ihrer Fotovoltaikinstallation in [...], Flurstücke [... 5] und [... 7/3] erzeugt und in das Netz der Schiedsbeklagten eingespeist wird, gemäß § 51 Abs. 2, § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 gefördert wird?
 2. Insbesondere: Handelt es sich bei dem Deponiekörper um ein Gebäude i. S. v. § 5 Nr. 17 EEG 2014?

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 13 Das schiedsrichterliche Verfahren ist gemäß dem zwischen den Parteien und dem Schiedsgericht abgeschlossenen Schiedsvertrag (Schiedsvereinbarung und Schiedsrichtervertrag) durchgeführt worden. Beide Parteien hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

2.2 Würdigung

14 Die Schiedsklägerin hat keinen Anspruch darauf, dass der Strom aus ihrer Anlage gemäß § 51 Abs. 2 EEG 2014 vergütet wird. Denn es handelt sich bei der Deponie nicht um ein Gebäude i. S. v. § 5 Nr. 17 EEG 2014. Zwar sind die einzelnen Definitionsmerkmale des Gebäudes für sich genommen erfüllt (s. Abschnitt 2.2.1), es fehlt aber am funktionalen Zusammenhang zwischen diesen Merkmalen (Abschnitt 2.2.2).

2.2.1 Gebäudedefinition

15 § 5 Nr. 17 EEG 2014 definiert das Gebäude als

„jede selbständig benutzbare, überdeckte bauliche Anlage, die von Menschen betreten werden kann und vorrangig dazu bestimmt ist, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen“.

16 **Selbständig benutzbare, überdeckte bauliche Anlage:** Bei der Deponie in ihrer konkreten Gestalt als (ehemalige) Luftschutzanlage, Lager bzw. künftiges Fledermausquartier handelt es sich um eine selbständig benutzbare, überdeckte bauliche Anlage. Unter einer baulichen Anlage ist „jede mit dem Erdboden verbundene, aus Bauteilen und Baustoffen hergestellte Anlage zu verstehen“.⁷ Die Deponie ist mit dem Erdboden verbunden und sie wurde aus Bauteilen und Baustoffen hergestellt, hier aus Anhydrid (Gips), Holz, Stahl und Ziegelsteinen. Dabei ist es unschädlich, dass das Anhydrid als Abfallprodukt angefallen war und die Stahlkessel ausgemustert worden waren, denn weder das EEG noch das Bauordnungsrecht, in dessen Sinne der Gebäudebegriff des EEG auszulegen ist, enthält eine Einschränkung, dass es sich um neue Bauteile oder -stoffe handeln muss.

17 Es ist auch unerheblich für den Begriff der baulichen Anlage, dass das Anhydrid teilweise bereits deponiert wurde, bevor die Luftschutzanlage errichtet worden ist. Denn eine bauliche Anlage kann auch auf bereits vorhandene, ursprünglich anderen Zwecken dienende Baustoffe oder -teile aufbauen oder vorhandene Stoffe „umwidmen“ und hierdurch zu Baustoffen werden lassen. Mit der Errichtung der Luftschutzanlage trat die Abfalleigenschaft des Anhydrids in den Hintergrund. Sowohl

⁷BGH, Urt. v. 09.02.2011 – VIII ZR 35/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/1287>; Clearingstelle, Votum v. 13.02.2014–2013/62, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2013/62>, Rn. 45.

das bereits abgelagerte als auch das noch anfallende Anhydrid wurden funktional unverzichtbare Baustoffe, um die Luftschutzanlage in ihrer konkreten Gestalt zu errichten. Mit der Errichtung der Luftschutzanlage wurde daher das Anhydrid vom Abfall zu einem Baustoff umgewidmet.

- 18 **Betretbarkeit:** Die Deponie kann von Menschen aufrecht gehend betreten werden. Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, dass der Deponiekörper nur in dem begrenzten Bereich der Stollen und Kammern betretbar ist. Bei atypischen baulichen Anlagen – wie insbesondere bei Bunkern – ist es notwendig, aber auch hinreichend, dass die bauliche Anlage insgesamt mehr als nur kleinräumig betretbar ist. Dass im Fall von Bunkern Teile der baulichen Anlage gerade aufgrund ihrer Funktion besonders massiv und daher nicht betretbar sind,⁸ lässt das Merkmal der Betretbarkeit für die bauliche Anlage als solche nicht entfallen. Ob hiervon eine Ausnahme zu machen ist, wenn der betretbare Teil flächenmäßig gegenüber dem nicht betretbaren Teil so weit in den Hintergrund tritt, dass die Betretbarkeit wertungsmäßig zu verneinen ist, braucht an dieser Stelle nicht entschieden zu werden. Denn im vorliegenden Fall ist ein ausgedehntes Netz von betretbaren Stollen und Kammern vorzufinden, welches – im Verhältnis zur gesamten Ausdehnung der baulichen Anlage – noch hinreichend groß ist.
- 19 Unerheblich ist, dass die Zugänge überwiegend – bis auf eine Ausnahme – zugemauert worden sind, weil die Betretbarkeit auch dann noch gegeben ist, wenn von den ursprünglich vorhandenen Zugängen mindestens einer übrig bleibt und von diesem ausgehend das Innere der überdeckten baulichen Anlage betreten werden kann.
- 20 Offen lassen kann das Schiedsgericht, welche Bedeutung es für die Betretbarkeit hat, dass die Stollen und Kammern teilweise baufällig sind. Es spricht einerseits gegen eine Betretbarkeit, wenn diese nur unter Gefahr für Leib und Leben möglich wäre. Andererseits könnte die sichere Betretbarkeit mutmaßlich durch bauliche Maßnahmen wiederhergestellt werden. Hierzu haben die Parteien nichts vorgetragen. Dies kann indes dahinstehen, weil es jedenfalls an dem funktionalen Zusammenhang zwischen der Betretbarkeit, der Überdeckung und dem Schutzzweck fehlt (s. u. Abschnitt 2.2.2).

⁸So auch im Fall der seitlichen Anschüttungen in dem Sachverhalt, der dem Votum der *Clearingstelle* v. 06.12.2013 – 2013/70, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2013/70>, zugrunde lag.

21 **Schutzzweck:** Die Deponie mitsamt der Stollen und Kammern dient anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung. Maßgeblicher Zeitpunkt ist hierbei die Anbringung der Solaranlagen, also 2016.⁹ Zu diesem Zeitpunkt wurden Stollen und Kammern zwar faktisch nicht genutzt, es stand aber seit 2014 durch die Festlegungen des Bebauungsplans fest, dass die bauliche Anlage im Zuge des Bauvorhabens als Fledermausquartier und damit zum Schutz von Tieren genutzt werden soll. Diese öffentlich-rechtliche Zweckbestimmung im Bebauungsplan gab der baulichen Anlage somit bereits ab 2014 den Zweck, künftig dem Schutz von Fledermäusen zu dienen. Dass es sich dabei um einen Zweck handelte, der erst zukünftig umgesetzt werden soll, ändert nichts daran, dass die bauliche Anlage ab dem Inkrafttreten des Bebauungsplans diesem Zweck *diente*. Denn die tatsächliche Nutzung ist nur ein Indiz für den Zweck, dem eine bauliche Anlage dient. Beispielsweise dient eine leerstehende Fabrik, die zu einem Wohnhaus umgebaut wird, auch schon vor dem Erstbezug dem Wohnen, weil dieser (neue) Nutzungszweck bereits mit dem Beginn des Umbaus feststeht.

2.2.2 Funktionaler Zusammenhang der Definitionsmerkmale

- 22 Weitere Voraussetzung für ein Gebäude im Sinne des EEG ist, dass die Betretbarkeit und die Überdeckung der baulichen Anlage mit dem Schutzzweck in einem unmittelbaren funktionalen Zusammenhang stehen müssen.¹⁰ Insbesondere muss sich der Schutz aus der Überdeckung und der Betretbarkeit ergeben.¹¹
- 23 Hier steht die Betretbarkeit nicht in einem unmittelbaren funktionalen Zusammenhang mit dem Schutz der Fledermäuse in ihrem Winterquartier. Dies zeigt sich bereits daran, dass die noch vorhandenen Zugänge – mit einer Ausnahme – zugemauert und lediglich mit Einflugöffnungen versehen werden. Es ist weder dem Umweltbericht des Bebauungsplans zu entnehmen noch sonst ersichtlich, dass die Nutzung der Stollen und Kammern als Winterquartier funktional damit verknüpft ist, dass die Hohlräume durch die verbleibende Tür von Menschen betreten werden können. Der Umweltbericht verlangt ausdrücklich, dass es sich um eine verschließbare Tür

⁹Clearingstelle, Hinweis v. 16.12.2011 – 2011/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinwv/2011/10>, Leitsatz 1 h) und Rn. 55 ff.

¹⁰Vgl. bereits Clearingstelle, Votum v. 25.04.2013 – 2012/25, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2012/25>, Rn. 31 f. (zu EEG 2004); Clearingstelle, Hinweis v. 16.12.2011 – 2011/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/hinwv/2011/10>, Rn. 28 (zum EEG 2009).

¹¹Clearingstelle, Votum v. 25.04.2013 – 2012/25, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2012/25>, Rn. 32.

handeln muss,¹² woraus geschlossen werden kann, dass das Winterquartier nicht unkontrolliert von Menschen betreten werden darf. Dies ist aus Sicht des Artenschutzes auch folgerichtig, denn Fledermäuse dürfen in ihren Winterquartieren nicht gestört und beunruhigt werden, weil dies den Erschöpfungstod für die Tiere bedeuten kann.¹³ Die Betretbarkeit der Stollen und Kammern durch eine noch vorhandene, abschließbare Tür kann daher allenfalls Wartungs-, Kontroll- oder Forschungszwecken dienen, für den eigentlichen Schutz der Fledermäuse hingegen kommt es auf die grundsätzliche Nichtbetretbarkeit des Winterquartiers an.

Dr. Brunner

Dr. Lovens-Cronemeyer

Dr. Winkler

¹²Umweltbericht zum Bebauungsplan „Gewerbegebiet Weesensteiner Straße“ der Stadt Dohna, Fassung v. 21.11.2014, Abschnitt 6.5.1.

¹³Landesfachausschuss Fledermausschutz NRW, <http://www.fledermausschutz.de/fledermausschutz/schutz-der-fledermausquartiere/>, zuletzt abgerufen am 31.05.2018.