

2011/16

1. September 2011

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 und die Mitglieder Dr. Pippke und Dr. Winkler am 1. September 2011 einstimmig folgendes Votum:

Die Anspruchstellerin hat gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch auf Vergütung des Stroms, der nach Errichtung und Inbetriebnahme der geplanten PV-Installation in [...] [H...], [...] erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist wird, gemäß § 32 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, Satz 4 i. V. m. § 16 Abs. 1 EEG 2009¹.

¹Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074 ff.), zuletzt geändert durch Art. 13 Abs. 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634), nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/arbeitsausgabe>.

Inhaltsverzeichnis

1	Tatbestand	2
2	Begründung	6
2.1	Verfahren	6
2.2	Würdigung	7
2.2.1	Vornutzung und Nutzungsaufgabe	7
2.2.2	Schwerwiegende Beeinträchtigung des ökologischen Werts der Fläche infolge der Vornutzung	8
2.2.3	Höhe des Vergütungsanspruchs; Konkurrenzen	16

1 Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten darüber, ob die Fläche, auf der die Anspruchstellerin die Errichtung eines Solarparks plant, als Konversionsfläche aus wirtschaftlicher Nutzung gemäß § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009 zu qualifizieren ist.
- 2 Die Anspruchstellerin plant die Errichtung von Solarstromanlagen mit einer Leistung von insgesamt ca. 4,5 MW_p (im Folgenden: PV-Installation) auf dem Flurstück [...], Flur [...] der Gemarkung [K...] in [H...]. Die hierfür vorgesehene Fläche (im Folgenden: Vorhabensfläche) umfasst ca. 9,53 ha und liegt im Geltungsbereich des vorhabenbezogenen Bebauungsplans Nr. [...] „[E...]“ der Stadt [H...], der am 2. November 2010 in Kraft getreten ist. Im Plangebiet liegt außerdem eine Fläche, auf der eine Stellplatzanlage für 748 PKW-Stellplätze errichtet werden soll. Diese befindet sich im Osten des Planungsgebietes und macht etwa ein Viertel der Gesamtfläche aus. Die Vorhabensfläche nimmt den Rest des Plangebiets nahezu vollständig ein.
- 3 Das Plangebiet liegt in einer Altbergauffläche und ist Teil der Industriebrache „[E...]“. Südlich des Plangebietes wurde Anfang des 20. Jahrhunderts im Tagebau (1905 bis 1911) und im südlichen Teil des Plangebiets im Tiefbau (1903 bis 1914) Braunkohle abgebaut. Die zur Verarbeitung der Kohle errichtete Brikettfabrik mit

Schwelerei befand sich im östlichen Plangebiet; sie war bis 1990 in Betrieb. Im westlichen Teil des Plangebiets befindet sich die ehemalige Aschehalde der Brikettfabrik; sie nimmt etwa zwei Drittel des Plangebiets ein. Die Fläche des ehemaligen Braunkohletiefbaus überschneidet sich mit einem großen Teil des ehemaligen Schweleireigelandes und einem kleinen Bereich der ehemaligen Aschehalde. 1995 wurde die Brikettfabrik sowie die südlich gelegenen Ziegelwerke oberflächennah abgerissen, wobei eine Tiefenenttrümmerung bis 0,50 m unter Gelände vorgenommen wurde. Sodann wurde mit der Sanierung des Bodens in diesem Bereich begonnen. Das Gebiet ist seitdem unbebaut.

- 4 Die Aschehalde besteht überwiegend aus Kraftwerksasche der Kesselhäuser der Brikettfabrik mit Einlagerungen von Boden, Kohlegrus, Bauschutt und sonstigen Abfällen. Die Auffüllung erreicht eine Mächtigkeit von 3 bis 7 Metern. Die Materialien wurden bei der Verkipfung offenbar nicht verdichtet. Abgedeckt ist die Aschehalde überwiegend mit einer 0,5 bis 1,5 Meter mächtigen Schicht aus bindig-gemischtkörnigen, teilweise humosen Böden.
- 5 Die Aschehalde weist ein variierendes und insgesamt als ungünstig einzuschätzendes Setzungsverhalten auf. Aufgrund der früheren bergbaulichen Tätigkeit können bei Lasteintrag Senkungen und Setzungen auftreten, Tagesbrüche können nicht vollständig ausgeschlossen werden.
- 6 Im Bebauungsplan sind sowohl der zum Plangebiet gehörende Teil der ehemaligen Brikettfabrik/Schwelerei als auch der Bereich der Aschehalde als „Fläche, deren Böden erheblich mit umweltgefährdenden Stoffen belastet sind“ gekennzeichnet. Des Weiteren ist die Fläche der ehemaligen Brikettfabrik/Schwelerei unter der Nr. [...] im „Kataster schädlicher Bodenveränderungen und Altlasten, Verdachtsflächen und altlastenverdächtiger Flächen“ der Stadt [H...] erfasst.
- 7 Das gesamte Plangebiet steht ausweislich der von der Anspruchstellerin vorgelegten Schreiben der [L...] vom 15. März 2010 an die Stadt [H...] und an die Baugruppe [K...] vom 21. Oktober 2010 unter bergrechtlicher Aufsicht. In diesem Zusammenhang erfolgt auf dem Gelände ein Grundwassermonitoring durch die [L...].
- 8 Das westliche Drittel der Vorhabensfläche befindet sich in einem ehemaligen Bombenabwurfgebiet und ist ausweislich der von der Anspruchstellerin vorgelegten Verfügung der Polizeidirektion [S...] vom 10. November 2010 eine Kampfmittelverdachtsfläche.

- 9 Im nördlichen Bereich wird das Plangebiet von einer Eisenbahntrasse begrenzt. Etwa ein Drittel der Vorhabensfläche befindet sich innerhalb eines Abstandes von 110 Metern von der Trasse.
- 10 Die Anspruchstellerin ist der Ansicht, es handele sich bei der Vorhabensfläche um eine Konversionsfläche aus wirtschaftlicher Nutzung gemäß § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009, so dass für den darauf erzeugten Solarstrom ein Anspruch auf die erhöhte Vergütung nach § 32 Abs. 1, Abs. 3 Satz 4 EEG 2009 bestehe. Hierzu trägt sie vor, das gesamte Areal sei einheitlich industriell geprägt und in der ökologischen Wertigkeit nachhaltig und fortwirkend beeinträchtigt.
- 11 Selbst wenn man gemäß Nr. 6 der Empfehlung 2010/2² eine Teilflächenbildung vornehme, ergebe sich für sämtliche Teilflächen – die Aschehalde, das ehemalige Schwelereigelande und den ehemaligen Braunkohletiefbau – eine schwerwiegende Beeinträchtigung des ökologischen Wertes. Zur Begründung verweist die Anspruchstellerin insbesondere auf das im Verfahren vorgelegte Baugrundgutachten des Ingenieurbüros [G...] vom 23. April 2010, das Gutachten der [G...] „Orientierende Untersuchung im Plangebiet des Bebauungsplans Nr. [...] in [H...]“ vom 4. Mai 2010 und auf die Begründung zum Bebauungsplan Nr. [...]. Hieraus ergebe sich, dass es sich bei der Vorhabensfläche um einen ehemaligen Industriestandort mit erheblichen Vorbelastungen handele. Insbesondere sei der Standort durch seine stark gestörte Bodenfunktion derart vorbelastet, dass Eingriffe in die bestehende Bodenstruktur nach Möglichkeit vermieden werden sollen, was eine bauliche Nutzung, bedingt durch die geringe Tragfähigkeit, erheblich einschränke. Weiter sei das Untersuchungsgebiet stark anthropogen geprägt, der oberste Abschnitt des Baugrundes werde durch künstliche Auffüllungen gebildet. Auf Grund der industriellen Vornutzung sei mit teilweise erhöhten Schadstoffkonzentrationen im Boden zu rechnen (u. a. MKW, PAK, Phenole und leicht flüchtige aromatische Kohlenwasserstoffe). Im Bereich der Aschehalde seien mehrfach Belastungen mit organischen Schadstoffen nachgewiesen worden. Auch das Grundwasser sei teilweise mit Schadstoffen belastet.
- 12 Die Anspruchstellerin trägt vor, für jede Teilfläche seien bereits die Voraussetzungen für das Bestehen einer widerleglichen Vermutung gemäß Leitsatz 7 der Empfehlung 2010/2 erfüllt. So liege auf allen Flächen eine schädliche Bodenveränderung bzw. ein entsprechender (Altlasten-)Verdacht vor. Die Aschehalde sei außerdem eine Fläche mit beeinträchtigter Standsicherheit. Da das Gesamtareal der Bergaufsicht unterlie-

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

ge, sei außerdem für die gesamte Vorhabensfläche das Kriterium „Aufrechterhaltung der speziellen gesetzlichen Aufsicht bzw. Überwachung der zuständigen Behörde“ erfüllt.

- 13 Zusätzlich sprächen weitere Indizien für jede der drei Teilflächen für die Annahme einer schwerwiegenden ökologischen Beeinträchtigung gemäß Leitsatz 8 der Empfehlung 2010/2. Hierzu trägt die Anspruchstellerin vor, die Fläche weise künstliche Veränderungen der Erdoberfläche und der Bodenstruktur auf; es sei mit einer unmittelbar bevorstehenden Anhebung des gegenwärtigen Grundwasserstandes zu rechnen; die Bodenqualität sei erheblich abgesenkt und es befänden sich im Verfüllungsmaterial auch sonstige Abfälle und mineralische Stoffe sowie möglicherweise auch Kampfmittel. Durch diese Veränderungen der Fläche seien in einer Gesamtschau deren Bodenfunktionen i. S. d. § 2 Abs. 2 Nr. 1 lit. a bis c BBodSchG³ schwerwiegend beeinträchtigt.
- 14 Weiter ist die Anspruchstellerin der Ansicht, dass es auf die Belegenheit eines Teils der Vorhabensfläche innerhalb eines Abstandes von 110 Metern von einer Eisenbahntrasse nicht ankomme; der Vergütungstatbestand des § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 EEG 2009 sei insoweit gegenüber Nr. 2 subsidiär.
- 15 Die Anspruchsgegnerin bezweifelt, dass die Vorhabensfläche als Konversionsfläche aus wirtschaftlicher Nutzung i. S. d. § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009 zu qualifizieren ist. Der Bebauungsplan könne nicht rechtsverbindlich festlegen, ob es sich um eine Konversionsfläche handele oder nicht. Das EEG 2009 enthalte keine Legaldefinition des Begriffs „Konversionsfläche“, so dass im Einzelfall entschieden werden müsse, ob die jeweilige Vorhabensfläche eine Konversionsfläche sei oder nicht. Zu beachten sei dabei, dass gemäß der Rechtsprechung des LG Gießen⁴ die Nutzung von bislang unbebauten Flächen für die Erzeugung von Solarenergie die Ausnahme bilde. Hiernach handele es sich nur dann um eine Konversionsfläche, wenn die Auswirkungen der einstigen Nutzungsart noch fortwirkten. Maßgeblich sei danach, ob die vormalige Nutzung den Charakter des Gebietes weiterhin präge und keine anderweitige Nutzung stattfinde. Unter diesen Prämissen könne vorliegend gegen die Annahme einer Konversionsfläche sprechen, dass die ehemaligen Betriebsgebäude, Gleisanlagen etc. zurückgebaut wurden und das Gelände mit Gräsern, Büschen und einzelnen Bäumen bewachsen sei. So lasse sich die Auffassung vertreten, dass

³Bundes-Bodenschutzgesetz (BBodSchG) v. 17.03.1998 (BGBl. I S. 502), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes v. 09.12.2004 (BGBl. I S. 3214).

⁴LG Gießen, Urt. v. 01.04.2008 – 6 O 51/07, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/node/377>.

sich die vormalige Nutzungsart „Bergbau“ nicht mehr bis in die Gegenwart auswirke. Das gelte auch isoliert betrachtet für die einstige Aschehalde. Es sei sicherlich nicht unbeachtlich, dass möglicherweise Bodenbelastungen im Bereich der einstigen Aschehalde vorhanden seien, jedoch könne dies nicht allein ausschlaggebend für die Qualifizierung als Konversionsfläche sein. Auch die bisher im Umfeld vorgenommene Bebauung (Einkaufszentrum, Messe, Parkplätze, Gleisanlagen) spreche dafür, dass grundsätzlich auch eine andere Art der Flächennutzung – wenn gemäß Abschnitt 5.1.2. Bebauungsplan Nr. [...] auch „nur sehr eingeschränkt“ – denkbar sei.

- 16 Mit inhaltsgleichen Anträgen vom 7. September 2010 und 13. September 2010 haben sich die Anspruchstellerin und die Anspruchsgegnerin an die Clearingstelle EEG gewandt und beantragt, ein Votumsverfahren gemäß §§ 26 ff. VerfO⁵ durchzuführen. Die Parteien sowie die Clearingstelle EEG stimmten einem schriftlichen Verfahren zu.
- 17 Mit Beschluss vom 7. Juni 2011 hat die Clearingstelle EEG das Votumsverfahren angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautete:

Hat die Anspruchstellerin gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch auf Vergütung des Stroms, der nach Errichtung und Inbetriebnahme der geplanten PV-Installation in [...] [H...], [...], erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist wird, gemäß § 32 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009?

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 18 Das Verfahren ist gemäß den Vorschriften der VerfO zustandegekommen und durchgeführt worden.
- 19 Die Clearingstelle EEG hat das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 VerfO nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen. Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus § 26 Abs. 1 VerfO.

⁵Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG vom 01.10.2007 in der Fassung vom 06.04.2010, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/verfahrensordnung>.

20 Den Parteien ist gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 1 VerfO Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Es wurde ein schriftliches Verfahren durchgeführt, da beide Parteien und die Clearingstelle EEG dem zustimmten, §§ 28, 20 Abs. 2 VerfO. Die Beschlussvorlage haben gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied der Clearingstelle EEG Dr. Pippke und die technische Koordinatorin Mutlak erstellt.

2.2 Würdigung

21 Die Anspruchstellerin hat einen Anspruch auf Vergütung des in der geplanten PV-Installation erzeugten Stroms gemäß § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, Satz 4 i. V. m. § 16 Abs. 1 EEG 2009.

22 Die Solarstromanlagen der Anspruchstellerin sollen im Geltungsbereich des vorhabenbezogenen Bebauungsplans Nr. [...] „[E...]“ der Stadt [H...] errichtet werden, der am 2. November 2010 in Kraft getreten ist. Damit sind die planerischen Voraussetzungen des Anspruchs aus § 32 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1 EEG 2009 erfüllt.

23 Bei der Vorhabensfläche handelt es sich um eine Konversionsfläche aus wirtschaftlicher Nutzung, so dass auch die flächenbezogenen Voraussetzungen aus § 3 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009 erfüllt sind. Dies ergibt sich aus der Anwendung der Empfehlung 2010/2 der Clearingstelle EEG zur Auslegung der flächenbezogenen Anforderungen an Konversionsflächen i. S. d. § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009 bzw. § 11 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2004⁶ auf den streitgegenständlichen Sachverhalt. Es liegt eine wirtschaftliche Vornutzung auf der Vorhabensfläche vor (dazu unten 2.2.1), und der ökologische Wert der Vorhabensfläche in ihrer Gesamtheit war in dem maßgeblichen Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung des Bebauungsplans infolge dieser Vornutzung schwerwiegend beeinträchtigt (dazu unten 2.2.2).

2.2.1 Vornutzung und Nutzungsaufgabe

24 Die erforderliche wirtschaftliche Vornutzung der Fläche ist gegeben. Die Vorhabensfläche wurde über einen langen Zeitraum industriell und bergbaulich genutzt. Drei Vornutzungen lassen sich dabei unterscheiden:

⁶Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 01.07.2010–2010/2, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2010/2>.

1. Altbergbau im Tiefbau (1903 bis 1914)
 2. Schwelerei der Brikettfabrik [B...] zur Verarbeitung der Braunkohle (bis 1990)
 3. Aschehalde der Brikettfabrik.⁷
- 25 Die jeweiligen Flächen überschneiden sich in Teilen, nehmen aber ausweislich der vorgelegten Planunterlagen die gesamte Vorhabensfläche ein.
- 26 Bei den genannten industriellen und bergbaulichen Vornutzungen handelt es sich jedenfalls um – über die Deckung des individuellen Eigenbedarfs hinausgehende – wirtschaftliche Nutzungen i. S. d. § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009.⁸
- 27 Diese wirtschaftlichen Vornutzungen wurden auch nachweislich aufgegeben.⁹

2.2.2 Schwerwiegende Beeinträchtigung des ökologischen Werts der Fläche infolge der Vornutzung

- 28 Von der für die Annahme einer Konversionsfläche erforderlichen schwerwiegenden Beeinträchtigung des ökologischen Werts der Vorhabensfläche infolge der ursprünglichen wirtschaftlichen Nutzung ist auszugehen. Dass die Vorhabensfläche teilweise einen Bewuchs aufweist und die baulichen Anlagen (teilweise) zurückgebaut wurden, steht dem nicht entgegen.
- 29 Voraussetzung für die Annahme einer schwerwiegenden ökologischen Beeinträchtigung ist, dass sich der ökologische Wert der Fläche aufgrund der spezifischen Vornutzung schlechter darstellt als vor dieser bzw. ohne diese Nutzung. Eine widerlegliche Vermutung für eine schwerwiegende Beeinträchtigung des ökologischen Werts der Fläche im konkreten Anwendungsfall besteht dann, wenn eines oder mehrere der in der Empfehlung 2010/2¹⁰ der Clearingstelle EEG aufgestellten Kriterien erfüllt

⁷[G...], „Orientierende Untersuchung im Plangebiet des Bebauungsplans Nr. [...] in [H...]“ vom 04.05.2010 (im Folgenden: Gutachten „Orientierende Untersuchung“), S. 4; *Stadt [H...]*, Begründung zum Bebauungsplan „[E...]“ (im Folgenden: B-Plan), Teil I der Begründung – Städtebaulicher Teil, S. 10.

⁸Vgl. *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 01.07.2010–2010/2, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2010/2>, Nr. 1 und Rn. 43 ff.

⁹[G...], „Baugrundgutachten zum Bebauungsplan Nr. [...] in [H...] – Solarpark und PKW-Parkplätze“, vom 23.04.2010 (im Folgenden: Baugrundgutachten), S. 3 sowie B-Plan, Teil I der Begründung – Städtebaulicher Teil, S. 10.

¹⁰*Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 01.07.2010–2010/2, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2010/2>.

sind (s. Empfehlung 2010/2, Nr. 7). 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 genannten Indizien erfüllt sind (s. Empfehlung 2010/2, Nr. 8).

30 Die Prüfung der flächenbezogenen Voraussetzungen konnte vorliegend auf die Vorhabensfläche bezogen werden. Denn bei der Vorhabensfläche handelt es sich um die Fläche, die innerhalb der räumlichen Ausdehnung der ursprünglichen wirtschaftlichen Vornutzung auf der Grundlage des Bebauungsplans tatsächlich zum Zwecke der Solarstromerzeugung nachgenutzt wird.¹¹

31 Nicht zu berücksichtigen war der Umstand, dass sich die Vorhabensfläche teilweise in einem ehemaligen Bombenabwurfgebiet befindet und deshalb als Kampfmittelverdachtsfläche anzusehen ist. Denn die Belastung mit Kampfmitteln infolge kriegerischer Ereignisse ist bei einer ehemals wirtschaftlich – und nicht militärisch – genutzten Fläche keine Belastung, die *durch* die wirtschaftliche Vornutzung eingetreten ist.

32 **Kriterien für die widerlegliche Vermutung** Von den Kriterien, die eine widerlegliche Vermutung für eine schwerwiegende ökologische Beeinträchtigung begründen, sind vorliegend mehrere erfüllt:

33 Nach den von der Anspruchstellerin vorgelegten Unterlagen, deren Inhalte von der Anspruchsgegnerin nicht bestritten wurden, ist, wenn nicht sogar von einer Altlast i. S. d. § 2 Abs. 5 Nr. 1 BBodSchG oder einer schädlichen Bodenveränderung i. S. d. § 2 Abs. 3 BBodSchG, so doch zumindest von dem **hinreichenden Verdacht einer Altlast oder einer schädlichen Bodenveränderung** i. S. d. § 9 Abs. 2 BBodSchG auszugehen. Nach § 2 Abs. 5 Nr. 1 BBodSchG sind stillgelegte Abfallbeseitigungsanlagen sowie sonstige Grundstücke, auf denen Abfälle behandelt, gelagert oder abgelagert worden sind (Altablagerungen) sowie Grundstücke stillgelegter Anlagen und sonstige Grundstücke, auf denen mit umweltgefährdenden Stoffen umgegangen worden ist (Altstandorte), durch die schädliche Bodenveränderungen oder sonstige Gefahren für den einzelnen oder die Allgemeinheit hervorgerufen werden, Altlasten im Sinne des BBodSchG. Schädliche Bodenveränderungen wiederum sind nach § 2 Abs. 3 BBodSchG Beeinträchtigungen der Bodenfunktionen, die geeignet sind, Ge-

¹¹Vgl. zur Festlegung der maßgeblichen Fläche *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 01.07.2010–2010/2, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2010/2>, Nr. 5 und Rn. 171 ff.

fahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für den Einzelnen oder die Allgemeinheit herbeizuführen.

- 34 Dafür, dass es sich bei der Vorhabensfläche um eine Fläche handelt, bei der jedenfalls konkrete Anhaltspunkte für einen hinreichenden Verdacht einer schädlichen Bodenveränderung oder einer Altlast bestehen, spricht, dass der Bereich des Bebauungsplans Nr. [...] im „Kataster schädlicher Bodenveränderungen und Altlasten, Verdachtsflächen und altlastenverdächtiger Flächen der Stadt [H...]“ unter „Nr. [...]“ als Altstandort erfasst ist.¹²
- 35 Im Boden des Plangebiets wurden bei Altlastenuntersuchungen nach Abschluss der Sanierungsarbeiten in den 1990er Jahren am ehemaligen Standort der Schwelerei sowie im Randbereich der Aschehalde lokale Belastungen mit organischen Schadstoffen nachgewiesen. Zwar wurden bei den im Rahmen der „Orientierenden Untersuchung“ durch die [G...] – ergänzend zu den erwähnten Altlastenuntersuchungen – vorgenommenen Bodenproben keine schwerwiegenden organischen Belastungen nachgewiesen. Weitere lokale Belastungen können aber – insbesondere in Form kleinräumiger Teerverunreinigungen – nicht ausgeschlossen werden.¹³
- 36 Hierzu wird in der „Orientierenden Untersuchung“ der GEOTECH Folgendes ausgeführt:

„Wegen nachgewiesener erheblicher Schadstoffbelastungen im Boden wird empfohlen, die Bereiche Aschehalde und ehemaliger Schwelerei-standort in der Planzeichnung gemäß § 9 (5) Nr. 3 BauGB als „Flächen, deren Böden erheblich mit umweltgefährdenden Stoffen belastet sind“, zu kennzeichnen ...

Es sollte vermerkt werden, dass diese Flächen nicht vollständig kontaminiert sind, sondern dass die Kennzeichnung aufgrund erheblicher Belastungen des Bodens lokaler, unregelmäßiger Teilbereiche erfolgt. Eine konkrete Angabe aller belasteten Teilbereiche ist auf der Grundlage des derzeitigen Kenntnisstandes nicht möglich. Es muss damit gerechnet werden, dass zwischen den Bohransatzpunkten der bisherigen Untersuchungen weitere Bereiche mit Bodenbelastungen bzw. verunreinigten Abfällen vorhanden sind. Diese wären, insbesondere auch in der

¹²Vgl. Gutachten „Orientierende Untersuchung“, S. 6.

¹³Gutachten „Orientierende Untersuchung“, S. 6 und 8 sowie Begründung B-Plan, Teil I der Begründung – Städtebaulicher Teil, S. 25.

Aschehalde, nur mit einem unverhältnismäßigen Erkundungsaufwand vollständig zu erfassen. Im Sinne einer Warnfunktion ist es daher aus Sicht des Gutachters angebracht, die genannten Flächen vollständig zu kennzeichnen.

Es sollte außerdem darauf hingewiesen werden, dass auch für die Bereiche außerhalb der gekennzeichneten Flächen nicht davon ausgegangen werden kann, dass diese frei von erheblichen Schadstoffbelastungen sind. Erhöhte Schadstoffkonzentrationen im Boden sind aufgrund der industriellen Vornutzung für das gesamte Plangebiet nicht auszuschließen.¹⁴

- 37 Infolgedessen sind im Bebauungsplan sowohl die der Aschehalde als auch die der Brikettfabrik einschließlich des ehemaligen Schwelereigebäudes zuzuordnenden Flächen in der Planzeichnung als „Fläche, deren Böden erheblich mit umweltgefährdenden Stoffen belastet sind“ gekennzeichnet.¹⁵ Diese Bereiche nehmen die Vorhabensfläche nahezu vollständig ein.
- 38 Weiterhin handelt es sich um eine **Fläche mit einer infolge tagebaulicher Nutzung beeinträchtigten Standsicherheit**. Die Vorhabensfläche liegt in einem ehemaligen Abbaugelände aus dem Braunkohleabbau, bei dem mit Setzungen und Rutschungen zu rechnen ist.
- 39 So ist nach den vorgelegten Planunterlagen im Bereich des gesamten Planungsgebietes von ungünstigen Baugrundverhältnissen auszugehen. Aufgrund des Abbaus von Braunkohle im Pfeilerbruchbauverfahren kann es im ungünstigsten Fall zu Tagesbrüchen und bei Lasteintrag zu erhöhten und ungleichmäßigen Setzungen kommen.¹⁶ In der Begründung des Bebauungsplans wird hierzu Folgendes ausgeführt:

„Im Bereich des ehemaligen Braunkohlentiefbaus „[A . . .]“ wurde Braunkohle im Tiefbau und im Tagebau auf zwei Flözebenen abgebaut (vgl. hierzu Pkt. 4.2). Der Braunkohlentiefbau erfolgte nach dem Verfahren des Pfeilerbruchbaues. Dieses Verfahren ist dadurch charakterisiert, dass in die ausgekohlten Räume kein Versatz eingebracht wird. Nach dem Herausnehmen des Ausbaus, dem so genannten Rauben des Holzes, senkten sich die aufliegenden Gebirgsschichten ab und füllten die Abbauhohlräume aus.“¹⁷

¹⁴Gutachten „Orientierende Untersuchung“, S. 10.

¹⁵Vgl. B-Plan, Teil I der Begründung – Städtebaulicher Teil, S. 24 f.

¹⁶Baugrundgutachten, S. 9.

¹⁷B-Plan, Teil I der Begründung – Städtebaulicher Teil, S. 22.

- 40 Weiter ist in der Begründung des Bebauungsplans dargestellt, dass in den Jahren 2004 und 2005 Sicherungsarbeiten der Altbergbauflächen erfolgreich durchgeführt wurden. Der Sicherungsbereich (SiB 1), der den östlichen Teil des Plangebiets berührt, sei dabei in die niedrigste Risikoklasse IV eingestuft worden, was bedeute, dass die Wahrscheinlichkeit eines Bergschadens sehr klein sei. „Das Auftreten von Tagesbrüchen in Folge von hängen gebliebenen Brüchen“ könne aber „nach Auffassung des Landesamtes für Geologie und Bergwesen nicht völlig ausgeschlossen werden.“¹⁸
- 41 Schließlich unterliegt die Vorhabensfläche auch weiterhin der **speziellen gesetzlichen Aufsicht bzw. Überwachung der zuständigen Behörde nach Einstellung des Betriebes** einer genehmigungsbedürftigen Anlage bzw. der Ausübung einer genehmigungsbedürftigen Tätigkeit.
- 42 Die besondere – hier: bergrechtliche – Überwachung nach Beendigung der bergbaulichen Tätigkeit hält an. Die Vorhabensfläche befindet sich im Geltungsbereich eines zugelassenen bergrechtlichen Abschlussbetriebsplans. Die von der [L...] als verantwortlichem Bergbauunternehmen beim Landesamt für Geologie und Bergwesen beantragte Beendigung der Bergaufsicht wurde am 22. Februar 2007 abgelehnt, die Fläche steht demnach weiterhin unter bergrechtlicher Verantwortung.¹⁹
- 43 Die Anspruchsgegnerin hat den Beweis des Gegenteils, insbesondere den Beweis der fehlenden ökologischen Belastung der Fläche, nicht angetreten, so dass bereits aufgrund der widerleglichen Vermutung davon auszugehen ist, dass es sich um eine Konversionsfläche i. S. d. § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009 handelt.

Indizien für eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Schutzgüter der Umwelt

- 44 Darüber hinaus ist aufgrund einer Gesamtschau der Gegebenheiten auch unabhängig von den Kriterien anhand der Indizien davon auszugehen, dass eine schwerwiegende ökologische Beeinträchtigung der Fläche vorliegt.
- 45 Folgende Indizien können für eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Schutzgüter der Umwelt aufgrund der Vornutzung einer Fläche sprechen:

- Veränderungen des Bodens durch
 - einen im Vergleich zum standorttypischen pH-Wert stark veränderten pH-Wert des Bodens,

¹⁸B-Plan, Teil I der Begründung – Städtebaulicher Teil, S. 22.

¹⁹B-Plan, Teil I der Begründung – Städtebaulicher Teil, S. 22 f.

- einen im Vergleich zum standorttypischen Humusgehalt stark abgesenkten Humusgehalt des Bodens,
- eine im Vergleich zur standorttypischen Bodenfruchtbarkeit stark abgesenkte Bodenfruchtbarkeit,
- Abfälle, Schadstoffe und sonstige im oder auf dem Boden befindliche Materialien, die aus der Vornutzung stammen (z. B. Trümmer),
- künstliche Veränderungen der Erdoberfläche bzw. der Bodenstruktur, insbesondere weiträumige Bodenabträge, oder
- Bodenerosion

jeweils sofern hierdurch eine schwerwiegende Beeinträchtigung der natürlichen Bodenfunktionen gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 a), b) und c) BBodSchG eingetreten ist.²⁰

- 46 Vorliegend treffen nahezu alle dieser Indizien auf die Vorhabensfläche zu.
- 47 In der Begründung des Bebauungsplans wird hinsichtlich der Bewertung des Natürlichkeitsgrades des Bodens ausgeführt, dass dieser als gering eingestuft wird, da „infolge der Vorbelastungen ein natürlich gewachsener Schichtaufbau des Bodens . . . nicht vorhanden“ ist.²¹ Es ist davon auszugehen, dass dies im Vergleich zu standorttypischen Gegebenheiten mit einer herabgesetzten Bodenfruchtbarkeit und einem erheblich veränderten pH-Wert des Bodens einhergeht.
- 48 Weiterhin finden sich in der 3 bis 7 m mächtigen Ascheschicht neben Kraftwerksasche auch **Abfälle**, so u. a. Bauschutt und Teerabfälle.²²
- 49 Auch stellt die Aschehalde eine großflächige **künstliche Veränderung der Erdoberfläche bzw. der Bodenstruktur** dar. In der Begründung zum Bebauungsplan wird hierzu Folgendes ausgeführt:

„Das Untersuchungsgebiet ist stark anthropogen geprägt. Der oberste Abschnitt des Baugrundes wird durch künstliche Auffüllungen gebildet. Mächtigkeit und Zusammensetzung der Auffüllungen variieren erheblich.“²³

²⁰Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 01.07.2010 – 2010/2, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2010/2>, Leitsatz 8.

²¹B-Plan, Teil II der Begründung – Umweltbericht, S. 37.

²²B-Plan, Teil I der Begründung – Städtebaulicher Teil, S. 25; Baugrundgutachten, Anlage 2 – Bohrprofile der Rammkernsondierung.

²³Begründung B-Plan, Teil I der Begründung – Städtebaulicher Teil, S. 20.

50 Dabei haben diese Veränderungen der Erdoberfläche insbesondere im Bereich der Aschehalde zu einer nur eingeschränkten Tragfähigkeit des Bodens geführt; mit Setzungen und Sackungen ist zu rechnen:

„Damit sind im Untersuchungsgebiet ungünstige Baugrundverhältnisse gegeben. Der obere Abschnitt des Baugrundes wird durch inhomogene künstliche Auffüllungen gebildet. Die Auffüllungen sind teilweise gering tragfähig. Sie weisen ein variierendes, insgesamt als ungünstig einzuschätzendes Setzungsverhalten auf. Insbesondere auch im Bereich der Aschehalde ist bei Lasteintragung mit erhöhten und ungleichmäßigen Setzungen zu rechnen... Insbesondere auch im Bereich der Aschehalde kann ein konzentriertes Versickern von Oberflächenwasser zu Sackungen führen.“²⁴

51 Eine **schwerwiegende Beeinträchtigung der Bodenfunktionen** durch die genannten Veränderungen des Bodens ist anzunehmen. Hinzuweisen ist hier zum einen auf die bereits erwähnte Belastung mit Schadstoffen. Wie sich dem Umweltbericht zum Bebauungsplan entnehmen lässt, ist im Plangebiet zum anderen

„... lediglich eine Spontanvegetation vorhanden, deren ökologische Wertigkeit aufgrund der Vorbelastungen durch Bergbau und Industrie als sehr gering einzuschätzen ist. Auch hinsichtlich der avifaunistischen Vielfalt ist das Betrachtungsgebiet nur als von sehr geringer Vielfalt einzustufen. Insgesamt ist daher die Biologische Vielfalt des Plangebietes nur sehr gering.“²⁵

52 Weiter wird ausgeführt:

„Eine land- bzw. forstwirtschaftliche Nutzung ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt nur als extrem eingeschränkt möglich bis völlig unmöglich einzuschätzen. Dies ist bedingt durch aufgebrauchte Auffüllmaterialien, insbesondere Substratgemische aus Asche, Schlacke und Kohlenreste...

Auch außerhalb der gekennzeichneten Flächen können erhöhte Schadstoffkonzentrationen im Boden angetroffen werden...

²⁴B-Plan, Teil I der Begründung – Städtebaulicher Teil, S. 21.

²⁵B-Plan, Teil II der Begründung – Umweltbericht, S. 35.

Die im Planungsraum vorherrschenden Bodenverhältnisse sind bedingt durch die bereits genannten Vorbelastungen als sehr stark anthropogen überprägt einzustufen. Ein natürlich gewachsener Schichtenaufbau des Bodens ist nicht vorhanden...

Als Archiv der Natur- und Kulturgeschichte kann der Boden innerhalb des Plangebietes nur insofern dienen, als er jahrzehntelang einer intensiven Inanspruchnahme unterlegen hat. Infolge dessen ist der heute vorhandene Boden aufgefüllt worden. Unter Berücksichtigung dieser nachhaltigen Veränderungen ist eine Bewertung des biotischen Ertragspotentials, des Lebensraumpotentials und weiterer Kriterien nicht angezeigt, da die Natürlichkeit nicht mehr gegeben ist bzw. diese Potentiale momentan sehr gering ausgeprägt sind...

Durch den nach Einstellung der Wasserhaltung zu erwartenden geringen Grundwasserflurabstand sowie die Durchlässigkeit der Deckschichten ist anstehendes Grundwasser nicht gegen flächenhaft eindringende Schadstoffe geschützt und hat deshalb eine hohe Empfindlichkeit.

Die Grundwasserdynamik im Planungsgebiet ist durch starke anthropogene Vorbelastungen, vorrangig durch die Änderung der Bodenschichtenfolge durch den Bergbaubetrieb stark verändert...

Die starke anthropogene Überprägung des Bodens wirkt sich negativ auf die Schutzgüter Pflanzen, Tiere und biologische Vielfalt aus, da viele Tiere und Pflanzen keinen angemessenen Lebensraum finden.“²⁶

53 Zusammenfassend führt der Umweltbericht Folgendes aus:

„Natur und Landschaft sind an diesem Standort aufgrund der früheren industriellen Nutzung vollständig überprägt. Es steht kein natürlich gewachsener Boden mehr an, die Grundwasserverhältnisse sind gestört, das Landschaftsbild ist beeinträchtigt. Die vorhandene Vegetation hat sich nach Rückbau der Gebäude, der baulichen Anlagen und Befestigungen von selbst eingestellt. Aufgrund der Nutzungen auch auf den angrenzenden Flächen sind nur wenige siedlungstolerante Tierarten anzutreffen.“²⁷

²⁶B-Plan, Teil II der Begründung – Umweltbericht, S. 37 ff.

²⁷B-Plan, Teil II der Begründung – Umweltbericht, S. 53.

- 54 Der Boden ist danach insgesamt in seiner natürlichen Funktion als Bestandteil des Naturhaushalts, insbesondere mit seinen Wasser- und Nährstoffkreisläufen, sowie als Abbau-, Ausgleichs- und Aufbaumedium für stoffliche Einwirkungen auf Grund der Filter-, Puffer- und Stoffumwandlungseigenschaften, insbesondere auch zum Schutz des Grundwassers (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 1 lit. b und c BBodSchG), schwerwiegend beeinträchtigt.
- 55 Der ökologische Wert der Vorhabensfläche stellt sich hierdurch insgesamt als deutlich schlechter als vor oder ohne die bergbauliche und industrielle Nutzung dar. Damit liegt eine Konversionsfläche aus wirtschaftlicher Nutzung i. S. d. § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EEG 2009 vor.
- 56 Zwar ist der Anspruchsgegnerin darin zuzustimmen, dass der Bebauungsplan nicht rechtsverbindlich darüber entscheidet, ob eine Konversionsfläche im Sinne des EEG vorliegt. Die dem Bebauungsplanverfahren zugrundeliegenden Dokumente sind aber geeignete Quellen, denen belastbare Aussagen zu den für die tatsächliche Vornutzung und die ökologische Belastung der Fläche relevanten Tatsachen, Kriterien und Indizien entnommen werden können.²⁸

2.2.3 Höhe des Vergütungsanspruchs; Konkurrenzen

- 57 Dem Votum liegt die im Zeitpunkt der Beschlussfassung über das Votum geltende Fassung des EEG 2009 zugrunde, da die Anlagen zu diesem Zeitpunkt noch nicht in Betrieb genommen worden sind. Für die Höhe des Vergütungsanspruchs ist deshalb nicht § 20 Abs. 4 Satz 1 EEG 2009 (a. F.)²⁹, sondern § 32 Abs. 3 Satz 4 EEG 2009 (n. F.)³⁰ maßgeblich.
- 58 Es konnte dahingestellt bleiben, ob für einen Teil der geplanten Solarstromanlagen auch ein Vergütungsanspruch nach § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 EEG 2009 gegeben wäre. Der Vergütungsanspruch ist vielmehr aus § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, Satz 4 EEG 2009 als dem sachnäheren Tatbestand herzuleiten.³¹ Denn die Vorhabensfläche ist auch

²⁸Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 01.07.2010–2010/2 – abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2010/2>, Rn. 167 ff.

²⁹Erneuerbare-Energien-Gesetz v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Gesetz v. 12.04.2011 (BGBl. I S. 619).

³⁰Erneuerbare-Energien-Gesetz v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Art. 13 Abs. 2 des Gesetzes v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634).

³¹Vgl. zum Verhältnis zwischen den verschiedenen Tatbeständen des § 32 Clearingstelle EEG, Votum v. 16.09.2010–2010/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2010/10>, Leitsatz 1 und Rn. 41 ff.

in dem innerhalb eines Abstandes von 110 Metern von der Eisenbahnstrecke gelegenen Bereich maßgeblich durch ihre Eigenschaft als wirtschaftliche Konversionsfläche charakterisiert und nicht aufgrund ihrer Nähe zu der Eisenbahn und der von dieser etwaig ausgehenden Lärm- und Abgasbelastung.³²

Dr. Lovens

Dr. Pippke

Dr. Winkler

³²Vgl. BT-Drs. 17/1147, S. 10, wonach die Regelung in § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 EEG 2009 aufgenommen wurde, weil die Flächen längs von Autobahnen und Schienenwegen durch Lärm und Abgase des Straßen- und Schienenverkehrs belastet und daher ökologisch weniger wertvoll sind.