

Berlin, 27. August 2024

**BDEW Bundesverband
der Energie- und
Wasserwirtschaft e.V.**

Reinhardtstraße 32
10117 Berlin

www.bdeu.de

Stellungnahme

zu den naturschutzfachlichen Mindestkriterien bei PV-Freiflächenanlagen in Verbindung mit dem BMWK-Leitfaden

Version: 2.2

Der Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW), Berlin, und seine Landesorganisationen vertreten mehr als 2.000 Unternehmen. Das Spektrum der Mitglieder reicht von lokalen und kommunalen über regionale bis hin zu überregionalen Unternehmen. Sie repräsentieren rund 90 Prozent des Strom- und gut 60 Prozent des Nah- und Fernwärmeabsatzes, über 90 Prozent des Erdgasabsatzes, über 95 Prozent der Energienetze sowie 80 Prozent der Trinkwasser-Förderung und rund ein Drittel der Abwasser-Entsorgung in Deutschland.

Der BDEW ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung sowie im europäischen Transparenzregister für die Interessenvertretung gegenüber den EU-Institutionen eingetragen. Bei der Interessenvertretung legt er neben dem anerkannten Verhaltenskodex nach § 5 Absatz 3 Satz 1 LobbyRG, dem Verhaltenskodex nach dem Register der Interessenvertreter (europa.eu) auch zusätzlich die BDEW-interne Compliance Richtlinie im Sinne einer professionellen und transparenten Tätigkeit zugrunde. Registereintrag national: R000888. Registereintrag europäisch: 20457441380-38

Inhalt

Einleitung	4
1	Allgemeine Anmerkungen 5
1.1	Vollzugskontrolle durch den Netzbetreiber 5
1.2	Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen 7
1.3	Beschleunigung durch Entbürokratisierung 7
1.4	Inhaltliche Reichweite der Pflichten nach § 37 Abs. 1a und § 48 Abs. 6 EEG 2023 9
1.5	Übergangsregelung für die Einhaltung der Pflichten bei bestehenden Bebauungsplänen 9
2	Bewertung der einzelnen Pflichten nach § 37 Abs. 1a und § 48 Abs. 6 EEG 2023 10
2.1	Kriterium 1: Maximale beanspruchte Fläche 10
2.2	Kriterium 2: Biodiversitätsförderndes Pflegekonzept 11
2.3	Kriterium 3: Durchgängigkeit für Tiere 12
2.4	Kriterium 4: Biotopelemente..... 13
2.5	Kriterium 5: Bodenschonender Betrieb 14
3	Nachweispflichten und -zeitpunkte 15
3.1	Nachweispflichten nach § 37 Abs. 1a Nr. 2 oder Nr. 5 EEG 2023 15
3.2	Nachweispflichten nach § 37 Abs. 1a Nr. 1, 3 und 4 EEG 2023..... 15
3.3	Nachweispflichten nach § 48 Abs. 6 EEG 2023 16
4	Sanktion nach § 52 Abs. 1 Nr. 9a EEG 2023 17
4.1	Konkrete Definition des Pflichtverstoßes..... 17
4.2	Fünfjahresturnus der Mitteilungspflichten 18
4.3	Unklarheit der Voraussetzungen für die rückwirkende Änderung der Sanktionshöhe nach § 52 Abs. 3 EEG 2023 20

4.4	Eingeschränkte Netzbetreiber-Kontrollpflicht bei Kontrolle der Kriterien durch Behörden.....	21
4.5	Sanktionierung nach § 52 Abs. 1 Nr. 9a EEG 2023 bei Kontrolle der Kriterien durch Behörden.....	22

Einleitung

Im Rahmen der Umsetzung des Solarpakets I werden nun ökologische Mindestkriterien eingeführt, die bestimmte neue Solaranlagen einhalten müssen. Darüber hinaus hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) am 12. Juli 2024 einen [Leitfaden](#) mit Hinweisen für die Praxis zu näheren Einzelheiten dieser verschiedenen ökologischen Mindestkriterien für Photovoltaik-Freiflächenanlagen (PV-FFA) sowie zu geeigneten Nachweisen veröffentlicht. Der BDEW möchte diese Gelegenheit nutzen, um die gesetzlichen Vorgaben zu den ökologischen Mindestkriterien und den BMWK-Leitfaden hierzu aus energiewirtschaftlicher und juristischer Sicht zu bewerten und Vorschläge für das Solarpaket II bzw. die EnWG-Novelle (Artikelgesetz) einzubringen.

Der BDEW begrüßt die Einführung von Mindestkriterien für geförderte Solaranlagen auf der Freifläche (ausgenommen: besondere Solaranlagen und nicht geförderte Solaranlagen) zur **Stärkung der Biodiversität**, da sich der Ausbau der Solarenergie ideal dazu eignet, Klimaschutz und die Stärkung der Artenvielfalt gemeinsam voranzutreiben. Die Branche möchte hierzu einen Beitrag leisten.

Allerdings ist zu beachten, dass die Einhaltung der ökologischen Mindestanforderungen nach § 37 Abs. 1a bzw. nach § 48 Abs. 6 EEG 2023 mindestens überwiegend durch die Netzbetreiber geprüft werden muss. Diese Prüfung durch die Netzbetreiber lehnen wir ab. Es ist nicht sachgerecht, dass behördliche Prüfungsaufgaben auf die Netzbetreiber verlagert werden. Die Aufgabe der Netzbetreiber ist, den Netzanschluss, die Netzführung und den Netzausbau zu gewährleisten und ihre Ressourcen hierfür zu verwenden. Gerade bei dem im Zuge der Energiewende aktuell zu verzeichnenden massiven Hochlauf von Netzanschlussbegehren und dem exponentiell zunehmenden Netzausbaubedarf müssen die Netzbetreiber ihre knappen Ressourcen vollständig in den Dienst ihrer Kernaufgaben stellen. Zusätzliche Aufgabenzuweisungen, insbesondere zu fachfremden Tätigkeiten, an die Netzbetreiber haben aus diesen Gründen zu unterbleiben. Vorliegend sollten die ökologischen Mindestanforderungen aus dem EEG in das Anlagenzulassungsrecht übertragen werden, insbesondere in das Naturschutz- und Baurecht, so dass die Einhaltung dieser Vorgaben vollständig von den insoweit fachlich zuständigen Behörden kontrolliert werden, was teilweise ja schon geschieht. Die nachfolgenden Ausführungen sind daher nur insoweit relevant, wie der Gesetzgeber an der Verankerung der Anforderungen im EEG festhält.

Der BDEW begrüßt zwar, dass der BMWK-Leitfaden feststellt, dass die Einhaltung der ökologischen Mindestkriterien, die denen in § 37 Abs. 1a bzw. § 48 Abs. 6 EEG 2023 entsprechen, in vielen Fällen bereits durch die zuständigen Behörden kontrolliert wird, wenn sich diese Anforderungen aufgrund entsprechenden Anlagenzulassungsrecht ergeben. Allerdings wird allein die Praxis es zeigen, inwieweit die Prüfung durch die Netzbetreiber durch eine Prüfung durch

die untere Bau- bzw. die untere Naturschutzbehörde ersetzt werden kann, wenn die Einhaltung der ökologischen Mindestkriterien im Rahmen der Bauleitplanung bzw. als Auflage zu Baugenehmigungen angeordnet werden und während der gesamten Förderdauer der betreffenden Anlagen eingehalten und deren Einhaltung entsprechend kontrolliert werden muss. Insoweit spricht sich der BDEW nicht zuletzt aufgrund der entsprechend vorhandenen Fachkunde für eine dauerhafte Kontrolle durch die genannten Behörden anstelle der Netzbetreiber aus, für die diese Sachverhalte fachfremd sind.

Ausweislich dieser Stellungnahme sieht der BDEW es zudem als erforderlich an, sowohl den Gesetzeswortlaut insbesondere von § 37 Abs. 1a, § 38, § 38a, § 48 Abs. 6 und § 52 Abs. 1 Nr. 9a EEG 2023 als auch den BMWK-Leitfaden hinsichtlich der konkreten Anforderungen, der Nachweise, der Nachweisführung und der Prüfung durch den Netzbetreiber grundlegend im Zuge des „Solarpaketes II“ zu überarbeiten.

1 Allgemeine Anmerkungen

Grundsätzlich begrüßt der BDEW die neuen Darstellungen im BMWK-Leitfaden. Der BDEW bewertet es besonders positiv, dass bei der maximalen Bedeckung von 60 % der beanspruchten Grundfläche nur die mit Modulen überstellte Fläche zählt.

Zudem weist der Leitfaden darauf hin, dass falls Mindestkriterien im Bebauungsplan festgelegt oder in der Baugenehmigung beauftragt werden, sich nachfolgende Nachweise oder Kontrollen durch den Netzbetreiber erübrigen. Diese Anforderungen sollen durch die übliche Überwachungspflicht der Behörde hinreichend erfüllt werden. Dadurch können sämtliche Kriterien bereits im Bebauungsplanverfahren umfassend nachgewiesen werden.

Diese Stellungnahme behandelt nachfolgend nur diejenigen Kriterien, bei denen der BDEW einen Anpassungsbedarf identifiziert hat.

1.1 Vollzugskontrolle durch den Netzbetreiber

Insbesondere § 37 Abs. 1a, § 48 Abs. 6 und § 52 Abs. 1 Nr. 9a EEG 2023 sehen vor, dass die Einhaltung der Kriterien für die ökologischen Mindestanforderungen durch den Anschluss-Netzbetreiber kontrolliert wird. Dem Leitfaden des BMWK zufolge kann sich der Netzbetreiber mangels ökologischer Fachkunde zwar auf die Plausibilitätsprüfung der durch den Anlagenbetreiber eingereichten Nachweise (Eigenerklärungen oder sonstige Nachweise) beschränken. Außerdem führt der Leitfaden aus, dass die Einhaltung bestimmter ökologischer Mindestkriterien bereits durch die zuständigen Naturschutz- und Baubehörden kontrolliert werden, wenn die jeweiligen Bebauungspläne bzw. Baugenehmigungen mit entsprechenden Auflagen

versehen sind. Allerdings weist der Leitfaden auch auf die Pflicht des Netzbetreibers zur Überprüfung der Einhaltung der Mindestkriterien hin.

Insoweit ist zudem zu beachten, dass die Sanktionierung nach § 52 Abs. 1 Nr. 9a EEG 2023 auch in denjenigen Fällen durch den Netzbetreiber durchzuführen ist, in denen eine Behörde die Nichteinhaltung von anlagenzulassungsrechtlich angeordneten ökologischen Mindestkriterien feststellt, wenn sich diese auch aus § 37 Abs. 1a bzw. § 48 Abs. 6 EEG 2023 ergeben.

BDEW-Bewertung

Aus Sicht des BDEW gibt es sowohl im Gesetzestext als auch im BMWK-Leitfaden einen Widerspruch zwischen dem Mangel an ökologischen Fachkenntnissen des Netzbetreibers und der Anforderung zur Prüfung der Einhaltung der Mindestkriterien. Hierbei ist festzustellen,

- dass die Einhaltung der meisten Vorgaben in § 37 Abs. 1a bzw. § 48 Abs. 6 EEG 2023 nicht durch die BNetzA kontrolliert werden kann oder soll, sondern stattdessen durch den Netzbetreiber kontrolliert werden muss,
- dass die Vorgaben in § 37 Abs. 1a bzw. § 48 Abs. 6 EEG 2023 nicht hinreichend konkret dargestellt sind, damit der Anlagenbetreiber sicherstellen kann, dass er die Vorgaben auch gesetzeskonform erfüllen kann, wobei hier der BMWK-Leitfaden zwar weiterhilft, wegen seiner fehlenden Verbindlichkeit aber auch für Anlagen- und Netzbetreiber keine Sicherheit darstellt (s. auch nachfolgend unter Nr. 4.1),
- dass die gesetzlichen Nachweispflichten der Anlagenbetreiber nach Inbetriebnahme der Anlage mit dem gesetzlichen Fünfjahresturnus zu lang sind, um die Einhaltung der Vorgaben durch die Sanktion nach § 37 Abs. 1a bzw. § 48 Abs. 6 EEG 2023 sicherzustellen, da der Netzbetreiber nicht von sich aus bemerken kann, ob der Anlagenbetreiber die gesetzlichen Vorgaben einhält, oder nicht (s. auch nachfolgend unter Nr. 4.2), und
- dass der Netzbetreiber die Einhaltung der umwelt- und naturschutzbezogenen Vorgaben rein fachlich auch nicht beurteilen kann.

Der BDEW fordert neben den vorstehenden Darstellungen außerdem eine Klarstellung, dass die Abgabe eigener Dokumentationen bzw. einer eidesstattlichen Versicherung des Anlagenbetreibers über die Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen ausreichend ist. Das BMWK sollte zudem ein bundeseinheitliches Muster-Eigenerklärungsformular (Ankreuzbogen) entwickeln und den Anlagenbetreibern zur Verfügung stellen. Die Prüfpflicht obliegt dann den naturschutzfachlichen Behörden und nicht dem Netzbetreiber. Schließlich sieht der BDEW jenseits des vom BMWK zu erstellenden Leitfadens eine gesetzliche Präzisierung

- der Pflichten der Anlagenbetreiber nach § 37 Abs. 1a Nr. 1 bis 5 und § 48 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 bis 5 EEG 2023,

- der Nachweispflichten der Anlagenbetreiber im Sinne dieser Regelungen,
- der Prüfpflichten der BNetzA im Rahmen der bei Gebotsabgabe bzw. des Antrags auf Zahlungsberechtigung bereits vorliegenden Unterlagen (Bebauungsplan, Baugenehmigung) und
- der Prüfpflichten der Netzbetreiber

im Sinne der vorstehenden Ausführungen im Rahmen des anstehenden EnWG-Artikelgesetzes (Solarpakets II) als zwingend erforderlich an (s. auch nachfolgend unter Nr. 4.1 ff.). Nur dann können Anlagenbetreiber rechtssicher die gesetzlichen Anforderungen einhalten, die Netzbetreiber werden nicht über Gebühr bei der Prüfung der Einhaltungen der Anforderungen belastet und können die Nichteinhaltung der Anforderungen wirksam kontrollieren. Die Prüf- und Kontrollpflicht sollte aus unserer Sicht bei den naturschutzfachlichen Behörden (Naturschutz- und Baubehörde) verankert bzw. die Netzbetreiber von vornherein außen vorgelassen werden.

1.2 Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen

Im BMWK-Leitfaden zur Umsetzung der §§ 37 Absatz 1a, 48 Absatz 6 EEG 2023 wird darauf hingewiesen, dass die naturschutzfachlichen Mindestkriterien als Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen berücksichtigt werden können, soweit sie im Einzelfall dazu geeignet sind.

BDEW-Bewertung

Es ist weiterhin im Leitfaden enthalten, dass die Mindestkriterien als Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen berücksichtigt werden können - allerdings wurde es nicht näher konkretisiert. Im Leitfaden wird von einer Einzelfallprüfung gesprochen. Im Sinne der Planungssicherheit plädiert der BDEW für eine **Konkretisierung, was unter „Einzelfall“ zu fassen ist.**

1.3 Beschleunigung durch Entbürokratisierung

In den vergangenen Jahren wurde versucht, die Antragsunterlagen zu entbürokratisieren und zu vereinfachen. Mit den §§ 37 Absatz 1a, 48 Absatz 6 EEG 2023 werden neue Kriterien geschaffen. Dies geht mit einem gewissen Bürokratieaufwand einher.

BDEW-Bewertung

Die Netzbetreiber sollten daher, wo immer möglich, von zusätzlicher Arbeit entlastet werden. Aus Sicht des BDEW sollte es

- bei der Gebotsabgabe und
- beim Antrag auf Zahlungsberechtigung

ausreichend sein, wenn die BNetzA Muster für Eigenerklärungen der Bieter veröffentlicht, auf denen ein **Ankreuzfeld** existiert, das eine ausfüllbare Eigenerklärung unter Bezugnahme auf das jeweilige Kriterium nach § 37 Abs. 1a Nr. 1 bis 5 EEG 2023 ermöglicht. Der BDEW schlägt folgende Formulierung vor:

"Hiermit bestätige ich, dass ich gemäß §§ 37 Absatz 1a EEG 2023 folgende der geforderten drei von fünf Mindestkriterien in meinem Projekt einhalten werde und somit die Voraussetzungen für die Gebotsabgabe bzw. den Antrag auf Ausstellung einer Zahlungsberechtigung erfülle:

- § 37 Abs. 1a Nr. 1 EEG 2023 (von den Modulen maximal in Anspruch genommene Grundfläche),
- § 37 Abs. 1a Nr. 2 EEG 2023 (biodiversitätsförderndes Pflegekonzept für den Boden unter der Anlage),
- § 37 Abs. 1a Nr. 3 EEG 2023 (Gewährleistung der Durchgängigkeit für Tierarten),
- § 37 Abs. 1a Nr. 4 EEG 2023 (Anlage von standortangepassten Typen von Biotop-elementen),
- § 37 Abs. 1a Nr. 5 EEG 2023 (bodenschonender Betrieb der Anlage)."

Der BDEW weist außerdem darauf hin, dass es nicht zielführend ist, bereits bei Gebotsabgabe drei Kriterien zu definieren, da die Mindestkriterien über die gesamte Projektlaufzeit gewechselt werden können. Relevant ist, dass zum **Zeitpunkt der Inbetriebnahme bzw. der Antragstellung auf die Zahlungsberechtigung mindestens drei Anforderungen erfüllt werden**. Daher plädiert der BDEW für folgende Einfügungen im Gesetzestext im Zug der anstehenden EnWG-Novelle (Solarpaket II):

§ 38 Abs. 2 Nr. 7 EEG 2023:

„(2) Der Antrag nach Absatz 1 muss die folgenden Angaben enthalten:

(...)

*7. sofern der Antrag für Gebote für Anlagen nach § 37 Absatz 1 Nummer 1 oder Nummer 2 gestellt wird, die Bestätigung des Bieters, dass **zum Zeitpunkt der Antragstellung auf Zahlungsberechtigung mindestens drei der die Anforderungen nach § 37 Absatz 1a erfüllt wird werden.**“*

§ 48 Abs. 6 EEG 2023:

„(6) Betreiber von Solaranlagen nach Absatz 1 Nummer 1 bis 3 und Nummer 6 müssen sicherstellen, dass die Anlagen zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme mindestens drei der folgenden Kriterien erfüllen: “

1.4 Inhaltliche Reichweite der Pflichten nach § 37 Abs. 1a und § 48 Abs. 6 EEG 2023

Der BDEW weist darauf hin, dass die Pflichten nach § 48 Abs. 6 EEG 2023 nach aktuellem Gesetzeswortlaut auch auf „Garten-PV-Anlagen“ im Sinne von § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a EEG 2023 anzuwenden sind. Der BDEW geht hier von einem gesetzgeberischen Fehler aus, der entsprechend zu korrigieren wäre.

1.5 Übergangsregelung für die Einhaltung der Pflichten bei bestehenden Bebauungsplänen

§ 100 Abs. 41 EEG 2023 sieht aktuell vor,

- dass § 37 Abs. 1a und 2 Nr. 5, § 38 Abs. 2 Nr. 7 und § 38a Abs. 1 Nr. 7 EEG 2023 nicht für Zuschlagsverfahren eines Gebotstermins vor dem 1. August 2024 anzuwenden sind, also faktisch erst auf alle Gebotstermine ab dem 1. Dezember 2024, und
- dass § 48 Abs. 6 EEG 2023 nicht anzuwenden auf Anlagen ist, die vor dem 1. November 2025 in Betrieb genommen werden.

Der BDEW weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass bereits jetzt in der Praxis feststellbare, inhaltliche Unterschiede zwischen den ökologischen Mindestkriterien in § 37 Abs. 1a sowie § 48 Abs. 6 EEG 2023 und denen in entsprechenden Bebauungsplänen oder Baugenehmigungen bestehen. Dies trifft insbesondere auf die durch den BMWK-Leitfaden konkretisierten Pflichteninhalte zu. Mal sind die aus dem EEG bzw. dem Leitfaden resultierenden Pflichten strikter, mal diejenigen aus dem Anlagenzulassungsrecht. Hier sollte in § 37 Abs. 1a und in § 48 Abs. 6 EEG 2023 klargestellt werden, dass die Einhaltung dieser Pflichten die bau- und naturschutzrechtliche Zulässigkeit der Vorhaben nicht betrifft, sondern nur die EEG-Förderung.

Außerdem sollte darüber nachgedacht werden, den Termin für die ausschreibungsbasiert geförderten Anlagen ggf. nach hinten zu verlegen. Für diese Anlagen muss zwar bei Gebotsabgabe noch kein Satzungsbeschluss über einen Bebauungsplan vorliegen. Allerdings existieren bereits zahlreiche Satzungsbeschlüsse für Bebauungspläne von Solaranlagen, die Kriterien aufstellen, die von denen des EEG abweichen, in positiver wie in negativer Hinsicht. Dies kann im Einzelfall dazu führen, dass Anlagenbetreiber aufgrund strikterer EEG-Vorgaben ihre Anlage anders, z.B. mit geringerer Leistung, errichten müssen, als ursprünglich geplant gewesen war.

Insoweit sollte der Gesetzgeber prüfen, ob eine entsprechende Änderung der Übergangsregelung in § 100 Abs. 41 EEG 2023 nicht bereits vor dem „EnWG-Omnibus-Gesetz“ erfolgt, um rechtzeitig zum 1. Dezember 2024 in Kraft zu treten.

2 Bewertung der einzelnen Pflichten nach § 37 Abs. 1a und § 48 Abs. 6 EEG 2023

Gemäß § 37 Abs. 1a, § 38 Abs. 2 Nr. 7 und § 38a Abs. 1 Nr. 7 EEG 2023 muss der Bieter bzw. der Anlagenbetreiber bei Gebotsabgabe bzw. bei Antragstellung auf Zahlungsberechtigung darstellen, dass die Anlage drei der fünf in § 37 Abs. 1a EEG 2023 genannten Kriterien erfüllt. Es fehlt hier jedoch eine Regelung, wonach der Anlagenbetreiber die Kriterien auch im Laufe des Betriebs der Anlagen wechseln darf, solange es weiter drei Kriterien bleiben, und weiterhin eine Regelung, die festlegt, wie dieser Wechsel kommuniziert wird, und wie häufig er stattfinden darf (s. auch nachfolgend unter Nr. 4.1).

Gleiches gilt nach § 48 Abs. 6 EEG 2023 hinsichtlich des Zeitpunktes der Inbetriebnahme der Anlage: Hiernach muss der Anlagenbetreiber dem Netzbetreiber mitteilen, welche der drei Kriterien er einhalten möchte. Es fehlt auch hier eine Regelung, wonach der Anlagenbetreiber die Kriterien später wechseln darf, wie dieser Wechsel kommuniziert wird, und wie häufig er stattfinden darf.

Der BDEW erachtet es als nicht ausreichend, dass dieser Wechsel als Möglichkeit im BMWK-Leitfaden genannt wird, da dieser Leitfaden unverbindlich ist, und der verbindliche Gesetzeswortlaut insoweit einen Wechsel nicht ausdrücklich zulässt.

2.1 Kriterium 1: Maximale beanspruchte Fläche

Dem Leitfaden nach gilt das erste Kriterium als erfüllt, wenn die von den Modulen maximal in Anspruch genommene Grundfläche höchstens 60 % der Grundfläche des Gesamtvorhabens beträgt.

BDEW-Bewertung

Die Projekte, die voraussichtlich zum 1. Dezember 2024 an der Ausschreibung für Solaranlagen des ersten Segments teilnehmen werden, verfügen aller Wahrscheinlichkeit nach bereits über einen Bebauungsplan, entweder in Form eines Aufstellungs- oder eines Satzungsbeschlusses. Insoweit ist zu beachten, dass die in den Bebauungsplänen dargestellte Grundflächenzahl nicht gleichbedeutend ist mit derjenigen, die nach den EEG-Vorgaben maßgeblich ist: Nach den dem BDEW vorliegenden Informationen haben beide Zahlen eine unterschiedliche Berechnungsmethodik. Im EEG-Kriterium wird festgelegt, dass die 0,6 die von den Modulen überdeckte Fläche beschreibt. In der BauNVO ist es hingegen die überbaute Fläche, wobei hier sogar Werte über 0,8 zulässig sind, in Fällen, in denen sich keine negativen Auswirkungen auf

die Funktion des natürlichen Bodens befürchten lassen. Insoweit sieht der BDEW eine Klarstellung hinsichtlich der divergierenden EEG- und BauNVO-Anforderungen im EEG und auch in einer Folgeauflage des BMWK-Leitfadens als erforderlich an.

Sollte hingegen die Methodik entgegen der BDEW-Bewertung dieselbe sein, sollte aufgrund der in der Praxis divergierenden GRZ-Anforderungen von 0,6 bis 0,8 für eine Übergangsphase, in der von den bestehenden Bebauungsplänen Gebrauch gemacht werden würde, eine Übergangsregelung geschaffen werden (s. vorstehend unter Nr. 1.5).

2.2 Kriterium 2: Biodiversitätsförderndes Pflegekonzept

Die Einhaltung eines biodiversitätsfördernden Pflegekonzeptes ist das zweite Kriterium nach § 37 Abs. 1a Nr. 2 bzw. § 48 Abs. 6 Nr. 2 EEG 2023.

BDEW-Bewertung

Zu begrüßen ist die Aufnahme des Biodiversitätsfördernden Pflegekonzeptes im EEG. Die Ausführungen im Gesetzestext sollten jedoch klarstellend ausführen, dass unter „auf den Boden unter der Anlage“ eben nicht nur alle Flächen, die mit technischen Einrichtungen be- bzw. überbaut sind, zu verstehen sind, sondern auch die Flächen zwischen den Anlagenreihen. Denn wenn das Kriterium nicht auf die gesamte Fläche angewendet wird, besteht die Gefahr, dass die große Bedeutung dieses Mindestkriteriums für landwirtschaftliche Flächen, wie in der Gesetzesbegründung ausgeführt, nicht durchgreift. Es muss auch im Sinne der Biodiversität nicht nur unter den Anlagen entsprechend gehandelt werden. Der Leitfaden sollte daher auf eine **Mindestnutzung unter sowie zwischen den PV-Anlagenreihen** abstellen, sodass damit auch die Nutzung der Fläche des Gesamtvorhabens gemeint ist, statt explizit nur die Flächen unter den PV-Modulen.

Weiter soll es dem Anlagenbetreiber nach dem BMWK-Leitfaden freistehen, ob die Fläche unter der PV-FFA gemäht (a) oder beweidet (b) wird. Hinsichtlich der Beweidung soll diese intensiv oder extensiv erfolgen können, aber eine Übernutzung soll vermieden werden. Diese Eingrenzung ist ohne Bezugnahme auf die dahinterstehenden agrarrechtlichen Regelungen zu unbestimmt. Denn komplett offengelassen ist, wer in der Praxis entscheiden und bewerten soll, was genau darunter zu verstehen ist.

Sofern der BMWK-Leitfaden an die Baugenehmigung und insbesondere an den landschaftspflegerischen Begleitplan anknüpft, so sei darauf hingewiesen, dass entsprechende Pläne bei den Privilegierungstatbeständen des § 35 Abs. 1 BauGB nicht in diesem Umfang vorliegen. Weiter knüpft der Gesetzeswortlaut an die „dem Flächenertrag angepasste Besatzdichte“ an. **Die Bestimmung des bodenbezogenen Flächenertrages und die Entscheidung über die Besatzdichte erfolgt durch den auf der Fläche aktiven Landwirt unter Anwendung des**

landwirtschaftlichen Fach- und Förderrechts. Da die Mindestkriterien von großer Bedeutung für die landwirtschaftlichen Flächen sein sollen (Gesetzesbegründung) und faktisch von einem aktiven Landwirt gelebt werden müssen, wäre es zugunsten der Nachweisbarkeit und Schlüssigkeit dieses Konzepts nur konsequent, das landwirtschaftliche Fach- und Förderrecht mit den Mindestkriterien zu verknüpfen. Denn auch die im Leitfaden des BMWK aufgeführten Nachweise, die zur Erfüllung des Mindestkriteriums dienen sollen, reichen ohne die mögliche landwirtschaftsbehördliche Kontrolle nicht aus. Der Ansatz dazu kann bereits in der Unterscheidung der Nachweise zwischen Vertrag und Rechnung gesehen werden. Denn dahinter kann nur verstanden werden, dass entweder ein Landpachtvertrag oder ein Bewirtschaftungsvertrag gemeint ist. Im Falle des Landpachtvertrages muss die Fläche für den landwirtschaftlichen Betrieb GAP-förderfähig sein, da ansonsten die zu leistende Pachtzahlung in Kombination mit der nicht besonders wirtschaftlichen Nutzung iSd Artenvielfalt nicht auskömmlich ist. Die GAP sichert diese Art der Nutzung im Sinne der Artenvielfalt jedoch über die Einkommensgrundlage ab. Insofern wäre eine Ergänzung des § 12 Abs. 4 Nr. 6 GAPDZV notwendig, die sodann zu einer Verknüpfung mit den Sanktions- und Kontrollmechanismen der Landwirtschaft und somit zu einer rechtssicheren Nachweisbarkeit und Entbürokratisierung führt.

2.3 Kriterium 3: Durchgängigkeit für Tiere

Laut dem BMWK-Leitfaden ist die Anforderung zur Durchgängigkeit für Tiere erfüllt, wenn hierfür ein Abstand zwischen Oberboden und Zaununterkante von mindestens 15 cm nachgewiesen werden kann. Zudem ist auf die Verwendung von Stacheldraht im unteren Zaunbereich zu verzichten.

Darüber hinaus sieht der Leitfaden vor, dass je vollen 500 Metern ein Wanderkorridor für Tiere angelegt werden soll. Die Breite der Korridore sollte 20 Meter in der Regel nicht übersteigen.

BDEW-Bewertung

Zusätzlich zum festgelegten 15 cm-Abstand zwischen Boden und Zaununterkante plädiert der BDEW für die **Berücksichtigung von wolfsicheren Konzepten**, wie z.B. Löchern oder Rohre im ansonsten eingegrabenen Zaun. Solche Konzepte setzen Betreiber bereits bei Beweidung in Wolfsgebieten ein. Zudem betrachtet der BDEW die weitere Ausgestaltung der Wanderkorridore durch Dritte, insbesondere durch Naturschutzbehörden und/oder Umweltgutachter, kritisch, was die Beschaffenheit der Korridore betrifft. Der BDEW fordert eine Klarstellung, wie die Ausgestaltung der Wanderkorridore durch Dritte erfolgen soll.

Im Leitfaden des BMWK wird außerdem nicht eindeutig geklärt, ob tatsächlich alle 500 Meter ein Korridor eingerichtet werden soll. Dies würde einen erheblichen Flächenverlust bedeuten, insbesondere wenn die Gefahr besteht, den tatsächlichen Wanderkorridor des Großwildes zu

verfehlen. Im Übrigen werden die Naturschutzbehörden Wanderkorridore dort festlegen, wo die Wanderbewegungen tatsächlich stattfinden. Daher bittet der BDEW um eine **präzisere Klarstellung der Anforderungen in Bezug auf die 500 Meter-Regelung im Gesetzeswortlaut**. Außerdem sollte im Gesetzeswortlaut klargestellt werden, dass sich das Kriterium in Abhängigkeit von den konkreten behördlichen Auflagen bestimmt, und dass die EEG-Anforderungen als erfüllt gelten, wenn die Anlage die behördlichen Auflagen einhält.

Darüber hinaus ist die Beschränkung auf 20 Meter für die Breite der Korridore aus Sicht des BDEW überflüssig. Aktuell fordern die Naturschutzbehörden in der Regel über 50 Meter Breite für Wanderkorridore. Dementsprechend sollte im EEG und in einer Folgeauflage des Leitfadens klargestellt werden, dass grundsätzlich 20 m verwendet werden können, aber – wenn für die konkrete Anlage vorliegend – der Abstand aus den naturschutzrechtlichen bzw. baurechtlichen Anforderungen maßgeblich ist, damit für dieselbe Anlage nicht je nach Gesetzesquelle zwei verschiedene, sich inhaltlich widersprechende Maßstäbe gelten.

2.4 Kriterium 4: Biotop-elemente

Im Abschnitt des BMWK-Leitfadens zum ersten Kriterium „beanspruchte Fläche“ steht ausdrücklich, dass die Grundfläche nur der eingezäunte Bereich darstellt. Die Angaben des Leitfadens zum fünften Kriterium „Biotop-elemente“ verweisen allerdings darauf, dass die Anforderungen an die Biotop-elemente auf 10 % der Anlagenfläche oder auf angrenzenden Flächen anzuwenden sind. Daher bittet der BDEW um eine **Klarstellung im Gesetzeswortlaut, hilfsweise in einer Folgeauflage des Leitfadens, bezüglich der genauen Fläche, die für das Kriterium der Biotop-elemente relevant ist**.

Zudem können Biotop-elemente jahreszeitenbedingt und möglicherweise erst nach der Inbetriebnahme umgesetzt werden. Es sollte klar sein, dass Betreiber dem Verteilnetzbetreiber zwar durch den Bebauungsplan und die Baugenehmigung nachweisen können, dass diese Biotop-elemente vorgesehen sind, jedoch zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme noch nicht vollständig sein müssen/können. Daher wäre es aus Sicht des BDEW sinnvoll, diese **Nachweispflicht auf ein Jahr nach der Inbetriebnahme der Anlage zu verlängern**.

Die im BMWK-Leitfaden enthaltene Vorgabe von fünf Nisthilfen auf 10 m² ist aus BDEW-Sicht deutlich zu hoch und fachlich nicht herleitbar. Vögel und auch Insekten benötigen Mindestabstände zu benachbarten Revieren oder Mindestflächengrößen für ausreichend Nahrung, weshalb viele der zu eng verteilten Nisthilfen ungenutzt blieben würden und damit hohe Kosten für den Betreiber ohne ökologischen Nutzen verursachen.

Der Leitfaden differenziert andererseits auch nicht, ob es Nisthilfen für verschiedene Artengruppen sein müssen. Fachlich sinnvoll wäre als Standard „*Je [einzeln] Nisthilfe ist die Entstehung eines Biotops von mindestens 50 m² anzunehmen*“.

Der BDEW bittet daher um nochmalige fachliche Überprüfung dieser Aussage im Gesetzeswortlaut wie im Leitfaden und ggf. um entsprechende Konkretisierung der ökologischen Vorgaben im Gesetzeswortlaut bzw. in einer Folge-Fassung des Leitfadens.

2.5 Kriterium 5: Bodenschonender Betrieb

Nach dem Gesetzeswortlaut wird die Freiflächen-Anlage bodenschonend betrieben, indem auf der Fläche keine Pflanzenschutz- oder Düngemittel verwendet werden und die Anlage nur mit Reinigungsmitteln gereinigt wird, die biologisch abbaubar sind und die Reinigung ohne die Verwendung der Reinigungsmittel nicht möglich ist.

BDEW-Bewertung

Einerseits wird im Leitfaden empfohlen, bei vorbelasteten Böden im Vorfeld ein Bodengutachten zu erstellen, um die Ausgangslage zu dokumentieren. Dies impliziert, dass nach fünf Jahren ein weiteres Bodengutachten erforderlich wäre, da das ursprüngliche andernfalls obsolet würde. Im Leitfaden wird jedoch darauf hingewiesen, dass eine aktualisierte Eigenerklärung nach Ablauf jedes fünften Jahres nach der Inbetriebnahme ausreichend sei. Der BDEW bittet in diesem Zusammenhang um abschließende Klarstellung der Nachweismittel im Gesetzeswortlaut.

Insoweit gibt der BDEW auch zu bedenken, dass der Netzbetreiber den Inhalt eines Bodengutachtens nicht fachlich nachprüfen kann. Der Netzbetreiber könnte auch nicht fachlich prüfen, ob eine mögliche Verschlechterung der Bodenqualität, die von einem Bodengutachten zum anderen bescheinigt werden könnte, aus dem Betrieb der Solaranlage herrühren könnte, oder aus anderen Einflüssen in der Umgebung, z.B. durch die Nähe zu einem entsprechend emittierenden Industriebetrieb.

Nach Ansicht des BDEW sollten in der Folgefassung des Leitfadens neben den im Leitfaden bereits genannten Nachweismitteln außerdem folgende Nachweismittel als geeignet aufgeführt werden:

- Eigenerklärung des Anlagenbetreibers und
- Verträge mit dem technischen Betriebsführer/ beauftragten Reinigungsunternehmen, aus welchem die Forderungen des Kriteriums beauftragt werden.

Hierbei ist insbesondere der vorletzte Satz des Kapitels im Leitfaden hervorzuheben, dass aufgrund des erheblichen Aufwands für den Anlagenbetreiber der Nachweis der Einhaltung des fünften Kriteriums mit besonderem Augenmerk auf die Verhältnismäßigkeit erfolgen muss.

3 Nachweispflichten und -zeitpunkte

Der BDEW weist darauf hin, dass die Nachweispflichten und -termine im EEG 2023 für die ökologischen Kriterien grundlegend überarbeitet werden müssen. Zum einen erscheinen die Nachweiszeitpunkte von fünf Jahren angesichts der auf den fortlaufenden Betrieb der Anlage abstellenden Sanktion nach § 52 Abs. 1 Nr. 9a EEG 2023 als viel zu lang (s. nachfolgend unter Nr. 4). Zum anderen sind die Nachweismittel des Anlagenbetreibers teilweise gar nicht im EEG bezeichnet. Die Ausführungen im BMWK-Leitfaden, dass insoweit stets eine Eigenerklärung des Anlagenbetreibers verwendet werden muss, muss entsprechend im Gesetzeswortlaut verankert sein, damit sowohl der Anlagenbetreiber hinsichtlich der Sanktionierung in § 52 Abs. 1 Nr. 9a EEG 2023 das richtige Nachweismittel wählt, als auch der Netzbetreiber das richtige Nachweismittel vom Anlagenbetreiber prüfen kann.

3.1 Nachweispflichten nach § 37 Abs. 1a Nr. 2 oder Nr. 5 EEG 2023

Wählt der Anlagenbetreiber für ausschreibungsbasiert geförderte Solaranlagen des ersten Segments die Kriterien aus § 37 Abs. 1a Nr. 2 oder Nr. 5 EEG 2023, muss er gegenüber dem Netzbetreiber die Einhaltung dieser Kriterien *auch zum Ablauf jedes fünften Jahres* nach der Ausstellung der Zahlungsberechtigung nachweisen (§ 38a Abs. 3 Satz 5 EEG 2023). Hierbei bleibt allerdings vollkommen offen, welches Nachweismittel der Anlagenbetreiber in diesem Rahmen verwenden muss. Eine Regelung wie in § 48 Abs. 6 Satz 2 und 3 EEG 2023 („Eigenerklärung“ sowie „weitere Nachweise“) fehlt bei ausschreibungsbasiert geförderten Solaranlagen des ersten Segments.

3.2 Nachweispflichten nach § 37 Abs. 1a Nr. 1, 3 und 4 EEG 2023

Es fehlt außerdem eine ausdrückliche Nachweispflicht für die (fortdauernde) Einhaltung der Voraussetzungen

- nach § 37 Abs. 1a Nr. 1 EEG 2023, z.B. hinsichtlich einer Versetzung der Anlage bzw. eines Zubaus von weiteren Modulen auf der Vorhabensfläche,
- nach § 37 Abs. 1a Nr. 3 EEG 2023 hinsichtlich der fortdauernden Gewährleistung der Durchgängigkeit,
- nach § 37 Abs. 1a Nr. 4 EEG 2023 hinsichtlich der Anlegung von standortangepassten Typen von Biotoperelementen auf mindestens 10 % der Fläche der Anlage und deren Beibehaltung.

3.3 Nachweispflichten nach § 48 Abs. 6 EEG 2023

§ 48 Abs. 6 Satz 2 EEG 2023 bestimmt zudem für Solaranlagen in der gesetzlichen Förderung, dass Anlagenbetreiber die Erfüllung der Anforderung nach Satz 1 der Regelung gegenüber dem Netzbetreiber durch Eigenerklärungen nachweisen können, wobei

- die Anforderungen nach Satz 1 Nr. 1, 3 und 4 der Regelung *einmalig* zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme und
- die Anforderungen nach Satz 1 Nr. 2 und 5 der Regelung zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme und danach zum Ablauf jedes fünften Jahres gegenüber dem Netzbetreiber nachzuweisen sind.

Einmalig zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme müssen folglich folgende Umstände nachgewiesen werden:

- die von den Modulen maximal in Anspruch genommene Grundfläche beträgt höchstens 60% der Grundfläche des Gesamtvorhabens,
- die Durchgängigkeit für Tierarten wird gewährleistet und
- auf mindestens 10% der Fläche der Anlage werden standortangepasste Typen von Biotopelementen angelegt.

Diese einmalige Nachweispflicht lässt jedoch außer Betracht, dass die ersten beiden Kriterien nach Inbetriebnahme der Installation durch Zubau anderer Module verändert werden können, und dass die Biotopelemente während der Betriebsdauer der Anlage auch gepflegt werden müssen. Bei diesen drei Kriterien ist daher nicht sichergestellt, dass diese während der gesamten Betriebsdauer der Anlage auch tatsächlich eingehalten werden. Theoretisch denkbar ist auch, dass die Anlagenbetreiber während der Betriebsdauer der Anlage zwischen den verschiedenen Punkten von § 48 Abs. 6 Nr. 1 bis 5 EEG 2023 wechseln, solange mindestens drei dieser fünf Anforderungen eingehalten werden.

Außerdem weist der BDEW darauf hin, dass der Netzbetreiber die Einhaltung rein fachlich gar nicht beurteilen kann. Seine Prüfung der Einhaltung dieser Kriterien kann sich folglich nur auf die Vorlage der entsprechenden Eigenerklärungen des Anlagenbetreibers und deren Plausibilität beschränken. Dies sollte entsprechend im Gesetzeswortlaut verankert sein, wenn der Gesetzgeber nicht – wie vom BDEW gefordert – ausschließlich die entsprechenden Behörden mit der Prüfung der Einhaltung der ökologischen Mindestanforderungen beauftragt.

4 Sanktion nach § 52 Abs. 1 Nr. 9a EEG 2023

Die Nachweispflichten der Anlagenbetreiber für Solaranlagen des ersten Segments und Solaranlagen nach § 48 Abs. 1 EEG 2023 hinsichtlich der Anwendung der ökologischen Kriterien in § 37 Abs. 1a und § 48 Abs. 6 EEG 2023 sind nicht mit der Systematik der Sanktionierung nach § 52 Abs. 1 Nr. 9a EEG 2023 vereinbar, weshalb letztere droht, ins Leere zu gehen:

4.1 Konkrete Definition des Pflichtverstoßes

Es fehlt in § 52 Abs. 1 Nr. 9a i.V. mit § 37 Abs. 1a bzw. § 48 Abs. 6 EEG 2023 bereits die konkrete Definition des Verstoßes „gegen die Vorgabe aus § 37 Absatz 1a oder § 48 Absatz 6“. Die möglichen Verstöße sind aufgrund der verschiedenen Tätigkeiten innerhalb der fünf Kriterien ausgesprochen vielfältig, z.B.

- Verlust eines vorher angelegten Biotops,
- nachträgliches Verhindern der Durchgängigkeit einer Umzäunung einer Solaranlage,
- zweischürige Mahd mit nachträglicher Beweidung der Fläche z.B. durch Schafe innerhalb desselben Jahres und
- unterjähriger Wechsel zwischen den fünf Kategorien, der aber dem Netzbetreiber gar nicht oder nicht vor dem Wechsel mitgeteilt wird, weshalb der Netzbetreiber z.B. durch die Nichtpflege des vorher angelegten Biotops einen Verstoß gegen die gesetzlichen Vorgaben annimmt.

Für alle diese Fälle stellt sich erst einmal die Frage, ob diese überhaupt einen Verstoß darstellen, der nach § 52 Abs. 1 Nr. 9a EEG 2023 zu sanktionieren ist, und dann im zweiten Schritt, ab wann dieser Verstoß zu sanktionieren ist, und dann im dritten Schritt, wann dieser Verstoß denn endet. Für Letzteres sind z.B. folgende, im Gesetzeswortlaut zu klärende theoretische Fälle denkbar:

- Der Anlagenbetreiber behebt den Fehler bei einem Kriterium, z.B. durch Rückbau eines nicht angenommenen Biotop-elementes und dessen Neubau, und
- der Anlagenbetreiber wechselt von einem „fehlgeschlagenen“ Kriterium zu einem anderen,

Ebenfalls ist aus dem Gesetzeswortlaut von § 52 Abs. 1 Nr. 9a i.V. mit § 37 Abs. 1a bzw. § 48 Abs. 6 EEG 2023 heraus ist nicht erkennbar, wie häufig ein Anlagenbetreiber je Kalenderjahr zwischen den Kriterien wechseln darf, und ab welchem Wechsel „zu viel“ ein solcher Wechsel einen Verstoß darstellt. Hintergrund ist, dass eine „2-schürige Mahd“ im Sommerhalbjahr je

nach Bewuchs der Aufstell- bzw. der Vorhabensfläche nicht notwendigerweise ausreicht, um Wildgräser am übermäßigen Wachstum zu hindern. Werden die Modulunterkanten z.B. nur 40cm über Grund errichtet, dann können diese binnen 4 Wochen im Zeitraum Mai bis September zugewachsen und die Module entsprechend verschattet sein. Es bedarf somit einer Klärstellung, ob eine „1. Mahd“ im April, dann ein Wechsel auf Schafe und im Oktober zurück auf 2. Mahd mit selbiger Ende Oktober/Anfang November nach § 37 Abs. 1a bzw. § 48 Abs. 6 EEG 2023 zulässig wäre, und dementsprechend keinen Verstoß gegen § 52 Abs. 1 Nr. 9a EEG 2023 darstellt.

In diesem Zusammenhang sind auch die nachfolgend unter Nr. 4.2 und 4.3 enthaltenen Darstellungen zu beachten.

4.2 Fünfjahresturnus der Mitteilungspflichten

§ 52 EEG 2023 sanktioniert Pflichtverstöße der Anlagenbetreiber für alle der dort genannten Fälle vor allem im Rahmen des laufenden Betriebs der Anlagen, was nun auch nach dem neuen § 52 Abs. 1 Nr. 9a EEG 2023 für die ökologischen Pflichten von Solaranlagen gilt. Nach § 52 Abs. 2 EEG 2023 tritt die Sanktion und damit auch der Zahlungsanspruch mit Pflichtverstoß des Anlagenbetreibers ein, also unterjährig.

Dies ist aber mit der unzureichenden bzw. nicht vorhandenen Nachweispflicht des Anlagenbetreibers unverträglich, s. vorstehend unter Nr. 3: Der Anlagenbetreiber ist nach § 38a Abs. 3 bzw. § 48 Abs. 6 EEG für die im laufenden Betrieb der Anlage einzuhaltenden Anforderungen nur im Fünfjahresturnus verpflichtet, dem Netzbetreiber Nachweise für die Einhaltung von § 37a Nr. 2 und 5 bzw. § 48 Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 und 5 EEG 2023 vorzulegen, nicht fortlaufend. Die Einhaltung der Anforderungen nach § 37a Nr. 1, 3 und 4 sowie § 48 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1, 3 und 4 EEG 2023 soll der Anlagenbetreiber hingegen gegenüber dem Netzbetreiber gar nicht nachweisen.

Insoweit ist aktuell unklar, auf welcher Erkenntnisgrundlage der Netzbetreiber etwaige Verstöße gegen die ökologischen Mindeststandards von Solaranlagen des ersten Segments nach § 52 Abs. 1 Nr. 9a EEG 2023 sanktionieren soll. Denkbar ist zumindest, dass der Fünfjahresturnus auf einen Einjahresturnus unter entsprechender Ergänzung der Unterlagen zur Kalenderjahresendmeldung in § 71 EEG 2023 hin angepasst wird, und dann auf alle Fälle in § 37 Abs. 1a Nr. 1 bis 5 und § 48 Abs. 6 Nr. 1 bis 5 EEG 2023 erweitert wird. Anderenfalls ist zu befürchten, dass der Netzbetreiber den Betreiber einer Anlage, der gegen die Vorgaben nach § 37 Abs. 1a bzw. § 48 Abs. 6 EEG 2023 verstoßen hat, für fünf Jahre rückwirkend sanktionieren muss. Dies würde bei einer 10 MW-Solar-Freiflächenanlage für fünf Jahre einen Betrag von 600.000 Euro ausmachen. Wenn der Gesetzgeber an der Kontroll- und Sanktionspflicht durch den Netzbetreiber nach der aktuellen Gesetzesfassung festhalten sollten, ist denkbar, dass der

Anlagenbetreiber im Rahmen der Kalenderjahresendmeldung nach § 71 Abs. 1 EEG 2023 verpflichtet wird, für jedes abgelaufene Kalenderjahr eine entsprechende Eigenerklärung abzugeben.

Außerdem führt der BMWK-Leitfaden auch aus, dass Anlagenbetreiber, die nach dem EEG gegenüber dem Netzbetreiber entsprechende Nachweise erbringen müssen, diese dem Netzbetreiber unaufgefordert und damit auf Termin zur Verfügung zu übermitteln haben. Auch dies sollte in den Gesetzeswortlaut aufgenommen werden, wenn der Gesetzgeber die Vorlagepflicht nach § 71 Abs. 1 EEG 2023 nicht auf die Vorlagepflicht für diese Nachweise ausweitet. Aus den Erfahrungen mit Wind-Gutachten nach § 36h EEG 2023, die der Anlagenbetreiber ebenfalls in einem Fünfjahresturnus dem Netzbetreiber vorlegen müssen, ergibt sich, dass viele Anlagenbetreiber die Notwendigkeit der selbstveranlassten und termingerechten Vorlage entweder gar nicht kennen oder diese Nachweise erst sehr verspätet vorlegen.

Schließlich stellt der Leitfaden dar, dass die Einhaltung der Kriterien 1, 3 und 4 durch den Netzbetreiber nur zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlage kontrolliert werden muss. Der BDEW macht das BMWK in diesem Zusammenhang darauf aufmerksam,

- dass Anlagenbetreiber die Anzahl der Module bzw. deren Leistung und damit die maximal in Anspruch genommene Grundfläche des Gesamtvorhabens nach Inbetriebnahme der Anlage durch Zubau von Modulen oder durch Austausch von Modulen gegen größere bzw. leistungstärkere verändert können; Anlagenbetreiber teilen diese Maßnahmen dem Netzbetreiber im Regelfall leider nicht mit, weshalb eine nachträgliche Veränderung der in Anspruch genommenen Grundfläche dem Netzbetreiber nicht auffallen wird, wenn die Nachweispflicht nur zum Inbetriebnahmezeitpunkt besteht,
- dass die Durchgängigkeit für Tierarten nachträglich durch den Anlagenbetreiber verändert und damit verschlechtert werden kann, z.B. durch Errichtung von Zubau-Modulen in den bei Inbetriebnahme noch vorhandenen Korridoren oder durch nachteilige Veränderung der Zäune um die Anlage herum, und
- dass der Anlagenbetreiber ebenfalls die Mindestanlage von standortangepassten Typen von Biotopelementen auf der Fläche nachträglich verändern kann.

In all diesen Fällen würde diese Nichteinhaltung der gesetzlichen Vorgaben dem Netzbetreiber nicht mehr bekannt werden, da er hierüber aus seiner Tätigkeit heraus keinerlei Kenntnis erlangen wird. Dies gilt insbesondere dann, wenn diese Kriterien nicht fortlaufend durch die eigentlich hierfür fachlich zuständige Behörde kontrolliert werden. Wenn der Netzbetreiber diese Nichteinhaltung aber trotzdem noch über § 52 Abs. 1 Nr. 9a EEG 2023 sanktionieren muss, da der Gesetzeswortlaut noch nicht entsprechend restriktiv korrigiert worden ist (s. nachfolgend unter Nr. 4.3 und 4.4), muss der Anlagenbetreiber eine entsprechend

kalenderjährliche Nachweispflicht auch für diese Kriterien haben, sei es auch nur im Wege einer Eigenerklärung.

4.3 Unklarheit der Voraussetzungen für die rückwirkende Änderung der Sanktionshöhe nach § 52 Abs. 3 EEG 2023

Darüber hinaus regelt § 52 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2023, dass sich die Sanktion von 10 Euro/kW/Kalendermonat rückwirkend auf 2 Euro/kW/Kalendermonat auch im Falle eines Pflichtverstoßes nach § 52 Abs. 1 Nr. 9a EG 2023 verringert. Allerdings stellt der Gesetzeswortlaut nicht klar,

- durch welche Handlung des Anlagenbetreibers dies passieren soll,
- bis zu welchem Zeitpunkt dann die Sanktion rückwirkend auf 2 Euro/kW/Kalendermonat gekürzt wird bzw.
- ob die Verringerung für die gesamten zurückliegenden Fünfjahreszeitraum, oder nur bis zum Zeitpunkt der Feststellung der Nichteinhaltung der betreffenden Vorgabe(n) erfolgen soll.

Insoweit besteht eine Diskrepanz zwischen § 52 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2023, der die maßgeblichen Angaben für die dort genannten Sanktionsfälle enthält, und § 52 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2023, in dem diese Angaben für die dort genannten Sanktionsfälle fehlen.

Konkret ist der Fall vorstellbar, dass ein Anlagenbetreiber zwar ein Biotop anpflanzt, dieses aber nicht pflegt und es folglich eingeht, und der Anlagenbetreiber dieses Biotop dann späterhin wieder neu „errichtet“. Hier ist bereits zu hinterfragen, ob dies ein Fall der rückwirkenden Reduzierung der Sanktion ist, weil das Biotop in der Zwischenzeit nicht existiert hatte, und wenn eine rückwirkende Reduktion bejaht werden soll, bis zu welchem Zeitpunkt diese Reduktion zurückwirkt, dem Zeitpunkt der ersten Anlage des Biotops, dem (konkret kaum feststellbaren) Zeitpunkt des Eingehens des Biotops oder dem Zeitpunkt der Wiederanlage eines Biotops, oder sogar ggf. dem Zeitpunkt eines Wechsels von dem Kriterium des Biotops zu einem anderen Kriterium.

In die gleiche Richtung geht die anscheinend im Gesetzeswortlaut angelegte Heilungsmöglichkeit eines Verstoßes gegen die gesetzlichen Vorgaben, dass

- auf der Fläche keine Pflanzenschutz- oder Düngemittel verwendet werden und
- die Anlage nur mit Reinigungsmitteln gereinigt wird, wenn diese biologisch abbaubar sind und die Reinigung ohne die Verwendung der Reinigungsmittel nicht möglich ist.

Wird die Fläche trotzdem gedüngt oder mit Pflanzenschutzmitteln behandelt, oder werden biologisch nicht abbaubare Reinigungsmittel verwendet, ist mehr als fraglich, ob diese bereits vorliegenden Verstöße inhaltlich überhaupt noch „geheilt“ werden können, ob dies

rückwirkend möglich ist bzw. sein soll und mit welcher Handlung dies denn geschehen soll. Aus Sicht des Gesetzgebers ist der „Schaden“ an der Fläche bereits entstanden, und ein Wechsel auf biologisch abbaubare Reinigungsmittel, oder ein weiteres Unterlassen der Düngung, führt nicht zu einer Behebung dieses „Schadens“.

4.4 Eingeschränkte Netzbetreiber-Kontrollpflicht bei Kontrolle der Kriterien durch Behörden

Außerdem stellt der BMWK-Leitfaden dar, dass Netzbetreiber die Einhaltung von Anforderungen nach § 37 Abs. 1a Nr. 1 bis 5 und § 48 Abs. 6 Nr. 1 bis 5 EEG 2023 dann nicht kontrollieren müssen, wenn sich diese Anforderungen für den Anlagenbetreiber bereits aus dem Anlagenzulassungsrecht ergeben, v.a. aus dem Bebauungsplan bzw. der Baugenehmigung für diese Anlage. Der BDEW begrüßt diese Maßgabe prinzipiell aufgrund der hiermit verbundenen Entlastung der Netzbetreiber. Diese Einschränkung der Kontrollpflicht der Netzbetreiber fehlt allerdings sowohl in § 37 EEG 2023 und speziell für die Netzbetreiber-Prüfpflicht in § 38a Abs. 3 EEG 2023, als auch in § 48 Abs. 6 und § 52 Abs. 1 Nr. 9a EEG 2023. Alle diese Regelungen enthalten Mitteilungspflichten an die Netzbetreiber sowie entsprechende Prüf- und Sanktionspflichten ohne jegliche inhaltlichen Einschränkungen.

Sollte der Gesetzgeber daher an der Prüfpflicht der Netzbetreiber festhalten, muss diese im Gesetzeswortlaut entsprechend eingeschränkt werden. Diese Einschränkung ergibt sich jedenfalls nicht nach Maßgabe einer praktischen Konkordanz der entsprechenden anlagenzulassungsrechtlichen und EEG-Regelungen, da die Pflichten der Anlagenbetreiber hier im EEG auf Gesetzesebene geregelt werden, während sie sich im Anlagenzulassungsrecht nur aufgrund von insoweit gesetzestechnisch nachrangigen Bebauungsplänen oder Verwaltungsakten ergeben würden.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass der Netzbetreiber die Inhalte von entsprechenden naturschutzfachlichen Auflagen des Anlagenbetreibers nicht kennen wird, wenn sie sich aus Dokumenten ergeben, die der Anlagenbetreiber dem Netzbetreiber nicht zur Prüfung der sonstigen Fördervoraussetzungen vorlegen muss. Anders wäre es nur dann, wenn der Anlagenbetreiber dem Netzbetreiber einen beschlossenen Bebauungsplan vorlegen muss, der für die Förderfähigkeit der Anlage erforderlich ist, und wenn sich zudem aus diesem Bebauungsplan auch die entsprechenden naturschutzfachlichen Auflagen (abschließend) ergeben würden. Der Netzbetreiber wird daher in den allermeisten Fällen erst einmal davon ausgehen, dass er die fortdauernde Einhaltung aller fünf Kriterien zu überprüfen hat. Insoweit muss der Anlagenbetreiber eine entsprechende gesetzliche Mitteilungspflicht darüber haben, dass die Einhaltung eines Teils der Kriterien aufgrund entsprechend anlagenzulassungsrechtlicher Anforderungen durch die zuständige Behörde erfolgt. Ohne eine solche Mitteilungspflicht wird jedenfalls die Entlastung des Netzbetreibers nicht erreicht.

Hierbei ist schließlich auch noch zu berücksichtigen, dass die anlagenzulassungsrechtlich einzuhaltenden und von den zuständigen Behörden zu kontrollierenden Pflichten ja nicht inhaltsgleich zu denen des EEG sein müssen (s. vorstehend unter Nr. 1.5 und Nr. 2.1 bis 2.5). Vielfach ergeben sich in der Praxis Unterschiede, z.B. hinsichtlich der Breite der Korridore. Dann ist wieder zu hinterfragen, inwieweit die Kontrolle durch die Netzbetreiber durch die Kontrolle durch die zuständigen Behörden tatsächlich ersetzt wird.

4.5 Sanktionierung nach § 52 Abs. 1 Nr. 9a EEG 2023 bei Kontrolle der Kriterien durch Behörden

Schließlich bleibt offen, wie der Netzbetreiber von einem Sanktionsfall nach § 52 Abs. 1 Nr. 9a EEG 2023 überhaupt erfahren soll, wenn der entsprechende Sachverhalt von der zuständigen Bau- bzw. Naturschutzbehörde überwacht und geprüft wird. Der BDEW hat mehrfach darauf hingewiesen, dass der Netzbetreiber die Einhaltung der Kriterien nach § 37 Abs. 1a Nr. 1 bis 5 und § 48 Abs. 6 Nr. 1 bis 5 EEG 2023 mangels entsprechender Fachkunde gar nicht kontrollieren kann. Dementsprechend wird ihm ein Verstoß der Anlagenbetreiber gegen diese Kriterien im Zweifel aus seiner eigenen Tätigkeit heraus nicht bekannt werden, und er kann ihn auch nicht nach § 52 Abs. 1 Nr. 9a EEG 2023 sanktionieren. Die Sanktionierung wird dann ins Leere gehen.

Wenn aber dieser Verstoß – gemäß den Darstellungen im BMWK-Leitfaden – von der zuständigen Behörde und damit nicht mehr vom Netzbetreiber geprüft werden soll, erfolgt eine mögliche Sanktionierung über das Anlagenzulassungsrecht, im Zweifel durch eine entsprechende behördliche Anordnung, die der Anlagenbetreiber einhalten muss. Insoweit sollte § 52 Abs. 1 Nr. 9a EEG 2023 ausdrücklich anordnen, dass in diesem Falle kein Sanktionsanspruch des Netzbetreibers entsteht. Jedenfalls wäre nicht ersichtlich, wie der Netzbetreiber in diesem Falle von dem zu sanktionierenden Ereignis erfahren sollte. Eine entsprechende gesetzliche Mitteilungspflicht der zuständigen Behörde an den Netzbetreiber existiert nicht.