

Berlin, 27.05.2024

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

Reinhardtstraße 32
10117 Berlin

www.bdeu.de

Positionspapier

Einführung von ökologischen Mindeststandards für Solar- anlagen auf der Freifläche

Version: 1.0

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	3
1 Allgemeine Anmerkungen.....	3
2 Gesetzliche Grundlagen	4
2.1 Ökologische Vorgaben.....	4
2.2 Gesetzliche Nachweispflichten der Anlagenbetreiber sowie Kontrolle der Nachweise	5
2.2.1 Anlagen mit einem Ausschreibungszuschlag	5
2.2.2 Anlagen in der gesetzlichen Förderung.....	7
2.2.3 Netzbetreiber-Prüfung	8
2.2.4 Sanktionierung eines Verstoßes durch den Netzbetreiber	10
3 Kriterium 1: Maximale Bedeckung der Grundfläche mit Solarmodulen	11
4 Kriterium 2: Biodiversitätsförderndes Pflegekonzept.....	13
5 Kriterium 3: Durchgängigkeit für Tierarten	13
6 Kriterium 4: standortangepasste Typen von Biotopelementen	14
7 Nachweisführung der Kriterien und Vollzugskontrolle durch den Netzbetreiber	15
7.1 Automatische Erfassungsmethoden	17
8 BMWK-Leitfaden versus BNetzA-Festlegung.....	17

Einleitung

Im Rahmen der Umsetzung des Solarpakets I plant das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, in einem Leitfaden Hinweise für die Praxis zu näheren Einzelheiten der verschiedenen ökologischen Mindestkriterien für Photovoltaik-Freiflächenanlagen (PV-FAA) sowie zu geeigneten Nachweisen zu geben. Der BDEW möchte diese Gelegenheit nutzen, um Vorschläge zur Gestaltung der Kriterien sowie zur Vollzugskontrolle einzubringen.

Der BDEW begrüßt, dass der Bundestag noch zahlreiche Punkte im Regierungsentwurf zum „Solarpaket I“ geändert und ergänzt hat, die die Branche im Rahmen der Verbändebeteiligung zum Gesetzentwurf eingefordert hatte. Der BDEW begrüßt auch die Einführung von Mindestkriterien für Solaranlagen auf der Freifläche (ausgenommen: besondere 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.

Im nächsten Schritt ist es wichtig anzuerkennen, dass es sich bei Photovoltaik-Freiflächenanlagen auf landwirtschaftlichen Flächen, die gezielt biodiversitätsfördernd von Landwirten und Landwirtinnen gepflegt werden, auch weiterhin um Landwirtschaft handelt. Denn gemäß der gemeinsamen Agrarpolitik (GAP) sind die landwirtschaftlichen Betriebe aufgefordert, zunehmend Ökosystemleistungen auf den landwirtschaftlichen Flächen für eine Steigerung der Artenvielfalt und des Klimaschutzes zu erbringen. Dieses Ziel ließe sich ideal auf Photovoltaik-Freiflächen verwirklichen. Es bedarf dafür allerdings einer Klarstellung in der GAP-Direktzahlungsverordnung, dass es sich auch bei biodiversitätsfördernder Flächenpflege in Solaranlagen um Landwirtschaft handelt.

1 Allgemeine Anmerkungen

Nach der vom Bundestag beschlossenen und mittlerweile in Kraft getretenen Fassung des Solarpakets I müssen sowohl die Solaranlagen des ersten Segments (als Ausschreibungsanlagen) als auch Solaranlagen in der gesetzlichen Förderung nach § 48 Abs. 1 EEG ökologische Mindeststandards einhalten, verbunden mit Übergangsvorschriften. Beide Anlagensegmente müssen mindestens drei der fünf gesetzlich vorgesehenen Kriterien nach § 37 Abs. 1a bzw. § 48 Abs. 6 EEG 2023 erfüllen. Die Einhaltung der Standards soll teilweise von der Bundesnetzagentur (BNetzA), überwiegend aber von den Netzbetreibern kontrolliert, und die Nichteinhaltung nach § 52 EEG 2023 sanktioniert werden.

In diesem Positionspapier gibt der BDEW eine sowohl praxis- als auch rechtsbezogene Bewertung zu den jeweiligen Kriterien zur Prüfung der ökologischen Mindeststandards sowie zur Vollzugskontrolle durch die Bundesnetzagentur (BNetzA) und den Netzbetreiber. Ein

wesentlicher Punkt ist es im Folgenden klarzustellen, was ein Stromnetzbetreiber überhaupt und in welchem Umfang kontrollieren kann. Stromnetzbetreiber (nachfolgend „Netzbetreiber“) betreiben Stromnetze und sind keine Experten für Biodiversität.

Dieses Positionspapier enthält neben Hinweisen zur Ausgestaltung des Leitfadens - auch gerade hinsichtlich der Nachweispflichten der Anlagenbetreiber - Forderungen des BDEW zur weiteren Ausgestaltung der entsprechenden gesetzlichen Regelungen, die im Rahmen des anstehenden Solarpakets II/EnWG-Artikelgesetz berücksichtigt werden sollten.

2 Gesetzliche Grundlagen

§ 37 Abs. 1a EEG 2023 und § 48 Abs. 6 EEG 2023 führen gleichlautend ökologische Mindeststandards für Solaranlagen des ersten Segments (Ausschreibungen) und nach § 48 Abs. 1 EEG (gesetzliche Förderung) ein. Die Einhaltung dieser Vorgaben wird teilweise von der BNetzA, überwiegend aber von den Netzbetreibern kontrolliert, und die Nichteinhaltung nach § 52 EEG durch den Netzbetreiber sanktioniert.

2.1 Ökologische Vorgaben

Gemäß § 37 Abs. 1a EEG 2023 dürfen Gebote für Anlagen nach § 37 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EEG 2023 nur abgegeben werden, wenn die Anlagen mindestens drei der folgenden Kriterien erfüllen sollen:

1. Die von den Modulen maximal in Anspruch genommene Grundfläche beträgt höchstens 60 Prozent der Grundfläche des Gesamtvorhabens,
2. Auf dem Boden unter der Anlage wird ein biodiversitätsförderndes Pflegekonzept angewandt, indem
 - a) die Mahd zur Förderung der Biodiversität maximal zweischürig erfolgt und das Mahdgut abgeräumt wird oder
 - b) die Fläche als Portionsweide mit biodiversitätsfördernd an den Flächenertrag angepasster Besatzdichte beweidet wird.
3. Die Durchgängigkeit für Tierarten gewährleistet wird, indem
 - a) bei Anlagen, die an mindestens einer Seite eine Seitenlänge von mehr als 500 Metern aufweisen, Wanderkorridore für Großsäuger angelegt werden, deren Breite und Bepflanzung die örtlichen Gegebenheiten berücksichtigen und
 - b) die Durchgängigkeit für kleinere Tierarten gewährleistet wird.
4. Auf mindestens 10 Prozent der Fläche der Anlage werden standortangepasste Typen von Biotopelementen angelegt.
5. Die Anlage wird bodenschonend betrieben, indem
 - a) auf der Fläche keine Pflanzenschutz- oder Düngemittel verwendet werden und

- b) die Anlage nur mit Reinigungsmitteln gereinigt wird, wenn diese biologisch abbaubar sind und die Reinigung ohne die Verwendung der Reinigungsmittel nicht möglich ist.

Diese Vorgaben sind gleichlautend für Solaranlagen in der gesetzlichen Förderung in § 48 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 bis 5 EEG 2023 übernommen worden.

2.2 Gesetzliche Nachweispflichten der Anlagenbetreiber sowie Kontrolle der Nachweise

2.2.1 Anlagen mit einem Ausschreibungszuschlag

Bei Anlagen nach § 37 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 EEG, die einen Ausschreibungszuschlag erhalten sollen, muss der Bieter bei **Abgabe des Gebots** eine Eigenerklärung abgeben, dass die Anlage die Voraussetzungen des § 37 Abs. 1a EEG 2023 erfüllen *soll* (§ 37 Abs. 2 Nr. 6 EEG 2023). Dies bedingt, dass der Bieter auch im Rahmen dieser Eigenerklärung angibt, welche drei von den fünf Kriterien die Anlage erfüllen soll. Mangels Errichtung bzw. Betriebs der Anlage ist allerdings die Erfüllung keines der § 37 Abs. 1a Nr. 1 bis 5 EEG 2023 genannten Kriterien bereits bei *Gebotsabgabe* für die BNetzA prüfbar. Dementsprechend kann die BNetzA hier nur die Vorlage der Bestätigung des Bieters kontrollieren.

Bei **Antragstellung auf Zahlungsberechtigung** muss der Bieter *bestätigen*, dass die *Anforderungen nach § 37 Absatz 1a EEG 2023 erfüllt werden*, sofern der Antrag für Gebote für Anlagen nach § 37 Absatz 1 Nr. 1 oder Nr. 2 gestellt wird (§ 38 Abs. 2 Nr. 7 i. V. mit § 38a Abs. 1 Nr. 7 EEG). Voraussetzung für die Antragstellung auf Zahlungsberechtigung ist, dass die Anlage bereits errichtet und in Betrieb genommen worden ist (§ 38 Abs. 2 Nr. 5 i. V. mit § 38a Abs. 1 Nr. 1 EEG 2023).

Die BNetzA hat insoweit erst einmal nur die Vorlage eines entsprechenden Nachweises nach § 38 Abs. 2 Nr. 7 EEG zu prüfen (§ 38a Abs. 1 Nr. 7 EEG 2023). Eine weitergehende Prüfung der Einhaltung der Voraussetzungen ist nur im Falle von § 37 Abs. 1a Nr. 1, 3 und 4 EEG 2023 möglich, weil nur die Einhaltung dieser Voraussetzungen bereits bei Inbetriebnahme der Anlage kontrolliert werden kann, jedoch nicht diejenigen Kriterien, die erst im Laufe des Betriebs der Anlage greifen.

Hingegen kann die Einhaltung dieser Kriterien

- Nr. 1, dass die von den Modulen maximal in Anspruch genommene Grundfläche höchstens 60 Prozent der Grundfläche des Gesamtvorhabens beträgt,
- Nr. 3, dass die Durchgängigkeit für Tierarten gewährleistet wird und
- Nr. 4, dass auf mindestens 10 Prozent der Fläche der Anlage standortangepasste Typen von Biotopelementen angelegt werden,

nachträglich verändert werden. Die Prüfung der Einhaltung der Kriterien durch die BNetzA kann daher nur für den Moment der Antragstellung auf Zahlungsberechtigung stattfinden, aber nicht für die Folgezeit.

Die übrigen, in § 37 Abs. 1a Nr. 2 und 5 EEG 2023 genannten Voraussetzungen sowie die fort-dauernde Einhaltung der Voraussetzungen unter Nr. 1, 3 und 4 der Regelung können erst im Laufe des Betriebs der Anlage geprüft werden und nicht durch die BNetzA im Rahmen des An-trags auf Zahlungsberechtigung.

Nachweispflichten nach Inbetriebnahme: Wählt der Anlagenbetreiber die Kriterien aus § 37 Abs. 1a Nr. 2 oder Nr. 5 EEG, muss er gegenüber dem Netzbetreiber die Einhaltung dieser Kri-terien *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 („Ei-generklärung“ sowie „weitere Nachweise“) fehlt bei ausschreibungsbasiert geförderten Solar-anlagen des ersten Segments.

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 Biotopelementen auf mindestens 10 Prozent der Fläche der Anlage und de-ren Beibehaltung.

Die Beschlussempfehlung des Bundestagsausschusses für Klimaschutz und Energie¹ weist in der Begründung der entsprechenden Regelungen folgende Nachweismöglichkeiten aus:

- Nr. 1: Nachweis auf Verlangen durch die Vorlage der Baugenehmigung,
- Nr. 2: Nachweis auf Verlangen beispielsweise durch entsprechende Verträge über die Lieferung des Mahdgutes oder die Beweidung der Fläche,

¹ BT-Drs. 20/11180, S. 134 f. (unlektoriert).

- Nr. 3: Nachweis für die Möglichkeit, dass kleinere Tierarten auf die Anlagenfläche gelangen können, beispielsweise durch eine Lücke zwischen Oberboden und Zaununterkante, sofern die Anlage eingezäunt ist; genereller Nachweis auf Verlangen beispielsweise durch eine Umweltbaubegleitung während der Errichtungsphase der Freiflächenanlage,
- Nr. 4: „standortangepasste Typen von Biotopelementen“ werden in der Beschlussempfehlung beschrieben als „beispielsweise (...) Anpflanzungen heimischer Sträucher und Hecken oder die Einsaat der Flächen mit artenreichem regionalem Saatgut“; Nachweis auf Verlangen beispielsweise durch die Bestätigung einer Umweltbaubegleitung während der Errichtungsphase der Freiflächenanlage,
- Nr. 5: Nachweismöglichkeiten für die Verwendung von biologisch abbaubaren Reinigungsmöglichkeiten werden in der Beschlussempfehlung nicht dargestellt; eine Reinigung unter Verwendung von Reinigungsmitteln dürfte nach der Beschlussempfehlung insbesondere bei Verunreinigungen notwendig sein, die ohne den Zusatz von biologisch abbaubaren Reinigungsmitteln nicht von den Modulen entfernt werden können.

2.2.2 Anlagen in der gesetzlichen Förderung

Bei Anlagen in der gesetzlichen Förderung nach § 48 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 und 6 EEG 2023 müssen die entsprechenden Anlagenbetreiber sicherstellen, dass die Anlagen mindestens drei von den fünf Kriterien erfüllen (§ 48 Abs. 6 EEG 2023). Unklar bleibt hier allerdings, wann der Anlagenbetreiber auswählen darf und muss, welche drei der fünf Kriterien er für seine Anlage erfüllen möchte und ob er diese Auswahl später ändern darf.

§ 48 Abs. 6 Satz 2 EEG 2023 bestimmt zudem, 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.

Hieraus ergibt sich folgende Reihung der Nachweispflichten mit Rücksicht auf die entsprechenden Anforderungen:

Nachweis *einmalig* zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme:

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

Diese einmalige Nachweispflicht lässt jedoch außer Betracht, dass sich 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.

Nachweis zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme und danach zum Ablauf jedes fünften Jahres:

- auf den Boden unter der Anlage wird ein biodiversitätsförderndes Pflegekonzept angewandt und
- die Anlage wird bodenschonend betrieben.

Art des Nachweises des Anlagenbetreibers:

Die Art der vom Anlagenbetreiber bei Inbetriebnahme der Anlage sowie zum Ablauf jedes fünften Jahres vorzulegenden Nachweise wird in § 48 Abs. 6 Satz 2 EEG 2023 als „Eigenerklärungen“ festgelegt. Darüber hinaus regelt § 48 Abs. 6 Satz 3 EEG 2023, dass Anlagenbetreiber dem Netzbetreiber *auf Verlangen* geeignete Nachweise zur Überprüfung der abgegebenen Eigenerklärungen vorlegen müssen. Ergänzend hierzu können die vorstehend unter Nr. 2.2.1 angeführten Nachweise aus der Begründung der Beschlussempfehlung des Bundestagsausschusses für Klimaschutz und Energie herangezogen werden.

2.2.3 Netzbetreiber-Prüfung

Nachfolgend wird dargestellt, wie weit überhaupt die gesetzlich vorgesehene Netzbetreiber-Prüfung der Einhaltung der Anforderungen nach § 37 Abs. 1a bzw. § 48 Abs. 6 EEG 2023 gehen kann:

Ausschreibungsanlagen:

Stellt die BNetzA eine Zahlungsberechtigung zugunsten einer bezuschlagten Solaranlage des ersten Segments aus, obliegt dem Netzbetreiber nach § 38a Abs. 2 und 3 EEG 2023 die Prüfung der dort genannten Voraussetzungen für die Förderfähigkeit der Anlage. Dementsprechend muss der Netzbetreiber im Rahmen der Netzbetreiber-Prüfung nach § 38a Abs. 3 EEG 2023 die Korrektheit des Nachweises über die Einhaltung der ökologischen Kriterien nach § 37 Abs. 1a Nr. 1 bis 5 EEG 2023 prüfen.

Diese Prüfung kann aber nur so weit gehen, wie sie zu diesem Zeitpunkt faktisch möglich ist, d. h. nur hinsichtlich der Fragen,

- ob die von den Modulen maximal in Anspruch genommene Grundfläche höchstens 60 Prozent der Grundfläche des Gesamtvorhabens beträgt,
- ob die Durchgängigkeit für Tierarten (durch entsprechende Korridore) gewährleistet wird bzw.
- ob auf mindestens 10 Prozent der Fläche der Anlage standortangepasste Typen von Biotopelementen angelegt worden sind.

Bei den ersten beiden Punkten ist bereits mehr als fraglich, ob der Netzbetreiber entsprechende, ggf. als Nachweis vorgelegte Kameraaufnahmen auszuwerten hat oder nicht.

Die übrigen, in § 37 Abs. 1a Nr. 2 und 5 EEG 2023 genannten Voraussetzungen können erst im Laufe des Betriebs der Anlage eingehalten werden, weshalb der Netzbetreiber sie auch erst zu einem entsprechend späteren Zeitpunkt prüfen kann. Daher ist eine Prüfung dieser Voraussetzungen im Rahmen von § 38a Abs. 3 EEG 2023 faktisch nicht möglich.

Zu beachten ist sowohl bei den im Rahmen der Netzbetreiber-Prüfung nach § 38a Abs. 3 EEG 2023 als auch im Rahmen der Folgeprüfungen des Netzbetreibers, dass dieser nur die Einhaltung der Kriterien prüfen kann, zu der er fachlich in der Lage ist. Eine weitergehende Prüfung, insbesondere der fachlichen Richtigkeit der Anlagenbetreiber-Eigenerklärungen, ist jenseits von offensichtlichen Unrichtigkeiten nicht möglich, weil dem Netzbetreiber eine entsprechende ökologische Fachkunde fehlt.

Daher sollte die primäre Nachweisführung bei Ausschreibungsanlagen durch Eigenerklärungen gegenüber dem Netzbetreiber als hinreichend gelten und dies auch im Leitfaden des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) entsprechend so dokumentiert werden. Sollte der Netzbetreiber anlassbezogen begründete Zweifel an der Richtigkeit der Eigenerklärungen haben, müsste der Anlagenbetreiber verpflichtet werden, die ergänzende Nachweisführung über Gutachten von Umweltgutachtern nach § 3 Nr. 46 EEG zu

gewährleisten, denn Netzbetreiber sind nicht in der Lage zu entscheiden, welche Nachweise zur Überprüfung der abgegebenen Eigenerklärungen geeignet sind.

Anlagen in der gesetzlichen Förderung:

Hier ergibt sich letztlich aus den Vorlage- und Nachweispflichten der Anlagenbetreiber nach § 48 Abs. 6 EEG 2023 (s. vorstehend unter 2.2.2) eine entsprechende Netzbetreiber-Prüfpflicht. Auch diese kann aber nur so weit gehen, wie der Netzbetreiber eine entsprechende Fachkunde hat bzw. wie letztlich die vom Anlagenbetreiber vorgelegten Nachweise in sich schlüssig und plausibel sind. Legt der Anlagenbetreiber gesetzeswidrig keinerlei Eigenerklärungen zu den entsprechenden Zeitpunkten vor, hat der Netzbetreiber diesem durch entsprechende Aufforderung zur Vorlage der Nachweise nachzugehen.

2.2.4 Sanktionierung eines Verstoßes durch den Netzbetreiber

Schließlich hat der Netzbetreiber Verstöße des Anlagenbetreibers nach dem neuen § 52 Abs. 1 Nr. 9a EEG 2023 wie folgt zu sanktionieren:

„Anlagenbetreiber müssen an den Netzbetreiber, an dessen Netz die Anlage angeschlossen ist, eine Zahlung leisten, wenn sie (...)

9a. nach der Inbetriebnahme gegen die Vorgabe aus § 37 Absatz 1a oder § 48 Absatz 6 verstoßen,“.

Ein Verstoß im Sinne dieser Regelung liegt dementsprechend vor, wenn der Anlagenbetreiber *weniger als drei* der in § 37 Abs. 1a bzw. § 48 Abs. 6 EEG 2023 genannten fünf Kriterien einhält.² Diese Sanktionierung der Nichteinhaltung der Vorgaben nach § 37 Abs. 1a bzw. § 48 Abs. 6 EEG 2023 ist allerdings nicht kompatibel mit den Nachweispflichten und -fristen der Anlagenbetreiber:

§ 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 der neuen Nr. 9a für 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: 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

² „Weniger als drei“: Siehe auch Begründung der Beschlussempfehlung des Bundestagsausschusses für Klimaschutz und Energie, BT-Drs. 20/11180, S. 138 (unlektoriert).

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 nach Inbetriebnahme der Anlage nicht mehr nachweisen. Das würde in der Logik der Nachweispflichten des § 37a bzw. § 48 Abs. 6 Satz 1 EEG 2023 bedeuten, dass der Netzbetreiber nur sanktionieren muss, und auch nur ab dem Zeitpunkt, zu dem der Anlagenbetreiber keine Nachweise vorlegt, und auch nur in den Fällen des § 37a Nr. 2 und 5 bzw. § 48 Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 und 5 EEG 2023, in denen überhaupt eine Folge-Nachweispflicht besteht. Mangels Folge-Nachweispflicht müsste dann der Netzbetreiber einen Verstoß gegen § 37a Nr. 1, 3 und 4 sowie § 48 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1, 3 und 4 EEG 2023 gar nicht mehr sanktionieren.

Der BDEW weist außerdem darauf hin, dass der Netzbetreiber von sich aus die Einhaltung der Anforderungen nach § 37a Nr. 1 bis 5 bzw. § 48 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 bis 5 EEG 2023 gar nicht kontrollieren kann, weil ihm die ökologischen Vorgänge rund um die betreffenden Solaranlagen nicht bekannt sind und kraft seiner Tätigkeiten auch nicht bekannt sein können. Dies gilt speziell dafür,

- wie häufig der Boden um die Solaranlage gemäht wird,
- wie breit die Wanderkorridore nach diesen Regelungen sein müssen, zumal die Regelungen die wesentlichen Parameter für diese Korridore weder für den Anlagen- noch den Netzbetreiber konkret vorgeben,
- dass auf mindestens 10 Prozent der Fläche der Anlage *standortangepasste Typen von Biotopelementen* angelegt werden und
- dass auf der Fläche keine Pflanzenschutz- oder Düngemittel verwendet werden bzw. dass die Anlage nur mit biologisch abbaubaren Reinigungsmitteln gereinigt wird, wenn die Reinigung ohne die Verwendung der Reinigungsmittel nicht möglich ist.

Wenn der Anlagenbetreiber folglich gegen diese Vorgaben verstößt, wird der Netzbetreiber hiervon nichts erfahren und kann auch die Sanktionierung nach § 52 Abs. 1 Nr. 9a EEG 2023 nicht durchführen. Nach den vorstehenden Darstellungen müsste er mangels Nachweispflicht des Anlagenbetreibers aber auch gar keine Sanktion ergreifen.

3 Kriterium 1: Maximale Bedeckung der Grundfläche mit Solarmodulen

Das erste Kriterium gilt als erfüllt, wenn die von den Modulen maximal in Anspruch genommene Grundfläche höchstens 60 Prozent der Grundfläche des Gesamtvorhabens beträgt.

Bewertung

Werden die Kriterien nicht eingehalten, dann muss der Netzbetreiber den Anlagenbetreiber nach dem neuen **§ 52 Abs. 1 Nr. 9a EEG sanktionieren**. Dem Netzbetreiber allerdings ist der Anteil der Aufstellfläche am Gesamtvorhaben nicht bekannt, da er keine Informationen über die Fläche des Gesamtvorhabens hat. Die in der Begründung der Beschlussempfehlung des Bundestagsausschusses für Klimaschutz und Energie genannte Nachweismöglichkeit der Vorlage des Bebauungsplans bzw. der Baugenehmigung ist hingegen nach dem Gesetzeswortlaut weder für die Gebotsabgabe (Eigenerklärung), noch für die Beantragung der Zahlungsberechtigung (Bestätigung des Bieters) noch für die Netzbetreiberprüfung nach § 38a Abs. 2 und 3 EEG 2023 (Eigenerklärung) verpflichtend. Insbesondere kontrolliert die BNetzA gar nicht, ob der Bebauungsplan bzw. die Baugenehmigung entsprechende Vorgaben enthalten, obwohl dies wegen Vorlage dieser Unterlagen im Rahmen der Gebotsabgabe bzw. der Erteilung der Zahlungsberechtigung möglich ist. Dementsprechend regt der BDEW an, dass diese Vorgaben im Rahmen des Solarpaketes II in den Gesetzestext übernommen werden.

Anderenfalls muss der Netzbetreiber vom Anlagenbetreiber für die Einhaltung dieses Kriteriums die Vorlage des Bebauungsplans bzw. der Baugenehmigung, wenn diese entsprechende Auflagen enthalten und die Bestätigung des Anlagenbetreibers verlangen, dass die Anlage nach Errichtung und Inbetriebnahme die Vorgaben einhält.

Ansonsten erfährt der Netzbetreiber die Nichteinhaltung des ersten Kriteriums nicht, weshalb die **Sanktion ins Leere laufen wird**.

Der BDEW weist zudem darauf hin, dass eine solche Begrenzung der maximalen Bedeckung der Grundfläche die Flächeneffizienz (kWp/m²) von Photovoltaik-Freiflächenanlagen senkt. Je weniger Bedeckungsgrad pro Photovoltaik-Freiflächenanlage zulässig ist, desto mehr Gesamtfläche muss zur Erreichung der festgesetzten Ausbauziele umgewandelt werden. Dennoch ist das Kriterium sinnvoll, da dadurch nutzbarer Lebensraum für unterschiedlichste Arten geschaffen und die biodiversitätsfördernde Flächenpflege mit herkömmlichen Methoden durch die daraus resultierenden breiteren Reihenabstände erleichtert wird.

Forderung

Der BDEW fordert neben den vorstehenden Darstellungen eine Klarstellung, was die „Grundfläche“ ist, die als Referenz heranzuziehen ist.

4 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. Wir begrüßen die Aufnahme dieses Kriteriums. Wichtig ist hier zu betonen, dass das biodiversitätsfördernde Pflegekonzept in den allermeisten Fällen von landwirtschaftlichen Betrieben auf landwirtschaftlichen Flächen umgesetzt wird. Da die Fläche jedoch aktuell als Gewerbefläche gilt, sobald eine Photovoltaik-Nutzung stattfindet, ist die Fläche de facto keine landwirtschaftliche Fläche mehr, wodurch verschiedenste Folgeprobleme entstehen. Dies hat auch erbrechtliche Konsequenzen, die vom Gesetzgeber weiterhin nicht gelöst worden sind.

Forderung

Die Problematik der Geltung als Gewerbefläche muss im Rahmen einer Anpassung der GAP-Direktzahlungsverordnung behoben werden.

Alle PV-Freiflächenanlagen sind beim Erbrecht analog zu Agri-PV zu begünstigen, denn die drohende Erbschaftsteuerlast ist ein wesentliches Hemmnis für den PV-Ausbau auf Freiflächen. Daher plädiert der BDEW dafür, die mit PV-Anlagen bebauten landwirtschaftlichen Flächen dem land- und forstwirtschaftlichen Betrieb zuzuordnen.

Es sollte zudem zuerst im BMWK-Leitfaden und darauffolgend im Rahmen des anstehenden Solarpaketes II im Gesetzestext klargestellt werden, dass die Abräumung des **Mahdgutes zwischen den Modulen** erfolgt.

5 Kriterium 3: Durchgängigkeit für Tierarten

Mit dem dritten Kriterium wird die Anforderung einer Möglichkeit der Durchgängigkeit für Großsäuger und kleinere Tierarten im EEG verankert. Dabei sollen bei Anlagen, die an mindestens einer Seite eine Seitenlänge von mehr als 500 Metern aufweisen, Wanderkorridore für Großsäuger angelegt werden, deren Breite und Bepflanzung die örtlichen Gegebenheiten berücksichtigen.

Forderung

Es ist zu beachten, dass die Begriffe „Großsäuger“, „deren Breite und Bepflanzung die örtlichen Gegebenheiten berücksichtigen“ sowie „kleinere Tierarten“ im Gesetzeswortlaut nicht präzisiert werden und daher auslegungsbedürftig sind. Auch in der Beschlussempfehlung des Bundestagsausschusses für Klimaschutz und Energie³ sind keine weitergehenden,

³ BT-Drs. 20/11180, S. 134 f.

auslegungsleitenden Darstellungen enthalten. Dies ist nicht vereinbar damit, dass die Nichteinhaltung dieser Vorgaben letztlich nach § 52 Abs. 1 Nr. 9a EEG 2023 vom Netzbetreiber sanktioniert wird. Ein Netzbetreiber verfügt nicht über die Fachkenntnis zur Ausfüllung dieser Begriffe und zur Prüfung ihrer Einhaltung.

Aus Sicht des BDEW sollte das Kriterium der Durchgängigkeit für Tierarten zudem daran knüpfen, ob es tatsächlich Wanderungsbewegungen gibt. Sollte es Wanderungsbewegungen geben, sollte der Korridor räumlich in Anlehnung der tatsächlichen Wanderungsbewegungen und nicht nach einer fixen Maßgabe angelegt werden.

In Gebieten, in denen Großsäuger bis Rehgröße vorkommen, könnte eine Alternative zum Wanderkorridor für Großsäuger auch das Thema Rehschlupf sein. Der BDEW verweist auf die Praxisbeispiele aus Bayern. Mit dieser Alternative hat sich das Bundesland erfolgreich für die Vereinbarkeit von Energiewende und Artenschutz eingesetzt. Dabei handelt es sich um geschweißte Metallrahmen mit einer maximalen Höhe von 90 cm und einer Breite von etwa einem Meter, in die Metallstäbe im Abstand von 20 cm eingeschweißt sind. Auf diese Weise können Wildtiere bis zur Größe eines Rehs in das ansonsten eingezäunte Gebiet hinein- und wieder herausschlüpfen und die Fläche weiterhin als Lebensraum nutzen. Die Einführung von Rehschlüpfen würde aber wiederum erfordern, die Vorkommen der Wildtiere eindeutig bestimmen zu können.

Hinsichtlich des Nachweises begrüßt der BDEW die Darstellungen in der Begründung zur Beschlussempfehlung (s. vorstehend unter Nr. 2.2.1), dass ein genereller Nachweis auf Verlangen, beispielsweise durch eine Umweltbaubegleitung während der Errichtungsphase der Freiflächenanlage, geführt werden kann, wenn eine solche im konkreten Fall durchgeführt werden musste. Wenn der relevante Bebauungsplan (für nicht privilegierte Flächen) bzw. die betreffende Baugenehmigung für die Anlage entsprechende Festlegungen enthält, sollten diese vorbehaltlich deren Einhaltung in der Praxis als grundsätzlicher Nachweis verwendet werden können.

6 Kriterium 4: standortangepasste Typen von Biotoperelementen

Gebote für Anlagen nach § 37 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EEG 2023 dürfen nur abgegeben werden, wenn mindestens 10 Prozent der Fläche der Anlage mit standortangepassten Biotoptypen bepflanzt werden. Bei Anlagen in der gesetzlichen Förderung gilt eine entsprechende Vorgabe.

Bewertung

Nach der Beschlussempfehlung des Bundestags-Ausschusses für Klimaschutz und Energie⁴ sollen dies „beispielsweise (...) Anpflanzungen heimischer Sträucher und Hecken oder die Einsaat der Flächen mit artenreichem regionalem Saatgut“ sein. Diese Aufzählung ist allerdings nicht abschließend („beispielsweise“) und eignet sich auch nicht zur Generalisierung. Unklar bleibt insbesondere, wie weit der „Standort“ zu definieren ist.

Zudem dürfen sich die gesetzlichen Vorgaben nicht mit Auflagen aus der Baugenehmigung widersprechen. Unklar ist, ob diese Anforderung zusätzlich zu etwaigen naturschutzrechtlichen Ausgleichsmaßnahmen auf der Fläche zu berücksichtigen ist.

Forderung

Hier sollten die Begriffe „standortangepasst“ und „Biotopoelement“ definiert und rechtlich verankert werden. Zudem sollte aus Sicht des BDEW die Einsaat von **regionalem Saatgut** ausreichend sein.

7 Nachweisführung der Kriterien und Vollzugskontrolle durch den Netzbetreiber

Die gesetzlichen Vorgaben zur Nachweisführung des Bieters bei Gebotsabgabe bzw. bei Beantragung der Zahlungsberechtigung sowie des Anlagenbetreibers im Rahmen des laufenden Betriebs der Anlage sind vorstehend unter Nr. 2.2 dargestellt. Hierbei ist festzustellen,

- dass die Einhaltung der meisten Vorgaben § 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,
- 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, und

⁴ BT-Drs. 20/11180, S. 134 f.

- dass der Netzbetreiber die Einhaltung der umwelt- und naturschutzbezogenen Vorgaben rein fachlich auch nicht beurteilen kann.

Bewertung

Die Prüfung von ökologischen Mindeststandards gehört nicht zu den Aufgaben des Netzbetreibers. Der Netzbetreiber hat nicht die notwendigen Fachkenntnisse und ist kein Umweltgutachter bzw. -prüfer. Der BDEW erachtet aufgrund dieser Umstände die Regelungen als im EEG sachfremd. Sie müssten hinsichtlich der Errichtung der Solaranlagen **im Baugesetzbuch (BauGB)** enthalten sein und hinsichtlich Errichtung und Betrieb der Anlagen im **Bundesnaturschutzgesetzes (BNatSchG)**. Die **Kontrolle der Umweltstandards obliegt den zuständigen Bau- und Naturschutzbehörden.**

Die fünf gesetzlichen Kriterien sind zudem allesamt Umstände, die die Gemeinde im Rahmen des Bebauungsplansverfahrens als Auflagen für das entsprechende Projekt festlegen kann, was in der Vergangenheit auch häufig genug geschehen ist, denn jede Kommune und jede untere Naturschutzbehörde weiß am besten, was sie in ihrem Gemeindegebiet in Sachen Natur- und Artenschutz tun möchte. Die Einhaltung dieser Kriterien kann dann die untere Bau- bzw. die untere Naturschutzbehörde kontrollieren. Die gesetzliche Anordnung der Einhaltung dieser Kriterien durch den Netzbetreiber widerspricht vielmehr dem Kriterium der kommunalen Planungshoheit und ist demzufolge ein überflüssiges Mikromanagement.

Zudem weist der BDEW darauf hin, dass es bereits zahlreiche Vorgaben für den Erhalt der Biodiversität auf Photovoltaik-Freiflächen gibt. Sollten noch strengere Maßnahme im Sinne des Artenschutzes getroffen werden, werden die damit verbundenen höheren Kosten zu Lasten der Anlagenbetreiber gehen.

Forderung

Der BDEW fordert neben den vorstehenden Darstellungen eine Klarstellung, dass die Abgabe eigener Dokumentationen bzw. einer eidesstattlichen Versicherung des Anlagenbetreibers über die Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen ausreichend ist.

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 Solarpakets II als zwingend erforderlich an. Nur dann können Anlagenbetreiber rechtssicher die gesetzlichen Anforderungen einhalten und die Netzbetreiber werden nicht über Gebühr bei der Prüfung der Einhaltung der Anforderungen belastet und können die Nichteinhaltung der Anforderungen wirksam kontrollieren.

7.1 Automatische Erfassungsmethoden

Der BDEW plädiert für die Zulassung von automatisierten Erfassungssystemen für die Nachweisführung der Kriterien aus § 37 Abs. 1a und § 48 Abs. 6 EEG 2023. Diese automatisierten Nachweisverfahren ermöglichen nicht nur eine verlässlichere, sondern auch eine umfangreichere Datenerfassung für die konkreten Photovoltaik-Projekte.

8 BMWK-Leitfaden versus BNetzA-Festlegung

Das BMWK beabsichtigt einen Leitfaden zur Ausfüllung der Vorgaben nach § 37 Abs. 1a und § 48 Abs. 6 EEG 2023 sowie zu den entsprechenden Nachweispflichten zu erstellen und zu veröffentlichen. Der BDEW sieht dieses Vorhaben angesichts der Festlegungskompetenz der BNetzA nach § 85 Abs. 2 Nr. 6a EEG 2023 kritisch. Die BNetzA ist hiernach berechtigt, Festlegungen nach § 29 Abs. 1 EnWG zu treffen

„zu den Nachweisen zur Erfüllung der Anforderung nach § 37 Absatz 1a und § 48 Absatz 6, wobei sie hinsichtlich der Art der geeigneten Nachweise und der Häufigkeit der Nachweisführung von § 38a Absatz 3 Satz 4 und § 48 Absatz 6 abweichende Vorgaben bestimmen kann“.

Die BNetzA würde daher genau diejenigen Lücken, die vorstehend unter Nr. 2 dargestellt worden sind, rechtsverbindlich ausfüllen können, nämlich

- die Präzisierung der gesetzlichen Umweltauflagen,
- die Arten der entsprechenden Nachweise und
- den Turnus der Nachweisführung, insoweit auch in Abänderung der gesetzlichen Vorgaben.

Zudem muss einer entsprechenden BNetzA-Festlegung eine Anhörung vorausgehen.

Ein Leitfaden des BMWK hingegen vermag nur die ersten beiden Punkte zu erfüllen, kann aber vom – wie dargestellt – nicht ausreichenden, gesetzlichen Nachweisturnus nicht abweichen. Zudem ist er anders als eine BNetzA-Festlegung für die betroffenen Anlagenbetreiber nicht verbindlich. Die Sicherstellung der gesetzlichen Anforderungen, so wie sie in einem entsprechenden Leitfaden zu konkretisieren sind, würde folglich das Risiko einer Sanktionierung des Anlagenbetreibers nach § 52 Abs. 1 Nr. 9a EEG 2023 nicht beseitigen.

Dementsprechend befürwortet der BDEW, dass die BNetzA anstelle eines BMWK-Leitfadens ein Festlegungsverfahren nach § 85 Abs. 2 Nr. 6a EEG 2023 eröffnet, um die Inhalte der gesetzlichen Vorgaben, die Nachweispflichten sowie den Nachweisturnus verbindlich festzulegen.

Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten und -streitigkeiten sollte mindestens der Entwurf des BMWK-Leitfadens vor Veröffentlichung mit den von der praktischen Umsetzung Betroffenen konsultiert werden.

Ansprechpartnerinnen/Ansprechpartner

Asma Rharmaoui-Claquin
Geschäftsbereich Erzeugung
und Systemintegration

+49 30 300199-1318

asma.rharmaoui-claquin@bdew.de

Christoph Weißenborn
Abteilung Recht

+49 30 300 199-1514

christoph.weissenborn@bdew.de