

Hinweis (*Entwurf*)

Die Clearingstelle EEG gibt folgenden Hinweis zur Auslegung und Anwendung von § 33 Absätze 1 und 3 EEG 2009/EEG 2012 – Gebäude und Lärmschutzwand:

1. (a) Eine bauliche Anlage ist im Sinne des § 33 Abs. 3 EEG 2009 und des § 33 Abs. 3 EEG 2012 dann vorrangig dazu bestimmt, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen, wenn sie funktional auf einen oder mehrere dieser Schutzzwecke ausgerichtet ist. Die funktionale Ausrichtung auf den (die) vorrangigen Schutzzweck(e) ist in einer einzelfallbezogenen Prüfung unter Einbeziehung zeitlicher, baulich-konstruktiver, ökonomischer und sonstiger Indizien zu bestimmen (s. Prüfungsschema im Anhang).
- (b) Bauliche Anlagen können auch dann vorrangig dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen dienen, wenn die Investitionskosten für die Solarstromanlage die Investitionskosten für die bauliche Anlage übersteigen.
- (c) Für die Prüfung des vorrangigen Schutzzweckes ist der Zeitpunkt der Anbringung der Solarstromanlage maßgeblich. Spätere Änderungen der Bestimmung der baulichen Anlage lassen die Einstufung einer baulichen Anlage als Gebäude im Sinne von § 33 Abs. 3 EEG 2009/EEG 2012 grundsätzlich nicht entfallen; eine kurz nach der Errichtung vorgenommene Bestimmungsänderung kann jedoch ein Indiz sein, dass die bauliche Anlage von Anfang an tatsächlich *nicht* vorrangig dazu bestimmt war, dem Schutzzweck zu dienen.
- (d) Zum Gebäude im Sinne des § 33 EEG 2009/EEG 2012 gehören alle Bauteile, die eine konstruktive Verbindung zur baulichen Anlage aufweisen und funktional dem Gebäude zugehören.

2. (a) Eine Lärmschutzwand ist eine bauliche Anlage, die vorrangig dazu bestimmt ist, dem Schutz von Menschen oder Tieren vor schädlichen, nachteiligen, belästigenden oder sonst störenden oder unerwünschten Geräuschen (Lärm) zu dienen.
- (b) Eine unwiderlegliche Vermutung, dass eine Lärmschutzwand vorrangig dem Lärmschutz dient, besteht stets dann, wenn die Wand aufgrund der Überschreitung von Immissionsgrenzwerten oder sonst aufgrund der Anwendung lärmenschutzbezogener Vorschriften insbesondere des Immissionsschutz-, Anlagen-, Verkehrs-, Bauordnungs- und Bauplanungsrechts oder des Nachbarrechts errichtet worden ist.
- (c) Ist die Errichtung der Lärmschutzwand nicht öffentlich-rechtlich vorgegeben, erfolgt sie also „freiwillig“, so ist im Einzelfall von den Anlagenbetreiberinnen und -betreibern darzulegen und ggf. zu beweisen, dass die Wand vorrangig zum Lärmschutz bestimmt ist (Prüfungsschema im Anhang).
- (d) Dient eine bauliche Anlage zwar vorrangig dem Lärmschutz, ist sie ihrer äußeren Erscheinung nach jedoch keine Wand (z. B. ein Lärmschutzwahl), so ist § 33 EEG 2009/EEG 2012 nicht anzuwenden. In Betracht kommt jedoch, dass es sich um eine bauliche Anlage i. S. v. § 32 EEG 2009/EEG 2012 handelt.

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung des Verfahrens	3
2	Herleitung	5
2.1	Gebäude	5
2.1.1	Gebäudedefinition	6
2.1.2	„Selbständig benutzbare, überdeckte bauliche Anlagen, die von Menschen betreten werden können“	8
2.1.3	„Vorrangig dazu bestimmt, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen“	10
2.1.4	Räumlicher Umfang des Gebäudes	24
2.2	Lärmschutzwand	25
2.2.1	Definition	25
2.2.2	Verhältnis zwischen § 33 Abs. 1 und § 32 EEG 2009/EEG 2012	27
2.3	Lärmschutzwall	28
3	Anhang	28

1 Einleitung des Verfahrens

1 Die Clearingstelle EEG hat am 16. November 2011 durch den Vorsitzenden der Clearingstelle EEG Dr. Lovens sowie die Mitglieder der Clearingstelle EEG Dr. Pippke und Dr. Winkler beschlossen, zu folgenden Fragen ein Hinweisverfahren einzuleiten:

1. Was ist ein Gebäude i. S. v. § 33 Abs. 3 EEG 2009/EEG 2012?
Insbesondere: Unter welchen Voraussetzungen sind bauliche Anlagen vorrangig dazu bestimmt, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen?
2. Was ist eine Lärmschutzwand i. S. v. § 33 Abs. 1 EEG 2009/EEG 2012?

- 2 Es handelt sich dabei um abstrakt-generelle Auslegungs- und Anwendungsfragen, für deren Beantwortung der Clearingstelle EEG die Durchführung eines Empfehlungsverfahrens nicht geboten erscheint.
- 3 Der Einleitung voraus gingen an die Clearingstelle EEG gerichtete Anregungen, zur Auslegung von § 33 Abs. 1 und 3 EEG 2009¹ bzw. dem in Bezug auf die verfahrensgegenständlichen Regelungen wortlautgleichen § 33 Abs. 1 und 3 EEG 2012² ein Hinweisverfahren einzuleiten. Zur Begründung wurde darauf hingewiesen, dass in der Praxis große Unsicherheit herrsche, ob zur Auslegung und Anwendung des Begriffes „vorrangig“ in § 33 Abs. 3 EEG 2009/EEG 2012 die Grundsätze des Votums 2008/42 der Clearingstelle EEG³ anzuwenden sind. Weitere Anwendungsfragen zu § 33 Abs. 3 EEG 2009/EEG 2012 betreffen atypische bauliche Anlagen. Ebenfalls klärungsbedürftig ist die vergütungsrechtliche Einordnung von Fotovoltaikinstallationen, die an oder auf einer „Lärmschutzwand“ i. S. v. § 33 Abs. 1 EEG 2009/EEG 2012 oder einem „Lärmschutzwall“ angebracht sind.⁴
- 4 Die von der Clearingstelle EEG nach pflichtgemäßen Ermessen ausgewählten, gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG (VerfO)⁵ akkreditierten Interessengruppen bzw. gemäß § 2 Abs. 4 Satz 3 VerfO registrierten öffentlichen Stellen haben bis zum 12. Dezember 2011 Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gem. § 25b Abs. 2 VerfO erhalten.

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>.

²Gesetz 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), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634), nachfolgend bezeichnet als EEG 2012. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2012/arbeitsausgabe>.

³Clearingstelle EEG, Votum v. 23.04.2010 – 2008/42, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/42>.

⁴Allgemein zu Fotovoltaik an Lärmschutzanlagen an Bundesfernstraßen *Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, Konzept „Fotovoltaik an Bundesfernstraßen“, Stand: 06.12.2010*,

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

2 Herleitung

5 § 33 Abs. 1 EEG 2009 lautet:

„Für Strom aus Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie, die ausschließlich an oder auf einem Gebäude oder einer Lärmschutzwand angebracht sind, beträgt die Vergütung ...“

6 § 33 Abs. 1 EEG 2012 lautet:

„Für Strom aus Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie, die ausschließlich in, an oder auf einem Gebäude oder einer Lärmschutzwand angebracht sind, beträgt die Vergütung ...“

7 § 33 Abs. 3 EEG 2009/EEG 2012 lautet:

„Gebäude sind selbständig benutzbare, überdeckte bauliche Anlagen, die von Menschen betreten werden können und vorrangig dazu bestimmt sind, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen.“

2.1 Gebäude

8 Der Begriff des Gebäudes in § 33 EEG 2009/EEG 2012 ist dem Bauordnungsrecht entlehnt, jedoch nach Sinn und Zweck des EEG eigenständig auszulegen und anzuwenden (hierzu unter 2.1.1).

9 Ein Gebilde ist stets dann eine „selbständig benutzbare, überdeckte bauliche Anlage, die von Menschen betreten werden kann“, wenn sie bauordnungs- oder bauplanungsrechtlich als solche zu betrachten ist. In atypischen Fällen sind die Definitionsmerkmale nach Sinn und Zweck des EEG im Einzelfall zu prüfen (hierzu unter 2.1.2).

10 Eine bauliche Anlage ist dann vorrangig dazu bestimmt, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen, wenn sie funktional auf einen oder mehrere dieser Schutzzwecke ausgerichtet ist. Die funktionale Ausrichtung auf den (die) vorrangigen Schutzzweck(e) ist in einer einzelfallbezogenen Prüfung unter Einbeziehung zeitlicher, baulich-konstruktiver, ökonomischer und sonstiger Indizien zu bestimmen (s. Prüfungsschema im Anhang). Bauliche Anlagen können auch dann vorrangig dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen dienen, wenn die Investitionskosten

für die Fotovoltaikanlage die Investitionskosten für die bauliche Anlage übersteigen (hierzu näher unter Rn. 47 ff.). Für die Prüfung des vorrangigen Schutzzweckes ist der Zeitpunkt der Anbringung der Anlage maßgeblich. Spätere Änderungen der Bestimmung der baulichen Anlage lassen die Einstufung einer baulichen Anlage als „Gebäude“ im Sinne von § 33 Abs. 3 EEG 2009/EEG 2012 grundsätzlich nicht entfallen; eine kurz nach der Errichtung vorgenommene Bestimmungsänderung kann jedoch ein Indiz sein, dass die bauliche Anlage von Anfang an tatsächlich nicht vorrangig dazu bestimmt war, dem Schutzzweck zu dienen (hierzu unter 2.1.3).

- 11 Zum Gebäude gehören alle Bauteile, die eine konstruktive Verbindung zur baulichen Anlage aufweisen und funktional dem Gebäude zugehören. Der räumliche Umfang eines Gebäudes ist im Einzelfall zu bestimmen (hierzu unter 2.1.4).

2.1.1 Gebäudedefinition

- 12 Der **Wortlaut** der Gebäudedefinition enthält mehrere unbestimmte (Rechts-)Begriffe, so dass § 33 Abs. 3 EEG 2009/EEG 2012 der Auslegung zugänglich ist.
- 13 Die **systematische Betrachtung** innerhalb des EEG 2009 bzw. des EEG 2012 ist unergiebig. Zwar findet sich der Begriff „Gebäude“ in Anlage 3 Nr. III.1, III.4 und Nr. IV.1, in Anlage 4 Nr. III.1 und Nr. IV.1 EEG 2009 sowie in § 17 Abs. 2 Nr. 4, Anlage 2 Nr. 3 und Nr. 4 EEG 2012. Daraus ergeben sich jedoch keine näheren Anhaltspunkte zur Auslegung von § 33 EEG 2009/EEG 2012, weil der Gebäudebegriff dort nicht näher beschrieben und zudem teilweise auch in anderem Zusammenhang – etwa der Wärmenutzung bei der Kraft-Wärme-Kopplung – verwendet wird.
- 14 Bei der **historischen Auslegung** ist die Vorgängernorm zu § 33 Abs. 3 EEG 2009 und § 33 Abs. 3 EEG 2012 in den Blick zu nehmen, also § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004. Dieser lautete:

„Gebäude sind selbständig benutzbare, überdeckte bauliche Anlagen, die von Menschen betreten werden können und geeignet oder bestimmt sind, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen.“

- 15 § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 ist wortgleich mit der Gebäudedefinition der Musterbauordnung.⁶ Dies geht auch aus den Gesetzgebungsmaterialien hervor, in denen je-

⁶Musterbauordnung (MBO) der Bauministerkonferenz (ARGEBAU) in der Fassung v. November 2002, zuletzt geändert im Oktober 2008, abrufbar unter <http://www.is-argebau.de>, zuletzt abgerufen am 13.10.2011.

doch zugleich betont wird, dass der Gebäudebegriff im EEG 2004 nicht streng dem bauordnungsrechtlichen Begriff folgt, sondern nach Sinn und Zweck weit auszulegen ist:

„Die Definition des Gebäudes... ist der Musterbauordnung entnommen. Sie ist dabei im Hinblick auf Sinn und Zweck der Regelung weit zu verstehen, so dass insbesondere auch so genannte Carports oder Überdachungen von Tankstellen vom Gebäudebegriff erfasst sind.“⁷

- 16 Die Gebäudedefinition des EEG 2004 und die des EEG 2009 und des EEG 2012 unterscheiden sich darin, dass im EEG 2009 die „Eignung“ zum Schutz als Definitionsmerkmal entfallen ist und es nunmehr allein auf die *vorrangige* Bestimmung zum Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen ankommt. Da eine Eignung rein objektiv anhand äußerer Kriterien festgestellt werden kann und keines Willensaktes der Zweckbestimmung bedarf, wird, wenn die bloße Eignung nicht mehr hinreichend für die Gebäudeeigenschaft ist, der Kreis der als Gebäude in Betracht kommenden baulichen Anlagen enger gezogen.⁸ Im Übrigen aber ist die Formulierung aus § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 unverändert übernommen worden, was dafür spricht, dass auch die Gebäudedefinition des EEG 2009/EEG 2012 zwar dem Bauordnungsrecht entstammt, jedoch nach Sinn und Zweck des EEG auszulegen und anzuwenden ist.
- 17 Die **genetische Auslegung** – also die Auslegung anhand der Entstehungsgeschichte der Norm und dabei insbesondere der Gesetzgebungsmaterialien – bestätigt, dass die Definition in § 33 Abs. 3 EEG 2009/EEG 2012 dem Bauordnungsrecht entlehnt ist. Die Begründungen zur Gebäudedefinition in den Regierungsentwürfen zum EEG 2009 bzw. EEG 2012 sind – trotz der Änderungen im Gesetzeswortlaut – inhaltlich annähernd identisch mit der Begründung von § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 (s. Rn. 15). Eingefügt wurde lediglich „im Wesentlichen“ vor „der Musterbauordnung“.⁹

⁷Bericht des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (15. Ausschuss), BT-Drs. 15/2864, S. 44. Siehe auch *BGH*, Urt. v. 09.02.2011 – VIII ZR 35/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/1287>, Rn. 39; *BGH*, Urt. v. 17.11.2010 – VIII ZR 277/09, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/1182>, Rn. 12 f. *Clearingstelle EEG*, Votum v. 24.07.2009 – 2008/1, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/1>, unter 2.2.1. *Clearingstelle EEG*, Votum v. 27.08.2010 – 2010/6, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2010/6>, Rn. 27.

⁸*Binder*, ZNER 2009, 355 (355).

⁹BT-Drs. 16/8148, S. 61.

18 Aus den Gesetzgebungsmaterialien zu § 33 Abs. 3 EEG 2009 (auf die die Materialien zu § 33 Abs. 3 EEG 2012 verweisen) ergibt sich, dass – wie schon bei § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 – die Definition nach Sinn und Zweck der Regelung zu verstehen und anzuwenden ist, Abweichungen vom bauordnungsrechtlichen Verständnis also möglich sind.

19 Bei der **teleologischen Auslegung**, also der Auslegung nach Sinn und Zweck, ist zu beachten, dass § 33 EEG 2009/EEG 2012 andere Zwecke verfolgt als das Bauordnungsrecht. Daher können grundsätzlich bauliche Anlagen Gebäude im Sinne des EEG sein, auch wenn sie es im bauordnungsrechtlichen Sinne nicht (mehr) sind, und umgekehrt.

2.1.2 „Selbständig benutzbare, überdeckte bauliche Anlagen, die von Menschen betreten werden können“

20 Im Einzelnen sind die in der Überschrift genannten Elemente der gesetzlichen Definition wie folgt auszulegen:

21 **Selbständig benutzbar** sind bauliche Anlagen, wenn sie – in Orientierung am Bauordnungsrecht – „unabhängig von anderen baulichen Anlagen geeignet sind, ihren Verwendungszweck zu erfüllen“, wobei „etwaige gemeinsame Bauteile bei aneinanderggebauten Gebäuden“ dem nicht entgegenstehen; auch „verlangt die selbständige Benutzbarkeit . . . keine Abtrennbarkeit von anderen baulichen Anlagen . . .“¹⁰

22 Diesbezüglich ist die Rechtslage gegenüber der Gebäudedefinition in § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 unverändert.¹¹

23 **Überdeckt** ist eine bauliche Anlage, wenn sie nach oben hin einen Abschluss aufweist. Keine Gebäude sind mithin Zäune, Mauern, Wände, Gittermasten und der-

¹⁰VG Düsseldorf, Urt. v. 06.11.2010 – 11 K 1964/08, zitiert nach juris, Rn. 54; ebenso OVG Münster, Beschl. v. 07.09.2010 – 10 B 846/10, zitiert nach juris, Rn. 10f.; OVG Münster, Urt. v. 16.10.2008 – 7 A 3096/07, zitiert nach juris, Rn. 45; jeweils mit weiteren Nachweisen.

¹¹Siehe für eine überdachte Halle, die durch Holztrennwände in drei Abschnitte geteilt ist, die einzeln betreten und benutzt werden können, wodurch drei Gebäude im Sinne des § 11 EEG 2004 bestehen: *Clearingstelle EEG*, Votum v. 24.07.2009 – 2008/1, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/1>.

gleichen. Auf eine seitliche Begrenzung kommt es hingegen nicht an.¹² Eine Überdeckung ist auch dann gegeben, wenn Teile der baulichen Anlage unterirdisch liegen und die Überdeckung ebenerdig angelegt ist.¹³

- 24 **Von Menschen betreten werden** kann eine bauliche Anlage, wenn ein Mensch aufrecht in die bauliche Anlage *hinein* gehen kann. Nicht ausreichend ist hingegen, wenn ein Mensch auf sie *hinauf* gehen kann. Zwar liegt ein „Betreten“ dem Wortsinne nach auch dann vor, wenn ein Mensch ein Gebäude allein außen oder von oben betritt. Jedoch ist der bauordnungsrechtliche Gebäudebegriff – an den das EEG anknüpft – auf Anlagen beschränkt, in die ein Mensch aufrecht eintreten kann.¹⁴ Andernfalls wären bspw. auch geschotterte oder asphaltierte Flächen,¹⁵ wenn sie, wie bspw. Parkplätze, auch dem Schutz von Sachen dienen, Gebäude, weil sie jedenfalls „von oben“ betreten werden können. Sinn und Zweck des EEG lassen es nicht geboten erscheinen, vom bauordnungsrechtlichen Verständnis abzuweichen und bauliche Anlagen, die *nur* von außen betreten werden können, als Gebäude i. S. v. § 33 Abs. 3 EEG 2009/EEG 2012 zu werten. Zwar sind derartige Bauwerke – sofern es sich nicht um „Alibi-Bauwerke“ (s. Rn. 38) handelt – ohnehin vorhanden, so dass die Anbringung von Fotovoltaikanlagen keine zusätzlichen Freiflächen in Anspruch nimmt. Jedoch hat der Gesetzgeber des EEG durch die Inbezugnahme der bauordnungsrechtlichen Definition deutlich gemacht, dass nicht für jede Anlage auf einem bereits vorhandenen Bauwerk die erhöhte Vergütung verlangt werden kann. Vielmehr trennen die Definitionsmerkmale in § 33 Abs. 3 EEG 2009/EEG 2012 die Gebäude von den sonstigen baulichen Anlagen i. S. v. § 32 EEG 2009/EEG 2012.
- 25 Unerheblich ist hingegen, auf welchem Wege das Eintreten erfolgt, ob durch eine Tür in der Wand, eine Öffnung im Dach bzw. in der Überdeckung oder durch offene Seitenwände oder unterirdisch.¹⁶

¹²Ebenso zum EEG 2004: *Clearingstelle EEG*, Votum v. 24.07.2009–2008/1, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/1>; *Clearingstelle EEG*, Votum v. 23.04.2010–2008/42, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/42>; BT-Drs. 16/8393, S. 3.

¹³Ebenso zum EEG 2004: *Clearingstelle EEG*, Votum v. 20.10.2008–2008/25, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/25>, *Clearingstelle EEG*, Votum v. 21.08.2009–2009/18, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2009/18>.

¹⁴VGH München, Urt. v. 02.08.1973–94 I 72, BayVBl. 1973, 641: Gärfuttersilo ist kein Gebäude im Sinne der Bayerischen Bauordnung, da es nicht in aufrechter Haltung betreten werden kann.

¹⁵Zur Eigenschaft einer Asphaltfläche als bauliche Anlage i. S. v. § 11 Abs. 3 EEG 2004: *Clearingstelle EEG*, Votum v. 27.08.2010–2010/6, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2010/6>.

¹⁶Vgl. zum EEG 2004: *Clearingstelle EEG*, Votum v. 21.08.2009–2009/18, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2009/18>.

26 Unerheblich ist auch, dass das Dach erst durch die Solarstromanlage gebildet wird; die Anlage ist vielmehr auch dann an einem Gebäude angebracht, wenn sie eine zuvor bestehende bauliche Anlage zum Gebäude komplettiert.¹⁷

2.1.3 „Vorrangig dazu bestimmt, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen“

27 Dem „Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen dienen“ bauliche Anlagen, wenn sie funktional (auch) darauf ausgerichtet sind, das Wohlbefinden von Menschen oder Tieren oder die Beschaffenheit von Sachen (d. h. körperlichen Gegenständen, § 90 BGB¹⁸) vor einer Beeinträchtigung oder Verschlechterung zu bewahren.¹⁹ Der Schutz muss sich nicht allein oder vorrangig auf Witterungseinflüsse (z. B. Feuchtigkeit, Wind, Sonnenlicht) beziehen; in Betracht kommt – da der Wortlaut hierzu keine Einschränkungen enthält – auch der Schutz vor Zerstörung, Wegnahme oder sonstiger Beeinträchtigung („Schutz vor dem Menschen“) oder der Schutz vor Umwelteinwirkungen (Schadstoffe, Staub, sonstige unwägbar Stoffe – „Imponderabilien“).

28 Dabei ist der Definition immanent, dass sich der Schutzzweck auf Menschen, Tiere oder Sachen bezieht, die sich *in* der baulichen Anlage befinden. Denn die Definitionsmerkmale der Überdeckung, des Betretenwerdendkönnens und der Schutzbestimmung sind wechselseitig aufeinander bezogen, d. h. die Überdeckung und das Betretenwerdendkönnen stehen mit dem Schutz in unmittelbarem Zusammenhang und umgekehrt ergibt sich der Schutz aus der Überdeckung und dem Betretenwerdendkönnen. Hieraus folgt, dass bauliche Anlagen, die dazu dienen, Menschen, Tiere oder Sachen *außerhalb* der baulichen Anlage zu schützen – bspw. von innen begehbare Stauwauern – keine der Gebäudedefinition entsprechende Schutzbestimmung aufweisen.

29 Unerheblich ist hingegen, für welche Zeiträume die bauliche Anlage dem Schutz dient bzw. über welchen Zeitraum der Schutzzweck bestimmungsgemäß erfüllt wird, denn auch eine vorübergehend oder länger ungenutzte bauliche Anlage verliert allein aufgrund ihrer fehlenden Nutzung nicht ohne Weiteres die Schutzbestimmung.²⁰

¹⁷BGH, Urt. v. 17.11.2010 - VIII ZR 277/09, <http://www.clearingstelle-eeeg.de/node/1182>.

¹⁸Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung v. 02.01.2002 (BGBl. I S. 42, 2909), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes v. 27.07.2011 (BGBl. I S. 1600).

¹⁹Ähnlich OLG Brandenburg, Urt. v. 11.01.2011 - 6 U 93/09, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/node/1254>, Rn. 28.

²⁰Siehe dazu auch Rn. 39 ff.

- 30 Die Prüfung, ob eine bauliche Anlage dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen dient, ist unabhängig davon vorzunehmen, ob das Zum-Schutz-Dienen die vorrangige Bestimmung der baulichen Anlage ist. Sie kann jedoch entfallen, wenn unter allen erdenklichen Gesichtspunkten positiv feststeht, dass die bauliche Anlage allein der Anbringung der Solarstromanlage dient.
- 31 Die „Bestimmung“ einer Sache ist nach dem **Wortlautverständnis** ihr „Verwendungszweck“²¹, wie es bspw. in der Redewendung „ein Gebäude seiner Bestimmung übergeben“ ausgedrückt wird. Um einer Sache eine „Bestimmung“ zu geben, bedarf es eines Willensaktes, zum Beispiel einer Widmung. Dieser Akt kann ausdrücklich oder aber auch konkludent, d. h. durch schlüssiges Handeln, erfolgen. Erforderlich ist jedenfalls ein durch Dritte wahrnehmbarer Akt, der bei baulichen Anlagen spätestens rein faktisch durch die bestimmungsgemäße „Inbenutzungsnahme“ erfolgt. Die Bestimmung kann jedoch auch durch behördliche Akte (z. B. Genehmigungen), privatrechtliche Verträge oder ähnlich rechtlich vermittelt zum Ausdruck kommen.
- 32 § 33 Abs. 3 EEG 2009/EEG 2012 bestimmt ausdrücklich keinen Zeitpunkt, zu dem die vorrangige Schutzbestimmung vorliegen muss (hierzu unter Rn. 54 ff.).
- 33 „Vorrangig“ ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der seinem **Wortlaut** nach nicht eindeutig und daher auszulegen ist.²²
- 34 In **systematischer Hinsicht** ist festzustellen, dass „vorrangig“ ebenfalls in § 32 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2012²³ bzw. § 32 Abs. 2 EEG 2009²⁴ verwendet wird.²⁵ Die Nähe von § 32 und § 33 EEG 2009/EEG 2012 legt den Schluss nahe, dass der Gesetzgeber bei beiden Normen „vorrangig“ in demselben Sinne versteht. Dafür spricht auch, dass die

²¹ *Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften* (Hrsg.), Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache des 20. Jahrhunderts, <http://www.dwds.de/?qu=Bestimmung&view=1>, zuletzt aufgerufen am 23.08.2011.

²² *Clearingstelle EEG*, Votum v. 23.04.2010–2008/42, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/42>, Rn. 79 ff.

²³ „... wenn die Anlage an oder auf einer baulichen Anlage angebracht ist, die *vorrangig* zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden ist, ...“ (Hervorhebung nicht im Original).

²⁴ „Sofern die Anlage nicht an oder auf einer baulichen Anlage angebracht ist, die *vorrangig* zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden ist, ...“ (Hervorhebung nicht im Original).

²⁵ Weitere Verwendungen von „vorrangig“, z. B. im Gesetzestitel, in §§ 2, 5 Abs. 1 Satz 1 oder in 8 Abs. 1 EEG 2009/EEG 2012 sind für die systematische Auslegung unergiebig, da es sich dort jeweils um gänzlich andere Regelungszusammenhänge handelt.

auf §§ 32 und 33 EEG 2009/EEG 2012 aufgeteilten Regelungen zuvor in § 11 Abs. 1 i. V. m. Abs. 3 und 4 EEG 2004 einerseits („Freiflächenanlagen“) und in § 11 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1, 3 und 4 EEG 2004 andererseits („Gebäudeanlagen“) enthalten waren. Durch die Aufteilung des § 11 Abs. 1 bis 4 EEG 2004 auf zwei getrennte Paragraphen im EEG 2009 war es gesetzgeberisch notwendig, das Vorrangigkeitserfordernis gesondert auch in der Gebäudedefinition des § 33 EEG 2009/EEG 2012 zu verankern. Denn wäre die Gebäudedefinition des § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004²⁶ in § 33 Abs. 3 EEG 2009/EEG 2012 unverändert fortgeschrieben worden, so wären auch Fotovoltaikanlagen auf Gebäuden, die vorrangig der Solarstromerzeugung zu dienen bestimmt sind, unter § 33 EEG 2009/EEG 2012 einzuordnen, weil die frühere Gebäudedefinition auch solche „Alibi-Gebäude“ umfasst hätte; der korrigierende Rückgriff auf das Vorrangigkeitserfordernis in § 32 Abs. 2 EEG 2009 bzw. § 32 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2012 wäre nunmehr ausgeschlossen, weil § 33 EEG 2009/EEG 2012 die speziellere Vorschrift für „Gebäudeanlagen“ ist.²⁷ Dies ist vom Gesetzgeber jedoch nicht gewollt, vielmehr soll die erhöhte Gebäudevergütung nur für Gebäude in Anspruch genommen werden, die „sowieso“ vorhanden sind und bei denen die Solarstromerzeugung nur Nebenzweck ist.

35 § 32 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2012 bzw. § 32 Abs. 2 EEG 2009 entsprechen wiederum § 11 Abs. 3 EEG 2004. Die Auslegung von „vorrangig“ i. S. v. § 11 Abs. 3 EEG 2004 kann somit auf § 32 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2012 bzw. § 32 Abs. 2 EEG 2009 und damit im Wege der systematischen Auslegung auch auf „vorrangig“ i. S. v. § 33 Abs. 3 EEG 2009/EEG 2012 übertragen werden. Danach ist zur Ermittlung der vorrangigen Bestimmung einer baulichen Anlage eine wertende Betrachtung angezeigt, in die zumindest auch die subjektive Absicht des handelnden Subjektes einzufließen hat. Die Prüfung ist somit bereits beendet, wenn die Anlagenbetreiberin oder der Anlagenbetreiber von vornherein gar nicht behauptet, dass die bauliche Anlage zum Schutz von Men-

²⁶§ 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 lautete: „Gebäude sind selbständig benutzbare, überdeckte bauliche Anlagen, die von Menschen betreten werden können und geeignet oder bestimmt sind, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen.“

²⁷*Oschmann/Söseman*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald* (Hrsg.), EEG Kommentar, 3. Aufl. 2011, § 33 Rn. 28; *Maslato*n/Zschiegner, Handbuch des Rechts der Photovoltaik, 2009, S. 301; *Götze*, in: *Hoppenberg/de Witt* (Hrsg.), Handbuch des Öffentlichen Baurechts, 32. Ergänzungslieferung (im Erscheinen), Kap. Z VII Rn. 17, 29. – Anders die Rechtslage bei § 11 Abs. 3 EEG 2004, der auch auf Gebäude i. S. v. § 11 Abs. 2 EEG 2004 anwendbar ist: *BGH*, Urt. v. 17.11.2010 – VIII ZR 277/09, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/1182>, Rn. 12 f. *Clearingstelle EEG*, Votum v. 09.04.2008 – 2007/4, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2007/4>, unter 2.2.1; *Clearingstelle EEG*, Votum v. 23.04.2010 – 2008/42, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/42>, Rn. 77.

schen, Tieren oder Sachen bestimmt ist oder von vornherein erklärt, dass die bauliche Anlage nur (einem) anderen Zweck(en) dient.²⁸

- 36 Der systematische Vergleich mit § 32 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2012 bzw. mit § 32 Abs. 2 EEG 2009 ergibt mithin, dass „vorrangig“ dort wie in § 33 Abs. 3 EEG 2009 bzw. in § 33 Abs. 3 EEG 2012 verhindern soll, dass bauliche Anlagen vorrangig errichtet werden, um die (erhöhte) Einspeisevergütung zu erlangen.
- 37 Aus systematischen Gründen ist hingegen unerheblich, ob das Gebäude innerhalb oder außerhalb einer der in § 32 EEG 2009/EEG 2012 genannten Flächenkategorien liegt.²⁹ Durch die Aufteilung der Regelungen des § 11 EEG 2004 auf § 32 EEG 2009/EEG 2012 einerseits und § 33 EEG 2009/EEG 2012 andererseits sowie durch die Änderung der Gebäudedefinition hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass § 33 EEG 2009/EEG 2012 die speziellere Regelung ist. Folglich sind die Definitionsmerkmale von § 33 Abs. 3 EEG 2009/EEG 2012 unabhängig von den flächenbezogenen Vergütungsvoraussetzungen zu prüfen.³⁰ Liegen die Merkmale eines Gebäudes vor, so ist die erhöhte Vergütung nach § 33 Abs. 1 EEG 2009/EEG 2012 auch dann zu zahlen, wenn das Gebäude auf einer Fläche liegt, die die Anforderungen von § 32 EEG 2009/EEG 2012 nicht erfüllt (z. B. unbeplanter Außenbereich). Umgekehrt ist die erhöhte Vergütung nicht bereits allein deshalb zu zahlen, wenn eine Fotovoltaikanlage an oder auf einer baulichen Anlage, die selbständig benutzbar ist und betreten werden kann, angebracht wird, und diese bauliche Anlage auf einer Fläche errichtet wird, für die die Vergütungsvoraussetzungen von § 32 EEG 2009/EEG 2012 gegeben sind.³¹ Zwar mag in diesem Fall dem Gesichtspunkt des Freiflächenschutzes Genüge getan sein, denn § 33 EEG 2009/EEG 2012 bezweckt auch den Schutz von Freiflächen, indem Anlagenbetreiberinnen und -betreiber durch die erhöhte Vergütung angereizt werden, bevorzugt Dach- oder Fassadenanlagen zu errichten. Weiterer Zweck von § 33 EEG 2009/EEG 2012 ist aber auch, die erhöhten Anlagenerrichtungskosten zu refinanzieren, die bei Gebäudeanlagen regelmäßig entstehen.³² Dieser Zweck wür-

²⁸Vgl. *Clearingstelle EEG*, Votum v. 23.04.2010–2008/42, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/42>, Rn. 81.

²⁹Anderer Ansicht *Binder*, ZNER 2009, 355, 357 f., der unwiderleglich vermuten will, dass eine bauliche Anlage, die außerhalb der durch § 32 Abs. 2 und 3 EEG 2009 geschützten Flächen errichtet wird, vorrangig dem Schutz von Menschen usw. dient. Dem folgend *Schomerus*, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), EEG Kommentar, 2. Aufl. 2011, § 33 Rn. 42.

³⁰*Knapp*, ZNER 2010, 291, 292 f.

³¹So aber *Binder*, ZNER 2009, 355, 357, *Schomerus*, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), EEG Kommentar, 2. Aufl. 2011, § 33 Rn. 42.

³²So auch bei § 11 Abs. 2 EEG 2004: *Clearingstelle EEG*, Votum v. 23.04.2010–2008/42, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/42>, Rn. 67.

de verfehlt, wenn auch einfachste Gebäude, die vorrangig der Solarstromerzeugung dienen, unwiderleglich als Gebäude zu gelten hätten, allein aufgrund der Eigenschaft der jeweiligen Fläche, auf der das Gebäude steht.

- 38 Die **teleologische Auslegung** bestätigt dies. Sinn und Zweck des erst im EEG 2009 in die Gebäudedefinition eingefügten „vorrangig“ ist, Fotovoltaikanlagen, die auf „Alibi-“, „Sinnlos-“ oder „Belanglos-Gebäuden“³³ angebracht werden, aus dem Anwendungsbereich des § 33 EEG 2009/EEG 2012 auszuschließen. Entscheidend ist auch bei der Auslegung und Anwendung von § 33 Abs. 3 EEG 2009/EEG 2012 das „funktionale Verhältnis“ zwischen dem Gebäude und seiner Schutzbestimmung einerseits und der darauf oder daran zur Solarstromerzeugung angebrachten Anlage andererseits.³⁴ Zur Prüfung, ob der Schutzbestimmung einer baulichen Anlage bei funktionaler Betrachtung Vorrang gegenüber der Solarstromerzeugung an oder auf der baulichen Anlage zukommt, ist in Fortführung des Votums 2008/42 der Clearingstelle EEG ein zeitliches, ein baulich-konstruktives, ein ökonomisches und/oder ein Indiz der (Nicht-)Beständigkeit heranzuziehen:³⁵

- **Zeitliches Indiz:**

- 39 Für den Vorrang der Schutzbestimmung einer baulichen Anlage gegenüber der Solarstromerzeugung spricht, wenn die bauliche Anlage zeitlich deutlich vor der Fotovoltaikanlage errichtet worden ist³⁶ oder wenn der widmungsgemäße Nutzungszeitraum der baulichen Anlage die Vergütungsdauer der Fotovoltaikanlage deutlich übersteigt. Umgekehrt ist Indiz für die Nachrangigkeit des Schutzzweckes, wenn die Inbetriebnahme der Fotovoltaikanlage der Fertigstellung und widmungsgemäßen Benutzung der baulichen Anlage deutlich vorausgeht.

³³So schon *Clearingstelle EEG*, Votum v. 23.04.2010 – 2008/42, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/42>, Rn. 96, 118.

³⁴So zu § 11 Abs. 2 EEG 2004 *BGH*, Urt. v. 17.11.2010 – VIII ZR 277/09, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/1182>, Rn. 32 in ausdrücklicher Bestätigung des Votums der *Clearingstelle EEG* v. 09.04.2008 – 2007/4, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2007/4>.

³⁵Siehe *Clearingstelle EEG*, Votum v. 23.04.2010 – 2008/42, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/42>, Rn. 100 ff.

³⁶Nach *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 16.09.2009 – I-3 U 3/09, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/732>, Rn. 47 f., soll dies auch dann gelten, wenn die bauliche Anlage eine bereits früher bestehende bauliche Anlage ersetzt.

- 40 Der Vergleich der Fertigstellungs- bzw. Inbetriebnahmedaten rechtfertigt sich aus dem Umstand, dass Anlagenbetreiberinnen bzw. -betreiber, die vorrangig die Erzeugung von Solarstrom bezwecken, vernünftigerweise bestrebt sein werden, so früh wie möglich Strom einzuspeisen, um so früh wie möglich und ggf. ohne Inkaufnahme einer Vergütungsdegression den Anspruch auf die Einspeisevergütungen zu erlangen. Umgekehrt werden Anlagenbetreiberinnen und -betreiber, die bei der Errichtung einer baulichen Anlage vorrangig Schutzzwecke verfolgen, auf die Stromerzeugung häufig nicht das vornehmliche Augenmerk richten. Je länger eine bauliche Anlage fertig ist und ohne die evtl. sogar bereits in die Planungen einbezogene Fotovoltaikanlage genutzt wird, je länger also die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber Einspeisevergütungen, die an sich realisierbar sind, nicht für sich nutzbar macht, desto wahrscheinlicher ist, dass die bauliche Anlage vorrangig dazu bestimmt ist, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen. Eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass aufgrund der zeitlichen Abfolge der Schutzzweck vorrangig ist, besteht, wenn zwischen dem Abschluss der Errichtung der baulichen Anlage und der Inbetriebnahme der Fotovoltaikanlage mehr als zwölf Kalendermonate vergehen, weil dann mindestens ein Degressionsschritt nach § 20 EEG 2009 bzw. § 20a EEG 2012 in Kauf zu nehmen wäre.
- 41 Der Vergleich der Lebensdauer des Gebäudes einerseits und der Fotovoltaikanlage andererseits ist insoweit aufschlussreich, als sich in einer (voraussichtlich) erheblich längeren Lebensdauer des Gebäudes ein besonderes Interesse zeigt, dieses nicht nur als „Anhängsel“ zur Fotovoltaikanlage zu errichten. Andernfalls würde es nämlich vollkommen ausreichen, die voraussichtliche Lebensdauer des Gebäudes auf die voraussichtliche Lebensdauer der Fotovoltaikanlage zu begrenzen.
- 42 Demgegenüber ist eine Gegenüberstellung der konkreten, auf die verschiedenen Zwecke entfallenden jeweiligen Nutzungszeiten über einen bestimmten Zeitraum unergiebig. Betrachtet man bspw. ein Kalenderjahr, so ließe sich argumentieren, dass das Gebäude als Tragevorrichtung der Fotovoltaikanlage nur in den Stunden tatsächlich „genutzt“ wird, in denen die Anlage Strom erzeugt („Volllaststunden“); in Deutschland sind je nach Standort bis ca. 1000 Volllaststunden pro Jahr realistisch.³⁷ Damit würde allein der Umstand, dass

³⁷Häberlin, Photovoltaik, 2. Aufl. 2010, S. 16; laut Solarenergie-Förderverein Deutschland e. V. (SFV), http://www.energiewenderechner.de/25de_quellenverzeichnis.php 850 Volllaststunden pro Jahr, zuletzt aufgerufen am 14.11.2011.

die Nutzung zur Stromerzeugung tageszeiten- und witterungsbedingt nur während maximal rund einem Neuntel der Stunden eines Jahres erfolgen kann, maßgeblich dazu führen, dass eine beliebige andere Nutzung zum Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen, wenn sie nur über eine größere Anzahl von Stunden des Jahres erfolgt, vorrangig wäre. Gegen eine schematische Gegenüberstellung von Zeiten der Stromerzeugung gegenüber Zeiten der Nutzung zum Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen spricht auch, dass dann bestimmte, offenkundig als Gebäude anzusehende bauliche Anlagen keine Gebäude im Sinne von § 33 Abs. 3 EEG 2009/EEG 2012 mehr wären. So wären bspw. Ferien- oder Wochenendhäuser, die in einem Jahr nur über einen Zeitraum als solche genutzt werden, der die jeweiligen Volllaststunden der auf den Ferien- oder Wochenendhäusern angebrachten Fotovoltaikanlagen unterschreitet,³⁸ in einem solchen Jahr kein Gebäude im Sinne des § 33 Abs. 3 EEG 2009/EEG 2012. Je nach Volllaststunden und Nutzungszeiten könnte somit eine bauliche Anlage in einem Jahr Gebäude, im anderen Jahr kein Gebäude sein. Dem Gesetz ist indes nicht zu entnehmen, dass die Bestimmung der Vorrangigkeit letztlich von Zufällen (konkrete Jahresvolllaststunden einerseits; konkrete Nutzung zum Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen andererseits) abhängig sein soll. Vielmehr ist eine abstrakte Betrachtung allein der Schutzbestimmung vorzunehmen, die sich an der generellen Widmung des Gebäudes orientiert.

43

Die Gleichzeitigkeit der Planungen und Errichtung von Gebäude und Fotovoltaikanlage ist hingegen kein brauchbares Kriterium für die Prüfung der Vorrangigkeit, weil andernfalls jedes neugebaute Wohn- oder Geschäftsgebäude, dass von vornherein so geplant wird, dass eine Fotovoltaikanlage an oder auf dem Gebäude errichtet werden soll, kein Gebäude im Sinne von § 33 Abs. 3 EEG 2009/EEG 2012 wäre.³⁹ Eine solche Auslegung wäre widersinnig, weil dann jedes neuerrichtete Wohnhaus, das unter dem Gesichtspunkt der Solarstromerzeugung mit nach Süden zeigender, im Winkel von 30 bis 35° zur Erdoberfläche stehender Dachfläche gebaut wird, wegen offenkundiger Optimierung der Solarstromnutzung kein Gebäude im Sinne von § 33 EEG 2009/

³⁸Bei 450 Volllaststunden wäre dies bei 18 vollen Tagen, bei 1000 Volllaststunden bei 41 vollen Tagen der Freizeitnutzung pro Jahr (oder weniger) der Fall.

³⁹*Binder*, ZNER 2009, 355, 358. – Ähnlich zur Rechtslage unter dem EEG 2004 *BGH*, Urt. v. 17.11.2010 – VIII ZR 277/09, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/node/1182>, Rn. 33; *OLG Frankfurt (Main)*, Urt. v. 07.01.2010 – 15 U 66/07, a.E., abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/node/1063>.

EEG 2012 wäre. Dies aber widerspräche der gesetzgeberischen Intention, die Errichtung von Fotovoltaikanlagen auf „Sowieso-Gebäuden“ zu stimulieren.

44 Gleichmaßen ist der Umstand, dass für das Gebäude einerseits und die Fotovoltaikanlage andererseits getrennte, sukzessiv erteilte Baugenehmigungen vorliegen, *ohne* Indizwirkung für die Vorrangigkeit. Zwar kann der Bestand der Fotovoltaikanlage in rechtlicher Hinsicht davon abhängig sein, dass auch das Gebäude genehmigt wird. Jedoch sagen die Baugenehmigungen nichts über die Schutzbestimmung aus; selbst bei „Alibi-Gebäuden“ können getrennte Baugenehmigungen vorliegen.

- **Baulich-konstruktives Indiz:**

45 Für die Vorrangigkeit der Schutzbestimmung kann sprechen, dass der baulich-konstruktive Aufwand für das Gebäude dessen Bestand für sich genommen garantiert. In Abgrenzung zum statischen Abhängigkeitsverhältnis, welches bei der Prüfung der ausschließlichen Anbringung i. S. v. § 33 Abs. 1 EEG 2009/EEG 2012 relevant ist, kommt es hier nicht auf ein Abhängigkeitsverhältnis an; vielmehr kann der Umstand, dass der baulich-konstruktive Aufwand für die bauliche Anlage den baulich-konstruktiven Aufwand für die Errichtung der Fotovoltaikanlage deutlich überwiegt (bspw. hinsichtlich Errichtungsdauer, Verankerung im Boden), darauf hindeuten, dass es sich um ein „Sowieso-Gebäude“ handelt, weil bei einem solchen die Konstruktion in erster Linie – wenn auch nicht notwendigerweise ausschließlich – auf die Umsetzung der Schutzbestimmung ausgerichtet ist.⁴⁰

46 Jedoch ist hierbei zu beachten, dass dieses Indiz nur positiv für die Schutzbestimmung sprechen kann. Der Umstand, dass es sich baulich-konstruktiv um ein einfaches Gebäude handelt, kann hingegen nicht als Indiz für die Vorrangigkeit der Solarstromerzeugung herangezogen werden, weil dies sämtliche Fälle, in denen Fotovoltaikanlagen auf vergleichsweise einfachen, unaufwändigen baulichen Anlagen angebracht werden – wie bspw. einfache Unterstände und Schuppen, Schutzhütten, Wartehäuschen, Bahnsteigüberdachungen, Scheunen, Carports, überdachte Stellplätze,⁴¹ überdachte Fahrradabstellanlagen usw. – von vornherein nicht als „Sowieso-Gebäude“ in Frage kämen. Eine solche generelle Festlegung ist dem Gesetz jedoch nicht zu entnehmen;

⁴⁰Ähnlich *Binder*, ZNER 2009, 355, 358.

⁴¹Siehe BT-Drs. 16/8393, S. 3, zur Frage, ob überdachte Stellplätze Gebäude i. S. v. § 33 Abs. 3 EEG 2009 sind; hieran bestehen aus Sicht der Bundesregierung daran „keine begründeten Zweifel“.

vielmehr ergibt sich aus der Gesetzesbegründung, in der Carports ausdrücklich als Gebäude genannt werden,⁴² dass der Gesetzgeber einen solchen Ausschluss nicht nur nicht beabsichtigt hat, sondern sogar bei vergleichsweise einfachen Gebäuden wie Carports die erhöhte Vergütung nach § 33 Abs. 1 EEG 2009/EEG 2012 für angemessen erachtet. Mithin ist es weder begrifflich noch denknotwendig ausgeschlossen, dass die Errichtung einer baulich-konstruktiv einfachen Anlage vorrangig dem Schutzzweck dient, auch wenn darauf eine baulich-konstruktiv aufwändigere Fotovoltaikanlage angebracht wird.

- **Ökonomisches Indiz:**

- 47 Aus den in Rn. 46 genannten Gründen ist bei einer ökonomischen Betrachtung sorgfältig zu differenzieren, weil auch ökonomisch geringwertige Gebäude vorrangig zu Schutzzwecken und nur nachrangig zur rein ökonomisch betrachtet höherwertigen Solarstromerzeugung errichtet werden können.
- 48 Für die Vorrangigkeit des Schutzzweckes spricht, wenn der betriebs- oder volkswirtschaftliche Ertrag der mit diesem Zwecke verbundenen Nutzungen den Bestand des Gebäudes für sich genommen refinanziert (bzgl. Investitionskosten) und garantiert (bzgl. Instand- oder Unterhaltungskosten). Sind sowohl die Errichtung als auch der Bestand des Gebäudes⁴³ von den Einnahmen aus der Fotovoltaikanlage unabhängig, so ist dies ein Indiz, dass das Gebäude sowieso errichtet worden wäre.
- 49 Eine Mischkalkulation – d. h. ein Modell, bei dem eine „Quersubventionierung“ der Investitions- und Unterhaltungskosten des Gebäudes aus den Erträgen der Fotovoltaikanlage erfolgt – ist Indiz für die vorrangige Schutzbestimmung, wenn die Erträge aus der Stromeinspeisung nur ein nachrangiges Finanzierungsinstrument für das Gebäude sind, und umgekehrt.

⁴²BT-Drs. 16/8148, S. 61 (für § 33 Abs. 3 EEG 2009), BT-Drs. 17/6071, S. 77 (für § 33 Abs. 3 EEG 2012) verweist auf § 33 Abs. 3 EEG 2009 („unverändert“). – Zu Carports als Gebäude nach § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 siehe *Clearingstelle EEG*, Votum v. 23.04.2010–2008/42, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/42>.

⁴³Ist nach dem äußeren Erscheinungsbild eine Trennung zwischen baulicher Anlage und Tragwerk der Fotovoltaikanlage möglich, so ist bei der Betrachtung der Investitions-, Instand- und Unterhaltungskosten auch nur auf die bauliche Anlage abzustellen. Ist hingegen eine Unterscheidung von Tragwerk und baulicher Anlage nicht willkürfrei zu treffen, so sind alle Kosten, die nicht unmittelbar die Fotovoltaikinstallation (also die PV-Module) betreffen, als auf die bauliche Anlage bezogene Kosten anzusehen.

- 50 Bei Gebäuden, die aus rein ideellen Gründen errichtet werden oder deren Zweckbestimmung abgesehen von der Solarstromerzeugung nicht oder nur theoretisch monetarisierbar ist – etwa bei der öffentlichen „Daseinsvorsorge“ (z. B. Gebäude auf Spiel- und Sportplätzen oder Wartehäuschen des Öffentlichen Personennahverkehrs); ausschließlich privat, nichtkommerziell errichtete und genutzte Gebäude (z. B. Schuppen); Gebäude eines Idealvereins (z. B. Verein des Breitensports; Umwelt- und Naturschutzverband) – scheidet eine ökonomische Betrachtung aus, weil andernfalls bei derartigen Gebäuden stets das ökonomische Indiz für die Vorrangigkeit der Solarstromerzeugung spräche.
- 51 Ebensowenig kann als Indiz gegen die vorrangige Schutzbestimmung herangezogen werden, dass die Investitionskosten für die Errichtung der Fotovoltaikanlage die Investitionskosten für die Errichtung des Gebäudes übersteigen,⁴⁴ weil die Kosten für eine Fotovoltaikanlage – wie sich in den gesetzlichen Einspeisevergütungen widerspiegelt – von vornherein relativ hoch sind. Ein solcher Vergleich würde außer acht lassen, dass der Markt für Fotovoltaikanlagen und der Markt für Gebäude verschiedenen Preisgestaltungen unterliegen und daher ein Vergleich so aussagekräftig ist wie die Gegenüberstellung der Preise für Äpfel und Schokolade: Allein der Umstand, dass eine Person, die gleichzeitig Äpfel und Schokolade kauft, für Erstere 3 €, für Letztere hingegen 1 € ausgibt, ist kein Indiz dafür, dass vorrangiger Zweck des Einkaufs der Kauf von Äpfeln war. Darüber hinaus würde ein solcher Vergleich zu dem fragwürdigen Ergebnis führen, dass Zufälligkeiten des Marktes über die Vor- oder Nachrangigkeit der Schutzbestimmung entscheiden könnten, etwa wenn bei zwei identischen Anlagenkonstellationen für Anlagenbetreiber A₁ aufgrund lokal knapper Kapazitäten im Bauhandwerk und einem Überangebot an Kapazitäten im Installateurgewerbe die Kosten für das Gebäude die für die Fotovoltaikanlage übersteigen, während andernorts für Anlagenbetreiberin A₂ aufgrund einer lokal gerade umgekehrten Angebots- und Nachfragesituation die Kosten der Fotovoltaikanlage die des Gebäudes überwiegen. Von derartigen Zufälligkeiten ist die Bestimmung der Vorrangigkeit und damit die Entscheidung über die vergütungsrechtliche Einordnung jedoch nicht abhängig zu machen.

⁴⁴So zum EEG 2004 auch: *BGH*, Urt. v. 17.11.2010 – VIII ZR 277/09, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/1182>, Rn. 32.

- **Indiz der (Nicht-)Beständigkeit:**

52 Ein Indiz für die vorrangige Schutzbestimmung liegt auch vor, wenn das Errichtungs- und daraus resultierende Nutzungskonzept objektiv vollkommen unabhängig vom Bestand der Fotovoltaikanlage ist und den Bestand des Gebäudes für sich genommen garantiert.⁴⁵ Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn die Errichtung und Nutzung des Gebäudes im Hinblick auf die Schutzbestimmung durch eine Person erfolgt, die wirtschaftlich und rechtlich verschieden ist von der Betreiberin bzw. dem Betreiber der Fotovoltaikanlage, und diese das Gebäude vollständig unabhängig von der Fotovoltaikanlage betreibt und kommerziell oder beständig ideell verwertet. Anhaltspunkte für die Beständigkeit des Gebäudes und damit ein Indiz dafür, dass dieses „sowieso“ errichtet worden wäre, können sich im Übrigen bei einer wertenden Betrachtung aus den gesamten Umständen des Einzelfalles ergeben,⁴⁶ soweit diese nicht bereits bei den vorgenannten Indizien berücksichtigt worden sind. Diese besonderen Umstände des Einzelfalles sind – da sie sich einer typisierenden Betrachtung, wie sie bei den vorgenannten Indizien möglich ist, gänzlich entziehen – durch die Anlagenbetreiberin bzw. den Anlagenbetreiber besonders sorgfältig darzulegen.

53 Keines der vorgenannten Indizien kann für sich genommen den Ausschlag für oder gegen die Vorrangigkeit der Schutzbestimmung geben; vielmehr ist eine wertende Betrachtung aller in Betracht kommenden Umstände im Einzelfall erforderlich. Dabei kann kein Vorrangverhältnis der einzelnen Indizien aufgestellt werden, weil sich ein solches nicht logisch begründen ließe. Die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, die im Einzelfall für das Vorliegen der Indizien sprechen, trägt die Anlagenbetreiberin bzw. der -betreiber, weil es sich dabei um für diese bzw. diesen günstige Umstände handelt.

⁴⁵Weitergehend *Knapp*, ZNER 2010, 291, 293; *Binder*, ZNER 2009, 355, 357f.; *Schomerus*, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), EEG Kommentar, 2. Aufl. 2011, § 33 Rn. 42: für Feststellung der Vorrangigkeit allein ausreichend, dass bauliche Anlagen zur Umsetzung des anderweitigen Nutzungskonzept nicht objektiv völlig ungeeignet ist.

⁴⁶Ähnlich zum EEG 2004: *BGH*, Urt. v. 17.11.2010 – VIII ZR 277/09, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/1182>; Vorinstanz: *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 16.09.2009 – I-3 U 3/09, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/732>; *OLG Frankfurt (Main)*, Urt. v. 07.01.2010 – 15 U 66/07, S. 24 ff., abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/1063>.

- 54 **Maßgeblicher Zeitpunkt und Zeitraum**, in dem der (vorrangige) Schutzzweck bestehen muss, ist der Zeitpunkt, zu dem die Fotovoltaikanlage an, auf oder in⁴⁷ dem Gebäude angebracht wird. Dies ergibt sich daraus, dass nur zu diesem Zeitpunkt eine vergleichende und wertende Betrachtung verschiedener Bestimmungen einer baulichen Anlage einschließlich der Bestimmung, eine Fotovoltaikanlage zu tragen, sinnvoll ist. Käme es auf die Schutzbestimmung zu einem früheren, vor der Anbringung der Anlage liegenden Zeitpunkt an,⁴⁸ so könnte die hinzukommende Nutzung als PV-Tragwerk von vornherein nicht als ggf. vor- oder nachrangige Bestimmung berücksichtigt werden. Bauliche Anlagen, deren Schutzbestimmung bereits vor Anbringung der Fotovoltaikanlage entfallen ist (z. B. dauerhaft „entwohnte“ oder sonst endgültig aufgegebenes Gebäude)⁴⁹, sind nicht mehr und erst recht nicht vorrangig zum Schutz von Menschen usw. bestimmt.⁵⁰
- 55 Der maßgebliche Zeitpunkt ist somit ein anderer als bei der Prüfung der Vorrangigkeit in § 32 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2012, § 32 Abs. 2 EEG 2009 bzw. § 11 Abs. 3 EEG 2004, weil es dort ausdrücklich auf die *Errichtung* der baulichen Anlage ankommt *und* die *Vergangenheitsform* verwendet wird (bauliche Anlage, die vorrangig zu anderen Zwecken „errichtet worden ist“).⁵¹
- 56 Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Anbringung und nicht der der Inbetriebnahme, weil auch § 33 Abs. 1 EEG 2009/EEG 2012 maßgeblich auf die ausschließliche Anbringung der Anlage anknüpft, ohne dabei den Zeitpunkt der Inbetriebnahme zu erwähnen.

⁴⁷Soweit § 33 EEG 2012 Anwendung findet.

⁴⁸So aber *Bönning*, in: Reshöft (Hrsg.), EEG Handkommentar, 3. Aufl. 2009, § 33 Rn. 12 unter Bezugnahme auf Rechtsprechung zum EEG 2004; *Binder*, ZNER 2009, 355 (355) unter Verweis auf die Begründung zu § 32 Abs. 2 EEG 2009 und auf Rechtsprechung zum EEG 2004; anders auch *Maslaton/Zschiegner*, Handbuch der Rechts der Photovoltaik, 2009, S. 302, 290.

⁴⁹Zu beachten ist, dass bauordnungsrechtlich die bloße Nichtnutzung eines unzerstörten Wohngebäudes nach Realisierung und Innutzungnahme des Bauwerks allein nicht den Schluss zulässt, die Wohnnutzung sei damit endgültig aufgegeben; siehe *OVG Münster*, Urt. v. 14.03.1997 – 7 A 5179/95, Rn. 26 f., zitiert nach juris; bestätigt durch *BVerwG*, Urt. v. 07.11.1997 – 4 C 5/97, zitiert nach juris.

⁵⁰Ähnlich die Wertung des Gesetzgebers bei § 35 Abs. 1 Nr. 8 BauGB in der durch das Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden v. 22.07.2011 eingefügten Fassung, wonach nur eine dem Gebäude baulich untergeordnete Solarstromnutzung im Außenbereich privilegiert sein soll, die „in, an und auf Dach- und Außenwandflächen von zulässigerweise genutzten Gebäuden“ erfolgt; vgl. auch Begründung zum BauGB-Entwurf, BT-Drs. 17/6076, S. 10: „Soweit die Gebäude zurückzubauen sind, entfällt gegebenenfalls auch die Privilegierung für Solaranlagen.“

⁵¹Dies übersehen *Binder*, ZNER 2009, 355 (355) und *Bönning*, in: Reshöft (Hrsg.), EEG Handkommentar, 3. Aufl. 2009, § 33 Rn. 12.

- 57 Es ist für die Vergütung grundsätzlich unerheblich, wenn nach Anbringung der PV-Anlage die Schutzbestimmung vorübergehend oder endgültig entfällt – bspw. bei einem dauerhaft leerstehenden Wohn- oder Stallgebäude.
- 58 Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen:
- 59 Der **Wortlaut** ist insoweit uneindeutig. § 33 Abs. 3 EEG 2009/EEG 2012 bestimmt ausdrücklich keinen Zeitpunkt, zu dem die vorrangige Schutzbestimmung vorliegen muss. Die Präsensformulierung („bestimmt ist“) lässt einerseits eine Deutung zu, wonach die Bestimmung fortdauernd bestehen muss. Jedoch kann andererseits „bestimmt ist“ grammatisch als ein Zustandspassiv gedeutet werden, also als Beschreibung von etwas Erreichtem, „sich im Nachzustand des vom Basisverb“ – hier: *bestimmen* – „bezeichneten Ereignisses“⁵² Befindendem. Ist aber sprachlich die Beschreibung des erreichten Ereignisses gewollt, so entfällt das in der Vergangenheit liegende Ereignis nicht durch eine zukünftige Veränderung. Somit ist eine Auslegung erforderlich.
- 60 Die **systematische Auslegung** stützt eine Deutung, wonach ein späterer Wegfall der Schutzbestimmung unschädlich ist, weil auch bei den Vergütungsregelungen für sog. Freiflächenanlagen eine spätere Änderung der bauplanerischen oder flächenbezogenen Verhältnisse nur dann vergütungsrelevant ist, wenn der Gesetzgeber dies anordnet. So kommt es bei der Vergütung für Strom nach § 32 EEG 2009/EEG 2012 ausdrücklich (nur) auf den bauplanerischen Status im Zeitpunkt der Errichtung (§ 32 Abs. 2 EEG 2009, § 32 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 EEG 2012) oder auf den Zustand der Fläche im Zeitpunkt der Aufstellung des Bebauungsplanes (§ 32 Abs. 3 Satz 1 EEG 2009, § 32 Abs. 2 EEG 2012) an. Spätere, nach der Errichtung der Anlagen eintretende Veränderungen der bauplanerischen oder flächenbezogenen Verhältnisse sind entweder vom Gesetzgeber beabsichtigt (z. B. Veränderung der Acker- zur Grünfläche nach § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EEG 2009) oder unerheblich (z. B. nach der Inbetriebnahme der Anlagen eintretende Unwirksamkeit des Satzungsbeschlusses i. S. v. § 32 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EEG 2009)⁵³. Kommt es auf einen dauerhaften Fortbestand der jeweiligen Vergütungsvoraussetzung an, so ist dies – wie in § 32 Abs. 1 Nr. 3 a) EEG 2012 ausdrücklich und in § 32 Abs. 3 Satz 1 EEG 2009 implizit – im Gesetz zum Ausdruck gebracht worden.

⁵²Maienborn, Das Zustandspassiv: Grammatische Einordnung, Bildungsbeschränkungen, Interpretationsspielraum, 2005, abrufbar unter <http://www.linguistik.uni-tuebingen.de/maienborn/pdf-files/2005-Zustandspassiv.pdf>, insbes. S. 18, zuletzt aufgerufen am 11.10.2011.

⁵³Clearingstelle EEG, Hinweis v. 27.09.2010–2010/8, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/binvw/2010/8>.

- 61 Die **historische Auslegung** – also die Betrachtung insbesondere von § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 als der Vorgängernorm zu § 33 Abs. 3 EEG 2009/EEG 2012 – führt zu keinem Ergebnis, weil – soweit ersichtlich – weder in Bezug auf den Begriff des Gebäudes noch auf den der baulichen Anlage i. S. v. § 11 EEG 2004 thematisiert oder gar geklärt wurde, wie ein späterer Wegfall der Eignung oder Bestimmung einer baulichen Anlage zum Schutz von Menschen usw. sich auf die Vergütung auswirkt.
- 62 Für die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt die Schutzbestimmung mindestens bestehen muss, ist auch die **genetische Auslegung** unergiebig, weil sich den Gesetzgebungsmaterialien hierzu nichts entnehmen lässt.
- 63 Die **teleologische Auslegung** – also die Untersuchung von Sinn und Zweck der Regelung – kommt zu dem Ergebnis, dass eine nach der Anbringung der Anlage eintretende Bestimmungsänderung die Eigenschaft als Gebäude im Sinne von § 33 Abs. 3 EEG 2009/EEG 2012 grundsätzlich nicht entfallen lässt.
- 64 Zwar mag nach bauordnungsrechtlichem Verständnis eine bauliche Anlage ihre Gebäudeeigenschaft verlieren, wenn sie ihre Zweckbestimmung (oder -eignung) verliert; bauordnungsrechtlich mögen Änderungen der Bestimmung eine (Änderungs-) Genehmigung erfordern (§ 59 MBO) oder anderweitige bauordnungsrechtliche Maßnahmen (z. B. Instandhaltungs- oder Abrissverfügungen) nach sich ziehen, auch kann sich die Frage stellen, ob ein Gebäude weiterhin baurechtlichen Bestandsschutz genießt.⁵⁴
- 65 Vergütungsrechtlich hingegen bleiben die Gründe, die zum Zeitpunkt der Anbringung der PV-Anlage am Gebäude für eine erhöhte Vergütung sprachen, auch dann bestehen, wenn das Gebäude nachträglich seine Schutzbestimmung verliert. Sinn und Zweck von § 33 EEG 2009/EEG 2012 ist zum einen, das Potential von Gebäuden zur Solarstromerzeugung zu nutzen; umgekehrt soll verhindert werden, dass Gebäude nur oder vorrangig errichtet werden, um daran oder darauf Solarstromanlagen anzubringen und für den in diesen Anlagen erzeugten Strom die erhöhte Vergütung zu erlangen. Zum anderen sollen die üblicherweise höheren Installations- und Stromgestehungskosten bei Gebäudeanlagen ausgeglichen werden.⁵⁵ Beiden Zwecken wird durch die Vergütungszahlung auch dann noch entsprochen, wenn zeitlich nach der Anbringung der Fotovoltaikanlage die vorrangige Schutzbestimmung entfällt: Die infolge der regelmäßig aufwendigen Montage höheren Stromgestehungskosten werden zum einen durch eine Entwidmung des Gebäudes nicht berührt. Zum

⁵⁴Siehe hierzu auch den Rechtsprechungsnachweis in Fußnote 54.

⁵⁵Vgl. die Begründung zu § 11 EEG 2004: BT-Drs. 15/2327, S. 33.

anderen bleibt eine Dach- oder Fassadenfläche eine bereits versiegelte Fläche, auch wenn die Schutzbestimmung zwischenzeitlich entfällt.

- 66 Entfällt der Schutzzweck bald nach der Widmung, kann dies jedoch ein Indiz dafür sein, dass die bauliche Anlage schon im Zeitpunkt der Anbringung der Fotovoltaikanlage nicht (mehr) *vorrangig* dazu bestimmt war, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen (s. Rn. 52 ff.).
- 67 Wird hingegen noch *vor* Anbringung der Fotovoltaikanlage bauordnungsrechtlich festgestellt,⁶⁶ dass eine ursprünglich der Gebäudedefinition unterfallende bauliche Anlage infolge vor Anbringung der Anlage veränderter Bestimmung kein Gebäude mehr ist, so kann dies dafür sprechen, dass auch im Sinne des § 33 Abs. 3 EEG 2009/EEG 2012 kein Gebäude mehr vorliegt. Der bauordnungsrechtliche Status macht indes eine Einzelfallprüfung der Gebäudedefinition des EEG nach ihrem Sinn und Zweck nicht entbehrlich.

2.1.4 Räumlicher Umfang des Gebäudes

- 68 Der räumliche Umfang eines Gebäudes ist im Einzelfall zu bestimmen. Zum Gebäude gehören alle Bauteile, die eine konstruktive Verbindung zur baulichen Anlage aufweisen⁶⁷ und funktional dem Gebäude zugehören, wie z. B. mit dem Gebäude verbundene Vordächer, Wintergärten, Außenkamine, Terrassenüberdachungen oder Fundamente.⁶⁸ Stets funktional dem Gebäude zuzuordnen sind alle wesentlichen Bestandteile des Gebäudes i. S. v. § 94 BGB; umgekehrt können jedoch auch Scheinbestandteile (§ 95 BGB) Teil des Gebäudes i. S. v. § 33 Abs. 3 EEG 2009/EEG 2012 sein, weil weder die Gebäudedefinition noch die Vergütungsvorschrift des EEG voraussetzen, dass diejenigen Teile des Gebäudes, an oder auf denen die Anlagen angebracht sind, wesentlicher Bestandteil des Gebäudes sind.⁶⁹ Ist im Einzelfall nicht sicher, ob Bauteile funktional zum Gebäude gehören oder vorrangig als Tragwerk der Fotovoltaikinstallation dienen, so kann letzteres jedenfalls dann dahinstehen, wenn die Bauteile, an denen die Module befestigt sind, ihrerseits *ausschließlich* an oder auf dem

⁶⁶Zum Beispiel durch einen rechtskräftigen behördlichen Bescheid.

⁶⁷Oschmann/Sösemann, in: Altrock/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG Kommentar, 3. Aufl. 2011, § 33 Rn. 25.

⁶⁸Ähnlich Salje, EEG Kommentar, 5. Aufl. 2009, § 33 Rn. 16.

⁶⁹Strengere Anforderungen galten beim Anspruch auf die erhöhte Vergütung nach § 11 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004, siehe *Clearingstelle EEG*, Votum v. 18.04.2011 – 2008/39, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/39>.

Gebäude angebracht sind.⁶⁰ Fehlt es hingegen an einer konstruktiven Verbindung oder an einem funktionalen Bezug des Tragwerks zum Gebäude, so kommt nur in Betracht, dass es sich bei dem Tragwerk um eine bauliche Anlage handelt, die nach § 32 EEG 2009/EEG 2012 zu beurteilen ist.

2.2 Lärmschutzwand

2.2.1 Definition

- 69 Eine Lärmschutzwand ist eine bauliche Anlage, die vorrangig dazu bestimmt ist, dem Schutz von Menschen oder Tieren vor schädlichen, nachteiligen, belästigenden oder sonst störenden oder unerwünschten Geräuschen (Lärm) zu dienen.
- 70 Dem **Wortlaut** ist zu entnehmen, dass es sich um eine „Wand“ handeln muss. Eine Wand ist eine bauliche Anlage, deren Ausdehnung in der Höhe und der Breite die in der Tiefe deutlich übersteigt.⁶¹ Nicht zwingend erforderlich ist, dass die Wand senkrecht im Winkel von 90° zur Erdoberfläche errichtet sein muss,⁶² weil begrifflich auch ein geneigtes Bauteil – z. B. bei Dachschrägen – als Wand aufgefasst werden kann. Der weitere Wortbestandteil „Lärmschutz“ indiziert jedoch, dass die bauliche Gestaltung funktional auf den Schutz vor Lärm ausgerichtet sein muss. Als „Lärm (von frühneuhochdeutsch: *larman* = Geschrei; auch Krach) werden Geräusche (Schalle) bezeichnet, die durch ihre Struktur (meist Lautstärke) auf die Umwelt (insbesondere Menschen) störend (Störschall), belastend oder gesundheitsschädigend wirken.“⁶³
- 71 Weitere Kriterien lassen sich dem Wortlaut nicht entnehmen, insbesondere ist nur durch Auslegung zu ermitteln, ob ein bestimmtes Maß an Lärm erforderlich ist und ob eine Wand, die vorrangig als Tragwerk für eine Fotovoltaikanlage und nur nach-

⁶⁰Zur ausschließlichen Anbringung *Clearingstelle EEG*, Votum v. 23.04.2010 – 2008/42, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/42> mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des BGH; *Clearingstelle EEG*, Votum v. 23.08.2011 – 2011/14, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2011/14>.

⁶¹„Wand (Bauteil)“, in: Wikipedia, Die freie Enzyklopädie. Bearbeitungsstand: 29.09.2011, abrufbar unter [http://de.wikipedia.org/w/index.php?title=Wand_\(Bauteil\)&oldid=94182716](http://de.wikipedia.org/w/index.php?title=Wand_(Bauteil)&oldid=94182716), zuletzt abgerufen am 11.10.2011.

⁶²BT-Drs. 17/6071, S. 77: „in der Regel senkrechte künstliche Wände“ (Hervorhebung nicht im Original); *Oschmann/Söseman*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald* (Hrsg.), *EEG Kommentar*, 3. Aufl. 2011, § 33 Rn. 8.

⁶³„Lärm“, in: Wikipedia, Die freie Enzyklopädie. Bearbeitungsstand: 14.11.2011, 11:39 Uhr, abrufbar unter <http://de.wikipedia.org/w/index.php?title=L%C3%A4rm&oldid=95981070>, zuletzt abgerufen am 14.11.2011, 13:26 Uhr.

rangig dem Lärmschutz dient, eine Lärmschutzwand i. S. v. § 33 Abs. 1 EEG 2009/EEG 2012 ist.

- 72 Aus **systematischen** und **teleologischen Gründen** ist erforderlich, dass der Lärmschutz vorrangige Bestimmung der Wand sein muss. Systematisch ergibt sich dies aus der Gleichstellung mit Gebäuden, bei denen – jedenfalls unter Geltung des EEG 2009 und des EEG 2012 – definitionsgemäß die Schutzbestimmung im Vordergrund stehen muss (s. dazu oben unter 2.1.3).⁶⁴ Andernfalls würden Fotovoltaikinstallationen auf „Alibi“-Lärmschutzwänden die erhöhte Vergütung erhalten, was mit Sinn und Zweck von § 33 EEG 2009/EEG 2012 nicht zu vereinbaren wäre, denn die erhöhte Vergütung soll nur für Fotovoltaikanlagen an oder auf „sowieso“ errichteten Lärmschutzwänden gezahlt werden; nicht vom Gesetzgeber gewollt ist, dass Lärmschutzwände vorrangig errichtet werden, um daran Fotovoltaikanlagen zu befestigen.
- 73 Die **historische Auslegung** stützt diesen Befund. Zwar beinhaltet § 11 Abs. 2 EEG 2004 – in dem der Vergütungsanspruch für Anlagen, die ausschließlich an oder auf Gebäuden oder Lärmschutzwänden angebracht worden sind – geregelt war, kein Tatbestandsmerkmal der „Vorrangigkeit“. Das Vorrangigkeitserfordernis war jedoch in § 11 Abs. 3 EEG 2004 enthalten, welcher auf § 11 Abs. 2 EEG 2004 – und damit auch auf Lärmschutzwände – anwendbar war.⁶⁵ Hieran knüpft das nunmehr für sog. Gebäudeanlagen in die Gebäudedefinition des § 33 Abs. 3 EEG 2009/EEG 2012 aufgenommene Kriterium der Vorrangigkeit an, so dass auch bei historischer Betrachtung nicht jedwede Lärmschutzwand von § 33 Abs. 1 EEG 2009/EEG 2012 umfasst sein soll, sondern nur eine solche, die vorrangig dem Lärmschutz dient.
- 74 Die **genetische Auslegung** führt zu keinem Ergebnis, weil im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens, insbesondere in den Gesetzgebungsmaterialien, der Begriff der Lärmschutzwand nicht näher erörtert wurde.
- 75 Eine unwiderlegliche Vermutung, dass eine Lärmschutzwand vorrangig dem Lärmschutz dient, besteht stets dann, wenn die Wand aufgrund der Überschreitung von Immissionsgrenzwerten oder sonst aufgrund der Anwendung lärmschutzbezogener Vorschriften *insbesondere* des Immissionsschutz-, des Anlagen-, des Verkehrs-, des Bauordnungs- und Bauplanungsrechts oder des Nachbarrechts errichtet worden ist. Die Vorschriften, die hierfür in Betracht kommen, sind kaum überschaubar und

⁶⁴Bei § 11 Abs. 2 EEG 2004 ergab sich die Prüfung der Vorrangigkeit durch die Anwendbarkeit von § 11 Abs. 3 und 4 EEG 2004 auch auf Lärmschutzwände i. S. v. § 11 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004.

⁶⁵Zur Anwendbarkeit der bauplanerischen und flächenbezogenen Vergütungsvoraussetzungen des § 11 Abs. 3 und 4 EEG 2004 auf § 11 Abs. 2 EEG 2004: *BGH*, Urt. v. 17.11.2010 – VIII ZR 277/09, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/1182>, Rn. 18 ff.; *Clearingstelle EEG*, Votum v. 09.04.2008 – 2007/4, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2007/4>.

können daher hier nicht abschließend aufgelistet werden.⁶⁶ Die unwiderlegliche Vermutung gilt insbesondere auch dann, wenn nach § 9 Abs. 1 Nr. 24 BauGB⁶⁷ Lärmschutzwände in Bebauungsplänen festgesetzt sind.⁶⁸ Um die unwiderlegliche Vermutung zu begründen, können die hierzu darlegungs- und beweisbelasteten Anlagenbetreiberinnen und -betreiber insbesondere behördliche Bescheide oder Bebauungspläne vorlegen, aus denen sich die öffentlich-rechtliche Pflicht bzw. Befugnis ergibt, die konkrete Lärmschutzwand zu errichten.

- 76 Ist die Errichtung der Lärmschutzwand nicht öffentlich-rechtlich vorgegeben, erfolgt sie also „freiwillig“, so ist im Einzelfall von den Anlagenbetreiberinnen und -betreibern darzulegen und ggf. zu beweisen, dass die Wand vorrangig zum Lärmschutz bestimmt ist. Prüfungsschema für die Vorrangigkeit ist grundsätzlich auch hier die im Anhang enthaltene Prüfungsreihenfolge, wobei die für einfache bauliche Anlagen geltenden Besonderheiten besonders zu beachten sind.
- 77 Wie bei Gebäuden ist es auch bei Lärmschutzwänden unschädlich, wenn bei der Planung und Errichtung die nachrangige Nutzung als PV-Tragwerk mitgedacht und die Lärmschutzwand hierauf optimiert wird.⁶⁹ Ebenfalls unerheblich sind die für die Wand verwendeten Bauprodukte, solange die Bauweise nicht im Widerspruch zum Lärmschutzzweck steht.⁷⁰

2.2.2 Verhältnis zwischen § 33 Abs. 1 und § 32 EEG 2009/EEG 2012

- 78 Befindet sich eine den vorgenannten Anforderungen entsprechende Lärmschutzwand auf Flächen, die in § 32 EEG 2009/EEG 2012 genannt sind, so kommen § 32 EEG 2009 bzw. § 32 Abs. 1 EEG 2012 nicht zur Anwendung, weil die Lärmschutzwand definitionsgemäß vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichtet worden ist (§ 32 Abs. 3 EEG 2009/§ 32 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2012). Gegenüber § 32 Abs. 2 EEG 2012 ist § 33 Abs. 1 EEG 2012 die speziellere Regelung, weil diese Lärmschutzwände ausdrücklich nennt.

⁶⁶Beispielhaft: § 41 BImSchG i. V. m. Verkehrslärmschutzverordnung (16. BImSchV); §§ 47a ff. BImSchG (Lärmschutzwand in Umsetzung der Lärminderungsplanung); Sportanlagenlärmschutzverordnung (18. BImSchV); FluglärmG; § 48 BImSchG i. V. m. TA Lärm; § 9 Abs. 1 Nr. 24 BauGB.

⁶⁷Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung v. 23.09.2004 (BGBl. I S. 2414), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes v. 22.07.2011 (BGBl. I S. 1509).

⁶⁸Vgl. zu solchen Festsetzungen Jäde, in: Jäde/Drinberger/Weiß, BauGB / BauNVO Kommentar, 5. Aufl. 2007, § 9 BauGB Rn. 78.

⁶⁹Siehe oben Rn. 43.

⁷⁰Vgl. Salje, EEG Kommentar, 5. Aufl. 2009, § 33 Rn. 21 f.

- 79 Handelt es sich hingegen um eine Wand, die nicht vorrangig dem Lärmschutz dient, so ist die Vergütung nach § 32 EEG 2009/EEG 2012 zu zahlen, wenn die bauplanerischen bzw. flächenbezogenen Vergütungsvoraussetzungen erfüllt sind.

2.3 Lärmschutzwall

- 80 Dient eine bauliche Anlage zwar vorrangig dem Lärmschutz, ist sie ihrer äußeren Erscheinung nach jedoch keine Wand (z. B. Lärmschutz(steil)wall), so ist § 33 EEG 2009/EEG 2012 nicht anzuwenden. In Betracht kommt jedoch, dass es sich um eine bauliche Anlage handelt.⁷¹ Ist diese vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichtet worden, so ist Strom aus darauf oder daran befestigten Fotovoltaikanlagen nach § 32 Abs. 1 EEG 2009/EEG 2012 zu vergüten.⁷² Wie bei Lärmschutzwänden ist unwiderleglich zu vermuten, dass die bauliche Anlage vorrangig dem Lärmschutz dient, wenn sie aufgrund öffentlich-rechtlicher Anordnung errichtet worden ist (s. Rn. 75).

3 Anhang: Prüfungsschritte zur Ermittlung des (der) vorrangigen Schutzzweck(e)s

1. Wird überhaupt die Zweckbestimmung zum Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen (bzw. zum Lärmschutz) geltend gemacht?
 - Nein: Weitere Prüfung der Vergütungsvoraussetzungen für „Freiflächenanlagen“ nach § 32 EEG 2009/EEG 2012.
 - Ja: Weiter mit Prüfungsschritt 2.
2. Entfiele(n) – objektiv – der (die) Schutzzweck(e), wenn die Solarstromanlage entfiele? Handelt es sich mithin offensichtlich um eine Schutzbestimmung zum Schein, also ein „Alibi-“/„Belanglos-“/„Sinnlos-Gebäude“ (bzw. „Alibi-Lärmschutzwand“)?
 - Ja: Weitere Prüfung der Vergütungsvoraussetzungen für „Freiflächenanlagen“ nach § 32 EEG 2009/EEG 2012.
 - Nein: Weiter mit Prüfungsschritt 3.

⁷¹Zum Begriff der baulichen Anlage s. Rn. 21 mit weiteren Nachweisen.

⁷²Siehe BT-Drs. 17/6071, S. 77.

3. Würde die bauliche Anlage auch dann genutzt, wenn es nicht zur Errichtung der Solarstromanlage käme („Sowieso-Gebäude“)?
 - Nein (aus Sicht der Anlagenbetreiberin/des Anlagenbetreibers): Weitere Prüfung der Vergütungsvoraussetzungen nach § 32 EEG 2009/EEG 2012.
 - Ja (aus Sicht der Anlagenbetreiberin/des Anlagenbetreibers; diese/dieser trägt die Darlegungs- und Beweislast): Weiter mit Prüfung der Indizien, Prüfungsschritt 4.
4. Prüfung der Indizien für die Vorrangigkeit des (der) Schutzzweck(e) zum Zeitpunkt der Anbringung der Anlage (Gesamtschau und wertende Betrachtung *aller* Indizien; Anlagenbetreiberin/Anlagenbetreiber trägt die Darlegungs- und Beweislast):
 - zeitliches Indiz (Rn. 39 ff.)
 - baulich-konstruktives Indiz (Rn. 45 ff.)
 - ökonomisches Indiz (Rn. 47 ff.)
 - Indiz der (Nicht-)Beständigkeit (Rn. 52 f.)

Ende des Entwurfs