

# Stellungnahme

## **Stellungnahme des Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. gegenüber der Clearingstelle EEG zu folgenden Fragen (Verfahren 2011/10):**

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?

Berlin, 12. Dezember 2011

## **Fragestellung:**

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?

## **Stellungnahme:**

### **1. Entscheidung im engeren Sinne**

Die Entscheidung im engeren Sinne enthält bereits wertvolle Hinweise zur Gesetzesauslegung. Allerdings sollten diese gerade hinsichtlich der Einzelheiten der Definition des Gebäudebegriffes nach § 33 Abs. 3 EEG 2009/EEG 2012 um die Befunde in der „Entscheidung im weiteren Sinne“ erweitert werden, z.B. hinsichtlich des Umstandes, dass eine Betretbarkeit durch Menschen in natürlicher, aufrechter Haltung zu erfolgen hat. Dies erleichtert die Lesbarkeit der Entscheidung erheblich, da sich diese Befunde ansonsten nur ergeben würden, wenn man die Entscheidung vollständig liest. Aufgrund der relativen Länge der Entscheidung ist dies für die Praktikabilität aber eher hinderlich.

Aus den gleichen Gründen schlägt der BDEW vor, das Prüfungsschema im Anhang zum Entscheidungsentwurf in die Entscheidung im engeren Sinne vorzuziehen.

### **2. Entscheidung im weiteren Sinne**

Unter **Rdn. 12** des Hinweistwurfes raten wir der leichteren Verständlichkeit halber an, die unbestimmten Rechtsbegriffe innerhalb von § 33 Abs. 3 EEG 2009/2012 aufzuzählen, d.h.

- selbständig benutzbar,
- überdeckt,
- bauliche Anlage,
- von Menschen betretbar,
- vorrangig dazu bestimmt, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sache zu dienen.

Im Rahmen der „Überdeckung“ sollte unter **Rdn. 23** darauf hingewiesen werden, dass diese gemäß der verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung zum Gebäudebegriff nicht nur einen Abschluss nach oben sondern auch eine Abdeckung verlangt, die dazu bestimmt und geeignet ist, Niederschläge jeglicher Art sicher und vollständig abzuleiten (OVG Münster, BRS 14 Nr. 148; BRS 59, Nr. 140; Weißenborn, in: Böhmer/Weißenborn, Erneuerbare Energien, 2. Aufl., S. 350 f. m.w.N.).

Unter **Rdn. 24** sollte im Eingangssatz zwischen „aufrecht“ und „in die bauliche Anlage“ ein „, d.h. ungebückt und in natürlicher Haltung,“ ergänzt werden, wie dies die verwaltungsrechtliche Rechtsprechung zum Gebäudebegriff statuiert hat (vgl. Weißenborn, in: Böh-

mer/Weißenborn, Erneuerbare Energien, 2. Aufl., S. 353 f. m.w.N.). Unklar ist bei den Ausführungen unter dieser Rdn., welche Besonderheiten ein Gebäude aufweisen soll, das „nur von außen betreten werden“ kann. Sollte hier gemeint sein, dass diese baulichen Anlagen nur an ihren Außenwänden betretbar sind, dass sie jedoch keinen Zutritt nach innen hinein erlauben, raten wir eine entsprechende Präzisierung an, teilen jedoch gleichfalls die Ansicht der Clearingstelle, dass es sich dann mangels Schutzfunktion nicht um ein Gebäude im Sinne dieser Regelung handeln kann.

Die Ausführungen unter **Rdn. 25**, wonach ein Eintreten auch durch eine Öffnung im Dach oder unterirdisch erfolgen darf, entsprechen nicht der verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung zum Betreten im Sinne der Musterbauordnung. Hiernach sind bspw. Heizöltanks oder Silos keine Gebäude, wenn sie von Menschen nur durch eine Einstiegs Luke, also auf „unnatürliche Weise“, betreten werden können (VGH Mannheim, Urt. v. 23. Juni 1982, Az. 3 S 1599/81; BayVGH, BayVBl. 1977, S. 49; BayVBl. 1973, S. 641; Dürr, Baurecht, Rdn. 215; Schlez LBO Ba-Wü, § 2 Rdn. 27; Jäde, a.a.O. Rdn. 46; Große-Suchsdorf/Lindorf/Schmaltz/Wiechert, Niedersächs. BO, § 2 Rdn. 33; Böddinghaus/Hahn/Schulte, LBO NRW, § 2 Rdn. 39; Lechner, in: Simon/Busse, Bay. LBO, Art. 2 Rdn. 497 und 499; Jeromin, in: Jeromin/Schmidt/Lang, LBO Rheinl./Pf., § 2 Rdn. 36; Weißenborn, a.a.O. S. 353 f. m.w.N.).

Im Rahmen der Ausführungen zur „Bestimmung“ im Sinne von § 33 Abs. 3 EEG 2009/EEG 2012 unter **Rdn. 31 ff.** sollte außerdem dargestellt werden, dass eine Bestimmung eines Nutzungszwecks nur so weit gehen kann, wie die bauliche Anlage dafür tatsächlich auch objektiv geeignet ist. Das OLG Dresden hatte mit Urteil vom 10.02.2011 (Az. 9 U 958/10) dargestellt, dass eine Bärlauchanpflanzung mit einer parallelen PV-Nutzung, die sich aber faktisch gar nicht als Bärlauchanpflanzung eignet, auch nicht hierzu bestimmt werden kann. Dementsprechend bildet die tatsächliche objektive Eignung einer baulichen Anlage die Grenze für die subjektive Bestimmung ihres Errichtungszwecks.

Darüber hinaus sollte – wie im Falle der Entscheidungen der Clearingstelle EEG in den Verfahren 2007/4 und 2008/42 – auch zur Prüfung der Vorrangigkeit des Nutzungszweckes einer baulichen Anlage nach § 33 Abs. 3 EEG 2009/EEG 2012 hinterfragt werden, ob der Anlagenbetreiber die bauliche Anlage auch oder auch in der betreffenden Form errichtet hätte, wenn er keine Förderung für die Solarstromanlage erhalten hätte. Verneint der Anlagenbetreiber diese Frage, ist klaggestellt, dass der Errichtungszweck der baulichen Anlage ausschließlich oder vorrangig die Solarstromerzeugung gewesen ist. Diese Frage sollte entweder nach Rdn. 32 oder vor Rdn. 39 sowie im Rahmen des Prüfschemas in der Anlage zum Entscheidungsentwurf zwischen dortiger Nr. 1 und Nr. 2 dargestellt werden (vgl. Weißenborn, a.a.O. S. 354 f.).

Der BDEW teilt außerdem die Rechtsansicht der Clearingstelle EEG in **Rdn. 37**, dass eine Belegenheit des Gebäudes innerhalb oder außerhalb der Flächen nach § 32 Abs. 2 und 3 EEG 2009 bzw. § 32 Abs. 1 und 2 EEG 2012 keine Rückschlüsse darüber zulässt, ob die zugrunde liegende bauliche Anlage vorrangig zum Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen errichtet worden ist, oder nicht. Diese Befunde stehen sowohl aus gesetzessystemati-

schen als auch aus rechtslogischen Gründen nebeneinander, ohne sich gegenseitig zu beeinflussen, da sie jeweils an unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft sind.

Im Rahmen der Frage, ob eine nachträgliche Nutzungsänderung die Eigenschaft einer baulichen Anlage als Gebäude im Sinne von § 33 Abs. 3 EEG 2009 und EEG 2012 entfallen lässt (**Rdn. 54 ff.**), teilt der BDEW zwar die Ansicht der Clearingstelle EEG. Allerdings ist hier auch zwischen denjenigen Fällen zu unterscheiden, bei denen die Nutzung der baulichen Anlage als Gebäude nur vorgeschoben war, und solchen, bei denen eine Gebäudenutzung wegen der Schutzfunktion beabsichtigt war, aufgrund später auftretender externer Umstände jedoch nicht länger realisierbar war. Im letzteren Fall verändert dies eindeutig nicht die Eigenschaft der baulichen Anlage als Gebäude im Sinne von § 33 Abs. 3 EEG 2009 und EEG 2012. Bei ersterem Umstand ist bereits im Rahmen der Vorrangigkeitsprüfung die Annahme eines vorrangig anderen Nutzungszwecks zu bezweifeln. So wird ein Anlagenbetreiber einer bislang als Gebäude genutzten baulichen Anlage normalerweise nicht den Nutzungszweck entziehen, wenn sie sich aufgrund der hohen Errichtungskosten dadurch nicht mehr amortisieren lässt. Anders verhält es sich jedoch bei baulichen Anlagen mit geringen Errichtungskosten, bei denen die nachträgliche, ggf. auch sofort nach Errichtung der Solarstromanlagen durchgeführte Entziehung des Errichtungszwecks deutlich einfacher fällt. In diesem Zusammenhang kann daher darauf hingewiesen werden, dass dieses Risiko bereits im Rahmen der Prüfung der Vorrangigkeit durch das baulich-konstruktive Indiz und das Indiz der (Nicht-) Beständigkeit hinreichend berücksichtigt wird und werden sollte. Sollte dies bereits unter Rdn. 66 des Empfehlungsentwurfs angedeutet werden, raten wir an, dies entsprechend zu präzisieren.

**Ansprechpartner:**

Christoph Weissenborn

Telefon: +49 30 300199-1514

[christoph.weissenborn@bdew.de](mailto:christoph.weissenborn@bdew.de)