

2010/6

27. August 2010

Votum

Anonymisierte Fassung zur Veröffentlichung – in eckige Klammern gesetzte Informationen sind zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verfremdet.

Leitsatz:

PV-Anlagen sind auch dann an oder auf einer vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichteten baulichen Anlage angebracht i. S. d. § 11 Abs. 3 EEG 2004, wenn die Module nicht unmittelbar an oder auf der baulichen Anlage, sondern an oder auf einem vorrangig zum Zweck der Solarstromerzeugung errichteten Gebäude befestigt sind, das seinerseits an oder auf der baulichen Anlage angebracht ist.

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchsteller –

Beistand: [...]

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG durch den Vorsitzenden der Clearingstelle EEG Dr. Lovens, vertreten gemäß § 2 Abs. 3 VerfO durch die rechtswissenschaftliche Koordinatorin Richter, und die Mitglieder der Clearingstelle EEG Dr. Pippke und Dr. Winkler am 27. August 2010 folgendes Votum:

Der Anspruchsteller hat einen Anspruch auf Vergütung des in seinen Solarstromanlagen in [...], Ortsteil [...], [...], erzeugten und

in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten Stroms für die Zeit bis zum 31. Dezember 2008 aus §§ 5 Abs. 1, 11 Abs. 1 EEG 2004 und für die Zeit ab dem 1. Januar 2009 aus § 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. §§ 5 Abs. 1, 11 Abs. 1 EEG 2004 gegen die Anspruchsgegnerin. Ein Anspruch auf die erhöhte Vergütung nach § 11 Abs. 2 EEG 2004 besteht nicht.

Inhaltsverzeichnis

1	Tatbestand	3
2	Begründung	6
2.1	Verfahren	6
2.2	Würdigung	6
2.2.1	Anspruch aus §§ 5 Abs. 1 Satz 1, 11 Abs. 2 EEG 2004 („Gebäudevergütung“)	7
2.2.1.1	Gebäudeeigenschaft	7
2.2.1.2	Ausschließliche Anbringung an oder auf dem Gebäude	9
2.2.1.3	Vorrangig anderer Errichtungszweck	9
2.2.1.4	Im Geltungsbereich eines Bebauungsplans	14
2.2.2	Anspruch aus § 11 Abs. 1 EEG 2004 („Grundvergütung“)	16
2.2.2.1	Bauliche Anlage mit vorrangig anderem Errichtungszweck	16
2.2.2.2	Anbringung auf oder an einer baulichen Anlage	19
2.2.2.3	Planerische Voraussetzungen	21

I Tatbestand

- 1 Der Anspruchsteller ist hauptberuflich als Land- und Forstwirt tätig und führt u. a. einen Betrieb für Forstsamen und Forstsamenpflanzen. Er ist Eigentümer des Grundstückes [...] in der Gemeinde [...], Ortsteil [...]. Das Grundstück wird aus den Flurstücken [...] und [...] in Flur [...] der Gemarkung [...] gebildet. Es handelt sich um eine ehemalige Liegenschaft der Bundesrepublik Deutschland, die militärischen Zwecken gedient hat. Auf dem Grundstück befinden sich u. a. 22 Bunker und mehrere Lagerhallen; ein Teil der Fläche ist asphaltiert. Das Grundstück liegt im Geltungsbereich des rechtsverbindlichen Flächennutzungsplanes der Gemeinde [...] aus dem Jahre 1977.
- 2 Neben einer bereits bestehenden Fotovoltaik-Installation mit einer Gesamtleistung von 24,60 kW_p, deren Stromerzeugung von der Anspruchsgegnerin nach § 11 EEG 2004¹ vergütet wird, nahm der Anspruchsteller vor dem 31. Dezember 2008² weitere Fotovoltaikmodule auf dem o. g. Grundstück in Betrieb. Die Installation dieser weiteren Module erfolgte auf einem aus Holz gefertigten Trägerwerk. Dabei wurden die Module auf einer mit einer Folie unterspannten rechteckigen Dachfläche befestigt, die auf der einen Seite bis zum Boden geneigt und auf der gegenüberliegenden Seite in einem Winkel zur Horizontalen von ca. 30° aufgerichtet ist, so dass die Konstruktion im Profil die Form eines Dreiecks aufweist. Auf der aufgerichteten Seite ist die Dachfläche auf T-Trägern befestigt, von denen jeder zweite durch einen weiteren, schräg nach unten verlaufenden Stützpfiler gestützt wird. Seitenwände sind nicht vorhanden. Die Träger, die Pfeiler und die auf den Boden reichende Seite der Dachfläche ruhen auf flach am Boden aufliegenden Holzplanken. Inwieweit diese Planken im Boden verankert sind, kann den zur Akte gereichten Lichtbildern nicht zweifelsfrei entnommen werden. Die Konstruktion weist eine Höhe auf, die ein Betreten durch Menschen in aufrechter Haltung auf der aufgerichteten Seite der Dachfläche bis etwa zur Mitte ermöglicht. Die Länge der Konstruktion wurde nicht dargelegt, nach den vorgelegten Lichtbildern geht die Clearingstelle EEG von einer

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 v. 21.07.2004 (BGBl. I S. 1918), zuletzt geändert durch Art. 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 07.11.2006 (BGBl. I S. 2550), nachfolgend bezeichnet als EEG 2004, außer Kraft gesetzt durch Art. 7 Satz 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074).

²Der genaue Zeitpunkt der Inbetriebnahme ist im Verfahren offen geblieben.

Länge von etwa 35 bis 40 m aus. Im Übrigen wird hinsichtlich der Konstruktion auf die jeweils als Anlage 2 durch den Anspruchsteller und die Anspruchsgegnerin zur Akte gereichten Lichtbilder Bezug genommen. Ob es sich um eine oder mehrere Konstruktionen handelt, ist offen geblieben. Aus Gründen der Vereinfachung wird im Folgenden von nur einer Konstruktion ausgegangen.

- 3 Das Trägerwerk mit den Solarmodulen wurde auf der bereits vorhandenen, aus der Zeit der Nutzung des Geländes als Militärstützpunkt stammenden asphaltierten Fläche errichtet.
- 4 Die Konstruktion wird vom Anspruchsteller als Lagerstätte für Holz und Forstsaatgut sowie als Unterstand für land- und forstwirtschaftliche Nutzfahrzeuge verwendet. Sie wurde – wie von dem als Anlage 5 zum Schreiben vom 11. Juni 2010 des Rechtsbeistands des Anspruchstellers vorgelegten und insoweit nicht bestrittenen Schreiben des Ingenieurbüros [...] bestätigt – für eine Nutzungsdauer von mindestens 30 Jahren konstruiert.
- 5 Für die neu errichteten Fotovoltaikanlagen wird von der Anspruchsgegnerin keine Vergütung nach EEG an den Anspruchsteller gezahlt.
- 6 Der Anspruchsteller behauptet, mit seinem forstwirtschaftlichen Betrieb Erlöse aus der Konstruktion zu erlangen. Hierzu hat sein Rechtsbeistand als Anlage 1 zum Schreiben vom 11. Juni 2010 eine Aufstellung vorgelegt, aus der sich die „Erlöse Forstwirtschaft“ sowie die „Erlöse Photovoltaikanlage“ in den Jahren 2005 bis 2009 ergeben. In dem als Anlage 4 vorgelegten Schreiben bestätigt der Steuerberater [...], dass der Anspruchsteller diese Erlöse erzielt hat. Der Anspruchsteller behauptet weiter, dass die Konstruktion zeitlich vor der Installation der Module errichtet worden sei. Auch dies ergebe sich aus der Anlage 1.
- 7 Der Anspruchsteller sowie sein Rechtsbeistand sind der Auffassung, ein Anspruch auf die Einspeisevergütung nach § 11 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 bestehe, weil die Konstruktion ein Gebäude i. S. d. § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 sei, das zudem vorrangig zu einem anderen Zweck als der Erzeugung von Solarstrom genutzt werde, weil es dem forstwirtschaftlichen Betrieb des Anspruchstellers diene und von diesem genutzt werde. Das ergebe sich aus den vorgelegten Lichtbildern, dem als Anlage 4 beigefügten Schreiben des [...] Ministeriums für den ländlichen Raum, Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz betreffend die „Überprüfung von Forstsaamen- und Forstpflanzenbetrieben; hier: Anmeldung als Forstsaamen- und Forstpflanzenbetrieb“ sowie aus der als Anlage 5 zum Schreiben vom 11. Juni 2010 vorgelegten Bestätigung des Ingenieurbüros [...], dass die Gebäude dem forstwirt-

schaftlichen Betrieb des Anspruchstellers „als Gewächshäuser/Schattenhallen und Unterstand für Pflanzen“ dienen. Zudem handele es sich bei der Fläche, auf der das Gebäude errichtet worden ist, um eine Konversionsfläche aus militärischer Nutzung, die sich – was insoweit unstrittig ist – im Geltungsbereich eines „einfachen Bauleitplans“ der Gemeinde [...] aus dem Jahre 1976 befindet, welcher als Bebauungsplan i. S. d. § 11 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2004 zu bewerten sei.

- 8 Im Übrigen verweist der Beistand des Anspruchstellers auf die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf im Urteil vom 16. September 2009 – I-3 U 3/09³.
- 9 Die Anspruchsgegnerin behauptet, die Holzträgerkonstruktion sei zeitgleich mit den Fotovoltaikanlagen errichtet worden; diese verfüge nicht über eine Dacheindeckung, vielmehr bildeten die Fotovoltaikanlagen das Dach. Ursprünglich habe der Anspruchsteller die Fotovoltaikanlagen auf Munitionsbunkern auf dem verfahrensgenständlichen Grundstück errichten wollen, was sich jedoch wegen asbesthaltiger Baumaterialien als nicht durchführbar erwiesen habe. Zum Beleg hierfür verweist die Anspruchsgegnerin auf ein Schreiben vom 15. Mai 2008, welches die [...] an die [...] richtete. Sie ist der Auffassung, es handele sich bei der Holzkonstruktion nicht um ein Gebäude; jedenfalls sei die Konstruktion nicht vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichtet worden. Die Anlagen lägen nicht im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, der „einfache Bauleitplan“ der Gemeinde [...] aus dem Jahr 1976 sei nicht als Bebauungsplan zu bewerten.
- 10 Mit inhaltsgleichen Anträgen vom 21. April 2010 und 9. April 2010 haben sich der Anspruchsteller und die Anspruchsgegnerin an die Clearingstelle EEG gewandt und beantragt, ein Votumsverfahren gemäß §§ 26 ff. Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG⁴ durchzuführen. Beide Parteien haben einem schriftlichen Verfahren zugestimmt.
- 11 Mit Beschluss vom 18. Juni 2010 hat die Clearingstelle EEG das Votumsverfahren angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautete:

Hat der Anspruchsteller einen Anspruch auf Vergütung des in seinen Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie in [...], Ortsteil [...], [...] erzeugten und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten Stroms für die Zeit bis zum 31. Dezember 2008 gemäß §§ 5

³Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/732>.

⁴Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG v. 01.10.2007 in der Fassung v. 06.04.2010, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/verfahrensordnung>, nachfolgend bezeichnet als VerFO.

Abs. 1, 11 EEG 2004 und für die Zeit ab dem 1. Januar 2009 gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. §§ 5 Abs. 1, 11 EEG 2004?

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 12 Das Verfahren ist gemäß den Vorschriften der VerfO zustandegekommen und durchgeführt worden.
- 13 Die Clearingstelle EEG hat das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 VerfO nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen.
- 14 Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus §§ 2, 26 Abs. 1 i. V. m. § 22 Abs. 3 VerfO.
- 15 Den Parteien ist gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 1 VerfO Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Es wurde ein schriftliches Verfahren gemäß §§ 28 Abs. 2 Satz 1 VerfO durchgeführt. Die Beschlussvorlage für das Votum hat das Mitglied der Clearingstelle EEG Dr. Pippke erstellt.

2.2 Würdigung

- 16 Der Anspruchsteller hat für den in seinen Fotovoltaikmodulen erzeugten Strom keinen Anspruch auf die erhöhte Vergütung nach § 11 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 EEG 2004. Zwar handelt es sich bei der hölzernen Trägerkonstruktion, auf der die Module befestigt sind, um ein Gebäude i. S. d. § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004, jedoch sind die aufgrund des vorrangigen Zwecks der Solarstromerzeugung anwendbaren bauplanungsrechtlichen Voraussetzungen des § 11 Abs. 3 EEG 2004 nicht erfüllt, weil das Gebäude nicht im Geltungsbereich eines Bebauungsplans i. S. d. § 11 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2004 errichtet worden ist (dazu unter 2.2.1).
- 17 Der Anspruchsteller hat jedoch einen Anspruch auf Vergütung nach § 11 Abs. 1 i. V. m. Abs. 3 Halbsatz 1 EEG 2004, weil die Anlage zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie auf einer bereits vorhandenen Asphaltfläche und damit einer baulichen Anlage angebracht ist, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichtet worden ist (dazu unter 2.2.2).

18 Für den bis zum 31. Dezember 2008 erzeugten und eingespeisten Strom ergibt sich der Vergütungsanspruch aus §§ 5 Abs. 1 Satz 1, 11 Abs. 1 EEG 2004. Für den seit dem 1. Januar 2009 erzeugten und eingespeisten Strom ist der Vergütungsanspruch aus § 66 Abs. 1 EEG 2009⁵ i. V. m. § 11 Abs. 1 EEG 2004 i. V. m. § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 (oder § 16 Abs. 1 EEG 2009)⁶ begründet.

2.2.1 Anspruch aus §§ 5 Abs. 1 Satz 1, 11 Abs. 2 EEG 2004 („Gebäudevergütung“)

19 2.2.1.1 **Gebäudeeigenschaft** Es handelt sich bei der gewählten Trägerkonstruktion um ein Gebäude i. S. d. § 11 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004.⁷ „Gebäude“ sind nach der Legaldefinition in § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004

„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.“

20 Diese Tatbestandsmerkmale werden durch die in Frage stehende Konstruktion erfüllt:

21 Die hölzerne Trägerkonstruktion ist aus Bauteilen und Baustoffen hergestellt und mit dem Boden verbunden und stellt deshalb eine *bauliche Anlage* dar (näher zum Begriff der baulichen Anlage i. S. d. § 11 EEG 2004 unter Rn. 47 ff.). Das Merkmal der Verbindung mit dem Erdboden ist dann erfüllt, wenn – unabhängig vom Material, der Art der Verbindung, der konstruktiven Beschaffenheit oder Größe der Anlage – eine gewisse ortsfeste Dauerhaftigkeit gewollt ist.⁸ Auch wenn auf den zur Akte gereichten Fotografien nicht zu erkennen ist, ob die Holzkonstruktion mit dem Boden fest verankert ist, ist doch aufgrund ihrer Größe, ihres anzunehmenden

⁵Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Gesetz v. 11.08.2010 (BGBl. I S. 1170), nachfolgend bezeichnet als EEG 2009.

⁶Ob sich der Vergütungsanspruch für Bestandsanlagen nach § 66 Abs. 1 EEG 2009 aus § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 oder aus § 16 Abs. 1 EEG 2009 (jeweils i. V. m. § 11 Abs. 1 EEG 2004) ergibt, kann im Ergebnis dahinstehen, weil die Rechtsfolge in beiden Fällen die gleiche ist.

⁷Vgl. zum Begriff des Gebäudes auch *BGH*, Urt. v. 17.11.2010 – VIII ZR 277/09, Rn. 12 ff., abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/1182>.

⁸Vgl. hierzu aus der bauplanungsrechtlichen Literatur *Rieger*, in: Schrödter (Hrsg.), Kommentar zum BauGB, 7. Aufl. 2006, § 29 Rn. 9; *Löhr*, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Hrsg.), Baugesetzbuch, 11. Aufl. 2009, § 29 Rn. 9.

Gewichts und der Beschaffenheit der gewählten Konstruktion von einer ortsfesten Dauerhaftigkeit auszugehen.

- 22 Die Trägerkonstruktion ist auch *selbständig benutzbar* im Sinne der Legaldefinition, weil sie für sich geeignet ist, den vom Antragsteller angegebenen Verwendungszweck – als Schattenhalle bzw. Unterstand für forstwirtschaftliche Materialien und landwirtschaftliche Nutzfahrzeuge – zu erfüllen. Für die selbständige Benutzbarkeit der Konstruktion ist es ohne Belang, dass sie zugleich Tragekonstruktion der Fotovoltaikanlage ist.⁹ Die Gebäudeeigenschaft ist deshalb nicht schon wegen eines fehlenden Nutzungszwecks ausgeschlossen.¹⁰
- 23 Darüber hinaus liegt die erforderliche *Begehbarkeit* vor. Hierzu ist es nicht erforderlich, dass das gesamte Gebäude zum Begehen durch Menschen geeignet ist.¹¹ Es reicht deshalb aus, dass die Konstruktion zumindest teilweise ein Betreten durch Menschen in aufrechter Haltung ermöglicht.
- 24 Schließlich ist die bauliche Anlage auch *überdeckt*. Dabei kann dahinstehen, ob die Konstruktion des Anspruchstellers zwischen den PV-Modulen und der Trägerkonstruktion eine eigenständige Dacheindeckung aufweist oder ob die unter den PV-Modulen gespannte Folie für die Annahme einer „Überdeckung“ ausreicht.¹² Denn von einer Überdeckung wäre jedenfalls auch dann auszugehen, wenn das Dach erst durch die PV-Module gebildet wird.¹³ Auf das Vorhandensein von Wänden kommt es für die Überdeckung – bereits dem Wortlaut nach – nicht an.¹⁴
- 25 Die Konstruktion ist schließlich sowohl zur Trocknung des Holzes bzw. Trockenhaltung des Saatguts als auch zum Schutz der aufbewahrten Materialien und Gegenstände gegen Niederschläge geeignet und damit *geeignet, dem Schutz – zumindest – von Sachen zu dienen*.
- 26 Der Auffassung der Anspruchsgegnerin, es handele sich vorliegend nicht um ein Gebäude, kann aufgrund der vorgenannten Umstände nicht gefolgt werden. Auf

⁹Ausführlich hierzu in Bezug auf eine Carportkonstruktion *Clearingstelle EEG*, Votum v. 23.04.2010 – 2008/42, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/42>, unter Rn. 58.

¹⁰Vgl. zu dieser Anforderung *LG Kassel*, Urt. v. 06.12.2006 – 9 O 1510/06, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/199>; *Salje*, EEG Kommentar, 4. Aufl. 2007, § 11 Rn. 38.

¹¹So auch *Bönning*, in: Reshöft (Hrsg.), Handkommentar zum EEG, 3. Aufl. 2009, § 33 Rn. 9.

¹²So *OVG Nordrhein-Westfalen*, Urt. v. 16.05.1997 – 7 A 6272/95, veröffentlicht bei juris, zuletzt abgerufen am 27.08.2010.

¹³So auch *BGH*, Urt. v. 17.11.2010 – VIII ZR 277/09, Rn. 14f., abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/1182>; *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 16.09.2009 – I-3 U 3/09, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/732>.

¹⁴*LG Fulda*, Urt. v. 21.12.2005 – 4 O 581/05, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/70>; *Clearingstelle EEG*, Votum v. 24.07.2009 – 2008/1, Rn. 24, 28 und 37, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/1>.

einen Vergleich mit der Schattenhalle eines anderen Anlagenbetreibers, wie sie auf dem als Anlage 3 durch den Anspruchsteller vorgelegten Lichtbild erkennbar ist, kommt es daher nicht an.

- 27 Über die in der Legaldefinition in § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 genannten Anforderungen hinausgehende Anforderungen an die Art und Weise der baulichen Konstruktion eines Gebäudes sind nicht zu erfüllen. Solche weitergehenden Anforderungen lassen sich weder aus dem Wortlaut des § 11 Abs. 2 EEG 2004 noch aus systematischen oder teleologischen Erwägungen ableiten. Auch im Bauordnungsrecht, welches die Gebäudedefinition wortgleich in § 2 Abs. 2 der Musterbauordnung¹⁵ enthält, finden sich keine Anhaltspunkte für weitergehende Anforderungen an die Bauweise oder Baustoffe für „Gebäude“. Ebenso wenig wurden in der bisherigen Rechtsprechung zu § 11 EEG 2004 zusätzliche Anforderungen für die Qualifizierung einer baulichen Anlage als Gebäude, etwa an die Bauweise oder das verwendete Baumaterial, formuliert. Die Gebäudequalität wurde u. a. für Ställe¹⁶, Viehunterstände¹⁷ und Schattenhallen¹⁸ bejaht.

2.2.1.2 Ausschließliche Anbringung an oder auf dem Gebäude Die PV-Module des Anspruchstellers sind auch ausschließlich an oder auf dem Gebäude angebracht.¹⁹ Das ergibt sich bereits daraus, dass das Gebäude in statischer und konstruktiver Hinsicht die Hauptsache bildet, von dem die Fotovoltaikanlage in ihrem Bestand abhängig ist.²⁰

- 28 **2.2.1.3 Vorrangig anderer Errichtungszweck** Es ist nach Würdigung des Sachverhalts und aller vom Anspruchsteller vorgebrachten und unstrittigen Tatsachen

¹⁵Musterbauordnung (MBO) der Bauministerkonferenz (ARGEBAU) i. d. Fassung v. November 2002, zuletzt geändert Oktober 2008, abrufbar unter <http://www.is-argebau.de>, zuletzt abgerufen am 12.07.2010.

¹⁶Vgl. *LG Kassel*, Urt. v. 6.12.2006 – 9 O 1510/06, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/node/199>.

¹⁷Vgl. *LG Fulda*, Urt. v. 21.12.2005 – 4 O 581/05, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/node/70>; *OLG Frankfurt (Main)*, Urt. v. 01.11.2007 – 15 U 12/07, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/node/373>.

¹⁸Vgl. *BGH*, Urt. v. 17.11.2010 – VIII ZR 277/09, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/rechtsprechung/1182>; *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 16.9.2009 – I-3 U 3/09, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/node/732>.

¹⁹Näher zu den Voraussetzungen einer ausschließlichen Anbringung an oder auf einem Gebäude *Clearingstelle EEG*, *Votum v. 23.04.2010 – 2008/42*, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/votv/2008/42>, Rn. 61 ff.

²⁰Vgl. *BGH*, Urt. v. 29.10.2008 – VIII ZR 313/07, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/node/486>; *Clearingstelle EEG*, *Votum v. 23.04.2010 – 2008/42*, Rn. 68 ff., abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/votv/2008/42>.

allerdings davon auszugehen, dass die Trägerkonstruktion des Anspruchstellers vorrangig i. S. d. § 11 Abs. 3 EEG 2004 zum Zwecke der Solarstromerzeugung errichtet wurde.

- 29 Zwar nutzt der Anspruchsteller das Gebäude unstreitig tatsächlich zum Unterstellen von Forstsamen und Holz und forstwirtschaftlichem Gerät. Insofern wird objektiv ein plausibles Nutzungskonzept jenseits der Solarstromerzeugung verfolgt. Dieser „andere Nutzungszweck“ ist aber gegenüber dem Zweck der Erzeugung von Solarstrom nachrangig.
- 30 Zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen von einem vorrangig anderen Errichtungszweck i. S. d. § 11 Abs. 3 EEG 2004 auszugehen ist, hat die Clearingstelle EEG in ihrem Votum 2008/42²¹ ausführlich Stellung genommen. Danach ist zur Ermittlung des vorrangigen Errichtungszwecks eine mehrstufige Prüfung vorzunehmen:²²
- 31 1. Werden überhaupt andere Zwecke als die Solarstromerzeugung geltend gemacht?
- Nein: Weitere Prüfung der Vergütungsvoraussetzungen nach § 11 Abs. 3 und 4 EEG 2004.
 - Ja: Weiter mit Prüfungsschritt 2.
- 32 2. Entfiele(n) – objektiv – der (die) andere(n) Errichtungszweck(e), wenn die Solarstromanlage entfiele? Handelt es sich mithin offensichtlich um ein Scheinutzungskonzept/„Alibi-Bauwerk“/„Belanglos-Bauwerk“/„Sinnlos-Bauwerk“?
- Ja: Weitere Prüfung der Vergütungsvoraussetzungen nach § 11 Abs. 3 und 4 EEG 2004.
 - Nein: Weiter mit Prüfungsschritt 3.

²¹ Clearingstelle EEG, Votum v. 23.04.2010 – 2008/42, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/42>, Rn. 79 ff.

²² Die im Votum 2008/42 und im vorliegenden Votumsverfahren vorgenommene, ausdifferenzierte Prüfung steht im Einklang mit der Prüfung, die der BGH in seinem Urteil v. 17.11.2010 – VIII ZR 277/09, Rn. 32 ff., abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/1182>, vorgenommen hat. Da das Urteil des BGH erst nach der Beschlussfassung über das vorliegende Votum erging, kann die Prüfung und Begründung im Votumsverfahren 2010/6 nicht tragend auf die Auslegung des BGH gestützt werden. Die Clearingstelle EEG weist jedoch darauf hin, dass sie zu keinem anderen Ergebnis kommen würde, wenn die Begutachtung sich allein an den Ausführungen des BGH im vorgenannten Urteil orientieren würde.

- 33 3. Würde die Fläche auch dann genutzt, wenn es nicht zur Errichtung der Solarstromanlage käme („Sowieso-Bauwerke“)?
- Nein (aus Sicht der Anlagenbetreiberin/des Anlagenbetreibers): Weitere Prüfung der Vergütungsvoraussetzungen nach § 11 Abs. 3 und 4 EEG 2004.
 - Ja (aus Sicht der Anlagenbetreiberin/des Anlagenbetreibers): Weiter mit Prüfung der Kriterien, Schritt 4.
- 34 4. Prüfung der Kriterien für die Vorrangigkeit der Errichtungszwecke:
- zeitliches Indiz
 - baulich-konstruktives Indiz
 - ökonomisches Indiz
 - Indiz der (Nicht-)Beständigkeit
- 35 Da vorliegend andere Zwecke als die Solarstromerzeugung geltend gemacht wurden und diese nicht objektiv entfielen, wenn die Solarstromanlage entfiel, und außerdem aus Sicht des Anlagenbetreibers die Konstruktion auch dann errichtet worden wäre, wenn die Fotovoltaikanlagen entfielen, war die Prüfung der Kriterien für die Vorrangigkeit der Errichtungszwecke maßgeblich. Diese führt zu dem Ergebnis, dass die anderen Zwecke bei der Errichtung der Holzkonstruktion nicht vorrangig waren. Insbesondere ist keine objektive „qualifizierte Bestandsgarantie“ für das andere Nutzungskonzept ersichtlich.
- 36 Vielmehr sprechen nach Würdigung des unstrittigen Sachverhalts mehr Indizien gegen als für die Vorrangigkeit des anderweitigen Errichtungszwecks:
- 37
- Fallen die Errichtung des Gebäudes einerseits und die Installation der PV-Module andererseits **zeitlich** auseinander, kann hierin zwar ein Indiz für die Vorrangigkeit eines anderen Nutzungszwecks zu sehen sein.²³ Der diesbezügliche Vortrag in dem Schreiben des Rechtsbeistandes des Anspruchstellers vom 11. Juni 2010 ist jedoch nicht hinreichend substantiiert. Die als Anlage 1 vorgelegte Aufstellung der Erlöse des Anspruchstellers in den Jahren 2005 bis

²³Clearingstelle EEG, Votum v. 23.04.2010 – 2008/42, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/42>, Rn. 101 ff.

2009 aus der Forstwirtschaft einerseits und der – bereits bestehenden und daher nicht verfahrensgegenständlichen²⁴ – Fotovoltaik-Installation andererseits, die belegen soll, dass das Gebäude zunächst ohne PV-Module errichtet wurde, ist insoweit unergiebig. Auch wird in der als Anlage 4 (a)²⁵ von dem Rechtsbeistand des Anspruchstellers vorgelegten Bestätigung des Steuerberaters [...] nicht zwischen den Erlösen aus dem forstwirtschaftlichen Betrieb insgesamt und den Erlösen unterschieden, die der Anspruchsteller gegebenenfalls aus der Nutzung der Gebäude erlangt hat. Es wird vielmehr nur bestätigt, dass der Anspruchsteller in den Jahren 2005 bis 2009 die in der Anlage aufgeführten Erlöse erzielt hat. Dass das Gebäude zeitlich vor den PV-Modulen installiert wurde, ergibt sich daraus nicht. Es ist daher davon auszugehen, dass das Gebäude und die PV-Module in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang installiert wurden.

- Das Gebäude, an welchem die PV-Module angebracht sind, besteht aus einer einfachen Holzkonstruktion. **Baulich-konstruktiv**²⁶ hat indes auch der andere Nutzungszweck – die Nutzung als Unterstand – im Hinblick auf die zu wählende Konstruktion keinen speziellen baulichen Aufwand, z. B. eine besondere Statik oder Stabilität, erfordert. Der geringe bauliche Aufwand als solcher lässt daher keinen Rückschluss auf die Frage zu, ob das Gebäude vorrangig zum Zwecke der Solarstromerzeugung oder der Lagerung errichtet wurde. Die Konstruktion entspricht aber auch nicht anderen Gebäuden, wie sie in der Praxis typischerweise für den angegebenen Nutzungszweck – und ohne PV-Module – errichtet werden. Die Art seiner Konstruktion spricht daher jedenfalls nicht *für* die Annahme, dass das Gebäude vorrangig zur Lagerzwecken errichtet wurde.

38

- Ebenso wenig ist ein **ökonomisches**²⁷ Indiz für die vorrangige forst- und landwirtschaftliche Nutzung des Gebäudes erkennbar. Ein solches Indiz wäre ins-

²⁴Vgl. Rn. 2.

²⁵Es wurden – offenbar versehentlich – zwei verschiedene Anlagen zum Anwaltsschreiben v. 11.06.2010 als „Anlage 4“ bezeichnet; um Verwechslungen zu vermeiden, wird im Folgenden die Bestätigung des Steuerberaters v. 10.06.2010 als „Anlage 4 (a)“ und das Schreiben des [...] Ministeriums für den ländlichen Raum, Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz v. 15.01.2008 als „Anlage 4 (b)“ bezeichnet.

²⁶S. hierzu *Clearingstelle EEG*, Votum v. 23.04.2010 – 2008/42, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/42>, Rn. 106 ff.

²⁷*Clearingstelle EEG*, Votum v. 23.04.2010 – 2008/42, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/42>, Rn. 109 ff.

besondere anzunehmen, wenn der betriebswirtschaftliche Ertrag der anderen Nutzung den Bestand der baulichen Anlage für sich genommen refinanzierte (bezüglich Investitionskosten) und garantierte (bezüglich der Instand- oder der Unterhaltungskosten) und dabei nicht in einem auffälligen Missverhältnis zu dem Ertrag der solaren Nutzung steht. Der diesbezügliche Vortrag des Rechtsbeistandes des Anspruchstellers im Schreiben vom 11. Juni 2010 ist aber widersprüchlich und damit nicht hinreichend substantiiert. Unergiebig ist insoweit insbesondere die als Anlage 1 vorgelegte Aufstellung der Erlöse aus den Jahren 2005 bis 2009. Hieraus ergibt sich lediglich, dass der Anspruchsteller in den Jahren 2005 bis 2007 Erlöse allein aus der Forstwirtschaft und in den Jahren 2008 und 2009 Erlöse sowohl aus der Forstwirtschaft als auch aus der vorhandenen – und hier nicht streitgegenständlichen – Fotovoltaik-Installation erzielt hat und auf die Solarstromerzeugung rund ein Drittel seines Gesamterlöses zurückzuführen ist. Eine Vorrangigkeit der forstwirtschaftlichen Nutzung des verfahrensgegenständlichen *Gebäudes* ergibt sich daraus nicht. Insbesondere wird nicht plausibel, warum – und ggf. in welchem Umfang – die dargestellten „Erlöse Forstwirtschaft“ zugleich Erlöse *dieses Gebäudes* sein bzw. speziell auf die Nutzung *dieses Gebäudes* zurückzuführen sein sollen. Die als Anlage 4 (a) vorgelegte Bestätigung des Steuerberaters [...], in der die in der Anlage aufgeführten Erlöse unspezifisch als Erlöse des Anspruchstellers benannt werden, spricht vielmehr dafür, dass die „Erlöse Forstwirtschaft“ nicht nur solche sind, die der Anspruchsteller aus der Nutzung des Gebäudes erzielt hat, sondern vielmehr der Gesamterlös aus seiner hauptberuflichen Tätigkeit als Land- und Forstwirt. Dass der Anspruchsteller hauptberuflich Forstwirt ist, reicht zur Darlegung eines vorrangig anderen Nutzungszwecks des Gebäudes aber nicht aus. Die Notwendigkeit eines seit 2008 bestehenden (erweiterten) Lagerbedarfs im Rahmen des forstwirtschaftlichen Betriebes oder ein vergleichbares Nutzungskonzept wurde vom Anspruchsteller nicht plausibel dargelegt. Eine solche Darlegung ergibt sich insbesondere nicht aus dem als Anlage 4 (b) vorgelegten Schreiben des [...] Ministeriums für den ländlichen Raum, Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz vom 15. Januar 2008. Daraus geht zwar hervor, dass bei einer Ortsbegehung am 7. Dezember 2007 festgestellt worden ist, dass bei dem von dem Anspruchsteller gemeldeten Forstsamen- und Forstpflanzenbetrieb gemäß § 17 FoVG (Forstvermehrungsgutgesetz) „die ordnungsgemäße Qualifikation und technischen Einrichtungen vorhanden sind“. Es lässt sich aber weder entnehmen, ob und in welcher Hinsicht die verfahrens-

gegenständliche Konstruktion für den Forstsamen- und Forstpflanzenbetrieb erforderlich und geeignet ist, noch ob sie im Zeitpunkt der Ortsbegehung bereits erbaut oder überhaupt Gegenstand der Ortsbesichtigung war.

- 39 • Allein der Umstand, dass das Gebäude für eine über die Vergütungsdauer von 20 Jahren hinausgehende Nutzungsdauer von 30 Jahren konstruiert wurde, wie der Rechtsbeistand des Anspruchstellers mit dem als Anlage 5 vorgelegten Schreiben des Ingenieurbüros [...] dargelegt hat, ist nicht geeignet, die Vorrangigkeit der Nutzung zu forst- und landwirtschaftlichen Zwecken zu indizieren. Hierzu wäre die Darlegung eines für sich genommen „beständigen“ **Nutzungskonzepts** erforderlich gewesen, d. h. eines Nutzungskonzeptes, das unabhängig vom Bestand der Solarstromanlage und auch ohne die Solarstromvergütung (ökonomisch) tragfähig ist. Hierfür lässt sich aus dem Vortrag des Anspruchstellers aber nichts ableiten.

40 In einer Gesamtschau reichen die von dem – insoweit darlegungs- und beweisbelasteten – Anspruchsteller vorgebrachten Tatsachen nicht aus, um von einem vorrangig anderen Errichtungszweck des Gebäudes auszugehen. Es ist daher für die rechtliche Würdigung davon auszugehen, dass der vorrangige Zweck des Gebäudes die Erzeugung von Solarstrom ist.²⁸ Hieraus folgt, dass ein Vergütungsanspruch nur gegeben ist, wenn auch die weiteren Voraussetzungen des § 11 Abs. 3 EEG 2004 erfüllt sind.²⁹

41 **2.2.1.4 Im Geltungsbereich eines Bebauungsplans** Die Voraussetzungen nach § 11 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 EEG 2004 sind bei den PV-Anlagen des Anspruchstellers nicht erfüllt. Das Gebäude liegt weder im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, noch wurde für die Fläche ein Verfahren nach § 38 BauGB³⁰ durchgeführt.

42 § 11 Abs. 3 und Abs. 4 EEG 2004 findet für Solarstromanlagen, die an oder auf Gebäuden i. S. d. § 11 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 angebracht sind, Anwendung, soweit die

²⁸Ob mangels Darlegung und Beweis der Vorrangigkeit des anderen Nutzungszweckes anzunehmen ist, dass die Lagerstätte entweder gleichrangig zum Zwecke der Solarstromerzeugung und zum Zwecke der Lagerung oder vorrangig zu Lagerzwecken errichtet wurde, kann dahinstehen, da beide Annahmen zu denselben Rechtsfolgen führen. Der sprachlichen Vereinfachung halber wird für die weitere rechtliche Würdigung vom vorrangigen Zweck der Solarstromerzeugung ausgegangen.

²⁹Vgl. hierzu eingehend *Clearingstelle EEG*, Votum v. 09.04.2008 – 2007/4, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2007/4>.

³⁰Baugesetzbuch (BauGB) in der Fassung der Bekanntmachung v. 23.09.2004 (BGBl. I S. 2414), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes v. 31.07.2009 (BGBl. I S. 2585).

Gebäude nicht vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichtet worden sind.³¹

- 43 Nach § 11 Abs. 3 Nr. 1 und 2 EEG 2004 muss eine PV-Anlage, die an oder auf einem vorrangig zum Zwecke der Erzeugung von Strom aus Solarenergie errichteten Gebäude angebracht ist, entweder auf einer planfestgestellten Fläche oder im Geltungsbereich eines Bebauungsplans i. S. d. § 30 BauGB liegen.³² Ein Flächennutzungsplan kann die Voraussetzungen des § 11 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2004 dabei nicht erfüllen. Denn der Flächennutzungsplan ist kein Bebauungsplan i. S. d. § 30 BauGB, sondern nur ein „vorbereitender Bauleitplan“ (§ 1 Abs. 2 BauGB). Die Pflicht zur Darlegung und ggf. zum Nachweis des Vorliegens eines Bebauungsplans trägt die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber.³³
- 44 Der mithin darlegungs- und beweispflichtige Anspruchsteller hat mit dem als Anlage zu dem Schreiben seines Rechtsbeistandes vom 11. Juni 2010 vorgelegten Schreiben der Gemeinde [...] vom 16. Juni 2010 lediglich dargelegt, dass die in Frage stehenden Flurstücke von der Bauleitplanung der Gemeinde erfasst werden, worunter jedoch sowohl Flächennutzungspläne als auch Bebauungspläne definiert werden (vgl. § 1 Abs. 2 BauGB). Aus dem von der Anspruchsgegnerin als Anlage zum Schreiben vom 13. Mai 2009 vorgelegten Schreiben der Gemeinde [...] vom 12. Mai 2009 ergibt sich hingegen, dass gerade kein Bebauungsplan vorhanden ist. Das Vorliegen eines Flächennutzungsplanes genügt den Anforderungen des § 11 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2004 – wie in Rn. 43 dargestellt – nicht.
- 45 Ein Anspruch des Anspruchstellers auf die erhöhte Vergütung nach § 11 Abs. 2 EEG 2004 besteht daher mangels Bebauungsplans und mangels einer Planfeststellung i. S. d. § 38 BauGB nicht.

³¹ Clearingstelle EEG, *Votum* v. 09.04.2007 – 2007/4, S. 13, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2007/4>; Clearingstelle EEG, *Votum* v. 23.04.2010 – 2008/42, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/42>, Rn. 77; ebenso BGH, *Urt.* v. 17.11.2010 – VIII ZR 277/09, Rn. 18 ff., abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/rechtsprechung/1182>; OLG Frankfurt (Main) *Urt.* v. 01.11.2007 – 15 U 12/07, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/373>; OLG Düsseldorf, *Urt.* v. 16.09.2009 – 3 U 3/09, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/node/732>; a. A.: Müller, in: Danner/Theobald, *Energierecht*, 64. Ergänzungslieferung 2009, § 11 Rn. 45; Altröck/Oschmann/Theobald, *EEG Kommentar*, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 47.

³²Näher zum Planungserfordernis Clearingstelle EEG, *Empfehlung* v. 25.11.2010 – 200/16, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2008/16>.

³³So auch Bönning, in: Reshöft (Hrsg.), *Kommentar zum EEG*, 3. Aufl. 2009, § 32 Rn. 27.

2.2.2 Anspruch aus § 11 Abs. 1 EEG 2004 („Grundvergütung“)

- 46 Dem Anspruchsteller steht jedoch ein Anspruch auf Vergütung nach § 11 Abs. 1 i. V. m. Abs. 3 Halbsatz 1 EEG 2004 zu, weil die Module – über die ausschließliche Anbringung an oder auf einem Gebäude, das vorrangig zum Zweck der Solarstromerzeugung errichtet worden ist, hinaus – an oder auf einer baulichen Anlage angebracht sind, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden ist. Diese sonstige bauliche Anlage ist die aus der militärischen Nutzung stammende Asphaltfläche, auf der das Gebäude errichtet wurde. Das Fehlen eines Bebauungsplans steht dem Vergütungsanspruch aus § 11 Abs. 1 EEG 2004 insoweit nicht entgegen.
- 47 **2.2.2.1 Bauliche Anlage mit vorrangig anderem Errichtungszweck** Die militärisch vorgenutzte Asphaltfläche, auf der das mit den Fotovoltaikmodulen versehene Gebäude des Anspruchstellers errichtet wurde, stellt eine bauliche Anlage i. S. d. § 11 Abs. 3, Halbsatz 1 EEG 2004 dar.
- 48 Die bauliche Anlage ist im EEG 2004 nicht definiert. Aus der Gebäudedefinition in § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004, die ein Gebäude als qualifizierte bauliche Anlage bestimmt, ist jedoch im Umkehrschluss zu folgern, dass die Annahme einer baulichen Anlage *nicht* voraussetzt, dass diese selbständig benutzbar und überdeckt ist, von Menschen betreten werden kann und geeignet oder bestimmt ist, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen.
- 49 Im Übrigen ist der Begriff der baulichen Anlage i. S. d. EEG 2004 eigenständig nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes unter Bezugnahme auf das Bauplanungs- und das Bauordnungsrecht auszulegen.³⁴
- 50 Ob der Begriff der baulichen Anlage in § 11 EEG 2004 dabei unter **systematischen Aspekten** unter Einbeziehung anderer Regelwerke eher im bauplanungsrechtlichen (vgl. § 29 BauGB) oder eher im bauordnungsrechtlichen Sinne (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 1 MBO) zu verstehen ist, kann vorliegend dahingestellt bleiben, da die Asphaltfläche in beiden Fällen den jeweiligen Anforderungen an eine bauliche Anlage genügt.
- 51 Eine bauliche Anlage i. S. d. § 29 BauGB liegt dann vor, wenn sie im weitesten Sinne gebaut, d. h. in einer auf Dauer gedachten Weise künstlich mit dem Erdboden ver-

³⁴Vgl. zum Begriff der baulichen Anlage auch *BGH*, Urt. v. 17.11.2010 – VIII ZR 277/09, Rn. 12 f., 21, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/1182>.

bunden ist und bodenrechtliche Relevanz hat.³⁵ Auf das Material, die Art der Verbindung mit dem Boden, die konstruktive Beschaffenheit oder die Größe der Anlage kommt es dabei nicht an. Von einer bodenrechtlichen Relevanz ist auszugehen, wenn ein Vorhaben für die städtebauliche Entwicklung erheblich ist und die Zielsetzungen des § 1 Abs. 6 BauGB betroffen sind.³⁶ Die Asphaltfläche ist vorliegend bereits aufgrund ihrer auf Dauer angelegten künstlichen Verbindung mit dem Erdboden „gebaut“ im bauplanungsrechtlichen Sinne. Darüber hinaus ist sie auch von bodenrechtlicher Relevanz. Das ergibt sich schon daraus, dass gerade auch Verkehrsflächen mit besonderer Zweckbestimmung nach § 9 Abs. 1 Nr. 11 BauGB Gegenstand des Bebauungsplanes sein können.

- 52 In der Gesetzesbegründung zum EEG 2004 wird der Begriff der baulichen Anlage unter Verweis auf das Bauordnungsrecht als mit dem Erdboden verbundene, aus Bauteilen oder Baustoffen hergestellte Anlage definiert. Sonstige bauliche Anlagen sollen insbesondere Straßen, Stellplätze, Deponieflächen, Lager- und Abstellflächen sein.³⁷
- 53 Im Bauordnungsrecht selbst wird eine bauliche Anlage in § 2 Abs. 1 Satz 1 MBO wie folgt definiert:

Bauliche Anlagen sind mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen; eine Verbindung mit dem Boden besteht auch dann, wenn die Anlage durch eigene Schwere auf dem Boden ruht oder auf ortsfesten Bahnen begrenzt beweglich ist oder wenn die Anlage nach ihrem Verwendungszweck dazu bestimmt ist, überwiegend ortsfest benutzt zu werden.

- 54 Da die Asphaltfläche aus Bauprodukten hergestellt und mit dem Erdboden verbunden ist, genügt sie auch den Merkmalen einer baulichen Anlage im bauordnungsrechtlichen Sinne.

³⁵Vgl. *BVerwG*, Urt. v. 17.12.1976 – IV C 6.75, *NJW* 1977, 2090; *BVerwG*, Urt. v. 3.12.1992 – 4 C 27.91, *NVwZ* 1993, 983, 984; *Rieger*, in: Schrödter (Hrsg.), *Kommentar zum BauGB*, 7. Aufl. 2006, § 29 Rn. 6.; *Löhr*, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Hrsg.), *Baugesetzbuch*, 11. Aufl. 2009, § 29 Rn. 9.

³⁶Vgl. *Krautzberger*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Hrsg.), *Baugesetzbuch*, 92. Ergänzungslieferung 2009, § 29 Rn. 24. Bejaht wurde die Eigenschaft als bauliche Anlage i. S. v. § 29 Abs. 1 BauGB etwa für einen mit Schotter befestigten Platz für Wohnwagen oder einen mit einer Splittschicht überzogenen Lager- und Ausstellungsplatz, s. die Nachweise bei *Weißborn*, in: Böhmer/Weißborn (Hrsg.), *Erneuerbare Energien – Perspektiven für die Stromerzeugung*, 2. Aufl. 2009, S. 261, 335.

³⁷Vgl. *BT-Drs.* 15/2864, S. 44.

- 55 Eine Einschränkung des Begriffs der baulichen Anlage aus **systematischen** Erwägungen ist nicht geboten. Zwar findet sich in § 11 Abs. 4 Nr. 1 EEG 2004 eine Regelung zu Flächen, „die zum Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplans bereits versiegelt waren“. Bauliche Anlagen gehen häufig mit Versiegelungen einher; umgekehrt stellen Versiegelungen häufig bauliche Anlagen dar.³⁸ Insofern weisen die Regelungsgegenstände in § 11 Abs. 4 Nr. 1 und Abs. 3, Halbsatz 1 EEG 2004 Überschneidungsbereiche auf. Dennoch sind die Regelungsbereiche nicht vollständig deckungsgleich. So sind aufgrund des weiten Begriffs der baulichen Anlage auch Fälle möglich, in denen bauliche Anlagen nicht mit Versiegelungen einhergehen. Und umgekehrt kann es auch Versiegelungen geben – etwa in Form von Bodenverdichtungen –, die keine baulichen Anlagen sind.³⁹ Vor diesem Hintergrund lässt sich nicht ableiten, dass etwa § 11 Abs. 4 Nr. 1 EEG 2004 im Verhältnis zu § 11 Abs. 3 Halbsatz 1 EEG 2004 als speziellere Regelung vorgehe.
- 56 Ebensowenig lässt sich herleiten, dass der Begriff der „baulichen Anlage“ in § 11 Abs. 3 EEG 2004 **teleologisch** zu reduzieren sei. Insoweit ist die Begrenzung der Inanspruchnahme von Freiflächen durch Fotovoltaikanlagen, die der Gesetzgeber durch § 11 EEG 2004 erreichen wollte, zu berücksichtigen.⁴⁰ Ökologisch sensible Flächen sollen nicht für die Installation von Freiflächenanlagen in Anspruch genommen werden.⁴¹ Hieraus ergibt sich für den vorliegenden Sachverhalt keine Einschränkung für die Auslegung des Begriffs der baulichen Anlage. Eine Asphaltfläche ist als vollständig versiegelte Fläche erheblich ökologisch beeinträchtigt.
- 57 Im Ergebnis handelt es sich bei der Asphaltfläche damit um eine bauliche Anlage. Diese wurde zu ausschließlich militärischen Zwecken und mithin nicht vorrangig zum Zwecke der Stromerzeugung angelegt. Der spätere Wegfall des militärischen Zweckes lässt den vorrangig anderen Zweck nicht entfallen, weil es insoweit auf die Zwecksetzung zum Zeitpunkt der Errichtung ankommt.⁴²

³⁸ Oschmann, in: Altröck/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG-Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 63.

³⁹ Fischer/Lorenzen, RdE 2004, 209, 211.

⁴⁰ Ausführlich hierzu *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 01.07.2010 – 2010/2, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2010/2>, Rn. 127 ff.; vgl. auch BGH, Urt. v. 17.11.2010 – VIII ZR 277/09, Rn. 32, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/1182>.

⁴¹ Vgl. BT-Drs. 15/2864, S. 44; Salje, EEG Kommentar, 4. Aufl. 2007, § 11 Rn. 59.

⁴² Ebenso LG Gießen, Urt. v. 27.05.2010 – 4 O 83/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/1081>.

- 58 2.2.2.2 **Anbringung auf oder an einer baulichen Anlage** Der Anspruchsteller hat die Solarmodule auch auf der vorrangig zu anderen Zwecken errichteten baulichen Anlage i. S. d. § 11 Abs. 3 EEG 2004 „angebracht“.
- 59 Im Gegensatz zu § 11 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 verlangt § 11 Abs. 3, Halbsatz 1 EEG 2004 nicht, dass die Anbringung „ausschließlich“ an oder auf der baulichen Anlage erfolgt. Eine solche „ausschließliche“ Anbringung setzt voraus, dass sämtliche wesentlichen Bestandteile der Fotovoltaikanlage vollständig an oder auf dem Gebäude bzw. der Lärmschutzwand angebracht sind und dabei ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen Solarmodulen und Gebäude/Lärmschutzwand in dem Sinne besteht, dass die Fotovoltaikanlage in ihrem Bestand von der baulich-technischen Konstruktion und insbesondere Statik des Gebäudes abhängt.⁴³ Auch ist im Unterschied zu § 11 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 keine Anbringung erforderlich, die die Fotovoltaikanlage zum wesentlichen Bestandteil der baulichen Anlage werden lässt.
- 60 Vielmehr genügt dem Wortlaut nach jede Anbringung, also jede baulich-konstruktive Befestigung der Fotovoltaikanlage an oder auf der baulichen Anlage.⁴⁴
- 61 Dieses Begriffsverständnis des **Wortlauts** entspricht dem allgemeinen Sprachgebrauch, demzufolge unter „anbringen“ das Festmachen an einer bestimmten Stelle bzw. befestigen zu verstehen ist.⁴⁵ Als Synonyme werden „anmontieren, anschlagen, anschließen, ansetzen, befestigen und installieren“ verwendet.⁴⁶
- 62 Soweit Rechtsprechung vorhanden ist, steht die Frage der „Anbringung“ nicht im Mittelpunkt des jeweils zu beurteilenden Falles. Hinsichtlich einer Fotovoltaikanlage an oder auf einem Gebäude wurde lediglich festgestellt, dass die Anlage

„durch Mittel baulicher Verbindungstechnik auf oder an dem Gebäude befestigt sein [müsse].“⁴⁷

⁴³Vgl. *BGH*, Urt. v. 29.10.2008 – VIII ZR 313/07, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/node/486>, sowie *Clearingstelle EEG*, Votum v. 20.10.2008 – 2008/25, S. 8, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/votv/2008/25>.

⁴⁴*BGH*, Urt. v. 29.10.2008 – VIII ZR 313/07, Rn. 16 a. E., abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/node/486>, Rn. 16; *OLG Frankfurt (Main)*, Urt. v. 07.01.2010 – 15 U 66/07, S. 20 f., abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/node/1063>; *Oschmann*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald* (Hrsg.), EEG, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 48; *Salje*, EEG Kommentar, 4. Aufl. 2007, § 11 Rn. 62.

⁴⁵Vgl. *Duden*, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in 10 Bd., 3. Aufl. 1999.

⁴⁶Vgl. *Duden*, Das Synonymwörterbuch, 4. Aufl. 2006.

⁴⁷Vgl. *BGH*, Urt. v. 29.10.2008 – VIII ZR 313/07, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/node/486>.

- 63 Über eine irgend geartete Befestigung hinausgehende Anforderungen sind für die Annahme einer „Anbringung“ i. S. d. § 11 Abs. 3 EEG 2004 nicht zu erfüllen. Vielmehr ist nur eine einfache Anbringung erforderlich, an die keine weitergehenden Anforderungen zu stellen sind.⁴⁸
- 64 Der Annahme einer Anbringung der PV-Module an oder auf der Asphaltfläche steht nicht entgegen, dass die Module nicht unmittelbar auf der Asphaltfläche, sondern ihrerseits auf dem vorrangig zum Zwecke der Solarstromerzeugung errichteten Gebäude installiert sind.
- 65 Die Clearingstelle EEG hat in ihrem Votum vom 20. Oktober 2008 ausgeführt, dass auch dann von einer „Anbringung“ der Module an oder auf einem Gebäude i. S. d. § 11 Abs. 2 EEG 2004 auszugehen ist, wenn die Module nicht unmittelbar mit dem Dach verbunden, sondern auf einer Trägerkonstruktion befestigt sind.⁴⁹ Ähnliches gilt bei § 11 Abs. 3 Halbsatz 1 EEG 2004 für den Fall, dass die Module nicht unmittelbar auf einer baulichen Anlage, sondern auf einem vorrangig zum Zwecke der Solarstromerzeugung errichteten Gebäude befestigt sind, das seinerseits mit der Asphaltfläche verbunden ist. Die PV-Anlagen sind auch in diesem Fall baulich-konstruktiv an der Asphaltfläche angebracht.⁵⁰
- 66 Dieses Ergebnis steht insbesondere mit **teleologischen** Überlegungen im Einklang. Sinn und Zweck der Regelungen in § 11 Abs. 3 und 4 EEG 2004 ist die Vermeidung einer weiteren Versiegelung ökologisch sensibler Flächen. Dieses Ziel wird nicht dadurch beeinträchtigt, dass auch solche Anlagen als an oder auf einer baulichen Anlage angebracht qualifiziert werden, die dort nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar über ein zu diesem Zweck errichtetes Gebäude angebracht sind. Maßgeblich ist insoweit, dass eine ohnehin bereits vorhandene bauliche Anlage als Standort für eine PV-Installation genutzt wird und nicht zusätzliche Freifläche in Anspruch genommen wird. Wie die Module an oder auf der baulichen Anlage angebracht sind, ist zur Erfüllung dieses Zwecks irrelevant.

⁴⁸Vgl. zum Verhältnis von § 11 Abs. 2 Satz 1 zu Satz 2: *BGH*, Urte. v. 29.10.2008 – VIII ZR 313/07, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/486>. Es ist ein Stufenverhältnis erkennbar, in dem die Anforderungen an die Anbringung ausgehend von dem Fassadenbonus bis zur Vergütung der Anlage i. S. d. § 11 Abs. 3 EEG 2004 geringer werden.

⁴⁹*Clearingstelle EEG*, Votum v. 20.10.2008 – 2008/25, S. 9, abrufbar unter: <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/25>.

⁵⁰In systematischer Hinsicht spricht hierfür, dass im Bauordnungsrecht in ähnlicher Weise die Verbindung mit dem Erdboden jede bautechnische Verbindung ohne Rücksicht auf ihre besondere Art sein und diese ebenfalls mittelbar, etwa über eine andere bauliche Anlage, bestehen kann; vgl. *BVerwG*, Urte. v. 03.12.1992 – 4 C 27.91 und *BVerwG*, Urte. v. 03.12.1992 – 4 C 26.91 zu Werbeanlagen, die mittelbar über die Anbringung an Gebäuden mit dem Erdboden verbunden sind.

- 67 Schließlich ist auch davon auszugehen, dass das Gebäude, auf dem die Solarstrommodule installiert wurden, auf der Asphaltfläche „angebracht“ ist. Dabei kommt es nicht darauf an, ob das Gebäude mit der Asphaltfläche verankert ist. Für eine feste Verbindung reicht es vielmehr aus, dass das Gebäude jedenfalls durch eigene Schwere auf dem Boden ruht und nach seiner baulich-technischen Konstruktion erkennbar ortsfest ist.⁵¹ Einer künstlichen Verbindung bedarf es darüber hinausgehend nicht.
- 68 **2.2.2.3 Planerische Voraussetzungen** Da die PV-Module an oder auf einer baulichen Anlage angebracht sind, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichtet wurde, sind die weiteren Voraussetzungen des § 11 Abs. 3 EEG 2004, insbesondere das Vorliegen eines Bebauungsplans oder die Durchführung eines Verfahrens nach § 38 BauGB, sowie die flächenbezogenen Voraussetzungen des § 11 Abs. 4 EEG 2004, nicht anwendbar. Das Fehlen eines Bebauungsplans steht dem Vergütungsanspruch aus (§ 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m.) §§ 5 Abs. 1 Satz 1, 11 Abs. 1 EEG 2004 insoweit nicht entgegen.

Dr. Pippke

Richter
(i. V. für Dr. Lovens)

Dr. Winkler

⁵¹Vgl. auch *Salje*, EEG Kommentar, 4. Aufl. 2007, § 11 Rn. 62.