

nen die erhöhten Aufwendungen der Beklagten, die in Anbetracht der Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel in ihren alleinigen Risikobereich fallen, nicht zu einer Verringerung des der Klägerin deshalb zu erstattenden Betrags führen.

Die Klägerin hat ihren Anspruch auf Rückzahlung der im Jahr 2006 gezahlten, in Höhe eines Betrags von 1.062,78 EUR überhöhten Arbeitspreise nicht gemäß § 242 BGB verwirkt.

Es erscheint bereits fraglich, ob die Klägerin mit der Geltendmachung ihres Rückzahlungsanspruchs ungebührlich lange zugewartet hat. Diese hat ihren Widerspruch gegen die Preisanhebung vom 16.02.2006 auf eine angebliche Unbilligkeit gestützt. Zu diesem Aspekt ist am 13.06.2007 das Wegweisende Urteil des Bundesgerichtshofs - VIII ZR 36/06 - (NJW2007, 2540) ergangen, auf das die Beklagte sodann mit Schreiben vom 20.07.2007 hingewiesen und ihr Vorgehen danach als nicht beanstandenswert eingestuft hat. In der Folgezeit hat die Klägerin etwa vier Monate, nachdem der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 17.12.2008 -VIII ZR 274/06 - (NJW 2009, 578) eine nahezu gleich lautende Preisanpassungsklausel als unwirksam bewertet hat, mit Schreiben vom 15.04.2009 die Erstattung angeblich überhöhter Zahlungen unter anderem im Jahr 2006 unter Verweis auf die Unwirksamkeit von § 2 Nr. 2 des Gaslieferungsvertrags verlangt. Die vormals erhobenen Widersprüche hat sie dabei mit der Berufungsbegründungsschrift vom 28.10.2009 und damit etwa 2 % Jahre, nachdem eine höchstrichterliche Entscheidung zur Frage der (sie damals zum Widerspruch veranlassenden) Unbilligkeit von Gaspreiserhöhungen ergangen ist, sowie etwa 10 % Monate nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Unwirksamkeit einer § 2 Nr. 2 vergleichbaren Preisanpassungsklausel herangezogen. Ob ein solcher Zeitraum im Hinblick auf die regelmäßige dreijährige Verjährungsfrist für die Annahme einer Verwirkung ausreicht, erscheint zweifelhaft (ablehnend OLG Koblenz a.a.O. Rn. 51).

Doch selbst wenn man von einem schutzwürdigen Vertrauen der Beklagten, dass die Klägerin aus ihren im Jahr 2006 erhobenen Widersprüchen keine Rechte mehr herleiten werde, ausgeht, erscheint die Geltendmachung des Rückzahlungsanspruchs nicht als eine mit Treu und Glauben unvereinbare Härte. Erhebliche Vermögensdispositionen der Beklagten im Vertrauen darauf, dass die Klägerin für das Jahr 2006 keine Entgeltrückzahlung mehr verlangen werde, sind nicht ersichtlich. Auch wenn die Beklagte insoweit keine Rückstellungen gebildet hat, wird sie durch die Erstattung eines überschaubaren Betrags von 1.062,78 EUR in ihrer finanziellen Dispositionsfreiheit nicht eingeschränkt.

[...]

7. Zum Begriff des Gebäudes im Sinne des § 11 Abs. 2 EEG 2004

§ 11 Abs. 2 und 3 EEG 2004

Eine Lagerhalle ist ein Gebäude im Sinne des § 11 Abs. 2 EEG 2004.

(Leitsatz der Redaktion)

OLG München, Zivilsenate Augsburg, B. v. 20.01.2010, 27 U 370/09, vorgängig LG Augsburg 2 O 4767/08, mit Anmerkung von Knapp

Zum Sachverhalt:

I. Die Parteien streiten um die Zahlung von Einspeisevergütung nach dem Gesetz für den Vorrang erneuerbarer Energien – EEG 2004. Das Landgericht hat der Klage auf Zahlung von Energieeinspeisevergütung nach dem EEG mit der Begründung stattgegeben, die eingespeiste Energie sei nach dem EEG erzeugt. Bei den streitgegenständlichen Lagerräumen handle es sich um Gebäude im Sinne des § 11 Abs. 2 EEG 2004. Diese Vorschrift stelle einen eigenständigen Tatbestand dar, der von § 11 Abs. 3 EEG 2004 in keiner Weise eingeschränkt oder auch nur berührt werde.

Die Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Der Klägerin stehen die im Ersturteil zugesprochenen Vergütungen zu, da die Voraussetzungen des § 11 Abs.2, aber auch des § 11 Abs.3 EEG 2004 vorliegen. ...

1.a) Schon der Wortlaut des § 11 EEG 2004 spricht dafür, dass die Bestimmung des Absatzes 2 durch Absatz 3 nicht eingeschränkt werden sollte. Absatz 1 regelt die zu leistende Mindestvergütung für Anlagen (§ 3 Abs.2 Satz 1 EEG 2004) und der unmittelbar anschließende Absatz 2 sieht eine erhöhte Vergütung vor, „wenn die Anlage ausschließlich an oder auf einem Gebäude oder einer Lärmschutzwand“ angebracht ist. In Absatz 2 Satz 3 ist der Begriff der Gebäude als „selbständig nutzbare, überdeckte bauliche Anlagen, die von Menschen betreten werden können und geeignet oder bestimmt sind, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen“, legal definiert. Dies kann nur so verstanden werden, dass bauliche Anlagen, die die Kriterien des Gebäudebegriffs erfüllen, an der gegenüber Absatz 1 höheren Vergütung teilnehmen, Unstrittig handelt es sich bei den Lagerhallen um Gebäude im Sinne des Absatzes 2 Satz 3, auf denen die Anlagen zur Erzeugung von Strom (§ 3 Abs.2 Satz 1 EEG 2004) angebracht sind. Absatz 2 nimmt somit aus dem weiten Anlagebegriff, den Absatz 1 umfasst, einen bestimmten Teil aus, nämlich die, die sich auf oder an Gebäuden oder an oder auf einer Lärmschutzwand befinden.

§ 11 Abs.3 EEG 2004 regelt demgegenüber andere Sachverhalte, zu denen Abs.4 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Abs.3 Einschränkungen vorsieht. Schon vom Wortlaut her besteht zwischen diesen beiden Absätzen eine Verbindung, während diese zwischen den Absätzen 2 und 3 gänzlich fehlt. Sie wird auch nicht durch den in Absatz 3 verwendeten Begriff der „baulichen Anlage“ hergestellt. Ein Gebäude ist eine besondere Qualifikation einer baulichen Anlage und für Gebäude, die auch definiert sind, besteht eine besondere Vergütungsvorschrift in Absatz 2, während die Anbringung auf anderen baulichen Anlagen in Abs. 3 und 4 geregelt ist.

b) Blatt 44 der Bundestagsdrucksache 15/2864 vom 01.04.2004 zu § 11 Abs.3 EEG 2004 führt zwar beispielhaft für bauliche Anlagen Wohngebäude, Betriebsgebäude, Mülldeponien auf, jedoch im Zusammenhang mit der Frage der Zweckbestimmung: Die Einschränkungen des Absatzes 3 fänden keine Anwendung, wenn die Anlage an oder auf einer baulichen Anlage angebracht sei, die vorrangig zu anderen Zwecken errichtet worden sei. Dabei komme es nicht darauf an, „ob die bauliche Anlage zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme tatsächlich gerade entsprechend der Funktion ihres abstrakten, rechtlich qualifizierten Nutzungszwecks (etwa: Wohngebäude, Betriebsgebäude, Mülldeponie) genutzt wird. Eine (vor oder nach) Inbetriebnahme der Anlage tatsächlich erfolgte Auf-

gabe der ursprünglichen anderweitigen Hauptnutzung bleibt also bedeutungslos.“ Einleitend zu Absatz 3 verweist die Bundestagsdrucksache jedoch darauf, dass „Absatz 3 eine Ausnahme von der Grundregelung des Absatzes 1 für Anlagen“ enthält, „die nicht an oder auf einer (anderen) baulichen Anlage angebracht sind.“ Ein Ausnahmecharakter des Absatzes 3 im Verhältnis zu Absatz 2 ist nicht aufgeführt.

Hieraus ergibt sich, dass eine Aussage darüber getroffen werden sollte, welche Bedeutung dem objektiv bestehenden Nutzungszweck zukommen soll. Es wurde zum Ausdruck gebracht, dass dieser Nutzungszweck maßgeblich sein soll, auch wenn die bauliche Anlage nicht diesem Zweck entsprechend genutzt wird. Insoweit lässt sich aus der beispielhaften Nennung von „Wohngebäude“ oder „Betriebsgebäude“ nichts herleiten, was darauf hindeuten könnte, dass auch bei Gebäuden – und solche stellen die Lagerräume nach der Definition in Abs.2 S.3 dar – danach zu fragen ist, ob sie vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden sind.

c) In der Kommentarliteratur (s. insbesondere Danner/Theobald, Energierecht, Bd.2, § 11 B 1 EEG VI) wird ebenfalls die Auffassung vertreten, dass aus dem Kreis der nicht gebäudegebundenen Anlagen für die sog. Freiflächenanlagen zusätzliche Voraussetzungen in den Absätzen 3 und 4 bestimmt seien, d.h. dass von diesen Regelungen nur solche Anlagen betroffen seien, die nicht an oder auf solchen baulichen Anlagen angebracht sind, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden sind. Dabei stellt die Kommentierung auf die Differenzierung zwischen dem Begriff der „Gebäude“ und dem weiteren Begriff der „baulichen Anlage“ ab, die im Wortlaut der Absätze 2 und 3 bewusst erfolge. Daher müssten Anlagen nach Absatz 2 auch nicht die zusätzlichen Anforderungen der Absätze 3 und 4 erfüllen (s. Danner/Theobald - Müller, a.a.O., Rdnr. 3, 14, 26,45).

d) Auch das nachfolgende EEG 2009, ausgefertigt am 25.10.2008, das in §§ 32, 33 die maßgeblichen Vergütungsregelungen zur solaren Strahlungsenergie enthält, spricht für diese Auslegung. Nach allgemeiner Auffassung sollten durch die §§ 32 und 33 EEG 2009 erhebliche inhaltliche Abweichungen im Verhältnis zur Regelung des § 11 EEG 2004 nicht erfolgen. § 32 EEG 2009 fasst im wesentlichen den Regelungsgehalt der Absätze 1, 3 und 4 von § 11 EEG 2004 zusammen. Demgegenüber erhalten die Gebäude (und die hier nicht interessierenden Lärmschutzwände) in § 33 EEG 2009 eine eigene Norm ohne die Einschränkungen des § 11 Abs.3 und Abs.4 EEG 2004 bzw. § 32 Abs. 2 und Abs.3 EEG 2009. Die Einschränkung durch die inhaltlich § 11 Abs.3 und Abs.4 EEG 2004 entsprechenden § 32 Abs.2 und Abs.3 EEG 2009 erfolgen also gegenüber einer Norm, nämlich gegenüber § 33 Abs.1 EEG 2009, die inhaltlich § 11 Abs.1 EEG 2004 entspricht. Gebäude sind hingegen, obgleich natürlich „bauliche Anlagen“ von der Einschränkung nicht betroffen. Eine Einschränkung erfolgt auch nicht durch § 33 Abs.3 EEG 2009. Er ändert die Legaldefinition des Gebäudes, das gegenüber § 11 Abs.2 Satz 3 EEG 2004 nicht mehr nur objektiv geeignet oder dazu bestimmt sein muss, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen, sondern vorrangig diesen Bestimmungszweck verfolgen muss. Hierdurch erfährt die Gebäudedefinition des § 11 Abs.2 Satz 3 EEG 2004 eine Einschränkung (die objektive Schutzzeignung reicht nicht mehr) aber auch eine Erweiterung (notwendig ist nicht eine Schutzbestimmung, sondern es reicht, dass neben anderen Zwecken die Schutzbestimmung den Vorrang hat).

e) Dass eine weitere Versiegelung von Freiflächen verhindert werden soll, ist § 11 EEG 2004 klar zu entnehmen, ebenso der Vorrang der Nutzung von Dachflächen gegenüber der Freiflächenutzung. Diesen Aspekten wird aber bei der Nutzung der hier vorhandenen Dachflächen Rechnung getragen. Wenn auf den Dachflächen der Lagerhallen solare Strahlungsenergie gewonnen wird, entspricht dies der Regelung des § 11 Abs.2 S.1 EEG 2004. Wie die Gebäude tatsächlich genutzt werden, kann dabei – wie oben dargestellt – dahingestellt bleiben. Es ist richtig, dass die Intention des Gesetzes dahin geht, eine weitere Versiegelung von Flächen zu

vermeiden, wie sie z.B. durch „Solarfelder“ geschieht. Die hierzu ergangenen gesetzlichen Vorschriften berühren aber nicht die auf Dachflächen gewonnene Strahlungsenergie.

Auch das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit stellte sich in seiner Äußerung vom 02.03.2006 (Anl. B 9) auf den Standpunkt, dass es bei Bejahung der Gebäudeeigenschaft und damit Vorliegen der Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 11 Abs.2 auf die Frage, ob die betreffende bauliche Anlage vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden ist, nicht ankomme. Diese Stellungnahme macht deutlich, dass bei der vorliegenden Fallgestaltung auch das zuständige Fachministerium einen Fall des § 11 Abs.3, 4 EEG 2004 nicht bejaht hätte, wie dies ja auch die Beklagte, die zunächst die Vergütung gemäß § 11 Abs.2 EEG 2004 an die Klägerin zahlte, nicht getan hat.

f) Soweit die Beklagte zur Stützung ihrer Auffassung in der Berufungsschrift S.9 (Bl.113 d.A.) Entscheidungen der Oberlandesgerichte Nürnberg und Frankfurt anführt (Anlagen B 3 bis 5), ändert sich hierdurch nichts an der dargestellten Auffassung des Senats. Die als Anlage B 4 vorgelegte Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 01.11.2007 war Gegenstand des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 29.10.2008, Az. VIII ZR 313/07. In dieser Entscheidung ging es in erster Linie darum, dass eine Photovoltaikanlage nur dann auf einem Gebäude angebracht ist, wenn das Gebäude als Trägergerüst die Hauptsache bildet, von der die darauf oder daran befestigte Anlage in ihrem Bestand abhängig ist. Darum geht es jedoch hier nicht. Da dies nicht der Fall war, hat der Bundesgerichtshof unter Rdnr. 19 die weitere Frage, ob der Gebäudebegriff des § 11 Abs.2 S.3 EEG 2004 entgegen der Sichtweise des Oberlandesgerichts Frankfurt einschränkend dahingehend auszulegen ist, dass ein Gebäude „vorrangig“ dazu bestimmt sein muss, dem Schutz von Menschen, Tieren und Sachen zu dienen, ausdrücklich nicht entschieden.

In der als Anlage B 5 vorgelegten Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 27.03.2008 ging es u.a. wiederum um diese Frage, die jedoch im Hinblick auf das Ergebnis der dort durchgeführten Beweisaufnahme zur Zielrichtung der Errichtung des dort streitgegenständlichen Geräteunterstandes nicht entscheidungserheblich war.

Bei der Anlage B 3 handelt es sich schließlich um einen Hinweis des Oberlandesgerichts Nürnberg nach § 522 Abs.2 ZPO, in dem bezogen auf Gewächshäuser die Meinung vertreten wurde, die Einschränkungen in § 11 Abs.3, 4 EEG 2004 seien beachtlich und die dort, normierten Erfordernisse lägen nicht vor. Dem kann sich der Senat – wie vorstehend dargelegt – nicht anschließen.

2. Im Übrigen entfällt die Vergütung nicht gemäß § 11 Abs.3 EEG 2004. Wie die Beweisaufnahme ergeben hat, hat die Klägerin die streitgegenständlichen Lagerhallen tatsächlich vorrangig zur Lagerhaltung und damit vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet.

Anmerkung:

Das OLG München ist in seinem Urteil zum Ergebnis gelangt, dass die Voraussetzungen von § 11 Abs. 3 EEG 2004 bei Gebäuden im Sinne von § 11 Abs. 2 EEG 2004 nicht vorliegen müssen, sondern § 11 Abs. 2 EEG 2004 im Verhältnis zu § 11 Abs. 3 EEG 2004 die speziellere Norm sei. Dieses Auslegungsergebnis ist indes fraglich.¹ Sowohl das OLG Nürnberg² und das OLG Frankfurt am Main³ als auch die Clearingstelle EEG⁴ haben zuvor die gegenteilige Rechtsauffassung vertreten und festgestellt, dass die Vorrangigkeit der Nutzungsbestimmung auch bei Gebäuden zu prüfen sei.

1. OLG München v. 20.01.2010, 27 U 370/09 (rkr.).

2. OLG Nürnberg v. 08.10.2007, 13 U 1244/07, ZUR 2008, 307.

3. OLG Frankfurt/Main v. 27.03.2008, 15 U 13/07.

4. Clearingstelle EEG Votum Nr. 2007/4 v. 09.04.2008, abrufbar unter www.clearingstelle-eeg.de.

Eine höchstichterliche Klärung dieser Rechtsfrage ist bislang nicht erfolgt. Der BGH hat zwar in einer Entscheidung vom 28.10.2008 beiläufig ausgeführt, § 11 Abs. 3 EEG 2004 befasse sich mit „Einschränkungen der Grundvergütung gem. § 11 Abs. 1 EEG 2004 und Ziele darauf ab, Anlagenkombinationen, die nach dem Nutzungszweck vorrangig als Freiflächenanlagen einzustufen sind, in der vergütungsrechtlichen Privilegierung zu beschränken“.⁵ Allerdings hat der BGH aufgrund des dortigen Sachverhalts die Frage, ob auch ein Gebäude vorrangig dazu bestimmt sein müsse, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen, ausdrücklich nicht entschieden.

Dabei stellt die Vergütung von Solarstrom in der Praxis oft ein rechtliches Problem dar, wenn das Gebäude und die darauf befestigte Photovoltaik-Anlage gleichzeitig errichtet werden. In diesem Zusammenhang haben Gerichte in der jüngeren Vergangenheit ein häufig praktiziertes Modell für unzulässig erklärt, nämlich die Errichtung möglichst preiswerter Gebäude (z.B. Carports, Schuppen oder Gewächshäuser) mit dem vorrangigen Zweck der Installation von (ertragreichen) Photovoltaik-Anlagen. In der Praxis besteht deshalb bei der Errichtung solcher Konstruktionen für den Anlagenbetreiber ein erhebliches finanzielles Risiko, falls nicht nachweisbar ist, dass das Gebäude vorrangig zu einem anderen Zweck als der Stromerzeugung errichtet wurde. Die Einzelheiten sind bislang noch nicht geklärt, so dass in solchen Fällen besondere Vorsicht geboten ist.

Das Urteil des OLG München lohnt daher einen näheren Blick auf methodische Fragen der Auslegung von § 11 EEG 2004 und die Neuregelung in den §§ 32, 33 EEG 2009.

1. Sachverhalt

Die Klägerin ist eine Handelsgesellschaft und hatte im Herbst 2007 auf mehreren in ihrem Eigentum stehenden Grundstücken insgesamt zwölf frei stehende und jeweils horizontal drehbare Lagerhallen mit einer Fläche von jeweils ca. 80 m² errichtet. Die Hallen waren jeweils mit großflächigen, weit überstehenden Dächern mit einem Neigungswinkel von 25 Grad versehen, auf denen die Klägerin Photovoltaik-Anlagen mit einer Leistung von jeweils ca. 30 kW angebracht hatte. Die Lagerhallen wurden von der Klägerin teilweise selbst genutzt und teilweise vermietet. Nachdem die beklagte Netzbetreiberin den erzeugten Solarstrom zunächst über einen Zeitraum von mehreren Monaten nach § 11 Abs. 2 EEG 2004 vergütet hatte, stellte sie die Vergütung nach interner Beanstandung durch ihren Wirtschaftsprüfer ein. Die EEG-Konformität der Anlage stand in Zweifel, weil die weiteren Voraussetzungen von § 11 Abs. 3 und Abs. 4 EEG 2004 als nicht gegeben angesehen wurden. Sowohl das LG Augsburg als auch das OLG München stuften die Anlage als EEG-konform ein und verurteilten die Netzbetreiberin zur Zahlung der Vergütung.

2. Verhältnis von § 11 Abs. 2 zu Abs. 3 EEG 2004

Beide Gerichte vertreten vorliegend die Rechtsauffassung, dass § 11 Abs. 2 EEG 2004 gegenüber der Regelung von § 11 Abs. 3 EEG 2004 einen eigenständigen, spezielleren Tatbestand darstelle, so dass bei Gebäuden die weiteren Voraussetzungen von § 11 Abs. 3 und Abs. 4 EEG 2004 nicht zu prüfen waren. Dieses Ergebnis erscheint jedoch aus folgenden Gründen zweifelhaft.

a) Logisch-grammatikalische und systematische Auslegung

Das OLG München führt zunächst unter Verweis auf die Kommentarliteratur aus, dass in § 11 Abs. 2 und Abs. 3 EEG 2004 bewusst zwischen den Begriffen des „Gebäudes“ und der „baulichen Anlage“ differenziert werde und deshalb schon der Wortlaut nahelege, von einem Spezialitätsverhältnis auszugehen.⁶

Diese Feststellung vermag jedoch nicht zu überzeugen. Die „bauliche Anlage“ stellt nicht nur nach den allgemeinen Legaldefiniti-

onen im öffentlichen Recht den Oberbegriff dar, der auch den Unterbegriff des „Gebäudes“ umfasst.⁷ Der Wortlaut der betreffenden Normen im EEG selbst, nämlich die Legaldefinition in § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004, wonach Gebäude „selbständig benutzbare, überdeckte bauliche Anlagen“ sind, die „von Menschen betreten werden können und geeignet oder bestimmt sind, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen“, ergibt, dass sich § 11 Abs. 3 EEG 2004 auch auf § 11 Abs. 2 EEG 2004 bezieht.⁸

b) Historische Auslegung (Novellierungen und Gesetzesbegründungen zum EEG)

Im Fall des OLG München kam das EEG 2004 zur Anwendung, weil die Anlagen vor dem 01.01.2009 errichtet worden waren. Zur Auslegung von § 11 EEG 2004 sind neben der Gesetzesbegründung zum EEG 2004 ergänzend auch die Begründungen zu früheren Gesetzesfassungen und zur Novellierung durch das EEG 2009 heranzuziehen. Diese Äußerungen des Gesetzgebers sind jedoch leider an vielen Stellen unklar und widersprüchlich, so dass der Erkenntnisgewinn für die Auslegung letztlich nur von begrenzter Bedeutung ist.

aa) Der Gesetzgeber des EEG 2004 nennt bei der Erläuterung der Voraussetzungen von § 11 Abs. 3 EEG 2004 im Rahmen des Begriffs „bauliche Anlage“ mit der Formulierung „Wohngebäude, Betriebsgebäude, Mülldeponie“ ausdrücklich auch Beispiele von Gebäuden im Sinne von § 11 Abs. 2 EEG 2004.⁹ Der Gesetzgeber gibt also zu erkennen, dass nach seiner Auffassung § 11 Abs. 3 EEG 2004 auch auf Gebäude im Sinne von § 11 Abs. 2 EEG 2004 anzuwenden ist.

bb) Auf die Gesetzesbegründungen zu früheren Fassungen des EEG geht das OLG München in seinem Urteil nicht ein. Dabei sprechen diese ebenfalls dafür, dass § 11 Abs. 3 EEG 2004 auch für Gebäude gilt.

Im Regierungsentwurf zum EEG 2000 war noch keine Beschränkung hinsichtlich der Abnahmepflicht von Solarstrom aus bestimmten Anlagen enthalten.¹⁰ In der darauf folgenden Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie wurde in § 2 Abs. 2 des Entwurfs eine Regelung eingefügt, die dem späteren § 11 Abs. 3 EEG 2004 sehr nahe kommt.¹¹ Diese Regelung wurde in die endgültige Fassung des EEG 2000 übernommen.¹² Zur Begründung führte der Gesetzgeber damals vor allem an, dass die weitere Versiegelung von Freiflächen verhindert werden solle und zu den baulichen Anlagen im Sinne des Gesetzes Dächer, Fassaden, Lärmschutzwände und im Einzelfall auch Erdaufschüttungen, die nicht ausschließlich zu Zwecken der solaren Stromerzeugung angelegt wurden, gehören sollen.¹³ Damit wollte der Gesetzgeber den Neubau von Gebäuden verhindern, die vorrangig der Erzeugung von Solarstrom dienen.

Im Jahr 2003 wurde das EEG 2000 teilweise geändert und dabei in § 8 Abs. 3 EEG eine Regelung aufgenommen, die dem späteren § 11 Abs. 3 EEG 2004 entsprach. Zur Begründung dieser Vorschrift erläuterte der Regierungsentwurf, dass bereits vorhandene Dachflächen vorrangig vor anderen Flächen genutzt werden sollten und der

5. BGH v. 29.10.2008, VIII ZR 313/07, ZNER 2008, 368, 369.

6. Danner/Theobald, Energierecht, 53. EL 2006, EEG § 11 Rn. 45; Salje, EEG, 3. Aufl. 2005, § 11 Rn. 64; Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 48, 54 (wobei hier an einer Stelle Abs. 2 als Spezialregelung zu Abs. 3 und an anderer Stelle umgekehrt Abs. 3 als Spezialregelung zu Abs. 2 bezeichnet wird).

7. Vgl. bspw. Art. 2 Musterbauordnung oder Art. 2 BayBO.

8. So auch OLG Nürnberg v. 08.10.2007, 13 U 1244/07, ZUR 2008, 307, 308; OLG Frankfurt/Main v. 27.03.2008, 15 U 13/07; Clearingstelle EEG Votum Nr. 2007/4 v. 09.04.2008, S. 6.

9. BT-Drucks. 15/2864, S. 44.

10. BT-Drucks. 14/2341.

11. BT-Drucks. 14/2776, S. 21.

12. BGBl. I 2000, S. 305.

13. BT-Drucks. 14/2776, S. 21.

in Abs. 3 enthaltene Begriff der „baulichen Anlage“ auch Gebäude umfasse. Der Gesetzgeber benannte als Beispiele für „bauliche Anlagen“ im Sinne von Abs. 3 unter anderem „Wohngebäude“ und „Betriebsgebäude“.¹⁴

cc) Das OLG München begründet seine Entscheidung vom 20.01.2010 auch mit dem Hinweis des Gesetzgebers, dass mit der Änderung der §§ 32, 33 EEG 2009 keine erheblichen inhaltlichen Abweichungen gegenüber § 11 EEG 2004 erfolgen sollten und es zudem genüge, dass neben anderen Nutzungszwecken die „Schutzbestimmung“ vorrangig sei.

Auch dies überzeugt nicht, weil die Neufassung des EEG 2009 eine wesentliche Änderung der Legaldefinition des Gebäudebegriffes enthält. Gemäß § 33 Abs. 3 EEG 2009 sind Gebäude nunmehr legaldefiniert als „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“. Überraschenderweise findet sich in der Gesetzesbegründung zum EEG 2009 jedoch kein Hinweis auf diese Definitionsänderung.¹⁵ Aber auch ohne ausdrückliche Begründung bringt der Gesetzgeber des EEG 2009 damit zum Ausdruck, dass die bisher durch § 11 Abs. 3 EEG 2004 erfolgte Einschränkung der EEG-Vergütung bei Gebäuden im Sinne von § 11 Abs. 2 EEG 2004 in der Novellierung des Gesetzes ihre Bestätigung findet. Soweit der Novellengesetzgeber in seiner Begründung ausführt, bei § 33 EEG 2009 finde eine Prüfung des Nutzungszwecks anders als bei § 32 Abs. 2 EEG 2009 nicht mehr statt¹⁶, führt dies ebenfalls nicht dazu, § 11 Abs. 2 EEG 2004 als selbständigen Tatbestand anzusehen. Durch die Einfügung des Adverbs „vorrangig“ in § 33 Abs. 3 EEG 2009 hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass es objektiver Nutzungszweck eines Gebäudes sein muss, vorrangig dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen und gerade nicht vorrangig der Erzeugung von Solarstrom zu dienen.

dd) Die Analyse der Genese des Gesetzes seit dem Jahr 2000 ergibt also, dass der Gesetzgeber von Beginn an das Ziel verfolgte, die in § 11 Abs. 3 EEG 2004 enthaltenen Voraussetzungen auch für Gebäude zu verlangen.

c) *Teleologische Auslegung*

Das OLG München stellt zwar weiter fest, dass Zweck von § 11 EEG 2004 die Vermeidung weiterer Bodenversiegelung zum Zwecke der Erzielung von EEG-Vergütungen ist. Allerdings gelte dies nach Meinung des Gerichts nur für die sog. Freiflächenanlagen und nicht für Anlagen auf Dachflächen.

Das Gericht lässt dabei jedoch außer Acht, dass nach der Intention der Gesetzgeber des EEG 2000 und des EEG 2004 die Einschränkungen, welche § 11 Abs. 3 EEG 2004 für Photovoltaik-Anlagen an oder auf baulichen Anlagen vorsieht, gerade verhindern sollen, dass Gebäude in erster Linie zu dem Zweck errichtet werden, darauf Anlagen zur Erzeugung von Solarstrom anzubringen und so höhere Vergütungssätze zu erreichen.¹⁷ Durch den Anreiz zur Förderung von EEG-Anlagen kann eine – vom Gesetzgeber jedoch nicht gewollte – Verbauung und damit verbundene weitere Versiegelung von Freiflächen verursacht werden, die ohne Förderung der Erzeugung erneuerbarer Energien nicht erfolgt wäre.¹⁸ Die Gesetzesbegründung zur konsolidierten Fassung des EEG 2004 betont, dass der Natur- und Umweltschutz in der Zweckbestimmung des § 1 EEG gleichberechtigt neben der Förderung von erneuerbaren Energien steht.¹⁹ Somit sollen nach dem Willen des Gesetzgebers Photovoltaik-Anlagen in erster Linie an bereits bestehenden Gebäuden angebracht werden, damit der Bodenversiegelung entgegengewirkt wird und keine weiteren Eingriffe in die Natur zum Zweck der Energieerzeugung erfolgen.

d) *Ergebnis*

Festzuhalten bleibt, dass sowohl der Wortlaut des Gesetzes, die Systematik und die historische Genese als auch der Zweck des Gesetzes die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 11 Abs. 3 EEG

2004 gerade auch im Fall von Gebäuden im Sinne von § 11 Abs. 2 EEG 2004 verlangen und es sich bei letztgenannter Vorschrift daher entgegen der Auffassung des OLG München nicht um eine lex specialis handelt.

3. *Änderungen durch das EEG 2009*

Die Vergütung, die der Anlagenbetreiber für Solarstrom erhält, richtet sich unter Geltung des EEG 2009 nach den §§ 32, 33 EEG 2009. Der Gesetzgeber hat die bislang in § 11 EEG 2004 enthaltenen Regelungen in modifizierter Form in zwei separate Paragraphen aufgeteilt.

a) *Zeitliche Geltung*

Für Photovoltaik-Anlagen, die vor dem 01.01.2009 in Betrieb genommen wurden, gelten noch die Vorschriften des EEG 2004 (§ 66 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009). Die Neuregelungen der §§ 32, 33 EEG 2009 kommen also nur für diejenigen Anlagen zur Anwendung, die nach dem 31.12.2008 in Betrieb gehen bzw. gegangen sind.

b) *Struktur der §§ 32, 33 EEG 2009*

Maßgeblich für die Höhe der jeweiligen EEG-Vergütung sind der Standort der Photovoltaik-Anlage, also z.B. Gebäude oder Freifläche, und das Jahr der Inbetriebnahme.

aa) Erhöhte Vergütungssätze werden gemäß § 33 EEG 2009 wie bisher für Gebäudeanlagen gewährt. § 33 Abs. 3 EEG enthält eine geänderte Definition des Gebäudebegriffs. Die Photovoltaik-Anlage kann die Gebäudevergütung nur beanspruchen, wenn sie ausschließlich an oder auf einem Gebäude angebracht ist, das diese gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt.

bb) Von den Gebäudeanlagen sind die sog. Freiflächenanlagen und Anlagen auf baulichen Anlagen zu unterscheiden, die keine Gebäude sind (§ 32 EEG 2009). Freiflächenanlagen sind Anlagen, die weder an oder auf einem Gebäude noch an oder auf einer sonstigen baulichen Anlage errichtet werden. Sie erhalten nur unter vom Gesetz näher bestimmten Voraussetzungen eine EEG-Vergütung, wobei insbesondere ein Bebauungsplan vorliegen muss. Für Photovoltaik-Anlagen auf baulichen Anlagen, die keine Gebäude sind, gelten dieselben Regeln wie für Freiflächenanlagen, wenn der Anlagenbetreiber nicht nachweisen kann, dass die bauliche Anlage vorrangig einem anderen Zweck dient als der Erzeugung von Solarstrom.

c) *Änderung der Gebäudedefinition in § 33 Abs. 3 EEG 2009*

Wie bereits erwähnt, hat der Gesetzgeber mit dem EEG 2009 auch die Legaldefinition des Gebäudebegriffs in § 33 Abs. 3 EEG 2009 geändert. Demnach muss ein Gebäude nun objektiv dazu bestimmt sein, vorrangig dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen.

d) *Auswirkungen auf die Praxis*

Diese Änderung der Gebäudedefinition im § 33 Abs. 3 EEG 2009 hat erhebliche praktische Auswirkungen, wenn das Gebäude und

14. BT-Drucks. 15/1974, S. 4 f.

15. In BT-Drucks. 16/8148, S. 60, heißt es lediglich, die Definition sei „im Wesentlichen der Musterbauordnung entnommen“. Tatsache ist jedoch, dass dies nur für die in § 11 Abs. 2 EEG 2004 enthaltene Definition gilt. § 33 Abs. 3 EEG 2009 stimmt nicht mehr mit der Definition in der Musterbauordnung überein.

16. BT-Drucks. 16/8148, S. 60.

17. BT-Drucks. 14/2776, S. 21; BT-Drucks. 15/2864, S. 44 f.

18. So auch OLG Nürnberg v. 08.10.2007, 13 U 1244/07, ZUR 2008, 307, 308; OLG Frankfurt/Main v. 27.03.2008, 15 U 13/07; Clearingstelle EEG Votum Nr. 2007/4 v. 09.04.2008, S. 11 f.

19. BT-Drucks. 15/2864, S. 27.

die darauf montierte Photovoltaik-Anlage gleichzeitig bzw. in engem zeitlichem Zusammenhang errichtet werden. Mit einem solchen Projekt wird der Bauherr regelmäßig sowohl den Zweck der Nutzung des Gebäudes zum Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen als auch den Zweck der Erzeugung von Solarstrom verfolgen. Gemäß § 33 Abs. 3 EEG 2009 muss der Bauherr bzw. Betreiber der Anlage nachweisen, dass die bauliche Anlage vorrangig dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen bestimmt ist. Falls dies nicht gelingt und die Anlage die Tatbestandsmerkmale eines Gebäudes gemäß § 33 Abs. 3 EEG 2009 nicht erfüllt, ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen von § 32 EEG 2009 vorliegen. In diesem Fall kann der Strom zumindest gegen Zahlung der Grundvergütung eingespeist werden.

e) Kriterien zur Bestimmung der Vorrangigkeit

In der Praxis ist daher von maßgeblicher Bedeutung, wie die vom Gesetz verlangte Vorrangigkeit gemäß § 33 Abs. 3 EEG 2009 zu bestimmen ist.

aa) Die Rechtsprechung hat in den vergangenen Jahren zu § 11 Abs. 3 EEG 2004 Kriterien hierfür entwickelt. Dabei haben einige Gerichte in erster Linie eine ökonomische Betrachtung vorgenommen. Nach Meinung des OLG Nürnberg liege ein vorrangiger Nutzungszweck zur Solarstromerzeugung umso näher, je höher der Investitionsaufwand für die Photovoltaik – Anlage im Vergleich zum Investitionsaufwand der baulichen Anlage ist.²⁰ Das LG Regensburg legte zur Prüfung der Vorrangigkeit daneben auch das Verhältnis zwischen dem Ertrag aus der Photovoltaik-Anlage und dem Ertrag aus dem Gebäude zu Grunde.²¹

Andere Gerichte wie das OLG Frankfurt am Main und das OLG Düsseldorf lehnten feste Kriterien ab und stellten auf die jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalls ab. Dabei prüften sie im konkreten Fall, ob die vom Betreiber errichteten Gebäude einem landwirtschaftlichen Betrieb dienen bzw. solche Gebäude ersetzen.²²

Die Clearingstelle hat in ihrem Votum vom 09.04.2008 die betriebswirtschaftlichen Relationen zwar als „wichtige Bestandteile eines Indizienensembles“ angesehen, allerdings zutreffend weiter ausgeführt, dass sie allein für die Bestimmung des Errichtungszwecks nicht ausreichend sind. Andernfalls würde nämlich Gebäuden, die nicht oder nicht primär mit Gewinnerzielungsabsicht genutzt werden, stets der vorrangige Zweck zugeschrieben, zur Erzeugung von Solarstrom errichtet worden zu sein.²³ Die Clearingstelle hat es vielmehr als entscheidend angesehen, dass die betreffenden baulichen Anlagen im konkreten Fall ohne Anbringung einer Photovoltaik-Anlage nicht in derselben aufwendigen Bauweise errichtet worden wären und daher vorrangiger Zweck die Erzeugung von Solarstrom war.²⁴

bb) Die aufgezeigten Kriterien, welche die Rechtsprechung bislang entwickelt hat, bergen für Anlagenbetreiber erhebliche Unsicherheiten. Auch der Fall des OLG München zeigt, dass der Anlagenbetreiber ein erhebliches Risiko eingeht, wenn hinsichtlich des Nutzungszwecks der baulichen Anlage tatsächliche und damit rechtliche Zweifel bestehen. Er läuft Gefahr, die gesamte EEG-Vergütung für seine Investition zu verlieren und weiteren finanziellen Schaden zu erleiden. Umgekehrt besteht für den Netzbetreiber das Risiko, dass die bezahlte Vergütung vom zuständigen Wirtschaftsprüfer als nicht ausgleichsfähig eingestuft wird (§§ 34 ff. EEG 2009). Aus diesem Grunde sind klare Kriterien zur Auslegung von § 33 Abs. 3 EEG 2009 zu entwickeln, um mehr Rechtssicherheit für Anlagen- und Netzbetreiber zu schaffen.

cc) Nach einer Meinung in der Kommentarliteratur sei das Vorrangprinzip auf § 33 EEG 2009 überhaupt nicht anzuwenden; dieses gelte nur im Rahmen von § 32 EEG 2009, weil es nicht Sinn und Zweck der Vorschrift sei, weitere Flächenversiegelung zu verhindern.²⁵ Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen, weil sie die Legaldefinition in § 33 Abs. 3 EEG 2009 missachtet, welche die Vorrangigkeit nun ausdrücklich verlangt.

dd) Zu begrüßen ist hingegen ein Ansatz aus der Literatur zur Auslegung des Begriffs der Vorrangigkeit, der die Gesetzeszwecke und die Systematik des EEG in seiner Gesamtheit berücksichtigt.²⁶ Gefördert werden soll nach § 1 Abs. 2 EEG 2009 der Ausbau der Solarstromerzeugung, wobei gesetzlich definierte Flächen vor Versiegelung zu schützen sind. Außerhalb von Flächen, die dem Schutz durch § 32 Abs. 2 und Abs. 3 EEG 2009 unterstehen, sei deshalb unwiderleglich davon auszugehen, dass die bauliche Anlage vorrangig dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen dient. Innerhalb solcher Flächen müsse der Betreiber hingegen durch Vorlage eines Nutzungskonzepts nachweisen, dass die bauliche Anlage bei ihrer Errichtung aus Sicht eines vernünftigen Dritten zu diesem Schutzzweck bestimmt ist.

Diese Auslegungskriterien orientieren sich an der zu § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB entwickelten Judikatur, wonach der Nutzungszweck eines Bauvorhabens im Außenbereich für einen landwirtschaftlichen Betrieb am (objektivierten) Maßstab eines vernünftigen Landwirts zu messen ist, der den Gesetzeszweck der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs beachtet.²⁷ Insoweit sei also im Rahmen von § 33 EEG 2009 ein Nutzungskonzept vorzulegen, das nach der Verkehrsauffassung zumindest ein Übergewicht des Schutzzwecks der baulichen Anlage gegenüber der Solarstromerzeugung erkennen lässt. Dieses Übergewicht sei schon dann hinreichend dargetan, wenn die bauliche Anlage zur Umsetzung des Nutzungskonzepts zumindest nicht objektiv ungeeignet sei.²⁸

4. Zusammenfassung

Entgegen der Ansicht des OLG München und Teilen der Kommentarliteratur ist das Tatbestandsmerkmal der Vorrangigkeit der Schutzbestimmung auch bei Gebäuden zu prüfen. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut, aus der historischen Entwicklung und aus dem Zweck der Vorschriften. Außerdem ist zu beachten, dass der Gesetzgeber in § 33 Abs. 3 EEG 2009 die Legaldefinition des Gebäudebegriffs um das Adverb „vorrangig“ ergänzt hat.

Um sowohl den Anlagen- als auch den Netzbetreibern mehr Rechts- und damit Planungssicherheit zu geben, hat der Betreiber zur Bestimmung der Vorrangigkeit gemäß § 33 Abs. 3 EEG 2009 bei Gebäuden innerhalb von Flächen, die dem Schutz von § 32 Abs. 2 und Abs. 3 EEG 2009 unterliegen, durch ein entsprechendes Nutzungskonzept zu belegen, dass die bauliche Anlage bei ihrer Errichtung aus Sicht eines vernünftigen Dritten dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen bestimmt ist. Dieser Nachweis sollte nur dann als nicht erbracht gelten, wenn die bauliche Anlage zur Umsetzung des Nutzungskonzepts objektiv ungeeignet ist. Der Prüfungsmaßstab wird so auf einen objektivierten Negativtest beschränkt, wobei die Anforderungen an das vom Anlagenbetreiber vorzulegende Nutzungskonzept nicht überspannt werden sollten, um den Gesetzeszweck der Förderung der Solarstromerzeugung und damit letztlich das übergeordnete Ziel des Klimaschutzes effektiv zu erreichen.

Dr. Christoph Knapp, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Kanzlei Seitz Weckbach Fackler, Augsburg

20. OLG Nürnberg v. 08.10.2007, 13 U 1244/07, ZUR 2008, 307, 308 f.

21. LG Regensburg v. 23.05.2007, 1 O 2380/06; ablehnend Salje, EEG, 5. Aufl. 2009, § 33 Rn. 13.

22. OLG Frankfurt/Main v. 27.03.2008, 15 U 13/07; OLG Düsseldorf v. 16.09.2009, 1-3 U 3/09.

23. Clearingstelle EEG Votum Nr. 2007/4 v. 09.04.2008, S. 13.

24. Clearingstelle EEG Votum Nr. 2007/4 v. 09.04.2008, S. 14.

25. Salje, EEG, 5. Aufl. 2009, § 33 Rn. 13 f.

26. Binder, ZNER 2009, 355, 357 f.

27. Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 11. Aufl. 2009, § 35 Rn. 19.

28. Binder, ZNER 2009, 355, 357 f.