

2012/34

18. April 2013

Votum

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

In dem Votumsverfahren

1. (a) [...]

(b) [...]

zu a) und b) anwaltlich vertreten durch [...]

– Anspruchsteller –

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG durch den Vorsitzenden Dr. Lovens und die Mitglieder Dr. Pippke und Dr. Winkler am 18. April 2013 einstimmig folgendes Votum:

Die Anspruchsteller haben gegen die Anspruchsgegnerin gemäß § 33 Abs. 1 EEG 2009¹ einen Anspruch auf Vergütung des Stroms, der in den Fotovoltaikanlagen [H...-Straße ... 4] und [H...-Straße ... 4a] in [...] [K...] erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist wird (Anspruch für sog. Gebäudeanlagen).

Ergänzender Hinweis der Clearingstelle EEG:

Wenn und soweit die Anspruchsgegnerin geringere Vergütungen gezahlt hat, als es sich aus der Anwendung dieses Votums auf den verfahrensgegenständlichen Vergütungszeitraum ergibt, so liegen hinsichtlich diesbezüglicher Nachzahlungen der Anspruchsgegnerin an die Anspruchsteller die Voraussetzungen für nachträgliche Korrekturen im bundesweiten Ausgleich gemäß § 38 Nr. 4 EEG 2012² vor.

¹Erneuerbare-Energien-Gesetz v. 25.10.2008 (BGBl. I, S. 2074), zuletzt geändert durch Art. 12 des Gesetzes v. 22.12.2009 (BGBl. I, S. 3950).

²Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Art. 5 des dritten Gesetzes zur Neuregelung ener-

I Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Gebäudevergütung für den Strom, der in den auf Lagercontainern angebrachten PV-Anlagen der Anspruchsteller erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist wird.
- 2 Die Anspruchsteller betreiben PV-Anlagen, die auf Lagercontainern installiert sind. Es handelt sich bei diesen Lagercontainern um Fertigbau-Container, die auf einer befestigten Fläche abgestellt und dauerhaft verankert wurden. Sie verfügen über ein Dach und sind von Menschen mit einer Größe von bis zu 1,80 m aufrecht begehbar. Die Container werden seit dem Jahr 2010 überwiegend von der [E... GbR] genutzt, z. T. sind sie unbefristet zum Betrieb eines Gewerbes bzw. Lagers an Dritte vermietet. Wegen der Einzelheiten wird auf die von den Antragstellern zur Akte gereichten Unterlagen und Mietverträge Bezug genommen.
- 3 Die PV-Anlagen befinden sich auf Stahlgerüsten, die mittels Stahlstreben auf den Containern angebracht sind und – vergleichbar mit einem Pultdach – jeweils drei Container und den dazwischen liegenden Raum überspannen. Jede der zuvor beschriebenen Einheiten (im Folgenden: Installationen) ist mit Modulen mit einer Gesamtleistung von 92,61 kW_p bestückt. Vier Installationen befinden sich auf dem Grundstück [H...-Straße ... 4], weitere vier auf dem Grundstück [H...-Straße ... 4a] (im Folgenden: Vorhabensfläche). Betreiber der Anlagen in der [H...-Straße ... 4] ist der Anspruchsteller zu 1a), Betreiberin der Anlagen in der [H...-Straße ... 4a] ist die Anspruchstellerin zu 1b). Die PV-Anlagen wurden am 29. und 30. Juni 2010 in Betrieb genommen.
- 4 Der Anspruchsteller zu 1a) sowie Herr [S...] von der Anspruchstellerin zu 1b) sind alleinige Gesellschafter der [E... GbR] (im Folgenden: GbR). Diese im Jahr 2006 gegründete GbR ist im Bereich der Elektro- und Solartechnik tätig und bietet ihren Kunden schlüsselfertige PV-Anlagen an. Ihre Leistungspalette auf diesem Gebiet umfasst die Angebotserstellung, die Planung und Durchführung sowie Serviceleistungen.
- 5 Im Jahr 2009 erwarben die Anspruchsteller von der Stadt [K...] zunächst die neben der Vorhabensfläche belegenen Grundstücke Nr. [... 3] und Nr. [... 4] (Grundbuch [K...], Blatt [... 3], Flur [... 3], Nr. [... 1] und [... 2]) und errichteten dort

giewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 20.12.2012 (BGBl. I S. 2730), nachfolgend bezeichnet als EEG 2012. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2012/arbeitsausgabe>.

Produktions- und Lagerhallen für Energie- und Fotovoltaik-Systemkomponenten. In Ziffer XIII des notariellen Kaufvertrages heißt es wie folgt: „Am neuen Betriebs-sitz sollen Energie- und Photovoltaik-Systemkomponenten in neu zu errichtenden Produktions- und Lagerhallen vorbereitet, teilweise weiterverarbeitet und gehandelt werden. Derzeit werden acht Mitarbeiter beschäftigt, durch Expansion wird mittelfristig mit etwa fünfundzwanzig Mitarbeitern geplant...“ In Ziffer XIV des Kaufvertrages ist eine „Befristete Erweiterungsoption“ enthalten, die sich auf die Vorhabensfläche bezieht. Mit Schreiben vom 26. April 2010 teilte die GbR der Verbandsgemeindeverwaltung [K. . .] mit, von der Option des Erwerbs weiterer Grundstücke Gebrauch machen zu wollen. In dem Schreiben wird ausgeführt, dass sich das Unternehmen auf starkem Expansionskurs befinde, zwischenzeitlich 20 Mitarbeiter beschäftigt würden, die bestehenden Hallen am Standort [K. . .] bereits stark ausgelastet seien und deshalb weitere Lagerkapazitäten benötigt würden.

- 6 Die Anspruchsteller erwarben daraufhin die Vorhabensfläche bildenden Grundstücke Nr. [... 0], [... 1] und [... 2] (Grundbuch [K. . .], Blatt [... 3], Flur [... 3], Nr. [... 6], [... 9] und [... 0]) durch notariellen Kaufvertrag vom 9. Juni 2010. Ziffer I.5 des Kaufvertrages lautet wie folgt: „Der Ankauf dient zur Erweiterung der Betriebsstätte der [E. . . GbR], da die bestehenden Hallen bereits stark ausgelastet sind und weitere Lagerkapazitäten benötigt werden.“ In Ziffer X. ist Folgendes geregelt: „(1) Der Verkauf erfolgt zur Ansiedlung weiterer Betriebsgebäude mit Produktions- und Lagerhallen für Energie- und Photovoltaik-Systemkomponenten. (2) Der Käufer ist im Rahmen dieser Bauverpflichtung verpflichtet, innerhalb eines Jahres mit dem Bau der Betriebsgebäude zu beginnen . . . (3) Bei Verletzung dieser Verpflichtungen hat der Verkäufer ein Rücktrittsrecht . . .“
- 7 Die Anspruchsteller sind der Ansicht, für den erzeugten und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeisten Strom sei die Vergütung nach § 33 Abs. 1 EEG 2009 zu zahlen, weil es sich bei den Containern um Gebäude i. S. d. § 33 Abs. 3 EEG 2009 handele. Insbesondere seien diese vorrangig dazu bestimmt, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen.
- 8 Die Anspruchsteller tragen hierzu vor, dass die Lagercontainer auch ohne die PV-Anlagen errichtet worden wären. Denn die bisherigen Produktions- und Lagerhallen der [E. . . GbR] auf dem neben der Vorhabensfläche belegenen Betriebsgrundstück seien aufgrund der – auch aus dem zur Akte gereichten Marketingplan vom 10. Januar 2013 ersichtlichen – Expansion der GbR im Jahr 2010 zu klein geworden, weil dort für zusätzliche Mitarbeiter Büro-, Aufenthalts- und Sanitarräume geschaf-

fen werden mussten. Auch habe Bedarf an einer Erweiterung des Produktions- und Verarbeitungsbereiches in den Hallen sowie zum Unterstellen des Fuhrparks bestanden. Insoweit habe aus dringenden betrieblichen Gründen für alle Materialien und sonstigen Gerätschaften, die nicht zwingend in den vorhandenen Warmhallen unterzubringen seien, eine preiswerte umfangreiche diebstahl- und witterungsgeschützte Lagermöglichkeit geschaffen werden müssen. Konkret sei es um die großvolumige Bevorratung von PV-Modulen und Untergestellen sowie um die Unterbringung des Fuhrparks (sieben Montagefahrzeuge, ein Merlo-Teleskopstapler, vier Anhänger und ein Modulreinigungsanhänger) gegangen.

- 9 Dafür hätten die Anspruchsteller die Vorhabensfläche von der Stadt [K...] gekauft (s. o. Rn. 6) und hierauf die stationären Baustellencontainer errichtet. Wegen des dringenden Lagerkapazitätsbedarfs habe man keine neue große Halle mit entsprechender Bauzeit errichtet, sondern die Container, mit denen der dringendste Bedarf sofort gedeckt werden und die im Übrigen bis zum Entstehen eines weiteren Expansionsbedarfs einzeln fremdvermietet werden konnten, um die Baukosten „wieder etwas einzufahren“.
- 10 Die GbR habe unmittelbar nach baulicher Fertigstellung der Lagercontainer-Anlage die Modulunterkonstruktionen, die komplette Gerüstbevorratung, die gewerbliche Mülltrennung und -sammmlung und die Bevorratung der diversen Dachmaterialien (Ziegel, Lüftersteine, Schneefanggitter und Dachrinnenteile) sowie die Einlagerung der Baustromkästen der Tragkonstruktionsbeschwerungssteine für aufgeständerte Solaranlagen in die Container verlagert. 2012 sei – wie sich aus dem zur Akte gereichten Lichtbild ergebe – die Heizungsanlage für den gesamten Gewerbekomplex in einem der Lagercontainer installiert worden.
- 11 Auch die bauliche Konstruktion spreche für einen vorrangigen Lagerzweck der Container. Diese seien massiv gebaut und hätten eine Lebensdauer, die weit über die der Solaranlagen hinausreiche. Zudem könnten sie völlig unabhängig von den PV-Anlagen genutzt werden und hingen von diesen nicht ab.
- 12 Auch aus ökonomischer Sicht sei der vorrangige Lagerzweck ersichtlich. Die Gebäude seien unabhängig von den PV-Anlagen finanziert worden; die Einnahmen aus der Stromerzeugung dienten nur dazu, die Investitionskosten der PV-Anlagen zu tragen. Die Vermietungen mit netto 600,00 € Miete pro Container und Jahr deckten über einen Nutzungszeitraum von 30 Jahren die Anschaffungs- und Erstellungskosten und würfen noch zusätzlich Gewinn ab. Das ergebe sich aus der zur Akte gereichten Kostenkalkulation und der Kontoaufstellung der Mieteinnahmen seit

dem Jahr 2010. Für die preiswerteren Lagermöglichkeiten der GbR in den stationären Containern würden zudem wertvollere, beheizbare und beleuchtete Flächen in den anderen Gewerbegebäuden frei, die nunmehr zu Arbeitsaufenthaltsräumen für Reparatur-, Produktions- und Vormontagearbeiten genutzt werden könnten.

- 13 Die Anspruchsgegnerin ist der Ansicht, jedenfalls hinsichtlich derjenigen Teile der Installationen, die sich nicht auf den Containern, sondern oberhalb des Zwischenraums befänden, den die Stahlkonstruktion mit den PV-Modulen überspanne, scheide ein Vergütungsanspruch nach § 33 EEG 2009 schon deshalb aus, weil diese Anlagen nicht ausschließlich an oder auf einem Gebäude angebracht seien.
- 14 Die Anspruchsgegnerin ist weiterhin der Ansicht, eine Gebäudevergütung scheide im Übrigen jedenfalls wegen des vorrangigen Zwecks der baulichen Anlage zur Stromerzeugung aus; ein anderer vorrangiger Nutzungszweck als der der Solarstromerzeugung sei nicht nachgewiesen worden. Insbesondere sei nicht vorgetragen worden, wie die Container konkret genutzt würden. Stattdessen werde nur darauf hingewiesen, dass man zunehmenden zusätzlichen Lagerbedarf gehabt habe. Das sei aber nicht überzeugend, denn die Anspruchsteller trügen selbst vor, die zusätzlichen Lagerräume teils gewinnbringend zu vermieten. Auch die bloße Vermietung der Container spreche nicht für eine vorrangige Schutzfunktion. Nach ihrer Einschätzung würden die Container bislang keineswegs zur Nutzung als Lagerraum benötigt, wie sich durch die zur Akte gereichten Fotos vom Inneren der Container zeige. Jedenfalls im Zeitpunkt der Errichtung der PV-Module hätten sich keine schützenswerten Gegenstände in den Containern befunden.
- 15 Mit inhaltsgleichen Anträgen haben sich die Anspruchsteller und die Anspruchsgegnerin an die Clearingstelle EEG gewandt und beantragt, ein Votumsverfahren gemäß §§ 26 ff. VerfO³ durchzuführen. Die Parteien sowie die Clearingstelle EEG stimmten einem schriftlichen Verfahren zu.
- 16 Mit Beschluss vom 22. November 2012 hat die Clearingstelle EEG das Votumsverfahren angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautete:

Haben die Anspruchsteller gegen die Anspruchsgegnerin gemäß § 33 Abs. 1 EEG 2009 einen Anspruch auf Vergütung des Stroms, der in den Fotovoltaikanlagen [H...-Straße ...4] und [H...-Straße ...4a] in [...]

³Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG in der Fassung vom 14.12.2011, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>.

[K...] erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist wird (Anspruch für sog. Gebäudeanlagen)?

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 17 Das Verfahren ist gemäß den Vorschriften der VerfO zustandegekommen und durchgeführt worden.
- 18 Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus § 26 Abs. 1 VerfO. Das Verfahren wurde schriftlich durchgeführt, da alle Parteien und die Clearingstelle EEG dem zustimmten, § 28 Abs. 2 Satz 1 VerfO. Die Beschlussvorlage hat gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied der Clearingstelle EEG Dr. Pippke erstellt.

2.2 Würdigung

- 19 Die Anspruchsteller haben einen Anspruch auf die Vergütung gemäß § 16 Abs. 1 i. V. m. § 33 Abs. 1 EEG 2009, denn die Container sind Gebäude i. S. d. § 33 Abs. 3 EEG 2009 (dazu unten 2.2.1), an bzw. auf denen die PV-Anlagen ausschließlich angebracht sind (dazu unten 2.2.2).

2.2.1 Gebäude i. S. d. § 33 Abs. 3 EEG 2009

- 20 Gebäude sind nach § 33 Abs. 3 EEG 2009

„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.“

- 21 Es handelt sich bei den von den Anspruchstellern errichteten Containern um überdeckte bauliche Anlagen, die von Menschen betreten werden können. Diese sind nach Würdigung aller Umstände auch vorrangig dazu bestimmt, dem Schutz von Sachen zu dienen.
- 22 Zur Bestimmung des vorrangigen Zweckes baulicher Anlagen hat die Clearingstelle EEG in ihrem Hinweis 2011/10 ausgeführt:

„Eine bauliche Anlage ist im Sinne des § 33 Abs. 3 EEG 2009 und des § 33 Abs. 3 EEG 2012⁴ dann vorrangig dazu bestimmt, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen, wenn sie funktional auf einen oder mehrere dieser Schutzzwecke ausgerichtet ist. Die funktionale Ausrichtung auf den (die) vorrangigen Schutzzweck(e) ist in einer einzelfallbezogenen Prüfung unter Einbeziehung zeitlicher, baulich-konstruktiver, ökonomischer und sonstiger Indizien zu bestimmen.

Bauliche Anlagen können auch dann vorrangig dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen dienen, wenn die Investitionskosten für die Solarstromanlage die Investitionskosten für die bauliche Anlage übersteigen.

Für die Prüfung des vorrangigen Schutzzweckes ist der Zeitpunkt der Anbringung der Solarstromanlage maßgeblich. Spätere Änderungen der Bestimmung der baulichen Anlage lassen die Einstufung einer baulichen Anlage als Gebäude im Sinne von § 33 Abs. 3 EEG 2009/EEG 2012 grundsätzlich nicht entfallen; eine kurz nach der Errichtung vorgenommene Bestimmungsänderung kann jedoch ein Indiz sein, dass die bauliche Anlage von Anfang an tatsächlich *nicht* vorrangig dazu bestimmt war, dem Schutzzweck zu dienen.“⁵

- 23 Ergänzend hat die Clearingstelle EEG im Anhang des Hinweises 2011/10⁶ ein Prüfungsschema erstellt, anhand dessen die vorrangige Zweckbestimmung ermittelt werden kann. Bei wertender Anwendung dieser Prüfungsschritte auf den vorliegenden Sachverhalt ergibt sich, dass Gebäude i. S. d. § 33 Abs. 3 EEG 2009 vorliegen.
- 24 Eine Zweckbestimmung zum Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen haben die Anspruchsteller – hier in Bezug auf die in den Containern eingelagerten Gegenstände – anhand der eingereichten Unterlagen und Lichtbilder plausibel dargelegt. Diese Zweckbestimmung entfiel objektiv nicht, wenn die PV-Anlagen entfielen; es liegen keine bloßen „Alibi-“ oder „Sinnlos“-Gebäude vor.

⁴Anmerkung der Clearingstelle EEG: Gegenstand des Hinweises v. 16.12.2011 – 2011/10 war das EEG in der bis zum 31.03.2012 geltenden Fassung, also das Erneuerbare-Energien-Gesetz v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Art. 7 Abs. 2 des Gesetzes zur Änderung des Rechtsrahmens für Strom aus solarer Strahlungsenergie und zu weiteren Änderungen im Recht der erneuerbaren Energien v. 17.08.2012 (BGBl. I S. 1754).

⁵Clearingstelle EEG, Hinweis v. 16.12.2011 – 2011/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/hinwv/2011/10>, Leitsatz Nr. 1 (f) bis (h) sowie Rn. 34 ff.

⁶Clearingstelle EEG, Hinweis v. 16.12.2011 – 2011/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/hinwv/2011/10>, Anhang.

- 25 Es handelt sich zudem funktional um Gebäude, die auch dann bestimmungsgemäß genutzt würden, wenn die PV-Anlagen hinweggedacht würden. Das ergibt die Würdigung aller Umstände unter Einbeziehung zeitlicher, baulich-konstruktiver, ökonomischer und sonstiger Indizien gemäß dem Hinweis 2011/10 der Clearingstelle EEG.⁷
- 26 **Das zeitliche Indiz** ist vorliegend unergiebig. Zwar wurden die PV-Anlagen offenbar unmittelbar nach der Errichtung der Container auf diesen angebracht, doch ist dies kein taugliches Indiz, die vorrangige Bestimmung der Bauwerke zum Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen entfallen zu lassen und eine Vorrangigkeit der Stromerzeugung anzunehmen.⁸
- 27 **Das baulich-konstruktive Indiz** spricht im Ergebnis für eine Vorrangigkeit des Schutzzweckes, weil die baulich-konstruktive Planung und Errichtung der Container vorrangig auf den Lagerzweck ausgerichtet worden sind.
- 28 Die Anspruchsteller haben insgesamt glaubhaft darlegen können, dass die Lebens- und Nutzungsdauer der Container die für eine PV-Aufständerung notwendige Lebensdauer übersteigt. Der Umstand, dass die Container einfache Gebäude darstellen, kann nicht als Indiz für einen vorrangig der Solarstromerzeugung dienenden Zweck herangezogen werden.⁹
- 29 Unerheblich ist auch, ob die Anspruchsteller andere Lagermöglichkeiten hätten in Anspruch nehmen können oder ob andere bauliche Gestaltungen zweckmäßiger gewesen wären. Denn es obliegt in erster Linie ihnen selbst, ihren Gewerbebetrieb nach ihren Vorstellungen zu planen und zu organisieren; es ist grundsätzlich nicht Aufgabe der Netzbetreiber oder der Clearingstelle EEG, eigene Zweckmäßigkeitserwägungen an die Stelle der Überlegungen der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber zu setzen.¹⁰

⁷Clearingstelle EEG, Hinweis v. 16.12.2011 – 2011/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/hinwv/2011/10>, Rn. 40 ff.

⁸Clearingstelle EEG, Hinweis v. 16.12.2011 – 2011/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/hinwv/2011/10>, Rn. 44.

⁹Clearingstelle EEG, Hinweis v. 16.12.2011 – 2011/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/hinwv/2011/10>, Rn. 47.

¹⁰Clearingstelle EEG, Votum v. 20.06.2012 – 2012/14, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2012/14>, Rn. 51.

- 30 Eine Optimierung der baulichen Konstruktion hinsichtlich der Solarstromerzeugung ist in dem Maße unschädlich, wie sich die Solarstromerzeugung noch als ein lediglich nachrangiger Zweck darstellt; die Vorrangigkeit des Schutzzweckes verlangt nicht nach einer für die Solarstromerzeugung vollkommen ungeeigneten Konstruktion oder Ausrichtung.
- 31 **Das ökonomische Indiz** spricht ebenfalls dafür, dass die Bauwerke vorrangig zu Lagerzwecken und damit zum Schutz von Sachen errichtet worden sind. Zu berücksichtigen ist, dass auch ökonomisch geringwertige Gebäude vorrangig zu Schutzzwecken errichtet werden können. Insoweit steht der Annahme eines unter ökonomischen Gesichtspunkten beständigen Konzepts nicht entgegen, dass es sich bei den Containern nicht um hochwertige Bauwerke handelt und die Investitionskosten für die PV-Installationen die Investitionen für die Container überstiegen.
- 32 Mit der zur Akte gereichten „Kostenkalkulation Containerlager“ sowie den Kontoauszügen der GbR haben die Anspruchsteller plausibel dargelegt, dass mit den Vermietungen zu einem Preis von rund 600 € pro Container und Jahr eine rentable Nutzung der Container auch unabhängig von den PV-Installationen möglich ist bzw. dass der Ertrag der Nutzungen den Bestand der Container für sich genommen refinanziert. Des Weiteren haben sie schlüssig vorgetragen, dass durch die preiswerteren Lagermöglichkeiten in den Containern wertvollere, weil beheiz- und beleuchtbare Flächen in den bestehenden Produktionsgebäuden frei wurden, die nunmehr zu anderen Zwecken genutzt werden konnten. Dies hat die Anspruchsgegnerin nicht substantiiert bestritten.
- 33 Eine Refinanzierung unabhängig von den Erträgen aus der Solarstromerzeugung liefert ein Indiz dafür, dass die Container sowieso errichtet worden wären.¹¹
- 34 **Das Indiz der Beständigkeit** spricht schließlich ebenfalls für den vorrangigen Zweck der Lagerhaltung. Die Anspruchsteller haben ein insgesamt stimmiges und nachvollziehbares Nutzungskonzept dargelegt. Dieses spricht bei umfassender Würdigung aller Umstände des Einzelfalles dafür, dass der Bestand der Container unabhängig ist vom Bestand der PV-Anlagen.¹² Denn wenn die PV-Anlagen hinweggedacht würden, bliebe aufgrund der gewerblichen Tätigkeit der Anspruchsteller,

¹¹ Vgl. *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 16.12.2011 – 2011/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/bin/wv/2011/10>, Rn. 49.

¹² Vgl. *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 16.12.2011 – 2011/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/bin/wv/2011/10>, Rn. 53.

die nachvollziehbarerweise überdachte, einbruchssichere und witterungsfeste Lagermöglichkeiten erfordert, der Lagerbedarf und damit die Container bestehen, so dass davon auszugehen ist, dass die Bauwerke unabhängig von den Stromerzeugungsanlagen Bestand haben.

- 35 So ist anhand der zur Akte gereichten Unterlagen nachvollziehbar, dass der Ankauf der Vorhabensfläche und die Errichtung der Container erfolgt sind, weil die Firma der Anspruchsteller im Jahr 2010 stark expandierte, die bisherigen Raumkapazitäten auf dem von der Stadt [K. . .] erworbenen Grundstück nicht ausreichten und deshalb zusätzliche, diebstahl- und witterungsbeständige Lagermöglichkeiten für PV-Module, Untergestelle und den Fuhrpark geschaffen werden sollten.
- 36 Die Expansion der GbR war ausweislich des notariellen Kaufvertrags über die benachbarten Grundstücke bereits im Jahr 2009 antizipiert worden. Denn darin ist nicht nur aufgeführt, dass die Zahl der Mitarbeiter mittelfristig von 8 auf 25 steigen soll, sondern auch eine „Befristete Erweiterungsoption“ über die Vorhabensfläche enthalten, um etwaigen räumlichen Expansionsbedarf zu befriedigen. Nach Ziffer XIV Abs. 5 waren sich die Kaufvertragsparteien einig, dass „die Bebauung der Optionsfläche der Bebauung des in dieser Urkunde erworbenen Grundbesitzes im Sinne einer Erweiterung der Energie- und Photovoltaik-Systemkomponenten bzw. etwaige für ihren Betrieb erforderliche Büro- und Verwaltungsräume oder Parkflächen entsprechen soll“. Auch in dem zur Akte gereichten Schreiben der GbR an die Verbandsgemeindeverwaltung [K. . .] vom 26. April 2010 sowie in dem notariellen Kaufvertrag über die Vorhabensfläche vom 9. Juni 2010 kommt deutlich zum Ausdruck, dass die GbR expandierte, die existierenden Hallen stark ausgelastet waren und deshalb weitere Lagerkapazitäten benötigt wurden, die auf der Vorhabensfläche realisiert werden sollten. Auch dem zur Akte gereichten „Marketingplan“ kann entnommen werden, dass die GbR im Jahr 2010 ihren Absatz erheblich steigern konnte.
- 37 Dass mit der Steigerung der Geschäftstätigkeit der GbR zusätzlicher, also über die bestehenden Kapazitäten hinausgehender Lagerbedarf einherging, ist angesichts des Leistungsangebots der GbR ebenfalls schlüssig. Denn die Lieferung schlüsselfertiger Anlagen und der Service setzen voraus, dass die erforderlichen Materialien und Gerätschaften zumindest zeitweise und in gewissem Umfang vorgehalten werden können. Insofern ist nachvollziehbar, dass die Container – zumindest zeit- und teilweise, abhängig von der jeweiligen Auftragslage – für die Bevorratung von PV-Modulen, Untergestellen und sonstigen temperaturunempfindlichen Materialien sowie zur Unterbringung der Gerüste und des Fuhrparks genutzt werden. Ebenso erscheint plau-

sibel, dass die Heizungsanlage in einem der Lagercontainer installiert worden ist, um den Platz in den Produktions- und Lagerhallen anderweitig nutzen zu können.

- 38 Dass die Anspruchsteller mehrere Container anstelle einer großen Lagerhalle errichtet haben, steht der Annahme eines beständigen Nutzungskonzepts nicht entgegen. Insofern erscheint es durchaus plausibel, dass mit den Containern eine kurzfristigere Deckung des im Jahr 2010 akuten Lagerbedarfs möglich war und – über zwischenzeitliche Fremdvermietungen – flexibel auf künftigen Bedarf sollte reagiert werden können. Vor diesem Hintergrund steht der Annahme eines beständigen Nutzungskonzepts auch nicht entgegen, dass eine Reihe von Containern (zunächst) fremdvermietet wurde bzw. wird. Denn dies fügt sich sinnvoll in das von den Anspruchstellern vorgetragene Nutzungskonzept ein, das einerseits einem akuten und andererseits einem ggf. künftigen Bedarf flexibel Rechnung tragen soll.
- 39 Die von den Anspruchstellern schlüssig dargelegte tatsächliche Nutzung der Container stützt die Annahme eines beständigen Nutzungskonzepts.¹³ Die Anspruchsteller haben insoweit – z. T. mithilfe der zur Akte gereichten Lichtbilder – plausibel vorgetragen, dass die Modulunterkonstruktionen, die komplette Gerüstbevorratung, die gewerbliche Mülltrennung und -sammmlung, diverse Dachmaterialien sowie die Baustromkästen der Tragkonstruktionsbeschwerungssteine unmittelbar nach Fertigstellung in die von der GbR angemieteten Container verbracht und dort gelagert wurden und dass in einen der Container die Heizungsanlage für das benachbarte Produktionsgrundstück installiert wurde. Auch die zur Akte gereichten Mietverträge belegen den Lagerungszweck der Container, denn die Nutzung „zum Betrieb eines Gewerbebetriebes/Lager“ ist nach Ziff. 2 der Mietverträge verpflichtend; eine Änderung des Nutzungszwecks bedürfte der Zustimmung des Vermieters. Eine zeitweise nicht vollständige Nutzung der Container oder Auslastung mit Lagermaterial widerspricht dem vorrangigen Schutzzweck nicht. Denn auch eine vorübergehend ungenutzte bauliche Anlage verliert allein aufgrund der zwischenzeitlichen fehlenden Nutzung nicht ihren Nutzungszweck.¹⁴

¹³Die tatsächliche Nutzung ist ebenso wie konkrete Dispositionen zur Umsetzung des Nutzungskonzepts wichtiges Indiz für die Existenz eines beständigen Nutzungskonzepts, s. *Clearingstelle EEG*, Votum v. 20.06.2012 – 2012/14, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2012/14>, unter Rn. 55.

¹⁴*Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 16.12.2011 – 2011/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/hinwv/2011/10>, Rn. 29.

- 40 Diesem Vorbringen ist die Anspruchstellerin nicht substantiiert entgegengetreten.
- 41 **Maßgeblicher Zeitpunkt** für die Prüfung des vorrangigen Zweckes ist der der Anbringung der Fotovoltaikanlage an der baulichen Anlage.¹⁵ Insofern trägt die Anspruchsgegnerin vor, dass sich jedenfalls im Zeitpunkt der Errichtung der PV-Module keine schützenswerten Gegenstände in den Containern befunden hätten. Darauf kommt es jedoch nicht entscheidend an. Vielmehr reicht es aus, wenn die vorrangig dem Schutz von Sachen dienende Zweckbestimmung der Container zum Zeitpunkt der Anbringung der Fotovoltaikanlagen bereits feststand.¹⁶ Dass die Nutzung der Container zur Zeit der Anbringung möglicherweise noch nicht in vollem Umfang erfolgt ist, steht der Annahme eines beständigen Nutzungskonzepts deshalb nicht von vornherein entgegen.
- 42 Im vorliegenden Fall ist maßgeblich, dass nach der Überzeugung der Clearingstelle EEG die vorrangig dem Schutz von Sachen dienende *Zweckbestimmung* der Container zum Zeitpunkt der Anbringung der Fotovoltaikanlagen auf den Bauwerken bereits hinreichend feststand. Denn bereits zum Zeitpunkt der Errichtung der Container und der Anbringung der Module existierte im Hinblick auf den erhöhten Lagerbedarf im Jahr 2010 ein plausibles und beständiges Nutzungskonzept, das sodann sukzessive umgesetzt wurde.
- 43 Die Anspruchsteller haben insoweit plausibel vorgetragen, dass die GbR unmittelbar nach baulicher Fertigstellung die Modulunterkonstruktionen, die komplette Gerüstbevorratung, die gewerbliche Mülltrennung und -sammmlung, diverse Dachmaterialien sowie die Baustromkästen der Tragkonstruktionsbeschwerungssteine in die Container verbracht und diese dort gelagert hat. Dies wird dadurch gestützt, dass die zur Akte gereichten Mietverträge über die Container einen Mietbeginn z. T. bereits am 1. Juni 2010, also noch vor der Inbetriebnahme der PV-Installationen, vorsehen.

2.2.2 Ausschließliche Anbringung

- 44 Dass die PV-Module sich vorliegend nicht sämtlich auf den Containern bzw. oberhalb der Container befinden, die Tragekonstruktionen vielmehr auch den zwischen

¹⁵ Clearingstelle EEG, Hinweis v. 16.12.2011–2011/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/hinwv/2011/10>, Leitsatz Nr. 1 (h), Rn. 55 ff.

¹⁶ Vgl. Clearingstelle EEG, Votum v. 20.06.2012–2012/14, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2012/14>, Rn. 55 f.

den Containern liegenden Raum überspannen, schließt eine ausschließliche Anbringung sämtlicher PV-Module i. S. d. § 33 Abs. 1 EEG 2009 nicht aus.

- 45 Wie im Votum der Clearingstelle EEG 2008/42¹⁷ ausgeführt, ist eine ausschließliche Anbringung anzunehmen, wenn das gesamte Tragwerk, auf dem sich die Module befinden, dergestalt in einem statischen Abhängigkeitsverhältnis zum Gebäude steht, dass „das Gebäude als Trägergerüst die Hauptsache bildet, von der die darauf oder daran befestigte Anlage in ihrem Bestand abhängig ist. Hieran fehlt es, wenn das Tragwerk ohne Zwischenschaltung eines durch eine eigene statische Trägerkonstruktion gekennzeichneten Gebäudes darauf ausgerichtet ist, die Fotovoltaikmodule zu tragen.“¹⁸
- 46 Vorliegend ist die Stahlkonstruktion ausschließlich auf den Containern installiert und damit von diesen statisch abhängig. Es existiert neben den Containern kein seinerseits mit dem Boden verbundenes weiteres Tragwerk, das das Gewicht der Module in den Boden ableitete. Damit ist es unerheblich, dass sich Teile der Stahlkonstruktion über dem leeren Raum zwischen den Containern befinden. Die Module sind dennoch i. S. d. § 33 Abs. 1 EEG 2009 „ausschließlich an oder auf einem Gebäude“ angebracht.

Dr. Lovens

Dr. Pippke

Dr. Winkler

¹⁷Clearingstelle EEG, Votum v. 23.04.2010 – 2008/42, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/42>, Rn. 61 ff.

¹⁸So auch BGH, Urt. v. 09.02.2011 – VIII ZR 35/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/1287>, Rn. 30, in ausdrücklicher Fortführung des Senatsurteils vom 29.10.2008 – VIII ZR 313/07, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/486>.