

2018/8

13. April 2018

## Votum

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

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchsteller –

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG|KWKG<sup>1</sup> durch den Vorsitzenden Dr. Lovens-Cronemeyer, den technischen Koordinator Teichmann sowie das Mitglied Dr. Winkler auf der Grundlage der vorgelegten Unterlagen im schriftlichen Verfahren am 13. April 2018 einstimmig folgendes Votum:

**Die von dem Anspruchsteller in [...] errichtete Fotovoltaikinstallation erfüllt die Fördervoraussetzungen gemäß §§ 19 Abs. 1 Nr. 1, 34, 51 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014<sup>2</sup> i. V. m. § 100 Abs. 1 Nr. 10 Buchstabe c) EEG 2017<sup>3</sup>. Insbesondere ist die Fotovoltaikinstallation auf einer baulichen Anlage gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 angebracht worden, welche vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden ist.**

<sup>1</sup>Nachfolgend bezeichnet als Clearingstelle. Sofern vorliegend auf bis zum 31.12.2017 beschlossene Verfahrensergebnisse oder Dokumente der Clearingstelle Bezug genommen wird, wurden diese von der Clearingstelle EEG beschlossen.

<sup>2</sup>Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 15 des Gesetzes zur Digitalisierung der Energiewende v. 29.08.2016 (BGBl. I S. 2034), nachfolgend bezeichnet als EEG 2014. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2014/arbeitsausgabe>.

<sup>3</sup>Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Förderung von Mieterstrom und zur Änderung weiterer Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 17.07.2017 (BGBl. I S. 2532), nachfolgend bezeichnet als EEG 2017. Arbeitsausgabe der Clearingstelle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2017/arbeitsausgabe>.

Ergänzender Hinweis der Clearingstelle:

**Wenn und soweit die Anspruchsgegnerin geringere oder höhere Vergütungen gezahlt hat, als es sich aus der Anwendung dieses Votums ergibt, so liegen hinsichtlich darauf beruhender Zahlungen oder Forderungen der Anspruchsgegnerin an den Anspruchsteller die Voraussetzungen für nachträgliche Korrekturen im bundesweiten Ausgleich gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2017 vor.**

## I Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Förderfähigkeit des Stroms aus der Fotovoltaikinstallation des Anspruchstellers, insbesondere, ob diese auf einer sonstigen baulichen Anlage errichtet worden ist.
- 2 Der Anspruchsteller betreibt seit Juni 2016 in [...] eine aus 24 Modulen bestehende Fotovoltaikinstallation mit einer installierten Gesamtleistung von 6,2 kW<sub>p</sub> (nachfolgend: PV-Installation) im Garten auf seinem Grundstück mit Hanglage. Am unteren Ende des Hanges liegt das Wohnhaus des Anspruchstellers, am oberen Ende ein Waldgebiet und dazwischen der Garten.
- 3 Die PV-Installation befindet sich auf einer Aufständering im unteren Teil des terrassenförmigen Hanges, vom Wohnhaus des Anspruchstellers aus gesehen hangaufwärts. Der Hang ist wie folgt gestaltet: Hinter der dem Hang zugewandten Hauswand befindet sich eine ca. 2 Meter breite Schlucht, deren Sohle mit dem Erdgeschoss des Wohnhauses abschließt. Der obere Rand der Schlucht endet unterhalb der Traufe des Wohnhauses; vom Obergeschoss des Wohnhauses führt ein Übergang über die Schlucht auf den Hang (hangaufwärts). Der Hang ist zu der Schlucht hin mit einer ca. 6 Meter hohen und ca. 2,5 Meter langen Stützmauer gesichert. Diese wurde im Jahr 2003 um eine zusätzliche Betonstützmauer zur Hangsicherung ergänzt, da die Bodenschichten des Hanges stetig hangabwärts drücken. Im weiteren Verlauf des Hanges schließt sich eine begradigte Fläche mit einer überdachten Sitzgruppe an, hinter der eine weitere, ca. 2,5 Meter hohe Stützmauer zur Sicherung des Hanges eingezogen ist. Hinter dieser Stützmauer schließt sich ein aufgeschütteter Bereich an, auf dem die PV-Installation installiert worden ist. Im Anschluss daran ist der Hang mit einer ca. 1,6 Meter hohen Bruchsteinmauer gesichert, an welche sich eine

begradigte, als Gartenland genutzte Fläche anschließt. Hinter dieser Fläche folgt ein ca. 3 Meter hoher Steilhang, der den Hang hin zu einem Hochwald abschließt.

- 4 Die Terrassierung und Modellierung der Hanglage erfolgte ungefähr in den 1930er Jahren. Die Flächen zwischen den Stützmauern wurden mittels Bodenabtragung, Aufschüttung und Planierung bearbeitet. Anfänglich wurden die begradigten Flächen gartenbaulich zur Selbstversorgung genutzt. Wegen der weiteren Ausgestaltung des Hangs wird auf die zur Akte gereichten Lichtbilder und Zeichnungen verwiesen.
- 5 Der Bereich des Hangs, auf dem sich die PV-Installation befindet, wurde mit dem bei der Terrassierung anfallenden Erdreich aufgeschüttet und geglättet. Beim Einbringen der Aufständering wurden bis in eine Tiefe von 0,7 Meter keine größeren Steine vorgefunden, was am Standort der PV-Installation untypisch ist, da in dieser bergigen Lage üblicherweise bereits bei einem Aushub von 0,4 Metern mit größeren Steinen oder Fels zu rechnen ist.
- 6 Ein Bebauungsplan i. S. v. § 30 BauGB<sup>4</sup> existiert für den Standort der PV-Installation nicht.
- 7 **Der Anspruchsteller** ist der Auffassung, es handele sich bei dem Hang um eine sonstige bauliche Anlage i. S. v. § 51 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014. Denn zur Terrassierung des Hanges sei das Gelände zwischen den Stützmauern teilweise aufgeschüttet und begradigt worden. Die Hangterrassierung sei außerdem nur im Gesamtzusammenhang zu betrachten und diene der Hangsicherung gegenüber der hangabwärts gelegenen Wohnhausbebauung. Des Weiteren bestehe sowohl für seine PV-Installation als auch die Aufschüttungen Verfahrensfreiheit gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe b) sowie Nr. 9 ThürBO<sup>5</sup>.
- 8 **Die Anspruchsgegnerin** ist der Ansicht, der Begriff der baulichen Anlage sei enger zu verstehen und eine bauliche Anlage sei im vorliegenden Fall nicht gegeben. Sie meint, dass die PV-Installation des Anspruchstellers daher nach dem EEG nicht vergütungsfähig sei.

---

<sup>4</sup>Baugesetzbuch (BauGB) in der Fassung v. 03.11.2017 (BGBl. I S. 3634).

<sup>5</sup>Thüringer Bauordnung (ThürBO) v. 13.03.2014, zuletzt geändert durch Gesetz v. 22.03.2016 (GVBl. S. 153).

- 9 Mit Beschluss vom 15. Februar 2018 hat die Clearingstelle das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 Verfahrensordnung der Clearingstelle (VerfO)<sup>6</sup> nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen. Die durch die Clearingstelle zu begutachtenden Fragen lauten:

Hat der Anspruchsteller gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch darauf, dass der Strom, der in seiner Fotovoltaikinstallation in [...] erzeugt und in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist wird, gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 vergütet wird?

Insbesondere: Ist die Fotovoltaikinstallation auf einer baulichen Anlage angebracht worden, welche vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden ist, oder handelt es sich um eine Freiflächenanlage?

## 2 Begründung

### 2.1 Verfahren

- 10 Die Besetzung der Clearingstelle ergibt sich aus § 26 Abs. 1 i. V. m. § 2 Abs. 5 VerfO. Das Verfahren wurde schriftlich durchgeführt, da alle Parteien und die Clearingstelle dem zustimmten, § 28 Abs. 2 VerfO. Die Beschlussvorlage haben gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO die rechtswissenschaftliche Koordinatorin Baera und das Mitglied Dr. Winkler erstellt.

### 2.2 Würdigung

- 11 Die PV-Installation des Anspruchstellers erfüllt die Fördervoraussetzungen gemäß §§ 19 Abs. 1 Nr. 1, 34, 51 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 i. V. m. § 100 Abs. 1 Nr. 10 Buchstabe c) EEG 2017, weil der Standort der PV-Installation als bauliche Anlage (dazu Abschnitt 2.2.1) mit vorrangig anderem Errichtungszweck als der Solarstromerzeugung zu qualifizieren ist (dazu Abschnitt 2.2.2). An bzw. auf dieser baulichen Anlage wurden die Fotovoltaikmodule „angebracht“ (dazu Abschnitt 2.2.3).

<sup>6</sup>Verfahrensordnung der Clearingstelle in der Fassung v. 04.08.2015, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/downloads>.

### 2.2.1 Bauliche Anlage

- 12 Der Standort der PV-Installation ist als sonstige bauliche Anlage gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 anzusehen, denn die aufgeschüttete Fläche, auf der die PV-Installation errichtet wurde, ist nach Überzeugung der Clearingstelle Teil einer baulichen Anlage, die vorrangig dazu bestimmt ist, den Hang zu befestigen und das hangabwärts gelegene Wohnhaus des Anspruchstellers zu schützen.
- 13 Der Begriff der „baulichen Anlage“ wird im EEG nicht definiert. Nach dem Willen des Gesetzgebers,<sup>7</sup> nach der Rechtsprechung des BGH<sup>8</sup> und nach der ständigen Spruchpraxis der Clearingstelle<sup>9</sup> ist zur Auslegung und Anwendung dieses Begriffs das Verständnis des Bauordnungsrechts maßgeblich.<sup>10</sup> Unter einer baulichen Anlage ist danach „jede mit dem Erdboden verbundene, aus Bauteilen und Baustoffen hergestellte Anlage zu verstehen“<sup>11</sup>, wobei auch Aufschüttungen und Abgrabungen, Lagerplätze, Abstellplätze und Ausstellungsplätze grundsätzlich als bauliche Anlagen einzuordnen sind.<sup>12</sup> Zugrunde zu legen ist dabei nicht allein die bauliche Beschaffenheit einer Anlage, sondern vor allem die Funktion und der Zweck der Anlage.<sup>13</sup> Eine Versiegelung der Fläche ist für die Annahme einer baulichen Anlage nicht er-

<sup>7</sup>Siehe zum EEG 2009: BT-Drs. 16/8148, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2009/urfassung/material>, S. 60; zum EEG 2004: BT-Drs. 15/2864, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/eeg2004/material>, S. 44.

<sup>8</sup>BGH, Urt. v. 09.02.2011 – VIII ZR 35/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/1287>; BGH, Urt. v. 17.07.2013 – VIII ZR 308/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2364>.

<sup>9</sup>Clearingstelle, Votum v. 27.08.2010 – 2010/6, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2010/6>; Clearingstelle, Votum v. 13.02.2014 – 2013/62, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2013/62>; Clearingstelle, Votum v. 06.06.2016 – 2016/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2016/15>; Clearingstelle, Votum v. 30.08.2016 – 2016/17, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2016/17>; Clearingstelle, Schiedsspruch v. 28.06.2016 – 2016/20, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/schiedsrv/2016/20>.

<sup>10</sup>Schomerus/Reins, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus (Hrsg.), EEG Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 48 Rn. 51.

<sup>11</sup>BGH, Urt. v. 09.02.2011 – VIII ZR 35/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/1287>, Rn. 39; BGH, Urt. v. 17.07.2013 – VIII ZR 308/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2364>, Rn. 18.

<sup>12</sup>BGH, Urt. v. 17.07.2013 – VIII ZR 308/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2364>, Rn. 16 ff.

<sup>13</sup>Vgl. hierzu bereits Clearingstelle, Votum v. 06.06.2016 – 2016/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2016/15>, Rn. 15; Clearingstelle, Schiedsspruch v. 28.06.2016 – 2016/20, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/schiedsrv/2016/20>, Rn. 14; Clearingstelle, Votum v. 30.08.2016 – 2016/17, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2016/17>, Rn. 20.

forderlich.<sup>14</sup> Über die Definition der baulichen Anlage hinaus werden auch „Abgrabungen, Aufschüttungen und Lagerplätze“ in der Musterbauordnung<sup>15</sup> und den Landesbauordnungen als konkrete bzw. „fiktive“ bauliche Anlagen benannt. Diese zählen ebenso zu den „sonstigen baulichen Anlagen“ im Sinne des § 51 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014.<sup>16</sup>

14 Die verfahrensgegenständliche Fläche ist eine bauliche Anlage, weil es sich um eine künstlich angelegte Aufschüttung, die die ursprüngliche landschaftliche Prägung überformt, handelt (hierzu Rn. 15 f.). Dieser gestalteten Fläche kommt auch eine eigenständige Funktion zu. Diese liegt maßgeblich in der Hangsicherung, aber auch darin, die begradigten Flächen nutzbar zu machen. Für diese Zwecke wurde der verfahrensgegenständliche Hang umgestaltet (s. Rn. 17 ff.) und diese Funktion besteht auch noch fort (s. Rn. 23 ff.).

15 **Aufschüttung** Die PV-Installation des Anspruchstellers befindet sich in einem aufgeschütteten Bereich, der hangabwärts durch eine 2,5 m hohe Stützmauer und -aufwärts durch eine 1,6 m hohe Bruchsteinmauer zur Sicherung des Hangs begrenzt ist. Dies belegen die zur Akte gereichten Lichtbilder. Dieser Bereich ist als Aufschüttung einzuordnen, denn hierbei handelt es sich um eine künstliche, auf Dauer angelegte Veränderung der natürlichen Geländeoberfläche durch Erhöhung des Bodenniveaus,<sup>17</sup> wobei unerheblich ist, welche Höhe die Aufschüttung aufweist<sup>18</sup> und welches Material hierbei verwendet wurde.<sup>19</sup> Nicht von Belang ist daher, dass die Auffüllung aufgrund der natürlichen steilen Hanglage möglicherweise nur in gering-

<sup>14</sup>BGH, Urt. v. 17.07.2013 – VIII ZR 308/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2364>, Rn. 23; Sitsen, EWeRK 1/2014, 35, 37.

<sup>15</sup>Baumministerkonferenz, Musterbauordnung Fassung November 2002, abrufbar unter <https://www.is-argebau.de/>, zuletzt abgerufen am 12.04.2018. Nachfolgend zitiert als MBO.

<sup>16</sup>Vgl. hierzu bereits *Clearingstelle*, Votum v. 06.06.2016–2016/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2016/15>, Rn. 18; *Clearingstelle*, Schiedsspruch v. 28.06.2016–2016/20, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/schiedsrv/2016/20>, Rn. 16; *Clearingstelle*, Votum v. 30.08.2016–2016/17, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2016/17>, Rn. 23.

<sup>17</sup>Jäde, in: Jäde/Dirnberger/Förster/Bauer/Böhme/Michel/Radeisen, Bauordnungsrecht Brandenburg, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand Oktober 2011, BbgBO § 2 Rn. 23; Schlotterbeck, in: Schlotterbeck/Hager/Busch/Gammerl, Landesbauordnung für Baden-Württemberg, Kommentar, 7. Auflage 2016, LBO § 2 Rn. 10.

<sup>18</sup>Zu einer 10cm hohen Aufschüttung vgl. *OVG Rheinland-Pfalz*, Urt. v. 12.12.2001 – 8 A 10806/01, Rn. 17, zitiert nach juris.

<sup>19</sup>*Clearingstelle*, Votum v. 30.08.2016–2016/17, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2016/17>, Rn. 28.

fügiger Höhe vorgenommen und hierzu der bei der Terrassierung anfallende Erdaushub verwendet wurde sowie ob darin Fremdmaterialien enthalten waren.

16 Diesem Ergebnis stehen auch die Erwägungen des *Brandenburgischen OLG* im dessen Urteil vom 12. September 2017<sup>20</sup> nicht entgegen. Dieses hat entschieden, dass Aufschüttungen nicht als fiktive bauliche Anlage einzuordnen sind, wenn sie lediglich als Neben- oder Folgeerscheinungen bei der Errichtung einer anderen baulichen Anlage auftreten und sie daher keine „eigenständige Funktion“ haben.<sup>21</sup>

17 **Funktionaler Teil der Hangmodellage/-befestigung** Ob hier eine Aufschüttung mit eigenständiger Funktion vorliegt oder nicht und ob diese Unterscheidung für die Auslegung und Anwendung des EEG überhaupt relevant ist, kann indes dahinstehen, denn die Aufschüttung stellt zusammen mit den angelegten Terrassen und Stützelementen insgesamt eine bauliche Anlage dar, welche vorrangig der Hangbefestigung und der Sicherung des Wohnhauses dient; sie ist mithin als funktionaler Teil der einheitlichen baulichen Anlage zu werten. Bei der Beurteilung ist nicht allein auf die bauliche Beschaffenheit einer Anlage abzustellen, sondern es sind vor allem die Funktion und der Zweck der Anlage im Zeitpunkt ihrer Errichtung maßgeblich.<sup>22</sup>

18 Bei den vier Stützmauern als Teil der baulichen Anlage, die ca. 1930 und 2003 zur Hangbefestigung dauerhaft errichtet wurden, handelt es sich ihrerseits um bauliche Anlagen im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 MBO/ThürBO. Sie wurden aus Materialien wie Beton oder Bruchstein hergestellt. Bei diesen Materialien handelt es sich um Bauprodukte, konkret um Baustoffe im Sinne des § 2 Abs. 10 MBO/ThürBO, die dazu dienen, dauerhaft in bauliche Anlagen eingebaut zu werden. Hierzu zählen u. a. auch traditionelle Materialien wie natürliche oder künstliche Steine sowie Beton.<sup>23</sup> Unerheblich ist hingegen, ob sie mit dem Boden fest verbunden sind, denn es ist ausreichend, dass sie durch ihre eigene Masse auf dem Boden ruhen. Letzteres ist jedenfalls auf den eingereichten Lichtbildern Nummer 1, 6 und 7 deutlich erkennbar. Insbesondere Lichtbild Nummer 7 ist deutlich zu entnehmen, dass es sich bei der

<sup>20</sup>Abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3968>. – Revision beim BGH anhängig.

<sup>21</sup>*Brandenburgisches OLG*, Urte. v. 12.09.2017 – 6 U 2/16, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/3968>, Rn. 43 f. – Revision beim BGH anhängig.

<sup>22</sup>BGH, Urte. v. 17.07.2013 – VIII ZR 308/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/2364>, Rn. 19 ff.

<sup>23</sup>Jäde, in: Jäde/Dirnberger/Förster/Bauer/Böhme/Michel/Radeisen, Bauordnungsrecht Brandenburg, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand Oktober 2011, BbgBO § 2 Rn. 130.

Bruchsteinmauer um eine einheitliche bauliche Anlage handelt. Denn die Bruchsteine wurden derart über- und ineinander geschichtet, dass sie in der Gesamtheit eine Mauer bilden, deren Stabilität sich bereits allein aus der Anordnung und Schichtung im Zusammenspiel mit der natürlichen Masse der Steine ergibt.

- 19 Die auf den eingereichten Lichtbildern Nummer 4, 5 und 8 ersichtlichen terrassierten Flächen im Anschluss an die 6 m hohe und 25 m breite Betonstützmauer sowie die im Jahr 2003 ergänzte Betonstützmauer und das terrassierte begradigte Gartenland, welches im mittleren Teil des Hangs an den aufgeschütteten Bereich anschließt, auf dem die PV-Installation errichtet worden ist, stellen ihrerseits künstliche Veränderungen der Geländeoberfläche dar und sind grundsätzlich als fiktive bauliche Anlagen im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 MBO/ThürBO einzuordnen.<sup>24</sup> Sie wurden nicht aus Bauprodukten hergestellt, sondern sind im Rahmen der Bodenbearbeitung durch Bodenabtragung, Aufschüttung und Planierung entstanden, wobei es auch hier auf die Verwendung von Fremdmaterialien nicht ankommt.
- 20 Die Auffüllung, auf welcher die PV-Installation errichtet worden ist, steht im funktionalen Zusammenhang mit den Stützelementen und den terrassierten Flächen und ist damit funktionaler Teil der baulichen Anlage. Einzelne Bestandteile, die für sich gesehen möglicherweise keine baulichen Anlagen wären, oder aber genehmigungsfrei errichtet werden könnten, werden durch den inneren Zusammenhang in der Nutzung und die Verbindung untereinander zu einer „Gesamtanlage“, die als solche als bauliche Anlage zu sehen ist.<sup>25</sup> Dass der aufgeschüttete Bereich, die terrassierten Flächen und Stützelemente untereinander eine enge Verbindung aufweisen und im inneren Zusammenhang der Nutzung stehen, ergibt sich aus dem gemeinsamen Zweck der Hangsicherung im Gesamtgefüge des Steilhanges. Die Konstruktion der oberen Flächen – also aufgeschütteter Bereich und Gartenland samt Stützmauern – bedingen die konkrete Ausgestaltung der unteren terrassierten Flächen und Betonstützmauern; diese stehen daher miteinander in einem unlösbaren funktionalen Zusammenhang.
- 21 Dabei kann der aufgeschüttete Bereich als integraler Bestandteil der baulichen Anlage vor allem im Zusammenhang mit der Hangsicherung betrachtet werden. Er wurde künstlich durch Anschüttung und Glättung hergerichtet und ist dem Zweck

<sup>24</sup>Vgl. *Große-Suchsdorf/Lindorf/Schmaltz/Wiechert*, Niedersächsische Bauordnung, Kommentar, 6. Aufl. 1996, § 2 Rn. 16: Terrassierungen als fiktive bauliche Anlagen.

<sup>25</sup>So im Zusammenhang mit der Herstellung aus Bauprodukten *Jäde*, in: *Jäde/Dirnberger/Förster/Bauer/Böhme/Michel/Radeisen*, Bauordnungsrecht Brandenburg, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand Oktober 2011, BbgBO § 2 Rn. 11.

der baulichen Anlage – insbesondere vorrangig der Hangsicherung – untergeordnet. Der aufgeschüttete, terrassierte und befestigte Hang dient dazu, das Abrutschen von Bodenschichten des Hanges in Richtung Wohnhaus zu verhindern, das kontrollierte Abfließen von Regenwasser zu ermöglichen und die Stabilität der wasserführenden Schichten zu gewährleisten. Auf diese Weise wird verhindert, dass vom Hang abwärts Druck auf die Mauern des Wohnhauses ausgeübt und abfließendes Regenwasser in diese eindringen und sie schädigen kann. Durch das Anlegen der aufgeschütteten Fläche konnte der Errichter in den 1930er Jahren auf Stützelemente mit enormen Mauerhöhen verzichten, um den Druck der Bodenschichten des Hanges abzufangen. So benötigte er zur Abstützung und Verteilung der Drucklast der Bodenschichten viel kleinere Bauwerke, insgesamt vier Stützmauern, die den Druck der Bodenschichten gestaffelt abfangen. Ausweislich der Lichtbilder Nummer 6 und 7 wird der aufgeschüttete Bereich mit der PV-Installation von je einer dieser Stützmauern hangaufwärts und -abwärts begrenzt.

- 22 Gegenüber dem Zweck der baulichen Anlage, ein Abrutschen des Hanges zu verhindern, tritt die gartenbauliche und sonstige Nutzung des Hanges in den Hintergrund. Selbst wenn bei der Errichtung der Stützmauern und Terrassen Anfang der 1930er Jahre die Selbstversorgung ein wichtiger Gesichtspunkt bei der Gestaltung des Geländes gewesen sein mag, erscheint bei einer wertenden Betrachtung der Schutz des Wohnhauses und seiner Bewohner vor einem Hangrutsch ungleich bedeutsamer. Die Bauprodukte wurden mithin nicht vorrangig dazu verwendet, eine naturnahe Garten- und Grünfläche zu schaffen, sondern um vorrangig die konstruktive Sicherung des Hanges und den dadurch gewährleisteten Schutz des Wohnhauses zu ermöglichen.
- 23 **Kein Verlust der Eigenschaft als bauliche Anlage im Zeitverlauf** Zwar wurde die bauliche Anlage zur Hangsicherung vor ca. 90 Jahren errichtet. Dies führt aber im vorliegenden Fall nicht dazu, dass sie ihre Eigenschaft als bauliche Anlage über die Zeit verloren hat, denn die ursprünglich bezweckte Funktion der baulichen Anlage besteht fort.
- 24 In Einzelfällen – gerade bei Aufschüttungen – kann die Eigenschaft als (fiktive) bauliche Anlage durch Zeitablauf wegfallen, etwa wenn ein ehemaliger Tagebau oder ein Baggersee Jahrzehnte nach der Nutzungsaufgabe zu einem mehr oder weniger „natürlichen“ Bestandteil der Umgebung geworden ist, der Eingriff zurücktritt und die

ökologische Bedeutung der Fläche in den Vordergrund rückt.<sup>26</sup> Maßgeblich für die Einordnung als (fiktive) bauliche Anlage im Sinne des EEG ist allein der tatsächliche Zustand der Fläche<sup>27</sup> zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme der PV-Installation.<sup>28</sup> Denn Sinn und Zweck der Regelung des § 51 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 ist, dass PV-Installationen vorrangig auf bereits anderweitig genutzten Flächen zu fördern sind und ökologisch bedeutsame Flächen nicht überbaut werden.

- 25 Vorliegend ist der Eingriff durch die Hangumgestaltung zur Errichtung der baulichen Anlage noch deutlich erkennbar. Die zur Akte gereichten Lichtbilder zeigen, dass der Standort der PV-Installation in einer bergigen Gegend liegt und sich gegenüber dieser als eine künstlich angelegte terrassenförmige Landschaftsgestaltung abhebt. Ersichtlich ist, dass das Hanggrundstück teils mit Gras bedeckt und weiter oberhalb des Hangs bewaldet ist; dies dient u. a. dem Schutz vor Bodenerosion. Durch die Stützmauern, die künstlich angelegten Terrassen und die künstlich aufgeschüttete Fläche ergeben sich deutlich sichtbare Landschaftskanten, die sich von dem Landschaftsbild eines natürlichen Hangs unterscheiden und bei typischen baulichen Anlagen dieser Art zu erwarten sind. Vorliegend ergibt sich daher schon aus der starken anthropogenen Prägung des gesamten Hanggrundstücks, welche bis in die gegenwärtige Zeit deutlich erkennbar hineinwirkt, dass die bestehende Fläche sich im Zeitverlauf nicht einer naturnahen Fläche angenähert hat.
- 26 Dies gilt auch für den aufgeschütteten Bereich, auf dem die PV-Installation errichtet worden ist. Er ist nicht etwa als naturbelassener Teil ausgespart worden, selbst wenn zur Aufschüttung lediglich der bei der Terrassierung anfallende Erdaushub verwendet wurde. Auch wenn auf den eingereichten Lichtbildern eine Rasenschicht in diesem Bereich erkennbar ist, so deutet dies zwar auf das Entstehen einer Mutterbodenschicht hin. Hierdurch wird der aufgeschüttete Teil aber nicht Teil der natürlichen Geländeoberfläche. Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob bei der Aufschüttung ausschließlich örtliches Material verwendet wurde, da bei der Einbringung der Aufständigung für die PV-Module bis zu einer Tiefe von 0,7 m keine größeren Steine

<sup>26</sup>Vgl. zu einer künstlich geschaffenen Geländehöhe, die nach 25 Jahren als natürliche Geländeoberfläche eingeordnet wurde: *Bayerischer VGH*, Beschl. v. 02.03.1998 – 20 B 97.912, Rn. 13 – zitiert nach juris; *VG Mainz*, 26.05.2004 – 7 K 834/03, Leitsatz: „Durch eine lange Zeit zurückliegende Veränderung der natürlichen Geländeoberfläche – hier 50 Jahre – kann eine neue Geländeoberfläche entstehen.“

<sup>27</sup>*Clearingstelle*, Votum v. 13.02.2014 – 2013/62, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eegekwwg.de/votv/2013/62>.

<sup>28</sup>*Clearingstelle*, Votum v. 06.06.2016 – 2016/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eegekwwg.de/votv/2016/15>, Rn. 19.

vorgefunden wurden. Dies ist am Standort der PV-Installation untypisch, da in dieser bergigen Lage üblicherweise bereits bei einem Aushub von 0,4 m mit größeren Steinen oder Fels zu rechnen ist. Auch aus der gartenbaulichen Nutzung der verfahrensgegenständlichen Hangfläche und insbesondere des aufgeschütteten Bereichs lassen sich ohne Weiteres keine Rückschlüsse darauf ziehen, dass der befestigte Hang seine Eigenschaft als bauliche Anlage verloren hat. Denn die Rasenschichten und die weitere Bepflanzung dienen nicht in erster Linie der Gartengestaltung, sondern insbesondere dazu, den Hang vor einer auftretenden Bodenerosion zu schützen, der er schon aufgrund der Wetterverhältnisse stets ausgesetzt ist.

- 27 Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Bodenschichten des Hanggrundstücks weiterhin stetig hangabwärts drücken. Da der Hang nicht nur abrutsch-, sondern auch aufgrund des Gefälles und von Regenfällen erosionsgefährdet ist, ist insoweit auch künftig nicht auszuschließen, dass weitere bauliche Eingriffe im Zusammenhang mit der Instandhaltung der Hangbefestigung erforderlich sein werden. Hingegen erscheint es auf absehbare Zeit ausgeschlossen, dass die bauliche Anlage zu einem natürlichen Bestandteil der Umgebung wird. Dies zeigt sich schon daran, dass im Jahr 2003 ein Zubau einer weiteren Betonstützmauer erforderlich wurde, um die Wohnhausbebauung u. a. vor den abwärts drückenden Bodenschichten abzusichern.

### 2.2.2 Vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung

- 28 Die bauliche Anlage wurde vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Solarstrom errichtet, denn sie dient zum einen vorrangig als Hangbefestigung der Sicherung des Hangs gegen das Abrutschen beweglicher Bodenschichten hangabwärts in Richtung Wohnhaus des Anspruchstellers und zum anderen auch der Gartengestaltung.

### 2.2.3 Anbringung an bzw. auf der baulichen Anlage

- 29 Die PV-Installation des Anspruchstellers wurde auch gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 an bzw. auf der baulichen Anlage „angebracht“.
- 30 Maßgeblich ist dabei nicht die Verbindung der Module mit der Unterkonstruktion, sondern die Verbindung zwischen den Modulen, der Unterkonstruktion und der baulichen Anlage. Andernfalls liefe § 51 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 leer, weil Solar-

anlagen praktisch immer auf Unterkonstruktionen angebracht sind, welche keinen anderen Zweck als die Solarstromerzeugung haben.<sup>29</sup>

- 31 Für eine „Anbringung“ genügt jede baulich-konstruktive Befestigung der PV-Installation an oder auf der baulichen Anlage.<sup>30</sup> Das Anbringen setzt außerdem eine weniger starke Verbindung zwischen PV-Modulen und Untergrund voraus als das Erfordernis der „ausschließlichen Anbringung in, an oder auf einem Gebäude“ gemäß § 51 Abs. 2 EEG 2014, das eine statische Abhängigkeit der PV-Installation von dem Gebäude fordert.<sup>31</sup>
- 32 Anhand des Lichtbildes Nummer 7 ist deutlich erkennbar, dass die Module mittels einer im Boden verankerten Aufständerung oberhalb der Aufschüttung installiert wurden. Diese Aufständerungen ragen bis in eine Tiefe von 0,7 m ins Erdreich. Dies stellt eine „Anbringung“ im Sinne des § 51 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 dar. Dass diese Aufständerung womöglich eine Mutterbodenschicht durchdringt, steht dem nicht entgegen.<sup>32</sup>

Dr. Lovens-Cronemeyer

Teichmann

Dr. Winkler

<sup>29</sup>So bereits zum EEG 2004: *Clearingstelle*, Votum v. 23.04.2010–2008/42, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2008/42>, Rn. 62.

<sup>30</sup>*Clearingstelle*, Votum v. 06.06.2016–2016/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2016/15>, Rn. 26.

<sup>31</sup>BGH, Urt. v. 09.02.2011 – VIII ZR 35/10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/rechtsprechung/1287>, Rn. 40; BGH, Urt. v. 29.10.2008 – VIII ZR 313/07, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/node/486>, Rn. 16; *Clearingstelle*, Votum v. 06.06.2016–2016/15, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2016/15>, Rn. 26; *Clearingstelle*, Votum v. 13.02.2014–2013/62, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2013/62>, Rn. 65; *Clearingstelle*, Votum v. 23.04.2010–2008/42, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2008/42>, Rn. 78.

<sup>32</sup>*Clearingstelle*, Votum v. 13.02.2014–2013/62, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/votv/2013/62>, Rn. 67.