

2008/54

7. Mai 2009

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 durch den Vorsitzenden Dr. Lovens und die Mitglieder Lucha und Puke am 7. Mai 2009 folgendes Votum:

Der Anspruchsteller hat ab dem Zeitpunkt der Realisierung seiner geplanten Solar-Heizung (Hypokaustenheizung) für den in seiner [A...] in [...] [B...] gelegenen Fotovoltaikanlage erzeugten Strom einen Anspruch auf Zahlung der erhöhten Mindestvergütung gemäß § 11 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. §§ 11 Abs. 2 Satz 1, 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 (so genannter Bonus für Fassadenanlagen) gegen die Anspruchsgegnerin.

Inhaltsverzeichnis

1	Tatbestand	2
2	Begründung	5
2.1	Verfahren	5
2.2	Würdigung	6
2.2.1	Voraussetzungen des § 11 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004	6
2.2.1.1	PV-Anlage ohne Einbau der Hypokaustenheizung	7
2.2.1.2	PV-Anlage als Bestandteil einer Hypokaustenheizung	11
2.2.1.3	Zwischenergebnis	14
2.2.2	Voraussetzungen des § 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. §§ 11, 12 EEG 2004	14

1 Tatbestand

- 1 Der Anspruchsteller und die Anspruchsgegnerin sind unterschiedlicher Ansicht darüber, ob der Strom, den die an dem Gebäude des Anspruchstellers angebrachten PV-Module erzeugen, mit dem sog. Fassadenbonus zu vergüten ist.
- 2 Der Anspruchsteller hat einen Getreidespeicher in [...] [B...], [A...] zu Wohnzwecken umgebaut. Im Zuge des Umbaus hat er im Jahr 2006 an zwei Fassadenseiten vertikal ausgerichtete PV-Module anbringen lassen und in Betrieb genommen.
- 3 An der Südwest-Seite des Gebäudes, einer Brandschutzwand zum Nachbargebäude, sind keine Fenster zugelassen. Hier ließ der Anspruchsteller Fotovoltaikmodule auf nahezu der gesamten Fassadenfläche von 15 x 10 Metern anbringen. Auf der Südost-Seite, die bereits vor dem Umbau zwei Oberlichter aufwies, wurden unter Aussparung der Oberlichter sowie acht zukünftiger Fensterflächen zunächst die PV-Module angebracht, sodann im Innenraum des Speichers die Böden gegossen und anschließend in den ausgesparten Flächen Fenster aus Isolierglas mit Kunststoffrahmen eingefügt. Auch auf dieser Südost-Seite bedecken die Module mit Ausnahme der Fenster fast die gesamte Fassadenfläche. Insgesamt bedecken die Fotovoltaikmodule – wie aus den als Anlage zum Schreiben der Anspruchsgegnerin vom 10. Dezember 2008

an die Clearingstelle EEG übermittelten Ablichtungen der Südost-, der Südwest- sowie der Nordost-Ansicht des Wohngebäudes des Anspruchstellers ersichtlich – über 80 % der Fassadenflächen auf der Südwest- und der Südost-Seite.

- 4 Jedenfalls auf der Südwest- und der Südost-Seite des Flachdaches ist zudem am äußeren Rand des Flachdaches jeweils eine Reihe vertikal ausgerichteter, kleinflächigerer Module angebracht.
- 5 Die Fassade des Gebäudes besteht aus zwei Teilen, den Betoninnenwänden sowie einer vorgehängten Fassade aus Bimsstein. Soweit auf den eingereichten Lichtbildern erkennbar, scheint die Bimsfassade verputzt zu sein. An der Bimsfassade ist die Unterkonstruktion der Anlage mit den aufgebrachten Fotovoltaikmodulen montiert.
- 6 Unterkonstruktion und Module sind Bestandteile des Fassadensystems [„V...“]. Laut den vom Anspruchsteller eingereichten Unterlagen des Herstellers [G...] besteht es aus Dünnschicht-Solarmodulen und einer „leicht modifizierten, ansonsten handelsüblichen Unterkonstruktion“. Es handelt sich um ein typgeprüftes Fassadensystem für 0 bis 100 m Fassadenhöhe. Wird das System gemäß der dafür erstellten Typenstatik montiert, ist laut Herstellerangabe keine separate statische Berechnung erforderlich. Die Unterkonstruktion besteht im Wesentlichen aus U-Haltern, die mit Dübeln und Schrauben an der Gebäudewand befestigt werden, sowie aus an den U-Haltern befestigten Fassadenpfosten, an denen die Solarmodule mit Aufstandswinkeln angebracht werden. Zwischen den U-Haltern unter den Fassadenpfosten sind zudem Mineralfaserdämmplatten an der Gebäudewand montiert.
- 7 Kurze Zeit nach Inbetriebnahme der Anlagen begann der Anspruchsteller nach Möglichkeiten zu suchen, um die durch die Abwärme der Module erwärmte Luft zu Heizzwecken zu nutzen und entwickelte schließlich auf Grundlage der Fassadenkonstruktion seines Gebäudes eine Hypokaustenheizung. Den Bau dieser Heizung hat er inzwischen auch in Auftrag gegeben. Wie sich aus dem Schreiben des Anspruchstellers vom 12. Mai 2009 sowie der beigelegten grafischen Darstellung der geplanten Solarheizung ergibt, soll das Heizsystem die sich einerseits aus dem Abstand zwischen Betoninnenwand und Bimsfassade, andererseits aus dem Abstand zwischen Bimsfassade und Modulunterkonstruktion ergebenden Zwischenräume nutzen. Die in dem Raum hinter den Modulen und vor der Bimsfassade aufsteigende warme Luft soll in den Raum zwischen der Bimsfassade und der Betoninnenwand geleitet werden. Hierfür sollen Klappen am oberen und unteren Ende der Zwischenräume angebracht sowie Löcher in die Bimsfassade gebohrt werden. Dadurch soll die zwischen Modulen und Bimsfassade aufgestiegene Luft in den Raum zwischen Bimsfassade

und Betonwänden kanalisiert werden. Nachdem die Luft sich, auf die Betonwand treffend, in diesem zweiten Zwischenraum abgekühlt hat und abgestiegen ist, soll sie in den vorderen Zwischenraum gelangen können, um sich dort erneut aufzuwärmen und aufzusteigen.

- 8 Nach dem Umbau des Getreidespeichers zu einem Wohngebäude hat der Anspruchsteller im unteren Bereich des Gebäudes zudem ein Blockheizkraftwerk (BHKW) einbauen lassen.
- 9 Die Anspruchsgegnerin hatte die Fotovoltaikanlage zunächst als sogenannte Fassadenanlage eingestuft und den erzeugten Strom mit der erhöhten Vergütung (sog. Fassadenbonus) gem. § 11 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 vergütet. In Abstimmung mit dem zuständigen Wirtschaftsprüfer wurde die Fotovoltaikanlage nach einer Prüfung jedoch nur noch mit der Gebäudevergütung gem. § 11 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 abgerechnet.
- 10 Der Anspruchsteller trägt vor, die Fotovoltaikinstallation übernehme seit ihrer Montage die bautechnischen Aufgaben des Schutzes der Fassade vor Witterungseinflüssen sowie eine Schallschutzfunktion für den Wohnraum. Ein Bedürfnis nach erhöhtem Schallschutz bestehe, da sich das Wohnhaus im Anflugbereich des [E . . .] in [M . . .] befinde.
- 11 Er ist der Ansicht, dass seine Anlage damit mehrere der Kriterien erfülle, die die Clearingstelle EEG in ihrem Votum vom 27. Mai 2008 – 2008/11¹ in Auslegung des § 11 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 als Voraussetzungen für die dort geregelte erhöhte Vergütung (sog. Fassadenbonus) erstellt hat. Zu berücksichtigen sei dabei auch, dass die Fotovoltaikanlagen auf der Südost-Seite zusammen mit dem Wohnraum geplant wurden, da Fenster und Böden erst nach Anbringung der Module fertiggestellt wurden, die großflächige Anbringung der Module sowie die in Auftrag gegebene Hypokaustenheizung.
- 12 Die Anspruchsgegnerin hegt Zweifel daran, dass die Fotovoltaikanlage Funktionen für das Gebäude übernimmt und ein Anspruch auf die erhöhte Vergütung besteht. Sie verweist u. a. auf ein zur Akte gereichtes Urteil des Amtsgerichts Stuttgart vom 4. März 2008 (Az. 14 C 2698/08).

¹Abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/11>.

- 13 Mit inhaltsgleichen Anträgen vom 7. und 12. März 2009 haben sich der Anspruchsteller und die Anspruchsgegnerin an die Clearingstelle EEG gewandt und beantragt, ein Votumsverfahren gemäß §§ 26 ff. Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG² (VerfO) durchzuführen. Die Parteien wünschten keine Hinzuziehung nichtständiger Beisitzerinnen oder Beisitz von einer der im Anhang, Teil A, der Verfahrensordnung genannten Interessengruppen. Beide Parteien haben einem schriftlichen Verfahren zugestimmt.
- 14 Mit Beschluss vom 27. März 2009 hat die Clearingstelle EEG das Votumsverfahren angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautete:

Hat der Anspruchsteller für den in seiner [A...] in [...] [B...] gelegenen Fotovoltaikanlage erzeugten Strom gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch auf Zahlung der erhöhten Mindestvergütung gemäß § 11 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. §§ 11 Abs. 2 Satz 1, 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 (sog. Bonus für Fassadenanlagen)?

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 15 Das Verfahren ist gemäß den Vorschriften der VerfO zustandegekommen und durchgeführt worden.
- 16 Die Clearingstelle EEG hat das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 VerfO nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen.
- 17 Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus §§ 2, 26 Abs. 1 i. V. m. § 22 Abs. 3 VerfO. Gemäß § 26 Abs. 2 Sätze 1 und 4 VerfO kommt es nicht zur Hinzuziehung nichtständiger Beisitzerinnen bzw. nichtständiger Beisitzer.
- 18 Den Parteien ist gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 1 VerfO Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Das Verfahren wurde auf dem Schriftwege durchgeführt, §§ 28, 20 Abs. 2 VerfO. Die an der Beschlussfassung am 7. Mai 2009 beteiligten Mitglieder der Clearingstelle EEG Lucha und Puke sind zum 31. Dezember 2009 aus der Clearingstelle EEG ausgeschieden. Für die Abfassung der Begründung dieses Votums

²Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG in der Fassung v. 16.02.2009, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/verfahrensordnung>.

traten gemäß § 2 Abs. 3 Verfo³ an ihre Stelle das Mitglied der Clearingstelle EEG Dr. Winkler und die rechtswissenschaftliche Koordinatorin der Clearingstelle EEG Richter. Die Beschlussvorlage wurde gemäß §§ 28 Abs. 1, 24 Abs. 5 Verfo durch die rechtswissenschaftliche Koordinatorin Richter erstellt.

2.2 Würdigung

- 19 Die Fotovoltaikanlage⁴ des Anspruchstellers erfüllt die Voraussetzungen eines Anspruchs auf die erhöhte Mindestvergütung (sog. Fassadenbonus) nach § 11 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004⁵ i. V. m. § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 erst ab dem Zeitpunkt, ab dem der Anspruchsteller die geplante Solar-Heizung (Hypokaustenheizung) realisiert hat und die Wärmeregulierung bzw. -versorgung des Gebäudes zumindest zum Teil durch diese Solarheizung erfolgt; denn erst ab diesem Zeitpunkt sind die Fotovoltaikanlagen auch wesentlicher Bestandteil des Gebäudes.
- 20 Der Anspruch auf Vergütung des in der Anlage erzeugten Stromes mit dem sog. Fassadenbonus folgt aus §§ 66 Abs. 1, 16 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. §§ 11 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004, da die PV-Module unter Geltung des EEG 2004 in Betrieb genommen, jedoch frühestens unter Geltung des EEG 2009 zu einem wesentlichen Bestandteil des Gebäudes werden.

2.2.1 Voraussetzungen des § 11 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004

- 21 § 11 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 lautet wie folgt:

„Die Mindestvergütungen nach Satz 1 erhöhen sich um jeweils weitere 5,0 Cent pro Kilowattstunde, wenn die Anlage nicht auf dem Dach oder

³Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG in der Fassung v. 06.04.2010, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/verfahrensordnung>.

⁴„Anlage“ zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie i. S. d. § 11 EEG 2004 ist gem. § 3 Abs. 2 EEG 2004 das einzelne Modul. Im allgemeinen Sprachgebrauch wird indes auch eine PV-Installation als PV-„Anlage“ bezeichnet. Sofern im Weiteren das Wort Fotovoltaikanlagen im Plural verwendet wird, sind damit die PV-Module gemeint; sofern das Wort Fotovoltaikanlage im Singular verwendet wird, bezeichnet es die aus Modulen und Unterkonstruktion bestehende PV-Installation.

⁵Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich v. 21.07.2004 (BGBl. I S. 1918), zuletzt geändert durch Art. 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 07.11.2006 (BGBl. I S. 2550), nachfolgend bezeichnet als EEG 2004, außer Kraft gesetzt durch Art. 7 Satz 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074).

als Dach des Gebäudes angebracht ist und wenn sie einen wesentlichen Bestandteil des Gebäudes bildet.“

- 22 Die verfahrensgegenständliche Fotovoltaikanlage ist nicht auf dem Dach oder als Dach des Gebäudes, sondern an dessen Fassade angebracht.
- 23 Zu den Voraussetzungen, unter denen eine Fotovoltaikanlage *wesentlicher Bestandteil eines Gebäudes* i. S. v. §§ 93, 94 Abs. 2 BGB⁶ und damit auch i. S. v. § 11 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 ist, hat die Clearingstelle EEG im Votum vom 27. Mai 2008 – 2008/11⁷ – unter 2.2.1 Stellung genommen.
- 24 Maßgebliches Kriterium ist, ob die Fotovoltaikanlage dauerhaft „zur Herstellung“ des Gebäudes in selbiges eingefügt wurde. Dies ist der Fall, wenn sie „fehlende“ Teile oder Funktionen der Gebäudehülle ersetzt oder wenn aufgrund der Eigenart des jeweiligen Gebäudes und aufgrund der besonderen Anpassung der Anlage an das Gebäude diese eine Einheit bilden.⁸ Um feststellen zu können, ob eine Fotovoltaikanlage dergestalt dauerhaft „zur Herstellung“ des Gebäudes in selbiges eingefügt wurde, hat die Clearingstelle mehrere Voraussetzungen und Indizien entwickelt.⁹
- 25 Wendet man die in diesem Votum entwickelten Voraussetzungen und Indizien auf die streitgegenständlichen Fotovoltaikanlagen an, so stellen sie erst ab Realisierung der geplanten Hypokaustenheizung wesentliche Bestandteile des Gebäudes dar. Zu den Voraussetzungen und Indizien im Einzelnen:
- 26 **2.2.1.1 PV-Anlage ohne Einbau der Hypokaustenheizung** Durch das bloße Anbringen von Modulen und Unterkonstruktion an der Außenhaut des Gebäudes wird die verfahrensgegenständliche PV-Anlage nicht zu einem zur Herstellung eingefügten wesentlichen Bestandteil des Gebäudes. Denn weder ist das Gebäude ohne die PV-Anlage „unfertig“, noch bilden aufgrund von Anpassungen der PV-Anlage Gebäude und PV-Anlage eine Einheit oder sprechen andere Aspekte für das Vorliegen eines wesentlichen Bestandteiles.

⁶Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 02.01.2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zum Zeitpunkt des Votumsbeschlusses zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 10.12.2008 (BGBl. I S. 2399).

⁷Abzurufen unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/11>, dort mit Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung.

⁸Vgl. *Clearingstelle EEG*, Votum v. 27.05.2008 – 2008/11, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/11>.

⁹Im Einzelnen s. *Clearingstelle EEG*, Votum v. 27.05.2008 – 2008/11, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/11>.

- 27 In **objektiver** Hinsicht¹⁰ fügen sich die Module nicht schon dergestalt dauerhaft in das Gebäude ein, dass sie durch ihren Einbau fehlende Gebäudeteile ersetzen, insbesondere eine bautechnische Funktion für das Gebäude übernehmen.
- 28 Dass die PV-Installation eine Lärmschutzfunktion für das Gebäude übernimmt, hat der Anspruchsteller nicht substantiiert dargelegt. Es bleibt zum einen offen, ob bereits ohne die PV-Installation der für Wohngebäude nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften erforderliche Schallschutz gewährleistet ist. Es bleibt zum anderen auch bei Verneinung der ersten Frage offen, ob die PV-Installation tatsächlich zum erforderlichen Schallschutz beiträgt. Die Schalldämmung eines Außenbauteils wird in hohem Maße durch Schalldämmung und Flächenanteil der Fenster, zudem unter anderem durch die Schalldämmung der Fassade bestimmt. Indes hat der Anspruchsteller nicht vorgetragen, dass die PV-Installation Teil eines umfassenden Schallschutzkonzepts ist oder z. B. angegeben, ob es sich bei den eingebauten Isolierglasfenstern um Schallschutzfenster handelt. Es bleibt daher offen, ob die ggf. hohe schalltechnische Qualität der PV-Installation und damit eine ggf. erhöhte Schalldämmung der Fassade eine signifikante Senkung des Innenraumschallpegels herbeiführen bzw. neben weiteren Maßnahmen zu einer solchen beitragen kann.
- 29 Weiterhin ist nicht ersichtlich, inwiefern die Fotovoltaikanlage Schutz vor Witterungseinflüssen bietet. Die PV-Module stellen keine sog. vorgehängte Kaltfassade dar, welche äußeres Mauerwerk oder den Schutzputz ersetzen und damit den Witterschutz übernehmen kann¹¹. Der Gebäudeabschluss ist sowohl auf den weitgehend mit PV-Modulen bedeckten als auch auf den freigelassenen Fassadenflächen bereits durch die – nach den eingereichten Lichtbildern augenscheinlich verputzte – Bimsfassade gewährleistet. Die sowohl an der Fassade als auch am äußeren Rand des Flachdaches vertikal angebrachten Module übernehmen auch nicht, ähnlich einem hervorragenden Gesims, eine wasserableitende oder sonstige vor Witterung schützende Funktion für darunterliegende Bauteile.
- 30 Auch in gestalterisch-ästhetischer Hinsicht ist das Gebäude bereits ohne die Fotovoltaikanlage als fertiggestellt anzusehen. Das Einfügen zur Herstellung eines Gebäudes unter gestalterisch-ästhetischen Gesichtspunkten ist in einer Einzelfallbetrachtung anhand des Zweckes und der konkreten Gestaltung des Gebäudes zu prüfen.¹²

¹⁰Vgl. *Clearingstelle EEG*, Votum v. 27.05.2008 – 2008/11, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/11>.

¹¹*Oschmann*, in: Altröck/Oschmann/Theobald (Hrsg.), *EEG Kommentar*, 2. Auf. 2008, § 11 Rn. 45.

¹² *Clearingstelle EEG*, Votum v. 27.05.2008 – 2008/11 –, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/11>, S. 10.

- 31 In gestalterischer Hinsicht ist auffallend, dass die PV-Anlagen große Teile der Fassade auf der Südwest- und der Südost-Seite des Gebäudes bedecken. Damit verändern sie das Erscheinungsbild auf zwei Seiten des Gebäudes. Sie fügen sich dabei aber nicht in ein den ganzen Bau charakterisierendes architektonisches Gesamtkonzept ein oder verleihen dem Gebäude insoweit ein anderes Gepräge, als dass sie die Erscheinung des vorhandenen Baukörpers grundlegend verändern.
- 32 Die kommunikative Signalwirkung, dass Photovoltaik als eine Erneuerbare Energie eingesetzt wird, hat die verfahrensgegenständliche PV-Installation mit jeder groß- oder kleinflächig an einer Gebäudefassade angebrachten Installation gemein. Aus dieser Wirkung folgt nicht, dass alle mit Modulen versehenen Gebäude ohne die angebrachten Module nicht abschließend gestaltet sind oder dass durch die Anbringung immer auch ein neues Gestaltungskonzept umgesetzt wird.
- 33 Auch dass der Einbau der Fenster in zeitlichem Zusammenhang mit der Anbringung der PV-Module vorgenommen wurde, begründet im konkreten Fall nicht das Vorliegen eines durch die PV-Module (mit-)verwirklichten, umfassenden neuen Gestaltungskonzeptes. Die Fenster gehören bereits zur Gestalt des neu geschaffenen Wohngebäudes; dies hängt nicht von der Anbringung der PV-Module ab. Der Einbau der Fenster steht in keinem direkten Zusammenhang mit einer gestalterischen Wirkung der PV-Module.
- 34 Unabhängig davon können zwar bereits die verwendeten Fassadenmaterialien einem Gebäude ein grundlegendes Gepräge verleihen und die Wahl anderer Bau- bzw. Verkleidungsstoffe mit einer anderen optischen Wirkung das architektonische Gestaltungskonzept des Gebäudes verändern. Im konkreten Fall aber werden die erkennbar auf die bestehende Fassade aufgesetzten PV-Module nicht als Bau- oder Verkleidungsstoff eingesetzt. Auch aus anderen Aspekten wird kein besonderes Gestaltungskonzept erkennbar: Die der Sonne zugewandten Seiten des Gebäudes wurden als Anbringungsfläche genutzt und die übrigen Stellen der Fassaden freigelassen. Die durch PV-Module eingenommenen Flächen sind zwar den sich durch Gebäudeform und Fenster ergebenden geometrischen Flächen angepasst; darüber hinaus folgt die Aufteilung der genutzten und freigelassenen Flächen aber keinem erkennbaren Konzept. Ein solches hat der Anspruchsteller auch nicht dargelegt.
- 35 Zwar dürften die an mindestens zwei Dachrändern angebrachten kleinteiligeren Module neben der Stromerzeugungsfunktion der Erzeugung einer optischen Wirkung

dienen. Jedoch entsteht auch durch diese am Dach¹³ angebrachten Module in der Gesamtschau mit den an der Fassade angebrachten Modulen kein architektonisches Gesamtkonzept für das Gebäude, so dass auch unter diesem Aspekt die an der Fassade angebrachten Modulen nicht zur ästhetisch-gestalterischen Fertigstellung des Gebäudes beitragen.

36 Schließlich sprechen auch weitere Indizien nicht für das funktionelle oder gestalterische „Einfügen“ der PV-Anlage „zur Herstellung“ des Gebäudes. Zu berücksichtigen ist dabei die Funktion eines Indizes. Es dient dazu, auf das Vorliegen einer Voraussetzung hinzuweisen. Es kann aber widerlegt werden, z. B. wenn bei wertender Betrachtung die indizierte Voraussetzung in der Sache dennoch nicht vorliegt oder wenn andere Indizien gegen das Vorliegen der untersuchten Voraussetzung sprechen. Die Anlage des Anspruchstellers erfüllt lediglich eines der im Votum 2008/11¹⁴ genannten Indizien, die *für* den Charakter einer Anlage als wesentlicher Bestandteil sprechen, aber mehrere Indizien, die *gegen* einen wesentlichen Bestandteil sprechen:

- Positives Indiz ist, dass die Fotovoltaikinstallation maßgebliche Teile der Fassade bedeckt.
- Im konkreten Fall ist nicht als positives Indiz zu werten, dass die PV-Anlagen insofern während der gesamten Planungs- und Umbauphase berücksichtigt wurden, als zunächst die PV-Installation angebracht und erst danach die neuen Fenster (und Böden bzw. Zwischendecken) eingefügt wurden. Die Fenster mussten zwar so zugeschnitten werden, dass sie in Flächen passten, deren Höhe und Breite von der Höhe und Breite der PV-Module vorgegeben werden. Jedoch ist notwendigerweise erforderlich, zu schaffende Fensteröffnungen und Fotovoltaikanbringung planerisch aufeinander abzustimmen. Die Reihenfolge der baulichen Maßnahmen hätte dabei ohne Weiteres umgekehrt werden können, wenn die von Modulen auszusparenden Fensterflächen zuvor berechnet und die PV-Module nach dem Zuschnitt der Fenster angebracht worden wären. Es ist nicht ersichtlich, dass für an Fassaden vorgehängte Anlagen dann eine erhöhte Vergütung geleistet werden soll, wenn die Fenster erst nach Montage der Anlage eingefügt werden. Schließlich handelt es sich auch hier um

¹³Für den in diesen Modulen erzeugten Strom besteht schon aus diesem Grund kein Anspruch auf die erhöhte Vergütung nach § 11 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004.

¹⁴Clearingstelle EEG, Votum v. 27.05.2008 – 2008/11, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/11>.

eine Anpassung des Gebäudes an die PV-Anlagen und nicht um eine an die Eigenarten des Gebäudes ausgerichtete Anpassung der Anlagen.

- Negatives Indiz ist, dass es sich vorliegend nicht um eine auf die konkreten Eigenheiten des Gebäudes abgestimmte oder sogar „maßgeschneiderte“ Fotovoltaikanlage handelt. Laut Herstellerangaben wurden eine „nur leicht modifizierte, im Übrigen handelsübliche Unterkonstruktion“, „allgemein bauaufsichtlich zugelassene Dünnschicht-Solarmodule“ und ein „typgeprüftes Fassadensystem“ verwendet. Die in Serie hergestellten Module und die typgeprüfte Unterkonstruktion wurden unverändert und ohne vorherigen Zuschnitt auf der Fassade des Gebäudes angebracht. Lediglich die Fassadendübel und Schrauben waren in Abhängigkeit der konkreten Gegebenheiten auszuwählen.
- Negativ zu berücksichtigen ist auch, dass die Gebäudefassade nicht zum Zwecke der Anbringung der Fotovoltaikanlagen bearbeitet wurde.
- Zudem legt die Art der Anbringung der Unterkonstruktion und der Module nicht nahe, dass eine Entfernung der Konstruktion mit untypisch hohen Folgekosten für die Wiederherstellung der Fassade verbunden wäre oder die Gesamtkosten der Trennung von Anlage und Gebäude gar den Wert der Fotovoltaikanlage nach ihrem Abbau übersteigen.
- Es ist auch nicht anzunehmen, dass die typgeprüfte Unterkonstruktion und die Dünnschicht-Module bei Demontage an anderer Stelle nicht oder nur eingeschränkt verwertbar wären.

37 **2.2.1.2 PV-Anlage als Bestandteil einer Hypokaustenheizung** Die PV-Anlage wird jedoch in der Zukunft unter Berücksichtigung der Eigenart des Gebäudes die technisch-bauphysikalische Funktion der Wärmeregulierung erfüllen. Die Module werden zur Beheizung des Gebäudes beitragen, sobald die geplante Hypokaustenheizung eingebaut ist und genutzt wird. PV-Anlagen und Gebäude werden dabei sogar aufgrund der Eigenart des Gebäudes und der Anpassungen der Anlagen an das Gebäude eine Einheit bilden. Durch das dauerhafte Abdichten des Zwischenraumes zwischen den Solarmodulen und der vorgehängten Bimsfassade, durch das Anbringen von Klappen jeweils oben und unten an diesem Zwischenraum und an dem Raum zwischen der Bimsfassade und den Betoninnenwänden sowie durch das Vornehmen von Bohrungen in der Bimsfassade für den Ein- und Austritt von Luft soll

ein geschlossenes System geschaffen werden, in dem die hinter den Modulen aufsteigende warme Luft kanalisiert und gezielt in den hinteren Zwischenraum zwischen Bimsfassade und Betonwänden geleitet wird, dort absteigen und zur Erwärmung wieder in den vorderen Zwischenraum geleitet werden kann. Je nach Sonneneinstrahlung findet durch die Luftzirkulation eine mehr oder weniger kontinuierliche Erwärmung der Betoninnenwände statt.

- 38 Der Annahme, dass die PV-Anlagen eine bautechnische Funktion übernehmen und damit zur Fertigstellung des Gebäudes beitragen, steht nicht bereits entgegen, dass die Fotovoltaikanlagen an einem schon errichteten Gebäude befestigt wurden. Die Anbringung der Fotovoltaikanlagen erfolgte im Rahmen einer Nutzungsänderung des Gebäudes, das früher als Getreidespeicher und nun als Wohngebäude genutzt wird. Im Rahmen dieser Nutzungsänderung soll das Gebäude neue oder optimierte (bautechnische) Funktionen erhalten und zu einer anderen Gebäudeart „hergestellt“ werden. Insbesondere steht dem nicht entgegen, dass die Funktionsübernahme durch die PV-Anlagen nicht zeitgleich mit der geänderten Nutzung und der entsprechenden Umgestaltung des Gebäudes beginnt. Die Fotovoltaikanlagen sind, da nicht bereits im Planungsstadium des Umbaus als Teil eines gebäudeintegrierten Heizsystems vorgesehen, zwar nicht von Anfang an in Umsetzung einer bautechnischen Gesamtkonzeption angebracht worden. Sobald die Hypokaustenheizung fertiggestellt ist, fügen sie sich jedoch in ein im Ausführungsstadium entstandenes bautechnisches Gesamtkonzept ein.
- 39 Die Beheizungsfunktion müsste ohne die Fotovoltaikanlagen teilweise anderweitig sichergestellt werden. Für die Übernahme einer bautechnischen Funktion ist nicht erforderlich, dass eine zuvor noch nicht existierende (bislange „fehlende“) Funktion wahrgenommen wird. Nicht zwingend ist zudem das *vollständige* Übernehmen einer Funktion zu verlangen – vorliegend etwa das komplette Ersetzen aller notwendigen oder vorhandenen Beheizungseinrichtungen. Eine Integration der PV-Anlagen in das Gebäude liegt bereits dann vor, wenn sie einen Teil der Einrichtungen ersetzt, die ansonsten zur Wahrnehmung der Funktion erforderlich wären. Nach Fertigstellung der Hypokaustenheizung soll die hinter den Modulen aufsteigende Wärme gezielt zur Wärmeregulierung eingesetzt werden, indem sie auch in die Innenschale der Gebäudehaut geleitet wird. Damit wird die PV-Installation als Teil der Hypokaustenheizung die Leistung der vorhandene Heizungsanlage *ergänzen*, sofern diese zur Deckung des Heizbedarfes des Gebäudes nicht ausreicht, oder deren Leistung bzw. Brennstoffeinsatz *verringern*, sofern die vorhandene Heizungsanlage den Heizbedarf

auch allein decken könnte.

- 40 In letzterem Fall wäre zwar nicht auszuschließen, dass die durch die Hypokaustenheizung übernommene Wärmeversorgung zu einem späteren Zeitpunkt auch wieder durch das BHKW übernommen werden könnte, dessen Leistung ab Fertigstellung der Hypokaustenheizung eventuell nicht mehr voll ausgeschöpft wird. Werden (teilweise) redundante Einrichtungen – bzw. bei überdimensionierten Einrichtungen überschießende Kapazitäten – vorgehalten, die die durch die PV-Anlage übernommene bauphysikalische Funktion wahrnehmen können, ist die PV-Anlage zwar nur dann als dauerhaft eingefügter wesentlicher Gebäudebestandteil anzusehen, wenn auch eine gewisse Dauerhaftigkeit der Funktionsübernahme durch die PV-Anlage gewährleistet ist, also die von der PV-Anlage übernommene Funktion nicht jederzeit und ohne Weiteres wieder durch eine bereits vorhandene Einrichtung übernommen werden kann. Vorliegend ist indes aufgrund der geplanten dauerhaften Veränderungen der Fassade – das Bohren von Löchern und das Anbringen von Klappen – plausibel, dass die PV-Installation dauerhaft in die Hypokaustenheizung eingebunden sein wird und die Hypokaustenheizung dauerhaft genutzt werden soll. Mithin ist auch plausibel, dass das vorhandene BHKW – sofern es ab Einsatz der Hypokaustenheizung im Vergleich zum Heizbedarf überdimensioniert wäre – ab dem Einsatz der Hypokaustenheizung dauerhaft¹⁵ mit reduzierter Heizleistung betrieben wird.
- 41 Hierdurch ist gleichzeitig die subjektive Voraussetzung¹⁶ für das Vorliegen eines wesentlichen Bestandteiles erfüllt: Der Anspruchsteller hat die Fotovoltaikanlage willentlich auf Dauer in das Gebäude eingefügt. Anhaltspunkte dafür, dass die Fotovoltaikanlage des Anspruchstellers nur zu einem vorübergehenden Zweck in das Gebäude eingefügt wurden, sind nicht ersichtlich. Eine Nutzung der Fotovoltaikanlagen in ihrer Doppelfunktion als Stromerzeugungs- sowie als Teil der Hypokaustenheizungsanlage in ihrer individuell entwickelten Form ist zudem nur an dem aktuellen Anbringungsort möglich.
- 42 Die Art der Beheizung macht sich unter Einbindung der PV-Anlage den besonderen Aufbau der Außenhaut des Gebäudes zunutze. Sie stellt einen individuellen Einsatz der PV-Anlage dar und verbindet diese mit dem Gebäude zu einer Einheit. Als Indiz ist zu würdigen, dass die funktionale Einbindung der Fotovoltaikanlage in die vom Anspruchsteller selbst entworfene Hypokaustenheizung und damit der inno-

¹⁵Von den Dunkelperioden abgesehen.

¹⁶Vgl. *Clearingstelle EEG*, Votum v. 27.05.2008 – 2008/11, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/11>.

vative Einsatz der Anlage Ausdruck und Realisierung der von § 1, § 11 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. §§ 11 Abs. 2 Satz 1, 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 geförderten Zielsetzung ist, die Nutzung der Fotovoltaik insbesondere im Rahmen der Gebäudeintegration weiterzuentwickeln. Die PV-Anlage ist somit ab Inbetriebnahme der Hypokaustenheizung als wesentlicher Bestandteil des Gebäudes anzusehen.

- 43 **2.2.1.3 Zwischenergebnis** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Gebäude des Anspruchstellers in seiner konkreten Form auch ohne die Fotovoltaikanlagen fertiggestellt ist, wenn man das Gebäude *ohne* Berücksichtigung der geplanten Hypokaustenheizung betrachtet.
- 44 Indes erfüllen die Fotovoltaikanlagen *ab* dem Zeitpunkt, ab dem die Hypokaustenheizung fertiggestellt ist und einen Teil der Wärmeversorgung des Gebäudes übernimmt, eine über die Stromerzeugung hinausgehende, auch dauerhafte Funktion für das Gebäude und bilden Anlage und Gebäude aufgrund der Eigenart des Gebäudes eine Einheit. Ab diesem Zeitpunkt ist das Gebäude ohne die Fotovoltaikanlagen subjektiv und objektiv nicht mehr als fertiggestellt anzusehen und die Fotovoltaikanlage des Anspruchstellers als ein wesentlicher Bestandteil zur Herstellung in das Gebäude eingefügt.

2.2.2 Voraussetzungen des § 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. §§ 11, 12 EEG 2004

- 45 Für den in der verfahrensgegenständlichen Anlage erzeugten Strom besteht ab dem Zeitpunkt, ab dem die Hypokaustenheizung einen Teil der Wärmeversorgung des Gebäudes übernimmt, ein Anspruch auf Vergütung mit dem sog. Fassadenbonus gem. §§ 66 Abs. 1, 16 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. § 11 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004.
- 46 Die zum Zeitpunkt des Votumsbeschlusses noch nicht vollständig umgesetzte Hypokaustenheizung wird zwar erst nach dem 1. Januar 2009 fertiggestellt; die PV-Installation kann somit erst nach diesem Zeitpunkt einen Teil der Wärmeversorgung des Gebäudes übernehmen. Damit können die verfahrensgegenständlichen Fotovoltaikanlagen erst unter Geltung des EEG 2009 zu einem wesentlichen Bestandteil i. S. d. § 11 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 werden.
- 47 Gemäß der Übergangsbestimmung des § 66 Abs. 1 EEG 2009 sind jedoch für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 gem. § 3 Nr. 5 EEG 2009¹⁷ in Betrieb genommenen

¹⁷Vgl. zur „Inbetriebnahme“ i. S. d. § 66 Abs. 1 EEG 2009 *Clearingstelle EEG*, Votum v. 13.04.2010–2009/26, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/vot/2009/26>, Rn. 30. Ein Fall, in dem

wurden, anstelle der §§ 32, 33 sowie der §§ 20 Abs. 2 und 21 Abs. 2 EEG 2009 die entsprechenden Vorschriften des EEG 2004 anzuwenden. Soweit die Übergangsbestimmung des § 66 EEG 2009 die Anwendung der bisherigen Vorschriften des EEG 2004 anordnet, soll das Vertrauen der Investoren geschützt werden.¹⁸ § 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. § 11 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 erfassen daher jedenfalls Fälle wie den vorliegenden, in denen an einem Gebäude angebrachte PV-Anlagen unter Geltung des EEG 2004 in Betrieb genommen wurden und bereits vor dem 1. Januar 2009 die Voraussetzungen für die Grundvergütung als Gebäudeanlage gem. § 11 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 erfüllt haben, aber erst nach dem 31. Dezember 2008 und damit unter Geltung des EEG 2009 in Umsetzung bereits unter Geltung des EEG 2004 getroffenen Planungen und Dispositionsentscheidungen auch zu wesentlichen Bestandteilen desselben Gebäudes werden und dadurch erstmals den Tatbestand der erhöhten Vergütung nach § 11 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 erfüllen.

- 48 Die **Höhe der Vergütung** richtet sich nach §§ 66 Abs. 1, 16 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. § 11 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 und Abs. 5 EEG 2004:
- 49 Die *Grundvergütung* aus §§ 66 Abs. 1, 16 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. § 11 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 unterliegt gem. § 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. § 11 Abs. 5 Satz 1 EEG 2004 der Degression nach § 11 Abs. 5 EEG 2004 und ist daher in Höhe des in § 11 Abs. 5 EEG 2004 vorgegebenen Degressionssatzes zu leisten, welcher vom Inbetriebnahmezeitpunkt der PV-Module abhängt.
- 50 Die Höhe der *erhöhten Vergütung* (sog. Fassadenbonus) aus §§ 66 Abs. 1, 16 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. § 11 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 unterliegt demgegenüber gem. § 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. § 11 Abs. 5 Satz 1 EEG 2004 nicht der Degression.¹⁹ Ab dem Zeitpunkt, ab dem die PV-Module als Bestandteil der Hypokaustenheizung einen Teil der Wärmeversorgung des Gebäudes erbringen, besteht somit ein Anspruch auf die erhöhte Vergütung in der in § 11 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 genannten Höhe.

die Rechtswirkungen einer nach § 3 Abs. 4 EEG 2004 erfolgten Inbetriebnahme durch § 66 Abs. 1 i. V. m. § 3 EEG 2009 nachträglich rückgängig gemacht würden, liegt hier nicht vor; vgl. dazu *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 01.07.2010–2009/12, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2009/12>, Rn. 149 f.

¹⁸Vgl. BT-Drs. 16/8148, S. 76 dazu, dass § 66 EEG 2009 Belange des Vertrauensschutzes zum einen und Belange der Rechtssicherheit und -einheitlichkeit zum anderen ausgleichen soll, indem er bei Bestandsanlagen bestimmte Vorschriften des EEG 2004 für weiterhin anwendbar erklärt, aber die Bestandsanlagen auch bestimmten Neuregelungen des EEG 2009 unterwirft.

¹⁹Daher sind die in *BGH*, Urt. v. 09.02.2011 – VIII ZR 35/10, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/1287> aufgestellten Grundsätze im vorliegenden Fall nicht anwendbar.

51 Die **Dauer der Vergütung** richtet sich nach § 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. § 12 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004. Gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. § 12 Abs. 3 Satz 1 EEG 2004 sind Vergütungen für einen Zeitraum von 20 Jahren *ab Inbetriebnahme* der Anlage zuzüglich des Inbetriebnahmejahres zu zahlen. Die zusätzliche Vergütung (sog. Fassadenbonus) gem. §§ 66 Abs. 1, 16 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. § 11 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 ist mithin ab Fertigstellung und Nutzung der Hypokaustenheizung nicht für einen (neuen) Zeitraum von zwanzig Jahren zu leisten, sondern für den verbleibenden Rest des 20-jährigen Vergütungszeitraumes, der bereits ab Inbetriebnahme der PV-Module zu laufen begann.

Dr. Lovens

Richter
(anstelle von Lucha)²⁴

Dr. Winkler
(anstelle von Puke)²⁵

²⁴Das Mitglied Lucha ist zum 31. Dezember 2009 aus der Clearingstelle EEG ausgeschieden.

²⁵Das Mitglied Puke ist zum 31. Dezember 2009 aus der Clearingstelle EEG ausgeschieden.