

2012/18

16. Oktober 2012

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 Dr. Pippke und Dr. Winkler am 16. Oktober 2012 einstimmig folgendes Votum:

Der Anspruchsteller hat gegen die Anspruchsgegnerin keinen Anspruch auf Zahlung der Vergütung gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. §§ 5, 11 EEG 2004 für den Strom, der in der in [...S...], Gemarkung [S...], Flurstück Nr.[...], belegen und im Jahr 2008 in Betrieb genommenen Fotovoltaikinstallation erzeugt und seit Juli 2008 in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist wird.

I Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten darüber, ob für den in der PV-Installation des Anspruchstellers erzeugten Strom ein Vergütungsanspruch nach § 66 Abs. 1 EEG 2009¹ i. V. m. §§ 5 Abs. 1, 11 EEG 2004² gegeben ist.
- 2 Der Anspruchsteller betreibt auf seinem Grundstück in [...S...], [S...], seit dem 30. Juni 2008 eine nachführbare PV-Installation mit 42 Modulen mit einer Gesamtleistung von 7,74 kW_p.
- 3 Die Installation ist mit einer Hütte verbunden, die eine Grundfläche von 2,5 m x 2,5 m aufweist und in einer Höhe von 2,75 m an der einen und 2,30 m an der anderen Seite mit einem Pultdach versehen ist. Die Wände der Hütte bestehen teilweise aus Holz und teilweise aus Beton. Das in der vom Anspruchsteller zur Akte gereichten Konstruktionszeichnung der [E... GmbH] als „Befestigungswand“ bezeichnete und aus Beton bestehende Bauteil ist eine über Eck in einem Winkel von 90 Grad verlaufende Mauer mit einer Höhe von ca. 2 m, einer Stärke von 0,24 m und einer Seitenlänge von je 1 m. Es ist mit einer Korbarmierung versehen und in der Mitte eines Betonfundaments verankert, das eine Ausdehnung von 3 m x 3 m in der Horizontalen und 0,8 m in der Vertikalen aufweist. An der innenliegenden Seite der Befestigungswand ist der Mast mit zwei stählernen Bauelementen über Eck befestigt. Ein Winkelelement befindet sich knapp unterhalb des Daches, ein konsolenartiges und ebenfalls über Eck gezogenes Element knapp über dem Boden. Der Mast ist an seinem unteren Abschluss auf dem Konsolenelement verschraubt. Nach oben wird der Mast durch das Dach geführt, bis auf eine Höhe von 5,80 m. Am oberen Ende ist das Nachführsystem mit einem sog. Fotovoltaikfeld von 6 m x 10,20 m Fläche angebracht. Auf diesem Feld sind die 42 PV-Module befestigt.

¹Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074 ff.), in der bis zum 31.12.2011 geltenden, zuletzt durch Art. 1 Nr. 33 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634) geänderten Fassung, nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeeg.de/eeeg2009/arbeitsausgabe>.

²Gesetz 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).

- 4 An die Befestigungswand schließen sich an beiden Seiten Holzwände an, die die Hütte in einem quadratischen Grundriss vervollständigen. Die Hütte verfügt über eine Tür; Fenster sind nicht vorhanden.
- 5 Im Übrigen wird hinsichtlich der baulichen Konstruktion auf die zur Akte gereichten Lichtbilder und Konstruktionszeichnungen verwiesen.
- 6 Die Kosten für die PV-Anlagen einschließlich aller baulichen Konstruktionen belief sich auf rund 50.000 € (netto).
- 7 Im Zeitraum zwischen Juli 2008 und Februar 2009 wurde der in der verfahrensgegenständlichen Installation erzeugte Strom von der Anspruchsgegnerin nach dem EEG 2004 vergütet. Sodann wurden die Zahlungen eingestellt unter Hinweis darauf, dass die gesetzlichen Vergütungsvoraussetzungen nicht erfüllt seien, die Module insbesondere nicht auf dem Dach oder als Dach und nicht auf einer baulichen Anlage, die vorrangig anderen Zwecken als der Erzeugung von Solarstrom errichtet worden ist, angebracht seien. Die bereits ausgezahlte Vergütung wurde zurückgebucht. Mit Schreiben vom 17. Juni und 12. August 2009 an den Anspruchsteller legte die [E. . . GmbH] für die Anspruchsgegnerin dar, warum nach ihrer Auffassung ein Vergütungsanspruch weder aus § 11 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 noch aus § 11 Abs. 1 EEG 2004 gegeben ist.
- 8 Der Anspruchsteller ist der Ansicht, für den in seiner Anlage erzeugten Strom Anspruch auf die Gebäudevergütung gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 zu haben. Er trägt vor, das Kleingebäude sei als Schafstall bzw. zur Lagerung von Rasenmäher, Kehrmaschine, Motorsäge und sonstigen Gartengeräten errichtet worden. Die Betonwand diene dem Anbringen einer Kinderschaukel.
- 9 Aus den zur Akte gereichten Unterlagen zur Gebäudeausführung ergebe sich, dass der Mast mit den PV-Modulen an der Gebäudewand befestigt sei. Die Betonwand sei als Teil des Gebäudes zu betrachten. Daher sei die PV-Anlage in ihrem Bestand vom Gebäude abhängig.
- 10 Er ist weiter der Ansicht, er müsse mit anderen Anlagenbetreiberinnen und -betreibern, die im Umkreis rund 50 vergleichbare Anlagen betrieben und eine Gebäudevergütung erhielten, gleichbehandelt werden.
- 11 Die Anspruchsgegnerin ist der Auffassung, die Voraussetzungen für eine Vergütung gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 seien nicht erfüllt, weil die PV-Anlage nicht ausschließlich an oder auf einem Gebäude angebracht sei. Nicht sämtliche wesentlichen Bestandteile der Installation seien vollständig an oder auf dem Gebäude befestigt,

so dass das Gewicht der Anlage allein vom Gebäude getragen werde. Zur Begründung verweist sie auf das Urteil des BGH vom 29. Oktober 2008.³ Hiernach sei es erforderlich, dass die Anlage durch Mittel baulicher Verbindungstechnik dergestalt an oder auf dem Gebäude befestigt sei, dass das Gebäude sie über seine Statik trage. Daraus folge zugleich, dass das Gebäude als Trägergerüst die Hauptsache bilden müsse, von der die darauf oder daran befestigte Anlage in ihrem Bestand abhängig sei. Vorliegend werde das Gewicht der Module nicht von dem Holzgebäude getragen, sondern von dem Betonpfeiler. Dieser sei das Tragwerk, von dem die Solaranlage in ihrem Bestand abhängt. Das Gebäude sei rund um den Betonpfeiler errichtet worden und spiele im Zusammenhang mit der Anlagenstatik keine Rolle. Schließlich könnten die Module auf ihrer Aufständigung einschließlich Betonpfeiler auch ohne das Gebäude bestehen.

- 12 Des Weiteren verweist die Anspruchsgegnerin auf das zur Akte gereichte Urteil des OLG Stuttgart vom 4. Juli 2012⁴, das eine im Wesentlichen baugleiche Konstruktion betreffe und einen Anspruch auf die Gebäudevergütung bei einer solchen Konstruktion abgelehnt habe. Die Ausführungen des Urteils zur Nichterfüllung der Vergütungsvoraussetzungen nach § 11 EEG 2004 mache sie sich zu eigen. Das Urteil sei in einem Rechtsstreit zwischen einem Anlagenbetreiber und einem Netzbetreiber aus dem [E...-Konzern] ergangen; vor diesem Hintergrund entspreche es der vom Anspruchsteller geforderten Gleichbehandlung, dass seine Anlage keine Gebäudevergütung erhalte.
- 13 Die Anspruchsgegnerin ist weiter der Auffassung, dass auch kein Anspruch nach § 11 Abs. 1 EEG 2004 besteht. Der Anspruchsteller habe keinen Nachweis erbracht, dass das Gebäude vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichtet worden sei. Die im Vergleich zu den Errichtungskosten des Gebäudes weit höheren Kosten der Errichtung der Solarstromanlage sprächen dafür, dass das Kleingebäude vorrangig zum Zweck der Solarstromerzeugung errichtet worden sei. Deshalb müssten die Voraussetzungen nach § 11 Abs. 3 EEG 2004 eingehalten werden. Auch dafür habe der Anspruchsteller keinen Nachweis erbracht.
- 14 Der Anspruchsteller und die Anspruchsgegnerin haben sich an die Clearingstelle EEG gewandt und gemeinsam beantragt, ein Votumsverfahren gemäß §§ 26 ff.

³BGH, Urt. v. 20.10.2008 – VIII ZR 313/07, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/486>.

⁴OLG Stuttgart, Urt. v. 04.07.2012 – 9 U 197/11.

VerfO⁵ durchzuführen. Die Parteien sowie die Clearingstelle EEG stimmten einem schriftlichen Verfahren zu.

- 15 Mit Beschluss vom 16. August 2012 hat die Clearingstelle EEG das Votumsverfahren angenommen. Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautete:

Hat der Anspruchsteller gegen die Anspruchsgegnerin einen Anspruch auf Zahlung der Vergütung gemäß § 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. §§ 5 Abs. 1, 11 EEG 2004 für den Strom, der in der in [...S...], Gemarkung [...], Flurstück Nr.[...], belegen und im Jahre 2008 in Betrieb genommenen Fotovoltaikinstallation erzeugt und seit Juli 2008 in das Netz der Anspruchsgegnerin eingespeist wird?

2 Begründung

2.1 Verfahren

- 16 Das Verfahren ist gemäß den Vorschriften der VerfO zustandegekommen und durchgeführt worden.
- 17 Die Clearingstelle EEG hat das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 VerfO nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen.
- 18 Den Parteien ist gemäß §§ 28, 20 Abs. 1 Satz 1 VerfO Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Die Beschlussvorlage hat gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied der Clearingstelle EEG Dr. Pippke erstellt.

2.2 Würdigung

- 19 Der Anspruchsteller hat gegen die Anspruchsgegnerin keinen Vergütungsanspruch nach § 11 EEG 2004 für den in seiner PV-Installation erzeugten Strom.
- 20 Ein Anspruch ist ausgeschlossen, weil die PV-Anlage weder gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 ausschließlich an oder auf einem Gebäude oder einer Lärmschutzwand angebracht ist (dazu Abschnitt 2.2.1), noch die – aufgrund des vorrangigen Zwecks der Solarstromerzeugung anwendbaren – bauplanungsrechtlichen Voraussetzungen des

⁵Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG in der Fassung vom 06.04.2010, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>.

§ 11 Abs. 3 EEG 2004 erfüllt sind (dazu Abschnitt 2.2.2). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (dazu Abschnitt 2.2.3).

2.2.1 Kein Anspruch aus § 11 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Satz 1 EEG 2004

- 21 Zwar erfüllt die Hütte die Definitionsmerkmale eines „Gebäudes“ i. S. d. § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004, weil es sich um eine selbständig benutzbare, überdeckte bauliche Anlage handelt, die von Menschen betreten werden kann und zumindest geeignet ist, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen; jedoch sind die PV-Module des Anspruchstellers nicht ausschließlich an oder auf dem Gebäude angebracht.
- 22 Wie im Votum der Clearingstelle EEG 2008/42⁶ ausgeführt, kommt es bei sog. Solarbäumen nicht auf die ausschließliche Anbringung der Module an der Trägerkonstruktion an. Vielmehr ist entscheidend, dass das gesamte Tragwerk 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.“⁷
- 23 Das Tragwerk ist vorliegend die aus dem Fundament, der Befestigungswand und dem Mast gebildete Einheit. Diese lässt sich sowohl nach dem äußeren Erscheinungsbild, das den zur Akte gereichten Lichtbildern entnommen werden kann, sowie nach der zur Akte gereichten Konstruktionszeichnung der [E... GmbH] von den sonstigen Bauprodukten des Gebäudes unterscheiden. Entgegen der Auffassung des Anspruchstellers sind die Befestigungswand und das Fundament bei der Betrachtung des statischen Abhängigkeitsverhältnisses deshalb nicht dem übrigen Gebäude zuzurechnen.
- 24 Das ergibt sich unmittelbar aus der zur Akte gereichten Konstruktionszeichnung der [E... GmbH], die die „Befestigungswand mit Korbarmierung und Fundamentanker“ sowie den Mast als Einheit darstellt, ohne die im Weiteren angebrachten Holzwände und das Dach überhaupt zu erwähnen. Diese sind lediglich in der anderen Kon-

⁶Clearingstelle EEG, Votum v. 23.04.2010 – 2008/42, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/42>, Rn. 61 ff.

⁷BGH, 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>.

struktionszeichnung („Photovoltaikanlage mit Nachführsystem“) aufgeführt, die die Seitenansicht der gesamten Konstruktion zeigt. Für die fehlende statische Relevanz der hölzernen Seitenwände und des Daches spricht auch, dass das Fundament nicht der Grundfläche des Gebäudes entspricht, sondern an zwei Seiten erheblich darüber hinausreicht, so dass sich der Fundamentanker in der Mitte des quadratischen Fundaments befindet, das Gebäude hingegen nur eine rechteckige Teilfläche des Fundaments einnimmt. Gemäß dem Votum der Clearingstelle EEG 2008/42⁸ ist deshalb bei der Betrachtung des statischen Abhängigkeitsverhältnisses auf die Fotovoltaikanlage mitsamt ihrem Tragwerk abzustellen.

- 25 Auch ohne eine statische Berechnung ergibt diese Betrachtung, dass das aus dem Fundament, der Befestigungswand und dem Mast gebildete Tragwerk vorliegend die Hauptsache bildet, die in ihrem Bestand offensichtlich nicht von den übrigen Bauelementen statisch abhängig ist. Vielmehr sind umgekehrt insbesondere die Holzwände und das Dach statisch von dem Tragwerk der PV-Anlage abhängig.

2.2.2 Kein Anspruch aus § 11 Abs. 1 i. V. m. Abs. 3 EEG 2004

- 26 Aber selbst wenn man davon ausginge, die Module seien i. S. d. § 11 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 ausschließlich an oder auf dem Gebäude angebracht, scheidet ein Vergütungsanspruch jedenfalls deshalb aus, weil die bauplanungsrechtlichen Voraussetzungen des § 11 Abs. 3 EEG 2004 nicht erfüllt sind. Diese Voraussetzungen gelten nicht nur für bauliche Anlagen, sondern auch für Gebäude, die vorrangig zum Zweck der Solarstromerzeugung errichtet wurden. Da die Hütte des Anspruchstellers vorrangig zum Zweck der Solarstromerzeugung errichtet wurde, müssten die bauplanungsrechtlichen Voraussetzungen des § 11 Abs. 3 EEG 2004 erfüllt sein, um einen Vergütungsanspruch nach § 11 EEG 2004 zu begründen.⁹ Das ist vorliegend nicht der Fall.

⁸Clearingstelle EEG, Votum v. 23.04.2010 – 2008/42, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/42>, Rn. 70.

⁹So bereits Clearingstelle EEG, Votum v. 09.04.2008 – 2007/4, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2007/4>, unter 2.2.1, sowie Votum v. 23.04.2010 – 2008/42, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/42>, unter Rn. 77, sowie BGH, Urt. v. 17.11.2010 – VIII ZR 277/09, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/node/1182>, Rn. 17 ff.

- 27 **Vorrangiger Errichtungszweck** Nach dem Votum 2008/42¹⁰ ist der vorrangige Errichtungszweck einer baulichen Anlage in einer einzelfallbezogenen Prüfung unter Einbeziehung zeitlicher, baulich-konstruktiver, ökonomischer und sonstiger Indizien zu bestimmen.
- 28 Diese Prüfung führt vorliegend zu dem Ergebnis, dass andere Zwecke als die Solarstromerzeugung bei der Errichtung des Gebäudes nicht vorrangig waren.
- 29 Zwar hat der Anspruchsteller darauf hingewiesen, dass das Gebäude als Schafstall bzw. zur Lagerung von Rasenmäher, Kehrmaschine, Motorsäge und sonstigen Gartengeräten errichtet worden sei; die Betonwand diene dem Anbringen einer Kinderschaukel.
- 30 Ein plausibles und beständiges Nutzungskonzept jenseits der Solarstromerzeugung wurde dadurch aber weder schlüssig dargelegt noch bewiesen. Insbesondere hat der Anspruchsteller nicht dargelegt, zu welchem Zweck er das Gebäude im Zeitpunkt der Errichtung *tatsächlich konkret* nutzen wollte. Sein Vortrag ist insoweit nicht konsistent, denn eine tatsächlich Nutzung als Schafstall schliesse eine Nutzung zur Lagerung von Gartengeräten aus. Dass das Gebäude möglicherweise zu einer Nutzung als Lagergebäude für Gartengeräte *geeignet* ist, reicht wiederum nicht aus, um ein Nutzungskonzept plausibel zu begründen.
- 31 Auch hat der Anspruchsteller nichts dazu vorgetragen, ob und ggf. zu welchem Zweck er das Gebäude nun tatsächlich nutzt.¹¹ Auf den zur Akte gereichten Fotos ist nichts zu erkennen, was darauf hindeutete, dass das Gebäude überhaupt genutzt wird. Die erwähnte Kinderschaukel ist ebensowenig ersichtlich wie Schafe oder Gartengeräte.
- 32 Des Weiteren fehlt es an Darlegungen, ob und aus welchen Gründen das Gebäude auch dann errichtet worden wäre, wenn die PV-Installation entfele.
- 33 Die bauliche Konstruktion spricht ebenfalls nicht für die Annahme, dass das Gebäude vorrangig zu anderen Zwecken als der Solarstromerzeugung errichtet wurde. Wie oben bereits ausgeführt, ist die Statik der Befestigungswand einschließlich des Fundaments und des Mastes darauf ausgerichtet, als Tragwerk für die PV-Installation zu fungieren.

¹⁰Clearingstelle EEG, Votum v. 23.04.2010–2008/42, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2008/42>, Leitsatz 2 und Prüfungsschema im Anhang.

¹¹Nach Clearingstelle EEG, Votum v. 20.06.12–2012/14, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2012/14>, Rn. 55, kann die tatsächliche Nutzung – ggf. auch bei einer nachträglichen Betrachtung – ein gewichtiges Indiz für die Plausibilität und Beständigkeit eines Nutzungskonzeptes darstellen.

34 Für eine Berücksichtigung etwaiger ökonomischen Indizien fehlt es an entsprechenden Darlegungen des Anspruchstellers. Auf die Frage, ob – wie die Anspruchsgegnerin meint – aus einem Vergleich der Errichtungskosten der PV-Anlage samt Tragekonstruktion i. H. v. rund 50 000 € einerseits und den deutlich darunter liegenden Kosten für die übrige bauliche Anlage andererseits auf den vorrangigen Nutzungszweck der Solarstromerzeugung geschlossen werden kann, braucht letztlich nicht näher eingegangen zu werden, weil der Anspruchsteller jedenfalls keine Tatsachen dargelegt hat, die insoweit zu seinen Gunsten sprechen könnten. Die Clearingstelle EEG weist jedoch darauf hin, dass die von der Anspruchsgegnerin aus dem Kostenvergleich gezogene Schlussfolgerung zu Lasten des Anspruchstellers unzulässig ist. Hierzu hat die Clearingstelle EEG im Votum vom 23. April 2010 – 2008/42 ausgeführt:

„Ebensowenig kann als Indiz gegen vorrangige andere Errichtungszwecke herangezogen werden, dass die Investitionskosten für die Errichtung der Fotovoltaikanlage die Investitionskosten für die Errichtung der baulichen Anlage übersteigen, weil die Kosten für eine Fotovoltaikanlage – wie sich in den gesetzlichen Einspeisevergütungen widerspiegelt – von vornherein relativ hoch sind. Ein solcher Vergleich würde außer acht lassen, dass der Markt für Fotovoltaikanlagen und der Markt für bauliche Anlagen verschiedenen Preisgestaltungen unterliegen . . .“¹²

35 Andernfalls wäre praktisch jedes einfache und preiswert zu errichtende Gebäude – wie z. B. Carports oder kleine Ställe – als vorrangig der Solarstromerzeugung dienendes Gebäude zu behandeln; eine solche schematische Betrachtung würde indes dem Sinn und Zweck der Vorschrift nicht genügen.¹³

36 Nach alledem ist im Ergebnis von einem vorrangig der Solarstromerzeugung dienenden Nutzungszweck der Konstruktion des Anspruchstellers auszugehen.

37 **Bauplanungsrechtliche Voraussetzungen** Wenn die PV-Anlage nicht an oder auf einer baulichen Anlage angebracht ist, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden ist, ist der Netz-

¹²Clearingstelle EEG, Votum v. 23.04.2010 – 2008/42, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2008/42>, Rn. 113.

¹³Vgl. bereits Clearingstelle EEG, Votum v. 09.04.2008 – 2007/4, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2007/4>.

betreiber nach § 11 Abs. 3 EEG 2004 nur zur Vergütung verpflichtet, wenn die Anlage entweder im Geltungsbereich eines Bebauungsplans im Sinne des § 30 BauGB¹⁴ oder auf einer planfestgestellten Fläche im Sinne des § 38 BauGB in Betrieb genommen worden ist.

- 38 Vorliegend ist nicht dargelegt worden, dass die Hütte gemäß § 11 Abs. 3 EEG 2004 im Geltungsbereich eines Bebauungsplans oder auf einer Fläche in Betrieb genommen worden ist, für die ein Verfahren nach § 38 Satz 1 BauGB durchgeführt wurde.
- 39 Die Pflicht zur Darlegung und ggf. zum Nachweis der Erfüllung der bauplanungsrechtlichen Anforderungen des § 11 Abs. 3 EEG 2004 trägt die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber.¹⁵
- 40 Der Anspruchsteller hat zu den bauplanerischen Gegebenheiten des Vorhabengrundstücks jedoch weder im Vorfeld noch im Rahmen des Votumsverfahrens etwas vorgetragen.
- 41 Damit kann nicht davon ausgegangen werden, dass die bauplanungsrechtlichen Voraussetzungen des § 11 Abs. 3 EEG 2004 erfüllt sind.

2.2.3 Aspekt der Gleichbehandlung

- 42 Ein Vergütungsanspruch ergibt sich schließlich auch nicht unter dem Aspekt der Gleichbehandlung. Selbst wenn der Vortrag des Anspruchstellers zuträfe, dass in anderen Fällen gleichartiger Konstruktionen eine Vergütung nach dem EEG gezahlt wird, erwächst daraus kein Anspruch auf die gesetzliche Mindestvergütung nach § 11 EEG 2004.
- 43 Nach § 5 Abs. 1 EEG 2004 ist der Netzbetreiber nur dann zur Vergütung des aus erneuerbaren Energien erzeugten und in das Netz eingespeisten Stroms gemäß den §§ 6 bis 12 EEG 2004 verpflichtet, wenn die Maßgaben der jeweiligen Vergütungstatbestände erfüllt sind. In gleicher Weise erhält der Netzbetreiber von dem vorgelagerten Übertragungsnetzbetreiber nur diejenigen Vergütungen erstattet, die der Netzbetreiber gemäß den §§ 6 bis 12 EEG 2004 geleistet hat. Der Netzbetreiber hat damit bei den Vergütungsansprüchen nach dem EEG 2004 keinen Ermessensspielraum.

¹⁴Baugesetzbuch (BauGB) in der Fassung der Bekanntmachung v. 23.09.2004 (BGBl. I S. 2414), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 22.07.2011 (BGBl. I S. 1509).

¹⁵Clearingstelle EEG, Votum v. 27.08.2010–2010/6, abrufbar unter <http://www.clearingstelle-ee.de/votv/2010/6>, Rn. 43 m. w. N.

- 44 Aus Vergütungszahlungen, die der Netzbetreiber in anderen Fällen möglicherweise entgegen den Vorgaben des EEG an Anlagenbetreiberinnen und -betreiber auszahlt, kann damit kein gesetzlicher Anspruch entstehen. Ein Recht auf Gleichbehandlung im Unrecht und damit einen Anspruch auf Fehlerwiederholung bei der Rechtsanwendung gibt es nicht.¹⁶
- 45 Auch ist der einzelne Netzbetreiber nicht verpflichtet, sich an der Rechtsauffassung anderer Netzbetreiber zu orientieren.

Dr. Lovens

Dr. Pippke

Dr. Winkler

¹⁶Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, Kommentar, 9. Aufl. 2007, Art. 3 Rn. 36.