

westlichen Winde den Rotor meist nicht in voller Größe, sondern nur in seitlicher Aufsicht erscheinen. Aufgrund der Entfernung fülle der Rotor zudem nicht die gesamte Fensterfläche aus. Soweit die Drehbewegung des Rotors dennoch als störend empfunden werden sollte, sei es der Klägerin zumutbar, deren Wahrnehmbarkeit durch das Anbringen von Gardinen zu mindern. Die Klägerin wendet hiergegen im Wesentlichen ein, die Windkraftanlage sei angesichts der Größe des Rotors aus den Räumen im Obergeschoss eindeutig und massiv wahrnehmbar; das Anbringen von Gardinen könne ihr nicht zugemutet werden. Dies genügt nicht, um ernstliche Zweifel an der Würdigung des Verwaltungsgerichts zu begründen.

Dass die Windkraftanlage von den Räumen im Obergeschoss aus wahrnehmbar ist, reicht für sich genommen nicht aus, um von einer optisch bedrängenden Wirkung ausgehen können. Denn das Gebot der Rücksichtnahme vermittelt dem Nachbarn keinen Anspruch auf eine von technischen Bauwerken freie Aussicht (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 17.1.2007 - 8 A 2042/06 -, ZNER 2007, 79 = juris, Rn. 18).

Der Hinweis der Klägerin auf die Größe des Rotors verfängt mit Blick auf die vom VG im Ortstermin gefertigten Bilder nicht. Danach erscheint der Rotor (auch) auf den Aufnahmen, die von den Fenstern des Obergeschosses sowie vom Balkon aus gefertigt worden sind, nach dem Eindruck des Senats nicht beherrschend oder bedrängend, da er insbesondere nicht die gesamte Fläche des Fensters ausfüllt.

Mit dem weiteren Argument des VG, dass der Rotor aufgrund der vorherrschenden Westwinde meist nur in seitlicher Aufsicht sichtbar sei, setzt sich das Antragsvorbringen nicht auseinander. Gleiches gilt für die Annahme des Verwaltungsgerichts, hinsichtlich der Nutzung des Balkons sei es der Klägerin zumutbar, auf den Garten oder den Freisitz im Hof auszuweichen.

Ob die Klägerin darauf verwiesen werden kann, im Wege der architektonischen Selbsthilfe an den Fenstern im Obergeschoss Gardinen anzubringen, erscheint zwar fraglich, kann aber nach alledem offen bleiben. Denn hierbei handelt es sich lediglich um ein zusätzliches Argument des VG, auf das es im Rahmen der aus Sicht des Senats nachvollziehbaren und plausiblen Gesamtwürdigung, von der Windkraftanlage gehe keine optisch bedrängende Wirkung für das Grundstück der Klägerin aus, nicht entscheidungstragend ankommt.

dd) Soweit die Klägerin schließlich meint, das VG habe rechtsfehlerhaft nicht berücksichtigt, dass der Rotor – wie sich aus dem beigefügten Lichtbild ergebe – auf dem Innenhof der dominierende Faktor sei, verhilft dies ihrem Zulassungsantrag ebenfalls nicht zum Erfolg. Das VG ist insoweit offenbar davon ausgegangen, dass eine optisch bedrängende Wirkung schon aufgrund der geographischen Ausrichtung des Innenhofs nach Süden bzw. Westen nicht in Betracht komme. Diese – der angefochtenen Entscheidung zumindest konkludent zugrundeliegende Annahme – wird durch das Antragsvorbringen nicht in Frage gestellt. Dabei ist das von der Klägerin vorgelegte Lichtbild schon deshalb nicht geeignet, die vermeintlich dominierende optische Wirkung des Rotors im Innenhof zu belegen, weil nach einem Vergleich mit dem vom VG anlässlich des Ortstermins gefertigten Bildern Einiges dafür spricht, dass die Klägerin die Windkraftanlage hier mittels eines Teleobjektivs „herangeholt“ und dadurch vergrößert hat. Unabhängig davon verfügt die Klägerin mit dem sich um die Nordwestecke des Wohnhauses erstreckenden überdachten Freisitz sowie dem durch die Kirschloberhecke eingefriedeten Garten über ausreichende Ausweichmöglichkeiten im Freien.

2. ...

3. Die Berufung ist nicht gemäß § 124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO wegen der geltend gemachten Abweichung von der Entscheidung eines übergeordneten Gerichts zuzulassen.

Die Rüge der Klägerin, das BVerwG habe in seinem Urteil vom 29. August 2007 - 4 C 2.07 - den Rechtssatz aufgestellt, dass bis zum Eintritt der Bestandskraft das tatsächliche Geräuschverhalten einer Windkraftanlage über die Frage der Rechtmäßigkeit der Ge-

nehmigung entscheide, und das VG habe diesem Rechtssatz widersprochen, ist unbegründet.

Zwar ist der Klägerin zuzugeben, dass die allgemeinen Ausführungen des VG zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt für sich genommen dahingehend verstanden werden könnten, nach Genehmigungserteilung gewonnene tatsächliche Erkenntnisse seien für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Genehmigung grundsätzlich unerheblich. Allerdings geht das VG im Folgenden hinsichtlich der Frage, ob der in Rede stehende Anlagentyp typenbedingt ton- oder impulshaltig sei, auf nach Genehmigungserteilung erstellte Gutachten und fachliche Stellungnahmen ein und wertet diese aus. Diese Vorgehensweise steht mit der Rechtsprechung des Senats im Einklang und widerspricht auch nicht dem von der Klägerin angeführten Urteil des BVerwG vom 29.8.2007 - 4 C 2.07 -. Denn dieser Entscheidung kann nicht entnommen werden, dass die Frage, ob eine Anlage so errichtet worden ist, wie sie genehmigt worden ist, im Rahmen der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Genehmigung und nicht erst im Rahmen der Anlagenüberwachung von Bedeutung ist. Den von der Klägerin behaupteten Rechtssatz hat das BVerwG nicht aufgestellt.

10. Baugenehmigungspflicht für Photovoltaikanlagen

Bauordnung NRW § 65 Abs. 1 Nr. 44; BauGB § 35 Abs. 1 Nr. 1

Führt die Errichtung einer Solarenergieanlage auf einem Gebäude zu einer Nutzungsänderung des Gebäudes, so bedarf diese der Baugenehmigung.

(Leitsatz der Redaktion)

OVG NRW, B. v. 20.09.2010 - 7 B 985/10 -

Mit Anmerkung von Lahme

Zum Sachverhalt:

Der Antragsteller hatte auf dem angemieteten Dach der Reithalle eines Landwirts eine Photovoltaikanlage angebracht. Der von dieser erzeugte Strom wurde in vollem Umfang in das Netz des örtlichen Energieversorgers eingespeist. Die Bauaufsichtsbehörde untersagte dem Antragsteller die Nutzung der Photovoltaikanlage mit der Begründung, ihm fehle die erforderliche Baugenehmigung. Gleichzeitig ordnete sie die sofortige Vollziehung der Nutzungsuntersagung an. Der Betreiber der Photovoltaikanlage erhob Klage gegen die Nutzungsuntersagung und stellte den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung dieser Klage. Das Verwaltungsgericht gab dem Antrag statt, auf die Beschwerde der Bauaufsichtsbehörde änderte das OVG den Beschluss ab und lehnte den Antrag ab.

Aus den Gründen:

Die zulässige Beschwerde ist begründet. Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage des Antragstellers gegen die Ordnungsverfügung des Antragsgegners hat keinen Erfolg. Bei der hier nur möglichen und gebotenen summarischen Prüfung erweist sich die angefochtene Nutzungsuntersagung als rechtmäßig.

Die Nutzungsuntersagung ist ausschließlich darauf gestützt, dass die Errichtung der strittigen Photovoltaikanlage des Antragstellers auf dem Dach der Reithalle auf dem im Eigentum des Landwirts stehenden Grundstück formell illegal sei. Diese Einschätzung ist zutreffend, denn das ohne Baugenehmigung durchgeführte Vorhaben ist baugenehmigungspflichtig.

Nach § 63 Abs. 1 BauO NRW bedürfen die Errichtung, die Änderung, die Nutzungsänderung und der Abbruch baulicher Anlagen der Baugenehmigung, soweit in den §§ 65 bis 67, 79 und 80 BauO

NRW nichts anderes bestimmt ist. Mit der Errichtung der Photovoltaikanlage ist gleichzeitig eine Nutzungsänderung der Reithalle vorgenommen worden. Eine die Genehmigungspflicht auslösende Nutzungsänderung liegt vor, wenn sich die neue Nutzung von der bisherigen Nutzung dergestalt unterscheidet, dass sie anderen oder weitergehenden Anforderungen bauordnungs- oder bauplanungsrechtlicher Art unterworfen ist oder zumindest sein kann. Dies ist hier der Fall. Zu der bislang offenbar landwirtschaftlichen Nutzung der Reithalle tritt eine gewerbliche Nutzung der Dachfläche durch einen Dritten hinzu. Diese zusätzliche Nutzung kann anderen oder weitergehenden Anforderungen insbesondere bauplanungsrechtlicher Art unterworfen sein als die bisherige Nutzung.

Vgl. zur ähnlich gelagerten Fallgestaltung der Errichtung einer Mobilfunkanlage auf einem Gebäude OVG NRW, Beschlüsse vom 2. Juli 2002 - 7 B 924/02 -, BRS 65 Nr. 158, und vom 29. April 2002 - 10 B 78/02 -, BRS 65 Nr. 202; insoweit für die vergleichbare Rechtslage in anderen Bundesländern VGH Bad.-Württ., Urteil vom 26. Oktober 1998 - 8 S 1848/98 -, BRS 62 Nr. 164, und Beschluss vom 8. Februar 2002 - 8 S 2748/01 -, BRS 65 Nr. 157; Nds. OVG, Beschluss vom 31. Januar 2002 - 1 MA 4216/01 -, BRS 65 Nr. 203; Hess. VGH, Beschluss vom 19. Dezember 2000 - 4 TG 3629/00 -, BRS 63 Nr. 174.

Die bisherige Nutzung dürfte als privilegierte Nutzung § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB unterfallen; demgegenüber kann für die strittige zusätzliche Nutzung eine andere planungsrechtliche Beurteilungsgrundlage in Betracht zu ziehen sein, da der erzeugte Strom nicht in dem landwirtschaftlichen Betrieb selbst genutzt, sondern gegen ein monatliches Entgelt in das Netz eines Energieversorgers eingespeist wird.

Die Nutzungsänderung der Reithalle lässt sich nicht mit dem Einwand in Abrede stellen, die hier in Rede stehende Photovoltaikanlage sei isoliert für sich zu betrachten und lasse den Nutzungscharakter des Gebäudes unberührt. Die Photovoltaikanlage bildet mit der Reithalle eine funktional und zudem auch baukonstruktiv untrennbare Einheit, weil sie das Dach des Gebäudes nutzt, um die gewünschte Wirkung zu erzielen. Das Gebäude kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass die Funktionsfähigkeit der Photovoltaikanlage entfiel.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 2. Juli 2002 - 7 B 924/02 -, a.a.O.; VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 8. Februar 2002 - 8 S 2748/01 -, a.a.O.

§ 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO NRW führt nicht zur Freistellung der Photovoltaikanlage von der Genehmigungspflicht. Zwar erfüllt die Errichtung dieser Anlage für sich genommen die Voraussetzungen dieser Vorschrift; die mit dieser Errichtung verbundene Nutzungsänderung der Reithalle bleibt aber gleichwohl genehmigungspflichtig.

Vgl. zu § 65 Abs. 1 Nr. 18 BauO NRW in der bis zum 22. Juli 2003 geltenden Fassung OVG NRW, Beschlüsse vom 2. Juli 2002 - 7 B 924/02 - und vom 29. April 2002 - 10 B 78/02 -, jeweils a.a.O., zur ähnlichen Vorschrift des § 63 Abs. 3 Nr. 2a HBO ferner Hess. VGH, Beschluss vom 19. Dezember 2000 - 4 TG 3629/00 -, a.a.O.

Dieses Normverständnis folgt sowohl aus dem Wortlaut der genannten Vorschrift als auch aus systematischen Erwägungen. § 65 Abs. 1 BauO NRW und hieran anknüpfend § 65 Abs. 2 Nr. 3 BauO NRW unterscheiden zwischen der Errichtung, Änderung und Nutzungsänderung von Gebäuden sowie anderen Anlagen und Einrichtungen. § 65 Abs. 1 Nr. 44 i.V.m. Abs. 2 Nr. 3 BauO NRW stellt nach seinem Wortlaut mit beiden Fallgruppen lediglich die Errichtung, Änderung und Nutzungsänderung der genannten Solarenergieanlagen, nicht jedoch der diese tragenden Gebäude von der Genehmigungspflicht frei. Diese systematische Unterscheidung wird durch den Vergleich mit § 65 Abs. 1 Nr. 18 BauO NRW bestätigt, der die Befreiung von der Genehmigungspflicht ausnahmsweise auf die Nutzungsänderung der baulichen Anlage erstreckt, in, auf oder an der die für sich gesehen nicht genehmigungsbedürftige Anlage errichtet wird. Einen solchen Ausnahmetatbestand enthält § 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO NRW nicht. Zwar setzt die Vorschrift mit

der ersten Fallgruppe voraus, dass die Solarenergieanlage auf oder an einem Gebäude errichtet wird, die damit nur möglicherweise einhergehende Nutzungsänderung dieses Gebäudes stellt sie jedoch nicht von der Genehmigungspflicht frei.

Dass die erste Fallgruppe des § 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO NRW anders als die zweite Fallgruppe ihrem Wortlaut nach nicht durch das Tatbestandsmerkmal der Unterordnung begrenzt ist, rechtfertigt nicht den Schluss des Verwaltungsgerichts, für auf oder an Gebäuden errichtete Solarenergieanlagen verzichte der Gesetzgeber bewusst auf einen funktionellen Zusammenhang mit der Nutzung des Gebäudes. Die zweite Fallgruppe der Vorschrift verdeutlicht vielmehr, dass der Gesetzgeber nicht etwa aus umweltpolitischen Gründen Solarenergieanlagen uneingeschränkt von der Genehmigungspflicht freistellen wollte, sondern nur unter der Voraussetzung, dass sie dem primären Nutzungszweck der Hauptanlage dienen. Untergeordnete Nebenanlagen im Sinne dieser Vorschrift sind wie bei § 14 Abs. 1 Satz 1 BauNVO nur solche, die sowohl in ihrer Funktion als auch räumlich gegenständlich der Hauptnutzung des Grundstück und der hierfür benötigten Bebauung dienend zu- und untergeordnet sind.

Vgl. Gädtke/Temme/Heintz/Czepuck, BauO NRW, 11. Aufl. 2008, § 65 Rdnr. 141 und Boeddinghaus/Hahn/Schulte, Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, Stand: Juni 2010, § 65 Rdnr. 211, unter Hinweis auf BVerwG, Urteil vom 17. Dezember 1976 - IV C 6.75 -, BauR 1977, 109 = BRS 30 Nr. 117.

Es besteht kein Anhalt dafür, dass hiervon abweichend mit der ersten Fallgruppe des § 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO NRW die Möglichkeit eröffnet werden sollte, Solarenergieanlagen ohne einen solchen funktionellen Zusammenhang mit der Hauptnutzung genehmigungsfrei zu errichten. Für eine ausdrückliche Klarstellung, dass die Errichtung von Solarenergieanlagen auf oder an Gebäuden nur dann genehmigungsfrei ist, wenn sich ihre Nutzung der Nutzung des Gebäudes unterordnet, bestand kein Bedürfnis. Die Einschränkung ergibt sich gerade schon daraus, dass Nutzungsänderungen des Gebäudes genehmigungspflichtig bleiben.

Diese Auslegung hat auch nicht zur Folge, dass § 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO NRW mit der ersten Fallgruppe leerläuft. Der Vorschrift verbleibt ein nicht unerheblicher Anwendungsbereich, denn in einer Vielzahl von Fällen ist die Solarenergieanlage der genehmigten Nutzung des Gebäudes zuzuordnen. Beispielshaft zu nennen sind Solarenergieanlagen, die der Warmwasserbereitung, Heizungsunterstützung oder Stromversorgung eines Wohnhauses oder eines landwirtschaftlichen Betriebs dienen. Dabei bedarf im vorliegenden Verfahren keiner Entscheidung, zu welchen Anteilen der mit der Solarenergieanlage produzierte Strom im Wohnhaus oder Betrieb „verbraucht“ bzw. benötigt werden muss, um noch von einer der genehmigten Nutzung dienenden Anlage ausgehen zu können.

Die Gesetzesmaterialien rechtfertigen kein abweichendes Normverständnis. Der Gesetzesbegründung,

vgl. Landtagsdrucksache 11/7153, S. 179,

lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber eine präventive Kontrolle in Fällen für erforderlich gehalten hat, in denen mögliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, das Orts- und Landschaftsbild sowie eine geordnete städtebauliche Entwicklung in Betracht zu ziehen sind; im Hinblick auf derartige Gefahren hat er den Freistellungstatbestand des § 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO NRW neben weiteren – keinen Bezug zum Umweltschutz aufweisenden – Tatbeständen als unproblematisch angesehen. Solche Gefahren können jedoch in Betracht zu ziehen sein, wenn ein Gebäude durch die gewerbliche Nutzung einer Solarenergieanlage eine Nutzungsänderung erfährt, beispielsweise in Fällen, in denen – wie hier – zu einer im Außenbereich privilegierten Nutzung eine weitere gewerbliche Nutzung hinzutritt oder eine der genehmigten Nutzung nicht dienende gewerbliche Nutzung in ein reines Wohngebiet hineingetragen wird. Dieser Bedarf an präventiver Kontrolle wird durch den Einwand des Antragstellers, die gewerbliche Nutzung einer Solarenergieanlage sei von einer Nutzung zum Eigenbedarf äußerlich nicht zu unterscheiden, nicht in Frage gestellt. Ob eine

Nutzungsänderung Auswirkungen auf die genannten Belange haben kann, richtet sich nach bauplanungsrechtlichen Maßgaben, die nicht zwingend an das äußere Erscheinungsbild der strittigen Nutzung anknüpfen.

Die gegenteilige Auslegung des § 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO NRW durch das Verwaltungsgericht rechtfertigt auch nicht der Vergleich mit § 6 Abs. 11 Satz 1, 2. Spiegelstrich BauO NRW. Nach dieser Vorschrift sind als Garage, Gewächshaus oder zu Abstellzwecken genutzte Gebäude mit einer mittleren Wandhöhe bis zu 3 m über der Geländeoberfläche einschließlich darauf errichteter untergeordneter Anlagen zur Gewinnung von Solarenergie an der Grenze ohne eigene Abstandflächen sowie in den Abstandflächen eines Gebäudes zulässig. Das Tatbestandsmerkmal der Unterordnung ist im Jahr 2006 eingefügt worden. Bei seiner hieran anknüpfenden Argumentation, der Gesetzgeber habe sich zu einer vergleichbaren Änderung des § 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO NRW nicht veranlasst gesehen und damit bewusst auf eine entsprechende Einschränkung verzichtet, setzt das Verwaltungsgericht das von ihm für zutreffend erachtete Auslegungsergebnis bereits voraus. Unabhängig hiervon ist der Änderung des § 6 Abs. 11 Satz 1, 2. Spiegelstrich BauO NRW keine Aussage zur Reichweite von § 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO NRW zu entnehmen, weil die Gesetzesänderung ausschließlich einen abstandsrechtlichen Zweck verfolgte. Die Einschränkung wurde aufgrund der technischen Möglichkeiten, die Solaranlagen beweglich zu konstruieren und entsprechend dem optimalen Ausrichtungswinkel zur Sonne zu betreiben, zur Vermeidung von dem Sinn und Zweck der abstandsrechtlichen Privilegierung widersprechenden Anlagen auf den Grenzgebäuden für erforderlich gehalten.

Vgl. Landtagsdrucksache 14/2433, S. 17.

Art. 20a GG gibt schließlich für die Auslegung des § 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO NRW nichts her. Die verfassungsrechtliche Verpflichtung des Staates zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen bedeutet nicht, dass er sämtliche Vorhaben, die einen Beitrag zum Umweltschutz leisten könnten, ohne präventive bauaufsichtliche Kontrolle zulassen müsste.

Die Nutzungsuntersagung ist nicht unverhältnismäßig. Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass eine Nutzungsuntersagung in aller Regel ermessensfrei allein auf die formelle Illegalität der Nutzung gestützt werden kann. Denn diese begründet für sich gesehen bereits ein erhebliches öffentliches Interesse an der sofortigen Nutzungsuntersagung. Anderenfalls würde der Vorteil, nicht zugelassene Nutzungen bis zum Eintritt der Bestandskraft einer sie untersagenden Ordnungsverfügung wegen der aufschiebenden Wirkung der dagegen erhobenen Klage aufnehmen und fortführen zu können, einen erheblichen Anreiz bieten, dies auch tatsächlich zu tun. Auf diese Weise würde nicht nur die Ordnungsfunktion des Bauaufsichtsrechts entwertet, sondern auch der gesetzestreue Bürger, der die Aufnahme einer genehmigungspflichtigen Nutzung nur auf der Grundlage einer vollziehbaren Baugenehmigung verwirklicht, gegenüber dem rechtswidrig Handelnden ungerechtfertigterweise benachteiligt; dies gilt unabhängig davon, ob der Betroffene bewusst oder – wie der Antragsteller für sich geltend macht – unbewusst gegen das Genehmigungserfordernis verstößt.

Vgl. nur OVG NRW, Beschlüsse vom 6. Juli 2009 10 B 617/09 -, BauR 2009, 1719, vom 7. August 2008 - 7 B 1099/08 -, juris, und vom 12. Juli 2007 7 E 664/07 -, BRS 71 Nr. 187.

Demgemäß stellt sich eine (sofort vollziehbare) Nutzungsuntersagung grundsätzlich nur dann als ausnahmsweise unverhältnismäßig dar, wenn der erforderliche Bauantrag gestellt, nach Auffassung der Baugenehmigungsbehörde genehmigungsfähig ist und der Erteilung der Baugenehmigung auch sonst keine Hindernisse entgegenstehen.

Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 22. Juni 2010 - 7 B 585/10 -, vom 6. Juli 2009 - 10 B 617/09 -, a.a.O., und vom 12. Juli 2007 - 7 E 664/07 -, a.a.O.

Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Der Antragsteller hat keinen Bauantrag gestellt. Der Antragsgegner hat bislang auch noch keine abschließenden Erwägungen zur Genehmigungsfähig-

keit des Vorhabens angestellt. In der angefochtenen Ordnungsverfügung führt er aus, es könne zurzeit nicht abgesehen werden, ob eine Baugenehmigung nachträglich erteilt werden könne.

Auch im Hinblick auf die vom Antragsteller aufgewandten Investitionskosten rechtfertigt sich keine andere Bewertung. Der Antragsteller hat die Möglichkeit, eine Baugenehmigung für die Errichtung der strittigen Photovoltaikanlage zu beantragen. Dass er bis zu einer Entscheidung über einen solchen Bauantrag die mit den genannten Investitionen verfolgten Ziele nicht realisieren kann, ist ihm zur Gewährleistung der Ordnungsfunktion des formellen Baurechts und der Gleichbehandlung mit dem gesetzestreuem Bauherrn zuzumuten.

Auch eine gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßende Ungleichbehandlung ist nicht ersichtlich. Der Antragsgegner hat vorgetragen, es entspreche seiner durch Erlass des Ministeriums für Bauen und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen vorgegebenen Praxis, in gleichgelagerten Fällen gegen nicht genehmigte Nutzungsänderungen einzuschreiten. Dem ist der Antragsteller nicht entgegengetreten. Er hat keinen Fall benannt, in dem die Bauaufsichtsbehörde bei vergleichbarem Sachverhalt nicht eingeschritten wäre; dass die strittige Rechtsfrage bislang nicht gerichtlich geklärt worden ist, ist in diesem Zusammenhang ohne Belang.

Anmerkung:

Die Entscheidung des OVG unterliegt aus mehreren Gesichtspunkten erheblichen Bedenken. Zu unterscheiden ist zunächst zwischen der – formell-rechtlichen – Frage nach der Genehmigungsbedürftigkeit eines Vorhabens und der – materiell-rechtlichen – Frage der Zulässigkeit. Unbestritten ist, dass auch ein genehmigungsfreies Vorhaben nur realisiert werden darf, wenn es materiell zulässig ist. Das OVG hat sich in seiner Entscheidung ausschließlich mit der Frage der Genehmigungsbedürftigkeit befasst.

Diskussionswürdig erscheint bereits die Auffassung des OVG, durch die Errichtung der unstrittig gewerblichen Zwecken dienenden PV-Anlage ändere sich die Nutzung der Reithalle. Immerhin wird lediglich ein Teil des Gebäudes, nämlich eine Dachseite, zusätzlich zu gewerblichen Zwecken genutzt. Gleichzeitig bleibt die bisherige Nutzung des Gebäudes als Reithalle einschließlich der Funktion des Daches uneingeschränkt erhalten. Das OVG verwirft diesen Einwand mit der Begründung, die PV-Anlage bilde „mit der Reithalle eine funktional und zudem auch baukonstruktiv untrennbare Einheit, weil sie das Dach des Gebäudes nutzt, um die gewünschte Wirkung zu erzielen. Das Gebäude kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass die Funktionsfähigkeit der Photovoltaikanlage entfiel.“ Diese Aussage ist jedenfalls bei allgemeiner Betrachtung falsch. PV-Anlagen funktionieren sehr gut auch ohne Gebäude, wie viele Freiflächenanlagen eindrucksvoll belegen. Ohne starre Verbindung zum Gebäude funktionieren PV-Anlagen sogar noch sehr viel effektiver, weil sie der Sonne nachgeführt werden können. Der Grund dafür, dass PV-Anlagen auf Gebäuden gesetzlich (durch das EEG und, wie noch zu zeigen sein wird, auch durch die nordrhein-westfälische Bauordnung) bevorzugt werden, liegt schlicht darin, dass auf diese Weise schon vorhandene bauliche Komplexe genutzt werden, was zur Minimierung der Flächenversiegelung und zur Schonung des Außenbereichs beiträgt.

Im Übrigen ist auszugehen vom Wortlaut des § 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO NRW (entsprechende oder sehr ähnliche Regelungen gibt es auch in den meisten anderen Landesbauordnungen), wonach „Solarenergieanlagen auf oder an Gebäuden oder als untergeordnete Nebenanlagen“ keiner Baugenehmigung bedürfen. Das OVG vertritt in seinem Beschluss die Ansicht, die 2. Fallgruppe der Vorschrift („oder als untergeordnete Nebenanlagen“) verdeutliche, „dass der Gesetzgeber nicht etwa aus umweltpolitischen Gründen Solarenergieanlagen uneingeschränkt von der Genehmigungspflicht freistellen wollte, sondern nur unter der Voraussetzung, dass sie dem primären Nutzungszweck der Hauptanlage dienen“. Es be-

stehe „kein Anhalt dafür, dass hiervon abweichend mit der 1. Fallgruppe des § 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO NRW die Möglichkeit eröffnet werden sollte, Solarenergieanlagen ohne einen solchen funktionalen Zusammenhang mit der Hauptnutzung genehmigungsfrei zu errichten.“ Um – genehmigungsfreie – untergeordnete Nebenanlagen soll es sich im Wesentlichen dann handeln, wenn der von der PV-Anlage produzierte Strom überwiegend der schon vorhandenen, bisherigen Nutzung des Gebäudes zu Gute kommt, also z. B. im landwirtschaftlichen Betrieb „verbraucht“ bzw. „benötigt“ wird, wie das Gericht formuliert. In diesem Fall handelt es sich auch nach Auffassung des OVG nicht um eine Nutzungsänderung. Umgekehrt ist nach Ansicht des OVG offenbar in zwei möglichen Fällen von einer – genehmigungsbedürftigen – Nutzungsänderung auszugehen: Zum einen, wenn – wie im entschiedenen Fall – der Eigentümer des Gebäudes dessen Dach zur Einkommenserzielung vermietet, zum anderen, wenn er die Anlage auf seinem Gebäude zwar selbst betreibt, aber den produzierten Strom zu einem erheblichen Teil nicht selbst „verbraucht“ bzw. „benötigt“. Unklar bleibt, zu welchem Anteil der Strom im zweiten Fall genehmigungsrechtlich unschädlich eingespeist werden darf, und ob im ersten Fall die Dachmiete unterhalb einer gewissen Erheblichkeitsschwelle im Verhältnis der landwirtschaftlichen Einnahmen bleiben muss. Zumindest nicht eindeutig ist auch, ob das Gericht mit der Formulierung „verbraucht“ bzw. „benötigt“ zum Ausdruck bringen will, dass es eine rein bilanzielle Betrachtung von Stromproduktion und -verbrauch pro Jahr für angezeigt hält oder doch einen tatsächlichen Verbrauch des Stroms verlangt. Jedenfalls die letztgenannte Vorstellung wäre gänzlich unrealistisch. Die Vorschrift des § 33 Abs. 2 EEG, die einen solchen „echten Eigenverbrauch“ zu wirtschaftlich interessanten Konditionen erst ermöglicht, existierte bei Einführung der Genehmigungsfreiheit in § 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO NRW noch gar nicht, kann also auch bei den Gesetzesmotiven keine Rolle gespielt haben.

Die Auffassung des OVG erscheint aber auch unabhängig davon schlicht nicht nachvollziehbar und mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar. Sie wäre dann richtig, wenn die 2. Fallgruppe formuliert wäre: „... oder als **sonstige untergeordnete Nebenanlagen**“. Das ist jedoch nicht der Fall. Alternativ könnte man auf die 1. Fallgruppe verzichten und nur formulieren: „**Solarenergieanlagen als untergeordnete Nebenanlagen**“. So zeigt das Wort „oder“ aber gerade, dass Solarenergieanlagen auf oder an Gebäuden **keine** untergeordneten Nebenanlagen sein müssen.

Das bedeutet: Nur wenn die Solaranlage nicht auf oder an einem Gebäude errichtet wird, muss es sich um eine untergeordnete Nebenanlage handeln, um genehmigungsfrei zu sein. Bei einer Photovoltaikanlage auf oder an einem Gebäude muss es sich hingegen nicht um eine untergeordnete Nebenanlage handeln, der produzierte Strom muss also nicht überwiegend im Betrieb selbst verbraucht werden, sondern darf überwiegend ins öffentliche Netz eingespeist werden. Wenn man also die Auffassung vertritt, dass die überwiegende Einspeisung des produzierten Stroms ins öffentliche Netz oder auch die Vermietung des Daches gewerblich erfolgt und eine Nutzungsänderung des Gebäudes zur Folge hat, dann ist diese Nutzungsänderung vom Wortlaut des § 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO NRW bereits erfasst und damit ebenfalls genehmigungsfrei. Der zusätzlichen Klarstellung, die das OVG mit Blick auf eine andere Regelung derselben Vorschrift für den Fall verlangt, dass dies vom Gesetzgeber so gewollt gewesen sei, bedarf es mithin nicht.

Unabhängig von dem formellen Aspekt der Genehmigungsfähigkeit ist die – viel wichtigere – Frage der Genehmigungsfähigkeit zu beurteilen, also ob gewerblich genutzte PV-Anlagen materiell-rechtlich zulässig sind. Hier ist zu unterscheiden zwischen Bereichen im Geltungsbereich von Bebauungsplänen, im unbeplanten Innenbereich oder im Außenbereich. Im Geltungsbereich eines Bebauungsplans sind dessen Festsetzungen maßgeblich. Sollte danach die Errichtung einer PV-Anlage ausnahmsweise nicht möglich sein, so könnte dieses Hindernis durch Erteilung einer Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans überwun-

den werden. Im unbeplanten Innenbereich muss sich das Vorhaben insgesamt nach der insoweit einschlägigen Regelung des § 34 BauGB zunächst in die nähere Umgebung einfügen. Darüber hinaus beurteilt sich die Zulässigkeit von Vorhaben danach, welchem Gebietstyp der Baunutzungsverordnung der fragliche Bereich am ehesten entspricht. Wenn festzustellen ist, dass sich in der näheren Umgebung ausschließlich Wohngebäude befinden, wird man von einem Reinen Wohngebiet i. S. von § 3 BauNVO ausgehen müssen. Dort sind Gewerbebetriebe unzulässig. Auch diesen Aspekt hat das OVG in seinem Beschluss – beiläufig – erwähnt. Zwar wird man in der Regel davon ausgehen können, dass PV-Anlagen auf Ein- und Zweifamilienhäusern nur so viel Strom erzeugen können, dass er bei rein bilanzieller Betrachtung von Stromproduktion und -verbrauch pro Jahr überwiegend in dem Gebäude auch verbraucht wird, sodass es sich nicht um eine gewerbliche Nutzung handelt. Derartige Anlagen wären dann auch in einem Reinen Wohngebiet ohne Weiteres zulässig (und im Übrigen auch nach Auffassung des OVG NRW genehmigungsfrei). Ähnliches dürfte auch für manche landwirtschaftlichen Betriebe im Außenbereich mit ihrem entsprechend höheren Stromverbrauch gelten. Allerdings stellt sich bereits die Frage, ob die Gerichte bereit sind, eine solche, rein bilanzielle Betrachtung zu akzeptieren, auch wenn die Formulierung des OVG „verbraucht“ bzw. „benötigt“ darauf hindeuten könnte. Im Außenbereich gilt der Grundsatz der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs. Hier sind Bauvorhaben jeglicher Art grundsätzlich nur dann zulässig, wenn sie in § 35 Abs. 1 BauGB genannt („privilegiert“) sind. Das gilt im Besonderen für land- und forstwirtschaftliche Betriebe (§ 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB). Wenn und solange diese Betriebe PV-Anlagen betreiben und den produzierten Strom überwiegend selbst verbrauchen, dann profitiert die Solaranlage von der Privilegierung des landwirtschaftlichen Betriebs und ist damit ihrerseits privilegiert zulässig (sog. „mitgezogene Nutzung“). Bei überwiegender Einspeisung des produzierten Stroms ins öffentliche Netz oder der Vermietung der Dachfläche zu gewerblichen Zwecken entfällt dieser Zulässigkeitstatbestand. Anders als Windenergie-, Wasserkraft- und Biomasseanlagen als andere erneuerbare Energieträger existiert für Solarenergieanlagen auch kein eigener Privilegierungstatbestand. Sie können somit im Außenbereich lediglich als „sonstige Anlagen“ i. S. von § 35 Abs. 2 BauGB zulässig sein. Solche sonstigen Anlagen sind nur dann zulässig, wenn öffentliche Belange nicht beeinträchtigt werden. Wann eine solche Beeinträchtigung öffentlicher Belange vorliegt, unterliegt zwar weder einem Beurteilungs- noch einem Ermessensspielraum der Behörde. Die Beurteilung dieser Frage ist aber praktisch häufig subjektiv beeinflusst. Dabei muss sich jedes einzelne Vorhaben als Ausnahme gegen den Grundsatz der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs durchsetzen. Das nordrhein-westfälische Bauministerium hat, damals noch unter alter Führung, in einem Runderlass an die Bauaufsichtsbehörden, der im Übrigen Auslöser des nun vom OVG entschiedenen Falls war, die Ansicht vertreten, in der Regel würden durch ein solches Vorhaben öffentliche Belange (Darstellung des FNP „Fläche für Landwirtschaft“, das Landschaftsbild) beeinträchtigt. Dies dürfte jedoch entgegen der Auffassung des Ministeriums gerade nicht der Fall sein. Es ist davon auszugehen, dass die Solaranlage auf oder an einem schon existierenden Gebäude errichtet wird. Dadurch ändert sich an der Nutzung des gesamten Geländes für die Landwirtschaft nichts. Für die Windenergie entspricht es (nahezu) einhelliger Auffassung, dass sogar durch die Ausweisung von Windenergiekonzentrationszonen im Flächennutzungsplan die Eignung des Bereichs für die Landwirtschaft nicht beeinträchtigt wird. Wieso dies dann durch die Errichtung von Photovoltaikanlagen auf Dächern schon vorhandener Gebäude erfolgen soll, ist nicht nachvollziehbar. Ebenso wenig dürfte das Landschaftsbild zusätzlich beeinträchtigt werden, wenn schon vorhandene Gebäude, die möglicherweise für sich betrachtet eine Beeinträchtigung des Landschaftsbildes darstellen, zusätzlich genutzt werden. Dies trägt vielmehr gerade zur Schonung des Außenbereichs bei. Auch die Beeinträchtigung sonstiger öffentlicher Belange erscheint ausge-

schlossen. Bei der Beurteilung dieser Frage ist zu berücksichtigen, dass PV-Anlagen erneuerbare Energien nutzen und damit der Vermeidung von Emissionen und dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen dienen. Damit sind Aspekte angesprochen, die sowohl im BauGB (vgl. § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchst. e) und f)) als auch sogar in der Verfassung (vgl. die Staatszielbestimmung in Art. 20a GG, Art. 29a LVerf NRW) angesprochen sind. Es ist daher ohne Weiteres von einem entsprechenden öffentlichen Interesse auszugehen, das in die Zulässigkeitsentscheidung eingestellt werden muss. Vor diesem Hintergrund erscheinen PV-Anlagen auf Dächern bereits vorhandener Gebäude im Außenbereich unabhängig von der Frage, ob der von ihnen produzierte Strom im Betrieb selbst verbraucht wird oder nicht, ohne Weiteres genehmigungsfähig. Entgegen der Auffassung des OVG NRW sind sie in diesem Fall auch vom Erfordernis einer Baugenehmigung befreit. In Reinen Wohngebieten könnte man über eine teleologische Reduktion des Begriffs der Gewerblichkeit nachdenken. Der Ausschluss von Gewerbebetrieben in derartigen Gebieten soll deren Bewohner in erster Linie vor den Emissionen solcher Betriebe einschließlich des erhöhten Zu- und Abgangsverkehrs schützen. Derartige „Begleitumstände“ werden von Solarenergieanlagen nicht verursacht.

Die hier vertretene Auffassung dürfte auch dem öffentlichen Bedürfnis entsprechen. Wären die Auffassungen von OVG und Bauministerium NRW richtig, wäre zu befürchten, dass die Einspeisung von Strom aus Photovoltaik in das öffentliche Netz im Wesentlichen zum Erliegen käme. Das kann nicht im Sinne der Umstellung der Energieversorgung auf Erneuerbare Energien sein, wie sie erklärtes Ziel von Bundesregierung und Landesregierung ist und in zahlreichen Regelwerken zum Ausdruck kommt. Wollte man diese Konsequenz auf der Basis der hier kritisierten Auffassungen vermeiden, bliebe wohl nur, die Bauordnung, die Baunutzungsverordnung und möglicherweise auch das BauGB zu ändern. Hierzu tendiert offenbar die Landesregierung, die den Bund aufgefordert hat, bei der im Februar 2011 geplanten Novellierung des BauGB die planungsrechtlichen Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass für Solaranlagen auf Gebäuden grundsätzlich keine Baugenehmigung mehr erforderlich ist. Die Betreiber schon bestehender Anlagen sollten nun ihre Situation genau prüfen, bevor sie etwa nachträglich einen Bauantrag stellen. Bei erst geplanten Anlagen mag sich das im Einzelfall aus Gründen der Rechts- und Investitionssicherheit anders darstellen.

Andreas Lahme, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Engemann & Partner, Lippstadt

11. Vergütungsberechnung von Biogas-Altanlagen nach Leistungsbegriff des § 12 Abs. 2 EEG 2004

EEG 2004 § 12 Abs. 2; § 21 Abs. 1

Die sich aus § 12 Abs. 2 EEG 2004 ergebende Berechnungsweise der Leistung ist auch auf Vergütungsansprüche, die aus bis zum 31.07.2004 in Betrieb genommenen Biomasseanlagen erzielt wurden, für Abrechnungszeiträume ab dem 01.08.2004 anwendbar.
(Leitsatz der Redaktion)

OLG Naumburg, U. v. 23.07.2010 - 6 U 53/10 -, vorgehend LG Halle - 4 O 1582/09 -

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Zahlung restlicher Vergütung für Strom in Anspruch, der von ihr in einem Biogas-Blockheizkraftwerk aus nachwachsenden Rohstoffen erzeugt und im Jahr 2006 in das Netz der Be-

klagen eingespeist wurde. Die Klägerin betreibt eine Biogasanlage, die ausschließlich mit nachwachsenden Rohstoffen im Sinne des § 8 Abs. 2 EEG 2004 beschickt wird. Die Anlage ist vor dem 31.07.2004 in Betrieb genommen worden und damit eine Bestandsanlage im Sinne des EEG (2004).

Die Parteien vertreten unterschiedliche Ansichten über die Berechnungsweise der für den in das Netz eingespeisten Strom zu erstattenden Vergütung. Während die Klägerin die Vergütung gem. § 12 Abs. 2 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) 2004 in Verb. mit § 5 EEG 2000 berechnet, ist die Beklagte der Ansicht, die Vergütung sei ausschließlich gem. § 5 EEG (2000) zu berechnen.

Diesen Betrag hat die Beklagte beglichen. Streitig ist zwischen den Parteien die Bruttodifferenz zwischen den von ihnen errechneten Beträgen. Diese Differenz ist das Ergebnis unterschiedlichen Verständnisses der Übergangsregel des § 21 Abs. 1 EEG (2004) für Bestandsanlagen. Nach klägerischem Verständnis ordnet die Übergangsregel die Geltung des § 12 Abs. 2 EEG (2004) für Bestandsanlagen an. Die erbrachte Leistung errechnet sich aus dem Quotienten zwischen den abgenommenen Kilowattstunden und der Summe der vollen Zeitstunden des Abrechnungszeitraumes.

Die Beklagte vertritt die Ansicht, der Übergangsregel des § 21 Abs. 1 EEG (2004) sei die Unanwendbarkeit des § 12 Abs. 2 EEG (2004) zu entnehmen. Vielmehr bestimme sich nicht nur die Höhe des Vergütungssatzes sondern auch die Berechnungsweise der Vergütung ausschließlich nach den Vorschriften des EEG (2000). Die für die Berechnung des Verhältnisses zwischen den zu unterschiedlichen Sätzen zu vergütenden Stromanteile maßgebliche Leistung entspreche nicht der im Abrechnungszeitraum erbrachten Leistung, sondern ergebe sich als feste Größe aus der installierten Leistung.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Aus den Gründen:

[...] Die Klägerin kann die geltend gemachte Restvergütung für den im Jahre 2006 eingespeisten Strom gem. § 5 Abs. 1 EEG 2004 verlangen, denn sie kann die Berechnung des Anspruchs auf § 12 Abs. 2 EEG 2004 stützen. Nach Auffassung des Senats ist die sich aus § 12 Abs. 2 EEG 2004 ergebende Berechnungsweise auch auf Vergütungsansprüche für Abrechnungszeiträume nach Eintritt der Gesetzesänderung anwendbar, die aus Bestandsanlagen erzielt wurden.

[...] Abweichend von der angefochtenen Entscheidung vertritt der Senat die Auffassung, dass für eine entsprechende Anwendung des § 21 Abs. 1 EEG 2004 kein Raum ist. Es kann aus entsprechender Anwendung des § 21 Abs. 1 EEG 2004 nicht hergeleitet werden, dass die Anwendbarkeit des § 12 Abs. 2 EEG 2004 gesperrt ist, weil auch die Berechnungsweise der Vergütung sich aus den Vorschriften des EEG 2000 ergeben sollte. [...]

Dem Wortlaut des § 21 Abs. 1 EEG 2004 nach sind sämtliche Bestimmungen des neuen Rechts auch auf Bestandsanlagen anwendbar, soweit nicht die (ausnahmsweise) Fortgeltung des alten Rechts ausdrücklich angeordnet ist. Die fehlende Erwähnung des Regelungsgegenstandes aus § 12 Abs. 2 EEG 2004 deutet auf die sofortige Gültigkeit der neuen Rechtslage zu diesem Gesichtspunkt auch auf Bestandsanlagen hin.

[...]

Die Abwägungskriterien des Gesetzgebers für den Erlass der vergütungsrelevanten Vorschriften des EEG 2004 und der diesbezüglichen Übergangsvorschrift lassen keine zweifelsfreie Schlussfolgerung darauf zu, in welchem Umfang der Gesetzgeber eine Besonderstellung der Bestandsanlagen gegenüber der alten Rechtslage für erforderlich hielt. So heißt es unter dem Gliederungspunkt VIII.4. „Bessere Bedingungen für die energetische Nutzung von Biomasse und Geothermie“, für die Erzeugung von Strom aus Biomasse in kleineren Anlagen, die mit Industrierestholz und Waldholz befeuert würden, sowie Biogasanlagen unter 150 kW seien die bisherigen Vergütungssätze des EEG für einen wirtschaftlichen Betrieb nicht ausreichend. Der Gesetzgeber hat die Einführung neuer Vergütungsstufen und erhöhter Vergütungssätze also durchaus unter anderem auch mit der fehlenden Auskömmlichkeit der bisherigen Vergütung zumindest für einen Teil der Anlagen, die Strom aus Biomasse erzeugen, begründet. Diese Erwägung des Gesetzgebers ist auf Bestandsanlagen ohne weiteres anwendbar, denn die fehlende Auskömmlichkeit der bisherigen Vergütung trifft sie in gleicher