# Photovoltaik in der Kleingartenanlage

*von Rechtsanwalt **Patrick R. Nessler***, St. Ingbert*

## I. Einführung

Bei der Beantwortung der Frage, ob Photovoltaikanlagen in Kleingartenanlagen zulässiger Weise genutzt werden können müssen verschiedene rechtliche Aspekte berücksichtigt werden. Dieser Beitrag zeigt die wesentlichsten rechtlichen Rahmenbedingungen aus den Bereichen des Kleingartenpachtrechts, des Baurechts, des Steuerrechts und des Energiewirtschaftsgesetzes auf.

## II. Kleingartenpachtrecht

### 1. Photovoltaikanlagen in einer Kleingartenparzelle

Nach § 1 Abs. 1 BKleingG ist der Kleingarten eine Grundstücksfläche, die kleingärtnerisch genutzt wird und in einer Kleingartenanlage liegt, in der mehrere Einzelgärten mit gemeinschaftlichen Einrichtungen, z. B. Wegen, Spielflächen, Vereinshäusern u. a. zusammengefasst sind. Die kleingärtnerische Nutzung umfasst die nicht erwerbsmäßige gärtnerische Nutzung, insbesondere zur Gewinnung von Gartenbauerzeugnissen für den Eigenbedarf, und die Erholungsnutzung.

Die nicht erwerbsmäßige gärtnerische Nutzung als ein Element der kleingärtnerischen Nutzung ist ein zentrales Merkmal des Kleingartens. Gartenbauerzeugnisse i. S. dieser Regelung sind Obst, Gemüse und andere (gartenmäßig gewonnene) Früchte, z. B. Kräuter. Der BGH hat diese Auslegung in zwei Entscheidungen bestätigt und ausdrücklich festgestellt, dass die „Erzeugung von Obst, Gemüse und anderen Früchten durch Selbstarbeit des Kleingärtners oder seiner Familienangehörigen“ ein zentrales Merkmal des Kleingartens ist (BGH, VIZ 2000, 159; BGH, NJ 2004, 510). Die Notwendigkeit der Erzeugung von Obst, Gemüse und anderen Früchten als zwingende Voraussetzung der kleingärtnerischen Nutzung und damit der Kleingarteneigenschaft ergibt sich aus den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Beschränkungen, denen Eigentümer von Kleingartenland unterliegen, insbesondere also aus der höchst zulässigen Pacht, die sich am ortsüblichen Pachtpreis im erwerbsmäßigen Obst- und Gemüseanbau als vergleichbare Bodennutzung orientiert sowie aus den begrenzten Kündigungsmöglichkeiten des Verpächters (BGH NJ 2004, 510).

Dementsprechend dürfen nach § 3 Abs. 2 BKleingG Gartenlauben keine Ausstattung und Einrichtung haben, die auch nur zu einer regelmäßigen Wohnnutzung, etwa an den Wochenenden, einlädt (BVerwG DÖV 1984, 855). Aus diesem Grund stellt nicht nur die Errichtung einer zum Wohnen geeigneten Gartenlaube insgesamt eine Verletzung des Pachtvertrages dar, sondern schon jede einzelne Maßnahme, die zur Schaffung der Voraussetzungen für ein dauerhaftes Wohnen beiträgt (OLG Hamm, Urt. v. 22.11.1994, Az. 7 U 44/94). Ausgeschlossen sind daher in Lauben alle Anlagen und Einrichtungen der Ver- und Entsorgung, die dem Wohnen dienen. Das gilt grundsätzlich auch für die Versorgung der Lauben mit Strom durch Photovoltaikanlagen. Hierbei handelt es sich lediglich um eine andere Art der Stromgewinnung. Photovoltaikanlagen gehen auch über eine einfache Ausführung der Laube (§ 3 Abs. 2 S. 1 BKleingG) hinaus.

Zwar kann die Versorgung einer Gartenlaube im Einzelfall bestandsgeschützt sein (vgl. Mainczyk/Nessler, Bundeskleingartengesetz, 13. Aufl. 2023, § 3 Rn. 20). Doch schützt der Bestandsschutz nur den jeweiligen Bestand. Der Bestandsschutz verliert daher seine Wirksamkeit, wenn die geschützte Einrichtung nicht mehr vorhanden ist oder die geschützte Nutzung nicht nur vorübergehend, sondern endgültig aufgegeben wird (BVerwG, in: BVerwGE 47, 185; BauR 2001, 1560). Das ist bei einer Umstellung der Versorgung einer Parzelle und der bisher bestandsgeschützt mit Strom versorgten Gartenlaube auf eine Photovoltaikanlage zu bedenken.

Soweit Elektrizität als „Arbeitsstrom" zum Betrieb von Gartengeräten genutzt wird, dient sie der kleingärtnerischen Nutzung und ist aus kleingartenrechtlicher Sicht zulässig. Das gilt auch für den Strom aus Photovoltaikanlagen. Hier ist auch § 3 Abs. 1 S. 2 BKleingG zu beachten, wonach bei der Nutzung und Bewirtschaftung des Kleingartens Belange des Umweltschutzes, des Naturschutzes und der Landschaftspflege berücksichtigt werden sollen. Die Eigenproduktion des Arbeitsstroms auf der jeweiligen Parzelle, ohne Verlegung von Leitungen in der Kleingartenanlage und des Bezugs von Elektrizität aus nicht nachhaltigen Rohstoffen dient jedenfalls dem Umweltschutz (vgl. Mainczyk/Nessler, Bundeskleingartengesetz, 13. Aufl. 2023, § 3 Rn. 23).

**2. Bestandsgeschützte Versorgung der Gartenlaube mit Elektrizität**

Der Bestandsschutz erfasst alle rechtmäßig errichteten Ver- und Entsorgungseinrichtungen aus der Zeit vor Inkrafttreten des BKleingG, also vor dem 01.04.1983 in den alten Ländern, und aus der Zeit vor dem 03.10.1990 in den neuen Ländern. Rechtmäßig sind die Einrichtungen, wenn ihre Errichtung nach den damals geltenden Vorschriften erlaubt war. Der Bestandsschutz von Ver- und Entsorgungseinrichtungen ist zwar nicht im BKleingG geregelt, er ergibt sich aber unmittelbar aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG (Mainczyk/Nessler, Bundeskleingartengesetz, 13. Aufl. 2023, § 3 Rn. 20; so jetzt auch OLG München, Urt. v. 19.8.2021 – 32 U 3372/17, BeckRS 2021, 43655).

Sofern also mit der in der Gartenlaube bereits vorhandenen und tatsächlich bestandsgeschützten Verkabelung die Versorgung der Gartenlaube mittels eine Photovoltaikanlage möglich ist, dürfte auch die Versorgung der Gartenlaube mit der so erzeugten Elektrizität erlaubt sein.

Zwar umfasst der Bestandsschutz auch das Recht, die zur Sicherung des Bestandes und zur Fortführung der Nutzung erforderlichen Unterhaltungsarbeiten, Instandsetzungen und baulichen Veränderungen durchzuführen. Es dürfen aber nur solche Instandhaltungsmaßnahmen durchgeführt werden, die das Gebäude vor seinem vorzeitigen Verfall oder vor dem Eintritt der Unbenutzbarkeit vor dem Ablauf der Lebensdauer in seiner Substanz schützen (OLG Hamm BeckRS 2008, 5436). Führt der Pächter darüber hinausgehende Maßnahmen durch, geht der Bestandsschutz verloren.

Ist also für den Anschluss der bisher schon bestandsgeschützt mit Elektrizität versorgten Laube an eine Photovoltaikanlage aus technischen Gründen z. B. der Austausch der Verkabelung der Gartenlaube erforderlich, erlischt mit dem Austausch der Verkabelung auch der diesbezügliche Bestandsschutz, so dass auch keine Versorgung über die Photovoltaikanlage mehr erlaubt ist.

**3. Photovoltaikanlagen auf Gemeinschaftsflächen**

Es ist auch denkbar, dass auf den Gemeinschaftsflächen Photovoltaikanlagen errichtet werden, ohne dass diese in, an und auf Dach- und Außenwandflächen angebracht sind.

Das BKleingG setzt gemeinschaftliche Einrichtungen als Begriffsmerkmal der Kleingartenanlage

zwingend voraus. Als gemeinschaftliche Einrichtungen werden in Abs. 1 Nr. 2 Wege, Spielflächen und Vereinshäuser genannt. Es handelt sich nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes nur um eine beispielhafte Aufzählung von gemeinschaftlichen Einrichtungen. Auch andere Einrichtungen (s. unten) begründen die Anlageneigenschaft, wenn sie den Kleingärtnern einer Anlage zur Verfügung stehen (Mainczyk/Nessler, Bundeskleingartengesetz, 13. Aufl. 2023, § 1 Rn. 15). Dass sie dem Kleingartenzweck im weitesten Sinne dienen und für die Kleingärtner zugänglich sind, ist zwingende Voraussetzung (LG Düsseldorf, Urt. v. 29.9.2014 – 18b O 28/14, juris).

Sofern also die Photovoltaikanlage auf Gemeinschaftsflächen betrieben wird, um für den Verein selbst Strom zu erzeugen und/oder für die Kleingärtnerinnen und Kleingärtner den Arbeitsstrom, dann sind die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Nr. 2 BKleingG erfüllt und die Errichtung der Photovoltaikanlage als solche mit dem BKleinG vereinbar.

## III. Baurecht

### 1. Photovoltaikanlagen in und an Gebäuden innerhalb der Kleingartenanlage

Ein Kleingartengebiet dient baurechtlich nicht der baulichen Nutzung (Bayerischer VerfGH, Entscheidung v. 25.10.2016, Az. Vf. 83-VI-14). Gemäß § 3 Abs. 2 S. 1 BKleingG bleibt die Anwendung der §§ 29 bis 36 BauGB trotz der Regelungen im BKleingG unberührt.

Kleingartenanlagen sind deshalb planungsrechtlich grundsätzlich als Außenbereich zu qualifizieren, wenn sie nicht im Bebauungsplan als Dauerkleingärten festgesetzt sind. Sie selbst sind kein „im Zusammenhang bebauter Ortsteil" i. S. des § 34 BauGB (nicht – qualifiziert-beplanter Innenbereich), auch dann nicht, wenn alle Gartenparzellen mit Gartenlauben bebaut sind (BVerwG NJW 1984, 1576; Bayerischer VerfGH, Entscheidung v. 25.10.2016, Az. Vf. 83-VI-14).

Nach § 35 Abs. 1 Nr. 8 BauGB ist im Außenbereich ein Vorhaben zulässig, wenn es der Nutzung solarer Strahlungsenergie in, an und auf Dach- und Außenwandflächen von zulässigerweise genutzten Gebäuden dient und die Anlage dem Gebäude baulich untergeordnet ist, soweit nicht öffentliche Belange entgegenstehen. Die Nutzung solarer Strahlungsenergie erfasst auch Photovoltaikanlagen zur Erzeugung von Strom. Die Anlage muss auch nicht der Energieversorgung des Gebäudes dienen.

Demnach darf – vorbehaltlich anderslautender Regelungen eines Bebauungsplanes oder einer vertraglichen Vereinbarung – die Photovoltaikanlage in der Regel nur in, an und auf Dach- und Außenwandflächen einer rechtlich zulässigen Gartenlaube und auch sonstiger in der Kleingartenanlage zulässigerweise errichteten Gebäuden, wie z.B. dem Vereinshaus, errichtet werden.

Außerdem muss zum Erhalt der Rechtmäßigkeit der Gartenlauben sichergestellt werden, dass der Anschluss nicht in der Laube erfolgt und dass durch die nicht jederzeitige Verfügbarkeit der Elektrizität oder sonstige Maßnahmen sichergestellt ist, dass der „Arbeitsstrom" nicht für zum „Wohnen" einladende Dinge genutzt wird.

### 2. Photovoltaikanlagen auf Gemeinschaftsflächen

Sofern die Photovoltaikanlagen auf Gemeinschaftsflächen errichtet und nicht in, an oder auf einem Gebäude angebracht werden, greift § 35 Abs. 1 Nr. 8 BauGB nicht.

§ 35 Abs. 1 BauGB enthält einen abschließenden Katalog der sogenannten privilegierten Vorhaben im nicht durch einen Bebauungsplan überplanten Außenbereich. Sie sind bauplanungsrechtlich zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen und die ausreichende Erschließung gesichert ist. Vorhaben, die nicht privilegiert sind, bezeichnet man als sonstige Vorhaben. Sie sind gem. § 35 Abs. 2 BauGB im Einzelfall zulässig, wenn ihre Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt und die Erschließung gesichert ist. Damit keine Beeinträchtigung gegeben ist, darf das Vorhaben die Belange entweder gar nicht oder jedenfalls nicht im Sinne einer negativen Belastung oder Einwirkung berühren. Der damit verbleibende Spielraum ist gering. Regelmäßig sind nicht privilegierte PV-Vorhaben im Außenbereich nicht genehmigungsfähig. Nicht privilegierte und als solche nicht-genehmigungsfähige PV-Anlagen sind darauf angewiesen, dass die Standortgemeinde über die Aufstellung eines Bebauungsplans das Genehmigungsregime ändert und so die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit begründet (Baars: Genehmigungsrechtliche Grundlagen von Photovoltaik im Außenbereich, in: NVwZ 2023, 1857 f.)

## IV. Antrag des Freistaates Bayern auf Änderung des BKleingG

Der Freistaat Bayern hat über den Bundesrat einen Gesetzesantrag vom 29.08.2023 (Bundesrats-Drucks. 401/23) in den Bundestag eingebracht (Bundestags-Drs. 20/9645). Danach soll dem § 3 Abs. 2 BKleingG der Satz "Photovoltaikanlagen bis zu einer installierten Leistung von einschließlich 800 Watt sind zur Eigenversorgung des Kleingartens zulässig." angehängt werden.

Die beantragte Ergänzung des § 3 Abs. 2 BKleingG ist -wie oben bereits unter I. und II. ausführlich dargestellt- für eine "rechtssichere" Regelung des Betreibens von Photovoltaikanlagen in Kleingärten nicht erforderlich.

Dazu führt die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme zum Gesetzesänderungsantrag aus (Bundestags-Drs. 20/9645, S. 7):

*"Photovoltaikanlagen zur Erzeugung von Arbeitsstrom sind kleingartenrechtlich grundsätzlich zulässig, es bedarf daher keiner Gesetzesänderung. Soweit Elektrizität nur als Arbeitsstrom zum Betrieb von Gartengeräten zur Bewirtschaftung des Kleingartens genutzt wird, dient sie der kleingärtnerischen Nutzung und ist aus kleingartenrechtlicher Sicht zulässig. Diese Erwägungen gelten auch für Photovoltaikanlagen. Dabei kann die Photovoltaikanlage auch an ein Stromnetz anschlossen sein und Strom dort einspeisen. Hier ist auch § 3 Absatz 1 Satz 2 BKleingG zu beachten, wonach bei der Nutzung und Bewirtschaftung des Kleingartens Belange des Umweltschutzes berücksichtigt werden sollen. Die Eigenproduktion des Arbeitsstroms auf der jeweiligen Parzelle ohne Verlegung von Leitungen in der Kleingartenanlage und ohne den Bezug von Elektrizität aus nicht nachhaltigen Quellen dient insbesondere dem Umweltschutz (Mainczyk/ Nessler, Bundeskleingartengesetz, 13. Aufl. 2023, § 3 Rn. 23).*

*Aus Sicht der Bundesregierung können kleine Photovoltaikanlagen, wie z. B. steckerfertige Solaranlagen mit 800 Watt Leistung nicht die Sorge begründen, die Entwicklung von einer reinen Gartenlaube hin zu einer Wohnnutzung würde begünstigt. Zugleich ist keine Klarstellung des BKleinG gerechtfertigt, die eine einzelne Technologie ausdrücklich hervorhebt. Ggf. stellten sich dann auch Folgefragen zur Zulässigkeit der Nutzung anderer Technologien in Kleingärten."*

Selbst wenn die mit dem Gesetzesantrag verfolgte Ergänzung in § 3 Abs. 2 BKleingG in Kraft treten würde, würde dadurch die in der Begründung des Antrages aufgezeigte angebliche rechtliche Unklarheit nicht gelöst. Denn dass eine Photovoltaikanlage in einem Kleingarten betrieben

werden darf, verhindert gerade nicht auch die Gefahr, dass die erzeugte Elektrizität zur rechtswidrigen Versorgung der Laube genutzt werden kann. Außerdem bleibt es auch nach der gewünschten Ergänzung des § 3 Abs. 2 BKleingG möglich, dass der Pachtvertrag oder ein Bebauungsplan die Errichtung der Photovoltaikanlage untersagt.

## V. Steuerrecht

Beim Kleingartenverein stellt sich die Frage, ob es mit der steuerrechtlichen Gemeinnützigkeit vereinbar ist, wenn der Kleingartenverein selbst mit einer entsprechend ausgelegten Photovoltaikanlage Strom erzeugt, um diesen dann den Kleingärtnerinnen und Kleingärtner als Arbeitsstrom zur Verfügung zu stellen.

Aufgrund der unterschiedlichen steuerrechtlichen Behandlung von Einnahmen und Ausgaben eines wegen der Förderung gemeinnütziger Zwecke steuerbegünstigten Vereins werden diese rechtlich vier verschiedenen Sphären zugeordnet.

Der ideelle Bereich ist der „Kernbereich" des Vereins zur Erfüllung des satzungsgemäßen Zwecks ohne unternehmerische Tätigkeit. Die Belieferung der Pächter durch den Verpächter mit Strom gegen Entgelt betrifft diesen Kernbereich nicht.

Die Vermögensverwaltung umfasst die Verwaltung von Kapitalvermögen (Guthaben) und ggf. die Einkünfte aus langfristiger Vermietung oder Verpachtung von Immobilien der Kleingärtnerorganisation. Auch zu dieser Sphäre passen die Einnahmen und Ausgaben aus der Belieferung der Pächter durch den Verpächter mit Elektrizität nicht.

Ein steuerfreier Zweckbetrieb liegt vor, wenn eine unternehmerische Tätigkeit dazu dient, steuerbegünstigte satzungsgemäße Zwecke zu verwirklichen. Ob die Einnahmen und Ausgaben aus der Belieferung der Pächter durch den Verpächter mit Elektrizität darunter fallen, ist eher fraglich. Denn die kleingärtnerische Bewirtschaftung der Kleingärten bedarf nicht zwingend der Versorgung mit Elektrizität.

Deshalb dürften die Einnahmen und Ausgaben aus der Belieferung der Pächter durch den Verpächter mit Elektrizität den sogenannten wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben zuzuordnen sein. Nach § 64 Abs. 3 AO unterliegen die diesen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben zuzuordnenden Besteuerungsgrundlagen nicht der Körperschaftsteuer und der Gewerbesteuer, wenn die Einnahmen einschließlich Umsatzsteuer den Betrag von 45.000 € im Jahr nicht übersteigen.

Zusätzlich regelt § 3 Nr. 72 EStG inzwischen, dass die Einnahmen und Entnahmen im Zusammenhang mit dem Betrieb von bestimmten auf, an oder in nicht Wohnzwecken dienenden Gebäuden vorhandenen Photovoltaikanlagen und bestimmten von auf, an oder in sonstigen Gebäuden vorhandenen Photovoltaikanlagen steuerfrei sind. Folge davon ist aber auch, dass nach § 3c Abs. 1 EStG Ausgaben, soweit sie mit steuerfreien Einnahmen in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, nicht als Betriebsausgaben oder Werbungskosten abgezogen werden dürfen. Demnach dürfen die mit dem Betrieb der Photovoltaikanlage zusammenhängenden Kosten die Gewinne in den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben nicht mindern.

Umsatzsteuerrechtlich ist zu beachten, dass sich diese Steuer auf 0 Prozent ermäßigt, für die Lieferungen von Solarmodulen an den Betreiber einer Photovoltaikanlage, einschließlich der für den

Betrieb einer Photovoltaikanlage wesentlichen Komponenten und der Speicher, wenn die Photovoltaikanlage auf oder in der Nähe von Wohnungen installiert wird. Gleiches gilt für die Installation von Photovoltaikanlagen sowie der Speicher, wenn die Lieferung der installierten Komponenten die vorgenannten Voraussetzungen erfüllt.

**V. Energiewirtschaftsgesetz**

Derjenige, der eine Anlage zur Stromerzeugung betreibt und den darin erzeugten Strom an Dritte liefert, ist ein Energie- bzw. Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Sinne des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) und des Erneuerbare-Energien-Gesetzes. Damit sind verschiedene energierechtliche Pflichten (insbesondere Vertragsgestaltung, Rechnungsgestaltung, Stromkennzeichnung, Registrierungs- und Mitteilungspflichten) verbunden.

So müssen z. B. gemäß § 41 Abs. 1 EnWG die Verträge zwischen dem Lieferanten und dem Kunden unter anderem auch Angaben enthalten über die belieferte Verbrauchsstelle des Kunden einschließlich der zur Bezeichnung der Entnahmestelle verwendeten Identifikationsnummer, die Preise, Preisanpassung, Kündigungstermine und Kündigungsfristen sowie das Rücktrittsrecht des Kunden, Haftungs- und Entschädigungsregelungen bei Nichteinhaltung vertraglich vereinbarter Leistungen, wozu auch ungenaue oder verspätete Abrechnungen zählen, sowie den den unentgeltlichen und zügigen Lieferantenwechsel. Die Informationspflichten nach den Art. 246 und 246a EGBGB kommen noch hinzu. Zusätzlich schreibt z. B. § 40 EnWG einen umfangreichen zwingenden Inhalt der vom Versorger an den Kunden zu erstellenden Abrechnung vor. Das muss ein Verein beachten, wenn er sich entscheiden sollte, über eine Photovoltaikanlage Strom zu erzeugen und an die Pächter zu liefern.

Sicherlich sind noch mehr rechtliche Aspekte -auch steuerrechtliche- bei der Entscheidung über Die Errichtung und Nutzung von Photovoltaikanlagen in der Kleingartenanlage zu beachten. In dem vom Bundesverband der Kleingartenvereine Deutschlands e.V. vorgegebenen Rahmen für die Vortragszeit können diese jedoch nicht alle und auch nicht im Detail erörtert werden.

**) Rechtsanwalt Patrick R. Nessler ist Inhaber der RKPN.de-Rechtsanwaltskanzlei Patrick R. Nessler, St. Ingbert. Er ist tätig auf den Gebieten des Vereins-, Verbands- und Gemeinnützigkeitsrechts, des Datenschutzrechts für Vereine und Verbände, sowie des Kleingartenrechts. Außerdem unterrichtet er als Rechtsdozent an verschiedenen Bildungseinrichtungen, u.a. an der Deutschen Hochschule für Prävention und Gesundheitsmanagement und für eine ganze Reihe von Organisationen. Rechtsanwalt Nessler ist unter anderem auch Mitglied der Arbeitsgruppe Recht sowie des wissenschaftlichen Beirates des Bundesverbandes Deutscher Gartenfreunde e.V. und Verbandsanwalt des Landesverbandes Saarland der Kleingärtner.*