

## Landgericht Duisburg, 11 O 124/06

---

**Datum:** 28.03.2007  
**Gericht:** Landgericht Duisburg  
**Spruchkörper:** 11. Zivilkammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 11 O 124/06

---

**Nachinstanz:** Oberlandesgericht Düsseldorf, I-17 U 62/07

---

**Tenor:** Die Verfügungsbeklagte hat an den Verfügungskläger für das Jahr 2007 monatliche Abschlagszahlungen in Höhe von 71.000, 00 € zu leisten.

Der weitergehende Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens werden dem Verfügungskläger zu 23% und der Verfügungsbeklagten zu 77% auferlegt.

Die Entscheidung bezüglich der Kosten ist vorläufig gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des jeweils beizutreibenden Betrages vollstreckbar.

Die Sicherheitsleistung kann auch in Form einer selbstschuldnerischen Bankbürgschaft in gleicher Höhe erbracht werden.

---

**Tatbestand** 1

Der Verfügungskläger begehrt mit der einstweiligen Verfügung gem. § 12 Abs. 5 EEG in erster Linie die Bezahlung eines nach seiner Meinung ihm noch zustehenden Vergütungsrückstandes für 2005 sowie hilfsweise die Verpflichtung der Verfügungsbeklagten zur Zahlung von Abschlagszahlungen für 2007 auf der Grundlage der Berechnung nach § 8 Abs. 1,2, und 3 EEG 2004. 2

Der Verfügungskläger errichtete im Jahr 2003 ein Blockheizkraftwerk, wobei es sich zunächst um eine KWK-Anlage handelte, die mit fossilen Brennstoffen betrieben wurde. Am 5.11.2003 wurde die entsprechende Messeinrichtung installiert, und es erfolgte bereits 2003 die erste Stromeinspeisung. Später rüstete er die Anlage auf den Betrieb mit Biogas um, worauf er bereits bei seiner Anmeldung der Anlage am 25.11.2003 hingewiesen hatte. Für das Jahr 2005 optierte der Antragsteller zur Umsatzsteuer. 3

Nachdem die Verfügungsbeklagte zunächst 2005 eine Einspeisevergütung basierend auf dem EEG 2004 bezahlt hatte, allerdings nur mit einem Umsatzsteueranteil von 9% , zahlte sie 4

ab September 2005 lediglich noch eine Vergütung nach dem EEG 2000, allerdings ab Oktober mit einem Umsatzsteueranteil von 16 %. Seit diesem Zeitpunkt leistete sie auch nur noch Abschlagszahlungen in Höhe von 50.000,00 € monatlich. Insgesamt zahlte die Verfügungsbeklagte für das Jahr 2005 nach Abrechnung einen Betrag von 577.655,16 €; bei Zugrundelegung der Berechnung nach EEG 2004 mit einem Umsatzsteueranteil von 16% wäre ein Vergütungsanspruch von 640.184,62 € entstanden.

Den Differenzbetrag von 62.529,46 € macht der Verfügungskläger mit dem Hauptantrag geltend. 5

Für das Jahr 2007 geht der Verfügungskläger von einer voraussichtlichen Stromeinspeisung von 3.992.000 kWh bei Berücksichtigung von lediglich 8000 Betriebsstunden im Jahr statt der gesamten Jahresstunden aus, so dass für 2005 nach § 8 Abs.1, 2 und 3 EEG 2004 der Vergütungsanspruch 854.046,34 € betragen würde. 6

Der Verfügungskläger ist der Ansicht, ihm stehe der Vergütungsanspruch auf der Grundlage der Berechnung nach § 8 EEG 2004 zu und nicht nur lediglich nach EEG 2000, da die Anlage als Biogasanlage nach dem EEG erst im Januar 2004 in Betrieb genommen worden sei. Er behauptet dazu, der Fermenter, ohne den der Betrieb einer Biogasanlage nicht möglich sei, sei erst am 16./17.01.2004 angeschlossen worden. 7

Außerdem ist er der Meinung, dass nach Sinn und Zweck des § 12 Abs. 5 EEG der Anlagenbetreiber auch eine einstweilige Verfügung hinsichtlich der Vergütungsrückständen erwirken könne, da hierdurch sein Anspruch auf Vergütung des eingespeisten Stroms leichter durchgesetzt werden soll, um zu verhindern, dass von dem Vorhaben, eine Anlage zu betreiben, Abstand genommen wird, und deren Finanzierung sicherzustellen. 8

Der Verfügungskläger, der mit den Hilfsanträgen zu 2) bis 5) zusätzlich die Vergütung beziehungsweise Abschlagszahlungen für 2007 geltend macht, wobei er der Ansicht ist, dass der voraussichtliche Vergütungsanspruch für 2007 Abschlagszahlungen in Höhe von 71.000,00 € monatlich rechtfertige, verlangt mit den Hilfsanträgen zu 2) und 3) zusätzlich hierzu eine jeweilige Erhöhung um 5.210,79 € als Tilgung der für das Jahr 2005 offenen Einspeisevergütung. 9

Er beantragt, 10

1. die Verfügungsbeklagte zu verurteilen, an ihn einen Betrag in Höhe von 62.529,46 € nebst Zinsen in Höhe von 8% über dem Basiszinssatz seit dem 23.11.2006 zu zahlen. 11

2. hilfsweise: 12

die Verfügungsbeklagte zu verurteilen, an ihn monatliche Abschlagszahlungen in Höhe von 76.210,79 € zu leisten, 13

3. hilfsweise: 14

die Verfügungsbeklagte zu verurteilen, an ihn monatliche Abschlagszahlungen zu leisten, die sich wie folgt errechnen: 15

17,98 Cent/kWh zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer multipliziert mit den in den jeweiligen Kalendermonaten erzeugten und in das Netz der Antragsgegnerin eingespeisten Kilowattstunden Strom zuzüglich eines monatlichen Aufschlages für das Jahr 2007 in Höhe 16

von 5.210,79 €,

4. hilfsweise: 17

die Verfügungsbeklagte zu verurteilen, an ihn monatliche Abschlagszahlungen zu leisten, die sich wie folgt errechnen: 18

17,98 Cent/kWh zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer multipliziert mit den in den jeweiligen Kalendermonaten erzeugten und in das Netz der Antragsgegnerin eingespeisten Kilowattstunden Strom 19

5. hilfsweise: 20

die Verfügungsbeklagte zu verurteilen, an ihn monatliche Abschlagszahlungen in Höhe von 71.000,00 € zu leisten. 21

Die Verfügungsbeklagte beantragt, 22

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen. 23

Sie ist der Ansicht, § 12 EEG habe nur den Sinn, die Finanzlage für neu in Betrieb genommenen Anlagen sicherzustellen, gelte jedoch nicht mehr für Anlagen, deren Strom bereits abgenommen und bezahlt werde, so dass der Verfügungskläger seine Forderungen nicht im Wege der einstweiligen Verfügung geltend machen könne. Außerdem sei maßgebend für die Frage, nach welcher Berechnungsgrundlage die zu zahlende Vergütung vorzunehmen ist, der Zeitpunkt, ab dem die Anlage erstmalig Strom erzeugt habe, ohne dass es darauf ankomme, dass erneuerbare Energien eingesetzt würden. 24

Im übrigen bestreitet sie, dass der Fermenter erst 2004 angeschlossen worden sei. 25

Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze Bezug genommen. 26

**Endscheidungsgründe** 27

Die Anträge des Verfügungsklägers haben nur hinsichtlich des Hilfsantrages zu 5) in der Sache Erfolg, im übrigen sind die gestellten Anträge zurückzuweisen. 28

Mit seinem Hauptantrag begehrt der Verfügungskläger die Zahlung des nach erfolgter Abrechnung unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die zu zahlende Vergütung nach dem EEG 2004 zu berechnen sei, verbleibenden Rückstand von 62.529,46 € für das Jahr 2005 im Wege der einstweiligen Verfügung gem. § 12 Abs. 5 EEG. 29

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung hinsichtlich dieses Antrages ist jedoch mangels Vorliegens eines Verfügungsgrundes als unzulässig zurückzuweisen. Bei dem Antrag handelt es sich um eine sog. Leistungsverfügung, für die allein der Vortrag, dass die Errichtung von Biogasanlagen regelmäßig durch Dritte finanziert werde und bei zu niedriger Vergütung das Finanzkonzept zusammenbreche und zu einer Insolvenz führen würde, zur Annahme eines Verfügungsgrundes nicht ausreicht. Das Vorliegen einer existentiellen Notlage hat der Verfügungskläger damit nicht dargetan, diese wäre jedoch zum Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Zahlung der behaupteten Rückstände Voraussetzung, da hierin eine Vorwegnahme der Hauptsache liegt. 30

- Auf § 12 Abs. 5 EEG, nach dem ein Verfügungsgrund nicht vorliegen muss, kann sich der Verfügungskläger nicht berufen, da diese Vorschrift auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar ist. 31
- Nach Auffassung der Kammer wird von der Vorschrift des § 12 Abs. 5 EEG nicht der Fall umfasst, dass der Anlagebetreiber, die Zahlung von Rückständen aus vergangenen Jahren, in denen seitens des Netzbetreibers Abschlagzahlungen erfolgten, nach erfolgter Abrechnung verlangt. Dieser Anspruch ist vielmehr im Wege des Hauptsachverfahrens und nicht im Wege der einstweiligen Verfügung geltend zu machen. 32
- Hierfür spricht der Zweck des § 12 Abs. 5 EEG. Danach "kann..... nach billigem Ermessen durch einstweilige Verfügung geregelt werden, dass der Schuldner die Anlage vorläufig anzuschließen, den Strom abzunehmen sowie hierfür einen als billig und gerecht zu erachtenden Betrag als Abschlagzahlung zu leisten hat." Ziel der Vorschrift ist es, wie sich aus der Gesetzesbegründung ergibt, den Anlagenbetreiber, insbesondere denjenigen, der neu eine Anlage in Betrieb nehmen will, in finanzieller Hinsicht abzusichern. Anders als das LG Gera im Urteil vom 11.04.05 – 3 HK O 46/05- sieht die Kammer zwar nicht die Anwendung der Vorschrift auf Neuanlagen beschränkt, da auch bei bereits bestehenden Anlagen sich die Notwendigkeit ergeben kann, sicherzustellen, dass der Strom nicht nur abgenommen, sondern hierfür auch Abschlagszahlungen geleistet werden, da ansonsten das Risiko für den Neubetreiber nur auf einen späteren Zeitpunkt verschoben würde, und somit diesen bei nicht gesicherten Zahlungen in der Folgezeit ebenso von dem Betreiben einer Anlage mit erneuerbaren Energien abhält wie zu Beginn. Dass im Wege der einstweiligen Verfügung aber auch Abrechnungsrückstände ohne Vorliegen eines Verfügungsgrundes geltend gemacht werden können, verbietet sich bereits durch die Wortwahl "Abschlagszahlung" in § 12 EEG. Bei einer Abschlagszahlung handelt es sich nicht um die abschließende Vergütung, sondern um die Anzahlung auf eine später fällige Abrechnung (vgl. § 632a BGB). Für den Anlagenbetreiber soll gerade sichergestellt werden, dass er für den von ihm eingespeisten Strom, bereits bevor später eine konkrete Abrechnung vorgenommen wird, eine angemessene Pauschalzahlung erhält, damit er die ihm entstehenden Kosten ausgleichen kann. 33
- Bereits mit Schreiben vom 6.10.05 (Bl 123 d.A.) hatte die Verfügungsbeklagte darauf hingewiesen, dass künftig berücksichtigt werde, dass maßgeblich für die Vergütung der aus der Anlage des Verfügungsklägers eingespeisten elektrischen Energie das EEG 2000 sei; mit Schreiben vom 2.11.05 (Bl 125 d.A.) erfolgte die Aufforderung zur Rückzahlung der danach zuviel geleisteten Vergütung. Zu diesem Zeitpunkt hätte eventuell der Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragt werden können, wenn die gezahlten Abschlagszahlungen nicht mehr als billig und gerecht hätten angesehen werden können; nach Ablauf von über einem Jahr kann der Verfügungskläger aber insoweit keinen vorläufigen Rechtsschutz mehr verlangen. 34
- Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass der Rückstand von 62.529,46 € weniger als 10% der Gesamtforderung für 2005 in Höhe von 640.184,62 € ausmacht. 35
- Da die Hilfsanträge zu 2) und 3) ebenfalls den Rückstand für 2005 mit umfassen, ist auch insoweit der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen. 36
- Mit dem Hilfsantrag zu 4) wird zwar seitens des Verfügungsklägers nicht mehr der Rückstand für 2005 geltend gemacht, sondern die konkret zu berechnende Vergütung für 2007; hierbei handelt es sich jedoch um eine Vorwegnahme der Hauptsache, so dass auch insoweit der 37

Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen ist. Nach § 12 Abs. 5 EEG kann lediglich ein als billig und gerecht zu erachtender Betrag als Abschlagszahlung verlangt werden, die Vorschrift gibt jedoch keine Handhabe dazu, im Wege der einstweiligen Verfügung bereits die vollständige Anspruchserfüllung zu verlangen. Der Umstand, dass eine Biogasanlage nicht rentabel arbeitet und im Wesentlichen finanziert wird, kann nicht zu einer anderen Beurteilung der Rechtslage führen. Die Höhe des wahrscheinlichen Anspruchs ist lediglich im Rahmen der Festsetzung der Höhe der Abschlagszahlung zu berücksichtigen.

Antragsgemäß war jedoch in Hinblick auf den Hilfsantrag zu 5) die entsprechende einstweilige Verfügung zu erlassen. 38

Mit dem Hilfsantrag zu 5) begehrt der Verfügungskläger monatliche Abschlagszahlungen für das Jahr 2007. Zwar zahlt die Verfügungsklägerin einen monatlichen Betrag in Höhe von 50.000,00 €. Dieser Betrag kann jedoch nicht mehr als eine Abschlagszahlung, die einem gerecht und billig anzusehenden Betrag entspricht, gelten, da die Differenz zu der von dem Verfügungskläger errechneten wahrscheinlichen Vergütung für 2007 in einer Höhe von 854.046,34 € (vgl. Anlage AS 89 Bl. 290-292 d.A.) , der die Verfügungsbeklagte nicht entgegengetreten ist, nicht mehr als hingenommen werden kann. Danach errechnet sich anstelle der gezahlten Abschlagszahlung von 50.000,00 € nämlich ein Betrag von monatlich über 71.000,00 €.

Dieser Berechnung des Verfügungsklägers liegt allerdings § 8 Abs. 1,2,3 EEG 2004 zu Grunde, so dass Voraussetzung für eine höhere Abschlagszahlung ist, dass dem Verfügungskläger eine Bezahlung nach § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 1,2,3 EEG zusteht, was gem. § 21 Abs. 1 Nr. 3 EEG nur der Fall ist, wenn die Anlage erst nach dem 31.12.2003 in Betrieb genommen worden ist. 40

Im Gegensatz zu der Verfügungsbeklagten ist dabei nach Ansicht der Kammer nicht auf den Zeitpunkt abzustellen zu dem erstmalig Strom erzeugt wurde, unabhängig davon, um welche Art Stromerzeugung es sich handelt; vielmehr setzt der Begriff "Inbetriebnahme" im Sinne des § 3 Abs. 4 EEG voraus, dass die Stromerzeugung ausschließlich unter Verwendung erneuerbarer Energien erfolgt. Die im Rahmen des § 21 EEG maßgebliche Inbetriebnahme ist in § 3 Abs. 4 EEG definiert als die erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage nach Herstellung ihrer technischen Betriebsbereitschaft. Anlage meint gem. § 3 Abs. 2 EEG die selbstständige technische Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien ( vgl. OLGR Oldenburg 2006, 601-603). Es widerspräche dem Wortlaut, wenn man eine Anlage, die ausschließlich mit fossilen Brennstoffen betrieben wird, als Anlage i.S. des EEG qualifizieren würde, sowie auch dem Regelungszweck des Gesetzes, durch das die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien gefördert werden soll. Auch § 5 EEG begründet eine Vergütungspflicht nur für Strom, der ausschließlich aus erneuerbaren Energien erzeugt wird. Die Erzeugung von Strom aus konventionellen Energien stellt somit noch keine Inbetriebnahme i.S. des EEG dar 41

(vgl. LG Trier, Urteil vom 27.02.07 -11 O 291/06). 42

Nach dieser Definition wurde die Biogasanlage des Verfügungsklägers jedoch erst im Januar 2004 in Betrieb genommen, da die Stromerzeugung zuvor lediglich mit nicht nachwachsenden Rohstoffen erfolgte und die technischen Voraussetzungen für einen Betrieb der Anlage als Biogasanlage im Jahre 2003 noch nicht gegeben waren. Zu den erforderlichen technischen Voraussetzungen für den Betrieb einer Biogasanlage gehören nämlich auch die Einrichtungen zur Gewinnung und Aufbereitung des Energieträgers, wie die Fermenter von 43



Biogasanlagen ( vgl. OLG Oldenburg aaO). Die Anbindung des Fermenter erfolgte jedoch erst am 16/17.01.04, zuvor war der Fermenter nicht angeschlossen. Dies steht zur Überzeugung der Kammer auf Grund der vorgelegten eidesstattlichen Versicherung des geschäftsführenden Gesellschafters der F GmbH, Ralf Stüber

(Hülle Bl .254 d.A.) fest. Erst ab diesem Zeitpunkt war die Gesamtanlage inclusive Fermenter als Biogasanlage betriebsbereit. Der vorliegende Fall ist daher auch nicht mit den den Entscheidungen des LG Regensburg - Aktz. 6 O 1036/06 – und des LG Braunschweig (Urteil vom 06.02.2003 – 4 O 41702 -), auf die die Verfügungsbeklagte sich beruft, zugrunde liegenden Sachverhalten vergleichbar, da dort jeweils die Anlagen bereits technisch betriebsbereit waren und es sich um das Hochfahren des Fermenters bzw. um einen Probelauf der Windenergieanlage handelte, während hier der Fermenter noch gar nicht angeschlossen war. 44

Der Umstand, dass der Verfügungskläger bereits am 27.10.03 den Antrag für die Zählermontage für eine Biogasanlage gestellt hatte, steht dem nicht entgegen, denn er beabsichtigte, wie seine Anzeigen erkennen lassen, von vornherein eine Umstellung der Anlage auf Biogas. 45

Somit lagen die technischen Voraussetzungen für den Betrieb einer Biogasanlage entspr. dem EEG erst 2004 mit dem Anschluss des Fermenters vor, so dass auch erst zu diesem Zeitpunkt die Inbetriebnahme i.S. § 3 EEG erfolgte. Damit kann der Verfügungskläger die erhöhte Vergütung nach § 8 EEG 2004 verlangen. 46

Soweit der Verfügungskläger bei seiner Berechnung zusätzlich eine Umsatzsteuer von 16% mit berücksichtigt hat, ergibt sich aus der vorgelegten Bestätigung des Finanzamtes Trier vom 15.02.06, dass der Verfügungskläger rückwirkend seit dem 01.01.05 zur Umsatzsteuer optiert hat ( Bl. 206 d.A.). 47

Die Kammer sieht daher auf der Grundlage der von dem Verfügungskläger für das Jahr 2007 vorgenommenen Berechnung eine Abschlagszahlung von insgesamt 71.000,00 € /monatlich als gerechtfertigt und angemessen an. Soweit im Rahmen des einstweiligen Verfügungsverfahrens ein Abschlag von ca. 10% auf die errechnete monatliche Vergütung hinsichtlich der Abschlagszahlung vorzunehmen ist (vgl. LG Itzehoe, Urteil vom 23.12.05 – 2 O 254/05-), ist dies von dem Verfügungskläger bereits berücksichtigt worden, indem er zum einen seiner Berechnung lediglich 8.000 Betriebsstunden im Jahr 2007 zu Grunde gelegt hat und auch die errechnete Vergütung abgerundet hat. Dafür, dass ein weiterer Abzug wegen möglicher Leistungsausfälle vorzunehmen ist, bestehen keine Anhaltspunkte, insbesondere, da die vorgelegten Abrechnungen für September, Oktober, November und Dezember 2005 (Bl 241, 244, 247 und 250 d.A.) erkennen lassen, dass zumindest in diesen Monaten die Betriebsstunden den für 2007 veranschlagten monatlichen Stunden entsprechen. 48

Die Verfügungsbeklagte hat somit für das Jahr 2007 Abschlagszahlungen in Höhe von 71.000,00 € / monatlich zu leisten. 49

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs.1ZPO. Die Entscheidung hinsichtlich der Vollstreckung ergibt sich aus §§ 929, 708 Ziffer 6, 711 ZPO. 50

Der Streitwert wird auf 327.129,46 € festgesetzt. Dieser Streitwert ergibt sich aus dem Hilfsantrag zu 3), der sich wie folgt zusammensetzt: 62.529,46 € Rückstand 2005, über 50.000,00 € hinausgehende Abschlagszahlungen von 21.000,00 € /monatlich für 12 Monate = 51

252.000,00 € zuzüglich eines Aufschlages von 5%, da mit diesem Antrag die konkrete Abrechnung verlangt wird = 12.600,00 €. Die Kammer erachtet angesichts der Ungewissheit, inwiefern, bei der konkreten Abrechnung ein über die Abschlagszahlungen hinausgehender Betrag geschuldet wird, einen Aufschlag von lediglich 5 % für ausreichend.

Die übrigen Anträge des Verfügungsklägers werden von diesem Antrag mit umfasst.

---

52