



Rü		X
V. K. KR. R.		
Akte umlegen	Akte vor	zur
Kopie	V. K. KR. R.	

Aktenzeichen: 9 U 958/10
7 O 0585/08 LG Chemnitz

Verkündet am 10.02.2011
Die Urkundsbeamtin:

Reinhardt
Justizobersekretärin

Eing.	Umlauf
	Rück- satz

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

vertr.d.d. Geschäftsführe

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsklägerin

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

gegen

vertr.d.d. Geschäftsführe

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsbeklagte

Prozessbevollmächtigte:

wegen Vergütung für die Einspeisung von Strom

hat der 9. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Dresden aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11.01.2011 durch

Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ,
Richter am Oberlandesgericht n und
Richterin am Oberlandesgericht

für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Chemnitz vom 31.05.2010 - Az.: 7 O 585/08 - wird

z u r ü c k g e w i e s e n .

2. Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird gestattet, die Vollstreckung der Beklagten gegen Sicherheitsleistung i.H.v. 120 % des zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

B e s c h l u s s :

Der Gegenstandswert des Berufungsverfahrens beträgt unter
 EUR.

G r ü n d e :

I.

Die Klägerin begehrt eine erhöhte Vergütung für eingespeisten Solarstrom in das Netz der Beklagten. Die Beklagte hält lediglich eine einfache Vergütung für geschuldet und die Klägerin für überzahlt.

Zum unstreitigen Sachverhalt und zum streitigen Vortrag der Parteien erster Instanz wird auf den Tatbestand des angegriffenen Urteils Bezug genommen. Ergänzend gilt:

Am 27.06.2006 erteilte der Landkreis ... dem Kläger eine Baugenehmigung für das Vorhaben "Errichtung von Dachanlagen zum Anbau von Schattengewächsen und Belegung mit Fotovoltaikmodulen" (Anlage BB 1). Unter dem 29.09.2006 (Anlage BB 2) genehmigte dieselbe Behörde eine Erweiterung des Vorhabens mit dem Hinweis, dass entscheidend sei, dass "die bauliche Anlage zur gärtnerischen Produktion bzw. Zucht von Pflanzen genutzt" werde.

Ein erster Nachtrag zur Baugenehmigung vom 27.06.2006 (Anlage BB 3) enthielt einen gleichlautenden Hinweis. Mit Schreiben vom 28.11.2006 (Anlage K 38) übersandte die Beklagte der Klägerin die so bezeichneten Vergütungssätze nach dem EEG mit dem Zusatz, dass Voraussetzung die Einordnung als Dachanlage sei.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zinszahlung aus ... 7) EUR verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Auf die Widerklage hin hat das Landgericht die Klägerin verurteilt, ... 6 EUR nebst Zinsen zu zahlen.

Der Vergütungsanspruch richte sich dem Einspeisevertrag der Parteien (K 25). Danach seien die Regelungen des EEG maßgeblich. Der Vertrag begründe keinen eigenständigen, vom EEG und dessen Voraussetzungen unabhängigen Vergütungsanspruch. Die Voraussetzungen von § 11 Abs. 2 EEG aber seien nicht

erfüllt. Die Gerüstkonstruktionen dienten objektiv lediglich dem Zweck, die Fotovoltaikanlage zu tragen und hätten - unabhängig davon, ob sie mit einer Überdachung versehen worden seien oder nicht - einen eigenständigen Nutzungszweck nicht. Der Anbau von Nachtschattengewächsen stelle sich nicht als der vorrangige Nutzungszweck der Anlagen dar. Als Vergütung komme lediglich eine solche für Freiflächenanlagen in Betracht, d. h. 10,65 c/kWh für im Jahre 2006 in Betrieb genommene Module, 10,65 c/kWh bei Inbetriebnahme im Jahre 2007. Die zunächst auf der erhöhten Vergütung beruhenden Zahlungen der Beklagten hätten unter Berücksichtigung der Verrechnung des auf diese Weise bis 2007 überzahlten Betrages zum Erlöschen der klägerischen Vergütungsansprüche bis Februar 2008 geführt. Von Dezember 2006 bis Juli 2007 belaufe sich die Vergütung, ausgehend von unstreitig eingespeisten 1000 kWh bei 10,65 c, auf 10650 EUR. Angesichts bis dahin geleisteter Zahlungen von unstreitig 40000 EUR verbleibe ein Saldo zugunsten der Beklagten von 29350 EUR (Anlagenkonvolut K 4). Auf den für August bis November 2007 zugestandenen Zahlungsanspruch von 10650 EUR habe die Beklagte erst am 12.12.2007 10650 EUR bezahlt und das Guthaben von 10650 EUR mit der Vergütung für August verrechnet. Für die im Zeitraum Dezember 2007 bis Februar 2008 eingespeisten 1000 kWh stünden der Klägerin 10650 EUR zu, welche die Beklagte auch bezahlt habe. Ein weiterer Zahlungsbetrag verbleibe damit nicht.

Die Klägerin könne jedoch Verzugszinsen verlangen. Am 03.11.2010 habe ihr ein Einspeiseguthaben für August bis Oktober 2010 i.H.v. 10650 EUR zugestanden, nach Abzug der Überzahlung i.H.v. 10650 EUR mithin i.H.v. noch 10650 EUR. Dieses seien nach § 291 i.V.m. § 288 Abs. 2 BGB ab 23.11.2007 bis zum Zahlungseingang am 12.12.2007 zu verzinsen.

Der Widerklagebetrag entspreche demjenigen, um den die Klägerin im Zeitraum Dezember 2006 bis Juli 2007 überzahlt gewesen sei. Folglich sei die Klägerin nach den Grundsätzen

der Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zu dessen Auskehr verpflichtet.

Die Klägerin vertritt in ihrer form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung die Auffassung, der Einspeisungsvertrag (K 25) begründe einen eigenständigen vertraglichen Vergütungsanspruch und dies unabhängig von den Voraussetzungen nach dem EEG 2004. Dafür sprächen die umfangreiche vorvertragliche Einbindung der Beklagten in die Planung der Anlage, der Inhalt des von der Beklagten gestellten Vertrages sowie die Interessenlage beider Parteien. Von einer vorrangigen Nutzung zum Anbau von Nachtschattengewächsen sei zwischen den Parteien im Vorfeld des Vertragsabschlusses zu keinem Zeitpunkt die Rede gewesen. Noch im August/September 2006 habe der Zeuge S. dem Zeugen L. z erklärt, die Beklagte vergüte die Dachanlage als Gebäude, wenn dafür eine Baugenehmigung erteilt werde und die Beklagte einen Teil im Jahre 2006 in Betrieb nehme und den Rest im max. sechs weiteren Monaten. Dann werde der Einspeisetarif 2006 für die Gesamtanlage bezahlt werden. Dies belege auch der Text des Vertrages. In Ziffer 3.1 sei von einer "Anlage zur Erzeugung ... gemäß § 11 Abs. 2 EEG (Einspeiseanlage) in T ..." die Rede. Die Preisregelung gemäß Anlage 2 a nenne die Vergütungssätze für Anlagen gemäß § 11 Abs. 2 EEG (Ziffer 6.1). Hätte die Beklagte keine eigenständige Vergütungsgrundlage schaffen wollen, so hätte sie lediglich formulieren müssen, dass sich die Vergütung nach dem EEG richte.

Ihr Zahlungsantrag umfasse die rückständige Vergütung i.H.v. ... 7 EUR, bestehend aus der Differenz der Vergütung, die die Beklagte tatsächlich für den Zeitraum von Dezember 2006 bis Februar 2008 bezahlt habe (... EUR) und der aus dem Vertrag geschuldeten erhöhten Vergütung von netto ... c/kWh (... / EUR). Die Verurteilung zur Zahlung künftiger Einspeisevergütungen (48,81 c/kWh) schulde die Beklagte aus der Vereinbarung, hilfsweise jedenfalls i.H.v. ... c für den ab 01.03.2008 in das Netz der Beklagten eingespeisten Strom (Hilfsantrag). Im Übrigen seien auch

die gesetzlichen Voraussetzungen für die erhöhte Vergütung nach § 11 Abs. 2 EEG erfüllt. Die Gerüstkonstruktion diene nicht ausschließlich dem Zweck, die Fotovoltaikanlagen zu tragen. Mit dem Wellblechdach bilde sie vielmehr ein Gebäude, welches neben dem Zweck, die Solarmodule zu tragen, vornehmlich als Überdachung der darunter liegenden Bereichs diene, damit dort Nachtschattengewächse angebaut werden könnten. Der sich hieraus ergebende Anspruch auf eine erhöhte Vergütung werde nicht dadurch geändert, dass sich nach Errichtung der Anlage im Laufe der Zeit herausgestellt habe, dass ein erfolgversprechender Anbau von Bärlauch tatsächlich nicht möglich sei.

Ferner habe das Landgericht dem mit der Klage gestellten zweiten Hilfsantrag, gerichtet auf Verurteilung zur Freilandvergütung von () c, wenigstens i.H.v. : 6 c stattgeben müssen und dies im Hinblick auf den letztgenannten Betrag schon wegen des von der Beklagten insoweit erklärten Anerkenntnisses.

Die Klägerin beantragt,

1. das Urteil des LG Chemnitz, Az.: 7 O 585/08, wird aufzuheben,
2. die Beklagte zu verurteilen, an sie
7 EUR zuzüglich Zinsen i.H.v. jährlich 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus einem Betrag von 8 EUR seit dem 03.11.2007 bis 22.11.2007, aus 10 EUR seit dem 23.11.2007 bis 12.12.2007, aus 15 EUR seit dem 13.12.2007 und aus 20 EUR seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
3. die Beklagte zu verurteilen, an sie jeweils zum 15. eines jeden Monats, erstmals ab dem 15.04.2008, einen Betrag i.H.v. 4 netto zuzüglich der jeweils gesetzlichen Umsatzsteuer für jede im vorangegangenen Kalendermonat in den Fotovoltaikanlagen T n am Stand-

(Berufungsantrag Nr. 3) zur Zahlung der Grundvergütung von $\text{€ } \dots$ c/kWh zu. Sie, die Beklagte, habe bereits in der Berufungserwiderung vom 26.05.2008 in dem vor dem erkennenden Senat unter dem Aktenzeichen 9 U 426/08 geführten Verfahren erklärt, dass sie die Grundvergütung i.H.v. $\text{€ } \dots$ c/kWh dauerhaft zahlen werde.

In dem vorgenannten Verfahren über den Erlass einer einstweiligen Verfügung hat der Senat auf die Berufung der hiesigen Klägerin das eine erhöhte Vergütung abweisende Urteil des Landgerichts Chemnitz vom 04.02.2008 (Az.: 7 O 2220/07) mangels Verfügungsanspruches bestätigt (B 7).

Der Senat hat auf der Grundlage seines Beschlusses vom 07.12.2010 (Bl. 406 d. A.) durch Anhörung der Zeugen S (Vertreter der Beklagten) und des Zeugen L (Prüfer der finanzierenden Bank) Beweis erhoben. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Inhalt des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 11.01.2011 (Bl. 416 bis 418 d. A.) Bezug genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird Bezug genommen auf das angefochtene Urteil, die zu den Akten gelangten Schriftsätze samt Anlagen sowie den Akteninhalt im Übrigen.

Nach Schluss der mündlichen Verhandlung sind noch zwei Schriftsätze der Klägerseite eingegangen.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet.

Der Klägerin steht kein Anspruch auf die erhöhte Einspeisevergütung zu. Der "Vertrag über Anschlussnutzung und Einspeisung" sowie die "Preisregelung bei Stromeinspeisung nach EEG" (Anlagen K 25, K 26) knüpfen an die Vergütungsvoraussetzungen des § 11 Abs. 2 Satz 1 EEG an. Denen wird die Anlage nicht gerecht, da ihr die Eigenschaft

eines Gebäudes fehlt und sie überdies jedenfalls vorrangig der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie zu dienen bestimmt ist (1.). Ferner ist eine Vereinbarung über eine eigenständige, von den Voraussetzungen des EEG unabhängige vertragliche Verpflichtung der Beklagten nicht getroffen worden (2.). Über den zweiten Hilfsantrag zur Klage (Hilfsantrag in Ziffer 3 der Berufungsanträge) ist im Sinne der kostenpflichtigen Antragsrückweisung zu entscheiden (3.).

1. Der Einspeisungsvertrag stellt für eine erhöhte Einspeisevergütung auf die Voraussetzungen ab, die das EEG 2004 in § 11 Abs. 2 ausweist. Danach kommt es darauf an, ob die Anlage ausschließlich an oder auf einem Gebäude angebracht ist. Das ist vorliegend nicht der Fall.

Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt der Senat zunächst Bezug auf die zutreffenden Ausführungen in den Entscheidungsgründen des angegriffenen Urteils. Diese stehen mit den Gründen des Urteils des Senats vom 17.06.2008 in dem Verfahren 9 U 426/08 in Einklang. Der Senat hat die vorliegend vorhandene Stahlkonstruktion mit den aufgesetzten und mit ihr fest verbundenen Modulen als Freilandanlage qualifiziert. Er hat dies damit begründet, dass erst die Nutzung der Anlage zum Anbau von Bärlauch - eine ernsthafte anderweitige Nutzung stand und steht nicht in Rede, in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 02.02.2011 hat die Klägerin lediglich angedeutet, es mit anderen Pflanzen erneut versuchen zu wollen - die Konstruktion zu einem Gebäude hätte machen können. Bei einem Gebäude nach § 11 Abs. 2 EEG 2004 handelt es sich um einen Unterfall der von § 11 Abs. 3 EEG 2004 erfassten baulichen Anlagen (so auch BGH, Urteil vom 29.10.2008 - VIII ZR 313/07 -). Nach der in § 11 Abs. 2 EEG 2004 enthaltenen Legaldefinition sind Gebäude selbstständig nutzbare, überdeckte bauliche Anlagen, die von Menschen betreten werden können und

geeignet und bestimmt sind, dem Schutz von Menschen, Tieren und Sachen zu dienen. Diese Anforderungen hätte die vorliegend zu verzeichnende Stahlkonstruktion nur dann erfüllen können, wenn unter ihr tatsächlich Bärlauch angepflanzt worden wäre. Der Senat verkennt nicht, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 17.11.2010 - VIII ZR 277/09 -, Rdn. 25) in Anlehnung an den in der Bundestags-Drucksache 15/2864 zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers für bauliche Anlagen und mithin auch für Gebäude nicht darauf abstellt, ob diese zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme der stromerzeugenden Anlage tatsächlich gerade entsprechend der Funktion ihres abstrakten, rechtlich zu qualifizierenden Nutzungszwecks genutzt würden; eine vor- oder nach Inbetriebnahme der Anlage tatsächlich erfolgte Aufgabe der ursprünglich anderweitigen Hauptnutzung bleibe also bedeutungslos. Vorliegend hat es aber zu keiner Zeit eine anderweitige Hauptnutzung gegeben. Wie der Senat in seinem Urteil vom 17.06.2008 ausgeführt hat, ist zu keiner Zeit nachdrücklich der Anbau von Bärlauch betrieben worden. Hierzu war die Anlage auch - wie jetzt unstreitig feststeht - nicht geeignet. Dann aber gewinnt die Tatsache an Bedeutung, dass überhaupt erst der Anbau von Bärlauch oder anderen Nachtschattengewächsen der Anlage die Bedeutung eines Gebäudes hätte verleihen können. Denn im Unterschied zu den in der Bundestags-Drucksache ausdrücklich aufgeführten Wohn- und Betriebsgebäuden, die diese Eigenschaft erkennbar nicht durch die bloße Aufgabe des Nutzungszwecks verlieren, hätte die hier in Rede stehende Konstruktion die Gebäudeeigenschaft durch die anderweitige Nutzung überhaupt erst gewinnen können. Dies gilt auch dann, wenn man mit dem Bundesgerichtshof (Urteil vom 17.11.2010, Rdn. 13) nicht von einer am Bauordnungsrecht orientierten Auslegung des Gebäudebegriffs ausgeht und es für die ein Gebäude kennzeichnende Überdeckung genügen lässt, wenn ein als Dach dienendes Modul den notwendigen Abschluss nach oben bildet.

Ohne die tatsächliche Nutzung durch Anbau von Bärlauch oder eines anderen Produktes ist die Anlage nichts anderes als ein Tragegerüst für Solarmodule. Dies mag sich ändern, wenn die Klägerin ihre in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz angedeutete Absicht realisiert, Anpflanzungen vorzunehmen.

Jedenfalls aber ist die bauliche Anlage nicht vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden. Dieses in § 11 Abs. 3 EEG 2004 enthaltene Tatbestandsmerkmal gilt auch für § 11 Abs. 2 EEG 2004 (BGH, Urteil vom 17.11.2010, Rdn. 22). Insoweit ist maßgeblich auf das funktionale Verhältnis zwischen der baulichen Anlage und der Anlage zur Erzeugung von Strom abzustellen. Vorrangig andere Zwecke sind anzunehmen, wenn die Anlage auch ohne die Stromerzeugung in vergleichbarer Form errichtet worden wäre (BGH, Urteil vom 17.11.2010, Rdn. 32 und 33). Es spricht nichts dafür, dass dies der Fall gewesen wäre. Die Klägerin hat in ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz hierzu denn auch nicht mehr vorgetragen, als dass sie die bauliche Konstruktion auch ohne die Absicht der Stromerzeugung geschaffen haben würde. Auch bei einer geglückten Bärlauchproduktion hätte die Klägerin ihre Einnahmen zur Amortisierung der sich auf immerhin ca. 1 Mio EUR belaufenden Investitionen und zur Gewinnerzielung zur Überzeugung des Senats indes nahezu ausschließlich aus dem Verkauf des Stroms erlangen können. Dafür spricht schon, dass sie bis zum heutigen Tage keinerlei greifbare Anstrengungen dafür unternommen hat, tatsächlich unter dem Dache der Konstruktion die von ihr auch jetzt nur vage angekündigten Anpflanzungen vorzunehmen.

Ein anderes Verständnis des Vorrangs der Erzeugung von Strom ergibt sich auch nicht aus dem vom Bundesgerichtshof erwogenen Gedanken eines Synergieeffektes als Folge eines "dual use" mit der Stromerzeugung als

etwa nachrangigem Zusatznutzen (Urteil vom 17.11.2010, Rdn. 33). Der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt ist mit dem der Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht annähernd vergleichbar. In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall ging es um zwei auf dem Betriebsgelände des Anspruchstellers bereits vorhandene Schattenhallen zur Aufzucht lichtempfindlicher Pflanzen. Die als baufällig empfundene Holzkonstruktion war durch zwei pultförmige Tragkonstruktionen aus Stahl ersetzt worden, auf denen Fotovoltaikmodule angebracht wurden. Bei seiner Beurteilung hat der Bundesgerichtshof maßgeblich darauf abgestellt, dass die Schattenhallen schon vorher vorhanden gewesen und durch die dann aufgebrachte Stahlkonstruktion zur Nutzung auch zur Stromerzeugung optimiert worden seien. Darum geht es vorliegend nicht. Es geht um die Beurteilung einer neu geschaffenen Anlage, deren Dachkonstruktion überdies die beabsichtigte Bärlauchproduktion unmöglich gemacht hat.

2. Die Klägerin kann ihre Forderung auch nicht auf eine von den Voraussetzungen des EEG unabhängige, gesonderte vertragliche Vereinbarung stützen.

a) Dies würde den Beweis einer Einigung vorausgesetzt haben, derzufolge die Beklagte die Zahlung der erhöhten Vergütung losgelöst von den gesetzlichen Voraussetzungen allein an die Existenz einer Baugenehmigung geknüpft hätte. Davon kann zur Überzeugung des Senats nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht die Rede sein, § 286 Abs. 1 ZPO.

Zwar hat der Zeuge S. in seiner Vernehmung ausgeführt, er glaube erklärt zu haben, dass die Anlage als Dachanlage vergütet werden könne; ebenso könne er gesagt haben, die Klägerin bekomme die Vergütung ohne wenn und aber, wenn die (Bau-)Genehmigung erteilt werde (vgl. Seite 3 des Protokolls vom 11.01.2011, Bl. 417 d. A.). Allerdings, und dies ist bei einem

am objektiven Erklärungsinhalt seiner Erklärungen orientieren Verständnis von ausschlaggebender Bedeutung, sind sämtliche Äußerungen im Zusammenhang mit dem allen Beteiligten bekannten und bewussten Antrags- und Genehmigungsverfahren zu verstehen. In diesem ging es auch nach dem Klägervortrag durchweg um eine Baugenehmigung für eine Dachanlage zum Anbau von Schattengewächsen und die Belegung mit Fotovoltaikmodulen, wobei sowohl den Anträgen als auch den Genehmigungen stets die Pflanzenproduktion als entscheidende Genehmigungsvoraussetzung zu entnehmen gewesen ist. Diesen Zusammenhang hat der Zeuge S. auch mehrfach deutlich gemacht, vgl. Protokoll vom 11.01.2011, Seite 3, Bl. 417 d. A.:

"In der ersten Antragstellung und auch im Weiteren ist es immer darum gegangen, dass die vorrangig anderweitige Nutzung gegeben sein müsse. Es war immer konkret von einem Nachtschattengewächshaus die Rede. Das war auch Gegenstand der Antragstellung gewesen." ...

"Eine solche Erklärung habe ich aber nicht ohne Zusammenhang zu dem Antrag, den die Klägerin gestellt hat, gemacht."

Angesichts dieser vom Zeugen S. glaubhaft und plausibel bekundeten Umstände konnte die Geschäftsführung der Klägerin bei lebensnaher, verständiger Sichtweise keine Erklärung dahingehend entnehmen, bereits mit der Baugenehmigung als solcher werde unabhängig von deren Umsetzung noch dazu teilweise zeitlich rückwirkend (2006) die erhöhte Vergütung geschuldet.

Nichts anderes ergibt sich nach Auffassung des Senats aus den Bekundungen des Zeugen L. Er hat angegeben, seinerzeit gewusst zu haben, dass beabsichtigt gewesen sei, Bärlauch anzupflanzen, wobei ihm der Bärlauchanbau als Bestandteil der Baugenehmigung nicht bekannt gewesen sei. Mit der Baugenehmigung habe er sich nicht befasst. Für die ihn beauftragende Bank, so der Zeuge L. weiter, sei lediglich wichtig gewe-

sen, dass die Anlage als Gebäude habe vergütet werden sollen. Dass die Anlage als Gebäude gelte, sobald eine Baugenehmigung vorliege, habe der Zeuge Sc...c gesagt (Protokoll Seite 5, Bl. 418). Das lässt zur Überzeugung des Senats nicht den Schluss zu, dass etwa auch der mit den Einzelheiten des Genehmigungsverfahrens vertraute Geschäftsführer der Klägerin angenommen haben könnte, es käme allein auf die Erteilung einer Baugenehmigung an.

- b) Aber auch der Text des Vertrages ist nicht in einem Sinne zu verstehen, der der Klägerin losgelöst von den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 11 Abs. 2 EEG 2004 einen Anspruch auf eine erhöhte Einspeisevergütung gewährt. Allerdings heißt es in Ziffer 3.1 des Vertrages vom 06./14.12.2006 (Anlage K 25), der Einspeiser betreibe "eine Anlage zur Erzeugung elektrischer Energie aus solarer Strahlungsenergie gemäß § 11 Abs. 2 EEG (Einspeiseanlage)". Die dem Vertrag als Anlage 2 a beigefügte "Preisregelung bei Stromeinspeisung nach EEG" (Anlage K 26) nennt ebenfalls die sich aus § 11 Abs. 2 EEG ergebenden Preise; auf die Anlage ist in Ziffer 6.1 des Vertrages mit der Formulierung verwiesen, die Klägerin zahle dem Beklagten "für die von ihm in das Netz eingespeiste Energie die jeweilige Vergütung nach dem EEG gemäß Anlage 2 a". Indes hat sich die Klägerin hiernach nicht zur voraussetzungslosen Zahlung der erhöhten Vergütung nach § 11 Abs. 2 EEG verpflichtet. Vielmehr liegt der Angabe der erhöhten Vergütungssätze die in Ziffer 3.1 zum Ausdruck gekommene Annahme zugrunde, dass es sich tatsächlich um eine Anlage handle, die den Anforderungen der §§ 11 Abs. 2 EEG 2004 genüge. So nimmt denn auch die Preisregelung ausdrücklich auf § 11 Abs. 2 EEG Bezug. Ebenso hebt Nr. 6.1 des Vertrages hervor, dass sich die Vergütung nach dem EEG richte. Dass die Klägerin in der Folgezeit zunächst die erhöhte Vergütung entrichtet hat, besagt vor diesem Hintergrund nicht mehr, als dass

sie geglaubt hat, hierzu verpflichtet zu sein, weil sie davon ausging, die Klägerin betreibe eine Anlage im Umfang der ihr erteilten Genehmigung. Tatsächlich war dies nach dem oben Gesagten nicht der Fall.

c) Was die Höhe der Ansprüche anbelangt, so wird auf die insoweit unangegriffen gebliebenen Ausführungen des Landgerichts Bezug genommen. Die Anträge zu 2. und der Hauptantrag zu 3. sind danach unbegründet.

3. Der Hilfsantrag, gerichtet auf die Verurteilung zur Zahlung eines Betrages i.H.v. monatlich 0,00 c/kWh, ist bereits unzulässig. Er hat die Verurteilung zu einer künftigen Leistung zum Gegenstand. Die gesetzlichen Voraussetzungen der §§ 258, 259 ZPO sind aber nicht erfüllt. § 258 ZPO erfasst wiederkehrende Leistungen, die nicht von einer Gegenleistung abhängig sind. § 259 ZPO verlangt die Besorgnis, dass der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Die Beklagte hat aber zu keiner Zeit Zweifel daran gelassen, die mit diesem Antrag begehrte Grundvergütung zu zahlen. Tatsächlich verfährt sie auch so.

4. Die Begründetheit der Widerklage ergibt sich daraus, dass der Klägerin kein Anspruch auf die erhöhte Vergütung zugestanden hat.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung zu einer spezifischen Anlagenkonstruktion vor dem Hintergrund einer mit Auflagen versehener Baugenehmigung.

Bastius

Rein

Lückhoff-Sehmsdorf