



Oberlandesgericht  
Dresden

Zivilabteilung

Aktenzeichen: **9 U 1021/12**  
Landgericht Görlitz 1 O 168/12 EV

Verkündet am: 25.09.2012

Hofmann  
Justizsekretär

---

Urkundsbeamter/in der Geschäftsstelle

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

In dem Rechtsstreit

- Verfügungskläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte **Götze**, Petersstraße 15, 04109 Leipzig

gegen

- Verfügungsbeklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

wegen Forderung

hat der 9. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Dresden durch

Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Bastius,  
Richterin am Oberlandesgericht Riechert und  
Richter am Oberlandesgericht Rein

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28.08.2012 im Wege der einstweiligen Verfügung

**für Recht erkannt:**

- I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichtes Görlitz vom 11.06.2012 - 1 O 168/12 EV - wie folgt abgeändert:
  1. Die Verfügungsbeklagte wird verurteilt, für den in ihr Netz aus dem  
27.02.2012 bis zum 29.05.2012 eingespeisten Strom an den Verfügungskläger einen Betrag in Höhe von 80.000,- EUR zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer nebst Zinsen hieraus in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 30.05.2012 als Abschlagszahlung zu zahlen.
  2. Die Verfügungsbeklagte wird verurteilt, für den in ihr Netz aus dem  
gespeisten Strom monatliche Abschlagszahlungen ab dem 01.06.2012 in Höhe von 17.000,- EUR zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer an den Verfügungskläger zu zahlen.
- II. Die Kosten des Verfahrens tragen der Verfügungskläger zu 6% und die Verfügungsbeklagte zu 94%.

**Beschluss:**

Der Gegenstandswert wird auf 363.334,94 EUR festgesetzt.

## Gründe:

### I.

Von der Absetzung des Tatbestandes wird gemäß §§ 540 Abs. 2, 313 a, 542 Abs. 2 ZPO abgesehen.

### II.

Die zulässige Berufung ist begründet.

Dem Verfügungskläger steht ein Anspruch gegen die Verfügungsbeklagte auf Zahlung von 80.000,- EUR für die Einspeisung von Strom aus der Photovoltaik-Freiflächenanlage auf der für die Zeit vom 27.02.2012 bis 29.05.2012 als Abschlagszahlung sowie von monatlichen Abschlagszahlungen in Höhe von 17.000,-EUR zuzüglich Mehrwertsteuer für die Zeit ab Juni 2012 zu, §§ 32 Abs.1 Nr.1, 16 Abs. 1 EEG. Über diesen ist durch Einstweilige Verfügung zu befinden, § 59 EEG..

#### 1.

Gemäß § 59 Abs. 2 EEG kann eine einstweilige Verfügung über einen als billig und gerecht zu erachtenden Betrag als Abschlagszahlung auch dann erlassen werden, wenn die in den §§ 935, 940 ZPO bezeichneten Voraussetzungen nicht vorliegen.

In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob es hiernach eines Verfügungsgrundes überhaupt nicht bedarf oder ob lediglich eine widerlegliche Vermutung für das Vorliegen eines Verfügungsgrundes besteht (vgl. zum Meinungsstreit Lehnert in Altrock/Oschmann/Theobald, Kommentar zum EEG, 3. Aufl., § 59 Rdn. 25). Der Wortlaut der gesetzlichen Regelung mag mehr dafür sprechen, dass der erstgenannten Auffassung zu folgen ist, auch wenn der Gesetzesbegründung Anhaltspunkte für die letztgenannte Ansicht zu entnehmen sind.

Letztendlich kann aber der Meinungsstreit offen bleiben. Denn selbst wenn man annimmt, dass die Regelung nicht mehr als die widerlegliche Vermutung eines Verfügungsgrundes beinhaltet, so ist diese von der Verfügungsbeklagten doch jedenfalls nicht erschüttert worden. Dies gilt umso mehr als dem Gesetzeswortlaut immerhin zu entnehmen ist, dass an die Entkräftung eines Verfügungsgrundes durch den Antragsgegner hohe Anforderungen zu stellen

sind.

Der Verfügungskläger hat angegeben, die Kosten der Photovoltaikanlage von 2,1 Mio EUR in einer Höhe von 1,9 Mio EUR finanziert zu haben. Er hat weiter angegeben, auf die Abschlagszahlungen zur Tilgung von Krediten angewiesen zu sein. Hierzu hat er in der mündlichen Verhandlung eine eidesstattliche Versicherung zur Glaubhaftmachung vorgelegt. Dies erachtet der Senat als nicht widerlegt. Dass die Kredittilgung anderweitig sichergestellt ist, ergibt sich insbesondere nicht daraus, dass der Verfügungskläger unter der Bezeichnung neben der in Rede stehenden Photovoltaikanlage ein Autohaus, eine Parfümerie, ein Restaurant und weitere Gewerbe betreibt. Daraus kann nur der Schluss gezogen werden, dass die Energieerzeugung nicht die einzige wirtschaftliche Aktivität des Verfügungsklägers ist, nicht hingegen, dass er aus den anderen Geschäftsbereichen Gewinne erzielt. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang im übrigen, wie der Verfügungskläger etwaige künftige Gewinne aus der Einspeisung von solarer Strahlungsenergie verwenden will.

Schließlich ergibt sich auch aus dem Schreiben der vom 16.07.2012 (Anlage B4, Bl. 333) nichts Belastbares im Sinne der Verfügungsbeklagten. Die Volksbank teilt dem Verfügungskläger mit, dass sie zur Zwischenfinanzierung von Umsatzsteuererstattungen im Zusammenhang mit der Errichtung des einen Kredit von 360.000,00 € ausgereicht hat und die Kredittilgung nicht vertragsgerecht realisiert wurde. Weiter führt sie aus, dass der Verfügungskläger sie darüber informiert habe, die laufenden Kosten aus der Finanzierung im Rahmen der sonstigen Einkommen aus selbständiger Tätigkeit (vor allem aus weiteren Solarparks) fristgerecht bestreiten zu können. Gleichwohl scheint es aber einen inneren Zusammenhang zwischen dem Kredit und den Einnahmen aus dem vorliegend in Rede stehenden Solarprojekt zu geben. Denn immerhin erwartet die Volksbank nach dem weiteren Inhalt des Schreibens, vom Verfügungskläger zeitnah über Verlauf des Rechtsstreits informiert zu werden.

2.

Dem Verfügungskläger steht ein Anspruch auf Abschlagszahlungen zu.

Er betreibt seit Dezember 2011 auf den Grundstücken eine Photovoltaikanlage und speist seit dem 27.02.2012 Strom in das Netz der Verfügungsbeklagten - die Betreiberin des öffentlichen Netzes in ein.

Der Verfügungskläger hat glaubhaft gemacht, dass die Photovoltaikanlage auf einer baulichen Anlage im Sinne von § 32 Abs.1 Nr. 1 EEG errichtet wurde.

Der Begriff der baulichen Anlage bedarf der Auslegung. Er ist dem Bauordnungsrecht entlehnt, so dass auf die Landesbauordnungen und die Musterbauordnung zurückgegriffen werden kann. Dies entspricht der Vorstellung des Gesetzgebers, der in der Gesetzesbegründung zu § 32 EEG 2009 (Bundestagsdrucksache 16/8148 S. 60) eben hiervon ausgegangen ist und bauliche Anlagen als jede mit dem Erdboden verbundene, aus Bauteilen und Baustoffen hergestellte Anlagen (ebenso BGH Urteil vom 09.02.2011 - VIII ZR 35/10 - zitiert nach juris -) definiert hat. Als Beispiele für bauliche Anlagen hat der Gesetzgeber ausdrücklich Straßen, Stellplätze, Deponieflächen, Aufschüttungen, Lager- und Abstellplätze genannt.

Um eine solche Lager- und Abstellfläche handelt es sich hier. Auf den Grundstücken wurden im Jahr 2006 nicht mehr genutzte Produktionshallen und Industriegebäude abgerissen und die Fläche mit Erdreich und Bauschutt eingeebnet. Dies stellt die Verfügungsbeklagte nicht in Abrede. Darüber hinaus wird dies belegt durch die vom Verfügungskläger als Anlage AS13 (Bl. 173 d. A.) und als Anlage AS13 (Bl. 123 ff d. A.) vorgelegten Lichtbilder. Insbesondere das 2008 aufgenommene Luftbild zeigt, dass es sich um eine eingeebnete, verdichtete Fläche handelt, die zum Abstellen von Gegenständen und Fahrzeugen grundsätzlich geeignet ist. Auch die Lichtbilder vom 15.03.2012 (Bl. 107 ff. d.A.) belegen, dass auf der Fläche Bauschutt, Steine und Schotter vorhanden sind.

Es handelt sich nicht um eine Wiese oder Grünfläche. Der Umstand, dass mittlerweile eine Ruderalbepflanzung festzustellen ist, nimmt der Fläche nicht den Charakter der baulichen Anlage. Ruderal wird die Pflanzenwelt von menschlich tiefgreifend überprägten Standorten genannt, deren Zusammensetzung nicht vom Menschen beabsichtigt wurde, sondern die sich entweder auf ungenutzten bzw. brach liegenden Flächen von ihm unbeachtet oder auf vegetationsfrei gehaltenen Böden gegen seinen Willen einstellt. Ruderalvegetation entsteht insbesondere auf künstlichen Böden wie Aufschüttungen, Schotter, Schutthalden oder Ähnlichem.

Bei einem durch Schotterung befestigten Lagerplatz handelt es sich hiernach um eine bauliche Anlage (vgl. BGH, Urteil vom 09.02.2011 - VIII ZR 35/10).

Der Verfügungskläger hat glaubhaft gemacht, dass die bauliche Anlage vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden ist. Als ausreichend wird man es ansehen müssen, wenn zum Zeitpunkt der Errichtung der bauli-

chen Anlage dieser andersartige Nutzungszweck vorhanden gewesen ist (vgl. Salje in Kommentar zum EEG 2012, 6. Aufl., § 32 Rdn. 26). Dient die bauliche Anlage nicht mehr diesem Zweck, wurde die Anlage also nicht genutzt oder ist der ehemalige Nutzungszweck ganz aufgegeben worden, handelt es sich gleichwohl noch um eine vorrangig (ursprünglich) anderen Nutzungszwecken dienende bauliche Anlage (vgl. Salje a.a.O.). Es kommt nach der Gesetzesbegründung (Bundestagsdrucksache 16/8148 S. 60) nicht darauf an, ob die bauliche Anlage zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Photovoltaikanlage tatsächlich gerade entsprechend der Funktion ihres abstrakten, rechtlich qualifizierten Nutzungszweckes genutzt wird. Ein vor oder nach Inbetriebnahme der Anlage tatsächlich erfolgte Aufgabe der ursprünglichen anderweitigen Hauptnutzung bleibt also bedeutungslos (Bundestagsdrucksache a.a.O.).

Die Abbrucharbeiten sind ausweislich des vorgelegten Auftrages sowie der Protokolle der Bauberatungen (Anlagen AS5, Bl. 82, Anlagen AS8 und AS9, Bl. 87 ff d. A.) im Jahre 2006/2007 im Auftrag der durchgeföhrt worden.

Ausweislich der so überschriebenen Projektspezifischen Angaben der vom 01.02.2005 (Anlage AS2, Bl. 34 ff d. A.). sollte der Abbruch der desolaten und nicht mehr vermarktungsfähigen Gebäude zur Vorhaltung dieser Flächen für eine gewerbliche Bebauung bzw. Nutzung erfolgen.

In der Zeit ab 01.12.2008 vermietete der Eigentümer die Grundstücke zu einem monatlichen Mietzins von 1.800,00 € (Anlage AS10, Bl. 102 d. A.). Die vorgelegten Lichtbilder (Bl. 121 bis 123 d. A.) belegen, dass das Gelände jedenfalls zu einem kleinen Teil als Abstellplatz für Fahrzeuge genutzt wurde.

Die Errichtung der baulichen Anlage erfolgte danach nicht völlig ergebnisoffen. Es ist zwar der Verfügungsbeklagten zuzugeben, dass ein konkreter Nutzungszweck im Sinne einer Festlegung auf einen bestimmten Nutzer und bestimmte Aufgaben zum Zeitpunkt des Abrisses der Gebäude und Einebnung der Fläche nicht vorhanden gewesen sein mag. Immerhin aber stellte sich die die Nutzung zur gewerblichen Bebauung vor. Dies genügt. Die Nutzung zur Anbringung einer Photovoltaikanlage beabsichtigten weder die noch der Eigentümer. Dies belegt schon der Zeitablauf nach Abriss der Gebäude in den Jahren 2006 und 2007 bis zur Beantragung der Baugenehmigung für die Errichtung der Photovoltaikanlage erst am 06.06.20.11.

Die Photovoltaikanlage ist auf der baulichen Anlage angebracht worden, denn sie befindet sich

räumlich oberhalb dieser und ist fest mit dem die bauliche Anlage tragenden Erdboden verbunden (vgl. hierzu auch BGH Urteil vom 09.02.2011 - VIII ZR 35/10). Dies belegen nicht zuletzt die vorgelegten Lichtbilder (Bl. 174 und Bl. 188 ff).

Liegen die Voraussetzungen des § 32 EEG - wie hier - vor, hat der Verfügungskläger gemäß § 16 Abs. 1 S. 2 EEG Anspruch gegen die Verfügungsbeklagte auf Zahlung von monatlichen Abschlägen im angemessenen Umfang auf die zu erwartenden Zahlungen.

Nach dem unstreitigen Vorbringen des Verfügungsklägers hat er in der Zeit vom 27.02.2012 bis 29.05.2012 394.710,96 kWh in das Netz der Verfügungsbeklagten eingespeist. Daraus ergibt sich unter Zugrundelegung einer Vergütung von 21,11 Ct/kWh ein Betrag von 83.323,48 EUR. Hinzu kommt die Mehrwertsteuer. Hieraus resultiert ein in Höhe von 80.000 EUR zuzüglich Mehrwertsteuer resultierender Abschlag.

Nach den Angaben der Verfügungsbeklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat beträgt die geschätzte jährliche Einspeisung des Verfügungsklägers ca. 1.200.000 kWh. Dies ergibt 100.000 kWh monatlich. Legt man hier einen Abschlag von 20 % zugrunde, weil die Einspeisemenge auch in der Zukunft noch Schwankungen unterliegen kann, so ergibt dies bei einer Vergütung von 21,11 Ct/kWh ein Betrag von 16.888,00 € monatlich. Der Senat schätzt daher den angemessenen monatlichen Abschlag auf 17.000,00 € zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer.

3.

Dem Antrag des Verfügungsklägers ist nicht nur mit der Maßgabe zu entsprechen, dass die Abschlagszahlungen auf ein Treuhandkonto oder nur gegen Sicherheitsleistung bezahlt werden. Dies würde den Zweck des § 59 EEG widersprechen. Dem Anlagenbetreiber sollen schnell Mittel zur Verfügung gestellt werden. Die Absenkung auf einen den Umständen nach angemessen erscheinenden Betrag stellt hinreichend sicher, dass eine Überzahlung nicht zu befürchten ist. Ein verbleibendes Risiko ist nach der Wertung des Gesetzes hinzunehmen.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

Die Festsetzung des Gegenstandswertes folgt aus § 3 ZPO. Bei der Berechnung der monatlichen Abschlagszahlungen ist der Senat von dem Klageantrag auf Zahlung von 18.500 EUR

netto und damit 22.015 EUR brutto ausgegangen. Dies ergibt jährlich 264.180 EUR. Hierzu kommt der weitere Zahlbetrag in Höhe von netto 83.323,48 € und brutto 99.154,94 EUR. Dies ergibt 363.333,94 EUR.

Bastius  
Vorsitzender Richter am  
Oberlandesgericht

Riechert  
Richterin am Oberlandesge-  
richt

Rein  
Richter am Oberlandesge-  
richt