



OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

Aktenzeichen: 8 U 3297/08
3 O 134/08 LG Deggendorf

	Frist not.		
m. A. z. m.	EINGEGANGEN	3 0. JUNI 2008	Mdt. Info
m. A. a. S.			Mdt. Tel.
z. d. A.			Mdt. Ter.
zu DO			Repr. Sak.
WV am:			KfA
bezahlung			EMA

In dem Rechtsstreit

gegen

wegen Einspeisevergütung

erlässt der 8. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München durch die unterzeichnenden Richter ohne mündliche Verhandlung am 26.6.2008

folgenden

Beschluss:

- I. Der Senat beabsichtigt, die Berufung des Antragstellers gemäß § 522 II ZPO zurückzuweisen.
- II. Der Antragsteller erhält Gelegenheit, sich hierzu bis zum 17.7.2008 zu äußern.
- III. Binnen derselben Frist können sich alle Beteiligten auch zum Streitwert für das Berufungsverfahren äußern.

Gründe:

Die Voraussetzungen des § 522 II ZPO erscheinen als gegeben. Insbesondere hat die Berufung keine Aussicht auf Erfolg.

Der Antragsteller begehrt den Erlass einer einstweiligen Verfügung – und zwar einer Leistungsverfügung -, so dass es grundsätzlich auf Schlüssigkeit und Glaubhaftmachung sowohl des Verfügungsanspruchs wie auch des Verfügungsgrundes ankommt.

I.

Zum Verfügungsanspruch:

1. Der Schlüssigkeit des geltend gemachten Verfügungsanspruchs (zur Glaubhaftmachung hinsichtlich dieses Anspruchs sh. im Folgenden bei 2.) steht § 8 Abs. 6 EEG entgegen. Denn es ist unstreitig (vgl. auch den unstreitigen Tatbestand des Urteils auf S. 3 im 1. Abs.), dass der Motor der

Anlage in die eingeklagte Vergütungspflicht ausschließender Weise für Zwecke der Zünd- und Stützfeuerung nicht ausschließlich Biomasse verbraucht. Die Stichtagsvoraussetzungen, unter denen dieser Umstand (nicht ausschließlicher Verbrauch von Biomasse) unerheblich ist, liegen nicht vor.

- a) Eine Inbetriebnahme der strittigen Anlage vor dem Stichtag 31.12.2006/1.1.2007 liegt nicht deshalb vor, weil die strittige Anlage vor Beginn der Herrschaft des Antragstellers über diese Anlage schon von einem Dritten an einem anderen Ort so betrieben worden wäre (und daher gemäß den in der Berufungsbegründung – BB – auf Bl. 6 zitierten Fundstellen ein bloßes Stilllegen/Abbauen/Neuaufbauen vorliegen würde, das die Inbetriebnahme im Sinne des § 3 Abs. 4 EEG nicht unterbrechen und daher auch die Relevanz des Datums der vor dem gesetzlichen Stichtag liegenden Inbetriebnahme nicht berühren könnte).

Richtig ist vielmehr, dass es – wie vom Landgericht herausgearbeitet – an der für diese Variante erforderlichen Identität der Anlage fehlt. Denn es wurde nicht nur der Motor verändert, sondern vor allem auch die Art des verwendeten Energieträgers: Aus einem auf der Basis von Biogas funktionierenden Kraftwerk (das also Biogas verbraucht) wurde ein Kraftwerk, das Pflanzenöl verbraucht.

Gemäß Bl. 96 d.A. (Bl. 8 der Berufungserwiderung) zeigt sich diese Identitätsänderung weiter auch dadurch, dass die ältere Biogasanlage einen Gasmischer und einen Fermenter enthielt, während die jetzige Anlage Tanks für das Pflanzenöl aufweist: Es haben sich also entsprechend der Änderung des zu „verfeuernden“ Energieträgers auch die baulichen Bestandteile der Anlage geändert.

- b) Eine Inbetriebnahme der strittigen Anlage vor dem Stichtag 31.12.2006/1.1.2007 liegt auch nicht darin, dass diese Anlage ab

dem 28.12.2006 im weiteren Sinn „gelaufen“ ist (was Verfahrensbeteiligte zum Teil auch als „Probelauf“ bezeichnet haben).

- aa) Denn dieses „Laufen“, das unstreitig bis zum 12.1.2007 dauerte, erfolgte ebenso unstreitig ausschließlich auf der Basis von Heizöl (also eines fossilen Brennstoffs) und nicht auf der Basis eines Trägers erneuerbarer Energie.

Eine Inbetriebnahme setzt aber (vgl. § 3 Abs. 4 EEG) die „technische Betriebsbereitschaft“ der Anlage und damit deren vollständige Bereitschaft zum – entsprechend dem Sinn des EEG – Verwenden eines Trägers erneuerbarer Energie voraus (so auch die BB selbst auf Bl. 9 Mitte).

- bb) Die Überlegungen, mit denen die BB auf Bl. 9 u. eine Ausnahme von diesem Grundsatz darlegen will, überzeugen nicht/sind nicht schlüssig (zur fehlenden Glaubhaftmachung: sh. im unmittelbar Folgenden bei 2.):

- Gegen den dort behaupteten „Anfahrbetrieb“ spricht bereits die Dauer dieses Betriebs (der sich bis zum 12.1.2007 erstreckte).
- Gegen die Richtigkeit dieser Überlegungen spricht auch das, was die Beklagte auf Bl. 100 u. d.A. (Bl. 12 der Berufungserwiderung) wie folgt zusammengefasst hat: „ ... die optimale und technisch sichere Einstellung eines Motors und die Gewährleistung dessen Sicherheit kann doch letztendlich nur dann erfolgen, wenn der Motor mit dem Energieträger beschickt bzw. gefahren wird, mit dem er dann letztendlich jahrelang laufen soll; denn man wird sicherlich nicht einen Motor zunächst mit einem

Energieträger optimieren können und die Sicherheit gewährleisten, wenn dann anschließend ein anderer Energieträger, der natürlich anderen physikalischen Gesetzen folgt und andere Inhaltsstoffe hat, dauerhaft zum Einsatz kommt."

2. Die zur Schlüssigkeit des Verfügungsanspruchs erforderlichen Tatsachen sind auch nicht ausreichend glaubhaft gemacht:

Für diese Schlüssigkeit kommt es vorliegend u.a. wesentlich auf das an, was [redacted] in den Anlagen ASt 4, 5 bestätigt hat. Diese Bestätigung aber stellt zivilprozessual im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes beweisrechtlich ein nullum dar: Gemäß §§ 936, 920 Abs. 2, 294 ZPO ist Glaubhaftmachungsmittel insbesondere auch die eidesstattliche Versicherung eines Zeugen; die genannten Schreiben des Zeugen [redacted] sind aber nur einfache schriftliche Äußerungen, keine eidesstattlichen Versicherungen.

II.

Hinsichtlich der an den Verfügungsgrund zu stellenden Anforderungen ist vorliegend die Sonderregelung des § 12 Abs. 5 EEG zu beachten.

Die BB wirft hier dem Landgericht zu Unrecht vor, dieses habe sich daran orientiert, dass eine einstweilige Verfügung die Hauptsache nicht vorwegnehmen dürfe. Richtig ist vielmehr, dass das Landgericht die unbestimmten Rechtsbegriffe, die § 12 Abs. 5 EEG sehr gehäuft enthält („... kann ... unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles nach billigem Ermessen ... einen als billig und gerecht zu erachtenden Betrag als Abschlagszahlung ...“) korrekt interpretiert hat; insbesondere ist auch die Überlegung nicht zu beanstanden, dass es nicht Sinn

des § 12 Abs. 5 EEG ist, einen Antragsgegner per einstweiliger Verfügung zur Zahlung an einen Antragsteller zu verpflichten, dessen finanzielle Verhältnisse nach eigenen Angaben sehr schlecht sind und der danach auch zum Stellen einer Sicherheit im Sinne der §§ 936, 921 ZPO nicht in der Lage ist, so dass er potenzielle Rückforderungs- bzw. Schadensersatzansprüche des Antragsgegners sicherlich nicht erfüllen können.

Bestehen Bedenken dagegen, den Streitwert (wie es gemäß Bl. 47 d.A., d.h. gemäß Protokoll vom 10.4.2008 das Landgericht getan hat) auf 245.446,51 € festzusetzen?

Das Rubrum der Antragsgegnerin ist zu ergänzen: Wer vertritt die beklagte Gemeinde?

Abschließend regt der Senat an, die Frage der Berufungsrücknahme zu prüfen, zumal sich im Fall der Rechtsmittelrücknahme die zweitinstanziellen Gerichtsgebühren um die Hälfte ermäßigen und diese Gebühren angesichts des oben erwähnten Streitwerts sehr beträchtlich sind.

Wendland-Braun
Vorsitzende Richterin

Serini
Richterin

Horvath
Richter

am Oberlandesgericht



Für den Gleichlaut der Abschrift mit der Urschrift
München, den 26.06.2008
Geschäftsstelle des Oberlandesgerichts München


Ebner, Justizangestellte
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle