

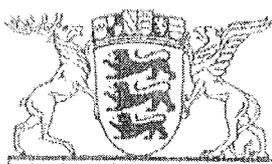
- Beglaubigte Abschrift -

Geschäftsnummer:

9 U 197/11

9 O 233/11

Landgericht
Stuttgart



Verkündet am
04. Juli 2012

Maier, JAng.e
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Oberlandesgericht Stuttgart

9. Zivilsenat

Im Namen des Volkes

Urteil

Im Rechtsstreit

hat der 9. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Stuttgart auf die mündliche Verhandlung vom 13. Juni 2012 unter Mitwirkung von

Vors. Richter am Oberlandesgericht Stehle

Richterin am Oberlandesgericht Dr. Storck

Richterin am Landgericht Müller

für **Recht** erkannt:

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 29.11.2011 – Az. 9 O 233/11 – wird

zurückgewiesen.

2. Die Klägerin trägt die Kosten der Berufung.
3. Das Urteil des Landgerichts und dieses Urteil sind vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung von 120 % des aus den Urteilen vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Streitwert: bis 30.000 €.

I.

Die Klägerin macht gegen die Beklagte als Netzbetreiberin die Zahlung einer erhöhten Vergütung für Strom aus einer Photovoltaikanlage geltend.

Die Klägerin errichtete auf einer ehemaligen Erddeponie eine Photovoltaikanlage (Mast 36) zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie und nahm sie am 15.11.2007 in Betrieb. Die Solarmodule sind auf einem ca. 5 m hohen Stahlmasten befestigt, der wiederum an einer über Eck verlaufenden, ca. 2 m hohen Betonmauer mit einer Seitenlänge von je 1 m befestigt ist. Die Betonmauer bildet die Ecke einer im Übrigen aus Holz bestehenden Hütte mit einer Seitenlänge von ca. 2,50 m, die nach oben mit einem Pultdach abgedeckt ist (siehe die Fotos Bl. 51 ff. der Akte).

Schon vor der Inbetriebnahme stellte die Klägerin der Beklagten Unterlagen über die Anlage zur Verfügung. Am 14.10.2007 schickte der Sachbearbeiter der Beklagten der Klägerin eine E-Mail (Anl. K7, Bl. 85 der Akte) mit einem Foto, auf dem die Verschraubung eines Stahlmastes an einer Wand zu sehen war und schrieb hierzu:

"Wenn die Anlage wie von Ihnen geschrieben ausschließlich "an" einem Gebäude befestigt ist, d.h. keine Verbindung zum Erdreich besteht, wird die Vergütung für eine

Gebäudeanlage nach EEG § 11 (3) vergütet. Anbei ein Foto zur weiteren Veranschaulichung."

Am 29.04.2008/06.08.2008 schlossen die Parteien einen „Vertrag über die Stromeinspeisung in das [REDACTED]-Netz" (Anl. K8, Bl. 137 ff. der Akte). Ziff. 4 des Vertrages lautet:

"Vergütung, Messpreis:

Die Vergütung der in das Netz der [REDACTED] eingespeisten Energie erfolgt entsprechend den Regelungen des EEG und dem dort vorgesehenen Mindestentgelt. Sofern sich die Messeinrichtung im Eigentum der [REDACTED] befindet, entrichtet der Einspeiser einen Messpreis.

Die aktuelle Vergütung sowie der aktuelle Festpreis sind Anl. 1 bzw. Anl. 2 zu diesem Vertrag zu entnehmen.. [...]"

Anl. 1 enthält die "Einspeisevergütungen nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) vom 21.07.2004, gültig für Anlagen mit Inbetriebnahmezeitpunkt 01.01.2007 bis 31.12.2007". Unter Ziff. 1 ist die Einspeisungsvergütung für Strom geregelt, der ausschließlich aus solarer Strahlungsenergie gewonnen wird. Danach sind drei Rubriken mit Kästchen zum Ankreuzen aufgeführt, von denen die zweite angekreuzt ist:

- Neuanlagen [...] gemäß § 11 Abs. 1 37,96 Ct/kWh,
- Neuanlagen die ausschließlich an und auf einem Gebäude oder einer Lärmschutzwand angebracht sind gemäß § 11 Abs. 2 S. 1,
mit einer elektrischen Leistung bis einschließlich 30 kW 49,21 Ct/kWh [...]
- Zuschlag [...] gemäß § 11 Abs. 2 S. 5 5,00 Ct/kWh.

Zur Klärung bestehender Unklarheiten hinsichtlich der Anlagenbefestigung fand am 10.12.2010 ein Ortstermin statt. Bei dieser Gelegenheit kamen der Beklagten jedoch Zweifel an der Gebäudeeigenschaft der Hütten, die die Klägerin auch nicht durch Vorlage erbetener Unterlagen ausräumte.

Daraufhin korrigierte die Beklagte die zunächst als Gebäudeanlagen im Sinn des § 11 Abs. 2 EEG 2004 erfolgte Einordnung rückwirkend auf den Zeitpunkt der Inbetriebnahme und forderte die über die Mindestvergütung nach § 11 Abs. 1 EEG 2004 hinaus gezahlten Beträge zurück, die sie inzwischen verrechnet hat.

Die Klägerin behauptet, die Hütte sei ursprünglich als Unterstand für Schafe zum Lammen gedacht gewesen. Der Schäfer habe seine Absicht zur Nutzung des Geländes jedoch aufgegeben, als er Fördermittel erhalten habe, die ihm die Errichtung einer eigenen Hofstelle ermöglicht hätten. Die Hütte sei für die beabsichtigte Nutzung geeignet gewesen. Sie sei nicht verschlossen, sondern lediglich das Gelände sei umzäunt. Futtermittel und Trinkwasser seien innen nicht erforderlich, da sich die Schafe auf der Wiese selbst versorgen und ihnen dort Wasserbehälter aufgestellt werden sollten. Die hohe Türschwelle sei erforderlich, weil die Fäkalienbindung in der Hütte mit Stroh vorgesehen sei, das so nicht heraus getragen werde. Ein Wanderschäfer habe das Gelände bereits zweimal zum Durchzug genutzt. Letztlich sei die Hütte jedenfalls zum Schutz von Sachen wie beispielsweise Holz geeignet.

Die Klägerin ist der Ansicht, jedenfalls aus vertraglicher Zusicherung mit der E-Mail vom 24.10.2008 schulde die Beklagte die erhöhte Vergütung.

Nach Ansicht der Beklagten ist die Hütte kein Gebäude im Sinne des § 11 Abs. 2 S. 3 EEG 2004, da sie sich schon objektiv nicht als Schafstall eigne. Auch das Veterinäramt habe gegen die Nutzung bereits Bedenken erhoben. Überdies sei die Photovoltaikanlage nicht im Sinne des § 11 Abs. 2 EEG 2004 an oder auf der Hütte angebracht. Deshalb schulde die Beklagte nur die Mindestvergütung nach § 11 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Nr. 2 EEG 2004.

Im übrigen wird auf den Tatbestand des Urteils des Landgerichts Stuttgart vom 29.11.2011 – Az.9 O 233/2011 – Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zwar handele es sich bei der Hütte um ein Gebäude im Sinne des § 11 Abs. 2 S. 3 EEG 2004, da sie jedenfalls zum Schutz von Sachen wie etwa Holz geeignet sei. Die Anlage sei jedoch nicht im Sinne des § 11 Abs. 2 S. 1 EEG 2004 ausschließlich an oder auf einem Gebäude angebracht. Denn die Hütte selbst hätte nicht die erforderliche eigene statische Trägerkonstruktion für die Anlage. Diese sei vielmehr allein mit dem Stahlmast an der Betonmauer angebracht, ohne dass es noch eines Gebäudes bedurft hätte.

Mit E-Mail vom 24.10.2007 habe die Beklagte eine entsprechend erhöhte Vergütung auch nicht zugesichert. Denn der Sachbearbeiter sei erkennbar von einem originären

Gebäude ausgegangen, an dem die Anlage angebracht würde, nicht nur von einer Betonmauer auf einem Betonfundament.

Mit der am 30.12.2011 eingegangenen Berufung gegen das dem Klägervorteiler am 22.12.2011 zugestellte Urteil verfolgt die Klägerin den ursprünglichen Klageantrag weiter, wozu sie mit der am 22.02.2012 eingegangenen Begründung folgendes ausgeführt hat: Das Landgericht habe die Ausführungen zur Konstruktion des Hüttengebäudes nicht zur Kenntnis genommen, wonach die Betonwand Bestandteil der Hütte und nicht des Tragwerks der Anlage sei. Die Hütte besitze eine eigene statische Trägerkonstruktion, deren wesentlicher Bestandteil die streitgegenständliche Betonmauer sei. Die Holzwände und die Betonmauer basierten auf dem Fundament des Gebäudes, das mit der verbundenen Statik die Anlage trage.

Es könne keinen Unterschied machen, ob das Gebäude insgesamt aus Betonmauern oder auch zum Teil aus Holz errichtet worden sei, und ob die dachtragende Statik beispielsweise durch vier Betonpfosten an den Ecken oder lediglich durch einen Pfosten bzw. eine Betonmauer an der Seite ausgeführt werde. Ein Gebäude werde immer durch nichttragende Teile „gefüllt“. Die streitgegenständliche Betonmauer stelle die eigene statische Trägerkonstruktion des Gebäudes dar und erfülle damit die vom BGH geforderte Zwischenschaltung eines eigenständigen Konstruktionswerkes. Hierauf seien die Photovoltaikmodule angebracht. Die streitgegenständliche Betonmauer diene primär als Stütze des Gebäudes, auf dem dann unter Verwendung dieser Stütze die Anlage angebracht sei.

Jedenfalls aus der E-Mail vom 24.10.2007 sei deswegen eine Zusicherung zu sehen, weil die Beklagte selbst die Verträge über die Stromeinspeisung übersandt habe, in dem die Einspeisungsvergütung bereits angekreuzt gewesen sei. Die Beklagte habe also die Bestimmungen vorgegeben. Sie sei folglich immer und bis zum Vertragsschluss davon ausgegangen, dass die vorliegende Anlage mit der erhöhten Vergütung verkehrsfähig sei.

Die Klägerin beantragt (Schriftsatz vom 22.02.2012 [Bl. 112 der Akte]):

Das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 29.11.2011, Geschäftsnummer 9 O 233/11 wird abgeändert. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin die von den auf dem Grundstück im Solarpark

betriebene
Photovoltaikanlage erzeugte elektrische Energie mit einer Vergütung i.H.v.
0,4921 € je kWh zusätzlich gesetzlicher Umsatzsteuer abzunehmen.

Die Beklagte beantragt (Schriftsatz vom 20.04.2012 [Bl. 147 der Akte]):

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Sie verteidigt das landgerichtliche Urteil.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet.

1.

Die Feststellungsklage ist zulässig, insbesondere hat die Klägerin das erforderliche, besondere Interesse an der Feststellung der Vergütungsverpflichtung. Entgegen der Ansicht der Beklagten fehlt es auch nicht deswegen, weil die Klägerin wegen der Besorgnis der nicht rechtzeitigen Leistung nach § 259 ZPO hätte klagen können (vgl. dazu MüKo ZPO, Becker-Eberhard, 3. Aufl. 2008, § 259, Rn. 15).

Zwar hat die Beklagte den erhöhten Vergütungsanspruch nach § 11 Abs. 2 i.V.m. Abs. 5 EEG 2004 wiederholt und ernstlich bestritten. Dennoch ist die Klage wegen der Besorgnis nicht rechtzeitiger Leistung nicht möglich, da die begehrte Leistung noch nicht ausreichend bestimmbar ist. Denn diese richtet sich nicht nur danach, ob die Mindest- oder die erhöhte Vergütung zu leisten ist. Darüber hinaus hängt sie zusätzlich von der tatsächlich erzeugten und abgenommenen Strommenge ab.

2.

Die Klage ist unbegründet, weil die Klägerin keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Abnahme des in ihrer Anlage erzeugten Stroms gegen Zahlung der erhöhten Vergütung von 49,21 Ct/kWh hat.

a)

Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Abnahme des in ihrer Anlage erzeugten Stroms gegen Zahlung der erhöhten Vergütung aus §§ 5 Abs. 1 S. 1, 11 Abs. 2 Nr. 1, 11 Abs. 5 S. 2 EEG 2004, weil es sich nicht um eine Gebäudeanlage i. S. d. Vorschrift handelt.

aa)

Die Vergütung für die Anlage der Klägerin bestimmt sich nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21.07.2004 in der bis zum 31.12.2008 gültigen Fassung (EEG 2004). Nach § 21 Abs. 1 EEG 2004 gilt es für die ab dem 01.08.2004 in Betrieb genommenen Anlagen. Die Anlage der Klägerin wurde am 15.11.2007 in Betrieb genommen (Bl. 2 der Akte). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den Neufassungen von 2008 und 2012: Nach § 66 Abs. 1 EEG 2008 bestimmt sich die Vergütung für die vor dem 01.01.2009 in Betrieb genommenen Anlagen nach der bis zum 31.12.2008 gültigen Fassung.

bb)

Die Klägerin hat gegen die Beklagte dem Grunde nach einen Anspruch auf Vergütung des aus ihrer Anlage stammenden Stroms aus § 5 Abs. 1 S. 1 EEG 2004. Denn als Betreiberin von Netzen aller Spannungsebenen für die allgemeine Versorgung mit Elektrizität (§ 3 Abs. 7 EEG 2004) ist diese verpflichtet, den aus der Anlage der Klägerin stammenden Strom nach § 4 Abs. 1 EEG 2004 abzunehmen, da es sich um eine Anlage handelt, die mit der solaren Strahlungsenergie ausschließlich erneuerbare Energien einsetzt (vgl. § 3 Abs. 1 EEG 2004).

cc)

Der Höhe nach bestimmt sich der Vergütungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte nach § 11 EEG 2004. Nach Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 erhält sie auf jeden Fall zunächst die Mindestvergütung von 45,7 Ct/kWh, weil sie die Anlage auf einer ehemaligen Erddeponie als Konversionsfläche i. S. d. § 11 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2004 betreibt.

Streitig ist, ob die Klägerin gegen die Beklagte darüber hinaus einen Anspruch auf die Differenz zur erhöhten Vergütung nach § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, Abs. 5 EEG 2004 hat. Da es sich um eine Anlage mit einer Leistung bis zu 30 kWh handelt, die 2007 in Betrieb genommen wurde, beläuft sich die von der Klägerin geforderte erhöhte Vergütung unter

Berücksichtigung der Degression nach Abs. 5 auf 49,21 Ct/kWh (vgl. dazu die Übersicht bei Altrock/Oschmann/Theobald, § 11 EEG 2004, Rn. 85).

Voraussetzung für den Anspruch auf die erhöhte Vergütung ist jedoch, dass die Anlage ausschließlich an oder auf einem Gebäude oder einer Lärmschutzwand angebracht ist, wobei sie wesentlicher Gebäudebestandteil geworden sein muss.

(1)

Die Hütte ist schon kein Gebäude im Sinne des § 11 Abs. 2 S. 3 EEG 2004. Dort sind Gebäude als selbstständig benutzbare, überdeckte bauliche Anlagen legaldefiniert, die von Menschen betreten werden können und geeignet oder bestimmt sind, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen.

Bei der Hütte handelt es sich zwar auf jeden Fall um eine überdeckte bauliche Anlage, die von Menschen betreten werden kann. Denn es ist ein überdachtes Gebilde mit einer Seitenlänge von ca. 2,50 m und je einer Tür, die an einer Ecke aus einer 2 m hohen und jeweils 1 m breiten Betonmauer besteht (siehe dazu die Fotos Bl. 51 ff. der Akte). Die übrigen Ecken und Wandflächen sowie das Dach sind aus Holz. Die Tür hat eine massive Schwelle mit einer Höhe von etwa 15 bis 20 cm.

(a) Nach Überzeugung des Senats war die Hütte aber nicht geeignet oder bestimmt, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen, indem sie Schafen einen Rückzugsort zum Lammen geben sollte. Die Klägerin hat dies zwar vorgetragen. Von dem Vorhaben habe der ursprünglich interessierte Schäfer lediglich Abstand genommen, nachdem er Fördermittel erhalten habe, mit denen er eine eigene Hofstelle habe errichten können. Daher sei es nicht mehr zur geplanten Nutzung gekommen. Das überzeugt den Senat jedoch nicht.

Bereits die Aufgabe des von der Klägerin vorgetragenen Nutzungszwecks vor Ingebrauchnahme der Hütte als Schafsstall lässt erhebliche Zweifel daran aufkommen, dass dieser tatsächlich beabsichtigt war. Zwar soll es im Sinne des Förderungszweckes der solaren Strahlungsenergie unschädlich sein, wenn die ursprüngliche Hauptnutzung – auch vor Inbetriebnahme der Photovoltaikanlage – wieder aufgegeben wird (vergleiche die Begründung zu § 11 Abs. 3 im Regierungsentwurf, BT-Drs. 15/2327, Seite 34). Wenn die bauliche Anlage ihrem ursprünglichen Hauptzweck indessen überhaupt nicht

zugeführt wird, spricht viel dafür, dass ein solcher tatsächlich gar nicht ernsthaft verfolgt wurde.

Auch hat die Beklagte in erster Instanz unstreitig vorgetragen, dass das Veterinäramt das Vorhaben abgelehnt habe. Von der Klägerin angekündigte Unterlagen zum Nachweis der Eignung der Hütte als Schafstall habe sie nicht beigebracht. Zudem sei der Zugang für die Schafe aufgrund der hohen Schwelle gar nicht gefahrlos möglich. Letztlich könnten aufgrund der innen befindlichen Wechselrichter und deren Wärmeentwicklung weder die Tiere noch gegebenenfalls in den Hütten zu lagernde Futtermittel gefahrlos dort untergebracht werden. Wenn die Klägerin die Ablehnung des Veterinäramtes mit ihrem letzten Schriftsatz in zweiter Instanz bestritten hat, ist dieses neue Angriffsmittel nach § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO nicht zuzulassen. Die Klägerin hat weder dargelegt, noch ist sonst ersichtlich, dass das Unterlassen des Bestreitens in erster Instanz nicht auf Nachlässigkeit beruhte.

Überdies befinden sich, wie die Klägerin in der mündlichen Verhandlung zweiter Instanz erklärt hat (s. Protokoll Bl. 165 der Akte), auf dem Gelände 42 baugleiche Hütten als Träger für Photovoltaikanlagen. Es ist kaum vorstellbar, dass diese Masse für Schafe zum Lammen zur Verfügung stehen sollte, die ja nur benötigt würde, wenn absehbar wäre, dass gleichzeitig so viele Schafe lammen.

Letztlich hat die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auch geschildert (s. Protokoll aaO.), dass sie als Träger für die Photovoltaikanlage ursprünglich drei große, scheunenartige Gebäude vorgesehen habe. Die hätte das Landratsamt, wie sich in einem Ortstermin herausgestellt habe, im Außenbereich jedoch nicht genehmigt. Als Alternative habe es kleine, genehmigungsfreie Gebäude vorgeschlagen. Große Scheunen sind allerdings kein Rückzugsort zum Lammen. Sie können zwar als Schafstall dienen, dann ist die Herde als solche aber auch darin.

Die vom Landgericht unterlassene Vernehmung des Bürgermeisters ████████ als Zeuge für die ursprünglich bezweckte Nutzung brauchte der Senat nach §§ 529 Abs. 2, 520 Abs. 3 ZPO nicht nachzuholen, da sie nicht gerügt wurde.

(b) Wie das Landgericht zu Recht angenommen hat, sind die Hütten allerdings dazu geeignet, jedenfalls zum Schutz von Sachen wie beispielsweise Holz zu dienen, was die

Klägerin aber gar nicht bezweckt. Allein durch die objektive Eignung zur Holzlagerung erlangte die Hütte jedoch nicht die Gebäudeeigenschaft i. S. d. § 11 Abs. 2 EEG 2004. Zwar sieht der Wortlaut des § 11 Abs. 2 S. 3 EEG 2004 nur vor, dass die baulichen Anlagen zum Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen bestimmt „oder“ geeignet sein müssen. Dennoch ist die Definition nach Ansicht des Senats so eng auszulegen, dass es nicht ausreicht, wenn beide Voraussetzungen alternativ gegeben sind; sie müssen vielmehr kumulativ vorliegen.

Die Definition im EEG 2004 wurde aus der – weiten – Musterbauordnung übernommen, nachdem es in den Begründungen zu den ersten Entwürfen noch hieß, dass die baulichen Anlagen zum Schutz geeignet „und“ bestimmt sein müssten (BT-Drs. 15/1974; 15/2327, Seite 34; 15/2864, S. 44). Eine sachliche Änderung war damit indes nicht beabsichtigt. Trotz der Parallele zum Bauordnungsrecht, wo dieser Schutzklausel kaum eigenständige Bedeutung zukommt (Reichel/Schulte, HB Bauordnungsrecht, Kap. 2, Rn. 99), ist die Regelung im EEG aber – wie auch sonst – nach ihren spezifischen Belangen und Bewertungszusammenhängen auszulegen (BGH, Urteil vom 17.11.2010, Az. VIII ZR 277/09 = NJW 2011, 380 [381]).

Danach ist der Gebäudebegriff, auch nach den amtlichen Begründungen, einerseits insofern weit auszulegen, als er nicht nur typische Wohn- oder auch Betriebsgebäude erfasst, sondern auch offene Konstruktionen wie insbesondere Carports und Überdachungen von Tankstellen (BGH aaO.).

Andererseits bedingt diese weite Auslegung nach Ansicht des Senats auch eine gewisse Einschränkung derart, dass die Eignung des Gebäudes mit einer entsprechenden Zweckbestimmung korrelieren muss. Denn sonst hätte die Regelung gar keinen eigenen Gehalt mehr, da jede Konstruktion mit einem Dach zumindest abstrakt geeignet ist, dem Schutz irgendwelcher Sachen zu dienen. Das hingegen macht zwar im Bauordnungsrecht Sinn, nicht aber in einem Zusammenhang, in dem es um eine besondere finanzielle Förderung geht, die bei sonstigen baulichen Anlagen gerade nicht gewährt werden soll.

(2)

Selbst wenn man die Hütte dennoch für ein Gebäude i. S. d. § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 hielte, hat die Klägerin, wie das Landgericht rechtsfehlerfrei angenommen hat, je-

denfalls deswegen keinen Anspruch auf die erhöhte Vergütung nach § 11 Abs. 2 EEG 2004, weil die Photovoltaikanlage nicht i. S. d. Regelung an oder auf dem Gebäude angebracht wurde. Zwar ist der Mast, an dem die Solarmodule befestigt sind, nicht im Erdreich verankert, sondern hört über der Erde auf. Auch ist er mit seiner Anbringung an die Betonmauer wesentlicher Gebäudebestandteil geworden, so dass die Voraussetzungen nach dem reinen Wortlaut erfüllt sind. Nach Ansicht des Senats wurde die Anlage aber dennoch nicht i. S. d. Vorschrift am Gebäude, sondern vielmehr die Hütte quasi an der Tragwerkskonstruktion angebracht, um die erhöhte Vergütung nach § 11 Abs. 2 EEG 2004 zu erhalten.

Schon der Wortlaut des § 11 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 impliziert, dass das Gebäude an sich die Hauptsache darstellen soll, und die Photovoltaikanlage hieran befestigt wird. Die Photovoltaikanlage der Klägerin ist zwar durch einen Mast mit der die Ecke der Hütte bildenden Betonwand verbunden, die wesentlicher Bestandteil der Hütte ist. Diese hat jedoch als solche für die Hütte im Übrigen überhaupt keinen Nutzen. Als Betonwand ist sie für deren Statik bedeutungslos. Man hätte an ihrer Stelle auch Holz verwenden können.

Zwar hat die Klägerin ausgeführt, dass die Betonmauer gleichsam die Statik der gesamten Hütte trage, weil sie mit dem Fundament verbunden sei. Ein solches sei auch erforderlich, weil es sich bei dem Gelände um eine Erddeponie mit Aufschüttungen von bis zu 15 Metern Höhe handele, was zu entsprechenden Setzungen des Erdreiches führen könne. Gebäude benötigten deswegen ein ausreichendes Fundament. Daraus erklärt sich aber dennoch nicht, warum eine Holzhütte zusätzlich zu einem – 1 m starken – Betonfundament einseitig durch eine so massive Mauer gestützt werden sollte. Im Gegenteil: Setzungen des Erdreiches könnten aufgrund der einseitigen Last u. U. sogar dazu führen, dass die Hütte sich ungleichmäßig absenkt. Damit ist die Betonwand für die Statik der Hütte als solche nicht erforderlich; sie hätte – ggf. auf einem Betonfundament – auch komplett aus Holz errichtet werden können.

Tatsächlich wird die Anlage zwar durch den Masten als eigene Tragwerkskonstruktion von der Mauer und damit einem wesentlichen Gebäudebestandteil getragen. Sie ist aber dennoch nicht an der Hütte angebracht, weil die Anlage nicht von ihr abhängig ist. Denn die Statik der Hütte als solche hat keine Funktion für die Befestigung der Photovoltaikanlage. Man könnte ohne weiteres die Holzwände und Dächer abbauen,

ohne dass die Tragekonstruktion der Photovoltaikanlage in ihrer Standsicherheit eingeschränkt wäre.

Zwar hat die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erklärt, dass sie die Hütten ursprünglich ganz aus Beton errichten wollte. Als das Landratsamt dann aber aus optischen Gründen eine Holzverkleidung gefordert habe, habe sie sich entschieden, die Hütten gleich weitgehend aus Holz und lediglich die die Photovoltaikanlage tragende Mauer aus Beton zu fertigen. Wäre die Hütte ganz aus Beton, hätte der Senat tatsächlich keinen Zweifel an der Anbringung der Anlage am Gebäude. Dann hätte es aber auch tatsächlich über eine eigene Statik verfügt, die die Module tragen könnte.

So hat auch der BGH in seiner Entscheidung vom 29.10.2008 (Az. VIII ZR 313/07) angenommen, dass Photovoltaikanlagen nicht ausschließlich auf oder an als Schutzhütten für frei laufende Hühner dienenden Gebäuden angebracht waren, weil die Gebäude die Anlagen nicht über ihre Statik trugen. Die Eckpfosten dieser 7 m * 7 m großen Hütten bestanden aus vier Stahlträgern, die in Höhe von ca. 2,50 m durch diagonal verlaufende Stahlträger verbunden waren. An deren Kreuzpunkt waren die die Photovoltaikanlagen tragenden Masten verschraubt.

Der BGH war deswegen der Auffassung, dass die Anlagen nicht an den Schutzhütten als Gebäude im Sinne des § 11 Abs. 2 EEG 2004 angebracht waren, weil die Gebäude als Trägergerüste die Hauptsachen bilden müssten. Davon müssten dann die daran befestigten Anlagen in ihrem Bestand abhängig sein. Das sei dann nicht der Fall, wenn die Photovoltaikanlagen zwar eine eigenständige, vom Gebäude unabhängige Tragkonstruktion aufwiesen, das Gebäude aber erst durch Benutzung dieser Tragkonstruktion mittels Anbringung von Bedachungsmaterialien entstanden sei, selbst wenn die Tragkonstruktion dadurch zum Gebäudebestandteil werde. Von einer Anbringung könne daher nur die Rede sein, wenn die Anlage bei Wegfall des Gebäudes für sich alleine nicht mehr bestehen bleiben könne.

Das erforderliche Abhängigkeitsverhältnis ist, wie die Klägerin zu Recht ausgeführt hat, insbesondere bei zulässiger Weise neu errichteten Gebäuden (vergleiche hierzu nur BGH, Urteil vom 17.11.2010, Az. VIII ZR 277/09 = NJW 2011, 380) sicherlich nicht bereits deswegen zu verneinen, weil einzelne Bauteile des Gebäudes angesichts der bereits geplanten Anbringung von Photovoltaikanlagen die an sich für das Gebäude erforder-

derliche Statik in gewissem Maße überschreiten. Davon kann jedoch keine Rede mehr sein, wenn die Trägerkonstruktion für die Photovoltaikanlagen als Gebäudebestandteil – wie hier – völlig überdimensioniert ist. Ohne die vorrangig bezweckte Energieerzeugung wären die Hütten auch nicht annähernd ähnlich konstruiert worden (vgl. dazu auch BGH, Urteil vom 09.02.2011, Az. VIII ZR 35/10). Kein Stall benötigt eine über Eck konstruierte Betonwand mit einer Breite von 1 m x 1 m, zumal wenn er immer nur für kurze Zeit, zum Lammen, gebraucht wird. So hat auch die Klägerin eingeräumt, dass es aus statischen Gründen gereicht hätte, das 1 m starke Fundament aus Beton zu fertigen. Sie hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat sogar erklärt, dass bei einer Einbetonierung des die Anlage tragenden Stahlmastes in das Fundament – also gänzlich ohne Betonmauer – klar gewesen wäre, dass es sich um eine Freiflächen- und nicht um eine Gebäudeanlage gehandelt hätte (Protokoll Bl. 166 der Akte). Genau das wollte sie also verhindern.

Entgegen der Ansicht der Klägerin ist bei der Betrachtung des Verhältnisses von Gebäude als eigentlichem Tragwerk zur Tragekonstruktion der Anlage nicht allein auf das Gebäude inklusive aller Wände auf der einen und dem die eigentliche Anlage tragenden Stahlmasten auf der anderen Seite abzustellen. Denn die Betonmauer ist vielmehr der Tragekonstruktion der Anlage zuzuordnen. Sie bildet zwar auch die Ecke mit zwei halben Wänden und ist somit Teil des Gebäudes. Dieser Teil wäre aber ohne die Photovoltaikanlage – wenn er tatsächlich als Schafstall dienen sollte – wie der Rest aus Holz konstruiert worden. Das zeigt auch die Änderung der Konstruktion von einem reinen Betongebäude in eine überwiegend aus Holz bestehende Hütte. Denn sie beruht auf Kostenüberlegungen, die nach Überzeugung des Senats bei reiner Nutzung als Stall erst recht angestellt worden wären. Auch im vom BGH entschiedenen Fall waren die Stahlkonstruktionen, die die Ecken der Hühnerställe gebildet haben und auf deren Kreuzpunkten die Dächer auflagen, Bestandteile der Ställe. Sie waren in der konkreten Konstruktion auch erforderlich, wie der BGH verdeutlicht hat, da das Gebäude ohne die Trägerkonstruktion der Anlage wegfallen würde.

Hieran wird auch deutlich, dass die Klägerin mit dem in der Berufung vorgebrachten Einwand nicht durchdringt, dass es keinen Unterschied machen könne, ob das Gebäude über eine Stützwand oder vier Außenpfosten getragen werde. Denn selbst wenn die Hütte statt der einen großen Wand vier Betonpfosten mit insgesamt gleicher Dimension gehabt hätte, die die Anlage tragen, wäre sie nicht am Gebäude angebracht: Bei der –

damit weitgehend vergleichbaren – Stahlrohrkonstruktion der Hühnerställe hat es der BGH auch verneint.

Die Gewährung der erhöhten Vergütung widerspräche letztlich auch der ratio legis. Zweck der erhöhten Vergütung nach § 11 Abs. 2 EEG 2004 ist zwar zum einen, den Wegfall des so genannten 100.000 Dächer-Solarstrom-Programms auszugleichen (BT-Drs. 15/2327), mit dem Photovoltaikanlagen an sich gefördert werden sollten. Zum anderen sollen aber auch Freilandanlagen weitgehend vermieden und stattdessen Anlagen gefördert werden, die in sonstige Nutzung integriert werden (a. A. allerdings BGH, Urteil vom 29.10.2008, Az. VIII ZR 313/07, Rn. 17). Das ergibt sich nicht nur aus der Vergütungsbeschränkung des § 11 Abs. 3 EEG 2004 (vgl. nur Altröck/Oschmann/Theobald, § 11 EEG 2004, Rn. 48 f.; Salje, § 11 EEG 2004, Rn. 59), sondern vor allem aus dem systematischen Zusammenhang zwischen § 11 Abs. 1 und Abs. 2 EEG 2004. Werden Anlagen auf freien Flächen, auch auf Konversionsflächen i. S. d. § 11 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2004, pro forma um ein paar Wände und Dächer ergänzt, ohne dass diese einen gewichtigen Zusatznutzen bringen, bleiben es faktisch Freiflächenanlagen. Diese sind grundsätzlich lediglich mit der Mindestvergütung nach Abs. 1 zu vergüten.

b)

Einen Anspruch auf die erhöhte Vergütung von der 49,21 Ct/kWh hat die Klägerin gegen die Beklagte auch nicht direkt aus Ziff. 4 i. V. m. Anl. 1 des Stromspeisungsvertrages vom 29.04./06.08.2008 (Anl. K8, Bl. 137 ff. der Akte), den die Klägerin erstmals nach Berufungsbegründung mit Schreiben vom 28.02.2012 vorgelegt und hierzu auch erst in der Berufungsbegründung vorgetragen hat. Dennoch ist dieser neue Vortrag i. S. d. § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO zuzulassen, weil der Vertragsschluss unstreitig ist (vgl. Zöller, Heßler, § 531 ZPO, 29. Aufl. 2012, Rn. 20 m. w. N.).

Eine eigenständige Vergütungsverpflichtung ergibt sich hieraus jedoch nicht, obwohl die aktuelle Vergütung der Anlage zum Vertrag zu entnehmen sein sollte, nach der sie für die dort angekreuzten Neuanlagen gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 49,21 Ct/kWh betragen sollte.

Die vertraglichen Regelungen sind nach §§ 133, 157 BGB, ausgehend von ihrem Wortlaut (BGHZ 121, 13, zit. nach juris, Rn. 16; MÜKo BGB, Busche, § 133, Rn. 54), so auszulegen, wie sie die Parteien unter Berücksichtigung der ihnen erkennbaren Tatsachen

nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen konnten (BGHZ 36, 30 [33], BGH NJW 1990, 3206; vgl. auch MüKo BGB, Busche, 6. Aufl. 2012, § 133 BGB, Rn. 12; Palandt, 71. Aufl. 2012, Ellenberger, § 133 BGB, Rn. 9). Wie die Beklagte zu Recht ausgeführt hat, haben die Parteien danach keine von den gesetzlichen Voraussetzungen unabhängige, eigenständige Vergütung vereinbart, sondern lediglich klargestellt, dass die Vergütung sich nach dem Gesetz richtet. Denn sie haben ausdrücklich hierauf Bezug genommen.

c)

Die Klägerin hat auch keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung der erhöhten Vergütung nach § 11 Abs. 2 EEG 2004 aus entsprechender Zusicherung mit E-Mail vom 24.10.2007 (Anl. K7, Bl. 85 der Akte). Denn mit dieser E-Mail hat die Beklagte eine entsprechende Zusicherung nicht abgegeben.

Der Text der E-Mail ist ebenfalls nach §§ 133, 157 BGB, ausgehend vom Wortlaut, nach dem objektiven Empfängerhorizont der Klägerin auszulegen. Zwar heißt es darin, dass die „Vergütung für eine Gebäudeanlage vergütet“ wird, wenn die „Anlage „an“ einem Gebäude befestigt“ sei, ohne dass eine Verbindung zum Erdreich bestehe. Das könnte für sich genommen zugunsten der Klägerin so verstanden werden, dass bei Erfüllung der Bedingung die erhöhte Vergütung gezahlt wird.

Dagegen spricht allerdings bereits, dass sich die Beklagte nicht selbst zur entsprechenden Zahlung einer erhöhten Vergütung „verpflichtet“ hat. Stattdessen heißt es lediglich, „wird die Vergütung [...] vergütet“. Das legt bereits für sich genommen eine klarstellende Bedeutung hinsichtlich der gesetzlichen Regelungen in § 11 EEG 2004 nahe.

Das gilt erst recht vor dem Hintergrund, dass die E-Mail der Klärung einer Unsicherheit darüber diene, was unter Befestigung an einem Gebäude zu verstehen ist. Denn der Verfasser hat extra ein entsprechendes Foto als Beispiel für eine solche Anbringung angefügt und hierzu erläutert, dass es der "weiteren Veranschaulichung" diene. Auch die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erklärt, dass Anlass der E-Mail Unklarheiten über die Art der Anbringung waren. Es ging also nicht insgesamt um die Konstruktion der Hütten. Aus ihrem objektiven Empfängerhorizont konnte sie die E-Mail dann auch nicht als allgemeine Zusicherung hinsichtlich aller Voraussetzungen zur Erlangung einer erhöhten Vergütung verstehen.

Überdies konnte die E-Mail schon insofern keine Zusicherung der Zahlung einer erhöhten Vergütung nach § 11 Abs. 2 EEG 2004 sein, als sie in sich widersprüchlich ist. Denn sie nimmt nicht auf Abs. 2, sondern auf Abs. 3 der Vorschrift Bezug. Dort geht es aber weder um die erhöhte Vergütung, noch um die Anbringung an einem Gebäude, sondern um Vergütungseinschränkungen bei Anbringung an einer baulichen Anlage, wenn die Anlage vorrangig der Stromerzeugung dient. Ebenso gut wie eine versehentliche Bezugnahme auf § 11 Abs. 3 statt auf Abs. 2 ist möglich, dass die Beklagte statt dessen bewusst auf eine bauliche Anlage im Sinne des § 11 Abs. 3 EEG 2004 Bezug nahm.

Letztlich spricht gegen eine Zusicherung auch die Regelung im Einspeisungsvertrag vom 29.04./08.08.2008, der erst Monate nach der E-Mail geschlossen wurde. Einerseits waren die Verhandlungen im Oktober 2007 also noch gar nicht abgeschlossen. Andererseits ist in Ziff. 4 i. V. m. Anlage 1 des Vertrages ausdrücklich auf die gesetzliche Regelung Bezug genommen, woraus abzuleiten ist, dass eine darüber hinausgehende Vergütungspflicht gerade nicht gewollt war. Wäre die Klägerin nach dem damaligen Verhandlungsstand von einer durch die E-Mail erfolgte Zusicherung ausgegangen, hätte sie den inhaltlich zu ihren Ungunsten abweichenden Vertrag so auch nicht unterschrieben.

3.

Die Kostenentscheidung folgt für die Berufung aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergeht auf der Grundlage der §§ 708 Nr. 10, 711 S. 1, 711 S. 2 i.V.m. 709 S. 2 ZPO.

Der Berufungsstreitwert war – nach dem entsprechenden Beschluss in der mündlichen Verhandlung – lediglich klarstellend und in gleicher Höhe wie in erster Instanz festzusetzen. Selbst wenn die Klägerin auf dem Gelände insgesamt fünf Anlagen betriebe, ergäbe sich nichts anderes. Die Klage stellte sich danach als Teilklage dar. Deren Streitwert bemisst sich lediglich aus dem eingeklagten Teil (Schneider/Herget, Streitwertkommentar, 12. Aufl. 2007, Rn. 5231)

Gründe für die Zulassung der Revision nach § 543 ZPO liegen nicht vor. Die Sache hat keine grundsätzliche Bedeutung, und weder die Fortbildung des Rechts noch die Siche-

zung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern die Entscheidung des Revisionsgerichts.

Stehle
Vors. Richter am
Oberlandesgericht

Müller
Richterin am Landgericht

Dr. Storck
Richterin am
Oberlandesgericht

Beglaubigt:



Mayer, Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

