



Ausfertigung  
Oberlandesgericht  
Dresden

Aktenzeichen: 9 U 426/08  
7 O 2220/07 LG Chemnitz

Verkündet am 17.06.2008  
Die Urkundsbeamtin:

RA	Sekr.
<b>EINGEGANGEN</b>	
27. JUNI 2008	
Kopie an: Sekretärin	KR/FA zJA
Kopie an	WW

Justizobersekretärin

**IM NAMEN DES VOLKES**

**URTEIL**

In dem Rechtsstreit

Verfügungsklägerin und Berufungsklägerin

Prozessbevollmächtigte:

gegen

Verfügungsbeklagte und Berufungsbeklagte

Prozessbevollmächtigte:

wegen einstw. Verfügung/Abschlagszahlung

hat der 9. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Dresden aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17.06.2008 durch

Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht  
Richter am Oberlandesgericht                      und  
Richterin am Oberlandesgericht

### für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Verfügungsklägerin gegen das Urteil des Landgerichts Chemnitz vom 04.02.2008, Az.: 7 O 2220/07, wird

zurückgewiesen.

2. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Verfügungsklägerin.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

### Gründe:

#### I.

Von der Darstellung des Sachverhalts wird abgesehen, da ein Rechtsmittel gegen das Urteil zweifelsfrei nicht zulässig ist, §§ 540 Abs. 2, 313 a Abs. 1 Satz 1 i.V.m. 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO.

#### II.

Die zulässige Berufung der Verfügungsklägerin ist unbegründet, da ihr kein Verfügungsanspruch zusteht, §§ 935, 940 ZPO.

Die Verfügungsklägerin vermag einen Anspruch auf die erhöhte Einspeisungsvergütung weder auf den Vertrag über Anschlussnutzung und Einspeisung vom 06./14.12.2006 (1.) noch auf §§ 5, 11 Abs. 2 EEG (2.) zu stützen.

1. Der Vertrag über Anschlussnutzung und Einspeisung (Anlage AS 29) begründet keinen Verfügungsanspruch, weil die Pflicht der Verfügungsbeklagten zur Zahlung einer erhöhten Einspeisevergütung ausweislich Ziffer 3.1 des Vertrages an den Betrieb einer Anlage "zur Erzeugung elektrischer Energie aus solarer Strahlungsenergie gemäß § 11 Abs. 2 EEG (Einspeiseanlage)" anknüpft. Eine solche Anlage betreibt die Verfügungsklägerin aber nicht, da sie den hierzu erforderlichen Bärlauchanbau nicht nachvollziehbar vornimmt.

Ziffer 3.1 des Vertrages verweist unmittelbar auf § 11 Abs. 2 EEG. Diese Vorschrift macht die erhöhte Vergütung vom Anbringen der (Solar)Anlage "an oder auf einem Gebäude" abhängig. Der Gebäudebegriff setzt danach und auch nach Auffassung der Verfügungsklägerin entsprechend der Definition nach § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG voraus, dass die die Solarmodule auf einem angeschrägten Wellblechdach tragende Stahlkonstruktion nicht nur dem Zweck der Solarstromproduktion, sondern wohl vorrangig einer anderweitigen Nutzung, hier der Bärlauchproduktion zu dienen bestimmt ist. Ohne eine solche Nutzung handelt es sich ausweislich der in den Lichtbildern Anlagen AS 1 und AS 16 im Einzelnen dargestellten Stahlkonstruktion samt Wellblechdach für sich allein genommen - auch mangels seitlicher Begrenzung - nicht um ein Gebäude i.S.d. EEG, sondern eine Freiflächeanlage. Auch bei weiter Auslegung des Gebäudebegriffs (vgl. hierzu BT-Drs. 15/2864, S. 44, 46) wird man im Anwendungsbereich des EEG eine bauliche Konstruktion wie die der Verfügungsklägerin die Gebäudequalität nicht schon deshalb zubilligen können, weil potentiell unter einem schrägen Dach Material untergestellt werden könnte. Denn es fehlt schon an einer hinreichend befestigten Zuwegung, auf der Material der Anlage in nennenswertem Umfang zugeführt werden könnte. Zu einem Gebäude könnte die Konstruktion erst im Zusammenhang mit ihrer Bestimmung als Anlage zur

Bärlauchproduktion, d. h. bei tatsächlicher Umsetzung dieses Vorhabens werden. Denn die Bestimmung kann nicht anders als aus den tatsächlichen Umständen gefolgert werden.

Der Senat hat sich indes anhand der im Termin von der Verfügungsbeklagten vorgelegten Lichtbilder im Zusammenhang mit dem Inhalt der eidesstattlichen Versicherung des Vertreters der Verfügungsbeklagten nicht davon zu überzeugen vermocht, dass die Verfügungsklägerin tatsächlich einen auf planmäßigen Erfolg abzielenden Bärlauchanbau betreibt. Die Lichtbilder, die auch nach Auffassung der Verfügungsklägerin die streitgegenständliche Fotovoltaikanlage darstellt, vermitteln einem objektiven Beobachter nicht den Eindruck einer auf Ertrag angelegten und gepflegten Pflanzenproduktion. Erkennbar wachsen innerhalb der Rohrgestelle unkrautartige Pflanzen in verschiedener Höhe, die dicht wuchernd den Boden vollständig bedecken. Auf keinem der elf Bilder, die nach den präzisen und widerspruchsfreien Angaben des Vertreters der Verfügungsbeklagten repräsentativ für die Gesamtanlage sind, vermag der Senat konkret eine Bärlauchpflanze zu erkennen. Sie hätte unter den gegebenen Umständen auch keine Chance, sich zu entwickeln. Der vor Ort vorhandene flächendeckende, dichte Besatz mit anderen Pflanzen schließt ein gedeihliches Bärlauchwachstum erkennbar aus. Es ist unter diesen Umständen schlichtweg nicht nachvollziehbar, wie angesichts dessen eine geordnete, an wirtschaftlichen Kriterien orientierte Ernte und Vermarktung von Bärlauch ernsthaft in Betracht kommen kann.

Der Senat verkennt bei dieser Beurteilung keineswegs die seitens der Verfügungsklägerin vorgetragenen Indizien, welche ihre ernsthafte Produktionsabsicht dokumentieren sollen. Doch vermögen der Verweis auf die Einstellung der Angestellten, die Beauftragung eines Dienstleisters mit dem Betrieb der Bärlauchproduktion

und die Anschaffung verschiedener Geräte nichts daran zu ändern, dass tatsächlich keine spürbaren Bemühungen, vor Ort eine Bärlauchproduktion entstehen zu lassen, entfaltet worden sind. Das belegen die von der Verfügungsbeklagten im Termin vorgelegten Lichtbilder, die zur Überzeugung des Senats den am 13.06.2008 bestehenden Zustand repräsentativ wiedergeben. Insoweit folgt der Senat der eidesstattlichen Versicherung des im Termin anwesenden Vertreters der Verfügungsbeklagten, die durch die anderslautende Erklärung des Geschäftsführers der Verfügungsklägerin nicht entkräftet wird. Dies gilt allein schon deshalb, weil diese Erklärung nicht mehr als die Wiedergabe eines mit einem Dritten geführten Telefonats beinhaltet. Abgesehen davon wäre ein teilweises Bemähen der Anlage kurz vor dem Senatstermin ohnehin kaum geeignet, die Ernsthaftigkeit eines Bärlauchanbaus zu belegen.

Da somit die Verfügungsklägerin die vertraglichen Voraussetzungen einer erhöhten Vergütungspflicht nicht erfüllt hat, kann sie die erhöhte Vergütung auch nicht beanspruchen. Dies folgt aus § 242 BGB. Die sich selbst nicht vertragstreue verhaltende Verfügungsklägerin beansprucht eine Leistung, deren tatbestandliche Voraussetzungen nur bei Vertragstreue erfüllt wären. Dies ist treuwidrig.

Bei der hiernach gegebenen Sachlage kommt es darauf, ob der Vertrag als Folge der im Termin erklärten Anfechtung in Wegfall geraten sein könnte, ebenso wenig an wie darauf, ob der Anspruch im Rahmen des § 12 Abs. 5 EEG sicherbar wäre oder ob die Voraussetzungen der §§ 935, 940 ff. ZPO erfüllt sein müssen.

2. Ein Anspruch der Verfügungsklägerin auf eine erhöhte Einspeisevergütung folgt auch nicht aus den §§ 5, 11 Abs. 2 EEG, da sie ihre Solarmodule nach dem oben Gesagten nicht ausschließlich an oder auf einem Gebäude i.S.d. § 11 Abs. 2 EEG angebracht hat.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711; 713 ZPO.

Für den Gleichlaut der  
Ausfertigung mit der Urschrift  
Oberlandesgericht Dresden, den 26.06.2008

Justizangestellte

