

15 U 66/07

6 O 1431/06 Landgericht Kassel

Zur Geschäftsstelle gelangt
am 07.01.2010
Schäfer

Verkündet laut Protokoll am
7. Januar 2010

Schäfer, JA'e
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

des

Klägers und Berufungsklägers,

– Prozessbevollmächtigte:

gegen

die

Beklagte und Berufungsbeklagte,

– Prozessbevollmächtigte:

hat der 15. Zivilsenat in Kassel des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Nassauer, Richter am Oberlandesgericht Bloch und Richter am Landgericht Reichhardt aufgrund der mündlichen Verhandlung am 26. November 2009

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 21. Februar 2007 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Kassel abgeändert und wie folgt neu gefasst.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 892,37 € zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 2.8.2006 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger die von seiner Fotovoltaikanlage auf dem Grundstück Gemeinde Flurstück (Gesamtleistung 22,5 kWp) erzeugte und von der Beklagten abgenommene elektrische Energie im Zeitraum 6. Juli 2006 bis 31. Juli 2008 mit 43,42 Cent/kWh und ab 1. August 2008 mit 46,75 Cent/kWh jeweils zuzüglich gesetzliche Umsatzsteuer zu vergüten.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des ersten Rechtszuges haben der Kläger 28% und die Beklagte 72% zu tragen.

Von den Kosten des Berufungsverfahrens haben der Kläger 18% und die Beklagte 82% zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte darf die Vollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Der Kläger darf die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Zahlung von Vergütungen nach § 11 EEG 2004 (Gesetz für den Vorrang erneuerbarer Energien in der Fassung vom 21.7.2004 (BGBl. I S. 1918)) für den von ihm im Zeitraum 28.5.2005 bis 7.6.2006 erzeugten und in das Stromnetz der Beklagten eingespeisten Solarstrom sowie auf Feststellung der künftigen Vergütungspflicht in Anspruch.

Er errichtete im Jahr 2005 auf der Grundlage einer entsprechenden Baugenehmigung der Bauaufsichtsbehörde des Landkreises vom 10.5.2005 (Bd. I, Bl. 16 -21 d.A.) fünf Stahlmasten, auf denen jeweils zweiachsig „nachgeführte“ Fotovoltaikanlagen mit einer Gesamtleistung von 22,5 kWp (4 X 4.5 kWp) installiert wurden, auf seinem im Urteilstenor bezeichneten Grundstück, das sich nicht im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes befindet und auf dem er eine betreibt. Die von den Fotovoltaikmodulen erzeugte elektrische

Energie wird in das Stromnetz der Beklagten, die örtliche Netzbetreiberin im Sinne der §§ 3 Abs. 7, 4 Abs. 2 S. 1 EEG 2004 ist, eingespeist.

Entlang der südlichen Wand einer auf dem Betriebsgelände befindlichen, zirka 33 m x 20 m großen Produktions- und Lagerhalle hat der Kläger drei Stahlmasten, die jeweils das Hallendach überragen, aufgestellt. Auf den Stahlmasten sind jeweils aus mehreren Einzelmodulen bestehende, circa 30 m² große Fotovoltaikmodule angebracht. Die Module werden durch horizontale und vertikale Verstellung zur Erzeugung einer optimalen Energieausbeute dem jeweiligen Sonnenstand nach Himmelsrichtung und Einstrahlwinkel automatisch nachgeführt. Wegen der Verstellbarkeit sind die Module nicht flach auf dem Dach installiert, sondern über das Dach hinausgeführt. Die Stahlmasten sind im Erdreich in Köcherfundamente eingebracht und weisen an zwei Stellen circa 20 cm lange, waagerechte Verbindungsstücke zur Hallenwand auf, die an die Stahlmasten angeschweißt und an der Hallenwand mittels vier Schrauben befestigt sind. Wegen der Einzelheiten wird auf die in der Anlage 3 zum Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. vom 22.8.2008 enthaltenen Lichtbilder 1 bis 10 (Bd. III, Bl. 19 – 23 d.A.) sowie auf die Lichtbildkopien der Anlage K2 (Bd. I, Bl. 23-25, 28-30 d.A.) Bezug genommen.

Östlich von der Produktions- und Lagerhalle hatte der Kläger zwei weitere Stahlmasten aufgestellt. Auf diesen waren in gleicher Weise wie bei den drei entlang der Halle aufgestellten Stahlmasten Fotovoltaikmodule angebracht. Wegen des genauen Standortes wird auf den Auszug aus der Liegenschaftskarte vom 31.3.2005 (Bd. I, Bl. 19 – 23 d.A.) Bezug genommen. Auch diese Stahlmasten waren mittels im Erdreich eingebrachter Köcherfundamente befestigt. Sie waren mittels zweier Querverstrebungen, die in der Mitte durch einen im Boden befestigten Pfeiler abgestützt wurden, miteinander verbunden. Auf den Querverstrebungen befand sich eine Bedachung in der Größe von circa 3 m x 14, 50 m, die der Kläger als Unterstand benutzte. Auch hierzu wird wegen der Einzelheiten auf die in der Anlage 3 zum Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. vom 22.8.2008 enthaltenen Lichtbilder 11 und 12 (Bd. III, Bl. 24 d.A.) und auf die Lichtbildkopien Anlage K2 (Bd. I, Bl. 22, 27 d.A.) Bezug genommen.

Der Kläger setzte die Fotovoltaikanlagen am 28.6.2005 in Betrieb und speiste die elektrisch erzeugte Energie in das örtliche Stromnetz der Beklagten ein. Im Zeitraum 28.6.2005 bis 5.7.2006 erzeugte er eine Strommenge von 28.610 kWh. Die Beklagte zahlte ihm auf die Grundvergütung, für die sie eine Anspruchsberechtigung des Klägers in Abrede stellt, unter Vorbehalt und nur zur Vermeidung eines Antrags des Klägers auf Erlass einer Leistungsverfügung nach § 12 Abs. 5 EEG 2004 13.454,19 €. Sie hält sich für lediglich verpflichtet, dem Kläger eine Vergütung in Höhe der ihr durch die Einspeisung ersparten Aufwendungen, nämlich 0,0422 €/kWh zuzüglich Mehrwertsteuer, zu zahlen.

Die Parteien haben, um einen Antrag des Klägers auf Erlass einer Leistungsverfügung nach § 12 Abs. 5 EEG 2004 zu vermeiden, durch anwaltliche Schreiben vom 23.5.2006 (Bd. I, Bl. 147 d.A.) und 30.5.2006 (Bd. I, Bl. 150 d.A.) vereinbart, dass die Grundvergütung zur Abwendung von Anträgen nach § 12 Abs. 5 EEG 2004 unter Vorbehalt und ohne Erfüllungswirkung bezahlt werde (Ziffer 1 der Vereinbarung), dass der Kläger innerhalb von acht Wochen ab Zustandekommen der Vereinbarung gegenüber der Beklagten belegt, dass die Voraussetzungen für einen Vergütungsanspruch nach § 11 Abs. 1 und/oder Abs. 2 EEG 2004 bestünden, oder alternativ innerhalb von acht Wochen ab Zustandekommen der Vereinbarung Klage auf Feststellung eines Vergütungsanspruchs nach § 11 EEG 2004 erhebe (Ziffer 2), dass anderenfalls weitere Zahlungen unverzüglich bis zur Durchführung des Klageverfahrens zur Feststellung des Vergütungsanspruchs eingestellt würden (Ziffer 4), und dass im Falle eines Klageverfahrens die Beklagte die Möglichkeit habe, jederzeit die Vorbehaltszahlungen einzustellen (Ziffer 5). Wegen der Einzelheiten wird auf das genannte Schreiben vom 23.5.2006 verwiesen.

Mit der am 1.8.2006 zugestellten Klage hat der Kläger Zahlung einer erhöhten Stromeinspeisevergütung nach §§ 11 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 5 EEG 2004 für den Zeitraum 28.6.2005 bis 5.7.2006 von 4643,01 € (28.610 kWh x 0,5453 € zzgl. 16% MwSt. = 18.097,20 € abzüglich gezahlter 13.454,19 €) sowie die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung einer Vergütung für die abgenommene elektrische Energie in Höhe von 54,53 Cent/kWh zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer, hilfsweise 43,42 Cent/kWh (Grundvergütung nach § 11 Abs. 1, Abs. 5 EEG 2004) zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer begehrt.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die drei an der Hallenwand befindlichen Stahlmasten seien im Sinne des § 11 Abs. 2 S. 1 EEG 2004 „ausschließlich an einem Gebäude“ angebracht. Hierfür reiche jede Befestigung an der Gebäudewand. Er hat behauptet, die Stahlmasten seien auch in der über die Gebäudegrundfläche hinausragenden Fundamentierung des Gebäudes verankert. Auch könnten die drei Fotovoltaikanlagen, so meinte er, als so genannte Auf-Dach-Anlagen angesehen werden, da sie - wie unstreitig ist - konstruktionsbedingt über das Dach hinausragten.

Hinsichtlich des Unterstandes hat der Kläger behauptet, dieser schütze darunter abgestellte Anhänger und Fahrzeuge vor Witterungseinflüssen. Er hat die Ansicht vertreten, dass die Fotovoltaikanlagen im Sinne des § 11 Abs. 2 S. 1 EEG 2004 „ausschließlich an einem Gebäude“, dem Unterstand, angebracht seien.

Der Kläger hat weiter behauptet, das gesamte Betriebsgrundstück sei schon vor Errichtung der Fotovoltaikanlage durch Schotter- und Asphaltbelag befestigt gewesen und als Lagerplatz genutzt worden. Deshalb, so hat er gemeint, seien sämtliche Stahlmasten auch auf einer baulichen Anlage im Sinne des § 11 Abs. 3 EEG 2004 angebracht, so dass ihm zumindest die Grundvergütung nach § 11 Abs. 1 EEG 2004 in Höhe von 43,42 Cent/kWh zustehe.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger rückständige Stromeinspeisungsvergütung in Höhe von 4643,01 € zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger die von seiner Fotovoltaikanlage auf dem Grundstück Gemeinde Flurstück (Gesamtleistung 22,5 kWp) erzeugte und von der Beklagten abgenommene elektrische Energie mit 54,53 Cent/kWh

zuzüglich gesetzliche Umsatzsteuer zu vergüten, hilfsweise: diese mit 43,42 Cent/kWh zuzüglich Umsatzsteuer zu vergüten.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, es ergebe sich aus der zwischen den Parteien vorgerichtlich getroffenen Vereinbarung gemäß den Schreiben vom 23./30.5.2006 und 6.7.2006 (Bd. I, Bl. 147-152), dass die Leistungsklage unzulässig sei und der Kläger die Rechtsfragen mittels Feststellungsklage zu klären habe. Hinsichtlich der Feststellungsklage hat die Beklagte wiederum die Ansicht vertreten, es mange am Rechtsschutzbedürfnis, nachdem der Kläger Leistungsklage erhoben habe. Sollte nämlich im Rahmen der erhobenen Leistungsklage ein Vergütungsanspruch bejaht werden, so würde darin bereits die Feststellung enthalten sein, dass der Vergütungsanspruch auch für die Zukunft gegeben sei. Da sich die Beklagte ausdrücklich bereit erkläre, gegebenenfalls einer Zahlungsverpflichtung auch künftig nachzukommen, sei es nicht erforderlich, dass die Feststellung der Leistungspflicht in Rechtskraft erwachse. Außerdem sei die Feststellungsklage unter dem Gesichtspunkt des § 256 Abs. 2 ZPO unzulässig.

Die Beklagte hat weiterhin die Auffassung vertreten, dem Kläger stünden Ansprüche gemäß § 11 EEG 2004 nicht zu. Die drei entlang der Halle aufgestellten Stahlmasten seien nicht im Sinne des § 11 Abs. 2 S. 1 EEG 2004 ausschließlich an oder auf einem Gebäude angebracht, denn dies setze voraus, dass die Fotovoltaikanlage an oder auf einem Gebäude befestigt sei und ihr Gewicht vom Gebäude getragen werde, was nicht der Fall sei.

Soweit es den Unterstand anbelange, so liege kein eigenständiges Gebäude vor, auf dem die Fotovoltaikmodule befestigt seien, da ohne die die Fotovoltaikanlage tragenden Stahlmasten kein eigenständiger Unterstand vorhanden wäre. Deshalb

scheide auch insoweit ein Anspruch auf Zahlung einer erhöhten Vergütung nach § 11 Abs. 2 S. 1 EEG 2004 aus.

Ebenfalls bestünde wegen des Vorliegens der Voraussetzungen des § 11 Abs. 3 EEG 2004 kein Anspruch auf Zahlung der Grundvergütung nach § 11 Abs. 1 EEG 2004. Die Fotovoltaikmodule seien nicht an oder auf einer baulichen Anlage angebracht, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom errichtet worden sei. Dies gelte selbst dann, wenn ein als bauliche Anlage zu qualifizierender befestigter Bodenbelag im Bereich der Stahlmasten vorhanden sei. Denn die Anlagen seien darauf nicht angebracht, da das Gewicht der auf den Stahlmasten angebrachten Fotovoltaikmodule von einem im Erdboden ruhenden Fundament getragen werde.

Die 6. Zivilkammer des Landgerichts Kassel hat die Klage durch am 31.2.2007 verkündetes Urteil abgewiesen und zur Begründung u. a. ausgeführt:

Zwar sei die Leistungsklage zulässig und insbesondere nicht das Rechtsschutzbedürfnis durch die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung entfallen, da sich diese nicht auf die klagegegenständlichen Ansprüche beziehe. Die Leistungsklage sei jedoch unbegründet.

Ein Anspruch auf Zahlung einer erhöhten Vergütung nach § 11 Abs. 2 S. 1 EEG 2004 scheitere daran, dass die Fotovoltaikanlagen auf den drei entlang der Halle stehenden Stahlmasten nicht ausschließlich an oder auf der Halle angebracht seien. Das Tatbestandsmerkmal „anbringen“ verlange, dass die Fotovoltaikanlage an oder auf dem Gebäude befestigt sei und dass das Gewicht der Anlage von dem Gebäude getragen werde. Dies sei nicht der Fall, da das Gewicht der Anlage über die Stahlmasten auf den Boden abgeleitet werde.

Auch in Bezug auf den Unterstand würden die Fotovoltaikanlagen unmittelbar von den Stahlmasten getragen. Diese seien damit „primär funktionell“ nicht im Hinblick auf das Dach des Unterstandes, sondern im Hinblick auf die Stromerzeugungsanlagen ausgerichtet. Hierfür habe es eines Daches nicht bedurft. Vielmehr habe die Fotovoltaikanlage losgelöst von der Überdachung errichtet werden können. Damit sei dem Sinn und Zweck des § 11 Abs. 2 S. 1 EEG 2004, durch den der grundsätzliche Vorrang der Nutzung von Dachflächen gegenüber der Freiflächennut-

zung erreicht werden solle und Solaranlagen auf bereits anderweitig genutzte Gebäudeflächen zu lenken, nicht Rechnung getragen.

Ein Anspruch auf Zahlung der Grundvergütung nach § 11 Abs. 1 EEG 2004 sei nach § 11 Abs. 3 EEG 2004 ausgeschlossen, da die Fotovoltaikanlagen nicht an oder auf vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichteten baulichen Anlagen angebracht seien.

Hinsichtlich der drei entlang der Halle errichteten Anlagen gelte entweder, dass die Fotovoltaikanlage an den Stahlmasten als bauliche Anlagen angebracht seien und diese nicht vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Solarstrom errichtet worden seien. Oder, wenn man auf die Halle als bauliche Anlage abstelle, fehle es an der Voraussetzung, dass die Fotovoltaikanlagen an der Halle angebracht seien, wobei insoweit die gleichen Voraussetzungen wie bei § 11 Abs. 2 S. 1 EEG 2004 erforderlich seien.

Soweit es den Unterstand anbelange, könne nicht ernsthaft angenommen werden, dass dieser als bauliche Anlage zu einem anderen Zweck als demjenigen der Erzeugung von Solarstrom errichtet worden sei. Denn es lägen eine Überdimensionierung der Stahlkonstruktion für den angegebenen Nutzungszweck des Witterungsschutzes und unter dem Gesichtspunkt des Witterungsschutzes eine Fehlkonstruktion vor, weil es wesentlich sinnvoller gewesen sei, auch Seitenwände zu errichten.

Der Kläger hat gegen das seinem Anwalt am 15.3.2007 zugestellte Urteil durch am 2.4.2007 eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit vorab per Telefax am 14.5.2007 eingegangenem Schriftsatz begründet. Er wiederholt sein erstinstanzliches Sach- und Rechtsvorbringen.

Hinsichtlich des Unterstandes trägt er ergänzend vor, dass es für den Anspruch auf die erhöhte Vergütung nach § 11 Abs. 2 S. 1 EEG 2004 nicht darauf ankomme, ob die Nutzung als Gebäude als Hauptzweck anzusehen sei. Zudem habe das Landgericht verkannt, dass die Unterstände das Dach nicht durch an den Außenkanten angebrachte, sondern durch mittig angebrachte Pfosten trage. Auch haben die Pfosten etwas stärker dimensioniert werden müssen. Das Dach selbst sei aus Trapezblechen hergestellt und auf waagrecht an den Senkrecht-

trägern befestigte Doppel-T-Träger aufgebracht. Die senkrechten Pfosten an den Gebäudeecken seien stärker dimensioniert. Sie seien nach oben über das Dach hinausgeführt und endeten dort mit einer Flanschplatte. Auf dieser Flanschplatte sei ein weiteres Stück Rohrmast aufgeschraubt, an dem das eigentliche Nachführgestänge und eben das Solarmodul befestigt sei. Die Stahlpfosten seien ganz offensichtlich Teil des Gebäudes. Ohne sie gäbe es kein Gebäudedach. Damit werde die Fotovoltaikanlage, die auf den Stahlmasten installiert sei, auch vom Gebäude getragen. Die Fotovoltaikanlage sei auch auf das Gebäude aufgesetzt worden. Dies zeige die Gegenprobe. Das Gebäude (der Unterstand) bliebe als solches erhalten, wenn man die Fotovoltaikanlage und den Rohrmast, der die Module trage, oberhalb des Flansches abnähme. Im übrigen werde durch das Dach des Unterstandes mindestens 90% des Niederschlags abgehalten. Der Rest gelange allenfalls in Bodennähe in das Innere des Unterstandes. Fahrzeuge seien bereits durch die Höhe ihrer Bereifung ausreichend geschützt. Anderes Gut könne durch Hochlagern in den trockenen Bereich verbracht werden. Der Kläger habe sich den Unterstand als solchen auch baurechtlich genehmigen lassen. Auf diese Nutzung sei es ihm im Rahmen der betrieblichen Notwendigkeiten vorrangig angekommen.

Hinsichtlich der Grundvergütungspflicht nach § 11 Abs. 1 EEG 2004 habe das Landgericht den Klägervortrag übersehen, wonach alle Stahlmasten zumindest auf dem schon vorher befestigten (geschotterten) und als solchen für betriebliche Zwecke genutzten Lagerplatz errichtet worden seien.

Bezüglich der entlang der Produktionshalle aufgestellten drei Stahlmasten behauptet der Kläger, diese seien konstruktiv sinnvoll mit der Halle verbunden, so dass auch unter diesem Gesichtspunkt jedenfalls ein Anspruch auf die Grundvergütung bestehe.

Im Verlauf des Jahres 2008 hat der Kläger - insoweit unstrittig - eine weitere Produktionshalle im Bereich der vorhandenen Stahlmasten errichtet und zwar dergestalt, dass die Stahlmasten - in ihren Standorten teilweise verändert - aus dem Dach dieser Halle herausragen. Hierzu wird wegen der Einzelheiten auf die als Anlage zum Protokoll vom 14.5.2009 zur Akte gereichten Lichtbilder (Bd. III, Bl. 110f. d.A.) verwiesen. Die Halle, in der sich u.a. Sanitär- und Sozialräume befin-

den, wird als Produktionshalle zur Herstellung von
verwendet und war zum 1.8.2008 fertig gestellt.

Der Kläger behauptet, die neue Halle schließe an der Seite an die vorhandene Halle an, an der sich auch die drei Stahlmasten befänden. Diese drei Stahlmasten seien auf die Weise in die neue Halle integriert, dass sie als deren Stützen fungierten und demgemäß integrativer und notwendiger Bestandteil der Statik der neuen Halle seien. Gleiches gelte für drei weitere Stahlmasten. Von dem vormaligen Unterstand sei ein Stahlmast unverändert geblieben, ein weiterer sei umgebaut worden und ein neuer Stahlmast gleichen Typs sei hinzugekommen. Er ist der Auffassung, dass ihm jedenfalls ab 1.8.2008 die erhöhte Vergütung zustehe.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landgerichts Kassel vom 21.2.2007 aufzuheben und

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger rückständige Stromeinspeisungsvergütung in Höhe von 4643,01 € zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger die von seiner Fotovoltaikanlage auf dem Grundstück Gemeinde , Flurstück (Gesamtleistung 22,5 kWp) erzeugte und von der Beklagten abgenommene elektrische Energie mit 54,53 Cent/kWh zuzüglich gesetzliche Umsatzsteuer zu vergüten,
3. hilfsweise: diese ab 1.8.2008 mit 54,53 Cent/kWh und für den Zeitraum davor mit 43,42 Cent/kWh zu vergüten, jeweils zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie ist weiterhin der Auffassung, dass sowohl die Leistungsklage als auch die Feststellungsklage unzulässig seien. Hierzu verweist sie ergänzend auf das vorgerichtliche Schreiben ihres Anwaltes vom 18.5.2006 (Bd. II, Bl. 96-97 d.A.), woraus sich ergebe, da sich die Parteien darauf verständigt hätten, die Rechtsfragen im Rahmen von Feststellungsklagen klären zu lassen. Hierdurch haben nicht nur Kosten eventuelle Eilverfahren nach § 12 Abs. 5 EEG 2004 sondern auch die Kosten von Leistungsklagen vermieden werden sollen. Für den Fall, dass die Leistungsklage zulässig sei, sei jedenfalls die Feststellungsklage mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig, da sich die Beklagte verpflichtet habe, einer eventuellen Zahlungsverpflichtung unabhängig von einer ausdrücklichen Feststellung in Zukunft nachzukommen.

In der Sache wiederholt und vertieft die Beklagte ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Sie bestreitet das Vorbringen des Klägers, dass die Stahlmasten oberhalb der Dachkonstruktion mit einer Flanschplatte endeten und auf dieser Flanschplatte ein weiteres Stück Rohrmast aufgeschraubt sei, und rügt dieses Vorbringen als verspätet. Es handele sich vielmehr offensichtlich um durchgehende Solarbäume, an deren Ende jeweils eine Fotovoltaikanlage befestigt sei. Im übrigen würde auch dieses Vorbringen des Klägers, so meint die Beklagte, nichts daran ändern, dass die gesamte Konstruktion des Unterstandes objektiv zeige, dass die Stahlmasten nur errichtet worden seien, um die Fotovoltaikanlagen zu tragen. Es werde auch bestritten, dass ein Unterstand baulich genehmigt worden sei.

Die Beklagte ist der Auffassung, dass - selbst wenn sich die Fotovoltaikanlagen auf einem geschotterten Lagerplatz befunden hätten oder befänden - ein Anspruch auf Grundvergütung nach § 11 Abs. 3 EEG 2004 nicht gegeben sei. Der geschotterte Lagerplatz habe nämlich zu keinem Zeitpunkt für die Befestigung, den Halt und die Stabilität der Fotovoltaikanlagen mitsamt der Stahlmasten Bedeutung gehabt. Die Stahlmasten würden nämlich nur von den massiven Betonfundamenten gehalten und stabilisiert. Auch setze § 11 Abs. 3 EEG 2004 voraus, dass die Fotovoltaikanlage zu der baulichen Anlage eine baulich konstruktive Verbindung aufweise, die physikalisch nicht vollkommen wirkungslos sei. Diese Voraussetzung sei in Bezug auf die Schotterfläche nicht gegeben. Zwar habe das die

Betonfundamente umgebende Erdreich befestigende und haltende Funktion, allerdings unabhängig davon, dass es geschottert sei.

Soweit es den Neubau der Halle durch den Kläger anbelangt, bestreitet die Beklagte, dass die Stahlmasten als Stützen der neuen Halle fungierten und sie integrativer, notwendiger Bestandteil der Statik der Halle geworden seien. Sie ist überdies der Auffassung, dass es unabhängig davon an den Voraussetzungen für eine erhöhte Vergütung, nämlich der ausschließlichen Anbringung an oder auf einem Gebäude, fehle. Die Fotovoltaikanlagen würden nämlich nicht über die Statik des Hallenneubaus getragen. Sie seien vielmehr unverändert auf den Stahlmasten angebracht und würden demgemäß allein vom Erdboden getragen. Der Hallenneubau sei als Trägergerüst auch nicht die Hauptsache, von der die Fotovoltaikanlage in ihrem Bestand abhängig sei. Trägergerüst seien allein die Stahlmasten, von deren Bestand die Fotovoltaikanlagen abhängig seien. Dem Hallenneubau komme hierfür keine Bedeutung zu. Vielmehr sei umgekehrt der Bestand des Hallenneubaus von den Stahlmasten abhängig. Es fehle weiterhin an der vom Bundesgerichtshof aufgestellten Voraussetzung, dass dem Tragwerk ein durch eine eigene statische Trägerkonstruktion gekennzeichnetes Gebäude zwischengeschaltet sei. Danach müsse, so meint die Beklagte, neben den Stahlmasten als Tragwerk ein durch eine eigene statische Trägerkonstruktion gekennzeichnetes Gebäude vorhanden sein. Dies sei jedoch nicht der Fall, da der Hallenneubau ohne den unteren Teil der Stahlmasten keinen Bestand haben könne.

Auch nach dem Neubau der Halle bestehe kein Anspruch auf Zahlung der Grundvergütung, und zwar selbst dann nicht, wenn die Stahlmasten baulich-konstruktive Verbindungen zu dem Hallenneubau aufwiesen und man diese als bauliche Anlage im Sinne des § 11 Abs. 3 EEG 2004 ansähe. Denn eine Anbringung im Sinne des § 11 Abs. 3 EEG 2004 setze voraus, dass vorhandene baulich-konstruktive Verbindungen gerade für den Bestand der Fotovoltaikanlage eine Bedeutung hätten, was selbst nach dem Vortrag des Klägers nicht der Fall sei.

Der Senat hat aufgrund der Beweisbeschlüsse vom 22.11.2007 (Bd. II, Bl. 182 d.A.) und vom 5.10.2009 (Bd. III, Bl. 148 d.A.) Beweis durch Einholung eines

schriftlichen Sachverständigengutachtens und durch Vernehmung des Zeugen erhoben. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sachverständigengutachten des Prof. Dr. von 22.9.2008 (Bd. III, Bl. 2 - 36 d.A.) sowie auf das Sitzungsprotokoll vom 26.11.2009 (Bd. III, 164 - 173 d.A.) Bezug genommen.

II.

Die Berufung des Klägers ist statthaft, form- und fristgerecht eingelegt sowie begründet worden, mithin zulässig. Sie hat in der Sache überwiegend Erfolg.

1.

Die auf Zahlung und Feststellung gerichtete Klage ist zulässig. Das Rechtsschutzinteresse für die Leistungsklage ergibt sich daraus, dass sich die Beklagte weigert, die geltend gemachte Einspeisevergütung zu bezahlen. Ob in dem vorgerichtlichen Schriftverkehr 18.5.2006, 23.5.2006, 30.5.2006 und 6.7.2006 eine prozesuale Vereinbarung der Parteien dahin gehend, dass die Rechtsfragen vorrangig mittels Feststellungsklagen geklärt werden sollen, zu sehen ist, kann offen bleiben, denn gegebenenfalls bezöge sich diese allenfalls auf die unter Vorbehalt allein auf eine mögliche Grundvergütung erbrachten Zahlungen. Denn diese unter Vorbehalt und ohne Erfüllungswirkung erbrachten Zahlungen auf die Grundvergütung sind in der Vereinbarung in den Zusammenhang mit einer Feststellungsklage gestellt worden. Nur insoweit könnte – wenn überhaupt – ein Verzicht des Klägers auf Erhebung einer Leistungsklage der Vereinbarung entnommen werden. Der vorliegend geltend gemachte Zahlungsbetrag betrifft jedoch nicht die unter Vorbehalt bezahlten Beträge, sondern den darüber hinaus gehenden Differenzbetrag zu der vom Kläger berechneten erhöhten Vergütung nach § 11 Abs. 2 EEG 2004.

Auch der auf Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung der erhöhten Vergütung gerichtete Klageantrag ist zulässig. Dieser - wie auch der im Berufungsverfahren gestellte Hilfsantrag – ist dahin auszulegen, dass er den Zeitraum nach demjenigen betrifft, der vom Zahlungsantrag (28.6.2005 bis 5.7.2006) umfasst ist. Dies ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus der Formulierung des Klage-

antrages, der allgemein die Vergütungspflicht der Beklagten zum Inhalt hat. Der Kläger hat jedoch im Schriftsatz vom 21.2.2007 klar gestellt, dass sich der neben dem Leistungsantrag gestellte Feststellungsantrag auf seine Ansprüche in der Zukunft beziehe (Bd. I, Bl. 197).

Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse liegt vor. Ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses ist gegeben, wenn dem Recht oder der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht und wenn das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen. Bei einer behaupteten Feststellungsklage liegt eine solche Gefährdung in der Regel schon darin, dass der Beklagte das Recht des Klägers ernstlich bestreitet (BGH NJW 86, 2507). Das ist vorliegend der Fall. Die Beklagte leugnet jeglichen Vergütungsanspruch des Klägers aus § 11 EEG 2004 und billigt ihm lediglich eine geringfügige Zahlung im Umfang ihrer ersparten Aufwendungen zu.

Es fehlt auch nicht das Feststellungsinteresse deshalb, weil die zwischen den Parteien streitigen Anspruchsvoraussetzungen bereits Gegenstand der gerichtlichen Prüfung des Zahlungsantrages sind. Die Rechtskraft einer Zahlungsverurteilung würde sich nur auf den Anspruchszeitraum 28.6.2005 bis 5.7.2006, nicht auch auf die Zahlungsverpflichtung für den Zeitraum danach erstrecken. Daraus ergibt sich das Interesse des Klägers an einer Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung auch für künftige Zeiträume.

Das Rechtsschutzbedürfnis für den Feststellungsantrag fehlt schließlich nicht deshalb, weil für den Fall einer Zahlungsverurteilung die Beklagte voraussichtlich freiwillig auch für den Zeitraum nach dem 5.7.2006 eine entsprechende Vergütung an den Kläger zahlen wird und sich dahingehend im vorliegenden Rechtsstreit auch geäußert hat. Denn die Rechtskraftwirkung eines Feststellungsausspruchs ist weitergehend als eine solche einseitige Absichts- bzw. Verpflichtungserklärung der Beklagten. Die materielle Rechtskraft geht nämlich dahin, dass andere Gerichte an die Feststellung, die Beklagte sei zur Zahlung einer bestimmten Vergütung an den Kläger verpflichtet, gebunden sind.

Auch der hilfsweise gestellte Antrag auf Feststellung der Verpflichtung der Beklagten, die elektrische Energie jedenfalls ab 1.8.2008 mit 54,53 Cent/kWh zu vergüten, ist zulässig. Eine darin zu sehende Teiländerung der Klage ist nach § 533 ZPO zulässig. Der Senat erachtet sie für sachdienlich. Auch sind die anspruchs-

begründenden Tatsachen erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung der ersten Instanz entstanden, so dass sie im Berufungsverfahren zu berücksichtigen sind.

Soweit wegen Zeitablaufs mittlerweile der Kläger im Stande sein dürfte, seine Ansprüche auch für den Zeitraum nach dem 5.7.2006 jedenfalls teilweise zu beziffern, steht dies der Verfolgung seiner Ansprüche im Wege der Feststellungsklage nicht entgegen (vgl. z. Bsp.: BGH NJW-RR 2004,79).

2.

Der Kläger hat für den Zeitraum 28.6.2005 bis 31.7.2008 Anspruch auf Zahlung einer Vergütung nach § 11 Abs. 1, Abs. 5 EEG 2004 (der in der Fassung vom 31.7.2004 vorliegend weiterhin anwendbar ist, wie sich aus der Übergangsvorschrift des § 66 EEG 2004 in der Neufassung ergibt) in Höhe von 43,42 Cent/kWh zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer (16% bis 31.12.2006, also 45,47 Cent/kWh brutto, 19% ab 1.1.2007, also 46,65 Cent/kWh brutto). Die Voraussetzungen einer erhöhten Vergütung nach § 11 Abs. 2 EEG 2004 sind für diesen Zeitraum jedoch weder für die Fotovoltaikmodule, die sich auf den drei entlang der östlichen Hallenwand aufgestellten Stahlmasten befinden, noch für diejenigen, die sich auf den beiden Stahlmasten befanden, an denen der Unterstand befestigt war, erfüllt.

a)

Nach § 11 Abs. 2 S. 1 EEG 2004 besteht Anspruch auf eine gegenüber der Mindestvergütung des § 11 Abs. 1 EEG 2004 erhöhte Vergütung, wenn die Anlage (zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie) ausschließlich an oder auf einem Gebäude oder einer Lärmschutzwand angebracht ist.

Als Anlagen sind gemäß § 3 Abs. 2 EEG 2004 die aus mehreren Einzelmodulen bestehenden Fotovoltaikmodule anzusehen. Denn nach S. 1 dieser Vorschrift ist unter einer Anlage jede selbstständige technische Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas zu verstehen. Das sind vorliegend die einzelnen Module. Nach S. 2 gelten mehrere Anlagen als eine Anlage, wenn sie mit gemeinsamen für den Betrieb technisch erforderlichen Einrichtungen oder baulichen Anlagen unmittelbar verbunden sind. Danach bilden vorliegend die aus Einzelmodulen bestehenden circa 30 m² großen Fotovoltaikmodule einschließlich der Verstelleinrichtungen zur Anpassung an den jeweiligen Sonnenstand die Anlage, nicht jedoch auch die Stahlmasten, auf denen die Anlage befestigt ist. Bei den Stahlmasten handelt es sich nicht um eine Verbindung zwischen mehreren Anlagen im Sinne des § 3 Abs. 2 S. 2 EEG 2004, denn es ist auf jedem Stahlmast nur jeweils eine Anlage im Rechtssinne in Form der Fotovoltaikmodule befestigt, so dass sie nicht als für den gemeinsamen Betrieb mehrerer Anlagen erforderliche Einrichtungen angesehen wer-

den können. So weit man technisch für den Betrieb einer Anlage erforderliche Installationen, Geräte und bauliche Anlagen unter den Anlagenbegriff des § 3 Abs. 2 S. 1 EEG 2004 subsumiert (so die Gesetzesbegründung, BT-Drucksache 15/2864, S. 29), erfüllen die Stahlmasten diese Anforderungen nicht und sind deshalb auch nach dieser Norm nicht zur Anlage zu zählen. Die Stahlmasten sind für den Betrieb einer Solaranlage nicht notwendig. Sie dienen im vorliegenden Fall lediglich als Befestigungsgrundlage für die jeweilige Verstelleinrichtung, die der vom Senat vernommene Zeuge als „Drehköpfe“ bezeichnet hat (S. 5 des Protokolls vom 26.11.2009) und die insbesondere auf dem als Anlage zum Protokoll vom 14.5.2009 in der Akte befindlichen Lichtbildern zu erkennen ist (Bd.III, Bl. 110 f. d.A.), an der das jeweilige Fotovoltaikmodul angebracht ist. Die Stahlmasten als solche sind austauschbar.

Soweit es die drei Fotovoltaikanlagen, die auf den entlang der östlichen Gebäudewand aufgestellten drei Stahlmasten befestigt sind, anbelangt, kommt es für die Beantwortung der Frage, ob die Fotovoltaikanlagen ausschließlich an oder auf einem Gebäude angebracht ist, im vorliegenden Fall indes nicht darauf an, ob auch die jeweiligen Stahlmasten zur Anlage im Sinne des Gesetzes gehören oder nicht. Eine ausschließliche Anbringung wäre nämlich auch dann nicht ausgeschlossen, wenn die Fotovoltaikanlage nicht unmittelbar am Gebäude sondern über ein nicht zur Anlage im Sinne des Gesetzes gehörendes Zwischenstück (hier: einen Stahlmast) am Gebäude ausschließlich angebracht wäre.

Die drei nahe der Gebäudewand befindlichen Fotovoltaikmodule sind jedoch deshalb nicht ausschließlich am Gebäude angebracht, weil sie nicht ausschließlich von der Halle, an der die Stahlmasten befestigt sind, sondern zumindest auch von den im Erdboden eingebrachten Köcherfundamenten, in die wiederum die Stahlmasten verankert sind, getragen werden.

Die ausschließliche Anbringung im Sinne des § 11 Abs. 2 S. 1 EEG 2004 setzt nämlich voraus, dass sämtliche wesentlichen Bestandteile der Anlage vollständig auf oder an dem Gebäude befestigt sein müssen, so dass das Gewicht der Anlage allein von dem Gebäude - nicht jedoch von dem Gebäudedach - getragen wird (BGH, Urteil vom 29.10.2008 – VIII ZR 313/07; OLG Frankfurt, Urteile vom 1.11.2007 – 15 U 25/07 und 5.6.2007 – 14 U 4/07).

Die die Fotovoltaikmodule tragenden Stahlmasten sind nach den überzeugenden, widerspruchsfreien und glaubhaften Angaben des Zeugen , die der Senat seiner Entscheidung zu Grunde legt, zwar durch jeweils zwei an einen Stahlmast angeschweißte Konsolen, die an der Wand mittels Dübeln und Schrauben (14er oder 16er) befestigt sind, mit der Hallenwand verbunden, wobei die obere der bei-

den Konsolen der Verhinderung einer Auslenkung des Mastes und der Abstandhaltung zur Dachrinne und die untere Konsole zur Verfestigung des Stahlmastes insgesamt dient. Darüber hinaus sind die jeweiligen Fundamente der Stahlmasten mit mehreren Stabstählen mit dem Fundament der Halle verbunden. Diese stabilisierenden Verbindungen zum Gebäude führen jedoch nicht dazu, dass die Fotovoltaikmodule mit den darunter befindlichen Stahlmasten allein von der Halle getragen werden. Vielmehr wird das Gewicht der Anlagen einschließlich Stahlmasten jedenfalls auch durch die Betonfundamente - was zwischen den Parteien nicht im Streit steht – getragen.

Auch die beiden Fotovoltaikanlagen, die auf den Stahlmasten befestigt waren, die zur Errichtung des Unterstandes benutzt wurden, sind nicht ausschließlich an oder auf einem Gebäude angebracht.

Zwar ist der Unterstand als eine bauliche Anlage anzusehen, da er die Voraussetzungen des § 11 Abs. 2 S. 3 EEG 2004, wonach Gebäude selbstständige benutzbare, überdeckte bauliche Anlagen sind, die von Menschen betreten werden können und geeignet oder dazu bestimmt sind, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen, erfüllt. Insbesondere schützt die Überdachung jedenfalls in gewissem Umfang darunter befindliche Fahrzeuge und Anhänger vor Witterungseinflüssen.

Die bauliche Konstruktion des Unterstandes, insbesondere das vor allem aus den Stahlmasten einschließlich in die Erde eingebrachter Köcherfundamente aus Beton bestehende Tragwerk, offenbart jedoch deutlich, dass die Gesamtanlage in erster Linie auf die Energieerzeugung und nur untergeordnet auf eine Gebäudenutzung ausgerichtet ist. Denn ein Dach zum Schutz von Fahrzeugen hätte ersichtlich mit wesentlich einfacheren baulichen Mitteln errichtet werden können. Damit ist das bereits nach dem Wortlaut des § 11 Abs. 2 S. 1 EEG 2004 zum Ausdruck gebrachte Abhängigkeitsverhältnis der Fotovoltaikanlage gegenüber dem Gebäude nicht gegeben.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs *„genügt es (...) zur Erlangung einer erhöhten Vergütung nicht schon, dass Gebäude und Anlage in irgendeinen, über bautechnische Mittel herbeigeführten Funktionszusammenhang gebracht worden sind. Die Anlage muss vielmehr angebracht sein, also durch Mittel baulicher Verbindungstechnik auf oder an dem Gebäude befestigt sein, und zwar - wie*

das über die Anforderungen des § 11 Abs. 3 EEG 2004 für sonstige bauliche Anlagen hinausgehende Ausschließlichkeitserfordernis zeigt - dergestalt, dass das Gebäude über seine Statik die Anlage trägt. Daraus folgt zugleich, dass das Gebäude als Trägergerüst die Hauptsache bilden muss, von der die darauf oder daran befestigte Anlage in ihrem Bestand abhängig ist". (Urteil vom 29.10.2008 – VIII ZR 313/07; vgl. auch OLG Frankfurt, Urteil vom 1.11.2007 – 15 U 25/07).

Vorliegend sind die Fotovoltaikmodule nicht derart auf oder an einer die Hauptsache bildenden Gebäudekonstruktion, den Unterstand, angeordnet und befestigt, dass sie hiervon in ihrem Bestand abhängen. Das Tragwerk in Form der im Erdboden mittels Köcherfundamenten verankerten Stahlmasten ist vielmehr ohne Zwischenschaltung eines durch eine eigene statische Trägerkonstruktion gekennzeichneten Gebäudes darauf ausgerichtet und - wie sich aus den Angaben des Zeugen zweifelsfrei ergibt - in der Lage, die Fotovoltaikmodule zu tragen. Die Verbingung der Stahlmasten mit Querverstrebungen und die darauf befindliche Überdachung, durch die erst eine Gebäudeeigenschaft begründet wird, ist für den Bestand der Fotovoltaikmodule ohne Bedeutung. Damit fällt die Anlage bereits nicht in den Anwendungsbereich des § 11 Abs. 2 EEG 2004.

b)

Der Kläger hat als Anlagenbetreiber im Sinne des § 3 Abs. 3 EEG 2004 gegen die Beklagte als Netzbetreiberin (§ 3 Abs. 7 EEG 2004) Anspruch auf Zahlung der Grundvergütung in der Zeit vom 28.6.2005 bis 31.7.2006 gemäß §§ 5 Abs. 1, 11 Abs. 1, Abs. 5 EEG 2004 für den von den fünf Fotovoltaikmodulen, die auf den fünf Stahlmasten montiert sind, erzeugten Strom.

Da die Anlage des Klägers nicht im Geltungsbereich eines Bebauungsplans im Sinne des § 30 des Baugesetzbuchs oder auf einer Fläche, für die ein Verfahren nach § 38 S. 1 des Baugesetzbuchs durchgeführt worden ist, in Betrieb genommen worden ist, erfordert der Vergütungsanspruch - wie sich im Umkehrschluss aus § 11 Abs. 3 EEG 2004 ergibt -, dass die Stromerzeugungsanlagen an oder auf einer baulichen Anlage, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden ist, angebracht ist.

Vorliegend sind die Fotovoltaikmodule über die sie tragenden Stahlmasten auf dem vorhandenen, durch Schotterung befestigten Lagerplatz, angebracht. Auf der Grundlage der Aussage des Zeugen geht der Senat davon aus, dass sämtliche fünf Stahlmasten im Bereich eines befestigten Schotterplatzes mittels Köcherfundamenten in den Erdboden eingebracht wurden. Bei dem Platz handelte es sich danach um eine befestigte Fläche, die in der Lage und dazu bestimmt war, Fahrzeuge und auch größere Anhänger zu tragen. Anhaltspunkte, an der Richtigkeit der entsprechenden Angaben des Zeugen zu zweifeln, sind in keiner Weise ersichtlich geworden, so dass der Senat der Aussage dieses Zeugen auch insoweit ohne Einschränkung folgt.

Bei einem solchen befestigten Lagerplatz handelt es sich um eine bauliche Anlage im Sinne des § 11 Abs. 3 EEG 2004. Denn unter dem Begriff der baulichen Anlage fällt jede mit dem Erdboden verbundene, aus Bauteilen oder Baustoffen hergestellte Anlage wie zum Beispiel auch Straßen, Stellplätze, Deponieflächen, Aufschüttungen, Lager- und Abstellplätze. Der Platz ist auch ersichtlich vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden.

Die Fotovoltaikanlage des Klägers ist schließlich auch auf der baulichen Anlage, der Lagerfläche, angebracht.

§ 11 Abs. 3 EEG 2004 erfordert - abweichend von § 11 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 - nicht, dass die Fotovoltaikanlage *ausschließlich* an oder auf der baulichen Anlage angebracht sein muss. *„Im Regelungszusammenhang des Absatzes 3, der sich mit Einschränkungen der Grundvergütung gemäß § 11 Abs. 1 EEG 2004 2004 befasst und darauf abzielt, Anlagenkombinationen, die nach dem Nutzungszweck vorrangig als Freiflächenanlagen einzustufen sind, in der vergütungsrechtlichen Privilegierung zu beschränken, genügt anders als bei Absatz 2 vielmehr bereits jede baulich-konstruktive Anbringung der Fotovoltaikanlage auf oder an der baulichen Anlage“* (BGH a.a.O.).

Das Tatbestandsmerkmal des Angebrachtseins auf einer baulichen Anlage ist bereits dadurch erfüllt, dass sich die Fotovoltaikanlage räumlich oberhalb der baulichen Anlage - hier des Lagerplatzes - befindet und baulich-konstruktiv über den

sie tragenden Stahlmasten und dessen Betonfundament im darunter liegenden Erdboden befestigt ist.

Für das vom Bundesgerichtshof angesprochene Erfordernis einer „baulich-konstruktiven Anbringung auf der baulichen Anlage“ ist es im vorliegenden Fall ausreichend, dass die die Stahlmasten tragenden Köcherfundamente im Erdreich unterhalb des Schotterbelages verankert und befestigt sind. Eine unmittelbare baulich-konstruktive Verbindung zwischen der Fotovoltaikanlage und dem befestigten Schotterbelag dergestalt, dass jene an den Belag befestigt sein oder dem Schotterbelag eine für die Standfestigkeit des Stahlmastes zusätzliche stabilisierende Wirkung zukommen müsste, ist darüber hinaus nicht erforderlich. Denn der aus einer Aufschotterung bestehende und verdichtete, mit dem Erdboden verbundene Lagerplatz ist wesentlicher Bestandteil des Grundstücks im Sinne des § 94 BGB. Deshalb ist die geschotterte Oberfläche und das darunter befindliche Erdreich als Einheit anzusehen, weshalb eine baulich-konstruktiven Anbringung auch schon durch die Verankerung im Erdreich gegeben ist.

Im übrigen zwingt der Wortlaut „auf einer baulichen Anlage angebracht“ nicht zu der Annahme, dass die Fotovoltaikanlage beziehungsweise der sie tragende Stahlmast und dessen Fundament an der baulichen Anlage – vorliegend der Schotterfläche - auch befestigt sein muss. Dass eine Sache auf einer anderen angebracht ist, setzt zwar häufig voraus, dass sie auch an dieser befestigt wird. Im Vordergrund steht aber bei der Formulierung, eine Sache ist auf einer anderen anzubringen, häufig auch die Beschreibung der Örtlichkeit, an der sich die Sache befinden soll, ohne dass es auf die Frage einer Befestigung gerade an dieser Sache ankommt. Ferner legt der Wortlaut „auf“ einer baulichen Anlage in Abgrenzung zu „an“ einer baulichen Anlage nahe, dass in dem Fall, dass sich die Solaranlage auf, das heißt räumlich über dem Bauwerk befindet, ein unmittelbarer baulich-konstruktiver Zusammenhang im Sinne einer Befestigung zwischen der Solaranlage und der baulichen Anlage selbst – hier der Schotterfläche - nicht zwingend erforderlich ist. Jedenfalls lässt der Wortlaut des § 11 Abs. 3 EEG 2004 die Annahme zu, dass es für das Angebrachtsein auf einer baulichen Anlage ausreichend ist, wenn sich die Fotovoltaikanlage räumlich oberhalb der baulichen Anlage befindet und sie baulich-konstruktiv im Erdboden verankert ist, ohne darüber hinaus an der baulichen Anlage selbst unmittelbar befestigt zu sein.

Weiterhin geht der Schutzzweck des § 11 Abs. 3 EEG 2004 dahin, unbebaute freie Flächen zu schützen, die sich nicht im Bereich eines Bebauungsplanes nach § 30 Baugesetzbuch oder auf einer Fläche, für die ein Verfahren nach § 38 S. 1 Baugesetzbuch durchgeführt worden ist, befinden. Anlagenkombinationen, die nach dem Nutzungszweck vorrangig als Freiflächenanlagen einzustufen sind, sollen in der vergütungsrechtlichen Privilegierung beschränkt werden (BGH a.a.O.). Für Solaranlagen, die sich auf solchen unbebauten Flächen befinden, besteht ein Vergütungsanspruch danach nur dann, wenn sich auf einer solchen Fläche ohnehin schon eine bauliche Anlage befindet und die Solaranlage an oder auf dieser baulichen Anlage "angebracht" ist. Ist eine Fläche bereits bebaut und befindet sich auf dieser Fläche eine Fotovoltaikanlage, so besteht nach dem Zweck des § 11 Abs. 3 EEG 2004, unbebaute Flächen zu schützen und Freiflächenanlagen in der Privilegierung zu beschränken, kein Anlass, den Grundvergütungsanspruch zu verneinen. Die Frage, ob die Solaranlage baulich-konstruktiv gerade auf der baulichen Anlage befestigt oder zumindest baulich-konstruktiv mit dieser verbunden ist, ist im Hinblick auf den Schutzzweck unbeachtlich. Im Hinblick auf diesen Normzweck ist es ohne Relevanz, ob eine Solaranlage etwa auf einer betonierten Fläche, die sich im Bereich einer im übrigen unbebauten freien Fläche befindet, montiert ist, ob sie nur dort aufgestellt und allein durch ihre eigene Schwerkraft getragen wird, oder ob eine solche Solaranlage auf einer betonierten, asphaltierten oder – wie vorliegend – geschotterten, als bauliche Anlage anzusehenden Fläche mittels Köcherfundamenten im Erdboden befestigt wird, so dass zwar kein baulich-konstruktiver Zusammenhang mit dem Flächenbauwerk (geschotterte Parkfläche oder Lagerfläche) besteht, sich aber die Solaranlage allein oberhalb und auf der baulichen Anlage befindet und im Erdboden befestigt ist. Im Ausmaß des Vorhandenseins des Flächenbauwerks ist nämlich im einen wie in dem anderen Fällen der Schutzzweck des § 11 Abs. 3 EEG 2004 gar nicht betroffen, da nur solche Flächen geschützt sind, auf denen sich noch keine bauliche Anlage befindet. Soweit der Senat im Hinweisbeschluss vom 18.10.2007 ausgeführt hat, die Anlage müsse an der baulichen Anlage konstruktiv befestigt sein, wobei es sich nicht um eine physikalisch wirkungslose und konstruktiv völlig überflüssige Befestigung handeln dürfe, es aber ausreichend sei, wenn die Befestigung der Anlage eine zusätzliche Stabilität verschaffe, so steht dies nicht in Widerspruch zu dem vorerwähnten Auslegungsergebnis. Dieser Hinweis bezog sich auf das Erfordernis des

Angebrachtseins der Anlage an einer baulichen Anlage, hier der drei entlang der Halle aufgestellten Stahlmasten an der Gebäudewand. Im Unterschied zu Fotovoltaikanlagen, die sich auf - also räumlich oberhalb - einer baulichen Anlage befinden, *verbrauchen* Anlagen, die auf dem Erdboden stehen und sich zusätzlich in irgendeiner Form an einer baulichen Anlage - wie im vorliegenden Fall einem Gebäude - befinden, gegebenenfalls nach § 11 Abs. 3 EEG 2004 geschützte Freiflächen. Deshalb ist es nach dem erwähnten Schutzzweck dieser Norm für eine Privilegierung solcher Anlagen für das Merkmal einer (baulich-konstruktiven) Anbringung an einer baulichen Anlage (einem Gebäude) notwendig, dass nicht nur eine physikalisch wirkungslose und überflüssige Verbindung zwischen der Solaranlage der baulichen Anlage besteht, sondern dass eine Befestigung an der baulichen Anlage vorhanden ist, die eine zusätzliche stabilisierende Wirkung begründet.

Darüber hinaus sind die Voraussetzungen des Grundvergütungsanspruchs im Zeitraum 28.6.2005 bis 31.7.2008 in Bezug auf die drei entlang der Hallenwand aufgestellten Stahlmasten auch deshalb erfüllt, weil diese im vorbeschriebenen Sinne an einer baulichen Anlage angebracht sind. Denn nach den - wie oben bereits ausgeführt - überzeugenden Angaben des Zeugen sind die jeweils zwei an einen Stahlmasten angeschweißten Konsolen an der Wand mittels Dübeln und Schrauben (14er oder 16er) befestigt, wodurch die obere der beiden Konsolen der Verhinderung einer Auslenkung des Mastes und der Abstandhaltung zur Dachrinne und die untere Konsole der Verfestigung, also der zusätzlichen Stabilisierung des Stahlmastes insgesamt dient. Zudem besteht zwischen dem Fundament des einzelnen Stahlmastes und dem Fundament der Halle durch die verbindenden Stabstähle eine weitere Verbindung. Diese Verbindungen zwischen den Stahlmasten und der Hallenwand sind danach ersichtlich nicht physikalisch völlig wirkungslos, sondern wirken sich vielmehr stabilisierend aus.

Für den Zeitraum 28.6.2005 bis 31.7.2008 kann dies jedoch letztlich offen bleiben, weil die Anspruchsvoraussetzungen für alle fünf Fotovoltaikmodule bereits deshalb vorlagen, weil eine Anbringung auf einer baulichen Anlage in Form des aufgeschotterten und verdichteten Betriebsgeländes - wie ausgeführt - gegeben war.

Die Grundvergütung liegt nach § 11 Abs. 1 EEG 2004 bei 45,70 Cent/kWh. Da die Anlage des Klägers im Jahr 2005 in Betrieb genommen wurde, sind gemäß § 11

Abs. 5 EEG 2004 5% hiervon in Abzug zu bringen, was einem Betrag von 43,42 Cent/kWh entspricht.

Der für den Zeitraum 28.6.2005 bis 5.7.2006 ausgerichtete Zahlungsbetrag errechnet sich wie folgt:

28610 kWh x 0,4342 EUR =	12453,93 EUR
zuzüglich 16% MwSt.	<u>1992,63 EUR</u>
	14446,63 EUR
abzüglich Zahlung	<u>13554,19 EUR</u>
Klageanspruch:	<u>892,37 EUR</u>

Der Zinsanspruch ergibt sich aus den §§ 291, 288 Abs. 1 ZPO.

3.

Nach dem Neubau der Produktionshalle hat der Kläger ab 1.8.2008 aufgrund des Betriebs seiner auf dieser Halle befindlichen Fotovoltaikmodule Anspruch auf Zahlung einer erhöhten Vergütung nach § 11 Abs. 2, Abs. 5 EEG 2004 in Höhe von 46,75 Cent/kWh zuzüglich gesetzliche Umsatzsteuer.

Hinsichtlich der Höhe des Anspruchs ist § 11 Abs. 5 EEG 2004 zu berücksichtigen. Danach sind die Mindestvergütungen nach Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 beginnend mit dem 1.1.2005 jährlich jeweils für nach diesem Zeitpunkt neu in Betrieb genommene Anlagen um 5% des für die im Vorjahr neu in Betrieb genommene Anlage maßgeblichen Wertes zu senken und auf zwei Stellen hinter dem Komma zu runden, wobei sich mit dem 1.1.2006 der Prozentsatz auf 6,5% erhöht. Zwar sind die Solaranlagen überwiegend nicht erst mit dem Neubau der Halle in Betrieb genommen worden. Jedoch sind mit dem Neubau der Halle und der Integration der Stahlmasten in dieselbe erstmalig die Voraussetzungen für den Anspruch auf die erhöhte Vergütung nach § 11 Abs. 2 EEG 2004 geschaffen worden. Für diesen gesetzlich nicht geregelten Fall ist eine entsprechende Anwendung des § 11 Abs. 5 EEG 2004 geboten. Ende Juli 2008 wurden der Neubau der Halle fertig gestellt und die Fotovoltaikmodule installiert, so dass als Jahr der Inbetriebnahme 2008 anzusehen ist. Es errechnet sich demnach ein Vergütungsanspruch von 46,75

Cent/kWh (vgl. auch die Tabellen in Altrock/Oschmann/Theobald, EEG 2004, 2. Auflage, § 11 Rn. 85) ab 1.8.2008.

Die Voraussetzungen des § 11 Abs. 2 S. 1 EEG 2004 der ausschließlichen Anbringung der Anlage auf einem Gebäude liegen bei der durch den Neubau der Produktionshalle geschaffenen Gestaltung vor. Die mittels eines 1,10 m langen Rohrmastes (Drehkopf) auf die in die neue Halle integrierten Stahlmasten befestigten Fotovoltaikmodule sind ausschließlich auf das aus der Halle und den Stahlmasten bestehende Gebäude angebracht.

Die neue Halle ist unter Verwendung von sechs Stahlmasten, die u. a. der Aufmontage der Drehköpfe mit dem Fotovoltaikmodulen dienen, errichtet worden. Die Stahlmasten wurden in die Außenwände der Halle integriert. Die drei entlang der alten Halle vorhanden gewesenen Stahlmasten und ein weiterer Stahlmast, der vormals zu dem Unterstand gehört hatte, fanden dabei ohne örtliche Veränderung Verwendung, zwei weitere Stahlmasten mit höherer Wandungstärke wurden unter Verwendung von in die Erde eingebrachten Köcherfundamenten neu aufgestellt. Die vorhandenen Köcherfundamente der Stahlmasten wurden durch Aufbetonierung verstärkt und durch umlaufende Fundamentierung untereinander und mit weiteren Fundamenten verbunden. Die Einzelheiten ergeben sich aus dem Fundamentplan vom 26.10.2007 (Bd. III, Bl. 181 d.A.) sowie dem Positionsplan P 2 (Seite A114 des Sachverständigengutachten des Prof. Dr. vom 22.9.2008, Bd. III, Bl. 27 d.A.). Darauf wird ergänzend Bezug genommen. Die Verstärkung der Fundamente durch Aufbeton und Herstellung eines Fundamentverbundes war erforderlich, weil die Stahlmasten statisch nicht nur das Gewicht der Fotovoltaikanlagen, sondern zusätzlich auch die Dachlasten, also das Dach des Gebäudes selbst und gegebenenfalls Schneelasten zu tragen haben. Die Stahlmasten überragen das Dach des Gebäudes und enden jeweils mit einer Flanschplatte. Darauf ist der Drehkopf - ein Rohrstück mit einer Länge von 1,10 m - mit der zweiachsigen Fotovoltaikanlage (Nachführanlage) aufmontiert.

Diese Feststellungen beruhen auf den entsprechenden Angaben des Zeugen

: Diese sind glaubhaft. Sie lassen sich insbesondere an Hand der genannten Fundamentpläne und der als Anlage zum Sitzungsprotokoll vom 14.5.2009 (Bd. III, Bl. 107 d.A.) vorhandenen Lichtbilder von der neuen Halle (Bd. III, Bl.

110f. d.A.) nachvollziehen. Der Senat ist bereits auf Grundlage der Angaben dieses Zeugen von dem vorbeschriebenen Sachverhalt überzeugt, so dass es weiterer Beweiserhebungen nicht bedurfte.

Soweit die Beklagte das Berufungsvorbringen des Klägers, die Stahlmasten endeten mit einer Flanschplatte und darauf sei ein weiteres Stück Rohrmast aufgeschraubt, als „verspätet“ gerügt hat, ist der Senat unter dem Gesichtspunkt des § 531 Abs. 2 ZPO nicht an der getroffenen Feststellung der Installation von so genannten Nachführanlagen, wie sie der Zeuge beschrieben hat, gehindert. Der Kläger hat nämlich bereits in der Klageschrift auf Seite 3, 2. Absatz die Anlage dahin beschrieben, dass, damit die Verstellbarkeit des Moduls auch in der vertikalen Ebene gewährleistet sei, das Fotovoltaikmodul nicht flach auf dem Dach installiert werden könne, sondern mittels eines kleinen Rohrmastes über das Dach hinaus geführt werde. Demnach liegt insoweit allenfalls eine Konkretisierung erstinstanzlichen Vortrages, keinesfalls jedoch neues Vorbringen vor.

Bei der festgestellten Sachlage bilden die nachträglich errichtete Halle sowie die sechs Stahlmasten ein einheitliches Gebäude, wobei die Stahlmasten wesentliche Bestandteile im Sinne des § 97 Abs. 2 BGB des Gebäudes sind. Es liegt deshalb eine als einheitliches Gebäude anzusehende Gesamtanlage vor, auf das die Drehköpfe mit den Fotovoltaikmodulen durch Montage auf den Flanschplatten der Stahlmasten im Sinne des § 11 Abs. 2 S. 1 EEG 2004 ausschließlich angebracht sind.

Die von der Beklagten zur Begründung ihrer abweichenden Rechtsauffassung angeführten Grundsätze, die der Bundesgerichtshof im bereits erwähnten Urteil vom 29.10.2008 aufgestellt hat, nämlich

- *„Die Anlage muss vielmehr angebracht sein, also durch Mittel baulicher Verbindungstechnik auf oder an dem Gebäude befestigt sein, und zwar (...) dergestalt, dass das Gebäude über seine Statik die Anlage trägt. Daraus folgt zugleich, dass das Gebäude als Trägergerüst die Hauptsache bilden muss, von der die darauf oder daran befestigte Anlage in ihrem Bestand abhängig ist.“* (S.8 UG = III/95)
- Die Anlage ist nicht ausschließlich angebracht, wenn *„das Tragwerk (...) ohne Zwischenschaltung eines durch eine eigene statische Trägerkonstruktion gekennzeichneten Gebäudes darauf ausgerichtet (ist), die Fotovoltaikmodule zu tragen.“*

führen zu keinem anderen Ergebnis. Zwar sind die sechs Stahlmasten (weiterhin) geeignet und – jedenfalls u.a. - darauf ausgerichtet, die Fotovoltaikmodule selbstständig zu tragen, ohne dass sie der Unterstützung des neu errichteten (übrigen) Gebäudes bedürften. Deshalb könnte man, wenn man die 6 Stahlmasten als „Tragwerk“ ansähe, in Anwendung der Formulierungen des Bundesgerichtshofs

argumentieren, dass vorliegend das Tragwerk „ohne Zwischenschaltung eines durch eine eigene statische Trägerkonstruktionen gekennzeichneten Gebäudes darauf ausgerichtet ist, die Fotovoltaikmodule zu tragen“ und dass die Fotovoltaikmodule in ihrem Bestand nicht von dem Gebäude als das die Hauptsache bildende Trägergerüst abhängig sei.

Der vorliegend zu entscheidende Fall unterscheidet sich jedoch maßgeblich von der vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fallgestaltung, die dadurch gekennzeichnet war, dass „die Gesamtanlage in ihrer baulichen Konstruktion, insbesondere ihrem Tragwerk, in erster Linie auf die Anlage zur Energieerzeugung und nicht auf die Gebäudenutzung ausgerichtet“ war (BGH a.a.O., UG II. 2. b) a.E.), und dass das in § 11 Abs. 2 S. 1 EEG 2004 vorausgesetzte Abhängigkeitsverhältnis der Fotovoltaikanlage gegenüber dem Gebäude nicht bestand. Es trat mithin die Gebäudefunktion der Gesamtanlage ersichtlich gegenüber der Nutzung als Konstruktion für die Solarmodule deutlich in den Hintergrund, so dass es nahe lag, nicht die Gesamtanlage als das die Hauptsache (gegenüber den Fotovoltaikmodulen) bildende Trägergerüst anzusehen, sondern allein das Tragwerk, welches „ohne Zwischenschaltung eines durch eine eigene statische Trägerkonstruktion gekennzeichneten Gebäudes darauf ausgerichtet (ist), die Fotovoltaikmodule zu tragen“.

Demgegenüber ist vorliegend die Gesamtanlage, bestehend aus den Stahlträgern und den sonstigen Bestandteilen des Gebäudes, mindestens im gleichen Maße auf die Nutzung des Gebäudes wie auf die Energieerzeugung ausgerichtet. Die neu errichtete Halle wird nämlich zur Herstellung von

verwendet, auch befinden sich in ihr Sanitär- und Sozialräume. Sie dient demgemäß in nicht unerheblichem Umfange der gewerblichen Nutzung. Die Gebäudefunktion tritt also keinesfalls gegenüber der Ausrichtung der Gesamtanlage als Träger für die Solarmodule in den Hintergrund.

Auch sind die Stahlmasten in das Statikkonzept des Gebäudes in der Art eingebunden, dass sie als statische Trägerkonstruktion (auch) des Gebäudes angesehen werden müssen. So ist - wie ausgeführt - insbesondere die Fundamentierung in Hinblick auf die Gebäudeerrichtung verstärkt worden, um auch die Kräfte des

Daches abzutragen. Es ist also nicht ein Gebäude lediglich dadurch hergestellt worden, dass Gebäudeteile wie zum Beispiel eine Dachkonstruktion an vorhandene Träger einer Solaranlage angebaut wurden. Vielmehr wurden die Standorte der Stahlmasten jedenfalls zum Teil an den Grundriss der zu errichtenden Halle sowie deren Stärke und Fundamentierung an die statischen Anforderungen des Hallendaches angepasst. Die Stahlmasten, die baulich auch durch anderes Material hätten ersetzt werden können, beispielsweise durch Holzträger, sind daher nicht nur statisch, sondern auch optisch und bautechnisch in das Gebäudekonzept eingebunden, so dass die Halle als ein eigenständiges Gebäude anzusehen ist, bei dessen Errichtung die Verwendung von solchen Stahlmasten als Trägergerüst auch dann nicht als völlig unverhältnismäßig erscheinen würde, wenn keine Anbringung von Solaranlagen geplant gewesen wäre. Diese relativ große Eigenständigkeit der Halle gegenüber der aus dem Gebäude und den Solaranlagen bestehenden Gesamtanlage wird durch die Bekundung des Zeugen bestätigt, wonach im Falle der Errichtung der Halle ohne die Voltaikanlage nur 3% an Kosten erspart worden wären.

Es liegt demnach eine Verselbstständigung des Gebäudes mit in das Gebäudekonzept eingebundenen Stahlstützen vor, die die Feststellung rechtfertigt, dass die Halle als Trägergerüst die Hauptsache im Verhältnis zu der Gesamtanlage bildet, und dass sie als solche die aufmontierten Nachführanlagen trägt.

Die Richtigkeit des Ergebnisses wird letztlich auch durch die folgende Überlegung bestätigt:

Ausgehend davon, dass § 11 Abs. 2 S. 1 EEG 2004 auch im Fall einer Neuerrichtung eines Hallengebäudes mit daran angebrachter Solaranlage Anwendung findet, ist es nach dem Gesetzeszweck unerheblich, ob eine gegebenenfalls allein aus Wänden bestehende Hallenkonstruktion derart stabil gestaltet wird, dass das Gebäude Solarmodule zu tragen in der Lage ist, oder ob in ein vergleichbares Hallengebäude Stahlmasten oder andere geeignete Stützen integriert werden, auf die die Statik der Halle aufbaut, auf die die Solarmodule installiert und von denen diese getragen werden. Im einen wie in dem anderen Fall kommt es darauf an, ob ein eigenständiges Hallengebäude errichtet wird, bei dem der Zweck, es als Gebäude zu nutzen, nicht gegenüber der Nutzung zum Zwecke der solaren Energiegewin-

nung in den Hintergrund tritt. Liegt eine solche Selbstständigkeit des Gebäudes gegenüber der Gesamtanlage vor, so trägt das Gebäude selbst die gegebenenfalls auf die Stahlmasten aufmontierten Nachführanlagen. Letztere sind dann gegebenenfalls in ihrem Bestand auch nicht von dem Gebäude als das die Hauptsache bildende Trägergerüst im Sinne des erwähnten Urteils des Bundesgerichtshofs abhängig, denn ohne die Befestigung an das (auch aus den Stahlstützen bestehende) Hallengebäude könnten die Fotovoltaikmodule so nicht bestehen. Dabei verkennt der Senat nicht, dass die Module selbstverständlich auch auf freistehenden entsprechenden Stahlmasten montiert sein könnten und insofern sie nicht vom Bestand eines Gebäudes abhängig sind. Dies kann jedoch in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem ein gegenüber der Gesamtanlage selbstständiges unter Einbindung der Stahlstützen errichtetes Bauwerk gegeben ist, nicht der entscheidende Maßstab sein. Denn, dass Fotovoltaikmodule sowohl auf Gebäuden als auch auf geeigneten Stahlstützen installiert werden können, ist selbstverständlich und unter diesem Gesichtspunkt wären sie nie vom Bestand eines Gebäudes abhängig.

III.

Die Kostenentscheidung erfolgt aufgrund des Teilunterliegens des Klägers in erster und zweiter Instanz nach den §§ 92 Abs. 1, 97 Abs.1 ZPO.

Hinsichtlich des ersten Rechtszuges hat der Senat einen Streitwert von insgesamt 49.740,39 € (Zahlungsantrag: 4643,01 €; Feststellungsantrag: 45.097,92 €) zu Grunde gelegt. Obsiegt hat der Kläger in Höhe von 36.032,55 € (Zahlungsantrag: 892,37 €; Feststellungsantrag: 35.140,18 €). Es errechnet sich folglich eine Unterliegensquote des Beklagten in Höhe von 72% gegenüber einer solchen des Klägers in Höhe von 28%.

Berechnung:

Streitwert 1. Instanz:

Zahlungsantrag:

4.643,01 €

Feststellungsantrag (3,5 Jahreswert gem. §§ 9 ZPO, 48 Abs. 1 GKG; 20% Abschlag):

begehrte Nettovergütung:	0,5453 €		
abzüglich anerkannter Betrag: -	0,0422 €		
	0,5031 €		
16 % USt. (bis 31.12.06)	0,0805 €	19 % USt.	0,0956 €
	<u>0,5836 €</u>		<u>0,5987 €</u>

½ Jahre x 27000 kW/h x 0,5836 € =	7878,60 €			
3 Jahre x 27000 kW/h x 0,5987 € =	<u>48493,80 €</u>			
	56372,40 €	20% Feststellungsabschlag		<u>45.097,92 €</u>
Gesamtstreitwert				<u>49.740,93 €</u>
<u>Unterliegen des Beklagten 1. Instanz:</u>				
<u>Zahlungsantrag:</u>				892,37 €
<u>Feststellungsantrag:</u>				
Nettovergütung:	0,4342 €			
abzüglich anerkannter Betrag: -	<u>0,0422 €</u>			
	0,3920 €			
16 % USt. (bis 31.12.06)	<u>0,0627 €</u>	19 % USt.	<u>0,0745 €</u>	
	<u>0,4547 €</u>		<u>0,4665 €</u>	
½ x 27000 kW/h x 0,4547 € =	6138,72 €			
3 x 27000 kW/h x 0,4665 € =	<u>37786,50 €</u>			
	43925,22 €	20% Feststellungsabschlag		<u>35.140,18 €</u>
Gesamtunterliegen:				<u>36.032,55 € €</u>

Für den zweiten Rechtszug ist ein Gesamtstreitwert von 76.683,95 € (Zahlungsantrag: 4643,01 €; Hauptfeststellungsantrag: 26.779,22 €; Hilfsfeststellungsantrag: 45.261,72 €) zu Grunde zu legen. Obsiegt hat der Kläger im Umfang von 60.018,81 € (Zahlungsantrag: 892,37 €; Hauptfeststellungsantrag: 20.865,28 €; Hilfsfeststellungsantrag: 38.261,16 €). Es errechnet sich danach eine Unterliegensquote des Beklagten in Höhe von 82% gegenüber einer solchen des Klägers in Höhe von 18%.

Berechnung:

Streitwert 2. Instanz:

<u>Zahlungsantrag:</u>				4.643,01 €
<u>Feststellungsantrag</u> (3,5fache Jahreswert gem. §§ 9 ZPO, 48 Abs. 1 GKG; 20% Abschlag):				

Gemäß § 45 Abs. 1 GKG sind Haupt- und Hilfsanspruch zusammen zu rechnen, soweit sie nicht denselben Gegenstand betreffen. Dies muss vorliegend dazu führen, dass der Wert des Hauptfeststellungsantrages für den Zeitraum 6.7.2006 bis 31.7.2008 (ca. 25 Monate) und für den Hilfsfeststellungsantrag der 3,5fache Jahreswert gem. §§ 9 ZPO, 48 Abs. 1 GKG, jeweils mit 20% Feststellungsabschlag zu berücksichtigen ist.

Hauptfeststellungsantrag:

begehrte Nettovergütung:	0,5453 €			
abzüglich anerkannter Betrag: -	<u>0,0422 €</u>			
	0,5031 €			
16 % USt. (bis 31.12.06)	<u>0,0805 €</u>	19 % USt.	<u>0,0956 €</u>	
	<u>0,5836 €</u>		<u>0,5987 €</u>	
6/12 Jahre x 27000 kW/h x 0,5836 € =	7878,60 €			
19/12 Jahre x 27000 kW/h x 0,5987 € =	<u>25595,43 €</u>			
	33474,03 €	20% Feststellungsabschlag		<u>26.779,22 €</u>

Hilfsfeststellungsantrag:

3,5 Jahre x 27.000 kW/h x 0,5987 € =	56577,15 €	20% Feststellungsabschlag		<u>45.261,72 €</u>
--------------------------------------	------------	---------------------------	--	--------------------

Gesamtstreitwert				<u>76.683,95 €</u>
-------------------------	--	--	--	---------------------------

Unterliegen des Beklagten 2. Instanz:

<u>Zahlungsantrag:</u>			892,37 €
<u>Hauptfeststellungsantrag (6.7.06 bis 31.7.08 = ca. 25 Monate):</u>			
6/12 Jahre x 27000 kWh x 0,4547 € =	6138,72€		
19/12 Jahre x 27000 kWh x 0,4665 € =	<u>19942,87 €</u>		
	26081,60 €	20% Feststellungsabschlag	20.865,28 €
<u>Hilfsfeststellungsantrag:</u>			
Nettovergütung:	0,4675 €		
abzüglich anerkannter Betrag: -	<u>0,0422 €</u>		
	0,4252 €		
19 % USt.	<u>0,0808 €</u>		
	<u>0,5061 €</u>		
3,5 Jahre x 27.000 kWh x 0,5061 € =	47826,45 €	20% Feststellungsabschlag	<u>38.261,16 €</u>
Gesamtunterliegen:			<u>60.018,81 €</u>

IV.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

V.

Die Revision war zuzulassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Die klärungsbedürftigen Rechtsfragen insbesondere in Bezug auf die Auslegung des Tatbestandsmerkmals des Anbringens einer Solaranlage auf oder an einer baulichen Anlage sind in der Rechtspraxis umstritten. Ihr Auftreten ist in einer Vielzahl von Rechtsfällen zu erwarten. Dies zeigt sich u. a. darin, dass die Beklagte in Hinblick auf die Bedeutung einer höchstrichterlichen Entscheidung für weitere vergleichbare Fälle ausdrücklich die Zulassung der Revision beantragt hat.

Dr. Nassauer

Bloch

Reichhardt