



Aktenzeichen:
5 U 1276/12
9 O 232/12 LG Mainz

Verkündet am 23. Januar 2013
Linster, Justizinspektorin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Oberlandesgericht

Koblenz

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

...

- Verfügungsklägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte ...

gegen

...

- Verfügungsbeklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte ...

hat der 5. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Koblenz durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Kaltenbach, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Menzel und den Richter am Oberlandesgericht Goebel auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 23.01.2013 für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts

Mainz vom 19.10.2012, Az. 9 O 232/12, geändert:

Die Beklagte wird verurteilt, ab dem 11.11.2011 an die ...[A]bank e.G. längstens bis zur Beendigung des Hauptsacheverfahrens oder, soweit ein solches Verfahren nicht bis zum 31.03.2013 eingeleitet wird, bis zu diesem Zeitpunkt einen kalendermonatlichen Abschlag in Höhe von 7.932,58 €, für November 2011 anteilig, Zug um Zug gegen jeweilige Übergabe einer Sicherheitsleistung i.S.d. § 108 ZPO in gleicher Höhe für den in das Netz der Berufungsbeklagten eingespeisten Strom, der in den von der Klägerin am Standort ...[X] im Geltungsbereich des Bebauungsplans „...[Y]“ (1. Änderung) vom 10.08.2011 errichteten Photovoltaikmodulen (Teilfläche A) produziert wird, zu zahlen.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

2. Die Kosten des Verfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

Gründe:

I.

Die Klägerin begehrt im Wege der einstweiligen Leistungsverfügung nach § 59 EEG von der Beklagten die Zahlung von monatlichen Abschlägen auf die gesetzliche Einspeisevergütung gem. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG.

Die Verfügungsklägerin hat im Jahr 2011 am Standort ...[X] Photovoltaikmodule errichtet. Die Anlage wurde am 11.11.2011 in Betrieb genommen und an das Netz der Beklagten angeschlossen. Die Beklagte nimmt seit diesem Zeitpunkt den angebotenen Strom ab und verteilt ihn weiter. Eine Einspeisevergütung zahlt die Beklagte bisher nicht.

Zur Absicherung der Fremdfinanzierung von 1.286.000 € durch die ...[A]bank e. G. wurde dieser die Photovoltaikanlage zur Sicherheit übereignet und der Anspruch auf die Einspeisevergütung abgetreten. Bis zum März 2013 sind monatliche Zinszahlungen von 3.912 €, ab dem 31.03.2013 dann Zins- und Tilgungsleistungen von 11.554 € (3.912 € + 7.642 €) zu erbringen.

Die Klägerin sieht sich von der Kreditgeberin zur Geltendmachung der Einspeisevergütung ermächtigt. Die Errichtung der Photovoltaikanlagen sei auf Konversionsflächen erfolgt, so dass

die Beklagte zur Zahlung einer Einspeisevergütung nach § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 (Konversionsflächen) verpflichtet sei. § 59 EEG erlaube die Durchsetzung des Anspruchs auf Abschlagzahlung, ohne dass es auf die Glaubhaftmachung eines Verfügungsgrundes bedürfe.

Sie hat erstinstanzlich zuletzt beantragt,

die Beklagte zu verpflichten, an die ...[A]bank e.G. einen monatlichen Abschlag in Höhe von EUR 15.882,55 für den in das Netz der Verfügungsbeklagten eingespeisten Strom zu zahlen, der in den von der Verfügungsklägerin am Standort ...[X] im Geltungsbereich des Bebauungsplans „...[Y]“ (erste Änderung) vom 10.08.2011 errichteten Photovoltaikmodulen produziert wird.

Die Beklagte ist dem Verfügungsantrag entgegengetreten und hat hilfsweise beantragt,

ihr nachzulassen, die von der Klägerin begehrten Abschlagszahlungen auf ein zu benennendes Anderkonto, auf welches die Klägerin erst im Zeitpunkt einer rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache Zugriff erlangt, vornehmen zu dürfen,

sowie

die Anordnung und die Vollziehung der einstweiligen Verfügung von einer Sicherheitsleistung der Verfügungsklägerin abhängig zu machen.

Die Beklagte rügt die Voraussetzungen der gewillkürten Prozessstandschaft. Ob ein Anspruch auf Einspeisevergütung nach § 32 EEG 2009 bestehe, könne derzeit nicht beurteilt werden, da die Klägerin die Voraussetzungen nicht nachgewiesen habe. Die Empfehlung der von der Klägerin angerufenen Clearing Stelle sei rechtlich unverbindlich. § 59 EEG setze das Vorliegen eines Verfügungsgrundes voraus. Ein solcher läge bei der Kreditgeberin als Anspruchsinhaberin (Zessionar) nicht vor.

Das Landgericht hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nach mündlicher Verhandlung mit dem angefochtenen Urteil zurückgewiesen. Es könne offen bleiben, ob die Voraussetzungen der gewillkürten Prozessstandschaft vorlägen und ein Verfügungsanspruch glaubhaft gemacht sei. Jedenfalls fehle es an einem Verfügungsgrund. Zunächst sei zweifelhaft, ob § 59 Abs. 2 EEG auch den Fall der gewillkürten Prozessstandschaft erfasse, in dem die Anlagenbetreiberin einen ihr aufgrund der Abtretung nicht mehr zustehenden Anspruch

verfolge. Nach § 59 Abs. 2 EEG sei aber der Verfügungsgrund allenfalls widerleglich zu vermuten. Hier sei der Verfügungsgrund widerlegt, weil sich schon aus dem eigenen Vortrag der Klägerin ergebe, dass der Erlass der Leistungsverfügung nicht dringlich sei. Die derzeitigen Zinszahlungen lägen weit unter den geforderten Abschlagszahlungen.

Dem tritt die Klägerin mit ihrer Berufung entgegen. § 59 Abs. 2 EEG verlange gerade keinen Verfügungsgrund. Letztlich könne dies aber auch dahinstehen, weil hinsichtlich des Verfügungsgrundes auf die Anlagenbetreiberin abzustellen sei und das Landgericht bei seiner Argumentation übersehe, dass die Einspeisevergütung die einzige Einnahmequelle der Klägerin sei, die daraus nicht nur die Zinszahlungen und zeitnah die Tilgungsleistungen erbringen müsse, sondern auch den laufenden Geschäftsbetrieb zu finanzieren habe. Auf Hinweis des Senates hat sie ergänzend zur Teilfläche B als Konversionsfläche vorgetragen und unter Bezugnahme auf die Anlage 4 zur Klageschrift einen Vergütungsanspruch zumindest für die Teilfläche A mit 57,88% der Gesamtforderung berechnet. Wegen der Berechnung wird auf S. 9 ff. des Schriftsatzes vom 18.01.2013 verwiesen.

Die Klägerin beantragt, das Urteil des Landgerichtes Mainz vom 19.10.2012 (9 O 232/12) aufzuheben und

die Beklagte zu verpflichten, an die Klägerin einen monatlichen Abschlag in Höhe von EUR 15.882,55 für den in das Netz der Verfügungsbeklagten eingespeisten Strom zu zahlen, der in den von der Verfügungsklägerin am Standort ...[X] im Geltungsbereich des Bebauungsplans „...[Y]“ (erste Änderung) vom 10.08.2011 errichteten Photovoltaikmodulen produziert wird.

hilfsweise

die Beklagte zu verpflichten, an die ...[A]bank e.G. einen monatlichen Abschlag in Höhe von EUR 15.882,55 für den in das Netz der Verfügungsbeklagten eingespeisten Strom zu zahlen, der in den von der Verfügungsklägerin am Standort ...[X] im Geltungsbereich des Bebauungsplans „...[Y]“ (erste Änderung) vom 10.08.2011 errichteten Photovoltaikmodulen produziert wird.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die angefochtene Entscheidung und die zwischen den Parteien im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung ist nur teilweise begründet. Unter Beachtung von § 938 ZPO war der begründete Anspruch wie aus dem Tenor ersichtlich zuzuerkennen, die Berufung im übrigen zurückzuweisen.

1. Aktivlegitimation in gewillkürter Prozessstandschaft

Die Klägerin ist nicht Anspruchsinhaberin. Sie kann auch nicht die Zahlung der Einspeisevergütung in gewillkürter Prozessstandschaft an sich verlangen, sehr wohl jedoch an die Zessionarin.

a.) Klägerin als Anspruchsinhaberin

Zur Überzeugung des Senates steht fest, dass die Klägerin nicht Inhaberin des Anspruchs auf Abschlagszahlungen auf die geschuldete Einspeisevergütung nach den Bestimmungen der §§ 16 ff EEG ist.

Im Darlehnsvertrag ist die hier geltend gemachte Einspeisevergütung unter Ziffer 6 an die Kreditgeberin abgetreten (Anlage A1). Für eine bedingte Abtretung auf den Sicherungsfall, wie in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht behauptet (Bl. 112 GA), lässt sich dem vorgelegten Darlehnsvertrag nichts entnehmen. Die weitere Behauptung in der mündlichen Verhandlung, eine Abtretung der Einspeisevergütung sei überhaupt nicht erfolgt (Bl. 112 GA), ist im Angesicht der vorgelegten Sicherungsvereinbarung ohne Grundlage. Das bestätigt auch die Berufung, die – wie schon in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 18.09.2012 – davon ausgeht, dass der Anspruch auf die Einspeisevergütung abgetreten wurde und eine Rückabtretung weder erfolgt ist, noch erfolgen sollte (Bl. 126 GA).

Durch die Abtretung der Einspeisevergütung an die ...[A]bank e.G. ist diese Anspruchsinhaberin geworden. Bei dem von der Klägerin verfolgten Zahlungsanspruch handelt es sich damit um ein fremdes Recht. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass es sich um eine Sicherungsabtretung handelt und der Sicherungsfall noch nicht eingetreten ist (Palandt-Grüneberg, BGB, 71. Aufl., § 398 Rn. 24). Abzustellen ist außerhalb der Insolvenz auf die Rechtslage, nicht auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise. Das sieht auch die Klägerin nicht anders, da sie sich mit der abschließenden Erklärung in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht, dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 18.09.2012 und der Berufungsbegründung der Anspruchsinhaberschaft nicht (mehr) berührt, sondern auf die gewillkürte Prozessstandschaft abstellt.

b.) Gewillkürte Prozessstandschaft für den Hauptantrag

Zur Überzeugung des Senates sind die Voraussetzungen der gewillkürten Prozessstandschaft jedenfalls insoweit gegeben, wie die Klägerin Zahlung an die Zessionarin verlangt.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darf jemand ein fremdes Recht aufgrund einer ihm von dem Berechtigten erteilten Ermächtigung im eigenen Namen im Prozess verfolgen, sofern er hieran ein eigenes schutzwürdiges Interesse hat (BGH NJW 2012, 3032; BGH NJW 2000, 738 m.w.N.). Bei der gewillkürten Prozessstandschaft handelt es sich um eine Prozessvoraussetzung, die in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen ist (BGH NJW 2012, 3032; BGH NJW 1994, 652).

Wie bereits dargelegt, ist die Kreditgeberin Inhaberin des Anspruchs auf die Einspeisevergütung, so dass es sich im Verhältnis zur Klägerin um ein fremdes Recht handelt. Ein eigenes schutzwürdiges Interesse der Klägerin steht nicht in Frage. Die Einspeisevergütung dient der Bedienung der Zins- und Tilgungsleistungen aus der Kreditverbindlichkeit der Klägerin, deren Interesse in der Befreiung von der Schuld gegenüber der Kreditgeberin besteht.

Eine ausdrückliche Ermächtigung der Klägerin durch die Kreditgeberin zur Geltendmachung des Rechts im eigenen Namen und mit dem Recht Zahlung an sich zu fordern, ist zur Überzeugung des Senates allerdings nicht nachgewiesen.

Der Darlehnsvertrag (Anlage A1) enthält weder in Abschnitt 6 über die Abtretung noch in den weiteren Darlehnsbedingungen eine ausdrückliche Ermächtigung der von der Klägerin behaupteten Art, die die Verfolgung des Anspruchs aus dem im Berufungsverfahren gestellten Hauptantrag zu rechtfertigen geeignet wäre. Eine ausdrückliche Ermächtigung zur Prozessführung durch die in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht anwesenden

Vertreter der Kreditgeberin ist ebenfalls nicht erfolgt. Dem Protokoll der mündlichen Verhandlung lässt sich eine entsprechende Erklärung nicht entnehmen (Bl. 111 bis 116 GA). Die Klägerin hat nach der Sitzungsunterbrechung ausweislich des Protokolls lediglich erklärt, dass sie nun der Auffassung sei, in gewillkürter Prozessstandschaft tätig zu sein. Wer die Ermächtigung wann und in welchem Umfang erteilt haben soll, wird nicht erläutert. Ungeachtet dessen kann die Ermächtigung für die Kreditgeberin als Willenserklärung nur durch eine vertretungsberechtigte Person abgegeben werden. Die in der mündlichen Verhandlung erschienenen Mitarbeiter der Kreditgeberin hatten eine solche Vertretungsmacht unstreitig nicht. Dass eine Erklärung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht abgegeben wurde, lässt sich dem Protokoll nicht entnehmen. Eine spätere Genehmigung einer solchen Erklärung ist nicht nachgewiesen.

Die vorgelegte „Zustimmung zur gewillkürten Prozessstandschaft“ vom 24.09.2012 (Bl. 141 GA) ist weder als Genehmigung des vorbezeichneten Handelns zu sehen, noch als eigenständige Ermächtigung. Die Erklärung lässt nicht erkennen, dass sie von einer vertretungsberechtigten Person unterschrieben wurde. Dies ist auch nicht vorgetragen und glaubhaft gemacht. Letztlich kann dies aber auch dahinstehen, da die Erklärung nicht geeignet ist, den Hauptantrag zu tragen. Sie verlangt die Zahlung auf ein näher bezeichnetes Konto, während der Hauptantrag auf die Leistung an die Klägerin, ohne diese Einschränkung gerichtet ist.

Damit fehlt es für den Hauptantrag an den Voraussetzungen der gewillkürten Prozessstandschaft, so dass die Berufung insoweit abzuweisen war und nur eine Entscheidung über den Hilfsantrag in Betracht kommt.

b.) Gewillkürte Prozessstandschaft für den Hilfsantrag

Die Klägerin kann sich auf eine konkludente Ermächtigung zur Geltendmachung des Anspruchs im eigenen Namen berufen, gleichwohl aber nur Zahlung an die ...[A]bank eG verlangen.

Die in Bezug genommene Entscheidung des BGH vom 11.11.1977 (I ZR 80/75 = NJW 1978, 698) ist allerdings nicht einschlägig, weil dort ein Fall der stillen Zession betroffen war. Hier hat die Kreditgeberin aber gerade nicht den Weg der stillen Zession gewählt, sondern die Beklagte über die erfolgte Abtretung informiert. Auch die von der Klägerin zitierte (Bl. 125 GA) Entscheidung des BGH vom 24.10.1985 (VII ZR 337/84 = BGHZ 96, 151) führt zu keinem anderen Ergebnis. Dort lag nämlich eine ausdrückliche Ermächtigung zur Prozessführung vor,

der der BGH nur das schutzwürdige Interesse der insolventen Klägerin absprach (BGH a.,a.O. Rz. 14, zitiert nach juris).

Es ist allerdings anerkannt, dass der Zedent bei einer offenen Abtretung auch ohne eine ausdrückliche Ermächtigung berechtigt ist, die abgetretene Forderung im eigenen Namen geltend zu machen, wenn auch nur auf Zahlung an den Zessionar (BGH NJW 2002, 1568; BGH NJW 1999, 2110; BGH v. 06.11.1980, VII ZR 200/79 = NJW 1981, 678, Rz. 14 zitiert nach juris; BGH v. 11.02.1960, VII ZR 206/58, WM 1960, 435, Rz. 28, zitiert nach juris; RGZ 155, 50; Staudinger/Busche, BGB, Neubearbeitung 2012, Einl. Zu §§ 398 ff. BGB, Rn. 92; Roth, in: Münchner Kommentar zu BGB, 6. Aufl. 2012, § 398 Rn. 107; Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl. 2012, § 398 Rn. 24). Die Begründung ist in der treuhänderischen Natur des Sicherungsrechtes sowie in einer Analogie zu § 1281 BGB zu suchen. Ob etwas anderes zu gelten hat, wenn der Zessionar die Sicherungsabtretung mit einem eigenen Zahlungsverlangen an sich vor der prozessualen Geltendmachung des Rechtes durch den Zedenten offen gelegt hat, kann dahinstehen. Vorliegend wurde die Abtretung zwar offen gelegt, ohne aber Zahlung an den Zessionar zu verlangen. Auch ist nicht behauptet, dass der Sicherungsfall eingetreten ist. Letztlich liegt kein Fall vor, in dem der Zessionar einer Forderungsbeitreibung durch den Zedenten ausdrücklich widersprochen hat. Dass die Zessionarin im vorliegenden Fall von der Beitreibung durch die Klägerin Kenntnis hatte und damit auch tatsächlich in der Lage wäre, der Beitreibung ausdrücklich zu widersprechen, belegt der Umstand, dass zwei ihrer Mitarbeiter an der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht teilgenommen haben.

Für den Hilfsantrag war damit zu klären, ob ein Verfügungsanspruch vorliegt und ein Verfügungsgrund erforderlich ist.

2. Verfügungsanspruch

Im Umfang der auf der Teilfläche A errichteten Anlage steht der Klägerin ein Abschlag auf den Vergütungsanspruch nach § 59 EEG i.V.m. §§ 16, 32 EEG zu.

Für den Verfügungsanspruch ist nach § 66 Abs. 1 EEG 2012 das EEG vom 25.10.2008 (EEG 2009) in der bis zum 31.12.2011 geltenden Fassung zur Anwendung zu bringen, da die streitgegenständliche Anlage am 11.11.2011 und damit vor dem 31.12.2011 in Betrieb genommen wurde.

Nach § 59 EEG 2009 kann das in der Hauptsache zuständige Gericht bereits vor Errichtung der Anlage unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles durch einstweilige Verfügung regeln, dass die Schuldnerin oder der Schuldner der in § 16 EEG 2009 bezeichneten

Ansprüche einen als billig und gerecht zu erachtenden Betrag als Abschlagszahlung zu leisten hat. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass der Gesetzgeber mit seiner Formulierung den Anwendungsbereich des einstweiligen Rechtsschutzes erweitern wollte (BT-Drks. 16/8148, S. 74), so dass § 59 EEG 2009 grundsätzlich auch dann zur Anwendung kommt, wenn – wie hier- die Anlage bereits errichtet ist.

Nach §§ 16, 32 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 2 EEG 2009 besteht ein Anspruch auf Einspeisevergütung neben Meldeauflagen und technischen und betrieblichen Vorgaben nur, wenn die Anlage im Geltungsbereich eines Bebauungsplans errichtet wurde, der zumindest auch zu diesem Zweck nach dem 1. September 2003 aufgestellt oder geändert worden ist, und wenn sich die Anlage auf Konversionsflächen aus wirtschaftlicher, verkehrlicher, wohnungsbaulicher oder militärischer Nutzung befindet.

Für Strom aus Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie sind nach § 32 Abs. 1 EEG 31,94 Cent pro eingespeister Kilowattstunde zu vergüten. Die Vergütung vermindert sich nach § 20 Abs. 2 Ziffer 8 und Abs. 2a EEG auf 22,07 Cent, da sie erst 2011 in Betrieb genommen wurde. Entsprechend der nicht bestrittenen installierten Gesamtleistung von 884,12 kWp ergibt sich eine zu erwartende jährliche Vergütung von 177.955,67 EUR netto oder von monatlich 14.829,64 EUR (Bl. 75 GA). Abzüglich eines Sicherheitsabschlages von 10% und zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer errechnet sich der mit dem Antrag begehrte Abschlagsbetrag von monatlich 15.882,55 EUR. Die Beklagte ist dieser Berechnungsweise nicht entgegengetreten, sondern verlangt lediglich hilfsweise einen Abschlag von 20%, statt der von der Klägerin zugestandenen 10%. Da insgesamt 3.956 Module errichtet wurden (Anlage 4 zur Klageschrift), beträgt die zu erwartende jährliche Vergütung je Modul 44,98 € netto.

Für die Anlage der Klägerin, die nicht auf anderweitig zweckbestimmten baulichen Anlagen errichtet wurden, gilt dies allerdings gemäß § 32 Abs. 2 Nr. 1 EEG nur, soweit die Anlage im Geltungsbereich eines nach dem 1.9.2003 aufgestellten Bebauungsplans nach § 30 BauGB errichtet wurde. Zusätzlich muss sich die Anlage gemäß § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG auf einer Konversionsfläche aus wirtschaftlicher, verkehrlicher, wohnungsbaulicher oder militärischer Nutzung befinden. Den Nachweis der Voraussetzungen des § 32 Abs. 2 Nr. 1 und 2 EEG 2009 kann der Anlagenbetreiber gegenüber dem Netzbetreiber im Streitfall durch die Vorlage einer Kopie des Bebauungsplans und einer Bestätigung der zuständigen Körperschaft führen, dass er noch nicht aufgehoben ist (Oschmann/Sösemann, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl. 2011, § 32 Rn. 43; Salje, EEG, 5. Aufl. 2009, § 32 Rn. 25; LG Dresden v. 10.01.2012, 8 O 2938/11, Rz. 48 zitiert nach juris).

Die Klägerin hat die planungsbezogenen Voraussetzungen des Anspruchsgrundes zur Überzeugung des Senates nachgewiesen, nicht aber in vollem Umfang die flächenbezogenen. Der Anspruch auf eine Abschlagszahlung scheidet damit teilweise am nicht vollständigen Nachweis des Anspruchsgrundes.

aa.) (Planungsbezogene Voraussetzungen)

Der hier maßgebliche Bebauungsplan der Gemeinde ...[X] wurde nach dem 1.9.2003 aufgestellt, nämlich am 10.08.2011 und am 22.03.2012 öffentlich bekannt gemacht (Bl. 45 -47). Dass der Bebauungsplan nicht wieder aufgehoben wurde, ist nicht in Streit und muss angesichts der zwischenzeitlichen Beteiligung der Beklagten am Verfahren deshalb nicht nachgewiesen werden. Dass die Photovoltaikanlage sich innerhalb des Geltungsbereiches des Bebauungsplans befindet, hat die Klägerin durch die Vorlage der Anlage 4 zur Klageschrift zur Überzeugung des Senates belegt. Dass die Örtlichkeit eine von der Planunterlage abweichende Aufstellung der Photovoltaikanlage zeigt, hat die Beklagte nicht geltend gemacht.

Unerheblich bleibt nach Ansicht des Senates, dass die Anlage vor dem in Kraft treten des Bebauungsplans errichtet und in Betrieb genommen wurde, solange dies jedenfalls – wie hier - nach dem Aufstellungsbeschluss geschehen ist. Nach dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung soll die Herstellung und Inbetriebnahme der Anlage auf den Entscheidungen des Planungsträgers beruhen. Das ist gewährleistet. Dafür spricht auch, dass das Gesetz in § 32 Abs. 3 EEG nicht explizit auf das Inkrafttreten des Bebauungsplans abstellt, sondern auch die Aufstellung und die Änderung als Anknüpfungspunkte nennt. Dass einem Bebauungsplan bereits nach dem Aufstellungsbeschluss Rechtswirkungen zukommt, ergibt sich unmittelbar aus § 33 BauGB. Die entgegenstehenden Behauptungen von Heinemann (in: Gabler/Metzenhin, EEG, § 32 Rn. 26), die sachlich nicht begründet werden, lassen für den Senat keine andere Sichtweise zu.

Nach Auffassung des Senates muss der Anlagenbetreiber nicht nachweisen, dass der Bebauungsplan formell und materiell unanfechtbar ist. § 32 EEG verlangt (nur) eine Anlage innerhalb des Geltungsbereiches eines Bebauungsplans. Dem steht möglicherweise die Nichtigkeit, nicht aber die Anfechtbarkeit des Bebauungsplans entgegen (so auch LG Dresden v. 10.01.2012, 8 O 2938/11, Rz. 45 zitiert nach juris; wohl auch Heinemann, in: Gabler/Metzenhin, EEG, § 32 Rn. 29). Der Gesetzgeber hat hinsichtlich der Vorgängervorschrift in § 11 EEG 2004 darauf abgestellt, dass das Erfordernis des Bebauungsplans einerseits der Sicherung ökologisch wertvoller Flächen diene, andererseits den Einfluss der Bürgerschaft im Sinne einer notwendigen Akzeptanz mittelbar über die gewählten Gemeinde- oder Stadträte bei der Satzungsentscheidung und unmittelbar durch die vorgeschriebene Bürgerbeteiligung

sichere (BT-Drks. 15/2864, S. 44 und BT-Drks. 16/8148, S. 59). Dabei hat der Gesetzgeber gerade nicht auf den nachlaufenden Rechtsschutz abgestellt. Es ist nicht zu ersehen, dass der Gesetzgeber eine Wirksamkeitsprüfung des Bebauungsplans auch nur erwogen hat. Der nach hinreichender Bürgerbeteiligung in Kraft gesetzte Bebauungsplan ist daher hinreichende Grundlage für die Vergütungspflicht. Es ist auch sachgerecht, die Anfechtbarkeit eines Bebauungsplans nicht abstrakt und mittelbar in einem Vergütungsverfahren nach dem EEG zu prüfen, sondern dies den dafür vorgesehenen verwaltungsrechtlichen Verfahren vorzubehalten.

Es kann deshalb dahinstehen, ob beachtliche formelle Mängel des Bebauungsplanverfahrens zur Anfechtbarkeit des Bebauungsplans führen könnten. Ob anders zu entscheiden ist, wenn über die Wirksamkeit des Bebauungsplans bereits ein Anfechtungsverfahren anhängig ist, kann dabei offen bleiben. Gleiches gilt für die Frage, ob zumindest die Nichtigkeit des Bebauungsplans der Vergütungspflicht entgegensteht. Schwerwiegende Mängel, die die Nichtigkeit des Bebauungsplans begründen könnten, hat die Beklagte nicht dargetan. Insoweit sieht der Senat die Beklagte aber zumindest in der Darlegungslast und die Klägerin lediglich in der sekundären Darlegungs- und Beweislast. Dem hat die Beklagte nicht genügt. Mit der Antragsrüge hat sie geltend gemacht, dass nicht nachgewiesen sei, wann der Flächennutzungsplan bekannt gemacht worden sei und deshalb nicht erkennbar werde, ob der Bebauungsplan deshalb einer – nicht vorliegenden – Genehmigung bedürftig sei. Auf den von der Beklagten darzulegenden formellen Mangel hat die Klägerin reagiert und in der mündlichen Verhandlung die zeitlich vorangegangene Bekanntmachung des Flächennutzungsplans nachgewiesen, insoweit auch die Entbehrlichkeit einer Genehmigung für den Bebauungsplan.

bb.) (*Flächenbezogene Voraussetzungen*)

Die Klägerin hat die flächenbezogenen Voraussetzungen des Vergütungsanspruchs zur Überzeugung des Senates nur teilweise nachgewiesen.

Der Nachweis setzt voraus, dass die Anlage auf Konversionsflächen aus wirtschaftlicher, verkehrlicher, wohnungsbaulicher oder militärischer Nutzung errichtet wurde, die von dieser Nutzung noch fortdauernd geprägt sind. Unter Konversion ist nach dem lateinischen Begriff *conversio* eine Umwendung oder Umkehr zu verstehen und wird gebietsplanerisch als die Umnutzung von Gebäuden oder Flächen verstanden. Zugleich darf zum maßgeblichen Zeitpunkt des Beschlusses über die Aufstellung des Bebauungsplans noch kein ökologisch unbedenklicher Zustand im Hinblick auf die Vornutzung erreicht sein.

(1) Die Anlage befindet sich im Teilgebiet A nach der Behauptung der Klägerin auf einer Konversionsfläche aus wirtschaftlicher Nutzung, nämlich einer ehemaligen Abfalldeponie (Bl.

47). Diese Tatsache hat die Klägerin zwar nur teilweise glaubhaft gemacht (Bl. 47 ff. GA). Einer weitergehenden Glaubhaftmachung bedurfte es allerdings nicht, da die Beklagte die Vornutzung als Abfalldeponie nicht in Frage gestellt hat. Mit der Sicherung und Nachsorge dieser Fläche einerseits und der künftigen Nutzung als Sonderfläche für Photovoltaikanlagen andererseits liegt eine Umnutzung in diesem Sinne vor. Dem sich aus dem systematischen Zusammenhang ergebende Erfordernis, dass der ökologische Wert der Fläche durch die Vornutzung beeinträchtigt wird (hierzu Oschmann/Sösemann, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl. 2011, § 32 Rn. 56) liegt vor. Für den Senat ist zunächst nicht in Zweifel zu ziehen, dass eine Abfalldeponie grundsätzlich den ökologischen Wert einer Fläche beeinträchtigt. Es kommt also entscheidend darauf an, ob die Klägerin für den Zeitpunkt des Aufstellungsbeschlusses des Bebauungsplans glaubhaft gemacht hat, dass noch kein ökologisch unbedenklicher Zustand erreicht war, nachdem die Beklagte dies bestritten hat. Dieser Nachweis ist der Klägerin durch die Vorlage der Begründung zum Bebauungsplan gelungen. Aus S. 3 der Begründung wird dort ausdrücklich ausgeführt, dass es sich um eine wirtschaftliche Konversionsfläche handelt. Die Vorlage der Genehmigung der Photovoltaikanlage durch die ... [C] am 24.04.2012 (Anlage 7 zur Klageschrift) belegt, dass ein unbedenklicher ökologischer Zustand noch nicht erreicht wurde. Dann wäre nämlich eine Nachsorge bezüglich der Vornutzung nicht erforderlich. Wenn die Beklagte auf § 11 DepV abstellt, der als Ziel der Nachsorge alle Maßnahmen sieht, die zur Verhinderung von Beeinträchtigungen des Wohles der Allgemeinheit erforderlich sind, steht dies der Erkenntnis des Senates nicht entgegen. Auch ökologische Gefahren einer Mülldeponie, insbesondere unkontrollierte Gasbildungen, stellen eine Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit dar. Ein ökologisch unbedenklicher Zustand aus der Vornutzung kann auch deshalb nicht erreicht sein, weil sich unstreitig die abgelagerten Abfälle noch im Boden befinden.

(2) Die Anlage befindet sich im Teilgebiet B nach der Behauptung der Klägerin auf einer Konversionsfläche, nämlich einer ehemaligen Sand- und Kiesgrube (Bl. 50 GA). Grundsätzlich geht auch der Senat davon aus, dass eine solche Grube als wirtschaftliche Konversionsfläche anzusehen ist.

Ergänzend ist es allerdings erforderlich, dass die Vornutzung das Gebiet im Zeitpunkt der Aufstellung des Bebauungsplans noch prägt. Diese Voraussetzung hat die Klägerin nach Überzeugung des Senates nicht glaubhaft gemacht. Der Bescheid der Kreisverwaltung ...[D] vom 21.03.2001 (Anlage 8 zur Klageschrift) ist hierzu nicht geeignet, weil die darin aufgegebenen Maßnahmen nach den Mitteilungen im Bebauungsplan wie dem Vortrag der Klägerin bis einschließlich 2010 ausgeführt und damit vor dem Aufstellungsbeschluss über den Bebauungsplan abgeschlossen waren. Weitergehende Beeinträchtigungen, die fortwirken, sind nicht zu ersehen. Für die Verfüllung durfte nach der Genehmigung nur unbelastetes

Bodenmaterial genutzt werden. Grundwasser durfte nicht freigelegt werden (S. 2). Die Sandsteilwände waren nach dem Bescheid zu zerstören (S. 3). Das in der mündlichen Verhandlung vorgelegte Schreiben der Fa. ...[E] GmbH vom 28.10.2010 bestätigt ausdrücklich, dass die Verfüllung nach diesem Rekultivierungsplan fertig gestellt ist. Soweit die Klägerin behauptet, dass die tagebauliche Vornutzung die Standsicherheit beeinträchtigt bzw. mit Setzungen und Rutschungen zu rechnen ist, fehlt es an jeder Glaubhaftmachung.

Auch aus der Begründung des Bebauungsplans ergibt sich keine fortdauernde ökologische Beeinträchtigung der Teilfläche. Vielmehr ist dokumentiert, dass sie ehemalige Sand-/Kies-Abbaufäche inzwischen verfüllt wurde (S. 2 der Begründung). Dabei erfolgte die Verfüllung ausweislich der Begründung nach den Auflagen eines Rekultivierungsplans, was dafür spricht, dass die ökologische Beeinträchtigung der Fläche behoben wurde. Im Weiteren wird dann nur noch von einer „ehemaligen Abbaufäche“ gesprochen. Auf S. 3 der Begründung zum Bebauungsplan wird lediglich davon gesprochen, dass die ehemalige Abbaufäche den Charakter des Gebietes immer noch prägt. Es wird aber nicht deutlich, dass damit ökologische Beeinträchtigungen gemeint sein könnten, zumal auch in diesem Zusammenhang auf die 2010 abgeschlossene Verfüllung abgestellt wird und lediglich der Umstand, dass die Fläche brach liegt, als Grund für die neue Planung angegeben wird. Das betrifft aber allein einen ökonomischen Belang und keinen für die Umnutzung einer Konversionsfläche erforderlichen ökologischen Gesichtspunkt. Der Umweltbericht spricht auf S. 14 von der „Wertstufe 0 (‘geringwertig‘)“. Das kann aber nicht mit einer ökologischen Beeinträchtigung der Fläche gleichgesetzt werden.

Letztlich betrifft auch der Bescheid der ...[C] vom 07.02.2001 (Anlage A 6) einen Zustand der Abbaufäche im Jahre 2001 und nicht in dem allein maßgeblichen Jahr 2011.

(3) *(Differenzierung zwischen den Flächen)*

Die Klägerin hat nach dem gerichtlichen Hinweis allerdings Tatsachen vorgetragen, die es dem Senat ermöglichen, zwischen den Teilflächen A und B hinsichtlich des jeweiligen Nutzungsumfangs mit Photovoltaikfeldern und der dort jeweils produzierten Strommenge zu differenzieren.

Insgesamt umfasst die Gesamtfläche 3.956 Module (Anlage 4 zur Klageschrift). Davon entfallen auf die Teilfläche A:

44 Modultische mit 22 x 2 = 44 Modulen	= 1.936 Module
1 Modultisch mit 20 x 2 = 40 Module	= 40 Module

Insgesamt

= 1.976 Module

= 49,95% der Gesamtfläche

Eine Zuordnung von Modulen im Grenzbereich der Teilflächen (9 x 22 x = 396 Module) zur Teilfläche A ist dem Senat nicht möglich. Die zeichnerische Darstellung in Anlage 4 erlaubt eine eindeutige Zuordnung nicht.

Auf die Frage, ob die Gesamtfläche als Konversionsfläche anzusehen ist, wenn ein wesentlicher Anteil (größer 50%) die Voraussetzung einer fortdauernd von der Nutzung geprägten Konversionsfläche erfüllt, muss nicht beantwortet werden, weil die von der Klägerin selbst gesetzte Grenze nicht überschritten ist. Der Senat neigt allerdings auch der Auffassung zu, dass grundsätzlich allein auf die Konversionsfläche abzustellen ist und lediglich kleinere Arrondierungen unschädlich bleiben.

Der Verfügungsanspruch besteht danach in Höhe von $1.976 \times 44,98 \text{ € netto} = 88.880,48 \text{ €}$. Hierauf ist ein Abschlag von 10 % vorzunehmen, so dass eine Jahresvergütung von 79.992,43 € verbleibt, die einem Monatsbetrag von 6.666,04 € entspricht, so dass sich zuzüglich der Umsatzsteuer ein monatlicher Abschlagsbetrag von 7.932,58 € ergibt. Ein höherer Abschlag ist nicht gerechtfertigt. Der gewählte Abschlag berücksichtigt die von der Beklagten aufgezeigten Schwankungen bei der Einspeisung hinreichend.

3. Verfügungsgrund

Grundsätzlich bedarf der Erlass einer einstweiligen Anordnung eines Verfügungsgrundes, d.h. der Darlegung und der Glaubhaftmachung einer besonderen Dringlichkeit. § 59 EEG 2009 bestimmt allerdings, dass die nach § 59 Abs. 1 EEG 2009 beantragte einstweilige Verfügung auch dann erlassen werden kann, wenn die in den §§ 935, 940 ZPO bezeichneten Voraussetzungen nicht vorliegen, d.h. die besondere Dringlichkeit gerade nicht dargetan ist.

Die dagegen vom Landgericht vorgebrachten Erwägungen widersprechen nicht nur dem Wortlaut, sondern auch dem Zweck der gesetzlichen Regelung. Das einer Leistungsverfügung immanente Risiko für die leistungspflichtige Partei kann – wie geschehen – durch eine Anordnung nach § 938 Abs. 1 ZPO verringert werden.

Es kann dahin stehen, ob § 59 Abs. 2 EEG dahin zu verstehen ist, dass ein Verfügungsgrund stets entbehrlich ist (LG Itzehoe IR 2006, 65; Altrock RdE 2006, 128; LG Leipzig v. 10.02.2006, 3 O 502/06 jeweils zitiert nach Lehnert, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl. 2011, § 59 Rn. 25), oder ob lediglich eine widerlegliche Vermutung für die Dringlichkeit normiert ist (OLG Naumburg v. 08.12.2011, 2 U 100/11, Rn 18, zitiert nach juris; LG Görlitz v. 11.06.2012, 1 O 168/12 EV, Rn. 18, zitiert nach juris; Brucker RdE 2005, 105; Lehnert, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl. 2011, § 59 Rn. 25). Die Beklagte hat nämlich die Vermutung der Dringlichkeit nicht widerlegt.

Es ist unstreitig geblieben, dass die Abtretung der Einspeisevergütung allein zur Sicherungszwecken erfolgt ist. Vor diesem Hintergrund ist für die Beurteilung der Dringlichkeit und deren Widerlegung auf die Anlagenbetreiberin abzustellen, ohne dass entschieden werden muss, ob dies immer bei einer Abtretung der Einspeisevergütung gilt. Die Beklagte hat weder dargelegt noch glaubhaft gemacht, dass es an der Dringlichkeit fehlt. Die Klägerin hat im Rahmen der sekundären Darlegungslast ausgeführt, dass Zinsleistungen zu erbringen sind, die sich zeitnah um die Tilgungsleistungen erhöhen. Dies ist durch die Vorlage des Darlehnsvertrages auch glaubhaft gemacht. Auch sei der laufende Geschäftsbetrieb zu finanzieren. Andere Einnahmen stünden ihr nicht zur Verfügung. Das ist allesamt nachvollziehbar und lebensnah, wobei zugleich die Insolvenzgefahr auf der Hand liegt. Aufgrund dieser unstreitigen Sachlage oblag es der Beklagten die Vermutung der Dringlichkeit zu widerlegen.

Dass der Klägerin gleichwohl Mittel zur Verfügung stehen, um ein Hauptsacheverfahren unter gleichzeitiger Kostentragung für Zins- und Tilgungsdienst sowie den Geschäftsbetrieb zu überstehen, ist nicht behauptet und nachgewiesen. Dass mit dieser Sichtweise den Netzbetreibern eine nicht zu rechtfertigende Benachteiligung widerfährt, ist nicht zu ersehen. Dem kann nämlich durch Anordnungen nach § 938 Abs. 1 ZPO begegnet werden.

3. Höhe der Einspeisevergütung

Wie bereits ausgeführt, geht die Klägerin entsprechend der nicht bestrittenen installierten Gesamtleistung von 884,12 kWp von einer zu erwartenden jährliche Vergütung von 177.955,67 EUR netto oder von monatlich 14.829,64 EUR aus. Die Summe ist allein im Hinblick auf die reduzierte Fläche zu vermindern (s.o.).

Die Beklagte ist dieser Berechnungsweise nicht entgegengetreten, sondern verlangt lediglich hilfsweise einen Abschlag von 20%, statt der von der Klägerin zugestandenen 10%, weil nicht gesichert sei, dass die angenommene maximale Nutzung aufgrund von Wetterveränderungen

sowie technischen Wartungsarbeiten und Reparaturen durchgängig erzielt werden könne. Der Senat hält einen Abschlag von 10% für angemessen (so auch Salje, EEG, 5. Aufl., § 59 Rn. 12). Anders kann dann gelten, wenn der Netzbetreiber darlegt, dass die tatsächlich eingespeiste Strommenge deutlich von der installierten Gesamtleistung und prognostizierten Strommenge abweicht. Dem trägt der Vortrag der Beklagten keine Rechnung.

Die Beklagte macht weiterhin geltend, dass die Vergütung nur für einen begrenzten Zeitraum zu zahlen ist, nämlich nicht ab dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlage, sondern erst ab der Bekanntmachung des der Vergütung zugrunde liegenden Bebauungsplans, die am 22.03.2012 erfolgt ist. Dem vermag der Senat nicht zu folgen. § 32 Abs. 3 Nr. 2 EEG honoriert die Aufwertung von planerisch dafür vorgesehenen Konversionsflächen. Dies geschieht mit der Inbetriebnahme der Anlage jedenfalls dann, wenn dies in zeitlichem Zusammenhang mit der Aufstellungsentscheidung geschieht. Diese wurde vorliegend am 10.08.2011 getroffen, die Anlage erst nachfolgend am 11.11.2011 in Betrieb genommen. Die Kausalität zwischen Bauleitplanung, Anlagenerrichtung und Inbetriebnahme ist deshalb gewahrt und rechtfertigt den Vergütungsanspruch ab der Inbetriebnahme.

5. Weitere Anordnungen

Der konkrete Einzelfall waren weitergehende Anordnungen nach § 938 Abs. 1 ZPO zu treffen.

Da es sich um Leistungsverfügung handelt, muss sichergestellt sein, dass alsbald in der Hauptsache eine Entscheidung getroffen wird. Die Klägerin wird deshalb verpflichtet, das Hauptsacheverfahren bis zum 31.03.2013 einzuleiten, anderenfalls die Leistungsverfügung ihre Wirkung verliert. Für die Dauer des Hauptsacheverfahrens ist dann die Fortdauer der Leistungsverpflichtung anzuordnen. Weitergehende Anordnungen stehen dann dem Gericht der Hauptsache zu.

Stellt sich im Hauptsacheverfahren nachträglich heraus, dass der Vergütungsanspruch unberechtigt ist und eine Rückzahlungsverpflichtung besteht, ist schon jetzt absehbar, dass die Klägerin diesen Anspruch nach ihren eigenen Angaben nicht erfüllen können. Die Einspeisevergütung stellt ihre einzige Einnahme dar. Die Anlage selbst ist an die Kreditgeberin sicherungsübereignet und wird von dieser in Anspruch genommen werden, wenn die zum Zins- und Tilgungsdienst erforderliche Einspeisevergütung nicht gezahlt wird. Es droht dann unmittelbar die Insolvenz der Klägerin. Dementsprechend war der potentielle Rückzahlungsanspruch durch die Verpflichtung zu einer Sicherheitsleistung im Sinne des § 108 ZPO abzusichern. Dem Anliegen des Hilfsantrages der Beklagten, die Zahlung lediglich auf ein Anderkonto anzuordnen ist damit unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Belange der

Klägerin und in Ausübung der dem Senat nach § 938 ZPO eröffneten Möglichkeiten Genüge getan.

6. Nebenentscheidungen

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 97 ZPO. Für eine vom jeweiligen Obsiegen und Unterliegen abweichende Kostenentscheidung sieht der Senat keinen Raum, da erst der Senat auf den Mangel im Vortrag hingewiesen hat und die Klägerin hierauf sachgerecht reagierte.

Der Streitwert wird auf 177.955,67 EUR festgesetzt. Dabei ist der Streitwert nach der prognostizierten Strommenge die bis zu einem zu erwartenden Urteil in der Hauptsache vergütet würde, auszugehen. Der Senat geht dabei davon aus, dass ein Hauptsacheverfahren nicht länger als ein Jahr andauern sollte.

Kaltenbach
Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

Dr. Menzel
Richter
am Oberlandesgericht

Goebel
Richter
am Oberlandesgericht