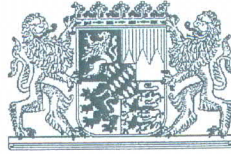


Ausfertigung

# Landgericht Deggendorf

Az.: 32 O 347/08

Kt.Post	Kt.Fax	Post/Fax	Kt.Web	Erl:
RS	Erl	Zahl/Stell	Fax Gg:	PDF für:
11. Feb. 2009				Post- eingang
KfA	KR	FG	GK	DiDi/RR:
zdA	Erl	vA	BG	Frist:
				Akte an:
				WV:



## IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

- Kläger -

Prozessbevollmächtigte:

gegen

- Beklagter -

Prozessbevollmächtigte:

**Rechtsanwälte Paluka Sobola & Partner**, Neupfarrplatz 10, 93047 Regensburg, Gz.:  
09779-08LO/a

wegen **Forderung**

erlässt das Landgericht Deggendorf -3. Zivilkammer- durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht Kerscher als Einzelrichter auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 20.11.2008 folgendes

## Endurteil

I.

Die Klage wird abgewiesen.

II.

Auf die Widerklage wird die Klägerin und Widerbeklagte verurteilt, an den Beklagten und Widerkläger 52.754,16 € zu bezahlen zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 25.446,51 € seit dem 25.02.2008, aus 23.209,50 € seit dem 25.03.2008 und aus 4098,15 € seit dem 25.04.2008.

III.

Die Klägerin und Widerbeklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

IV.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Beschluss:

Der Streitwert wird auf 258.415,99 € festgesetzt.

## Tatbestand

Die Parteien streiten um Einspeisevergütung nach dem EEG 2004 auf Grund eines zwischen ihnen am 25.10.07 geschlossenen Einspeisevertrages.

Der Beklagte und Widerkläger (im Folgenden: Beklagte) betreibt seit 28.12.2006 ein Blockheizkraftwerk auf Basis von Pflanzenöl, das Strom und Wärme aus erneuerbaren Energien erzeugt. Zur Herstellung dieser Anlage hat der Beklagte von der Firma Anlagenteile eines  
Biogaskraftwerkes der Firma erworben, die von der Firma für den Be-

trieb mit Pflanzenöl umgerüstet wurde. Der Beklagte hat die Anlagenteile (Container mit Motor, Generator, Schaltschrank, Abgaswärmetauscher und Schalldämpfer) mit den Pflanzenöltanks mit Leitungen verbunden und notwendige Stromkabel an den kundenseitigen Trafo und die Wärmeleitungen zur Abwärmenutzung angeschlossen. Der Motor benötigt nach Herstellerangaben für den Betrieb mit Pflanzenöl Heizöl zur Zünd- und Stützfeuerung.

Die Anlage des Beklagten wurde am 28.12.2006 in Betrieb gesetzt und an das Netz der Klägerin und Widerbeklagten (im Folgenden: Klägerin) angeschlossen. In der Zeit vom 28.12.2006 bis 12.01.2007 wurde die Anlage ausschließlich mit Heizöl betrieben. Bis Dezember 2007 wurde dem Beklagten von der Klägerin der Strom nach §§ 5, 8 EEG 2004 mit einem Betrag von 19,33 Cent pro kWh zuzüglich Umsatzsteuer vergütet. Insgesamt hat die Klägerin an den Beklagten von Dezember 2006 bis Dezember 2007 Zahlungen von 274.792,33 € geleistet. Für die Monate Januar, Februar und März 2008 wurden dem Beklagten Gutschriften in Höhe von insgesamt 52.754,16 € erteilt. Zahlungen hat er aber keine erhalten.

Die Klägerin ist der Auffassung, dass der in der Anlage des Beklagten erzeugte Strom nicht nach dem EEG 2004 zu vergüten ist, weil die Anlage nicht als EEG-Anlage nach den Vorschriften des EEG 2004 mit erneuerbaren Energien vor dem 01.01.2007 in Betrieb genommen wurde und damit keine Vergütungspflicht besteht. Der Beklagte habe daher zu Unrecht die erhöhte Vergütung nach dem EEG 2004 erhalten und müsse den Differenzbetrag zur Vergütung nach dem KWK in Höhe von 205.661,83 € (274.792,33 € ./. 69.230,50 €) zurückzahlen. Außerdem habe die Klägerin einen Anspruch auf Befreiung von den erteilten Gutschriften für 2008.

Die Klägerin beantragt:

1.

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 205.661,83 € zzgl. 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

2.

Es wird festgestellt, dass die Klägerin nicht verpflichtet ist, die dem Beklagten für Januar, Februar und März 2008 erteilten Gutschriften über 52.754,16 € zu bezahlen.

3.

Die Beklagte wird weiter verurteilt, außergerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 2.534,20 € zu bezahlen.

Der Beklagte beantragt:

Die Klage wird abgewiesen.

Er hat Widerklage erhoben und beantragt:

Die Klägerin wird verurteilt, an den Beklagten und Widerkläger 52.754,16 € zu bezahlen zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 25.446,51 € seit dem 25.02.2008, aus 23.209,50 € seit dem 25.03.2008 und aus 4.098,15 € seit dem 25.04.2008.

Die Klägerin beantragt:

Abweisung der Widerklage

Der Beklagte ist der Auffassung, dass der in der Anlage des Beklagten erzeugte Strom nach dem EEG 2004 zu vergüten ist, weil die Anlage bereits von der Firma                    erstmalig in Betrieb genommen wurde und die Anlage auch sonst als EEG-Anlage nach den Vorschriften des EEG 2004 vor dem 01.01.2007 in Betrieb genommen wurde. Der Betrieb mit Heizöl vom 28.12.06 bis 12.01.07 sei als notwendiger Anfahr- und Probetrieb anzusehen. Die Anlage sei am 28.12.06 betriebsbereit gewesen. Das bereits in den Lagertanks vorhandene Palmöl habe erst auf die Betriebstemperatur gebracht werden müssen, damit ein Betrieb mit Palmöl erfolgen konnte.

Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze und die Anlagen der Parteien Bezug genommen. Das Gericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen                    und Beiziehung der Akten des Verfahrens Az.: 3 O 134/08 LG Deggendorf. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Inhalt der beigezoge-

nen Akten und die Sitzungsniederschrift vom 20.11.2008 (Bl.55 ff d.A.) Bezug genommen.

## Entscheidungsgründe

### **A. Die teilweise unzulässige Klage ist unbegründet.**

I.

Die Klage ist teilweise unzulässig.

Die negative Feststellungsklage der Klägerin (Klageantrag zu 2) ist unzulässig, weil das rechtliche Interesse an einer negativen Feststellungsklage aus § 256 I ZPO entfällt, wenn von der Gegenpartei über den gleichen Streitgegenstand, wie hier, eine Leistungswiderklage erhoben wird.

II.

Die Klage ist unbegründet, weil der Klägerin gegenüber dem Beklagten kein Rückzahlungsanspruch aus § 812 I 1 Alt.1 BGB i. V. m. §§ 8 I, VI EEG 2004 (in der Fassung des 1. EEG-Änderungsgesetzes vom 07.11.06) zusteht.

Die Leistung der Klägerin in Form von Zahlungen und Gutschriften erfolgte nach §§ 8 I i. V. m. VI 2 EEG 2004 mit rechtlichen Grund, weil die die Anlage des Beklagten vor dem 01.01.2007 in Betrieb genommen wurde.

1.

Bei der in Betrieb genommenen Anlage als Blockheizkraftwerk für Pflanzenöl handelt es sich um eine Anlage im Sinne des § 3 II EEG 2004. Nach § 3 I 1 EEG 2004 ist eine Anlage jede selbstständige technische Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus

Grubengas. Bei der Anlage des Beklagten handelt es sich um eine Biomasseanlage, die als Blockheizkraftwerk aus Pflanzenöl als erneuerbare Energie im Sinne des § 3 I EEG 2004 Strom produziert.

2.

Die Inbetriebnahme der Anlage nach § 3 IV EEG 2004 hat hier am 28.12.2006 stattgefunden. Unter Inbetriebnahme einer Anlage versteht man die erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage nach Herstellung ihrer technischen Betriebsbereitschaft oder nach ihrer Erneuerung, sofern die Kosten der Erneuerung mindestens 50 % der Kosten einer Neuherstellung der gesamten Anlage einschließlich sämtlicher technisch für den Betrieb erforderlicher Einrichtungen und baulicher Anlagen betragen.

a.

Die technische Betriebsbereitschaft der Anlage des Beklagten wurde am 28.12.2006 hergestellt. Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 21.05.2008, Az.: VIII ZR 308/07 entschieden, dass die Betriebsbereitschaft einer Anlage hergestellt ist, wenn sie über eine Einrichtung zur Gewinnung und Aufbereitung des jeweiligen Energieträgers verfügt, die wenn sie so angeschlossen ist, dass – wenn auch nach einer Phase des Hochfahrens der Anlage mittels Einsatz fossiler Brennstoffe – die Anlage durch den Einsatz von erneuerbaren Energien dauerhaft Strom erzeugen kann. Die Anlage des Beklagten verfügte am 28.12.2006 über sämtliche Einrichtungen, die zur Aufbereitung des Energieträgers Pflanzenöl notwendig waren. Die befüllten Pflanzenöltanks waren mit dem Blockheizkraftwerk verbunden, so dass die Anlage nach dem Anfahr- und Hochfahrbetriebes mit Heizöl durch den Einsatz von Pflanzenöl als erneuerbarer Energieträger dauerhaft Strom erzeugen konnte.

b.

Das Blockheizkraftwerk des Beklagten wurde auch im Rahmen des Anfahr- und Hochfahrbetriebes am 28.12.2006 erstmalig inbetriebgesetzt. Es existieren divergierende Entscheidungen hinsichtlich der Frage, ob die Inbetriebsetzung auf der Basis erneuerbarer Energie erfolgen muss. Einerseits wird bei der Inbetriebsetzung der Anlage an die Stromerzeugung auf Basis erneuerbarer Energien angekoppelt unter Berücksichtigung des § 8 VI EEG 2004, andererseits soll durchaus ein zeitlich eng begrenzter Betrieb mit fossilen Energieträgern als Inbetriebnahme im Sinne

des § 3 IV EEG 2004 anzusehen sein, wenn er unmittelbar in eine überwiegend auf erneuerbare Energien abgestützte Stromerzeugung hinüber führt (so Salje, Kommentar zum EEG 2004, 4. Auflage 2007, § 3 EEG, Rd. 145) . So ist auch das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 21.05.2008, Az.: VIII ZR 308/07 zu interpretieren, weil es zu erkennen gibt, dass die erstmalige Inbetriebsetzung nicht notwendigerweise auf Basis erneuerbarer Energien zu erfolgen hat, sondern, wenn die Voraussetzungen der technischen Betriebsbereitschaft zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien gegeben sind, mit fossilen Energieträgern im Rahmen eines zeitlich eng begrenzten Anfahr- und Hochfahrbetriebes möglich ist. Dies entspricht auch dem Zweck des EEG 2004, normiert in § 1 EEG 2004, im Interesse des Klima-, Natur- und Umweltschutzes eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung zu ermöglichen.

So reicht es aus, wenn die Anlage zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien nach dem Anfahr- und Hochfahrvorgang mit fossilen Brennstoffen, wie hier Heizöl, nach Maßgabe des § 8 VI 2 EEG 2004 auf Dauer überwiegend mit erneuerbaren Energieträgern, wie hier Pflanzenöl, betrieben wird. Auch ein Probebetrieb, der, wie hier, zeitlich auf 15 Tage begrenzt war und darüber hinaus auch der Erwärmung und Verflüssigung des Palmöls diente, ist als Inbetriebnahme im Sinn des § 3 IV EEG 2004 anzusehen. Denn der Probebetrieb war zeitlich eng begrenzt und diente auch dem Hochfahren der Anlage. Er war damit als Zünd- und Stützfeuerung im Sinn des § 8 VI EEG 2004 zu bewerten und führte unmittelbar zu einer auf erneuerbare Energien gestützten Stromversorgung (so auch Salje, aaO, § 3 EEG 2004, RdNr. 145).

Auch aus der glauwürdigen Aussage des Zeugen ergibt sich, dass die Anlage des Beklagten ab 28.12.06 mit Palmöl hätte betrieben werden können. Es musste nur zunächst mit der Abwärme des mit fossilen Brennstoffen (Heizöl) betriebenen Motors das Palmöl in den Lagertanks so erwärmt werden, dass es flüssig genug wurde und dem Motor zugeführt werden konnte, was ab 12.01.07 geschah. Damit ist der Probebetrieb mit Heizöl vom 28.12.06 bis 12.01.07 durch den Beklagten der notwendigen Zünd- und Stützfeuerung im Sinn des § 8 VI S.2 EEG 2004 zuzurechnen und diente zum Hochfahren der Anlage für den unmittelbar anschließenden Betrieb mit Palmöl (so auch Salje, aaO, § 3 EEG 2004, RdNr. 144).

c.

Der Beklagte hat aber die Anlage nicht nach einer Erneuerung im Sinn des § 3 IV EEG 2004 wie-

der in Betrieb genommen, sondern eine Neuanlage errichtet, die am 28.12.2006 erstmalig in Betrieb gesetzt wurde. Eine Erneuerung liegt vor, sofern die Kosten der Erneuerung mindestens 50 % der Kosten einer Neuherstellung der gesamten Anlage einschließlich sämtlicher technisch für den Betrieb erforderlicher Einrichtungen und baulicher Anlagen betragen. Die Beweisaufnahme durch Vernehmung des Zeugen hat ergeben, dass nur Anlagenteile (Container mit Motor, Generator, Schaltschrank, Abgaswärmetauscher und Schalldämpfer) an den Beklagten veräußert wurden, mit denen der Beklagte erst die vorhandenen Pflanzenöltanks mit Leitungen verbinden und notwendige Stromkabel an den kundenseitigen Trafo und die Wärmeleitungen zur Abwärmenutzung anschließen musste. Es ist bei einem Umbau der Anlage der Firma zu einem Blockheizkraftwerk mit Palmölbetrieb von einer neuen Anlage auszugehen, weil der Anlagenbegriff des § 3 II EEG 2004 nach verbreiteter Rechtsprechung (OLG Oldenburg, ZNER, 2006, 158; OLG Koblenz, Urteil vom 06.11.2007, Az.: 11 U 439/07) weit auszulegen ist und damit zu einer Anlage nach § 3 II EEG 2004 sämtlich Anlagenteile und technische Einrichtungen gehören, die in ihrer Gesamtheit, ohne dass weitere technische Installationen dazu benötigt werden, in der Lage sind, aus sich heraus ihrer Gesamtheit erneuerbare Energien in Strom umzuwandeln, wozu die veräußerten Anlagenteile an sich nicht in der Lage waren.

Vielmehr waren die Tanks zur Lagreung und die Vorrichtungen zum Aufheizen des Palmöls Teile der Anlage des Beklagten. Auch der Beklagte selbst hat gegenüber der Klägerin seine Anlage als „Neuerrichtung“ bezeichnet und nicht als „Änderung“ (vgl. Anl. K 1).

3.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der Klägerin für den Betrieb der Anlage mit Heizöl vom 28.12.06 bis 12.01.07 ein Rückzahlungsanspruch deshalb zusteht, weil der Beklagte für diesen Zeitraum möglicherweise die erhöhte Einspeisevergütung nach §§ 5, 8 EEG 2004 nicht verlangen konnte, da keine Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien erfolgt ist. Denn die Klägerin ist insofern ihrer Darlegungs- und Beweislast nicht nachgekommen, was vom Beklagten auch gerügt wurde, und hat den auf den fraglichen Zeitraum entfallenden Betrag nicht berechnet.

## **B. Die zulässige Widerklage ist begründet.**

I.

Die Widerklage ist zulässig.

1.

Das Landgericht Deggendorf ist das sachlich und örtlich zuständige Gericht, §§  
1, 5 ZPO, 23 Nr.1, 71 I GVG; 33 ZPO.

2.

Der in der Widerklage vom Beklagten geltend gemachte Gegenanspruch auf Zahlung der von der Klägerin erteilten Gutschriften für die Einspeisevergütung steht mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch auf Rückzahlung und negative Feststellung der Verpflichtung zur Auszahlung der Gutschriften in Zusammenhang im Sinn des § 33 ZPO, weil beide Ansprüche auf dem selben rechtlichen Verhältnis aus dem Einspeisevertrag mit Vergütung nach dem EEG 2004 beruhen.

II.

Die Widerklage ist begründet, weil dem Beklagten gegenüber der Klägerin ein Vergütungsanspruch aus §§ 5 I, 8 I, VI 2 EEG 2004 zusteht. Die Klägerin hat dem Beklagten den der Höhe nach unstreitigen Gutschriftsbetrag von 52.7554,16 € zu bezahlen. Die Klägerin ist zur Vergütung des in der Anlage des Beklagten gewonnenen Stroms nach § 5 I EEG 2004 iVm dem Einspeisevertrag verpflichtet, weil die Anlage des Beklagten §§ 3 II, 8 I EEG 2004 entspricht und gemäß § 8 VI EEG 2004 vor dem 01.01.2007 nach Maßgabe des § 3 IV EEG 2004 in Betrieb genommen worden ist (vgl. A. II.).

Die Zinsansprüche des Beklagten ergeben sich aus §§ 286, 288 BGB.

C.

Kostenentscheidung: § 91 I ZPO

Vorläufige Vollstreckbarkeit: § 709 S. 1, S.2 ZPO

gez.

Kerscher  
Vorsitzender Richter am Landgericht

Verkündet am 05.02.2009

gez.  
Carlile, JAng  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Für den Gleichlaut der Ausfertigung mit  
der Urschrift

Deggendorf, 05.02.2009

  
Carlile, JAng  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle