

OBERLANDESGERICHT NAUMBURG



IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

7 Kart 2/19
(vormals
7 U 51/19)

OLG Naumburg

verkündet am: 20. März 2020

8 O 103/17

LG Halle

Weiland, JAnge., als Urkundsbe-
amtin der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

...

...

hat der Kartellsenat des Oberlandesgerichts Naumburg durch den Präsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Wegehaupt, die Richterin am Oberlandesgericht Göbel und den Richter am Oberlandesgericht Wiedemann auf die mündliche Verhandlung vom 14. Februar 2020 für Recht erkannt:

Auf die Berufung I der Beklagten und auf die Berufung II der Streithelferin der Beklagten wird das am 6. Juni 2019 verkündete Grund- und Teilurteil der 2. Kammer für Handels-sachen des Landgerichts Halle teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Berufung III der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen einschließlich der Kosten der Streithelferin der Beklagten hat die Klägerin zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Vollstreckungsschuldnerin kann die Zwangsvollstreckung durch jede der Vollstreckungsgläubigerinnen jeweils durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die jeweilige Vollstreckungsgläubigerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe geleistet hat.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

A.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten Zahlungen für Maßnahmen zur Abregelung von Stromeinspeisungen in den Jahren 2011 bis 2016.

Die Klägerin betreibt (*anfangs unter der Fa. E.* *GmbH*)
in G. (N. / Land B.) eine thermische Abfallverwertungsanlage
(*künftig: MVA*), mit der sie Strom und Wärme erzeugt. Die installierte elektrische Leistung (sog.

Nennleistung) beträgt 23,3 MW. Den nicht selbst verbrauchten Strom speist die Klägerin in das Verteilnetz der Beklagten (*bis zum 29.12.2011 das Netz von deren Rechtsvorgängerin, der V. GmbH*) ein (*künftig: VNB*). Die Streithelferin auf Seiten der Beklagten ist die vorgelagerte Übertragungsnetzbetreiberin (*künftig: ÜNB*).

Die Beklagte betreibt in ihrem Verteilnetz seit dem 01.07.2005 ein Netzsicherheitsmanagement (NSM), im Rahmen dessen sie die Betreiber von Stromerzeugungsanlagen durch ein Funk-Rundsteuersignal zu einer Reduzierung der Stromeinspeisung in einem von ihr bestimmten zeitlichen und leistungsmäßigen Umfang anweisen kann und der jeweilige Anlagenbetreiber diese Anordnung bei sich händisch umsetzt (sog. Abregelung). Die Klägerin nimmt an diesem NSM teil.

Ab dem Jahr 2011 kam es im Rahmen der Gewährleistung der Netz- und Systemsicherheit wegen Netzengpässen vielfach zu von der Beklagten geforderten Abregelungen der Stromeinspeiseleistung der Klägerin, wobei die Beklagte teilweise auch an sie gerichtete Anforderungen der Streithelferin umsetzte. Dabei handelte es sich mindestens um 263 Abregelungen bis zum Ende des Jahres 2016 (vgl. Aufstellung der Klägerin nach Jahren in Anlagen K 2 <2011> bis K 7 <2016>, 274 Abregelungen mit einer Ausfalleistung von insgesamt 27.185,86 MWh, dagegen tabellarische Aufstellung der Beklagten in Anlage B 6 ohne Angabe einer Gesamt-Ausfalleistung). Beide Prozessparteien geben übereinstimmend an, dass im Jahre 2012 die letzte Abregelung am 27.12.2012 erfolgte.

Die Prozessparteien verhandelten während des Zeitraums von 2011 bis 2016 erfolglos über einen angemessenen Zahlungsausgleich für die der Klägerin durch die Abregelungen entstandenen Kosten und entgangenen Einnahmen. Mit ihrer E-Mail vom 22.08.2016 äußerte die Beklagte ihre Ansicht, dass es angesichts der Regelungen des § 13a EnWG eines Vertragsabschlusses nicht mehr bedürfe.

Im September 2013 und im Juni 2014 bot die Streithelferin auf Seiten der Beklagten der Klägerin den Abschluss eines Vertrages über sog. marktbezogene Maßnahmen zur Anpassung von Stromeinspeisungen der Klägerin an; dieses Angebot nahm die Klägerin nicht an.

Die Klägerin machte gegenüber der Beklagten mit insgesamt vier Rechnungen (vom 20.03.2015, vom 05.05.2015, vom 02.09.2015 und vom 14.10.2016) Zahlungsansprüche in Höhe von mehr als ... € für die Abregelungen geltend.

Die Beklagte lehnte die Zahlung ab und erklärte mit ihrem Schreiben vom 21.12.2016 den Verzicht auf die Einrede der Verjährung im Hinblick auf Forderungen der Klägerin gegen sie wegen der durch sie aufgrund eigener Netzengpässe angeordneten Abregelungen in den Jahren 2011 bis 2013. Daraufhin hat die Klägerin am 28.12.2016 ein Mahnverfahren eingeleitet (Mahnbescheid v. 02.01.2017, Nachricht über den Eingang eines Gesamtwiderspruchs am

16.01.2017, Eingang der Anspruchsbegründung am 10.07.2017, Eingang beim Landgericht am 20.07.2017), welches in den vorliegenden Rechtsstreit gemündet ist.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, dass es sich bei allen Abregelungen um marktbezogene Maßnahmen der Beklagten gehandelt habe, für welche eine angemessene Vergütung zu zahlen sei. Hierfür sei der Abschluss eines Vertrages nicht erforderlich gewesen, weil durch die Anforderungen der Beklagten ein gesetzliches Schuldverhältnis zustande gekommen sei. Hilfsweise hat sie ihren Zahlungsanspruch auf die Vorschriften der §§ 611, 612 BGB gestützt und das Wirksamwerden eines konkludent geschlossenen Dienstleistungsvertrages behauptet. Die Anforderungen der Beklagten seien als ein Angebot auf Abschluss eines Dienstleistungsvertrages umzudeuten, welches die Klägerin durch die freiwillige Umsetzung der Anforderung jeweils angenommen habe. Äußerst Hilfsweise hat die Klägerin einen Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB wegen der Verletzung der Pflicht zur vorrangigen Ergreifung marktbezogener Maßnahmen zur Überwindung von Netzengpässen geltend gemacht.

Die Beklagte hat bestritten, dass es sich bei ihren Anforderungen um marktbezogene Maßnahmen gehandelt habe, und dagegen behauptet, jeweils Notfallmaßnahmen ergriffen zu haben, welche die Klägerin entschädigungslos hinzunehmen habe. Sie bestreitet ihre Passivlegitimation, soweit sie auf Anweisung der Streithelferin Abregelungen vorgenommen habe. Für diese Fälle erhebt sie die Einrede der Verjährung.

Die Streithelferin hat behauptet, dass die Vertragsverhandlungen mit der Klägerin über marktbezogene Maßnahmen an der Verweigerungshaltung der Klägerin gescheitert seien. Sie habe die Vertragsbedingungen nicht akzeptiert und sei insbesondere auch nicht bereit gewesen, ihre Kraftwerksdaten mitzuteilen.

Wegen der Einzelheiten der Anträge der Parteien und des weiteren Parteivorbringens wird auf den Tatbestand des Landgerichts Bezug genommen.

Das Landgericht hat mit seinem am 06.06.2019 verkündeten Grund- und Teilurteil die Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte für die Jahre 2013 bis 2016 dem Grunde nach für sachlich gerechtfertigt erachtet und die Klage bezüglich der Ansprüche für die Jahre 2011 und 2012 abgewiesen. Hinsichtlich der Jahre 2011 und 2012 hat das Landgericht die Abregelungen der Beklagten jeweils als Notmaßnahmen i.S.v. § 13 Abs. 2 EnWG bewertet, welche nach § 13 Abs. 4 EnWG vergütungslos hinzunehmen wären. Die Ansprüche könnten auch weder auf einen konkludent geschlossenen Dienstleistungsvertrag – und zwar mangels Rechtsbindungswillens der Beklagten – noch auf Schadensersatz im vorvertraglichen Schuldverhältnis gestützt werden. Dem Abbruch der Vertragsverhandlungen stehe kein Anspruch der Klägerin auf Abschluss eines Vertrags über marktbezogene Maßnahmen entgegen. Für eine rechtswidrige

Ausübung der Notfallbefugnisse habe die Klägerin nichts Näheres vorgetragen. Demgegenüber sei ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte dem Grunde nach gerechtfertigt bezüglich der Abregelungen in den Jahren 2013 bis 2016. Insoweit seien die Abregelungen der Beklagten als sog. Redispatch-Maßnahmen zu bewerten, die jedenfalls ab dem 01.01.2013 auch ohne Vertrag, auf der Grundlage eines gesetzlichen Schuldverhältnisses, zu vergüten seien.

Alle drei Prozessparteien haben gegen das erstinstanzliche Urteil – jeweils, soweit es sie belastet – Berufung eingelegt; die Berufungen sind in der Reihenfolge ihres Eingangs beim Oberlandesgericht bezeichnet.

Die Beklagte hat gegen das ihr am 14.06.2019 zugestellte Urteil mit einem am 08.07.2019 beim Oberlandesgericht Naumburg eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt (*künftig: Berufung I*) und dieses Rechtsmittel innerhalb der verlängerten Berufungsbegründungsfrist am 13.09.2019 begründet. Die Streithelferin der Beklagten hat gegen das ihr am 14.06.2019 zugestellte Urteil des Landgerichts am 08.07.2019 Berufung eingelegt (Berufung II) und das Rechtsmittel innerhalb der für sie bis zum 30.08.2019 verlängerten Berufungsbegründungsfrist begründet. Beide Berufungen sind gleichgerichtet; die Beklagte und ihre Streithelferin wenden sich gegen das Grundurteil bezüglich der Zahlungsansprüche der Klägerin für den Zeitraum von 2013 bis 2016.

Die Beklagte und die Streithelferin rügen, dass das Landgericht die jeweils identischen Aufforderungen zur Abregelung durch Funk-Rundsteuersignal in den ersten beiden Jahren des streitgegenständlichen Zeitraums (2011 und 2012) – zutreffend – als Notfallmaßnahmen und in den nächsten vier Jahren (2013 bis 2016) – unzutreffend – als Redispatch-Maßnahmen bewertet habe. Die Beklagte habe als VNB stets eine einheitliche Maßnahme ausgewählt, und zwar jeweils die Reduzierung der Stromeinspeisung als Notfallmaßnahme. Das ergebe sich nicht nur aus der Behandlung der Abregelungen durch sie und die Streithelferin (sh. Kennzeichnung, Informationen an die Beteiligten), sondern auch aus den Bekanntmachungen der Bundesnetzagentur nach § 13 Abs. 7 EnWG (Anlage B 39). Durch die Regelungen des § 13 Abs. 1a EnWG bzw. § 13a EnWG seien die Befugnisse nach § 13 Abs. 2 EnWG nicht beschränkt worden, insbesondere sei die Befugnis zur Ergreifung von Notfallmaßnahmen nicht von der Nennleistung der betroffenen Anlagen abhängig gewesen. Soweit das Landgericht von einem Redispatch der Beklagten ausgegangen sei, sei darauf zu verweisen, dass ein Redispatch eines VNB frühestens ab 2021 technisch realisierbar sei.

Die Klägerin hat gegen das ihr am 14.06.2019 zugestellte erstinstanzliche Urteil mit einem am 12.07.2019 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt (Berufung III) und diese Berufung innerhalb der bis zum 16.09.2019 verlängerten Berufungsbegründungsfrist mit einem am 11.09.2019 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz begründet. Sie wendet sich gegen die Klageabweisung für den Zeitraum 2011 bis 2012.

Die Klägerin meint, dass die Abregelungen in den Jahren 2011 und 2012 deswegen als marktbezogene Maßnahmen zu bewerten seien, weil die Klägerin sie freiwillig umgesetzt habe. Im Übrigen habe die – insoweit beweisbelastete – Beklagte nicht nachgewiesen, dass die den Abregelungen jeweils zugrundeliegenden Netzengpässe nicht durch netz- und marktbezogene Maßnahmen abwendbar gewesen seien. Hilfsweise rügt die Klägerin die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Hinblick auf einen fehlenden Hinweis auf die ihr angelastete Darlegungsfälligkeit („Dann wäre detaillierter vorgetragen worden.“). Das Landgericht habe nicht hinreichend differenziert zwischen den einzelnen Fassungen des EnWG. Jedenfalls ab dem 04.08.2011 sei § 13 Abs. 1a EnWG 2011 analog anzuwenden. Zwar seien im Gesetz ausdrücklich Beschränkungen auf Erzeugeranlagen mit einer Nennleistung von mindestens 50 MWh vorgesehen gewesen. Insoweit handele es sich jedoch um eine planwidrige Regelungslücke, welche der Gesetzgeber erst durch seine ab dem 28.12.2012 geltende Fassung des EnWG korrigiert habe. Im Übrigen wiederholt und vertieft die Klägerin ihr Vorbringen aus erster Instanz.

Die Beklagte und ihre Streithelferin beantragen jeweils,

unter teilweiser Abänderung des erstinstanzlichen Urteils

die Klage vollständig abzuweisen.

sowie

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

unter teilweiser Abänderung des erstinstanzlichen Urteils

den Klageanspruch hinsichtlich der Ansprüche für die Jahre 2011 und 2012 dem Grunde nach als gerechtfertigt zu erklären.

sowie,

die Berufungen der Beklagten und der Streithelferin jeweils zurückzuweisen.

Der Senat hat am 14.02.2020 mündlich zur Sache verhandelt; wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt des Sitzungsprotokolls des Senats vom selben Tage Bezug genommen.

Die – jeweils nicht nachgelassenen – Schriftsätze der Klägerin vom 18.02.2020 und vom 17.03.2020 sowie der Beklagten vom 13.03.2020 haben vorgelegen und sind Gegenstand der Schlussberatung des Senats gewesen.

B.

Die Berufungen I, II und III sind zulässig, insbesondere sind sie jeweils form- und fristgemäß eingelegt und begründet worden. Die Berufung III der Klägerin ist unbegründet; die Berufungen I und II haben in der Sache Erfolg.

I. Die Berufung III der Klägerin ist unbegründet. Das Landgericht hat zu Recht darauf erkannt, dass die Klägerin gegen die Beklagte schon dem Grunde nach keinen Anspruch auf eine Vergütung bzw. Entschädigung für die streitgegenständlichen Abregelungen hat.

1. Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf eine Vergütung bzw. Entschädigung für den nicht eingespeisten Strom in der Zeit vom 01.01.2011 bis zum 03.08.2011 nach den Vorschriften des EnWG.

a) Im vorgenannten Zeitraum galten die §§ 13 f. EnWG über die Systemverantwortung der Netzbetreiber in der Fassung vom 07.07.2005 (*künftig: EnWG 2005*), wobei § 13 EnWG 2005 die Systemverantwortung der ÜNB umfassend regelte, während diese Vorschriften nach § 14 Abs. 1 Satz 1 EnWG 2005 für die VNB „im Rahmen ihrer Verteilungsaufgaben entsprechend“ anzuwenden waren, „soweit sie für die Sicherheit und Zuverlässigkeit der Elektrizitätsversorgung in ihrem Netz verantwortlich waren“. Nach § 14 Abs. 1a EnWG 2005 waren die VNB außerdem verpflichtet, die vorgelagerten ÜNB „durch eigene Maßnahmen“ zu unterstützen. Aus § 13 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 ergab sich – das ist auch bei den Prozessparteien übereinstimmende Auffassung – eine Rangfolge von Maßnahmen zur Beseitigung von Gefährdungen oder Störungen der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems i.S. von § 13 Abs. 3 EnWG 2005. Danach waren vorrangig netzbezogene Maßnahmen, dazu nachrangig marktbezogene Maßnahmen und äußerst nachrangig (Abs. 2 Satz 1: „Lässt sich eine Gefährdung oder Störung durch Maßnahmen nach Absatz 1 nicht oder nicht rechtzeitig beseitigen, ...“) sog. Notfallmaßnahmen zu ergreifen. Für Notfallmaßnahmen nach § 13 Abs. 2 EnWG 2005 bestimmte § 13 Abs. 4 EnWG 2005 ausdrücklich, dass diese bis zur Beseitigung der Gefährdung oder Störung nicht nur zur Suspensierung aller betroffenen Leistungspflichten führten, sondern auch mit einem Haftungsausschluss für sonstige Vermögensschäden verbunden waren.

b) Die Abregelungen der Beklagten im Zeitraum vom 01.01.2011 bis zum 03.08.2011 erfolgten auf der Grundlage des § 13 Abs. 2 EnWG 2005 und waren sog. Notfallmaßnahmen.

aa) Vorab ist festzustellen, dass die Beklagte für alle von ihr veranlassten Abregelungen der Klägerin passivlegitimiert ist, und zwar auch für diejenigen, welche sie in Umsetzung von Anforderungen der Streithelferin anordnete. Denn nach § 14 Abs. 1a EnWG 2005 (bzw. § 14 Abs. 1c EnWG 2016) waren VNB verpflichtet, die Maßnahmen des vorgelagerten ÜNB „durch eigene Maßnahmen“ zu unterstützen, d.h. dass jeweils der nach außen, aus der Sicht des betroffenen Anlagenbetreibers, Handelnde Anspruchsgegner war.

bb) Das Gesetz differenzierte zwischen netzbezogenen, marktbezogenen und Notfallmaßnahmen des jeweiligen Netzbetreibers. Dabei waren vom Begriff der netzbezogenen Maßnahmen letztlich netzinterne, vor allem technische Maßnahmen (z.B. spezielle Netzschaltungen) erfasst, zu deren Vornahme der jeweilige Netzbetreiber keiner Mitwirkung durch Dritte bedurfte und die typischerweise ohne bzw. lediglich mit geringen Außenwirkungen auf Dritte blieben. Da der Begriff der marktbezogenen Maßnahme in Abgrenzung hierzu gebraucht wurde, ergab sich bereits aus dieser Konstellation ein Unterscheidungsmerkmal; es handelte sich um Maßnahmen, welche – jedenfalls grundsätzlich – nur in Abstimmung mit dem oder den betroffenen Marktakteur(en) vorgenommen werden konnten und auf diese auch Außenwirkungen hatten; ein Ausgleich der wechselseitigen Interessen sollte insoweit einvernehmlich erfolgen. Dem jeweiligen Netzbetreiber wurde darüber hinaus in § 13 Abs. 2 EnWG 2005 mit der Zulässigkeit von Notfallmaßnahmen ein Eingriffsrecht auf gesetzlicher Grundlage ohne die Notwendigkeit einer Verständigung mit dem betroffenen Marktteilnehmer eingeräumt.

cc) Für die rechtliche Qualität der vom jeweiligen Netzbetreiber ergriffenen Maßnahme kam es entgegen der Auffassung der Klägerin danach jedenfalls nicht darauf an, ob eine Abregelung der Stromeinspeisung in technischer Hinsicht mittelbar (durch die Übersendung eines Signals mit genauen Festlegungen zur Einspeisereduzierung in zeitlicher und leistungsmäßiger Hinsicht und händische – mehr oder weniger „freiwillige“ – Umsetzung der Anordnung durch den Anlagenbetreiber) oder unmittelbar (durch eine Durchgriffs-Steuerungsmöglichkeit der VNB bezüglich der Stromerzeugung bzw. der Stromeinspeisung) erfolgte. Weder dem Gesetzeswortlaut noch den Gesetzesmaterialien ist eine rechtliche Relevanz einer derartigen Differenzierung zu entnehmen. Die in der Praxis vorrangig eingesetzte mittelbare Steuerung erfolgte aus Gründen der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs und der Vermeidung von Schäden an den Anlagen.

dd) Da nach dem Vorausgeführten eine verbindliche Aufforderung der Beklagten an die Klägerin zur Reduzierung der Stromeinspeisung sowohl im Kontext einer marktbezogenen als auch im Rahmen einer Notfallmaßnahme möglich war, war es für die Differenzierung zwischen beiden Maßnahmen maßgeblich, auf der Grundlage welcher Ermächtigung die Beklagte in die wirtschaftliche Tätigkeit der Klägerin eingriff. Denn sowohl nach dem Wortlaut der Absätze 1 und 2 des § 13 als auch nach der Systematik der Regelungen war jede Abregelung rechtfertigungsbedürftig und es kam deswegen jeweils darauf an, auf welcher rechtlichen Grundlage eine ÜNB oder eine VNB, hier die Beklagte, ihre Festlegungen traf. Unter Berücksichtigung des o.a. Unterscheidungsmerkmals war vor allem danach zu differenzieren, ob der Eingriff auf einer vertraglichen Grundlage nach § 13 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EnWG 2005 oder kraft der gesetzlichen Regelung in § 13 Abs. 2 EnWG 2005 erfolgte.

(1) Die vom Gesetzgeber für marktbezogene Maßnahmen aufgeführten Beispiele in § 13 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EnWG 2005 („wie insbesondere“) legen nahe, dass eine marktbezogene

Maßnahme, soweit es nicht um rein informelle Beeinflussungsmöglichkeiten ging (Information der Erzeuger und der Nutzer von Energie über Netzengpässe mit der Intension einer freiwilligen Berücksichtigung des Erzeuger- bzw. Verbrauchsverhaltens), jeweils eine Abrede zwischen dem ÜNB/VNB und einem Leistungsverpflichteten voraussetzte, sei es über den Einkauf von Regelenergie durch den jeweiligen Netzbetreiber von einem Dritten, sei es über die Einspeisung zusätzlicher Energie durch einen Dritten auf Anforderung (Reserven) oder sei es über zu- bzw. abschaltbare Lasten Dritter. Die Notwendigkeit einer Vereinbarung als Ermächtigungsgrundlage ergab sich auch aus dem Wesen von Aktivitäten auf einem Markt zwischen gleichgestellten Privatsubjekten. Auf dem Markt waren Maßnahmen eines Netzbetreibers zu Lasten eines Anlagenbetreibers oder sonstigen Dritten grundsätzlich nur auf der Grundlage von Verträgen möglich. Die grundsätzliche Notwendigkeit einer vertraglichen Vereinbarung von marktbezogenen Maßnahmen wurde auch durch die nachfolgenden Regelungen des Gesetzgebers in § 13 Abs. 1a bzw. später in § 13a EnWG bekräftigt.

(2) Einen solchen Vertrag, welcher die Beklagte zur Vornahme von Abregelungen ermächtigte (und zugleich Zahlungsansprüche der Klägerin im Falle von Abregelungen begründete), hat die Klägerin nicht benennen können.

(a) Zwischen den Prozessparteien bestand zwar ein Anschluss- und Einspeisevertrag; dieser Vertrag ist von der Klägerin nicht vorgelegt worden. Der Senat geht davon aus, dass in diesem Vertrag lediglich die Teilnahme der Klägerin am NSM der Beklagten geregelt war. Diese – dem Senat aus anderen Verfahren bekannten – Regelungen enthielten keine Bestimmungen über eine Vergütungspflicht, sondern gingen davon aus, dass etwa erforderliche Eingriffe in die Stromeinspeisung durch die Klägerin Notfallmaßnahmen i.S. von § 13 Abs. 2 EnWG sein sollten.

(b) Zwischen den Prozessparteien bestanden unstreitig keine weiteren vertraglichen Abreden im Hinblick auf mögliche Abregelungen, insbesondere keine vertraglichen Vereinbarungen über eine Reduzierung der Stromeinspeisung gegen Vergütung.

(3) Die Beklagte hat die Abregelungen im Zeitraum vom 01.01.2011 bis zum 03.08.2011 (und darüber hinaus bis zum 31.12.2016) ausnahmslos jeweils als Notfallmaßnahmen i.S.v. § 13 Abs. 2 EnWG 2005/2011 eingeordnet; dem entsprach auch das damalige beiderseitige Verhalten der Prozessparteien.

(a) Es spricht vieles dafür, die Beklagte allein wegen ihrer Deklaration der Maßnahme als Notfallmaßnahme hieran rechtlich auch festzuhalten. Die Beklagte berief sich bezüglich jeder der o.a. Abregelungen jeweils auf die Durchführung einer Notfallmaßnahme. Sie bezeichnete und rechtfertigte die Maßnahmen gegenüber der Klägerin jeweils als Notfallmaßnahmen und zeigte sie im Rahmen ihrer Informationspflichten gegenüber der Streithelferin und der Bundesnetzagentur so an. Die von der Klägerin angesprochene Frage, ob die Voraussetzungen für

eine Notfallmaßnahme vorlagen, betrifft nicht die rechtliche Zuordnung zu § 13 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EnWG 2005/2011 oder § 13 Abs. 2 EnWG 2005 / 2011, sondern die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Verhaltens der Beklagten und damit letztlich eine Frage der Begründung eines – verschuldensabhängigen – Schadensersatzanspruchs (ebenso KG Berlin, Urteil v. 09.03.2015, 2 U 72/11.EnWG, ZNER 2015, 354; KG Berlin, Urteil v. 13.08.2015, 2 U 112/13.EnWG, ZNER 2016, 48, in juris Tz. 20).

(b) Jedenfalls ist darauf zu verweisen, dass im vorliegenden Fall die Klägerin selbst die Maßnahmen der Beklagten jeweils als Notfallmaßnahmen auffasste und behandelte. Sie warf in ihren Schreiben vom 18.05.2009 und vom 01.08.2011 (GA Bd. IV Bl. 34) jeweils Fragen zur Abschaltreihenfolge auf und machte ausdrücklich einen Anspruch auf Schadensersatz wegen rechtswidriger Abschaltung vor vorrangig abzuschaltenden Erzeugungsanlagen geltend. Dazu steht es in einem nicht erklärten Widerspruch, dass nunmehr dieselben Abregelungen als marktbezogene Maßnahmen uminterpretiert worden sind.

ee) Für die Zeit bis zum 03.08.2011 einschließlich gab es im EnWG 2005 für andere, insbesondere außervertragliche, auf einem gesetzlichen Schuldverhältnis beruhende marktbezogene Maßnahmen der Beklagten mit einer korrespondierenden Vergütungs- bzw. Entschädigungspflicht keine Rechts- und Ermächtigungsgrundlage.

2. Die Klägerin hat gegen die Beklagte auch für den nachfolgenden Zeitraum vom 04.08.2011 bis zum 31.12.2012 keinen Zahlungsanspruch nach den Vorschriften des EnWG.

a) Mit Wirkung ab dem 04.08.2011 wurde § 13 EnWG durch das (1.) Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften vom 26.07.2011 geändert (*künftig: EnWG 2011*). In § 13 wurde nach Absatz 1 ein Absatz 1a eingefügt, wonach für die Durchführung von marktbezogenen Maßnahmen i.S. von Absatz 1 Nr. 2 u.a. die Betreiber „von Anlagen zur Erzeugung von elektrischer Energie (Erzeugungsanlagen) mit einer Nennleistung ab 50 Megawatt an Elektrizitätsversorgungsnetzen mit einer Spannung von mindestens 110 Kilovolt“ verpflichtet waren, auf Anforderung durch die ÜNB und ggf. in Abstimmung mit dem VNB „gegen angemessene Vergütung“ die Wirkleistungs- oder Blindleistungseinspeisung anzupassen. Die Verpflichtung der VNB, Maßnahmen der ÜNB nach § 13 EnWG 2011 durch eigene Maßnahmen zu unterstützen, blieb unverändert bestehen, war nunmehr aber in § 14 Abs. 1c EnWG 2011 enthalten. Auf die Neuregelungen des EnWG ab dem 28.12.2012 kommt es für die Entscheidung des Senats über den Zeitraum bis zum 31.12.2012 nicht an, weil in diesen vier Tagen von der Klägerin keine Abregelung gefordert oder durchgeführt wurde.

b) Die Abregelungen der Beklagten im Zeitraum seit dem 04.08.2011 konnten weiterhin nur als Notfallmaßnahmen i.S. von § 13 Abs. 2 EnWG 2011 erfolgen.

aa) Grundsätzlich gilt auch für den Zeitraum vom 04.08.2011 bis zum 27.12.2011 das Vorausgeführte zur Differenzierung zwischen marktbezogenen und Notfallmaßnahmen; marktbezogene Maßnahmen setzten grundsätzlich weiterhin eine vertragliche Vereinbarung voraus, welche zwischen der Klägerin und der Beklagten nicht existierte.

bb) Für den o.a. Zeitraum kann offenbleiben, welche rechtliche Qualität der Neuregelung in § 13 Abs. 1a EnWG 2011 zukam, weil die Klägerin mit ihrer MVA jedenfalls nicht in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift fiel. Zwar war die MVA der Klägerin nach den unstreitigen Systemangaben in das 110 kV-Netz der Beklagten eingebunden, sie wies jedoch keine Nennleistung von 50 MW auf, so dass die Neuregelung unmittelbar nicht anwendbar war. Darüber streiten die Prozessparteien nicht.

cc) Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Vorschrift auch nicht in analoger Weise auf den hier vorliegenden Sachverhalt anzuwenden ist, weil es bereits an einer für die entsprechende Anwendung notwendigen planwidrigen Regelungslücke fehlt. Insbesondere ist die vom Gesetzgeber vorgenommene Beschränkung der Anwendbarkeit der Neuregelung auf Anlagen mit einer Nennleistung von mindestens 50 MW nicht im Wege der Rechtsanwendung zu korrigieren.

(1) Eine Gesetzeslücke liegt nicht schon dann vor, wenn für eine bestimmte Fallgestaltung keine Regelung vorhanden ist. Erforderlich ist vielmehr eine sog. planwidrige Unvollständigkeit, d.h. eine von Anfang an bestehende Unvollständigkeit nach dem Regelungsplan des Gesetzgebers (vgl. nur Grüneberg in: Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020, Einf. Rn. 55 m.w.N.; zuletzt Sagan, JM 2/2020, S. 53, 54). Dazu ist der Regelungsplan des Gesetzgebers zu ermitteln. Eine unbewusste Regelungslücke kann sich auch daraus ergeben, dass die Unvollständigkeit nachträglich durch wirtschaftliche oder technische Änderungen entsteht. Eine solche Regelungslücke hat der Bundesgerichtshof u.a. angenommen im Hinblick auf den vom Gesetzgeber geplanten umfassenden Schutz des Urhebers und seiner Herrschaft über sein Werk, der auch nicht durch damals erst seit einigen Jahren im Handel befindliche Selbstaufnahmegeräte durchbrochen werden sollte (vgl. BGH, Urteil v. 18.05.1955, I ZR 8/54 „Magnettonband“, BGHZ 17, 266), sowie zuletzt im Hinblick auf die Haftung des Liquidators einer Kapitalgesellschaft gegenüber einem bei der Vermögensverteilung nicht berücksichtigten Gläubiger (vgl. BGH, Urteil v. 13.03.2018, II ZR 158/16, BGHZ 218, 80, in juris Tz. 30 ff, bes. 33 und 36).

(2) Die Klägerin verkennt den Regelungsplan des Gesetzgebers für § 13 Abs. 1a EnWG 2011. Die Klägerin meint, dass der Gesetzgeber mit der Regelung habe erreichen wollen, dass Netzbetreiber dem Betreiber einer Erzeugungsanlage für Abregelungen eine angemessene Vergütung zahlten. Unter dieser Prämisse hätte der Gesetzgeber, wenn er im Juli 2011 den weiteren massiven Ausbau dezentraler Energieerzeugungsanlagen und die damit einhergehende zunehmende Zahl von Netzengpässen vorhergesehen hätte, von Anfang an auch Anlagen mit geringerer Nennleistung in den Schutzbereich dieser Norm einbeziehen wollen. Dem folgt der

erkennende Senat nicht. Die o.g. Norm regelte in ihrem Schwerpunkt nicht etwa einen Anspruch des Anlagenbetreibers, sondern eine Pflicht des Anlagenbetreibers gegenüber dem Netzbetreiber, und zwar eine Pflicht zur Mitwirkung an der Umsetzung einer marktbezogenen Maßnahme zu den durch das Gesetz bestimmten und an die Stelle einer vertraglichen Regelung tretenden Konditionen.

(a) Bereits nach dem Wortlaut des Absatzes 1a geht es um eine Regelung zu Lasten der Anlagenbetreiber („... sind ... verpflichtet, ...“), weswegen die vorgenommenen Einschränkungen – Nennleistung und Spannungsebene des Netzes – und die Regelung einer angemessenen Vergütung jeweils zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit dieses Eingriffs in die Rechte des Anlagenbetreibers dienen.

(b) Hierfür spricht auch die systematische Stellung der Vorschrift in Teil 3 Abschnitt 1 EnWG über die Aufgaben der Netzbetreiber und hier insbesondere über die Wahrnehmung der Systemverantwortung.

(c) Gleiches ergibt sich aus der Gesetzesgenese und -begründung: Es ging dem Gesetzgeber darum, dem Netzbetreiber neue Befugnisse einzuräumen, weil diese „... in der Vergangenheit teilweise von Kraftwerksbetreibern entweder in Frage gestellt ...“ oder jede Mitwirkung verweigert wurden (vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften vom 06.06.2011, BT-Drs. 17/6072, S. 71 – zu Nummer 11 (§ 13), linke Spalte). Der Gesetzgeber hatte das Risiko eines erhöhten Einsatzbedarfes von Redispatch sowie der Anforderung erhöhter Blindleistungseinspeisung erkannt (ebenda, rechte Spalte oben) und den Regelungsbedarf damit begründet, dass die ÜNB bisher keine Möglichkeit hätten, Betreiber von Erzeugungsanlagen zur Mitwirkung an den o.g. Maßnahmen zu verpflichten. Für die gesetzliche Festlegung über eine „angemessene“ Vergütung war ausschlaggebend, dass die ÜNB davor bewahrt werden sollten, Vereinbarungen über marktbezogene Maßnahmen zu unangemessenen Konditionen schließen zu müssen. Dem lag die Erkenntnis zugrunde, dass bisherige freiwillige bilaterale Vereinbarungen nicht bundeseinheitlich ausgestaltet worden seien. Der Regelungswille des Gesetzgebers ging deswegen dahin, den ÜNB und VNB die Befugnis einzuräumen, ein dem vertraglichen Schuldverhältnis adäquates besonderes Schuldverhältnis über marktbezogene Maßnahmen erzwingen zu können und hierfür – nach und nach – bundeseinheitliche Standards zu entwickeln. Zum Zweck der Gesamregelung heißt es in der Gesetzesbegründung ausdrücklich, dass hierdurch „... ein Ausgleich zwischen den wechselseitigen Interessen ...“ geschaffen werden solle, „indem Anpassungsbefugnisse (der ÜNB/VNB) gegenüber größeren Kraftwerken gegen Zahlung einer angemessenen Vergütung unmittelbar gesetzlich vorgegeben werden.“ Dieser Regelungsplan war nicht unbewusst unvollständig, sondern wurde bewusst nur auf die aus Sicht des Gesetzgebers „großen Kraftwerksbetreiber“ bezogen, für deren Identifizierung der Gesetzgeber bewusst und geplant eine Mindest-Nennleistung festlegte.

3. Die Klägerin hat gegen die Beklagte auch aus keinem anderen Rechtsgrund einen Vergütungsanspruch.

a) Ein Vergütungsanspruch ergibt sich nicht aus den Vorschriften des EEG.

aa) Der erkennende Senat sieht in dem Umstand, dass sich die Klägerin in erster Instanz auch auf Anspruchsgrundlagen aus dem EEG gestützt hat, ein hilfsweises Vorbringen für den Fall, dass Anspruchsgrundlagen aus dem EnWG nicht bestehen. Denn das hier anwendbare EEG in der Fassung vom 25.10.2008 (gültig bis zum 31.12.2011, *künftig: EEG 2009*) bzw. in der Fassung vom 28.07.2011 (gültig bis zum 31.07.2014, *künftig: EEG 2012*) beinhaltete jeweils in §§ 11 f. Regelungen zum sog. Einspeisemanagement. Diese Vorschriften waren nach dem Grundsatz des *lex specialis* gegenüber den Vorschriften des EnWG vorrangig (vgl. nur Sötebier in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 13 Rn. 50, 53 m.w.N.), so dass sich eine parallele Geltendmachung von Ansprüchen nach § 13 EnWG 2005/2011 und nach §§ 11 f. EEG 2009/2012 wechselseitig ausschließen.

bb) Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass eine Voraussetzung für die Anwendbarkeit der §§ 11 f. EEG 2009 bzw. EEG 2011 nicht vorlag, weil die MVA der Klägerin nicht als eine EEG-Anlage i.S.v. § 3 Nr. 1 EEG zu bewerten war. Der durch die thermische Verwertung von Abfällen erzeugte Strom ist keine ausschließlich aus erneuerbaren Energieträgern erzeugte Elektrizität, wenn – wie hier – der maximal 50 % umfassende biogene Anteil nicht von den anderen Inhaltsstoffen getrennt und gesondert verwertet wird.

cc) Gegen diesen Bestandteil des Grund- und Teilurteils hat die Klägerin mit ihrer Berufung keine Einwendungen erhoben. Soweit sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat darauf verwiesen hat, dass sie gleichwohl ihre Auffassung von der Anwendbarkeit des EEG aufrechterhalte, fehlt es an einem wirksamen Berufungsangriff.

dd) Das Vorbringen ist nicht geeignet, eine andere Entscheidung zu rechtfertigen. Für die in der mündlichen Verhandlung von der Klägerin geäußerte Rechtsansicht, wonach es lediglich für die Vergütung des eingespeisten Stroms auf die Ausschließlichkeit der Erzeugung aus erneuerbaren Energieträgern ankomme, nicht aber für die Anwendbarkeit der §§ 11 f. EEG 2009/2012, gab es im Gesetz keinen Anhalt. Die Vorschrift des § 3 Abs. 1 EEG 2009/2012 enthielt eine Legaldefinition für den Begriff der EEG-Anlage, welche in ihrer Gültigkeit nicht auf einzelne Vorschriften beschränkt war. Darüber hinaus sah § 11 EEG 2009/2012 im Kern einen Vorrang der Abregelung anderer Energieerzeugungsanlagen vor; ein Anspruch auf Vergütung im Falle der Abregelung bestand grundsätzlich nicht, sondern lediglich im Rahmen einer sog. Härtefallregelung in § 12 EEG 2009/2012.

b) Ein Zahlungsanspruch ergibt sich auch nicht aus einem Dienstleistungsvertrag.

aa) Das Landgericht hat zu Recht darauf erkannt, dass es der Beklagten für den Abschluss eines Dienstleistungsvertrages mit der Klägerin durch schlüssiges Handeln an einem Rechtsbindungswillen fehlte. Für den Aussagegehalt eines schlüssigen Handelns ist nach §§ 133, 157 BGB auf die Sichtweise eines objektiven Empfängers der Erklärung abzustellen. Die Beklagte bezog sich in ihren Anforderungen auf ihr NSM und auf die im Anschluss-/Einspeisevertrag mit der Klägerin nochmals aufgeführte Befugnis zu Notfallmaßnahmen nach Maßgabe des § 13 Abs. 2 EnWG. Ein Anlagenbetreiber in der Lage der Klägerin konnte die Anforderungen zur Abregelung angesichts der eindeutigen Deklaration durch die Beklagte und mangels sonstiger getroffener Vereinbarungen nur als Notfallmaßnahmen auffassen; dies hat die Klägerin, wie vorausgeführt, auch getan.

bb) Darüber hinaus fehlte es an essentiellen Vertragsbestandteilen.

(1) Ein konkludenter Abschluss eines Dienstleistungsvertrages kommt auch deswegen nicht in Betracht, weil die von der Klägerin „verlangte“ Leistung keine Dienstleistung war. Das Zahlungsbegehren der Klägerin war nicht auf die Vergütung einer Abschalttätigkeit gerichtet, sondern auf einen Ausgleich für die Reduzierung der Stromerzeugung und -einspeisung, d.h. letztlich für eine Nichtleistung. Gegen diese, im Termin der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erörterte Auffassung des Senats sind Einwendungen nicht vorgebracht worden.

(2) Für den konkludenten Abschluss eines Dienstleistungsvertrages fehlte es jeder Anforderung der Beklagten zur Abregelung schließlich auch an einer bestimmten oder bestimmbaren Bezeichnung der von der Beklagten angebotenen Gegenleistung. Angesichts der ihr gesetzlich eingeräumten Möglichkeit der – vergütungsfreien – Notfallmaßnahme durfte auch die Klägerin die Anforderung der Beklagten nicht dahin missverstehen, dass etwa der Beklagten hätte bewusst sein müssen, dass sie eine Erfüllung der geforderten Leistungsreduzierung durch die Klägerin nur gegen das Angebot einer angemessenen Vergütung hätte erwarten dürfen.

c) Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 282 i.V.m. 241 Abs. 2 BGB.

aa) Für die Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht aus dem – nicht vorgelegten – Einspeisevertrag hat die Klägerin, wie das Landgericht zu Recht ausgeführt hat, bereits die Pflichtverletzungen nicht vereinzelt. Dies hätte der Darlegung bedurft, dass nach § 13 Abs. 2 EnWG 2005/2011 grundsätzlich zulässigen Notfallmaßnahmen im Einzelfall mangels Vorliegens der Voraussetzungen, insbesondere einer Gefährdung bzw. Störung der Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungsnetzes, rechtswidrig gewesen wären. Das Prozessvorgehen der Klägerin ist vielmehr dahin zu verstehen, dass das Bestehen eines Netzengpasses in den Einzelfällen der Abregelungen jeweils nicht bestritten werden soll.

(1) Die Argumente der Klägerin beziehen sich nicht darauf, dass etwa eine Gefährdung der Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems i.S. von § 13 Abs. 3

EnWG 2005/2011 nicht vorgelegen habe. Insoweit hat die Beklagte für jede einzelne Abreglung einen Grund benannt, welcher von der Klägerin nicht bestritten worden ist.

(2) Jedenfalls mit ihrem Berufungsvorbringen hat die Klägerin sich darauf beschränkt, dass sie im Hinblick auf das Vorrangverhältnis marktbezogener Maßnahmen nach § 13 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EnWG 2005/2011 gegenüber Notfallmaßnahmen nach § 13 Abs. 2 EnWG 2005/2011 eine Pflichtverletzung darin sieht, dass die Beklagte mit ihr, der Klägerin, nicht einen Vertrag über vergütungspflichtige Einspeisereduzierungen abgeschlossen hat.

bb) Die vorgenannte, von der Klägerin in Anspruch genommene Verpflichtung der Beklagten bestand nicht. Die Klägerin hatte gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Abschluss eines Vertrages über marktbezogene Maßnahmen.

(1) Grundsätzlich sind sowohl die ÜNB als auch die VNB verpflichtet, die Verminderung der Zahl der Netzengpässe vor allem durch einen konsequenten Netzausbau anzustreben; zu ihren eigenen erheblichen Investitionen hat die Beklagte in erster Instanz vorgetragen, ohne dass die Klägerin die Angemessenheit dieser Bemühungen in Zweifel gezogen hat.

(2) Der Beklagten wurde durch die Regelungen in §§ 14 Abs. 1 i.V.m. 13 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG 2005/2011 ein erheblicher Beurteilungsspielraum für die Auswahl einer zur Beseitigung des konkreten Netzengpasses geeigneten Maßnahme eingeräumt. Denn zu Notfallmaßnahmen war die Beklagte berechtigt, soweit sich die Gefährdungen bzw. Störungen durch andere Maßnahmen „nicht oder nicht rechtzeitig“ beseitigen ließen. Das setzte einerseits jeweils eine subjektive Einschätzung der jeweiligen Netzbelastung und eine Prognose der zukünftigen Lage einschließlich der Wirksamkeit der zu treffenden Maßnahme voraus. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass sich nach der Vorstellung des Gesetzgebers die jeder Prognose immanente Ungewissheit über deren Richtigkeit, hier die Bewertung einer Ist-Lage als Netzengpass, einseitig zu Lasten des jeweiligen Netzbetreibers auswirken sollte. Die Einschätzung, ob sich bevorstehende Netzengpässe durch andere, namentlich marktbezogene Maßnahmen beseitigen ließen, setzte andererseits die Einschätzung voraus, welche vertraglichen Rahmenbedingungen einer marktbezogenen Maßnahme bei gesamtwirtschaftlicher Betrachtung angemessen waren. Dass der Gesetzgeber den Netzbetreibern auch insoweit einen Beurteilungsspielraum belassen wollte, zeigte sich in der Gesetzesbegründung bei Einführung des § 13 EnWG 2005: „Es soll daher dem Übertragungsnetzbetreiber obliegen, durch ein Stufen-system von Maßnahmen im Netz und gegenüber Netznutzern auf Erzeuger- und Verbraucherseite möglichen Störungen vorzubeugen und im Störfall durch Anpassungsmaßnahmen zur Begrenzung des Ausfallschadens beizutragen.“ (vgl. Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 15.08.2004, BR-Drs. 613/04, S. 102). Dies gilt unbeschadet des Gesetzeswortlauts von § 13 Abs. 1 Satz 1 EnWG 2005/2011, wonach der Netzbetreiber zu den aufgezählten netz- und marktbezogenen Maßnahmen zur Gewährleistung der Netzsicherheit und -stabilität nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet war. Auch

die Verpflichtung zum Ergreifen marktbezogener Maßnahmen unterlag dem vorgenannten Beurteilungsspielraum.

(3) Von dem vorgenannten doppelten Beurteilungsspielraum war es gedeckt, dass sich die Beklagte angesichts des sprunghaften Zuwachses von Erzeugeranlagen auf die Einrichtung eines funktionierenden NSM konzentrierte, zumal nach dem Gesetzeswortlaut zunächst die ÜNB in ihrer Systemverantwortung gefordert waren, funktionierende marktbezogene Instrumente zu entwickeln, einzuführen und zu standardisieren. Für die VNB bestand diese Obliegenheit nur im Rahmen nur entsprechend und nur, soweit diese sich „im konkreten Einzelfall in einer von Aufgabenzuschnitt und tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeiten vergleichbaren Situation befinden wie ein ÜNB“ (vgl. BR-Drs. 613/04, Gesetzentwurf v. 13.08.2004, S. 104, zu § 14 ...). Dabei ist zugunsten der Beklagten weiter zu berücksichtigen, dass ein Markt für system-sichernde Maßnahmen noch nicht existierte, was sich insbesondere auch in den sehr uneinheitlichen Vertragsbedingungen der ersten Verträge über z.B. Redispatch-Maßnahmen der ÜNB zeigte, welche der Gesetzgeber in seiner Begründung für die Regelung des § 13 Abs. 1a EnWG 2011 anführte (vgl. BT-Drs. 17/6072, Gesetzentwurf v. 06.06.2011, S. 71 zu Nummer 11 (§ 13), rechte Spalte).

cc) Das angefochtene Urteil beruht insoweit auch nicht etwa auf einer Verletzung des Anspruchs der Klägerin auf rechtliches Gehör. Die Berufung zeigt schon nicht auf, was die Klägerin im Falle eines entsprechenden Hinweises detaillierter hätte vortragen wollen, so dass nicht beurteilt werden kann, ob dieser neue Sachvortrag geeignet gewesen wäre, eine andere Entscheidung zu rechtfertigen.

II. Entgegen der Ansicht des Landgerichts hat die Klägerin gegen die Beklagte auch für die Zeit vom 01.01.2013 bis zum 31.12.2016 keinen Anspruch auf eine Vergütung bzw. Entschädigung für die Abregelungen durch die Beklagte. Die Berufungen der Beklagten und ihrer Streithelferin sind begründet, so dass das insoweit ergangene Grundurteil abzuändern und die auf den vorgenannten Zeitraum bezogene Teilklage mangels eines Anspruchs dem Grunde nach abzuweisen war.

1. Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf eine Vergütung bzw. Entschädigung für den nicht eingespeisten Strom in der Zeit vom 01.01.2013 bis zum 29.07.2016 nach den Vorschriften des EnWG.

a) Im vorgenannten Zeitraum galten die §§ 13 f. EnWG über die Systemverantwortung der Netzbetreiber in der Fassung vom 20.12.2012 und mit Wirkung ab dem 28.12.2012 (*künftig: EnWG 2012*), wobei der Anwendungsbereich des § 13 Abs. 1a EnWG 2012 maßgeblich erweitert wurde. Das Tatbestandsmerkmal des erforderlichen Anschlusses der betroffenen Energieerzeugungsanlage an ein 110 kV-Netz entfiel vollständig, die weitere Beschränkung des Anwendungsbereiches wurde erheblich abgesenkt. Die Verpflichtung der Anlagenbetreiber

zur Mitwirkung an einer marktbezogenen Maßnahme wurde erweitert auf alle Erzeugungsanlagen mit einer Nennleistung ab 10 MW. Die nachfolgenden Gesetzesnovellierungen (Fassungen v. 21.07.2014, v. 31.08.2015 und v. 21.12.2015) betrafen die streitentscheidenden Rechtsnormen nicht.

b) Trotz der vorgenannten Gesetzesänderungen waren die Abregelungen der Beklagten im Zeitraum vom 01.01.2013 bis zum 29.07.2016 ebenfalls Notfallmaßnahmen i.S.v. § 13 Abs. 2 EnWG 2012.

aa) Allerdings hat die Klägerin – von der Beklagten unbestritten – zu Recht darauf verwiesen, dass ihre MVA nunmehr in den Anwendungsbereich des § 13 Abs. 1a EnWG 2012 fiel und dass diese Vorschrift trotz des Zwangscharakters – Verpflichtung der Anlagenbetreiber zur Mitwirkung – eine Sonderform der marktbezogenen Maßnahmen darstellte. Denn die MVA mit einer Nennleistung von 23,3 MW erfüllte die – einzig verbliebene – Voraussetzung, eine Anlage mit einer Nennleistung ab 10 MW zu sein. Die Zuordnung des gesetzlich ausgestalteten Schuldverhältnisses zu den marktbezogenen Maßnahmen nach § 13 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EnWG 2012 ergab sich unmittelbar aus dem Gesetzestext und der Gesetzessystematik. Angesichts dieser neuen Konstellation bedurfte es zur Differenzierung zwischen einer Abregelung als marktbezogene Maßnahme i.S. von § 13 Abs. 1a EnWG 2012 und als Notfallmaßnahme i.S. von § 13 Abs. 2 EnWG 2012 eines weiteren Unterscheidungsmerkmals.

bb) Der Senat verbleibt auch unter Berücksichtigung des rechtlichen Vorbringens der Prozessparteien in den o.g. Schriftsätzen nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung bei seiner – im Termin als vorläufig geäußerten – Rechtsauffassung.

(1) Für die Zuordnung einer Abregelung zu einer der beiden Maßnahmenteilen ist zunächst darauf abzustellen, auf welche Ermächtigungsgrundlage sich der jeweilige Netzbetreiber für die Abregelung stützt. Die Beklagte deklarierte sämtliche Abregelungen als Notfallmaßnahmen und bekräftigte, deswegen zu einer Vergütungs- oder Ausgleichsleistung nicht verpflichtet zu sein; die Klägerin verstand die Beklagte auch dahin, dass sie lediglich vergütungsfreie Notfallmaßnahmen anordnete. Auf die Voraussetzungen wird Bezug genommen. Für einen konkludenten Vertragsschluss ähnlich einem Vertragsschluss bei sozialtypischem Verhalten ist danach kein Raum.

(2) Nach seinem Wortlaut enthielt auch § 13 Abs. 1a EnWG 2012 lediglich eine Verpflichtung des Anlagenbetreibers für den Fall einer Inanspruchnahme durch den ÜNB bzw. den VNB, so dass die Auswahlbefugnis der jeweiligen Netzbetreiberin nach Maßgabe des o.a. doppelten Beurteilungsspielraums fortbestand. Eine – den Anwendungsbereich einschränkende – Neuregelung des § 13 Abs. 2 EnWG 2012 (etwa dahin „für Anlagen, welche nicht in den Anwendungsbereich des Abs. 1a fallen“) erfolgte nicht.

(3) Nach der Gesetzgebungsgenese war mit der Neuregelung keine Verpflichtung des jeweiligen Netzbetreibers beabsichtigt, auf den Adressatenkreis des § 13 Abs. 1a EnWG 2012 ausschließlich im Wege solcher als marktbezogen qualifizierter Maßnahmen einzuwirken. Die Absenkung der Leistungsgrenze der betroffenen Kraftwerke in § 13 Abs. 1a EnWG 2012 war im ursprünglichen Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum 3. Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften gar nicht enthalten. Sie wurde im Ausschuss für Wirtschaft und Technologie im Zusammenhang mit umfangreichen Festlegungen zur vorläufigen und endgültigen Stilllegung von Kraftwerken, also mit dem potenziellen Wegfall der bisher in den Anwendungsbereich des Abs. 1a fallenden Kraftwerke, mitentworfen. Sie erfolgte mit der Intension, den Netzbetreibern den Zugriff auf eine größere Zahl von Kraftwerken für eine aktive Gestaltung der Netzsicherheit zu verschaffen. In der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses v. 28.11.2012 (BT-Drs. 17/11705, S. 50) hieß es zur Begründung:

„Die Erfahrungen im Umgang mit Versorgungsengpässen im Winter 2011/2012 haben gezeigt, dass auch diese Kraftwerke mit geringerer Leistung entscheidenden Einfluss auf den Erhalt der Systemstabilität haben können. Vor diesem Hintergrund scheint eine Absenkung des Schwellenwertes und damit eine Ausweitung des Kreises der potentiell Verpflichteten zielführend.“

Mit der Änderung sollte zwar der Adressatenkreis der potenziell verpflichteten Betreiber von Stromerzeugungsanlagen erweitert werden; für eine Einschränkung der zuvor rechtlich bestehenden Auswahlmöglichkeit durch den Netzbetreiber – unter Berücksichtigung der gesetzlich festgelegten, aber einem Beurteilungsspielraum unterliegenden Voraussetzungen – sind im Gesetzgebungsverfahren keine Anhaltspunkte zutage getreten. Etwas anderes ergibt sich auch nicht zwingend im Wege des Umkehrschlusses aus den von der Klägerin zitierten Gesetzesmaterialien vom 29.01.2019 (BT-Drs. 19/7375, S. 54, Anlage BK 19), denn die Ausführungen lassen nicht erkennen, ob und inwiefern sie auf inzwischen veränderten tatsächlichen Rahmenbedingungen für die Gesetzgebung beruhten, sowie ggf., ob und inwiefern die zu den ÜNB getroffenen Aussagen in identischer Weise auf VNB wie die Beklagte übertragbar waren. Schließlich widerspräche die von der Klägerin geltend gemachte Differenzierung zwischen marktbezogenen und Notfallmaßnahmen allein nach dem Adressaten der verlangten Abregelung dem Begriffsverständnis des EnWG vor der Gesetzesänderung, ohne dass der Gesetzgeber einen solchen Begriffswandel kenntlich gemacht hätte.

(4) Entgegen dem Eindruck, den die Klägerin mit ihren nicht nachgelassenen Schriftsätzen erzeugen möchte, ging die Kommentarliteratur zu § 13 EnWG 2012 zumindest teilweise davon aus, dass der jeweilige Netzbetreiber nicht verpflichtet sei, nunmehr den Adressatenkreis der Neuregelung ausschließlich auf der Grundlage des gesetzlichen Schuldverhältnisses oder flankierend geschlossener Verträge über marktbezogene Leistungen auf Abregelungen in Anspruch zu nehmen (vgl. König, Engpassmanagement in der deutschen und europäischen

Elektrizitätsversorgung, 2013, S. 484 ff., 487 (Anlage B 33), ders. In: Säcker, Bln. Komm. z. EnergieR, Bd. 1 Halbbd. 1, 3. Aufl. 2014, § 13 Rn. 30 (Anlage B 22); a.A. Sötebier, a.a.O., § 13 Rn. 43 – *jedoch ohne nähere Begründung*). Dass mit der Neuregelung auch der Anwendungsbereich des § 13 Abs. 2 EnWG 2012 ganz entscheidend ausgehöhlt werden sollte, ist nicht erkennbar.

(5) Schließlich ist darauf zu verweisen, dass die Neuregelung in § 13 Abs. 1a EnWG 2012 ein erhebliches Potenzial für eine schrittweise Abkehr von der Anwendung von Notfallmaßnahmen bot und damit dem mit der Gesetzesänderung verfolgten Zielen auch ohne eine Einschränkung des Anwendungsbereiches des § 13 Abs. 2 EnWG 2012 gerecht werden konnte.

(a) Es ist unbenommen, dass die Neuregelung den Vorrang marktbezogener Maßnahmen gegenüber Notfallmaßnahmen erheblich zu stärken geeignet war, weil er dem Netzbetreiber den Zugriff auf eine größere Anzahl von Anlagen für zwangsweise, aber gleichwohl marktbezogene Maßnahmen eröffnete (vgl. König in: Säcker, Bln. Komm. z. EnergieR, Bd. 1, 4. Aufl. 2017, § 13a EnWG 2016 Rn. 8) und ab der mit Wirkung zum 30.07.2016 in Kraft getretenen Neuregelung zu den Grundlagen zur Ermittlung einer angemessenen Vergütung eine Heranziehung nach einem einheitlichen Muster beförderte (König, ebenda, Rn. 15).

(b) Hinzu kommt, dass die Neuregelung nach dem Normverständnis des erkennenden Senats auch dem jeweiligen Netzbetreiber einen zusätzlichen Vorteil bot, welcher – auch bei gesamtwirtschaftlicher Betrachtung – eine Abkehr von der vergütungsfreien Abregelung sachlich rechtfertigte. Einer marktbezogenen Maßnahme ist immanent, dass ihr ein vorausschauendes, planendes Element innewohnt, welches den Gesamtaufwand der notwendigen Sicherungsmaßnahmen für Netzbetreiber und Anlagenbetreiber zu reduzieren vermag. Im Rahmen einer – grundsätzlich vereinbarten, hier auch erzwingbaren – Zusammenarbeit von Netzbetreiber und Anlagenbetreiber konnten Eingriffe in die Stromeinspeisung auf der Grundlage der Meldung des Kraftwerkeinsatzplanes oder freier Leistungsänderungspotenziale des Kraftwerks mit der Folge geringerer Beeinträchtigungen des betroffenen Anlagenbetreibers und damit einhergehender erhöhter Akzeptanz der Abregelungen vorgenommen werden. Das setzte aber ein vertragsgleiches Verhalten des Anlagenbetreibers voraus, insbesondere die Bereitschaft zur Übermittlung von Kraftwerksdaten. An dieser Bereitschaft der Klägerin fehlte es. Die Abregelungen der Beklagten erfolgten weiter auf der Grundlage der Feststellungen der von der Beklagten gemessenen Kraftflüsse (Istwert-basiert) und nicht etwa, wie es für ein vertragliches oder quasi-vertragliches Verhältnis erforderlich wäre, auf planvoller, konsensualer Grundlage (Planwert-basiert). Dies ergibt sich, wie die Klägerin zutreffend ausführt, nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes, aber aus dem Zweck der Norm und einem angemessenen Ausgleich zwischen den in § 1 Abs. 1 EnWG normierten Zwecken des Gesetzes. Mit der Neuregelung verteuerte der Gesetzgeber die Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität, was dem Ziel einer

preisgünstigen Versorgung widersprach, was nur mit einer Zunahme der Versorgungssicherheit zu rechtfertigen war. Diese Zunahme der Netzstabilität konnte nur aus einem konstruktiven Mitwirken der Anlagenbetreiber als Gegenleistung zu der ihnen zugebilligten angemessenen Vergütung und der Möglichkeit einer vorausschauenden („planenden“) Ausübung der Systemverantwortung durch die Netzbetreiber resultieren. Der maßgebliche Unterschied zwischen einer Abregelung als marktbezogene Maßnahme und einer Abregelung als Notfallmaßnahme bestand danach darin, dass der Anlagenbetreiber im zuerst genannten Fall aktiv an der Ausübung der Systemverantwortung des Netzbetreibers mitwirkte, während er im zuletzt genannten Fall passiv die Abregelungsanordnung hinnahm.

2. Die Klägerin hat gegen die Beklagte schließlich auch für den Zeitraum vom 30.07.2016 bis zum 31.12.2016 keinen Zahlungsanspruch nach den Vorschriften des EnWG.

a) Mit Wirkung ab dem 30.07.2016 wurden mit dem Strommarktgesetz vom 26.07.2016 (*künftig: EnWG 2016*) mehrere Änderungen in den §§ 13 f. EnWG vorgenommen. In § 13 Abs. 1 Satz 1 EnWG 2016 wurde der Katalog der dem ÜNB zur Verfügung stehenden Maßnahmen unter Nr. 3 um zusätzliche Reserven ergänzt. Die Vorschrift des § 13 Abs. 1a EnWG 2012 wurde in eine gesonderte Vorschrift, § 13a EnWG 2016 überführt, wobei in Absatz 1 dieser Vorschrift im Kern die bisherigen Regelungen erhalten blieben, während in den Absätzen 2 bis 4 Regelungen zur Ermittlung eines angemessenen Entgelts getroffen wurden. Absatz 5 bestimmte, dass die Regelungen der Absätze 2 bis 4 unter dem Vorbehalt einer Günstigkeitsklausel auf marktbezogene Maßnahmen nach § 13 Abs. 1a EnWG 2012 ab dem 01.01.2013 anzuwenden waren. Die Regelung zu den Rechtsfolgen von Notfallmaßnahmen wurde – inhaltlich unverändert – zu § 13 Abs. 5 EnWG 2016. In die Verweisung des § 14 Abs. 1 Satz 1 EnWG 2016 wurden – in redaktioneller Anpassung – auch die Regelungen des § 13a EnWG 2016 aufgenommen.

b) Durch die Neuregelungen wurde das Verhältnis zwischen marktbezogenen und Notfallmaßnahmen nicht verändert. Die „Verschiebung“ der Regelungen in eine selbständige Rechtsnorm (von § 13 Abs. 1a in § 13a) war lediglich redaktioneller Natur und dem Zuwachs der Regelungsdichte zur Ermittlung einer angemessenen Vergütung geschuldet. Auf die Vorausführungen wird Bezug genommen.

3. Die Klägerin hat gegen die Beklagte auch aus keinem anderen Rechtsgrund einen Vergütungsanspruch. Insoweit gilt das zu früheren Zeiträumen Ausgeführte entsprechend.

4. Schließlich ist auch ein Anspruch auf Schadensersatz wegen eines rechtswidrigen Rückgriffs auf die Befugnis nach § 13 Abs. 2 EnWG 2012/2016 nicht begründet. Es fehlt bereits an einer pflichtwidrigen Verhaltensweise der Beklagten. Aus dem Verlauf und dem Inhalt der Vertragsverhandlungen zwischen den Prozessbeteiligten ergibt sich, dass die Klägerin zu einer vertragsgleichen Zusammenarbeit weder mit der Streithelferin der Beklagten als ÜNB noch mit

der Beklagten als VNB bereit war, weswegen die Einschätzung der Beklagten, dass ihr zur Aufrechterhaltung stabiler Netzzustände gegenüber der Klägerin nur das Instrument der Abregelung als Notfallmaßnahme zur Verfügung stand, nicht zu beanstanden ist.

a) Die Streithelferin hat unbestritten vorgetragen, dass ihr zweimal unterbreitetes Angebot auf Abschluss eines Vertrages über marktbezogene Maßnahmen zur Beseitigung von Gefährdungen bzw. Störungen der Sicherheit und Zuverlässigkeit ihres Übertragungsnetzes jeweils unbeantwortet geblieben war; die Klägerin ließ sich insoweit auf Verhandlungen nicht ein. Dieser Umstand war der Beklagten bekannt.

b) Es ist nach den Vorausführungen nicht als pflichtwidrig anzusehen, dass die Beklagte einer Vereinbarung zwischen der ÜNB und der Klägerin den Vorrang einräumte; dies entsprach sowohl dem gesetzlichen Leitbild einer primären Systemverantwortung der ÜNB als auch den größeren praktischen Handlungsmöglichkeiten der ÜNB, z.B. im Hinblick auf einen umfassenden Redispatch.

c) In den Vertragsverhandlungen zwischen der Klägerin und der Beklagten zeichnete sich ab, dass es der Klägerin allein um eine Vergütungsvereinbarung ging und sie zu einem kooperativen Ansatz, insbesondere zu einer umfassenden, kontinuierlichen Datenübermittlung, nicht bereit war. Angesichts dieser Grundhaltung bot eine Inanspruchnahme der Klägerin nach § 13 Abs. 1a EnWG 2012 bzw. § 13a Abs. 1 EnWG 2016 keine Aussicht auf einen rechtzeitigen Erfolg.

d) Dem steht nicht entgegen, dass die Beklagte mit Blick auf die am 30.07.2016 in Kraft getretenen Neuregelungen die Auffassung vertrat, dass es nunmehr einer vertraglichen Regelung nicht mehr bedürfe. Dies traf im Hinblick auf den Hauptstreitpunkt aus Sicht der Klägerin zu. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte die Verhandlungen weder abbrach noch ihre Forderung nach einem Datentransfer fallenließ. Vielmehr diente das Schreiben der Beklagten vom 22.08.2016 gerade der Vorbereitung eines bereits anberaumten und nicht etwa aufgehobenen weiteren Gesprächstermins.

e) Es bleibt auch ohne Erfolg, dass die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 17.03.2020 mit Blick auf einen – dem Senat im Detail unbekannt – Parallelprozess behauptet hat, dass die Berufung auf eine fehlende Bereitschaft der Klägerin zum Datentransfer lediglich vorgeschoben sei. Die Beklagte hat im vorliegenden Rechtsstreit bereits in erster Instanz dezidiert dazu vorgetragen, dass und aus welchen Gründen sie auf die Daten zum Kraftwerkseinsatzfahrplan angewiesen gewesen sei, um solche einer marktbezogenen Maßnahme entsprechenden Abregelungen vornehmen zu können. An der sachlichen Berechtigung dieser Angaben bestehen auch unter Berücksichtigung des gesamten erstinstanzlichen Vorbringens der Klägerin keine Zweifel. Die nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung vorgebrachte neue Hilfstatsache bleibt nach §§ 525, 296a ZPO unberücksichtigt.

C.

I. Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits beruht auf §§ 91 Abs. 1, 97 Abs. 1 und 101 Abs. 1 ZPO.

II. Die weiteren Nebenentscheidungen ergeben sich aus § 26 Nr. 8 EGZPO i.V. mit §§ 708 Nr. 10, 711 Satz 1 sowie 543, 544 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

III. Die Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO war zuzulassen, da die Rechtssache eine grundsätzliche Bedeutung hat.

1. Es ist gerichtsbekannt, dass seit der im März 2011 für Deutschland getroffenen Entscheidung über den schrittweisen Ausstieg aus der Elektrizitätserzeugung in Atomkraftwerken die Anforderungen an die Wahrnehmung der Systemverantwortung der Netzbetreiber gestiegen sind und statistisch häufiger Gefährdungen oder Störungen der Sicherheit und Zuverlässigkeit von Elektrizitätsversorgungssystemen aufgetreten sind. Einen weiteren Anstieg der Anzahl von Netzengpässen hat es insbesondere seit 2014 dadurch gegeben, dass der Ausbau der Übertragungsnetze nicht im gleichen Maße bewirkt worden ist wie die erhebliche Ausweitung der Kapazitäten von dezentralen Stromerzeugungsanlagen aus erneuerbaren Energien. Aus diesen Rahmenbedingungen ergibt sich, dass die hier streitentscheidenden Rechtsfragen, zu denen es in der Literatur unterschiedliche Auffassungen und in der Rechtsprechung bislang, soweit ersichtlich, keine Judikate gibt, in einer unbestimmten Vielzahl von Einzelfällen und bei verschiedenen Netzbetreibern auftreten können. Eine höchstrichterliche Entscheidung existiert nicht.

2. Gerade im Netzbereich der Beklagten als VNB und ihrer Streithelferin als vorgelagerte ÜNB beruht inzwischen ein sehr hoher Anteil der Stromerzeugung auf Windkraft und solarer Strahlungsenergie, wodurch ein hohes Maß an Kontroll- und Regulierungstätigkeiten erforderlich geworden ist. Nach ihren eigenen Angaben hat die Beklagte in ihrem – räumlich großen – Netzbereich jedenfalls bis zum Jahre 2016 eine Vielzahl von Abregelungen vorgenommen, für welche sie sich ausschließlich oder nahezu ausschließlich auf § 13 Abs. 2 EnWG berufen hat. Derzeit sind weitere Rechtsstreitigkeiten, in denen dieselben Rechtsfragen wie vorliegend entscheidungserheblich sind, in erster Instanz rechtshängig. Die Klägerin hat aufgezeigt, dass zumindest einzelne – gewichtige – Stimmen in der einschlägigen Fachliteratur ausdrücklich oder tendenziell ein von der Auffassung des erkennenden Senats abweichendes Verständnis

der streitentscheidenden Rechtsnormen vertreten. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung des weiteren Umstandes, dass die Entscheidung in diesem und in weiteren parallelen Rechtsstreitigkeiten erhebliche Auswirkungen auf das System der finanziellen Ausgleichsleistungen im Gesamtsystem der Elektrizitätsversorgung haben kann, besteht ein höchstrichterlicher Klärungsbedarf.

Dr. Wegehaupt

Göbel

Wiedemann