

Oberlandesgericht Oldenburg  
14 U 17/05  
 11 O 380/05 LG Oldenburg

Verkündet am 23.06.2005  
 ..., Justizangestellte  
 als Urkundsbeamtin  
 der Geschäftsstelle

**URTEIL**  
**IM NAMEN DES VOLKES !**

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

...Aktiengesellschaft, vertr. d.d. Vorstand, ..., ...,

- Verfügungsbeklagte und Berufungsklägerin -

- *Prozeßbevollmächtigte:* Rechtsanwälte ...und..., ...-

g e g e n

Fa. ...GmbH, vertr. d.d. Geschäftsführer...,

..., ...

- Verfügungsklägerin und Berufungsbeklagte -

- *Prozeßbevollmächtigte:* Rechtsanwälte ...und Partner, ...-

hat der 14. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Oldenburg durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ... und die Richter am Oberlandesgericht ...und ...auf die mündliche Verhandlung vom 02.06.2005  
 für R e c h t erkannt:

Auf die Berufung der Verfügungsbeklagten wird das am 24.02.2005 verkündete Urteil des Landgerichts Oldenburg abgeändert. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.

Die Verfügungsklägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

## Entscheidungsgründe:

### I.

Die Verfügungsklägerin verlangt im Hauptsacheverfahren 11 O 3/03 des Landgerichts Oldenburg den Anschluss ihres geplanten Windparks an das Stromnetz der Verfügungsbeklagten über deren Innenraumschaltanlage.... Sie beruft sich dazu auf die im November 2000 erteilte Baugenehmigung für die Errichtung von drei Windenergieanlagen mit einer Leistung von je 1,8 MW in.... Die Parteien streiten darüber, ob dies der technisch und wirtschaftlich günstigste Netzverknüpfungspunkt ist. Die Klage ist seit Januar 2003 anhängig, und eine Entscheidung ist im Hauptsacheverfahren noch nicht ergangen. Die Verfügungsklägerin verlangt deshalb im vorliegenden Verfahren - gestützt auf § 12 Abs. 5 EEG -, die Verfügungsbeklagte im Wege einer einstweiligen Verfügung vorläufig zum Anschluss und zur Abnahme des Stroms aus den noch zu errichtenden Anlagen zu verpflichten. Die Innenraumschaltanlage ...sei - jedenfalls bei der Installation eines Erzeugungsmanagements - der technisch und wirtschaftlich günstigste Netzverknüpfungspunkt. Der Eigentümer eines Grundstücks, auf dem eine der Anlagen errichtet werden soll, sei nur noch bereit, das Grundstück bis Ende 2005 vorzuhalten. Außerdem müsse der Auftrag zur Herstellung der Anlagen bis Anfang März 2005 erteilt werden, damit diese noch bis Ende 2005 geliefert werden könnten.

Die Verfügungsklägerin hat beantragt,.

die Verfügungsbeklagte zu verpflichten, die der Verfügungsklägerin auf den Flurstücken ... und ... der Flur ... der Gemarkung ...baugenehmigten Windenergieanlagen des Typs..., ...mit der Installation eines Erzeugungsmanagements (PDI) in der Innenraumschaltanlage ...unverzüglich und vorrangig vorläufig an ihr Netz für die allgemeine Versorgung anzuschließen und den Strom aus den zu errichtenden Anlagen abzunehmen sowie für den abgenommenen Strom eine vom Gericht zu bestimmende Vergütung als Abschlagszahlung zu leisten.

Die Verfügungsbeklagte hat beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Sie hat geltend gemacht, eine direkte Netzverknüpfung am Umspannwerk ...sei technisch und wirtschaftlich günstiger als ein Anschluss über die Innenraumschaltanlage.... Außerdem habe die Verfügungsklägerin ihr Recht verwirkt, im Wege einer einstweiligen Verfügung vorzugehen, weil sie mit ihrem Antrag mehr als sechs Monate nach dem Inkrafttreten der Bestimmung des § 12 Abs. 5 EEG gewartet habe.

Das Landgericht hat die einstweilige Verfügung antragsgemäß erlassen und die Verfügungsbeklagte verpflichtet, für den abgenommenen Strom 8,53 Cent pro Kilowattstunde als Abschlagszahlung an die Verfügungsklägerin zu leisten. Maßgebend sei die kürzeste Entfernung des für die Aufnahme geeigneten Netzes zum Standort der Anlagen, wenn nicht ein anderes Netz einen technisch und wirtschaftlich günstigeren Verknüpfungspunkt aufweise. Der begehrte Anschluss an der Innenraumschaltanlage ... sei der nähere Verknüpfungspunkt und mit der Einbindung in ein Erzeugungsmanagement auch zur Aufnahme des Stroms geeignet. Die Anbindung an diesem Einspeisungspunkt sei auch kostengünstiger, weil bei der Installation eines Erzeugungsmanagements der Kostenaufwand für die Netzverstärkung zwischen ...und ...von rund € 375.000,- nicht anfalle. Der Verfügungsgrund werde nach § 12 Abs. 5 EEG vermutet. Da der Grundstückseigentümer mit Schreiben vom 01.02.2005 eine Fristverlängerung für die Bereithaltung des Grundstücks abgelehnt habe, sei eine rasche Entscheidung über den Anschluss geboten, zumal der Baubeginn noch vor Ende 2005 nach Abwarten einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren nicht gewährleistet sei. Ergänzend wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils und die entsprechenden Ausführungen in den Entscheidungsgründen Bezug genommen.

Die Verfügungsbeklagte will mit ihrer Berufung weiterhin die Zurückweisung der einstweiligen Verfügung erreichen. Sie macht geltend, es fehle schon an einem Verfügungsgrund mangels Eilbedürftigkeit. Durch Vorlage des Schreibens des Herrn ...vom 01.02.2005 sei die Eilbedürftigkeit nicht eingetreten. Vielmehr habe die Verfügungsklägerin das voraussichtliche Ende des Nutzungsvertrages und die fehlende Bereitschaft des Grundstückseigentümers, die Zustimmung zum Bau der geplanten Windenergieanlagen über den 31.12.05 hinaus zu verlängern, seit langem gekannt, weil sich dieses Datum schon aus dem Nutzungsvertrag selbst ergebe. Zudem sei die Erklärung des Grundstückseigentümers von der Verfügungsklägerin offenkundig nachträglich – wie auch das Schreiben des Anlagenherstellers ...vom 04.02.2005 - erbeten worden, um die Dringlichkeit der Entscheidung nachzuweisen. Das Hauptsacheverfahren vor dem Landgericht sei seit über zwei Jahren rechtshängig, ohne dass die Verfügungsklägerin sich veranlasst gesehen habe, ihren vermeintlichen Anspruch im Wege eines Eilverfahrens durchzusetzen. Auch hätten Recherchen der Verfügungsbeklagten ergeben, dass die in den Schreiben vom 01.02.2005 und 04.02.2005 erwähnten Gründe für die Entscheidung des Grundstückseigentümers wie des Anlagenherstellers nicht zuträfen. Entscheidend sei jedoch, dass für die 3 geplanten Windenergieanlagen keine wirksame Baugenehmigung vorliege. Die im Verfahren vorgelegte Baugenehmigung sei am 09.11.2000 erteilt worden. Ausweislich des

Wortlauts verliere diese ihre Gültigkeit, wenn innerhalb einer Frist von 3 Jahren nach Erteilung mit der Ausführung der Baumaßnahmen nicht begonnen oder innerhalb dieser Frist ein Verlängerungsantrag nicht gestellt worden sei. Die vorgelegte Baugenehmigung sei deshalb nicht mehr gültig. Das bedeute, dass die geplanten Windenergieanlagen erneut ein - inzwischen gebotenes - immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren durchlaufen müssten. Dass ein solches Genehmigungsverfahren durchgeführt worden sei, sei ebenfalls nicht vorgetragen und nicht ersichtlich.

Auch sei ein Verfügungsanspruch nicht gegeben. Der Antrag hätte schon deshalb abgewiesen werden müssen, weil die kürzeste Entfernung der Anlagen zum Netz der ...GmbH und nicht zum Netz der Verfügungsbeklagten bestehe. Nach dem EEG 2004 habe der Anlagenbetreiber bei mehreren in Betracht kommenden Alternativen lediglich einen Anspruch auf den Anschluss an dem Netzverknüpfungspunkt, der die geringsten gesamtwirtschaftlichen Kosten verursache. Im Rahmen eines Eilverfahrens müsse daher ein Anlagenbetreiber das Vorliegen dieser Voraussetzung glaubhaft machen. Dagegen habe umgekehrt die Verfügungsbeklagte glaubhaft gemacht, dass im Netz der Verfügungsbeklagten das Umspannwerk ...der günstige Verknüpfungspunkt sei. Der richtige Netzverknüpfungspunkt werde nicht allein durch die Entfernung des Netzes von der Windanlage bestimmt. Wenn es – wie hier – mehrere mögliche Verknüpfungspunkte gebe, seien die voraussichtlichen Gesamtkosten für jede Alternative zu ermitteln, und es sei die volkswirtschaftlich günstigste Lösung zu wählen. Es komme auf die Gesamtkosten einer Netzeinbindung an. Unhaltbar sei die Auffassung des Landgerichts, wonach die Kosten der Netzverstärkung zwischen ...und ...mit einem Kostenaufwand von rund € 375.000,- nicht zu berücksichtigen seien, weil dieser Aufwand bei der Installation eines Erzeugungsmanagements nicht anfalle. Denn ein Erzeugungsmanagement gehe auf eine unzureichende Netzkapazität zurück, und deshalb verpflichte das EEG 2004 in § 4 Abs. 3 S 2 den Netzbetreiber zum anschließenden Ausbau des Netzes, damit das Erzeugungsmanagement so schnell wie möglich wieder entfallen könne. Da die Verfügungsklägerin im Hauptverfahren weiterhin ihren Hauptantrag verfolge und einen Anschluss mit Erzeugungsmanagement nur höchst hilfsweise beantragt habe, ergebe sich daraus das Begehren, offenbar später den Netzausbau verlangen zu wollen. Die Verfügungsklägerin wolle offenbar den volkswirtschaftlich ungünstigeren Netzverknüpfungspunkt zunächst mit der begehrten einstweiligen Verfügung durchsetzen. Diese Vorgehensweise sei nicht zulässig, weil sie der Intention des EEG 2004 zuwiderlaufe. § 12 Absatz 5 EEG 2004 unterliege zudem einer verfassungskonformen und damit einschränkenden Auslegung. Das Landgericht habe die Bedeutung der Artikel 12 und 14 GG

verkannt. Das EEG sei als Ausnahmegesetz nicht nur streng an seinem Wortlaut auszulegen, sondern auch sonst einschränkend zu handhaben. Die Parteien stritten darum, wo der richtige Netzverknüpfungspunkt liege. In dieser Situation sei es verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen, dem Anlagenbetreiber vorläufig den von ihm gewünschten Anschlusspunkt zuzusprechen und damit dem Netzbetreiber hierdurch einen Eingriff in sein Eigentum und seine allgemeine Handlungsfreiheit aufzubürden, die nach der Rechtslage des EEG nicht hinzunehmen sind, weil der auf diese Weise durchgesetzte Netzverknüpfungspunkt der falsche sei. Der vorläufige Anschluss des Windparks an der Schaltanlage ...lasse sich nur mit entsprechenden Umbaumaßnahmen realisieren, und die Verfügungsbeklagte müsste den im Windpark erzeugten Strom ohnehin über ihre Leitung von ...nach ...abführen, werde also auch in der Verfügungsgewalt über diese Leitung eingeschränkt. Verfassungsrechtlich sei dies auch nicht „vorläufig“ zu rechtfertigen, zumal ein Anlagenbetreiber durch Schadenersatzansprüche ausreichend geschützt sei.

Die Verfügungsbeklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Oldenburg vom 24.02.2005 aufzuheben und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vom 09.02.2005 kostenpflichtig zurückzuweisen.

Die Verfügungsklägerin beantragt,

die Berufung abzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil. Die gegenteilige Rechtsauffassung der Verfügungsbeklagten sei unzutreffend. Der Anspruch aus § 12 Abs. 5 EEG auf Erlass einer einstweiligen Verfügung könne angesichts des Gesetzeszwecks auch nicht wegen Zeitablaufs verwirkt sein. Dies gelte hier umso mehr angesichts des seit Anfang 2003 anhängigen Hauptsacheverfahrens, weil die Verwirkung ein aus Treu und Glauben folgender Verlust eines Rechts sei und einen Fall unzulässiger Rechtsausübung darstelle. Angesichts des Verlaufs des Hauptsacheverfahrens habe die Verfügungsbeklagte jederzeit damit rechnen müssen, dass ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gestellt werde. Ein schutzwürdiges Vertrauen könne sie nicht für sich in Anspruch nehmen. Die Zweifel der Verfügungsbeklagten an den vorgelegten Schreiben des Anlagenherstellers und des Grundstückseigentümers seien unbegründet. Vielmehr seien die von der Verfügungsbeklagten eingeholten Informationen nur auf strafbare Weise erlangt worden. Ein Verfügungsgrund sei gegeben, denn die Eilbedürftigkeit habe das Landgericht fehlerfrei festgestellt.

Auch bestehe ein Verfügungsanspruch, weil sich die Verfügungsklägerin ausdrücklich auf einen durch das Erzeugungsmanagement begrenzten Anschluss- und Abnahmeanspruch beschränke, wozu das vorhandene Netz unstreitig ausreiche. Soweit die Verfügungsbeklagte geltend mache, die Verfügungsklägerin zeige mit ihrem Hauptantrag im Hauptsacheverfahren, dass sie später einen Netzausbau betreiben wolle, verkenne sie, dass die Verfügungsklägerin keinen Anlass habe, auf Rechte zu verzichten, die ihr die Verfügungsbeklagte seit Jahren unter fortwährendem Rechtsverstoß vorenthalte. Zudem argumentiere die Verfügungsklägerin widersprüchlich und treuwidrig im Sinn von § 242 BGB bezüglich der Zulässigkeit von Vereinbarungen im Rahmen der Privatautonomie.

Im Übrigen bestehe in der Schaltanlage ...selbst nach Auskunft der Verfügungsbeklagten noch eine ausreichende freie Anschlusskapazität für die geplante Windparkanlage mit einer installierten Leistung von maximal 4,8 MW. Selbst wenn ein bestimmter Netzverknüpfungspunkt für ein konkretes Vorhaben ohne eine Leistungsbeschränkung nicht der technisch und wirtschaftlich günstigste Verknüpfungspunkt sei, könne es nachvollziehbare Gründe dafür geben, dass der Anlagenbetreiber diesen Anschlusspunkt vorziehe, sei es auch um den Preis der dauerhaften Leistungsbeschränkung. Wenn sich ein Anlagenbetreiber sehenden Auges dafür entscheide, eine geringere Leistung an einen wirtschaftlich günstigeren Verknüpfungspunkt einzuspeisen, sei dem Zweck des Gesetzes immer noch mehr gedient, als wenn die Anlage überhaupt nicht errichtete würde. Dem könne der Netzbetreiber keine schutzwürdigen eigenen Interessen entgegenhalten, da er seine freie Anschlusskapazität ohnehin vorrangig für Anlagen zur Verstromung erneuerbarer Energien zur Verfügung stellen müsse.

Die Behauptung der Verfügungsbeklagten, die Verfügungsklägerin verfüge über keine wirksame Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb der streitigen Windenergieanlagen, und der Vortrag zum Erlöschen der Genehmigung seien gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO präkludiert, weil dies auch schon im Hauptsacheverfahren hätte geltend gemacht werden können, was nicht geschehen sei. Die Verfügungsbeklagte berufe sich jetzt darauf, die Genehmigung sei durch Zeitablauf erloschen, nachdem sie seit Jahren die Windenergieanlagen zu verhindern suche. Im Übrigen sei die Genehmigung nicht erloschen. Das Genehmigungsverfahren sei seit dem Erlass des Bescheides des Landkreises vom 9.11.2000 maßgeblich geändert worden. Die 3-Jahre-Frist sei jetzt nicht mehr einschlägig. Die Errichtung und der Betrieb von mehr als zwei Windenergieanlagen unterliege dem Verfahren nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz und entsprechend den Überleitungsvorschriften seien die bisher erteilten Genehmigungen in das

Immissionsschutzrecht überführt worden. Dies gelte auch für die vorliegende Genehmigung. Das Immissionsschutzrecht setze aber abweichend vom Baurecht voraus, dass die zuständige Behörde für Vorhaben, mit deren Errichtung oder Inbetriebnahme noch nicht begonnen worden sei, zunächst eine angemessene Frist setze, was bisher nicht geschehen sei. Mangels Fristsetzung, nach deren Ablauf die Genehmigung erlöschen könnte, bestehe die erteilte Genehmigung fort.

Ergänzend wird auf den weiteren schriftsätzlichen Vortrag der Parteien Bezug genommen.

## II.

Die Berufung der Verfügungsbeklagten ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, mithin zulässig. In der Sache hat sie Erfolg, denn eine einstweilige Verfügung nach § 12 Abs. 5 EEG 2004 darf nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles und nur durch das Hauptsachegericht nach billigem Ermessen erlassen werden. Der Senat hält es nach der vom Gesetzgeber geforderten Ausübung des Ermessens für geboten, die Entscheidung des Landgerichts abzuändern und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

1.) Nach § 12 Abs. 5 EEG ist grundsätzlich vom Vorliegen eines Verfügungsgrundes auszugehen. Ob diese gesetzliche Vermutung unwiderleglich ist oder widerlegt werden kann, kann hier dahinstehen, wie bereits das Landgericht zutreffend gesehen hat. Denn aus der amtlichen Begründung zu diesem Gesetz (Bundestagsdrucksache 15/2864 – dort S. 46) ergibt sich:

"Der neue Absatz 5 ermöglicht es einem Anlagenbetreiber, eine einstweilige Verfügung auf Anschluss, Abnahme und Verfügung zu erwirken, ohne darlegen zu müssen, dass die Verwirklichung seines Rechtes vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte oder zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung einer drohenden Gefahr oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Die Notwendigkeit dieser Vorschrift ergibt sich aus der bisherigen überwiegenden Spruchpraxis der Zivilgerichte, die diese Voraussetzungen oftmals mit der Begründung eines späteren Schadenersatzanspruchs verneint haben. Somit war es den Anlagenbetreibern in der Regel unmöglich, ihre Rechte im Wege des vorläufigen Rechtsschutz zu durchzusetzen... Dieses Hindernis für den Ausbau der erneuerbaren Energien wird durch die Regelung beseitigt, ohne aber in die Rechte der Netzbetreiber einzugreifen, da die Regelung keine Erleichterungen

hinsichtlich der Darlegung des Anordnungsanspruchs trifft und ein ausreichender finanzieller Schutz über mögliche Schadenersatzansprüche besteht. "

Aus dieser Intention des Gesetzgebers entnimmt der Senat, dass es einer Darlegung der Eilbedürftigkeit bei einer auf § 12 Abs. 5 EEG gestützten einstweiligen Verfügung grundsätzlich nicht mehr bedarf. Somit kommt es auf den Streit der Parteien darum, ob die Schreiben des Grundstückseigentümers oder des Anlagenherstellers, die die Eilbedürftigkeit belegen sollen, bewusst herausgelockt oder fingiert waren, entscheidungserheblich nicht an.

Weiter geht der Senat davon aus, dass der Anspruch auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht nach § 242 BGB verwirkt ist. Denn den behaupteten Wegfall des Verfügungsgrundes mit der Begründung, nach Erlass des EEG habe sich die Verfügungsklägerin zu viel Zeit gelassen mit der Stellung des Antrages auf Erlass der einstweiligen Verfügung, vermag der Senat nicht nachzuvollziehen.

2.) Der Verfügungsklägerin steht indessen unter Berücksichtigung aller Umstände nach Auffassung des Senats ein Verfügungsanspruch auf den begehrten Netzanschluss an der Innenraumschaltanlage ...der Verfügungsbeklagten unter Installation eines Erzeugungsmanagements nicht zu.

a.) Aus der vorzitierten Begründung des Gesetzgebers ergibt sich bezüglich des Verfügungsanspruchs, dass diese Ausnahmeregelung in § 12 Abs. 5 EEG "keine Erleichterungen hinsichtlich der Darlegung des Anordnungsanspruchs trifft". Die Verfügungsklägerin als Anlagenbetreiberin hat daher alle Voraussetzungen ihres Anspruchs auf Stromeinspeisung gerade an dem ausgewählten, für sie selbst kostengünstigen Einspeisungspunkt der Verfügungsbeklagten in ...darzulegen und zu beweisen, d.h. im einstweiligen Verfügungsverfahren zumindest ausreichend glaubhaft zu machen.

b.) Nach § 4 Abs. 1 S 1 EEG sind Netzbetreiber „verpflichtet, Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien... unverzüglich vorrangig an ihr Netz anzuschließen und den gesamten aus diesen Anlagen angebotenen Strom aus erneuerbaren Energien... vorrangig abzunehmen und zu übertragen." Nach § 4 Abs. 1 S 2 EEG „besteht die Verpflichtung zur Abnahme nach Satz 1 nach Einrichtung des Anlagenregisters nach § 15 Abs. 3 EEG nur, wenn der Anlagenbetreiber die Eintragung der Anlage in das Register beantragt hat."

In § 15 Abs. 3 EEG ist bisher nur vorgesehen, dass durch Rechtsverordnung ein öffentliches Register errichtet werden soll, in dem Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien... registriert werden müssen (Anlagenregister)“. Das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit wird dort weiter ermächtigt, durch Rechtsverordnung die Führung und nähere Ausgestaltung des Anlagenregisters einer nachgeordneten Bundesbehörde zuzuweisen. Eine solche Verordnung ist bisher nicht ergangen, so dass es auf diese zusätzliche Voraussetzung der Eintragung - zu der bisher beide Parteien nichts vorgetragen haben - im vorliegenden Fall nach Auffassung des Senats nicht weiter ankommt. Es ist deshalb jedenfalls bis zum Erlass der vorgesehenen, zur Zeit aber noch nicht existenten Anlagenregister-Verordnung davon auszugehen, dass ein Netzbetreiber grundsätzlich verpflichtet ist, den von der Verfügungsklägerin angebotenen Strom - auch ohne die Voraussetzung der Eintragung zu erfüllen - aus der geplanten Windparkanlage entgegenzunehmen.

c.) Die Verfügungsklägerin hat jedoch die Voraussetzungen eines Verfügungsanspruchs nach Auffassung des Senats insgesamt nicht hinreichend dargelegt und glaubhaft gemacht. Denn dazu gehört eine Glaubhaftmachung des Anspruchs auf Anschluss des geplanten Windparks gerade an dem begehrten Anschlusspunkt im Netz der Beklagten, weil die Verfügungsklägerin nach dem EEG nur einen Anspruch auf eine Stromeinspeisung an dem gesamtwirtschaftlich kostengünstigsten Einspeisepunkt hat und einen kostengünstigeren Einspeisungspunkt nach der erkennbaren Intention des Gesetzgebers auch im Wege einer einstweiligen Verfügung nicht durchsetzen darf. Dass die hier von der Verfügungsklägerin begehrte Stromeinspeisung in ...die gesamtwirtschaftlich kostengünstigste Variante sein soll, erscheint nach dem Vortrag beider Parteien jedenfalls zweifelhaft, sowohl unter dem Gesichtspunkt, dass möglicherweise die ...GmbH eine kürzere und kostengünstigere Netzanbindung ermöglicht als auch im Hinblick darauf, dass selbst im Netz der Verfügungsbeklagten zwei unterschiedliche Einspeisungsmöglichkeiten streitig sind.

aa.) Die Verfügungsklägerin hat schon nicht glaubhaft gemacht, dass die in Anspruch genommene Verfügungsbeklagte als einer von mehreren in Betracht kommenden Netzbetreibern passivlegitimiert und deshalb verpflichtet ist, den Strom entgegenzunehmen.

§ 4 Abs. 2 S 1 EEG sieht vor: "Die Verpflichtung nach Absatz 1 Satz 1 trifft den Netzbetreiber, zu dessen technisch für die Aufnahme geeignetem Netz die kürzeste Entfernung zum Standort

der Anlage besteht, wenn nicht ein anderes Netz einen technisch und wirtschaftlich günstigeren Verknüpfungspunkt aufweist.“ Aus der Kommentierung zum EEG (Reshöft/Steiner/Dreher, EEG-Komm., 2. Aufl., § 4 Rz. 15; Salje, EEG-Komm., 3. Aufl., § 4 Rz 20 ff) ist zu entnehmen, dass bei einem Streit darum, welcher Netzbetreiber zum Anschluss verpflichtet ist, für die örtliche Zuordnung weiterhin die Kürze der Entfernung zwischen Anlagenstandort und dem für die Einspeisung geeigneten Netz als Kriterium gilt. Die Optimierung der Entfernung entspricht dem ökonomischen Prinzip, wonach bei gegebenem Ziel der Aufwand zu minimieren ist... (Rz 21)... Da nicht jeder Einspeisungspunkt gleich gut geeignet ist... , erscheint es als nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die Entfernung zum geeigneten Einspeisungspunkt im Einzelfall auch größer als die kürzeste Entfernung zwischen Standort der Anlage und Netz sein kann. Lässt sich ein anderer, günstigerer Einspeisungspunkt mit angemessenem Aufwand (z.B. Netzverstärkungskosten) nicht realisieren, so kann insofern ein günstigerer Einspeisepunkt eines anderen Netzes geeigneter sein. Dies folgt aus dem telos des Gesetzes, den Gesamtaufwand der Stromeinspeisung aus erneuerbaren Energien zu minimieren... (Rz 22) Deshalb erscheint es sinnvoll, in eine **Gesamtabwägung** sowohl die Netzanbindungskosten als auch die potenziellen Netzverstärkungskosten einzubeziehen und diese Gesamtkosten in unterschiedlichen „Einspeiseszenarien“ einzustellen. Bei der Wahl zwischen verschiedenen Einspeisepunkten und einspeiseverpflichteten Netzbetreibern kann es insbesondere nicht allein auf die Netzanbindungskosten und damit die Kostenseite des Anlagenbetreibers ankommen... Trotz größerer Netzentfernung kann deshalb dem Kostenminimierungsziel des Gesetzes entsprechend eine Anschlussverpflichtung ausnahmsweise nicht bestehen, wenn der weiter entfernt liegende Netzbetreiber mit geringeren Einspeisungs-Gesamtkosten die gesetzliche Verpflichtung besser zu erfüllen vermag.

Deshalb ist für die Anspruchsbegründung erforderlich nachzuweisen bzw. im Rahmen des einstweiligen Verfügungsverfahrens glaubhaft zu machen, dass gerade das Netz der Verfügungsbeklagten im Rahmen einer Gesamtabwägung (vgl. Salje, EEG-Komm., 3. Aufl., § 4 Rz 20 ff) trotz der unstreitigen kürzeren Entfernung des geplanten Windparks zum Netz der ...GmbH technisch und wirtschaftlich „günstiger“ sei, was einen technischen und wirtschaftlichen Vergleich beider Varianten voraussetzt. Dies erfordert eine plausible Darstellung im Wege der vergleichenden Gegenüberstellung der verschiedenen Netzanschlussmöglichkeiten der denkbaren Netzbetreiber und deren Anschlusspunkte. Hieran fehlt es jedoch.

Die Verfügungsbeklagte hatte im Berufungsbegründungsschriftsatz vom 20.04.2005 - im einstweiligen Verfügungsverfahren zwar erstmalig, aber jedenfalls rechtzeitig genug – ausge-

führt, dass die kürzeste Entfernung der Anlagen zu einem geeigneten Netz „unstreitig zum Netz der ...GmbH“ bestehe. Damit wurde die Passivlegitimation der Verfügungsbeklagten als falscher Adressat der Anschlusspflicht bestritten. Dieser Vortrag korrespondiert zudem mit der Einlassung der Verfügungsbeklagten im beigezogenen Hauptverfahren im dortigen Schriftsatz schon vom 06.03.2003 (= Klagerwiderung, dort Seite 6 vorletzter Absatz). Die Verfügungsklägerin hat dazu gleichwohl bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung im einstweiligen Verfügungsverfahren nicht mit der nötigen Substanz unter gleichzeitiger Glaubhaftmachung erwidert.

Der ergänzende Vortrag der Verfügungsklägerin dazu im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 14.06.2005 kann zum einen schon wegen Verspätung nicht mehr berücksichtigt werden, würde aber in der Sache auch zu keiner abweichenden Beurteilung durch den Senat führen können. Denn angesichts der Darstellung der Kostenalternativen unter Einbeziehung sämtlicher Kosten und Nutzeneffekte im Rahmen des Schriftsatzes der Verfügungsbeklagten vom 06.03.2003 im Hauptsacheverfahren fehlt es weiterhin an einer ausreichenden Glaubhaftmachung der Verfügungsklägerin, dass im Gegenteil gerade der von ihr gewählte Anschluss an das Netz der Verfügungsbeklagten die gesamtwirtschaftlich günstigste Lösung darstellt.

Deshalb ist jedenfalls im einstweiligen Verfügungsverfahren davon auszugehen, dass die Verfügungsbeklagte somit als „falscher“ Netzbetreiber im Sinn des § 3 Abs. 7 EEG zu Unrecht in Anspruch genommen wird.

bb.) Selbst wenn man die Verfügungsbeklagte entgegen vorstehenden Ausführungen als Netzbetreiber noch für verpflichtet hielte, den Anschluss in ihrem Netz zu ermöglichen, ergibt sich keine abweichende Entscheidung im einstweiligen Verfügungsverfahren. Denn der Verfügungsanspruch bleibt weiterhin jedenfalls zweifelhaft im Hinblick darauf, dass selbst im Netz der Verfügungsbeklagten zwei Einspeisungspunkte streitig sind und die dafür angesetzten Kosten anders berechnet werden müssen, als das Landgericht dies getan hat. Die vom Landgericht wegen des durch ein Erzeugungsmanagement begrenzten Anspruchs als nicht nötigen und daher „herausgerechneten“ Netzverstärkungskosten von rund € 375.000 müssen nämlich nach Auffassung des Senats als Teil der Gesamtkosten, auf die abzustellen ist, wegen der gesetzlichen Verpflichtung zum nachträglichen Ausbau eines nicht ausreichend dimensionierten Netzes gemäß § 4 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 i. Verb. m. § 4 Abs. 2 Satz 2 EEG mit einbezogen werden, so dass die Einspeisung beim Umspannwerk ...sich auch dann noch als die günstigere Variante

herausstellt. Bezüglich dieses gesetzlichen Anspruchs auf eine Netzverstärkung zwischen ...und ...hat die Verfügungsklägerin weder im Hauptsacheverfahren noch im einstweiligen Verfügungsverfahren eine ausdrückliche Verzichtserklärung abgegeben, so dass die Problematik der Wirksamkeit einer derartigen Erklärung hier dahinstehen kann.

Soweit die Verfügungsklägerin im Termin der mündlichen Verhandlung „in den Raum gestellt“ hat, es lägen ihr für die Anschließung in ...inzwischen noch kostengünstigere Angebote vor, hat sie diese weder vorgelegt noch konkretisiert oder anderweitig glaubhaft gemacht. Jedenfalls hat die Verfügungsklägerin ihren Anspruch auf die Einspeisung gerade in ...ins Netz der Verfügungsbeklagten als gesamtwirtschaftlich günstigsten Einspeisungspunkt damit nach Auffassung des Senats insgesamt ebenfalls nicht hinreichend glaubhaft gemacht.

d.) Angesichts der vorstehenden Ausführungen des Senats kommt es entscheidend nicht mehr auf die weitere Problematik einer möglicherweise noch immer - trotz Ablaufs der 3-Jahresfrist nach Genehmigungserteilung im Jahr 2000 - wirksam bestehenden Baugenehmigung in Anwendung der Überleitungsvorschrift des § 67 Abs. 2 BImSchG in Verb. m. § 18 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG an. Der Inhalt des nicht nachgelassenen weiteren Schriftsatzes der Verfügungsklägerin kann daher dahinstehen.

3.) Die nicht nachgelassenen Schriftsätze der Verfügungsklägerin vom 14.06.2005 und die beider Parteien vom 20.06.2005 geben insgesamt keinen Anlass, erneut in die mündliche Verhandlung einzutreten.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 6 ZPO. Die Revision ist gemäß § 542 Abs. 2 ZPO nicht statthaft.

...

...

...