

9 U 21/13
6 O 258/10 Landgericht Kiel

verkündet am: 06.11.2013

Justizfachangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle



Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht

Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

gegen

hat der 9. Zivilsenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig auf die mündliche Verhandlung vom 25. September 2013 für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 25. Januar 2013 verkündete Grundurteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Kiel abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

I.

Die Parteien streiten über Ersatzansprüche der Klägerin gegen die Beklagte wegen Mehrkosten, die der Klägerin im Zusammenhang mit dem Anschluss von sieben Windkraftanlagen an das Stromnetz der Beklagten dadurch entstanden sind, dass die Rechtsvorgängerin der Beklagten zu einem Anschluss nur an dem Netzverknüpfungspunkt Umspannwerk N.-Süd bereit war. Außerdem begehrt die Klägerin von der Beklagten Ersatz der ihr im Zusammenhang mit dem Anschluss entstandenen außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (S. 2 – 9, Bl. 232 - 239 d.A.) Bezug genommen.

Das Landgericht hat der Klägerin mit dem von der Beklagten angefochtenen Urteil „dem Grunde nach einen Anspruch auf Ersatz der notwendigen Mehrkosten“ zugesprochen, „die sich daraus ergeben, dass die Stadtwerke N. GmbH (SWN) die von der Klägerin am Standort W. errichteten sieben Windkraftanlagen nicht am von dieser begehrten Netzverknüpfungspunkt Trafostation ‚1447 WD Harzhorn‘ an ihr Netz anschließen wollte und der Klägerin statt dessen für den Anschluss der Windkraftanlagen an ihr Netz das Umspannwerk N.-Süd als Netzverknüpfungspunkt i.S.v. § 5 Abs. 1 S. 1 EEG 2009 benannte“. Gleichfalls hat es der Klägerin dem Grunde nach einen Anspruch auf Ersatz der geltend gemachten außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten zuerkannt. Wegen der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen (S. 10 – 25, Bl. 240 – 255 d.A.).

Das Berufungsvorbringen der Beklagten ergibt sich aus der Berufungsbegründung vom 22. März 2013 (Bl. 265 – 275 d.A.) und ihren weiteren Schriftsätzen vom 20. September 2013 (Bl. 362 – 385 d.A.) und 11. Oktober 2013 (Bl. 392 – 395 d.A.).

Die Beklagte beantragt,

die Klage unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Kiel vom 25. Januar 2013 (6 O 258/10) abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung unter Aufrechterhaltung des Grundurteils des Landgerichts Kiel vom 25. Januar 2013 (6 O 258/10) zurückzuweisen.

Das Vorbringen der Klägerin im Berufungsverfahren folgt aus der Berufungserwiderung vom 12. August 2013 (Bl. 322 – 359 d.A.) und dem weiteren Schriftsatz vom 23. Oktober 2013 (Bl. 397 – 405 d.A.).

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten hat Erfolg. Die Klage ist abzuweisen. Der Klägerin stehen gegenüber der Beklagten unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt die geltend gemachten Ersatzansprüche zu.

1.

Die Klägerin kann ihr Begehren auf Mehrkostenersatz gegenüber der Beklagten – als Rechtsnachfolgerin der Stadtwerke N. GmbH (im Folgenden kurz: SWN) – nicht auf § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 5 Abs. 1 S. 1 EEG 2009 stützen. Ein entsprechender Schadensersatzanspruch steht der Klägerin nicht zu. Eine dafür erforderliche Pflichtverletzung der SWN innerhalb des zwischen ihr als Netzbetreiberin und der Klägerin als Anlagenbetreiberin bestehenden

gesetzlichen Schuldverhältnisses ist unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Auslegung und Anwendung des § 5 EEG 2009 (Urteil vom 10. Oktober 2012 – VIII ZR 362/11 -, BGHZ 195, 73 ff.) nicht festzustellen.

Der Bundesgerichtshof (BGH) vertritt im Zusammenhang mit der Auslegung des § 5 Abs. 1 S. 1 EEG 2009 die Auffassung, entgegen dem Wortlaut der Vorschrift („wenn nicht ein anderes Netz“) bestehe die Anschlussverpflichtung des Netzbetreibers auch dann nur für den unter gesamtwirtschaftlicher Betrachtung günstigsten Verknüpfungspunkt, wenn dieser Verknüpfungspunkt im eigenen Netz liegt. Der BGH stützt dieses Auslegungsergebnis im Wesentlichen auf die Gesetzgebungsgeschichte und den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Anlagenbetreiber beziehungsweise Netzbetreiber.

Legt man hier der Beurteilung der Pflichtenlage der SWN im Hinblick auf das Anschlussbegehren der Klägerin die Auffassung des BGH zugrunde, so ist der Netzverknüpfungspunkt Umspannwerk N.-Süd, an dem die SWN den Anschluss des Windparks der Klägerin tatsächlich vornahm, als der technisch und wirtschaftlich günstigste Verknüpfungspunkt einzuordnen. Die SWN war zum Anschluss dort gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 EEG 2009 (am Ende) berechtigt, auch wenn dieser Verknüpfungspunkt im eigenen Netz der SWN lag und nicht die in der Luftlinie kürzeste Entfernung zum Standort der Windkraftanlagen der Klägerin aufweist. Vom Tatsächlichen her steht für den Senat unter Berücksichtigung des Parteivorbringens, insbesondere des von der Klägerin vorgerichtlich eingeholten Gutachtens der Forschungsgemeinschaft für elektrische Anlagen und Stromwirtschaft e.V. (FGH) vom Oktober 2009 (Anlage K 18 zum Schriftsatz der Klägerin vom 20. Juni 2011, Anlagenband), fest, dass es sich bei dem Verknüpfungspunkt Umspannwerk N.-Süd bei der gebotenen gesamtwirtschaftlichen Betrachtung (vgl. BGHZ 195, 73, 87) um den technisch und wirtschaftlich günstigsten Verknüpfungspunkt im Sinne von § 5 Abs. 1 S. 1 EEG 2009 handelt. Der Senat nimmt insoweit insbesondere auf die vergleichende Kostenbetrachtung unter Ziffer 4, S. 18 – 19, des vorgenannten Gutachtens Bezug.

Eine Pflichtverletzung der Rechtsvorgängerin der Beklagten ließe sich allerdings annehmen, wenn man – wie das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung streng dem Wortlaut von § 5 Abs. 1 S. 1 EEG 2009 folgend – dem Netzbetreiber die Berufung auf technisch und wirtschaftlich günstigere Verknüpfungspunkte im eigenen Netz als Alternative zu dem Verknüpfungspunkt mit der in der Luftlinie kürzesten Entfernung zum Standort der Anlage verwehrt. Die letztgenannte Eigenschaft weist nämlich der Verknüpfungspunkt Umspannwerk N.-Süd nicht auf. Der Senat hält die vom Landgericht in der Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des BGH vorgebrachten Argumente zum Aussagegehalt der Gesetzesmaterialien, zur Gewaltenteilung und zum allgemeinen Gleichheitssatz als Auslegungskriterium für durchaus erwägenswert. Allerdings hat der Senat auch zu beachten, dass der Gesetzgeber in Kenntnis der aufgrund der Fassung des § 5 Abs. 1 EEG 2009 entstandenen Rechtsunsicherheit mehrere Änderungen am EEG 2009 vornahm, sich einer (klarstellenden) Änderung des § 5 Abs. 1 S. 1 EEG 2009 (am Ende) aber enthielt und auf die Rechtsprechung verwies (vgl. BGHZ 195, 73, 86); in diesem – fortdauernden - Verhalten des Gesetzgebers könnte eine Billigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 5 Abs. 1 EEG 2009 zu erblicken sein, die einen unzulässigen Eingriff in die Kompetenzen des Gesetzgebers nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ausschließen könnte (vgl. Beschluss vom 25. Januar 2011 – 1 BvR 918/10 -, BVerfGE 178, 193 ff., zitiert nach juris, Rz. 53).

Würde man zu Gunsten der Klägerin davon ausgehen, dass den Argumenten des Landgerichts zu folgen ist, so wäre gleichwohl eine Schadensersatzpflicht der Beklagten (als Rechtsnachfolgerin der SWN) zu verneinen. Die SWN hätte dann nämlich in einem entschuldbaren Rechtsirrtum mit der Folge gehandelt, dass kein Verschulden gegeben wäre (vgl. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB).

In Rechtsprechung und Schrifttum ist anerkannt, dass das Verschulden des Schuldners dann ausgeschlossen sein kann, wenn er sich bei seinem Handeln von einer im Ergebnis als rechtsirrig einzustufenden Auffassung hat leiten lassen, die Rechtslage in besonderem Maße unklar war und er sich seine Auffassung sorgfältig gebildet hat (BGH, Urteil vom 18. Januar 2011 - XI ZR

356/09 -, zitiert nach juris, Rz. 3; und Urteil vom 22. November 2007 – III ZR 9/07 –, zitiert nach juris, Rz. 17; Löwisch/Caspers in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2009, Rz. 58; Grüneberg in Palandt, BGB, 72. Aufl., § 276, Rz. 22, 23 m.w.N.).

Die Beurteilung der Rechtsfrage, ob dem Netzbetreiber auch nach dem 1. Januar 2009 bei der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsbetrachtung – entgegen dem Wortlaut des § 5 Abs. 1 S. 1 EEG 2009 (am Ende), aber in Übereinstimmung mit der bis dahin geltenden Rechtslage einschließlich der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. Urteil vom 18. Juli 2007 – VIII ZR 288/05) – eine Berücksichtigung des eigenen Netzes gestattet ist, war schwierig. Es handelt sich hier auch nicht nur um die Realisierung des „normalen Prozessrisikos bei einer nicht ganz klaren Sachlage“ (vgl. dazu BGH, Urteil vom 27. September 1989 – IVa ZR 156/88 -, zitiert nach juris, Rz. 8).

Die Willensbildung der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten bei Schaffung des EEG 2009 zu dieser Frage war uneinheitlich verlaufen, der zunächst im Referentenentwurf verfolgte Ansatz später im Regierungsentwurf geändert worden (vgl. BGHZ 195, 73, 82 f.). Der Bundesrat wollte in der Folge eine klarstellende Ergänzung des § 5 Abs. 1 S. 1 EEG 2009 vornehmen (Gleichstellung des eigenen und anderer Netze) und die Bundesregierung stellte „erhebliche Rechtsunsicherheit“ fest, deren „Auflösung“ sie allerdings der Rechtsprechung überlassen wollte (vgl. BGHZ 195, 73, 86). Die Frage der Auslegung der Worte „ein anderes Netz“ in § 5 Abs. 1 S. 1 EEG 2009 (am Ende) wurde in der Folgezeit in der Rechtsprechung und im Schrifttum unterschiedlich beantwortet (vgl. BGHZ 195, 73, 79 f.). Der in Teilen des Schrifttums und auch von der Clearingstelle EEG in einem Clearingverfahren vertretenen Auffassung zur Einbeziehung auch des eigenen Netzes in die gesamtwirtschaftliche Vergleichsbetrachtung – und der daraus folgenden erweiternden Auslegung - hat sich schließlich der BGH im Oktober 2012 angeschlossen.

Die SWN als Rechtsvorgängerin der Beklagten ließ sich, als sie der Klägerin das Umspannwerk N.-Süd für den Anschluss zur Verfügung stellte, ersichtlich von der Rechtsauffassung leiten, dass es für § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 wie

schon vor dem Inkrafttreten des EEG 2009 auf eine gesamtwirtschaftliche Vergleichsbetrachtung unter Einschluss des eigenen Netzes ankomme. Dies ergibt sich insbesondere aus den als Anlage K 3 bzw. K 7 vorgelegten vorgerichtlichen Schreiben der SWN vom 17. März 2009 bzw. 28. Juli 2009 (Bl. 36 – 37, 75 - 76 im Anlagenband).

Vor dem Hintergrund der Historie von § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 hat sich die SWN ihre Rechtsauffassung sorgfältig gebildet, zumal sich auch aus den Schreiben der jetzigen Prozessbevollmächtigten der Klägerin aus jener Zeit nicht ergibt, dass die Klägerin eine andere Auslegung des § 5 Abs. 1 S. 1 EEG 2009 vertrat. Die Korrespondenz spiegelt vielmehr einen Dissens im Tatsächlichen über die Benennung des „technisch und wirtschaftlich günstigsten Verknüpfungspunktes“ wider. Insoweit wird etwa auf den dritten Absatz auf Seite 1 des Schreibens vom 05. Februar 2010 (Bl. 90 im Anlagenband) verwiesen, in dem es heißt: „Unsere Mandantin hält den von Ihnen zugewiesenen Netzverknüpfungspunkt ... im Umspannwerk N. Süd **nicht** für den technisch und wirtschaftlich günstigsten Verknüpfungspunkt mit dem Netz der Stadtwerke N.“.

2.

Die Klägerin kann ihren Mehrkostenersatzanspruch auch nicht aus § 280 Abs. 1 BGB mit der Erwägung ableiten, die SWN habe pflichtwidrig ihr Zuweisungsrecht gemäß § 5 Abs. 3 EEG 2009 nicht ausgeübt. Abgesehen davon, dass die Klägerin im Widerspruch dazu an anderer Stelle ausdrücklich eine Zuweisung der SWN gemäß § 5 Abs. 3 EEG 2009 vorträgt (vgl. nachfolgend unter 3.), kann sich die Klägerin insoweit nicht auf den von ihr herangezogenen Beschluss des BGH vom 28. Februar 2012 – VIII ZR 267/11 – stützen, denn jener Entscheidung lag ein Fehler des Netzbetreibers bei der Auswahl des Verknüpfungspunktes in Anwendung des § 5 Abs. 1 EEG zugrunde, ohne dass es auf die Frage der Auslegung des Merkmals „ein anderes Netz“ in § 5 Abs. 1 S. 1 EEG 2009 (am Ende) angekommen wäre (a.a.O., Rz. 3, 9). Ein solcher Fehler lässt sich indes im hier zu entscheidenden Rechtsstreit nicht feststellen.

3.

Der Klägerin steht der geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Mehrkosten gegenüber der Beklagten auch nicht aus § 13 Abs. 2 i.V.m. § 5 Abs. 3 EEG 2009 zu.

Eine Zuweisung seitens der SWN im Sinne von § 5 Abs. 3 EEG 2009 folgt weder aus der vorgelegten Korrespondenz noch aus dem Prozessvorbringen. Bei dem Vortrag der Beklagten auf S. 2 – 4 des Schriftsatzes vom 3. Januar 2013 (Bl. 281 – 283 d.A.) handelt es sich, wie sich aus dem Kontext ergibt, um eine Vergleichsbetrachtung zu den Rechtsfolgen aus den verschiedenen Normen des EEG 2009. Die Korrespondenz aus den Jahren 2008 bis 2010 weist aus, dass die Klägerin sowie die Rechtsvorgängerin der Beklagten über den technisch und wirtschaftlich günstigsten Netzverknüpfungspunkt unterschiedlicher Auffassung waren. Von einer einseitigen Bestimmungsrechtsausübung in Abweichung von § 5 Abs. 1 EEG 2009 durch die SWN ist in deren entsprechenden Schreiben nichts zu lesen, andernfalls wären Ausführungen der SWN zur Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Netzverknüpfungspunktes im Sinne von § 5 Abs. 1 S. 1 EEG 2009, wie sie die gesamte vorgerichtliche Korrespondenz prägen, entbehrlich gewesen. Die Prozessbevollmächtigten der Klägerin sprechen auch erst ab Dezember 2009 in ihrer Korrespondenz mit der SWN von einer „Zuweisung“ eines Verknüpfungspunktes durch die Rechtsvorgängerin der Beklagten (vgl. Schreiben vom 7. Dezember 2009, Anlage K 13, Bl. 86 f. im Anlagenband d.A.); zuvor hatten Sie unter Bezugnahme auf § 5 Abs. 1 EEG 2009 den Anschluss an den technisch und wirtschaftlich günstigsten Verknüpfungspunkt verlangt und sogar eingeräumt, dies möge der „von Ihnen benannte Netzverknüpfungspunkt sein“ (Schreiben vom 10. August 2009, S. 2, Bl. 79 im Anlagenband).

Eine Zuweisung durch die SWN im Sinne von § 5 Abs. 3 EEG 2009 ergibt sich auch nicht unter Berücksichtigung des Vortrags der Klägerin zu einer angeblichen Ausübung des Wahlrechts gemäß § 5 Abs. 2 EEG 2009 (vgl. Klageschrift vom 23. Dezember 2010, S. 11, 24, 25, Bl. 11, 24, 25 d.A.; vgl. auch Klägerin-Schriftsatz vom 23. Oktober 2013, S. 3 – 4, Bl. 399 – 400 d.A.).

Die Beklagte hat diesen Vortrag bestritten (Klageerwiderung vom 1. April 2011, S. 6, Bl. 43 d.A.). Die Klägerin hat ihren diesbezüglichen Vortrag nicht substantiiert; aus der vorgelegten umfangreichen vorgerichtlichen Korrespondenz ergibt sich die behauptete Wahlrechtsausübung gerade nicht. In der Berufungserwiderung hat die Klägerin demgegenüber sogar ausdrücklich ihre Wahlrechtsausübung in Abrede gestellt (Zweiter Absatz auf S. 32 des Schriftsatzes vom 12. August 2013, Bl. 353 d.A.).

4.

Der Klägerin stehen auch die geltend gemachten außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten nicht zu. Auf § 280 Abs. 1 BGB kann die Klägerin ihr Begehren nicht stützen, weil es – unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BGH zu § 5 Abs. 1 EEG 2009 – bereits an einer Pflichtverletzung der SWN mangelt, jedenfalls aber – bei Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Landgerichts – die SWN nicht schuldhaft handelte.

Mangels einer Zuweisung gemäß § 5 Abs. 3 EEG 2009 greift hier auch § 13 Abs. 2 EEG 2009 nicht als Anspruchsgrundlage ein. Ferner sieht diese Vorschrift als Rechtsfolge nur den Ersatz der aus der Zuweisung eines anderen Verknüpfungspunktes „resultierenden Mehrkosten“ vor; dass die geltend gemachten vorgerichtlichen klägerischen Anwaltskosten der Klägerin derartige Mehrkosten seien, ergibt sich aus dem Klägervortrag nicht.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 Satz 1 und 2 ZPO.

IV.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil Zulassungsgründe gemäß § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Insbesondere weicht der Senat nicht entscheidungserheblich von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ab.