

Oberlandesgericht Düsseldorf, VI-2 U (Kart) 6/12

Datum: 11.07.2012
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 2. Kartellsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: VI-2 U (Kart) 6/12

Vorinstanz: Landgericht Duisburg, 6 O 416/11

Tenor: Der Antragsgegnerin wird unter Abänderung des am 31. Januar 2012 verkündeten Urteils der 6. Zivilkammer des Landgerichts Duisburg (Aktenzeichen 6 O 416/11) aufgegeben, die vom Antragsteller geplante Windenergieanlage des Typs R....4 mit einer installierten Leistung von 3.170 kW auf dem Grundstück in der Gemeinde N..., Gemarkung S..., Flur ..., Flurstück ..., vorläufig an ihr 20-kV-Netz in E... an der Straße "A...." südlich der katholischen Kirche an der ... anzuschließen.

Die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen trägt die Antragsgegnerin.

(Hier Freitext: Tatbestand, Gründe etc.)

1

I.

2

Der Antragsteller möchte eine Windenergieanlage in N... errichten. Die Antragsgegnerin betreibt das Stromnetz in N... und den umliegenden Gemeinden. Die Parteien streiten im Verfahren der einstweiligen Verfügung an welchem Netzverknüpfungspunkt die Windenergieanlage des Antragstellers mit dem Mittelspannungsnetz der Antragsgegnerin verbunden werden soll. Der Antragsteller möchte die Anlage in einer Entfernung von 800 m in E... anschließen. Die Antragsgegnerin möchte die Anlage dagegen in einer Entfernung von 6.300 m in E... anschließen. Sie ist der Ansicht, bei dem Verknüpfungspunkt in E... handele es sich gegenüber dem Verknüpfungspunkt in E...um den technischen und wirtschaftlich günstigeren Verknüpfungspunkt, weil bei letzterem zusätzlich ein rund 1.000.000 € teurer Netzausbau notwendig werde. Die Antragsteller hat sowohl die Notwendigkeit des Netzausbaus als auch die Höhe der Netzausbaukosten bestritten.

3

Der Antragsteller hat beantragt,

4

der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung aufzugeben, die von ihm geplante Windenergieanlage des Typs Repower 3.2 M114 mit einer installierten Leistung von 3.170 kW auf dem Grundstück in der Gemeinde N..., Gemarkung S..., Flur ..., Flurstück ..., vorläufig an ihr 20-kV-Netz in E... an der Straße "A....." südlich der katholischen Kirche an der ... anzuschließen.

5

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

6

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

7

Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils verwiesen. Dieser ist allerdings unrichtig, soweit dort festgestellt wird, dass eine Windenergieanlage mit einer Leistung von 3.400 kW errichtet werden soll. Tatsächlich soll eine Windenergieanlage mit einer Leistung von 3.170 kW errichtet werden.

8

Das Landgericht hat gemäß Beweisbeschluss vom 10. Januar 2012 Beweis erhoben durch die Vernehmung des von der Antragsgegnerin benannten Zeugen W.. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 10. Januar 2012 verwiesen. Es hat sodann den Antrag des Antragstellers auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mit Urteil vom 31. Januar 2012 zurückgewiesen. Zur Begründung hat es zunächst ausgeführt, die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung lägen nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift des § 59 Abs. 2 EEG nicht vor. Nach den Umständen des Einzelfalls bestehe keine Gefahr, dass die Windenergieanlage nicht errichtet werde, denn der Antragsteller habe erklärt, dass er diese unabhängig davon, an welchem Netzverknüpfungspunkt sie angeschlossen werde, errichten werde. Die Parteien würden daher nur über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 EEG streiten, so dass dem Antragsteller zuzumuten sei, gegebenenfalls entstehende Mehrkosten wegen eines etwaigen Verstoßes der Antragsgegnerin gegen §§ 5 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 4, 9 Abs. 1 EEG im Wege eines Schadenersatzprozesses in der Hauptsache geltend zu machen. Durch den Erlass einer einstweiligen Verfügung mit dem begehrten Inhalt würde überdies die Hauptsache vorweggenommen. Zur Begründung hat das Landgericht weiter ausgeführt, es könne auch kein Anspruch des Antragstellers auf Anschluss der Windenergieanlage am begehrten Netzverknüpfungspunkt festgestellt werden. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei überwiegend wahrscheinlich, dass der Betrieb der Windenergieanlage am begehrten Verknüpfungspunkt nicht ohne einen Netzausbau möglich sei. Es bestünden auch erhebliche Anhaltspunkte, dass der Netzausbau der Antragsgegnerin wirtschaftlich nicht zumutbar sei, so dass ihre Verpflichtung zum Netzausbau gemäß § 9 Abs. 3 EEG entfalle. Die Kosten für den Netzausbau würden sich auf mindestens 26 % der Errichtungskosten belaufen.

9

Gegen das Urteil hat der Antragsteller Berufung eingelegt. Er wiederholt und vertieft sein Vorbringen aus dem Verfahren vor dem

10

Landgericht. Er beanstandet weiter, das Landgericht habe Sinn und Zweck von § 59 EEG verkannt. Die Beweiswürdigung sei misslungen und die Beweislastverteilung sei fehlerhaft.

Der Antragsteller beantragt,	11
unter Abänderung des am 31. Januar 2012 verkündeten Urteils des Landgerichts Duisburg, Aktenzeichen 6 O 416/11, der Antragsgegnerin aufzugeben, die von ihm geplante Windenergieanlage des Typs Repower 3.2 M114 mit einer installierten Leistung von 3.170 kW auf dem Grundstück in der Gemeinde N..., Gemarkung S..., Flur ..., Flurstück ..., vorläufig an ihr 20-kV-Netz in E... an der Straße "A..." südlich der katholischen Kirche an der ... anzuschließen.	12
Die Antragsgegnerin beantragt,	13
die Berufung zurückzuweisen.	14
Die Antragsgegnerin verteidigt das angefochtene Urteil, indem sie das Vorbringen aus dem Verfahren vor dem Landgericht wiederholt und ergänzt.	15
Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Feststellungen des angefochtenen Urteils sowie die Schriftsätze der Parteien im Berufungsverfahren verwiesen.	16
II.	17
Die Berufung ist zulässig und begründet. Die Antragsgegnerin hat die streitgegenständliche Windenergieanlage vorläufig an dem vom Antragsteller begehrten Verknüpfungspunkt an ihr Netz anzuschließen.	18
1.	19
Der Antrag des Antragstellers auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist zulässig. Dem Begehren des Antragstellers nach einem vorläufigen Anschluss seiner Windenergieanlage am begehrten Netzverknüpfungspunkt steht nicht entgegen, dass der Anspruch im Verfahren der einstweiligen Verfügung geltend gemacht wird. Den entgegenstehenden Ausführungen des Landgerichts stehen sowohl der Wortlaut des § 59 EEG als auch der Sinn und Zweck der Regelung entgegen.	20
Die Vorschrift des § 59 EEG soll es gerade ermöglichen, vorläufig einen Verknüpfungspunkt zu bestimmen, um Verzögerungen beim Anschluss derartiger Anlagen zu vermeiden. Anlagenbetreiber sollen ihre Rechte durchsetzen können, ohne sich auf einen unter Umständen existenzgefährdenden Hauptsacheprozess einlassen zu müssen. Daher ist, anders als in §§ 935, 940 ZPO gefordert, weder das Vorliegen eines Verfügungsgrundes erforderlich, noch gilt das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache. Der Anlagenbetreiber muss folglich nicht darlegen, dass die Verwirklichung seiner Rechte ohne den Erlass der einstweiligen Verfügung vereitelt oder wesentlich erschwert würde oder dass die einstweilige Verfügung zur Abwendung wesentlicher Nachteile, zur Verhinderung einer drohenden Gefahr oder aus anderen Gründen notwendig ist. Das Vorliegen des Verfügungsgrundes wird vielmehr gemäß § 59 Abs. 2 EEG vermutet (BT-Drks. 16/8148, S. 74; Lehnert in Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. A., 2011, § 59, Rdnr. 1ff, 25f). Wie sich aus der Gesetzesbegründung ergibt, sollte mit der Schaffung der Vorschrift des § 59 Abs. 2 EEG gerade auch der Rechtsprechung entgegengewirkt werden, die den Erlass einstweiliger Verfügungen unter Hinweis auf die Möglichkeit der späteren Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches abgelehnt hatte (BT-Drks. 16/8148, S. 74; Lehnert, a.a.O., § 59, Rdnr. 4).	21
Sollte sich im späteren Hauptsacheverfahren herausstellen, dass ein Anspruch des Anlagenbetreibers nicht gegeben war, hat der Netzbetreiber gegen ihn allerdings einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Ersatz des aufgrund der einstweiligen Verfügung entstandenen Schadens (§ 945 ZPO, so auch: Lehnert, a.a.O., § 59, Rdnr. 27).	22
2.	23
a) Der Antragsteller hat gegen die Antragsgegnerin gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 EEG einen Anspruch auf den Anschluss der Windenergieanlage am begehrten Netzverknüpfungspunkt in E..., weil dieser hinsichtlich der Spannungsebene (Mittelspannungsebene) geeignet ist und die in der Luftlinie kürzeste Entfernung zum vorgesehenen Anlagenstandort aufweist. Ein anderes (Verteil-) Netz weist keinen technisch und wirtschaftlich günstigeren Verknüpfungspunkt auf. Soweit die Antragsgegnerin einen angeblich technisch und wirtschaftlich günstigeren Verknüpfungspunkt in ihrem eigenen Netz benennt (...weg/...straße (...-Str.) in E...), ist dies rechtlich unbeachtlich. Nach dem Wortlaut von § 5 Abs. 1 S. 1 EEG kommt es, wie sich auch aus § 5 Abs. 2 EEG ergibt, in dem zwischen dem eigenen und dem fremden Netz differenziert wird, nur auf das Vorhandensein eines entsprechenden Verknüpfungspunktes in einem <u>anderen</u> Netz an. Einen technisch und wirtschaftlich günstigeren Verknüpfungspunkt in einem anderen Netz, beispielsweise im Netz der R... GmbH, hat die Antragsgegnerin aber nicht benannt. Die Rechtsfrage, ob im Rahmen von § 5 Abs. 1 S. 1 EEG auch ein technisch und wirtschaftlich günstigerer Verknüpfungspunkt im eigenen Netz zu berücksichtigen ist, ist allerdings umstritten. Der Bundesgerichtshof hat über diese Rechtsfrage, jedenfalls im Zusammenhang mit der aktuellen Gesetzeslage (EEG 2009 u. 2012), noch nicht entschieden. Soweit sich Obergerichte, nämlich die Oberlandesgerichte Düsseldorf und Hamm, mit dieser Rechtsfrage befasst haben, haben sie ebenfalls im vorstehenden Sinne entschieden. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die ausführlichen und zutreffenden Begründungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf im Urteil vom 25. November 2011 - I-17 U 157/10, juris, Datum ist dort falsch: 15.11.2011, Rdnr. 22-27 in Verbindung mit dem Urteil der Vorinstanz, Landgericht Duisburg vom 6. August 2010 - 2 O 310/09, juris, Rdnr. 25-31, sowie auf das nach der Rücknahme der Revision durch die Netzbetreiberin inzwischen rechtskräftige Urteil des Oberlandesgerichts Hamm vom 3. Mai 2011 - 21 U 94/10, juris, Rdnr. 56-63 verwiesen, deren Ausführungen sich der Senat zu Eigen macht. Ein Teil der Literatur ist gegenteiliger Auffassung und befürwortet, wie auch die Clearingstelle EEG in der Empfehlung vom 29. September 2011, entgegen dem Wortlaut von § 5 Abs. 1 S. 1 EEG i.V.m. § 5 Abs. 2 EEG, auch die Berücksichtigung eines technisch und wirtschaftlich günstigeren Verknüpfungspunktes im selben Netz (so: Altrock in ders./Oschmann/Theobald, EEG, 3. A., 2011, § 5, R. 57f m.w.N.; <u>a.A.</u> offenbar: Salje, EEG, 5. A., 2009, § 5, Rdnr. 10ff).	24
b) Die Anwendung von § 5 Abs. 2 EEG scheidet aus, weil der Antragsteller den Verknüpfungspunkt des § 5 Abs. 1 S. 1 EEG und nicht einen anderen Verknüpfungspunkt in diesem oder einem anderen Netz gewählt hat. Im Rahmen des § 5 Abs. 2 EEG kann der	25

Anlagenbetreiber nach dessen eindeutigem Wortlaut gerade nicht den Verknüpfungspunkt des § 5 Abs. 1 S. 1 EEG, sondern nur einen anderen Verknüpfungspunkt in diesem oder einem anderen Netz wählen. Dass der Antragsteller einen anderen Netzverknüpfungspunkt in diesem Netz gewählt hat, ergibt sich nicht aus der Korrespondenz der Parteien im März und April 2011. Auch haben sich die Parteien in diesem Zeitraum nicht einvernehmlich auf einen anderen Verknüpfungspunkt in diesem Netz geeinigt. Dem steht bereits entgegen, dass im damaligen Zeitraum noch die Errichtung einer anderen Windenergieanlage (Repower 3,4 M mit einer Nennleistung von 3.400 kW) und nicht einer Anlage Repower 3.2 M 114 mit einer Nennleistung von 3.170 kW, mit entsprechend stärkeren Auswirkungen auf die notwendigen Netzkapazitäten, beabsichtigt war.

c) Auch die Anwendung von § 5 Abs. 3 EEG scheidet aus, weil die Antragsgegnerin dem Antragsteller noch keinen anderen Verknüpfungspunkt zugewiesen hat, um die Kostenfolge des § 13 Abs. 2 EEG zu vermeiden (siehe dazu auch: BGH, Beschluss vom 28.02.2012 - VIII ZR 267/11, Rdnr. 9). 26

d) Dem Anspruch des Antragstellers aus § 5 Abs. 1 S. 1 EEG auf Anschluss der Windenergieanlage am begehrten Verknüpfungspunkt steht gemäß § 5 Abs. 4 EEG grundsätzlich nicht entgegen, dass dieser einen Netzausbau - der nach der Vernehmung des Zeugen W. nunmehr unstreitig erforderlich sein dürfte - notwendig macht. Diesem Anspruch des Antragstellers könnte jedoch entgegenstehen, dass der Netzausbau für die Antragsgegnerin wirtschaftlich unzumutbar im Sinne von § 9 Abs. 3 EEG ist, wobei zu bedenken ist, dass der Netzbetreiber die Netzausbaukosten letztlich nicht selbst trägt, sondern über die Netznutzungsentgelte den Netznutzern überbürdet. Tragendes Prinzip der Regelung des § 9 Abs. 3 EEG ist daher die Minimierung der gesamtwirtschaftlichen Kosten. Der Netzausbau ist grundsätzlich wirtschaftlich zumutbar, wenn durch die Kapazitätserweiterung die Gesamtkosten der Anbindung und Einbindung einer Windenergieanlage in das Netz geringer sind als eine Anbindung und Einbindung an einer anderen Stelle des Netzes, an der dieses unmittelbar - ohne Kapazitätserweiterung - technisch geeignet ist. Dabei ist stets ein gesamtwirtschaftlicher Kostenvergleich anzustellen. Es ist nicht nur auf den Anschluss der einzelnen Anlage abzustellen, sondern vielmehr zu prüfen und zu berücksichtigen, ob der Anschluss weiterer Anlagen geplant ist, insbesondere dann, wenn bereits konkrete Netzprüfungsanfragen vorliegen. In diesem Rahmen sind die Gesamtkosten aller Anschlüsse mit denen der erforderlichen Kapazitätserweiterung zu vergleichen. Eine Grenze findet die Zumutbarkeit, wo der sich aus den Vergütungssummen im Vergütungszeitraum voraussichtlich ergebende Wert der Gesamtstrommenge aus den durch die Kapazitätserweiterung anschließbaren Erzeugungsanlagen die Kosten der Kapazitätserweiterung nicht deutlich übersteigt (absolute Zumutbarkeitsgrenze). Verhältnismäßig und zumutbar im engeren Sinne ist eine Kapazitätserweiterung insbesondere dann, wenn die Kosten der Erweiterung 25 % der Kosten der Errichtung der Stromerzeugungsanlage nicht überschreiten (so auch: BT-Drks. 16/8148 S. 45 i.V.m. BT-Drks. 15/2864, S. 34: siehe auch: Wustlich in Altrock u.a., a.a.O., § 9, Rdnr. 34f. m.w.N.). 27

Die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Antragsgegnerin hat sich zwar auf die wirtschaftliche Unzumutbarkeit des Netzausbaus im Bereich des begehrten Verknüpfungspunktes berufen, gemessen an den vorstehenden Anforderungen hierzu jedoch bisher nicht hinreichend substantiiert vorgetragen und dies erst recht nicht bewiesen. Vielmehr ergibt sich aus der Aussage des von der Antragsgegnerin gestellten Zeugen W., dass die Antragsgegnerin bei ihren bisherigen Überlegungen und Berechnungen offenbar unbeachtet gelassen hat, dass im Bereich der streitgegenständlichen Windenergieanlage und Netzverknüpfungspunkte weitere Windenergieanlagen – nämlich zwei E 82-Anlagen – errichtet werden sollen, deren beabsichtigte Einspeisungen ebenfalls Auswirkungen auf das Netz und dessen Ausbau und folglich auch auf die entstehenden Kosten haben werden. Zudem hat der Zeuge W. die entstehenden Netzausbaukosten unter Zugrundelegung von Erwartungswerten nur grob überschlägig und pauschal berechnet, ohne Besonderheiten zu berücksichtigen. Er hat überdies eingeräumt, beispielsweise bei den Kabeln an der oberen Grenze liegende Preise angesetzt zu haben und zwar solche, die er bei einer Verlegung durch die Antragsgegnerin von Dritten verlangen würde. Aus diesem Grund ist die Annahme des Landgerichts, die Kosten für den Netzausbau würden mindestens 26 % statt maximal 25 % der Errichtungskosten betragen, nicht tragfähig. Auch der daraus vom Landgericht gezogene Schluss, der notwendige Netzausbau sei folglich wirtschaftlich unzumutbar, kann nicht gezogen werden. Vielmehr ist – jedenfalls im Verfügungsverfahren – davon auszugehen, dass die Grenze der wirtschaftlichen Zumutbarkeit unwiderlegt nicht überschritten würde. Daher kommt es auch nicht mehr darauf an, ob ein von der Klägerin inzwischen beauftragter Fachunternehmer die entstehenden Kosten auf nur rund 764.000 € geschätzt hat und ob sich die Investitionskosten für die Windenergieanlage voraussichtlich auf rund 4.356.000 € belaufen werden. 28

3. 29

Über den mit Schriftsatz vom 09.12.2011 gestellten und mit Schriftsatz vom 14.06.2012 wiederholten Antrag der Antragsgegnerin nach §§ 936, 926 Abs. 1 ZPO hat nicht der Senat, sondern gemäß § 20 Nr. 14 RPfG der Rechtspfleger des Landgerichts Duisburg zu entscheiden (siehe auch Drescher in MK-ZPO, 3. Aufl., 2007, § 926, Rdnr. 4 mw.N.). 30

III. 31

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Eine Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ist nicht veranlasst (§ 708 Nr. 6 i.V.m. § 542 Abs. 2 S. 1 ZPO). 32

Eine Revision findet nicht statt (§ 542 Abs. 2 S. 1 ZPO). 33

Der Streitwert wird sowohl für das erst- als auch für das zweitinstanzliche Verfahren auf bis zu 80.000 € (1/3 der geschätzten Differenz zwischen den Anschlusskosten in E... und den Anschlusskosten in E...) festgesetzt. 34

Dicks	Schüttelpelz	Rubel	35
-------	--------------	-------	----