

BERND GRZESZICK

Rückwirkung und
Vertrauensschutz im
Recht der Energiewende

Energierrecht

21

Mohr Siebeck

ENERGIERECHT

Beiträge zum deutschen, europäischen
und internationalen Energierecht

Herausgegeben von
Jörg Gundel und Knut Werner Lange

21



Bernd Grzeszick

Rückwirkung und Vertrauensschutz im Recht der Energiewende

Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen von
Gesetzesänderungen im Rahmen der Energiewende am
Beispiel der § 17e Abs. 2 und 5 EnWG

Mohr Siebeck

Bernd Grzeszick, geboren 1965; Studium der Rechtswissenschaft in Bonn, Freiburg und Heidelberg; LL.M.-Studium in Cambridge und Vorstandsmitglied der Cambridge Graduate Law Society; 1995 Promotion; 2002 Habilitation; Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Internationales Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie sowie Direktor des Instituts für Staatsrecht, Verfassungslehre und Rechtsphilosophie der Universität Heidelberg; Direktor des Heidelberg Center for American Studies (HCA); ordentliches Mitglied der Heidelberger Akademie der Wissenschaften.

ISBN 978-3-16-155970-9 / eISBN 978-3-16-156048-4

DOI 10.1628/978-3-16-156048-4

ISSN 2190-4766 (Energierrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Recht ist darauf angelegt, eine Grundlage für das gesellschaftliche Zusammenleben bereitzustellen, indem die Bürger ihr Verhalten am Recht ausrichten. Dies setzt voraus, dass das Recht eine verlässliche Grundlage für die Verhaltenserwartungen der Bürger sein kann. Fragen der Rückwirkung und des Vertrauensschutzes sind daher ein grundlegendes Thema des Rechtsstaats, und zwar auch dann, wenn die Einzelheiten der relevanten rechtlichen Regelungen und ihre Wirkungen in wirtschaftlich-technischer Einkleidung daherkommen. Eine entsprechende, rechtspraktisch relevante Konstellation enthält das Recht der Energiewende mit der Änderung der gesetzlichen Haftung des Übertragungsnetzbetreibers gegenüber dem Betreiber einer Offshore-Windkraftanlage für Nachteile in Folge von Verzögerungen beim Netzanschluss der Windkraftanlage. Das neue Haftungsrecht unterscheidet sich von der früheren Rechtslage, weshalb zu klären ist, ob in Konstellationen, in denen die Errichtung einer Anlage noch unter dem alten Recht begonnen wurde, auch die Haftung weiterhin nach dem alten Recht zu bestimmen ist. Wesentlicher Aspekt ist dabei die Frage, wieweit das Verfassungsrecht einer Änderung des Haftungsrechts entgegensteht. Diese Frage steht im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen, die darauf abzielen, nicht allein die konkrete Frage zu beantworten, sondern darüber hinaus Grundlinien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes in derartigen Konstellationen zu erarbeiten.

Inhaltsverzeichnis

A. Bestand und Wandel von Gesetzesrecht	1
B. Regelungsgehalt der neuen gesetzlichen Vorgaben	3
I. Rechtslage vor der Novelle	3
1. Pflicht des Netzbetreibers zur rechtzeitigen Errichtung des Anschlusses	3
2. Haftung nach den allgemeinen Regeln für Schuldverhältnisse	4
a) Verzugshaftung	4
b) Haftung vor Leistungsfälligkeit	5
c) Verschulden	6
d) Haftung für eingeschaltete Dritte	7
aa) Grundsatz: Zurechnung nach allgemeinen Regeln	7
bb) Einschränkung der haftungsbegründenden Pflichten	7
e) Schaden	8
f) Annahme einer verfassungskonformen Reduktion der Haftung	8
3. Verschuldenshaftung nach § 32 Abs. 3 EnWG	9
4. Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB	9
5. Weitere Anspruchsgrundlagen	10
II. Neue Rechtslage	10
1. Regelung der Verzögerungshaftung im EnWG	10
2. Betriebsbereitschaft als Haftungsvoraussetzung	11
3. Haftungsinhalt	11
4. Partiiell abschließender Charakter der Haftung	12
5. Zeitpunkt des Inkrafttretens und Regelungen für Vertrauensschutz sowie Übergang	12
a) Inkrafttreten	12
b) Vertrauensschutz durch Terminregelung des § 17e Abs. 2 Satz 6 EnWG	12
c) Übergangsregelung des § 118 Abs. 12 EnWG	13

6. Frage nach Haftungsrecht bei bereits begonnener Errichtung	13
a) Fortbestehende Anwendbarkeit des früheren Haftungsrechts	13
b) Anwendbarkeit des neuen Haftungsrechts	14
III. Frage nach Zulässigkeit einer rückwirkenden Einschränkung der Haftung	14
C. Verfassungsrechtliche Vorgaben zu und Grenzen von Rückwirkungen	17
I. Grundlagen: Rechtsstaatlichkeit und Vertrauensschutz	17
II. Allgemeine Voraussetzungen von Vertrauensschutz gegen Rückwirkungen	18
1. Generelle Eignung des Gesetzes zur Begründung von Vertrauensschutz	18
2. Auftreten rückwirkender Belastungen durch Gesetzesänderung	19
a) Belastung durch Einschränkung von Rechtspositionen	20
b) Rückwirkung der Belastung	21
III. Unterscheidung zwischen echter und unechter Rückwirkung	22
1. Grundsätze der Unterscheidung zwischen echter und unechter Rückwirkung	22
2. Zeitliche Voraussetzungen echter Rückwirkung	23
3. Rückwirkung bei Änderung von Anspruchsnormen	24
a) Öffentlich-rechtliche Ansprüche: Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale	24
b) Übertragbarkeit auf zivilrechtliche Ansprüche	24
c) Bestätigung der Übertragbarkeit	25
d) Echte Rückwirkung auch vor Fälligkeit und Bedingungseintritt	26
e) Gesteigerter Vertrauensschutz im Rahmen unechter Rückwirkung	27
4. Änderung des Haftungsrechts durch die EnWG-Novelle	29
IV. Fällt die Änderung des Haftungsrechts unter das Rückwirkungsverbot?	31
D. Grenzen einer echten Rückwirkung	33
I. Grundsätze zur Rechtfertigung echter Rückwirkung	33
1. Grundsätzliche Unzulässigkeit der echten Rückwirkung	33
2. Ausnahmen einer zulässigen echten Rückwirkung	33

a)	Absehbarkeit einer Neuregelung?	33
b)	Zwingende Gründe des Allgemeinwohls	34
c)	Anstehende Bereinigung des Rechts	34
d)	Bagatellen sowie Verfahrensrecht ohne größere Bedeutung	35
II.	Anwendung auf Änderung des Haftungsrechts durch EnWG-Novelle	35
1.	Bereinigung bzw. Richtigstellung der Rechtslage	35
a)	Verfassungsmäßigkeit des § 17 Abs. 2a EnWG a. F.	35
b)	Keine rechtfertigende Verwirrung der Rechtslage	36
aa)	Grundsätzlich hinreichende Klarheit der Verschuldenskriterien	36
bb)	Die Gehilfenhaftung	37
(1)	Überzeugungskraft der Einschränkung der Gehilfenhaftung	37
(2)	Einschränkung der Gehilfenhaftung in der Rechtsprechung erst nach der EnWG-Novelle	40
(3)	Hinreichende Rechtssicherheit auch bei Einschränkung der Gehilfenhaftung	40
cc)	Keine Rechtfertigung einer Rückwirkung durch die Beseitigung von Rechtsunsicherheiten	41
2.	Zwingende Gründe des Allgemeinwohls	42
III.	Verfassungsrechtliche Unzulässigkeit einer durch die EnWG-Novelle begründeten echten Rückwirkung	43
E.	Grenzen einer unechten Rückwirkung	45
I.	Grundsätze der Zulässigkeit unechter Rückwirkung	45
1.	Verhältnismäßigkeit der Rückwirkung zur Erreichung eines Gemeinwohlzwecks	45
2.	Gesteigerte Rechtfertigungslast bei Auswirkungen ähnlich einer echten Rückwirkung	46
3.	Übergangsregelungen	46
4.	Verhältnis zum grundrechtlichen Eingriffsschutz	47
II.	Anwendung auf das durch die EnWG-Novelle geänderte Haftungsrecht	47
1.	Legitime Gemeinwohlinteressen	47
2.	Geeignetheit	48
a)	Erwägungen des Gesetzgebers	48

b)	Keine Eignung wegen Haftungsweitergabe durch Netzbetreiber an Generalunternehmer	48
c)	Keine Eignung der weiteren Haftungsreduzierung	49
d)	Mangelnde Eignung der rückwirkenden Änderung zur Steuerung künftiger Investitionen	49
3.	Erforderlichkeit	50
a)	Erwägungen des Gesetzgebers	50
b)	Keine entsprechende Interessenlage	50
c)	Keine Rechtfertigung von Rückwirkung allein durch entsprechende Interessenlage	51
d)	Umlage auf Letztverbraucher als milderer und gleich gut geeignetes Mittel?	51
e)	Inanspruchnahme beauftragter Unternehmer als Alternative?	52
4.	Angemessenheit	52
a)	Hohes Maß an schutzwürdigem Vertrauen auf Bestand der Rechtslage	53
b)	Erhebliche Schlechterstellung der Windparkbetreiber	54
aa)	Möglichkeit erheblicher Verzögerungsschäden auf Seiten der Windparkbetreiber	54
bb)	Verschlechterungen des Haftungsrechts	54
cc)	Keine hinreichende Kompensation	56
dd)	Keine bloße Randkorrektur	57
c)	Sehr zweifelhafte und höchstens geringfügige Gemeinwohlförderung	58
aa)	Berücksichtigung einer Haftungsverlagerung auf Generalunternehmer	58
bb)	Unerheblichkeit der rückwirkenden Änderung des Haftungsrechts für künftige Investitionen	58
cc)	Umlage auf Letztverbraucher als milderer und gleich gut geeignetes Mittel?	59
dd)	Alternative: Inanspruchnahme der vom Netzbetreiber beauftragten Unternehmer	59
d)	Unangemessene Beeinträchtigung des Vertrauensschutzes der Windparkbetreiber	60
e)	Ähnlich intensive Auswirkungen wie bei einer echten Rückwirkung	60
aa)	Grundsätze zu intensiv belastenden unechten Rückwirkungen	60
bb)	Übertragbarkeit auf vergleichbare Konstellationen	61

cc) Mit der rückwirkenden Änderung der EnWG-Haftung vergleichbare Konstellation	61
dd) Keine Rechtfertigung der Rückanknüpfung durch öffentliche Interessen	62
III. Verfassungsrechtliche Unzulässigkeit (auch) der unechten Rückwirkung durch die EnWG-Novelle	63
F. Folgen für die Haftungsregelungen des EnWG	65
I. Grundsätzliche Vorlagepflicht nach Art. 100 GG	65
II. Fehlende Entscheidungserheblichkeit bei verfassungskonformer Auslegung	65
III. Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung	66
IV. Verzögerungshaftung der Netzbetreiber nach EnWG a.F.	69
G. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	71
Literaturverzeichnis	75
Stichwortverzeichnis	79

A. Bestand und Wandel von Gesetzesrecht

Die Energiewende wird in weiten Teilen auch durch und im Recht bewirkt und verlangt dabei dem Recht einiges ab. Sowohl die grundsätzliche Umstellung von der nicht-nachhaltigen Nutzung fossiler Energieträger und der Kernenergie hin zu einer nachhaltigen Energieversorgung mittels erneuerbarer Energien als auch die Änderungen und Wenden innerhalb der Wende haben dazu geführt, dass der Schutz der Beständigkeit des gesetzten Rechts auf die Probe gestellt wird.

Diese allgemeine Beobachtung kann auch konkret und rechtsdogmatisch gewendet werden: Änderungen des geltenden Rechts brechen sich an den verfassungsrechtlichen Grenzen des Vertrauensschutzes, die insbesondere für Rückwirkungen von Gesetzesänderungen weiter auszudifferenzieren sind.

Einige der durch die Energiewende aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragen sind mittlerweile durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Ausstieg aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie durch die gesetzliche Einführung fester Abschalttermine für die in Deutschland betriebenen Kernkraftwerke¹ sowie die Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts zur Reduzierung der Förderung von Biogasanlagen durch die EEG-Novelle² beantwortet worden. Andere Konstellationen und Fragen der Energiewende sind dagegen verfassungsrechtlich noch nicht hinreichend geklärt³.

Zu diesen Fragen gehört auch das Thema der vorliegenden, auf ein der Trianel Windkraft Borkum GmbH & Co. KG erstattetes Gutachten zurückgehenden Abhandlung: Die Änderung der gesetzlichen Haftung des Übertragungsnetzbetreibers gegenüber dem Betreiber einer Offshore-Windkraftanlage für Nachteile in Folge von Verzögerungen beim Netzanschluss des Windparks.

Durch das Dritte Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 20. Dezember 2012⁴ wurde das Recht für den Ausbau und die

¹ BVerfGE 143, 246 ff.

² BVerfG, NVwZ 2017, 705 ff. und EnZW 2017, 70 ff.

³ So z. B. die Einführung eines Ausschreibungsmodells bei Offshore-Windparkprojekten durch das WindSeeG; vgl. dazu auch *Dannecker/Ruttloff*, EnZW 2016, 490 ff. sowie *Schulte/Kloos*, DVBl. 2017, 596 ff.

⁴ BGBl. 2012 I S. 2730.

Anbindung von Offshore-Windkraftanlagen mit Wirkung zum 28. Dezember 2012 erheblich reformiert. Die mit dieser Reform eingeführten Regelungen der §§ 17a ff. EnWG enthalten neue Vorgaben unter anderem zu verschiedenen Planungen, zu den Ausbau-, Anbindungs- und Betriebspflichten des Übertragungsnetzbetreibers sowie zum Belastungsausgleich einschließlich der Kostenabwälzung auf den Letztverbraucher.

Dabei wird auch die Haftung des Übertragungsnetzbetreibers gegenüber dem Betreiber einer Offshore-Windkraftanlage für Nachteile in Folge von Verzögerungen beim Netzanschluss des Windparks neu geregelt⁵. Die Haftungsregelungen der § 17e Abs. 2 Satz 1 und 2 EnWG erhalten dabei erstmals eine abschließende Wirkung: Die Inanspruchnahme bzw. der Ersatz für weitergehende Vermögensschäden aufgrund einer nicht rechtzeitig fertiggestellten Netzanbindung wird nach § 17e Abs. 2 Satz 3 und Abs. 5 EnWG bis auf die Haftung für vorsätzlich herbeigeführte Schäden ausgeschlossen.

Das neue Haftungsrecht unterscheidet sich damit deutlich von der früheren Rechtslage. Aus diesem Grund ist fraglich, ob in Konstellationen, in denen die Errichtung einer Offshore-Anlage noch unter dem alten Recht begonnen und vorangetrieben worden war, die Haftung des Übertragungsnetzbetreibers für Vermögensschäden wegen Verzögerungen bei der Netzanbindung weiterhin nach dem alten Recht zu bestimmen ist.

Wesentlicher Aspekt ist dabei die Frage, wieweit das Verfassungsrecht einer Änderung dieses Haftungsrechts entgegensteht. Dieser Frage wird im Folgenden nachgegangen.

Dazu wird zunächst der Gehalt der neuen Haftungsregelungen des EnWG dargelegt (B.). Anschließend werden die allgemeinen Vorgaben des Verfassungsrechts zu den Rückwirkungen und deren Grenzen skizziert (C.). Auf dieser Grundlage werden sodann mit Blick auf die EnWG-Novelle die verfassungsrechtlichen Grenzen echter (D.) sowie unechter Rückwirkungen (E.) erarbeitet und die Folgen für die Haftungsregelungen des EnWG dargelegt (F.). Die Stellungnahme schließt mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (G.).

⁵ Überblick u. a. bei *Ruge*, EnZW 2013, 3 ff.; *König*, ZNER 2013, 113 ff.; *Kühling/Klein*, in: Hebler u. a. (Hrsg.), *Energiewende in der Industriegesellschaft*, 2014, S. 29 ff.; *Geber*, *Die Netzanbindung von Offshore-Anlagen im europäischen Supergrid*, 2014, S. 277 ff.; *Gundel*, RdE 2016, 325 ff.; jew. m. w. N.

B. Regelungsgehalt der neuen gesetzlichen Vorgaben

Ein wesentlicher Teil der EnWG-Novelle vom 28. Dezember 2012 betrifft die in § 17e Abs. 2 und 5 EnWG getroffenen Regelungen zur Haftung des Übertragungsnetzbetreibers gegenüber dem Betreiber eines Offshore-Windparks für Nachteile wegen einer nicht rechtzeitig fertiggestellten Netzanbindung. Der Gehalt der neuen gesetzlichen Vorgaben und damit der Novelle ergibt sich aus einem Vergleich mit der vorherigen Rechtslage. Daher wird zunächst die vorhergehende Rechtslage in ihren Grundzügen skizziert (I.), anschließend das neue Recht dargelegt (II.).

I. Rechtslage vor der Novelle

Vor der EnWG-Novelle vom Dezember 2012 kamen für die Haftung des Übertragungsnetzbetreibers gegenüber einem Windparkbetreiber dafür, dass dieser wegen einer verspätet hergestellten Netzanbindung den im Windpark erzeugten bzw. erzeugbaren Strom nicht ins Netz einspeisen kann, verschiedene Anspruchsgrundlagen in Betracht.

1. Pflicht des Netzbetreibers zur rechtzeitigen Errichtung des Anschlusses

Ausgangspunkt möglicher Haftungsansprüche war dabei regelmäßig § 17 Abs. 2a Satz 1 EnWG a. F. Diese Regelung war 2006 durch das Gesetz zur Beschleunigung der Infrastrukturplanung in das EnWG aufgenommen worden und sollte die Energiewende dadurch beschleunigen, indem Rechtssicherheit für die Beteiligten hergestellt und damit ein Anreiz zum rascheren Ausbau der Offshore-Windenergie gegeben werden sollte.

Zu diesem Zweck regelte § 17 Abs. 2a Satz 1 EnWG a. F. Pflichten der Betreiber von Übertragungsnetzen zur Netzanbindung von Offshore-Anlagen. Nach Halbsatz 1 hatten Betreiber von Übertragungsnetzen, in deren Regelzone die Netzanbindung von Offshore-Anlagen erfolgen sollte, die Leitungen von dem Umspannwerk der Offshore-Anlagen bis zu dem technisch und wirtschaftlich

günstigsten Verknüpfungspunkt des nächsten Übertragungs- oder Verteilernetzes zu errichten und zu betreiben. Nach Halbsatz 2 mussten die Netzanbindungen zu dem Zeitpunkt der Herstellung der technischen Betriebsbereitschaft der Offshore-Anlagen errichtet sein.

In Folge dieser Regelung hatte – anders als nach den allgemeinen Grundsätzen und der Sonderregelung für den Anschluss in § 13 EEG 2012 – für die Offshore-Windenergie nicht mehr der Anlagenbetreiber die Pflicht, die Anschlussleitung selbst zu errichten und zu bezahlen. Diese Pflicht wurde nun dem Betreiber des Übertragungsnetzes auferlegt, der zudem zu einer rechtzeitigen Errichtung des Netzanschlusses verpflichtet wurde.

Dem entsprechend hatte der Betreiber einer Offshore-Anlage im Ergebnis einen individuellen Anspruch gegen den Übertragungsnetzbetreiber darauf, dass seine Netzanbindung errichtet wurde und Anbindungsleitungen zum Zeitpunkt der Fertigstellung der Offshore-Anlage betriebsbereit waren⁶.

2. Haftung nach den allgemeinen Regeln für Schuldverhältnisse

a) Verzugshaftung

Die Regelung des § 17 Abs. 2a Satz 1 EnWG a. F. führte mit dem gesetzlichen Anschlussanspruch des Anlagenbetreibers nach ganz herrschender Ansicht zu einem vertrags- oder rechtsgeschäftsähnlichen bzw. vertragssubstituierenden gesetzlichen Schuldverhältnis, auf das die entsprechenden allgemeinen Regelungen des BGB anzuwenden waren. Bei einem nicht rechtzeitigen Anschluss an das Übertragungsnetz konnte daher der Übertragungsnetzbetreiber gegenüber dem Anlagenbetreiber für die Nachteile wegen der Verzögerung nach den allgemeinen Vorgaben des BGB zu gesetzlichen Schuldverhältnissen als Verzugsschaden ersatzpflichtig sein⁷.

⁶ Dazu nur *Hinsch*, ZNER 2009, 333, 334, 338; *Bourwieg*, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, 2010, § 17 Rn. 47a; BT-Drs. 17/10754, S. 34.

⁷ Dazu sowie zum Folgenden nur *Wustlich*, ZUR 2007, 122, 128; *Hinsch*, ZNER 2009, 333, 338 f.; *Bourwieg*, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, 2010, § 17 Rn. 47a; *Schulz/Rohrer*, ZNER 2011, 494, 496; *Compes/Schneider*, IR 2011, 146, 148; *Kersting*, BKR 2011, 57, 59 Fn. 22; *Prall*, in: Altröck/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl. 2011, § 31 Rn. 70; *Compes/Schneider*, KSzW 2012, 277, 282 f.; *Thole*, RdE 2013, 53, 54, 57; *Schneider/Theobald*, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. 2013, S. 896 ff.; *Thole*, RdE 2013, 397, 398; *Wachovius/kleine Holthaus*, BayVBl. 2014, 458, 461 f., insbes. Fn. 52; LG Berlin, RdE 2014, 35, 37 f.; *Compes/Herbold*, RdE 2014, 228, 229; *von Daniels/Uibelesen*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, 3. Aufl. 2014, Anhang zu § 118 Abs. 12 Rn. 8; *Schulz*, in: Schulz (Hrsg.), Handbuch Windenergie, 2015, Kap. 1, S. 109 Rn. 411.

Auch die Bundesnetzagentur ging in ihrem Positionspapier von 2009 zur Netzanbindungsverpflichtung gemäß § 17 Abs. 2a EnWG davon aus, dass bei einem Verstoß gegen § 17 Abs. 2a Satz 1 EnWG a. F. die Schäden aus der Verzögerung der Netzanbindung nach den allgemeinen Regeln für gesetzliche Schuldverhältnisse geltend gemacht werden konnten⁸.

Voraussetzung einer Verzugshaftung ist danach grundsätzlich Fälligkeit der Leistung im Sinne von § 286 Abs. 1 BGB. Mit Blick auf § 17 Abs. 2a EnWG a. F. war dies grundsätzlich der Zeitpunkt der Herstellung der technischen Betriebsbereitschaft der Offshore-Anlage.

b) Haftung vor Leistungsfälligkeit

Eine nicht fristgerechte Leistung kann aber auch bereits vor dem Zeitpunkt der Fälligkeit Haftungsfolgen auslösen. Voraussetzung dafür ist, dass der Schuldner seine Leistung bestimmt, ernsthaft und endgültig verweigert oder entsprechend ankündigt, nur eine von der geschuldeten Leistung wesentlich abweichende Leistung zu erbringen, und er damit seine Pflichten schwerwiegend verletzt⁹. Dabei kann auch die Ankündigung einer Leistungserbringung erst weit nach Fälligkeit oder auch erst nach einer angemessenen Nachfrist eine in diesem Sinne wesentlich abweichende Leistungserbringung sein¹⁰.

Dass eine Pflichtverletzung auch durch Leistungsverweigerung vor Fälligkeit zu Schadensersatzansprüchen führen kann, zeigt sich unter anderem im Zusammenhang mit der Regelung des § 323 Abs. 4 BGB für den Rücktritt sowie den Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 BGB¹¹. Der Grundgedanke dieser Regelung ist auf andere Haftungstatbestände übertragbar¹² und insbesondere auch einschlägig, falls der Gläubiger trotz Unzumutbarkeit am Vertrag festhält und die Erfüllung durchsetzt. In dieser Konstellation liegt zwar mangels Fälligkeit noch kein Verzug vor¹³. Der bereits entstandene Schaden ist aber über den einfachen Schadensersatz ersetzbar¹⁴. Der entsprechende Ersatzanspruch um-

⁸ Bundesnetzagentur, Positionspapier zur Netzanbindungsverpflichtung gemäß § 17 Abs. 2a EnWG, 2009, insbes. Ziff. 2.3.5., 2.4.1., 2.4.2.

⁹ Dazu näher *Otto/Schwarze*, in: Staudinger, BGB, März 2009, § 281 Rn. B 92, 182 ff.; *Ernst*, in: MüKo BGB, 6. Aufl. 2012, § 281 Rn. 62; BGH, Urt. v. 05.05.1992 – X ZR 115/90 –, juris-Rn. 30; BGH, Urt. v. 19.02.2002 – VII ZR 344/01 –, juris-Rn. 10.

¹⁰ BGH, Urt. v. 10.12.1975 – VIII ZR 174/74 –, juris-Rn. 8 f.; BGH, Urt. v. 19.09.1983 – VIII ZR 84/82 –, juris-Rn. 17 ff.

¹¹ Vgl. *Otto/Schwarze*, in: Staudinger, BGB, März 2009, § 281 Rn. B 182 ff.; *Ernst*, in: MüKo BGB, 6. Aufl. 2012, § 281 Rn. 65.

¹² *Otto/Schwarze*, in: Staudinger, BGB, März 2009, § 281 Rn. B 184.

¹³ *Schwarze*, in: Staudinger, BGB, März 2009, § 286 Rn. 88.

¹⁴ *Schwarze*, in: Staudinger, BGB, März 2009, § 280 Rn. C 34.

fasst den gesamten Verzögerungsschaden, einschließlich des entgangenen Gewinns¹⁵.

c) Verschulden

Für die Frage des Verschuldens wurden gleichfalls die allgemeinen Regeln des BGB über gesetzliche Schuldverhältnisse angewendet, da die Regelungen des EnWG insoweit ein gesetzliches Schuldverhältnis konstituierten.

Daraus folgte neben der allgemeinen Verschuldensvermutung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB insbesondere die Anwendbarkeit des § 286 Abs. 4 BGB, wonach vermutet wird, dass der Schuldner die Verzögerung der Leistung zu vertreten hat. Der Netzbetreiber, der den Anschluss nicht rechtzeitig herstellte, konnte sich zwar dadurch exkulpieren, dass er nachwies, dass ihn kein Verschulden traf. Dieser Nachweis fiel allerdings hinsichtlich der typischen Ursachen für Verzögerungen bei der Netzanbindung schwer, da Fehleinschätzung bei der Planung der Leistungsfähigkeit sowie nicht hinreichende Organisation der Arbeiten und der Beschaffung des Materials im Regelfall als fahrlässig anzusehen sind¹⁶.

Zur Beantwortung der Frage, ob und wieweit bei der rechtzeitigen Errichtung des Netzanschlusses fahrlässig gehandelt, also bei der Erstellung der Netzanbindung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht beachtet oder gar vorsätzlich gehandelt wurde, beispielsweise bei bewusster Nichtbeachtung der Vorgaben des Positionspapiers der Bundesnetzagentur oder aber in der Form des bedingten Vorsatzes bei billigender Inkaufnahme der Verzögerung der Netzanbindung, konnten unter anderem die Anbindungskriterien herangezogen werden, die die Bundesnetzagentur im Positionspapier zur Netzanbindungsverpflichtung gemäß § 17 Abs. 2a EnWG a. F. vom Oktober 2009 definiert hatte. Diese Kriterien waren von der Bundesnetzagentur definiert worden, um den Beteiligten die notwendige Planungssicherheit zu verschaffen und dadurch die rechtzeitige Netzanbindung von Offshore-Anlagen zu fördern. Sie ergaben sowohl für den Anlagen- als auch für den Netzbetreiber ein klares Bild darüber, welche Voraussetzungen zu erfüllen waren, um die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu wahren und die Netzanbindung zum verbindlichen Zeitpunkt herstellen zu können¹⁷.

¹⁵ Vgl. auch BGH, Urt. v. 11.12.1975 – VII ZR 37/74 –, NJW 1976, 517, 518.

¹⁶ Dazu näher *Hinsch*, ZNER 2009, 333, 339 m.N.

¹⁷ Dazu *Hinsch*, ZNER 2009, 333, 336; *Wachovius/kleine Holthaus*, BayVBl. 2014, 458, 462.

d) Haftung für eingeschaltete Dritte

Der Übertragungsnetzbetreiber haftete dabei für Dritte, die vom Übertragungsnetzbetreiber bei der Erfüllung der Anschlusspflicht gegenüber dem Anlagenbetreiber als Gehilfen eingesetzt werden, grundsätzlich nach § 278 BGB¹⁸.

aa) Grundsatz: Zurechnung nach allgemeinen Regeln

Dabei wurde in der einschlägigen Literatur durchweg davon ausgegangen, dass die Zurechnung fremden Verschuldens nach den allgemeinen Regeln uneingeschränkt möglich war¹⁹.

Davon ging offenbar auch die Bundesnetzagentur in ihrem Positionspapier vom Oktober 2009 aus²⁰. Die Erstreckung dieser Zurechnung insbesondere auf Lieferung und Verlegung der Kabel wurde dabei unter anderem begründet sowohl mit Blick auf den im EnWG geregelten Pflichtenkreis des Übertragungsnetzbetreibers als auch mit Blick darauf, dass die Netzanbindung eines Offshore-Windparks auf die jeweiligen spezifischen Anforderungen zugeschnitten sein musste und sich damit erheblich von einem allgemeinen und unspezifischen Netzausbau unterschied²¹.

bb) Einschränkende Bestimmung der haftungsbegründenden Pflichten

Lediglich in einer Entscheidung des Landgerichts Berlin vom 12. August 2013 wurde die Reichweite der Haftung für Erfüllungsgehilfen dadurch begrenzt, dass die eine Haftung nach § 278 BGB begründende Pflicht, die zu erfüllen ist, einschränkend bestimmt wurde. Das Landgericht ging davon aus, dass der Übertragungsnetzbetreiber für die auskontrahierte Herstellung und Verlegung des Seekabels bis zum Umspannwerk des Offshore-Windparks nicht nach § 278 BGB haftete, weil der Betreiber der Offshore-Anlage nur einen Anspruch auf rechtzeitige Herstellung der Netzanbindung habe, nicht aber einen Anspruch

¹⁸ *Wustlich*, ZUR 2007, 122, 128; *Schneider*, IR 2008, 338; *Hirsch*, ZNER 2009, 333, 338 f.; *Kersting*, BKR 2011, 57, 59 Fn. 22; *Compes/Schneider*, IR 2011, 146, 148; *Thole*, RdE 2013, 53, 56 f.; *Compes/Herbold*, RdE 2014, 228, 229; *Wachovius/kleine Holthaus*, BayVBl. 2014, 458, 461 f.; *Broemel*, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, 3. Aufl. 2015, § 17e, Rn. 17; *Broemel*, ZUR 2015, 400, 401; *Thole*, EnWZ 2015, 546, 554.

¹⁹ *Wustlich*, ZUR 2007, 122, 128; *Hirsch*, ZNER 2009, 333, 339 f.; *Compes/Schneider*, KSzW 2012, 277, 283; *Thole*, RdE 2013, 53, 57; *Broemel*, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, 3. Aufl. 2015, § 17e, Rn. 17; *Broemel*, ZUR 2015, 400, 401; *Thole*, EnWZ 2015, 546, 554.

²⁰ Bundesnetzagentur, Positionspapier zur Netzanbindungsverpflichtung gemäß § 17 Abs. 2a EnWG, 2009, Ziff. 2.3.5., 2.4.1. und 2.4.2.

²¹ *Hirsch*, ZNER 2009, 333, 339 f.

auf die Errichtung der Leitung. Mit § 17 Abs. 2a EnWG a. F. sei insoweit nur die Kostentragung für die Errichtung des Anschlusses sowie dessen Zeitpunkt in Abweichung von den allgemeinen Regeln des EEG, die damit modifiziert werden, geregelt worden²².

Dass das der Entscheidung zu Grunde liegende Rechtsverständnis ein Solitär geblieben ist und in der Sache nicht überzeugt, wird unten (unter D. II. 1. b) bb), S. 37) noch näher ausgeführt.

e) Schaden

Der Schaden einer verzögerten Anbindung war gleichfalls nach den allgemeinen Grundsätzen für Schuldverhältnisse zu bestimmen.

Die Schadenshöhe für den entgangenen Gewinn konnte dabei durch die feststehende Vergütung aus § 31 EEG 2012 bestimmt werden²³; eine – weitere – Beschränkung der Anspruchshöhe fand insoweit nicht statt.

Ferner konnten als Schaden wegen verzögerter Anbindung insbesondere auch Schäden wegen Verzögerungen und Behinderungen bei Drittgewerken, wie z. B. elektrotechnischer Einstellungen an Anlagen²⁴ sowie weitere Zusatzkosten in Folge der Verschiebung der Errichtung und des Betriebs des Windparks, wie z. B. Kosten für Lagerungen, Anpassung der Errichtungsverträge, Anpassung der Logistik und Charter der Errichtungsschiffe sowie Aufwendungen zur Vermeidung von Sachschäden an bereits installierten oder auf dem Lieferweg befindlichen Anlagen²⁵ geltend gemacht werden.

Den Windparkbetreiber traf jeweils die Schadensminderungsobliegenheit des § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB.

f) Annahme einer verfassungskonformen Reduktion der Haftung

Eine grundsätzlich andere Lesart der §§ 17 Abs. 2a Satz 1, 32 Abs. 1 und 3 EnWG a. F. fand sich, soweit ersichtlich, nur an einer Stelle. In einem Ende Mai 2012 und damit knapp 3 Monate vor dem Ersten Gesetzesentwurf der Bundesregierung zu § 17e EnWG²⁶ bzw. dem Referentenentwurf vom 15. August 2012²⁷ veröffentlichten Aufsatz wurde die Ansicht vertreten, dass die von der bis dahin

²² LG Berlin, RdE 2014, 35, 39.

²³ *Hinsch*, ZNER 2009, 333, 340; *Bourwieg*, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, 2010, § 17 Rn. 47a; *Wachovius/kleine Holthaus*, BayVBl. 2014, 458, 462.

²⁴ Dazu näher *Wachovius/kleine Holthaus*, BayVBl. 2014, 458, 462.

²⁵ Dazu näher *Compes/Herbold*, RdE 2014, 228, 229.

²⁶ BR-Drs. 520/12 v. 31.08.2012.

²⁷ Nach *Compes/Herbold*, RdE 2014, 228, 232 li. Sp. am 24.09.2012 erstmals veröffentlicht.

einheitlichen Meinung angenommene Haftung des Netzbetreibers für eine schuldhaft verzögerte Netzanbindung mit Blick auf den grundrechtlichen Schutz des Netzbetreibers, insbesondere Art. 12, 14 GG, eine unzumutbare Belastung darstellte. Die Bestimmungen des EnWG seien deshalb anders auszulegen, und eine privatrechtliche Haftung des Netzbetreibers sei entweder grundsätzlich ausgeschlossen oder nur als außervertragliche Haftung vorstellbar. Zumindest aber sollten die Haftungskosten im Ergebnis wie Herstellungskosten auf die Netzdurchgangsentgelte umgelegt werden dürfen²⁸.

3. Verschuldenshaftung nach § 32 Abs. 3 EnWG

Neben dem vorstehend dargelegten Anspruch sah § 32 Abs. 3 EnWG vor, dass derjenige, der einen Verstoß gegen Vorschriften der Abschnitte 2 und 3 des EnWG – § 17 EnWG gehört zum Abschnitt 2 des EnWG – vorsätzlich oder fahrlässig beging, zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet war.

Ob und wieweit diese Norm bei einem Verstoß gegen § 17 Abs. 2a EnWG a. F. griff, folgte im Grundsatz gleichfalls den zuvor dargestellten Überlegungen zum Verständnis dieser Norm. Die ganz herrschende Ansicht sah § 32 Abs. 3 EnWG als anwendbar an, sodass auf dieser Grundlage bei einer schuldhaft verzögerten Netzanbindung der Anlagenbetreiber vom Netzbetreiber Schadensersatz verlangen konnte²⁹.

Dagegen kam die abweichende Einzelansicht, die auf der These der unzumutbaren Haftung beruht, hinsichtlich § 17 Abs. 2a EnWG a. F. zu dem Ergebnis, dass eine Haftung nach § 32 Abs. 1 und 3 EnWG nicht bestehe, da die Regelungen zur Vermeidung einer verfassungswidrig unzumutbaren Haftung einschränkend auszulegen seien³⁰.

Nach dem Urteil des Landgerichts Berlin vom August 2013 schließlich war der Anlagenbetreiber nach dem Zweck von § 17 Abs. 2a Satz 1 EnWG nicht als Betroffener im Sinne von §§ 32 Abs. 1 und 3 EnWG anzusehen³¹.

4. Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB

Weiter wurde § 17 Abs. 2a Satz 1 EnWG a. F. von der ganz herrschenden Ansicht als Schutzgesetz im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB eingeordnet, sodass auf dieser Grundlage Ansprüche aus unerlaubter Handlung in Betracht kamen³².

²⁸ So *Risse/Haller/Schilling*, NVwZ 2012, 592 ff., insbes. S. 596 ff.

²⁹ Dazu nur *Thole*, RdE 2013, 53, 57; *Compes/Herbold*, RdE 2014, 228, 229; jew. m. w. N.

³⁰ So *Risse/Haller/Schilling*, NVwZ 2012, 592, 596 f.

³¹ LG Berlin, RdE 2014, 35, 39 f.

³² Dazu nur *Säcker/Boeschke*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht,

Die abweichende Einzelansicht musste dagegen die Eigenschaft als Schutzgesetz in diesem Sinne wohl ablehnen³³.

5. Weitere Anspruchsgrundlagen

Die vorstehend dargelegten Anspruchsgrundlagen wurden durch weitere allgemeine Anspruchsgrundlagen ergänzt, die gegebenenfalls eine Haftung des Netzbetreibers gegenüber dem Anlagenbetreiber begründen konnten.

Zu diesen Anspruchsgrundlagen gehörten u. a. § 826 BGB, die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 677, 683 Satz 1, 670 BGB³⁴ sowie ein möglicher Beeinträchtigungsbeseitigungsanspruch auf der Grundlage von § 32 Abs. 1 EnWG³⁵.

Zudem konnte der Windparkbetreiber möglicherweise einen Anspruch gegen den Netzbetreiber auf Abtretung dessen Ersatzansprüche gegen die mit der Ausführung des Anschlusses beauftragten Unternehmer haben. Dieser Anspruch ergab sich möglicherweise im Rahmen des auf der Grundlage des § 17 Abs. 2a EnWG a. F. zwischen der Klägerin und der Beklagten bestehenden Rechtsverhältnisses aus § 242 BGB³⁶.

II. Neue Rechtslage

Im Zuge der Novellierung des EnWG vom Dezember 2012 wurde – unter anderem – die Haftung des Übertragungsnetzbetreibers gegenüber dem Windparkbetreiber neu geregelt.

1. Regelung der Verzögerungshaftung im EnWG

Für Vermögensschäden in Folge einer nicht rechtzeitig fertiggestellten Netzanbindung sind nun die Regelungen der § 17e Abs. 2 Satz 1 und 2 EnWG einschlägig, denen nach § 17e Abs. 2 Satz 3 und Abs. 5 EnWG abschließende Wirkung für unverschuldete und fahrlässig herbeigeführte Schäden zukommt. Lediglich für vorsätzlich herbeigeführte Schäden bleibt es bei einer vollumfänglichen Haftung des Übertragungsnetzbetreibers.

Band 1, 2. Aufl. 2010, § 17 Rn. 143; *Thole*, RdE 2013, 53, 57; *Compes/Herbold*, RdE 2014, 228, 229; *Wachovius/kleine Holthaus*, BayVBl. 2014, 458, 461 f.; jew. m. w. N.

³³ Zu dieser Konsequenz *Compes/Herbold*, RdE 2014, 228, 229 Fn. 10.

³⁴ *Thole*, RdE 2013, 53, 59.

³⁵ Dazu *Thole*, RdE 2013, 53, 59.

³⁶ Vgl. BGH NJW 1997, 652; OLG Frankfurt vom 19.05.2011 – 12 U 152/09 –, juris.

Stichwortverzeichnis

- Allgemeinwohl, zwingende Gründe des 23, 34, 42 f., 72
Analogie 68
Ankündigungseffekt 23, 34, 43
Anwendbarkeit, zeitliche 13 f., 25 f., 66
Atomausstieg 57 f.
Auslegung, verfassungskonforme 8, 65 ff., 69, 74
- Bedingungseintritt 26 ff., 71
Beschleunigung des Netzausbaus 48 f., 51, 59
- Entgangener Gewinn 6, 8, 20, 29 ff., 55, 71 f.
EnWG-Novelle, Rechtslage vor der 3 ff., 53
EnWG-Novelle, Rechtslage nach der 10 ff., 40
EnWG-Novelle, Systematik 66
EnWG-Novelle, Inkrafttreten 12
EnWG-Novelle, Begründung 39, 54
- Fälligkeit 5 f., 26 f., 29 ff., 71
- Gehilfenhaftung, s. Haftung, für Dritte
Güterabwägung 23, 28, 34, 38 f., 45 ff., 52 ff., 73
- Haftung, für Dritte 7, 37 ff.
Haftung, verschuldensunabhängige 11, 20, 56, 73
Haftung, wegen Verweigerung rechtzeitiger Leistung 5 f.
Haftung, wegen Verzugs 4 f.
Haftungsbegrenzung 7, 20, 43
Haftungsverlagerung 58, 64, 73
- Netzanbindung, Anspruch auf 4, 7, 37 f., 39
Netzanbindung, Verpflichtung zur 3, 19, 38
Netzanbindung, Zusage der 12 f., 14, 65, 66, 68, 69, 74
- Rechtssicherheit 3, 17, 19, 22, 31, 40 f., 43, 51
Rechtsstaatsprinzip 17 f., 31, 46, 56
Rückanknüpfung, tatbestandliche 22, 46, 61, 62
Rückbewirkung von Rechtsfolgen 22
Rückwirkung 17 ff., 33 ff., 45 ff.
Rückwirkung, Ausnahmen vom Verbot 33 ff., 43
Rückwirkung, bei Änderung von Anspruchsnormen 24 ff.
Rückwirkung, echte 22 ff., 33 ff., 71
Rückwirkung, Grenzen bei echter 33 ff.
Rückwirkung, Grenzen bei unechter 45 ff.
Rückwirkung, Güterabwägung bei unechter 45 f.
Rückwirkung, und grundrechtlicher Eingriffsschutz 47
Rückwirkung, unechte 22 f., 27 ff., 45 ff., 72
Rückwirkung, unechte mit intensiver Belastung 46, 60 f.
Rückwirkung, verfassungsrechtliche Rechtfertigung 33 ff., 41, 46, 51, 62
Rückwirkungsverbot 14, 15, 17 ff., 31 f., 67
Rückwirkungsverbot, Voraussetzungen 18 ff.
Rückwirkungsverbot, Ausnahmen 33 ff., 43

- Sachschäden 8, 12
Schutzgesetz 9 f.
Stichtag 57 f., 67, 69
- Teleologische Reduktion 68
- Übergangsregelung 46 f.
- Umlage auf Verbraucher 2, 11, 51 f., 59,
62, 63, 64, 73
- Vermögensschäden 2, 10 ff., 20, 54 f., 66,
67, 69, 71, 74
- Verschuldenserfordernis 6, 9, 11, 20, 56,
63, 73
- Vertrauensschutz 1, 12, 17 ff., 22, 23,
27 ff., 33, 46, 51, 53 f., 60, 64, 68 f., 71, 73
- Vertrauensschutz, bei unechter Rück-
wirkung 27 ff., 45 ff.
- Vertrauensschutz, Ende 33 f.
- Vertrauensschutz, provisorische
Regelungen 19
- Vertrauensschutz, Voraussetzungen 18 ff.
- Verworrene Rechtslage 34, 36, 41, 53
- Verzögerungshaftung 10 ff., 69
- Verzugshaftung 4 f.
- Vorlagepflicht 65
- Wälzung, s. Umlage auf Verbraucher
- Zurechnung 7, 40