



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

EnZR 39/17

Verkündet am:  
13. November 2018  
Bürk  
Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamt  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

Netzanbindungszusage

EnWG § 17e Abs. 2, § 118 Abs. 12; BGB § 280 Abs. 1, § 286

- a) Ein Entschädigungsanspruch nach § 17e Abs. 2 Satz 1 EnWG besteht auch dann, wenn der verbindliche Zeitpunkt der Fertigstellung nicht nach Maßgabe von § 17d Abs. 2 Satz 9 EnWG festgelegt worden ist, sondern im Wege einer bis zum 29. August 2012 erteilten unbedingten Netzanbindungszusage, wie sie in dem von der Bundesnetzagentur im Oktober 2009 veröffentlichten Positionspapier zur Netzanbindungsverpflichtung gemäß § 17 Abs. 2a EnWG unter Nr. 2.4 als Mittel zur Gewährleistung der erforderlichen Planungssicherheit vorgesehen war.
- b) Die in § 17e Abs. 2 Satz 3 EnWG vorgesehene Rechtsfolge, dass weitergehende Ansprüche auf Ersatz von Vermögensschäden ausgeschlossen sind, tritt auch dann ein, wenn bereits vor dem Inkrafttreten der Regelung absehbar war, dass der in einer unbedingten Netzanbindungszusage mitgeteilte, nach dem Inkrafttreten der Regelung liegende Termin nicht eingehalten wird.

BGH, Urteil vom 13. November 2018 - EnZR 39/17 - OLG Bamberg  
LG Bayreuth

ECLI:DE:BGH:2018:131118UENZR39.17.0

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. November 2018 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg, den Vorsitzenden Richter Dr. Raum und die Richter Prof. Dr. Kirchhoff, Dr. Grüneberg und Dr. Bacher

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 12. Mai 2017 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Revisionsverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Streithelferin.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin betreibt eine Windkraftanlage in der Nordsee. Sie nimmt die Beklagte auf Schadensersatz in Anspruch, weil diese den Anschluss später als vertraglich zugesagt ermöglicht habe.

2 Das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie genehmigte die Errichtung und den Betrieb des Windparks mit Bescheid vom 13. Juni 2008.

3 Mit Schreiben vom 5. Juli 2010 (K2) sagte die Beklagte die Anbindung der Anlage an ihr Übertragungsnetz zu. In diesem Schreiben heißt es abschließend:

Mit der Fertigstellung der Netzanbindung ist bei erfolgreichem Probebetrieb und Abnahme grundsätzlich innerhalb der nächsten 32 Monate zu rechnen. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn die Realisierung durch Umstände, die wir nicht zu vertreten haben (insbesondere bei Verzögerungen durch Genehmigungsverfahren oder die von uns zur Errichtung des Netzanschlussystems beauftragten und ordnungsgemäß ausgewählten Unternehmen sowie Schlechtwetter), gehindert wird bzw. Sie den OWP erst zu einem späteren Zeitpunkt in Betrieb nehmen wollen.

4 Ein mit der Beklagten verbundenes Unternehmen beauftragte die Streit-  
helferin mit der schlüsselfertigen Erstellung eines Netzanschlussystems zur  
Stromübertragung vom Windpark zum Verknüpfungspunkt mit dem Übertra-  
gungsnetz.

5 Ab Frühjahr 2012 ließ die Beklagte mehrfach eine Verschiebung des in  
Aussicht genommenen Anbindungstermins mitteilen. Die Anbindung erfolgte am  
27. Juli 2015.

- 6 Die Beklagte hat der Klägerin das entgangene Einspeiseentgelt für die Zeit von 1. Mai 2013 bis 27. Juli 2015 zu 90 % (d.h. in Höhe von rund 294 Millionen Euro) erstattet und weitergehende Zahlungen im Hinblick auf § 17e Abs. 2 Satz 3 EnWG abgelehnt.
- 7 Die Klägerin begehrt Ersatz von Mehrkosten wegen der verlängerten Bauzeit (rund 101 Millionen Euro), Ersatz der entgangenen Einspeisevergütung für März und April 2013 (rund 18 Millionen Euro) und Ersatz von weiteren 10 % der entgangenen Einspeisevergütung für den nachfolgenden Zeitraum (erstinstanzlich rund 25 Millionen Euro, zweitinstanzlich rund 36 Millionen Euro).
- 8 Das Landgericht hat die erstinstanzlich auf Verurteilung zur Zahlung von 144.622.783,65 Euro und Feststellung der Ersatzpflicht hinsichtlich sämtlichen weiteren Schadens gerichtete Klage abgewiesen.
- 9 Die Berufung, mit der die Klägerin ihr Zahlungsbegehren auf 155.864.099,45 Euro erweitert hat, ist erfolglos geblieben. Dagegen wendet sich die Klägerin mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, der die Beklagte entgegentritt.

Entscheidungsgründe:

- 10 Die zulässige Revision bleibt ohne Erfolg.
- 11 A. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:
- 12 Ein Anspruch auf Ersatz des geltend gemachten Verzögerungsschadens sei nach der seit 28. Dezember 2012 geltenden Fassung von § 17e Abs. 2 Satz 3 und Abs. 5 EnWG ausgeschlossen. Diese Fassung des Gesetzes sei nach der Übergangsbestimmung in § 17e Abs. 2 Satz 6 EnWG für die Beurteilung des Streitfalls maßgeblich. Darin liege keine unzulässige Rückwirkung.
- 13 Im Zeitpunkt der Gesetzesänderung hätten der Klägerin noch keine Ansprüche aus § 32 Abs. 3 und § 17 Abs. 2a EnWG a.F. zugestanden, weil die nach dieser Fassung maßgebliche Voraussetzung der technischen Betriebsbereitschaft noch nicht erfüllt gewesen sei.
- 14 Im genannten Zeitpunkt hätten auch keine Ansprüche aus § 280 und § 286 BGB bestanden, weil sich die Beklagte nicht in Verzug befunden habe. Nach den damals geltenden gesetzlichen Regeln sei der Zeitpunkt des Anschlusses weder bestimmt noch bestimmbar gewesen. Das von der Bundesnetzagentur veröffentlichte Positionspapier sei für das Rechtsverhältnis der Parteien nicht maßgebend, weil es nicht in den Vertrag einbezogen worden sei. Das Schreiben der Beklagten vom 5. Juli 2010 (K2) enthalte zwar unstreitig eine unbedingte Netzanbindungszusage. Die Klägerin habe dieses Schreiben aber nicht dahin verstehen dürfen, dass der Zeitpunkt der Leistung nach dem Kalender bestimmt sei. Das vorangegangene Schreiben der Beklagten vom 18. Dezember 2009 (K6) rechtfertige keine abweichende Beurteilung. Eine ka-

lendermäßige Bestimmung sei auch nicht nachträglich erfolgt; eine solche ergebe sich insbesondere nicht aus dem Protokoll einer Telefonkonferenz vom 24. August 2010 (B9). Eine Verzug begründende Mahnung lasse sich ebenfalls nicht feststellen. Das Schreiben der Klägerin vom 25. Mai 2012 (K21a) beziehe sich nur auf eine Teilleistung und sei in Bezug auf die Gesamtleistung schon deshalb wirkungslos, weil diese erst am 28. Februar 2013 fällig geworden sei. Entsprechendes gelte für das Schreiben vom 20. Juni 2012 (K25) und die am 15. Dezember 2012 zugestellte Klageschrift. Bei Zustellung der Klageerweiterung am 10. März 2015 sei der geltend gemachte Verzögerungsschaden bereits in vollem Umfang eingetreten gewesen. Der Umstand, dass die Beklagte wiederholt Fertigstellungstermine genannt habe, führe nicht zum Verzug, weil die Beklagte in ihrem Schreiben vom 11. Juni 2012 (K22) ausdrücklich darauf hingewiesen habe, dass keine Termine zugesichert seien. Entsprechendes gelte für die vorgelegten Terminpläne, die ausdrücklich als unverbindlich oder als Entwurf gekennzeichnet seien. Eine Mahnung sei nicht wegen besonderer Umstände oder wegen grundloser und endgültiger Weigerung der Beklagten entbehrlich gewesen. Entgegen der Auffassung der Klägerin habe auch keine Fixschuld vorgelegen.

15                   Selbst wenn eine Pflichtverletzung angenommen werde, sei der Klägerin bis zum 28. Februar 2013 kein ersatzfähiger Vermögensnachteil erwachsen. Die Weigerung der Beklagten, die Netzanbindung zu diesem Zeitpunkt herzustellen, führe nicht dazu, dass ihre Leistung vor dem vereinbarten Termin fällig werde und die Klägerin dementsprechend den Ersatz eines Verzögerungsschadens verlangen könne. Der Klägerin seien zwar möglicherweise schon aufgrund der Verzögerungsmitteilung vom 1. Juni 2012 erhebliche zusätzliche Aufwendungen entstanden. Dies führe aber nicht ohne weiteres zu einem Schaden im Rechtssinne.

16                   Vor diesem Hintergrund entfalte die am 28. Dezember 2012 in Kraft getretene Neuregelung im Streitfall keine echte Rückwirkung. Ob eine unechte

Rückwirkung vorliege, könne dahingestellt bleiben; eine solche sei in der vorliegenden Konstellation jedenfalls zulässig, weil die Rechtslage vor der Gesetzesänderung unsicher und unpraktikabel gewesen sei.

- 17            Im Übrigen bestünden auch unter dem Blickwinkel der haftungsbegründenden Kausalität durchgreifende Schlüssigkeitslücken im Klägervortrag. Insbesondere fehlten nachvollziehbare und hinreichend substantiierte Darlegungen zu einem ursächlichen Zusammenhang zwischen den Ankündigungen der Beklagten und den planerischen Entscheidungen der Klägerseite.
- 18            Ein Anspruch auf Ersatz entgangener Einspeisevergütung für März und April 2013 stehe der Klägerin ebenfalls nicht zu. Die vom Landgericht durchgeführte Beweisaufnahme habe ergeben, dass die Anlage im genannten Zeitraum noch nicht fiktiv betriebsbereit gewesen sei. Das Vorbringen der Klägerin, die verspätete Fertigstellung beruhe auf den Verzögerungen bei der Netzanbindung, sei durch die Beweisaufnahme widerlegt und rechtlich ohnehin nicht erheblich, weil die für die niederschwellige Anschlussreife einer fiktiven Betriebsbereitschaft notwendigen Bauabschnitte noch nicht vollständig abgeschlossen gewesen seien.
- 19            Ein Anspruch auf Ersatz von mehr als 90 % der entgangenen Einspeisevergütung für die Zeit 1. Mai 2013 bis 27. Juli 2015 bestehe ebenfalls nicht. Für eine Vorsatzhaftung der Beklagten fehle es für den Zeitraum bis zur Gesetzesänderung schon an einem objektiven Pflichtverstoß. Für die Zeit danach habe die Klägerin keinen schlüssigen Vortrag zu einem Sachverhalt unterbreitet, dem eine den Vorwurf eines vorsätzlichen Handelns tragende objektive Pflichtwidrigkeit entnommen werden könne. Darüber hinaus habe die Klägerseite auch in diesem Streitkomplex keinen schlüssigen Sachvortrag in der Kausalitätsfrage gehalten.

20 B. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung im Ergebnis  
stand.

21 I. Rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt,  
dass Ansprüche auf Ersatz von Verzögerungsschäden, die nicht in entgange-  
nen Einspeiseentgelten bestehen, durch § 17e Abs. 2 Satz 3 EnWG ausge-  
schlossen sind.

22 1. Nach der am 28. Dezember 2012 in Kraft getretenen Regelung in  
§ 17e Abs. 2 Satz 1 und Abs. 1 Satz 1 EnWG kann der Betreiber einer Offsho-  
re-Anlage, die nicht zu dem verbindlichen Zeitpunkt der Fertigstellung im Sinne  
von § 17d Abs. 2 Satz 3 EnWG an das Übertragungsnetz angeschlossen wer-  
den kann, unabhängig von einem Verschulden des Netzbetreibers eine Ent-  
schädigung in Höhe von 90 % der Vergütung verlangen, die ihm nach den ein-  
schlägigen gesetzlichen Bestimmungen im Falle der Einspeisung zusteht. Bei  
vorsätzlich herbeigeführten Verzögerungen schuldet der Netzbetreiber gemäß  
§ 17e Abs. 2 Satz 2 EnWG Ersatz der entgangenen Vergütung in voller Höhe.  
Weitergehende Ansprüche gegen den Netzbetreiber wegen Vermögensschä-  
den aufgrund der nicht rechtzeitig fertiggestellten Netzanbindung sind gemäß  
§ 17e Abs. 2 Satz 3 EnWG ausgeschlossen.

23 Dieser Ausschluss gilt, wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen  
hat, sowohl für gesetzliche Ansprüche aus § 32 Abs. 3 EnWG oder sonstigen  
Vorschriften als auch für vertragliche oder quasi-vertragliche Ansprüche auf der  
Grundlage einer Netzanbindungszusage.

24 a) Die Haftung des Netzbetreibers nach § 17e Abs. 1 und 2 EnWG soll  
dem Umstand Rechnung tragen, dass der Betreiber eines Offshore-Windparks  
erhöhten Risiken ausgesetzt ist und die Voraussetzungen eines verschuldens-  
abhängigen Schadensersatzanspruchs aus § 32 Abs. 3 EnWG im Einzelfall  
schwierig zu beurteilen sein können.



- 25 Mit der verschuldensunabhängigen Haftung soll der Anlagenbetreiber in gewissem Umfang von diesen Risiken entlastet werden. Andererseits soll er grundsätzlich durch einen Selbstbehalt am unternehmerischen Risiko beteiligt werden, weil auch der zur Anbindung verpflichtete Netzbetreiber erheblichen Risiken unterliegt. Deshalb ist die Entschädigung grundsätzlich auf 90 % der entgangenen Einspeisevergütung beschränkt und ein Anspruch auf Ersatz weiterer Vermögensschäden ausgeschlossen (BT-Dr. 17/10754 S. 26 f.).
- 26 b) Mit diesem Regelungszweck wäre es nicht vereinbar, dem Netzbetreiber allein deshalb eine weitergehende Haftung aufzuerlegen, weil er entsprechend den gesetzlichen Vorgaben einen verbindlichen Anschlussstermin benannt hat.
- 27 Unabhängig von ihrer rechtlichen Einordnung kommt der Mitteilung eines verbindlichen Anschlussstermins die Funktion zu, die im Gesetz vorgesehene Anschlusspflicht zeitlich zu konkretisieren. Würde dies als Grundlage für eine weitergehende Haftung ausreichen, liefe die in § 17e Abs. 2 Satz 3 EnWG vorgesehene Beschränkung im Wesentlichen leer, weil sich grundsätzlich nur aus einer solchen Erklärung ein verbindlicher Fertigstellungstermin im Sinne von § 17e Abs. 2 Satz 1 EnWG ergeben kann.
- 28 c) Entgegen der Auffassung der Revision kann § 17e Abs. 2 Satz 3 EnWG nicht dahin ausgelegt werden, dass die Haftungsbeschränkung nur für den Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns gilt und Ansprüche auf Ersatz sonstiger Schäden unberührt bleiben.
- 29 Der Pauschalbetrag, der dem Anlagenbetreiber gemäß § 17e Abs. 2 Satz 1 und Abs. 1 Satz 1 EnWG zusteht, knüpft nicht an den Gewinn an, der diesem in dem von der Verzögerung betroffenen Zeitraum entgeht. Maßgeblich sind vielmehr allein die Einnahmen, die der Anlagenbetreiber bei fristgerechtem Anschluss in diesem Zeitraum erzielt hätte. Diese sind typischerweise höher als

der Gewinn, den er in diesem Zeitraum hätte erzielen können. Die Pauschalierung führt mithin nicht dazu, dass der Anlagenbetreiber lediglich einen Teil des ihm entgangenen Gewinns ersetzt erhält und alle sonstigen Schäden selbst tragen muss. Sofern der entgangene Gewinn weniger als 90 % der entgangenen Einnahmen beträgt, deckt der Pauschalbetrag vielmehr auch sonstige Vermögenseinbußen ab, die aufgrund der Verzögerung entstanden sind.

30 Die Beschränkung des Ersatzbetrags auf 90 % der Einnahmen hat allerdings zur Folge, dass dem Anlagenbetreiber ein Verlust verbleibt, wenn es ihm nicht gelingt, die Gesamtkosten, die während des von der Verzögerung betroffenen Zeitraums entstehen, im Vergleich zu den Kosten, die bei fristgerechtem Anschluss in diesem Zeitraum entstanden wären, ebenfalls um einen Betrag zu senken, der 10 % der Einnahmen entspricht. Ein solcher Verlust stellt indes gerade den Selbstbehalt dar, der dem Anlagenbetreiber nach der Konzeption des Gesetzgebers verbleiben soll, um ihn am unternehmerischen Risiko zu beteiligen. Dies erscheint folgerichtig, weil die Höhe der Kosten, die dem Anlagenbetreiber aufgrund der Verzögerung entstehen, typischerweise auch vom Inhalt der Verträge abhängt, die dieser mit den von ihm beauftragten Unternehmen schließt.

31 2. Ebenfalls zu Recht hat das Berufungsgericht entschieden, dass § 17e Abs. 2 Satz 3 EnWG im Streitfall anwendbar ist, obwohl die Beklagte bereits vor Inkrafttreten der Vorschrift eine unbedingte Netzanbindungszusage erteilt hat.

32 a) Die Voraussetzungen für den Anschluss der Anlage an das Übertragungsnetz bestimmen sich allerdings weiterhin nach dem früher geltenden Recht.

- 33 Nach der Übergangsvorschrift in § 118 Abs. 12 EnWG ist auf Windenergieanlagen auf See, die bis zum 29. August 2012 eine unbedingte Netzanbindungszusage erhalten haben, § 17 Absatz 2a und 2b EnWG in der bis zum 28. Dezember 2012 geltenden Fassung anzuwenden.
- 34 Diese Regelung trägt dem Umstand Rechnung, dass dem Anlagenbetreiber nach früheren Recht (§ 17 Abs. 2a und 2b EnWG a.F.) ein individueller Anschluss- und Errichtungsanspruch zustand, während nunmehr gemäß § 17d EnWG ergänzend die Vorgaben aus dem Offshore-Netzentwicklungsplan einzuhalten sind, was zu einer zeitlichen Verzögerung führen kann. Offshore-Anlagen, für die bei Bekanntwerden des Entwurfs für die neue Regelung bereits eine unbedingte Netzanbindungszusage erteilt worden war, bleiben aus Gründen des Vertrauensschutzes von den sich daraus ergebenden Beschränkungen ausgenommen, denn die Betreiber durften aufgrund der erteilten Zusage darauf vertrauen, dass ihre Anlage zum mitgeteilten Termin angeschlossen wird (BT-Dr. 17/10754 S. 34).
- 35 b) Für Entschädigungsansprüche im Falle eines nicht rechtzeitigen Anschlusses gelten hingegen auch hinsichtlich solcher Anlagen die Regelungen des neuen Rechts.
- 36 Nach § 17e Abs. 2 Satz 6 EnWG steht dem verbindlichen Zeitpunkt der Fertigstellung der Anbindungsleitung gemäß § 17d Abs. 2 Satz 9 EnWG der Fertigstellungstermin aus einer bis zum 29. August 2012 erteilten unbedingten Netzanbindungszusage gleich.
- 37 Daraus ergibt sich, dass ein verschuldensunabhängiger Entschädigungsanspruch nach § 17e Abs. 2 Satz 1 EnWG auch dann besteht, wenn der verbindliche Zeitpunkt der Fertigstellung nicht nach Maßgabe von § 17d Abs. 2 Satz 9 EnWG festgelegt worden ist, sondern im Wege einer bis zum 29. August 2012 erteilten unbedingten Netzanbindungszusage, wie sie in dem von der

Bundesnetzagentur im Oktober 2009 veröffentlichten Positionspapier zur Netzanbindungsverpflichtung gemäß § 17 Abs. 2a EnWG (K5, nachfolgend: Positionspapier) unter Nr. 2.4 als Mittel zur Gewährleistung der erforderlichen Planungssicherheit vorgesehen war.

38 Die Gleichstellung hat darüber hinaus zur Folge, dass auch die Ausschlussregelung in § 17e Abs. 2 Satz 3 EnWG anwendbar ist. Durch die Einbeziehung in die Entschädigungsregelung werden die Betreiber von Anlagen, für die eine unbedingte Netzanbindungszusage nach altem Recht erteilt wurde, von dem Risiko befreit, die Voraussetzungen einer verschuldensabhängigen Haftung nachzuweisen. Im Interesse einer für beide Seiten klaren Regelung hat der Gesetzgeber deshalb auch für solche Anlagen weitergehende Ansprüche ausgeschlossen (BT-Dr. 17/10754 S. 28 f.).

39 3. Zu Recht ist das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die in § 17e Abs. 2 Satz 3 EnWG vorgesehene Rechtsfolge auch dann eintritt, wenn bereits vor dem Inkrafttreten der Regelung absehbar war, dass der in einer unbedingten Netzanbindungszusage mitgeteilte, nach dem Inkrafttreten der Regelung liegende Termin nicht eingehalten wird.

40 a) Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht entschieden, dass der Klägerin am 28. Dezember 2012 noch keine Ansprüche wegen Verzugs zustanden.

41 Die Beklagte konnte erst mit Eintritt der Fälligkeit in Verzug geraten, frühestens also mit Ablauf der im Schreiben vom 5. Juli 2010 mitgeteilten Frist von 32 Monaten. Diese Frist begann nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts am 30. Juni 2010. Sie endete folglich am 28. Februar 2013 und war damit am 28. Dezember 2012 noch nicht abgelaufen.

- 42 Nach § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB bedarf es für den Eintritt des Verzugs zwar keiner Mahnung, wenn der Schuldner die Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigert. Voraussetzung des Verzugs ist aber auch in dieser Konstellation, dass die Leistung fällig ist. Eine grundlose endgültige Weigerung des Schuldners, eine noch nicht fällige Verpflichtung aus einem Vertragsverhältnis zu erfüllen, ist zwar eine Vertragsverletzung, die in einem gegenseitigen Vertragsverhältnis den Gläubiger berechtigen kann, schon vor Fälligkeit der Leistung des Schuldners vom Vertrag zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Auch dies führt jedoch nicht dazu, dass die Leistung des Schuldners unabhängig von der hierfür vereinbarten Zeit oder unabhängig von den hierfür vereinbarten Umständen fällig wird und der Gläubiger von dem Schuldner neben der Leistung den Ersatz eines Verzugsschadens oder eine für den Fall des Verzugs vereinbarte Vertragsstrafe verlangen könnte (BGH, Urteil vom 28. September 2007 - V ZR 139/06, NJW-RR 2008, 210 Rn. 11).
- 43 b) Ob dem Gläubiger ungeachtet dessen schon vor Eintritt des Fälligkeitstermins ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB wegen Verletzung der allgemeinen Pflicht zur vertragsgemäßen Leistungserbringung zustehen kann, wenn der Schuldner unmissverständlich zu erkennen gibt, dass er die Leistung nicht rechtzeitig erbringen wird, und der Gläubiger schon vor Fälligkeit Aufwendungen tätigt, die zur Minderung oder Begrenzung des drohenden Verzugsschadens erforderlich sind, kann dahingestellt bleiben.
- 44 Selbst wenn der Klägerin am 28. Dezember 2012 unter diesem rechtlichen Aspekt bereits ein Ersatzanspruch zugestanden hätte, wäre dieser mit Inkrafttreten von § 17e EnWG weggefallen.
- 45 aa) Die Übergangsregelung in § 17e Abs. 2 Satz 6 EnWG erfasst auch Fälle, in denen dem Anlagenbetreiber am 28. Dezember 2012 trotz noch nicht eingetretener Fälligkeit ein Anspruch auf Ersatz von Verzögerungsschäden ausnahmsweise bereits zustand.

- 46 Mit der Einbeziehung von Fällen, in denen vor dem 29. August 2012 eine unbedingte Netzanbindungszusage erteilt wurde, sollen Konstellationen erfasst werden, in denen das schadensauslösende Ereignis, zum Beispiel die Ursache für eine Verzögerung, schon vor dem Inkrafttreten von § 17e EnWG liegt und ein Schaden deshalb bereits absehbar war, in denen der Schaden aber noch nicht eingetreten ist und deshalb ein noch nicht abgeschlossener Sachverhalt vorliegt (BT-Dr. 17/10754 S. 28).
- 47 Eine solche Konstellation liegt auch dann vor, wenn der Netzbetreiber schon vor dem 29. August 2012 mitgeteilt hat, dass er den (nach Inkrafttreten der Neuregelung liegenden) Fertigstellungstermin nicht einhalten wird, und der Anlagenbetreiber im Hinblick darauf bereits Maßnahmen veranlasst hat, die zu einer Kostenerhöhung führten. Selbst wenn dem Anlagenbetreiber in dieser Situation entgegen der Annahme des Gesetzgebers schon ein Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB zustehen sollte, ist die Schadensentwicklung jedenfalls noch in einem äußerst frühen Stadium begriffen und der insgesamt eintretende Schaden nicht absehbar. Finanzielle Mehrbelastungen, die sich aus einer Verlängerung der Projektlaufzeit ergeben und wie sie zum überwiegenden Teil auch der Schadensberechnung der Klägerin zugrunde liegen, treten typischerweise erst nach Ablauf des ursprünglich vorgesehenen Fertigstellungstermins ein, denn bis zu diesem Zeitpunkt wären Projektkosten auch bei rechtzeitiger Leistungserbringung angefallen. Zudem hängt die Höhe des Schadens typischerweise davon ab, um welchen Zeitraum sich die Fertigstellung insgesamt verzögert. Selbst wenn dem Anlagenbetreiber abweichend von der Grundregel in § 280 Abs. 2 und § 286 BGB ausnahmsweise bereits vor Eintritt der Fälligkeit ein Schadensersatzanspruch zusteht, liegt mithin ein noch nicht abgeschlossener Sachverhalt vor, der nach Sinn und Zweck der Übergangsregelung insgesamt von dieser erfasst wird.

48                   bb) Mit diesem Regelungsgehalt verstößt § 17e Abs. 2 Satz 6 EnWG nicht gegen das Rückwirkungsverbot oder sonstiges Verfassungsrecht.

49                   (1) Die Regelung entfaltet in der Konstellation des Streitfalls keine "echte" Rückwirkung.

50                   Eine Rechtsnorm entfaltet "echte" Rückwirkung, wenn ihre Rechtsfolge mit belastender Wirkung schon vor dem Zeitpunkt ihrer Verkündung für bereits abgeschlossene Tatbestände gelten soll ("Rückbewirkung von Rechtsfolgen"). Das ist verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässig (vgl. nur BVerfG, Beschluss vom 7. Juli 2010 - 2 BvL 14/02, BVerfGE 127, 1, juris Rn. 56; Urteil vom 10. April 2018 - 1 BvR 1236/11, NJW 2018, 1379 Rn. 135).

51                   Ein abgeschlossener Tatbestand in diesem Sinne lag im Streitfall weder am 29. August noch am 28. Dezember 2012 vor.

52                   In diesem Zusammenhang ist ebenfalls unerheblich, ob der Klägerin gegen die Beklagte dem Grunde nach abweichend von der Grundregel in § 280 Abs. 2 und § 286 BGB ausnahmsweise bereits ein Anspruch auf Ersatz einzelner Verzögerungsschäden zustand. Selbst wenn dies zu bejahen wäre, bildeten diese Schäden einen unselbständigen Teil des Gesamtschadens, der grundsätzlich einheitlich zu beurteilen ist.

53                   Aus diesem Grundsatz der Schadenseinheit ergibt sich entgegen der Auffassung der Revision nicht, dass eine "echte" Rückwirkung schon dann zu bejahen ist, wenn dem Gläubiger im Zeitpunkt der Neuregelung bereits irgendein Schaden entstanden ist. Er führt vielmehr dazu, dass alle Kausalverläufe, die zur Entstehung des Gesamtschadens führen, als einheitlicher Sachverhalt anzusehen sind, der grundsätzlich erst dann abgeschlossen ist, wenn der Schaden in seinem gesamten Umfang eingetreten ist.

- 54                    Ob letzteres auch dann gilt, wenn der Schaden seinem wesentlichen Umfang nach bereits eingetreten oder der Gesamtbetrag des Schadens jedenfalls im Wesentlichen absehbar ist, bedarf keiner Entscheidung. In der hier zu beurteilenden Konstellation, in der ein Schaden typischerweise ohnehin erst nach Eintritt des Fälligkeitsdatums eintritt und ein vor diesem Zeitpunkt entstandener Ersatzanspruch allenfalls einen ersten Teil eines in seinem Gesamtumfang noch nicht überschaubaren Schadens betrifft, liegt jedenfalls noch kein abgeschlossener Sachverhalt vor, sondern ein zwar bereits ins Werk gesetzter, aber noch nicht beendeter, in einem frühen Entwicklungsstadium befindlicher und in seinem Verlauf noch nicht überschaubarer Vorgang.
- 55                    (2) Die Regelung entfaltet auch keine unzulässige "unechte" Rückwirkung.
- 56                    Soweit belastende Rechtsfolgen einer Norm erst nach ihrer Verkündung eintreten, tatbestandlich aber von einem bereits ins Werk gesetzten Sachverhalt ausgelöst werden ("tatbestandliche Rückanknüpfung"), liegt eine "unechte" Rückwirkung vor. Eine solche ist nicht in jedem Fall unzulässig. Sie ist mit den Grundsätzen grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes aber nur vereinbar, wenn sie zur Förderung des Gesetzeszwecks geeignet und erforderlich ist und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen dem Gewicht des enttäuschten Vertrauens und dem Gewicht und der Dringlichkeit der die Rechtsänderung rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleibt (BVerfG, Beschluss vom 7. Juli 2010 - 2 BvL 14/02, BVerfGE 127, 1, juris Rn. 57 f.; Urteil vom 10. April 2018 - 1 BvR 1236/11, NJW 2018, 1379 Rn. 136).
- 57                    Im Streitfall ist die Einbeziehung von Fällen, in denen bei Inkrafttreten des Gesetzes eine Verzögerung bereits absehbar, der verbindliche Fertigstellungstermin aber noch nicht eingetreten war, bei Anlegung dieses Maßstabs nicht zu beanstanden.



- 58                   Selbst wenn die Neuregelung im Einzelfall dazu führt, dass ein Anlagenbetreiber Ansprüche auf Ersatz einzelner Schadensposten, die ihm ohne die Gesetzesänderung nach § 280 Abs. 1 BGB möglicherweise zugestanden hätten, nicht mehr geltend machen kann, stehen dem erhebliche Vorteile gegenüber, die die Regelung insgesamt als ausgewogen erscheinen lassen.
- 59                   Die Regelung in § 17e Abs. 2 EnWG hat für den Anlagenbetreiber insbesondere den Vorteil, dass er den weitaus überwiegenden Teil der entgangenen Einspeiseentgelte unabhängig von einem Verschulden des Netzbetreibers ersetzt bekommt. Zudem muss er weder darlegen und beweisen, welche Kosten diesen Einnahmen im Falle eines rechtzeitigen Anschlusses entgegengestanden hätten und welche Kosten aufgrund der eingetretenen Verzögerung entstanden sind und erforderlich waren. Beides dient dem Zweck, die Vorhersehbarkeit möglicher Entschädigungsfolgen sowohl für Netzbetreiber als auch für Investoren zu erhöhen (BT-Dr. 17/10754 S. 28). Der Streitfall belegt eindrücklich, dass dieses Ziel erreicht wird und dass der unabhängig von einem Verschulden zu zahlenden Entschädigung einiges Gewicht zukommt. Die Klägerin macht zwar Schadensersatz in dreistelliger Millionenhöhe geltend. Sie hat indes aufgrund der Regelung in § 17e Abs. 2 Satz 1 EnWG bereits einen fast doppelt so hohen Betrag als Entschädigung erhalten, ohne sich mit der Beklagten darüber auseinandersetzen zu müssen, ob diese die Verzögerung zu vertreten hat, ob die Anlage ohne die Verzögerung rechtzeitig in vollem Umfang fertiggestellt worden wäre und welchen Gewinn die Klägerin bei rechtzeitigem Anschluss erzielt hätte.
- 60                   Bei dieser Ausgangslage ist es angemessen und zumutbar, wenn der Gesetzgeber nicht zwischen einzelnen unselbständigen Teilen eines bei Inkrafttreten des Gesetzes zwar möglicherweise bereits entstandenen, jedenfalls aber noch in einem frühen Entwicklungsstadium befindlichen Schadens differenziert, sondern diesen einheitlich den neuen Regeln unterworfen hat.

61 II. Rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht ferner zu dem Ergebnis ge-  
langt, dass der Klägerin gegen die Beklagte keine weitergehenden Ansprüche  
auf Ersatz entgangener Einspeiseentgelte zustehen.

62 1. Wie auch die Revision nicht in Zweifel zieht, kommen weitergehende  
Ansprüche aus § 17e Abs. 2 EnWG sowohl für März und April 2013 als auch für  
den nachfolgenden Zeitraum allenfalls dann in Betracht, wenn die Beklagte die  
nicht rechtzeitige Fertigstellung der Netzanbindung vorsätzlich herbeigeführt  
hat. Das Vorliegen dieser Voraussetzung hat das Berufungsgericht ohne  
Rechtsfehler verneint.

63 a) Entgegen der Auffassung der Revision liegt die Beweislast für vor-  
sätzliches Handeln bei der Klägerin.

64 aa) Nach der allgemeinen Regel in § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB obliegt al-  
lerdings dem Schuldner die Beweislast dafür, dass er eine von ihm begangene  
objektive Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Diese Beweislastregel ist  
grundsätzlich auch dann heranzuziehen, wenn die Einstandspflicht des Schuld-  
ners auf besondere Formen des Verschuldens beschränkt ist, etwa auf Vorsatz  
oder grobe Fahrlässigkeit (BGH, Urteil vom 12. Mai 2009 - XI ZR 586/07, NJW  
2009, 2298 Rn. 18; Urteil vom 21. Mai 2010 - V ZR 244/09, NJW 2010, 2341  
Rn. 18; Urteil vom 23. Dezember 1966 - V ZR 26/64, BGHZ 46, 260, 267; BAG,  
Urteil vom 6. Juni 1984 - 7 AZR 292/81, NJW 1985, 219, 220).

65 bb) Der Anwendung von § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB steht aber jedenfalls  
entgegen, dass der Gesetzgeber die Haftungsvoraussetzungen in § 17e Abs. 2  
EnWG abweichend geregelt hat und vorsätzliches Verhalten ein Tatbestands-  
merkmal für die erweiterte Haftung nach § 17e Abs. 2 Satz 2 EnWG bildet.

66 § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB findet keine Anwendung, wenn vorsätzliches  
Verhalten nach der einschlägigen Haftungsnorm bereits zum anspruchsbegrün-

denden Tatbestand zählt (BGH, Urteil vom 12. Mai 2009 - XI ZR 586/07, NJW 2009, 2298 Rn. 18; Urteil vom 1. Juli 2008 - XI ZR 411/06, NJW 2008, 2912 Rn. 23).

67            Diese Voraussetzung ist im Streitfall erfüllt. Das Haftungskonzept des § 17e Abs. 2 EnWG weicht, soweit es um das Vertretenmüssen des Netzbetreibers geht, vom Grundkonzept des § 280 Abs. 1 BGB ab.

68            Soweit es um die Erstattung von 90 % der entgangenen Einspeiseentgelte geht, steht dem Netzbetreiber der in § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vorgesehene Entlastungsbeweis nicht offen. Er haftet, wie bereits oben dargelegt wurde, gemäß § 17e Abs. 2 Satz 1 EnWG vielmehr unabhängig von einem Verschulden. Dieser Haftungstatbestand bildet nach den Vorstellungen des Gesetzgebers und nach der Konzeption der Vorschrift den gesetzlichen Regelfall (vgl. BT-Dr. 17/10754 S. 28 rechts unten).

69            Eine weitergehende Haftung auf den vollen Betrag der entgangenen Einspeiseentgelte setzt nach § 17e Abs. 2 Satz 2 EnWG vorsätzliches Verhalten voraus. Die Frage, ob dem Netzbetreiber Vorsatz zur Last fällt, ist mithin - anders als bei § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB - nicht dafür maßgeblich, ob sich der Netzbetreiber von einer grundsätzlich zu bejahenden Haftung entlasten kann. Sie bildet vielmehr ein Tatbestandsmerkmal für die vom Regelfall des § 17e Abs. 2 Satz 1 EnWG abweichende strengere Haftung. Folglich liegt die Beweislast grundsätzlich beim Anspruchsteller.

70            b) Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht den Vortrag der Klägerin zu einem vorsätzlichen Verhalten der Beklagten als nicht schlüssig angesehen.

71            Auch in diesem Zusammenhang kann dahingestellt bleiben, ob der Klägerin abweichend von der Auffassung des Berufungsgerichts vor dem

28. Dezember 2012 Ansprüche aus § 280 Abs. 1 BGB zustanden und deshalb auch das Verhalten der Beklagten vor diesem Zeitraum maßgeblich ist. Selbst wenn dies zu bejahen wäre, erweise sich die Beurteilung des Berufungsgerichts im Ergebnis als zutreffend, weil sich das Vorbringen der Klägerin zum Verhalten der Beklagten vor dem 28. Dezember 2018 nicht substantiell von ihrem Vorbringen zum Zeitraum danach unterscheidet und dieser Vortrag den Schluss auf ein vorsätzliches Verhalten nicht zu stützen vermag.

72           aa) Nach § 17e Abs. 2 Satz 2 EnWG ist erforderlich, dass der zur Anbindung verpflichtete Übertragungsnetzbetreiber die nicht rechtzeitige Fertigstellung der Netzanbindung vorsätzlich herbeigeführt hat. Hierfür reicht es nicht aus, dass der Netzbetreiber bewusst von Maßnahmen abgesehen hat, die auch aus seiner Sicht eine Einhaltung des Fertigstellungstermins ermöglicht hätten. Nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen gehört zum Vorsatz vielmehr auch das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit (BGH, Urteil vom 16. Juli 2002 - X ZR 250/00, BGHZ 151, 337, 343 = NJW 2002, 3255, 3256; Urteil vom 27. März 1995 - II ZR 30/94, NJW 1995, 1960, 1961).

73           Rechtswidrig in diesem Sinne handelt ein Netzbetreiber im Zusammenhang mit § 17e Abs. 2 EnWG nur dann, wenn er aufgrund der erteilten Zusage verpflichtet gewesen wäre, die in Rede stehenden Maßnahmen zu ergreifen. Dies wiederum hängt grundsätzlich davon ab, ob und in welchem Umfang der Netzbetreiber die Ursache für bereits eingetretene Verzögerungen, die den Einsatz zusätzlicher Ressourcen oder ähnliche Maßnahmen erforderlich machen, zu vertreten hat.

74           Im Streitfall hat die Beklagte die Zusage in ihrem Schreiben vom 5. Juli 2010 (K2) unter den Vorbehalt gestellt, dass die Realisierung nicht durch Umstände gehindert wird, die sie nicht zu vertreten hat. Dies deckt sich mit den damaligen Vorgaben im Positionspapier der Bundesnetzagentur. Die Beklagte war deshalb nicht ohne weiteres verpflichtet, aufgetretene Verzögerungen, die

auf von ihr nicht zu vertretenden Umständen beruhen, durch Einsatz zusätzlicher Ressourcen oder ähnliche Maßnahmen auszugleichen. Die vorsätzliche Herbeiführung einer Verzögerung im Sinne von § 17e Abs. 2 Satz 2 EnWG setzt deshalb voraus, dass die Beklagte wusste oder zumindest billigend in Kauf nahm, dass sie zu zusätzlichen Maßnahmen verpflichtet war, und dennoch um ihres eigenen Vorteils willen bewusst davon absah.

75           bb) Aus dem von der Revision aufgezeigten Vorbringen der Klägerin ergibt sich ein solches Verhalten nicht.

76           Mit ihrem von der Revision aufgezeigten Vorbringen hat die Klägerin geltend gemacht, die Beklagte habe statt wie vorgesehen im Dezember 2010 erst im November 2011 mit der Herstellung der Konverterplattform begonnen. Ungeachtet dessen habe sie keine Beschleunigungsmaßnahmen durchgeführt. Insbesondere habe sie die Fertigungsarbeiten nur im Einschichtbetrieb ausgeführt und teilweise sogar wegen rechtlicher Auseinandersetzungen unterbrochen. Erst ab Mitte Januar 2013 habe sie Arbeiten im Zweischichtbetrieb ausführen lassen. Eine Fertigung im Dreischichtbetrieb sei ihr jedoch von Anfang an möglich und zumutbar gewesen. Auch im Übrigen habe die Beklagte bewusst und gewollt nichts unternommen, um die Fertigungsarbeiten zu beschleunigen und eingetretene Verzögerungen aufzuholen. Weitere von der Beklagten vorsätzlich verschuldete Verzögerungen seien bei der Offshore-Errichtung und bei der Inbetriebnahme der Konverterplattform eingetreten.

77           Aus dem Vortrag mag sich ergeben, dass der Beklagten zumutbare Möglichkeiten zur Verfügung gestanden hätten, um einzelne Teilschritte zu beschleunigen. Ihm lässt sich aber nicht entnehmen, dass die Beklagte wusste oder billigend in Kauf nahm, dass sie zu solchen Maßnahmen verpflichtet war, und dennoch um ihres eigenen Vorteils willen davon absah.

78 cc) Bei dieser Ausgangslage traf die Beklagte keine sekundäre Darlegungslast.

79 Eine sekundäre Darlegungslast kommt insbesondere in Betracht, wenn die beweisbelastete Partei außerhalb des von ihr vorzutragenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, während der Gegner zumutbar nähere Angaben machen kann (vgl. nur BGH, Urteil vom 28. Juni 2011 - KZR 75/10, BGHZ 190, 145 = WuW/E DE-R 3431 Rn. 71 - ORWI). Im Streitfall mag die Klägerin nicht über jede für die Überschreitung des Fertigstellungstermins ursächliche Verzögerung detaillierte Kenntnisse haben. Dies enthebt sie jedoch nicht von der Darlegung eines Sachverhalts, der jedenfalls seinem äußeren Bild nach konkrete Anhaltspunkte dafür erkennen lässt, dass die Beklagte sich ihrer Pflicht zum Einsatz zusätzlicher Ressourcen bewusst war.

80 Diesen Anforderungen genügt der Vortrag der Klägerin aus den oben aufgeführten Gründen nicht. Deshalb bedurfte es keines substantiierten Gegenvortrags seitens der Beklagten.

81 c) Vor diesem Hintergrund brauchte sich das Berufungsgericht mit dem Antrag der Klägerin, der Beklagten gemäß § 142 ZPO die Vorlage von Terminplänen und Korrespondenz mit der Streithelferin aufzugeben, nicht ausdrücklich zu befassen.

82 § 142 Abs. 1 ZPO befreit die Partei, die sich auf eine Urkunde bezieht, nicht von ihrer Darlegungs- und Substantiierungslast. Dem entsprechend darf das Gericht die Urkundenvorlegung nicht zum bloßen Zwecke der Informationsgewinnung, sondern nur bei Vorliegen eines schlüssigen, auf konkrete Tatsachen bezogenen Vortrags der Partei anordnen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2007 - XI ZR 277/05, BGHZ 173, 23 Rn. 20; Beschluss vom 15. Juni 2010 - XI ZR 318/09, WM 2010, 1448 Rn. 25).

83                    2. Erstattungsansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus anderen rechtlichen Gesichtspunkten sind aus den oben aufgezeigten Gründen auch insoweit wegen § 17e Abs. 2 Satz 3 EnWG ausgeschlossen. Einer ausdrücklichen Erwähnung dieses Umstands im Berufungsurteil bedurfte es auch unter dem Gesichtspunkt des § 547 Nr. 6 ZPO nicht.

84                    C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 und § 101 Abs. 1 ZPO.

Limperg

Raum

Kirchhoff

Grüneberg

Bacher

Vorinstanzen:

LG Bayreuth, Entscheidung vom 03.03.2016 - 13 HKO 44/12 -

OLG Bamberg, Entscheidung vom 12.05.2017 - 3 U 58/16 -