BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 362/11

Verkündet am:
10. Oktober 2012
Ring,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

EEG 2009 § 5; BGB § 242 Cd

a) Die sich aus § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 ergebende Verpflichtung des Netzbetreibers, Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder Grubengas an sein Netz anzuschließen, besteht auch dann nur für den unter gesamtwirtschaftlicher Betrachtung günstigsten Verknüpfungspunkt, wenn dieser Verknüpfungspunkt Bestandteil seines eigenen Netzes ist (im Anschluss an BGH, Urteile vom 18. Juli 2007 - VIII ZR 288/05, WM 2007, 1896; vom 1. Oktober 2008 - VIII ZR 21/07, WM 2009, 184).

b) Der Anlagenbetreiber kann bei der Ausübung seines Wahlrechts nach § 5 Abs. 2 EEG 2009 auch den Verknüpfungspunkt wählen, der die in der Luftlinie kürzeste Entfernung zum Standort der Anlage aufweist. Einer solchen Wahl steht der Einwand des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) entgegen, wenn die dem Netzbetreiber hierdurch entstehenden Kosten nicht nur unerheblich über den Kosten eines Anschlusses an dem gesamtwirtschaftlich günstigsten Verknüpfungspunkt liegen.

BGH, Urteil vom 10. Oktober 2012 - VIII ZR 362/11 - OLG Düsseldorf
LG Duisburg

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Oktober 2012 durch den Vorsitzenden Richter Ball, den Richter Dr. Frellesen, die Richterin Dr. Hessel sowie die Richter Dr. Achilles und Dr. Schneider

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 25. November 2011 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien streiten über die Frage, an welcher Stelle von der Klägerin geplante Windkraftanlagen gemäß § 5 EEG 2009 (im Folgenden: EEG) an das Netz der beklagten Netzbetreiberin hätten angeschlossen werden müssen.

2 Auf den Gemarkungen der Gemeinden N. , H. und Hü. stand ein Windpark mit insgesamt 18 Windenergieanlagen aus den Jahren 1999 bis 2001. Die Klägerin beabsichtigte, diese im Rahmen eines "Repowerings" durch 14 leistungsstärkere Windenergieanlagen mit einer Gesamtleistung von 32,2 MVA zu ersetzen. Die Inbetriebnahme der neuen Anlagen sollte im Jahr 2011 erfolgen.

3 Direkt am Windpark befindet sich der Netzverknüpfungspunkt "F. H. ", der zum 20 kV-Netz der Beklagten gehört. Das ebenfalls im 20 kV-Netz der Beklagten liegende Umspannwerk S. ist etwa 6,7 km entfernt. Der Netzverknüpfungspunkt "F. H. " war technisch nicht geeignet, eine Energiemenge von 32,2 MVA aufzunehmen; ein entsprechender Ausbau wäre jedoch möglich gewesen. Das Umspannwerk S. konnte die Energiemenge auch ohne vorherigen Ausbau aufnehmen.

4 Nachdem die Beklagte mit Schreiben vom 22. Januar 2009 einen Anschluss der Windenergieanlagen am Umspannwerk S. angeboten hatte, forderte die Klägerin mit Schreiben vom 14. Mai 2009 eine Einspeisung am Netzverknüpfungspunkt "F. H. " und den vorherigen Ausbau des Netzes der Beklagten. Die Beklagte erklärte mit Schreiben vom 8. Juli 2009, dass im Rahmen der nach ihrer Rechtsansicht maßgeblichen gesamtwirtschaftlichen Betrachtungsweise allein ein Anschluss am Umspannwerk S. in Betracht komme. Die Klägerin wies dies mit Schreiben vom 22. Juli 2009 zurück und erklärte, gemäß § 5 Abs. 2 EEG den Netzverknüpfungspunkt "F. H. " zu wählen.

5 Nachdem die Klägerin die Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb der geplanten Windenergieanlagen erhalten und am 29. September 2010 sämtliche Rechte und Pflichten hieraus auf die Z. E. GmbH & Co. KG übertragen hatte, forderte sie die Beklagte mit Schreiben vom 2. November 2010 unter Fristsetzung erfolglos auf, die Windenergieanlagen am Netzverknüpfungspunkt "F. H. " und hilfsweise am Netzverknüpfungspunkt "F. H. II" anzuschließen. Daraufhin schloss die Klägerin eine Windenergieanlage am Netzverknüpfungspunkt "F. H. " an und begann mit dem Anschluss der übrigen Windenergieanlagen an das Umspannwerk S. .

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

6 Mit ihrer Klage hat die Klägerin ursprünglich die Feststellung begehrt, dass die Beklagte verpflichtet ist, die 14 noch zu errichtenden Windenergieanlagen am Netzverknüpfungspunkt "F. H. " sowie hilfsweise am Netzverknüpfungspunkt "F. H. II" anzuschließen. Hilfsweise hat sie die Feststellung begehrt, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Mehrkosten zu tragen, die daraus resultieren, dass die Windenergieanlagen nicht an den begehrten Punkten angeschlossen werden. Das Landgericht hat der Klage im Hauptantrag stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten - nach dem Baubeginn der Anlagen und dem teilweise bereits erfolgten Anschluss - mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass festgestellt wird, dass die Beklagte dem Grunde nach verpflichtet ist, der Z. E. GmbH & Co. KG den Schaden zu ersetzen, der ihr daraus entstanden ist, dass die Windenergieanlagen nicht am Netzverknüpfungspunkt "F. H. " angeschlossen wurden, sondern im Umspannwerk S. .

7 Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

9 Das Berufungsgericht (OLG Düsseldorf, BeckRS 2012, 17722) hat zur Begründung seiner Entscheidung unter Bezugnahme auf die von ihm gebilligten Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils im Wesentlichen ausgeführt:

10 Die Z. E. GmbH & Co. KG habe aus übergegangenem Recht der Klägerin gegen die Beklagte einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 5 Abs. 1 EEG.

11 § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG verpflichte den Netzbetreiber, Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien unverzüglich vorrangig an der Stelle an ihr Netz anzuschließen, die im Hinblick auf die Spannungsebene geeignet sei und die in der Luftlinie kürzeste Entfernung zum Standort der Anlage aufweise. Diese Voraussetzungen erfülle der Netzverknüpfungspunkt "F. H. ". Soweit § 5 Abs. 1 EEG eine Ausnahme von der genannten Verpflichtung der Netzbetreiber vorsehe, wenn es in einem anderen Netz einen technisch und wirtschaftlich günstigeren Verknüpfungspunkt gebe, erfasse dies nicht den vorliegenden Fall, in dem beide in Rede stehenden Verknüpfungspunkte ("F. H. " und Umspannwerk S.) zum selben Netz gehörten. Die Vorschrift könne nicht dahingehend ausgelegt werden, dass eine gesamtwirtschaftliche Betrachtung auch bei einem anderen möglichen Anschlusspunkt innerhalb desselben Netzes anzustellen sei. Der Wortlaut des Gesetzestextes sei insoweit eindeutig und einer erweiternden Auslegung nicht zugänglich, zumal der Gesetzgeber in § 5 Abs. 2 EEG ausdrücklich eine Differenzierung zwischen "diesem" und einem "anderen" Netz vorgenommen habe.

12 Soweit der Bundesgerichtshof zu den Vorgängerregelungen in § 3 Abs. 1 Satz 2 EEG 2000 und § 4 Abs. 2 EEG 2004 angenommen habe, der Begriff der "kürzesten Entfernung" zum Standort der Anlage bestimme sich danach, bei welchem der möglichen Anschlüsse die geringsten Gesamtkosten für die Herstellung des Anschlusses und für die Durchführung der Stromeinspeisung zu erwarten seien, könne dies auf die nunmehr geltende Gesetzeslage nicht übertragen werden. Die Vorgängernormen hätten lediglich den verpflichteten Netzbetreiber bestimmt, jedoch keine Regelung dazu enthalten, an welchen von

mehreren in Betracht kommenden Verknüpfungspunkten im Netz des zuständigen Netzbetreibers die Windenergieanlage anzuschließen gewesen sei. § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG enthalte aber gerade eine solche Bestimmung und verdeutliche mit der Bezugnahme auf die Entfernung nach "Luftlinie", dass es allein auf geografische Gesichtspunkte und nicht auf eine gesamtwirtschaftliche Betrachtung ankommen solle.

13 Auch die Gesetzesbegründung spreche nicht für ein anderes Auslegungsergebnis. Der Gesetzgeber habe in der Begründung zu § 5 EEG - anders als in der Begründung zu § 7 Abs. 1, § 8 Abs. 2 und 4, §§ 18, 22 EEG - gerade nicht ausgeführt, dass sich die Rechtslage nicht verändern solle. Darüber hinaus fehle der in der Begründung zu der Vorgängerregelung des EEG 2004 noch enthaltene Hinweis, dass die wirtschaftliche Gesamtbetrachtung bei demselben oder einem anderen Netz eine Rolle spiele (BT-Drucks. 15/2864, S. 33).

14 Letztlich erfordere auch das Ziel der Vermeidung volkswirtschaftlich unsinniger Kosten keine erweiterte Auslegung des § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG mehr, da dieses Ziel nunmehr auf andere Weise erreicht werde. Nach § 5 Abs. 3 EEG dürfe der Netzbetreiber der Anlage einen anderen, bei volkswirtschaftlicher Gesamtbetrachtung günstigeren Verknüpfungspunkt zuweisen. Auch wenn der Netzbetreiber hierbei die dem Anlagenbetreiber entstehenden Mehrkosten übernehmen müsse, werde er aus eigenem Antrieb die gesamtwirtschaftlich günstigste Lösung wählen und auf diese Weise unsinnige Kosten vermeiden.

15 Von der zuletzt genannten Möglichkeit des § 5 Abs. 3 EEG habe die Beklagte vorliegend jedoch keinen Gebrauch gemacht; eine Zuweisung des Umspannwerks S. als Anschlusspunkt gemäß § 5 Abs. 3 EEG sei nicht erfolgt. Die Beklagte habe vielmehr nur versucht, das Umspannwerk S. als maßgeblichen Verknüpfungspunkt im Sinne des § 5 Abs. 1 EEG darzustellen.

16 Ungeachtet des § 5 Abs. 1 EEG sei die Beklagte auch nach § 5 Abs. 2 EEG verpflichtet gewesen, die Windenergieanlagen am Verknüpfungspunkt "F. H. " an ihr Netz anzuschließen. Die Klägerin habe das ihr nach dieser Vorschrift zustehende Wahlrecht durch Schreiben vom 22. Juli 2009 ausgeübt und dies durch Schreiben vom 2. November 2010 wiederholt; die Wahl sei auch nicht rechtsmissbräuchlich gewesen. Eine rechtsmissbräuchliche Ausnutzung des Wahlrechts liege nämlich nicht schon dann vor, wenn der Anlagenbetreiber die für ihn finanziell günstigste Lösung einer anderen, gesamtwirtschaftlich kostenintensiveren Variante vorziehe. Rechtsmissbräuchlich sei ein Verhalten vielmehr nur, wenn kein schutzwürdiges Eigeninteresse vorliege. Zwar seien die genauen Kosten der Anschlussalternativen zwischen den Parteien streitig. Es bestehe jedoch Einigkeit, dass im Falle eines Anschlusses der Anlagen an den Verknüpfungspunkt "F. H. " erhebliche Netzausbaukosten entstünden, die die Beklagte zu tragen hätte, wohingegen die Anschlusskosten der Klägerin relativ gering wären. Im Falle eines Anschlusses an das Umspannwerk S. stelle sich die Kostenverteilung genau umgekehrt dar. Daher sei die von der Klägerin getroffene Wahl nachvollziehbar.

17 Das Verschulden der Beklagten hinsichtlich des objektiv vorliegenden Verstoßes gegen ihre Pflichten aus § 5 Abs. 1 und 2 EEG werde vermutet. Der Beklagten sei die ihr obliegende Entlastung auch hinsichtlich eines Fahrlässigkeitsvorwurfs nicht gelungen. Sie könne sich insbesondere nicht auf einen unvermeidbaren Rechtsirrtum berufen. Müsse der Schuldner mit einer abweichenden Beurteilung des zuständigen Gerichts rechnen, habe er das Risiko einer eigenen Fehlbeurteilung auch dann zu tragen und handele somit schuldhaft, wenn er seine eigene Rechtsansicht sorgfältig gebildet habe. Angesichts des klaren Wortlauts des § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG und des Fehlens eindeutiger Anhaltspunkte in der Gesetzesbegründung sowie einer Rechtsprechung zu die-

sem Problemkreis habe die Beklagte auf die Richtigkeit ihrer Rechtsauffassung nicht vertrauen dürfen.

II.

18 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 2 des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien vom 25. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2074, im Folgenden: EEG) verpflichtet gewesen wäre, die Windenergieanlagen an dem Verknüpfungspunkt "F. H. " an ihr Netz anzuschließen. Dementsprechend kann auch eine Schadensersatzpflicht der Beklagten wegen Verletzung der genannten Vorschriften mit dieser Begründung nicht bejaht werden.

19 1. Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG sind Netzbetreiber verpflichtet, "Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien (...) unverzüglich vorrangig an der Stelle an ihr Netz anzuschließen (Verknüpfungspunkt), die im Hinblick auf die Spannungsebene geeignet ist und die in der Luftlinie kürzeste Entfernung zum Standort der Anlage aufweist, wenn nicht ein anderes Netz einen wirtschaftlich günstigeren Verknüpfungspunkt aufweist".

20 a) Zu Recht ist das Berufungsgericht zunächst davon ausgegangen, dass der Netzverknüpfungspunkt "F. H. " vorliegend im Hinblick auf die Spannungsebene zum Anschluss der Windenergieanlagen geeignet ist und die in der Luftlinie kürzeste Entfernung zum Standort der Anlage aufweist. Dabei kommt es in Anbetracht der in § 5 Abs. 4, § 9 EEG enthaltenen Optimierungs-, Verstärkungs- und Ausbaupflicht des Netzbetreibers nicht darauf an, dass dieser Verknüpfungspunkt im Hinblick auf die Netzleistung technisch den Strom aus den von der Klägerin geplanten Windenergieanlagen nicht ohne weiteres aufnehmen konnte. Ausreichend ist vielmehr, dass die Abnahme des

Stroms - wie hier der Fall - durch Optimierung, Verstärkung oder Ausbau des Netzes ermöglicht werden kann.

21 b) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht hingegen angenommen, dass die in § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG enthaltene, an einer gesamtwirtschaftlichen Betrachtung orientierte Ausnahmeregelung nur auf diejenigen Fälle anzuwenden ist, in denen sich der mögliche Alternativanschlusspunkt in einem anderen Netz befindet als der Verknüpfungspunkt mit der kürzesten Entfernung zur Anlage.

22 aa) In Rechtsprechung und Literatur ist streitig, ob der in § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG verwendete Begriff des "technisch und wirtschaftlich günstigeren Verknüpfungspunkts in einem anderen Netz" so auszulegen ist, dass dafür auch ein technisch und wirtschaftlich günstigerer Verknüpfungspunkt in demselben Netz in Betracht kommt.

23 Die bislang hierzu ergangene Rechtsprechung (außer den Vorinstanzen im vorliegenden Fall auch LG Braunschweig, Urteil vom 13. Februar 2012 - 4 O 1614/11 [200], LG Flensburg, Beschluss vom 18. April 2012 - 9 O 3/12 sowie LG Arnsberg, Urteile vom 6. Mai 2010 - I-4 O 434/09, und vom 7. Oktober 2010 - I-4 O 72/10 [alle nicht veröffentlicht], sowie den beiden letztgenannten Urteilen nachfolgend OLG Hamm, Urteile vom 3. Mai 2011 - I-21 U 94/10, und vom 14. Juni 2011 - I-21 U 163/10 [ebenfalls nicht veröffentlicht, vgl. hierzu VIII ZR 193/11 und VIII ZR 267/11]) verneint diese Frage ebenso wie Teile der Literatur (Reshöft/Bönning, EEG, 3. Aufl., § 5 Rn. 24 ff.; Bönning in Loibl/Maslaton/von Bredow/Walter, Biogasanlagen im EEG, 2. Aufl., S. 287, 292 ff.; Herrmann/Gottwald, BIOGAS Journal 2011, 110, 112; Reshöft/Sellmann, ET 2009, 139, 141; Fischer/Neusüß, ZNER 2012, 53 ff.; Valentin, ET 2009, 68, 69 f.). Andere Stimmen im Schrifttum sprechen sich für eine Einbeziehung eines anderen

möglichen Verknüpfungspunkts innerhalb desselben Netzes aus (Altrock in Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl., § 5 Rn. 27, 53, 58; BDEW, Energie-Info, Fragen und Antworten zum EEG 2009 - Netzanschluss und Netzausbau, 2. Aufl., S. 12 f.; Frenz/Müggenborg/Cosack, EEG, 2010, § 5 Rn. 44 f.; Salje, EEG 2012, 6. Aufl., § 5 Rn. 16 [analoge Anwendung]; Weißenborn in Böhmer/ Weißenborn, Erneuerbare Energien - Perspektiven für die Stromerzeugung, 2. Aufl., S. 261, 271 f.). Gleiches gilt für die Clearingstelle EEG in ihrer Empfehlung vom 29. September 2011 in dem Verfahren 2011/1 (http://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2011/1, S. 18 ff.).

24 bb) Der Senat schließt sich der zuletzt genannten Ansicht an. § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG ist über den zu eng gefassten Wortlaut hinaus dahingehend auszulegen, dass auch bei alternativen Anschlusspunkten innerhalb desselben Netzes eine gesamtwirtschaftliche Betrachtung anzustellen ist. Dies ergibt sich aus der Gesetzgebungsgeschichte der Norm sowie aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Anlagenbetreiber beziehungsweise Netzbetreiber.

25 (1) Nach § 3 Abs. 1 des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien vom 29. März 2000 (BGBl. I S. 305, im Folgenden: EEG 2000) war derjenige Netzbetreiber zum Anschluss der Anlagen sowie zur Abnahme und Vergütung des Stroms verpflichtet, "zu dessen technisch für die Aufnahme geeigneten Netz die kürzeste Entfernung zum Standort der Anlage besteht". § 10 Abs. 1 EEG 2000 legte die notwendigen Kosten des Anschlusses von Anlagen an den technisch und wirtschaftlich günstigsten Verknüpfungspunkt dem Anlagenbetreiber auf, während der Netzbetreiber nach § 10 Abs. 2 EEG 2000 die notwendigen Netzausbaukosten zu tragen hatte.

26 Der Senat hat erstmals mit Urteil vom 8. Oktober 2003 entschieden (VIII ZR 165/01, WM 2004, 742 unter II 2 b) und mit Urteil vom 28. November

2007 bestätigt (VIII ZR 306/04, WM 2008, 1040 Rn. 12), dass für die Anwendung des Begriffs der kürzesten Entfernung im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 2 EEG 2000 nicht allein die räumlichen Gegebenheiten maßgeblich sind. Für die Bestimmung, welches Netz und welcher Verknüpfungspunkt bei mehreren in Betracht kommenden Möglichkeiten zu den Anlagen des Energieerzeugers die "kürzeste Entfernung" aufweisen, kommt es maßgeblich darauf an, bei welchem der möglichen Anschlüsse die geringsten Gesamtkosten für die Herstellung des Anschlusses und für die Durchführung der Stromeinspeisung zu erwarten sind. Dies hat seinen Grund darin, dass der Gesetzgeber den Gesamtaufwand für die Einspeisung des aus Erneuerbaren Energien erzeugten Stroms minimieren wollte.

27 (2) Der Gesetzgeber hat diesen Leitgedanken auch bei der Neufassung des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien vom 21. Juli 2004 (BGBl. I S. 1918, im Folgenden: EEG 2004) ausdrücklich berücksichtigt. Die relevanten Regelungen wurden zwar zur besseren Verständlichkeit auf mehrere Vorschriften aufgeteilt (vgl. BT-Drucks. 15/2864, S. 31), inhaltlich aber nicht geändert. Die Anschluss- und Abnahmepflicht des Netzbetreibers traf nunmehr nach § 4 Abs. 2 EEG 2004 den Netzbetreiber, "zu dessen technisch für die Aufnahme geeigneten Netz die kürzeste Entfernung zum Standort der Anlage besteht, wenn nicht ein anderes Netz einen technisch und wirtschaftlich günstigeren Verknüpfungspunkt aufweist". Die Kostentragungspflicht des Anlagenbetreibers für die notwendigen Kosten des Anschlusses der Anlagen an den technisch und wirtschaftlich günstigsten Verknüpfungspunkt war in § 13 Abs. 1 EEG 2004, diejenige des Netzbetreibers für die Kosten des Netzausbaus in § 13 Abs. 2 EEG 2004 enthalten.

28 In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu (BT-Drucks. 15/2864, S. 33):

> "Neu in [§ 4 Abs. 2] Satz 1 eingefügt ist der letzte Halbsatz, ohne dass damit eine Änderung in der Sache bezweckt ist. Im Schrifttum ist anerkannt, dass es dann nicht auf die kürzeste Entfernung zwischen Anlage und Netz ankommt, wenn ein Anschluss an einem anderen Verknüpfungspunkt desselben Netzes oder an einem anderen Netz mit geringeren volkswirtschaftlichen Gesamtkosten verbunden ist. Diesem Leitgedanken der Minimierung der gesamtwirtschaftlichen Kosten schließt sich der Gesetzgeber ausdrücklich an, weil es der Intention des Erneuerbare-Energien-Gesetzes entspricht, die gesamtwirtschaftlichen Kosten so gering wie möglich zu halten."

29 Bezugnehmend hierauf hat der Senat seine Rechtsprechung fortgeführt und mit Urteil vom 18. Juli 2007 (VIII ZR 288/05, WM 2007, 1896 Rn. 25; bestätigt durch Urteil vom 1. Oktober 2008 - VIII ZR 21/07, WM 2009, 184 Rn. 11 f.) entschieden, dass es auf die in § 4 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 genannte "kürzeste Entfernung" ausnahmsweise dann nicht ankommt, wenn entweder ein anderes Netz oder dasselbe Netz einen technisch und wirtschaftlich günstigeren Verknüpfungspunkt aufweisen. Zur Ermittlung des richtigen Verknüpfungspunkts ist ein Kostenvergleich durchzuführen, bei dem - losgelöst von der jeweiligen Kostentragungspflicht - die Gesamtkosten miteinander zu vergleichen sind, die bei den verschiedenen Ausführungsmöglichkeiten für den Anschluss der betreffenden Anlage sowie für den Netzausbau anfallen.

30 (3) An dem beschriebenen Willen des Gesetzgebers, eine gesamtwirtschaftliche Betrachtung auch innerhalb desselben Netzes zu ermöglichen, hat sich durch die Novellierung des EEG-Rechts zum Jahr 2009 nichts geändert. Dies ergibt sich entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts mit der erforderlichen Deutlichkeit aus den Gesetzgebungsmaterialien.

31 (a) Der Referentenentwurf des Bundesumweltministeriums zum EEG (Stand: 9./10. Oktober 2007) sah vor, § 5 Abs. 1 wie folgt zu fassen:

> "Netzbetreiber sind verpflichtet, Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien (...) unverzüglich vorrangig an der Stelle an ihr Netz anzuschlie-

> ßen (Verknüpfungspunkt), die im Hinblick auf die Spannung geeignet ist und die kürzeste Entfernung zum Standort der Anlage aufweist".

32 In der Begründung (S. 13) wurde ausgeführt, nach der Neufassung solle nicht mehr der technisch und wirtschaftlich günstigste Verknüpfungspunkt entscheidend sein. Die bisherige Regelung habe zu Unsicherheiten darüber geführt, wo sich dieser Punkt befinde, und eine Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten ausgelöst. Zukünftig bestehe grundsätzlich ein Anspruch auf Anschluss an der Stelle des Netzes, die die kürzeste Distanz zur Anlage aufweise. Auf die Frage, wie geeignet der Verknüpfungspunkt im Hinblick auf wirtschaftliche Aspekte sei, komme es zukünftig nicht mehr an. Im Gegenzug habe der Netzbetreiber nach § 5 Absatz 3 EEG das Recht, dem Anlagenbetreiber einen anderen als den in Absatz 1 festgelegten nächsten Verknüpfungspunkt zuzuweisen.

33 (b) Diese Sichtweise wurde ausweislich der späteren Begründung des Regierungsentwurfs (BT-Drucks. 16/8148, S. 41) wie folgt revidiert:

> "§ 5 regelt die früher in § 4 Abs. 1 Satz 1 erster Halbsatz geregelte Anschlusspflicht sowie deren Voraussetzungen. Für die bislang mit der Anschlusspflicht gemeinsam geregelten Pflichten zur Abnahme, Übertragung, und Verteilung des Stroms aus Erneuerbaren Energien wird mit § 8 eine eigene Regelung geschaffen. Ziel der Aufteilung der Regelungen in mehrere Paragraphen ist vor allem die Schaffung eines anwenderfreundlichen Gesetzes mit übersichtlicheren Vorschriften. (...)
>
> Zu Absatz 1
>
> Absatz 1 statuiert die Pflicht, Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien (...) vorrangig anzuschließen. Der vorrangige Anschluss muss unverzüglich vorgenommen werden. (...) Grundsätzlich ist der Netzbetreiber nach wie vor verpflichtet, die Anlage an dem Punkt an das Netz anzuschließen, der im Hinblick auf die Spannungsebene geeignet ist und in der Luftlinie die kürzeste Distanz zu der Anlage aufweist. Der wirtschaftlich günstigste Verknüpfungspunkt ist wie nach altem Recht zu bestimmen. Dafür ist in einem gesamtwirtschaftlichen Kostenvergleich durchzuführen, bei dem losgelöst von der Kostentragungspflicht die Gesamtkosten miteinander zu vergleichen sind, die bei den verschiedenen Ausführungsmöglichkeiten für den Anschluss der betreffenden Anlagen sowie für den

> Netzausbau anfallen würden (so auch BGH 8. Zivilsenat, vom 18. Juli 2007, Az. VIII ZR 288/05). (...)"

34 (c) Festzuhalten ist daher zunächst, dass weder in der Einzelbegründung zu § 5 EEG noch in dem vorangestellten Abschnitt, der die wesentlichen Änderungen gegenüber dem EEG 2004 darstellt (vgl. BT-Drucks. 16/8148, S. 28 f.), eine teilweise Änderung der Maßgeblichkeit der gesamtwirtschaftlichen Betrachtungsweise bei Ermittlung des geschuldeten Verknüpfungspunkts erwähnt wird. Vielmehr geht die Begründung davon aus, der Netzbetreiber sei grundsätzlich "nach wie vor" zum Anschluss an den nächsten Verknüpfungspunkt verpflichtet; der wirtschaftlich günstigste Verknüpfungspunkt sei "wie nach altem Recht" zu bestimmen. Hierdurch wird deutlich, dass der Gesetzgeber die bestehende Rechtslage nicht ändern wollte (vgl. Altrock in Altrock/Oschmann/Theobald, aaO Rn. 58). Dies wird bestätigt durch den Verweis auf die Entscheidung des Senats vom 18. Juli 2007 (VIII ZR 288/05). In dieser Entscheidung hat der Senat auch andere Verknüpfungspunkte im selben Netz des Netzbetreibers in die gesamtwirtschaftliche Betrachtung einbezogen. Es ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung auf diese Entscheidung vorbehaltlos Bezug genommen hätte, wenn er deren Inhalt nur teilweise hätte übernehmen wollen.

35 (d) Das Berufungsgericht weist zwar zu Recht darauf hin, dass ein ausdrücklicher Hinweis des Gesetzgebers auf eine Einbeziehung von Anschlussalternativen im selben Netz - wie er in der Bundestags-Drucksache 15/2864, Seite 33 enthalten war - für § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG fehlt. Daraus kann aber entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht geschlossen werden, der Gesetzgeber habe an dem bisherigen Verständnis etwas ändern wollen. Vielmehr gilt im Gegenteil, dass die Bezugnahme auf das bisher geltende Recht eine Wiederholung des ausdrücklichen Hinweises aus der Bundestags-Drucksache

15/2864 entbehrlich machte. Hätte der Gesetzgeber eine Änderung gewollt, hätte er dies - wie die Begründung des Referentenentwurfs zeigt - explizit ausgeführt.

36 (e) Der Verweis des Gesetzgebers auf die bisherige Rechtslage (BT-Drucks. 16/8148, S. 41) sowie auf die Senatsentscheidung vom 18. Juli 2007 (VIII ZR 288/05) lässt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht darauf reduzieren, dass damit nur eine Aussage zur Art und Weise der Ermittlung des günstigsten Verknüpfungspunkts getroffen sei, nicht aber zu der Frage, ob dessen Ermittlung auch im selben Netz erforderlich sei, so dass die gesamtwirtschaftliche Betrachtungsweise weiter gelten solle, aber auf das Verhältnis verschiedener Netze beschränkt sei. Hierbei wird verkannt, dass sich aus dem Gesamtzusammenhang der Gesetzesbegründung - wie bereits dargestellt - kein Änderungswille des Gesetzgebers ergibt. Der Gesetzgeber nimmt auch an anderen Stellen der Gesetzesbegründung durchaus auf die - der früheren Rechtsprechung zugrunde liegende - gesamtwirtschaftliche Optimierung Bezug, ohne jedoch auch nur ansatzweise erkennen zu lassen, dass diese nur im Verhältnis verschiedener Netze gelten sollte (z.B. BT-Drucks. 16/8148, S. 42). Besonders deutlich wird dies bei § 13 Abs. 1 EEG, der auf § 5 Abs. 1 EEG verweist. Hierzu führt der Gesetzgeber aus (BT-Drucks. 16/8148, S. 48), die Vorschrift gebe den Wortlaut von § 13 Abs. 1 Satz 1 EEG 2004 wieder. Die Altfassung des § 13 enthielt jedoch noch die Formulierung des "technisch und wirtschaftlich günstigsten Verknüpfungspunkt[s] des Netzes", ohne zwischen dem Netz mit der kürzesten Entfernung und einem anderen Netz zu differenzieren.

37 (f) Zu Unrecht will das Berufungsgericht dies deswegen anders sehen, weil § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG eine Regelung des Verknüpfungspunkts enthalte, wohingegen § 4 Abs. 2 EEG 2004 lediglich den verpflichteten Netzbetreiber

bestimmt habe (aA Reshöft/Bönning, aaO Rn 26; Bönning in Loibl/Maslaton/von Bredow/Walter, aaO S. 292). Auch nach der früheren Regelung ging es letztlich darum, über die Bestimmung des anschlusspflichtigen Netzbetreibers den konkreten Verknüpfungspunkt zu lokalisieren, an dem die Anlage angeschlossen werden musste. Die lediglich sprachliche Umstellung lässt keinen Rückschluss auf eine beabsichtigte inhaltliche Änderung zu.

38 (g) Ein Wille des Gesetzgebers zur Einschränkung der gesamtwirtschaftlichen Betrachtungsweise lässt sich auch nicht daraus herleiten, dass er in § 5 Abs. 2 EEG die Formulierung "einen anderen Verknüpfungspunkt dieses oder eines anderen [...] Netzes" gewählt hat. Hieraus kann nicht gefolgert werden, dass die isolierte Nennung eines "anderen Netzes" in § 5 Abs. 1 EEG Verknüpfungspunkte in demselben Netz tatsächlich ausgeschlossen sein sollen; es handelt sich vielmehr lediglich um ein offensichtliches gesetzgeberisches Versehen (aA Herrmann/Gottwald, aaO; Valentin, aaO S. 70; Fischer/Neusüß, aaO S. 55; Bönning in Loibl/Maslaton/von Bredow/Walter, aaO S. 292 f.). Hinzu kommt, dass der Begriff des Netzes im EEG 2009 ohnehin nicht widerspruchsfrei verwendet wird. Unter Zugrundelegung der Definition des § 3 Nr. 7 EEG gibt es im gesamten Geltungsbereich des EEG nur ein einziges Netz; die Unterscheidung zwischen "diesem" und einem "anderen" Netz würde sich damit erübrigen (vgl. hierzu die Empfehlung der Clearingstelle EEG, aaO S. 20 f., 26).

39 (4) Letztlich vermögen auch die parlamentarischen Vorgänge im Rahmen der Entstehung des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien vom 28. Juli 2011 (BGBl. I S. 1634), durch welches das EEG geändert wurde, einen Willen des Gesetzgebers zur Beschränkung der gesamtwirtschaftlichen Betrachtung auf Verknüpfungspunkte in verschiedenen Netzen nicht zu belegen. Zwar hat sich der Vorschlag des Bundesrats, § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG im Zuge der Geset-

zesnovellierung um die Formulierung "dieses oder" [ein anderes Netz einen technisch und wirtschaftlich günstigeren Verknüpfungspunkt aufweist] zu ergänzen (BT-Drucks. 17/6247, S. 14), nicht durchgesetzt. Die Ablehnung des Vorschlags wurde wie folgt begründet (BT-Drucks. 17/6247, S. 29):

> "Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag nicht zu.
>
> Die Bestimmung zum Netzverknüpfungspunkt wurde zuletzt in der Novelle des EEG 2009 geändert. Diese Änderung hat erhebliche Rechtsunsicherheit verursacht, die gegenwärtig schrittweise durch die Rechtsprechung aufgelöst wird. Angesichts der bereits vorliegenden Urteile ist damit zu rechnen, dass die Frage kurzfristig höchstrichterlich entschieden wird. Eine erneute Rechtsänderung würde vor diesem Hintergrund zu neuer Rechtsunsicherheit für Netzbetreiber und Anlagenbetreiber führen und könnte neue Gerichtsverfahren produzieren.
>
> Gleichzeitig weist die Bundesregierung darauf hin, dass dem Netzbetreiber unabhängig von der Auslegung des § 5 Absatz 1 EEG nach § 5 Absatz 3 das Recht zusteht, dem Anlagenbetreiber einen abweichenden Netzverknüpfungspunkt zuzuweisen. So kann er die gesamtwirtschaftlichen Kosten reduzieren, soweit er dies als erforderlich ansieht."

40 Diese Begründung zeigt jedoch nur, dass der Gesetzgeber einer höchstrichterlichen Entscheidung zu der aufgeworfenen Frage nicht vorgreifen will. Ein sicherer Rückschluss darauf, dass der Gesetzgeber mit § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG tatsächlich eine Einschränkung vornehmen wollte, kann ihr nicht entnommen werden.

41 (5) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sprechen die Regelungen in § 5 Abs. 3, § 13 Abs. 2 EEG nicht gegen, sondern für eine weite Auslegung des § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG. Denn nur wenn bei der Bestimmung des maßgeblichen Verknüpfungspunkts eine gesamtwirtschaftliche Betrachtung auch im selben Netz anzustellen ist, wird gewährleistet, dass sowohl alle Anlagenbetreiber als auch alle Netzbetreiber hinsichtlich der ihnen entstehenden Kosten gleichbehandelt werden.

42 (a) Das Berufungsgericht hat zwar im Ansatz zutreffend erkannt, dass das in § 5 Abs. 3 EEG enthaltene Zuweisungsrecht den Netzbetreiber davor schützt, die Anlage an dem in der Luftlinie nächstgelegenen Verknüpfungspunkt anschließen zu müssen, auch wenn dieser gesamtwirtschaftlich teurer ist als ein weiter entfernt liegender Verknüpfungspunkt desselben Netzes. Der Netzbetreiber muss allerdings im Gegenzug die sich aus dieser Zuweisung für den Anlagenbetreiber im Vergleich zu dem Anschluss an dem nächstgelegenen Verknüpfungspunkt gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG ergebenen Mehrkosten tragen (§ 13 Abs. 2 EEG). Dennoch wird durch dieses Zuweisungsrecht gewährleistet, dass im Regelfall der gesamtwirtschaftlich günstigste Verknüpfungspunkt gewählt werden wird, weil davon ausgegangen werden kann, dass die Netzbetreiber wirtschaftlich vernünftig handeln. Sind die bei Anschluss an einem anderen Verknüpfungspunkt anfallenden Gesamtkosten geringer als diejenigen, die ein Anschluss der Anlage an dem nächstgelegenen Verknüpfungspunkt verursachen würde, erweist sich die Ausübung des Wahlrechts durch den Netzbetreiber selbst unter Berücksichtigung der korrespondierenden Erstattungspflicht aus § 13 Abs. 2 EEG als vorteilhaft. Das Ziel, den Gesamtaufwand für die Einspeisung des aus Erneuerbaren Energien erzeugten Stroms zu minimieren, kann damit auch ohne eine weite Auslegung des § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG erreicht werden (vgl. Reshöft/Bönning, aaO; Bönning in Loibl/Maslaton/von Bredow/Walter, aaO, S. 293; Valentin, aaO, Herrmann/Gottwald, aaO; Fischer/Neusüß, aaO S. 55 f.).

43 (b) Bei der Sichtweise des Berufungsgerichts bleibt jedoch unberücksichtigt, dass eine allein am Wortlaut des § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG orientierte Auslegung (bei Ausblendung des Wahlrechts nach § 5 Abs. 2 EEG) zu einer Privilegierung derjenigen Anlagenbetreiber führen würde, bei denen der Anschluss an dem nächstgelegenen Netzverknüpfungspunkt gesamtwirtschaftlich teurer wäre als der Anschluss an einem anderen Verknüpfungspunkt im selben Netz. Diese

müssten nur die Kosten selbst tragen, die für einen Anschluss an dem nächstgelegenen Punkt entstünden, und bekämen die darüber hinausgehenden Kosten für den Anschluss an dem weiter entfernten, aber gesamtwirtschaftlich günstigeren Anschlusspunkt über § 13 Abs. 2 EEG ersetzt, wenn der Netzbetreiber - der wirtschaftlichen Vernunft gehorchend - ihnen den weiter entfernten, aber insgesamt wirtschaftlich günstigeren Punkt zuwiese. Die Anlagenbetreiber, bei denen der gesamtwirtschaftlich günstigste Punkt in einem anderen Netz liegt als derjenige der kürzesten Entfernung, hätten hingegen nach § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG nur einen Anspruch auf Anschluss an dem wirtschaftlich günstigsten Punkt und müssten die Anschlusskosten für diesen - weiter entfernten - Punkt gemäß § 13 Abs. 1 EEG selbst tragen.

44 Umgekehrt betrachtet würden die Netzbetreiber, in deren Netz sowohl der gesamtwirtschaftlich günstigste Verknüpfungspunkt als auch derjenige mit der kürzesten Entfernung zur Anlage liegt, gegenüber anderen Netzbetreibern benachteiligt, bei denen die zuletzt genannte Voraussetzung nicht gegeben ist. Erstere müssten dem Anlagenbetreiber gemäß § 13 Abs. 2 EEG die Kosten erstatten, die über diejenigen des Anschlusses am nächstgelegenen Verknüpfungspunkt hinausgehen, wohingegen der Betreiber eines entfernteren Netzes lediglich zum Anschluss an dem gesamtwirtschaftlich günstigsten Punkt verpflichtet ist.

45 Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber eine derartige Ungleichbehandlung gewollt haben könnte; insbesondere sind sachliche Gründe für diese Differenzierung nicht erkennbar.

46 c) Kommt es daher auch im Rahmen des § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG darauf an, bei welchem der möglichen Anschlüsse die geringsten Gesamtkosten für die Herstellung des Anschlusses und für die Durchführung der Stromeinspei-

sung zu erwarten sind, so hätte es vorliegend einer näheren Aufklärung der zwischen den Parteien streitigen Anschlusskosten der verschiedenen Alternativen bedurft. Daran fehlt es.

47 2. Nach § 5 Abs. 2 EEG hat der Anlagenbetreiber das Recht, "einen anderen Verknüpfungspunkt dieses oder eines anderen im Hinblick auf die Spannungsebene geeigneten Netzes zu wählen". In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu, dass das Wahlrecht einzig durch die Geeignetheit des Netzes mit Blick auf die Spannungsebene eingeschränkt werde, die Ausübung des Wahlrechts aber nicht rechtsmissbräuchlich sein dürfe (BT-Drucks. 16/8148, S. 41).

48 a) Angesichts dessen stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis das Wahlrecht des § 5 Abs. 2 EEG zu § 5 Abs. 1 EEG steht. Der Anlagenbetreiber wird seine Anlage in aller Regel an dem für ihn nächstgelegenen und damit aus seiner Sicht (vgl. § 13 Abs. 1 EEG) günstigsten Verknüpfungspunkt anschließen wollen. Sollte er hierauf gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG keinen Anspruch haben, ist zu klären, ob er den von ihm gewünschten nächstgelegenen Punkt nach § 5 Abs. 2 EEG wählen kann. Dies gilt umso mehr, als eine Vorschrift wie § 13 Abs. 2 EEG, der dem Netzbetreiber die durch die Ausübung seines Wahlrechts nach § 5 Abs. 3 EEG für den Anlagenbetreiber entstehenden Mehrkosten auferlegt, im umgekehrten Verhältnis nicht existiert. Der Anlagenbetreiber muss also nicht die Mehrkosten tragen, die sich aus der Ausübung seines Wahlrechts für den Netzbetreiber ergeben.

49 b) Die Beantwortung der aufgezeigten Frage ist streitig.

50 Eine Ansicht erlaubt dem Anlagenbetreiber die Wahl auch des nächstgelegenen Punkts und sieht die Grenze des Rechtsmissbrauchs erst erreicht, wenn der Anlagenbetreiber seine Auswahl so trifft, dass bei gleichen Anschlusskosten beim gewählten Netzbetreiber hohe Netzverstärkungs- und

Netzausbaukosten anfallen, während der nicht ausgewählte Netzbetreiber nur geringe Aufwendungen zu tragen hätte. Der Anlagenbetreiber soll hingegen nicht rechtsmissbräuchlich handeln, wenn die Wahl für ihn zu geringeren Anschlusskosten führt, für den Netzbetreiber aber mit höheren Kosten der Kapazitätserweiterung verbunden ist (Reshöft/Bönning, aaO Rn. 32, 35; wohl auch Salje, EEG, 5. Aufl., § 5 Rn. 48 f. sowie Frenz/Müggenborg/Cosack, aaO Rn. 64).

51 Eine andere Ansicht hält die Ausübung des Wahlrechts schon immer dann für rechtsmissbräuchlich, wenn die Auswahl zu höheren Netzausbaukosten führt, als sie der gesamtwirtschaftlich günstigste Netzverknüpfungspunkt im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG erfordert hätte (vgl. BDEW, Energie-Info, aaO S. 8).

52 Vermittelnd hierzu wird vertreten, dass Rechtsmissbrauch vorliege, wenn durch die Ausübung des Wahlrechts dem Netzbetreiber nicht nur unerhebliche Mehrkosten entstehen (Altrock in Altrock/Oschmann/Theobald, aaO Rn. 72 ff.; vgl. BDEW, Energie-Info, aaO [Umstände des Einzelfalls]).

53 Eine vierte Ansicht, die auch von der Revision vertreten wird, wählt einen anderen Ansatz. Sie knüpft nicht an die rechtsmissbräuchliche Ausübung des Wahlrechts an, sondern an die vorhandenen Wahlmöglichkeiten und geht davon aus, dass das Wahlrecht des § 5 Abs. 2 EEG sich schon nicht auf den räumlich nächstgelegenen Verknüpfungspunkt nach § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG erstreckt (vgl. Altrock in Altrock/Oschmann/Theobald, aaO Rn. 73; BDEW, Energie-Info, aaO S. 9; Empfehlung der Clearingstelle EEG, aaO S. 54).

54 c) Gegen die beiden erstgenannten Ansichten spricht bereits, dass sie dazu führen, dass entweder § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG oder § 5 Abs. 2 EEG keinen nennenswerten Anwendungsbereich hätten (vgl. zu diesem Kriterium

Senatsurteil vom 16. März 2005 - VIII ZR 25/04, WM 2005, 1627 unter II 1 a bb (2) (a)).

55 Wäre das Wahlrecht des § 5 Abs. 2 EEG weit zu verstehen (abgesehen von dem praktisch wenig relevanten Fall, dass bei gleichen Anschlusskosten des Anlagenbetreibers der Netzbetreiber gewählt wird, der im Vergleich zu dem anderen Netzbetreiber deutlich höhere Ausbaukosten hätte), dann wäre die in § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG enthaltene Anschlussvariante des technisch und wirtschaftlich günstigsten Verknüpfungspunkts faktisch bedeutungslos (vgl. Altrock in Altrock/Oschmann/Theobald, aaO; BDEW, Energie-Info, aaO S. 8 f.). Sie käme nur dann zur Anwendung, wenn der Anlagenbetreiber sein Wahlrecht nicht ausübt. Der Anlagenbetreiber würde in der Praxis immer den für ihn günstigsten, d.h. in der Regel nächstgelegenen Anschlusspunkt wählen; ein Rechtsmissbrauch läge fast nie vor. Ist umgekehrt bereits jede Wahl eines Verknüpfungspunkts rechtsmissbräuchlich, die höhere Kosten verursacht als der gesamtwirtschaftlich günstigste Verknüpfungspunkt, hätte - worauf die Revisionserwiderung zutreffend hinweist - § 5 Abs. 2 EEG keinen eigenständigen Regelungsgehalt, denn die Wahl eines von § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG abweichenden Anschlusspunkts wäre nie zulässig.

56 Auch die Auffassung, das Wahlrecht des Anlagenbetreibers erstrecke sich nicht auf den in der Luftlinie nächstgelegenen Verknüpfungspunkt, vermag nicht zu überzeugen. Sie steht noch zu sehr unter dem Eindruck des Referentenentwurfs für das EEG, der in § 5 Abs. 1 von der gesamtwirtschaftlichen Betrachtungsweise abrückte und den Verknüpfungspunkt für allein maßgeblich hielt, der die kürzeste Entfernung zum Standort der Anlage aufwies. Hier konnte sich das in § 5 Abs. 2 enthaltene Recht des Anlagenbetreibers, einen "anderen" Punkt zu wählen, nicht auf den nächstgelegenen Punkt im Sinne des § 5 Abs. 1 EEG beziehen. Die Gesetz gewordene Fassung stellt jedoch in § 5 Abs. 1

Satz 1 EEG nicht zwingend auf den in der Luftlinie nächstgelegenen Punkt ab, sondern - wenn auch im Rahmen einer Ausnahmevorschrift, deren Voraussetzungen der Netzbetreiber darlegen und beweisen muss - auf den gesamtwirtschaftlich günstigsten Punkt. Ist dieser Punkt nicht derjenige, der in der Luftlinie die kürzeste Entfernung zum Standort der Anlagen aufweist, dann ist der nächstgelegene Punkt ein "anderer" Punkt als der sich aus § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG ergebende gesetzliche Verknüpfungspunkt und kann daher auch nach § 5 Abs. 2 EEG gewählt werden.

57 Insofern schließt sich der Senat der Ansicht an, nach der sich das Wahlrecht des Anlagenbetreibers auch auf den nächstgelegenen Verknüpfungspunkt erstreckt, sofern dieser nicht bereits nach § 5 Abs. 1 Satz 1 EEG geschuldet ist, und eine rechtsmissbräuchliche Ausübung des Wahlrechts schon dann annimmt, wenn die hierdurch dem Netzbetreiber entstehenden Kosten nicht nur unerheblich über den Kosten eines Anschlusses an dem gesamtwirtschaftlich günstigsten Verknüpfungspunkt liegen.

58 Diese Lösung vermag die Interessen des Anlagenbetreibers und die der stromnutzenden und bezahlenden Allgemeinheit sinnvoll auszugleichen. Sofern der Anlagenbetreiber einen Punkt wählen kann, der deutlich höhere Kosten verursacht als der gesamtwirtschaftlich günstigste Punkt, würde der wirtschaftlich denkende Netzbetreiber seinerseits das Zuweisungsrecht des § 5 Abs. 3 EEG ausüben und seinerseits den gesamtwirtschaftlich günstigsten Punkt wählen, auch wenn dies zur Folge hat, dass er nach § 13 Abs. 2 EEG dem Anlagenbetreiber zum Ersatz der gegenüber der von ihm favorisierten Anschlussvariante entstehenden Mehrkosten verpflichtet ist. Die Folgen hätten wegen der dem Netzbetreiber möglichen Umlegung seiner Kosten (vgl. Altrock in Altrock/Oschmann/Theobald, aaO Rn. 14; Reshöft/Schäfermeier, aaO, § 14 Rn. 10) die Stromkunden zu tragen. Hiermit werden dem Anlagenbetreiber Manipulations-

möglichkeiten eröffnet. Er kann durch geschickte Ausübung seines Wahlrechts die Ausübung des Zuweisungsrechts des Netzbetreibers "provozieren" und so seine Kosten zu Lasten der Allgemeinheit senken. Dies kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein. Darf hingegen der Anlagenbetreiber sein Wahlrecht nur dahingehend ausüben, dass sich die Gesamtkosten nicht in erheblicher Weise erhöhen, sind die sich hieraus ergebenden nachteiligen Konsequenzen für die Stromkunden begrenzt und einer möglichen Manipulation vorgebeugt.

59 Wann die für die Annahme einer Rechtsmissbräuchlichkeit maßgebliche Grenze der erheblichen Mehrkosten erreicht ist, bedarf vorliegend keiner abschließenden Entscheidung. Jedenfalls wenn vorliegend - was die Beklagte unter Beweisantritt behauptet - dem Gesamtaufwand für den Anschluss der Windenergieanlagen an das Umspannwerk S. in Höhe von 854.000 € ein Gesamtaufwand für den Anschluss an den Netzverknüpfungspunkt "F. H. " von mindestens 1.356.000 € (d.h. Mehrkosten von knapp 60 %) gegenübersteht, kann nicht mehr von einer nur unerheblichen Kostensteigerung ausgegangen werden.

III.

60 Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist, da der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif ist, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die erforderlichen Feststellungen getroffen werden können (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Ball Dr. Frellesen Dr. Hessel

Dr. Achilles Dr. Schneider

Vorinstanzen:
LG Duisburg, Entscheidung vom 06.08.2010 - 2 O 310/09 -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 25.11.2011 - I-17 U 157/10 -