

**Anbindungsregime von Windenergieanlagen auf See
zwischen privatrechtlicher Haftung und hoheitlicher Regulierung**

Arbeitspapier im Rahmen des von der
Stiftung Mercator geförderten Forschungsvorhabens
„Reformbedarf und -modelle für den effizienten Ausbau und Betrieb
der Elektrizitätsnetze im Rahmen der Energiewende“ (EE-Netz)
im Auftrag des Öko-Institut e.V., Freiburg,

entstanden im Kontext eines interdisziplinären Austauschs mit
Prof. Dr. Thorsten Beckers, Ann-Katrin Lenz, Nils Bieschke und Johannes Heurich
(Technische Universität Berlin, Fachgebiet Wirtschafts- und Infrastrukturpolitik (WIP),
Bereich Infrastrukturmanagement und Verkehrspolitik (IM-VP))
im Rahmen des Projekts EE-Netz.

Jun.-Prof. Dr. Roland Broemel / Sandra Plicht

Juli 2016

A.	Einleitung.....	3
B.	Haftung und Regulierung als divergierende Regelungskonzepte.....	6
I.	Wissensgenerierung durch Haftung.....	7
1.	Eigenverantwortliche Schadensvermeidung durch Haftung.....	8
2.	Strukturelle Effekte der Haftung.....	11
a.	Binnenorganisation.....	11
b.	Haftungskopplung: Vorstandshaftung.....	12
3.	Konkretisierung der Haftungsvoraussetzungen.....	13
a.	Zivilprozessuale Darlegungs- und Beweislastregeln.....	13
b.	Entwicklung der materiell-rechtlichen Sorgfaltsmaßstäbe.....	14
II.	Wissensgenerierung in der öffentlich-rechtlichen Regulierung von Infrastrukturen.....	15
1.	Ursachen für Wissensdefizite.....	16
a.	Statische Wissensdefizite: Informationsasymmetrien hinsichtlich der Marktsituation.....	16
b.	Dynamischer Wettbewerb als Regulierungsziel.....	17
2.	Erforderliches Wissen.....	18
3.	Instrumente der Wissensgenerierung in Regulierungsverfahren.....	19
a.	Kostenunterlagen.....	19
b.	Vergleichsmarktbetrachtung.....	20
c.	Analytische Kostenmodelle.....	21
d.	Konsultationen.....	22
C.	Netzanbindung von Offshore-Windenergieanlagen zwischen Haftung und Regulierung.....	23
I.	Anspruch auf Anbindung.....	23
1.	Grundsätze der Anbindung von Anlagen Erneuerbarer Energien.....	23
a.	Marktanaloge Anreize durch Einspeisevergütung.....	23
b.	Verhältnis zwischen Anlagen- und Netzbetreiber.....	24
2.	Öffentlich-rechtliche Überformung der Anbindung im Offshore-Bereich.....	25
II.	Haftung des Netzbetreibers für Verzögerungen und Störungen.....	26
1.	Finanzierungssicherheit für Anlagenbetreiber im Offshore-Bereich.....	27
2.	Eigenanteil im Belastungsausgleich als haftungsvermittelter Anreiz.....	28
3.	Haftungsrechtliche Konsequenzen.....	30
a.	Zurechnung des Verschuldens von Auftragnehmern des Netzbetreibers.....	31
b.	Mitverschulden des Windparkbetreibers bei Verzögerung der Netzanbindung.....	33
c.	Umgekehrte Haftung des Windparkbetreibers.....	35
III.	Konkretisierung der Sorgfaltsmaßstäbe.....	36
1.	Innovative Technologie und fehlendes Erfahrungswissen.....	37
a.	Sorgfaltsmaßstab bei fehlendem Erfahrungswissen.....	37
b.	Fehlendes Erfahrungswissen über Offshore-Technologie.....	39
2.	Rolle der Bundesnetzagentur bei Konkretisierung.....	40
a.	Mittelbare Vorgaben.....	40
aa.	Prüfung von Investitionsmaßnahmen, § 23 ARegV.....	40
bb.	Leitfaden zur Ermittlung einer umlagefähigen Entschädigung.....	42
cc.	Positionspapier zur Netzanbindungszusage nach § 17 Abs. 2a EnWG a.F.....	43
b.	Strategien der Wissensgenerierung der BNetzA.....	44
c.	Mittelbare Bindungswirkung?.....	45
aa.	Vertrauensschutz.....	45
bb.	Faktische Bindung für Zivilgerichte?.....	46
3.	Konkretisierung von Sorgfaltsmaßstäben aus dem Planungsverfahren.....	47
4.	Wissensgenerierung durch Gerichte.....	48
a.	Fehlende Anreize und fehlende Wissen der anderen Übertragungsnetzbetreiber.....	48
b.	Letztverbraucher: keine effektive Möglichkeit?.....	50
IV.	Defizite der Effizienzsicherung im gemischten Anbindungsregime.....	52
1.	Versicherbarkeit von Risiken.....	52
2.	Effizianzanreize durch die Entgeltregulierung.....	54
3.	Effizienz in der Planung.....	56
D.	Zusammenfassung und Fazit.....	57

A. Einleitung

Indem die Regelungen der Netzanbindung von Windenergieanlagen auf See Elemente zivilrechtlicher Haftung in öffentlich-rechtliche Regelungen der Fachplanung und der Entgeltregulierung einbetten, verbinden sie zwei Regime mit unterschiedlichen Zwecken und Kontexten.¹ Die Eigenheiten des Zivilrechts und des Öffentlichen Rechts begründen Besonderheiten einer bereichsspezifischen Dogmatik und Methodik,² schließen aber übergreifende Regelungsregime, die Elemente beider Teilrechtsordnung kombinieren, keineswegs aus. Vielmehr kann die Kombination Stärken der Regime verbinden und Schwächen kompensieren, wenn die Elemente aufeinander abgestimmt und ihre jeweiligen Funktionsvoraussetzungen berücksichtigt werden.³

Die zivilrechtliche Schadensersatzhaftung dient zunächst der Kompensation des Geschädigten für bestimmte Schaden.⁴ Von ihr geht zudem eine präventive Wirkung aus, weil sie Anreize zur Haftungsvermeidung setzt.⁵ Zugleich bestehen für Geschädigte Anreize, ihre haftungsrechtlichen Positionen geltend zu machen und dadurch die verletzten Normen zumindest auf der Sekundärebene durchzusetzen.⁶ Durch eine Vielzahl gerichtlicher Entscheidungen zur Reichweite der Haftung bilden sich auf diese Weise Sorgfaltsmaßstäbe und damit ein Wissen über das im konkreten Fall normativ gebotene Verhalten heraus. Durch die individuelle Schadenskompensationen und die jeweiligen Einzelfallentscheidungen des Gerichts, geht von diesem System eine Steuerungswirkung aus, die einer Regulierung vergleichbar ist. Daher lässt sich dieses Haftungsregime als Regelungsmodell dezentraler Steuerung verstehen.⁷

¹ Zur verhaltenssteuernden Funktion des Haftungsrechts *Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352 ff.; *Franck*, Marktordnung durch

² Siehe etwa die Beiträge aus den Perspektiven der einzelnen Teilbereiche in Engel (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft und Funke (Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie; Bork/Taupitz/Wagner (Hrsg.), AcP 214 (2014) Sonderausgabe zur Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung zum Thema „Methoden des Privatrechts“; *Röhl* und *von Arnould*, Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität: Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen.

³ Grundlegend zur übergreifenden Regelungsperspektive *Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnung, S. 7 ff.; *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, S. 261 ff.; *Trute*, Wechselseitige Verzahnungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, S. 167 ff.

⁴ Zur Kompensationsfunktion des Haftungsrechts *Teichmann*, in: Jauernig, BGB, Vorbemerkungen § 823 Rn. 1.

⁵ *Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352 (363 f.).

⁶ *Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352 (446 f.).

⁷ Zum Kapitalmarkt- und Kartellrecht eingehend jüngst *Franck*, Marktordnung durch Haftung; zu den deliktsrechtlichen Organisationspflichten *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 689 ff.; zur Kombination externer und unternehmensinterner Haftung als Anreiz zur Einrichtung einer Compliance-Funktion *Broemel*, Compliance durch Wissen, RW 2013, 62 (73 ff.).

Die öffentlich-rechtliche Regulierung⁸ der sog. Netzwirtschaften, also der leitungsgebundenen Industrien, ist demgegenüber auf eine spezifische Situation, die Öffnung der Märkte und die Ermöglichung von Wettbewerb trotz bestimmter, infrastrukturbasierter Faktoren der Marktmachtkonzentration,⁹ zugeschnitten.¹⁰ Leitungsgebundene Märkte, die angesichts bestimmter, in den verschiedenen Sektoren und Wertschöpfungsstufen unterschiedlich ausgeprägter Merkmale der Kostenfunktion und Netzwerkeffekte allein durch die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren, sollen durch eine eingehende Regulierung für eine Leistungsbereitstellung im Wettbewerb geöffnet werden.¹¹ Kernelemente dieser Regulierung betreffen den Zugang zur Infrastruktur¹² und die Entgelte.¹³ Eine zentrale Herausforderung dieser marktgestaltenden Regulierung¹⁴ liegt im Umgang der regulierenden Stellen mit Wissensdefiziten, die sich in der geringen Regelungsdichte materiell-rechtlicher Tatbestände, gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar Spielräumen der Regulierungsbehörde¹⁵ und einer wissensgenerierenden Funktion des Regulierungsverfahrens¹⁶ niederschlagen. Gegenüber der zivilrechtlichen Haftung lässt sich die öffentlich-rechtliche Regulierung mit gewissen Einschränkungen als ein zentralisiertes Modell charakterisieren.

In dieser Gegenüberstellung zwischen zivilrechtlicher Haftung und öffentlich-rechtlicher Regulierung nimmt die Netzanbindung von Windenergieanlagen auf See in gewisser Hinsicht eine Zwischenstellung ein: Auf der einen Seite besteht aufbauend auf den allgemeinen Regelungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes ein Anspruch des Windparkbetreibers unmittelbar gegen den Netzbetreiber auf Anschluss, der allerdings insbesondere im Hinblick

⁸ Näher zum Begriff der Regulierung *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 11 ff.; *Masing*, Grundstrukturen eines regulierungsverwaltungsrechts. Regulierung netzbezogener Märkte am Beispiel Bahn, Post, Telekommunikation und Strom in: Die Verwaltung 36 (2003) 1 ff. m.w.N.

⁹ Näher zu den strukturellen Faktoren der Marktmachtkonzentration in den unterschiedlichen Sektoren und Wertschöpfungsstufen *Broemel*, Strategisches Verhalten in der Regulierung, S. 78 ff., S. 129 ff.

¹⁰ *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 66 ff., S. 133 ff.; *Masing*, Sollte das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, S. D 102 ff.; *Broemel*, Strategisches Verhalten in der Regulierung, S. 195 ff.

¹¹ Vgl. zur Zielsetzung sektorspezifischer Regulierung die in der Schaffung von Wettbewerb unter der Orientierung an dem Gemeinwohl liegt, *Möstl*, Perspektiven des Regulierungsrechts, GewArch 2011, 265; speziell für das Telekommunikationsrecht beschrieben: *Körber* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Abschnitt VIII: Sektorspezifische Regulierung von Netzindustrien, Rn. 1 ff. m.w.N.

¹² Vgl. §§ 17, 20 EnWG und §§ 21 ff. TKG.

¹³ Vgl. § 21a EnWG und §§ 27 ff. TKG.

¹⁴ *Fehling*, DV 47 (2014), Neues Regulierungsrecht im Anschluss an die Energiewende, 313 (314).

¹⁵ Zum Telekommunikationsrecht *Gärditz*, Regulierungsermessen und verwaltungsgerichtliche Kontrolle, NVwZ 2009, 1005 ff.; *Ludwigs*, Das Regulierungsermessen als Herausforderung für die Letztentscheidungsdogmatik im Verwaltungsrecht, JZ 2009, 290 ff.; *ders.*, Regulierungsermessen: Spielräume gerichtlich eingeschränkter Kontrolle im Regulierungsrecht, RdE 2013, 297 ff.; *Winkler*, Bundesnetzagentur und Beurteilungsspielraum, DVBl. 2013, 156 ff.; *Broemel*, Regulierungskonzepte als Kontrollmaßstab in der Telekommunikationsregulierung, JZ 2014, 286 ff.; übergreifend *Eifert*, Die gerichtliche Kontrolle der Entscheidungen der Bundesnetzagentur, ZHR 174 (2010), 449 ff.

¹⁶ *Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, S. 122 ff.; *Herzmann*, Konsultationen, S. 51 ff., S. 75 ff.

auf den Ausbau der Anbindungsleitung, die Zuordnung der Anbindungskapazität und die Ansprüche bei Verzögerung oder Störung der Anbindungsleitung erheblich modifiziert wird.¹⁷ Anbindungsverpflichtete Übertragungsnetzbetreiber können Entschädigungszahlungen an die Windparkbetreiber zwar im Rahmen des sog. Belastungsausgleichs nach einer Verteilung unter den Übertragungsnetzbetreibern an die Letztverbraucher weitergeben, tragen aber einen verschuldensabhängigen Eigenanteil, der entsprechend dem Regime zivilrechtlicher Haftung Anreize zur Schadensvermeidung setzt.¹⁸ Auf der anderen Seite deutet schon das besondere, von der Bundesnetzagentur durchgeführte Verfahren zur Vergabe und unter Umständen auch zum Entzug der Anbindungskapazität auf ein öffentlich-rechtliches Regulierungsregime hin. Die Einschätzungen und Entscheidungen der Bundesnetzagentur beeinflussen wiederum, insbesondere im Rahmen der Entgeltregulierung, mittelbar die zivilrechtlichen Sorgfalts- und Haftungsmaßstäbe.¹⁹ Schließlich verlagert die Wälzung der verschuldensunabhängigen Entschädigungszahlungen über die Übertragungsnetzbetreiber zu den Letztverbrauchern die Schäden und ändert dadurch die Anreize zur Durchsetzung etwaiger haftungsrechtlicher Positionen. Das Anbindungsregime von Windenergieanlagen auf See, auch nach Einführung des sog. zentralen Ausschreibungsmodells,²⁰ weist dadurch Elemente sowohl der zivilrechtlichen Haftung als auch der öffentlich-rechtlichen Regulierung auf.

Dieses Arbeitspapier analysiert die haftungs- und regulierungsrechtlichen Elemente der Anbindung von Windenergieanlagen auf See konzeptionell. Ziel dieser Analyse ist zum einen, eine institutionenökonomische Analyse unterschiedlicher, eher auf Haftung oder auf Regulierung aufbauender Anbindungsvarianten aus rechtswissenschaftlicher Sicht zu ergänzen. Die Untersuchung arbeitet zu diesem Zweck die normativen Implikationen beider Regelungsansätze heraus, soweit sie für eine institutionenökonomische Analyse bedeutsam sind.²¹ Bei der rechtlichen Rahmung einer innovativen Technologie wie der Anbindung von Windenergieanlagen auf See, über die bislang nur stark eingeschränktes Erfahrungswissen

¹⁷ §§ 17a ff. EnWG sowie im Hinblick auf die Planung und Vergabe der Anbindungskapazität §§ 4 ff. und §§ 16 ff. WindSeeG.

¹⁸ *Wagner/Bsaisou*, Beschleunigung der Energiewende durch Haftung, Ökonomische Anreize im Strudel des regulierungsrechts, JZ 2014, 1031 (1033), sowie ebenso *Wagner/Bsaisou*, Der Beitrag des Privatrechts zur Energiewende: Haftungsrecht im Strudel des Regulierungsrechts, S. 13 ff.

¹⁹ *Broemel*, Verschuldenszurechnung, Sorgfaltsmaßstäbe und Präventionskonzepte bei der Anbindung von Windenergieanlagen auf See, ZUR 2015, 400 (404).

²⁰ Vgl. die Regelungen zur Ausschreibung in dem durch Artikel 2 des Gesetzes zur Einführung von Ausschreibungen für Strom aus erneuerbaren Energien und zu weiteren Änderungen des Rechts der erneuerbaren Energien neu eingeführten Gesetz zur Entwicklung und Förderung der Windenergie auf See.

²¹ Aus ökonomischer Perspektive eingehend *Beckers/Lenz/Bieschke*, Die Regulierung der Stromübertragungsnetze im Onshore- und Offshore-Bereich in Deutschland, S. 28 ff., S. 58 ff.; *Beckers/Bieschke/Lenz/Heurich*, Alternative Modelle für die Organisation und die Finanzierung des Ausbaus der Stromübertragungsnetze in Deutschland, S. 125 ff., S. 134 ff.

vorliegt, betreffen diese normativen Implikationen vor allem die jeweiligen Ansätze zur Generierung des erforderlichen Wissens und ihre Voraussetzungen. Zum anderen soll die Untersuchung das Verhältnis der haftungsrechtlichen und der regulierungsrechtlichen Elemente der Netzanbindung sowie die normativen Konsequenzen dieses kombinierten Regelungsansatzes aufzeigen. Eine solche konzeptionelle Analyse bietet – so die These – einen produktiven, systematischen Zugriff auf eine Reihe in der Praxis umstrittener Einzelfragen zur Reichweite der Haftung. Vor allem aber plausibilisiert die Analyse aus rechtswissenschaftlicher Perspektive die Voraussetzungen für die Angemessenheit eines haftungsbasierten Konzepts der Verhaltenssteuerung.

Die Untersuchung stellt in einem ersten Abschnitt Charakteristika, Strukturmerkmale und Voraussetzungen sowohl der zivilrechtlichen Haftung als auch der öffentlich-rechtlichen Netzregulierung heraus und ordnet die Netzanbindung von Windenergieanlagen auf See in einem zweiten Abschnitt in die beiden Regime ein.

B. Haftung und Regulierung als divergierende Regelungskonzepte

Zivilrechtliche Haftung stellt in gewisser Weise ein dezentral umgesetztes Regelungsmodell dar.²² Zwar sind gesetzliche Tatbestände der Schadensersatzhaftung einheitlich vorgegeben und werden durch letztinstanzliche Gerichtsentscheidungen zentral konkretisiert. Jedoch geht die Initiative zur Rechtsdurchsetzung auf Sekundärebene dezentral von den Betroffenen aus und die Eingangs- und Berufungsinstanzen der Rechtsprechung arbeiten die Sach- und Rechtslage in Abhängigkeit des Vortrags der Parteien eingehend und zum großen Teil abschließend auf. Nicht zuletzt stellt die zivilrechtliche Haftung die Entscheidung, welche Maßnahmen zur Schadensvermeidung oder Schadensminderung getroffen werden, in den Verantwortungsbereich des potentiellen Schädigers. Demgegenüber begründet die öffentlich-rechtliche Regulierung die Zuständigkeit einer zentralen Regulierungsbehörde,²³ die typischerweise offen formulierte gesetzliche Tatbestände konkretisiert und Regulierungswissen nicht zuletzt durch Beteiligung der betroffenen Unternehmen sukzessiv aufbaut.

²² Eingehend *Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352 (364 ff.).

²³ Regulierungsbehörde i. S. d. EnWG sind nach § 54 Abs. 2 EnWG sowohl die BNetzA als auch die Landesregulierungsbehörden. Allerdings nimmt die BNetzA die zentralen Aufgaben nach §§ 29 ff. EnWG wahr (vgl. § 54 Abs. 1 EnWG), während die Landesregulierungsbehörden lediglich in den bestimmten Fällen des § 54 Abs. 2 EnWG zuständig ist. Sofern die Landesregulierungsbehörden zuständig sind, ist eine Organleihe an die BNetzA möglich.

I. Wissensgenerierung durch Haftung

Die zivilrechtliche Schadensersatzhaftung ist auf den Ausgleich bestimmter eingetretener Schäden ausgerichtet.²⁴ Unterschiedliche Haftungstatbestände des Vertragsrechts²⁵ und des Deliktsrechts²⁶ verweisen auf die im allgemeinen Teil des Schuldrechts vorgesehenen Regeln des Schadensrechts.²⁷ Den Ausgangspunkt dieser übergreifenden Regelungen zur Ausfüllung der Haftung bildet das Prinzip der Naturalrestitution.²⁸ Der Geschädigte hat gegen den Schädiger grundsätzlich einen Anspruch auf Wiederherstellung des Zustands, der ohne das schädigende Ereignis oder die haftungsbegründende Pflichtverletzung bestehen würde.²⁹ Obwohl die strukturellen Effekte der zivilrechtlichen Schadensersatzhaftung nur reflexartig aus dem Ziel individueller Schadenskompensation folgen,³⁰ sind die Charakteristika der Koordination durch Haftung bereits in der Ausgleichsfunktion des zivilrechtlichen Schadensersatzrechts angelegt. Das Haftungsregime und insbesondere die Möglichkeit der Durchsetzung des individuellen Ausgleichsanspruches hat auf das Handeln der beteiligten Akteure unterschiedliche Auswirkungen und kann so das Verhalten mittelbar steuern. Mit der zivilrechtlichen Haftung vergleichbare Anreize können aber auch von öffentlich-rechtlichen Regimen ausgehen. Im Kartellrecht etwa ergänzen Geldbußen und die zivilrechtliche Schadensersatzhaftung sich und setzen jeweils Anreize zur Vermeidung von Kartellverstößen (1.). Regelungstechnisch handelt es sich bei zivilrechtlichen Haftungsnormen typischerweise um Generalklauseln, die mit allgemeinen Tatbestandsmerkmalen eine Vielzahl von Lebensbereichen abdecken.³¹ Die Rechtsprechung

²⁴ Aus der Rechtsprechung vgl. nur zu Schadensersatzansprüchen bei sog. doppelter Kausalität und der Anrechnung von Vorteilen (sog. Abzug „neu für alt“) BGH, Urt. v. 7.5.2004, V ZR 77/03, Rn. 10 ff., Rn. 14 ff.

²⁵ Etwa aus dem allgemeinen Schuldrecht §§ 280 ff. BGB, § 311a Abs. 2 BGB.

²⁶ §§ 823 ff. BGB.

²⁷ §§ 249 ff. BGB; *de lege ferenda* zu Alternativen, die Anreizwirkungen und Sorgfaltsaufwand optimieren, *Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352 (460 ff.).

²⁸ § 249 Abs. 1 BGB behandelt hierbei die allgemeine Naturalrestitution, während § 249 Abs. 2 BGB diesen durch einen Anspruch auf Geldersatz ersetzt. Die §§ 249 ff. BGB betreffen die Haftungsausfüllung und nicht die Haftungsbegründung und sollen damit einen Schadensausgleich bringen; vgl. näher zum Prinzip der Naturalrestitution: *Touissant*, Naturalherstellung und Geldentschädigung und *Palandt-Grüneberg*, § 249 Fn. 2 ff.

²⁹ § 249 Abs. 1 BGB.

³⁰ Zu diesem sog. Ausgleichsgedanken aus Sicht der Praxis vgl. nur *Palandt-Grüneberg*, BGB, Vorb. v. § 249 Rn. 2.

³¹ Ergänzt werden diese Generalklauseln um spezielle Haftungstatbestände, die für bestimmte Situationen oder Lebensbereiche die allgemeinen Regelungen aus spezifischen Gründen modifizieren. Tatbestände der Gefährdungshaftung etwa normieren eine verschuldensunabhängige Haftung, die mit Unterschieden im Einzelnen der besonderen Gefährlichkeit, aber auch ihrer gesellschaftliche Nützlichkeit Rechnung trägt, vgl. etwa zur verschuldensunabhängigen Haftung des Tierhalters nach § 833 S. 1 BGB *Wagner*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 833 Rn. 2: haftungsrechtliche Anreize zur Beherrschung der Kreatur im Interesse der Schadensvermeidung als Normzweck; Haftungsbegrenzungen dienen vor diesem Hintergrund vor allem der Versicherbarkeit der Risiken, durch die erwartbare Schäden sozialisiert werden; vgl. zum

konkretisiert diese Generalklauseln kasuistisch in bereichsspezifische Regime, die sowohl Sorgfaltsanforderungen als auch spezifische Regelungen zur Beweislast enthalten, etwa im Arzthaftungsrecht³² oder der Produkt- und Produzentenhaftung.³³ Zivilprozessuale Anforderungen an die Darlegung des Sachverhalts und des Beweises bestrittener Tatsachenvorträge und die fallgruppenartige Konkretisierung der Generalklausel³⁴ charakterisieren die zivilrechtliche Schadensersatzhaftung als ein Regime, in dem bereichsspezifische Sorgfaltsmaßstäbe und das erforderliche Wissen über potentielle Gefahren für die geschützten Rechtsgüter, Kausalitäten und Möglichkeiten der Schadensvermeidung von den Gerichten in aufeinander Bezug nehmenden Entscheidungen unter Berücksichtigung des von den Parteien aufbereiteten Tatsachenmaterials entwickelt werden (2.). Von diesen bereichsspezifischen Sorgfaltsmaßstäben gehen in einem nächsten Schritt strukturelle Effekte auf die organisationsinterne Ausgestaltung der potentiell haftenden Unternehmen aus. Die zivilrechtliche Schadensersatzhaftung setzt Anreize, die von den Sorgfaltsmaßstäben ausgehenden Verkehrssicherungspflichten einzuhalten und darüber hinaus unternehmensinterne Strukturen einzurichten, die neu entstehende Haftungsrisiken frühzeitig zu erkennen und die Informationsgrundlage der Unternehmensleitung bei haftungsrelevanten Entscheidungen systematisch verbessern. Die Unternehmensleitung ist ihrerseits durch ihre eigene, individuelle Haftung gegenüber dem Unternehmen für Haftungsschäden des Unternehmens an einer effektiven Haftungsvermeidung interessiert. Diese Kopplung der unternehmensinternen Vorstandshaftung und der externen Haftung des Unternehmens fördert die Generierung von Wissen über potentiell haftungsrelevante Umstände innerhalb des Unternehmens erheblich (3.).

1. Eigenverantwortliche Schadensvermeidung durch Haftung

Zivilrechtliche Haftungsrisiken setzen den potentiell Ausgleichspflichtigen Anreize, den Schadenseintritt zu vermeiden und zu diesem Zweck Gefahrenpotentiale zu ermitteln und rationale, wirtschaftliche Vorsorgemaßnahmen zu treffen. Haftung lässt sich dadurch als ein Steuerungskonzept verstehen, das lediglich abstrakte Pflichten zur Abwendung drohender Gefahren und dem Ersatz gleichwohl eingetretener Schäden formuliert und den Haftungsadressaten die eigenverantwortliche Analyse der Gefahrenpotentiale sowie der

Haftungshöchstbetrag für die Produkthaftung nach § 10 ProdHaftG *Wagner*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 10 ProdHaftG Rn. 2.

³² Eingehend *Wagner*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 823 Rn. 724-887; *Sprau*, in: Palandt, BGB, § 823 Rn. 142 ff.

³³ *Sprau*, in: Palandt, BGB, § 823 Rn. 169 ff.

³⁴ Übersicht über die vielfältigen Fallgruppen, insbesondere Architektenhaftung, Bäume, Bauarbeiten und Baustellen, Gebäude und Grundstück, Internet, Sport, Straßen und Streupflicht, Straßenverkehr und Veranstaltungen bei *Sprau*, in: Palandt, BGB, § 823 Rn. 186-239.

angemessenen Präventionsstrategien überlässt. Charakteristisch für diese haftungsbasierten Anreize und auf Eigenverantwortlichkeit beruhenden Steuerungskonzepte ist, dass das Wissen über Einzelheiten zu Gefahrenpotentialen, Ursachenzusammenhängen und Vermeidemöglichkeiten durch laufende (interne) Beobachtung bei dem Haftungsadressaten anfällt, obschon die Regelungsstruktur der Haftung abstrakt und wie etwa im Deliktsrecht generalklauselartig formuliert werden kann. Ein solches Steuerungskonzept ist allerdings nicht auf die zivilrechtliche Haftung im engeren Sinne, also etwa das Deliktsrecht oder die vertragsrechtliche Schadensersatzhaftung, beschränkt. Vielmehr setzt auch das Risiko von Geldbußen für bestimmte Regelverstöße, beispielsweise im Kartellrecht, vergleichbare Anreize zur eigenverantwortlichen Risikoprävention.³⁵ Geldbußen werden den Akteuren von zentralen hoheitlichen Stellen³⁶ für erfolgte Rechtsverstöße auferlegt.³⁷ Gegenüber der privaten Rechtsdurchsetzung weisen Geldbußen den Vorteil auf, dass zur Durchsetzung kein kausaler Schaden geltend gemacht oder bewiesen werden muss,³⁸ dessen Berechnung im Einzelfall besondere Schwierigkeiten bereiten kann.³⁹ Die Geldbuße orientiert sich vorrangig an dem Gesamtumsatz eines Unternehmens, aber auch an der „Ahndungsempfindlichkeit“ und ist insbesondere an die generalpräventive Wirkung anpassbar und somit dynamischer.⁴⁰ Um solch eine Geldbuße zu verhindern, wird das Unternehmen gleichsam die internen Prozesse präventiv kontrollieren. Diese Anreize für präventive organisatorische Maßnahmen lassen sich durch die Berücksichtigung eines qualifizierten Compliance-Programms als Kriterium der Bußgeldbemessung noch steigern,⁴¹ auch wenn die Praxis der Kommission davon ausgeht, dass sich das Compliance-Programm im Fall eines Verstoßes nicht bewährt hat.⁴²

³⁵ Vgl. zur Compliance-Funktion des Kartellrechts *Ackermann*, Kartellgeldbußen als Instrument des Wirtschaftsaufsicht, *ZWeR* 2012, 3 (4); *Krebs/Eufinger/Jung*, Bußgeldminderung durch Compliance-Programme im deutschen Kartellbußgeldverfahren?, *CCZ* 2011, 213; *Broemel*, Compliance durch Wissen, *RW* 2012, 62 (81).

³⁶ Im Kartellrecht sind für die Geldbußen abhängig vom Regelungszusammenhang das Bundeskartellamt und die nach Landesrecht obersten Landesbehörden, oder auch die Bundesnetzagentur zuständig, § 81 Abs. 10 GWB.

³⁷ Gleichwohl handelt es sich auch bei den mit den haftungsrechtlich befassen Gerichten um hoheitliche Stellen. Diese sind aber an die Darlegung und den Beweis eines Schadens durch die Partei gebunden.

³⁸ Zudem sind die Darlegungs- und Beweismöglichkeiten umso reduzierter, je weiter der Geschädigte von der Wertschöpfungskette entfernt ist, vgl. *Bornkamm*, Cui malo? Wem schaden Kartelle?, *GRUR* 2010, 501 (504 f.).

³⁹ BKartA, Diskussionspapier, Private Kartellrechtsdurchsetzung – Stand, Probleme, Perspektiven, S. 20.

⁴⁰ BKartA, Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren v. 25.6.2013, S. 2 ff; vgl. zur Bußgeldhöhe auch *Reuter*, Unternehmensgeldbußen, Organregress, Grenzen der Versicherbarkeit und Gesellschaftsrecht: eine systemische Verletzung der Grundrechte der Anteilseigner?, *BB* 2016, 1283.

⁴¹ *Krebs/Eufinger/Jung*, Bußgeldminderung durch Compliance-Programme im deutschen Kartellbußgeldverfahren?, *CCZ* 2011, 213 (215 ff.).

⁴² Bestätigt in EuGH, Urt. v. 18.7.2013, C-501/11 P – *Schindler*, Rn. 144; aus der Literatur *Pampel*, Die Bedeutung von Compliance-Programmen im Kartellordnungswidrigkeitenrecht, *BB* 2007, 1636 (1639).

Weiter sind auch expliziter auf Erkenntnisgewinn ausgerichtete Maßnahmen im Zusammenhang mit den Geldbußen, etwa im Rahmen von Bonus-Regelungen oder Settlement-Vereinbarungen, möglich. Bonus-Regelungen setzen vor allem vor der Aufdeckung eines Kartells an. Die Möglichkeit für Kronzeugen, durch maßgebliche Beiträge zur Aufklärung von Kartellverstößen das drohende Bußgeld zu reduzieren oder sogar ganz abzuwenden,⁴³ setzt zum einen Anreize, unzulässige Kooperationen einseitig aufzukündigen. Zum anderen geht von der damit verbundenen Minderung der Verlässlichkeit kartellrechtswidriger Absprachen ein Abschreckungseffekt aus. Während des Bußgeldverfahrens können Unternehmen im Rahmen von Settlement-Vereinbarungen durch ein kooperatives, die Wettbewerbsbehörde informierendes Verhalten eine Reduktion der Geldbuße erreichen.⁴⁴ Vorteilhaft an diesem Geldbuße-System ist weiter, dass die mit der Geldbuße befasste Behörde (wie allerdings auch spezialisierte Gerichte) eine gesteigerte Sachkompetenz entwickeln kann.⁴⁵

Daneben kann ein Regime privater Haftung die öffentlich-rechtliche Durchsetzung ergänzen. *Private enforcement* kann die Kartellrechtsdurchsetzung angesichts begrenzter Ressourcen der Kartellbehörde verbessern und eine Konzentration der öffentlich-rechtlichen Durchsetzung auf gravierende Fälle erlauben.⁴⁶ Noch weitergehend setzt das Lauterkeitsrecht auf eine Durchsetzung der Marktverhaltensregeln auf dem Zivilrechtsweg durch Mitbewerber oder bestimmte anspruchsberechtigte Stellen.⁴⁷

Allerdings kann dieses Nebeneinander der beiden Konzepte zu wechselseitigen Beeinträchtigungen führen. So können im Kartellrecht die von der Bonusregelung gesetzten Anreize durch das haftungsrechtliche System unter Umständen wieder relativiert werden, etwa wenn der am Kartell beteiligte Kronzeuge direkt von dem Geschädigten in Anspruch genommen wird und als Gesamtschuldner sogar gegenüber Abnehmern anderer Mitglieder des Kartells haftet⁴⁸ oder im Innenregress der Gesamtschuldner von den anderen am Kartell beteiligten Unternehmen zivilrechtlich in Anspruch genommen wird. Für die Geschädigten kann es zudem interessant sein, von den Ermittlungen der Behörden im Wege sog. *follow on*-Klagen zu profitieren oder Ansprüche auf Akteneinsicht insbesondere in die Unterlagen zum

⁴³ BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 v. 7.3.2006, S. 2; Meyer-Lindemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/ders., Kartellrecht, GWB, § 81 Rn. 114.

⁴⁴ BKartA, Merkblatt, Das Settlement-Verfahren des Bundeskartellamtes in Bußgeldsachen v. Februar 2016, S. 1 f.

⁴⁵ Meyer-Lindemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/ders., Kartellrecht, § 82 GWB, Rn. 1.

⁴⁶ BKartA, Stellungnahme zur 8. GWB-Novelle, S. 27; daneben kommen der Behörde auch bei der privaten Kartellrechtsdurchsetzung Möglichkeiten zur Beteiligung und Information zu, vgl. § 90 GWB.

⁴⁷ Vgl. die Einschätzung bei Weber, Gegenwärtige Verbraucherrechtsfälle und Bedarf an staatlicher Rechtsdurchsetzung, VuR 2013, 323 (328).

⁴⁸ §§ 830, 840 BGB; vgl. BGH, Urt. v. 28.6.2011, KZR 75/10 – ORWI, Rn. 80; Köhler, Kartellverbot und Schadensersatz, GRUR 2004, 99 (101).

Bonus-Antrag geltend zu machen. Um Anreize für die Beteiligung am Kronzeugen-Programm zu erhalten,⁴⁹ schränkt das Unionsrecht Akteneinsichtsrechte in die Kronzeugenanträge stark ein⁵⁰ und beschränkt die Schadensersatzpflicht der Kronzeugen im Gesamtschuldverhältnis im Grundsatz auf ihre Abnehmer.⁵¹

2. Strukturelle Effekte der Haftung

Verstärkt werden die strukturellen Effekte der haftungsvermittelten Anreize zur eigenverantwortlichen Schadensvermeidung durch Sorgfaltspflichten, die sich auf die Binnenorganisation beziehen, und die Verknüpfung der Vorstandshaftung für Sorgfaltspflichtverletzung innerhalb des Unternehmens.

a. Binnenorganisation

Zivilrechtliche Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Schäden beziehen sich nicht nur auf den externen Kontakt des Unternehmens, etwa das Verhalten der Unternehmensangehörigen gegenüber Dritten, sondern umfassen je nach Situation auch die unternehmensinterne Organisation.⁵² Insbesondere wenn absehbare Schäden sich nur durch organisatorische Maßnahmen innerhalb des Unternehmens wirksam vermeiden lassen,⁵³ oder die Prävention unbekannter Risiken Vorkehrungen zur systematischen Beobachtung und Risikoanalyse voraussetzt,⁵⁴ bildet die Ausgestaltung der unternehmensinternen *Governance* ein Kriterium der verkehrserforderlichen Sorgfalt.

In einigen Bereichen, insbesondere im Banken-, Wertpapier- und Versicherungsaufsichtsrecht,⁵⁵ setzen gesetzliche Pflichten zur Einrichtung einer *Compliance*-Organisation an dieser Relevanz der Binnenorganisation für die Vermeidung von

⁴⁹ Europäische Kommission, KOM (2013), 404, Erwägungsgrund 19.

⁵⁰ Art. 6 Abs. 6 und 8 Richtlinie 2014/104/EU über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl.EU Nr. L 349 v. 5.12.2014, S. 1 ff., sowie § 33g Abs. 4 GWB-E nach der 9. GWB-Novelle, Referentenentwurf des BMWi, Bearbeitungsstand 1.7.2016, S. 17; vgl. zudem zur Beschränkung der Einsicht in Kronzeugenunternehmenserklärungen oder in Vergleichsausführungen auf die Ausübung von Verteidigungsrechten Art. 16a Abs. 2 VO (EG) Nr. 773/2004.

⁵¹ Art. 11 Abs. 4 der Richtlinie 2014/104/EU über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl.EU Nr. L 349 v. 5.12.2014, S. 1 ff.; Umsetzung in das nationale Recht im Zuge der 9. GWB-Novelle geplant in § 33e GWB-E, vgl. Referentenentwurf des BMWi, Bearbeitungsstand 1.7.2016, S. 16.

⁵² Eingehend zu deliktsrechtlichen Organisationspflichten *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 689 ff.

⁵³ Zur Produkthaftung etwa *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 702 ff.

⁵⁴ Zu Produktbeobachtungspflichten *Wagner*, Produktvigilanz und Haftung, VersR 2014, 905 ff.; *Sprau*, in: Palandt, BGB, § 823 Rn. 175; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 276 Rn. 16.

⁵⁵ § 25a KredWG; § 29 Abs. 1 VAG; näher, auch den Vorgaben der Solvency II-Richtlinie (RL 2009/138/EG v. 25.11.2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit, ABl.EU Nr. L 335 v. 17.12.2009, S. 1 ff.) *Reese/Ronge*, VersR 2011, 1217 ff.

Regelverstößen an.⁵⁶ In anderen Bereichen ist die Einrichtung einer solchen auf Haftungsvermeidung gerichteten Unternehmenseinheit nicht ausdrücklich gesetzlich vorgegeben, aber ab einer gewissen Unternehmensgröße oder Gefahrenneigung der Unternehmensaktivitäten üblich und im Hinblick auf die allgemeinen Unternehmensorganisationspflichten naheliegend.⁵⁷

Diese *Compliance*-Organisation ermittelt systematisch die für die jeweiligen Unternehmensaktivitäten spezifischen Risiken von Interessenkonflikten oder sonstigen Haftungsursachen. Haftungsvermeidung durch *Compliance*-Funktionen basiert auf der Generierung haftungsrelevanten Wissens.⁵⁸ *Compliance*-Beauftragte verfügen regelmäßig über keine oder nur stark eingeschränkte Weisungsrechte gegenüber den überwachten Unternehmenseinheiten. Ihre Effektivität beruht vielmehr auf einer unabhängigen, mit hinreichenden Ressourcen und Informationsrechten ausgestatteten Ausgestaltung der *Compliance*-Funktion. Die *Compliance*-Funktion vermeidet Haftungsfälle, indem sie die anderen Unternehmenseinheiten einerseits und die Unternehmensleitung andererseits über sich abzeichnende Risiken von haftungsauslösenden Regelverstößen informiert und dadurch die Qualität der zentral sowie dezentral getroffenen Unternehmensentscheidungen erhöht.

b. Haftungskopplung: Vorstandshaftung

Die strukturellen, auch auf die Binnenorganisation durchschlagenden Effekte der externen Haftung werden schließlich zusätzlich durch die Eigenhaftung der Unternehmensleitung verstärkt.⁵⁹ Diese zudem nur begrenzt versicherbare⁶⁰ Eigenhaftung setzt den für die Ausgestaltung der unternehmensinternen Abläufe zuständigen Stellen unmittelbare Anreize,

⁵⁶ Für einen umfassenden Überblick über die branchenspezifisch vorgegeben oder üblichen *Compliance*-Organisationen in der Banken- und Wertpapierdienstleistungsbranche, der Versicherungswirtschaft, der pharmazeutischen und chemischen Industrie, der Kreislauf- und Abfallwirtschaft, im Bauwesen, bei der Vermakelung von Immobilien, im Transportgewerbe, im Presse- und Verlagswesen, in der Lebensmittelwirtschaft, in Verbänden, der Öffentlichen Verwaltung sowie im Messebereich vgl. die Beiträge in Hauschka/Moosmayer/Lösler (Hrsg.), *Corporate Compliance*.

⁵⁷ Aus der umfangreichen Literatur zu unterschiedlichen Gesellschaftsformen siehe nur *Habersack*, Grund und Grenzen der *Compliance*-Verantwortung des Aufsichtsrats der AG, AG 2014, 1 (2 ff.); *Bicker*, *Compliance – organisatorische Umsetzung im Konzern*, AG 2012, 542 ff.; *Kort*, *Compliance-Pflichten und Haftung von GmbH-Geschäftsführern*, GmbHR 2013, 566 ff.

⁵⁸ *Broemel*, *Compliance durch Wissen*, RW 2013, 62 (64 ff.).

⁵⁹ Zur Innen- und Außenhaftung des Vorstands einer AG, der Geschäftsführung einer GmbH und der jeweiligen Aufsichtsräte siehe nur die Beiträge in Wellhöfer/Peltzer/Müller (Hrsg.), *Die Haftung von Vorstand Aufsichtsrat Wirtschaftsprüfer*; zu den strukturellen Effekten *Broemel*, RW 2013, 62 (85 ff.).

⁶⁰ So ist nach § 93 Abs. 2 S. 3 AktG bei von einer Aktiengesellschaft abgeschlossenen Versicherungen gegen die Haftung eines Vorstandsmitglieds ein Selbstbehalt von mindestens 10 Prozent des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitglieds vorzusehen; näher *Wagner*, *Organhaftung im Interesse der Verhaltenssteuerung*, ZHR 178 (2014), 227 (272 ff.); zu den Grenzen der Versicherbarkeit etwa bei vorsätzlichen und wissentlichen Pflichtverletzungen *Dreher*, *Versicherungsschutz für die Verletzung von Kartellrecht oder von Unternehmensinnenrecht in der D&O-Versicherung und Ausschluss vorsätzlicher oder wissentlicher Pflichtverletzungen*, VersR 2015, 781 (783 ff.).

die unternehmensinternen Voraussetzungen für eine angemessene Prävention von Schäden zu schaffen, die durch die Aktivitäten des Unternehmens entstehen können.

3. Konkretisierung der Haftungsvoraussetzungen

Auch wenn in haftungsbasierten Steuerungskonzepten das Wissen über Gefahrenpotentiale und Vermeidemöglichkeiten in erster Linie bei den Haftungsadressaten anfällt, werden bei der gerichtlichen Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen hoheitliche Entscheidungen über den jeweiligen Sorgfaltsmaßstab und damit ein entsprechendes Wissen erforderlich.⁶¹ Das Zivilprozessrecht ist in mehrfacher Hinsicht darauf angelegt, die im Einzelfall zur Beurteilung der Haftungsvoraussetzungen relevanten Informationen zusammenzutragen und darauf aufbauend übergreifende Haftungsmaßstäbe zu formulieren, die den Haftungsadressaten Orientierung für die weitere eigenverantwortliche Haftungsvermeidung bietet. Die Rechtsprechung konkretisiert insbesondere deliktsrechtliche Generalklauseln auf diese Weise, indem sie fallgruppenartig bereichsspezifische Sorgfaltsanforderungen herausarbeitet und dabei auch die Ungewissheit bei innovativen Technologien, die Grenzen der verfügbaren Prognoseinstrumente und schließlich das laufend gewonnene Erfahrungswissen berücksichtigt.

a. Zivilprozessuale Darlegungs- und Beweislastregeln

Im Zivilprozess obliegt es nach dem sog. Beibringungsgrundsatz⁶² den Parteien, die für den konkreten Rechtsstreit relevanten Tatsachen vorzutragen.⁶³ Von der Gegenpartei bestrittene Tatsachen bedürfen, wenn sie für den Rechtsstreit entscheidend sind, eines Beweises, wobei nach der Verteilung der Beweislast grundsätzlich jede Partei hinsichtlich der ihr günstigen Umstände beweisbelastet ist.⁶⁴ Um einen Schadensersatzanspruch gerichtlich durchzusetzen, muss die klagende Partei folglich im Grundsatz jede Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs, typischerweise also insbesondere die haftungsbegründende Pflicht- oder Rechtsverletzung, einen dadurch kausal entstandenen Schaden sowie das Verschulden des in Anspruch genommenen Schädigers darlegen und beweisen. Zu den Tatsachen, die

⁶¹ *Wagner/Bsaisou*, Beschleunigung der Energiewende durch Haftung, Ökonomische Anreize im Strudel des regulierungsrechts, JZ 2014, 1031 (1036) und *Wagner/Bsaisou*, Der Beitrag des Privatrechts zur Energiewende: Haftungsrecht im Strudel des Regulierungsrechts, S. 13 (29): „Die Verschuldenshaftung ist notwendig auf die gerichtliche Konkretisierung des Sorgfaltsstandards angewiesen, und sie funktioniert in der Praxis nur so gut, wie den Gerichten diese Aufgabe gelingt“.

⁶² *Musielak* in: *ders./Voit*, ZPO, 13. Auflage, 2016, Einl. Rn. 37 ff.; demgegenüber gilt etwa in verwaltungsgerichtlichen Verfahren der sog. Amtsermittlungsgrundsatz.

⁶³ Vgl. § 282 ZPO; Verspätungen im Vorbringen sanktioniert das Zivilprozessrecht zudem unter bestimmten Voraussetzungen durch Präklusion, vgl. § 296 Abs. 1-3 ZPO.

⁶⁴ Etwa für die Anwendbarkeit des privilegierten Haftungsmaßstabs der verkehrserforderlichen Sorgfalt unter Gesellschaftern einer GbR nach § 708 BGH, Urt. v. 24.9.2013, II ZR 391/12, Rn. 14 m.w.N.; zu Aufklärungspflichten von Treuhandkommanditisten BGH, Urt. v. 17.12.2009, III ZR 61/08, Rn. 20.

einen solchen Verschuldensvorwurf ausmachen, zählen das konkrete Verhalten des Schädigers sowie die für den Verstoß gegen den jeweiligen Sorgfaltsmaßstab relevanten Umstände. Diese Kombination aus Beibringungsgrundsatz und Beweislastverteilung richtet das zivilgerichtliche Verfahren darauf aus, dass die den Schadensersatzanspruch durchsetzende Partei die Umstände des Schadensverlaufs einschließlich der Rolle des Schädigers aufbereitet. Spiegelbildlich arbeitet die in Anspruch genommene Partei typischerweise Umstände, die zu ihrer Entlastung beitragen, heraus.

Beruhend die Umstände der Schadensentstehung und insbesondere die einen Verschuldensvorwurf begründenden Tatsachen in der Sphäre des Schädigers, sind sie für die geschädigte Partei unter Umständen nur schwer zu ermitteln oder gar zu beweisen. Diese zivilprozessualen Regeln der Beweislastverteilung kennen aus diesem Grund verschiedene Ergänzungen und Ausnahmen, von der sog. sekundären Darlegungslast⁶⁵ der nicht beweisbelasteten Partei über Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr.⁶⁶

Zusammengefasst begünstigen die zivilprozessualen Darlegungs- und Beweislastregeln eine Aufbereitung der haftungsrelevanten Umstände durch die Parteien und berücksichtigt dabei in gewissem Grad die situativ unterschiedlichen Möglichkeiten zur Sachverhaltsaufklärung.

b. Entwicklung der materiell-rechtlichen Sorgfaltsmaßstäbe

Der zivilrechtliche Fahrlässigkeitsmaßstab der verkehrserforderlichen Sorgfalt⁶⁷ setzt eine Abwägung aller Umstände des Einzelfalles voraus, bei der im Wesentlichen die Wahrscheinlichkeit und die Höhe eines drohenden Schadens den Möglichkeiten und Kosten der Schadensvermeidung gegenübergestellt werden. Auch wenn der rechtliche Fahrlässigkeitsmaßstab nicht mit einer ökonomischen Ermittlung des effizienten Maßes an Maßnahmen der Schadensvermeidung gleichgesetzt werden kann,⁶⁸ kommt wirtschaftlichen Erwägungen insbesondere bei der Liquidation von Sachschäden eine herausgehobene Bedeutung zu.⁶⁹

Die Bewertung der jeweiligen Umstände des Einzelfalles steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zu dem abstrakten, situationsübergreifenden Charakter der

⁶⁵ BGH, Urt. v. 17.12.2009, III ZR 61/08, Rn. 20; zum Sorgfaltspflichtverletzungen bei der Verwahrung von Kreditkarten und der Möglichkeit von Sicherheitslücken im System des kartenausgebenden Instituts BGH, Urt. v. 5.10.2004, XI ZR 210/03, Rn. 36 m.w.N.

⁶⁶ Näher zu Anscheinsbeweisen, zur Beweislastumkehr bei groben Behandlungsfehlern und zu Beweiserleichterungen bei sog. voll beherrschbaren Risiken und bei Arzneimittelschäden im Arzthaftungsrecht *Wagner*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 823 Rn. 844 f., Rn. 847 ff., Rn. 879 ff.

⁶⁷ § 276 Abs. 2 BGB; zur Beweislastumkehr für den Eintritt des Schadens nach Aufklärungspflichtverletzungen nach der sog. Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens BGH, Urt. v. 15.7.2014, XI ZR 418/13, Rn. 26 m.w.N.

⁶⁸ Zu Kosten-Nutzen-Analysen bei der Vermeidung von Sachschäden *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 276 Rn. 19 und unten, C.III.1.a und Fn. 185.

⁶⁹ Aus ökonomischer Perspektive *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 183 ff.

zivilrechtlichen Haftungstatbestände, die zum Teil als Generalklausel eine Bandbreite ganz unterschiedlicher Anwendungsbereiche abdecken. Als Folge dieses Spannungsverhältnisses bilden die Gerichte bei der Konkretisierung der Sorgfaltsmaßstäbe bereichsspezifische Fallgruppen heraus, die auf einer mittleren Abstraktionshöhe die unterschiedlichen Elemente typisierter Situationen verarbeiten. Solche fallgruppenspezifischen Sorgfaltsmaßstäbe betreffen beispielsweise die Arzthaftung,⁷⁰ die Produzentenhaftung⁷¹ oder die Eröffnung von Gefahrenbereichen für den Publikumsverkehr.⁷²

Dieser Modus der Konkretisierung rechtlicher Vorgaben über Gerichtsverfahren weist gegenüber gesetzlichen Vorgaben den Vorteil auf, dass die Gerichte durch die Bewertung sämtlicher Umstände des Einzelfalles einerseits und die Anknüpfung an vorangegangene und insbesondere an Entscheidungen höherer Instanzen andererseits bereichsspezifische Maßstäbe entwickeln, die ein erhebliches Maß an aufbereitetem Wissen über den in Rede stehenden Lebensbereich enthalten.⁷³

Schließlich betrifft die fallgruppenartige Typisierung der Sorgfaltsmaßstäbe nicht nur unterschiedliche Lebensbereiche, sondern auch verschiedene Phasen der technologischen oder ökonomischen Entwicklung und damit verbundene Unterschiede im Umfang des verfügbaren Erfahrungswissens und der verbliebenden Unsicherheit. Bei innovativen Technologien tragen die Gerichte in der Bemessung der Sorgfaltsmaßstäbe dem Mangel an Erfahrungswissen und den jeweiligen Möglichkeiten der Risikoerkennung gesondert Rechnung.⁷⁴

II. Wissensgenerierung in der öffentlich-rechtlichen Regulierung von Infrastrukturen

Die öffentlich-rechtliche Regulierung von Netzinfrastruktur öffnet Märkte, die in unterschiedlicher Weise durch strukturelle Faktoren der Marktmachtkonzentration gekennzeichnet sind, für eine Leistungsbereitstellung im Wettbewerb. Regulierungsinstrumente wie insbesondere die Zugangs- und Entgeltregulierung überformen die Leistungsbereitstellung am Markt auf einzelnen, durch infrastrukturbasierte

⁷⁰ Näher zur Konkretisierung der Sorgfaltspflichten, insbesondere unter Berücksichtigung der evidenzbasierten Medizin, Außenseitermeinungen und neuartigen Behandlungsmethoden *Wagner*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 823 Rn. 776 ff.

⁷¹ Zu den Verschuldensmaßstäben in der Produzentenhaftung, insbesondere den Fallgruppen der Konstruktionsfehler, Fabrikationsfehler und Instruktionsfehler, nach § 823 Abs. 1 BGB und nach dem Produkthaftungsgesetz näher *Sprau*, in: Palandt, BGB, § 823 Rn. 170, Rn. 172 ff., sowie § 3 ProdHaftG Rn. 8 ff.; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 702 ff.

⁷² Überblick über die Kriterien der Reichweite von Verkehrssicherungspflichten bei *Sprau*, in: Palandt, BGB, § 823 Rn. 51.

⁷³ Im Anschluss an *von Hayek Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 254 ff.

⁷⁴ Näher zu den Sorgfaltsmaßstäben bei der Einführung innovativer Technologien siehe unten, C.III.1.

Wettbewerbsblockaden charakterisierten Stufen der Wertschöpfungskette, um auf den vor- und nachgelagerten Märkten eine Koordination im Wettbewerb zu ermöglichen. Ungeachtet weiterer Nebenziele der Regulierung wie etwa der Gewährleistung einer flächendeckend angemessenen Versorgung⁷⁵ lässt sich das Regulierungsrecht der Netzwirtschaften in dieser Perspektive als Marktgewährleistungsrecht charakterisieren.⁷⁶ Damit teilt es in gewisser Weise das Regulierungsziel mit dem allgemeinen Kartellrecht,⁷⁷ ist jedoch im Gegensatz zur kartellrechtlichen Regulierung nicht darauf gerichtet, Märkte durch die negative Ausgrenzung bestimmter Verhaltensweisen vor Blockaden zu schützen,⁷⁸ sondern gibt positiv bestimmte Marktparameter, etwa Zugangsansprüche und -konditionen, insbesondere Entgelte, vor. Mit diesem positiven Ansatz geht ein besonderer, über das allgemeine Kartellrecht hinausgehender Wissensbedarf, nicht zuletzt bei der Bestimmung der Zugangskonditionen, einher (2.), der auf strukturelle Wissensdefizite mit unterschiedlichen Ursachen trifft (1.). Das öffentlich-rechtliche Regulierungsrecht hat aus diesem Grund sektorübergreifend unterschiedliche Mechanismen zur Wissensgenerierung im Regulierungsverfahren herausgebildet (3.).

1. Ursachen für Wissensdefizite

Wissensdefizite, denen die öffentlich-rechtliche Regulierung ausgesetzt ist, betreffen zum einen die gegenwärtige Marktsituation auf dem jeweiligen Markt (a.), zum anderen aber auch die zukünftige Marktentwicklung, also die Effekte des durch die Regulierung geförderten dynamischen Wettbewerbs (b.).

a. Statische Wissensdefizite: Informationsasymmetrien hinsichtlich der Marktsituation

Weder der Gesetzgeber noch die Regulierungsbehörde oder – wenn auch mit gewissen Einschränkungen – die betroffenen Marktteilnehmer kennen die Situation auf einem bestimmten Markt vollständig. Während Marktteilnehmer die Marktlage aufgrund ihrer unmittelbaren, aber jeweils perspektivabhängigen und damit begrenzten Beobachtung einschätzen können, sind Regulierungsbehörden bereits auf vermittelte Informationen

⁷⁵ Zum verfassungsrechtlichen Universaldienstregime im Telekommunikationssektor *Eifert*, Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat, S. 175 ff.; *Windthorst*, Der Universaldienst im Bereich der Telekommunikation, S. 112 ff., S. 262 ff.

⁷⁶ *Broemel*, Strategisches Verhalten in der Regulierung, S. 195 ff.

⁷⁷ Zum Verhältnis *Heise*, Das Verhältnis von Regulierung und Kartellrecht im Bereich der Netzwirtschaften, S. 110 ff., S. 144 ff.

⁷⁸ Zu den dem Kartellrecht zu Grunde liegenden Grundentscheidungen *Heise*, Das Verhältnis von Regulierung und Kartellrecht im Bereich der Netzwirtschaften, S. 114 ff.: Durchsetzung des Verbots von Kartellen und missbräuchlichen Verhaltensweisen; Ablehnung einer politisierten Kartellaufsicht im Sinne einer politisch motivierten Steuerung des Wettbewerbsprozesses.

angewiesen, sind aber im Gegensatz zum Gesetzgeber auf eine laufende Beobachtung der Marktentwicklung eingerichtet. Aus diesen Unterschieden in der Möglichkeit, Marktprozesse beobachten zu können, ergeben sich Informationsasymmetrien zwischen Marktteilnehmern, Regulierungsbehörde und Gesetzgeber. Marktteilnehmer verfügen in der Tendenz über ein umfassenderes Wissen über die jeweils aktuelle Marktsituationen, insbesondere über potentielle Wettbewerbsblockaden, die Konditionen einer regulierungsunabhängigen Leistungsbereitstellung und das Marktpotential bestimmter Vorleistungs- und Endkundenangebote, als die Regulierungsbehörde.⁷⁹ Diese erhält wiederum aus den laufenden Regulierungsverfahren, aber auch aus den Konsultationen der Marktteilnehmer eine breitere aktuelle Informationsbasis und vor allem die bessere Möglichkeit zum Aufbau von Expertise als ein Gesetzgeber, der in besonderen Ausschüssen auf die punktuelle Aufbereitung einschlägiger Erfahrungen insbesondere durch die Anhörung von Sachverständigen angewiesen ist.⁸⁰

Diese Informationsdefizite betreffen – mit unterschieden in den einzelnen Sektoren der Netzwirtschaften – zum einen die Frage, inwiefern auf einem bestimmten Wertschöpfungsstufe strukturelle Faktoren der Marktmachtkonzentration vorliegen, also ob bei der Leistungsbereitstellung bestimmte Skalen- oder sonstige Größenvorteile bestehen, inwiefern der Markt durch Marktzutrittsschranken gekennzeichnet ist, inwiefern Nachfrager auf funktionale Äquivalente einzelner Infrastrukturelemente zurückgreifen können, welche Kosten bei dem Betrieb einer bestimmten Netzelements entstehen sowie welche Rationalisierungspotentiale bestehen, in welchem Umfang die Investition in neue Infrastruktur technologischen und sonstigen Marktrisiken ausgesetzt ist und wie hoch die Nachfrage und Zahlungsbereitschaft auf der Endkundenebene ausfällt.⁸¹

b. Dynamischer Wettbewerb als Regulierungsziel

Neben diesen statischen, auf einen bestimmten Zeitpunkt bezogenen Ursachen für Wissensdefizite der regulierenden Stelle folgen aus dem Regulierungsziel, der Förderung von Wettbewerb, strukturelle Wissensdefizite.

Dynamische wettbewerbstheoretische Verständnisse von Marktprozessen akzentuieren ungeachtet nicht unerheblicher Unterschiede in ihren Prämissen zu den Zielen und der

⁷⁹ Allgemein *Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352 (436).

⁸⁰ *Herzmann*, Konsultationen, S. 46; *Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, S. 119 ff.; *I. Augsberg*, Informationsverwaltungsrecht, S. 119 f.

⁸¹ Zu Konzeption des Entscheidungsprogramms in der Telekommunikationsregulierung *Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, S. 143 ff.; *Broemel*, Strategisches Verhalten in der Regulierung, S. 201 ff.

politischen Gestaltbarkeit von Marktprozessen⁸² die entwicklungsoffene, innovationsfördernde Wirkung von Wettbewerb. Neben der statischen Allokation von Produktionsfaktoren und Gütern liegt eine wesentliche Funktion dynamischen Wettbewerbs demnach darin, innovative Produkte, Technologien oder sonstige Verhaltensweisen oder Merkmale dezentral durch einzelne Marktteilnehmer zu testen und über Imitationen durch andere Marktteilnehmer gegebenenfalls zu verbreiten.⁸³ Weil dynamisch verstandener Wettbewerb ein Such- und Entdeckungsverfahren⁸⁴ ist, das durch eine Vielzahl aufeinander bezogener Interaktionen, vor allem Auswahlentscheidungen und wechselseitige Beobachtungen der Marktteilnehmer, Wissen dezentral generiert und marktweit verteilt, begründet das Regulierungsziel dynamischen Wettbewerb schon von sich aus strukturelle Wissensdefizite. Soweit es der Regulierungsbehörde gelingt, die Rahmenbedingungen für dynamischen Wettbewerb hervorzurufen, unterliegt sie bei der Einschätzung der zukünftigen Marktentwicklung der für dynamischen Wettbewerb charakteristischen Ungewissheit. Der Grad dieser Ungewissheit ist in dynamischen Märkten der Telekommunikation, in denen sich Technologien auf unterschiedlichen Pfaden laufend fortentwickeln, tendenziell höher als im Bahn- oder Energiesektor.⁸⁵ Vor allem bei der Einführung neuer Technologien wie der Windenergie auf See verfügen allerdings sowohl die Windpark- als auch die Netzbetreiber und schließlich auch die Regulierungsbehörde nur sehr eingeschränkt über Erfahrungswissen.⁸⁶

2. Erforderliches Wissen

Diese Wissensdefizite wirken sich auf die Regelungsstruktur der öffentlich-rechtlichen Netzregulierung in den einzelnen Netzsektoren aus. Sektorübergreifend bestehen die gesetzlichen Regulierungsinstrumente wie insbesondere die Regelungen zur Zugangs- und Entgeltregulierung aus offenen, relativ unbestimmten Tatbeständen mit geringer materiell-

⁸² Eingehend *Kerber/Schwalbe*, Die ökonomischen Grundlagen des Wettbewerbsrechts, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Einl. Rn. 70 ff.

⁸³ Näher zu den Wettbewerbsansätzen Schumpeters und der Österreichischen Schule *Kerber/Schwalbe*, Die ökonomischen Grundlagen des Wettbewerbsrechts, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Einl. Rn. 101 ff.

⁸⁴ *Hayek*, Der Sinn des Wettbewerbs; *ders.*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren; Einordnung der österreichischen Marktprozesstheorie bei *Kerber/Schwalbe*, Die ökonomischen Grundlagen des Wettbewerbsrechts, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Einl. Rn. 108 ff.

⁸⁵ *Broemel*, Strategisches Verhalten in der Regulierung, S. 78 ff., S. 104 ff., S. 113 ff., S. 117 ff.

⁸⁶ Zur mangelnden Erfahrungswissen mit der Offshore-Technologie *Hansen/Cordes*, Die Probleme von regulierungsergänzenden Haftungsvorschriften am Beispiel der Anbindungen von Offshore-Anlagen an das terrestrische Stromnetz aus unternehmerischer Sicht, S. 97 (98 f.); *Wagner/Bsaisou*, Der Beitrag des Privatrechts zur Energiewende, S. 13 (30); *Wagner/Bsaisou*, Beschleunigung der Energiewende durch Haftung, Ökonomische Anreize im Strudel des regulierungsrechts, JZ 2014, 1031 (1037).

rechtlicher Regelungsdichte.⁸⁷ Vor allem der Entgeltmaßstab der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung⁸⁸ verweist auf ein Konzept marktanaloger Preise, die sich hypothetisch in einem funktionierenden Wettbewerb einstellen würden (sog. als-ob-Wettbewerb).⁸⁹ Die Konkretisierung der einzelnen Elemente, etwa der Effizienzanforderungen oder der für den jeweiligen Markt in der betreffenden Phase angemessenen Eigenkapitalverzinsung, verlagern die gesetzlichen Regelungen in das Regulierungsverfahren. Den Regulierungsverfahren kommt dadurch eine nicht unerhebliche rechtsetzende Funktion zu,⁹⁰ die mit Beurteilungsspielräumen der Regulierungsbehörde und einem entsprechend zurückgenommenen gerichtlichen Kontrollmaßstab einhergehen.⁹¹

3. Instrumente der Wissensgenerierung in Regulierungsverfahren

Um den damit verbundenen Informationsbedarf im Regulierungsverfahren decken zu können, haben Gesetzgeber und Regulierungsbehörde seit der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte durch das TKG 1996 schrittweise und sektorübergreifend unterschiedliche Mechanismen zur Generierung des erforderlichen Regulierungswissens im Verwaltungsverfahren entwickelt.⁹²

a. Kostenunterlagen

Einen wesentlichen, in der Praxis aber oftmals noch nicht hinreichenden Ausgangspunkt stellt die Pflicht des regulierten Netzbetreibers zur Vorlage von Kostenunterlagen dar.⁹³ Das Regulierungsrecht knüpft die Genehmigung von Netzentgelten typischerweise an die

⁸⁷ *Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, S. 123 ff.; Zur Entgeltregulierung *Masing*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden, S. D 117 ff.

⁸⁸ Zum Energierecht *Säcker/Meinzenbach*, Der Effizienzkostenmaßstab des § 21 Abs. 2 im System der energierechtlichen Netzentgeltgenehmigung, *Recht der Energiewirtschaft* 2009, 1 ff.

⁸⁹ Zum Energierecht *Groebel*, in: *Britz/Hellermann/Hermes*, EnWG, § 21 Rn. 67: Effizienzkriterium und Merkmal der Wettbewerbsanalogie als zwei Seiten derselben Medaille; zum Telekommunikationsrecht *Winzer*, in: *Beck'scher TKG-Kommentar*, § 32 TKG Rn. 16: Simulation von Wettbewerbspreisen.

⁹⁰ *Trute*, Regulierung – am Beispiel des Telekommunikationsrechts, S. 169 (175 ff.); *Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, S. 144 ff.

⁹¹ Zum Spielraum der BNetzA bei der Durchführung des Effizienzvergleichs im Rahmen der energierechtlichen Anreizregulierung BGH, *Beschl. v. 21.1.2014*, EnVR 12/12 – *Stadtwerke Konstanz GmbH*, Rn. 24; BGH, *Beschl. v. 7.10.2014*, EnVR 25/12, Rn. 26; daran anknüpfend die obergerichtliche Rechtsprechung, vgl. OLG Schleswig-Holstein, *Beschl. v. 10.3.2016*, 16 Kart 3/14, Rn. 48; zum Telekommunikationsrecht BVerwG, *Urt. v. 16.12.2015*, 6 C 27/14, Rn. 41; BVerwG, *Beschl. v. 10.12.2014*, 6 C 16/13, Rn. 35 ff.; BVerwG, *Beschl. v. 10.12.2014*, 6 C 18/13, Rn. 38; BVerwG, *Urt. v. 1.4.2015*, 6 C 36/13, Rn. 27; aus der Literatur *Ludwigs*, Regulierungsermessen: Spielräume gerichtlich eingeschränkter Kontrolle im Regulierungsrecht, *RdE* 2013, 297 ff.; *Schulz*, Beurteilungsspielräume als Wissensproblem – am Beispiel der Regulierungsverwaltung, *RW* 2012, 330 ff.; *Eifert*, Die gerichtliche Kontrolle der Entscheidungen der Bundesnetzagentur, *ZHR* 174 (2010), 449 ff.

⁹² Eingehend *Trute*, Regulierung – am Beispiel des Telekommunikationsrechts, S. 169 (175 ff.); *Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, S. 144 ff.

⁹³ Im Telekommunikationsrecht §§ 29 und 34 TKG; zum Auskunftsrecht *Gärditz*, Regulierungsrechtliche Auskunftsanordnungen als Instrument der Wissensgenerierung, *DVBl.* 2009, 69 ff.

vorherige Vorlage vollständiger Kostenunterlagen⁹⁴ und sieht zudem Vorgaben an die Aussagekraft und das Format der Unterlagen vor.⁹⁵

Allein die Vorlage dieser Kostenunterlagen deckt den Informationsbedarf der Regulierungsbehörde typischerweise noch nicht. Zum einen würde der ausschließliche Rückgriff auf Kostenunterlagen des regulierten Netzbetreibers eine Informationsabhängigkeit begründen und die Regulierungsbehörde wäre nur eingeschränkt in der Lage, die inhaltliche Richtigkeit der Angaben, etwa über die Zuschlüsselung der leistungsmengenneutralen Gemeinkosten oder über das Bestehen von Rationalisierungspotentialen, zu überprüfen.⁹⁶ Zum anderen bilden Kostenunterlagen bestenfalls den aktuellen Stand der Marktsituation einschließlich der bisherigen Entwicklung ab und geben über dynamische Marktentwicklung nur sehr eingeschränkt Aufschluss.

b. Vergleichsmarktbetrachtung

Die Regulierungsbehörde greift aus diesem Grund mit Unterschieden in den einzelnen Sektoren kumulativ zur Analyse der vorgelegten Kostenunterlagen auf eine Untersuchung von Vergleichsmärkten zurück.⁹⁷ Diese aus der allgemeinen kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle⁹⁸ bekannte Betrachtung sachlich vergleichbarer Märkte aus anderen räumlichen Gebieten oder Zeiten bietet den Vorteil einer unmittelbaren Beobachtung ähnlich komplexer Märkte. Ihr Nachteil liegt allerdings neben Einschränkungen in der Vergleichbarkeit angesichts abweichender Strukturmerkmale oder Kontexte, die auch schon im allgemeinen Kartellrecht regelmäßig Sicherheitszuschläge erforderlich machen,⁹⁹ in den Eigenschaften des jeweiligen Vergleichsmarkts. Bei leistungsgebundenen Märkten gehen die strukturellen Faktoren der Marktmachtkonzentration in der einen oder anderen Weise auf die Infrastruktur zurück¹⁰⁰ mit der Folge, dass die sachlich vergleichbaren Märkte typischerweise durch ähnliche Wettbewerbsprobleme und damit verbundenen Ineffizienzen gekennzeichnet sind.¹⁰¹ Selbst bei der im Grundsatz auf eine Bewertung von Endpreisen ausgerichtete

⁹⁴ Im Telekommunikationsrecht § 35 Abs. 3 S. 3 TKG.

⁹⁵ Im Telekommunikationsrecht § 34 Abs. 4 und 6 TKG.

⁹⁶ Zu den Informationsasymmetrien siehe oben, Fn. 80.

⁹⁷ Vgl. im Telekommunikationsrecht nur aus der jüngeren Zeit BVerwG, Urt. v. 16.12.2015, 6 C 27/14; zum wettbewerbsrechtlichen Ursprung der Vergleichsmarktbetrachtung BVerwG, Urt. v. 1.5.2015, 6 C 36/13, Rn. 23

⁹⁸ Zu Vergleichsmarktbetrachtung im allgemeinen Kartellrecht *Weyer*, Vergleichsmarktbetrachtungen in der Preismissbrauchskontrolle, S. 999 ff.

⁹⁹ Zur Berücksichtigung von Sicherheitszuschlägen bei Vergleichsmarktbetrachtungen in der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle BGH, Beschl. v. 22.7.1999, KVR 12/98 – *Flugpreisspaltung*, Rn. 24, m.w.N.; zumindest als Teil des sog. Erheblichkeitszuschlags noch BGH, Urt. v. 7.12.2010, KZR 4/10, Rn. 50.

¹⁰⁰ Näher *Broemel*, Strategisches Verhalten in der Regulierung, S. 78 ff., S. 129 ff.

¹⁰¹ *Berger-Kögler/Cornils*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 35 Rn. 28; in Abweichung von dem allgemeinen Kartellrecht beschränkt § 35 Abs. 1 Nr. 1 TKG die Vergleichsmarktbetrachtung aus diesem Grund auf

kartellrechtliche Missbrauchskontrolle akzeptiert die neuere Rechtsprechung bei der Überprüfung infrastrukturbasierter Märkte aus diesem Grund einen Vergleich der Kosten anhand einzelner Preisbildungsfaktoren.¹⁰²

Eine Vergleichsmarktbetrachtung plausibilisiert vor allem besondere Ineffizienzen einzelner Netzbetreiber, ohne allerdings schon eine hinreichende Grundlage zur Generierung des Regulierungswissens zu bieten.

c. Analytische Kostenmodelle

Ein weiterer, zunächst unter dem TKG 1996 von der Regulierungsbehörde erprobter und später gesetzlich normierter Weg zur Wissensgenerierung liegt in der Entwicklung analytischer Kostenmodelle.¹⁰³ Ihr Vorteil weitgehender Unabhängigkeit von den Kosteninformationen des modellierten Netzbetreibers macht in gewisser Weise zugleich die Kehrseite ihres Nachteils aus. Weil analytische Kostenmodelle auf dem „grünen Tisch“ unabhängig von Restriktionen tatsächlicher Unternehmensentscheidungen bei der Netzinvestition und dem Netzbetrieb sowie den damit verbundenen Pfadabhängigkeiten entworfen werden, ist ihre ex-post ermittelte Kosteneffizienz unter Umständen praktisch nicht erzielbar. In dem Maße, in dem analytische Kostenmodelle kontingente Entscheidungen etwa einer bestimmten, aus ex-post Perspektive suboptimalen Netzstruktur in der Modellierung berücksichtigen,¹⁰⁴ entsteht Unsicherheit über die durchaus ergebnisrelevante Entscheidung, welche tatsächlichen Strukturmerkmale dem Modell zu Grunde gelegt und damit einer Effizienzprüfung weitgehend entzogen werden.¹⁰⁵ Bereits in der Anfangsphase der öffentlich-rechtlichen Netzregulierung in Deutschland nutzte die Regulierungsbehörde Stellungnahmen der betroffenen Unternehmen und sonstigen interessierten Stellen zu den von der

vergleichbare, dem Wettbewerb geöffnete Märkte, ohne dass dadurch allerdings die strukturelle Schwäche kompensiert wäre.

¹⁰² BGH, Beschl. v. 14.7.2015, KVR 77/13 – *Wasserpreise Calw II*, Rn. 30 ff., BGH, Beschl. v. 15.5.2012, KVR 51/11 – *Wasserpreise Calw I*, Rn. 15.

¹⁰³ *Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, S. 146 ff.; zur Effizienzprüfung im Rahmen der Anreizregulierung im Energiesektor anhand analytischer Kostenmodelle *Meinzenbach*, Die Anreizregulierung als Instrument zur Regulierung von Netznutzungsentgelten im neuen EnWG, S. 286 ff.; *Hardach*, Die Anreizregulierung der Energieversorgungsnetze, S. 289 ff.

¹⁰⁴ Zum Telekommunikationsrecht *Trute*, Regulierung – am Beispiel des Telekommunikationsrechts, S. 169 (175 ff.).

¹⁰⁵ Dahinter standen in der Vergangenheit auch industriepolitische, auf die Förderung bestimmter Technologien gerichtete Gründe, *Trute*, Regulierung – am Beispiel des Telekommunikationsrechts, S. 169 (176); vgl. umgekehrt zur Billigung einer nicht-kostendeckenden Preisstrategie zur Förderung der schnellen Verbreitung von DSL-Produkten um die Jahrtausendwende Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand, Sondergutachten 33, Rn. 133.

Regulierungsbehörde in Auftrag gegebenen analytischen Modellen, um die unterschiedlichen Perspektiven, Positionen und Argumente sich gegeneinander abarbeiten zu lassen.¹⁰⁶

d. Konsultationen

Dieses diskursive Element der Wissensgenerierung ist zwischenzeitlich auf nationaler Ebene wie auch bei der Vorbereitung von regulatorischer Vorgaben auf Unionsebene¹⁰⁷ zu einem kontextübergreifenden Mechanismus der Wissensgenerierung ausgebaut worden.¹⁰⁸ Sowohl bei der Konzeption neuer Regulierungsinstrumente wie der Anreizregulierung¹⁰⁹ oder der Kooperationsvereinbarung der Gastransportnetzbetreiber¹¹⁰ im Energierecht als auch bei der von konkreten Verfahren unabhängigen Beobachtung der Marktentwicklung und des damit verbundenen Regulierungsbedarfs¹¹¹ und schließlich bei der Anwendung bestimmter Regulierungsinstrumente in konkreten, einzelfallbezogenen Regulierungsverfahren¹¹² werden Konsultationen systematisch zur Aufbereitung der jeweils relevanten Zusammenhänge eingesetzt.¹¹³ Bei komplexeren Themenbereichen schichten die Regulierungsbehörde oder die Europäische Kommission die Konsultationen in einzelne, aufeinander aufbauende Teilkomplexe ab und strukturieren den Konsultationsprozess durch aufbereitende Dokumente zum bisherigen Stand, dem vorläufigen Plan sowie dem Erkenntnisinteresse der Konsultation und regt durch die Benennung von Fragekreisen anschlussfähige und aufeinander bezogene Stellungnahmen an.¹¹⁴

¹⁰⁶ *Trute/Broemel*, Die Regulierung des Zugangs in den Netzwirtschaften, ZHR 170 (2006), 706 (726 ff.); zur Einführung des sog. *element based charge*-Entgeltsystems zusammenfassend Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand, Sondergutachten 33, Rn. 106 ff.

¹⁰⁷ Vgl. etwa im Energierecht zur Festlegung von Netzkodizes Art. 6 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 714/2009 v. 13.7.2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1228/2013, ABl.EU Nr. L 211 v. 14.8.2009, S. 15 ff., sowie Art. 6 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 715/2009 v. 13.7.2009 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1775/2005, ABl.EU Nr. L 211 v. 14.8.2009, S. 36 ff.; näher *Bauer*, Konsultation als kooperatives Element im Regulierungsprozess, EnWZ 2012, 71 ff.

¹⁰⁸ Eingehend, insbesondere zum Energiesektor, *Herzmann*, Konsultationen, S. 91 ff.; *Bauer*, Konsultationen als kooperatives Element im Regulierungsprozess, EnWZ 2012, 71 ff.

¹⁰⁹ Zu den Konsultationen bei der Erstellung eines Berichts zur Einführung der Anreizregulierung *Herzmann*, Konsultationen, S. 109 ff.

¹¹⁰ *Breuer/Kreienbrock/Seidewinkel/von Kopp-Colomb*, Die Kooperationsvereinbarung der Gasnetzbetreiber gemäß § 20 Abs. 1b) EnWG – ein Überblick, RdE 2006, 264 ff.

¹¹¹ Etwa im Rahmen der Gesetzgebung auf Ebene der Europäischen Union oder in informellen Foren regulierender Stellen *Herzmann*, Konsultationen, S. 91 ff.; zu den mit der dynamischen Funktion von Wettbewerb verbundenen Wissensdefiziten siehe oben, B.II.1.b.

¹¹² Im Telekommunikationsrecht §§ 12 Abs. 1, 13 TKG.

¹¹³ Zum Energiesektor *Herzmann*, Konsultationen, S. 91 ff., S. 109 ff.; für das Telekommunikationsrecht früh *Ladeur*, Regulierung nach dem TKG, K&R 1998, 479 ff.

¹¹⁴ Zu den Strukturen eingehend *Herzmann*, Konsultationen, S. 140 ff.

C. Netzanbindung von Offshore-Windenergieanlagen zwischen Haftung und Regulierung

Ansprüche der Betreiber von Windenergieanlagen auf See auf Anbindung an das Verteilnetz gehen im Grundsatz auf das Anbindungsregime des Gesetzes für den Ausbau erneuerbarer Energien (EEG) zurück, dessen allgemeine, für unterschiedliche Energieanlagen anwendbaren Regelungen allerdings wegen einiger Besonderheiten der Anbindung von Windenergieanlagen auf See in mehrfacher Hinsicht modifiziert werden (I.). Bei Verzögerungen des Ausbaus oder Störungen bereits errichteter Anbindungsleitungen sieht dieses besondere Regime einen im Grundsatz verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch des Windparkbetreibers vor, der für den anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber durch einen Belastungsausgleich ausgeglichen wird. Der in diesem Belastungsausgleich vorgesehene verschuldensabhängige Eigenanteil setzt dem Übertragungsnetzbetreiber haftungsähnliche Anreize zur Schadensvermeidung (II.) und wirft dabei die Frage nach der Konkretisierung der Sorgfaltsmaßstäbe angesichts weitgehend fehlender Erfahrungen mit der Offshore-Technologie auf. Die rechtlichen Sorgfaltsanforderungen können sowohl mittelbar durch Bewertungen der Regulierungsbehörde im nachgelagerten Entgeltregulierungsverfahren als auch unmittelbar durch zivilgerichtliche Entscheidungen konkretisiert werden. Das Regime der Netzanbindung von Windenergieanlagen auf See steht dadurch zwischen den Konzepten zivilrechtlicher Haftung und öffentlich-rechtlicher Regulierung (III.). Diese Überlagerung von Elementen der beiden Konzepte kann zu Interferenzen führen, die die Effizienz des Anbindungsregimes in Frage stellen, etwa bei der Versicherung ausfall- oder verzögerungsbedingter Schäden, der Konkretisierung entgeltregulatorischer Vorgaben durch die Regulierungsbehörde oder den Wechselwirkungen zwischen der hoheitlich beeinflussten Planung des Netzausbaus und den zivilrechtlichen Sorgfaltsmaßstäben (IV.).

I. Anspruch auf Anbindung

1. Grundsätze der Anbindung von Anlagen Erneuerbarer Energien

Das Regime der Netzanbindung von Windenergieanlagen auf See beruht im Ausgangspunkt auf den allgemeinen Regeln des Gesetzes für den Ausbau erneuerbarer Energien.

a. Marktanaloge Anreize durch Einspeisevergütung

Die grundsätzliche Systementscheidung, den Ausbau erneuerbarer Energien durch eine hoheitlich festgesetzte, aber von den privaten Netzbetreibern zu entrichtende

Einspeisevergütung zu fördern, die auf die Endverbraucher umgelegt werden kann, wies zum einen den Vorteil auf, dass allein diese Festsetzung einer zivilrechtlichen Einspeisevergütung in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs noch nicht als rechtfertigungsbedürftige Beihilfe eingeordnet worden ist.¹¹⁵ Zum anderen war diese Form der Förderung des Ausbaus Erneuerbarer Energien unabhängig von dem jeweiligen Standort und beließ also den Marktteilnehmern markttypische Anreize, günstige Standorte zu ermitteln, leistungsfähige Anlagen zu entwickeln und die Kosten der Errichtung und des Betriebs zu reduzieren.

b. Verhältnis zwischen Anlagen- und Netzbetreiber

Dieser Hintergrund der EEG-Systementscheidung prägt die allgemeine Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Anlagen- und Netzbetreiber. Dem Anlagenbetreiber steht auf der einen Seite ein zivilrechtlicher Anspruch auf Anschluss an der jeweils günstigsten Stelle des Netzes zu.¹¹⁶ Im Gegenzug trägt der Anlagenbetreiber die Kosten des Anschlusses einschließlich der erforderlichen Messanlagen.¹¹⁷ Sowohl die Errichtung der Anbindungsleitung als auch die Herstellung des Anschlusses erfolgen auf Kosten des Anlagenbetreibers, der insbesondere die entfernungsabhängigen Anbindungskosten als einen Faktor in seiner Standortentscheidung berücksichtigen wird.

¹¹⁵ EuGH, Urt. v. 13.3.2001, C-379/98 – *PreussenElektra*, Rn. 66: Regelung eines Mitgliedstaates, durch die private Elektrizitätsversorgungsunternehmen verpflichtet werden, den in ihrem Versorgungsgebiet erzeugten Strom aus erneuerbaren Energiequellen zu Mindestpreisen abzunehmen, die über dem tatsächlichen wirtschaftlichen Wert dieses Stroms liegen und durch die die sich aus dieser Verpflichtung ergebenden finanziellen Belastungen zwischen den Elektrizitätsversorgungsunternehmen und den privaten Betreibern der vorgelagerten Stromnetze aufgeteilt werden, stellt keine staatliche Beihilfe dar; anders hingegen die Folgerechtsprechung zu den immer feiner ausdifferenzierteren Regelungen der Mitgliedstaaten, die von Privaten zu zahlenden Finanzströme eingehend steuern, EuGH, Urt. v. 19.12.2013, C-262/12 – *Vent de Colère!*, Rn. 15 ff.: Mechanismus, mit dem die Mehrkosten, die Unternehmen durch eine Abnahmepflicht für Strom aus Windkraftanlagen zu einem Preis über dem Marktpreis entstehen, vollständig ausgeglichen werden und dessen Finanzierung von allen im Inland wohnhaften Stromendverbrauchern getragen wird, stellt Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel dar; dazu *Schlacke/Kröger*, Die Förderung erneuerbarer Energien in Frankreich als staatliche Beihilfe, ZUR 2015, 27 ff.; zum Ganzen *Schröder*, Grenzen der Umlage von Kosten auf die Allgemeinheit, AöR 140 (2015), 89 (107 ff.); *Ludwigs*, EEG-Umlage und Beihilferecht, REE 2014, 65 ff.; *Broemel*, State Aid Schemes Supporting Renewable Energies in Germany, HLR 2015, 29 (36 ff.); zur Beihilferechts-Konformität des EEG 2014 *Kahle*, Die beihilfenrechtliche Genehmigung des EEG 2014 durch die Europäische Kommission, NVwZ 2014, 1563 ff.; *Wustlich*, Das Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014, NVwZ 2014, 1113 ff. (1114).

¹¹⁶ So müssen Netzbetreiber nach der derzeitigen Fassung des § 8 Abs. 1 S. 1 EEG 2014 „Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien und aus Grubengas unverzüglich vorrangig an der Stelle an ihr Netz anschließen, die im Hinblick auf die Spannungsebene geeignet ist und die in der Luftlinie kürzeste Entfernung zum Standort der Anlage aufweist, wenn nicht dieses oder ein anderes Netz einen technisch und wirtschaftlich günstigeren Verknüpfungspunkt aufweist; bei der Prüfung des wirtschaftlich günstigeren Verknüpfungspunkts sind die unmittelbar durch den Netzanschluss entstehenden Kosten zu berücksichtigen. (...)“ Zwar darf der Netzbetreiber nach § 8 Abs. 3 EEG 2014 unter bestimmten Voraussetzungen einen anderen Verknüpfungspunkt zuweisen, muss dann allerdings nach § 16 Abs. 2 EEG 2014 die daraus entstehenden Mehrkosten tragen.

¹¹⁷ § 16 Abs. 1 EEG 2014.

Bei den Netzbetreibern kann allerdings aus unterschiedlichen Gründen ein Interesse an dem Anschluss der EE-Anlagen nicht ohne weiteres unterstellt werden. Neben den Einspeisevergütungen und dem Kosten etwaig erforderlicher Netzausbaumaßnahmen, die jeweils wenn auch mit Verzögerung umgelegt werden können, können die schwankenden Einspeisungen das Netzmanagement erschweren oder übergeordneten strategischen Zielen des Netzbetreibers potentiell entgegenstehen. Schließlich können von mangelnder Zuverlässigkeit des Anlagenbetreibers bei der Errichtung der angekündigten Anlage oder ihrem späteren Betrieb auch Investitionsrisiken des Netzbetreibers ausgehen. Um die Wahrscheinlichkeit zu senken, dass der anschlussverpflichtete Netzbetreiber den Netzanschluss verweigert oder von unangemessenen Bedingungen abhängig macht, setzen die Regelungen des EEG an die Stelle privatautonomer Verhandlungen über die Umsetzung des Netzanschlusses ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Anlagen- und Netzbetreiber. Dieses gesetzliche Schuldverhältnis, dessen Ziel es ist, die von dem Verweigerungspotential des Netzbetreibers ausgehenden Transaktionskosten zu senken, untersagt dem Netzbetreiber, die Erfüllung seiner gesetzlichen Pflichten von dem Abschluss eines Vertrags abhängig zu machen¹¹⁸ und erklärt die gesetzlichen Bestimmungen des EEG im Wesentlichen als nicht dispositiv.¹¹⁹

2. Öffentlich-rechtliche Überformung der Anbindung im Offshore-Bereich

Nachdem der Gesetzgeber die Anbindung der Windenergieanlagen auf See zunächst den allgemeinen, für die anderen EE-Anlagen in gleicher Weise geltenden Regelungen unterstellt hatte, erwies sich die Offshore-Technologie insbesondere auf Grund des fehlenden Erfahrungswissens als derart voraussetzungsvoll und risikoreich, dass bereichsspezifische Sonderregeln einführt worden sind, die den Ausbau sowohl der Windparks als auch der erforderlichen Anbindungsleitungen fördern sollten.¹²⁰ Danach war der anbindungsverpflichtete Übertragungsnetzbetreiber zu Errichtung der Anbindungsleitung zum Zeitpunkt der Betriebsbereitschaft der Windenergieanlage sowie zum anschließenden Betrieb verpflichtet.¹²¹ Die errichtete Anbindungsleitung galt als Teil des Energieversorgungsnetzes.¹²² Die Kosten der Planung, der Errichtung und des Betriebs der

¹¹⁸ § 7 Abs. 1 EEG 2014.

¹¹⁹ § 7 Abs. 2 EEG 2014.

¹²⁰ § 17 Abs. 2a und 2b EnWG a.F.

¹²¹ § 17 Abs. 2a S. 1 EnWG a.F.

¹²² § 17 Abs. 2a S. 5 EnWG.

Anbindungsleitung waren unter den Übertragungsnetzbetreibern zu verteilen¹²³ und konnten im Rahmen der Entgeltregulierung weitergegeben werden.

Dieses punktuell modifizierte Anbindungsregime warf trotz der in § 17 Abs. 2a EnWG a.F. vorgesehenen planerischen Elementen und eines rechtlich unverbindlichen, aber faktisch wegweisenden Leitfadens der Bundesnetzagentur¹²⁴ erhebliche Schwierigkeiten sowohl bei der effizienten Koordinierung der einzelnen anzubindenden Windparks als auch im Verhältnis zwischen Windpark- und Übertragungsnetzbetreiber hervor.¹²⁵ Um die Anbindung auch die Ausschöpfung von Synergieeffekten effizienter zu gestalten und die Planungssicherheit sowohl für Netzbetreiber als auch für Windparkbetreiber bei der zeitlichen Planung des Ausbaus ihrer jeweiligen Infrastruktur zu erhöhen, ersetzte der Gesetzgeber die punktuellen Regelungen in § 17 Abs. 2a und Abs. 2b EnWG a.F. durch ein eingehendes, Bundesfachplanung, Netzentwicklungsplanung und den Ausbau der einzelnen Anbindungsleitungen übergreifendes Regime.¹²⁶ Windparkbetreiber können danach bei der Regulierungsbehörde die Zuweisung von Anbindungskapazitäten beantragen, die im Knappheitsfall versteigert oder in einem anderen diskriminierungsfreien Zuweisungsverfahren vergeben werden.¹²⁷ Im Rahmen dieser zugewiesenen Kapazität haben Windparkbetreiber gegen den anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber einen Anspruch auf Netzanbindung ab dem planungsabhängigen verbindlichen Fertigstellungstermin.¹²⁸

II. Haftung des Netzbetreibers für Verzögerungen und Störungen

Zu diesem die allgemeinen Vorgaben des EEG modifizierenden Regime der Anbindung von Windenergieanlagen auf See zählen auch Regelungen zu den Folgen von Verzögerungen oder Störungen der Anbindungsleitung. Ein verschuldensunabhängiger Entschädigungsanspruch soll den Windparkbetreibern auch im Fall von Störungen oder Verzögerungen der Anbindungsleitungen kalkulierbare Finanzströme sichern und dadurch die Finanzierbarkeit

¹²³ § 17 Abs. 2a S. 7 EnWG a.F.

¹²⁴ BNetzA, Positionspapier zur Netzanbindungsverpflichtung gemäß § 17 Abs. 2a EnWG, Oktober 2009, sowie BNetzA, Annex zum Positionspapier Netzanbindungsverpflichtung gemäß § 17 Abs. 2a EnWG; näher, auch zur Wirkung, siehe unten, C.III.2.a.cc.

¹²⁵ *Kühling/Klein*, Der Belastungsausgleich für Haftungen bei der Offshore-Windenergie, DÖV 2014, 103 (104); *Schneider*, Aktuelle Rechtsprobleme von Offshore-Windenergieanlagen und ihrer Netzanbindung, S. 59 (73 ff.); *Hansen/Cordes*, Die Probleme von regulierungsergänzenden Haftungsvorschriften am Beispiel der Anbindungen von Offshore-Anlagen an das terrestrische Stromnetz aus unternehmerischer Sicht, S. 97 (99 f.), insbesondere zur Asymmetrie in den Planungszeiten des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers und der Windparkbetreiber.

¹²⁶ §§ 17a ff. EnWG, Überblick über die Neuregelung bei *Butler/Heinickel/Hinderer*, Der Rechtsrahmen für Investitionen in Offshore-Windparks und Anbindungsleitungen, NVwZ 2013, 1377 ff.

¹²⁷ § 17d Abs. 3, Abs. 4, Abs. 8 S. 1 Nr. 3 EnWG, näher *Schulz/Kupko*, Das neue Verfahren zur Zuweisung und zum Entzug von Offshore-Netzanschlusskapazitäten, EnWZ 2014, 457 (458 ff.).

¹²⁸ § 17d Abs. 6 S. 1, Abs. 2 S. 5 EnWG.

der Ausbauprojekte verbessern (1.). Umgekehrt sollen die mit der innovativen Technologie verbundenen Haftungsrisiken nicht die Finanzierbarkeit der Anbindungsleitung übermäßig beeinträchtigen. Für die vom anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber zunächst zu tragenden Kosten der Entschädigungszahlungen ist daher ein Belastungsausgleich unter den Übertragungsnetzbetreibern mit Möglichkeit der Wälzung auf Letztverbraucher vorgesehen, der allerdings einen verschuldensabhängigen Eigenanteil des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers enthält. Dieser verschuldensabhängige Eigenanteil setzt dem Übertragungsnetzbetreiber haftungsanaloge Anreize zur Vermeidung von Verzögerungen und Störungen (2.). Diese Sonderregeln zur Verteilung der Schäden, die durch eine Verzögerung oder Störung der Netzanbindung entstehen, werfen die Frage nach der Anwendbarkeit der allgemeinen schadensrechtlichen Regelungen auf. Während die Sonderregeln eine weitergehende Inanspruchnahme des Übertragungsnetzbetreibers für Vermögensschäden wegen Störungen oder Verzögerungen der Netzanbindung im Grundsatz ausschließen,¹²⁹ richten sich eine Reihe nicht geregelter Fragen nach den allgemeinen Grundsätzen (3.).

1. Finanzierungssicherheit für Anlagenbetreiber im Offshore-Bereich

Sinn und Zweck des verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruchs des Windparkbetreibers für Störungen und Verzögerungen der Netzanbindung¹³⁰ ist es, dem Windparkbetreiber das wirtschaftliche Risiko einer nicht verfügbaren Netzanbindung zu nehmen, also Finanzströme auch für den Fall zu sichern, dass eine Einspeisevergütung mangels Netzanbindung nicht erzielt werden kann.¹³¹ Da die bislang weitgehend unbekannte Offshore-Technologie auf der einen Seite erhebliche Verzögerungsrisiken birgt und auf der anderen Seite die Reichweite zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche nach dem vorhergehenden Anbindungsregime in mehrfacher Hinsicht unsicher war,¹³² erhöht der

¹²⁹ § 17e Abs. 1 S. 5, Abs. 2 S. 3 EnWG.

¹³⁰ § 17e Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 EnWG, näher *König*, Die Haftung der Übertragungsnetzbetreiber für den verzögerten Netzanschluss von Offshore-Windenergieanlagen, ZNER 2013, 113 (114 f.).

¹³¹ Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 17/10754, S. 26: „Ziel der Entschädigungsregelung in den §§ 17e ff. ist es, den notwendigen Ausbau der Offshore-Windenergie und die Errichtung der erforderlichen Anbindungen an das Onshore-Netz zu beschleunigen (...)“.

¹³² *Wustlich*, Das Recht der Windenergie im Wandel, ZUR 2007, 122 (128); *Compes/Schneider*, Aktuelle Probleme beim Netzanschluss von Offshore-Windparks, KSzW 2012, 277 (283 ff.); *dies.*, Die Netzanbindung von Offshore-Windparks – mehr Rechtssicherheit durch das Positionspapier, IR 2011, 146 (148); *Risse/Haller/Schilling*, Die Haftung des Netzbetreibers für die Anwendung von Offshore-Windenergieanlagen, NVwZ 2012, 592 (593 f.); Überblick bei *Thole*, Die zivilrechtliche Haftung des Netzbetreibers gegenüber dem Betreiber einer Offshore-Windenergieanlage für die verzögerte Netzanbindung, RdE 2013, 53 (54 f.) und *Wagner/Bsaisou*, Der Beitrag des Privatrechts zur Energiewende: Haftungsrecht im Strudel des Regulierungsrechts, S. 13 (15 f.); *Wagner/Bsaisou*, Beschleunigung der Energiewende durch Haftung, Ökonomische Anreize im Strudel des regulierungsrechts, JZ 2014, 1031 (1033 f.); zur Position der Übertragungsnetzbetreiber *Hansen/Cordes*, Die Probleme von

verschuldensunabhängige Entschädigungsanspruch die Attraktivität des geplanten Windparks für Investoren und damit seine Finanzierbarkeit (sog. *bankability*) erheblich.

Dieses Regelungsziel wirkt sich sowohl auf den Umfang des Entschädigungsanspruchs als auch auf sein Verhältnis zu den EEG-Förderzeiträumen aus. Der Entschädigungsanspruch setzt zum einen grundsätzlich¹³³ voraus, dass der Windpark betriebsbereit errichtet ist.¹³⁴ Zum anderen richtet sich die Höhe der Entschädigung abgesehen von einer Absenkung in Höhe von 10 %¹³⁵ nach der im konkreten Fall tatsächlich entgangenen Einspeisevergütung.¹³⁶ Den Windparkbetreiber trifft insofern die Nachweispflicht sowohl hinsichtlich der Windverhältnisse zu dem betreffenden Zeitraum als auch hinsichtlich der Leistung der jeweiligen Anlage.¹³⁷ Dieser Nachweis ist unter Umständen mit nicht unerheblichem Aufwand verbunden,¹³⁸ zumal die Aussetzung einzelner Windkraftanlagen sich durch den Wegfall von Abschattungseffekten auf die Windsituation anderer Windkraftanlagen auswirken kann.¹³⁹ Schließlich wird der Zeitraum, für den eine Entschädigung gewährt wird, auf den EEG-Förderzeitraum angerechnet.¹⁴⁰

2. Eigenanteil im Belastungsausgleich als haftungsvermittelter Anreiz

Um darüber hinaus auch die Finanzierbarkeit des Ausbaus der Netzanbindung zu gewährleisten, sieht § 17f EnWG einen Belastungsausgleich der Haftungskosten unter Übertragungsnetzbetreibern vor. Die Haftungskosten sind danach, abzüglich der mit dem

regulierungsergänzenden Haftungsvorschriften am Beispiel der Anbindungen von Offshore-Anlagen an das terrestrische Stromnetz aus unternehmerischer Sicht, S. 97 (104 f.).

¹³³ Eine Ausnahme ist in § 17e Abs. 2 S. 4 EnWG bei Verzögerungen der Anbindungsleitung vorgesehen. Danach genügt es für den Entschädigungsanspruch, „wenn das Fundament der Windenergieanlage auf See und die für die Windenergieanlage auf See vorgesehene Umspannanlage zur Umwandlung der durch eine Windenergieanlage auf See erzeugten Elektrizität auf eine höhere Spannungsebene errichtet sind und von der Herstellung der tatsächlichen Betriebsbereitschaft zur Schadensminderung abgesehen wurde“.

¹³⁴ BNetzA, Leitfaden zur Ermittlung einer umlagefähigen Entschädigung bei Störung, Verzögerung oder Wartung der Netzanbindung von Offshore-Anlagen, Oktober 2013, S. 4.

¹³⁵ Hintergrund dieser Absenkung war es, den Windparkbetreibern um unternehmerischen, mit der innovativen Technologie verbundenen Risiko zu beteiligen, Begründung Regierungsentwurf, BT-Drs. 17/10754, S. 27.

¹³⁶ BNetzA, Leitfaden zur Ermittlung einer umlagefähigen Entschädigung bei Störung, Verzögerung oder Wartung der Netzanbindung von Offshore-Anlagen, Oktober 2013, S. 7.

¹³⁷ Zur Ermittlung der nicht eingespeisten Strommenge näher BNetzA, Leitfaden zur Ermittlung einer umlagefähigen Entschädigung bei Störung, Verzögerung oder Wartung der Netzanbindung von Offshore-Anlagen, Oktober 2013, S. 7 ff.; zur Nachweispflicht BNetzA, a.a.O., S. 13 f.

¹³⁸ Unterschiede ergeben sich insoweit zwischen dem Fall der Störung oder Wartung der Netzanbindung einerseits und ihrer Verzögerung andererseits, da im Fall der Störung oder Wartung regelmäßig bereits Erfahrungswerte zur Einspeiseleistung der Windenergieanlage verfügbar sind, BNetzA, Leitfaden zur Ermittlung einer umlagefähigen Entschädigung bei Störung, Verzögerung oder Wartung der Netzanbindung von Offshore-Anlagen, Oktober 2013, S. 7 ff., 10.; das Bundeswirtschaftsministerium regt im Hinblick auf die Schwierigkeiten bei der Dokumentation der Windsituation die Installation geeichter Windmessmasten an, BMWi, Evaluierungsbericht gemäß § 17i EnWG, S. 3, S. 21.

¹³⁹ BMWi, Evaluierungsbericht gemäß § 17i EnWG, S. 3, S. 21.

¹⁴⁰ Zu Unklarheiten im Verhältnis zwischen verschuldensunabhängiger Entschädigung und der Direktvermarktung nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 *Prall/Thomas*, Direktvermarktung vergessen? Zur Berechnung der Entschädigung bei Verzögerung, Störung oder Wartung der Netzanbindung von Offshore-Anlagen nach § 17e EnWG, ZNER 2015, 332 ff.

Schadensereignis zusammenhängenden Ansprüche des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers, abhängig von den an die Letztverbraucher gelieferten Strommengen unter den Übertragungsnetzbetreibern auszugleichen und können dann als Aufschlag auf die Netzentgelte an die Letztverbraucher weitergewälzt werden.¹⁴¹ Die Kosten, die den Windparkbetreibern durch Störungen oder Verzögerungen der Netzanbindung entstehen, werden auf diese Weise über die Übertragungsnetzbetreiber sozialisiert.

Allerdings verbleibt ein verschuldensabhängiger Teil dieser Kosten als sog. Eigenanteil beim anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber. Die Kosten einer vorsätzlich herbeigeführten Störung oder Verzögerung trägt der Anbindungsverpflichtete Übertragungsnetzbetreiber vollständig.¹⁴² Bei fahrlässig verursachten Schäden trägt der anbindungsverpflichtete Übertragungsnetzbetreiber bis zu einer bestimmten Kappungsgrenze einen degressiven Eigenanteil von 20 % bis 5 %.¹⁴³ Für fahrlässig, jedoch nicht grob fahrlässig verursachte Schäden ist zudem eine zusätzliche Haftungsbegrenzung in Höhe von 17,5 Millionen Euro je Schadensereignis vorgesehen, wobei eine zumindest grobe Fahrlässigkeit vermutet wird.¹⁴⁴ Unverschuldet verursachte Schäden werden vollständig ausgeglichen.

Bei diesem Eigenanteil handelt es sich dogmatisch nicht um eine Haftung auf Schadensersatz, sondern eine verschuldensabhängige Beschränkung eines Ausgleichs für eine verschuldensunabhängige Entschädigung.¹⁴⁵ Gleichwohl vermittelt dieser Eigenanteil dem anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber einer zivilrechtlichen Haftung ähnliche Anreize.¹⁴⁶ Bis zum Erreichen einer der beiden Begrenzungen des Eigenanteils bestehen für den anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber Anreize, störungs- oder verzögerungsbedingte Schäden zu vermeiden, bereits eingetretene Schäden zu minimieren und die jeweils anwendbaren Sorgfaltsmaßstäbe zur Schadensvermeidung oder -reduktion einzuhalten, um die Kosten der Haftung weiterreichen zu können.

¹⁴¹ § 17f Abs. 1 S. 1 und 2 EnWG; Überblick bei *Kühling/Klein*, Der Belastungsausgleich für Haftungen bei der Offshore-Windenergie, DÖV 2014, 103 (104 f.).

¹⁴² § 17f Abs. 2 S. 1 EnWG.

¹⁴³ § 17f Abs. 2 S. 2 EnWG.

¹⁴⁴ § 17f Abs. 2 S. 3 und 4 EnWG.

¹⁴⁵ Zur verfassungsrechtlichen Frage der Verhältnismäßigkeit eines solchen Eigenanteils der Übertragungsnetzbetreibers Kombination mit der Anbindungspflicht *Kühling/Klein*, Der Belastungsausgleich für Haftungen bei der Offshore-Windenergie, DÖV 2014, 103 (105 f.) sowie weitergehend *Burgi*, Die Offshore-Anbindungs- und Haftungsregelungen auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, GewArch Beilage WiVerw Nr. 1/2014, 76 (79 ff.).

¹⁴⁶ *Wagner/Bsaisou*, Beschleunigung der Energiewende durch Haftung, Ökonomische Anreize im Strudel des regulierungsrechts, JZ 2014, 1031 (1035, 1037 f.); *Wagner/Bsaisou*, Der Beitrag des Privatrechts zur Energiewende: Haftungsrecht im Strudel des Regulierungsrechts, S. 13 (24): Eigenanteil entspricht funktional dem aus der Haftpflichtversicherung geläufigen Selbstbehalt.

3. Haftungsrechtliche Konsequenzen

Diese besondere Ausgestaltung der verschuldensunabhängigen Entschädigung für die Kosten der Störung oder Verzögerung der Netzanbindung wirft Fragen nach ihrem Verhältnis zu den allgemeinen zivilrechtlichen Haftungsregeln, etwa hinsichtlich einer weitergehenden Haftung des Übertragungsnetzbetreibers, einer umgekehrten Haftung des Windparkbetreibers oder der Berücksichtigung eines Mitverschuldens, auf.

Ausgangspunkt der Einführung der speziellen Regelung zur verschuldensunabhängigen Entschädigung und des Belastungsausgleichs war neben dem hohen Risiko verzögerungsbedingter Schäden¹⁴⁷ die Rechtsunsicherheit hinsichtlich des grundsätzlichen Bestehens, der Voraussetzungen und der Reichweite etwaiger Schadensersatzansprüche des Windparkbetreibers wegen Verzögerungen der Netzanbindung.¹⁴⁸ Umstritten waren insbesondere die Anwendbarkeit der allgemeinen zivilrechtlichen oder energiewirtschaftsrechtlichen Anspruchsgrundlagen für Schadensersatz¹⁴⁹ sowie eine etwaige Zurechnung des Verschuldens von Auftragnehmern des Übertragungsnetzbetreibers.¹⁵⁰ Die Einführung eines verschuldensunabhängigen Anspruchs auf Entschädigung sollte zum einen hinsichtlich der Schäden aus verzögerten oder gestörten Netzanbindungen Rechtsicherheit schaffen¹⁵¹ und zum anderen die Entschädigungsansprüche der Höhe nach begrenzen. Während auf Naturalrestitution zielende Schadensersatzansprüche prinzipiell sämtliche Kosten abdecken, die durch das schädigende Ereignis kausal und zurechenbar entstanden sind, ist der nunmehr verschuldensunabhängig vorgesehene Entschädigungsanspruch auf einen Anteil der entgangenen Einspeiserlöse begrenzt, deckt also insbesondere nicht die zur Erhaltung des nicht in Betrieb befindlichen Windparks erforderlichen Mehrkosten ab.¹⁵² Aus diesem Grund ist der Entschädigungsanspruch für störungs- oder verzögerungsbedingte Schäden grundsätzlich als abschließend geregelt anzusehen.¹⁵³

Trotz dieses abschließenden Charakters steht die punktuelle Entschädigungsregelung allerdings dem Rückgriff auf die allgemeinen haftungsrechtlichen Regelungen nicht vollständig entgegen. Das gesetzliche Regime einer verschuldensunabhängigen

¹⁴⁷ Siehe oben, C.II.1.

¹⁴⁸ *Wiederholt/Bode/Reuter*, Rückenwind für den Ausbau der Offshore-Windenergie, NVwZ 2012, 1207 (1208).

¹⁴⁹ Siehe bereits oben, Fn. 132.

¹⁵⁰ § 278 BGB; für die vorhergehende Rechtslage nach § 17 Abs. 2a EnWG verneinend LG Berlin, Urt. v. 12.8.2013, 99 O 127/11, Rn. 83.

¹⁵¹ Begründung Regierungsentwurf, BT-Drucks. 17/10754, S. 26.

¹⁵² Begründung Regierungsentwurf, BT-Drucks. 17/10754, S. 27: etwa Kosten des Notbetriebs und von Wartungsarbeiten.

¹⁵³ Nach § 17d Abs. 1 S. 4 EnWG ist über die Entschädigung nach § 17d Abs. 1 hinaus eine Inanspruchnahme des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers für Vermögensschäden auf Grund einer gestörten Netzanbindung ausgeschlossen; gleiches gilt nach § 17d Abs. 2 S. 3 EnWG für verzögerungsbedingte Schäden.

Entschädigung mit anschließendem Belastungsausgleich hat dem Windparkbetreiber und seiner Investoren das Marktrisiko von Störungen oder Verzögerungen der Netzanbindung abgenommen,¹⁵⁴ ohne dabei allerdings die Sorgfaltsanforderungen an die Windparkbetreiber im Umgang mit der Netzanbindung und dem Übertragungsnetzbetreiber zu modifizieren. Dogmatisch beseitigt der verschuldensunabhängige Entschädigungsanspruch nicht das zwischen EE-Anlagen und dem anbindungsverpflichteten Netzbetreiber bestehende gesetzliche Schuldverhältnis,¹⁵⁵ das die Grundlage zur Regelung aller Fragen bildet, die nicht durch den speziellen Ausgleichsanspruch abschließend normiert sind.¹⁵⁶ Neben Fragen des Mitverschuldens des Windparkbetreibers richten sich insbesondere die den Übertragungsnetzbetreiber treffenden Sorgfaltsanforderungen sowie die Voraussetzungen einer Zurechnung des Verschuldens von dessen Auftragnehmern nach den allgemein für Schuldverhältnisse geltenden Regelungen.

a. Zurechnung des Verschuldens von Auftragnehmern des Netzbetreibers

Nach den allgemeinen schuldrechtlichen Regelungen muss jede Partei eines Schuldverhältnisses sich grundsätzlich das Verschulden derjenigen Dritten zurechnen lassen, die sie zur Erfüllung einer sie treffenden Verbindlichkeit eingeschaltet hat.¹⁵⁷ Der Hintergrund dieser Regelung liegt darin, dass eine Partei, die im Sinne einer Arbeitsteilung bei der Erfüllung ihrer Verbindlichkeit auf Dritte zugreift, sich dadurch nicht der Haftung für Pflichtverletzungen entziehen können soll.¹⁵⁸ Für die Zurechnung eines Verschuldens ist die Reichweite der Pflicht aus dem Schuldverhältnis entscheidend. Nach dem novellierten Anbindungsregime umfasst die Pflicht des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers sowohl die Errichtung als auch den Betrieb der Anbindungsleitung.¹⁵⁹ Die gesetzlichen Vorgaben beziehen sich zudem auch auf den zeitlichen Ablauf des Ausbaus¹⁶⁰ und auf die Koordination mit dem Windparkbetreiber, dem

¹⁵⁴ Siehe oben, C.II.1.

¹⁵⁵ Siehe oben, C.I.1.b.

¹⁵⁶ Anders offenbar für die Anschlusspflicht aus § 17 Abs. 2a EnWG a.F. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.6.2014, VI-3 Kart 93/13 (V), Rn. 26: „Das Netzanschlussverhältnis nach § 17 Abs. 2a EnWG in der bis zum 27. Dezember 2012 gültigen Fassung (im Folgenden: a. F.) kommt nicht kraft Gesetzes zustande, sondern durch Abschluss eines Netzanschlussvertrags (...). § 17 Abs. 1 EnWG a.F. setzt zur Begründung des Netzanschlussverhältnisses den Abschluss eines Netzanschlussvertrags zwischen Anschlussnehmer und Netzbetreiber voraus“; anders zu § 17 Abs. 2a EnWG a.F. *Bourwieg*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. Aufl., § 17 Rn. 47a: gesetzlicher Anschlussanspruch und Geltung der gesetzlichen Haftungsvoraussetzungen; *Thole*, Die zivilrechtliche Haftung des Netzbetreibers, RdE 2013, 53 (57).

¹⁵⁷ Nach § 278 S. 1 BGB hat der Schuldner ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden.

¹⁵⁸ *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 278 Rn. 1.

¹⁵⁹ § 17d Abs. 1 S. 1 EnWG.

¹⁶⁰ § 17d Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 und 2 EnWG.

die Anbindungskapazität zugewiesen worden ist. Im Gegensatz zu einer zivilgerichtlichen Entscheidung, die zur Anschlusspflicht nach § 17 Abs. 2a EnWG a.F. ergangen ist,¹⁶¹ bringt das Anbindungsregime in § 17d EnWG zum Ausdruck, dass die Errichtung in den Pflichtenkreis des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers fällt.¹⁶² Daher ist sowohl das Verschulden eines Generalunternehmers als auch der Unternehmer, die lediglich für bestimmte Teile des Ausbaus beauftragt wurden, zurechenbar.

Eine solche Zurechnung ist überdies für die Reichweite der haftungsbasierenden Anreize zentral. Ein nicht unerheblicher Anteil der Verzögerungen und Störungen der Netzanbindungsleitung dürfte auf Ursachen zurückgehen, die zumindest auch im Verantwortungsbereich von Auftragnehmern des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers liegen. Die von dem Eigenanteil im Belastungsausgleich ausgehende Anreizwirkung erfasst dieses Potential für Optimierung durch wirtschaftlich angemessene Maßnahmen zur Schadensvermeidung nur bei der Zurechnung eines etwaigen Verschuldens.¹⁶³

Die Übertragungsnetzbetreiber unterstellen allerdings derzeit bei der Durchführung des Belastungsausgleichs, dass die von dem anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber mit der Errichtung der Anbindungsleitung beauftragten (General-)Unternehmer keine Erfüllungsgehilfen darstellen und ein etwaiges Verschulden demnach dem Übertragungsnetzbetreiber nicht zuzurechnen ist, obwohl ein anbindungsverpflichteter Übertragungsnetzbetreiber in seinem Konzernlagebericht von der Zurechnung des Verschuldens der Auftragnehmer ausgeht und vor den sich daraus ergebenden Haftungsrisiken warnt.¹⁶⁴ Der Anwendungsbereich der Sorgfaltspflicht, deren Verletzung zu

¹⁶¹ LG Berlin, Urt. v. 12.8.2013, 99 O 127/11, Rn. 83: Herstellung und Verlegung des Seekabels keine Pflicht des Übertragungsnetzbetreibers gegenüber dem Windparkbetreiber; anders auch zur bisherigen Rechtslage bereits *Wustlich*, Das Recht der Windenergie im Wandel, ZUR 2007, 122 (128); *Compes/Schneider*, Aktuelle Probleme beim Netzanschluss von Offshore-Windparks, KSzW 2011, 277 (281 f.); *Thole*, Die zivilrechtliche Haftung des Netzbetreibers gegenüber dem Betreiber einer Offshore-Windenergieanlage für die verzögerte Netzanbindung, RdE 2013, 53 (57); anders *Risse/Haller/Schilling*, Die Haftung des Netzbetreibers für die Anwendung von Offshore-Windenergieanlagen, NVwZ 2012, 592 (597).

¹⁶² Zum Ganzen *Broemel*, Verschuldenszurechnung, Sorgfaltsmaßstäbe und Präventionskonzepte bei der Anbindung von Windenergieanlagen auf See, ZUR 2015, 400 (401 f.).

¹⁶³ Entsprechend geht die Begründung der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie, BT-Drucks. 17/11705, S. 54, zum Eigenanteil in § 17f Abs. 2 EnWG ausdrücklich von einer Zurechnung des Verschuldens von Erfüllungsgehilfen aus.

¹⁶⁴ So heißt es in dem Konzernlagebericht und Konzernabschluss 2014 der Eurogrid GmbH, die mit der 50 Hertz Transmission GmbH und dem anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber 50 Hertz Offshore GmbH einen Konzern bildet, auf S. 18: „Die Anbindung von OWP ist ein Geschäftsfeld mit zusätzlichen technischen und organisatorischen Herausforderungen, da der Gesetzgeber entschieden hat, Windparks relativ weit vor den deutschen Küsten entstehen zu lassen. Technische Probleme werden trotz sorgfältiger Vorbereitungen und Analysen oft erst in der Umsetzungsphase entdeckt und müssen dann umgehend gelöst werden. Verzögerungen und Änderungen in der Planungs- und Bauphase sind daher möglich. Wird 50Hertz die Verantwortung für die Verspätung zugerechnet (das ist z.B. auch der Fall, wenn das Verschulden bei einem Vertragspartner von 50Hertz liegt), muss die Gesellschaft dem Windparkbetreiber den finanziellen Schaden im Wesentlichen ersetzen.“ (abrufbar unter <http://www.eurogrid.com/de-de/Finanzen/Publikationen>, zuletzt abgerufen am 28.7.2016).

einem Eigenanteil führt, beschränkt sich dadurch für den anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber im Wesentlichen auf die Auswahl und Überwachung der Generalunternehmer,¹⁶⁵ während der wirtschaftlich angemessene Umgang mit den technologischen Risiken in erster Linie die Tätigkeit der Generalunternehmer und ihrer etwaigen Unterauftragnehmer betrifft. Diese Zurechnungspraxis reduziert den Anwendungsbereich, auf den sich der Eigenanteil bezieht, und die Anreizwirkung erheblich. So lag der Eigenanteil in den Jahren 2013 und 2014 bei Entschädigungszahlungen in Höhe von 291 Millionen (2013) und 902 Millionen (2014) Euro jeweils bei 0 Euro.¹⁶⁶

b. Mitverschulden des Windparkbetreibers bei Verzögerung der Netzanbindung

Bei zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen ist eine Mitwirkung des Geschädigten sowohl an der Schadensentstehung als auch an der Höhe eines eingetreten Schadens, etwa durch unterlassene Maßnahmen der Schadensminderung, bei der Bemessung des Schadensersatzanspruchs zu berücksichtigen.¹⁶⁷ Entsprechend sehen die Regelungen zum Entschädigungsanspruch für die Störung der Netzanbindung vor, dass der Entschädigungsanspruch entfällt, soweit der Windparkbetreiber die Störung zu vertreten hat.¹⁶⁸ Für den Entschädigungsanspruch wegen der Verzögerung der Netzanbindungsleitung¹⁶⁹ fehlt eine entsprechende Regelung.

Dieses Fehlen einer entsprechenden Regelung bei Verzögerungen der Anbindungsleitung könnte für einen Umkehrschluss sprechen, nachdem der Gesetzgeber bei Verzögerungen der Netzanbindung absichtlich keine Berücksichtigung eines etwaigen Mitverschuldens des Windparkbetreibers vorgesehen hat. Eine solche absichtsvolle Lücke dürfte dann nicht durch den Rückgriff auf die allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen umgangen werden.

Gegen einen Umkehrschluss sprechen jedoch der Sinn und Zweck des verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruchs. Er soll Windparkbetreibern und ihren Investoren die Risiken einer nicht verfügbaren Anbindungsleitung, also eines von ihnen nicht beeinflussbaren Marktrisikos nehmen, sie allerdings nicht vor den Folgen eines eigenen Fehlverhaltens schützen. Geht also die Verzögerung der Fertigstellung einer Anbindungsleitung (auch) darauf zurück, dass der Windparkbetreiber Mitwirkungspflichten bei der Errichtung nicht nachgekommen ist,¹⁷⁰ die Errichtungsarbeiten behindert oder vor der

¹⁶⁵ Vgl. BMWi, Evaluierungsbericht gemäß § 17i EnWG, S. 17.

¹⁶⁶ BMWi, Evaluierungsbericht gemäß § 17i EnWG, S. 2 und 17.

¹⁶⁷ § 254 Abs. 1 und Abs. 2 BGB.

¹⁶⁸ § 17e Abs. 1 S. 5 EnWG.

¹⁶⁹ § 17e Abs. 2 EnWG.

¹⁷⁰ Für einen Schadensersatzanspruch des Übertragungsnetzbetreibers gegen den Windparkbetreiber wegen Verletzung von Nebenpflichten, insbesondere von Unterrichtungspflichten bei der Errichtung des Windparks

vollständigen Fertigstellung der Anbindungsleitung bereits errichtete Elemente beschädigt hat,¹⁷¹ ist der auf das Fehlverhalten des Windparkbetreibers entfallende Anteil der verzögerungsbedingten Schäden nicht ersatzfähig.

Für eine Irrelevanz eines Mitverschuldens des Windparkbetreibers spricht auch nicht die Tatsache, dass es für den Entschädigungsanspruch auf ein Verschulden nicht mehr ankommen soll. Zwar ist ein Verschulden der einen oder der anderen Seite bei Störungen oder Verzögerungen der Anbindungsleitung im Einzelfall schwer nachweisbar. Der verschuldensunabhängig ausgestaltete Entschädigungsanspruch soll aus diesem Grund dem Windparkbetreiber Zahlungsansprüche sichern, ohne ihm den Nachweis eines Verschuldens aufzubürden. Damit ist jedoch eine Verschuldensprüfung nicht schlechthin ausgeschlossen oder entbehrlich. Zum einen bleibt das Verschulden für den Entschädigungsanspruch schon deshalb relevant, weil der Übertragungsnetzbetreiber bei Vorsatz ab dem ersten Tag der Störung oder Verzögerung in voller Höhe des entgangenen Einspeiseerlöses haftet.¹⁷² Zum anderen ist eine Verschuldensprüfung für die Bestimmung des Eigenanteils im Rahmen des Haftungsausgleichs erforderlich. Zudem sieht auch der verschuldensunabhängige Entschädigungsanspruch bei Störungen der Anbindungsleitung die Berücksichtigung eines Mitverschuldens des Windparkbetreibers vor. Die Ausgestaltung des Entschädigungsanspruchs als verschuldensunabhängig soll daher den Windparkbetreiber von der Notwendigkeit befreien, den Nachweis eines Verschuldens des Übertragungsnetzbetreibers erbringen zu müssen. Sie schließt hingegen nicht aus, dass der Übertragungsnetzbetreiber dem Anspruchsverlangen des Windparkbetreibers dessen nachgewiesenen Mitverschuldensanteil entgegenhält.

Diese Berücksichtigung des Mitverschuldens des Windparkbetreibers bei Verzögerungen der Anbindungsleitung ist schließlich auch nicht durch den abschließenden Charakter des Entschädigungsanspruchs ausgeschlossen. Dieser abschließende Charakter bezieht sich nur auf die weitergehende Inanspruchnahme des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers für verzögerungsbedingte Vermögensschäden. Schließlich lässt der Verweis des Entschädigungsanspruchs wegen Verzögerungen auf die Regelungen zum

und der Netzanbindung, auch *Wagner/Bsaisou*, Der Beitrag des Privatrechts zur Energiewende: Haftungsrecht im Strudel des Regulierungsrechts, S. 13 (25).

¹⁷¹ Eine solche fahrlässige Beschädigung führt zudem typischerweise zu deliktsrechtlichen Schadensersatzansprüchen nach § 823 Abs. 1 BGB, deren Umfang alle durch die Eigentumsverletzung kausal entstandenen und ihr zurechenbaren Schäden umfasst, also auch eine Entschädigungspflicht des Übertragungsnetzbetreibers gegenüber dem schädigenden und anderen Windparkbetreibern; *Thole*, Die zivilrechtliche Haftung des Netzbetreibers, RdE 2013, 53 (59); insoweit ebenso offenbar *Wagner/Bsaisou*, Der Beitrag des Privatrechts zur Energiewende: Haftungsrecht im Strudel des Regulierungsrechts, S. 13 (25 f.); Haftung für Sachschäden steht außerhalb des komplexen Systems der §§ 17e f. EnWG.

¹⁷² Siehe oben, C.II.1.

Entschädigungsanspruch wegen Störungen¹⁷³ offen, ob er sich nur auf die Höhe des Entschädigungsanspruchs oder auch auf den Ausschlussgrund des Mitverschuldens bezieht.

c. Umgekehrte Haftung des Windparkbetreibers

Weitergehend bildet das gesetzliche Schuldverhältnis zwischen dem EE-Anlagenbetreiber und dem anbindungsverpflichteten Netzbetreiber¹⁷⁴ ein Schuldverhältnis im Sinne der allgemeinen schuldrechtlichen Anspruchsgrundlage für Schadensersatz wegen Pflichtverletzungen.¹⁷⁵ Nach der zivilgerichtlichen Rechtsprechung handelt es sich bei dem im EEG vorgesehen gesetzlichen Schuldverhältnis zwischen Anlagen- und Netzbetreiber um ein „gesetzlich reguliertes Einspeiseschuldverhältnis“ mit „kaufrechtlichem Kern“, auf das mangels abschließender Spezialregelung auf die allgemeinen schuldrechtlichen Regelungen zurückzugreifen ist.¹⁷⁶ Aus diesem Schuldverhältnis treffen die Beteiligten insbesondere Nebenpflichten zur gegenseitigen Rücksichtnahme,¹⁷⁷ deren Verletzung zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichten kann. Fahrlässige Beschädigungen der Infrastruktur der Übertragungsnetzbetreibers durch den Windparkbetreiber¹⁷⁸ begründen daher eine Ersatzpflicht, die auch eine daraus resultierende Entschädigungspflicht des Übertragungsnetzbetreibers gegenüber anderen Windparkbetreibern wegen Störungen der Anbindungsleitung als einen Teil des kausal und zurechenbar entstandenen Schadens umfasst. Daneben haften Windparkbetreiber selbstverständlich deliktsrechtlich¹⁷⁹ für die Folgen einer fahrlässigen Beschädigung der Infrastruktur des Übertragungsnetzbetreibers.

¹⁷³ § 17d Abs. 2 S. 1 EnWG verweist auf die „Entschädigung entsprechend Absatz 1 Satz und 1 und 2“. Von diesem Verweis sind jedenfalls die Regelungen zur Höhe des Anspruchs (90 % der entgangenen Einspeiserlöse unter Berücksichtigung der hypothetischen Einspeiseleistung im relevanten Zeitraum) erfasst. Da sich dieser Entschädigungsanspruch nach § 17d Abs. 1 S. 5 EnWG in Abhängigkeit von dem Mitverschulden des Windparkbetreibers reduziert, lässt sich der Verweis auf § 17d Abs. 1 S. 1 EnWG auch so verstehen, dass die mitverschuldensabhängige Reduktion der Entschädigung zu berücksichtigen ist.

¹⁷⁴ § 7 Abs. 1 EEG.

¹⁷⁵ § 280 Abs. 1 BGB; *Wagner/Bsaisou*, Der Beitrag des Privatrechts zur Energiewende: Haftungsrecht im Strudel des Regulierungsrechts, S. 13 (25); *Broemel*, ZUR 2013, 408 (412).

¹⁷⁶ Zur Bestimmung der Leistungszeit BGH, Urt. v. 19.11.2014, VIII ZR 79/14, Rn. 46: „(...) für das gesetzlich regulierte Einspeiseschuldverhältnis (§ 7 EEG 2014, § 4 EEG 2012, § 4 EEG 2009, § 12 EEG 2004) mit seinem darin enthaltenen kaufrechtlichen Kern (vgl. Senatsurteile vom 26. November 2003 - VIII ZR 89/03, WM 2004, 745 unter II 2 a aa; vom 27. Juni 2007 - VIII ZR 149/06, NJW 2007, 3637 Rn. 15; vom 6. April 2011 - VIII ZR 31/09, WM 2011, 1870 Rn. 31; ferner etwa *Danner/Theobald/Oschmann*, Energierecht, Stand 2014, § 4 EEG Rn. 15 mwN) hat es nach dem Willen des Gesetzgebers stets außer Zweifel gestanden, dass für Fragestellungen, die im EEG nicht oder nicht abschließend geregelt sind, auf das allgemeine Zivilrecht zurückzugreifen ist (vgl. BT-Drucks. 15/2864, S. 32, 45; 16/8148, S. 41, 46).“; daran anknüpfend zur Anwendbarkeit des § 280 Abs. 1 BGB auf Pflichtverletzungen aus diesem gesetzlichen Schuldverhältnis BGH, Urt. v. 11.5.2016, VIII ZR 123/15, Rn. 18.

¹⁷⁷ §§ 241 Abs. 2, 242 BGB; BGH, Urt. v. 11.5.2016, VIII ZR 123/15, Rn. 28.

¹⁷⁸ Etwa durch die Einspeisung sog. schmutzigen Stroms, *Knütel/Luh/Koch*, „Schmutziger Strom“ auf See. Haftungsrisiken für Betreiber von Offshore-Windenergieanlagen sowie Netzbetreiber bei Verursachung von Netzunterbrechungen, EnWZ 2014, 531 ff.

¹⁷⁹ § 823 Abs. 1 BGB.

Diese Haftung sollte von der Einführung eines punktuellen, verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruchs von vorneherein unberührt bleiben. Die abschließende Wirkung dieses Entschädigungsanspruchs bezieht sich nur auf die Ansprüche des Windparkbetreibers, nicht des Übertragungsnetzbetreibers, und auch nur auf Vermögensschäden, nicht auf Sachschäden. Vor allem dient die Kombination aus verschuldensunabhängigem Entschädigungsanspruch und anschließender Wälzung auf die Letztverbraucher der Sozialisation des Risikos einer verzögerten oder gestörten Netzanbindung, ohne das zwischen den Beteiligten geltende Pflichtenprogramm im Übrigen zu modifizieren.

III. Konkretisierung der Sorgfaltsmaßstäbe

Bei innovativen Technologien mit unbekanntem, aber absehbarem technischen und sonstigen Hindernissen fehlt es in der Anfangsphase typischerweise an konkretisierten Sorgfaltsmaßstäben. Der allgemeine zivilrechtliche Sorgfaltsmaßstab belässt den Betroffenen vielmehr einen gewissen Spielraum bei der Einschätzung der ungewissen Situation, verpflichtet sie jedoch, die Höhe der drohenden Schäden zu berücksichtigen und verfügbare Informationsquellen zu nutzen (1.). Indem die Bundesnetzagentur im Rahmen der Entgeltregulierung insbesondere in unverbindlichen Leitfäden Einschätzungen zu möglichen Gefahren und der Angemessenheit präventiver Maßnahmen abgibt, prägt sie die zivilrechtlichen Sorgfaltsmaßstäbe mittelbar. Das für die Einschätzungen erforderliche Wissen generiert die Bundesnetzagentur wie in anderen Regulierungszusammenhängen auch insbesondere über Konsultationsverfahren. Obwohl die Einschätzungen der Bundesnetzagentur im Grundsatz unverbindlich sind, kann ihnen im Verhältnis zu den betroffenen Unternehmen über den Aspekt des Vertrauensschutzes eine gewisse Bindungswirkung zukommen. Faktisch geht von den Einschätzungen überdies auch ein starkes Indiz zur Beurteilung der Sorgfaltsmaßstäbe in zivilgerichtlichen Verfahren aus. Die im Anbindungsregime anwendbaren Sorgfaltsmaßstäbe und das zu Grunde liegende Wissen werden dadurch im Wesentlichen nach der Funktionslogik öffentlich-rechtlicher Regulierung entwickelt (2.). Demgegenüber können zwar auch planerische Vorgaben, die sich in dem derzeit anwendbaren Regime aus der Bundesfachplanung des Bundesamts für Seeschifffahrt und Hydrographie (BSH) ergeben, bestimmte Aspekte der Sorgfaltsmaßstäbe prägen. Praktisch ergeben sich jedoch aus den Vorgaben der Planung wegen ihrer Abstraktionshöhe jedoch kaum konkrete Anhaltspunkte für konkrete Sorgfaltspflichten (3.). Die für die zivilrechtliche Haftung typische Konkretisierung der Sorgfaltsmaßstäbe durch gerichtliche Entscheidungen zeigt bei der Anbindung von Windenergieanlagen auf See hingegen strukturelle Schwächen. Abgesehen von der Indizwirkung der unverbindlichen

Einschätzungen der Bundesnetzagentur zu den maßstabsrelevanten Umständen dürfte es an Klagen fehlen, in denen der verschuldensabhängige Eigenanteil geltend gemacht wird. Die ausgleichspflichtigen Übertragungsnetzbetreiber sehen keinen Anlass, die Höhe des durchlaufenden Postens gerichtlich klären zu lassen. Letztverbrauchern fehlt es sowohl an der Klagemöglichkeit als auch am Wissen über mögliche Sorgfaltspflichtverletzungen des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers (4.).

1. Innovative Technologie und fehlendes Erfahrungswissen

a. Sorgfaltsmaßstab bei fehlendem Erfahrungswissen

Die allgemeine schuldrechtliche Definition der Fahrlässigkeit verweist auf den Sorgfaltsmaßstab der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt.¹⁸⁰

Indem diese Definition der verkehrserforderlichen Sorgfalt auf den „Verkehr“ hinweist, normiert sie einen objektiven Sorgfaltsmaßstab,¹⁸¹ der also nicht an die Fähigkeiten oder Kenntnisse des jeweiligen Adressaten, sondern an den im jeweiligen Kontext insgesamt betroffenen Adressatenkreis anknüpft. Mit der Maßgeblichkeit des jeweiligen Verkehrskreises geht eine gewisse Flexibilisierung des Sorgfaltsmaßstabs einher. Insbesondere für die Tätigkeiten bestimmter Berufsgruppen gelten dadurch besondere, in dem jeweiligen Bereich etablierte Sorgfaltsanforderungen.¹⁸²

Zugleich stellt das Merkmal der „Erforderlichkeit“ den normativen Charakter des Sorgfaltsmaßstabs klar.¹⁸³ Maßgeblich ist danach nicht das tatsächlich übliche Maß an Sorgfalt innerhalb eines bestimmten Verkehrskreises,¹⁸⁴ sondern ein normativ wertender Maßstab. Bei der Konkretisierung dieses normativen Sorgfaltsmaßstabs sind auf der einen Seite die Kosten schadensvermeidender Maßnahmen und auf der anderen Seite die Höhe eines etwaig drohenden Schadens sowie die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts zu berücksichtigen, auch wenn die deutsche Rechtsprechung den Sorgfaltsmaßstab nicht schematisch durch eine Gegenüberstellung der Vermeidkosten und des Produkts aus Schadenshöhe und Eintrittswahrscheinlichkeit konkretisiert.¹⁸⁵ Gegen diese auf eine ökonomische Analyse gegründete Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabs spricht vor allem,

¹⁸⁰ § 276 Abs. 2 BGB.

¹⁸¹ *Grundmann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 276 Rn. 54 f.; *Unberath*, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, § 276 Rn. 20.

¹⁸² Etwa zu Ärzten und dem (Meister-)Handwerk *Grundmann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 276 Rn. 59.

¹⁸³ *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 276 Rn. 16, m.w.N.

¹⁸⁴ BGH, Urt. v. 27.11.1952, VI ZR 25/52, Rn. 8; im Zusammenhang mit der Konkretisierung von Verkehrssicherungspflichten BGH, Urt. v. 17.10.1989, VI ZR 258/88, Rn. 17; aus der Literatur *Unberath*, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, § 276 Rn. 21.

¹⁸⁵ Zu dieser sog. *Learned Hand*-Formel und ihrer Anwendung im US-amerikanischen Zivilrecht *Grundmann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 276 Rn. 62 f.

dass die Schadenshöhe und die Eintrittswahrscheinlichkeit sich aus Sicht des Adressaten oftmals kaum beziffern lassen, insbesondere wenn Personenschäden drohen und es an Erfahrungen zu den Eintrittswahrscheinlichkeiten fehlt. Je eher jedoch ausschließlich Sach- oder Vermögensschäden drohen¹⁸⁶ und je besser die zum Schadenseintritt führenden Kausalzusammenhänge und damit die Eintrittswahrscheinlichkeiten und Vermeidemöglichkeiten bekannt sind, desto mehr gewinnt die ökonomische Betrachtung an Gewicht.

Fehlt es an Wissen über Schadensgefahren, Kausalverläufe und Vermeidemöglichkeiten und Vermeidekosten, bieten konkretisierende Normen einen Weg, ökonomisch angemessen und dem Normadressaten zumutbare Vermeidekosten zu präzisieren. Die Entwicklung solcher Normen einschließlich der Generierung des dafür erforderlichen Wissens erfordert zwar erhebliche Kosten, die im Einzelfall für einen Normadressaten regelmäßig nicht zumutbar wären. Da jedoch eine unbestimmte Vielzahl von Normadressaten, die sich in einer vergleichbaren Situation befindet, jeweils auf die konkretisierende Norm und die ihr zu Grunde liegenden Einschätzungen zurückgreifen können, steht den einmaligen Kosten der Konkretisierung die Vereinfachung in einer Vielzahl von Fällen gegenüber. Rechtsprechung und Literatur messen aus diesem Grund solchen Konkretisierungen normative Bedeutung bei, selbst wenn die Konkretisierung wie zum Beispiel eine DIN-Norm an sich nicht verbindlich ist.¹⁸⁷ Der in der unverbindlichen, aber qualifizierten Einschätzung der jeweiligen Situation einschließlich ihrer Schadensgefahren und Vermeidemöglichkeiten enthaltene Wissensvorsprung schlägt sich normativ nieder. Die verkehrserforderliche Sorgfalt verlangt von dem einzelnen Normadressaten, bei Anhaltspunkten für Schadensgefahren, aber fehlendem Erfahrungswissen die verfügbaren Informationsquellen und Einschätzungen zu berücksichtigen. Die unverbindlichen Konkretisierungen des Sorgfaltsmaßstabs werden dadurch verbindlich, dass sie dem Normadressaten Informationen über Gefahrenquellen und Vermeidemöglichkeiten liefern, die er nicht ohne weiteres ignorieren darf. Wer sich über qualifizierte und einschlägige Beschreibungsangebote zum Sorgfaltsmaßstab hinwegsetzt, handelt grundsätzlich fahrlässig, sofern er den Schadenseintritt nicht auf andere angemessene Weise vermeidet oder divergierende Beschreibungsangebote vorliegen, die die Orientierungsfunktion der einzelnen qualifizierten Empfehlungen relativieren.

¹⁸⁶ *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 276 Rn. 19.

¹⁸⁷ Deutlich *Grundmann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 276 Rn. 64: „Grundidee ist, dass Information, die für vielfachen Einsatz vorgesehen ist, ungleich intensiver erhoben werden kann, da sich ihre Kosten durch die Summe der Einsätze teilen. Daher ist entgegen teils vorsichtigen Formulierungen im Schrifttum im Grundsatz davon auszugehen, dass der Verstoß gegen konkretisierende gesetzgeberische, aber auch sonstige (akzeptierte) Normen, die einen Vermeidungsweg vorgeben, als fahrlässig zu bewerten ist.“ (Nachweise weggelassen).

b. Fehlendes Erfahrungswissen über Offshore-Technologie

Sowohl die Errichtung und der Betrieb von Offshore-Windparks als auch ihre Netzanbindung erfordern den Einsatz von Technologien und Verfahren, zu denen zumindest für das Gebiet der ausschließlichen Wirtschaftszone Deutschlands nur eingeschränktes Erfahrungswissen verfügbar ist.¹⁸⁸ Insbesondere beim Ausbau ergeben sich eine Reihe im Einzelnen unter Umständen nur schwer einschätzbarer Risiken, die zu erheblichen Verzögerungen des Ausbaus führen können. So fehlt es an Erfahrungen mit der Gründung von Strukturen in großer Tiefe.¹⁸⁹ Der Nutzung bestimmter Streckenabschnitte können Umweltgefahren oder von Kampfmitteln ausgehende Gefahren entgegenstehen.¹⁹⁰ Ein großer Teil der Bauleistungen kann nur wetterabhängig, vor allem windstärkenabhängig erbracht werden. Zudem sind für die Errichtung einer Anbindungsleitung eine Reihe spezifischer Vorleistungen, etwa die Fertigung der Kabel, ihre Verlegung durch spezielle Schiffe oder die Entwicklung und Herstellung eines Umspannwerks, erforderlich, für die es jeweils eine nur sehr eingeschränkte Zahl Anbieter mit teilweise hoher Auslastung gibt. Der damit verbundene Koordinations- und Planungsaufwand macht die Errichtung zusätzlich verzögerungsanfällig, zumal die Kompatibilität der einzelnen Komponenten zu gewährleisten ist.

Infolge dieser zahlreichen Unwägbarkeiten und dem fehlenden Erfahrungswissen erweist sich die Konkretisierung der Sorgfaltsmaßstäbe bei der Errichtung von Anbindungsleitungen für Windenergieanlagen auf See als besonders schwierig.¹⁹¹ Die soweit ersichtlich bisher einzige gerichtliche Entscheidung über einen Schadensersatzanspruch eines Windparkbetreibers gegen den anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber wegen Verzögerung der Anbindungsleitung stellt angesichts dieser Schwierigkeiten auf die Vorgaben der Bundesnetzagentur aus dem Positionspapier zur Netzanbindungsverpflichtung ab,¹⁹² obwohl das Positionspapier erst nach Entstehung der Netzanbindungspflicht veröffentlicht worden

¹⁸⁸ *Hansen/Cordes*, Die Probleme von regulierungsergänzenden Haftungsvorschriften am Beispiel der Anbindungen von Offshore-Anlagen an das terrestrische Stromnetz aus unternehmerischer Sicht, S. 97 (98 f.).

¹⁸⁹ Zu den fehlenden Erfahrungen mit Umwelt- und Baugrundverhältnissen in großen Wassertiefen BSH, Bundesfachplan Offshore für die deutsche ausschließliche Wirtschaftszone der Nordsee 2013/2014 und Umweltbericht, 12.6.2015, S. 14 f.

¹⁹⁰ *Hansen/Cordes*, Die Probleme von regulierungsergänzenden Haftungsvorschriften am Beispiel der Anbindungen von Offshore-Anlagen an das terrestrische Stromnetz aus unternehmerischer Sicht, S. 97 (105); zu verbleibenden Risiken von Kampfmitteln im Hinblick auf die nach wie vor unvollständige Datenlagen BSH, Bundesfachplan Offshore für die deutsche ausschließliche Wirtschaftszone der Nordsee 2013/2014 und Umweltbericht, 12.6.2015, S. 33.

¹⁹¹ *Wagner/Bsaisou*, Beschleunigung der Energiewende durch Haftung, Ökonomische Anreize im Strudel des regulierungsrechts, JZ 2014, 1031 (1038); *Wagner/Bsaisou*, Der Beitrag des Privatrechts zur Energiewende: Haftungsrecht im Strudel des Regulierungsrechts, S. 13 (30 f.): Gerichte können in dem technisch unerprobten und risikobehafteten Bereich der Herstellung von Offshore-Netzanschlüssen kaum auf etablierte Erfahrungswerte zurückgreifen.

¹⁹² LG Berlin, Urt. v. 12.8.2013, 99 O 127/11, Rn. 72.

ist.¹⁹³ Praktisch kommt durch das Wissensdefizit bei der Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabs den in unterschiedlichen Zusammenhängen geäußerten Einschätzungen der Bundesnetzagentur eine nicht unwesentliche Rolle zu.

2. Rolle der Bundesnetzagentur bei Konkretisierung

Durch Entscheidungen, aber auch unverbindliche Einschätzungen in Leitfäden konkretisiert die Bundesnetzagentur mittelbar Vorgaben an die Sorgfaltspflicht der Übertragungsnetzbetreiber. Insbesondere infolge dieser Einflüsse steht das Anbindungsregime von Windenergieanlagen auf See in gewisser Weise zwischen zivilrechtlicher Haftung und öffentlich-rechtlicher Regulierung. Trotz der zivilrechtlichen Ausgestaltung leiten sich wesentliche inhaltliche Vorgaben faktisch aus der Regulierung ab (a.). Entsprechend generiert die Bundesnetzagentur einen Teil des erforderlichen Regulierungswissens über die für das Regulierungsrecht typischen Instrumente (b.). Dabei wirft der mittelbar wirkende und teilweise nur faktisch verbindliche Charakter der Vorgaben durch die Bundesnetzagentur die Frage auf, inwiefern die Vorgaben sich auf die Rechtsstellung des betroffenen Übertragungsnetzbetreibers auswirken, er sich also zur Verbesserung einer Rechtsposition insbesondere auf die als unverbindlich gekennzeichneten Leitlinien berufen darf (c.).

a. Mittelbare Vorgaben

aa. Prüfung von Investitionsmaßnahmen, § 23 ARegV

Mittelbare Vorgaben an die Sorgfaltspflichten der Übertragungsnetzbetreiber können vor allem von verbindlichen Entscheidungen der Bundesnetzagentur im Rahmen der Entgeltregulierung ausgehen, die den Übertragungsnetzbetreiber unmittelbar betreffen.

Stuft die Bundesnetzagentur bei der Genehmigung der vom Übertragungsnetzbetreiber beantragten Investitionsmaßnahmen¹⁹⁴ ein bestimmtes Infrastrukturelement als nicht erforderlich ein,¹⁹⁵ fällt ein präventives Vorhalten dieses Elements nicht mehr unter die den Übertragungsnetzbetreiber treffende Sorgfaltspflicht.¹⁹⁶ Umgekehrt indiziert eine positive Entscheidung, etwa zur Erforderlichkeit einer bestimmten beantragten Investitionsmaßnahme

¹⁹³ LG Berlin, Urt. v. 12.8.2013, 99 O 127/11, Rn. 73.

¹⁹⁴ § 23 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 5 ARegV.

¹⁹⁵ Etwa zur Installation eines zweiten, technisch im Regelbetrieb nicht notwendigen Umspanntransformators, BNetzA, Beschl. v. 21.3.2013, BK4-08-187A03/BK-3-08-197A03, sowie OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.1.2015, VI-3 Kart 70/13 (V).

¹⁹⁶ Zur Wirkung der Genehmigung von Investitionsmaßnahmen auf die Sorgfaltsanforderungen des Übertragungsnetzbetreibers *Wagner/Bsaisou*, Der Beitrag des Privatrechts zur Energiewende: Haftungsrecht im Strudel des Regulierungsrechts, S. 13 (37); *Wagner/Bsaisou*, JZ 2014, 1031 (1039): Möglichkeit der Bundesnetzagentur, die Erforderlichkeit bestimmter Netzinvestitionen zu verneinen und damit die Kosteneffizienz der Sorgfaltsaufwendungen des Übertragungsnetzbetreibers zu gewährleisten; *Broemel*, ZUR 2015, 400 (404).

oder die Festsetzung einer erhöhten Betriebskostenpauschale¹⁹⁷ im Hinblick auf die Notwendigkeit eines erhöhten Aufwands angesichts besonderer Risiken,¹⁹⁸ dass diese in der Entgelthöhe berücksichtigten Maßnahmen Teil der verkehrserforderlichen Sorgfalt des Übertragungsnetzbetreibers sind.

Allerdings bleiben diese allgemeinen, über ein konkretes Verfahren hinausgehenden Vorgaben, etwa aus der Festsetzung der Betriebskostenpauschale im Hinblick auf die erforderliche Sorgfalt und die sich daraus ergebende Notwendigkeit bestimmter Maßnahmen, relativ abstrakt.¹⁹⁹ Bei der Prüfung der Erforderlichkeit konkreter Maßnahmen stellt die Rechtsprechung ausdrücklich einen Zusammenhang zwischen den Pflichten des Übertragungsnetzbetreibers zur Schadensvermeidung und der Erforderlichkeit schadensvermeidender Maßnahmen im Rahmen der Entgeltregulierung her,²⁰⁰ auch wenn

¹⁹⁷ BNetzA, Beschl. v. 12.12.2011, BK4-11-026, Festlegung von abweichenden Betriebskostenpauschalen für Offshore-Anlagen für Betreiber von Übertragungsnetzen bei der Genehmigung von Investitionsbudgets gemäß § 23 ARegV, S. 5: von § 23 Abs. 1 S. 3 ARegV abweichende Höhe der Betriebskostenpauschale ist für Offshore-Anlagen erforderlich, um die strukturellen Besonderheiten, die mit Investitionen in diese Anlagengüter verbunden sind, angemessen zu berücksichtigen.

¹⁹⁸ BNetzA, Beschl. v. 12.12.2011, BK4-11-026, Festlegung von abweichenden Betriebskostenpauschalen für Offshore-Anlagen für Betreiber von Übertragungsnetzen bei der Genehmigung von Investitionsbudgets gemäß § 23 ARegV, S. 6 f.: „Die auf hoher See herrschenden Umweltbedingungen fordern besondere Wartungs- und Instandhaltungsmaßnahmen während des gesamten Lebenszyklus einer Offshore-Anlage.“; vgl. den Vergleich der Bereiche Offshore und Onshore in TU Clausthal, Institut für Wirtschaftswissenschaft, Lehrstuhl für BWL, insbesondere Unternehmensrechnung, und Institut für Erdöl- und Erdgastechnik, Lehrstuhl für Gasversorgungssysteme, Ermittlung abweichender Betriebskostenpauschalen für Investitionsbudgets gemäß § 23 ARegV, Gutachten im Auftrag der BNetzA, 5.10.2011, S. 75 f.

¹⁹⁹ So stehen einer vergleichsweise detaillierten Schilderung der einzelnen Kostenfaktoren eher allgemeine Annahmen zu den erforderlichen Maßnahmen gegenüber, vgl. BNetzA, Beschl. v. 12.12.2011, BK4-11-026, Festlegung von abweichenden Betriebskostenpauschalen für Offshore-Anlagen für Betreiber von Übertragungsnetzen bei der Genehmigung von Investitionsbudgets gemäß § 23 ARegV, S. 6 ff.; Bedenken hinsichtlich der Leistungsfähigkeit der Entgeltregulierungsverfahrens bei *Wagner/Bsaisou*, Der Beitrag des Privatrechts zur Energiewende: Haftungsrecht im Strudel des Regulierungsrechts, S. 13 (37) und *Wagner/Bsaisou*, JZ 2014, 1031 (1039): „Inwiefern diese Kontrolle [der Kosteneffizienz der Sorgfaltsaufwendungen] in der Praxis gelingt, bleibt eine offene Frage. Die Bundesnetzagentur ist mit der Aufgabe konfrontiert, über die Art und Weise der Implementierung komplexer technologischer Lösungen in einem neuartigen Gebiet zu entscheiden“.

²⁰⁰ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.1.2015, VI-3 Kart 70/13 (V), Rn. 35: „Zum Pflichtenkreis des anbindungsverpflichteten Netzbetreibers gehört demnach nicht nur die Vornahme der Anbindung als solcher, sondern auch das Ergreifen von Maßnahmen, die der Aufrechterhaltung der Anbindung und der Verhinderung von Schäden durch Störungen/Unterbrechungen der Anbindung dienen. Für die Annahme, dass nicht nur die reinen Netzverknüpfungsmaßnahmen, die der anbindungspflichtige Netzbetreiber nach § 17 d Abs. 1 S. 1 EnWG durchzuführen hat, sondern auch solche Investitionen von § 23 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 ARegV erfasst werden, die zum Pflichtenkreis des Netzbetreibers nach § 17 f Abs. 3 S. 1 EnWG gehören und die der Aufrechterhaltung eines ordnungsgemäßen, störungsfreien Netzbetriebs dienen, spricht, dass der Wortlaut des § 23 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 ARegV zwischen diesen Maßnahmen nicht differenziert. Auch der Sache nach erscheint eine Gleichbehandlung geboten: Der Anschluss von Windenergieanlagen bildet einen Teilaspekt des bedarfsgerechten Netzausbaus, der auch die Anbindung von Offshore-Anlagen umfasst. Um die offshore generierte Energie weiterleiten zu können, ist nicht nur der Übergabepunkt zu errichten, sondern es sind weitere Maßnahmen erforderlich, um eine weitgehend störungsfreie Weiterleitung zu gewährleisten. Dementsprechend sieht § 17 d Abs. 1 S. 1 EnWG nicht nur eine Verpflichtung zum eigentlichen Anschluss vor, sondern statuiert weitergehende, den Betrieb betreffende Pflichten.“

Vermeidungsaufwand, drohender Schaden und Eintrittswahrscheinlichkeit nicht systematisch aufeinander bezogen werden.²⁰¹

bb. Leitfaden zur Ermittlung einer umlagefähigen Entschädigung

Die mittelbare Rückwirkung der Entgeltregulierung auch der Preisbildung gegenüber den Letztverbrauchern bringt die Bundesnetzagentur in ihrem Leitfaden zur Ermittlung einer umlagefähigen Entschädigung bei Störung, Verzögerung oder Wartung der Netzanbindung von Offshore-Anlagen²⁰² ausdrücklich zum Ausdruck.²⁰³ In diesem Leitfaden kündigt die Bundesnetzagentur ihre eigene Praxis bei der Prüfung der im Rahmen des Belastungsausgleichs anfallenden sog. Offshore-Umlage auf die Letztverbraucher an und stellt in Rechnung, dass auch die Windpark- und Übertragungsnetzbetreiber in ihrem Verhältnis bei der Bemessung der Entschädigungszahlungen die Standpunkte der Bundesnetzagentur berücksichtigen werden,²⁰⁴ zumal sie das Ziel des Leitfadens unter anderem darin sieht, „eine einheitliche Praxis sicherzustellen, die die Übertragungsnetzbetreiber untereinander gleich behandelt und – in Anbetracht des bundesweiten Belastungsausgleichs – letztendlich die Letztverbraucher nicht in ungerechtfertigter Höhe belastet“.²⁰⁵

Zu diesem Zweck legt die Bundesnetzagentur die einzelnen Voraussetzungen eines Entschädigungsanspruchs der Windparkbetreiber²⁰⁶ sowie die Einzelheiten zur Bemessung der Höhe des Anspruchs²⁰⁷ einschließlich der Nachweispflichten²⁰⁸ dar, ohne allerdings auf die Kriterien des Sorgfaltsmaßstabs näher einzugehen.

²⁰¹ So berücksichtigt das OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.1.2015, VI-3 Kart 70/13 (V), Rn. 43 und 45, zwar eine statistisches Ausfallintervall des redundant installierten Transformators von 20 Jahren und die durch den Ausfall verursachten Kosten jeweils für sich, ohne das Produkt aus Ausfallwahrscheinlichkeit und Schaden zu dem Vermeideaufwand in Beziehung zu setzen.

²⁰² BNetzA, Leitfaden zur Ermittlung einer umlagefähigen Entschädigung bei Störung, Verzögerung oder Wartung der Netzanbindung von Offshore-Anlagen, Oktober 2013.

²⁰³ Näher, auch zu den faktischen Auswirkungen, *Schulz/Rösler*, Der Leitfaden der BNetzA zur umlagefähigen Entschädigung von Offshore-Anlagen, EnWZ 2013, 531 ff.

²⁰⁴ BNetzA, Leitfaden zur Ermittlung einer umlagefähigen Entschädigung bei Störung, Verzögerung oder Wartung der Netzanbindung von Offshore-Anlagen, Oktober 2013, S. 3: „Da die umlagefähigen Entschädigungszahlungen nach § 17f EnWG an die Entschädigungszahlungen der anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber an die Betreiber von Offshore-Anlagen gemäß § 17e EnWG anknüpft, ist nicht auszuschließen, dass sich Parteien auch für die Zahlungen untereinander an dem Leitfaden orientieren. Dies bleibt jedoch den Parteien überlassen“.

²⁰⁵ BNetzA, Leitfaden zur Ermittlung einer umlagefähigen Entschädigung bei Störung, Verzögerung oder Wartung der Netzanbindung von Offshore-Anlagen, Oktober 2013, S. 3.

²⁰⁶ BNetzA, Leitfaden zur Ermittlung einer umlagefähigen Entschädigung bei Störung, Verzögerung oder Wartung der Netzanbindung von Offshore-Anlagen, Oktober 2013, S. 4-7.

²⁰⁷ BNetzA, Leitfaden zur Ermittlung einer umlagefähigen Entschädigung bei Störung, Verzögerung oder Wartung der Netzanbindung von Offshore-Anlagen, Oktober 2013, S. 7-12.

²⁰⁸ BNetzA, Leitfaden zur Ermittlung einer umlagefähigen Entschädigung bei Störung, Verzögerung oder Wartung der Netzanbindung von Offshore-Anlagen, Oktober 2013, S. 13-15.

cc. Positionspapier zur Netzanbindungszusage nach § 17 Abs. 2a EnWG a.F.

Bereits zum Anbindungsregime nach § 17 Abs. 2a EnWG a.F. veröffentlichte die Bundesnetzagentur ein unverbindliches Positionspapier,²⁰⁹ um unter dem damaligen Regime bestehenden Schwierigkeiten in der Koordination zwischen Projektentwicklern und dem anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber zu reduzieren.²¹⁰ Aus diesem Grund formulierte die Bundesnetzagentur Kriterien für die Anbindung von Offshore-Windenergieanlagen, die aus Sicht der Bundesnetzagentur die Sorgfaltspflichten der Übertragungsnetzbetreiber bei der Erfüllung ihrer Anbindungspflichten konkretisieren und spätere Entscheidungen im Rahmen der Entgeltregulierung vorbereiten sollten.²¹¹ Diese Anbindungskriterien konkretisierte die Bundesnetzagentur durch detaillierte Regelungen,²¹² strukturierte den zeitlichen Ablauf des Ausbauprozesses durch prozedurale Vorgaben (sog. Stichtagslösung)²¹³ und ergänzte die Kriterien wegen einer absehbaren Trassenknappheit später um Regelungen, die den Errichtung von Sammelanbindungen begünstigen, einschließlich der Vergabe von Überkapazitäten.²¹⁴ Unter Rückgriff auf diese Kriterien führte die Bundesnetzagentur eine Differenzierung zwischen einer unbedingten und einer bedingten Netzanbindungszusage ein,²¹⁵ die der Gesetzgeber bei der späteren Novellierung des Anbindungsregimes aufgriff.²¹⁶

²⁰⁹ BNetzA, Positionspapier zur Netzanbindungsverpflichtung gemäß § 17 Abs. 2a EnWG, Oktober 2009, sowie BNetzA, Annex zum Positionspapier Netzanbindungsverpflichtung gemäß § 17 Abs. 2a EnWG.

²¹⁰ Diese Schwierigkeiten lagen im Wesentlichen darin, dass der Windparkbetreiber für die Finanzierung einer Netzanbindungszusage benötigt, die der Übertragungsnetzbetreiber seinerseits jedoch nur bei Nachweis der Finanzierung des Windparks abgeben wollte. Darüber hinaus waren Windpark- und Übertragungsnetzbetreiber über die Voraussetzungen der Anbindung und den zeitlichen Ablauf des Errichtungsprozesses uneinig. Schließlich benötigt die Errichtung der Netzanbindung typischerweise einen längeren Zeitraum als die Errichtung des Windparks, BNetzA, Positionspapier zur Netzanbindungsverpflichtung gemäß § 17 Abs. 2a EnWG, Oktober 2009, S. 3; aus der Literatur *Compes/Schneider*, Die Netzanbindung von Offshore-Windparks – mehr Rechtssicherheit durch das Positionspapier, IR 2011, 146 ff.; *Hansen/Cordes*, Die Probleme von regulierungsergänzenden Haftungsvorschriften am Beispiel der Anbindungen von Offshore-Anlagen an das terrestrische Stromnetz aus unternehmerischer Sicht, S. 97 (99 ff.).

²¹¹ Ausdrücklich BNetzA, Positionspapier zur Netzanbindungsverpflichtung gemäß § 17 Abs. 2a EnWG, Oktober 2009, S. 4.

²¹² BNetzA, Positionspapier zur Netzanbindungsverpflichtung gemäß § 17 Abs. 2a EnWG, Oktober 2009, S. 5-7.

²¹³ BNetzA, Positionspapier zur Netzanbindungsverpflichtung gemäß § 17 Abs. 2a EnWG, Oktober 2009, S. 8-13; zur Synchronisierung aus der Literatur *Wiederholt/Bode/Reuter*, Rückenwind für den Ausbau der Offshore-Windenergie, NVwZ 2012, 1207 (1208 f.).

²¹⁴ BNetzA, Annex zum Positionspapier Netzanbindungsverpflichtung gemäß § 17 Abs. 2a EnWG, Oktober 2011.

²¹⁵ BNetzA, Positionspapier zur Netzanbindungsverpflichtung gemäß § 17 Abs. 2a EnWG, Oktober 2009, S. 13 f.; zur Entwicklung *Hansen/Cordes*, Die Probleme von regulierungsergänzenden Haftungsvorschriften am Beispiel der Anbindungen von Offshore-Anlagen an das terrestrische Stromnetz aus unternehmerischer Sicht, S. 97 (100 ff.).

²¹⁶ Etwa §§ 17d Abs. 3 S. 2; 17d Abs. 5 S. 1; 17e Abs. 2 S. 6 EnWG sowie nicht zuletzt die Übergangsregelung in § 118 Abs. 12 EnWG.

Mit diesem Positionspapier konkretisierte die Bundesnetzagentur trotz eines darin enthaltenen Hinweises auf die Unabhängigkeit der gesetzlichen Anbindungspflicht²¹⁷ faktisch die relativ abstrakten gesetzlichen Regelungen zum Anbindungsregime.²¹⁸ Die Rechtsprechung griff in der Folgezeit zur Konkretisierung der Sorgfaltsmaßstäbe maßgeblich auf die in dem Positionspapier formulierten Anforderungen zurück²¹⁹ und zwar trotz ihres ausdrücklich unverbindlichen Charakters und obwohl das Positionspapier im konkreten Fall erst nach Entstehung der in Rede stehenden Netzanbindungspflicht erstellt worden ist.²²⁰

b. Strategien der Wissensgenerierung der BNetzA

Bei der Konkretisierung dieser mittelbaren Vorgaben greift die Bundesnetzagentur auf informelle Konsultationsverfahren als die im Regulierungsrecht sektorübergreifend bewährten Mechanismen zur Generierung des erforderlichen Regulierungswissens zurück.²²¹ Zur Vorbereitung des Leitfadens zur Ermittlung einer umlagefähigen Entschädigung stellte die Bundesnetzagentur zunächst ein Konzeptpapier mit eingehenden Fragekatalogen²²² als auch die spätere Entwurfsfassung des Leitfadens²²³ zur Konsultation. Auch dem Positionspapier zur Netzanbindungsverpflichtung gemäß § 17 Abs. 2a EnWG gingen ein Konsultationsverfahren, eine öffentliche Forumsveranstaltung sowie eine Reihe von

²¹⁷ BNetzA, Positionspapier zur Netzanbindungsverpflichtung gemäß § 17 Abs. 2a EnWG, Oktober 2009, S. 4: „§ 17 Abs. 2a Satz 1 EnWG sieht eine Pflicht zur rechtzeitigen Bereitstellung der Netzanbindung von Offshore-Anlagen vor. Die Anbindungskriterien haben weder die Funktion noch die Möglichkeit diese gesetzliche Pflicht zu ändern“.

²¹⁸ Aus Sicht eines anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers *Hansen/Cordes*, Die Probleme von regulierungsergänzenden Haftungsvorschriften am Beispiel der Anbindungen von Offshore-Anlagen an das terrestrische Stromnetz aus unternehmerischer Sicht, S. 97 (100 f.): hoher Anreiz der anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber, dem Papier zu folgen; vgl. die Einordnung bei *Schramm*, Einseitiges informelles Verwaltungshandeln im Regulierungsrecht, S. 63: präzise ‚Anbindungskriterien‘ werden als alternativlose Gesetzesauslegung behandelt.

²¹⁹ LG Berlin, Urt. v. 12.8.2013, 99 O 127/11, Rn. 70 ff., Orientierungssatz 2: „Der Betreiber des Übertragungsnetzes hat die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet und alles für eine rechtzeitige Netzanbindung Erforderliche getan, wenn er die von der Bundesnetzagentur in ihrem Positionspapier zur Netzanbindungsverpflichtung gemäß § 17 Abs. 2a EnWG in der Fassung vom 9. Dezember 2006 niedergelegten Anbindungskriterien vom Oktober 2009 eingehalten hat“; im Zusammenhang mit der Angemessenheit der Übergangsregelung OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.3.2016, VI-3 Kart 169/14 (V), Rn. 65 ff.

²²⁰ LG Berlin, Urt. v. 12.8.2013, 99 O 127/11, Rn. 73; vgl. bereits oben, Fn. 193.

²²¹ Dazu oben, B.II.3.d.

²²² BNetzA, Konzeptpapier zur Vorbereitung eines Leitfadens zur Ermittlung einer umlagefähigen Entschädigung bei Störung, Verzögerung oder Wartung der Netzanbindung von Offshore-Anlagen, abrufbar unter http://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/Beschlusskammer4/BK4_75_Offshore_Umlage/Konsultion_Konzeptpapier/Konsultations_Konzeptpapier_download.pdf (zuletzt abgerufen am 19.6.2016).

²²³ Die zur Konsultation gestellte Entwurfsfassung ist abrufbar unter http://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/Beschlusskammer4/BK4_75_Offshore_Umlage/Offshore-Entschaedigung/Offshore-Entschaedigungszahlungen_Konsultationspapier.pdf (zuletzt abgerufen am 19.6.2016).

Gesprächen mit betroffenen Interessengruppen voraus.²²⁴ Schließlich griff die Bundesnetzagentur auch bei der Festlegung abweichender Betriebskostenpauschalen für Offshore-Anlagen, neben der Vergabe eines vorbereitenden Fachgutachtens, ebenfalls auf eine Konsultation der betroffenen Marktteilnehmer zurück.²²⁵

c. Mittelbare Bindungswirkung?

aa. Vertrauensschutz

Die Wirkung der informellen, ohne unmittelbare Regelungswirkung ausgestatteten Positionspapiere und Leitfäden der Bundesnetzagentur hängt maßgeblich davon ab, inwieweit die betroffenen Unternehmen davon ausgehen, dass sich die Bundesnetzagentur in späteren Entscheidungen an die zuvor veröffentlichten eigenen Standpunkte hält und auch die anderen Beteiligten sich in ihrem eigenen Verhalten auf diese Standpunkte einrichten werden.

Die Bundesnetzagentur stellt in den Leitfäden selbst ausdrücklich in Aussicht, die darin enthaltenen Standpunkte grundsätzlich zur Grundlage späterer Regulierungsentscheidungen zu machen.²²⁶ Damit legt die Bundesnetzagentur bei den betroffenen Windpark- und Übertragungsnetzbetreibern, die im Hinblick auf die veröffentlichten Standpunkte Investitionsentscheidungen treffen, die Grundlage für ein Vertrauen, in dem betroffenen Unternehmen in der Folgezeit geschützt sind. Die Bundesnetzagentur bindet sich dadurch nach den allgemeinen Grundsätzen des aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Vertrauensschutzes²²⁷ selbst.

Im Einzelfall schwieriger einzuschätzen ist die Reichweite des Vertrauensschutzes in Fällen einer gesetzlich vorgesehenen Mitwirkung der Bundesnetzagentur, wenn weder die gesetzliche Regelung noch die Mitwirkungshandlung der Bundesnetzagentur einen ausdrücklichen Hinweis über die Reichweite des Vertrauensschutzes enthält. So trifft den

²²⁴ Beschreibung des Verfahrens unter http://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/NetzzugangundMesswesen/Netzanschluss/Offshore/offshore-node.html.

²²⁵ BNetzA, Festlegung von abweichenden Betriebskostenpauschalen für Offshore-Anlagen für Betreiber von Übertragungsnetzen bei der Genehmigung von Investitionsbudgets gemäß § 23 ARegV, S. 3.

²²⁶ BNetzA, Leitfaden zur Ermittlung einer umlagefähigen Entschädigung bei Störung, Verzögerung oder Wartung der Netzanbindung von Offshore-Anlagen, Oktober 2013, S. 3: „Unabhängig von der bilateral vereinbarten Berechnung der Höhe der Entschädigungszahlungen beurteilt die Bundesnetzagentur die umlagefähigen Entschädigungszahlungen gemäß § 17f EnWG nach dem Leitfaden, es sei denn zivilrechtlich wurde letztinstanzlich eine andere Berechnung der Höhe der Entschädigungszahlungen nach § 17e EnWG festgestellt.“; dies., Positionspapier zur Netzanbindungsverpflichtung gemäß § 17 Abs. 2a EnWG, Oktober 2009, S. 4: „Wird durch den Übertragungsnetzbetreiber nach Erfüllung der Anbindungskriterien investiert oder werden sonstige Aufwendungen getätigt, wird die Bundesnetzagentur dem Übertragungsnetzbetreiber im Rahmen von Kosten- und Effizienzprüfungen eine verspätete Realisierung bzw. die Nichtrealisierung der Offshore-Anlagen nicht entgegengehalten“.

²²⁷ Zur Selbstbindung der Regulierungsbehörde im Entgeltregulierungsverfahren und den Grenzen BVerwG, Urt. v. 25.9.2013, 6 C 13/12, Rn. 55; zu den intertemporalen Auswirkungen des aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Vertrauensschutzes BVerwG, Urt. v. 21.1.2016, 4 A 5/14, Rn. 46.

Übertragungsnetzbetreiber bei einem Schadenseintritt die Pflicht, der Bundesnetzagentur unverzüglich ein Konzept mit geplanten Schadensminderungsmaßnahmen vorzulegen und laufend zu aktualisieren, dessen Änderung die Bundesnetzagentur bis zur Beseitigung des Schadens verlangen kann.²²⁸ Inwieweit von einem solchen Änderungsverlangen und vor allem vom Absehen eines solchen Änderungsverlangens ein Vertrauensschutz ausgeht, etwa dahin, dass im Übrigen keine weiteren Maßnahmen zur Schadensvermeidung erforderlich sind, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. In ähnlicher Weise kann sich das Vorverhalten der Bundesnetzagentur unter Umständen auch auf die im pflichtgemäßen Ermessen der Bundesnetzagentur stehende Entscheidung über eine Änderung des verbindlichen Fertigstellungstermins für die Netzanbindung auswirken.²²⁹

bb. Faktische Bindung für Zivilgerichte?

Obwohl die Zivilgerichte rechtlich nicht an die Einschätzung der Bundesnetzagentur im Rahmen der Positionspapiere und Leitfäden gebunden sind, sondern diese umgekehrt unter dem Vorbehalt abweichender zivilrechtlicher Entscheidungen stehen,²³⁰ übernehmen die zivilgerichtlichen Entscheidungen die in den Positionspapieren und Leitfäden enthaltenen Konkretisierungen der Bundesnetzagentur regelmäßig.²³¹ Obwohl der Bundesnetzagentur bei den durch die Leitfäden oder Positionspapiere konkretisierten Tatbestandsmerkmalen des Anbindungsregimes von Windenergieanlagen auf See kein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum²³² zusteht, stellt die bisherige zivilrechtliche Rechtsprechung die von der Bundesnetzagentur vorgesehenen Konkretisierungen soweit ersichtlich nicht in Frage. Zum einen dürfte das Wissensdefizit der nur punktuell für Fragen des Netzzugangs oder der Entschädigung zuständigen Spruchkörper²³³ eine Orientierung an

²²⁸ § 17f Abs. 3 S. 2 und 3 EnWG.

²²⁹ § 17d Abs. 2 S. 4 EnWG.

²³⁰ BNetzA, Positionspapier zur Netzanbindungsverpflichtung gemäß § 17 Abs. 2a EnWG, Oktober 2009, S. 4: „Vorbehaltlich einer zivilgerichtlichen Wertung (...)“; dies., Leitfäden zur Ermittlung einer umlagefähigen Entschädigung bei Störung, Verzögerung oder Wartung der Netzanbindung von Offshore-Anlagen, Oktober 2013, S. 3: „(...) es sei denn zivilrechtlich wurde letztinstanzlich eine andere Berechnung der Höhe der Entschädigungszahlungen nach § 17e EnWG festgestellt“.

²³¹ Zur Sorgfaltspflicht insbesondere LG Berlin, Urt. v. 12.8.2013, 99 O 127/11, Rn. 70 ff.; vorsichtige Einordnung bei *König*, Informelles Verwaltungshandeln der Bundesnetzagentur, N&R 2015, 130 (132): ‚Auslegungshilfen‘ der Bundesnetzagentur kommt trotz ihrer rechtlichen Unverbindlichkeit auch vor Gericht erhebliche argumentative Kraft zu.

²³² Dazu aus sektorübergreifender Perspektive *Ludwigs*, Regulierungsermessen: Spielräume gerichtlich eingeschränkter Kontrolle im Regulierungsrecht, RdE 2013, 297 ff.

²³³ Während der erstinstanzliche Rechtsschutz gegen Regulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur im Energiesektor beim OLG Düsseldorf konzentriert ist, gelten für Rechtsstreite zwischen Windpark- und Übertragungsnetzbetreiber die allgemeinen Regelungen mit der Folge, dass je nach den Umständen des Einzelfalls nicht auf die Netzregulierung spezialisierte Spruchkörper der Landgerichte örtlich und sachlich zuständig sind.

den Einschätzungen der Bundesnetzagentur begünstigen.²³⁴ Zum anderen ordnet die bisherige Rechtsprechung das Positionspapier zur Netzanbindungsverpflichtung nach § 17 Abs. 2a EnWG mit den darin enthaltenen Netzanbindungskriterien angesichts der Offenheit des damaligen Tatbestands und der damit einhergehenden Koordinierungsschwierigkeiten der Sache nach als alternativlos an und beschränkt die gerichtliche Kontrolle auf eine Überprüfung der Angemessenheit des darin enthaltenen Interessenausgleichs zwischen Windpark- und Übertragungsnetzbetreiber.²³⁵

3. Konkretisierung von Sorgfaltsmaßstäben aus dem Planungsverfahren

Die Bundesfachpläne Offshore für die deutsche ausschließliche Wirtschaftszone der Nordsee und der Ostsee²³⁶ enthalten jeweils standardisierte Technikvorgaben für das Anbindungskonzept, die Konverterplattformen und die unterschiedlichen Kabelsysteme, die unter anderem auch Aspekte der Minimierung von Störungen adressieren.²³⁷ Diese Vorgaben konkretisieren den Sorgfaltsmaßstab insofern, als Verstöße durch den Übertragungsnetzbetreiber nicht nur öffentlich-rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen können, sondern auch zivilrechtlich den Vorwurf der Fahrlässigkeit indizieren. Jedoch geben diese technischen Vorgaben den vom Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie aufgearbeiteten, derzeit verfügbaren Stand der Technik mit einem hohen Abstraktionsgrad in allgemeiner Form wieder.

²³⁴ *Schramm*, Einseitiges informelles Verwaltungshandeln im Regulierungsrecht, S. 111 ff., S. 129, betont im Zusammenhang mit den Haftungsrisiken den psychologischen sog. Ankereffekt des erkennenden Gerichts, der zu einer haftungsbegründenden Berücksichtigung eines Verstoßes gegen informelle Vorgaben der Bundesnetzagentur führt: „Konkret führt der Ankereffekt dazu, dass sich das Gericht zwar nicht unmittelbar an die behördliche Auslegung gebunden fühlt, diese jedoch als Ausgangspunkt für seine eigenen Überlegungen annimmt und von dort aus zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt.“, (a.a.O., S. 112).

²³⁵ LG Berlin, Urt. v. 12.8.2013, 99 O 127/11, Rn. 73: „Das Positionspapier der Bundesnetzagentur konkretisierte die beiderseitigen Kooperationspflichten in angemessener Weise. Die mit dem Ziel, den Beteiligten die notwendige Planungssicherheit zu verschaffen und die rechtzeitige Netzanbindung zu gewährleisten, entwickelten Kriterien führten zu einer angemessenen Risikoverteilung. Der Gefahr einer einseitigen Risikoverlagerung zulasten des Netzbetreibers begegnete das Positionspapier der Bundesnetzagentur sachgerecht dadurch, dass es eine schrittweise Abwicklung vorsah, indem einzelne Pflichten der Netzbetreiber jeweils an die Erfüllung einzelner Kriterien durch den Anlagenbetreiber anknüpfen“.

²³⁶ BSH, Bundesfachplan Offshore für die deutsche ausschließliche Wirtschaftszone der Nordsee 2013/2014 und Umweltbericht, 12.6.2015; BSH, Bundesfachplan Offshore für die deutsche ausschließliche Wirtschaftszone der Ostsee 2013 und Umweltbericht, 7.3.2014.

²³⁷ Etwa die Gründe für die planerische Vorgabe selbstgeführter Gleichstromsysteme, BSH, Bundesfachplan Offshore für die deutsche ausschließliche Wirtschaftszone der Nordsee 2013/2014 und Umweltbericht, 12.6.2015, S. 21: „Die selbstgeführte HGÜ kann im Gegensatz zur klassischen, netzgeführten Technologie ein Netz wiederaufbauen ohne dass Blindleistung aus dem angeschlossenen Drehstromsystem bereitgestellt werden muss. Beim Netzanschluss der Offshore-Windparks ist auf der Seeseite kein stabiles Netz vorhanden. Daher ist diese Eigenschaft notwendig, um die Übertragung nach einem Netzfehler selbstständig wieder aufzubauen, im Normalbetrieb zu steuern und das umliegende Drehstromnetz zu stabilisieren“; effizientere Störungsbeseitigung durch Vorgabe einheitlicher Spannungsebene, dabei auch Berücksichtigung der Kosten von Schadensminderungskonzepten, a.a.O., S. 24; Risiken der Errichtung zweier Plattformen in unmittelbarer Nähe, a.a.O., S. 26.

4. Wissensgenerierung durch Gerichte

Den mit der Konkretisierung des Fahrlässigkeitsmaßstabs eigentlich befassten Zivilgerichten kommt hingegen bei der Entwicklung der Sorgfaltsanforderungen und der dazu erforderlichen Generierung des Wissens über Schadenspotentiale und Vermeidemöglichkeiten eine nur untergeordnete Rolle zu. Diese untergeordnete Rolle geht vor allem auf den eingeschränkten Kreis potentieller Kläger sowie auf die Wissensdefizite der Kläger zurück.

a. Fehlende Anreize und fehlende Wissen der anderen Übertragungsnetzbetreiber

Als potentielle Kläger, die den verschuldensabhängige Eigenanteil des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber geltend machen, kommen nach der gesetzlichen Konzeption in erster Linie die übrigen Übertragungsnetzbetreiber in Betracht, unter denen der Belastungsausgleich auf der ersten Stufe stattfindet.²³⁸ Allerdings dürfte für die übrigen Übertragungsnetzbetreibern regelmäßig kaum ein Anreiz bestehen, im Hinblick auf ein etwaiges Verschulden des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers eine Erhöhung von dessen Eigenanteil geltend zu machen. Zum einen handelt es sich bei dem Ausgleich für die übrigen Übertragungsnetzbetreiber wegen der Möglichkeit zur Umlage auf die Letztverbraucher²³⁹ lediglich um einen durchlaufenden Posten. Zwar führt die Deckelung der Umlage für Letztverbraucher zur Möglichkeit, dass sich der Ausgleich für die übrigen Übertragungsnetzbetreiber verzögert.²⁴⁰ Jedoch ist auch in diesem Fall ein Ausgleich der verzögerungsbedingten Finanzierungskosten vorgesehen.²⁴¹ Zum anderen fehlt den übrigen Übertragungsnetzbetreibern in aller Regel das Wissen um den konkreten Einzelfall wie auch allgemein die Expertise, um einschätzen zu können, inwieweit den anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber ein Fahrlässigkeitsvorwurf trifft. Der Aufbau einer solchen Expertise wäre auch nicht rational, da die damit verbundenen Personalkosten nicht als Kosten des Netzbetriebs in den Entgelten der übrigen Übertragungsnetzbetreibern berücksichtigt werden.

Eine gewisse Erleichterung der Durchsetzung bietet eine in diesem Zusammenhang vorgesehene Beweislastumkehr, nach der bei Verzögerungen oder Störungen der

²³⁸ Siehe oben, C.II.2.

²³⁹ § 17f Abs. 1 S. 2 EnWG.

²⁴⁰ §§ 17f Abs. 5 S. 2, Abs. 6 EnWG.

²⁴¹ § 17f Abs. 6 EnWG; für das Jahr 2014 haben die Übertragungsnetzbetreiber im Oktober 2013 wälzbare Kosten in einer Höhe geltend gemacht, die die Deckelungsgrenze knapp überschreiten, vgl. die Aufstellung der Übertragungsnetzbetreiber vom 14.10.2013, abrufbar unter https://www.netztransparenz.de/de/file/Datenbasis_OHU_2014.pdf (zuletzt abgerufen am 9.7.2016). Für das Jahr 2015 stellte sich dann heraus, dass die tatsächlichen Umlageeinnahmen im Jahr 2013 die notwendigen Umlageeinnahmen wesentlich überschritten mit der Folge, dass eine Haftungsumlage in negative Höhe vorgesehen wurde, vgl. die Aufstellung der Übertragungsnetzbetreiber v. 15.10.2014, abrufbar unter https://www.netztransparenz.de/de/file/OHU_Prognose_2015_Internet.pdf (zuletzt abgerufen am 9.7.2016).

Anbindungsleitung die zumindest grobe Fahrlässigkeit des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers vermutet wird.²⁴² Folglich muss der anbindungsverpflichtete Übertragungsnetzbetreiber darlegen und notfalls beweisen, dass er die verkehrserforderliche Sorgfalt eingehalten hat und die Voraussetzungen des Eigenanteils deshalb nicht vorliegen. Allerdings müssen die übrigen Übertragungsnetzbetreiber gleichwohl in der Lage sein und ein Bedürfnis sehen, den Vortrag des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers zu prüfen und gegebenenfalls argumentativ zu widerlegen. Zudem hat es soweit ersichtlich seit der Einführung des Belastungsausgleichs keinen Rechtsstreit gegeben, in dem der Eigenanteil des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers oder die Beweislastumkehr geltend gemacht worden wäre. Nach dem Evaluierungsbericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie fiel vielmehr in den ersten beiden Jahren nach Einführung der Entschädigungsregelungen, obwohl Entschädigungszahlungen in Höhe von insgesamt über einer Milliarde Euro zu leisten waren, gar kein Eigenanteil an, weil ein etwaiges Verschulden der vom anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber beauftragten Generalunternehmer nicht zugerechnet werden konnte.²⁴³ Hier zeigt sich deutlich die Unzulänglichkeit eines Haftungsregime, dem es an durchsetzenden Anspruchstellern fehlt. Obwohl die besseren Gründe für eine Zurechenbarkeit des Verschuldens von Generalunternehmern sprechen,²⁴⁴ die Einschätzung eines anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers in einem Konzernlagebericht bereits zur bisherigen Rechtslage selbst von der Zurechenbarkeit ausgeht²⁴⁵ und obwohl die Zurechnung ein zentrales Kriterium für den Umfang des Eigenanteils darstellt, ist die von den anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibern vorgeschlagene Auslegung, die den Eigenanteil und die Beweislastumkehr faktisch unterläuft, unter den anderen Übertragungsnetzbetreibern offenbar unbeanstandet geblieben. Bei einer Zurechnung des Verschuldens der Generalunternehmer hätte der anbindungsverpflichtete Übertragungsnetzbetreiber zu beweisen gehabt, dass den Generalunternehmer und seine etwaigen Unterauftragnehmer weder vorsätzlich noch grob fahrlässig gehandelt haben, um die Vermutung zumindest grober Fahrlässigkeit²⁴⁶ zu widerlegen und eine vollständige Kostenwälzung zu erreichen.

²⁴² § 17f Abs. 2 S. 4 EnWG.

²⁴³ BMWi, Evaluierungsbericht gemäß § 17i EnWG, S. 17; näher bereits oben, Fn. 139.

²⁴⁴ Zur überwiegenden Einschätzung in der Literatur, der Systematik des § 17d EnWG und der in der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie dokumentierten Absicht des Gesetzgebers siehe oben, C.II.3.a.

²⁴⁵ Konzernlagebericht und Konzernabschluss 2014 der Eurogrid GmbH, die mit der 50 Hertz Transmission GmbH und dem anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber 50 Hertz Offshore GmbH einen Konzern bildet, S. 18, abrufbar unter <http://www.eurogrid.com/de-de/Finanzen/Publikationen>, zuletzt abgerufen am 28.7.2016, näher siehe oben, Fn. 164.

²⁴⁶ § 17f Abs. 2 S. 4 EnWG.

Denkbar bleibt schließlich, dass die Bundesnetzagentur die Höhe der Umlage gegenüber den Letztverbrauchern im Hinblick auf einen nicht hinreichend berücksichtigten Eigenanteil moniert. In diesem Fall dürften die übrigen Übertragungsnetzbetreiber allerdings gegenüber dem anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber zur Verrechnung berechtigt sein.²⁴⁷

b. Letztverbraucher: keine effektive Möglichkeit?

Theoretisch denkbar wäre, dass Letztverbraucher gegenüber ihrem Energieversorgungsunternehmen die Höhe des Aufschlags für den Belastungsausgleich²⁴⁸ beanstanden und dabei geltend machen, dass der verschuldensunabhängige Eigenanteil des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers nur unzureichend berücksichtigt worden ist.

Gegen diesen Weg spricht allerdings schon der zurückhaltende zivilgerichtliche Kontrollmaßstab. Energieversorgungsunternehmen verpflichten sich in Stromversorgungsverträgen gegenüber den Letztverbrauchern, Elektrizität zu einem bestimmten Entgelt einschließlich der umgewälzten Netzentgelte und Umlagen zu liefern. Sie behalten sich dabei typischerweise vor, bei Änderungen ihrer Kostensituation, insbesondere bei Änderungen der Belastungen nach dem EEG oder KWKG, den vereinbarten Preis nach billigem Ermessen anzupassen.²⁴⁹ Energieversorgungsunternehmen verpflichten sich dabei gegenüber ihren Kunden nicht, die Höhe dieser Umlagen auf Fehler zu überprüfen, die für sie weder erkennbar noch mit vertretbarem Aufwand nachprüfbar sind.

Erschwert wird die Geltendmachung einer überhöhten Umlage zudem durch den im Stromversierungsvertrag vereinbarten Maßstab der Billigkeit. Die zivilgerichtliche Kontrolle dieser Preisanpassung nach billigem Ermessen²⁵⁰ beschränkt sich in der Sache auf die Transparenz und die Modalitäten der Preisanpassung. Insbesondere sind danach im Grundsatz auch Kostensenkungen an den Kunden weiterzugeben. Eine inhaltliche Überprüfung der Bezugskosten ist danach jedoch grundsätzlich nicht vorgesehen.²⁵¹

²⁴⁷ So erfolgt die finanzielle Verrechnung der einzelnen Posten des in § 17f Abs. 1 S. 1 EnWG vorgesehenen Belastungsausgleichs nach § 17f Abs. 4 S. 1 EnWG anhand der zu erwartenden Kosten für das folgende Kalenderjahr und des Saldos der Einnahmen und Ausgaben des vorangegangenen Kalenderjahres; subsidiär wären, sofern keine vertraglichen Regelungen bestehen, rechtsgrundlose Zahlungen bereicherungsrechtlich auszugleichen. Da es bei dieser Verrechnung auf die Ursachen oder ein Verschulden nicht ankommt, gilt das auch dann, wenn die nicht anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber die Höhe des Eigenteils nicht eingehend überprüft haben.

²⁴⁸ § 17e Abs. 5 EnWG; eine Übersicht über die Höhe der Umlage findet sich auf der Informationsplattform der deutschen Übertragungsnetzbetreiber, https://www.netztransparenz.de/de/Umlage_17f.htm (zuletzt abgerufen am 9.7.2016).

²⁴⁹ Aus der umfangreichen Rechtsprechung vgl. nur BGH, Urt. v. 25.11.2015, VIII ZR 360/14.

²⁵⁰ § 315 Abs. 1 und 3 BGB.

²⁵¹ Die Rechtsprechung zusammenfassend BGH, Urt. v. 6.4.2016, VIII ZR 211/10, Rn. 28: „(...) Denn aus der gebotenen und sich an dem objektiv zu ermittelnden hypothetischen Willen der Vertragsparteien auszurichtenden ergänzenden Auslegung (§§ 157, 133 BGB) eines auf unbestimmte Dauer angelegten

Darüber hinaus fehlen den Letztverbrauchern sowohl das Wissen als auch die Expertise, um die Höhe des Eigenanteils von anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibern beurteilen zu können. Letztverbraucher erhalten regelmäßig nur Informationen über die Summe der prognostizierten Entschädigungszahlungen aller anbindungsverpflichteter Übertragungsnetzbetreiber in dem jeweiligen Folgejahr, aber keine Informationen zu den jeweiligen Entschädigungszahlungen der beiden anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibern, zur Aufteilung der Gesamtsumme auf die einzelnen Schadensereignisse oder zu den jeweiligen Eigenanteilen der anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber am Belastungsausgleich.²⁵² Der gesetzlichen Pflicht der anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber, über den Eintritt eines Schadensereignisses und die getroffenen Schadensminderungsmaßnahmen zu informieren,²⁵³ kommen die Übertragungsnetzbetreiber in einer Weise nach, die für Dritte im Wesentlichen nur den Schluss zulässt, dass es ein nicht näher beschriebenes Schadensereignis gegeben hat.²⁵⁴

Darüber hinaus kennen Letztverbraucher typischerweise weder die technischen Grundlagen noch die sonstigen Zusammenhänge bei der Anbindung von Windenergieanlagen auf See. Sie können dadurch die Anforderungen der verkehrserforderlichen Sorgfalt im Einzelfall kaum einschätzen. Auch die im Rahmen des Belastungsausgleichs vorgesehene Vermutung zumindest grober Fahrlässigkeit des Netzbetreibers hilft Letztverbrauchern, soweit sich die Vermutung auch bei von ihnen gegenüber ihrem Vertragspartner geltend gemachten Ansprüchen Anwendung findet, kaum weiter, weil sie die Darlegung des

Energielieferungsvertrags ergibt sich, dass der Grundversorger berechtigt ist, Steigerungen seiner (Bezugs-) Kosten, soweit diese nicht durch Kostensenkungen in anderen Bereichen ausgeglichen werden, während der Vertragslaufzeit an seine Kunden weiterzugeben, und er verpflichtet ist, bei einer Tarifanpassung Kostensenkungen ebenso zu berücksichtigen wie Kostenerhöhungen.“

²⁵² Vgl. die Aufstellung der Übertragungsnetzbetreiber auf der Informationsplattform unter https://www.netztransparenz.de/de/Umlage_17f.htm (zuletzt abgerufen am 9.7.2016).

²⁵³ Nach § 17f Abs. 3 S. 5 EnWG hat der anbindungsverpflichtete Übertragungsnetzbetreiber den Schadenseintritt, das der Bundesnetzagentur vorgelegte Schadensminderungskonzept und die ergriffenen Schadensminderungsmaßnahmen zu dokumentieren und darüber auf seiner Internetseite zu informieren.

²⁵⁴ So heißt es aus der entsprechenden Homepage des für die ausschließliche Sonderwirtschaftszone der Nordsee anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers zu drei Schadensereignissen jeweils nur: „Der Betreiber des [Bezeichnung des Windparks] hat gegenüber [dem anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber] einen Anspruch auf Entschädigung gemäß § 17e Abs.2 EnWG geltend gemacht. Ein Schadensminderungskonzept wurde von [dem anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber] erarbeitet und an die BNetzA versandt.“, <https://www.tennetso.de/site/Transparenz/veroeffentlichungen/offshore-netzanschlusse>, zuletzt abgerufen am 9.7.2016; detaillierter und aktueller sind demgegenüber die zur Erfüllung der REMIT-VO (Verordnung (EU) Nr. 1227/2011 v. 25.10.2011 über die Integrität und Transparenz des Energiegroßhandelsmarkts, ABl.EU Nr. L 326 v. 8.12.2011, S. 1 ff.) vorgenommenen Veröffentlichungen. Sie enthalten knappe Angaben zu Art, Hintergrund und Dauer der Beschränkungen, ermöglichen allerdings ebenfalls keine Überprüfung der Höhe des Eigenanteils im Belastungsausgleich, vgl. die laufend und zeitnah aktualisierte Übersicht unter <https://www.tennetso.de/site/Transparenz/veroeffentlichungen/ubersicht> (zuletzt abgerufen am 9.7.2016).

anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers zur Einhaltung der Sorgfaltsanforderungen, sofern sie über diese Informationen überhaupt verfügen, kaum inhaltlich beurteilen können.

Schließlich stehen die Kosten ein solchen Rechtsstreits für den Letztverbraucher wegen der Notwendigkeit, das erforderliche Wissen zu beschaffen, außer Verhältnis zu den Aussichten, die Netzentgelte geringfügig zu reduzieren. Zwar könnten sich spezialisierte Akteure wie Verbraucherschutzvereine Ansprüche von Letztverbrauchern abtreten lassen, um sie gerichtlich geltend zu machen. Auch diesen Klagen steht allerdings der eingeschränkte Pflichtenkreis der Energieversorger, die zurückhaltende gerichtliche Kontrollmaßstab der Billigkeitskontrolle und das fehlende Wissen zur Beurteilung der Eigenanteile anbindungsverpflichteter Übertragungsnetzbetreiber entgegen.

IV. Defizite der Effizienzsicherung im gemischten Anbindungsregime

Das zu wesentlichen Teilen öffentlich-rechtlich geprägte Anbindungsregime von Windenergieanlagen auf See weist neben dem Eigenanteil des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers weitere Elemente auf, die grundsätzlich zur Förderung einer effizienten Netzanbindung von Windenergieanlagen auf See in Frage kommen. Schadensversicherungen verteilen nicht nur die Risiken eines Schadenseintritts, sondern drücken über die Höhe der Versicherungsprämien auch das Ausmaß der zu erwartenden Schäden aus und können dadurch Anreize setzen, die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts oder die Schadenshöhe zu senken, um die Höhe der Versicherungsprämien zu reduzieren. Darüber hinaus können die klassischen öffentlich-rechtlichen Instrumente der Entgeltregulierung oder der Fachplanung grundsätzlich die Effizienz des Ausbaus und des Betriebs der Netzanbindung berücksichtigen. Bei der Netzanbindung von Windenergieanlagen auf See sind in der derzeitigen Ausgestaltung allerdings weder die Vorgaben an die Schadensversicherung noch die Entgeltregulierung oder die Fachplanung geeignet, Anreize zur effizienten Vermeidung von Schäden durch Verzögerungen oder Störungen der Anbindungsleitung zu setzen.

1. Versicherbarkeit von Risiken

Das Netzanbindungsregime für Windenergieanlagen auf See sieht eine Versicherung von Vermögensschäden, die durch die Verzögerung oder die Störung der Netzanbindung bestehen, grundsätzlich vor.²⁵⁵ Dieses Zusammenspiel von Versicherung, der

²⁵⁵ Nach § 17h S. 1 EnWG sollen anbindungsverpflichtete Übertragungsnetzbetreiber Versicherungen zur Deckung von Vermögens- und Sachschäden, die beim Betreiber von Offshore-Anlagen auf Grund einer nicht rechtzeitig fertiggestellten oder gestörten Anbindung der Offshore-Anlage entstehen, abschließen. Von einer

Berücksichtigung der Versicherungsbeiträge in den Netzentgelten und dem Belastungsausgleich kann die von dem Eigenanteil ausgehende Anreizwirkung relativieren und eine Überversicherung begünstigen. Als Kosten des Netzbetriebs werden die Versicherungsbeiträge zunächst unter den Übertragungsnetzbetreibern ausgeglichen.²⁵⁶ Während die Ausgleichszahlungen für die nicht anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenbestandteile darstellen, die in der Anreizregulierung die Erlösobergrenze erhöhen,²⁵⁷ fallen die Versicherungskosten für den anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber in die Kategorie der Betriebskosten,²⁵⁸ die im Rahmen von Investitionsmaßnahmen pauschal vergolten werden können.²⁵⁹ In der entsprechenden Festlegung einer vom Regelsatz abweichenden Pauschale für die Offshore-Netzanbindung²⁶⁰ sind ausweislich des zu Grunde liegenden Gutachtens Kosten einer Maschinen- und Haftpflichtversicherung, nicht jedoch einer Versicherung für Vermögensschäden wegen Verzögerungen der Anbindung enthalten,²⁶¹ schon weil entsprechende Versicherungsprodukte damals am Markt nicht verfügbar waren und offenbar bis heute nicht sind.²⁶² Sofern man die Betriebskostenpauschale als abschließend versteht, der anbindungsverpflichtete Übertragungsnetzbetreiber also nicht weitergehende, konkret nachgewiesene Betriebskostenpositionen geltend machen kann,²⁶³ wirkt sich die Höhe der Versicherungsbeiträge bereits während der Genehmigungsdauer der Investitionsmaßnahme auf das Ergebnis des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers aus. Für den anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber bestehen dann keine Anreize zur Überversicherung. Im Gegenteil, solange die Praxis der Übertragungsnetzbetreiber, bei der

zwingenden Vorgabe hat der Gesetzgeber im Hinblick auf die nur eingeschränkte Verfügbarkeit von Versicherungsprodukten für entsprechende Vermögensschäden abgesehen, Begründung Regierungsentwurf BT-Drucks. 17/10754, S. 32.

²⁵⁶ § 17d Abs. 7 S. 1 EnWG.

²⁵⁷ § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 15 ARegV.

²⁵⁸ BNetzA, Beschl. v. 12.12.2011, BK4-11-026, Festlegung abweichender Betriebskostenpauschalen für Offshore-Anlagen für Betreiber von Übertragungsnetzen bei der Genehmigung von Investitionsbudgets gemäß § 23 ARegV, S. 7; TU Clausthal, Institut für Wirtschaftswissenschaft, Lehrstuhl für BWL, insbesondere Unternehmensrechnung, und Institut für Erdöl- und Erdgastechnik, Lehrstuhl für Gasversorgungssysteme, Ermittlung abweichender Betriebskostenpauschalen für Investitionsbudgets gemäß § 23 ARegV, Gutachten im Auftrag der BNetzA, 5.10.2011, S. 12.

²⁵⁹ § 23 Abs. 1 S. 4 ARegV.

²⁶⁰ BNetzA, Beschl. v. 12.12.2011, BK4-11-026, Festlegung abweichender Betriebskostenpauschalen für Offshore-Anlagen für Betreiber von Übertragungsnetzen bei der Genehmigung von Investitionsbudgets gemäß § 23 ARegV.

²⁶¹ TU Clausthal, Institut für Wirtschaftswissenschaft, Lehrstuhl für BWL, insbesondere Unternehmensrechnung, und Institut für Erdöl- und Erdgastechnik, Lehrstuhl für Gasversorgungssysteme, Ermittlung abweichender Betriebskostenpauschalen für Investitionsbudgets gemäß § 23 ARegV, Gutachten im Auftrag der BNetzA, 5.10.2011, S. 81.

²⁶² BMWi, Evaluierungsbericht gemäß § 17i EnWG, S. 20.

²⁶³ Eine solche abschließende Regelung dürfte dem Zweck der Pauschale entsprechen, auch wenn der Wortlaut der §§ 23 Abs. 1 S. 3 und 4 ARegV insoweit nicht eindeutig ist.

Berechnung des Eigenanteils im Belastungsausgleich von einer Zurechnung des Verschuldens der Auftragnehmer abzusehen,²⁶⁴ nicht beanstandet wird, würde der Übertragungsnetzbetreiber die anteiligen Kosten der Versicherung tragen, obwohl er von den vom Auftragnehmer verursachten Schäden keinen Anteil trägt. So könnte die fehlende Verfügbarkeit entsprechender Versicherungsprodukte²⁶⁵ auch an einer fehlenden Nachfrage liegen. Bei einem Eigenanteil der anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber in Höhe von 0 Euro in dem Belastungsausgleich der ersten beiden Jahre²⁶⁶ und einer pauschalen Vergütung der Betriebskosten wäre der Abschluss einer Schadensversicherung nicht rational. Für die Zeit nach Ablauf der befristeten Investitionsmaßnahme sind die Modalitäten des Effizienzvergleichs und die damit verbundenen Anreizwirkung derzeit noch offen.

Allerdings könnte es aus Sicht der anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber vorteilhaft sein, gezielt nur den Anteil der Vermögensschäden zu versichern, der von dem Eigenanteil im Belastungsausgleich umfasst ist. Die Anrechnungsregelung in § 17f Abs. 1 S. 1 EnWG sieht jedoch vor, dass jede Versicherungsleistung, die anlässlich eines den verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch auslösenden Schadensereignisses gezahlt worden ist, in der Gesamtsumme des Belastungsausgleichs angerechnet wird. Eine auf den nachgelagerten Eigenanteil beschränkte Schadensversicherung ist dadurch ausgeschlossen.

2. Effizianreize durch die Entgeltregulierung

Der materielle Maßstab der energierechtlichen Entgeltregulierung enthält wie vergleichbare Regulierungsmaßstäbe in anderen Sektoren auch²⁶⁷ ein Effizienzkriterium,²⁶⁸ das im Rahmen der sogenannten Anreizregulierung marktalog ausgestaltet ist. Effizienzvorgaben beziehen sich hier auf eine strukturell vergleichbare Gruppe von Netzbetreibern und bemessen sich nach bestimmten Vergleichswerten.²⁶⁹ Ein Netzbetreiber, der diese auf Vergleichswerten beruhende Effizienzvorgabe übertrifft und das Netz zu geringeren Kosten betreiben kann, erzielt dadurch ähnlich wie auf nicht regulierten Märkten höhere Gewinnspannen.

²⁶⁴ Dazu oben, C.II.3.a und C.III.4.a.

²⁶⁵ BMWi, Evaluierungsbericht gemäß § 17i EnWG, S. 20.

²⁶⁶ BMWi, Evaluierungsbericht gemäß § 17i EnWG, S. 17; zu den naheliegenden Gründen siehe oben, C.II.3.a und C.III.4.a.

²⁶⁷ Siehe oben, Fn. 89.

²⁶⁸ Nach § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG werden Entgelte auf der Grundlage der Kosten einer Betriebsführung, die denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen müssen, unter Berücksichtigung von Anreizen für eine effiziente Leistungserbringung und einer angemessenen, wettbewerbsfähigen und risikoangepassten Verzinsung des eingesetzten Kapitals gebildet, soweit in einer Rechtsverordnung nach § 24 EnWG nicht eine Abweichung von der kostenorientierten Entgeltbildung bestimmt ist.

²⁶⁹ Näher, auch zur Strukturklasseneinteilung, *Groebel*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 21a Rn. 32 ff.

Diese Anreize zur Kostenreduktion sind nur eingeschränkt vereinbar mit kostenintensiven Maßnahmen zur Erhöhung der Netzqualität oder zum Ausbau der Kapazität. Sofern diese Maßnahmen in den Erlösobergrenzen der Anreizregulierung keine Berücksichtigung finden, belasten sie das Ergebnis des jeweiligen Netzbetreibers. Die Anreizregulierungsverordnung sieht aus diesem Grund unter anderem²⁷⁰ sog. Investitionsmaßnahmen für Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen vor, deren Kosten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile die Höhe der Erlösobergrenze unabhängig von den Effizienzvorgaben der Anreizregulierung erhöhen.²⁷¹

Als effizienzsichernde Voraussetzung für die Genehmigung dieser Investitionsmaßnahmen ist die Notwendigkeit der Investition unter anderem für den bedarfsgerechten Ausbau des Energieversorgungsnetzes gefordert.²⁷² Diese Voraussetzung der Notwendigkeit soll zwar zumindest nach der gesetzlichen Vorgabe grundsätzlich insbesondere durch Referenznetzanalyse von der Bundesnetzagentur überprüft werden.²⁷³ Jedoch sieht die Anreizregulierungsverordnung Leitungen zur Netzanbindung von Windenergieanlagen auf See als regelmäßig notwendige Investitionsmaßnahmen²⁷⁴ vor.

Die verbleibende Prüfung der Erforderlichkeit der einzelnen Elemente einer grundsätzlich als notwendig eingestuften Investitionsmaßnahme ist nur eingeschränkt geeignet, Wissen über Schadensrisiken, Vermeidemöglichkeiten und die Angemessenheit von Vorsorgemaßnahmen aufzubauen. Zwar kann die Einordnung der Erforderlichkeit eines bestimmten Infrastrukturelements für die Sorgfaltsanforderungen an den Übertragungsnetzbetreiber ein Indizwirkung entfalten.²⁷⁵ Investitionen, die die Bundesnetzagentur im Rahmen der

²⁷⁰ Zur Berücksichtigung von Qualitätskriterien in der Anreizregulierung näher *Groebel*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 21a Rn. 52 ff.

²⁷¹ §§ 23 Abs. 1 Nr. 5; 11 Abs. 1 und 2 Nr. 6; 7 und Anhang I ARegV. Die Kosten fallen zwar noch unter den allgemeinen Effizienzmaßstab aus § 21 Abs. 2 EnWG, *Groebel*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 21a Rn. 46, nicht jedoch unter den dynamischen Maßstab der Anreizregulierung (zur Dynamik durch Anreize zur Kosteneinsparung durch Effizienzsteigerung *Groebel*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 21a Rn. 1). In der Praxis zeichnet sich ab, dass die Bundesnetzagentur bei der Anbindung von Windenergieanlagen den Maßstab der Anreizregulierung eher lockert als verschärft, vgl. zur Festsetzung einer Betriebskostenpauschale in Höhe von 3,4 % BNetzA, Beschl. v. 12.12.2011, BK4-11-026, statt der in § 23 Abs. 1 S. 4 ARegV vorgesehenen Betriebskostenpauschale in Höhe von 0,8 %; kritisch zur Effizienzprüfung nach Ablauf der Frist der Investitionsmaßnahme *Burgi*, Die Offshore-Anbindungs- und Haftungsregelungen auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, GewArch Beilage WiVerw Nr. 1/2014, 76 (79).

²⁷² Nach § 23 Abs. 1 S. 1 ARegV werden Investitionsmaßnahmen genehmigt, soweit die Investitionen zur Stabilität des Gesamtsystems, für die Einbindung in das nationale oder internationale Verbundnetz oder für einen bedarfsgerechten Ausbau des Energieversorgungsnetzes nach § 11 des Energiewirtschaftsgesetzes notwendig sind.

²⁷³ § 23 Abs. 4 ARegV; in der Praxis sieht die Bundesnetzagentur von der Durchführung der Referenznetzanalysen im Hinblick auf entsprechende Analysen in der Netzentwicklungsplanung ab, BNetzA, Leitfaden zu Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV, 2015, S. 9 f.

²⁷⁴ Zum Charakter des Katalogs in § 23 Abs. 1 S. 2 ARegV als Auflistung von Regelbeispielen BNetzA, Leitfaden zu Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV, 2015, S. 5; *Hummel*, in: Danner/Theobald, Energierecht, § 23 ARegV Rn. 14; *Groebel*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 21a Rn. 90.

²⁷⁵ Siehe bereits oben, C.III.2.a.aa.

Entgeltregulierung als nicht erforderlich und damit bei der Bildung der Netzentgelte als nicht berücksichtigungsfähig einstuft, werden von dem Netzbetreiber kaum gefordert werden können. Umgekehrt legt eine Einordnung eines Elements als erforderlich im Sinne der Entgeltregulierung nahe, dass die Errichtung der verkehrserforderlichen Sorgfalt entspricht. Jedoch ist die entgeltbezogene Prüfung zum einen von vorneherein auf die Erforderlichkeit der Kosten eines bestimmten Infrastrukturelements beschränkt. Sie umfasst also keine weiteren Modalitäten, etwa zur Art und Weise der Errichtung oder des Betriebs. Zum anderen sind die in der Praxis herangezogenen Kriterien derzeit nicht systematisch darauf angelegt, Erfahrungswissen zur Angemessenheit bestimmter Vorgehensweisen zu generieren.²⁷⁶

3. Effizienz in der Planung

Die energiewirtschaftsrechtlichen Vorgaben zur Strukturierung des Planungsprozesses²⁷⁷ sollen insbesondere die Effizienz der Netzanbindung erhöhen.²⁷⁸ Diese Effizienzerhöhung bezieht sich allerdings in erster Linie auf die Priorisierung der Standorte angesichts begrenzter Anbindungskapazitäten²⁷⁹ und der Erzielung von Synergieeffekten insbesondere beim Zuschnitt von Sammelanbindungen und der Berücksichtigung der an Land vorhandenen Infrastruktur.²⁸⁰ Zur Vermeidung von Schäden durch Störungen oder Verzögerungen der Anbindungsleitung können die Bundesfach- und Netzentwicklungsplanung nur eingeschränkt Beiträge leisten.²⁸¹ Diese Beiträge liegen am ehesten in der Optimierung der Rahmenbedingungen für schadensmindernde Maßnahmen, etwa die Errichtung von Interimsleitungen²⁸² oder die Gewährleistung einer gewissen anbieterübergreifenden Austauschbarkeit einzelner Komponenten der Netzanbindung durch Standardisierung.²⁸³

²⁷⁶ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.1.2015, VI-3 Kart 70/13 (V), näher siehe bereits oben, Fn. 201.

²⁷⁷ §§ 17a-c EnWG.

²⁷⁸ Näher Begründung Regierungsentwurf zu § 17a EnWG, BT-Drucks. 17/10754, S. 23 ff.; zur Optimierung des Ressourceneinsatzes in der Planung BSH, Bundesfachplan Offshore für die deutsche ausschließliche Wirtschaftszone der Nordsee 2013/2014 und Umweltbericht, 12.6.2015, S. 16 f.

²⁷⁹ Etwa zur Küstennäher als maßgebliches Kriterium der Priorisierung der unterschiedlichen Cluster BSH, Bundesfachplan Offshore für die deutsche ausschließliche Wirtschaftszone der Nordsee 2013/2014 und Umweltbericht, 12.6.2015, S. 14.

²⁸⁰ Auch im Vergleich zur vorhergehenden Rechtslage *Hansen/Cordes*, Die Probleme von regulierungsergänzenden Haftungsvorschriften am Beispiel der Anbindungen von Offshore-Anlagen an das terrestrische Stromnetz aus unternehmerischer Sicht, S. 97 (101 ff.).

²⁸¹ Zukünftig soll eine Voruntersuchung der im Flächenentwicklungsplan festgelegten Flächen sowohl den Bietern Informationen über die Eignung eines konkreten Standorts vermitteln als auch das spätere Planfeststellungsverfahren beschleunigen, § 9 WindSeeG.

²⁸² Vgl. Begründung Regierungsentwurf zu § 17a EnWG, BT-Drucks. 17/10754, S. 24: „Gleichwohl kann z.B. durch Verbindungen von Konverterstationen untereinander das Schadensrisiko bzw. die mögliche Schadenshöhe reduziert werden, indem bei Ausfall einer Konverterstation gegebenenfalls noch eine – zumindest teilweise – Einspeisung über eine benachbarte Konverterstation erfolgen kann. Derartige Maßnahmen sind bereits frühzeitig in die Planung des Offshore-Netzes aufzunehmen“.

²⁸³ Näher zu den Zielen der Standardisierung im Bundesfachplan Offshore durch technische Regelvorgaben und Planungsgrundsätze Begründung Regierungsentwurf zu § 17a EnWG, BT-Drucks. 17/10754, S. 24.

Schließlich lassen sich bestimmte umweltabhängige, standortbezogene Risiken der Realisierbarkeit durch eingehende Analysen bereits im Planungsprozess reduzieren. Im Übrigen ist die bisherige standortbezogene Planung allerdings nicht darauf ausgelegt, technologische oder sonstige Risiken von Störungen oder Verzögerungen der Netzanbindung systematisch zu erheben, entsprechendes Erfahrungswissen aufzubauen und auf ein effizientes Maß an Vorsorgemaßnahmen hinzuwirken.

D. Zusammenfassung und Fazit

Die Netzanbindung von Windenergieanlagen auf See kombiniert zivilrechtliche Elemente der Haftung mit öffentlich-rechtlichen Regelungen der Planung und Regulierung, um besondere Rahmenbedingungen für einen schnellen und effizienten Ausbau der Offshore-Windenergie zu schaffen. Ein verschuldensabhängiger Eigenanteil an Entschädigungszahlungen für Verzögerungen oder Störungen der Netzanbindung soll dem anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber Anreize zu wirtschaftlich angemessenen Maßnahmen der Schadensprävention setzen. Dieser Rückgriff auf zivilrechtliche Ansätze der Verhaltenssteuerung trägt allerdings den Unterschieden des Kontexts dieser Netzanbindung zum allgemeinen zivilrechtlichen Regelungszusammenhang nicht hinreichend Rechnung. Im Gegensatz zu typischen Anwendungsbereichen der Haftung nimmt die Kostenwälzung den anderen am Belastungsausgleich beteiligten Übertragungsnetzbetreibern die Anreize, den verschuldensabhängigen Eigenanteil geltend zu machen. Es fehlt dadurch an gerichtlichen Verfahren, die in der zivilrechtlichen Haftung typischerweise bereichsspezifische Sorgfaltsmaßstäbe konkretisieren und zugleich durchsetzen. In den Jahren 2013 und 2014 sind Entschädigungszahlungen in Höhe von insgesamt über einer Milliarde Euro über den Belastungsausgleich vollständig und ohne Eigenanteil der Übertragungsnetzbetreiber auf die Letztverbraucher gewälzt worden, ohne dass ein etwaiges Verschulden der mit der Errichtung beauftragten Generalunternehmer geprüft worden wäre, obwohl die besseren Gründe für die Zurechnung ihres Verschuldens zum anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber sprechen. Angesichts fehlender Erfahrungen über Gefahrenpotentiale und Vermeidemöglichkeiten in dieser innovativen Technologie orientiert sich die punktuelle zivilgerichtliche Rechtsprechung stattdessen an Leitlinien der Bundesnetzagentur, die sich auf die öffentlich-rechtliche Regulierung beziehen. Insbesondere der Entgeltregulierung kommt dadurch mittelbar eine faktische Orientierungsfunktion für die zivilrechtlichen Sorgfaltsanforderungen zu, auf die ihre materiellen Regulierungsmaßstäbe nicht eingestellt sind. Darüber hinaus stellen die Modifikationen des Anbindungsregimes von

Windenergieanlagen auf See nicht hinreichend klar, inwieweit allgemeine Grundsätze des Rechts Erneuerbarer Energien und des allgemeinen Zivilrechts, etwa zur Haftung für Nebenpflichtverletzung und der Berücksichtigung eines Mitverschuldens des Windparkbetreibers bei Verzögerungen der Anbindungsleitung, Anwendung finden. Schließlich relativieren die Regelungen zur Berücksichtigung von Beiträgen und Leistungen der Schadensversicherung angesichts der derzeitigen Praxis der Verschuldenszurechnung die Anreize des Übertragungsnetzbetreibers, die vorgesehenen Schadensversicherungen nachzufragen. Effektive Anreize für wirtschaftlich angemessene Maßnahmen der Schadensprävention gehen vielmehr vor allem von den öffentlich-rechtlichen Pflichten des Übertragungsnetzbetreibers, insbesondere zur Vorlage von Schadensminderungskonzepten, aus. Angesichts dieses Befunds liegt *de lege ferenda* für die Schadensprävention bei der Netzanbindung von Windenergieanlagen auf See ein weiterer Ausbau der öffentlich-rechtlichen Regulierung, insbesondere eines laufenden Monitorings, oder gar eine Umstellung auf alternative Organisationsmodelle für Übertragungsnetze²⁸⁴ nahe, zumal angesichts der konzentrierten Marktstruktur die Verhandlungsmacht der Generalunternehmer einer Verhaltenssteuerung durch Haftung der Übertragungsnetzbetreiber zusätzliche Grenzen setzen kann. Abgesehen von Schwierigkeiten einer kohärenten rechtsdogmatischen Konzeption stellt ein öffentlich-rechtliches Regime der Entgeltregulierung, das die Zahlungsströme aller Beteiligten weitgehend vorgibt, die Voraussetzungen einer angemessenen zivilrechtlichen Verhaltenssteuerung durch Haftung in Frage.

²⁸⁴ Analyse der Optionen bei *Beckers/Bieschke/Lenz/Heurich*, Alternative Modelle für die Organisation und die Finanzierung des Ausbaus der Stromübertragungsnetze in Deutschland, S. 204 ff.

Literaturverzeichnis

- Ackermann, Thomas*: Kartellgeldbußen als Instrument des Wirtschaftsaufsicht, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht* 2012, 3-9
- von Arnould, Andreas*: Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität: Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen, Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 74, 2015, S. 39-87
- Augsberg, Ino*: Informationsverwaltungsrecht. Zur kognitiven Funktion der rechtlichen Steuerung von Verwaltungsentscheidungen, 2014
- Bauer, Christian*: Konsultationen als kooperatives Element im Regulierungsprozess, *Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft* 2012, 71-75
- Beckers, Thorsten; Lenz, Ann-Katrin; Bieschke, Nils*: Die Regulierung der Stromübertragungsnetze im Onshore- und Offshore-Bereich in Deutschland – Eine ökonomische Analyse, Studie im Rahmen des von der Stiftung Mercator geförderten Projekts „Reformbedarf und -modelle für den effizienten Ausbau und Betrieb der Elektrizitätsnetze im Rahmen der Energiewende“ (EE-Netz), 2016
- Beckers, Thorsten; Bieschke, Nils; Lenz, Ann-Katrin; Heurich, Johannes*: Alternative Modelle für die Organisation und die Finanzierung des Ausbaus der Stromübertragungsnetze in Deutschland, Gutachten im Rahmen des Projekts „Alternativen zur Finanzierung des Ausbaus der Übertragungsnetze in Deutschland“, Mai 2014
- Berger-Kögler, Ulrike; Cornils, Matthias*: Kommentierung § 35 TKG, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013
- Bicker, Eike*: Compliance – organisatorische Umsetzung im Konzern, *Aktiengesellschaft* 2012, 542-552
- Bork, Reinhard; Taupitz, Jochen; Wagner, Gerhard* (Hrsg.): Archiv für die civilistische Praxis 214 (2014) Sonderausgabe zur Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung zum Thema „Methoden des Privatrechts“, 2014
- Bornkamm, Joachim*: Cui malo? Wem schaden Kartelle, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2010, 501-506
- Bourwieg, Karsten*: Kommentierung § 17 EnWG, in: Britz/Hellermann/Hermes, *Energiewirtschaftsgesetz*, 2. Auflage 2010
- Breuer, Matthias; Kreienbrock, Ulf; Seidewinkel, Gregor; von Kopp-Colomb, Heinrich*: Die Kooperationsvereinbarung der Gasnetzbetreiber gemäß § 20 Abs. 1b) EnWG – ein Überblick, *Recht der Energiewirtschaft* 2006, 264-271
- Britz, Gabriele*: Energie, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, 2010, § 9
- Broemel, Roland*: Compliance durch Wissen. Anforderungen an die Wissensorganisation im Recht, *Rechtswissenschaft* 2013, 62-90
- Broemel, Roland*: Regulierungskonzepte als Kontrollmaßstab in der Telekommunikationsregulierung, *Juristenzeitung* 2014, 286-294
- Broemel, Roland*: State Aid Schemes Supporting Renewable Energies in Germany, *Hamburg Law Review* 2015, 29-46
- Broemel, Roland*: Strategisches Verhalten in der Regulierung. Zur Herausbildung eines Marktgewährleistungsrechts in den Netzwirtschaften, 2010
- Broemel, Roland*: Verschuldenszurechnung, Sorgfaltsmaßstäbe und Präventionskonzepte bei der Anbindung von Windenergieanlagen auf See, *Zeitschrift für Umweltrecht* 2015, 400-408
- Burgi, Martin*: Die Offshore-Anbindungs- und Haftungsregelungen auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, *GewerbearchivBeilage Wirtschaft und Verwaltung* Nr. 1/2014, 76-88
- Butler, Janet; Heinicke, Caroline; Hinderer, Hermann Ali*: Der Rechtsrahmen für Investitionen in Offshore-Windparks und Anbindungsleitungen, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2013, 1377-1384
- Compes, Achim; Schneider, Carmen*: Die Netzanbindung von Offshore-Windparks – mehr Rechtssicherheit durch das Positionspapier?, *Infrastrukturrecht* 2011, 146-148
- Dreher, Meinrad*: Versicherungsschutz für die Verletzung von Kartellrecht oder von Unternehmensinnenrecht in der D&O-Versicherung und Ausschluss vorsätzlicher oder wissentlicher Pflichtverletzungen, *Versicherungsrecht* 2015, 781-794
- Eifert, Martin*: Die gerichtliche Kontrolle der Entscheidungen der Bundesnetzagentur, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 174 (2010), 449-485
- Eifert, Martin*: Die gerichtliche Kontrolle der Entscheidungen der Bundesnetzagentur, *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 174 (2010), 449-485
- Eifert, Martin*: Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat, 1998
- Engel, Christoph* (Hrsg.): *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007
- Fehling, Michael*: Neues Regulierungsrecht im Anschluss an die Energiewende, *Die Verwaltung* 47 (2014), 313-348

- Fehling, Michael*: Instrumente und Verfahren, in: ders./Ruffert (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, 2010, § 20
- Fehling, Michael*: Öffentlicher Verkehr (Bahn, ÖPNV), in: ders./Ruffert (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, 2010, § 10
- Franck, Jens-Uwe*: Marktordnung durch Haftung. Legitimation, Reichweite und Steuerung der Haftung auf Schadensersatz zur Durchsetzung marktordnenden Rechts, Tübingen 2016
- Funke, Andreas; Lüdemann, Jörn* (Hrsg.): *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, 2009
- Gärditz, Klaus Ferdinand*: „Regulierungsermessen“ und verwaltungsgerichtliche Kontrolle, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2009, 1005-1011
- Gärditz, Klaus Ferdinand*: Regulierungsrechtliche Auskunftsanordnungen als Instrument der Wissensgenerierung, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2009, 69-77
- Groebel, Annegret*: Kommentierung § 21 TKG, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), *Energiewirtschaftsgesetz Kommentar*, 3. Auflage 2015
- Grundmann, Stefan*: Kommentierung § 276 BGB, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 7. Auflage 2016
- Grüneberg, Christian*: Kommentierung § 276 BGB, in: Palandt (Begr.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 75. Auflage 2016
- Habersack, Mathias*: Grund und Grenzen der Compliance-Verantwortung des Aufsichtsrats der AG, *Aktiengesellschaft* 2014, 1-8
- Hansen, Frank-Peter; Cordes, Fabian*: Die Probleme von regulierungsergänzenden Haftungsvorschriften am Beispiel der Anbindungen von Offshore-Anlagen an das terrestrische Stromnetz aus unternehmerischer Sicht, in: Ehrlicke (Hrsg.), *Handlungsfreiheit und Haftungsverantwortung in den regulierten Bereichen des Energiesektors*, 2015, S. 97-109
- Hardach, Felix*: *Die Anreizregulierung der Energieversorgungsnetze*, Baden-Baden 2010
- von Hayek, Friedrich August*: Der Sinn des Wettbewerbs, abgedruckt in: Streit (Hrsg.), *Friedrich August von Hayek, Rechtsordnung und Handlungsordnung. Aufsätze zur Ordnungsökonomik*, 2003, S. 107-120
- von Hayek, Friedrich August*: Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, abgedruckt in: Streit (Hrsg.), *Friedrich August von Hayek, Rechtsordnung und Handlungsordnung. Aufsätze zur Ordnungsökonomik*, 2003, S. 132-151
- Heise, Michael*: Das Verhältnis von Regulierung und Kartellrecht im Bereich der Netzwirtschaften. Zur Frage der Herausbildung eines eigenständigen Netzwirtschaftsrechts, 2008
- Herzmann, Karsten*: Konsultationen. Eine Untersuchung von Prozessen kooperativer Maßstabskonkretisierung in der Energieregulierung, 2010
- Herzmann, Karsten*: Konsultationen. Eine Untersuchung von Prozessen kooperativer Maßstabskonkretisierung in der Energieregulierung, 2010
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996, S. 261-335
- Hummel, Konrad*: Kommentierung § 23 ARegV, in: Danner/Theobald (Hrsg.), *Energierrecht*, 88. Ergänzungslieferung März 2016
- Kahle, Christian*: Die beihilfenrechtliche Genehmigung des EEG 2014 durch die Europäische Kommission, Eine kritische Würdigung, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2014, 1563-1566
- Kerber, Wolfgang; Schwalbe, Ulrich*: Die ökonomischen Grundlagen des Wettbewerbsrechts, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), *Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht. Kartellrecht, Missbrauchs- und Fusionskontrolle*, Band 1 *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2. Auflage 2015
- Knütel, Christian; Luh, Carla; Koch, Alexander*: „Schmutziger Strom“ auf See. Haftungsrisiken für Betreiber von Offshore-Windenergieanlagen sowie Netzbetreiber bei Verursachung von Netzunterbrechungen, *EnWZ* 2014, 531-537
- Köhler, Helmut*: Kartellverbot und Schadensersatz, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2004, 99-103
- König, Carsten*: Die Haftung der Übertragungsnetzbetreiber für den verzögerten Netzanschluss von Offshore-Windenergieanlagen, *Zeitschrift für Neues Energierecht* 2013, 113-119
- König, Carsten*: Informelles Verwaltungshandeln der Bundesnetzagentur durch Leitfäden und Positionspapiere, *Netzwirtschaften und Recht* 2015, 130-135
- Kort, Michael*: Compliance-Pflichten und Haftung von GmbH-Geschäftsführern, *GmbH-Rundschau* 2013, 566-574
- Krebs, Peter; Eufinger, Alexander; Jung, Stefanie*: Bußgeldminderung durch Compliance-Programme im deutschen Kartellbußgeldverfahren?, *Corporate Compliance Zeitschrift* 2011, 213-217
- Kühling, Jürgen; Klein, Carolin Christine*: Der Belastungsausgleich für Haftungen bei der Offshore-Windenergie, *Die Öffentliche Verwaltung* 2014, 103-110
- Kühling, Jürgen*: Regulierungsrecht als Infrastrukturregulierungsrecht oder mehr?, in: Säcker/Schmidt-Preuß (Hrsg.), *Grundsatzfragen des Regulierungsrechts*, 2015, S. 44-67

- Kühling, Jürgen*: Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften. Typologie, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Wirtschaftsverfassungsrecht, München 2004
- Ladeur, Karl-Heinz*: Regulierung nach dem TKG, Kommunikation und Recht 1998, 479-486
- Loewenheim, Ulrich; Meessen, Karl M.; Riesenkampff, Alexander; Kersting, Christian; Meyer-Lindemann, Hans Jürgen*, Kartellrecht, 3. Auflage 2016
- Ludwigs, Markus*: Das Regulierungsermessen als Herausforderung für die Letztentscheidungsdogmatik im Verwaltungsrecht, Juristenzeitung 2009, 290-297
- Ludwigs, Markus*: EEG-Umlage und Beihilferecht, Die Besondere Ausgleichsregelung auf dem Prüfstand der EU-Kommission, Recht der Erneuerbare Energien 2014, 65-76
- Ludwigs, Markus*: Regulierungsermessen: Spielräume gerichtlich eingeschränkter Kontrolle im Regulierungsrecht, Recht der Energiewirtschaft 2013, 297-306
- Masing, Johannes*: Grundstrukturen eines Regulierungsverwaltungsrechts, Die Verwaltung 36 (2003), 1-32
- Masing, Johannes*: Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages Stuttgart, Bd. I, S. D 1-195, 2006
- Meinzenbach, Jörg*: Die Anreizregulierung als Instrument zur Regulierung von Netznutzungsentgelten im neuen EnWG. Eine Untersuchung der normativen Vorgaben des § 21a EnWG im System einer wettbewerbsfördernden Netzentgeltkontrolle, Baden-Baden 2008
- Pampel, Gunnar*: Die Bedeutung von Compliance-Programmen im Kartellordnungswidrigkeitenrecht, Betriebsberater 2007, 1636-1640
- Pielow, Johann-Christian*: Regulierungsrecht als Infrastrukturregulierungsrecht – oder mehr?, in: Säcker/Schmidt-Preuß (Hrsg.), Grundsatzfragen des Regulierungsrechts, 2015, S. 19-43
- Prall, Ursula; Thomas, Henning*: Direktvermarktung vergessen? Zur Berechnung der Entschädigung bei Verzögerung, Störung oder Wartung der Netzanbindung von Offshore-Anlagen nach § 17e EnWG, Zeitschrift für Neues Energierecht 2015, 332-335
- Reese, Birgit; Ronge, Christian*: Aufgaben und Struktur der Compliance-Funktion im Versicherungsunternehmen unter besonderer Berücksichtigung von Solvency II, Versicherungsrecht 2011, 1217-1234
- Reuter, Alexander*: Unternehmensgeldbußen, Organregress, Grenzen der Versicherbarkeit und Gesellschaftsrecht: eine systemische Verletzung der Grundrechte der Anteilseigner?, Betriebsberater 2016, 1283-1294
- Risse, Jörg; Haller, Heike; Schilling, Alexander*: Die Haftung des Netzbetreibers für die Anwendung von Offshore-Windenergieanlagen, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2012, 592-598
- Röhl, Hans Christian*: Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität: Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen, Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 74, 2015, S. 7-38
- Säcker, Franz Jürgen; Meinzenbach, Jörg*: Der Effizienzkostenmaßstab des § 21 Abs. 2 im System der energierechtlichen Netzentgeltgenehmigung, Recht der Energiewirtschaft 2009, 1-14
- Schäfer, Hans-Bernd; Ott, Claus*: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Auflage 2012
- Schlacke, Sabine; Kröger, James*: Die Förderung erneuerbarer Energien in Frankreich als staatliche Beihilfe – zugleich Anmerkung zum EuGH-Urteil in der Rs. Association Vent de Colère!, Zeitschrift für Umweltrecht 2015, 27-33
- Schmidt-Aßmann, Eberhard*: Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnung, in: Hoffmann-Riem/ders. (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 7-40
- Schmidt-Preuß, Matthias*: Das Recht der Regulierung – Die und Verwirklichung, in: Säcker/ders. (Hrsg.), Grundsatzfragen des Regulierungsrechts, 2015, S. 68-93
- Schneider, Jens-Peter*: Aktuelle Rechtsprobleme von Offshore-Windenergieanlagen und ihrer Netzanbindung, in: Löwer (Hrsg.), Neue europäische Vorgaben für den Energiebinnenmarkt – Tagungsband des 5. Bonner Gesprächs zum Energierecht, 2010, S. 59-79
- Schneider, Jens-Peter*: Telekommunikation, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, § 8
- Schramm, Michael*: Einseitiges informelles Verwaltungshandeln im Regulierungsrecht, 2016
- Schröder, Meinhard*: Grenzen der Umlage von Kosten auf die Allgemeinheit, Verfassungs- und europarechtliche Überlegungen am Beispiel der Förderung erneuerbarer Energien, Archiv des öffentlichen Rechts 140 (2015), 89-120
- Schulz, Thomas; Kupko, Katja*: Das neue Verfahren zur Zuweisung und zum Entzug von Offshore-Netzanschlusskapazitäten, EnWZ 2014, 457-465
- Schulz, Thomas; Rösler, Katja*: Der Leitfaden der BNetzA zur umlagefähigen Entschädigung von Offshore-Anlagen, Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft 2013, 531-538
- Schulz, Wolfgang*: Beurteilungsspielräume als Wissensproblem – am Beispiel der Regulierungsverwaltung, Rechtswissenschaft 2012, 330-350

- Spindler, Gerald*: Unternehmensorganisationspflichten. Zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungskonzepte, 2. unveränderte Auflage, Göttingen 2013
- Spindler, Gerald*: Unternehmensorganisationspflichten. Zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungskonzepte, 2. Auflage 2011
- Teichmann, Arndt*: Kommentierung Vorbemerkung § 823 BGB, in: Jauernig (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Auflage 2013
- Thole, Christoph*: Die zivilrechtliche Haftung des Netzbetreibers gegenüber dem Betreiber einer Offshore-Windenergieanlage für die verzögerte Netzanbindung, Recht der Energiewirtschaft 2013, 53-60
- Trute, Hans-Heinrich; Broemel, Roland*: Die Regulierung des Zugangs in den Netzwirtschaften, ZHR 170 (2006), 706-736
- Trute, Hans-Heinrich*: Regulierung – am Beispiel des Telekommunikationsrechts, in: Eberle/Ibler/Lorenz (Hrsg.), Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart. Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag, 2002, S. 169-189
- Trute, Hans-Heinrich*: Wechselseitige Verzahnungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 167-224
- Wagner, Gerhard; Bsaisou, Marcus*: Der Beitrag des Privatrechts zur Energiewende: Haftungsrecht im Strudel des Regulierungsrechts, in: Ehrlicke (Hrsg.), Handlungsfreiheit und Haftungsverantwortung in den regulierten Bereichen des Energiesektors, 2015, S. 13-51
- Wagner, Gerhard*: Kommentierung §§ 823, 833 BGB; § 10 ProdHaftG, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, 6. Auflage 2013
- Wagner, Gerhard*: Organhaftung im Interesse der Verhaltenssteuerung – Skizze eines Haftungsregimes, Zeitschrift für das gesamte Wirtschafts- und Handelsrecht 178 (2014), 227-281
- Wagner, Gerhard*: Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, Archiv für die civilistische Praxis 206 (2006), 352-476
- Wagner, Gerhard*: Produktvigilanz und Haftung, Versicherungsrecht 2014, 905-916
- Weber, Franziska*: Gegenwärtige Verbraucherrechtsfälle und Bedarf an staatlicher Rechtsdurchsetzung, Versicherung und Recht 2013, 323-322
- Wellhöfer, Werner; Peltzer, Martin; Müller, Welf (Hrsg.): Die Haftung von Vorstand Aufsichtsrat Wirtschaftsprüfer, 2008
- Weyer, Hartmut*: Vergleichsmarktbetrachtung in der Preismissbrauchskontrolle, in: Joost/Oetker/Paschke (Hrsg.), Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 70. Geburtstag, München 2011, S. 999-1011
- Wiederholt, Norbert; Bode, Jan-Hendrik; Reuter, Victoria*: Rückenwind für den Ausbau der Offshore-Windenergie?, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2012, 1207-1212
- Windthorst, Kay*: Der Universaldienst im Bereich der Telekommunikation. Eine öffentlichrechtliche Betrachtung unter Einbezug des amerikanischen Rechts, 2000
- Winkler, Viktor*: Bundesnetzagentur und Beurteilungsspielraum, Deutsches Verwaltungsblatt 2013, 156-160
- Winzer, Peter*: Kommentierung § 32 TKG, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013
- Wollenschläger, Burkard*: Wissensgenerierung im Verfahren, 2009
- Wustlich, Guido*: Das Recht der Windenergie im Wandel. Teil 2: Windenergie auf See, Zeitschrift für Umweltrecht 2007, 122-129
- Wustlich, Guido*: Das Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014. Grundlegend neu – aber auch grundlegend anders?, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2014, 1113-1121