

spruchnahme der prozessualen Möglichkeiten des Ausschlusses der Öffentlichkeit und der – strafbewehrten (§ 353d Nr. 2 StGB) – Verpflichtung der Prozessbeteiligten zur Geheimhaltung nach § 172 Nr. 2, § 173 Abs. 2, § 174 Abs. 3 Satz 1 GVG in Betracht zu ziehen. Es ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass ein solches Vorgehen geeignet ist, den Schutz der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse zu gewährleisten, insbesondere, weil es sich bei der Gegenpartei nicht um einen Wettbewerber der Beklagten, sondern um einen Kunden handelt und folglich nicht schon die Bekanntgabe der Geheimnisse selbst eine Geheimnisverletzung zur Folge hätte.

[48] f) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht den Vortrag der Beklagten, sie fordere im Vergleich zu anderen Versorgungsunternehmen im Erdgasbereich (unter-) durchschnittliche Preise, als unerheblich angesehen. Dabei kann offen bleiben, ob die Billigkeitskontrolle einer einseitigen Preiserhöhung nach § 315 BGB überhaupt auf der Basis eines Vergleichs mit den Gaspreisen anderer Versorgungsunternehmen erfolgen kann (offen gelassen auch in BGHZ 172, 315, Tz. 21). Im vorliegenden Fall fehlt es jedenfalls an geeigneten Vergleichspreisen.

[49] Ein Marktpreis auf dem regionalen Gasversorgungsmarkt, den die Beklagte bedient, scheidet als Vergleichsmaßstab von vornherein aus, weil die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in dem hier maßgeblichen Zeitraum die alleinige Anbieterin von leitungsgebundenem Erdgas war. Auch eine Beurteilung der Billigkeit der Preiserhöhung der Beklagten unter Heranziehung des Vergleichsmarktkonzeptes im Sinne von § 19 Abs. 4 Nr. 2 Halbs. 2 GWB (vgl. dazu Dreher, ZNER 2007, 103, 110) kommt nach dem Vorbringen der Beklagten nicht in Betracht. Zum Vergleich herangezogen werden können nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 Halbs. 2 GWB grundsätzlich nur die Preise von Gasversorgungsunternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb. Dazu hat die Beklagte nichts vorgetragen.

[50] Selbst wenn man zugunsten der Beklagten unterstellen wollte, dass bei Störung des Wettbewerbs auf dem Gasversorgungsmarkt auch ein Monopolunternehmen zum Vergleich herangezogen werden könnte, sofern dabei den mit monopolistischen Strukturen verbundenen Preisüberhöhungstendenzen wirksam begegnet würde (vgl. BGHZ 163, 282, 289 ff. – Stadtwerke Mainz), müsste jedenfalls der Raum, in dem das Vergleichsunternehmen tätig ist, ebenso strukturiert sein wie das Gebiet, in dem die Beklagte ihre Leistungen erbringt. Andernfalls müsste die Vergleichbarkeit der Preise für unterschiedlich strukturierte Gebiete durch Zu- und Abschläge auf die Referenzpreise hergestellt werden. Zu ermitteln wäre der Preis, den das zum Vergleich herangezogene Unternehmen in Rechnung stellen müsste, wenn es an Stelle des betroffenen Energieversorgungsunternehmens tätig würde (BGHZ aaO, 292 f.).

[51] Dazu lässt sich dem von der Revision in Bezug genommenen Vortrag der Beklagten, die im Rahmen von § 315 BGB – wie ausgeführt (oben unter 3) – die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit ihrer Preiserhöhung trägt, nichts entnehmen. Sie hat lediglich allgemein behauptet, dass sie mit ihren Gaspreisen im Durchschnitt der Preise vergleichbarer umliegender Gasversorgungsunternehmen liege und auch im bundesweiten Preisvergleich eine günstige Stellung einnehme. Ihr Arbeitspreis in der für den Kläger relevanten Gruppe Heizgasvollversorgung liege weit überwiegend unter den entsprechenden Preisen vergleichbarer Gasversorgungsunternehmen ihrer Umgebung. Bundesweit gehöre sie zu den günstigsten Anbietern. Dabei hat die Beklagte die von ihr zum Vergleich herangezogenen anderen Gasversorger zwar namentlich bezeichnet. Es fehlt jedoch jeglicher Vortrag dazu, inwiefern diese Versorgungsunternehmen mit der Beklagten und insbesondere die Räume, in denen diese ihre Leistungen anbieten, mit dem von der Beklagten versorgten Gebiet vergleichbar sind.

[52] III. Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben und ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da es weiterer tatsächlicher Feststellungen zur Erhöhung des Bezugspreises für die Beklagte und zur Entwicklung ihrer sonstigen Kosten der Gasversorgung bedarf, ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entschei-

dung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

3. Zur Frage, wann eine Fotovoltaikanlage i.S.d. § 11 Abs. 2 S. 1 EEG 2004 ausschließlich auf oder an einem Gebäude angebracht ist

EEG 2004 § 5 Abs. 1, § 11 Abs. 1, § 11 Abs. 2, § 11 Abs. 3, § 11 Abs. 4

Fotovoltaikanlagen sind nur dann im Sinne des § 11 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 ausschließlich auf oder an einem Gebäude angebracht, wenn das Gebäude als Trägergerüst die Hauptsache bildet, von der die darauf oder daran befestigte Anlage in ihrem Bestand abhängig ist. Hieran fehlt es, wenn das Tragwerk ohne Zwischenschaltung eines durch eine eigene statische Trägerkonstruktion gekennzeichneten Gebäudes darauf ausgerichtet ist, die Fotovoltaikmodule zu tragen.

(amtlicher Leitsatz)

BGH, U. v. 29.10.2008 - VIII ZR 313/07 - (vorhergehend: OLG Frankfurt a. M., ZNER 2008, 242; LG Kassel)

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin betreibt auf einem Gelände für die Freilandhaltung von Legehennen 69 Fotovoltaikanlagen. Diese befinden sich jeweils auf überdachten Konstruktionen, die über das Gelände verstreut sind und nach Darstellung der Klägerin den freilaufenden Hühnern Schutz vor widrigen Wetterbedingungen und Greifvögeln bieten sollen. Die von der Klägerin als Schutzhütten bezeichneten Konstruktionen, die nach allen Seiten offen sind und einschließlich der Dachüberstände eine quadratische Grundfläche von jeweils 7 m x 7 m überdecken, bestehen aus vier Stahlträgern als Eckpfosten. Die Eckpfosten werden in einer Höhe von ca. 2,50 m durch diagonal verlaufende Stahlträger verbunden. Mit diesen ist über eine an deren Kreuzungspunkt angeordnete Metallplatte ein senkrecht aufragender Mast aus Stahl verschraubt, welcher die dem Sonnenstand nachführbaren Solarmodule der Fotovoltaikanlage trägt. Die Zwischenräume zwischen den diagonal verlaufenden Trägern sind mittels horizontal angeordneter Holzbalken und auf ihnen aufgebrachter Platten aus Holzmaterial als Dach ausgebildet. Nach Auffassung der Klägerin handelt es sich hierbei um ausschließlich auf einem Gebäude angebrachte Fotovoltaikanlagen. Die Beklagte als vergütungspflichtige Netzbetreiberin sieht in den „Schutzhütten“ dagegen ausschließlich ein Tragwerk für die Fotovoltaikanlagen, dessen Zwischenräume nur deshalb mit Dachplatten verkleidet worden seien, um den unzutreffenden Eindruck eines Gebäudes im Sinne des § 11 Abs. 2 EEG 2004 zu erwecken. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht gab hingegen der Klägerin Recht. Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

[9] 1. Die Beklagte, die als Netzbetreiberin (§ 3 Abs. 7 EEG 2004) verpflichtet ist, den von der Klägerin als Anlagenbetreiberin (§ 3 Abs. 3 EEG 2004) in der bezeichneten Fotovoltaikanlage (§ 3 Abs. 1 und 2 EEG 2004) erzeugten Strom aus solarer Strahlungsenergie abzunehmen und zu übertragen (§ 4 Abs. 1 EEG 2004), hat diesen Strom gemäß § 5 Abs. 1 EEG 2004 mit der in § 11 Abs. 1 EEG 2004 vorgesehenen Grundvergütung von mindestens 45,7 Cent pro Kilowattstunde zu vergüten. Dies steht zwischen den Parteien außer Frage. Eine darüber hinausgehende Vergütung nach Maßgabe der in § 11 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 bezeichneten Vergütungssätze ist dagegen an die weitere Voraussetzung gebunden, dass die Anlage ausschließlich an oder auf einem Gebäude angebracht ist. Diese Voraussetzung liegt, wie die Revision mit Recht rügt, bei den hier zu beurteilenden „Schutzhütten“ nicht vor.

[10] 2. Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen zur baulichen Konstruktion der mit den „Schutzhütten“ verbundenen Fotovoltaikanlagen erfüllen diese nicht die Merkmale,

die erforderlich sind, um sie als ausschließlich auf oder an einem Gebäude angebracht im Sinne des § 11 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 werten zu können.

[11] a) Die Erhöhung des Grundvergütungssatzes für Anlagen an oder auf Gebäuden hat der Gesetzgeber seinerzeit als spezifische Kompensation für den Wegfall des sogenannten 100.000-Dächer-Solarstrom-Programms eingeführt (BT-Drs. 15/1974, S. 4; 15/2327, S. 33). Dabei hat er den im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens in § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 eigens legaldefinierten Begriff des Gebäudes (vgl. BT-Drs. 15/2864, S. 44) als Unterfall der in § 11 Abs. 3 EEG 2004 behandelten baulichen Anlage angesehen. Zu einer Anwendbarkeit der Einschränkungen des Absatzes 3 auf Fallgestaltungen, in denen die Anlage an oder auf einer baulichen Anlage angebracht ist, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden ist, hat der Gesetzgeber ausgeführt, dass es nicht darauf ankomme, ob die bauliche Anlage zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme tatsächlich gerade entsprechend der Funktion ihres abstrakten, rechtlich qualifizierten Nutzungszwecks (etwa: Wohngebäude, Betriebsgebäude, Mülldeponie) genutzt werde. Eine vor oder nach Inbetriebnahme der Anlage erfolgte Aufgabe der ursprünglichen anderweitigen Hauptnutzung bleibe also bedeutungslos (BT-Drs. 15/2327, S. 34; genauso schon die Begründung zur Vorgängerregelung in § 8 EEG 2000 in der Fassung des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 22. Dezember 2003 [BGBl. I S. 3074], BT-Drs. 15/1974, S. 4 f.). Weitergehende Äußerungen zu der Frage, was unter der Anbringung einer Anlage an einer baulichen Anlage oder an oder auf einem Gebäude zu verstehen ist, finden sich – vom Sonderfall der gebäudeintegrierten Fassadenanlagen nach § 11 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 abgesehen (vgl. BT-Drs. 15/2327, S. 33 f.; 15/2864, S. 44) – in den veröffentlichten Gesetzgebungsunterlagen jedoch nicht.

[12] b) Die geforderte ausschließliche Anbringung der Anlage an oder auf einem Gebäude wird in der Instanzrechtsprechung und der Kommentarliteratur dahin definiert, dass sämtliche wesentlichen Bestandteile der Anlage vollständig auf oder an dem Gebäude befestigt sein müssen, so dass das Gewicht der Anlage allein von dem Gebäude – nicht notwendig jedoch von dem Gebäudedach – getragen wird (OLG Frankfurt am Main, ZNER 2007, 415, 416 [14. Zivilsenat]; OLGR 2008, 753, 754 [15. Zivilsenat]; LG Kassel, RdE 2007, 136, 137; ZUR 2008, 309, 310; AG Fritzlar, ZNER 2005, 333, mit zustimmender Anmerkung Hock/Held; Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 2. Aufl., § 11 Rdnr. 37; Müller in: Danner/Theobald, Energierecht (Stand 2008), § 11 EEG Rdnr. 34). Die Auffassungen gehen jedoch auseinander, soweit es um die Beurteilung von Fallgestaltungen geht, bei denen eine subjektive Gebäudenutzungsabsicht neben der Energieerzeugungsabsicht Zweifel begegnet (vgl. LG Kassel, ZUR 2008, 309, 310; Salje, Erneuerbare-Energien-Gesetz, 4. Aufl., § 11 Rdnr. 38) oder bei denen – wie hier – die Gesamtanlage in ihrer baulichen Konstruktion, insbesondere ihrem Tragwerk, in erster Linie auf die Anlage zur Energieerzeugung und nicht auf die Gebäudenutzung ausgerichtet ist.

[13] In der Rechtsprechung wird dazu die Ansicht vertreten, dass mangels Anbringung an oder auf einem Gebäude diejenigen Anlagen nicht unter § 11 Abs. 2 EEG 2004 fielen, welche eine eigenständige, vom Gebäude unabhängige Tragekonstruktion aufwiesen und bei denen das Gebäude erst durch Benutzung dieser Tragekonstruktion mittels Anbringung von Bedachungsmaterialien entstanden sei, auch wenn die Tragekonstruktion dadurch zum Gebäudebestandteil geworden sei (OLG Frankfurt am Main [14. Zivilsenat], aaO). Ebenso hat auch das Berufungsgericht in einer anderen Entscheidung hervorgehoben, dass von einer ausschließlichen Anbringung nur die Rede sein könne, wenn die – im dort entschiedenen Fall anders verankerte – Fotovoltaikanlage ohne Verbindung und Befestigung am Gebäude so nicht bestehen könne, was durch die Hilfsüberlegung zu klären sei, ob bei Wegfall des Gebäudes die Anlage für sich bestehen bleiben könne oder nicht (OLG Frankfurt am Main [15. Zivilsenat], aaO; a.A. Salje, aaO, § 11 Rdnr. 38).

[14] c) Der vorstehend wiedergegebenen Auffassung der Rechtsprechung (OLG Frankfurt am Main, aaO) ist zu folgen.

[15] aa) Bereits der Wortlaut des § 11 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 bringt ein nach Baukonstruktion und Baustatik vorausgesetztes Abhängigkeitsverhältnis der Fotovoltaikanlage gegenüber dem Gebäude zum Ausdruck. Danach genügt es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts zur Erlangung einer erhöhten Vergütung nicht schon, dass Gebäude und Anlage in irgendeinem, über bautechnische Mittel herbeigeführten Funktionszusammenhang gebracht worden sind. Die Anlage muss vielmehr angebracht sein, also durch Mittel baulicher Verbindungstechnik auf oder an dem Gebäude befestigt sein, und zwar – wie das über die Anforderungen des § 11 Abs. 3 EEG 2004 für sonstige bauliche Anlagen hinausgehende Ausschließlichkeitserfordernis zeigt – dergestalt, dass das Gebäude über seine Statik die Anlage trägt. Daraus folgt zugleich, dass das Gebäude als Trägergerüst die Hauptsache bilden muss, von der die darauf oder daran befestigte Anlage in ihrem Bestand abhängig ist. Dieses über den Wortsinn des § 11 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 vermittelte Abhängigkeitsverhältnis zwischen Gebäude und Anlage kommt im Übrigen mit besonderer Deutlichkeit noch einmal in § 11 Abs. 2 Satz 2 EEG 2004 zum Ausdruck. Danach genügt bei Fassadenanlagen eine Anbringung der Anlage nur dann für eine noch zusätzlich erhöhte Vergütung, wenn die Anlage derart am Gebäude befestigt ist, dass sie dessen wesentlicher Bestandteil wird und damit über die Anforderungen des als Grundtatbestand der Vergütungserhöhung anzusehenden Satzes 1 hinaus sogar ihre rechtliche Selbstständigkeit verliert.

[16] bb) Dem steht nicht entgegen, dass der Gesetzgeber es für bauliche, auch Gebäude einschließende Anlagen nach § 11 Abs. 3 EEG 2004 nicht als zwingend angesehen hat, dass die bauliche Anlage zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme tatsächlich gerade entsprechend der Funktion ihres abstrakten, rechtlich qualifizierten Nutzungszwecks (etwa: Wohngebäude, Betriebsgebäude, Mülldeponie) genutzt wird, und eine vor oder nach Inbetriebnahme der Anlage erfolgte Aufgabe der ursprünglichen anderweitigen Hauptnutzung für bedeutungslos erachtet hat (BT-Drs. 15/2327, S. 34). Dies besagt nur, dass ein zur Aufnahme einer Fotovoltaikanlage bestimmtes Gebäude im Sinne von § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 nicht schon dadurch seine Gebäudeeigenschaft verliert, dass es nicht mehr als Gebäude genutzt wird. Zu den Anforderungen an ein durch die Anbringung der Anlage gekennzeichnetes baulich-konstruktives Verhältnis zwischen Gebäude und Anlage wird hingegen keine Aussage getroffen. Im Übrigen verlangt § 11 Abs. 3 EEG 2004 – abweichend von § 11 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 – auch nicht, dass die Fotovoltaikanlage ausschließlich an oder auf der baulichen Anlage angebracht sein muss. Im Regelungszusammenhang des Absatzes 3, der sich mit Einschränkungen der Grundvergütung gemäß § 11 Abs. 1 EEG 2004 befasst und darauf abzielt, Anlagenkombinationen, die nach dem Nutzungszweck vorrangig als Freiflächenanlagen einzustufen sind, in der vergütungsrechtlichen Privilegierung zu beschränken, genügt anders als bei Absatz 2 vielmehr bereits jede baulich-konstruktive Anbringung der Fotovoltaikanlage auf oder an der baulichen Anlage (vgl. Altrock/Oschmann/Theobald, aaO, § 11 Rdnr. 48).

[17] cc) In der Literatur wird zwar angenommen, Sinn und Zweck der § 11 Abs. 2 Satz 1 und 2 EEG 2004 entsprechenden (Vorgänger-) Regelungen des § 8 Abs. 2 EEG 2000 sei es gewesen, diejenigen Tragwerke über Zusatzvergütungen zu privilegieren, die über den ihnen typischerweise anhaftenden Nutzen hinaus einen Zusatznutzen als Befestigung von Solarzellen ermöglichten und damit eine weitere Versiegelung von Natur und Landschaft ausschlossen; das wiederum spreche für einen weiten Gebäudebegriff, der nur dann verlassen werde, wenn das Tragwerk der Fotovoltaikanlage keinen weiteren Nutzungszweck als deren Befestigung aufweise (Salje, aaO, § 11 Rdnr. 32, 38). Im Wortlaut der genannten Bestimmungen findet diese Sichtweise jedoch keine Stütze. Das Anliegen, einen unerwünschten Flächenverbrauch zu verhindern, ist vielmehr in § 11 Abs. 4 Nr. 1 EEG 2004 dahin behandelt, dass

für Strom aus Anlagen im Sinne von Absatz 3 noch nicht einmal die Grundvergütung nach § 11 Abs. 1 EEG 2004 geschuldet sein sollte, wenn die für die Anlage in Anspruch genommene Fläche zu dem dort genannten Stichtag noch nicht versiegelt war und ihre Inanspruchnahme deshalb einen unerwünschten Flächenverbrauch nach sich gezogen hätte. Soweit der Gesetzgeber ansonsten von einem grundsätzlichen Vorrang der Nutzung von Dachflächen gegenüber einer Freiflächennutzung ausgegangen ist, hat er diesem Vorrang (weiterhin) durch eine Differenzierung der Vergütungen Rechnung zu tragen versucht (vgl. BT-Drs. 15/2864, S. 44; ebenso schon BT-Drs. 15/1974, S. 4 f.). Dieses Differenzierungsbedürfnis hat seinen Ausdruck allein in der in § 11 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 gewählten Anknüpfung an die ausschließliche Anbringung der Anlage an oder auf einem Gebäude gefunden. Weitere Kriterien für eine erhöhte Förderung nach Absatz 2 hat der Gesetzgeber dagegen in den Gesetzeswortlaut nicht aufgenommen, sondern es vorbehaltlich der Einschränkungen nach Absatz 3 und 4 bei der Grundvergütung gemäß § 11 Abs. 1 EEG 2004 belassen.

[18] d) Nach den vom Berufungsgericht unangegriffen getroffenen Feststellungen zur baulich-konstruktiven Ausbildung der „Schutzhütten“ ist der Modulmast, der das eigentliche Fotovoltaikmodul trägt, zwar nicht in einem eigenen, allein für ihn bestimmten Fundament im Erdboden verankert. Sein Gewicht und damit auch das Gewicht der von ihm getragenen Module werden jedoch über die diagonal verlaufenden Stahlträger auf die vier senkrechten Träger, die gleichzeitig die Dachkonstruktion tragen, unmittelbar abgeleitet. Die Anlage ist danach nicht im vorstehend beschriebenen Sinne derart auf oder an einer die Hauptsache bildenden Gebäudekonstruktion angeordnet und befestigt, dass sie hiervon in ihrem Bestand abhängt. Das Tragwerk ist vielmehr ohne Zwischenschaltung eines durch eine eigene statische Trägerkonstruktion gekennzeichneten Gebäudes darauf ausgerichtet, die Fotovoltaikmodule zu tragen. Damit fällt die Anlage bereits nicht mehr in den Anwendungsbereich des § 11 Abs. 2 EEG 2004.

[19] e) Bei dieser Sachlage braucht die von der Revision weiter aufgeworfene Frage nicht entschieden zu werden, ob der Gebäudebegriff des § 11 Abs. 2 Satz 3 EEG 2004 entgegen der Sichtweise des Berufungsgerichts einschränkend dahin auszulegen ist, dass ein Gebäude „vorrangig“ dazu bestimmt sein muss, dem Schutz von Menschen, Tieren und Sachen zu dienen, wie dies künftig in § 33 Abs. 4 EEG in der Fassung des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften geregelt sein wird (dazu BT-Drs. 16/8148, S. 61).

4. Zur Abgrenzung zwischen Netzanschluss auf Kosten des Anlagenbetreibers und Netzausbau auf Kosten des Netzbetreibers

EEG (2004) § 4 Abs. 2, § 13 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1

Für die Abgrenzung zwischen Netzanschluss und Netzausbau kommt dem Eigentum des Netzbetreibers an einer neu verlegten Anschlussleitung jedenfalls dann keine maßgebliche Bedeutung zu, wenn der Netzbetreiber das Eigentum nicht beansprucht hat, ihm dieses vielmehr ungewollt zugefallen ist.

(amtlicher Leitsatz)

BGH, U. v. 01.10.2008 - VIII ZR 21/07 - (vorhergehend: OLG Nürnberg, ZNER 2007, 216; LG Regensburg)

Zum Sachverhalt:

Anfang des Jahres 2005 plante der Kläger die Errichtung einer Photovoltaikanlage mit einer Leistung von etwa 60 Kilowatt auf dem landwirt-

schaftlichen Anwesen seiner Eltern. Der Hausanschluss war technisch nicht geeignet, den Strom aus der neuen Anlage aufzunehmen. Unter Hinweis hierauf teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass er die Anlage über ein von ihm zu verlegendes Kabel an einer rund 350 Meter entfernten Trafostation anschließen müsse. Der Kläger machte dagegen geltend, dass dies ein Netzausbau sei, zu dem die Beklagte auf ihre Kosten verpflichtet sei. Nachdem die Photovoltaikanlage des Klägers am 13. April 2005 mit einem Teil der geplanten Leistung betriebsbereit war, erwirkte der Kläger eine einstweilige Verfügung des Landgerichts, durch die der Beklagten der Anschluss der Anlage an ihr Netz aufgegeben wurde. Im Verfahren der Zwangsvollstreckung einigten sich die Parteien darüber, dass die Beklagte das Verbindungskabel zwischen der Anlage und der Trafostation verlegt und der Kläger die Kosten hierfür unter dem Vorbehalt der Rückforderung zahlt. Am 19. Juli 2005 wurde die Anlage des Klägers mit Hilfe des neuen Kabels an das Netz der Beklagten angeschlossen. Mit der Rechnung vom gleichen Tag teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass das Kabel in seinem unterhaltspflichtigen Eigentum verbleibe und die Eigentumsgränze die „Abgangsklemmen der Sicherungsleiste in der Trafostation“ sei. Der Kläger erwiderte, dass er die Übereignung des Verbindungskabels ablehne. Im vorliegenden Rechtsstreit verlangte der Kläger Erstattung der Kosten für den Bau des Verbindungskabels und den Verzugschaden. Mit diesem Verlangen hatte er beim Landgericht und beim OLG Erfolg. Die Revision führte zur Aufhebung der Berufungsentscheidung und zur Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

[8] Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

[9] 1. Nach dem in der Revisionsinstanz zugrunde zu legenden Sach- und Streitstand hat das Berufungsgericht den von dem Kläger gegen die Beklagte geltend gemachten Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB auf Rückzahlung der von ihm unter Vorbehalt erbrachten Kosten für die Verlegung des Verbindungskabels zwischen seiner Photovoltaikanlage und der Trafostation der Beklagten in Höhe von 9.197,99 € zu Unrecht bejaht. Der Kläger hat nicht ohne Rechtsgrund geleistet. Bei den streitigen Kosten handelt es sich nach den bisher getroffenen Feststellungen entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht um solche des Netzausbaus im Sinne von § 4 Abs. 2 EEG, die nach § 13 Abs. 2 Satz 1 EEG von der Beklagten als Netzbetreiberin zu tragen sind, sondern um solche des Netzanschlusses, die nach § 13 Abs. 1 Satz 1 EEG von dem Kläger als Anlagenbetreiber zu tragen sind.

[10] a) Wie die Revision zu Recht beanstandet (ebenso Weißenborn, Anmerkung, RdE 2007, 179), ist die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte sei verpflichtet gewesen, das Verbindungskabel von der Photovoltaikanlage des Klägers zu ihrer Trafostation zu verlegen, weil es sich hierbei um einen zumutbaren Ausbau ihres Netzes gehandelt habe, schon im Ansatz verfehlt. Das Berufungsgericht hat verkannt, dass es für die Abgrenzung zwischen Netzanschluss- und Netzausbaumaßnahmen zunächst darauf ankommt, wo – bei einem gesamtwirtschaftlichen Kostenvergleich – der technisch und wirtschaftlich günstigste Verknüpfungspunkt zwischen der Anlage und dem Netz ist (Senatsurteil vom 28. November 2007 – VIII ZR 306/04, WM 2008, 1040 = ZNER 2008, 53 = RdE 2008, 178, Tz. 11 ff. m.w.N., noch zu § 10 Abs. 1 und 2, § 3 Abs. 1 EEG 2000).

[11] aa) Das ergibt sich nicht nur aus dem ausdrücklichen Verweis auf den „Anschluss ... an den technisch und wirtschaftlich günstigsten Verknüpfungspunkt des Netzes“ in § 13 Abs. 1 Satz 1 EEG, sondern insbesondere auch aus der Bezugnahme auf den „Ausbau des Netzes im Sinne von § 4 Abs. 2“ in § 13 Abs. 2 Satz 1 EEG (vgl. zum Folgenden Senatsurteil vom 18. Juli 2007 – VIII ZR 288/05, WM 2007, 1896 = ZNER 2007, 318 = NJW-RR 2007, 1645 = RdE 2008, 18, Tz. 24 ff. m.w.N.). Nach § 4 Abs. 2 Satz 1 EEG trifft die Verpflichtung zum Netzanschluss der Anlage sowie zur Abnahme und Übertragung des Stroms aus der Anlage (§ 4 Abs. 1 Satz 1 EEG) zwar den Betreiber des Netzes, das zum einen die kürzeste Entfernung zum Standort der Anlage hat und das zum anderen technisch für die Aufnahme des Stroms aus der Anlage geeignet ist. Für beide Voraussetzungen gelten indessen Besonderheiten:

[12] (1) Auf die kürzeste Entfernung kommt es nicht an, wenn entweder ein anderes Netz (so der Wortlaut des § 4 Abs. 2 Satz 1