

Der Vorsatzbegriff in §§ 17e und 17f EnWG

Von Prof. Dr. Knut Werner Lange*

Seit dem Jahr 2012 sind u.a. die Entschädigungsansprüche der Betreiber von Offshore-Windanlagen gegenüber den anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibern bei Störung, Verzögerung der Fertigstellung oder Wartung der Netzanbindung neu geregelt worden. Entsprechendes gilt für die Voraussetzungen der Umlagefähigkeit der Kosten auf die Letztverbraucher. Nach der Gesetzessystematik trifft die Entschädigungspflicht des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers auch bei einer von ihm nicht verschuldeten Störung oder Verzögerung der Netzanbindung ein. Im Gegenzug sind ein Belastungsausgleich und ein Selbstbehalt beim Windanlagenbetreiber eingeführt worden. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn der anbindungsverpflichtete Übertragungsnetzbetreiber die Verzögerung bei der Netzanbindung vorsätzlich verursacht hat. Der Beitrag untersucht, wie der Vorsatzbegriff in §§ 17e und 17f EnWG zu verstehen ist, der in der gesetzlichen Systematik eine zentrale Weichenstellung bildet.

I. Einführung

Der rechtzeitigen Anbindung der Offshore-Windparks in Nord- und Ostsee an das Stromnetz kommt gesteigerte Bedeutung zu, hatte sich deren Netzanbindung in der Vergangenheit doch als eine Art »Flaschenhals« für den Ausbau der Offshore-Kapazitäten erwiesen.¹ Der Gesetzgeber hatte daher im Jahr 2012 mit dem »Dritten Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften« u.a. ein neues Haftungsregime für den Anschluss von Offshore-Windparks verabschiedet, das am 28.12.2012 in Kraft trat.² Seither sind in §§ 17e bis 17h EnWG die Haftung des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers, der Belastungsausgleich zwischen den anbindungsverpflichteten und den nicht anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibern und die Wälzung dieser Kosten auf den Letztverbraucher geregelt.³ Ausweislich der Regierungsbegründung sollen die Vorschriften zur Entschädigung bei einer Verzögerung der Anbindung von Offshore-Anlagen die Finanzierbarkeit solcher Projekte gewährleisten; zudem wird eine angemessene Risikoverteilung angestrebt.⁴ Dabei unterscheidet der Gesetzgeber scharf zwischen einer vorsätzlichen und einer fahrlässigen Herbeiführung der Störung des Netzanschlusses durch den anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber. Umso überr-

schender ist es, dass der Begriff des Vorsatzes nirgends erläutert oder gar definiert worden ist; auch in der einschlägigen Literatur findet sich zu dieser Thematik kaum Vertiefendes. Der Beitrag geht daher der praktisch bedeutsamen Frage nach, wie der in §§ 17e Abs. 2 Satz 2, 17f Abs. 2 Satz 1 EnWG verwendete Begriff »vorsätzlich« rechtlich zu verstehen ist.

II. Die rechtliche Einordnung

1. System der verschuldensunabhängigen Haftung des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers

Dem Betreiber eines Offshore-Windparks steht unter den Voraussetzungen des § 17e Abs. 2 Satz 1 EnWG ein verschuldensunabhängiger Entschädigungsanspruch gegen den anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber (§ 17d Abs. 1 Satz 1 EnWG) wegen einer verzögerten Einrichtung der Netzanbindung zu. Sein Anspruch ist in mehrfacher Hinsicht der Höhe nach beschränkt:⁵ Erstens ist ein Selbstbehalt des Offshore-Windpark-Betreibers vorgesehen. Zweitens ist der Anspruch auf 90 % der Einspeisevergütung nach §§ 19 i.V.m. 47 EEG 2017 begrenzt (§ 17e Abs. 1 Satz 1 EnWG). Drittens muss der Betreiber des Offshore-Windparks eine Verzögerung von bis zu

* Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Bayreuth und stellv. Direktor der dortigen Forschungsstelle für deutsches und europäisches Energierecht (FER). Der Beitrag beruht auf einer Anfrage aus der Praxis.

1 So v. *Daniels/Uibeleisen*, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, 3. Aufl. 2014, Vorbem. zu §§ 17a bis 17j EnWG Rn. 1; *Thole*, RdE 2013, 53; im Ergebnis ebenso *Forysch/Dinger*, in: Gundel/Lange, Der Umbau der Energienetze als Herausforderung für das Planungsrecht, 2012, S. 111, 112.

2 BGBl. I 2012, S. 2730.

3 BerLKommEnR/v. *Daniels/Uibeleisen* (Fn. 1), § 17f EnWG Rn. 1 u. 2.

4 Begr. RegE BT-Drucks. 17/10754, S. 28; *Broemel*, ZUR 2013, 408, 409 f.; vgl. auch *König*, ZNER 2013, 113: Schaffung eines positiven Investitionsklimas.

5 *Broemel*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 17e Rn. 13–14; *ders.*, ZUR 2013, 408, 415 ff.; *König*, ZNER 2013, 113, 115; vgl. auch *BNetzA*, Leitfaden zur Ermittlung einer umlagefähigen Entschädigung bei Störung, Verzögerung oder Wartung der Netzanbindung von Offshore-Anlagen v. 08.10.2013, S. 1, 4 ff.

zehn Tagen entschädigungslos hinnehmen (§ 17e Abs. 1 Satz 1 EnWG).

Der anbindungsverpflichtete Übertragungsnetzbetreiber kann im Gegenzug die Kosten für seine Entschädigungsleistungen vollständig weitergeben (sog. Belastungsausgleich, § 17f Abs. 1 Satz 2 EnWG).⁶ Voraussetzung dafür ist, dass er die eingetretene Verzögerung beim Netzanchluss nicht zu vertreten hat (§ 17f Abs. 2 Satz 1 EnWG). Hat er die Verzögerung fahrlässig verursacht, so hat der anbindungsverpflichtete Übertragungsnetzbetreiber einen Selbstbehalt zu tragen (§ 17f Abs. 2 Satz 2 u. 3 EnWG).

Das derart ausgestaltete System von verschuldensunabhängiger Haftung⁷ mit Belastungsausgleich bzw. Wälzungsmöglichkeit seitens des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers einerseits sowie Schadensdeckelung beim Betreiber eines Offshore-Windparks andererseits führt nach Ansicht des Gesetzgebers zu einer angemessenen Risikoverteilung bei der modernen, risikobehafteten Offshore-Technologie.⁸

2. System der Haftung des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers bei Vorsatz

Das gerade geschilderte Modell der Haftung mit Belastungsausgleich und Selbstbehalt gilt dann nicht, wenn der anbindungsverpflichtete Übertragungsnetzbetreiber die Verzögerung bei der Netzanbindung vorsätzlich verursacht hat. In diesem Fall entfällt der Selbstbehalt des Offshore-Windpark-Betreibers vollständig, d.h. er kann ab dem ersten Tag der Verzögerung eine Entschädigung iHv 100 % der Einspeisevergütung nach §§ 19 i.V.m. 47 EEG 2017 verlangen (§ 17e Abs. 2 Satz 2 EnWG). Darüber hinaus ist der Übertragungsnetzbetreiber nicht mehr berechtigt, die Entschädigungszahlungen über den Belastungsausgleich umzuwälzen (§ 17f Abs. 2 Satz 1 EnWG).⁹ Das gesetzliche Haftungssystem bei vorsätzlich verursachter Verzögerung ist somit vollkommen anders ausgestaltet als dasjenige bei fehlendem Verschulden bzw. bei Fahrlässigkeit. Dem Vorsatzbegriff in §§ 17e Abs. 2 Satz 2, 17f Abs. 2 Satz 1 EnWG kommt damit eine zentrale Weichenstellung zu.

3. Einheitlicher Vorsatzbegriff in §§ 17e Abs. 2 Satz 2, 17f Abs. 2 Satz 1 EnWG?

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie der Begriff des Vorsatzes in §§ 17e Abs. 2 Satz 2, 17f Abs. 2 Satz 1 EnWG zu verstehen ist. Dabei müssen Inhalt und Bedeutung des Vorsatzbegriffs mangels weiterführender gesetzlicher Hinweise rechtssystematisch ermittelt werden. Die erste Frage dazu lautet, ob der Begriff in § 17e Abs. 2 Satz 2 und in § 17f Abs. 2 Satz 1 EnWG einheitlich zu verstehen ist oder ob dem Gesetz ein unterschiedliches Begriffsverständnis zugrunde liegt.

Gegen einen einheitlichen Rechtsbegriff könnte auf den ersten Blick der Umstand sprechen, dass es in § 17e Abs. 2 Satz 2 EnWG vorsätzlich »herbeigeführt«, in § 17f Abs. 2 Satz 1 EnWG aber vorsätzlich »verursacht« heißt. Allerdings lassen sich weder aus der amtlichen Begründung noch aus dem Wortlaut in § 17e bzw. § 17f EnWG Anhaltspunkte dafür erkennen, dass der Gesetzgeber den Begriff »vorsätzlich« nicht einheitlich, sondern je nach Norm unterschiedlich verstanden haben könnte. Für eine einheitliche Verwendung spricht auch die Gesetzessystematik, han-

delt es sich bei den Vorschriften doch um solche, die ein einheitliches Haftungsregime bilden sollen und auf einen einzigen, einheitlichen Lebenssachverhalt – die vorsätzliche Verursachung bzw. Herbeiführung durch den anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber – abstellen. Zudem ist nicht erkennbar, weshalb und wie zwischen einer vorsätzlichen Herbeiführung einerseits und einer vorsätzlichen Verursachung andererseits hinsichtlich des Verschuldensgrades sachgerecht differenziert werden könnte. Schließlich ist auch nicht ersichtlich, weshalb allein aus der unterschiedlichen Verwendung der Verben (»herbeiführen« und »verursachen«) auf eine ungleiche Bedeutung des Adverbs (»vorsätzlich«) zu schließen wäre. Es ist daher von einem einheitlichen Begriffsverständnis des Wortes »vorsätzlich« in §§ 17e Abs. 2 Satz 2, 17f Abs. 2 Satz 1 EnWG durch den Gesetzgeber auszugehen.¹⁰

III. Zivilrechtlicher Vorsatzbegriff in §§ 17e Abs. 2 Satz 2, 17f Abs. 2 Satz 1 EnWG?

1. Zivilrechtliches oder strafrechtliches Begriffsverständnis?

Der Begriff des Vorsatzes findet sowohl im Zivil- als auch im Strafrecht Verwendung. Es stellt sich daher das Problem festzustellen, von welchem Vorsatzbegriff der Gesetzgeber der EnWG-Novelle 2012 ausging, zumal beide Disziplinen unterschiedliche Definitionen verwenden. Das Strafrecht ist durch die Eigenart der Sanktion und die Art und Weise ihrer Durchsetzung gekennzeichnet. Wenn das StGB nichts anderes sagt, muss der Täter vorsätzlich gehandelt haben (§ 15 StGB).¹¹ Betrachtet man das Unrecht eines vorsätzlich oder fahrlässig handelnden strafrechtlichen Täters und das damit verbundene strafrechtliche Sanktionsinstrumentarium (Freiheitsstrafe, Geld- oder Vermögensstrafe), wird rasch klar, dass beides nicht zum System der §§ 17e und 17f EnWG passt. Dies zeigt sich u.a. auch darin, dass zwischen fahrlässig und vorsätzlich verursachter Verzögerung hinsichtlich der Haftungsfolgen anhand der gesetzlichen Wertungen teils erheblich differenziert wird. Zudem geht es um den Ausgleich von Schäden und nicht um eine der Freiheits- oder Geldstrafe innewohnende Sanktionierung eines gesellschaftlich geächteten Fehlverhaltens. Damit ist von einem Vorsatzbegriff auszugehen, wie er im Zivilrecht verwendet wird.¹²

2. Der zivilrechtliche Vorsatzbegriff

a) Bedeutung und Definition

Das BGB enthält keine Legaldefinition des Begriffs »Vorsatz«. Nach heute ganz h.M. ist Vorsatz das Wissen und

⁶ Ruge, EnWZ 2013, 3, 7 f., dort auch zum Verhältnis zu § 9 KWK.

⁷ Vgl. BNetzA (Fn. 5), S. 1, 7.

⁸ Begr. RegE BT-Drucks. 17/10754, S. 27 f.

⁹ Schink, in: Kment, EnWG, 2015, § 17f Rn. 8.

¹⁰ Im Ergebnis ebenso Schulz/Rösler, EnWZ 2013, 531, 533 f.; wohl auch Thole, RdE 2013, 55, 57 f.

¹¹ Vgl. dazu nur Fischer, Strafgesetzbuch, 63. Aufl. 2016, § 15 Rn. 2.

¹² Zur Diskussion zu § 17 EnWG a.F. siehe Thole, RdE 2013, 53, 54 ff.

Wollen der objektiven Tatbestandsmerkmale und des rechtswidrigen Erfolgs im Bewusstsein der Rechts- bzw. Pflichtwidrigkeit.¹³ Anders als im Strafrecht kommt dem Vorsatz im Zivilrecht grundsätzlich keine gesteigerte Bedeutung zu,¹⁴ da hier Verkehrsschutz- und Vertrauenselemente im Vordergrund stehen, die zumeist bereits bei einfacher Fahrlässigkeit berührt sind. Ist doch einmal ein qualifiziertes Verschulden erforderlich, so wird regelmäßig auf grobes Verschulden *und* Vorsatz abgestellt mit der Folge, dass eine Abgrenzung des Vorsatzes von der Fahrlässigkeit nicht erforderlich ist. Der Vorsatz als die schwerste Schuldform des Zivilrechts hat seine Hauptbedeutung im Deliktsrecht und im vorvertraglichen Bereich.¹⁵

b) Wissen

Wissen meint Wissen um Tatbestand und Erfolg, wobei es auf die Gestaltung des Tatbestands im Einzelfall ankommt, ob sich das Wissen auf ein bestimmtes Verhalten oder auch auf die Verletzung eines Rechtsguts oder gar auf die Entstehung eines Schadens beziehen muss.¹⁶ Je nach Einzelnorm muss entschieden werden, ob ein bestehendes Unrechtsbewusstsein für die Anwendung der in Rede stehenden Norm zu fordern ist oder nicht. So kann neben dem Verstoßtatbestand als Bezugspunkt von qualifiziertem Verschulden bspw. der Erfolg, also der Schaden, in Betracht kommen.¹⁷ Umgekehrt kann vom Erkennen eines möglichen Schadenseintritts allein nicht auf ein vorsätzliches Handeln zurückgeschlossen werden, denn der Schädiger haftet nur, wenn ihn eine Pflicht trifft.¹⁸

c) Wollen

Die Tatbestandsverwirklichung muss ferner vom Handelnden gewollt sein.¹⁹ Regelmäßig reicht dazu sog. bedingter Vorsatz aus, d.h. der Handelnde muss die Tatbestandsverwirklichung nicht erstreben oder als sicher ansehen. Es reicht aus, dass er ihren Eintritt für möglich hält und billigend in Kauf nimmt.²⁰ Wollen meint im Zivilrecht also (mindestens) Inkaufnahme des Erfolgs. Demgemäß wird Vorsatz verneint, wenn der Handelnde ernsthaft darauf vertraute, der Erfolg werde nicht eintreten oder er werde ihn erfolgreich abwenden können.²¹ Dabei kommt es entscheidend darauf an, wie begründet diese Hoffnung war. Dazu muss namentlich der Geschehensablauf vom Handelnden als beeinflussbar erkannt und dennoch gewollt sein.²²

3. Zwischenergebnis

In der Systematik des Zivilrechts geht es bei der Problematik, ob vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten vorliegt, um Aspekte des Vertretenmüssens. Der Vorsatzbegriff entscheidet somit im Ergebnis nicht über die Frage, welche Pflichten den Schuldner im konkreten Fall treffen, für welche Pflichtverletzungen er also konkret einzustehen hat und welche Risiken er billigend in Kauf nehmen darf.²³ Die Klärung dieser Thematik wird der konkreten Rechtsbeziehung der Akteure zugewiesen (etwa Vertrag oder gesetzliches Schuldverhältnis). Daher muss das EnWG über die Pflichten des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers Auskunft geben, die ggf. schuldhaft verletzt werden. In diesem Zusammenhang ist auch der Vorfrage nachzugehen, ob das EnWG

Konkretisierungen zum Wissenselement beim Vorsatzbegriff kennt.

IV. Konkretisierung durch den Wortlaut der §§ 17e, 17f EnWG?

Dem bürgerlichen Recht sind, wie gezeigt, graduelle Unterschiede beim Wissenselement des Vorsatzbegriffs nicht fremd. Zudem finden sich im Gesetz gelegentlich klarstellende Hinweise, mittels derer der Normgeber im Einzelfall bestimmte konkretisierende Vorgaben für das Wissenselement aufgestellt hat. Höhere Anforderungen an die Kenntnis sind insbesondere dort zu stellen, wo sich dies aus dem Gesetzeswortlaut ergibt. Bspw. spricht § 407 Abs. 1 BGB von der Kenntnis des Schuldners, weshalb nur dessen positive Kenntnis und nicht bereits ein Kennenmüssen schadet.²⁴ § 123 Abs. 1 BGB wiederum verlangt »Arglist« des Täuschenden als besondere Vorsatzform. Solche gesteigerten Anforderungen an das Wissenselement können dem Wortlaut des EnWG nicht entnommen werden; das Gesetz spricht sowohl in § 17e als auch in § 17f EnWG lediglich von »vorsätzlich«.

Es ist allerdings bereits herausgearbeitet worden, dass auch im Zivilrecht an ein vorsätzliches Handeln gesteigerte Rechtsfolgen geknüpft sein können. Zu klären ist, ob dies mit dem Gesetzeswortlaut gemeint ist, der von einem vorsätzlichen »herbeiführen« bzw. »verursachen« spricht. Damit sind zwei Folgefragen aufgeworfen, die es zu beantworten gilt: Muss sich das Wissen des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers auf eine bestimmte Verhaltensfolge, auf die Verletzung eines

13 BGH NJW 2002, 3255, 3256; NJW 1965, 962, 963; Alff, in: RGRK, 12. Aufl. 1976, § 276 Rn. 9; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 276 Rn. 11; Schellhammer, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, 9. Aufl. 2014, Rn. 1712; Stadler, in: Jauernig, BGB, 16. Aufl. 2015, § 276 Rn. 15; Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 7. Aufl. 2015, 4. Teil Rn. 171.

14 Caspers, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2014, § 276 Rn. 21; Tiedemann, ZIP 2004, 294, 295.

15 Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 40. Aufl. 2016, § 44 Rn. 8; Grundmann, in: MünchKomm-BGB, 7. Aufl. 2016, § 276 Rn. 154; Pfeiffer, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2014, § 276 Rn. 46.

16 Vgl. BGH NJW-RR 2012, 404; Staudinger/Caspers (Fn. 14), § 276 Rn. 22; Westermann, in: Erman, BGB, 14. Aufl. 2014, § 276 Rn. 7.

17 So muss sich etwa bei § 826 BGB der Vorsatz auch auf den Schaden beziehen, BGHZ 160, 149, 156; BGH NJW 2000, 2896, 2897; Emmerich, BGB – Schuldrecht Besonderer Teil, 14. Aufl. 2015, § 24 Rn. 13.

18 Kähler, JZ 2007, 18, 20.

19 BGH NJW 1983, 1739, 1740; Palandt/Grüneberg (Fn. 13), § 276 Rn. 10; Erman/Westermann (Fn. 16), § 276 Rn. 7.

20 BGH NJW 2000, 2896, 2897; MünchKomm-BGB/Grundmann (Fn. 15), § 276 Rn. 161; Jauernig/Stadler (Fn. 13), § 276 Rn. 18.

21 BGH NJW-RR 1998, 34, 35; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, 20. Aufl. 2012, Rn. 374; Unberath, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2012, § 276 Rn. 15.

22 BGH NJW 1983, 1739, 1740; Schmidt-Kessel, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 11. Aufl. 2016, § 276 Rn. 6.

23 Explizit Kähler, JZ 2007, 18, 28.

24 BGHZ 135, 39, 42; Bamberger/Roth/Robe (Fn. 21), § 407 Rn. 11.

Rechtsguts beim Betreiber einer Offshore-Anlage oder gar auf die Entstehung eines Schadens bei ihm beziehen und enthalten die Vorschriften des EnWG weitere Hinweise zur Konkretisierung des Vorsatzbegriffs? Beides gilt es, sogleich gesondert zu untersuchen.

V. Konkretisierung durch den Sinn der §§ 17e, 17f EnWG?

1. Auslegungsziel

Es ist bereits festgestellt worden, dass höhere Anforderungen an das Wissen als zwingendes Vorsatzelement insbesondere dort zu stellen sind, wo sich dies aus dem Norm- bzw. Gesetzeszweck ergibt. Daher muss es darum gehen zu ermitteln, wie der Gesetzgeber die Haftungs- und Entschädigungssystematik der §§ 17e und 17f EnWG verstanden haben wollte, in der der Vorsatzvorwurf ein Schlüsselement darstellt.

Jeder Versuch, den Sinn einer Norm aufzuspüren und nachzuvollziehen, verlangt eine Befassung mit ihrer Erklärung und dem Zusammenhang, in dem sie steht. Dazu ist die Norm auszulegen mit dem Ziel,²⁵ die aus dem Text der Norm gebildete Aussage besser zu begreifen, sie mit Blick auf das Erkenntnisinteresse des Rechtsanwenders zu präzisieren und zu konkretisieren. Dazu sind der Wille des historischen Gesetzgebers, der Wille, den man dem augenblicklichen Gesetzgeber zuordnen kann, sowie der objektive Wortsinn, die systematische Verortung sowie Sinn und Zweck der Norm heranzuziehen.²⁶

Nach dem insoweit klaren Gesetzeswortlaut bezieht sich »Vorsatz« auf eine Handlung bzw. ein pflichtwidriges Unterlassen des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers; er muss die Verzögerung bei der Netzanbindung »herbeiführen« bzw. »verursachen«.

2. Wille des Gesetzgebers

Das gesetzgeberische Ziel bei Einführung der §§ 17e und 17f EnWG war es, die Investitionsfähigkeit und -tätigkeit sowohl der Offshore-Windpark-Betreiber als auch der Übertragungsnetzbetreiber zu sichern und letztlich den Ausbau der Offshore-Aktivitäten voranzubringen.²⁷ Dazu hat der Gesetzgeber ganz bewusst einen Ausgleichsmechanismus geschaffen, der dem Umstand Rechnung trägt, dass die Technologie der Offshore-Netzanbindung neu und risikobehaftet ist. Selbst bei fahrlässig verursachter Verzögerung der Netzanbindung durch den anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber hat er daher einen Selbstbehalt für den Offshore-Windpark-Betreiber vorgesehen. Die Risiken sollen die Übertragungsnetzbetreiber also nicht allein tragen; vielmehr soll es zu einem »gewissen Risikoausgleich« kommen.²⁸

Eine zu weite Auslegung des Begriffs »vorsätzlich« würde diesem Ziel zuwider laufen, denn sie führte dazu, dass ein anbindungsverpflichteter Übertragungsnetzbetreiber die anfallenden Haftungssummen nicht länger wälzen könnte und damit ausschließlich selbst tragen müsste. Dies hätte zwangsläufig zur Folge, dass seine Investitionsfähigkeit nicht länger uneingeschränkt sichergestellt wäre, was mit dem übergeordneten gesetzgeberischen Ziel nicht in Einklang zu bringen wäre. Dass hierin

ein Widerspruch liegt, zeigt auch ein Blick auf § 17f Abs. 2 Satz 2 u. 3 EnWG. Dort wird im Falle von Fahrlässigkeit der Selbstbehalt auf maximal 110 Mio. € begrenzt.²⁹

Betrachtet man Entstehungsgeschichte und Begründung zum »Dritten Gesetz zur Neuordnung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften« so ist ferner festzustellen, dass der Gesetzgeber das System der Vorsatzhaftung als Sanktionierung für eine »besondere Unrechtsqualität« begriffen hat.³⁰ Der anbindungsverpflichtete Übertragungsnetzbetreiber soll wirtschaftliche Nachteile dafür erleiden, dass er die Verzögerung vorsätzlich verursacht hat. Es entspreche, so der Gesetzgeber, »den hergebrachten Grundsätzen des Haftungsrechts, dass die Folgen schuldhaften Fehlverhaltens vom Verursacher zu tragen sind.«³¹

3. Regelungssystematik

Das gerade geschilderte System stellt eine in sich schlüssige Regelungssystematik dar: Die verschuldensunabhängige Entschädigungszahlung gewährleistet, dass die Offshore-Windpark-Betreiber – trotz Verzögerungen – ihre Projekte wirtschaftlich realisieren können; ihre Investitionen sind nicht mit unkalkulierbaren unternehmerischen Risiken verbunden. Umgekehrt können und sollen die Übertragungsnetzbetreiber investitionsfähig bleiben, da sie ebenfalls eine Schlüsselfunktion im Offshore-System innehaben. Dieses Ziel wird durch die Möglichkeit erreicht, Entschädigungszahlungen wälzen zu dürfen (§ 17f EnWG). Insgesamt handelt es sich daher bei der Vorsatz-Haftung des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers um die Ausnahme vom gesetzlichen Regelfall. Sein fahrlässiges Handeln stellt den Regelfall der §§ 17e und 17f EnWG dar, was anhand von Sinn und Zweck des Regelwerks genauer zu prüfen ist.

4. Sinn und Zweck

a) Regel-Ausnahme-Mechanismus

Wie gezeigt liegt den §§ 17e und 17f EnWG das gesetzgeberische Verständnis zugrunde, wonach anfallende Entschädigungskosten des Offshore-Betreibers grundsätzlich weitgehend umlagefähig sein sollen. Die Möglichkeit des Ausgleichs der Belastungen bildet insbesondere deshalb den gesetzlichen Regelfall, um die für den Ausbau der Offshore-Aktivitäten benötigten Unternehmen nicht über Gebühr zu belasten, die mit dem Ausbau verbunde-

25 Reimer, Juristische Methodenlehre, 2016, Kap. C Rn. 235; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 7. Aufl. 2013, Rn. 655 ff.

26 Siehe dazu Engisch, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. 2010, S. 115 ff.; Muthorst, JA 2013, 721, 723.

27 Begr. RegE BT-Drucks. 17/10754, S. 26 f.; König, ZNER 2013, 113; angedeutet bereits in Forsyth/Dinger, in: Gundel/Lange (Fn. 1), S. 111, 112.

28 Begr. RegE BT-Drucks. 17/10754, S. 30; vgl. auch Thole, RdE 2013, 53, 57, wonach der Gesetzgeber seinen Einfluss »auf das Investitionskalkül der Beteiligten« erkannt habe.

29 Britz/Hellermann/Hermes/Broemel (Fn. 5), § 17f Rn. 7; König, ZNER 2013, 113, 117 f.

30 Begr. RegE BT-Drucks. 17/10754, S. 30.

31 Begr. RegE BT-Drucks. 17/10754, S. 30.

nen wirtschaftlichen Risiken angemessen zu streuen und letztlich auf den Endverbraucher abzuwälzen.³² Es ging dem Gesetzgeber somit auch um die Unterstützung einer jungen Industrie zur Beschleunigung der Energiewende. Nur bei vorsätzlichem Handeln des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers soll dies anders sein. Hier wird das Argument der Risikostreuung durch dasjenige der Verursacherhaftung überlagert.

Dieses Verständnis eines Regel-Ausnahme-Mechanismus fügt sich zwanglos in die Vermutungsregel des § 17f Abs. 2 Satz 4 EnWG ein, wonach »vermutet (wird), dass zumindest grobe Fahrlässigkeit« seitens des Übertragungsnetzbetreibers vorliegt, wenn der Betreiber eines Offshore-Windparks »einen Schaden aufgrund der nicht rechtzeitigen Herstellung« erleidet. Diese Vermutungsregel erleichtert einem Offshore-Windpark-Betreiber den Verschuldensnachweis ohne zugleich den anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber unangemessen zu benachteiligen, da ihm die Möglichkeit erhalten bleibt, seine Kosten zu wälzen. Ganz bewusst hat der Gesetzgeber die Vermutung nicht auf vorsätzliches Handeln erweitert, denn allein eine fahrlässig verursachte bzw. herbeigeführte Verzögerung soll den gesetzlichen Regelfall bilden. Das so ausdifferenzierte System gilt es bei der weiteren Beantwortung der Frage im Blick zu behalten, wie der Vorsatzbegriff zu bestimmen ist, denn eine zu weite Auslegung birgt die Gefahr, dass der Mechanismus des Selbstbehalts mit Belastungsausgleich leer liefe, was die gesetzgeberischen Ziele konterkarieren würde.

b) Pflichten des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers

Die Frage, wann noch ein Regel- und wann bereits ein Ausnahmefall vorliegt, soll sich nach den Vorstellungen des Gesetzgebers ausschließlich auf der subjektiven Ebene beim anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber entscheiden. Ob dieser eine Verzögerung bei der Netzanbindung vorsätzlich verursacht bzw. herbeiführt, hängt nicht zuletzt davon ab, welche Pflichten ihm das Gesetz in diesem Zusammenhang auferlegt. Denn nur wenn eine Pflicht zum Handeln oder Unterlassen vorliegt, kann ihm die Verursachung bzw. Herbeiführung der Verzögerung zugerechnet werden. Zudem sind dort höhere Anforderungen an das Wissen als zwingendes Vorsatzelement zu stellen, wo sich dies aus dem Gesetzeszweck ergibt.

Nach § 17f Abs. 3 Satz 1 EnWG hat der anbindungsverpflichtete Übertragungsnetzbetreiber »alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen, um einen Schadenseintritt zu verhindern (...)«. Daher kann er »einen Belastungsausgleich (...) nur verlangen, soweit er nachweist, dass er alle möglichen und zumutbaren Schadensminderungsmaßnahmen nach Satz 1 ergriffen hat« (§ 17f Abs. 3 Satz 4 EnWG). Dem Gesetzgeber des Jahres 2012 war durchaus bewusst, dass die Errichtung von Offshore-Anlagen und deren Anbindung an das Netz hinter den Zeitplänen zurücklag. Daher konnten Betreiber von Offshore-Anlagen, die zu einem Stichtag (29.08. bzw. 01.09.2012) bestimmte Voraussetzungen erfüllt hatten, bspw. Entschädigungsansprüche geltend machen, obwohl das schadensauslösende Ereignis vor Inkrafttreten

der Neuregelung lag und der Schadenseintritt seinerzeit bereits konkret absehbar war.³³

Daraus folgt aber, dass positive Kenntnis von einer bereits eingetretenen oder hinreichend absehbaren Verzögerung für sich genommen noch keinen Fall des vorsätzlichen Herbeiführens bzw. Verursachens darstellen kann. Wollte man dies anders sehen, so stellte jede bloße Kenntnis von einer nicht ganz unerheblichen Verzögerung bereits den Ausnahmefall dar – und beim Anschluss von Offshore-Anlagen kommt es leider häufig zu Verzögerungen. Zu dem gesetzlichen Regelfall mit Selbstbehalt und Belastungsausgleich käme es dann kaum mehr. Da es sich dabei nicht um eine neue technologische Entwicklung handelt und dem Gesetzgeber des Jahres 2012, wie gesagt, bewusst war, dass die Anbindung bereits hinter dem Zeitplan zurücklag, heißt Vorsatz nicht lediglich, dass eine Verzögerung als sicher eintretend erkannt bzw. eingestuft wird.

Dass das bloße Erkennen einer Verzögerung durch den Übertragungsnetzbetreiber allein noch nicht »vorsätzlich« meinen kann, ergibt sich auch aus dem gerade zitierten § 17f Abs. 3 EnWG. Es kommt daher richtigerweise entscheidend darauf an, ob der anbindungsverpflichtete Übertragungsnetzbetreiber die ihm möglichen und zumutbaren Maßnahmen rechtzeitig ergreift oder ob er sie ganz oder teilweise vorsätzlich unterlässt. Dazu muss festgestellt werden, dass es solche Maßnahmen gegeben hat, der Übertragungsnetzbetreiber sie erkannt hat, ihr Ergreifen ihm erkennbar möglich und zumutbar gewesen ist und er gleichwohl von einer entsprechenden Maßnahme abgesehen hat. Allein diese Sichtweise entspricht dem herausgearbeiteten Regel-Ausnahme-Mechanismus der §§ 17e und 17f EnWG.

Dazu stellt § 17f Abs. 3 EnWG den einschlägigen Pflichtenkanon auf. Ein möglicher Vorsatzvorwurf erweitert diesen Maßstab nicht etwa, sondern gibt lediglich Auskunft über den Verschuldensgrad. Daher kann es namentlich auf diesem Wege nicht zu einer Erweiterung der gesetzlichen Schadensminderungspflichten des Übertragungsnetzbetreibers kommen. Sind danach mögliche und zumutbare Maßnahmen unterlassen worden, ist richtigerweise weiter zu fragen, ob dies nur fahrlässig oder gar vorsätzlich erfolgte. Sind umgekehrt alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen seitens des anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreibers ergriffen worden, trifft ihn – trotz Kenntnis von einer Verzögerung – kein Vorsatzvorwurf. Ein Vorsatzvorwurf ist ihm im Gegenteil nur zu machen, wenn der Übertragungsnetzbetreiber vorsätzlich von ihm möglichen und zumutbaren Maßnahmen abgesehen hat. Ansonsten käme man zu einer Art Gefährdungshaftung, die der Gesetzgeber in §§ 17e Abs. 2 Satz 2, 17f Abs. 2 Satz 1 EnWG gerade nicht normiert hat.

Dieser Befund lässt sich – wie dargelegt – mit dem vom Gesetzgeber intendierten Regel-Ausnahme-Mechanismus zwanglos in Einklang bringen. Das fahrlässige Fehlverhalten bildet den von §§ 17e Abs. 2, 17f Abs. 2 EnWG

32 Explizit Kment/Schink (Fn. 9), § 17f Rn. 1; vgl. auch BerlKommEnR/v. Daniels/Uibeleisen (Fn. 1), Vorbem. zu §§ 17a bis 17j EnWG Rn. 2 u. § 17f EnWG Rn. 2.

33 Begr. RegE BT-Drucks. 17/10754, S. 28.

normierten Regelfall; das vorsätzliche Fehlverhalten hingegen den Ausnahmetatbestand. Für dessen Vorliegen ist der Betreiber der Offshore-Anlage darlegungs- und beweispflichtig, denn die Vermutungsregel des § 17f Abs. 2 Satz 4 EnWG greift bei Vorsatz explizit nicht.³⁴ Daher wäre es unzutreffend, verlangte man, dass der anbindungsverpflichtete Übertragungsnetzbetreiber darlegen müsste, er habe alle ihm möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergriffen, um sich vom Vorwurf vorsätzlichen Handelns zu befreien.

c) Begriffskontext

Das so gewonnene Ergebnis fügt sich schließlich auch in den Begriffskontext ein. Das Wort »vorsätzlich« bezieht sich jeweils auf ein Verb (verursachen bzw. herbeiführen). Es kommt damit auf eine Handlung bzw. ein Unterlassen an, die/das eine entsprechende Kausalkette in Gang setzt – und nicht etwa nur auf die Kenntnis von einer Verzögerung. Doch das reicht noch nicht.³⁵ Es ist allgemein bekannt, dass der anbindungsverpflichtete Übertragungsnetzbetreiber seine Verpflichtung zum Netzanchluss eines Offshore-Windparks regelmäßig nicht selbst erfüllt, sondern sich dazu spezialisierter Unternehmen bedient (vgl. nur § 17d Abs. 2 EnWG). Diese systemimmanente Beauftragung Dritter reduziert aber die Möglichkeiten des Übertragungsnetzbetreibers, auf die konkrete Ausführung unmittelbaren Einfluss zu nehmen. Sie beschränken sich bspw. auf eine ordnungsgemäße Auswahl des Auftragnehmers und auf eine angemessene Projektüberwachung.

Vorsätzlich verursachen bzw. herbeiführen meint somit, dass dem anschlusspflichtigen Übertragungsnetzbetreiber im konkreten Einzelfall der Vorwurf gemacht werden muss, er habe sehenden Auges eine ihm mögliche und zumutbare Maßnahme nicht bzw. nicht rechtzeitig ergriffen. Damit kommt es – ganz im Einklang mit der Vorsatzdefinition im Zivilrecht – auf die Möglichkeit zum Einwirken auf die Kausalkette an. So könnte bspw. von einer vorsätzlich verursachten Anbindung ausgegangen werden, wenn der Übertragungsnetzbetreiber das beauftragte Unternehmen anweist, den Ausbau nicht weiter voranzutreiben.

Auf diese Weise ist es im Ergebnis möglich, die Anknüpfung des Vorsatzvorwurfs und die Schadensminderungspflicht widerspruchsfrei zu verbinden, zumal dem Übertragungsnetzbetreiber nur solche Maßnahmen aufgegeben werden dürfen, die ihm möglich und zumutbar sind.

VI. Ergebnisse

Der Begriff »vorsätzlich« ist in §§ 17e Abs. 2 Satz 2, 17f Abs. 2 Satz 1 EnWG einheitlich verwendet worden und ist im zivilrechtlichen Sinne zu verstehen. Vorsatz be-

deutet im Zivilrecht Wissen und Wollen der objektiven Tatbestandsmerkmale und des rechtswidrigen Erfolgs im Bewusstsein der Rechts- bzw. Pflichtwidrigkeit. Der Vorsatzbegriff entscheidet für sich genommen nicht über die Frage, wofür ein Schädiger zwingend haftet und welche Risiken er billigend in Kauf nehmen darf.

Zur Auslegung des Begriffs »vorsätzlich« muss ermittelt werden, wie der Gesetzgeber die Haftungssystematik der §§ 17e und 17f EnWG insgesamt verstanden haben wollte. Das gesetzgeberische Ziel war es, die Investitionsfähigkeit und -tätigkeit sowohl der Offshore-Windpark-Betreiber als auch der Übertragungsnetzbetreiber zu sichern und damit den Ausbau der Offshore-Aktivitäten in Deutschland insgesamt voranzubringen. Zu diesem Zweck hat er ein System des verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruchs mit Wälzungsmöglichkeit geschaffen, das die wirtschaftlichen Risiken der neuen Technologie angemessen verteilt. Die Möglichkeit der Streuung und des Ausgleichs von Risiko und Belastung durch Abwälzung stellt den gesetzlichen Regelfall dar. Das vorsätzliche Verursachen bzw. Herbeiführen einer Verzögerung der Netzanbindung durch den anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber bildet die gesetzliche Ausnahme.

Wann der anbindungsverpflichtete Übertragungsnetzbetreiber eine Verzögerung vorsätzlich verursacht bzw. herbeiführt, hängt nicht zuletzt davon ab, welche Pflichten ihm das EnWG auferlegt. Der Vorsatzvorwurf trifft den anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber daher dann, wenn er vorsätzlich von ihm möglichen und zumutbaren Maßnahmen abgesehen hat. Hingegen stellt positive Kenntnis von einer bereits eingetretenen oder hinreichend absehbaren Verzögerung für sich genommen keinen Fall des vorsätzlichen Herbeiführens bzw. Verursachens dar.

Wegen der Vermutungsregel des § 17f Abs. 2 Satz 4 EnWG muss der Betreiber der Offshore-Anlage darlegen und beweisen, dass der Übertragungsnetzbetreiber die ihm möglichen und zumutbaren Maßnahmen vorsätzlich nicht ergriffen hat. Vorsätzlich verursachen bzw. herbeiführen meint somit, dass dem Übertragungsnetzbetreiber im konkreten Einzelfall der Vorwurf gemacht werden muss, er habe sehenden Auges eine ihm mögliche und zumutbare Maßnahme nicht bzw. nicht rechtzeitig ergriffen.

34 Zur Vermutungsregel siehe Britz/Hellermann/Hermes/Broemel (Fn. 5), § 17f Rn. 10; BerlKommEnR/v. Daniels/Uibeleisen (Fn. 1), § 17f EnWG Rn. 25; explizit Kment/Schink (Fn. 9), § 17f Rn. 12.

35 Vgl. zum Deliktsrecht Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 12. Aufl. 2013, Rn. 111: »Die Vorstellung, beim Vorsatzdelikt sei die bloße Erfolgsverursachung ohne Weiteres rechtswidrig, ist zwar populär, aber falsch«.