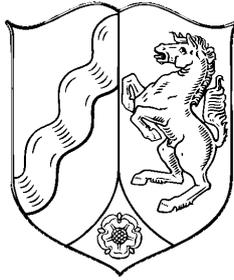


I-27 U 9/18  
19 O 39/16  
LG Dortmund



verkündet am 17.04.2019

xxx, Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin der Geschäfts-  
stelle

# OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

In dem Rechtsstreit

xxx,

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigter: xxx,

gegen

xxx,

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte: xxx,

hat der 27. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 28.02.2019 durch den Richter am Oberlandesgericht xxx als

Vorsitzenden, die Richterin am Oberlandesgericht xxx und den Richter am Oberlandesgericht xxx

**für R e c h t erkannt:**

Auf die Berufung der Klägerin und die Anschlussberufung der Beklagten wird das am 26.03.2018 verkündete Urteil der 19. Zivilkammer (V. Kammer für Handelssachen) des Landgerichts Dortmund (19 O 39/16 [EnW]) teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Klage wird abgewiesen.

Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, an die Beklagte 8.425,66 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 7.077,56 € ab dem 10.01.2009 und aus weiteren 1.348,10 € ab dem 15.01.2009 zu zahlen.

Die weitergehende Widerklage wird abgewiesen.

Die weitergehende Berufung und die weitergehende Anschlussberufung werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen hat die Klägerin 64 % und die Beklagte 36 % zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Beiden Parteien bleibt nachgelassen, die Vollstreckung der jeweils anderen Partei durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

## Gründe

I.

Die Parteien streiten über die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung eines Baukostenzuschusses für den Anschluss von zwei Transformatoren auf dem Betriebsgrundstück der Beklagten an das Mittelspannungsnetz der Klägerin.

Die Klägerin ist ein Energieversorgungsunternehmen, das in U., V. und W. das Elektrizitätsversorgungsnetz betreibt. Die Entnahmehöchstlast in ihrem Mittelspannungsnetz beträgt 18.000 kVA. Seit dem 01.01.2008 ist der Netzbetrieb an zwei Netzgesellschaften verpachtet. Die Beklagte unterhält in A. einen Betrieb zur Stärkeerzeugung. Das Betriebsgrundstück grenzt sowohl an das Konzeptions- und Netzgebiet V. der Klägerin als auch an das Netz A. der R. GmbH.

Die Beklagte verfügt über insgesamt sieben Transformatoren zur Stromversorgung, von denen zwei im Jahr 2005 neu errichtet und zum 01.01.2006 mit einer Gesamtleistung von 1.000 kVA an das Mittelspannungsnetz der Klägerin angeschlossen wurden. Die übrigen Transformatoren der Beklagten sind mit einer Leistung von 3.100 kVA an das Netz der R. GmbH angeschlossen. Wegen der Einzelheiten der seit dem 01.01.2006 bestehenden Netzanschlussituation wird auf die bei der Akte befindliche grafische Darstellung (Bl. 821 GA) verwiesen.

Vor dem Jahr 2000 war R. alleiniger Netzbetreiber in beiden Anschlussgebieten. Beide Leitungsschaltfelder in der Kundenstation der Beklagten („L. 2“ und „B. 8“) waren mit dem Mittelspannungsnetz der R. verbunden. Im Jahr 2000 übernahm die Klägerin die Netzanlagen in V. samt der vom Schaltfeld „B. 8“ in ihr Verteilnetz führenden Leitungen. Die Beklagte vereinbarte mit R. eine Erhöhung der Anschlussleistung über das weiterhin an ihr Netz angeschlossene Leitungsschaltfeld „L. 2“ auf 3.100 kVA und wurde ausschließlich von R. versorgt. Ein Anschlussvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten bestand nicht.

Ab 2004 übernahm die Klägerin den Betrieb beider Leitungsfelder und die Regelversorgung der Beklagten durch Eintritt in deren Anschlussvertrag mit R. Die Regelversorgung erfolgte allerdings nunmehr über das Schaltfeld „B. 8“ aus dem Netz der Klägerin. Zum 01.01.2006 übertrug die Klägerin die Anschlussanlagen auf R. zurück. R. übernahm – über das Schaltfeld „L. 2“ auch wieder die Versorgung der Beklagten mit einer Netzanschlussleistung von 3.100 kVA. Die Anschlussleitung von dem Schaltfeld „B. 8“ in das Netz der Klägerin wurde abgeklemmt. Die zwei neuen Transformatoren der Beklagten wurden von den bereits vorhandenen fünf Transformatoren galvanisch getrennt errichtet und mit dem Schaltfeld „B. 8 neu“ an das Netz der Klägerin angeschlossen. Hierüber wurde die Beklagte fortan mit 1.000 kVA aus dem Netz der Klägerin versorgt. Die von R. bezogene Anschlussleistung von 3.100 kVA für die fünf weiteren Transformatoren blieb unabhängig davon erhalten.

Bereits seit dem 17.03.2005 verfügte die Klägerin über eine interne „Arbeitsanweisung“ für den Anschluss von Sonderkunden an ihr Stromnetz. Danach sollte ab dem 01.04.2005 für Mittelspannungssonderkunden eine Baukostenzuschussregelung gelten, wonach sich der Baukostenzuschuss auf 112,22 €/kW bzw. 101 €/kVA belaufen sollte. Wegen der Einzelheiten der Arbeitsanweisung wird auf die bei der Akte befindliche Ablichtung (Bl. 1455 GA) Bezug genommen. Daneben hatte die Klägerin fünf Kriterien entwickelt, bei deren Vorliegen sie den Baukostenzuschuss abweichend von der in der Arbeitsanweisung vorgesehenen Berechnungsweise aufgrund einer Individualveranlagung nach den sog. Vollkosten berechnete. Wegen der fünf Kriterien im Einzelnen wird auf die Übersicht auf Seite 11 des vom Landgericht eingeholten Sachverständigengutachtens vom 04.01.2017 Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 30.06.2005 (Bl. 228-229 GA) bot die Klägerin der Beklagten den Anschluss der neu zu errichtenden Abnahmestelle für 113.953,14 € netto bzw. 132.185,64 € brutto an. Enthalten waren Lieferung, Montage und betriebsfertiger Anschluss eines 10 kV-Kabels an die neue Schaltanlage der Beklagten unter Demontage der Altanlage sowie „3. bisherige und künftige leistungsanteilige Herstellung und/oder Verstärkung aller vorgelagerten Netze zur Bereitstel-

lung einer Netzanschlusskapazität von 1.000 kVA“. Der Begriff „Baukostenzuschuss“ fand sich in dem Schreiben nicht.

Nachdem am 11.07.2005 zwischen den Parteien ein Gespräch im Hause der Beklagten stattgefunden hatte, schrieb die Klägerin der Beklagten am 01.08.2005, dass sie der Bitte der Beklagten um zusätzliche Transparenz und weitere Details zu dem Angebot vom 30.06.2005 auch vor dem Hintergrund des inzwischen in Kraft getretenen neuen Energiewirtschaftsgesetzes gerne nachkomme. Sie bot der Beklagten den Anschluss ihrer neu zu errichtenden Abnahmestelle nunmehr für 5.689,64 € netto bzw. 6.599,98 € brutto an, wobei in diesem Betrag im Unterschied zu dem Angebot vom 30.06.2005 die dort unter 3. aufgeführten Netzausbaukosten nicht enthalten waren. Für die Nutzung des Anschlusses für eine Leistungsanspruchnahme von bis zu 1.000 kVA berechnete die Klägerin stattdessen gesondert einen „einmaligen Kostenbeitrag für die bisherige und künftige leistungsanteilige Herstellung und / oder Verstärkung aller vorgelagerten Netze (Baukostenzuschuss)“ in Höhe von 108.263,50 € netto bzw. 125.585,66 € brutto, wobei sie den Betrag mit Blick auf eine noch ausstehende endgültige Bestimmung und Abrechnung ausdrücklich als vorläufig bezeichnete. In Summe ergab sich damit derselbe Betrag wie im Angebot vom 30.06.2005. Die Klägerin führte dazu im Schreiben vom 01.08.2005 unter anderem aus:

„Wir nehmen zur Kenntnis, dass Sie den Baukostenzuschuss unter dem Vorbehalt der vollständigen oder teilweisen Rückforderung nach einer rechtlichen Überprüfung leisten.

Um Ihrem Wunsch nach Transparenz und Nachvollziehbarkeit nachzukommen, insbesondere aber auch vor dem Hintergrund des am 13.07.2005 in Kraft getretenen Energiewirtschaftsgesetz, sehen wir keine andere Möglichkeit, als den Baukostenzuschuss nach den gesetzlichen Regeln zu kalkulieren. Aufgrund dessen haben wir das renommierte Büro X. beauftragt, den sich für Ihre Abnahmestelle 10 kV (neu) spezifisch er-

gebenden Baukostenzuschuss nach anerkannten energiewirtschaftlichen Grundsätzen zu bestimmen. [...]

Den sich unter Anrechnung der bereits geleisteten Summe ergebenden Differenzbetrag werden wir Ihnen in Rechnung stellen bzw. erstatten. In- soweit ist der von uns oben genannte Betrag ein vorläufiger Wert.

An das Angebot für den Netzanschluss und den vorläufigen Baukostenzu- schuss für 1.000 kVA halten wir uns bis zum 31.10.2005 gebunden. [...]"

Wegen der weiteren Einzelheiten des Schreibens wird auf die bei der Akte be- findliche Ablichtung (Anlage K4, Bl. 22-25 GA) Bezug genommen.

Unter dem 22.08.2005 unterbreitete die R. GmbH der Beklagten auf deren An- frage ausgehend von der vereinbarten Netzanschlusskapazität von 3.100 kVA ein Angebot über die Zurverfügungstellung einer Netzanschlusskapazität von 4.100 kVA (Bl. 232-234 GA). Darin hieß es: „Der zu ihren Lasten gehende Bau- kostenzuschuss würde 95,36 €/kVA betragen.“ Dieses Angebot nahm die Be- klagte jedoch nicht an, vielmehr schrieb sie am 30.08.2005 (Bl. 326-328 GA) an die Klägerin, dass sie sie mit der Durchführung der Netzanschlussmaßnahmen in dem genannten Umfang und zur Abrechnung nach tatsächlichem Aufwand und Tagespreisen beauftrage. Den weiteren Ausführungen der Klägerin ent- nehme sie, dass der von dieser einseitig festgesetzte Baukostenzuschuss nicht verhandelbar sei. Sie, die Beklagte, werde daher Zahlungen nur unter Vorbehalt der vollständigen oder teilweisen Rückforderung nach einer rechtlichen Über- prüfung leisten. Sie bezweifle die Rechtmäßigkeit des geforderten Baukosten- zuschusses sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach. In dem Schreiben hieß es weiter:

„Wir bitten Sie deshalb, folgende Vereinbarung als Anlage/Ergänzung zum Vertrag im Vertrag aufzunehmen:

Punkt 1

Die Wirksamkeit der Regelung zum Baukostenzuschuss steht dem Grun- de und der Höhe nach unter dem Vorbehalt, dass diese angemessen so-

wie billig ist und B. nicht schlechter stellt, als es die zwingenden und/oder dispositiven Vorschriften des EnWG vorsehen. K. akzeptiert, dass B. den geforderten Baukostenzuschuss unter dem Vorbehalt der Rückforderung leistet. Die K. erklären sich bereit, das Gutachten des beauftragten Büros X. betreffs der Anschlussstelle B. der B. in Kopie unverzüglich nach Fertigstellung vollständig zur Einsicht und weiteren Überprüfung zu übergeben.“

Die Klägerin antwortete darauf mit Schreiben vom 25.10.2005 (Bl. 27-29 GA), dass der Anschluss der Beklagten ab dem 01.01.2006 mit einer Netzanschlusskapazität von 1.000 kVA als neuer Anschluss an das Mittelspannungsnetz der Klägerin zu behandeln sei. Sie führte weiter aus:

„Die Nutzung eines solchen neuen Anschlusses gestatten die K. regelmäßig nur gegen einmalige Zahlung eines von den K. nach energiewirtschaftlichen Grundsätzen und im gesetzlichen Rahmen diskriminierungsfrei gegenüber allen Anschlussnehmern festgesetzten Baukostenzuschusses für erstmalige leistungsanteilige Herstellung und/oder Verstärkung vorgelagerter Netze. Wir nehmen ihren einseitig erklärten Vorbehalt zur Kenntnis, dass Sie den auf die Netzanschlusskapazität von 1.000 kVA entfallenden Baukostenzuschuss unter dem Vorbehalt der Rückforderung leisten.

Das von uns in Auftrag gegebene Gutachten zur Höhe des leistungsanteiligen Baukostenzuschusses wird sowohl den einschlägigen Rechtsvorschriften als auch der diskriminierungsfreien Behandlung aller Neukunden Rechnung tragen. [...]“

Am 07.11.2005 unterschrieb die Beklagte den vorformulierten „Auftrag“ auf dem Angebotsschreiben der Klägerin vom 01.08.2005 (Bl. 25 GA) sowie den Netzanschlussvertrag Strom (Anlage K1, Bl. 18 GA) mit den handschriftlichen Zusätzen: „Einverständnis gilt nur in Verbindung mit unserem Schreiben vom 7.11.05“ bzw. „Siehe unser Schreiben vom 7.11.2005“. In dem Schreiben der Beklagten vom 07.11.2005 (Anlage K5, Bl. 26 GA), das den beiden Dokumen-

ten beigelegt war, führte die Beklagte aus, dass ihr Vorbehaltsschreiben vom 30.08.2005 und das Antwortschreiben der Klägerin vom 25.10.2005 Bestandteile der Verträge seien und die Unterzeichnung ohne Aufgabe ihrer bisherigen Rechtsansicht und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht erfolge.

In dem Netzanschlussvertrag Strom, den die Beklagte am 07.11.2005 unterzeichnete, wurden die Ergänzenden Bestimmungen zum Netzanschlussvertrag (Bl. 19 GA), die AVBEItV und das Anschreiben vom 01.08.2005 zu wesentlichen Vertragsbestandteilen erklärt.

Am 20.12.2005 stellte die Klägerin der Beklagten unter Bezugnahme auf den Auftrag vom 07.11.2005 einen Baukostenzuschuss von 372.457,12 € brutto in Rechnung (Bl. 20 GA). Die Beklagte reagiert hierauf mit einem Telefax ihres Geschäftsführers vom 21.12.2005 (Bl. 1287-1288 GA), in dem es auszugsweise hieß:

„Diese Rechnung hat uns sehr überrascht, da sogar nach der eigenen Prognose Ihres Unternehmens höchstens ein Baukostenzuschuss in Höhe von netto etwa 108.263,50 € anfallen sollte (vgl. Ihre Angebotsschreiben vom 30. Juni 2005 und 1. August 2005). Dieser von Ihrem Unternehmen prognostizierte Baukostenzuschuss soll sich nunmehr laut einem Z.-Gutachten nahezu verdreifacht haben. Das wird von unserer Seite nicht akzeptiert. [...]“

Die Klägerin antwortete hierauf wiederum mit einem Schreiben vom 22.12.2005 (Bl. 1289-1291 GA), in dem sie ihre Forderung bekräftigte mit der Begründung, dass die gutachterliche Ermittlung des Baukostenzuschusses nach energiewirtschaftlichen Grundsätzen beiderseits vereinbart gewesen sei und nun vorliege. Sie bot der Beklagten an, zunächst den vorläufigen Baukostenzuschuss als Teilbetrag zu zahlen. Am 22.12.2005 lag das von der Klägerin beauftragte schriftliche Gutachten der Z. zur Höhe des Baukostenzuschusses vor. Die Klägerin hatte, ohne die Beklagte hierüber zu informieren, anstelle der Büro X. die Z. mit der Erstellung des Gutachtens beauftragt, weil X. signalisiert hatte, die

Begutachtung aus zeitlichen Gründen nicht übernehmen zu können. Wegen der Einzelheiten des Z.-Gutachtens wird auf die bei der Akte befindliche Ablichtung (Bl. 763-770 GA) verwiesen.

Die Beklagte zahlte am 28.12.2005 an die Klägerin 125.585,66 €. Dies war der Bruttobetrag des von der Klägerin im Schreiben vom 01.08.2005 vorläufig festgesetzten Baukostenzuschusses.

Unter dem 07.02.2005 stellte die Beklagte bei der Landesregulierungsbehörde einen Antrag im Missbrauchsverfahren auf Überprüfung des von der Klägerin mit Rechnung vom 20.12.2005 erhobenen Baukostenzuschusses gemäß § 31 Abs. 1 Satz 1 EnWG. Mit Bescheid vom 21.06.2006 gab die Landesregulierungsbehörde der Klägerin auf, den Baukostenzuschuss angemessen, diskriminierungsfrei und transparent neu festzusetzen. Wegen der Einzelheiten dieser Entscheidung wird auf die bei den Akten befindliche Ablichtung (Bl. 81-90 GA) Bezug genommen.

Nach Beschwerde der Klägerin vom 21.07.2006 wies das Oberlandesgericht Düsseldorf – 3. Kartellsenat – in dem Verfahren VI-3 Kart 291/06 (V) einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde der Klägerin gegen die Entscheidung der Landesregulierungsbehörde mit Beschluss vom 08.11.2006 (Bl. 91-104 GA) zurück, weil keine erheblichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Entscheidung der Landesregulierungsbehörde beständen.

Die Klägerin stornierte daraufhin ihre Rechnung vom 20.12.2005 und erteilte der Beklagten unter dem 19.02.2007 eine korrigierte Rechnung über einen Baukostenzuschuss in Höhe von 279.480,17 € netto bzw. 324.197,- € brutto, fällig bis zum 05.03.2007. Diesen Betrag machte sie mit anwaltlichem Mahnschreiben vom 04.04.2007 geltend, mit dem sie zugleich Ausgleich ihrer vorgerichtlichen Anwaltskosten verlangte.

Mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 16.04.2007 (Bl. 31-34 GA) wies die Beklagte diesen Anspruch zurück. Die Beklagte falle aufgrund ihrer Entnahmemenge nicht unter die Kundengruppe, welche die Vollkosten für eine

Zurverfügungstellung einer Leistung von 1.000 kVA auf Mittelspannungsebene zu tragen habe.

Unter dem 08.05.2007 stellte die Beklagte einen erneuten Missbrauchsantrag bei der Landesregulierungsbehörde und beantragte die Prüfung des Verhaltens der Klägerin sowie den Erlass von Anordnungen, um ihr, der Beklagten, einen angemessenen, diskriminierungsfreien und transparenten Anschluss gemäß § 17 EnWG sicherzustellen, hilfsweise die mit der Baukostenzuschussforderung einhergehenden Zuwiderhandlungen gegen § 30 Abs. 1 Nr. 1 EnWG abzustellen.

Mit Bescheid vom 13.12.2007 verpflichtete die Landesregulierungsbehörde die Klägerin, von der Beklagten keinen Baukostenzuschuss zu verlangen, der der Regelung des § 17 Abs. 1 EnWG zuwiderlaufe, und binnen 4 Wochen einen Baukostenzuschuss zu berechnen, der den Anforderungen des § 17 Abs. 1 EnWG entspreche.

Unter dem 10.03.2008 korrigierte die Klägerin ihre Rechnung über den Baukostenzuschuss aufgrund eines Zahlendrehers im zugrunde liegenden Rechenwerk auf 279.399,17 € brutto (Bl. 356 GA).

Auf die Beschwerde der Klägerin vom 28.12.2007 gegen den Bescheid der Landesregulierungsbehörde vom 13.12.2007 ordnete das Oberlandesgericht Düsseldorf – 3. Kartellsenat – mit Beschluss vom 09.06.2008 (Bl. 653-658 GA) zunächst antragsgemäß die aufschiebende Wirkung der Beschwerde der Klägerin an. Am 20.04.2009 erließ der 3. Kartellsenat einen Hinweisbeschluss (Bl. 643-652 GA), demzufolge die Beschwerde der Klägerin gegen die Missbrauchsverfügung Erfolg haben dürfte. In der mündlichen Verhandlung vom 22.04.2009 hob die Landesregulierungsbehörde ihre Verfügung vom 13.12.2007 auf, woraufhin das Verfahren übereinstimmend für erledigt erklärt wurde.

Unter dem 07.10.2009 erneuerte die Beklagte ihren Missbrauchsantrag. Die Landesregulierungsbehörde hob am 30.10.2009 ihre Missbrauchsverfügung

vom 21.06.2006 auf. Sodann erließ sie unter dem 15.11.2010 eine erneute Missbrauchsverfügung (Bl. 878-892 GA) gegen die Klägerin, mit der sie ihr aufgab, von der Beklagten keinen Baukostenzuschuss zu erheben, da sie damit gegen die in § 17 Abs. 1 EnWG normierten Gebote verstoßen würde. Schon die Voraussetzungen überhaupt einen Baukostenzuschuss zu verlangen, lägen nicht vor.

Auf die Beschwerde der Klägerin hob das Oberlandesgericht Düsseldorf – 3. Kartellsenat – in dem Verfahren VI-3 Kart 136/10 (V) die Missbrauchsverfügung mit Beschluss vom 25.01.2012 auf. Die Klägerin sei dem Grunde nach zur Erhebung eines Baukostenzuschusses berechtigt, da es sich um einen Neuanschluss handele. Wegen der Einzelheiten der Entscheidung wird auf die bei der Akte befindliche Ablichtung Bezug genommen (Bl. 952-962 GA). Der Bundesgerichtshof wies am 09.10.2012 eine gegen den Beschluss des 3. Kartellsenats gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten zurück (Bl. 975-979 GA). Die Beklagte teilte daraufhin unter dem 02.05.2013 mit, dass sie vorläufig kein weiteres Missbrauchsverfahren anstrengen werde.

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, dass sie zur Erhebung des von ihr in Rechnung gestellten Baukostenzuschusses berechtigt sei. Baukostenzuschüsse seien ein diskriminierungsfreies Steuerungsinstrument zur effizienten Dimensionierung des Netzes und stellten einen verursachungsgerechten Beitrag für die erstmalige Bereitstellung und Vorhaltung einer konkreten Anschlussleistung an der Übergabestelle dar. Weder in § 11 NAV noch in § 9 AVBEltV sei vorgesehen, dass ein Baukostenzuschuss für den Neuanschluss eine Netzerweiterung oder Netzverstärkung voraussetze, die – insoweit unstrittig – für die von der Beklagten bezogene Leistung von 1.000 kVA nicht erforderlich war. Auf welcher Grundlage Baukostenzuschüsse zu berechnen seien, schreibe das geltende Recht nicht vor. Die Parteien hätten hier vereinbart, die tatsächlichen Kosten zugrunde zu legen. Außerdem lägen, wie die Klägerin behauptet hat, bei der Beklagten Merkmale vor, welche sie, die Klägerin, für die Heranziehung von Netzanschlusspetenten zur Zahlung der sog. Vollkosten zugrunde lege. Mit

dem Z.-Gutachten sei der Baukostenzuschuss sachlich und rechnerisch richtig ermittelt worden.

Die Klägerin hat mit Klageschrift vom 30.07.2007 in der Hauptsache zunächst Zahlung von 198.611,34 € begehrt. Mit Schriftsatz vom 13.06.2008 hat sie diesen Betrag vor der ersten mündlichen Verhandlung auf 198.517,38 € reduziert und mit Schriftsatz vom 15.10.2009, der Beklagten zugestellt am 02.11.2009, die Klage um die geltend gemachten vorgerichtlichen Anwaltskosten erweitert. Soweit sie ursprünglich mit der Klage noch beantragt hatte, festzustellen, dass der Beklagten gegenüber der Klägerin kein Rückzahlungsanspruch hinsichtlich des unter Vorbehalt gezahlten Baukostenzuschusses in Höhe von 125.585,66 € für den Anschluss ihres Betriebsgrundstücks an das Mittelspannungsnetz der Klägerin zustehe, haben die Parteien – im Hinblick auf die zwischenzeitlich erhobene Widerklage – den Rechtsstreit im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 19.11.2009 übereinstimmend für erledigt erklärt.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 198.517,38 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 31.12.2005 sowie vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 2.380,80 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen und der Beklagten hinsichtlich des übereinstimmend für erledigt erklärten Feststellungsantrags die Kosten aufzuerlegen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen und der Klägerin insgesamt die Kosten aufzuerlegen.

Mit Schriftsätzen vom 15. und 19.12.2008, der Klägerin zugestellt am 09. und 14.01.2009, hat die Beklagte Widerklage erhoben, mit der sie in Teilbeträgen von 108.262,50 € und 17.323,16 € – Letzteres ist der auf die erstgenannte Summe entfallende Mehrwertsteuerbetrag von 16 % – Rückzahlung des von ihr geleisteten Baukostenzuschusses begehrt.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klägerin zu verurteilen, an sie 108.262,50 € und 17.323,16 €, jeweils nebst Zinsen in Höhe von 4 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 29.12.2005 bis Rechtshängigkeit der Widerklage und in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit der Widerklage zu zahlen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Eine weitere Widerklage über vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 3.745,88 € nebst Zinsen hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 25.11.2010 erhoben, im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 21.08.2014 aber zurückgenommen. Die Klägerin hat diesbezüglich Kostenantrag gestellt.

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, die Klage sei bereits als unzulässig abzuweisen, weil die Parteien eine Schiedsgutachtenvereinbarung gemäß §§ 317 ff. BGB getroffen hätten, die Klägerin aber das vereinbarten Gutachten

des X. nicht eingeholt habe. Die Forderung der Klägerin sei deswegen aber jedenfalls nicht fällig.

Da die Klägerin – unstreitig – ihr Netz zur Erbringung einer Leistung von 1.000 kVA nicht habe abändern müssen, habe es keine Veranlassung gegeben, einen kostenorientierten Baukostenzuschuss zu fordern. Es handele sich auch nicht um einen Neuanschluss, weil die Beklagte unmittelbar zuvor von der Klägerin mit 3.100 bzw. 3.300 kVA versorgt worden sei, bis die Versorgung der Transformatoren 1 bis 5 ab dem 01.01.2006 wieder durch R. erfolgte.

Zwischen den Parteien sei die Festlegung eines Baukostenzuschusses auf Basis der Vollkosten nicht vereinbart worden. Vielmehr sei vereinbart worden, dass das X. die Berechnung überprüfen und den zu zahlenden Baukostenzuschuss bestimmen solle. Mit dieser Einigung habe man sich insbesondere auf einen bestimmten Gutachter verständigt, so dass sich die Klägerin schon deshalb nicht auf das Z.-Gutachten stützen könne. Dieses letztgenannte Gutachten, so hat die Beklagte behauptet, beruhe nicht auf zutreffenden Tatsachen, berücksichtige die rechtlichen Vorgaben nicht und berechne die Kosten nicht nach energiewirtschaftlich anerkannten Grundsätzen. Ohnehin sei ein Vollkostenzuschuss nicht mit § 11 NAV vereinbar. Er diskriminiere sie, da die Klägerin nicht dargelegt habe, dass sie einem anderen vergleichbar großen Unternehmen in ihrem Anschlussgebiet die Vollkosten in Rechnung gestellt habe. Die Klägerin nutze ihre marktbeherrschende Stellung, die sie in ihrem Netzgebiet inne habe, missbräuchlich aus, wie ein Vergleich mit den von anderen Netzbetreibern verlangten Baukostenzuschüssen zeige, die deutlich niedriger seien.

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, dass die Klägerin auch auf der Grundlage ihrer internen Arbeitsanweisung vom 17.03.2005 keinen Baukostenzuschuss verlangen könne, weil sie selbst bestreite, dass es sich um eine Pauschale handele und mitgeteilt habe, diese Arbeitsanweisung nie umgesetzt zu haben.

Das Landgericht hat Beweis erhoben aufgrund der Beweisbeschlüsse vom 27.08.2015, vom 12.01.2016 und vom 25.09.2017 durch Vernehmung der Zeu-

gen D. und F. sowie durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens und ergänzende mündliche Anhörung des Sachverständigen Dr. P. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Protokolle der mündlichen Verhandlungen vom 27.08.2015 (Bl. 1234-1249 GA) und vom 25.09.2017 (Bl. 1431-1437 GA) sowie auf das Sachverständigengutachten vom 04.01.2017 verwiesen.

Das Landgericht hat die Klage nach durchgeführter Beweisaufnahme mit Urteil vom 26.03.2018 abgewiesen und die Klägerin auf die Widerklage zur Zahlung eines Betrages von 19.269,87 € an die Beklagte verurteilt. Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, dass der Klägerin dem Grunde nach ein Anspruch auf Zahlung des geltend gemachten Baukostenzuschusses zustehe. Ein Anspruch auf einen Baukostenzuschuss unter Zugrundelegung der Vollkosten bestehe jedoch nicht. Eine dafür notwendige Vereinbarung sei nicht getroffen worden. Auch aus dem Umstand, dass die Missbrauchsverfügungen der Landesregulierungsbehörde keinen Bestand gehabt hätten, könne die Klägerin für ihre Berechnungsweise nichts herleiten. Die Erhebung eines Baukostenzuschusses müsse sich vielmehr an den allgemeinen gesetzlichen Regelungen ausrichten. Danach habe die Klägerin der Beklagten wegen der zu beachtenden Kriterien des § 17 Abs. 1 EnWG die Pauschale aus ihrer internen Arbeitsanweisung vom 17.03.2005 berechnen müssen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe fest, dass bezüglich der Beklagten nicht die tatsächlichen Voraussetzungen vorgelegen hätten, unter denen die Klägerin Kunden den Baukostenzuschuss nach den tatsächlichen Kosten berechnete. Nach der Arbeitsanweisung der Klägerin vom 17.03.2005 errechne sich ein von der Beklagten zu zahlender Baukostenzuschuss von 106.315,79 € brutto, so dass die Klägerin bereits überzahlt sei. Im Umfang der Differenz zu dem von der Beklagten gezahlten Betrag sei die Widerklage begründet. Wegen der weiteren Einzelheiten der Urteilsbegründung wird auf die Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen.

Gegen die Abweisung der Klage und die anteilige Verurteilung auf die Widerklage wendet sich die Klägerin, der das landgerichtliche Urteil am 27.03.2018

zugestellt worden ist, mit ihrer am 19.04.2018 beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingegangenen Berufung, die sie nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 27.06.2018 mit einem am 26.06.2018 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz begründet hat. Die Klägerin rügt das landgerichtliche Urteil unter Wiederholung und partieller Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens als fehlerhaft. Sie ist im Wesentlichen der Ansicht, dass die Vereinbarung zwischen den Parteien entgegen der Ansicht des Landgerichts nur so verstanden werden könne, dass der Baukostenzuschuss auf Grundlage der im Einzelfall entstandenen Kosten abgerechnet werden sollte. Zu Unrecht habe das Landgericht ein Eingreifen des Einwendungsausschlusses des § 30 AVBEitV zu ihren Gunsten abgelehnt. Nicht haltbar sei es, dass das Landgericht annehme, dass sie, die Klägerin, keinen Baukostenzuschuss nach der Vollkostenmethode des Z.-Gutachtens verlangen könne. Sie sei nur der Forderung der Beklagten nach Berechnung des Baukostenzuschusses nach den individuellen Gegebenheiten des Netzanschlusses nachgekommen. Die Billigkeitskontrolle beschränke sich danach auf die Frage, ob die vereinbarten Maßstäbe des § 9 AVBEitV eingehalten seien. Von einer Baukostenzuschuss-Pauschale hätten die Parteien einvernehmlich Abstand genommen. Das Landgericht habe den Vortrag der Beklagten unberücksichtigt gelassen, die eine externe Wirkung der Arbeitsanweisung bestritten habe. Die vom Landgericht gestützt auf die Beträge aus der Arbeitsanweisung vorgenommene Berechnung berücksichtige die Mehrwertsteuer nicht zutreffend. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Berufungsbegründung verwiesen.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Dortmund vom 26.03.2018 – 19 O 39/16 [EnW] – abzuändern, soweit zu ihrem Nachteil entschieden worden ist, und

1. die Beklagte zu verurteilen,

a) an sie 198.517,38 € zu zahlen,

b) an sie 2.380,80 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 BGB seit Rechtshängigkeit zu zahlen,

c) an sie Verzugszinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 BGB aus 198.517,38 € seit dem 30.12.2005 zu zahlen,

2. die Widerklage in der Fassung des Schriftsatzes der Beklagten vom 19.12.2008 in vollem Umfang abzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen,

sowie im Wege der – nach Verlängerung der Berufungserwiderungsfrist bis zum 20.10.2018 am 15.10.2018 bei Gericht eingegangenen – Anschlussberufung,

die Klägerin unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Dortmund vom 26. März 2018 (Az. 19 O 36/16 [EnW]) zu verurteilen, an sie 125.585,66 € nebst Zinsen i.H.v. 4 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 29.12.2005 bis Rechtshängigkeit der Widerklage und i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit der Widerklage zu zahlen.

Die Klägerin beantragt,

die Zurückweisung des Antrags der Berufungsbeklagten unter Ziffer II der Berufungserwiderung und Berufungsanlasschrift vom 15.10.2018.

Die Beklagte ist der Ansicht, dass der Klägerin überhaupt kein Baukostenzuschuss zustehe, da sie einen solchen in der damaligen Zeit anderen Kunden nicht berechnet habe. Die Arbeitsanweisung, auf die sich das Landgericht gestützt habe, sei von der Klägerin nicht angewendet worden. Im Übrigen verteidigt die Beklagte das landgerichtliche Urteil als weitgehend zutreffend.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen, insbesondere soweit Schriftstücke vorangehend ausdrücklich genannt worden sind.

## II.

Die Berufung der Klägerin und die Anschlussberufung der Beklagten haben jeweils nur in geringem Umfang Erfolg.

### 1.

Auf die Berufung ist das landgerichtliche Urteil bezüglich der Hauptforderung in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang abzuändern. Im Übrigen bleibt die Berufung erfolglos. Die Klägerin hatte gegen die Beklagte bis zu deren Zahlung einen Anspruch auf Zahlung eines Baukostenzuschusses in Höhe von 117.160,- € brutto, der mit der Zahlung der Beklagten erloschen ist. Auf die Berufung der Klägerin ist infolgedessen lediglich der von der Klägerin an die Beklagte auf deren Widerklage zu zahlende Betrag von 19.269,87 € auf 8.425,66 € zu reduzieren.

### a)

Bedenken gegen die Zulässigkeit der Klage bestehen nicht. Es ist nicht erkennbar, dass die Parteien eine Schiedsvereinbarung gemäß § 1029 Abs. 1 ZPO getroffen haben, welche die Folge einer Unzulässigkeit des Beschreitens des ordentlichen Rechtswegs gemäß § 1032 Abs. 1 ZPO zeitigen könnte. Selbst wenn die Parteien eine Schiedsvereinbarung getroffen hätten, käme die Abweisung der Klage als unzulässig hier nicht in Betracht. Die Beklagte hat nicht bereits vor Beginn der mündlichen Verhandlung gemäß § 1032 Abs. 1 ZPO ge-

rügt, dass die Klägerin in einer Angelegenheit Klage erhoben hat, die Gegenstand einer Schiedsvereinbarung ist. Vor dem ersten Termin zur mündlichen Verhandlung am 19.06.2008 hat sie mit Schriftsatz vom 12.06.2008 lediglich geltend gemacht, die Parteien hätten eine Schiedsgutachtervereinbarung gemäß § 317 BGB getroffen. Diese habe die Folge, dass, weil das vereinbarte Gutachten noch nicht vorliege, die Klage als derzeit unbegründet abzuweisen sei. Bei einer Vereinbarung nach § 317 BGB handelt es sich jedoch nicht um eine Schiedsvereinbarung nach § 1029 Abs. 1 ZPO.

b)

Die Klage ist unbegründet. Der Klägerin steht der von ihr mit der Berufung weiterverfolgte Anspruch auf Zahlung von 198.517,38 € sowie von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten, jeweils nebst Zinsen, nicht zu.

aa)

Aus der vertraglichen Vereinbarung der Parteien hatte die Klägerin gegen die Beklagte gemäß §§ 241 Abs. 1 Satz 1, 311 Abs. 1 BGB i.V.m. § 315 Abs. 1 BGB lediglich einen Anspruch auf Zahlung eines Baukostenzuschusses in Höhe von 117.160,- €. Dieser Anspruch ist mit der Zahlung der Beklagten vom 28.12.2005 gemäß § 362 Abs. 1 BGB erloschen. Ein Anspruch auf Zahlung weiterer 198.517,38 € besteht nicht.

(1)

Der Anspruch der Klägerin auf Zahlung eines Baukostenzuschusses ergibt sich dem Grunde nach aus der von den Parteien getroffenen vertraglichen Vereinbarung.

(a)

Die Beklagte hat am 07.11.2005 mit einer handschriftlichen Ergänzung das vorbereitete Vertragsformular der Klägerin vom 01.08.2005 (Anlage K4) unterzeichnet. Hierbei handelte es sich nicht nur wegen der handschriftlichen Erweiterung um ein neues Angebot gemäß § 150 Abs. 2 BGB, sondern auch, weil die in dem Angebot der Klägerin vom 01.08.2005 vorgesehene Angebotsbindungsfrist bis zum 31.10.2005 zwischenzeitlich abgelaufen war. Das Angebot der Be-

klagten vom 07.11.2005, das infolge des handschriftlichen Verweises auf das Begleitschreiben vom 07.11.2005 (Anlage K5) das Vorbehaltsschreiben der Beklagten vom 30.08.2005 und das Antwortschreiben der Klägerin vom 25.10.2005 einbezogen hat, hat die Klägerin mit Beginn der nachfolgenden Vertragsdurchführung konkludent angenommen.

Aus der Gesamtheit der Vertragsurkunden – darunter das ursprüngliche Angebot der Klägerin vom 01.08.2005, das Vorbehaltsschreiben der Beklagten vom 30.08.2005 und das Antwortschreiben der Klägerin vom 25.10.2005 – ergibt sich, dass sich die Klägerin gegenüber der Beklagten zur Bereitstellung einer Netzanschlusskapazität von 1.000 kVA verpflichtet hat. Die Beklagte hat sich im Gegenzug unter anderem zur Zahlung eines Baukostenzuschusses verpflichtet, soweit dieser angemessen und billig ist und die Beklagte nicht schlechter stellt, als es die Vorschriften des EnWG vorsehen. Das ist das Ergebnis einer Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB, die die zeitliche Abfolge der in den Vertrag einbezogenen Dokumente und die sich daraus ergebende Entwicklung der Vorstellungen der Parteien berücksichtigt (vgl. auch schon OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.11.2006 – VI-3 Kart 291/06 (V), zitiert nach juris, Tz. 23).

Ausweislich ihres Schreibens vom 30.08.2005, wo dies als Punkt 1 angesprochen ist, war die Beklagte – die nach den Angaben in ihrem Schreiben bereits extern beraten war – nur unter der Bedingung zum Vertragsschluss bereit, dass sich die Erhebung des Baukostenzuschusses innerhalb des gesetzlichen Rahmens hält. Das folgt aus den von ihr verwendeten Formulierungen, die erkennbar an § 315 Abs. 1 BGB und § 17 Abs. 1 EnWG angelehnt sind. Die Klägerin hat diese Forderung der Beklagten in ihrem ebenfalls Vertragsbestandteil gewordenen Schreiben vom 25.10.2005, das auf das vorausgegangene Schreiben der Klägerin ausdrücklich Bezug nimmt, aufgegriffen. Dort heißt es, dass die Klägerin die Nutzung eines neuen Anschlusses an das Mittelspannungsnetz gegen einmalige Zahlung eines nach energiewirtschaftlichen Grundsätzen und im gesetzlichen Rahmen diskriminierungsfrei gegenüber allen Anschlussnehmern festgesetzten Baukostenzuschusses gestattet. Das in Auftrag gegebene Gutachten zur Höhe des leistungsanteiligen Baukostenzuschusses werde so-

wohl den einschlägigen Rechtsvorschriften, als auch der diskriminierungsfreien Behandlung aller Neukunden Rechnung tragen.

Auch wenn die Beklagte in ihrem Schreiben vom 07.11.2005 (Anlage K5) auf eine Unterzeichnung ohne Aufgabe ihrer bisherigen Rechtsansicht und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht hingewiesen hat, folgt daraus bei einer Auslegung nach §§ 133, 157 BGB unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessenlage kein neuerlicher, das Vorstehende wiederum einschränkender Vorbehalt. Die Beklagte konnte, auch unter Berücksichtigung von Treu und Glauben, nicht erwarten, dass die Klägerin per se auf die zu den wirtschaftlichen Anschlussbedingungen nach § 17 Abs. 1 EnWG zählende Bestimmung eines Baukostenzuschusses verzichtet, der sich als einmaliges Entgelt (vgl. Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes, Energiewirtschaftsgesetz, 3. Aufl., § 17 Rn. 19b) für die dauerhafte Bereitstellung einer Anschlussleistung darstellt. Dies gilt umso mehr, als der Versorgungsnetzbetreiber mit der Erhebung von Baukostenzuschüssen berechtigte, im Sinne aller Kunden und der Allgemeinheit liegende Zwecke verfolgt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.01.2012 – VI-3 Kart 136/10 (V), zitiert nach juris, Tz. 28, und Beschluss vom 08.11.2006 – VI-3 Kart 291/06 (V), zitiert nach juris, Tz. 21) und die Beklagte aufgrund des Schreibens der R. GmbH vom 22.08.2005 wusste, dass auch andere Versorgungsnetzbetreiber zum Ausgleich der sie treffenden Netzanschlusspflicht Baukostenzuschüsse verlangten.

(b)

Die von der Klägerin mit dem Vertragsschluss übernommenen und dann auch durchgeführten Anschlussarbeiten rechtfertigten nach dem von den Parteien Vereinbarten die Inrechnungstellung eines Baukostenzuschusses. Im dem Schreiben der Klägerin vom 25.10.2005, das Vertragsbestandteil geworden ist, wird die Erhebung eines Baukostenzuschusses an die Voraussetzung gebunden, dass es sich um einen neuen Anschluss an das Mittelspannungsnetz der Klägerin handelt. Zugleich heißt es – begrifflich und inhaltlich an § 9 Abs. 1 Satz 1 AVBEltV angelehnt –, der Baukostenzuschuss werde für die erstmalige leistungsanteilige Herstellung und/oder Verstärkung vorgelagerter Netze fest-

gesetzt. Das ist, weil beide Aussagen gleichrangig nebeneinander stehen, nach §§ 133, 157 BGB so zu verstehen, dass sich die erstmalige Erstellung eines Netzanschlusses und die Herstellung begrifflich decken (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.01.2012 – VI-3 Kart 136/10 (V), zitiert nach juris, Tz. 30). Eine bauliche Veränderung des Netzes selbst, die über den Anschluss hinausgeht, ist für die Bestimmung eines Baukostenzuschusses weder generell erforderlich (so zutreffend OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.01.2012 – VI-3 Kart 136/10 (V), zitiert nach juris, Tz. 30) noch – wie eine Auslegung ihrer Vereinbarung ergibt – von den Parteien vereinbart worden. Keine der Vertragskunden formuliert eine entsprechende Verknüpfung, die hier im Übrigen schon deshalb fernlag, weil die Klägerin der Beklagten bis zum 01.01.2006 eine Anschlussleistung von 3.100 kVA zur Verfügung stellte, die zu diesem Datum von der R. GmbH übernommen worden ist.

Wie schon das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, liegen die Voraussetzungen eines neuen Anschlusses in dem vertraglich vereinbarten Sinn auch vor. Es handelte sich bei dem hergestellten Anschluss um einen erstmaligen, zusätzlichen Anschluss und nicht lediglich eine technische Umstrukturierung (ebenso schon OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.01.2012 – VI-3 Kart 136/10 (V), zitiert nach juris, Tz. 38). Mit dem ab dem 01.01.2006 bereitgestellten Netzanschluss sind die beiden neuen Transformatoren der Beklagten, die von den übrigen fünf Transformatoren galvanisch getrennt errichtet worden sind, mit einer Leistungsanforderung von insgesamt 1.000 kVA erstmals über die Anschlussstelle „B. 8 neu“ an das Netz der Klägerin angeschlossen worden. Die anderen fünf Transformatoren, die zuvor an das Netz der Klägerin angeschlossen waren, waren es ab dem 01.01.2006 nicht mehr. Sie waren wieder über die Anschlussstelle „L. 2“ an das Netz der R. angeschlossen.

(2)

Wie das Landgericht zutreffend gesehen hat, konnte die Klägerin den Baukostenzuschuss nach dem Inhalt der vertraglichen Vereinbarung der Parteien zwar dem Grunde nach verlangen, jedoch nicht in Höhe der sog. Vollkosten, welche die Klägerin auf 324.103,04 € beziffert.

(a)

Wie eine Auslegung der Gesamtheit der Vertragsurkunden gemäß §§ 133, 157 BGB ergibt, haben die Parteien nicht vereinbart, dass die Beklagte in jedem Fall zur Zahlung eines Baukostenzuschusses in Höhe tatsächlicher anfallender Kosten für die Herstellung einer Netzanschlusskapazität von 1.000 kVA verpflichtet sein sollte. Der einzige textliche Anknüpfungspunkt für ein Verständnis im Sinne einer solchen Verpflichtung findet sich im Angebotsschreiben der Klägerin vom 01.08.2005, wo es heißt, dass das Büro X. beauftragt sei, den sich für die Abnahmestelle „spezifisch“ ergebenden Baukostenzuschuss zu bestimmen. Mit Recht hat aber bereits das Landgericht darauf hingewiesen, dass die nachfolgende Formulierung von der Bestimmung des Baukostenzuschusses nach anerkannten energiewirtschaftlichen Grundsätzen eine entsprechende Festlegung wieder in Zweifel zieht, weil eine Bestimmung nach den anerkannten energiewirtschaftlichen Grundsätzen genauso dazu führen kann, dass andere Berechnungsweisen Anwendung finden. Der sich spezifisch zulasten der Beklagten ergebende Baukostenzuschuss muss danach nicht der individuell nach den Vollkosten bestimmte sein. Die Formulierung im Angebotsschreiben vom 01.08.2005 ist insofern zumindest mehrdeutig.

Eindeutig gegen die von der Klägerin angenommene vertragliche Festlegung auf eine individuelle Bestimmung des Baukostenzuschusses nach den sog. Vollkosten spricht aus Sicht des Senats der Umstand, dass sich der Vertragsinhalt nicht allein aus dem Angebotsschreiben der Klägerin vom 01.08.2005 ergibt, sondern erst aus der Zusammenschau dieses Schreibens mit den weiteren Vertragsbestandteilen gewordenen Schreiben vom 30.08. und 25.10.2005. In diesen gibt es keine Anknüpfungspunkte für ein Verständnis, wonach die Beklagte in jedem Fall verpflichtet sein sollte, einen Baukostenzuschuss in Höhe tatsächlich anfallender Kosten für die Herstellung einer Netzanschlusskapazität von 1.000 kVA zu zahlen. Das Gegenteil ist der Fall. Da die Klägerin letztlich das Angebot der Beklagten mit ausdrücklichem Hinweis auf den Inhalt der Schreiben vom 30.08. und 25.10.2005 angenommen hat, kann aus der vertraglichen Vereinbarung eine unbedingte Berechtigung der Klägerin zur Berech-

nung des Baukostenzuschusses nach den sog. Vollkosten nicht abgeleitet werden.

Die Beklagte hat mit ihrem Schreiben vom 30.08.2005 und dem darin enthaltenen Hinweis auf die Vorschriften des EnWG, im Vergleich zu denen sie nicht schlechter gestellt werden wollte, deutlich gemacht, dass sie keine Sonderbehandlung wünschte. Das war, wie das Landgericht zutreffend gesehen hat, auch der Grund, warum sie das erste Angebot der Klägerin vom 30.06.2005 abgelehnt hat. Durch die von ihr geforderte Transparenz und Nachvollziehbarkeit wollte die Beklagte ersichtlich ausschließen, dass ihr durch die Klägerin eine Behandlung zuteilwurde, die sie übervorteilte. Hieraus erklärt sich ihre ursprüngliche Ablehnung gegen den von der Klägerin mit dem Angebot vom 30.06.2005 angebotenen Pauschalbetrag, den sie nicht nachvollziehen konnte. Nirgends forderte die Beklagte aber Transparenz und Nachvollziehbarkeit dergestalt, dass stattdessen in jedem Fall eine Individualveranlagung nach den tatsächlich anfallenden Kosten für einen Netzanschluss von 1.000 kVA durchgeführt werden sollte. Im Gegenteil ergibt sich aus ihrem Schreiben vom 30.08.2005, dass es ihr um die für sie günstigste Lösung unter Beachtung der gesetzlichen Vorgaben ging. Eine der Erreichung dieses Ergebnisses widersprechende bedingungslose Zustimmung zu einer Individualveranlagung nach den sog. Vollkosten war erkennbar nicht in ihrem Interesse und von ihr nicht gewollt. Dass die Klägerin dessen ungeachtet allein auf einer solchen Berechnungsweise bestand, hat sie mit ihrem zeitlich nachfolgenden Schreiben vom 25.10.2008, das ebenfalls Vertragsbestandteil geworden ist, nicht deutlich gemacht. Im Gegenteil hat sie die Forderung unter Punkt 1 im Schreiben der Beklagten vom 30.08.2005 aufgegriffen und in Aussicht gestellt, dass das eingeholte Gutachten den einschlägigen Rechtsvorschriften und der diskriminierungsfreien Behandlung aller Neukunden Rechnung tragen werde.

(b)

Die Klägerin kann sich gegen dieses Auslegungsergebnis, wonach die Beklagte nach dem Inhalt der vertraglichen Vereinbarung nicht in jedem Fall zur Zahlung eines Baukostenzuschusses in Höhe tatsächlicher anfallender Kosten für die

Herstellung einer Netzanschlusskapazität von 1.000 kVA verpflichtet sein sollte, nicht auf den Einwendungsausschluss nach § 30 AVBEItV berufen. Zwar nimmt der von der Beklagten am 07.11.2005 unterzeichnete Netzanschlussvertrag Strom (Anlage K1) auf die AVBEItV Bezug und erklärt sie zu einem wesentlichen Vertragsbestandteil. Daraus kann die Klägerin jedoch nichts zu ihren Gunsten herleiten.

Die Vorschrift des § 30 AVBEItV schließt wie die vergleichbaren Vorschriften anderer Versorgungsverordnungen Einwände des Kunden oder Abnehmers, die sich nicht auf bloße Abrechnungs- und Rechenfehler beziehen, sondern die vertraglichen Grundlagen für die Art und den Umfang seiner Leistungspflicht betreffen, nicht aus (vgl. BGH, Urteil vom 06.04.2011 – VIII ZR 66/09 = BeckRS 2011, 8356, Tz. 17 ff. mit zahlreichen Nachweisen; OLG Celle, Urteil vom 01.11.2012 – 13 U 241/11, zitiert nach juris, Tz. 18). Um nichts anderes geht es hier aber mit Blick auf die Forderung des Baukostenzuschusses durch die Klägerin, soweit die Beklagte rügt, die Bestimmung des Baukostenzuschusses durch die Klägerin entspreche nicht billigem Ermessen im Sinne von § 315 Abs. 1 BGB.

Es kommt hinzu, dass die Parteien, wie eine Auslegung ihrer vertraglichen Vereinbarung gemäß §§ 133, 157 BGB ergibt, einen Einwendungsausschluss der Beklagten nach Art des § 30 AVBEItV gegen den von der Klägerin geltend gemachten Baukostenzuschuss gerade nicht wollten. In dem Vertragsbestandteil gewordenen Schreiben der Beklagten vom 30.08.2005, auf das sich die Klägerin eingelassen hat, als sie deren Vertragsangebot vom 07.11.2005 annahm, kommt dies deutlich zum Ausdruck. Damit ist, wie bereits das Landgericht zutreffend festgestellt hat, der im Netzanschlussvertrag Strom enthaltene Verweis auf die AVBEItV von den Parteien jedenfalls dahingehend modifiziert worden, dass der in § 30 AVBEItV enthaltene Einwendungsausschluss für den von der Klägerin geforderten Baukostenzuschuss nicht gilt.

(c)

Die Klage ist auch nicht deshalb erfolgreich, weil sich die Parteien darauf verständigt haben, dass das von der Klägerin in Auftrag gegebene Gutachten der Z., das einen Baukostenzuschuss in einer die Klageforderung übersteigenden Höhe berechnet hat, den von der Beklagten zu zahlenden Baukostenzuschuss abschließend bestimmen sollte. Eine solche Vereinbarung eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts durch einen Dritten gemäß § 317 Abs. 1 BGB, hier die Z., haben die Parteien nicht getroffen. Ein Rechtsbindungswille dahingehend, dass die Höhe des Baukostenzuschusses mit dem Vorliegen des Gutachtens zwischen den Parteien abschließend und verbindlich durch einen Dritten im Sinne von § 317 Abs. 1 BGB entschieden sein sollte, lässt sich keiner ihrer Erklärungen entnehmen. In keiner der Vertragsurkunden wird die Z. überhaupt angesprochen. Das Angebotsschreiben der Klägerin vom 01.08.2005 enthält lediglich eine Mitteilung über die Beauftragung der Büro X. zur Bestimmung eines Baukostenzuschusses nach anerkannten energiewirtschaftlichen Grundsätzen. Zwar hatte die Beklagte gegen die Einholung dieser sachverständigen Stellungnahme keine Einwände, wie sich aus ihrem Vertragsbestandteil gewordenen Schreiben vom 30.08.2005 ergibt. Sie wollte das Gutachten aber in jedem Fall weiterer Überprüfung unterziehen. Dass diese Prüfung in irgendeiner Form eingeschränkt sein sollte, ergibt sich aus ihrem Schreiben nicht.

(d)

Es liegen, wie das Landgericht ebenfalls zutreffend gesehen hat, auch keine bindenden Entscheidungen aus den von der Beklagten angestoßenen energiewirtschaftlichen Missbrauchsverfahren vor, aus denen sich eine Berechtigung der Klägerin zur Erhebung des von ihr in Rechnung gestellten Baukostenzuschusses ergeben könnte. Einziger normativer Anknüpfungspunkt für die gegenteilige Sichtweise der Klägerin ist § 32 Abs. 4 EnWG. Nach § 32 Abs. 4 Satz 1 EnWG ist das Gericht an die Feststellung eines Verstoßes gegen eine Vorschrift der Abschnitte 2 und 3 des EnWG gebunden, wie sie in einer bestandskräftigen Entscheidung der Regulierungsbehörde getroffen wurde. Das Gleiche gilt nach § 32 Abs. 4 Satz 2 EnWG für entsprechende Feststellungen in

rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen, die infolge der Anfechtung von Entscheidungen der Regulierungsbehörde nach Satz 1 ergangen sind. Von diesen beiden Fallgruppen des § 32 Abs. 4 EnWG ist jedoch keine erfüllt.

Keine der Entscheidungen der Landesregulierungsbehörde, die einen Verstoß festgestellt haben, ist bestandskräftig geworden. Auch keine der rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen aus den hier relevanten energiewirtschaftlichen Missbrauchsverfahren enthält eine positive Aussage über einen Verstoß. Soweit die Klägerin meint, § 32 Abs. 4 EnWG gelte auch für den umgekehrten Fall, dass ein Verstoß verneint werde, trifft dies schon nach dem klaren Wortlaut des § 32 Abs. 4 EnWG nicht zu (siehe auch Boos, in: Danner/Theobald, Energierecht, Stand: 99. EL September 2018, § 32 EnWG Rn. 39; Weyer, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 3. Aufl., § 32 EnWG Rn. 22). Im Übrigen hat das Landgericht im angefochtenen Urteil richtig gesehen, dass keine der rechtskräftigen Entscheidungen des 3. Kartellsenats eine Feststellung dahingehend getroffen hat, dass die Klägerin ihre Netzanschlusspflicht zu den in § 17 Abs. 1 EnWG genannten Bedingungen *nicht* schuldhaft verletzt hat. Wegen der Einzelheiten wird auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts verwiesen.

(2)

Da sich die Parteien vertraglich nicht auf eine Bestimmung des Baukostenzuschusses auf der Grundlage einer Individualveranlagung nach den sog. Vollkosten bei gleichzeitigem Ausschluss anderer Berechnungsmethoden geeinigt haben, sondern auf eine Bestimmung nach billigem Ermessen gemäß § 315 Abs. 1 BGB, konnte die Klägerin der Beklagten nur einen Baukostenzuschuss in Höhe von 117.160,- € berechnen, wie er sich aus der Anwendung ihrer internen Arbeitsanweisung vom 17.03.2005 errechnet.

(a)

Zu den wirtschaftlichen Bedingungen im Sinne von § 17 Abs. 1 EnWG, zu denen der Versorgungsnetzbetreiber den Netzanschluss vorzunehmen hat, zählt – als einmalige Gegenleistung für den Netzanschluss – auch ein von ihm im Rahmen der vertraglichen Vereinbarung nach billigem Ermessen bestimmter

Baukostenzuschuss (Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes, Energiewirtschaftsgesetz, 3. Aufl., § 17 Rn. 18). Der Baukostenzuschuss ist zwar nur für das Niederspannungsnetz in § 11 NAV gesetzlich geregelt, für den Anschluss an das Mittelspannungsnetz gilt aber nichts anderes (BGH, Beschluss vom 09.10.2012 – EnVZ 14/12, zitiert nach juris, Tz. 3). Die Bestimmung eines Baukostenzuschusses durch den Betreiber eines Elektrizitätsversorgungsnetzes entspricht aber nur dann billigem Ermessen im Sinne von § 315 Abs. 1 BGB bzw. der Billigkeit im Sinne von § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB, wenn die Kriterien des § 17 Abs. 1 EnWG eingehalten werden (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.03.2014 – VI-3 Kart 64/13 (V), zitiert nach juris, Tz. 30 f.). Der Baukostenzuschuss muss danach angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein und darf nicht ungünstiger sein als Baukostenzuschüsse, die vom Versorgungsnetzbetreiber von eigenen, verbundenen oder assoziierten Unternehmen verlangt werden.

Hier steht zuvörderst die Diskriminierungsfreiheit des von der Klägerin bestimmten Baukostenzuschusses in Frage. Aus dem in § 17 Abs. 1 EnWG enthaltenen Diskriminierungsverbot folgt ein Gleichbehandlungsgebot (Säcker/Boesche, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 3. Aufl., § 17 EnWG Rn. 29), das es den Versorgungsnetzbetreibern untersagt, zwischen Netzanschlusspeitentem sachgrundlos zu differenzieren. Für die Berechnung von Baukostenzuschüssen folgt daraus, dass ein Versorgungsnetzbetreiber gleichförmig angemessene Kriterien für deren Bestimmung und Berechnung heranziehen und anwenden muss. Nur auf diese Weise kann er, wozu er nach § 17 Abs. 1 EnWG verpflichtet ist, Willkür ausschließen. Hält der Versorgungsnetzbetreiber das Gleichbehandlungsgebot nicht ein, stellt sich dies als Verstoß gegen das in § 17 Abs. 1 EnWG enthaltene Diskriminierungsverbot dar. Die Bestimmung des Baukostenzuschusses entspricht dann nicht mehr billigem Ermessen gemäß § 315 Abs. 1 BGB bzw. der Billigkeit im Sinne von § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB (siehe zum Umfang der Billigkeitskontrolle BGH, Beschluss vom 18.11.2014 – EnVZ 23/14, zitiert nach juris, Tz. 2).

(b)

In Anwendung dieser Grundsätze blieb der Klägerin, wie das Landgericht zu Recht entschieden hat, nur eine Bestimmung des Baukostenzuschusses auf der Grundlage ihrer internen Arbeitsanweisung vom 17.03.2005. Die Voraussetzungen einer den Anforderungen des § 17 Abs. 1 EnWG genügenden anderen Berechnungsweise lagen nach dem Ergebnis der landgerichtlichen Beweisaufnahme nicht vor.

(aa)

Nach den Feststellungen des Landgerichts, an die der Senat gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden ist, hat die Klägerin im Jahr 2005 ihrer Bestimmung von Baukostenzuschüssen, die sie Sonderkunden berechnete, ein zweistufiges Schema zugrunde gelegt. Eine Bestimmung aufgrund einer Individualveranlassung nach den sog. Vollkosten nahm sie – im Grundsatz – gegenüber Sondervertragskunden vor, deren Anschluss eines der fünf Kriterien erfüllte, die sie im Laufe des Rechtsstreits mit Schriftsatz vom 27.10.2008 offen gelegt und damit gegenüber der Beklagten gemäß § 17 Abs. 1 EnWG transparent gemacht hat. Diese Kriterien sind in dem vom Landgericht eingeholten gerichtlichen Sachverständigengutachten auf Seite 11 aufgeführt. Für alle übrigen Sondervertragskunden, deren Anschlüsse diese Kriterien nicht erfüllten, sollte der Baukostenzuschuss auf der Grundlage der Festlegungen in der Arbeitsanweisung vom 17.03.2005 berechnet werden. Der Geschäftsführer der Klägerin hat diese Feststellungen des Landgerichts im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat nochmals anschaulich bestätigt. Er hat davon gesprochen, dass über der in der Arbeitsanweisung vom 17.03.2005 vorgesehenen Berechnungsweise der Filter einer abweichenden Berechnungsweise für die Fälle lag, die bestimmte weitere Kriterien erfüllten.

(bb)

Nach dem Ergebnis der landgerichtlichen Beweisaufnahme lagen die von der Klägerin herangezogenen Kriterien für eine von der Arbeitsanweisung abweichende Bestimmung und Berechnung des Baukostenzuschusses jedoch nicht vor. Die hiergegen gerichteten Berufungsangriffe der beweisfällig gebliebenen

Klägerin greifen nicht durch. Die Beweiswürdigung gehört zu der vom Berufungsgericht gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO nur eingeschränkt nachprüfbarer Tatsachenfeststellung. Konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen, die eine erneute Feststellung gebieten, bestehen hier nicht. Die Beweiswürdigung hält sich im Rahmen des § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Verstöße gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze lässt sie nicht erkennen. Sie ist auch frei von Widersprüchen und lässt nicht wesentliche Aspekte unberücksichtigt.

Im Rahmen seines schriftlichen Gutachtens hat der gerichtlich bestellte Sachverständige, der der X. angehört, welche die Klägerin ursprünglich sogar selbst beauftragen wollte, auch für den Senat nachvollziehbar verneint, dass eines der von der Klägerin angegebenen Kriterien für eine individuelle Berechnung des Baukostenzuschusses vorliegt. Die Klägerin beruft sich selbst nur auf das Vorliegen von drei der fünf Kriterien, stützt sich in diesem Zusammenhang aber entscheidend auf die technischen Parameter der von ihr zuvor für die Beklagte bereitgestellten Anschlussleistung von 3.100 kVA. Dies kann aber schon aus Rechtsgründen nicht der richtige Anknüpfungspunkt sein, weil die Berechtigung der Klägerin zur Festlegung eines Baukostenzuschusses für einen Netzanschluss mit einer Anschlussleistung von nur 1.000 kVA in Frage steht (siehe zum „Grundsatz der verursachungsgerechten Kostenzuordnung“ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.11.2006 – VI-3 Kart 291/06 (V), zitiert nach juris, Tz. 23 ff.). Die Klägerin kann nicht einerseits geltend machen, dass es sich bei dem Anschluss der Beklagten um einen Neuanschluss handelt, der sie aus genau diesem Grund zur Erhebung eines Baukostenzuschusses berechtigt, diesen Anschluss dann aber weiter im technischen Kontext des nicht mehr bestehenden alten Netzanschlusses mit einer Anschlussleistung von 3.100 kVA betrachten, für den ein Baukostenzuschuss von ihr nicht mehr verlangt werden kann.

Der Sachverständige hat diesen Ausgangspunkt zutreffend berücksichtigt. Nachvollziehbar und plausibel ist er hiernach zu dem Ergebnis gelangt, dass das erste von der Klägerin genannte Kriterium nicht erfüllt ist. Die der Beklagten

mit 1.000 kVA zur Verfügung gestellte Netzanschlussleistung beträgt nach seinen Feststellungen nicht mindestens 10 % der zeitgleichen Höchstlast aller Mittelspannungskunden des Anschlussbereichs. Des Weiteren hat er verneint, dass die von der Klägerin angegebenen Betriebsmittel, aus denen sich die Erfüllung des Kriteriums der „Verwendung von vom Standard abweichender Materialien“ ergeben soll, ebenso wie die Ausstattung der Schaltanlage „B. 2“ bzw. „BA 2“ mit einer variablen Umschaltanlage, aus der die Erfüllung des Kriteriums „Umbau vorhandener Schaltanlagen und Netzstrukturen“ folgen soll, im Zusammenhang mit einem Netzanschluss von 1.000 kVA stehen. Im Rahmen seiner mündlichen Anhörung vom 25.09.2017 hat der Sachverständige zu den Ergänzungsfragen der Klägerin Stellung genommen und das von ihm gefundene Ergebnis nochmals nachvollziehbar bestätigt.

Das Landgericht hat sich im Rahmen der weiteren Beweiswürdigung auch rechtsfehlerfrei mit dem nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht durchgreifenden Einwand der Klägerin befasst, dass von ihr außerhalb der aufgestellten fünf Kriterien auch „bei außergewöhnlichen Leistungsanforderungen in Verbindung mit der Netzstruktur wie etwa Bereitstellung einer hohen Leistung unmittelbar am Rand des Versorgungsnetzes“ ein Baukostenzuschuss auf Grundlage einer Individualveranlagung nach den sog. Vollkosten berechnet werden könne. Nur ergänzend weist der Senat in diesem Zusammenhang darauf hin, dass er die Bedenken des Landgerichts gegen die Zulässigkeit eines solchen konturlosen Abweichens von aufgestellten Kriterien für die Festlegung von Baukostenzuschüssen, wie es mit dem Einwand der Klägerin verbunden ist, teilt. Das Gleichbehandlungsgebot des § 17 Abs. 1 EnWG gebietet es, dass gleichförmig angemessene Kriterien für die Bestimmung und Berechnung von Baukostenzuschüssen herangezogen und angewendet werden. Unter anderem damit dies gewährleistet ist, bedarf es zudem der Transparenz (siehe Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes, Energiewirtschaftsgesetz, 3. Aufl., § 17 Rn. 21; zur Transparenz auch BGH, Urteil vom 12.12.2012 – VIII ZR 341/11, zitiert nach juris, Tz. 29). Damit sind unsystematische Abweichungen von angemessenen Kriterien für die Erhebung von Baukostenzuschüssen unvereinbar.

(cc)

Unter Heranziehung des sich aus der Arbeitsanweisung vom 17.03.2005 ergebenden Berechnungsweise für Baukostenzuschüsse errechnet sich nur ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Zahlung eines Baukostenzuschusses in Höhe von 117.160,- € brutto. Dieser ist mit der Zahlung der Beklagten in Höhe von 125.585,66 € jedoch bereits erfüllt.

bb)

Ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf die von ihr mit der Klage geltend gemachten und mit der Berufung weiterverfolgten Nebenforderungen besteht nicht.

Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Ersatz der von ihr geltend gemachten außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten. Diese sind allein aus der Verfolgung eines Geldbetrages entstanden, auf den die Klägerin aus den dargelegten Gründen keinen Anspruch hat.

Auch ein Anspruch auf die von ihr geltend gemachten Zinsen steht der Klägerin mangels begründetem Anspruch in der Hauptsache nicht zu.

c)

Aus dem Vorstehenden folgt, dass die Berufung der Klägerin nur insoweit teilweise Erfolg hat, als das Landgericht sie zur Zahlung von 19.269,87 € an die Beklagte verurteilt hat. Das Landgericht hat der Beklagten auf deren Widerklage einen um 10.844,21 € zu hohen Betrag zugesprochen. Infolge eines Rechenfehlers ist das Landgericht von einem zu hohen Anspruch der Beklagten gegen die Klägerin aus §§ 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt., 818 Abs. 2 BGB ausgegangen. An einem Rechtsgrund fehlt es der Zahlung von 125.585,66 € nur im Umfang des 117.160,- € übersteigenden Differenzbetrags. Das sind hier 8.425,66 €.

2.

Die zulässige Anschlussberufung der Beklagten hat nur hinsichtlich eines Teils der Nebenforderung geringfügigen Erfolg. Die Widerklage ist zulässig, aber un-

begründet, soweit sie über den der Beklagten mit diesem Urteil zugesprochenen Betrag von 8.425,66 € zuzüglich der tenorierten Zinsen hinausgeht.

a)

Die Beklagte hat gegen die Klägerin unter dem Gesichtspunkt ungerechtfertigter Bereicherung bzw. der Leistung ohne rechtlichen Grund aus §§ 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt., 818 Abs. 2 BGB keinen weitergehenden Erstattungsanspruch. Von den an die Klägerin gezahlten 125.585,66 € hat die Beklagte 117.160,- € mit Rechtsgrund geleistet, wie sich bereits aus den vorangegangenen Ausführungen ergibt. Die hiergegen gerichteten weiteren Einwände der Beklagten greifen nicht durch.

aa)

Weder ist die Aktivlegitimation der Klägerin infolge der Verpachtung des Netzbetriebs an zwei Netzgesellschaften zum 01.01.2008 entfallen, noch war die Klägerin wegen des von ihr vorgerichtlich nicht eingeholten X.-Gutachtens an der Geltendmachung der Forderung gehindert. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann insoweit auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts verwiesen werden.

bb)

Wie das Landgericht ebenfalls zutreffend ausgeführt hat, handelt es sich bei der von der Klägerin vorgenommenen Berechnung des Baukostenzuschusses auf der Grundlage der in der Arbeitsanweisung vorgesehenen pauschalierten Berechnungsweise von 101,- € netto/kVA neuer Netzanschlussleistung um eine Leistungsbestimmung, die – auch unter Berücksichtigung der Vorgaben des § 17 Abs. 1 EnWG – gemäß § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB der Billigkeit entspricht. Auch diesbezüglich kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf die landgerichtlichen Ausführungen verwiesen werden.

(1)

Soweit nach dem Vorbringen der Klägerin in der Berufungsbegründung zweifelhaft sein konnte, ob sie überhaupt Baukostenzuschüsse unter Heranziehung der Arbeitsanweisung berechnet hat, hat der Geschäftsführer der Klägerin dies

in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat – zuletzt erkennbar gebilligt vom Verfahrensbevollmächtigten der Klägerin – klargestellt. Die Berechnungsweise entsprechend der Arbeitsanweisung sei in der Masse der Fälle zur Anwendung gekommen, für Großkunden hätten aber besondere Kriterien gegolten. Hierbei verwendete er das schon angesprochene Bild vom Filter. Daraus ergibt sich, dass dann, wenn der Filter einen Sachverhalt nicht erfasst, wie das hier nach dem nicht zu beanstandenden Ergebnis der landgerichtlichen Beweisaufnahme der Fall ist, die Berechnungsweise nur nach den in der Arbeitsanweisung vom 17.03.2005 enthaltenen Grundsätzen erfolgen kann. Das hat das Landgericht richtig gesehen.

(2)

Die Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe ihre Arbeitsanweisung nur unzureichend umgesetzt bzw. außer von ihr, der Beklagten, seinerzeit von keinem anderen Netzanschlusspetenten Baukostenzuschüsse verlangt, ist – trotz jahrzehntelangem Rechtsstreit – nicht nur inhaltlich substanzlos, sondern auch ohne Beweisantritt geblieben. Dabei lag die Darlegungs- und Beweislast für diese Behauptung – worauf der Senat im Termin zur mündlichen Verhandlung nochmals hingewiesen hat – bei der Beklagten. Im Rückforderungsprozess, der auf Rückzahlung von nach billigem Ermessen bestimmter Leistungen gerichtet ist, hat nach allgemeinen Grundsätzen der Bereicherungsgläubiger das Fehlen einer der Billigkeit entsprechenden Leistungsbestimmung darzutun und zu beweisen (vgl. BGH, Urteil vom 05.02.2003 – VIII ZR 111/02, zitiert nach juris, Tz. 11). Nichts anderes gilt für das Vorliegen anderer Rückforderungsgründe.

Die Erklärungen der Beklagten vor Zahlung der von ihr nun zurückverlangten 125.585,66 € führen im Hinblick auf die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast zu keiner anderen Bewertung. Ein vom Schuldner bei Zahlung erklärter Vorbehalt kann zwei unterschiedliche Bedeutungen haben. Im Allgemeinen will der Schuldner lediglich dem Verständnis seiner Leistung als Anerkenntnis entgegenreten und die Wirkung des § 814 BGB ausschließen, sich also die Möglichkeit offenhalten, das Geleistete gemäß § 812 BGB zurückzufordern (BGH, Urteil vom 06.10.1998 – XI ZR 36/98, zitiert nach juris, Tz. 36; BGH, Beschluss

vom 08.02.1984 – Ivb ZR 52/82, zitiert nach juris, Tz. 14). Hiervon ist ersichtlich auch das Landgericht im Hinblick auf die Beklagte ausgegangen. Anders verhält es sich nur dann, wenn dem Leistungsempfänger mit der Vorbehaltserklärung für einen späteren Rückforderungsprozess die Beweislast für das Bestehen des Anspruchs auferlegt werden soll. Dass die Vertragsbestandteil gewordenen Erklärungen der Beklagten diesen weitergehenden und – außer im Falle der Zahlung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus einem nur vorläufig vollstreckbaren Urteil oder Vorbehaltsurteil – ungewöhnlichen Inhalt (vgl. BGH, Urteil vom 08.02.1984 – IVb ZR 52/82, zitiert nach juris, Tz. 16) hatten, ist nicht festzustellen.

Weder der Wortlaut der vertraglichen Vereinbarung noch die Interessenlage der Parteien spricht dafür, dass die Parteien sich auf mehr verständigen wollten als darauf, dass die Beklagte die Möglichkeit behalten sollte, das Geleistete gemäß § 812 BGB zurückzufordern. Im Schreiben vom 30.08.2005, das Vertragsbestandteil geworden ist, erklärte die Beklagte, sich die vollständige oder teilweise Rückforderung des Baukostenzuschusses nach einer rechtlichen Prüfung vorzubehalten. Letztlich bezogen auf die zwischen den Parteien streitige Frage der Verpflichtung zur Zahlung eines Baukostenzuschusses formulierte sie in ihrem Schreiben an die Klägerin vom 07.11.2005 sodann, dass die Unterzeichnung ohne Aufgabe ihrer bisherigen Rechtsansicht und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht erfolge. Auch mit einer solchen Erklärung will der Schuldner im Allgemeinen die Erfüllungswirkung nicht in Frage stellen, sondern sich lediglich die Möglichkeit der Rückforderung offenhalten (vgl. BGH, Urteil vom 09.06.1992 – VI ZR 215/91, zitiert nach juris, Tz. 22). Für einen weitergehenden Vorbehalt bestand auch nach der Interessenlage der Parteien kein Anlass. Zum Zeitpunkt ihrer beiden Erklärungen wusste die Beklagte aus ihrer Anfrage bei der R. GmbH und deren Antwortschreiben vom 22.08.2005 bereits, dass die Verpflichtung zur Zahlung eines Baukostenzuschusses in Höhe des von der Klägerin vorläufig bestimmten Betrags von 125.585,66 € nicht fernliegend sein würde. Nach dem Angebot der R. GmbH im Schreiben vom 22.08.2005 errechnete sich ausgehend von den von dieser angebotenen 95,36 €/kVA kein deutlich geringe-

rer Betrag. Auch der Inhalt des Telefaxes des Geschäftsführers der Beklagten vom 21.12.2005 spricht dafür, dass die Beklagte damit rechnete, dass ein Betrag in etwa der geforderten Höhe geschuldet sein würde. Die Klägerin ihrerseits musste nach den Erklärungen der Beklagten nicht annehmen, dass diese die Summe in jedem Fall zurückfordern und deswegen eine Erfüllungswirkung der Zahlung ausschließen wollte. Dies gilt umso mehr, als sie, die Klägerin, sich einseitig bereit erklärt hatte, ihre Berechnung sachverständiger Prüfung zu unterwerfen und im Falle der Feststellung einer etwaigen Überzahlung die sich zugunsten der Beklagten ergebende Differenz an diese auszuzahlen.

b)

Aus den vom Landgericht dargelegten Gründen stehen der Beklagten aus dem Betrag von 8.425,66 € auch keine weiteren als die mit diesem Urteil tenorierten Zinsen zu. §§ 352, 353 HGB sind auf Bereicherungsansprüche nicht anwendbar (BGH, NJW 1983, 1420, 1423) und ein früherer Verzug der Klägerin mit der Rückzahlung lässt sich nicht feststellen. Das Landgericht hat lediglich übersehen, dass der Widerklagebetrag nach den Feststellungen des landgerichtlichen Urteils, die von den Parteien nicht angegriffen worden sind, in zwei Teilbeträgen mit einigen Tagen Abstand rechtshängig geworden ist. Die Widerklage im Umfang des auf den Baukostenzuschuss entfallenden Mehrwertsteuerbetrags von 17.323,16 € ist der Klägerin erst am 14.01.2009 zugestellt worden. Hingegen ist der den Nettobetrag von 108.262,50 € betreffende Teil der Widerklage, was das Landgericht bei der Entscheidung übersehen hat, bereits am 09.01.2009 zugestellt worden.

III.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf §§ 91a, 92 Abs. 1 Satz 1, 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO und orientiert sich am Obsiegen und Unterliegen der Parteien. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Ein Grund zur Zulassung der Revision besteht nicht. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.

Der Berufungstreitwert wird auf 325.000,- € festgesetzt.

xxx

xxx

xxx