
Datum: 27.04.2022
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 3. Kartellsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 3 Kart 87/21
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2022:0427.3KART87.21.00

Leitsätze:

1.
Die Entwertung eines Zuschlags gemäß § 35a Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017 wegen eines Fristablaufs nach § 36e Abs. 1 EEG 2017 und die daran anknüpfende Pönale nach § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 setzen ein Verschulden des Bieters nicht voraus.

2.
Die Bundesnetzagentur darf zum Zwecke der verbindlichen Regelung der Pönale nach § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 von der Handlungsform des Bescheids Gebrauch machen.

Tenor:

Die Beschwerde gegen die Entscheidung der Bundesnetzagentur vom 26. März 2021 (Az. 625f, WIN18-1-013) wird zurückgewiesen.

Die Beschwerdeführerin trägt die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen außergerichtlichen notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur. Im Übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt.

Der Streitwert wird auf ... Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss wird nicht zugelassen.

Gründe:

1

A.

2

Die Beschwerdeführerin plant und realisiert Windenergieanlagen. Sie wendet sich gegen eine am 26. März 2021 durch die Bundesnetzagentur ausgesprochene Entwertung der Gebotsmenge und eine damit verbundene, von der Bundesnetzagentur auf ... Euro bezifferte Pönale gemäß § 35a Abs. 1 Nr. 1 und § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG (zurückgehend auf das Gesetz zur Einführung von Ausschreibungen für Strom aus erneuerbaren Energien und zu weiteren Änderungen des Rechts der erneuerbaren Energien vom 13. Oktober 2016, BGBl. Teil I Nr. 49, S. 2258; im Folgenden: EEG 2017).

3

Mit Bescheid des Landratsamtes T. vom 21. Dezember 2016 war der Beschwerdeführerin unter Anordnung der sofortigen Vollziehung die immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von insgesamt acht Windenergieanlagen („Windpark A“) auf seinerzeit als Wald genutzten Flächen in E. und J. erteilt worden.

4

Unter 2.3. des vorerwähnten Bescheids („Umfang der Entscheidung“) findet sich unter anderem der Hinweis, dass eine Umwandlungsgenehmigung nach dem Landeswaldgesetz (LWaldG BW) von der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ausdrücklich nicht umfasst, sondern gesondert einzuholen sei. Die so beschriebene Beschränkung der in § 13 BlmschG geregelten Konzentrationswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung entsprach den Vorgaben unter Nr. 5.1 des Windenergieerlasses Baden-Württemberg vom 5. Mai 2012. Dementsprechend hatte die Beschwerdeführerin bereits am 31. August 2016 und parallel zum immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren beim Regierungspräsidium G. einen weiteren Antrag gestellt, auf den letztlich mit Bescheid vom 9. Februar 2018 unter Anordnung der sofortigen Vollziehung die dauerhafte und befristete Waldumwandlung im Sinne von § 9 und § 11 LWaldG BW zur Realisierung des noch sieben Anlagen umfassenden „Windparks A“ genehmigt wurde. Die Reduktion der Anlagenanzahl auf sieben beruhte darauf, dass ein in der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung vom 21. Dezember 2016 als auflösende Bedingung formulierter Vogelschutznachweis hinsichtlich einer der ursprünglich geplanten acht Windenergieanlagen nicht hatte geführt werden können.

5

Kurz vor Erteilung der vorgenannten Genehmigung vom 9. Februar 2018 hatte die Beschwerdeführerin bei der Bundesnetzagentur ein Gebot für Windenergieanlagen an Land zum Gebotstermin vom 1. Februar 2018 eingereicht, das sich auf die verbliebenen sieben Windkraftanlagen bezog und in dem die Gebotsmenge mit ... kW und der Gebotswert mit ... ct/kWh angegeben wurden. Unter 5.3 des Formulars wurde vermerkt, dass die Sicherheit durch Überweisung auf das behördliche Konto geleistet werde. Die entsprechende Zahlung in Höhe von ... Euro zuzüglich der Gebühr war bereits am 19. Januar 2018 veranlasst worden.

6

Am 20. Februar 2018 teilte die Bundesnetzagentur der Beschwerdeführerin im Wege der Vorabauskunft mit, dass das vorbezeichnete Gebot in dem Ausschreibungsverfahren zur Ermittlung der anzulegenden Werte von Windenergieanlagen an Land zum 1. Februar 2018 einen Zuschlag erhalten habe. Im dazugehörigen Zuschlagsbescheid vom 20. Februar 2018 heißt es auszugsweise:

7

8

Die Zuschlagsentscheidungen wurden am 20.02.2018 auf der Internetseite der Bundesnetzagentur öffentlich bekannt gemacht und gelten damit am 27.02.2018 als bekanntgegeben.

...	9
Sofern die von diesem Zuschlag erfassten Anlagen nicht innerhalb von 24 Monaten nach der öffentlichen Bekanntgabe des Zuschlags in Betrieb genommen werden, ist vom Bieter eine Pönale nach § 55 Absatz 1 Nummer 2 EEG an den Netzbetreiber zu zahlen. ...	10
Sofern die von diesem Zuschlag erfassten Anlagen nicht innerhalb von 30 Monaten nach der öffentlichen Bekanntgabe des Zuschlags in Betrieb genommen werden, erlischt gemäß § 36a Absatz 1 EEG grundsätzlich der Zuschlag. Diese Frist kann unter den Voraussetzungen des § 36e Absatz 2 EEG von der Bundesnetzagentur einmalig verlängert werden.	11
Am 12. März 2019 beschloss das Verwaltungsgericht Freiburg unter anderem die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung desjenigen Widerspruchs, den ein - als Vereinigung im Sinne des § 3 Abs. 1 UmwRG anerkannter - Naturschutzverein am 6. April 2018 gegen die der Beschwerdeführerin erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung vom 21. Dezember 2016 eingelegt hatte. Die dagegen gerichteten Beschwerden des Landes Baden-Württemberg und der Beschwerdeführerin blieben jeweils ohne Erfolg. In seinem Beschluss vom 17. Dezember 2019 führte der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg unter anderem aus, dass die Genehmigung vom 21. Dezember 2016 kraft Gesetzes (§ 13 BlmschG) - d.h. unbeschadet des anderslautenden behördlichen Willens - die erforderliche Waldumwandlungsgenehmigung einschlieÙe, der Bescheid aber voraussichtlich rechtswidrig sei. So hätte nicht ein vereinfachtes, sondern ein förmliches Genehmigungsverfahren durchgeführt werden müssen. Außerdem fehle es an ausreichenden forstrechtlichen Ausgleichsmaßnahmen in Form von Nebenbestimmungen.	12
Seine vorbezeichnete Auffassung zur Konzentrationswirkung des § 13 BlmschG legte der Verwaltungsgerichtshof auch einem weiteren Beschluss vom 17. Dezember 2019 aus einem Parallelverfahren zugrunde. Mit diesem wurde eine Beschwerde gegen die vom Verwaltungsgericht Freiburg mit Beschluss vom 15. Februar 2019 ausgesprochene Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung einer Klage des Naturschutzvereins gegen eine andere - abermals gesondert erteilte - Waldumwandlungsgenehmigung zurückgewiesen.	13
Mit Bescheid vom 14. Mai 2020 nahm das Regierungspräsidium G. die der Beschwerdeführerin erteilte Waldumwandlungsgenehmigung vom 9. Februar 2018 gemäß § 48 Abs. 1 VwVfG BW zurück. Über die vom Naturschutzverein zwischenzeitlich erhobene, gegen die vorbezeichnete Genehmigung gerichtete Klage wurde deshalb in der Sache nicht mehr entschieden.	14
Unter dem 26. März 2021 teilte die Bundesnetzagentur der Beschwerdeführerin mit, dass ausweislich der Inbetriebnahmemeldungen im Marktstammdatenregister von der bezuschlagten Gebotsmenge (... kW) bis zum 1. März 2021 0 kW in Betrieb genommen worden seien. In diesem mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehenen Schreiben heißt es auszugsweise:	15
Ausschreibungsverfahren Windenergieanlagen an Land zum Gebotstermin 01.02.2018	16
	17

...

18

19

<u>Inbetriebnahmezeitraum zur Ermittlung von Erlöschen und Pönale</u> (unter Berücksichtigung von § 104 Absatz 8 EEG 2017)	<u>Bezuschlagte Anlagenleistung</u>	<u>Pönale</u>	<u>Erlöschen der Gebotsmenge</u>
Inbetriebnahme bis 31.08.2020	0 kW	keine Pönale	nein
Inbetriebnahme nach 31.08.2020 und bis 30.10.2020	0 kW	10 Euro pro kW	nein
Inbetriebnahme nach 30.10.2020 und bis 30.12.2020	0 kW	20 Euro pro kW	nein
Inbetriebnahme nach 30.12.2020 und bis 01.03.2021	0 kW	30 Euro pro kW	nein
Keine Inbetriebnahme oder Inbetriebnahme nach 01.03.2021	... kW	30 Euro pro kW	ja

...

20

Die erloschene Gebotsmenge (... Kilowatt) wird gemäß § 35a Absatz 1 Nummer 1 EEG 2017 von mir entwertet.

21

Die Höhe Ihrer Strafzahlung beträgt ... Euro. Der regelverantwortliche Übertragungsnetzbetreiber ist die V GmbH. Er wird sich mit Ihnen zur Abwicklung der Zahlung in Verbindung setzen.

22

Nach Eingang der Zahlung bei der V GmbH wird die geleistete Sicherheit zurückgewährt. Sofern ein Geldbetrag überwiesen wurde, wird der Betrag zurücküberwiesen; ... Der regelverantwortliche Übertragungsnetzbetreiber darf seine Forderung gemäß § 55 Absatz 7 EEG 2017 aus der Sicherheit befriedigen, sofern die Strafzahlung nicht vor Ablauf des zweiten Kalendermonats gezahlt wird, der auf die Entwertung des Zuschlags folgt. Die Entwertung bzw. Mitteilung der verspäteten Inbetriebnahme erfolgte am 26.03.2021, so dass die V GmbH nach dem 31.05.2021 auf die Sicherheit zurückgreifen darf.

23

24

Hiergegen richtet sich die Beschwerdeführerin mit ihrer am 26. April 2021 eingelegten Beschwerde, die sie bereits deshalb für begründet hält, weil sie vor der Entscheidung vom 26. März 2021 entgegen § 28 VwVfG nicht angehört worden sei. Ferner habe die Bundesnetzagentur sich bei ihren Ermittlungen zur Inbetriebnahme der Anlagen zu Unrecht darauf beschränkt, die Meldung zum Marktstammdatenregister im Sinne von § 5 Abs. 5 MaStRV zu prüfen. Ein solches Meldeversäumnis könne für sich genommen jedoch nicht zur Entwertung des Zuschlags führen.

Jedenfalls fehle es aber an den tatbestandlichen Voraussetzungen eines Erlöschens des Zuschlags. Zwar sei die Anlagenleistung nicht innerhalb von 36 Monaten nach der öffentlichen Bekanntgabe des Zuschlags in Betrieb genommen worden. Dieses Fristversäumnis sei aber nicht ihr, sondern vielmehr den baden-württembergischen Behörden anzulasten. Die damalige Erlasslage und Verwaltungspraxis zur gesonderten Erteilung von Waldumwandlungsgenehmigungen neben der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung hätten sich ausweislich der verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen - in einer für sie nicht absehbaren Weise - als rechtswidrig erwiesen. Dementsprechend sei es nicht sachgerecht, sie als Bieterin zum einen mit der Entwertung des Zuschlags und zum anderen mit einer Strafzahlung zu belasten. Nach alledem sei der Bescheid vom 26.03.2021 auf die Anfechtungsbeschwerde aufzuheben. Jedenfalls sei die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Entwertung und Strafzahlung zu treffen, sollte es sich hierbei nicht um Verwaltungsakte gehandelt haben.

25

Die Beschwerdeführerin beantragt,

26

die Entscheidung der Bundesnetzagentur vom 26. März 2021 (625f, WIN18-1-013), mit der die ihr erteilte Gebotsmenge gemäß § 35a Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017 entwertet und eine Strafzahlung nach § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 in Verbindung mit Satz 2 EEG 2017 festgesetzt wurde, aufzuheben,

27

hilfswise festzustellen, dass die Entwertung der ihr erteilten Gebotsmenge gemäß § 35a Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017 sowie die Strafzahlung nach § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 in Verbindung mit Satz 2 EEG 2017 rechtswidrig sind.

28

Die Bundesnetzagentur beantragt,

29

die Beschwerde zurückzuweisen.

30

Sie hält das Vorbringen der Beschwerdeführerin zum immissionsschutzrechtlichen Genehmigungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren für unerheblich, da damit verbundene Verzögerungen im Ausgangspunkt keinen Einfluss auf den Lauf der Realisierungsfrist gemäß § 36e Abs. 1 und § 104 Abs. 8 EEG 2017 hätten. Es komme insbesondere nicht auf eine etwaige Verantwortlichkeit der baden-württembergischen Behörden für die unterbliebene Inbetriebnahme an. Der Stichtag des § 36e Abs. 1 EEG 2017 hänge nicht von der Bewertung immissionsschutzrechtlicher Fragestellungen ab, und auch eine - von der Beschwerdeführerin der Sache nach erstrebte - Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sei gemäß § 32 Abs. 5 VwVfG ausgeschlossen. § 36e Abs. 2 EEG 2017 sehe für den hier eingetretenen Fall eines gegen die Genehmigung gerichteten Drittrechtsbefehls lediglich - wie im Zuschlagsbescheid ausgeführt - unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit einer einmaligen Fristverlängerung vor. Einen dahingehenden Antrag habe die Beschwerdeführerin aber bereits nicht gestellt.

31

Soweit die Beschwerdeführerin sich auf eine Verletzung von Anhörungs- oder

32

Amtsermittlungspflichten berufe, seien die Regelungen in § 67, § 68 EnWG i.V.m. § 85 Abs. 3 Satz 1 EEG 2017 bereits nicht anwendbar. Denn der Anlagenbetreiber habe nach § 5 Abs. 5 MaStRV selbst die Inbetriebnahme an das Marktstammdatenregister zu melden. Entscheidend sei aber ohnehin, dass bis zum heutigen Tage eine Inbetriebnahme unstrittig nicht erfolgt sei. Daher sei offensichtlich, dass eventuelle Verfahrensfehler die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hätten (§ 46 VwVfG).

Wegen des weiteren Vorbringens der Verfahrensbeteiligten wird auf deren Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 33

B. 34

Die Beschwerde hat keinen Erfolg. 35

I. Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere insgesamt als Anfechtungsbeschwerde gemäß § 75 Abs. 1 Satz 1 EnWG statthaft. Denn bei der Mitteilung der Entwertung vom 26. März 2021 und den daran anknüpfenden Ausführungen zur Strafzahlung -gegen die sich die Beschwerde entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur ebenfalls richtet - handelt es sich jeweils um Entscheidungen im Sinne des § 75 Abs. 1 Satz 1 EnWG. 36

1. Der in § 73, § 75 EnWG gebrauchte Begriff der Entscheidung deckt sich mit dem Begriff des Verwaltungsakts im Sinne des § 35 VwVfG (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Juni 2007 - KVR 17/06, juris Rn. 22). Kennzeichnend für einen Verwaltungsakt ist insbesondere dessen Regelungscharakter. Regelungscharakter hat eine Maßnahme, wenn sie nach ihrem Erklärungsgehalt darauf gerichtet ist, eine Rechtsfolge zu setzen. Das ist nicht nur dann der Fall, wenn Rechte des Betroffenen unmittelbar begründet, geändert oder aufgehoben werden, sondern - als Besonderheit des feststellenden Verwaltungsakts - auch dann, wenn sie mit bindender Wirkung festgestellt oder verneint werden (vgl. BGH, Beschluss vom 11. Dezember 2018 - EnVR 1/18, juris Rn. 17 m.w.N.; siehe auch Senatsbeschluss vom 25. Juni 2014 - VI-3 Kart 93/13 (V), juris Rn. 32). Ob ein behördliches Schreiben eine verbindliche Regelung durch Verwaltungsakt enthält und welchen Inhalt dieser gegebenenfalls hat, ist durch Auslegung nach der entsprechend anwendbaren Regelung des § 133 BGB zu ermitteln (vgl. BVerwG, Urteil vom 22. März 2012 - 1 C 3/11, juris Rn. 24 m.w.N.). Bei der Ermittlung des objektiven Erklärungswertes sind alle dem Empfänger bekannten oder erkennbaren Umstände heranzuziehen, insbesondere auch die Begründung des Verwaltungsakts (BGH, Beschluss vom 12. Dezember 2017 - EnVR 2/17, juris Rn. 16 m.w.N.). 37

2. Eine Regelung im vorgenannten Sinn hat die Bundesnetzagentur am 26. März 2021 hinsichtlich der Entwertung des Zuschlags getroffen. 38

Zwar hat die Bundesnetzagentur nicht - wie es für einen Bescheid typisch wäre - in das Schreiben eine Entscheidungsformel aufgenommen, wohl aber ausweislich der Betreffzeile, der Begründung und der Rechtsbehelfsbelehrung unzweideutig zum Ausdruck gebracht, dass sie unter Anwendung des § 35a Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017 eine verbindliche Entscheidung über den der Beschwerdeführerin am 20. Februar 2018 erteilten Zuschlag treffen wolle. Nach dieser Bestimmung entwertet die Bundesnetzagentur einen Zuschlag, soweit der Zuschlag nach Ablauf der Frist zur Realisierung der Anlage erlischt. Das Erlöschen des Zuschlags hat die Bundesnetzagentur hier in erster Linie - d.h. vorbehaltlich des § 104 Abs. 8 EEG 2017 - aus § 36e Abs. 1 EEG 2017 abgeleitet, der diese Rechtsfolge an den Ablauf einer 30-monatigen Frist knüpft. 39

Weil der Zuschlag nach dem Vorgesagten bereits durch den Fristablauf seine Wirkung verliert, dient die Entwertung der Dokumentation einer bereits eingetretenen Rechtsfolge (vgl. BT-Drucks. 18/8860, S. 208; BeckOK-EEG/Boewe/Nuys § 35a Rn. 3 [Stand: 16. November 2020]; für konstitutive Wirkung der Entwertung offenbar BeckOK-EEG/von Oppen/Schmeichel, § 55 Rn. 10 [Stand: 16. November 2020]). Gleichwohl handelt es sich aber um einen mit der Anfechtungsbeschwerde anfechtbaren Verwaltungsakt. Denn mit der Entwertung wird die Rechtslage verbindlich festgestellt (ebenso BeckOK-EEG/Boewe/Nuys aaO; siehe auch Baumann/Strauß in Baumann/Gabler/Günther, EEG 1. Auflage § 35a Rn. 2).

3. Die Anfechtungsbeschwerde ist darüber hinaus auch insoweit statthaft, als sie sich gegen die „Festsetzung“ der Strafzahlung richtet. 41

3.1. Bei der in § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 bezeichneten Pflicht des Bieters zur Zahlung einer Pönale im Fall der Entwertung nach § 35a EEG 2017 handelt es sich im Ausgangspunkt allerdings um eine gegenüber dem Übertragungsnetzbetreiber bestehende Verpflichtung, die bisweilen ausdrücklich als gesetzlich normierte Vertragsstrafe begriffen wird (vgl. BT-Drucks. 19/24039, S. 32 [zu § 60 WindSeeG]; Säcker in Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Auflage § 55 EEG Rn. 2). Insbesondere die Bestimmungen in § 55 Abs. 7 und Abs. 8 EEG 2017 verdeutlichen, dass mit der Verpflichtung zur Strafzahlung ein entsprechender eigener Anspruch des (regelverantwortlichen) Übertragungsnetzbetreibers korrespondiert. So erlaubt § 55 Abs. 7 EEG 2017 dem Übertragungsnetzbetreiber unter näher bezeichneten Voraussetzungen „hinsichtlich der Forderungen nach den Absätzen 1 bis 5“ eine Befriedigung aus der für das Gebot hinterlegten Sicherheit, und gemäß § 55 Abs. 8 EEG 2017 besteht die Aufgabe der Bundesnetzagentur insbesondere darin, dem Übertragungsnetzbetreiber unverzüglich bestimmte, „für die Inanspruchnahme der Pönalen erforderliche Angaben“ mitzuteilen. Das Gesetz geht mithin im Ausgangspunkt von einer Geltendmachung des Anspruchs durch den Übertragungsnetzbetreiber selbst aus (vgl. BT-Drucks. 18/8860, S. 236; Herms/Leutritz/Richter in Frenz/Müggenborg/Cosack/Henning/Schomerus, EEG 5. Auflage § 55 Rn. 5, 38 und 41; BeckOK-EEG/von Oppen/Schmeichel, § 55 Rn. 8 und 83 [Stand: 16. November 2020]; siehe auch zur Regelung des § 30 FFAV den dazugehörigen Referentenentwurf vom 15. Januar 2015, dort S. 86 zu § 29 FFAV-E). So erwirkte Strafzahlungen sind dann Einnahmen im Sinne des § 3 Abs. 3 Nr. 10 EStG, also solche, die auf das EEG-Konto fließen (BT-Drucks. 18/8860, S. 236) und damit nicht für eigene Zwecke des Übertragungsnetzbetreibers verwendet werden dürfen. 42

3.2. Die derart ausgestaltete - der Beschwerdeführerin jedenfalls kraft des Inhalts der Bescheide vom 20. Februar 2018 und 26. März 2021 bekannte - Schuldner-Gläubiger-Beziehung erlaubt hier aber nicht den Schluss, die Bundesnetzagentur habe am 26. März 2021 bloß anlässlich der Entwertung deren weitere Rechtsfolgen erläutert, ohne eine dahingehende eigene Regelung treffen zu wollen. Zwar können Ausführungen in einem Bescheid zu gesetzlich vorgesehenen Befugnissen oder ohnehin eintretenden Rechtsfolgen als reiner Hinweis auf die bestehende Gesetzeslage auszulegen sein (vgl. BGH, Beschluss vom 3. März 2015 - EnVR 44/13, juris Rn. 14 m.w.N.). Das kann namentlich in Betracht kommen, wenn behördliche Erwägungen sich auf ein Privatrechtsverhältnis beziehen und es an Anhaltspunkten dafür fehlt, dass die Behörde in dieses Rechtsverhältnis regelnd eingreifen wollte (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 25. Juni 2014 - VI-3 Kart 93/13 (V), juris Rn. 25 ff.). Die Auslegung des Bescheids vom 26. März 2021 ergibt aber, dass mit ihm Regelungen - zumindest in Gestalt verbindlicher Feststellungen - zu dem Anfall der Pönale, deren Höhe und der damit verbundenen Befugnis zur Verwendung der Sicherheitsleistung getroffen worden sind.

Zwar findet in der Betreffzeile der Entscheidung allein die „Entwertung“, nicht aber die Pönale Erwähnung. Bereits in der nach Zeiträumen aufgegliederten Übersicht zu den Inbetriebnahmemeldungen wird die „Pönale“ aber gleichrangig neben dem „Erlöschen“ genannt. Dabei legt insbesondere der von der Bundesnetzagentur in diesem Zusammenhang gebrauchte Begriff der „Ermittlung“ nahe, dass die Behörde selbst und im Einzelnen das Bestehen der Zahlungspflicht geprüft hat. Dementsprechend enthält der Bescheid im Weiteren auch konkrete Angaben zur Höhe der Pönale, die unmittelbar im Anschluss an den regelnden Ausspruch der Entwertung auf ... Euro beziffert wird. Dem anspruchsberechtigten Übertragungsnetzbetreiber - der ausweislich der Begründung des Bescheids bereits in den Prozess eingebunden ist - soll hingegen bloß die Aufgabe der Zahlungsabwicklung zukommen mit der Maßgabe, dass abschließend - aber noch vor der Rechtsbefehlsbelehrung - dessen Befugnis zur Inanspruchnahme der Sicherheit (§ 55 Abs. 7 EEG 2017) in zeitlicher Hinsicht konkretisiert wird.

44

Jedenfalls aufgrund des letztgenannten Begründungsteils sind die Ausführungen zur Pönale im Bescheid vom 26. März 2021 in der Gesamtschau als Entscheidung - an Stelle eines bloßen Hinweises auf die Rechtslage - zu qualifizieren. Denn mit den Erwägungen zu § 55 Abs. 7 EEG 2017 hat die Bundesnetzagentur nicht allein auf das Verhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und dem Übertragungsnetzbetreiber, sondern auch auf eine eigene besondere Rechtsbeziehung zur Beschwerdeführerin Bezug genommen. Die Bundesnetzagentur wirkt - wie bereits aufgezeigt - bei der Befriedigung der Forderung des Übertragungsnetzbetreibers mit, wenn eine fristgerechte Zahlung unterbleibt. Die Sicherheit, die nach § 31, § 36a EEG 2017 zu erbringen ist, um bereits einen Ausschluss vom öffentlich-rechtlich ausgestalteten Zuschlagsverfahren zu vermeiden (§ 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EEG 2017), und welche auch hier im Vorfeld des Gebotstermins vom 1. Februar 2018 per Überweisung auf das Verwahrkonto der Bundesnetzagentur geleistet worden ist, dient ausdrücklich der Sicherung der jeweiligen Forderungen der Übertragungsnetzbetreiber auf Pönalen nach § 55 EEG 2017 (§ 33 Abs. 1 Satz 2 EEG 2017). Die Strafzahlungspflicht ist mithin unmittelbar mit einer behördeneigenen Aufgabe verknüpft. Dementsprechend hatte die Bundesnetzagentur beim Erlass des Bescheids vom 26. März 2021 aus Sicht der Beschwerdeführerin einen nochmals gesteigerten Anlass, Anfall und Höhe der Pönale verbindlich festzustellen.

45

II. In der Sache bleibt die Beschwerde ohne Erfolg.

46

47

1. Ob die Bundesnetzagentur - wie von der Beschwerde geltend gemacht - vor Erlass ihrer Entscheidung vom 26. März 2021 die Beschwerdeführerin etwa gemäß § 28 Abs. 1 VwVfG hätte anhören müssen und Amtsermittlungspflichten nicht nachgekommen ist, kann ebenso offenbleiben wie die Frage nach einer eventuellen Heilung eines Anhörungsmangels nach § 45 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 VwVfG. Denn die gerügten Verfahrensfehler wären nach den hier in Bezug genommenen Erwägungen unter B II 2 und B II 3 jedenfalls unerheblich.
2. Die Bundesnetzagentur ist in ihrer Entscheidung vom 26. März 2021 zu Recht davon ausgegangen, dass der Zuschlag vom 20. Februar 2018 zu entwerfen war, weil er infolge des Ablaufs der Frist zur Realisierung der Anlage erloschen war. 48
- 2.1. Nach der durch das Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften vom 21. Dezember 2020 (BGBl. Teil I Nr. 65, S. 3138; im Folgenden: EEG 2021) eingeführten Regelung des § 100 Abs. 1 (Satz 1) Nr. 2 EEG 2021 sind im Ausgangspunkt die Bestimmungen des EEG in den am 31. Dezember 2020 geltenden Fassungen anzuwenden für Strom aus Anlagen, deren anzulegender Wert in einem Zuschlagsverfahren eines Gebotstermins vor dem 1. Januar 2021 ermittelt worden ist. Zu diesen Bestimmungen zählt die bereits angesprochene Regelung des § 35a Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017, die durch das EEG 2021 freilich unverändert geblieben ist. 49
- 2.2. Gemäß § 35a Abs. 1 Nr. 1 EnWG 2017 entwertet die Bundesnetzagentur einen Zuschlag, soweit der Zuschlag nach Ablauf der Frist zur Realisierung der Anlage erlischt. Ein solcher Fristablauf war hier zu verzeichnen. 50
- Gemäß § 36e Abs. 1 (Satz 1) EEG 2017 erlischt der Zuschlag bei Geboten für Windenergieanlagen an Land 30 Monate nach der öffentlichen Bekanntgabe des Zuschlags, soweit die Anlagen nicht bis zu diesem Zeitpunkt in Betrieb genommen worden sind. Hiernach hätten die Anlagen der Beschwerdeführerin spätestens am 27. August 2020 in Betrieb genommen werden müssen, da der Zuschlag vom 20. Februar 2018 als am 27. Februar 2018 bekannt gegeben galt, § 35 Abs. 2 EEG 2017. 51
- Gemäß § 104 Abs. 8 Satz 1 EEG 2017 in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2017 und weiterer energierechtlicher Bestimmungen vom 25. Mai 2020 (BGBl. Teil I Nr. 24, S. 1070) verlängerte sich die genannte 30-monatige Frist allerdings um sechs weitere Kalendermonate, weil es sich bei dem Zuschlag vom 20. Februar 2018 um einen noch nicht erloschenen Zuschlag handelte, der in einer Ausschreibung vor dem 1. März 2020 erteilt worden war. Damit sollte den Auswirkungen der sogenannten Corona-Pandemie auf die Realisierung von Erneuerbare-Energien-Projekten Rechnung getragen werden (vgl. BT-Drucks. 19/18964, S. 12). Die entsprechende - mit dem EEG 2021 wiederum aufgehobene - Regelung des § 104 Abs. 8 EEG 2017 war hier gemäß § 100 Abs. 1 (Satz 1) Nr. 2 EEG 2021 anzuwenden. Sie führte zur Verlängerung der Realisierungsfrist bis spätestens zum Montag, den 1. März 2021 (vgl. zum Begriff des Kalendermonats BeckOK-EEG/von Oppen/Schmeichel, § 54 Rn. 12 [Stand: 16. November 2020] sowie § 31 Abs. 3 VwVfG). 52
- Die Anlagen des „Windparks A“ sind jedoch bis zum heutigen Tage nicht in Betrieb genommen worden. Dementsprechend ist der Zuschlag kraft Gesetzes erloschen. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin zu ihrem Bemühen um Beachtung der damaligen baden-württembergischen Genehmigungspraxis steht dem Eintritt dieser Rechtsfolge nicht entgegen. Insbesondere setzt der nach § 35a Abs. 1 Nr. 1, § 36e Abs. 1 EEG 2017 maßgebliche Fristablauf ein Verschulden des Bieters nicht voraus. 53

2.2.1. Dass es sich bei der in § 36e Abs. 1 EEG 2017 bezeichneten Frist um eine materiell-rechtliche, von einem Verschulden des Bieters unabhängige Frist handelt, verdeutlicht bereits der Wortlaut der Regelung. Nach diesem kommt es für das Erlöschen des Zuschlags allein auf den Fristablauf und die unterbliebene Inbetriebnahme an.

2.2.2. Es handelt sich um eine bewusste Wortwahl des Gesetzgebers. Dies wird durch die Gesetzesmaterialien sowie die Gesetzssystematik einschließlich eines Vergleichs mit der Regelung des § 61 WindSeeG bestätigt. 55

Mit der in § 36e Abs. 1 EEG 2017 bezeichneten Frist sollte ausweislich der Entwurfsbegründung ein klar definierter Zeitraum für den Bau und die Inbetriebnahme vorgesehen werden (BT-Drucks. 18/8860, S. 211). Bei der Fristbemessung hat der Gesetzgeber sich an der durchschnittlichen, auf 12 bis 15 Monate taxierten Realisierungsdauer ab Erteilung der - für ein Gebot nach § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017 erforderlichen - immissionsschutzrechtlichen Genehmigung orientiert, aber zusätzlich einen „zeitlichen Puffer für nicht vorhersehbare Verzögerungen“ einräumen wollen (vgl. BT-Drucks. aaO S. 211 f.). Unabsehbaren oder vom Bieter unbeeinflussbaren Risiken sollte mithin in generalisierender Weise durch die Länge der Frist Rechnung getragen werden. An diesem Regelungskonzept hat der Gesetzgeber festgehalten, soweit er mit Blick auf die spezielle Pandemielage eine abermals pauschal bemessene Verlängerung der Frist um sechs Kalendermonate (§ 104 Abs. 8 EEG 2017) als geboten erachtete (vgl. BT-Drucks. 19/18964, S. 12). Eine - von der Beschwerdeführerin der Sache nach erstrebte - individuell-fallbezogene Überprüfung der Ursachen eines Fristablaufs wäre hiermit nicht vereinbar. Dies gilt umso mehr, als mit dem Gesetz zur Einführung von Ausschreibungen für Strom aus erneuerbaren Energien und zu weiteren Änderungen des Rechts der erneuerbaren Energien vom 13. Oktober 2016 (BGBl. Teil I Nr. 49, S. 2258) neben der Regelung des § 36e Abs. 1 EEG 2017 auch spezielle Vorschriften im WindSeeG geschaffen worden sind, die nach Maßgabe des § 2 WindSeeG Anwendung finden, ausdrücklich eine einzelfallbezogene Bewertung ermöglichen und sich deshalb von § 36e EEG 2017 signifikant unterscheiden. 56

So regelt § 61 WindSeeG eine Ausnahme von den im WindSeeG vorgesehenen Sanktionen bei Nichteinhaltung der Realisierungsfristen und knüpft dabei unter anderem an eine Exkulpation an (vgl. § 61 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 WindSeeG). Demgegenüber sieht § 36e Abs. 2 EEG 2017 für ein spezielles Verzögerungsrisiko - und zwar gerade den hier eingetretenen Fall eines gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung gerichteten Drittrechtsbehelfs - ein abermals formales Schutzinstrument vor. Dem Bieter wird unter bestimmten weiteren Voraussetzungen ein antragsabhängiger, dann aber gebundener Anspruch auf Verlängerung der Frist des § 36e Abs. 1 EEG 2017 gewährt. Eine solche Fristverlängerung ist von der Beschwerdeführerin jedoch nicht einmal beantragt worden. 57

2.2.3. Dem Fristablauf steht auch nicht die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Verantwortlichkeit der baden-württembergischen Behörden für die - nach verwaltungsgerichtlicher Beurteilung rechtswidrige - Genehmigungspraxis entgegen. 58

2.2.3.1. Allerdings ist in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts anerkannt, dass sich Behörden unter bestimmten engen Voraussetzungen nicht auf den Ablauf einer die weitere Rechtsverfolgung abschneidenden oder die Anspruchsberechtigung vernichtenden Ausschlussfrist berufen dürfen (vgl. BVerwG, Urteil vom 10. November 2016 - 8 C 11/15, juris Rn. 22 m.w.N.). Eine solche Ausnahme kommt nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in Betracht, wenn erstens die Versäumung der Frist auf staatliches Fehlverhalten bei der Anwendung von Rechtsvorschriften zurückzuführen ist, ohne deren korrekte Beachtung der Betroffene seine Rechte nicht wahren kann, und wenn 59

zweitens durch die Berücksichtigung der verspäteten Handlung der Zweck des Gesetzes nicht verfehlt würde (vgl. BVerwG aaO).

2.2.3.2. Auch unter Zugrundelegung der vorgenannten Rechtsprechung ist das Fristversäumnis hier indes beachtlich. 60

2.2.3.2.1. Ob der Ablauf einer Frist ausnahmsweise außer Betracht zu bleiben hat, lässt sich nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht allgemeingültig, sondern nur im Einklang mit dem Regelungsbereich, in dem die Ausschlussfrist wirkt, und mit Blick auf ihre dortige Funktion bestimmen (vgl. BVerwG aaO). Der Senat hat jedoch zu § 36f Abs. 2 Satz 1 EEG 2017 bereits ausgeführt, dass eine originäre Prüfungscompetenz der Bundesnetzagentur im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit des Handelns der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbehörde der gesetzlichen Kompetenzverteilung zuwiderliefe (vgl. Senatsbeschluss vom 11. März 2020 - VI-3 Kart 772/19 (V), juris Rn. 31 ff.). Eine solche Überprüfung verlangt die Beschwerdeführerin der Bundesnetzagentur aber ab, soweit sie das Nichterlöschen des Zuschlags trotz Fristablaufs aus dem fehlerhaften Handeln anderer Behörden ableiten will, zumal die Bundesnetzagentur als Bundesbehörde nicht einmal Beteiligte des (einstweiligen) verwaltungsgerichtlichen Verfahrens war (zur subjektiven Rechtskraftwirkung vgl. BeckOK-VwGO/Lindner, § 121 Rn. 49 [Stand: 1. Oktober 2021] m.w.N.). 61

2.2.3.2.2. Davon abgesehen zeigt gerade die Vorschrift des § 36e Abs. 2 EEG 2017, dass den mit einem Rechtsbehelf gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung verbundenen Risiken mithilfe des darin geregelten Antragsrechts begegnet werden soll. 62

Von dieser Möglichkeit zur Beantragung einer Fristverlängerung hätte die Beschwerdeführerin hier spätestens ab dem 21. Dezember 2018 - und damit noch vor der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung vom 12. März 2019 - erfolgversprechend Gebrauch machen können. Denn § 36e Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2017 ist punktuell durch das Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes, des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes, des Energiewirtschaftsgesetzes und weiterer energierechtliche Vorschriften vom 17. Dezember 2018 (BGBl. Teil I Nr. 47, S. 2549) berichtigt worden. Bis dahin war eine Fristverlängerung nach dem Gesetzeswortlaut nicht nur von einem Drittrechtsbehelf (§ 36e Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017) ohne aufschiebende Wirkung, sondern einer gerade „in diesem Zusammenhang“ behördlich oder gerichtlich angeordneten sofortigen Vollziehung abhängig. Dieser - in der Entwurfsbegründung zur geänderten Fassung als redaktionelles Versehen bezeichnete (vgl. BT-Drucks. 19/5523, S. 72) - Zusatz wurde jedoch mit Wirkung vom 21. Dezember 2018 durch das vorerwähnte Gesetz gestrichen. Denn die Verlängerung der Fristen sollte selbstverständlich auch bei einer schon vor Einlegung des Rechtsbehelfs - hier im Genehmigungsbescheid vom 21. Dezember 2016 - erfolgten Anordnung der sofortigen Vollziehung möglich sein (vgl. BT-Drucks. aaO; zu § 36e Abs. 2 EEG 2021 siehe BT-Drucks. 19/25326, S. 16 [mit Bezugnahme auf die Neuregelung in § 63 BlmschG]). 63

Soweit eine solche Fristverlängerung mit Blick auf die von der Beschwerdeführerin eingestandene Rechtswidrigkeit der ihr erteilten Genehmigung in der Rückschau sinnlos gewesen sein sollte, weil der Gesetzgeber erst mit § 36f Abs. 2 Satz 1 EEG 2021 die Gültigkeit eines Zuschlags auf den Fall der Neuerteilung der Genehmigung erstreckt hat (vgl. dazu BT-Drucks. 19/23482, S. 111 f. [„Beseitigung einer Unsicherheit“]; Senatsbeschluss vom 11. März 2020 - VI-3 Kart 772/19 (V), juris Rn. 31 ff.), hätte sich lediglich ein der Beschwerdeführerin gesetzlich zugewiesenes Risiko verwirklicht. Denn ein Bieter ist nach einer erfolgreichen Drittanfechtung der Genehmigung oder einer Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs ohnehin an einem Betrieb der Anlage 64

gehindert. Gerade dies verdeutlicht, dass den Bieter das Risiko der Rechtswidrigkeit der Genehmigung trifft (vgl. auch zu den Voraussetzungen der Fristverlängerung nach § 36e Abs. 2 EEG 2017 BT-Drucks. 18/8860, S. 212), sein Vertrauen in deren Rechtmäßigkeit also nicht eine ungeschriebene Ausnahme von den Rechtswirkungen des Fristablaufs nach § 36e Abs. 1 EEG 2017 zulässt, sondern allenfalls in einem Haftungsprozess von Bedeutung sein kann (zur Amtshaftung bei rechtswidrig erteilten Genehmigungen vgl. BGH, Urteil vom 2. Februar 2017 - III ZR 41/16, juris Rn. 28 m.w.N.).

2.3. War damit die Frist des § 36e Abs. 1 EEG 2017 abgelaufen, so war der Zuschlag zu entwerfen, § 35a Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017. Ein Ermessen stand der Bundesnetzagentur nicht zu. Dementsprechend kann die Beschwerdeführerin auch nicht mit ihrem Vorbringen zur Verletzung von Anhörungs- und Amtsermittlungspflichten der Bundesnetzagentur durchdringen. Denn nach dem Rechtsgedanken des § 46 VwVfG können grundsätzlich können nur solche Verfahrensfehler zur Aufhebung eines Verwaltungsakts führen, auf denen die Entscheidung beruhen kann (vgl. Senatsbeschluss vom 19. Januar 2018 - VI-3 Kart 446/18 (V), juris Rn. 38). An einer solchen Entscheidungserheblichkeit fehlt es hier jedoch gerade. Die Anlagen sind unstreitig bis zum heutigen Tage nicht in Betrieb genommen worden. 65

3. Der Bescheid vom 26. März 2021 ist auch insoweit rechtmäßig, als darin der Anfall der Pönale, deren Höhe und die Befugnis zur Verwendung der Sicherheit geregelt worden sind. Insbesondere hat ein Bieter bei einem Gebot für Windenergieanlagen an Land gemäß § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 eine Pönale an den Übertragungsnetzbetreiber zu leisten, soweit - wie hier - mehr als fünf Prozent der Gebotsmenge eines bezuschlagten Gebots nach § 35a EEG entwertet werden, und die Bundesnetzagentur war auch dazu befugt, Regelungen zu dieser Strafzahlung durch Bescheid zu treffen. 66

3.1. Eine Auslegung der Bestimmungen in § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Abs. 7 EEG 2017 ergibt, dass die Bundesnetzagentur zum Zwecke der verbindlichen Regelung der Pönale hier von der Handlungsform des Bescheids Gebrauch machen durfte (zur sogenannten Verwaltungsaktbefugnis vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 22. Oktober 2003 - 6 C 23/02, juris Rn. 14 m.w.N.). 67

Zwar besteht die Verpflichtung nach § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 - wie bereits aufgezeigt - im Verhältnis zwischen dem Bieter und dem Übertragungsnetzbetreiber, und es ist im Grundsatz gerade nicht Aufgabe der Bundesnetzagentur, über im EEG geregelte privatrechtliche Ansprüche zu entscheiden. Solche Ansprüche sind vielmehr im ordentlichen Rechtsweg geltend zu machen (vgl. dazu etwa BGH, Urteile vom 18. Februar 2020 - XIII ZR 13/19, juris Rn. 17 ff.; vom 15. Mai 2019 - VIII ZR 134/18, juris Rn. 23 ff.; vom 5. Juli 2017 - VIII ZR 147/16, juris Rn. 18 ff.; BeckOK-EEG/Stenzel § 85 Rn. 13 [Stand: 16. November 2020]; siehe auch BT-Drucks. 18/8860, S. 248 [zur Clearingstelle]). Jedenfalls die gegenüber dem regelverantwortlichen Übertragungsnetzbetreiber bestehende Pflicht zur Strafzahlung nach § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 nimmt nach der gesetzlichen Konzeption aber eine Sonderstellung ein. 68

3.1.1. Dass behördliche Regelungen in Bezug auf Strafzahlungsverpflichtungen des Bieters gegenüber dem Übertragungsnetzbetreiber nicht schlechterdings systemwidrig sind, sondern durchaus in Betracht kommen, verdeutlicht bereits die Vorschrift des § 61 Abs. 3 WindSeeG. Mit dieser wird der Bundesnetzagentur die Aufgabe zugewiesen, auf Antrag über eine Ausnahme von einer Sanktion (§ 61 Abs. 1 WindSeeG) zu entscheiden. Eine damit vergleichbare behördliche Befugnis sieht das Gesetz in § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 zwar nicht ausdrücklich vor. Immerhin knüpft diese Pönale aber - anders als der in § 55 69

Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EEG 2017 geregelte Tatbestand - an eine Entwertung im Sinne des § 35a EEG an, ist also unmittelbar Folge einer behördlichen Entscheidung.

3.1.2. Die Bundesnetzagentur ist überdies - wie schon dargelegt - in die Befriedigung der nach § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 bestehenden Forderung des Übertragungsnetzbetreibers eingebunden. Insbesondere hat die Bundesnetzagentur - wie im Bescheid vom 26. März 2021 zutreffend ausgeführt - eine Inanspruchnahme der Sicherheit zu ermöglichen, wenn der Bieter die Forderung des Übertragungsnetzbetreibers nicht vor Ablauf des zweiten Kalendermonats erfüllt hat, der auf die Entwertung der Gebotsmenge folgt (vgl. § 55 Abs. 7 EEG 2017). Dem liegt auch nicht etwa eine vertraglich begründete Sicherungsbeziehung zugrunde (vgl. zur Bürgschaft für öffentlich-rechtliche Forderungen BVerwG, Beschluss vom 12. März 2018 - 10 B 25/17, juris Rn. 17 ff.; BGH, Urteil vom 16. Februar 1984 - IX ZR 45/83, juris Rn. 10). Vielmehr ist das in § 31 EEG 2017 geregelte „Sicherungsmittel eigener Art“ (so BT-Drucks. 18/18860, S. 206) ein gesetzlich vorgegebener Bestandteil des Ausschreibungsverfahrens nach den §§ 28 ff. EEG 2017 (siehe auch zum Steuerrecht Loose in Tipke/Kruse, AO/FGO § 242 AO Rn. 4 und § 244 AO Rn. 4 [Stand: 168. Lieferung]).

3.1.3. Erschöpft sich die dargestellte, gesetzlich vorgesehene Mitwirkung der Bundesnetzagentur in den Fällen des § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 gerade nicht in einer Information des Übertragungsnetzbetreibers nach § 55 Abs. 8 EEG 2017, so war es ihr hier auch erlaubt, als Annex zur Entwertung und für die Zwecke des § 55 Abs. 7 EEG 2017 Regelungen zur Pönale selbst zu treffen, zumal das so gefundene Auslegungsergebnis durch einen Vergleich mit der Neuregelung in § 55 Abs. 7 EEG 2021 bestätigt wird.

Die Vorschrift des § 55 Abs. 7 EEG 2017 ist durch Art. 1 Nr. 93 Buchst. f des Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften vom 21. Dezember 2020 (BGBl. Teil I Nr. 65, S. 3138) punktuell ergänzt worden. Die Befugnis zur Inanspruchnahme der Sicherheit besteht laut der Neuregelung des § 55 Abs. 7 EEG 2021 nicht mehr allein in den Fällen des Fristablaufs nach Entwertung. Vielmehr wird alternativ an die „Feststellung der Pönale“ angeknüpft. Mit dieser Ergänzung beabsichtigte der Gesetzgeber nicht etwa eine grundlegende Neukonzeption. Vielmehr sollte bloß eine unbeabsichtigte Lücke geschlossen werden und zwar für diejenigen Strafzahlungen, die unabhängig von einer Entwertung erhoben werden müssen (vgl. BT-Drucks. 19/23482, S. 126; siehe hierzu auch Herms/Leutritz/Richter in Frenz/Müggenborg/Cosack/Henning/Schomerus, EEG 5. Auflage § 55 Rn. 39). Der Änderungsgesetzgeber hat mithin vorausgesetzt, dass die Bundesnetzagentur schon nach dem EEG 2017 dazu befugt war, jedenfalls anlässlich einer Entwertung Regelungen zur Pönale nach § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 zu treffen.

3.2. Die Bundesnetzagentur hat die Pönale auch der Höhe nach zutreffend berechnet. Da eine Inbetriebnahme insgesamt unterblieben ist, ergibt sich die Strafzahlung aus der Gebotsmenge des bezuschlagten Gebots von ... kW multipliziert mit 30 Euro pro kW. Ein Abzug in Höhe der Bagatellgrenze von fünf Prozent kommt nicht in Betracht. Überschreitet die entwertete Gebotsmenge diese Grenze, ist die Strafzahlung für die gesamte entwertete Menge zu leisten (Leutritz/Herms/Richter in Maslaton, Windenergieanlagen 2. Auflage Kapitel 4 Rn. 302; ebenso zu § 30 FFAV Schulz/Möller, ER 2015, 87, 95).

3.3. Auch der Strafzahlungspflicht steht nicht entgegen, dass das Verstreichen der Realisierungsfrist - so jedenfalls das Vorbringen der Beschwerdeführerin - auf eine fehlerhafte Rechtsanwendung durch die baden-württembergischen Behörden zurückzuführen sein mag.

3.3.1. Ebenso wie das Erlöschen des Zuschlags nach § 36e EEG 2017 hängt auch die an die Entwertung gemäß § 35a EEG 2017 anknüpfende Pönale nach § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 nicht von einem Verschulden des Bieters ab (Bauer/Kantenwein, EnWZ 2017, 3, 6; Leutritz/Herms/Richter in Maslaton, Windenergieanlagen 2. Auflage Kapitel 4 Rn. 300; BeckOK-EEG/von Oppen/Schmeichel, § 55 Rn. 27 [Stand: 16. November 2020]; Herms/Leutritz/Richter in Frenz/Müggenborg/Cosack/Henning/Schomerus, EEG 5. Auflage § 55 Rn. 4). Dies ergibt sich schon aus dem eindeutigen Wortlaut der Regelung, in systematischer Hinsicht aber auch aus einem Vergleich mit der bereits erwähnten Regelung des § 61 WindSeeG.

75

3.3.2. Ob das Einfordern der Pönale sich im Einzelfall als rechtsmissbräuchlich erweisen kann (so Schulz/Möller, ER 2015, 87, 95), bedarf keiner Entscheidung. Denn jedenfalls unter den hier gegebenen Umständen kommt dies nicht in Betracht.

76

3.3.2.1. Richtig ist, dass der Gesetzgeber mit der Regelung des § 55 EEG 2017 in erster Linie die Ernsthaftigkeit und Verbindlichkeit des Verhaltens der Bieter gewährleisten (BT-Drucks. 18/8860, S. 235), d.h. insbesondere die Beteiligung von Bietern mit tatsächlicher Realisierungsabsicht sicherstellen wollte (vgl. BT-Drucks. 19/24039, S. 32 [zum WindSeeG]). Bieter sollten einen erhöhten wirtschaftlichen Anreiz haben, die geplante Anlage zügig und in dem geplanten Umfang zu realisieren (BT-Drucks. 18/8860, S. 235). Pönalen dienen vor diesem Hintergrund gerade dazu, die Wahrscheinlichkeit der Realisierung der bezuschlagten Projekte zu erhöhen (vgl. BT-Drucks. 19/24039, S. 32 [zum WindSeeG]). Diese gesetzgeberische Intention lässt allerdings nicht den Schluss zu, dass die Strafzahlungspflicht - abweichend vom Gesetzeswortlaut - von der positiven Feststellung eines Mangels an Ernsthaftigkeit abhängt oder aber entfällt, wenn der Bieter den Nachweis führt, dass die unterbliebene oder verzögerte Inbetriebnahme auf von ihm nicht beeinflussbaren Umständen beruht habe.

77

Die Verpflichtung zur Strafzahlung nach § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 ist unmittelbar mit der bereits dargelegten Leistung einer Sicherheit verknüpft. Diese ist wiederum Bestandteil des Ausschreibungsverfahrens, das darauf ausgerichtet ist, im Rahmen eines transparenten, diskriminierungsfreien und wettbewerblichen Verfahrens die Anspruchsberechtigten des in EEG-Anlagen erzeugten Stroms und den anzulegenden Wert (Marktprämie) zu ermitteln. Es geht mithin bei den §§ 28 ff. EEG 2017 um Teilhabe an einer Begünstigung (Senatsbeschluss vom 2. Dezember 2020 - VI-3 Kart 177/20 (V), juris Rn. 74). Um in den Genuss einer solchen - im Fall des Erhalts durch § 83a EEG 2017 und 2021 in besonderem Maße gesicherten - Begünstigung zu gelangen, wird dem Bieter in wirtschaftlicher Hinsicht eine Risikoübernahme abverlangt. Zu den Realisierungsrisiken zählt die Gefahr einer Drittanfechtung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. Dieses Risiko hat der Gesetzgeber ausweislich der Bestimmung in § 36e Abs. 2 EEG 2017 ausdrücklich erkannt (vgl. auch zum Förderzeitraum § 36i EEG 2017 und 2021), gleichwohl aber auch für solche Fälle das Erlöschen des Zuschlags und daran anknüpfende Strafzahlungen - systemintern zu verwenden gemäß § 3 Abs. 3 Nr. 10 EEV - nicht ausgeschlossen. Als Schutzinstrument hat der Gesetzgeber die Möglichkeit einer Fristverlängerung vorgesehen. Hat die Beschwerdeführerin aber nicht einmal den Versuch unternommen, von diesem Mittel Gebrauch zu machen, kommt der Einwand des

78

Rechtsmissbrauchs von vornherein nicht in Betracht, zumal ein Bieter auch im Übrigen nicht schutzlos gestellt ist. Sein Interesse an einer rechtzeitigen Inbetriebnahme der Anlage wird bereits bei der Bewertung des Vollzugsinteresses nach § 80, § 80a VwGO berücksichtigt (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 29. September 2020 - 8 B 1576/19, juris Rn. 66), und rechtswidrig erteilte Genehmigungen können eine Staatshaftung auslösen (vgl. BGH, Urteil vom 2. Februar 2017 - III ZR 41/16, juris Rn. 28 m.w.N.).

3.3.2.2. Die Beschwerdeführerin kann zuletzt auch nichts aus der gesetzgeberischen Intention für sich herleiten, die einer punktuellen Änderung des § 55 EEG 2017 durch das EEG 2021 zugrunde liegt. Zwar hat der Gesetzgeber die dem bisherigen Recht entnommene Möglichkeit einer Strafzahlungspflicht trotz einer - hier nicht beantragten - Fristverlängerung im Sinne des § 36e Abs. 2 EEG 2017 als „nicht angebracht“ bezeichnet (BT-Drucks. 19/23482, S. 126; siehe zuvor bereits BT-Drucks. 19/18091, S. 6) und deshalb in § 55 Abs. 5a EEG 2021 eine Verlängerung der Pönalfristen um den Zeitraum einer Zuschlagsverlängerung geregelt. Diese Einschätzung des Änderungsgesetzgebers betreffe aber allenfalls eine Pönale nach § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EEG 2017, während die Regelungen im Bescheid vom 26. März 2021 sich bereits aufgrund der Entwertung als rechtmäßig erweisen (§ 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017). 79

C. 80

I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 2 EnWG. Da die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde keinen Erfolg hat, sind ihr die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Kosten der Bundesnetzagentur aufzuerlegen. 81

II. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO und berechnet sich nach der vom Senat in ständiger Rechtsprechung bei Streitigkeiten in Ausschreibungsverfahren nach dem EEG 2017 angewandten Formel (vgl. etwa Senatsbeschluss vom 5. August 2020 - VI-3 Kart 839/19 (V), unter C. II.) zuzüglich der hier angegriffenen Strafzahlungspflicht in Höhe von ... Euro wie folgt: 82

Gebotspreis (in Euro/kWh) x produzierte Strommenge in kWh/a (Anlagengröße kWp x 2.000 h/a Volllast) x 20 (Förderdauer in Jahren) x 0,05 (angenommener Gewinn) + Höhe der Pönale. 83

Hieraus ergibt sich im Streitfall die folgende Berechnung: 84

... Euro x ... kW x 2.000 h/a x 20 x 0,05 = ... Euro 85

+ ... Euro 86

= ... Euro. 87

D. 88

Die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung war nicht zuzulassen. Insbesondere haben die entscheidungserheblichen Rechtsfragen keine grundsätzliche Bedeutung, weil deren richtige Beantwortung nicht zweifelhaft ist (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 7. Februar 2006 - KVZ 40/05, juris Rn. 2; Senatsbeschluss vom 6. Oktober 2021 - VI-3 Kart 256/20, juris Rn. 75 m.w.N.). 89

Rechtsbehelfsbelehrung:

91

Gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde ist die Nichtzulassungsbeschwerde gegeben. Diese ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf einzulegen. Die Nichtzulassungsbeschwerde kann auch durch Übertragung eines elektronischen Dokuments an die elektronische Poststelle des Gerichts erhoben werden. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet sein. Es muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht werden. Die für die Übermittlung und Bearbeitung geeigneten technischen Rahmenbedingungen bestimmen sich nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) vom 24.11.2017 (BGBl. I, S. 3803). Über das Justizportal des Bundes und der Länder (www.justiz.de) können weitere Informationen über die Rechtsgrundlagen, Bearbeitungsvoraussetzungen und das Verfahren des elektronischen Rechtsverkehrs abgerufen werden. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist durch einen beim Oberlandesgericht Düsseldorf oder beim Bundesgerichtshof einzureichenden Schriftsatz binnen einem Monat zu begründen. Diese Frist beginnt mit der Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde und kann auf Antrag von dem Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts (Bundesgerichtshof) verlängert werden. Die Begründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Beschwerdeentscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Die Nichtzulassungsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§ 87 Abs. 4 Satz 1, § 80 Satz 2 EnWG).