
Datum: 17.01.2024
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 3. Kartellsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 3 Kart 2/23
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2024:0117.3KART2.23.00

Tenor:

Die Beschwerden gegen die Beschlüsse der Bundesnetzagentur vom 06.12.2022 (Nr. 625-1 8175-08-00/22-138) und 14.12.2022 (Nr. 625-1 8175-08-01/045) werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen außergerichtlichen Auslagen der Bundesnetzagentur trägt die Beschwerdeführerin.

Der Beschwerdewert wird bis zum 01.06.2023 auf ... Euro und danach auf ... Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Gründe:

1

A.

2

Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die Entwertung eines Zuschlags sowie die Ablehnung ihres Antrags auf Ausstellung einer Zahlungsberechtigung für eine Solaranlage des zweiten Segments zum Gebotstermin 01.06.2021.

3

Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit den Gesellschaftern Dipl.-Ing. X und Dipl.-Ing. Y, die zugleich deren einzelvertretungsberechtigte Geschäftsführer sind. Der Zweck der Gesellschaft besteht in der Errichtung und dem Betrieb einer Solaranlage.

4

Die Beschwerdeführerin beteiligte sich mit Gebot vom 26.05.2021 mit einer Gebotsmenge von ... kW und einem Gebotswert von ... ct/kWh an dem Ausschreibungsverfahren zur

5

Bestimmung der finanziellen Förderung von Solaranlagen des zweiten Segments nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) zum Gebotstermin 01.06.2021. Sie erbrachte eine Sicherheitsleistung in Höhe von ... Euro und zahlte Gebühren in Höhe von ... Euro an die Bundesnetzagentur.

Mit Schreiben vom 19.07.2021 informierte die Bundesnetzagentur den geschäftsführenden Gesellschafter Y, der in dem Gebotsformular als Bevollmächtigter der Beschwerdeführerin und Bieterin bezeichnet worden war, dass ihrem Gebot von ... ct/kWh für eine Gebotsmenge von ... kW ein Zuschlag erteilt worden sei (Zuschlagsnummer: ...). Neben einer Rechtsbehelfsbelehrung enthielt das Schreiben auf Seite 3 die folgenden „Weitergehenden Informationen“:

„Mit diesem Zuschlag kann der Bieter eine Zahlungsberechtigung unter den Voraussetzungen des § 38g EEG beantragen.“

Realisierungsfrist

Die Anlagen müssen gemäß § 38f 1. Halbsatz EEG innerhalb von 12 Monaten nach der öffentlichen Bekanntgabe des Zuschlags in Betrieb genommen werden. Darüber hinaus muss der Antrag auf Zahlungsberechtigung gemäß § 38f 2. Halbsatz EEG innerhalb einer materiellen Ausschlussfrist von 14 Monaten ab der öffentlichen Bekanntgabe des Zuschlags beantragt werden. Ansonsten wird die dem Zuschlag zugrundeliegende Gebotsmenge entwertet.

Die Bekanntgabe des Zuschlags erfolgte am 22.07.2021, da der Zuschlag auf der Internetseite der Bundesnetzagentur am 15.07.2021 bekannt gemacht wurde und die Bekanntgabe nach § 35 Absatz 2 EEG eine Woche später als erfolgt gilt. Somit endet die Frist für die Inbetriebnahme der Anlagen am 22.07.2022.

Anzulegender Wert

Der nach dem EEG anzulegende Wert wird durch den Netzbetreiber bestimmt. Sollte die Anlage nicht zumindest teilweise auf den oben angegebenen Flurstücken errichtet werden oder sollte die Ausstellung der Zahlungsberechtigung nach Ablauf des achten Kalendermonats beantragt werden, der auf die öffentliche Bekanntgabe des Zuschlags folgt, verringert sich nach § 54a EEG jeweils der anzulegende Wert um 0,3 ct/kWh.“

Die Zuschlagsentscheidung war bereits am 15.07.2021 auf der Internetseite der Bundesnetzagentur bekannt gemacht worden.

Am 24.10.2022 erfolgte die Inbetriebnahme der Solaranlage.

Mit E-Mail vom 07.11.2022 erkundigte sich der geschäftsführende Gesellschafter X bei der Bundesnetzagentur, welche Angaben für die Rückerstattung der gezahlten ... Euro (Sicherheitsleistung und Gebühren) benötigt würden, die Anlage sei inzwischen fertiggestellt und in Betrieb. Die Bundesnetzagentur teilte diesem darauf mit E-Mail vom 08.11.2022 unter Beifügung eines weiterführenden Links mit, dass hierzu für im Jahr 2021 erteilte Zuschläge ein Antrag auf Zahlungsberechtigung gestellt werden müsse. Mit bei der Bundesnetzagentur am 11.11.2021 eingegangenem Schreiben vom 09.11.2021 stellte die Beschwerdeführerin daraufhin durch ihren geschäftsführenden Gesellschafter X einen entsprechenden Antrag.

Nach Anhörung lehnte die Bundesnetzagentur den Antrag auf Erteilung einer Zahlungsberechtigung mit Bescheid vom 06.12.2022 ab, was sie mit dem Erlöschen des

Zuschlags begründete. Gemäß § 38f EEG in der bis zum 26.07.2021 geltenden Fassung (nachfolgend: EEG 2021 a.F.) würden Zuschläge erlöschen, soweit die Anlage nicht innerhalb von 12 Monaten nach Bekanntgabe des Zuschlags – hier am 22.07.2021 – realisiert worden sei oder die Ausstellung einer Zahlungsberechtigung nicht binnen 14 Monaten nach der Bekanntgabe des Zuschlags – hier mithin bis zum 22.09.2022 – beantragt worden sei. Der am 11.11.2022 eingegangene Antrag der Beschwerdeführerin sei damit verspätet. Bei der Frist des § 38f EEG 2021 a.F. handele es sich um eine materielle Ausschlussfrist, weshalb die im Rahmen der Anhörung vorgetragenen Umstände nicht hätten berücksichtigt werden können.

Mit Bescheid vom 14.12.2022 entwertete die Bundesnetzagentur alsdann den der Beschwerdeführerin erteilten Zuschlag ... vom 22.07.2021 unter Verweis auf die Regelungen in § 35a Abs. 1 Nr. 1, § 38f EEG 2021 a.F.. Ferner teilte sie der Beschwerdeführerin in dem Bescheid mit, dass sie die in Höhe von ... Euro geleistete Sicherheit zur Absicherung der von ihr, der Beschwerdeführerin, wegen der Zuschlagsentwertung an die zuständige Übertragungsnetzbetreiberin, die Amprion GmbH, gemäß § 55 Abs. 3 EEG 2021 a.F. zu leistende Strafzahlung verwende und bis zu deren Zahlung verwahre. 17

Die Beschwerdeführerin wendet sich mit ihren Beschwerden gegen die Bescheide vom 06.12.2022 (Ablehnung der Zahlungsberechtigung) und 14.12.2022 (Zuschlagsentwertung). Der Senat hat mit Beschluss vom 01.06.2023 die ehemals getrennten Beschwerdeverfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung miteinander verbunden mit der Maßgabe, dass das Verfahren VI-3 Kart 2/23 [V] das Führende ist. Mit Beschlüssen vom 27.09.2023 und 21.12.2023 hat der Senat mit Zustimmung der Verfahrensbeteiligten den Übergang ins schriftliche Verfahren angeordnet. 18

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sie die Fristen des § 38f EEG 2021 a.F. unverschuldet nicht habe einhalten können, weshalb ungeachtet deren Ausgestaltung als materiell-rechtliche Ausschlussfristen eine Nachfristgewährung geboten sei. 19

Dabei hat die Beschwerdeführerin bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung am 27.09.2023 vorgetragen, dass sie die Fristen des § 38f EEG 2021 a.F. infolge höherer Gewalt nicht habe einhalten können; die erforderlichen Handlungen, d.h. die Inbetriebnahme der Solaranlage und der Antrag auf Ausstellung der Zahlungsberechtigung, seien unverzüglich nach Wegfall der Hinderungsgründe nachgeholt worden. 20

Die Inbetriebnahme habe aufgrund von Lieferengpässen und Rohstoffknappheit infolge der Covid 19-Pandemie und des damit einhergehenden Lockdowns in China, dessen Anteil bei allen Fertigungsstufen der weltweiten Produktion von Solarmodulen bei über 80 % liege, sowie infolge von mit dem russischen Angriffskrieg auf die Ukraine einhergehenden stark reduzierten Transportkapazitäten nicht rechtzeitig bis zum 22.07.2022 erfolgen können. Zudem sei angesichts der angespannten Versorgungssituation bei Strom und Gas die Nachfrage nach Solaranlagen stark gestiegen, weshalb sie von einer außergewöhnlichen Knappheit bei Halbleitern, die zu einem Engpass insbesondere bei Wechselrichtern und Zubehör geführt habe, betroffen und infolgedessen an einer rechtzeitigen Fertigstellung und Inbetriebnahme der Anlage gehindert gewesen sei. 21

Beispielhaft hat die Beschwerdeführerin insoweit auf den (zeitlichen) Ablauf bei der Anlieferung der MS-Stromstation verwiesen, die – jedenfalls aus ihrer damaligen Sicht – für die Inbetriebnahme von Solaranlagen zwingend erforderlich sei. Trotz der bereits am 15.11.2021 erfolgten Beauftragung bei der TWL Netze GmbH, zwischenzeitlicher Ermahnung und Erinnerung zur Beschleunigung am 28.01.2022, habe die Trafo-Station erst am 22

14.09.2022 in Betrieb genommen werden können. Zu diesem Zeitpunkt hätten indes aus den oben genannten Gründen noch diverse Zähler gefehlt; die Installation des Wechselrichters habe ebenfalls noch ausstanden. Darüber hinaus sei es bei dem von ihr beauftragten Elektrotechnikunternehmen, der Fertig GmbH, sowie weiteren beteiligten Unternehmen infolge der Covid 19-Pandemie und des Ukrainekriegs zu Lieferverzögerungen gekommen. Die endgültige Fertigstellung der Anlage mit Fernsteuerung sei sogar erst zum 20.02.2023 erfolgt.

Die vorgenannten Umstände hätten auch durch die größte, von ihr nach den Umständen des konkreten Falls vernünftigerweise zu erwartende und zumutbare Sorgfalt nicht abgewendet werden können. Die verspätete Realisierung und Inbetriebnahme der Solaranlage hätten außerhalb ihrer Einflussphäre gelegen. 23

Wegen einer vom 02.08.2022 bis zum 25.09.2022 währenden, plötzlich und unvorhergesehen auftretenden schweren Krankheitsphase ihres geschäftsführenden Gesellschafters X, dem insoweit die Antragstellung obliegen habe, sei es ihr auch nicht möglich gewesen, bis zum 22.09.2022 einen Antrag auf Ausstellung einer Zahlungsberechtigung zu stellen. Da die Solaranlage wegen der eingangs geschilderten Umstände erst am 24.10.2022 habe in Betrieb genommen werden können, sei sie, die Beschwerdeführerin, auch erst zu diesem Zeitpunkt Anlagenbetreiberin geworden mit der Folge, dass auch erst ab diesem Zeitpunkt die Ausstellung einer Zahlungsberechtigung möglich gewesen sei. Binnen zwei Wochen nach Wegfall des Hindernisses habe der geschäftsführende Gesellschafter X dann in Gestalt der E-Mail-Anfrage vom 07.11.2022 (konkulent) einen entsprechenden Antrag gestellt. 24

Die Bundesnetzagentur habe bei ihrer Entscheidung die besonderen, ausnahmsweise eine Nachsichtgewährung gebietenden Umstände des Streitfalls verkannt. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass die Solaranlage in Betrieb genommen worden sei und sich weiter in Betrieb befinde und es demzufolge an einem Sanktionsbedürfnis durch eine Pönale fehle. Zu beachten sei insoweit auch, dass der Sicherungszweck für die geleistete Sicherheit (... Euro) zwischenzeitlich entfallen sei, weil im Zuge der Neufassung des EEG der Gesetzgeber die Strafzahlungspflicht (Pönale) bei Geboten für Solaranlagen des zweiten Segments gestrichen habe. Spätestens ab Inkrafttreten der diesbezüglichen EEG-Novelle am 27.07.2021 habe die Sicherheitsleistung den ihr zugedachten Zweck daher nicht mehr erfüllen können. 25

Darüber hinaus habe die Bundesnetzagentur sie zu keinem Zeitpunkt auf den möglichen Anfall einer Pönale hingewiesen. Ein solcher Hinweis auf nachteilige Folgen wäre nach den Grundsätzen regulierungsbehördlicher Entscheidungen jedoch angezeigt gewesen, damit sie als Bieterin ihr Handeln darauf hätte einrichten können. Dies gelte umso mehr, als im Zeitraum zwischen dem 29.05.2020 und dem 01.01.2023 nacheinander insgesamt vier verschiedene Fassungen des § 55 EEG in Kraft gewesen seien, so dass für sie nicht erkennbar gewesen sei, ob der Sicherheitsfall hätte eintreten können oder nicht. Auch aus diesem Grunde könne das Fristversäumnis ihrem Anspruch auf Ausstellung einer Zahlungsberechtigung im Streitfall nach dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht entgegengehalten werden. 26

Mit nachgelassenem Schriftsatz vom 17.11.2023 macht die Beschwerdeführerin nunmehr geltend, dass ihr (auch) wegen eines seitens der Bundesnetzagentur unterbliebenen Hinweises im Zuschlagsschreiben vom 19.07.2022 auf den vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichenden, wenig intuitiven Inbetriebnahme-Begriff des EEG in § 3 Nr. 30 EEG 2021 a.F. Nachsicht zu gewähren sei. Dieses Versäumnis begründe ein staatliches Fehlverhalten, das auch kausal für die Überschreitung der 12-monatigen 27

Realisierungsfrist des § 38f Halbsatz 1 EEG 2021 a.F. geworden sei. Hätte sie gewusst, dass der Inbetriebnahme-Begriff des EEG vom allgemeinen Sprachgebrauch abweiche, hätte sie sichergestellt, dass die technische Betriebsbereitschaft der Module der Photovoltaikanlage bereits im April 2022 hergestellt worden wäre, um die Anlage sodann (zunächst) ohne Trafostation in Betrieb zu nehmen. Im April 2022 seien bereits alle notwendigen Wechselrichter vor Ort gewesen. Diese hätten mit den Strings der bereits vollständig montierten Photovoltaikanlage verbunden werden können. Aufgrund der „Individualität“ des Zuschlagsschreibens habe für sie auch kein Anlass bestanden, dieses juristisch prüfen zu lassen, zumal es von der Bundesnetzagentur als „Herrin des Ausschreibungsverfahrens“ stammte. Sie habe daher mangels eines entsprechenden Hinweises davon ausgehen können, dass der Inbetriebnahme-Begriff des EEG mit dem allgemeinen Sprachgebrauch übereinstimme.

Die Beschwerdeführerin beantragt, 28

- 1. 290

die im Ablehnungsbescheid Nr. 625-1 8175-08-00/22-138 vom 06.12.2022 getroffene Entscheidung der Bundesnetzagentur wird aufgehoben und die Bundesnetzagentur wird verpflichtet, die am 11.11.2022 beantragte Zahlungsberechtigung für die Anlage mit der Registriernummer EEG915186339403 auszustellen;

- 2. 332

die im Ablehnungsbescheid Nr. 625-1 8175-08-01/045 vom 14.12.2022 getroffene Entscheidung der Bundesnetzagentur wird aufgehoben.

Die Bundesnetzagentur beantragt, 33

die Beschwerden zurückzuweisen. 34

Sie verteidigt die angefochtenen Entscheidungen unter Wiederholung und Vertiefung ihrer Gründe. 35

Sie ist der Ansicht, die Entwertung des Zuschlags sei rechtmäßig. Dies folge aus § 35a Abs. 1 EEG 2021 a.F.. Hiernach habe sie einen Zuschlag zwingend zu entwerten, soweit dieser nach Ablauf der Realisierungsfrist erloschen sei oder sonst seine Gültigkeit verloren habe. Dies sei hier gemäß § 38f EEG 2021 a.F. der Fall. Die Beschwerdeführerin habe sowohl die 12-monatige Frist zur Inbetriebnahme der Anlage als auch die 14-monatige Frist für die Beantragung der Zahlungsberechtigung nicht gewahrt. Die Frist zur Inbetriebnahme nach § 38f Halbsatz 1 EEG 2021 a.F. habe am 22.07.2022 geendet; die Inbetriebnahme sei jedoch erst am 24.10.2022 und damit rund drei Monate nach Ablauf der Realisierungsfrist erfolgt. Die Frist nach § 38f Halbsatz 2 EEG 2021 a.F. zur Beantragung der Zahlungsberechtigung habe am 22.09.2022 geendet; der entsprechende Antrag sei jedoch erst am 11.11.2022 bei ihr eingegangen. 36

Die Voraussetzungen für eine Nachsichtgewährung lägen nicht vor. Die Versäumung der Realisierungsfrist gehe schon nicht auf ein staatliches Fehlverhalten zurück. Die Beschwerdeführerin sei mit dem Zuschlagsschreiben vom 19.07.2021 hinreichend über die einzuhaltende Realisierungsfrist informiert worden. Durch eine Nachsichtgewährung würde 37

überdies der Gesetzeszweck des § 38f EEG 2021 a.F., den Druck auf die tatsächliche Realisierung geplanter Solaranlagenprojekte zu erhöhen, verfehlt. An der 12-Monats-Frist für Gebote für Solaranlagen des zweiten Segments, die in der Solarausschreibung zum Gebotstermin 01.06.2021 abgegeben worden seien, habe der Gesetzgeber in Kenntnis der durch die Covid 19-Pandemie verursachten Verzögerungen – anders als bei Solaranlagen des ersten Segments und bei Bürgerenergiegesellschaften – bewusst festgehalten. Gleiches gelte im Hinblick auf die Verlängerung der Realisierungsfrist für Windenergieanlagen an Land aufgrund der für die Bieter bei Gebotsabgabe nicht absehbaren pandemie- und kriegsbedingten Lieferengpässe. Für im Jahr 2021 bezuschlagte Solaranlagen des zweiten Segments habe der Gesetzgeber dagegen auch eingedenk der durch die Covid 19-Pandemie und den russischen Angriffskrieg auf die Ukraine verursachten Verzögerungen eine Realisierungsfrist von 12 Monaten nach wie vor für ausreichend erachtet. Überdies würden bei einer Nachsichtgewährung diejenigen Bieter benachteiligt, die im selben Ausschreibungsverfahren einen Zuschlag erhalten und gegebenenfalls hohe Anstrengungen unternommen hätten, um unter den gleichen erschwerten Bedingungen die Realisierungsfrist einzuhalten.

Eine ausnahmsweise Nachsichtgewährung komme auch nicht wegen höherer Gewalt in Betracht. Das diesbezügliche Vorbringen der Beschwerdeführerin sei nicht hinreichend konkret. Sie berufe sich auf allseits bekannte Lieferengpässe und Rohstoffknappheiten infolge der Covid 19-Pandemie, anhaltende Lockdowns in China und den russischen Angriffskrieg auf die Ukraine und daraus resultierende Verzögerungen bei der Errichtung der Solaranlage, was nicht genügend sei. Sie lege auch nicht hinreichend spezifiziert dar, Maßnahmen unternommen zu haben, um die Jahresfrist zur Inbetriebnahme der Anlage einhalten zu können. 38

Aus dem E-Mail-Verkehr zwischen ihr und dem geschäftsführenden Gesellschafter X aus November 2022 werde zudem deutlich, dass die Geschäftsführung der Beschwerdeführerin – trotz Zugangs des Zuschlagsschreibens vom 19.07.2021 – keine Kenntnis von den beigefügten ergänzenden Informationen über die Realisierungsfrist und das Erfordernis einer Zahlungsberechtigung genommen habe. Sie habe daher nicht diejenige Sorgfalt walten lassen, die in Anbetracht der erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung des Zuschlags von ihr vernünftigerweise zu erwarten gewesen wäre. 39

Die Ablehnung des Antrags auf Ausstellung einer Zahlungsberechtigung sei ebenfalls zu Recht erfolgt. Der Antrag sei nach Ablauf der materiellen Ausschlussfrist des § 38f Halbsatz 2 EEG 2021 a.F. gestellt worden mit der Folge, dass der Anspruch auf Erteilung einer Zahlungsberechtigung nach § 38g Abs. 1 EEG 2021 a.F. untergegangen sei. Die beantragte Zahlungsberechtigung habe daher nicht mehr ausgestellt werden dürfen. Eine Nachsichtgewährung komme auch insoweit nicht in Betracht. Dabei könne dahinstehen, ob in der Erkrankung eines der beiden Geschäftsführer ein Fall höherer Gewalt liege. Denn auch im Fall einer Nachsichtgewährung hätte die beantragte Zahlungsberechtigung nicht erteilt werden können bzw. dürfen, weil der zugrundeliegende Zuschlag bereits aufgrund des Ablaufs der Realisierungsfrist zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlage endgültig und unwiderruflich erloschen gewesen sei. Eine Nachsichtgewährung bezüglich der versäumten Antragsfrist für die Zahlungsberechtigung ginge daher „ins Leere“. 40

Das Vorbringen der Beschwerdeführerin im nachgelassenen Schriftsatz vom 17.11.2023 führe zu keinem abweichenden Ergebnis. Zwar sei die Errichtung eines Netzanschlusses für eine Inbetriebnahme im Sinne des § 3 Nr. 30 EEG 2021 a.F. nicht erforderlich. Aus der vorgelegten Rechnung der Fertig GmbH vom 23.10.2023 ergebe sich indes, dass die 41

streitgegenständliche Solaranlage vor Ablauf der Realisierungsfrist am 22.07.2022 noch nicht an die entsprechenden Wechselrichter angeschlossen und noch nicht sämtliche Generatoranschlusskästen montiert gewesen seien. Ohne Montage der Generatoranschlusskästen könne indes die für eine Inbetriebnahme notwendige technische Betriebsbereitschaft nicht hergestellt werden, so dass die Anlage auch hiernach noch nicht im Sinne des § 3 Nr. 30 EEG 2021 a.F. in Betrieb genommen worden sei bzw. hätte in Betrieb genommen werden dürfen. Es sei auch nicht ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin infolge höherer Gewalt, etwa durch Lieferverzögerungen, gehindert gewesen sei, die Solaranlage fristgerecht in Betrieb zu nehmen. Sie habe auch nicht aufgezeigt, dass es bezüglich der zur Herstellung der technischen Betriebsbereitschaft erforderlichen Leistungen und Materialien zu von ihr nicht beeinflussbaren Verzögerungen oder Erschwernissen gekommen sei.

Der Beschwerdeführerin sei auch keine Nachsicht wegen eines unterbliebenen Hinweises auf den im EEG maßgeblichen Inbetriebnahme-Begriff zu gewähren. Auf den auf ihrer Internetseite bereitgestellten Informationen und weiterführenden Hinweisen zu den Grundzügen des Verfahrens zur Ausstellung einer Zahlungsberechtigung ergebe sich hinreichend deutlich und verständlich, dass das EEG eigenständige Regelungen zur Inbetriebnahme enthalte. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin sei sie nicht verpflichtet gewesen, im individuellen Zuschlagsschreiben auf die Abweichung des EEG-Inbetriebnahme-Begriffs vom allgemeinen Sprachgebrauch hinzuweisen. Die Unkenntnis gehe zu Lasten der Beschwerdeführerin. Angesichts der regelmäßig erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung des Zuschlags seien an Bieter bzw. Anlagenbetreiber hohe Sorgfaltsanforderungen zu stellen, die auch beinhalteten, sich mit den für die Förderung geltenden gesetzlichen Regelungen und den von ihr – der Bundesnetzagentur – auf ihrer Internetseite bereitgestellten, den Verfahrensablauf betreffenden Informationen vertraut zu machen, was die Beschwerdeführerin versäumt habe. 42

Eine Nachsichtgewährung komme schließlich auch nicht unter dem im Verhandlungstermin vom 27.09.2023 thematisierten Aspekt einer unzumutbaren wirtschaftlichen Härte in Betracht. Für die streitgegenständliche Solaranlage könne eine gesetzlich bestimmte Förderung von über 6,20 ct/kWh in Anspruch genommen werden. Darüber hinaus generiere die Anlage derzeit auch ohne Inanspruchnahme des Zuschlags Einnahmen. Nach dem Vorbringen der Beschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung solle sich die Solaranlage binnen 12 bis 13 Jahren amortisieren. Selbst bei Ansatz der Pönale sei dennoch nach 13 bis 14 Jahren mit der Amortisation zu rechnen. Bei einer Förderdauer von 20 Jahren und einer weiterlaufenden Anlage ohne Förderung sei dies kein unerträgliches Ergebnis. Eine Nachsichtgewährung in dieser Situation bedeutete vielmehr eine vollständige Abwälzung eines sich realisierenden unternehmerischen Risikos zu Lasten der Allgemeinheit. 43

Wegen des weiteren Vorbringens der Verfahrensbeteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen, die beigezogenen Verwaltungsvorgänge 625-1 8175-08-22-138 und 625-1 8175-08-01/045 sowie das Protokoll der Senatssitzung vom 27.09.2023 Bezug genommen. 44

B. 45

Die Beschwerden sind zulässig, aber unbegründet. 46

I. Die form- und fristgerecht eingelegten Beschwerden sind zulässig. 47

1. Die gegen die Entwertung des Zuschlags gerichtete Beschwerde (Antrag zu 2.) ist gemäß § 75 Abs. 1 Satz 1, § 78 Abs. 1 und Abs. 3, § 83 Abs. 2 Satz 1 EnWG als 48

Anfechtungsbeschwerde statthaft und auch im Übrigen zulässig.

a) Bei der mit Bescheid der Bundesnetzagentur vom 14.12.2022 erfolgten Zuschlagsentwertung handelt es sich um eine Entscheidung im Sinne des § 75 Abs. 1 Satz 1 EnWG und damit um einen mit der Anfechtungsbeschwerde angreifbaren Verwaltungsakt im Sinne des § 35 VwVfG (vgl. Senat, Beschl. v. 27.04.2022 – VI-3 Kart 87/21 [V], juris Rn. 32 ff.; Beschl. v. 18.01.2023 – VI-3 Kart 24/22 [V], juris Rn. 19). Zwar erlischt der Zuschlag bei Geboten im Rahmen von Ausschreibungen für Solaranlagen des zweiten Segments zum Gebotstermin 01.06.2021 – so wie hier – gemäß § 38f EEG 2021 in der am 26.07.2021 geltenden Fassung (nachfolgend: EEG 2021 a.F.; zum anwendbaren Recht sogleich näher unter II. 1. a)) kraft Gesetzes (vgl. BeckOK EEG/Lippert, 14. Ed. 01.11.2023, § 37d EEG 2023 Rn. 11 m.w.N.), soweit die Anlagen nicht innerhalb von 12 Monaten in Betrieb genommen worden sind oder soweit die Zahlungsberechtigung nach § 38g EEG 2021 a.F. nicht spätestens 14 Monate nach der öffentlichen Bekanntgabe des Zuschlags beantragt worden ist. § 35a Abs. 1 EEG 2021 a.F. verpflichtet die Bundesnetzagentur jedoch darüber hinaus aus Klarstellungsgründen (vgl. BT-Drs. 18/8860, S. 208; BeckOK EEG/Boewe/Nuys, a.a.O., § 35a EEG 2023 Rn. 4) zu einer Entwertung des Zuschlags, soweit dieser infolge Nichtrealisierung der Anlage erloschen ist (Nr. 1) oder sonst seine Wirksamkeit verloren hat (Nr. 4). Die für einen Verwaltungsakt erforderliche und insoweit auch ausreichende Regelungswirkung besteht insofern in der rechtsverbindlichen Feststellung der Rechtslage, dass der Zuschlag erloschen ist bzw. seine Wirksamkeit verloren hat (Senat, Beschl. v. 27.04.2022 – VI- 3 Kart 87/21 [V], juris Rn. 34; Beschl. v. 18.01.2023 – VI-3 Kart 24/22 [V], juris Rn. 19).

b) Aus Antragstellung, Beschwerdebeurteilung und dem sonstigen Beschwerdevorbringen ergibt sich, dass sich die Beschwerdeführerin in Bezug auf den Bescheid vom 14.12.2022 allein gegen die Entwertung des Zuschlags und nicht auch gegen den dort von der Bundesnetzagentur thematisierten Einbehalt der hinterlegten Sicherheit bzw. den Strafzahlungsanspruch (Pönale) des zuständigen Übertragungsnetzbetreibers, dessen Absicherung die hinterlegte Sicherheit dient, wendet, auch wenn ihre Beschwerden – wie sie selbst einräumt (vgl. Replik, S. 4) – letztlich auf die Auskehr der hinterlegten Sicherheit und damit das Entfallen der Pönale abzielen. Angesichts dessen kann offenbleiben, ob den die hinterlegte Sicherheit und den Strafzahlungsanspruch betreffenden Ausführungen der Bundesnetzagentur vorliegend überhaupt der Charakter eines selbstständig mit einer Anfechtungsbeschwerde angreifbaren Verwaltungsakts zukommt (vgl. dazu Senat, Beschl. v. 27.04.2022 – VI- 3 Kart 87/21 [V], juris Rn. 35 ff.).

2. Die gegen die mit Bescheid vom 06.12.2022 erfolgte Ablehnung des am 11.11.2022 eingegangenen Antrags auf Ausstellung einer Zahlungsberechtigung gerichtete Beschwerde (Antrag zu 1.) ist gemäß § 75 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1, § 78 Abs. 1 und Abs. 3, § 83 Abs. 4 EnWG als Verpflichtungsbeschwerde in Form der Vornahmebeschwerde statthaft und auch im Übrigen zulässig.

a) Die Beschwerdeführerin hat im Rahmen des zuvor durchgeführten Verwaltungsverfahrens die nunmehr begehrte Entscheidung (Erteilung einer Zahlungsberechtigung) erfolglos bei der Bundesnetzagentur beantragt (§ 75 Abs. 3 Satz 1 EnWG).

b) Sie ist auch beschwerdebefugt. Ausreichend, aber auch erforderlich ist insoweit, dass ein substantiierter Vortrag des Beschwerdeführers das Bestehen eines Rechts auf die begehrte Entscheidung als möglich erscheinen lässt. Die Beschwerdebefugnis fehlt nur dann, wenn ein Recht auf die begehrte Entscheidung offensichtlich nach keiner Betrachtungsweise bestehen kann (Senat, Beschl. v. 15.11.2023 – VI-3 Kart 192/23 [V], juris Rn. 37; BGH, Beschl. v.

24.05.2011 – EnVR 27/10, juris Rn. 15; Beschl. v. 15.05.2012 – EnVR 46/10, juris Rn. 16). Dies kann hier nicht festgestellt werden. Vielmehr ist es auf Grundlage des Beschwerdevorbringens nicht offensichtlich ausgeschlossen, dass der Beschwerdeführerin ein Anspruch auf die begehrte Zahlungsberechtigung zustehen kann. Ob der geltend gemachte Rechtsanspruch tatsächlich besteht, ist allein eine Frage der Begründetheit der Beschwerde (Senat, Beschl. v. 15.11.2023 – VI-3 Kart 192/23 [V], juris Rn. 38).

II. Beide Beschwerden haben jedoch in der Sache keinen Erfolg. 54

1. Dies gilt zunächst für die gegen die Entwertung des Zuschlags gerichtete Anfechtungsbeschwerde. Die Zuschlagsentwertung ist vielmehr zu Recht erfolgt. Die Voraussetzungen des insoweit maßgeblichen § 35a Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 38f EEG 2021 a.F. liegen vor. 55

a) Maßgeblich ist das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) in der am 26.07.2021 geltenden Fassung. 56

Gemäß § 100 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a und b EEG 2023 ist für Strom aus Anlagen, die – so wie hier – vor dem 01.01.2023 in Betrieb genommen worden sind (zum Inbetriebnahme-Begriff vgl. § 3 Nr. 30 EEG 2023) oder deren anzulegender Wert in einem Zuschlagsverfahren vor dem 01.01.2023 ermittelt worden ist, das EEG in der am 31.12.2022 geltenden Fassung anzuwenden. Dabei handelt es sich um das EEG 2021 (BeckOK EEG/Gordalla, a.a.O., § 100 EEG 2023 Rn. 27, 30; BT-Drs. 20/1630, S. 57 f., 209). 57

Nach § 100 Abs. 10 EEG 2021 in der am 31.12.2022 geltenden Fassung (nachfolgend: EEG 2021 n.F.) sind indes speziell für Gebote, die – so wie hier – in der Solarausschreibung des zweiten Segments zum Gebotstermin 01.06.2021 abgegeben worden sind, die Bestimmungen des EEG in der am 26.07.2021 geltenden Fassung anzuwenden (nachfolgend: EEG 2021 a.F.). Dabei handelt es sich um das EEG in der Fassung des „Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften“ vom 21.12.2020 (BGBl. Teil I Nr. 65, S. 3138 ff.), das die Ausgangsfassung des EEG 2021 darstellt (Salje, EEG 2021, 9. Aufl., § 100 Rn. 32). Art. 11 des die Ausgangsfassung abändernden „Gesetzes zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und zur Regelung reiner Wasserstoffnetze im Energiewirtschaftsrecht“ vom 16.07.2021 (BGBl. Teil I Nr. 47, S. 3026, 3063 ff.; nachfolgend: Unionsrechtsanpassungsgesetz) ist überwiegend erst am 27.07.2021 in Kraft getreten, weil die Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt am 26.07.2021 erfolgt ist (vgl. Art. 15 des Unionsrechtsanpassungsgesetzes; Salje, a.a.O., § 100 Rn. 32). 58

§ 100 Abs. 10 EEG 2021 n.F. enthält damit eine allein Solaranlagen des zweiten Segments für einen einzigen Gebotstermin, nämlich den 01.06.2021, betreffende Übergangsbestimmung (Salje, a.a.O., § 100 Rn. 32). Der Gesetzgeber folgt damit ausweislich der Gesetzesbegründung im Interesse der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes bei den Übergangsbestimmungen dem Grundsatz „altes Recht für alte Anlagen“ (BT-Drs. 19/31009, S. 28, 48; BerlKommEnR/Scholz, 5. Aufl., § 100 EEG 2021 Rn. 89; dazu ferner BT-Drs. 19/23482, 53 ff., 137 ff.). 59

b) Gemäß § 35a Abs. 1 EEG 2021 a.F. ist die Bundesnetzagentur verpflichtet, ohne dass ihr insoweit ein Ermessen zusteht, einen Zuschlag zu entwerten, soweit dieser nach Ablauf der Frist zur Realisierung der Anlage erlischt (Nr. 1). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt, weil der der Beschwerdeführerin erteilte Zuschlag gemäß § 38f Halbsatz 1 EEG 2021 a.F. mangels Inbetriebnahme der streitgegenständlichen Solaranlage innerhalb der 12- 60

monatigen Realisierungsfrist erloschen ist (vgl. dazu BerlKommEnR/Kerth, a.a.O., § 35a EEG 2021 Rn. 4, 7).

aa) Gemäß § 38f EEG 2021 a.F. erlischt der Zuschlag bei Geboten bei den Ausschreibungen für Solaranlagen des zweiten Segments, soweit die Anlagen nicht innerhalb von 12 Monaten in Betrieb genommen worden sind oder die Zahlungsberechtigung nach § 38g EEG 2021 a.F. nicht spätestens 14 Monate nach der öffentlichen Bekanntgabe des Zuschlags beantragt worden ist (materielle Ausschlussfrist). 61

Dabei hat der Gesetzgeber in § 38f EEG 2021 a.F. – abweichend von der für sonstige Solaranlagen geltenden 24-Monats-Frist (vgl. § 37d Nr. 2 EEG 2021 a.F.) – für Solaranlagen des zweiten Segments bewusst eine Realisierungsfrist von (lediglich) 12 Monaten festgelegt (vgl. BT-Drs. 19/23482, S. 31 f., 116). Bei der Bemessung hat er sich offenkundig an der durchschnittlichen, von ihm auf 12 Monate taxierten Realisierungsdauer für Solaranlagen des zweiten Segments orientiert. Hierbei handelt es sich gemäß § 3 Nr. 41b i.V.m. Nr. 4b EEG 2021 a.F. um Solaranlagen, die auf, an oder in einem Gebäude oder einer Lärmschutzwand errichtet werden und damit im Verhältnis zu Solaranlagen des ersten Segments (etwa Freiflächenanlagen, vgl. § 3 Nr. 41a i.V.m. Nr. 4a EEG 2021 a.F.) tendenziell kleiner sind. 62

Unabsehbaren oder vom Bieter nicht beeinflussbaren Risiken soll mithin in generalisierender Weise durch die Länge der Frist Rechnung getragen werden (vgl. auch Senat, Beschl. v. 27.04.2022 – VI-3 Kart 87/21 [V], juris Rn. 50 zu § 36e Abs. 1 EEG 2017). An diesem Regelungskonzept und insbesondere an der Länge der für Solaranlagen des zweiten Segments in § 38f EEG 2021 a.F. statuierten Realisierungs- und Antragsfrist hat der Gesetzgeber auch mit Blick auf die durch die Covid 19-Pandemie und den russischen Angriffskrieg auf die Ukraine hervorgerufenen Sondersituation festgehalten. 63

Für Zuschläge in den Solarausschreibungen des ersten Segments mit einem Gebotstermin in den Jahren 2021 und 2022 hat der Gesetzgeber dagegen mit dem durch das Unionsrechtsanpassungsgesetz vom 16.07.2021 neu eingefügten § 100 Abs. 11 EEG 2021 (BGBl. Teil I Nr. 47, S. 3026, 3072) – unter Verweis auf eine durch die Corona-Pandemie noch verstärkte Verzögerung bei der Aufstellung von Bauleitplänen – die Realisierungsfrist auf 32 Monate verlängert (vgl. BT-Drs. 19/31009, S. 28, 48; näher Salje, a.a.O., § 100 Rn. 33 ff.). 64

Des Weiteren hat der Gesetzgeber wegen pandemiebedingter Verzögerungen bei den für die Errichtung von Windenergieanlagen erforderlichen Prozessen mit dem ebenfalls durch das Unionsrechtsanpassungsgesetz neu eingefügten § 100 Abs. 12 EEG 2021 (BGBl. Teil I Nr. 47, S. 3026, 3072) für Bürgerenergiegesellschaften unter bestimmten Voraussetzungen eine Fristverlängerungsmöglichkeit von (weiteren) 12 Monaten vorgesehen (vgl. BT-Drs. 19/31009, S. 48; näher Salje, a.a.O., § 100 Rn. 39 ff.). 65

Im Gegensatz dazu hat der Gesetzgeber für Gebote, die in der Solarausschreibung des zweiten Segments zum Gebotstermin 01.06.2021 abgegeben worden sind, im Unionsrechtsanpassungsgesetz mit dem neu eingefügten § 100 Abs. 10 EEG 2021 (BGBl. Teil I Nr. 47, S. 3026, 3072) explizit die Fortgeltung der bisherigen Regelungen, einschließlich der Realisierungs- und Antragsfristen, statuiert (vgl. BT-Drs. 19/31009, S. 48; Salje, a.a.O., § 100 Rn. 32). In der Gesetzesbegründung heißt es insoweit: 66

„Zuschläge für Solaranlagen des zweiten Segments, die für den Gebotstermin 1. Juni 2021 erteilt werden, unterfallen weiter den Bestimmungen, die zum Zeitpunkt der Erteilung galten. Die Bieter dieser Runde, die bereits im April 2021 bekannt gemacht wurde, genießen 67

Ebenso wenig hat der Gesetzgeber in der Folge, etwa im „Gesetz zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien und weiterer Maßnahmen im Stromsektor“ vom 20.07.2022 (BGBl. Teil I Nr. 28, S. 1237 ff.; nachfolgend:

Sofortmaßnahmengesetz) Anlass gesehen, die Realisierungs- oder Antragsfristen für bereits bezuschlagte Solaranlagen des zweiten Segments in § 38f EEG 2021 a.F. zu verlängern, während er andererseits mit der durch Art. 1 Nr. 25 des Sofortmaßnahmengesetzes neu eingefügten Regelung in § 100 Abs. 15 EEG 2021 für vor dem 29.07.2022 bezuschlagte Windenergieanlagen an Land die Möglichkeit vorgesehen hat, die Realisierungsfrist wegen pandemie- und kriegsbedingter Lieferengpässe auf Antrag um 6 Monate zu verlängern (vgl. BT-Drs. 20/2656, S. 28).

bb) Vorliegend hat die Beschwerdeführerin die streitgegenständliche Solaranlage –unstreitig – nicht innerhalb der 12-monatigen Realisierungsfrist des § 38f Halbsatz 1 EEG 2021 a.F. im Sinne des § 3 Nr. 30 EEG 2021 a.F. in Betrieb genommen mit der Folge, dass der Zuschlag kraft Gesetzes erloschen ist. Die Veröffentlichung des Zuschlags erfolgte am 15.07.2021 auf der Internetseite der Bundesnetzagentur, so dass dieser gemäß § 35 Abs. 2 EEG 2021 a.F. mit Ablauf des 22.07.2021 als bekanntgegeben anzusehen ist. Die streitgegenständliche Solaranlage hätte daher spätestens mit Ablauf des 22.07.2022 in Betrieb genommen werden müssen, um die 12-monatige Realisierungsfristen zu wahren. Eine Inbetriebnahme erfolgte indes erst am 24.10.2022.

Darüber hinaus hat die Beschwerdeführerin auch die 14-monatige Frist für die Beantragung der Zahlungsberechtigung gemäß § 38f Halbsatz 2 EEG 2021 a.F. nicht gewahrt. Diese endete am 22.09.2022. Ihr Antrag ging erst am 11.11.2022 und damit nach Fristablauf bei der Bundesnetzagentur ein. Auf diesen Fristablauf kommt es indes nicht (mehr) entscheidungserheblich an, weil bereits die Nichteinhaltung der 12-monatigen Realisierungsfrist zum Erlöschen des Zuschlags und dessen obligatorischer Entwertung nach § 35a Abs. 1 EEG 2021 a.F. führt. Der Beachtung der 14-monatigen Antragsfrist des § 38 Halbsatz 2 EEG 2021 a.F. kommt insoweit lediglich dann selbstständige Bedeutung zu, wenn die Anlage rechtzeitig in Betrieb genommen wurde.

cc) Die Regelung in § 38f EEG 2021 a.F. ist unabhängig von einem Verschulden des Bieters bzw. Anlagenbetreibers. Es kommt es insoweit allein auf das objektive Vorliegen des Fristversäumnis an, um den Zuschlag zum Erlöschen zu bringen (vgl. auch Senat, Beschl. v. 27.04.2022 – VI-3 Kart 87/21 [V], juris Rn. 47 f.). Tatbestandsmäßig ist nicht nur die vollständig unterbliebene, sondern – so wie im Streitfall – insbesondere auch die nicht fristgerechte Inbetriebnahme oder Antragstellung (vgl. BT-Drs. 18/8860, S. 219 f., 236; ferner Herms/Leutritz/Richter, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Henning/Schomerus, EEG, 5. Aufl., § 55 Rn. 7 m.w.N.; Frenz, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Henning/Schomerus, a.a.O., § 37d Rn. 9). § 38f EEG 2021 a.F. zielt in Verbindung mit § 55 Abs. 3 EEG 2021 a.F. (Pönale) darauf, die bezuschlagten Bieter von Solaranlagen des zweiten Segments durch die Vorgabe klar definierter Zeiträume für die Inbetriebnahme und die Beantragung der Zahlungsberechtigung sowie die im Falle der Nichterfüllung drohende Strafzahlung zu einer vollständigen und fristgerechten Realisierung der geplanten Projekte anzuhalten (vgl. BT-Drs. 18/8860, S. 219 f., 236). Insbesondere setzt auch der Anfall der Pönale – ebenso wie der nach § 35a Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4, § 38f EEG 2021 a.F. maßgebliche Fristablauf – kein Verschulden des Bieters voraus (vgl. auch Senat, Beschl. v. 27.04.2022 – VI-3 Kart 87/21 [V], juris Rn. 47 f., 69, 71 m.w.N.).

dd) Die Bundesnetzagentur war im Streitfall – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – auch nicht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ausnahmsweise gehindert, sich auf den Ablauf der 12-monatigen, verschuldensunabhängigen Realisierungsfrist in § 38f Halbsatz 1 EEG 2021 a.F. zu berufen. Der Beschwerdeführerin ist insofern aufgrund der konkreten, einzelfallbezogenen Umstände keine Nachsicht hinsichtlich des Fristversäumnisses zuzubilligen.

(1) Bei den in § 38f EEG 2021 a.F. genannten Fristen handelt es sich jeweils um materielle Ausschlussfristen, d.h. um materiell-rechtliche, von einem Verschulden des Bieters bzw. Zuschlagsempfängers unabhängige Fristen. Dies ergibt sich insoweit eindeutig aus dem Klammerzusatz am Ende des Normtextes („materielle Ausschlussfrist“). Unter materiell-rechtlichen Ausschlussfristen versteht man vom materiellen Recht gesetzte Fristen, deren Nichteinhaltung den Verlust einer materiell-rechtlichen Rechtsposition zur Folge hat. Sie sind für Behörden und Beteiligte gleichermaßen verbindlich und stehen nicht zur Disposition der Verwaltung oder der Gerichte (BGH, Beschl. v. 13.12.2016 – EnVR 34/15, juris Rn. 41). In diese Fristen kann keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 32 Abs. 5 VwVfG gewährt werden (BGH, Beschl. v. 26.02.2019 – EnVR 24/18, juris Rn. 9, 19; Beschl. v. 01.09.2020 – EnVR 104/18, juris Rn. 16; vgl. auch Baumann/Strauß, in: Baumann/Gabler/Günther, EEG, 1. Aufl., § 37d Rn. 8 a.E.; ferner Salje, a.a.O., § 37d Rn. 3, 4).

73

(2) In der Rechtsprechung ist allerdings anerkannt, dass sich Behörden unter bestimmten engen Voraussetzungen nicht auf den Ablauf einer die weitere Rechtsverfolgung abschneidenden oder die Anspruchsberechtigung vernichtenden Ausschlussfrist berufen dürfen. Diese Ausnahmen lassen sich indes nicht allgemeingültig, sondern nur im Einklang mit dem Regelungsbereich, in dem die Ausschlussfrist wirkt, und mit Blick auf ihre dortige Funktion bestimmen. Eine solche Ausnahme kommt 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 zweitens durch die Berücksichtigung der verspäteten Handlung der Zweck des Gesetzes nicht verfehlt wird (vgl. BVerwG, Urt. v. 28.03.1996 – 7 C 28/95, Juris Rn. 17; Urt. v. 10.12.2013 – 8 C 25/12, Juris Rn. 30 f.; Urt. v. 19.11.2015 – 2 C 48/13, Juris Rn. 15; Urt. v. 10.11.2016 – 8 C 11/15, Juris Rn. 22; OVG Münster, Beschl. v. 12.10.2017 – 4 A 2395/15, Juris Rn. 3; Senat, Beschl. v. 27.04.2022 – VI-3 Kart 87/21 [V], juris Rn. 53 ff.).

74

In diesen Fällen ist es den Behörden ausnahmsweise nach dem Rechtsgedanken der §§ 162, 242 BGB verwehrt, sich auf die Versäumnis einer die Rechtsverfolgung hindernden oder die Anspruchsberechtigung vernichtenden Ausschlussfrist zu berufen, weil sie die Wahrung der Frist durch eigenes Fehlverhalten treuwidrig verhindert haben (BVerwG, Urt. v. 18.04.1997 – 8 C 38/95, Juris Rn. 17 m.w.N.). Insoweit wird entsprechend dem Rechtsgedanken des § 162 BGB die Antragstellung oder sonstige Handlung zu dem Zeitpunkt fingiert, zu dem sie ohne die zur Verfristung führenden Umstände rechtzeitig gestellt worden wäre, so dass die Ausschlussfrist in einem solchen Fall als gewahrt anzusehen ist (BVerwG, ebenda; Bayerischer VGH, Beschl. v. 19.01.2011 – 19 B 10.2714, juris Rn. 25 f. m.w.N.; Huck, in: Huck/Müller, VwVfG, 3. Aufl., § 32 Rn. 33b).

75

(3) Ein derartiger Ausnahmefall liegt hier jedoch nicht vor. Die Nichtwahrung der 12-monatigen Realisierungsfrist gemäß § 38f Halbsatz 1 EEG 2021 a.F. ist vielmehr auch unter Zugrundelegung der vorgenannten Rechtsprechung beachtlich. Es fehlt bereits an einem für die Fristversäumnis kausalen staatlichen Fehlverhalten. Auch unter anderen Aspekten kommt

76

eine Nachsichtgewährung vorliegend nicht in Betracht.

(a) Die Beschwerdeführerin wurde in Person des geschäftsführenden Gesellschafters Y in den dem Zuschlagsschreiben vom 19.07.2021 beigefügten „Weitergehenden Informationen“ unter der (Zwischen-)Überschrift „Realisierungsfrist“ ausdrücklich auf die gemäß § 38f EEG 2021 a.F. zu beachtenden Fristen, ihren Charakter als materielle Ausschlussfrist und die Rechtsfolge der Zuschlagsentwertung im Falle der Fristversäumnis unterrichtet. Darüber hinaus sind der Beschwerdeführerin explizit das für den Fristbeginn maßgebliche Datum der Zuschlagsbekanntgabe (22.07.2021) und das Enddatum für die Inbetriebnahme der Anlage (22.07.2022) mitgeteilt worden. Dass keine explizite Information über das Fristende für den Antrag auf Ausstellung einer Zahlungsberechtigung erfolgt ist, ist im Streitfall bereits deswegen unschädlich, weil bereits die Nichteinhaltung der mit 12 Monaten zeitlich kürzeren Realisierungsfrist zum automatischen Erlöschen des Zuschlags führt und schon diese nicht gewahrt worden ist. Im Übrigen hätte die Beschwerdeführerin anhand der ihr mitgeteilten Informationen und Daten das Fristende für den Antrag auf Erteilung einer Zahlungsberechtigung (22.09.2022) unschwer selbst ermitteln können.

77

(b) Dass in dem Zuschlagsschreiben und auch sonst seitens der Bundesnetzagentur kein Hinweis auf die im Fall einer Entwertung von mehr als 5 % der bezuschlagten Gebotsmenge drohende Strafzahlung (Pönale) nach § 55 Abs. 3 EEG 2021 a.F. erfolgte, ist ebenfalls nicht geeignet, eine Nachsichtgewährung zu begründen. Es fehlt an einer entsprechenden normativen Verpflichtung der Bundesnetzagentur, die Bieter hierüber aufzuklären. Eine solche ergibt sich insbesondere auch nicht aus den von der Beschwerdeführerin angeführten Fundstellen (Replik, S. 5), die sich allesamt auf die insoweit nicht einschlägige Regelung in § 73 Abs. 1 Satz 1 EnWG beziehen, wonach Entscheidungen der Regulierungsbehörde zu begründen und mit einer Belehrung über das zulässige Rechtsmittel den Beteiligten nach den Vorschriften des Verwaltungszustellungsgesetzes zuzustellen sind. Gläubiger der Pönale ist gemäß § 55 Abs. 3 Satz 1 EEG 2021 a.F. zudem der regelzonenverantwortliche Übertragungsnetzbetreiber und nicht die Bundesnetzagentur (dazu auch Senat, Beschl. v. 27.04.2022 – VI-3 Kart 87/21 [V], juris Rn. 36, 62 ff. m.w.N.).

78

Hinzu kommt, dass es sich bei dem Anfall der Pönale lediglich um die – mittelbare – Folge des Versäumens der in § 38f EEG 2021 a.F. genannten Fristen handelt. Denn die Strafzahlung nach § 55 Abs. 3 EEG 2021 a.F. knüpft primär an die Entwertung des Zuschlags nach § 35a EEG 2021 a.F. an. Der Senat verkennt dabei nicht, dass der Anfall der Strafzahlung für die Bieter wegen ihrer Höhe und der damit einhergehenden wirtschaftlichen Belastung – auch aus Sicht des Gesetzgebers – ein wichtiger Faktor ist. Mit der Pönale soll erreicht werden, dass die Bieter einen erhöhten wirtschaftlichen Anreiz haben, sich um eine fristgerechte Inbetriebnahme der geplanten Anlagen und Ausstellung der Zahlungsberechtigungen für diese Anlagen zu bemühen (vgl. BT-Drs. 18/8860, S. 219 f., 236; ferner Senat, a.a.O., Rn. 71 m.w.N.).

79

Die Beschwerdeführerin hätte sich angesichts der durch die Erfordernisse der Massengeschäftstauglichkeit bedingten weitgehenden Formalisierung des Verfahrens und der regelmäßig erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung des Zuschlags eigenständig – gegebenenfalls unter Inanspruchnahme fachkundiger Hilfe – mit den für die Förderung geltenden Regularien, einschließlich den hierzu von der Bundesnetzagentur auf ihrer Internetseite bereitgestellten, den Verfahrensablauf betreffenden Informationen, und den im Falle der Nichtbeachtung drohenden Sanktionen vertraut machen müssen (vgl. auch Senat, Beschl. v. 05.09.2018 – VI-3 Kart 69/17 [V], juris Rn. 74 f.). Dies hat sie ersichtlich nicht getan, wie sich nicht zuletzt an der E-Mail-Anfrage ihres geschäftsführenden Gesellschafters

80

X vom 07.11.2022, mit der er sich bei der Bundesnetzagentur nach den Modalitäten für die Rücküberweisung der gezahlten ... Euro (Sicherheitsleistung und Gebühren) erkundigte, und der sich daran anknüpfenden weiteren E-Mail-Kommunikation zeigt.

(c) Aus den vorgenannten Gründen führt – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – auch der Umstand, dass die Strafzahlungsregelung in § 55 EEG im Zeitraum zwischen dem 29.05.2020 und dem 01.01.2023 mehrfach geändert wurde, nicht dazu, dass der Beschwerdeführerin wegen einer vermeintlichen Undurchsichtigkeit der Rechtslage Nachsicht zu gewähren wäre bzw. die Versäumung der 12-monatigen Realisierungsfrist in § 38f Halbsatz 1 EEG 2021 a.F. insoweit unbeachtlich ist. 81

(d) Es bestand – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – auch keine Verpflichtung der Bundesnetzagentur sie, die Beschwerdeführerin, im Zuschlagsschreiben vom 19.07.2021 oder an anderer Stelle in geeigneter Weise auf die Besonderheiten des im EEG geltenden Begriffs der Inbetriebnahme wegen dessen vermeintlicher Abweichungen vom allgemeinen Sprachgebrauch hinzuweisen. 82

(aa) Die Beschwerdeführerin hat insoweit in ihrem nachgelassenen Schriftsatz vom 17.11.2023 (dort S. 1 f., 3) – anknüpfend an die seitens der Vertreter der Bundesnetzagentur im Senatstermin getätigten Aussage, dass zu prüfen sei, ob ein Trafo für die Inbetriebnahme einer Solaranlage überhaupt erforderlich sei – vorgetragen, dass sie bei (genauer) Kenntnis des für das EEG maßgeblichen Inbetriebnahme-Begriffs sichergestellt hätte, dass die technische Betriebsbereitschaft sämtlicher Module der Solaranlage bereits im April 2022 hergestellt worden wäre. Im April 2022 seien bereits alle notwendigen Wechselrichter vor Ort gewesen; diese hätten auch montiert und mit den Strings der bereits vollständig montierten Module der Solaranlage verbunden werden können. Die Beschwerdeführerin geht mithin mit der Bundesnetzagentur (vgl. deren Schriftsatz vom 14.12.2023, S. 2 f.) – nunmehr – davon aus, dass der Anschluss an einen Transformator (Trafo- bzw. MS-Station) für eine Inbetriebnahme im Sinne des § 3 Nr. 30 Halbsatz 1 EEG 2021 a.F. nicht erforderlich sei, weil diese Komponente lediglich für die Netzeinspeisung benötigt werde. 83

(bb) Ob dieser Ansicht zum Inbetriebnahme-Begriff in § 3 Nr. 30 EEG 2021 a.F. zu folgen ist, kann vorliegend dahinstehen (uneindeutig, lediglich die Mitwirkung des Netzbetreibers bzw. das Erfordernis einer Netzeinspeisung verneinend: BerlKommEnR/Schumacher, a.a.O., § 3 EEG 2021 Rn. 149; BeckOK EEG/Hahn, a.a.O., § 3 Nr. 30 EEG 2023 Rn. 4; Salje, a.a.O., § 3 Rn. 156, 158; Richthofen, in: Baumann/Gabler/Günther, a.a.O., § 3 Rn. 237; Palme, in: Palme, Klimaschutzrecht für Wirtschaft und Kommunen, 1. Aufl., 2. Teil 1. Kap. A. V. Rn. 166; Wernsmann, in: Düsing/Martinez, Agrarrecht, 2. Aufl., § 3 EEG Rn. 103; weitergehend: Reshöft, in: Reshöft/Schäfermeier, EEG, 4. Aufl., § 3 Rn. 79; Oschmann, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 4. Aufl., § 3 Rn. 116 Hennig/von Bredow/Valentin, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Henning/Schomerus, a.a.O., § 3 Rn. 183, die fordern, dass der Anlagenbetreiber (zumindest) alle auf seiner Seite zur Herstellung des Netzanschlusses erforderlichen Maßnahmen getroffen haben muss, wozu neben dem Verlegen der Netzanschlussleitung u.U. auch die Errichtung einer Übergabestation gehören kann). Selbst wenn man mit der Bundesnetzagentur den Anschluss an einen Transformator (Trafo- bzw. MS-Station) zur Herstellung der technischen Betriebsbereitschaft einer Solaranlage und deren (erstmaliger) Inbetriebsetzung für nicht erforderlich erachtete, führt dieser Befund vorliegend nicht dazu, dass der Beschwerdeführerin Nachsicht hinsichtlich der versäumten Realisierungsfrist aus § 38f Halbsatz 1 EEG 2021 a.F. zu gewähren ist, da es an einer normativen Verpflichtung der Bundesnetzagentur fehlt, die Bieter hierüber bzw. über den maßgeblichen EEG-Inbetriebnahme-Begriff aufzuklären. 84

(e) Eine Nachsichtgewährung ist – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – auch nicht wegen (vermeintlichen) Entfallens des Sicherungszwecks für die in Höhe von ... Euro hinterlegte Sicherheit angezeigt. Dies folgt insbesondere nicht daraus, dass im Zuge der mit Art. 11 Nr. 39 Buchst. b des Unionsrechtsanpassungsgesetzes vom 16.07.2021 (BGBl. Teil I Nr. 47, S. 3026, 3068) erfolgten Neufassung des § 55 EEG 2021 auch der die Strafzahlungspflicht beinhaltende Abs. 3 wegen der erfolgten Umstellung des Verfahrens bei Geboten für Solaranlagen des zweiten Segments nach Zuschlagserteilung aufgehoben worden ist.

85

(aa) Der Gesetzgeber hat zwar mit dem Unionsrechtsanpassungsgesetz vom 16.07.2021 bei Solaranlagen des zweiten Segments einen generellen Systemwechsel vollzogen: Eine Strafzahlung ist für diese Anlagen nicht mehr vorgesehen, weshalb § 55 Abs. 3 EEG 2021 entfallen ist. Für diese Anlagen hat der sog. „Projektsicherungsbetrag“ nach § 38d EEG 2021, der im Verhältnis zur vorherigen Sicherheitsleistung um die Hälfte je kWh reduziert ist, die Rolle der Pönale übernommen (Salje, a.a.O., § 38d Abs. 1 Rn. 1, § 55 Rn. 17). Freilich zielt auch der Projektsicherungsbetrag darauf ab, einen Anreiz zur Erzwingung von Vertragstreue zu setzen. Allerdings wird der Projektsicherungsbetrag nur dann nicht erstattet, wenn überhaupt keine Inbetriebnahme der Anlage erfolgt (vgl. § 38d Abs. 6 EEG 2021 n.F.; dazu Salje, a.a.O., § 38d Rn. 1, 9). Das Zahlungsberechtigungsverfahren ist für Solaranlagen des zweiten Segments zur Bürokratieentlastung komplett entfallen (Aufhebung der §§ 38h, 38i EEG 2021 a.F.; dazu Salje, a.a.O., § 38f Rn. 1; BT-Drs. 19/31009, S. 37). Ein Erlöschen des Zuschlags bei Nichtrealisierung sowie bei verspätetem Antrag auf die Zahlungsberechtigung ist gemäß § 37d EEG 2021 n.F. nur noch für Solaranlagen des ersten Segments vorgesehen (Salje, a.a.O., § 38f Rn. 1). Die Realisierungsfristen für Solaranlagen des zweiten Segments entfallen dagegen. Der Anreiz zur Realisierung besteht nunmehr darin, dass nur die Anlagen, die schnell in Betrieb genommen werden, die maximale Förderdauer ausschöpfen können, wofür § 38g EEG 2021 n.F. gesonderte Bestimmungen zum Ende des Förderzeitraums enthält (BT-Drs. 19/31009, S. 37; Salje, a.a.O., § 38g Rn. 3 ff.).

86

Allerdings hat dieser Systemwechsel keine Konsequenzen für das auf Solaranlagen des zweiten Segments zum Gebotstermin 01.06.2021 anzuwendende Regelungsregime. Insbesondere führt die mit dem Unionsrechtsanpassungsgesetz vollzogene Systemumstellung, namentlich das Entfallen von Realisierungs- und Antragsfristen sowie von Sicherheit und Pönale für Solaranlagen des zweiten Segments, nicht dazu, dass der Beschwerdeführerin unter diesem Aspekt Nachsicht hinsichtlich der versäumten Realisierungsfrist aus § 38f Halbsatz 1 EEG 2021 a.F. zu gewähren und sie damit zugleich vor einer ansonsten drohenden Strafzahlung aus § 55 Abs. 3 EEG 2021 a.F. zu bewahren ist. Denn der Gesetzgeber hat gemäß § 100 Abs. 10 EEG 2021 n.F. für Solaranlagen des zweiten Segments mit Geboten zum Gebotstermin 01.06.2021 ausdrücklich die Fortgeltung des „alten Rechts“ angeordnet (s.o. B. II. 1. a)) mit der Folge, dass das neue Regelungsregime auf die streitgegenständliche Solaranlage gerade (noch) keine Anwendung findet und dementsprechend auch eine an den Systemwechsel für Solaranlagen des zweiten Segments anknüpfende Nachsichtgewährung ausscheiden muss. Zumal der Gesetzgeber mit dem durch Art. 1 Nr. 25 Buchst. b des Sofortmaßnahmengesetzes vom 20.07.2022 (BGBl. Teil I Nr. 28, S. 1237, 1244) in § 100 Abs. 10 EEG 2021 angefügten Satz 2 deutlich gemacht hat, dass – wegen der seinerzeit noch ausstehenden beihilferechtlichen Genehmigung durch die Europäische Kommission – auch auf die für Solaranlagen des zweiten Segments im Gebotstermin 01.12.2021 erteilten Zuschläge das EEG 2021 a.F. Anwendung findet, indem er den Abs. 10 des § 100 EEG 2021 dahingehend ergänzt hat, dass der die Verpflichtung zur Pönalzahlung beinhaltende § 55 Abs. 3 EEG a.F. auch auf Zuschläge anzuwenden ist, die in der Ausschreibung für Solaranlagen des zweiten Segments

87

zum Gebotstermin 01.12.2021 erteilt wurden (vgl. Senat, Beschl. v. 17.01.2024 – VI-3 Kart 211/23 [V], unter B. II. 2. a) cc) n.v.; dazu ferner BT-Drs. 20/2580/S. 37; BT-Drs. 20/2656, S. 26).

(bb) Vor diesem Hintergrund ist – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – auch der Sicherungszweck für die von ihr in Höhe von ... Euro hinterlegte Sicherheit nicht entfallen. Dieser besteht gemäß § 31 Abs. 1 Satz 2 EEG 2021 a.F. darin, die jeweiligen Forderungen der Übertragungsnetzbetreiber auf die Pönalen nach § 55 EEG 2021 a.F. zu sichern. Diese sollen die Bieter dazu anhalten, ihre Anlagen zügig und im geplanten Umfang zu realisieren. Ferner sollen sie die Ernsthaftigkeit und Verbindlichkeit des Verhaltens der Bieter sicherstellen (BT-Drs. 18/8860, S. 235 f.; vgl. zum Ganzen ferner BeckOK EEG/von Oppen, 12. Ed. 14.06.2022, § 55 EEG 2021 Rn. 2; Salje, a.a.O., § 55 Rn. 2 ff.; ferner Senat, Beschl. v. 27.04.2022 – VI-3 Kart 87/21 [V], juris Rn. 71 f.). Einer Pönalisierung ist dabei nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers nicht nur die vollständig unterbliebene, sondern gerade auch die – so wie hier – nicht fristgerechte Realisierung unterworfen (BT-Drs. 18/8860, S. 219 f., 236; Herms/Leutritz/Richter, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Henning/Schomerus, a.a.O., § 55 Rn. 7 m.w.N.; s.o. B. II. 1. b) cc)).

88

(cc) Etwas anders folgt auch nicht daraus, dass die in § 100 Abs. 10 EEG 2021 n.F. angeordnete Fortgeltung des „alten Rechts“ (lediglich) aus Gründen des Vertrauensschutzes erfolgt ist (vgl. BT-Drs. 19/31009, S. 48; Senat, Beschl. v. 17.01.2024 – VI-3 Kart 211/23 [V], unter B. I. 2. a) aa) (3) n.v.; s.o. B. II. 1. a) und b) aa)), während das neue Recht in vielerlei Hinsicht für den Bieter günstiger ist. Hierbei handelt es sich indes um eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung, die nicht durch eine „großzügige“ bzw. „ausufernde“ Anwendung der für eine Nachsichtgewährung anerkannten Maßstäbe konterkariert werden kann bzw. darf.

89

(f) Die Beschwerdeführerin hat auch weder aufgezeigt noch ist dies sonst ersichtlich, dass Bietern für Solaranlagen des zweiten Segments mit den in § 38f EEG 2021 a.F. geregelten Fristen, insbesondere der 12-monatigen Realisierungsfrist, in Anbetracht der Auswirkungen (Lieferengpässe und Rohstoffknappheit) der Covid 19-Pandemie und des russischen Angriffskriegs auf die Ukraine auf die Lieferketten für Solaranlagen und deren Komponenten etwas Unmögliches oder Unzumutbares (zur Nachsichtgewährung wegen höherer Gewalt vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 23.04.1985 – 9 C 7/85, juris Rn. 14 ff.; ferner Urt. v. 29.04.2004 – 3 C 27/03, juris Rn. 11 ff. m.w.N.) abverlangt worden wäre. Dies gilt auch eingedenk des Umstands, dass der Gesetzgeber vor dem Hintergrund dieser Umstände teilweise (etwa bei Solaranlagen des ersten Segments und bestimmten Windenergieanlagen) die Realisierungsfristen verlängert bzw. zumindest eine antragsgestützte Fristverlängerungsmöglichkeit geschaffen hat (s.o. B. II. 1. b) aa)).

90

(aa) Vielmehr haben die Vertreter der Bundesnetzagentur in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auf entsprechende Nachfrage glaubhaft dargetan, dass die Realisierungsquote für den Gebotstermin 01.06.2021 bei immerhin 74 % gelegen habe und damit relativ hoch gewesen sei. Dass sich dies für die Beschwerdeführerin möglicherweise auch aufgrund der von ihr für die Erstellung der Solaranlage konkret ausgewählten und beauftragten Unternehmen namentlich hinsichtlich der Trafo- bzw. MS-Station anders dargestellt haben mag, führt zu keinem anderen Ergebnis bzw. kann für sich genommen angesichts des § 38f EEG 2021 a.F. zugrundeliegenden Regelungskonzepts (s.o. B. II. 1. b) aa)) keine Nachsichtgewährung rechtfertigen. Hinzu kommt, dass die Ausschreibungsrunde trotz der im Vorfeld bekannten pandemie- und kriegsbedingten Lieferengpässe/-verzögerungen laut Auskunft der im Senatstermin anwesenden Vertreter der Bundesnetzagentur überzeichnet

91

gewesen sei.

(bb) Wenn man der Auffassung der Bundesnetzagentur folgt, dass für eine Inbetriebnahme der Solaranlage im Sinne des § 3 Nr. 30 EEG 2021 a.F. der Anschluss an einen Transformator (Trafo- bzw. MS-Station) wegen dessen Bezugs zur Netzeinspeisung nicht erforderlich sei (s.o. B. II. 1. b) dd) (3) (b) (d)), kommt es auf die seitens der Beschwerdeführerin bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung am 27.09.2023 behauptete Unmöglichkeit einer Inbetriebnahme innerhalb der 12-monatigen Realisierungsfrist des § 38f Halbsatz 1 EEG 2021 a.F. aufgrund von Lieferengpässen und Rohstoffknappheit ohnehin nicht (mehr) entscheidungserheblich an. Denn nach dem Vorbringen der Beschwerdeführerin im nachgelassenen Schriftsatz vom 17.11.2023 wäre ihr eine Inbetriebnahme der Solaranlage ohne die Trafo- bzw. MS-Station bis zum 22.07.2022 ohne weiteres möglich gewesen (s.o. B. II. 1. b) dd) (3) (b) (d) (bb)).

(g) In Anbetracht des ausdrücklich manifestierten Willens des Gesetzgebers, für Solaranlagen des zweiten Segments mit dem Gebotstermin 01.06.2021 an dem bisherigen Regelungskonzept und damit auch an dem in § 38f EEG 2021 a.F. normierten Fristenregime festzuhalten und für diese Solaranlagen – auch im Hinblick auf die spezielle Pandemielage und den Ukrainekrieg – keine Verlängerung(-smöglichkeit) der Realisierungs- und Antragsfristen vorzusehen (s.o. B. II. 1. b) aa)), scheidet auch eine Korrektur des gefundenen Ergebnis durch eine erweiternde Auslegung, Analogiebildung oder richterliche Rechtsfortbildung (vgl. dazu etwa BVerfG, Beschl. v. 26.09.2011 – 2 BvR 2216/06, juris Rn. 55 ff.; Beschl. v. 23.05.2016 – 1 BvR 2230/15 u.a., juris Rn. 48 ff. m.w.N.) aus.

(ee) Da bereits eine Nachsichtgewährung in die Realisierungsfrist ausscheidet, bedarf die Frage, ob und inwieweit dies auch hinsichtlich der Antragsfrist für die Zahlungsberechtigung gemäß § 38f Halbsatz 2 EEG 2021 a.F. in Betracht kommt, keiner Entscheidung, weil bereits die Nichteinhaltung der Realisierungsfrist gemäß § 38f Halbsatz 1 EEG 2021 a.F. zum Erlöschen des Zuschlags führt, an den wiederum die obligatorische Zuschlagsentwertung nach § 35a Abs. 1 Nr. 1 EEG 2021 a.F. anknüpft (s.o. B. II. 1. b) bb)).

c) Es wird seitens der Beschwerdeführerin auch weder belastbar aufgezeigt noch ist dies sonst erkennbar, dass die mit dem Erlöschen (§ 38f EEG 2021 a.F.) und der Entwertung des Zuschlags (§ 35a EEG 2021 a.F.) grundsätzlich verknüpften Rechtsfolgen – Wegfall eines potentiellen Anspruchs auf finanzielle Förderung sowie Anfall einer Pönale (Herms/Leutritz/Richter, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Henning/Schomerus, a.a.O., § 35a Rn. 4; vgl. auch Baumann/Strauß, in: Baumann/Gabler/Günther, a.a.O., § 37d Rn. 7) – im Streitfall zu einem mit Treu und Glauben unvereinbaren oder sonst unzumutbaren Ergebnis führen. Darauf hat auch die Bundesnetzagentur in ihrem Schriftsatz vom 14.12.2023 (dort S. 3 f.), dem die Beschwerdeführerin nicht entgegengetreten ist, zu Recht hingewiesen.

Dies ergibt sich u.a. daraus, dass gemäß § 22 Abs. 3 Satz 2 EEG 2021 a.F. Solaranlagen mit einer installierten Leistung bis einschließlich 750 kW – so wie hier – von dem Erfordernis ausgenommen sind, dass die Ansprüche nach § 19 Abs. 1 EEG 2021 a.F. für den in der Anlage erzeugten Strom nur bestehen, solange und soweit eine von der Bundesnetzagentur ausgestellte Zahlungsberechtigung für die Anlage wirksam ist. Das heißt, dass bei diesen (kleineren) Solaranlagen eine Förderung auch ohne Zahlungsberechtigung erfolgen kann.

2. Die auf Erteilung einer Zahlungsberechtigung gerichtete Verpflichtungsbeschwerde hat in der Sache ebenfalls keinen Erfolg. Die Bundesnetzagentur hat den diesbezüglichen Antrag der Beschwerdeführerin vom 09.11.2022 mit dem angefochtenen Bescheid vom 06.12.2022 zu Recht abgelehnt.

Die verspätete Inbetriebnahme der streitgegenständlichen Solaranlage hat gemäß § 38f Halbsatz 1 EEG 2021 a.F. kraft Gesetzes zum Erlöschen des Zuschlags geführt mit der Folge, dass der Zuschlag nicht mehr valuiert und damit für EEG-Förderzwecke unbrauchbar ist (Salje, a.a.O., § 37d Rn. 2). Grundvoraussetzung für die Erteilung einer Zahlungsberechtigung für Solaranlagen des zweiten Segments gemäß § 38g EEG 2021 a.F. ist, dass der zugrundeliegende Zuschlag seine Wirksamkeit behalten hat und nicht von der Bundesnetzagentur nach § 35a EEG 2021 a.F. rechtmäßig entwertet wurde (vgl. auch Frenz, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Henning/Schomerus, a.a.O., § 38 Rn. 1, § 38a Rn. 4; BT-Drs.18/8860, S. 220 zu § 38a EEG 2016). Dies ist hier jedoch – wie ausgeführt – der Fall. Dementsprechend besteht im Streitfall auch kein Anspruch auf Neuerteilung einer Zahlungsberechtigung.

C. 99

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 Auslagen der Bundesnetzagentur aufzuerlegen. 100

II. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO und der von Senat in ständiger Rechtsprechung bei Streitigkeiten in Ausschreibungsverfahren nach dem EEG für Solaranlagen verwendeten Berechnungsformel, die vorliegend entsprechende Anwendung findet (vgl. etwa Senat, Beschl. v. 18.01.2023 – VI-3 Kart 24/22 [V], juris Rn. 49): 101

Gebotspreis (in Euro/kWh) x produzierte Strommenge in kWh/a (Anlagengröße kWp x 900 h/a Vollast) x 20 (Förderdauer in Jahren) x 0,05 (angenommener Gewinn) 102

Hieraus ergibt sich im Streitfall folgende Berechnung: 103

0,0735 Euro/kWh x ... kWp x 900 h/a x 20 x 0,05 = ... Euro 104

Der errechnete Betrag von ... Euro ist bis zur Verfahrensverbindung zweifach in Ansatz zu bringen (... Euro), weil die Beschwerdeführerin sowohl die Entwertung des Zuschlags als auch die Ablehnung des Antrags auf Zahlungsberechtigung mit selbstständigen Beschwerden angegriffen hat. Wegen der wirtschaftlichen Identität der Beschwerdegegenstände reduziert sich der Beschwerdewert indes ab der Verfahrensverbindung auf den einfachen Betrag (... Euro). Denn beide Beschwerdegegenstände sind darauf gerichtet, die Beschwerdeführerin in wirtschaftlicher Hinsicht so zu stellen, wie sie bei fristgerechter Realisierung und Beantragung der Zahlungsberechtigung stehen würde. 105

Da die Rückzahlung der hinterlegten Sicherheit von ... Euro bzw. die in dieser Höhe drohende Strafzahlung (Pönale) nicht streitgegenständlich sind (s.o. B. I. 1. b)), hat dieser Betrag bei der Festlegung des Beschwerdewerts außer Betracht zu bleiben. 106

D. 107

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung nicht zugelassen, weil die streitentscheidenden Rechtsfragen weder grundsätzliche Bedeutung haben (§ 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG), noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs erfordert (§ 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG). 108

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. Auf die Pflicht zur elektronischen Einreichung durch professionelle Einreicher/innen ab dem 01.01.2022 durch das Gesetz zum Ausbau des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10.10.2013, das Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 05.07.2017 und das Gesetz zum Ausbau des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 05.10.2021 wird hingewiesen. Die elektronische Form wird durch die Einreichung eines elektronischen Dokuments gewahrt, das für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist und von der verantwortenden Person qualifiziert elektronisch signiert ist und auf einem zugelassenen elektronischen Übermittlungsweg gemäß § 4 Abs. 1 der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung - ERRV) oder von ihr selbst auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht wird. Weitere Voraussetzungen, insbesondere zu den zugelassenen Dateiformaten und Übermittlungswegen sowie zur qualifizierten elektronischen Signatur, ergeben sich aus der ERRV in der jeweils gültigen Fassung. 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).