

---

**Datum:** 21.09.2022  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 3. Kartellsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 3 Kart 114/21  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2022:0921.3KART114.21.00

---

**Leitsätze:**

Ist einem Projekt im Ausschreibungsverfahren für Windenergieanlagen an Land der Zuschlag zunächst rechtswidrig verweigert worden und erstreitet der Bieter diesen gerichtlich, nachdem er zwischenzeitlich als „Rückfallposition“ vorsorglich einen weiteren Zuschlag für dasselbe Projekt erlangt hat, kann die Bundesnetzagentur nicht nach § 31 Abs. 1 S. 1 EEG 2017 die Stellung einer Sicherheitsleistung für den nachträglich erteilten Zuschlag verlangen. Es fehlt jedenfalls an dem hierfür erforderlichen Sicherheitsbedürfnis, weil im Hinblick auf die Pönaltatbestände des § 55 Abs. 1 S. 1 EEG 2017 eine einheitliche, gemeinsame Betrachtung der beiden für dasselbe Projekt erlangten Zuschläge geboten ist und damit die für den vorsorglich erwirkten Zuschlag geleistete Sicherheit das Sicherheitsbedürfnis in der Regel bereits vollständig erfüllt. Eine Verpflichtung der Bundesnetzagentur, den vorsorglich erwirkten Zuschlag aufzuheben, besteht nicht.

---

**Tenor:**

Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 13.09.2021 wird der Bescheid der Bundesnetzagentur vom 12.08.2021 (Az. ...) insoweit aufgehoben, als die Beschwerdeführerin zur Leistung einer Sicherheit in Höhe von ... Euro für das darin aufgeführte Gebot aufgefordert wird.

Die weitere Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 23.03.2022 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Verfahrensbeteiligten erforderlichen Kosten tragen die Beschwerdeführerin zu 43 % und die Bundesnetzagentur zu 57 %.

Der Beschwerdewert wird bis zum 28.04.2022 auf jeweils ... Euro und seitdem auf ... Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss wird nicht zugelassen.

---

## **Gründe :**

1

### **A.**

2

Die Beschwerdeführerin ist eine Bürgerenergiegesellschaft i.S.d. § 3 Nr. 15 EEG 2017, die die Errichtung und den Betrieb zweier Windenergieanlagen in der Gemeinde ... im Landkreis ... mit einer Leistung von in Summe ... kW beabsichtigt.

3

Sie beteiligte sich mit einem Gebotswert von ... Ct/kWh und einer Gebotsmenge von 7.800 kW an der Ausschreibungsrunde für Windenergie an Land zum 01.08.2017. Das Gebot wurde zunächst nicht bezuschlagt, weil es oberhalb der Zuschlagsgrenze von 4,29 Ct/kWh lag, wie der Beschwerdeführerin durch die Bundesnetzagentur mit Schreiben vom 16.08.2017 mitgeteilt wurde. Hiergegen legte die Beschwerdeführerin Beschwerde ein, da sie der Ansicht war, dass mehrere Zuschläge zu Unrecht zugunsten von einem einzelnen Projektierer zuzuordnenden vermeintlichen „Bürgerenergiegesellschaften“ erteilt worden seien, die als solche nicht hätten zugelassen werden dürfen, und sie infolgedessen kein Zuschlag erhalten habe. Die mit dem Gebot geleistete Erstsicherheit in Höhe von ... Euro wurde der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

4

In der Folge beteiligte sich die Beschwerdeführerin in der Ausschreibungsrunde zum 01.11.2017 mit einem Gebotswert von ... ct/kWh und einer Gebotsmenge von ... kW und erhielt dort einen Zuschlag, und zwar infolge der Ermittlung des Zuschlagswerts für Bürgerenergiegesellschaften im Einheitspreisverfahren zu dem höchsten Zuschlagswert von ... ct/kWh. Bei Gebotsabgabe entrichtete sie die erforderliche Erstsicherheit in Höhe von ... Euro.

5

Die mit Blick auf die Nichtberücksichtigung ihres Gebots in der Ausschreibungsrunde vom 01.08.2017 erhobene Beschwerde wurde vom Senat durch Beschluss vom 05.09.2018 (VI-3 Kart 80/17 [V]) zurückgewiesen.

6

Die hiergegen gerichtete Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof hatte Erfolg und führte zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an den Senat (BGH, Beschluss vom 11.02.2020, EnVR 101/18). Der Bundesgerichtshof führte aus, dass ein Bieter, der die formellen und materiellen Voraussetzungen für einen Zuschlag bei der wettbewerblichen Ermittlung der Marktprämie für Windenergieanlagen an Land im Ausschreibungsverfahren erfülle, einen Anspruch auf die nachträgliche Erteilung des Zuschlags habe, wenn sein Gebot deshalb oberhalb der Zuschlagsgrenze liege, weil den Anforderungen objektiv nicht entsprechende Gebote Dritter berücksichtigt worden seien. Letzteres sei mit Blick auf mehrere bezuschlagte Bieter der Fall, weil diese die gesetzlichen Voraussetzungen einer privilegierten Bürgerenergiegesellschaft nicht erfüllten. In der Folge

7

erteilte die Bundesnetzagentur der Beschwerdeführerin nachträglich einen Zuschlag zum Gebotstermin am 01.08.2017 zu einem Zuschlagswert von ... ct/kWh, den sie am 21.12.2020 öffentlich bekannt machte und über den sie die Beschwerdeführerin am 21.12.2020 per E-Mail informierte. Das Beschwerdeverfahren vor dem Senat erklärten die Verfahrensbeteiligten vor diesem Hintergrund übereinstimmend für erledigt.

Weder dem - nachträglich erteilten - Zuschlag zum Gebotstermin am 01.08.2017 (im Folgenden auch: erster Zuschlag) noch dem zum Gebotstermin am 01.11.2017 (im Folgenden auch: zweiter Zuschlag) wurde bislang eine Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz zugeordnet. 8

Mit dem angefochtenen Bescheid vom 12.08.2021 (Anlage BF 1 zu VI-3 Kart 114/21 [V]) hat die Bundesnetzagentur der Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass infolge der Rückerstattung der vorab hinsichtlich des Gebotstermins vom 01.08.2017 geleisteten Sicherheit deren erneute Stellung erforderlich sei, und hat auf die Möglichkeiten zur Leistung der geforderten Sicherheit von ... Euro hingewiesen. Die ebenfalls im Bescheid vom 12.08.2021 getroffene Entscheidung über die Gebühren für die Teilnahme des Gebots an der Ausschreibung steht nicht in Streit. Im Zuge der daraufhin zwischen den Verfahrensbeteiligten geführten Korrespondenz (Anlagen BF 4 bis 6 zu VI-3 Kart 114/21 [V]) hat die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 13.10.2021 um Aufhebung des zweiten Zuschlags gebeten und mit Blick auf den Bescheid vom 12.08.2021 erklärt, dass sie bis auf weiteres von ihrem Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB Gebrauch mache. 9

Den Antrag auf Aufhebung des zweiten Zuschlags hat die Bundesnetzagentur durch den ebenfalls angefochtenen Bescheid vom 22.02.2022 (Anlage BF 7 zu VI-3 Kart 114/21 [V] bzw. Anlage BF 1 zu VI-3 Kart 14/22 [V]) abgelehnt. Zur Begründung hat sie ausgeführt, dass die Voraussetzungen für einen Widerruf nach § 49 VwVfG nicht vorlägen, da der Zuschlag rechtmäßig erteilt und auch nachträglich nicht rechtswidrig geworden sei. 10

Die am 13.09.2021 erhobene, unter dem Az. VI-3 Kart 114/21 [V] geführte Beschwerde gegen den Bescheid der Bundesnetzagentur vom 12.08.2021 und die am 23.03.2022 erhobene, unter dem Az. VI-3 Kart 14/22 [V] geführte Beschwerde gegen den Bescheid der Bundesnetzagentur vom 22.02.2022 hat der Senat durch Beschluss vom 28.04.2022 (Bl. 92 GA) zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung unter Führung des Verfahrens VI-3 Kart 114/21 [V] verbunden. 11

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, die gegen den Bescheid vom 12.08.2021 gerichtete Beschwerde sei statthaft. Die dort getroffene Entscheidung, eine erneute Sicherheitsleistung zu verlangen, erschöpfe sich nicht in einer Wiederholung der gesetzlichen Anordnung der §§ 31, 36a EEG 2017, vielmehr liege nach dem hier maßgeblichen Empfängerhorizont eine gesonderte Regelungsabsicht der Bundesnetzagentur nahe. Der Bescheid betreffe auch nicht die vom Gesetzgeber unterstellte Konstellation, sondern die (erneute) Sicherheitsleistung werde erst nach Ausschreibung und Zuschlag verlangt. 12

Die Anforderung einer weiteren Sicherheitsleistung sei rechtswidrig. Sie sei nicht verpflichtet, die geforderte Sicherheitsleistung für die nachträgliche Bezuschlagung zu erbringen. 13

Ihr stehe ein Zurückbehaltungsrecht nach der auch im Kontext der Sicherheitsleistung nach § 31 Abs. 1 EEG 2017 bzw. 2021 anwendbaren Vorschrift des § 273 BGB zu. Die erforderliche Konnexität resultiere aus dem engen wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen dem zweiten und dem nachträglich erteilten ersten Zuschlag. Ihr Anspruch auf Aufhebung des zweiten Zuschlags sei fällig und mit ihm der Erstattungsanspruch nach § 55a Abs. 1 EEG 14

2017 bzw. 2021. Die Bundesnetzagentur sei die richtige Adressatin des Zurückbehaltungsrechts, da die Sicherheiten nach § 31 Abs. 1 S. 1 EEG 2017 ihr gegenüber zu leisten und nach § 55a EEG 2017 auch von ihr zu erstatten seien. Zudem könne sie mit dem mit Aufhebung des zweiten Zuschlags entstehenden Rückgabeanspruch aus § 55a EEG 2017, der analog § 113 Abs. 4 VwGO auch im Beschwerdeverfahren geltend gemacht werden könne, gegenüber der angegriffenen Forderung der Bundesnetzagentur auf Leistung der (weiteren) Sicherheit die Aufrechnung erklären.

Die Verpflichtung zur Aufhebung des zweiten Zuschlags folge aus den §§ 48, 49 VwVfG. Der Zuschlag sei (nachträglich) rechtswidrig geworden und nach § 48 Abs. 1 VwVfG zurückzunehmen, weil er die gleichen Windenergieanlagen betreffe, die - im Nachhinein - bereits in der vorangegangenen Zuschlagsrunde bezuschlagt worden seien. Die Bundesnetzagentur hätte deshalb das im Ausschreibungstermin zum 01.11.2017 abgegebene Gebot gemäß § 33 Abs. 1 Nr. 2, § 36d EEG 2017 bzw. § 36c EEG 2021 ausschließen müssen, wenn eine entsprechende Bezuschlagung zum 01.08.2017 erfolgt wäre. Die Vorgaben seien auch auf Gebote von Bürgerenergiegesellschaften anwendbar, da diese auch im Falle des § 36g EEG 2017 für bestimmte Windenergieanlagen abgegeben würden. Dass es sich um dieselben Windenergieanlagen handle, werde aus dem zweiten von ihr abgegebenen Gebot auch ersichtlich. Hinzu komme, dass es nunmehr an der Voraussetzung für einen Zuschlag nach § 36g Abs. 1 S. 1 Nr. 3b EEG 2017 fehle. Da sie selbst explizit die Aufhebung des zweiten Zuschlags begehre, entfalle jede über § 48 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 2 VwVfG vermittelte Schutzwirkung. 15

Jedenfalls wäre, wenn man den Zuschlag weiterhin als rechtmäßig ansehen wollte, dieser gemäß § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwVfG zu widerrufen. Der zweite Zuschlag sei für sie, da sie von ihm keinen Gebrauch machen werde, kein begünstigender, sondern vielmehr im Hinblick auf die Pönale bei Nichtumsetzung (§ 55 EEG 2017) ein belastender Verwaltungsakt. Aber auch wenn man ihn als begünstigenden Verwaltungsakt ansehe, bedürfe es keines speziellen Widerrufsgrundes, da sie die Aufhebung selbst begehre. 16

Das Ermessen der Bundesnetzagentur sei auf die Rücknahme bzw. den Widerruf des zweiten Zuschlags, mithin auf null reduziert, weil sich allein diese Vorgehensweise als zweckdienlich erweise. Die Tolerierung mehrfacher Ausschreibungsbeteiligungen für die jeweils gleichen Anlagen würde nicht nur den angestrebten Wettbewerb manipulieren, sondern erhebliche Zusatzkosten für Stromkunden verursachen und die gesetzlichen Ausbauziele konterkarieren. Schließlich wäre ein behördliches Festhalten an beiden Zuschlägen treuwidrig, da hierdurch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zugunsten der Beschwerdeführerin behördlich pönalisiert würde. Ihre Teilnahme am Ausschreibungstermin zum 01.11.2017 sei angesichts der Umstände betriebswirtschaftlich rational und rechtmäßig gewesen und stelle gerade keinen Versuch eines strategischen „Rosinenpickens“ dar. 17

Diese Erwägungen begründeten auch den mit der am 23.03.2022 erhobenen Beschwerde verfolgten Anspruch auf Aufhebung des zweiten Zuschlags. 18

Die Beschwerdeführerin beantragt mit ihrer zum Az. VI-3 Kart 114/21 [V] erhobenen Beschwerde vom 13.09.2021, 19

den Bescheid der Bundesnetzagentur vom 12.08.2021 (Az. ...) insoweit aufzuheben, als von der Beschwerdeführerin die erneute Hinterlegung einer Sicherheitsleistung in Höhe von ... Euro verlangt wird. 20

Des Weiteren beantragt sie mit ihrer zum Az. VI-3 Kart 14/22 [V] erhobenen Beschwerde vom 23.03.2022,

die Bundesnetzagentur unter Aufhebung des Bescheids vom 22.02.2022, der der Beschwerdeschrift als Anlage BF 1 beigelegt war, zu verpflichten, ihren Zuschlag im Ausschreibungsverfahren für Windenergieanlagen an Land zum Gebotstermin 01.11.2017 (...) rückwirkend zum Zeitpunkt der Wirksamkeit des Zuschlags aufzuheben. 22

Die Bundesnetzagentur beantragt, 23

die Beschwerden zurückzuweisen. 24

Die Bundesnetzagentur ist der Ansicht, die am 13.09.2021 erhobene Beschwerde sei bereits nicht statthaft und damit unzulässig. Mit ihrem Antrag verfolge die Beschwerdeführerin das Ziel, beide Zuschläge zu behalten, wovon lediglich der Zuschlag aus November 2017 gesichert sein sollte. Eine Aufhebung des Zuschlags lediglich hinsichtlich der Leistung einer Sicherheit sei für die Beschwerdeführerin gar nicht möglich, da es sich bei der Sicherheitsleistung um eine gesetzliche Anordnung gemäß §§ 31, 36a EEG 2017 handle, die bei Nichtleistung bei der Gebotsabgabe zum Ausschluss des Gebots nach § 33 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017 führe. Sie sei somit nicht zur Disposition über die Sicherheitsleistung, die Bieter für jedes ihrer Gebote leisten müssten, berechtigt. Zudem sei sie nicht die richtige Adressatin hinsichtlich eines etwaigen Zurückbehaltungsrechts gemäß § 273 Abs. 1 BGB, dieses könne allenfalls gegenüber dem regelzonenverantwortlichen Übertragungsnetzbetreiber als Gläubiger der Sicherheitsleistung gemäß § 55 Abs. 1 EEG 2017 geltend gemacht werden, für die sie die Sicherheiten nach § 31 Abs. 5 EEG 2017 treuhänderisch verwahre. Allerdings werde die Sicherheit, soweit der zweite Zuschlag aufzuheben sei, gemäß § 55a EEG 2017 erstattet. Falls dies nicht der Fall sei, bestehe auch kein Zurückbehaltungsrecht. 25

Die Beschwerde sei auch unbegründet. Sie sei nicht dazu verpflichtet, die zweite Zuschlagsentscheidung aufzuheben. Eine Rücknahme des Zuschlags nach § 48 VwVfG scheitere daran, dass der Zuschlag nicht rechtswidrig erfolgt sei. Auch die Voraussetzungen für einen Widerruf gemäß § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG lägen nicht vor. Die Bezuschlagung sei nicht rechtswidrig geworden. Eine Zuschlagserteilung in der Vorrunde führe nicht zu einer Rechtswidrigkeit des Zuschlags. Eine solche ließe sich nicht auf § 36g Abs. 1 Nr. 3 EEG 2017 stützen, da beide Gebotsmengen in Summe 18 MW nicht überschritten. Die §§ 33 Abs. 1 Nr. 2, 36d EEG 2017 seien bereits nicht anwendbar, da sich die Vorgaben auf Gebote mit Genehmigung bezögen, die Beschwerdeführerin hier aber als Bürgerenergiegesellschaft ein Gebot ohne Genehmigung eingereicht habe. Ferner sei auch das öffentliche Interesse nicht gefährdet, wenn der Zuschlag nicht widerrufen werde. Auf die Zustimmung der Beschwerdeführerin komme es nicht an, da die Aufhebung des Zuschlags weder zur Disposition der Beschwerdeführerin noch der ausschreibenden Stelle stehe. Die Rückgabe eines Zuschlags sei für Windenergieanlagen, anders als für Solaranlagen in § 37d Abs. 1 EEG 2017, gerade ausgeschlossen. 26

Die Voraussetzungen eines Zurückbehaltungsrechts nach § 273 Abs. 1 BGB lägen nicht vor. Die sich gegenüberstehenden Ansprüche seien nicht konnex. Ein behaupteter Anspruch auf Aufhebung eines Zuschlags stelle keinen Gegenanspruch zu einem Zahlungsanspruch i.S.d. § 273 Abs. 1 BGB dar. Da der zweite Zuschlag noch nicht aufgehoben worden sei, könne der Erstattungsanspruch gemäß § 55a Abs. 1 EEG 2017 nicht fällig sein. Zudem handle es sich bei den beiden Zuschlagsverfahren um zwei unterschiedliche Gebotsverfahren und damit zwei unterschiedliche Rechtsverhältnisse, zwischen denen kein enger wirtschaftlicher 27

Zusammenhang bestehe.

Der ausweislich der Beschwerdebegründung ausdrücklich als Anfechtungsbeschwerde eingelegte Rechtsbehelf vom 23.03.2022 sei nicht statthaft, da nach § 83a Abs. 1 EEG 2017 als zulässiger Rechtsbehelf allein die Verpflichtungsbeschwerde in Betracht komme. Zudem liege kein Rechtsschutzbedürfnis vor, da die Beschwerdeführerin ihr Ziel, keine weitere Sicherheitsleistung erbringen zu müssen, durch die begehrte Aufhebung des zweiten Zuschlags wegen der daran anknüpfenden Entwertung und Verpflichtung zur Pönalzahlung an den Übertragungsnetzbetreiber nicht erreichen könne. Aus den dargelegten Gründen sei die Beschwerde auch unbegründet. Die Beschwerdeführerin sei durch ihr Verhalten selbst das Risiko eingegangen, zwei rechtmäßige Zuschläge zu erhalten, aber nur einen der pönalbewerten Zuschläge verwenden zu wollen. Um das Risiko einer etwaigen Kostenüberlastung gering zu halten, hätte sich die Beschwerdeführerin entscheiden müssen, ob sie entweder das Beschwerdeverfahren weiterführt, den Antrag ändert oder ob sie an einem weiteren Ausschreibungsverfahren teilnimmt. 28

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang, die Akten des Verfahrens VI-3 Kart 80/17 [V] bzw. EnVR 101/18, die beigezogen und Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, sowie das Protokoll der Senatsitzung Bezug genommen. 29

**B.** 30

**I.** Die Beschwerde gegen die Anforderung einer Sicherheitsleistung in Höhe von ... Euro im Bescheid der Bundesnetzagentur vom 12.08.2021 ist zulässig und begründet. 31

**1.** Die Beschwerde ist als Anfechtungsbeschwerde nach § 75 Abs. 1 S. 1 EnWG statthaft. 32

Sie richtet sich gegen eine Entscheidung im Sinne des § 75 Abs. 1 S. 1 EnWG, deren Begriff sich mit dem des Verwaltungsakts im Sinne des § 35 VwVfG deckt (vgl. BGH, Beschluss vom 19.06.2007 - KVR 17/06, juris Rn. 22). Insbesondere weist sie den hierfür erforderlichen Regelungscharakter auf, der voraussetzt, dass die Maßnahme 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 11.12.2018 - EnVR 1/18, juris Rn. 17 m.w.N.; siehe auch Senatsbeschluss vom 25.06.2014 - VI-3 Kart 93/13 [V], juris Rn. 32). 33

Nach dem maßgeblichen erklärten Willen der Bundesnetzagentur, wie ihn der Empfänger bei objektiver Würdigung verstehen konnte (vgl. BVerwG, Urteil vom 17.8.1995 - 1 C 15.94, juris Rn. 17; Urteil vom 22.03.2012 - 1 C 3/11, juris Rn. 24 m.w.N.), kommt der Aufforderung zur Hinterlegung einer (erneuten) Sicherheitsleistung Regelungscharakter zu. Die Ausführungen in dem Bescheid stellen sich nicht als bloßer Hinweis auf die bestehende Gesetzeslage dar. So hat die Bundesnetzagentur die in Betracht kommenden gesetzlichen Vorgaben der §§ 31, 36a EEG 2017 nicht ausdrücklich benannt. Diese Vorgaben regeln zudem die hier streitgegenständliche nachträgliche Stellung einer Sicherheit nach Bezuschlagung des Gebots nicht ausdrücklich, so dass insoweit ein Bedarf für eine Regelung mit Bindungswirkung besteht. Schließlich hat die Bundesnetzagentur ihren Bescheid mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen, ohne diese auf die im Bescheid weiter geregelte, hier nicht streitgegenständliche Gebührenentscheidung zu beschränken, so dass auch die formale Gestaltung des Bescheids für einen Regelungscharakter der Anforderung der 34

Sicherheitsleistung spricht.

**2.** Die Beschwerde gegen die Anforderung der Sicherheitsleistung für das Gebot mit der Zuschlagsnummer ... hat auch in der Sache Erfolg. 35

**a)** Die Beschwerdeführerin hat bislang keine Sicherheit für das dem streitgegenständlichen ersten Zuschlag zugrundeliegende Gebot geleistet. 36

Soweit sie vor dem Gebotstermin am 01.08.2017 zunächst eine Sicherheit in Höhe von ... Euro erbracht hatte, ist diese von der Bundesnetzagentur unstreitig rückerstattet worden, nachdem das Gebot zunächst erfolglos gewesen war. Die in der Folge erbrachte Zahlung in Höhe von ... Euro ist als Sicherheit für das zum Gebotstermin am 01.11.2017 abgegebene Gebot geleistet worden. Gesetzliche Regelungen, die die Übertragung bereits geleisteter Sicherheiten auf andere Gebote ermöglichen würden, existieren nicht, so dass der Beschwerdeführerin der Erfüllungseinwand verwehrt ist. 37

**b)** Es fehlt jedoch an einer rechtlichen Grundlage für die Anforderung der Sicherheitsleistung. Die Beschwerdeführerin ist nicht entsprechend § 31 Abs. 1 S. 1 EEG 2017 zur Leistung einer Sicherheit für das zum Gebotstermin am 01.08.2017 abgegebene erste Gebot verpflichtet. 38

Die Vorschrift verpflichtet Bieter dazu, bei der Bundesnetzagentur für ihre Gebote bis zum jeweiligen Gebotstermin eine Sicherheit zu leisten. Da es hier um eine im Nachgang zum Gebotstermin zu leistende Sicherheit geht, weil das zum Gebotstermin am 01.08.2017 abgegebene Gebot erst im Dezember 2020 bezuschlagt worden ist, ist sie auf den Streitfall nicht unmittelbar anwendbar. Ob sie entsprechend anwendbar ist, bestimmt sich danach, ob sie zur Sicherung einer Pönalforderung materiell erforderlich ist. Dies folgt daraus, dass der Gesetzgeber maßgeblich an den Sicherungszweck anknüpft, wenn er in § 31 Abs. 1 S. 2 EEG 2017 ausdrücklich vorsieht, dass durch die Sicherheit die jeweiligen Forderungen der Übertragungsnetzbetreiber auf Pönalen nach § 55 gesichert werden sollen. Die Sicherheitsleistung ist damit nicht als bloße Formalität ausgestaltet, die allein an das (erfolgreiche) Gebot anknüpft. Die Leistung einer Sicherheit im Nachgang zu dem Gebotstermin kann demnach nur verlangt werden, wenn eine Pönalforderung in Betracht kommt, zu deren Absicherung sie dienen kann, was in der hier streitgegenständlichen, besonderen Sachverhaltskonstellation nicht der Fall ist. 39

**aa)** Nach § 55 Abs. 1 S. 1 EEG 2017 müssen Bieter bei Geboten für Windenergieanlagen an Land nach § 36 an den regelverantwortlichen Übertragungsnetzbetreiber eine Pönale leisten, soweit mehr als 5 Prozent der Gebotsmenge eines bezuschlagten Gebots für eine Windenergieanlage an Land nach § 35a entwertet werden (Nr. 1) oder wenn die Windenergieanlage an Land mehr als 24 Monate nach der öffentlichen Bekanntgabe des Zuschlags in Betrieb genommen worden ist (Nr. 2). Eine Entwertung nach § 35a EEG 2017 erfolgt bezogen auf Windenergieanlagen nach Absatz 1, soweit der Zuschlag nach Ablauf der Frist zur Realisierung der Anlage erlischt (Nr. 1), soweit die Bundesnetzagentur den Zuschlag nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz zurücknimmt oder widerruft (Nr. 3) oder wenn der Zuschlag durch Zeitablauf oder auf sonstige Weise seine Wirksamkeit verliert (Nr. 4), und nach Absatz 2 im Falle der nachträglichen Aufhebung der Zahlungsberechtigung. 40

**bb)** Es bedarf im Streitfall keiner Entscheidung, ob § 31 Abs. 1 S. 1 EEG 2017 auf Zuschläge, die aufgrund eines erfolgreichen Rechtsbehelfs nach § 83a Abs. 1 S. 1 EEG 2017 nachträglich erteilt werden, grundsätzlich anwendbar ist. Da die Bundesnetzagentur nach § 83a Abs. 1 S. 3 EEG 2017 über das nach dem EEG 2017 bestimmte Ausschreibungsvolumen hinaus einen entsprechenden Zuschlag erteilt, könnte man 41

angesichts der singulären Stellung des aufgrund eines erfolgreichen Rechtsbehelfs erteilten nachträglichen Zuschlags außerhalb des durch das Ausschreibungsvolumen beschränkten Zuschlagsverfahrens nach § 32 EEG 2017 und unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Pönalen, die einen hohen Realisierungsgrad der ausgeschriebenen Menge zur Erreichung der Ausbauziele gewährleisten sollen (i.E. nachstehend unter I.2.b)cc)(1)(b)), erwägen, ob eine Pönalisierung von nach § 83a Abs. 1 S. 3 EEG erteilten Zuschlägen von vornherein ausscheidet. Hiergegen spricht freilich, dass ein Realisierungsinteresse angesichts der übergeordneten Zielsetzung eines beschleunigten Ausbaus erneuerbarer Energien auch mit Blick auf solche Zuschläge besteht und sich eine Ungleichbehandlung von bereits im Zuschlagsverfahren erfolgreichen Bietern und erst nachträglich erfolgreichen Bietern nicht ohne Weiteres sachlich begründen lässt.

**cc)** Es ist unabhängig hiervon jedenfalls nicht ersichtlich, dass im Streitfall Pönalen anfallen könnten, die nicht bereits in anderer Weise gesichert wären, hier durch die Sicherheit, die die Beschwerdeführerin für das im Ausschreibungstermin vom 01.11.2017 bezuschlagte Gebot geleistet hat. 42

**(1)** In dem Fall, dass die streitgegenständlichen Windenergieanlagen von der Beschwerdeführerin tatsächlich nicht mehr errichtet und in Betrieb genommen werden, kann nur *eine* Pönale nach § 55 Abs. 1 S. Nr. 1, § 35 a Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017 verwirkt werden, die aber bereits durch die für das zum Ausschreibungstermin am 01.11.2017 abgegebene Gebot geleistete Sicherheit abgesichert ist. 43

Zwar setzt, wie vom Senat bereits entschieden, eine Realisierung der Anlage i.S.d. genannten Vorschriften voraus, dass die Anlage nicht nur errichtet und in Betrieb genommen, also im eigentlichen Wortsinn tatsächlich realisiert worden ist, sondern auch, dass die Realisierung aufgrund bzw. in Umsetzung des erteilten Zuschlags erfolgt (Senat, Beschluss vom 30.06.2022 - VI-3 Kart 116/22 [V], BeckRS 2022, 21530 Rn. 28 ff.). Dies bedeutet grundsätzlich, dass im Falle der Nichtrealisierung von zwei Zuschlägen zwei Pönalen fällig würden mit der Folge, dass auch zwei Pönalen zu besichern wären. Im Streitfall ist jedoch ausnahmsweise eine andere Betrachtung geboten. 44

**(a)** Die beiden Zuschläge sind inhaltlich eng miteinander verknüpft, da sie sich unstreitig auf dasselbe Projekt in Gestalt von zwei Windenergieanlagen mit einer Nennleistung von insgesamt ... kW beziehen. Die Verknüpfung resultiert aus der besonderen Fallgestaltung, dass für dieses Projekt der zunächst begehrte erste Zuschlag verweigert und mit Blick auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs im hiergegen gerichteten Rechtsbeschwerdeverfahren erst nachträglich erteilt worden ist, während der zweite Zuschlag zwischenzeitlich - im Zuschlagszeitpunkt rechtmäßig - rein vorsorglich als Rückfallposition erwirkt worden war. Dass die Beschwerdeführerin beabsichtigt hätte, beide Zuschläge unabhängig voneinander zu realisieren, hat auch die Bundesnetzagentur nicht geltend gemacht. Sie ist vielmehr in dem auf Bezuschlagung des ersten Gebots gerichteten Beschwerdeverfahren ohne Weiteres davon ausgegangen, dass es sich um dasselbe Projekt handelt, wie ihre dortigen Ausführungen zur Auskömmlichkeit des zweiten Zuschlags für die Beschwerdeführerin und zu dem durch den zweiten Zuschlag auf die Differenz der Gebotswerte reduzierten Beschwerdewert (S. 2 und 10 f. der Beschwerdeerwiderung vom 28.02.2018 im beigezogenen Verfahren VI-3 Kart 80/17 [V], Bl. 116 und 124 f. GA) zeigen. Die streitgegenständlichen Windenergieanlagen sollen daher unstreitig von vornherein nur einmal und nicht zweimal realisiert werden. 45

**(b)** In dieser besonderen Fallkonstellation rechtfertigen Sinn und Zweck der Pönalregelungen für erneuerbare Energieträger eine einheitliche, gemeinsame Betrachtung beider Zuschläge 46



im Hinblick auf ihre Realisierung.

Nach der Gesetzesbegründung zu § 31 EEG 2017 (BT-Drs. 18/8860, S. 205) sollen Pönalen 47  
gewährleisten, dass ein Großteil der ausgeschriebenen Mengen tatsächlich realisiert wird.  
Anderenfalls besteht die Gefahr, dass die Ausbauziele für erneuerbare Energien nicht  
erreicht werden. Denn mit der Ausschreibung wird durch das Ausschreibungsvolumen die  
Menge der jährlich installierten Leistung bereits vor der tatsächlichen Realisierung der  
Projekte begrenzt, so dass bei einer sehr niedrigen Realisierungsrate die Ausbauziele für  
erneuerbare Energien deutlich verfehlt würden. Der Gesetzgeber misst aus diesem Grund  
den Pönalen bei Nichtrealisierung eine zentrale Bedeutung zu. Besondere  
Teilnahmebedingungen, zu denen auch die Sicherheitsleistung zählt, und Pönalen sind aus  
seiner Sicht notwendig, um Anreize zu Realisierung setzen und sicherstellen, dass nur  
wirklich seriös geplante Projekte an der Ausschreibung teilnehmen.

Im Streitfall wird der durch die Pönalisierung gesetzte Anreiz zur Realisierung bereits dadurch 48  
gewährleistet, dass die Nichtrealisierung der Windenergieanlagen *einmal* pönalisiert wird.  
Eine zweimalige Pönalisierung der Nichtrealisierung ein und desselben Projekts ist gesetzlich  
weder vorgesehen noch erforderlich. Wenn deshalb die streitgegenständlichen  
Windenergieanlagen nicht realisiert werden, d.h. weder unter Inanspruchnahme des ersten  
noch des zweiten Zuschlags, so kann infolge der Nichtrealisierung auch nur eine Pönale fällig  
werden. Eine Pönalzahlung ist allerdings bereits durch die Sicherheit abgesichert, die die  
Beschwerdeführerin für das am 01.11.2017 abgegebene Gebot geleistet hat. Es bedarf  
insoweit keiner weiteren Sicherheitsleistung, um die einzige für den Fall der Nichtrealisierung  
in Betracht kommende Pönale abzusichern.

**(c)** Zudem ist eine isolierte Betrachtung der beiden Zuschläge im Hinblick auf ihre 49  
Realisierung i.S.d. § 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, § 35a Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017 auch unter dem  
Gesichtspunkt der gesetzlichen Zielsetzung der Erreichung des Ausbaukorridors nicht  
sachgerecht.

Wenn die Beschwerdeführerin die streitgegenständlichen Windenergieanlagen errichtet, was 50  
aus der Natur der Sache heraus nur einmal erfolgen kann, hat sie ihren Beitrag zur  
Einhaltung des Ausbaukorridors für erneuerbare Energien als wesentlichem Ziel des  
Ausschreibungsverfahrens (BT-Drs. 18/8860, S. 147) hinsichtlich beider Zuschläge erbracht.  
Dies folgt daraus, dass ein vom Bieter gemäß § 83a Abs. 1 EEG 2017 nachträglich  
erstrittener, da zunächst rechtswidrig verweigerter Zuschlag für den Ausbaupfad nicht  
relevant wird, so dass es zu keiner doppelten Berücksichtigung der Ausschreibungsvolumina,  
sondern nur zu einer - mit der nur einmal bestehenden Realisierungsmöglichkeit  
korrespondierenden - Berücksichtigung kommt. Denn § 83a Abs. 1 S. 3 EEG 2017 bestimmt,  
dass der gerichtlich erwirkte Zuschlag auch über das in § 28 EEG 2017 festgelegte  
Ausschreibungsvolumen hinaus erteilt werden kann. Die Bundesnetzagentur kann  
ausweislich der Gesetzesbegründung dem Interesse der erfolgreichen Bieter an der  
Bestandskraft ihrer Zuschläge Vorrang einräumen gegenüber der Kontingentierung der  
Ausschreibungsmenge (BT-Drs. 18/8860, S. 249), d.h. sie kann - wie im Streitfall geschehen  
- einen über das gesetzlich fixierte Ausschreibungsvolumen hinausgehenden Zuschlag  
erteilen (Siegel in: BeckOK EEG, 11. Edition, § 83a Rn. 6). Dies folgt daraus, dass nach  
§ 83a Abs. 2 EEG 2017 die Bestandskraft bestehender Zuschläge unberührt bleibt und  
zudem eine § 4 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 FFAV entsprechende Regelung fehlt. In § 4 Abs. 2 S. 1  
Nr. 1 FFAV war vorgesehen, dass in Fällen, in denen über das Ausschreibungsvolumen einer  
Ausschreibung hinaus Zuschläge aufgrund eines erfolgreichen gerichtlichen Rechtsbehelfs  
erteilt worden sind, das Ausschreibungsvolumen im nächsten Gebotstermin um die Summe

der Gebotsmengen der Gebote zu verringern ist. Die nachträglich gerichtlich erwirkte Zuschlagsentscheidung bleibt damit für die Einhaltung des Ausbaupfades unmittelbar wirkungslos.

Nichts anderes kann für Zuschläge gelten, die die Bundesnetzagentur wie im Streitfall in antizipierender Umsetzung einer gerichtlichen Entscheidung trifft. 51

Es besteht deshalb auch kein Bedürfnis, ein Erlöschen eines der beiden Zuschläge infolge Nichtrealisierung anzunehmen, um durch die daran gesetzlich anknüpfende Entwertung durch die Bundesnetzagentur gemäß § 35a Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017 dieser einen zeitnahen Überblick über die Nichtrealisierung von Projekten zu geben. Das vom Gesetzgeber hierdurch ausdrücklich adressierte Bedürfnis, sich abzeichnende Abweichungen von der Erreichung der angestrebten Ausbauziele frühzeitig zu erkennen (BT-Drs. 18/8860, S. 208), besteht gerade nicht, sondern würde vielmehr konterkariert, wenn trotz Realisierung des Projekts in dem Umfang, in dem es im Ausbaukorridor Berücksichtigung gefunden hat, ein Erlöschen des Zuschlags infolge Nichtrealisierung angenommen würde. 52

**(2)** Hieraus folgt gleichzeitig, dass wegen der gebotenen einheitlichen, gemeinsamen Betrachtung der beiden Zuschläge der Anfall einer Pönale wegen Nichtrealisierung des ersten Zuschlags auch dann nicht in Betracht kommt, wenn die streitgegenständlichen Windenergieanlagen unter Inanspruchnahme des zweiten Zuschlags errichtet würden, was ohnehin wegen des niedrigeren Gebotswerts wirtschaftlich unsinnig wäre. Auch in diesem Fall bestünde gerade kein Anlass für die Zahlung einer Pönale hinsichtlich des ersten Zuschlags, da das Projekt realisiert worden ist und damit die durch die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung und Pönalzahlung im Fall der Nichtrealisierung gesetzte Anreizwirkung ihre Wirkung entfaltet hat. Die Realisierung des Projekts unter Inanspruchnahme des einen Zuschlags ist somit bei der gebotenen, wertenden Betrachtung auch als gleichzeitige Realisierung des anderen Zuschlags anzusehen. 53

**(3)** Aus den soeben dargelegten Erwägungen ist auch mit Blick auf die Einhaltung der Frist zur Inbetriebnahme, bei deren Überschreitung der Bieter gemäß § 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EEG 2017 eine Pönale zu leisten hat, eine einheitliche, gemeinsame Betrachtung der beiden für das streitgegenständliche Projekt erwirkten Zuschläge geboten. Die Inbetriebnahme der streitgegenständlichen zwei Windenergieanlagen ist nur einmal möglich, weshalb eine verspätete Inbetriebnahme auch nur einmal pönalisiert werden kann. 54

**(4)** Dass im Streitfall besondere Umstände vorliegen, die gleichwohl ein Bedürfnis für die Erbringung einer weiteren Sicherheitsleistung begründen könnten, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. 55

Die Bundesnetzagentur hat keine Umstände aufgezeigt, die die bereits dargestellte inhaltliche Verknüpfung zwischen den beiden Zuschlägen aufheben und zum Anfall zweier, unabhängig voneinander zu sichernder Pönalen führen könnten. Eine solche Auflösung des inneren Zusammenhangs zwischen den Zuschlägen wäre allenfalls dann denkbar, wenn die Zuschläge mit Blick auf die strafzahlungsbewehrten Tatbestände ein unterschiedliches Schicksal nähmen, etwa weil ein Zuschlag - mit der Folge der Entwertung nach § 35a Abs. 1 Nr. 3 EEG 2017 - zurückgenommen oder widerrufen würde und der weitere Zuschlag sodann - mit der Folge der Entwertung nach § 35a Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017 - nicht realisiert würde. Es kann offenbleiben, ob in einer solchen Situation zwei Pönalen anfallen könnten. Denn ohne jedweden Anhalt dafür, dass ein solcher Geschehensablauf tatsächlich überhaupt denkbar ist, lässt sich ein Sicherheitsbedürfnis für eine etwaige zweite Pönale nicht begründen. 56

Soweit die Bundesnetzagentur im Übrigen im Verhandlungstermin auf ein Missbrauchsrisiko dadurch hingewiesen hat, dass die erteilten Zuschläge der Beschwerdeführerin die zweimalige Realisierung der Windenergieanlagen gestatten würden, so würde die aufgezeigte inhaltliche Verbindung der beiden Zuschläge aufgelöst, sobald sich Anhaltspunkte für eine darauf gerichtete, derzeit unstrittig nicht bestehende Absicht der Beschwerdeführerin ergäben, womit auch die Voraussetzungen für die Anforderung einer zweiten Sicherheitsleistung vorlägen.

**dd)** Nach alledem fehlt es bereits angesichts der gebotenen materiellen Auslegung der einschlägigen Vorschriften zum Erlöschen und zur Entwertung von Zuschlägen und zur Pönalisierung an dem für die nachträgliche Anforderung der Sicherheit erforderlichen Sicherungsbedürfnis, ohne dass es eines - im Regelungsgefüge des EEG nicht vorgesehenen - formalen Akts der Übertragung der Sicherheitsleistung, die die Beschwerdeführerin für das zum Ausschreibungstermin am 01.11.2017 abgegebene Gebot geleistet hat, auf das im Dezember 2020 bezuschlagte ursprünglich erste Gebot bedürfte. Mangels Rechtsgrundlage für die Hinterlegung einer Sicherheitsleistung in Höhe von ... Euro war der Bescheid der Bundesnetzagentur vom 12.08.2021 (Az. ...) insoweit aufzuheben. 58

**II.** Die Beschwerde vom 23.03.2022 gegen den Bescheid der Bundesnetzagentur vom 22.02.2022 bleibt hingegen in der Sache ohne Erfolg. 59

**1.** Die Beschwerde ist allerdings zulässig. 60

**a)** Die Beschwerdeführerin begehrt ausweislich ihres Beschwerdeantrags die Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Aufhebung des ihr erteilten Zuschlags im Ausschreibungsverfahren für Windenergieanlagen an Land zum Gebotstermin 01.11.2017 (...) unter gleichzeitiger Aufhebung der ablehnenden Entscheidung der Bundesnetzagentur. Die Beschwerde ist damit als Verpflichtungsbeschwerde gemäß § 75 Abs. 3 S. 1 EnWG statthaft, da sie sich gegen die Unterlassung einer zuvor erfolglos beantragten Entscheidung der Regulierungsbehörde richtet und die Beschwerdeführerin geltend macht, auf deren Erlass einen Rechtsanspruch zu haben. Entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur handelt es sich mithin nicht um eine nach § 83a Abs. 1 EEG 2017 unstatthafte Anfechtungsbeschwerde, wobei dahinstehen kann, ob § 83a Abs. 1 EEG 2017 auch die hier streitgegenständliche Aufhebung des Zuschlags auf Antrag des Bieters regelt. 61

Darauf, ob der erstrebte Verwaltungsakt auf Antrag oder von Amts wegen zu erlassen ist, kommt es für die Statthaftigkeit der Verpflichtungsbeschwerde nicht an (weiterführend Senat, Beschluss vom 17.02.2010 - VI-3 Kart 7/09 [V], BeckRS 2013, 16839 m.w.N.). 62

**b)** Die Beschwerdeführerin ist auch beschwerdebefugt. Ausreichend, aber auch erforderlich ist, dass ein substantiiertes Vortragen des Beschwerdeführers das Bestehen eines Rechts auf die begehrte Entscheidung als möglich erscheinen lässt (Johanns/Roesen in: BerlK-EnR, 4. Aufl., § 75 EnWG Rn. 29; van Rossum in: BeckOK EnWG, 3. Edition, § 75 Rn. 34). Dabei wird nicht bereits für die Zulässigkeit der Beschwerde abschließend überprüft, ob der Beschwerdeführer einen Rechtsanspruch voll begründet dargelegt hat, vielmehr fehlt die Zulässigkeit nur dann, wenn ihm das geltend gemachte Recht offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise zustehen kann (BGH, Beschluss vom 25.10.1983 - KVR 8/82, BeckRS 1983, 1141; Beschluss vom 24.05.2011 - EnVR 27/10, BeckRS 2011, 22377, Rn. 15 m.w.N.). 63

Das Bestehen eines subjektiven Rechts der Beschwerdeführerin auf den Erlass der begehrten Aufhebung kann im Streitfall nicht von vornherein ohne weiterführende rechtliche 64

Erwägungen verneint werden. Die Beschwerdeführerin ist Begünstigte des ihr erteilten Zuschlags, mithin Adressatin des Verwaltungsakts. Soweit die §§ 48, 49 VwVfG der Bundesnetzagentur mit Blick auf die begehrte Aufhebung des Zuschlags ein Ermessen eröffnen, kann ein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Aufhebung des Zuschlags infolge einer Ermessensreduzierung auf null oder jedenfalls auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung schon aufgrund ihrer Adressatenstellung (vgl. etwa Abel in: BeckOK VwVfG, 56. Edition, § 49 VwVfG, Rn. 11; Schoch in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 2. EL, § 49 VwVfG Rn. 83, jeweils m.w.N.) nicht ohne weitergehende rechtliche Erwägungen ausgeschlossen werden. Ob ein subjektives Recht der Beschwerdeführerin besteht, ist deshalb im Rahmen der Begründetheit der Beschwerde zu prüfen.

**c)** Auch das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis liegt vor. Dem Rechtsschutzbedürfnis als Zulässigkeitsvoraussetzungen kommt gegenüber den übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen bei der Verpflichtungsbeschwerde regelmäßig keine eigenständige Bedeutung zu (Johanns/Roesen in: BerlK-EnR, a.a.O., § 75 EnWG Rn. 38; van Rossum in: BeckOK EnWG, a.a.O., § 75 Rn. 43). Soweit die Bundesnetzagentur mit Blick auf das Rechtsschutzbedürfnis moniert, dass das von der Beschwerdeführerin letztlich verfolgte Ziel, die Voraussetzungen für einen Anspruch gegen die Bundesnetzagentur auf Rückzahlung der Sicherheitsleistung zu schaffen, mit der begehrten Aufhebung nicht erreicht werden könne, so handelt es sich hierbei um eine materiell-rechtliche Frage, die nicht im Rahmen der Zulässigkeit, sondern - falls entscheidungserheblich - der Begründetheit der Verpflichtungsbeschwerde zu erörtern ist. 65

**2.** Die am 23.03.2022 erhobene Beschwerde bleibt jedoch in der Sache ohne Erfolg, da die Bundesnetzagentur nicht verpflichtet ist, ihren Zuschlag im Ausschreibungsverfahren für Windenergieanlagen an Land zum Gebotstermin 01.11.2017 (...) aufzuheben oder aber die Beschwerdeführerin - als Minus zu dem geltend gemachten Verpflichtungsbegehren - neu zu bescheiden. 66

**a)** Die allgemeinen Vorgaben des Verwaltungsverfahrensgesetzes über die Rücknahme und den Widerruf von Verwaltungsakten in §§ 48, 49 sind auf im Zuschlagsverfahren nach § 32 EEG in der am 20.12.2018 geltenden Fassung erteilte Zuschläge anwendbar (Senatsbeschluss vom 30.06.2022, VI-3 Kart 116/21 [V], noch nicht veröffentlicht). Die Anwendbarkeit des EEG in der am 20.12.2018 geltenden Fassung folgt aus § 100 Abs. 1 S. 1 EEG in der durch das Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften vom 21.12.2020 (BGBl. I S. 3138) geltenden Fassung (EEG 2021) i.V.m. § 100 Abs. 10 EEG in der durch das Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes, des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes, des Energiewirtschaftsgesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften vom 17.12.2018 (BGBl. I S. 2549) eingeführten Fassung, wonach für Strom aus Windenergieanlagen an Land, für die der Zuschlag vor dem 21.12.2018 erteilt worden ist, die Bestimmungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in der am 20.12.2018 geltenden Fassung (im Folgenden: EEG 2017) anzuwenden sind. Zwar ist im EEG 2017 die Berechtigung der Bundesnetzagentur zur Rücknahme oder zum Widerruf von Zuschlägen nicht mehr, wie noch zuvor in § 29 der am 31.12.2006 außer Kraft getretenen Freiflächenausschreibungsverordnung, ausdrücklich normiert. Der Gesetzgeber geht aber ohne Weiteres von einer solchen Berechtigung aus, da er in § 35a Abs. 1 Nr. 3 EEG 2017 die Entwertung eines Zuschlags durch die Bundesnetzagentur vorsieht, soweit diese den Zuschlag nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz zurücknimmt, und in der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/8860, S. 208) ausführt, die Bundesnetzagentur könne einen Zuschlag nach den allgemeinen Bestimmungen, insbesondere den §§ 48, 49 VwVfG, 67

zurücknehmen oder widerrufen (ebenso Boewe/Nuys in: BeckOK EEG, a.a.O., § 35a Rn. 9; Baumann/Strauß in: Baumann/Gabler/Günther, a.a.O., § 35a Rn. 6; Herms/Leutritz/Richter in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Henning/Schomerus, EEG, 5. Aufl. 2018, § 35a Rn. 11).

**b)** Eine Rücknahme nach § 48 VwVfG kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil es sich bei der Zuschlagserteilung, deren Aufhebung die Beschwerdeführerin begehrt, nicht um einen rechtswidrigen Verwaltungsakt handelt. Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit ist der des Erlasses der Behördenentscheidung bzw. - präziser - der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung (BVerwG, Urteil vom 24. 05.2012 ? 5 C 17/11, NVwZ-RR 2012, 862 Rn. 15; Schoch in Schoch/Schneider, a.a.O., § 48 VwVfG Rn. 88 f. m.w.N.). Zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung war diese rechtmäßig, da das Gebot der Beschwerdeführerin sämtliche Voraussetzungen für eine Zuschlagserteilung erfüllte und insbesondere keine Gründe für einen Ausschluss des Gebots vorlagen. 68

**c)** Ein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Widerruf des zweiten Zuschlags gemäß § 49 VwVfG oder jedenfalls auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung hierüber scheidet ebenfalls aus. 69

Nach § 83 Abs. 4 EnWG spricht das Gericht die Verpflichtung der Regulierungsbehörde aus, die beantragte Entscheidung vorzunehmen, wenn es die Ablehnung oder Unterlassung der Entscheidung für unzulässig oder unbegründet hält. Es besteht aber Einigkeit, dass der - an § 71 Abs. 3 S. 1 GWB a.F. (§ 76 Abs. 4 S. 1 GWB n.F.) - angelehnte Wortlaut missglückt ist und es tatsächlich darauf ankommt, ob der Beschwerdeführer einen Anspruch auf Erlass der begehrten Entscheidung hat (Burmeister/Brill/Becker in: PraxKomm-EnR, Stand 03-12, § 83 EnWG Rn. 27; van Rossum in: BeckOK EnWG, a.a.O., § 83 Rn. 29; Boos in: Theobald/Kühling, Energierecht, 116. EL, § 83 EnWG Rn. 13). Hiernach ist erforderlich, dass der Beschwerdeführerin ein subjektiv-öffentliches Recht auf Widerruf oder zumindest auf eine rechtsfehlerfreie Entscheidung zusteht, was nicht der Fall ist. 70

**aa)** Ob ein subjektiv-öffentliches Recht auf einen Widerruf oder zumindest eine ermessensfehlerfreie Entscheidung besteht, richtet sich nach den allgemeinen Regeln. Eine Norm des öffentlichen Rechts vermittelt dann ein subjektiv-öffentliches Recht, wenn sie nicht nur öffentlichen Interessen, sondern - zumindest auch - Individualinteressen derart zu dienen bestimmt ist, dass die Träger der Individualinteressen die Einhaltung des Rechtssatzes sollen verlangen können (st. Rspr., etwa BVerwG, Urteil vom 17.06.1993 - 3 C 3/89, NJW 1994, 1604, 1605). 71

**bb)** Es kann offenbleiben, ob in der hier streitgegenständlichen Fallgestaltung der zweite Zuschlag als nicht begünstigender - mithin belastender - Verwaltungsakt i.S.d. Abs. 1 oder als begünstigende Verwaltungsakt i.S.d. Abs. 2 zu qualifizieren ist. 72

Wie vom Senat bereits entschieden (Senatsbeschluss vom 30.06.2022, VI-3 Kart 116/21 [V], BeckRS 2022, 21530 Rn. 34 f.), ist der Zuschlag gemäß § 32 EEG 2017 im Ausgangspunkt als begünstigender Verwaltungsakt zu qualifizieren, weil das Ausschreibungsverfahren gemäß §§ 28 ff. EEG 2017 eine spezifische Form des Antragsverfahrens aus dem Bereich der „Leistungsverwaltung“ (Senatsbeschluss vom 02.12.2020 - VI-3 Kart 177/20 [V], BeckRS 2020, 38567 Rn. 73) ist, wobei sich der Teilnehmer mit dem Zuschlag eine Begünstigung sichert, da der Zuschlag konstitutive Voraussetzung für die Geltendmachung des Zahlungsanspruchs nach § 19 EEG 2017 ist. Dass sich die Zuschlagserteilung wegen der damit untrennbar verbundenen Verpflichtung zur Errichtung einer Windenergieanlage und ggfs. zur Zahlung einer Pönale nach § 55 EEG 2017 für die dort aufgeführten Fälle der Entwertung des Zuschlags bzw. der nicht fristgemäßen Inbetriebnahme der Anlage auch 73

belastend auswirken kann, ändert an der Einordnung als begünstigender Verwaltungsakt grundsätzlich nichts. Denn derartige Verwaltungsakte mit Mischwirkung, bei denen sich begünstigende und belastende Elemente nicht voneinander trennen lassen, sind nach allgemeiner Ansicht insgesamt als begünstigend zu behandeln (etwa BVerwG, Urteil vom 09.05.2012 - 6 C 3/11, BeckRS 2012, 53675 Rn. 47 m.w.N.; zur Rechtsnatur des Zuschlags ausführlich Leutritz/Herms/Richter in: Maslaton, Windenergieanlagen, 2. Aufl., Kapitel 4 Rn. 276).

Ob der Umstand, dass sich die Beschwerdeführerin im Streitfall durch den Widerruf des Zuschlags die Rückzahlung der geleisteten Sicherheit und damit einen wirtschaftlichen Vorteil erhofft und für sie deshalb gegenwärtig nicht mehr der durch den Zuschlag vermittelte Zahlungsanspruch nach § 19 EEG 2017 im Vordergrund steht, eine nachträgliche Umqualifizierung des Zuschlags als belastenden Verwaltungsakt zu rechtfertigen vermag (in diesem Sinne etwa Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 48 Rn. 116 m.w.N.) oder ob für die Unterscheidung zwischen „begünstigend“ und „nicht begünstigend“ allein der objektive Regelungsgehalt bzw. die Wirkung des Verwaltungsakts maßgeblich ist (so Schoch in: Schoch/Schneider, a.a.O., § 49 VwVfG Rn. 75; Suerbaum in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2. Aufl., § 48 Rn. 111; wohl auch OVG Münster, Urteil vom 02.04.1998 - 20 A 3189-96, NVwZ-RR 1999, 166), bedarf keiner Entscheidung. 74

**cc)** Denn der Beschwerdeführerin entstehen durch den Fortbestand des Zuschlags auch dann keine rechtlich relevanten Nachteile, wenn man nicht die hierdurch von ihr selbst erstrebte Begünstigung in den Blick nimmt, sondern die als „Nebenfolge“ entstehenden möglichen wirtschaftlichen Nachteile, die durch die gesetzlichen Vorgaben zur Pönalzahlung einschließlich der Verpflichtung zur Beibringung einer Sicherheit begründet werden. 75

**(1)** Dies folgt aus den gesetzlichen Vorgaben des EEG 2017. Danach wird zwar der Zuschlag als begünstigender Verwaltungsakt auf Antrag des Bieters erteilt, wodurch dieser eine geschützte Rechtsposition erwirbt. Dies gilt jedoch nicht für dessen Aufhebung als *actus contrarius*. 76

Zunächst steht der Fortbestand des Zuschlags und der damit einhergehenden gesetzlichen Verpflichtung des Bieters, ggfs. eine Pönale zu zahlen und diese entsprechend zu sichern, nicht zur Disposition des Bieters. Der Gesetzgeber hat sich vielmehr dafür entschieden, dass der Bieter nach Erteilung des Zuschlags an ihn gebunden ist und er sich hiervon nicht mehr einseitig lösen kann, auch wenn im konkreten Einzelfall die hierdurch entstehenden Nachteile die vom Bieter bei Gebotsabgabe erstrebten Vorteile übersteigen. Die Rückgabe von Zuschlägen für Windenergieanlagen an Land ist unzulässig (BT-Drs. 18/8860, S. 208; Baumann/Strauß in: Baumann/Gabler/Günther, a.a.O., § 35a Rn. 5; Kerth in: BerlK-EnR, a.a.O., § 35a EEG Rn. 5), was daraus folgt, dass die Rückgabe von Zuschlägen für Windenergieanlagen an Land, anders als in § 37d Abs. 1 EEG 2017 für Solaranlagen geregelt, im EEG 2017 nicht vorgesehen ist. 77

Darüber hinaus folgt aus § 35a EEG 2017, dass Rücknahme und Widerruf nach den §§ 48, 49 EEG 2017 nicht im Interesse des Bieters erfolgen, sondern ausschließlich im öffentlichen Interesse. Die Aufhebung eines Zuschlags nach den allgemeinen Bestimmungen führt gemäß § 35a Abs. 1 Nr. 3 EEG 2017 zwingend zur Entwertung des Zuschlags, die wiederum der Dokumentation des Verlusts der Wirksamkeit des Zuschlags i.S.d. § 43 VwVfG dient und die Bundesnetzagentur in die Lage versetzt, möglichst zeitnah einen Überblick über die Nichtrealisierung von Projekten zu erhalten, um sich abzeichnende Abweichungen von der Erreichung der angestrebten Ausbauziele frühzeitig zu erkennen (BT-Drs. 18/8860, S. 208). Dieser Funktion entsprechend führen Rücknahme bzw. Widerruf als Entwertungstatbestände 78

zum Anfall einer Pönale nach § 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EEG 2017.

Angesichts der gesetzlich angelegten Bindung des Bieters an den Fortbestand des Zuschlags und dessen Pönalisierung im Falle der Aufhebung besteht für die Annahme eines schützenswerten rechtlichen Interesses des Bieters an einer Aufhebung des Zuschlags kein Raum. 79

**(2)** Die Beschwerdeführerin hat auch nicht ausnahmsweise aus materiell-rechtlichen Gründen eine Rechtsposition mit Blick auf den zweiten Zuschlag erworben, die ihr ein berechtigtes Interesse an der Aufhebung dieses Zuschlags vermitteln könnte. Dem steht die aufgezeigte inhaltliche Verknüpfung der beiden Zuschläge entgegen. 80

Eine isolierte Aufhebung des zweiten Zuschlags hätte angesichts der gebotenen einheitlichen, gemeinsamen Betrachtung der beiden Zuschläge grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Verpflichtung der Beschwerdeführerin zur Realisierung der Anlage und auf die damit im Zusammenhang stehenden „Nebspflichten“ zur Leistung einer Sicherheit und ggfs. Zahlung einer Pönale, so dass insoweit keine schutzwürdige Rechtsposition der Beschwerdeführerin besteht. 81

Ein Interesse der Beschwerdeführerin am Widerruf des zweiten Zuschlags könnte sich allenfalls daraus ergeben, dass sich hierdurch der Beginn der Realisierungsfrist ausschließlich nach dem - deutlich späteren - Zeitpunkt der (nachträglichen) Erteilung des ersten Zuschlags bestimmt und sich die Realisierungsfrist dadurch faktisch verlängern könnte. Ein solches Interesse wäre aber rechtlich nicht schützenswert, denn die Zuschlagserteilung im Ausschreibungsverfahren nach § 32 EEG 2017 ist mit der Erwartung eines Zubaus in Höhe der installierten Leistung verbunden, die der Gesetzgeber durch die Pönalisierung der Nichteinhaltung der Realisierungsfrist gewährleisten möchte, und im Streitfall ist nur der zweite Zuschlag im Ausschreibungsverfahren erteilt worden und damit im Ausbaupfad berücksichtigt worden (zur Nichtberücksichtigung des nachträglich erteilten ersten Zuschlags für den Ausbaupfad siehe vorstehend unter I.2.b)cc)(1)(c)). 82

**dd)** Nach alledem kommt es nicht mehr darauf an, ob die angefochtene Entscheidung der Bundesnetzagentur, den zweiten Zuschlag nicht zu widerrufen, rechtmäßig und insbesondere ermessensfehlerfrei war. 83

Allerdings sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass der begehrte Widerruf des Zuschlags auch nicht im öffentlichen Interesse liegen dürfte. 84

Er ist nicht zur Gewährleistung eines funktionsfähigen und unverzerrten Ausschreibungswettbewerb erforderlich, da der Widerruf und die daran gemäß § 35a Abs. 1 Nr. 3 EEG 2017 anknüpfende Entwertung nach § 28 Abs. 1a S. 2 EEG 2017 nicht die Möglichkeit eröffnen, einen wegen des Zuschlags unberücksichtigt gebliebenen Bieter in der betreffenden Ausschreibungsrunde nachträglich zu bezuschlagen. Dies kann ein solcher Bieter nur selbst im Wege der Verpflichtungsbeschwerde erstreiten (BGH, Beschluss vom 11.02.2020 - EnVR 101/18, BeckRS 2020, 8744 Rn. 11), wobei in der hier streitgegenständlichen Fallkonstellation zu beachten ist, dass der der Beschwerdeführerin erteilte Zuschlag rechtmäßig war. Der Widerruf kann deshalb schon im Ausgangspunkt nicht dazu führen, eine etwaige Wettbewerbsverzerrung zulasten anderer Bieter nachträglich zu beseitigen. 85

Es ist auch nicht ersichtlich, dass der Widerruf zum Schutz der Steuerungsfunktion des Ausschreibungswettbewerbs für die Erreichung des Ausbaupfads der erneuerbaren Energien 86

gerechtfertigt wäre. Eine doppelte Berücksichtigung der Ausschreibungsvolumina trotz nur einmalig möglicher Realisierung der Anlagen ist im Streitfall nicht zu besorgen, da, wie aus den vorstehenden Ausführungen unter I.2.b)(cc)(1) folgt, der nachträglich gemäß § 83a Abs. 1 S. 3 EEG 2017 erteilte Zuschlag auch über das in § 28 EEG 2017 festgelegte Ausschreibungsvolumen hinaus erteilt werden kann.

**C.** 87

**I.** Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 1 EnWG und orientiert sich am Ausmaß des Obsiegens bzw. Unterliegens der Verfahrensbeteiligten, wobei es billigem Ermessen entspricht, die nach Verbindung der Beschwerdeverfahren noch entstandenen Kosten allein der Bundesnetzagentur aufzuerlegen, da die Beschwerdeführerin das von ihr letztlich verfolgte Ziel, keine zwei Sicherheiten für die auf die streitgegenständlichen Windenergieanlagen bezogenen Gebote leisten zu müssen, erreicht hat. 88

**II.** Die Festsetzung des Beschwerdewerts findet ihre Grundlage in § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. 89

Da die bis zur Verbindung in jedem einzelnen Verfahren angefallenen Verfahrensgebühren durch die Verbindung unberührt und ihr getrennter Ansatz bestehen bleibt (Greger in: Zöller, ZPO, 34. Aufl., § 147 Rn. 11 m.w.N.), sind jeweils Beschwerdewerte vor und nach Verbindung anzusetzen. 90

Das wirtschaftliche Interesse der Beschwerdeführerin an der Aufhebung des auf Hinterlegung einer Sicherheitsleistung in Höhe von ... Euro gerichteten Bescheids ist unter Rückgriff auf den Rechtsgedanken des § 6 ZPO mit diesem Wert anzusetzen. Danach bemisst sich der Zuständigkeits- und Rechtsmittelstreitwert, wenn es im Rechtsstreit um eine erst noch zu erlangende (Sicherstellung) oder um eine bereits vorhandene Sicherheit (Pfandrecht) geht, grundsätzlich nach dem Wert der erst noch zu sichernden bzw. schon besicherten Forderung (Wendtland in: BeckOK ZPO, 45. Edition, § 6 ZPO Rn. 10 m.w.N.). In diesen Fallkonstellationen ist mithin kein Abschlag dafür vorgesehen, dass es nicht um die Hauptforderung geht, sondern lediglich um eine „Sicherstellung“, unter deren Begriff jegliche noch zu leistende Sicherheiten fallen (Herget in Zöller, a.a.O., § 6 Rn. 8). § 6 ZPO ist über [§ 48 Abs. 1 S. 1 GKG](#) auch auf den Gebührenstreitwert anzuwenden (BGH, Beschluss vom 17.12.2020 - IX ZR 208/18, juris Rn. 1, Herget in: Zöller, a.a.O., § 6 Rn. 1). Dies gilt mit Blick auf den grundgesetzlich gewährleisteten Justizgewährungsanspruch jedenfalls dann, wenn ein solcher Ansatz nicht außer Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Wert steht, den das gerichtliche Verfahren für den einzelnen Beteiligten hat (BVerfG, Beschluss vom 12.02.1992 - 1 BvL 1/89, juris Rn. 32). Dass der wirtschaftliche Wert des Beschwerdeverfahrens für die Beschwerdeführerin den betragsmäßigen Wert der zu leistenden Sicherheit erheblich unterschreitet, ist nicht ersichtlich. Vielmehr ist dem Vorbringen der Beschwerdeführerin zu entnehmen, dass eine Erbringung der Sicherheitsleistung durch Bankbürgschaft nicht in Betracht kommt, so dass insbesondere nicht auf die dadurch entstehenden, im Zweifel deutlich niedrigeren Kosten abgestellt werden kann. 91

Die auf die Aufhebung des zweiten Zuschlags gerichtete, weitere Beschwerde ist nicht mit dem wirtschaftlichen Wert des Zuschlags selbst zu bemessen, sondern mit dem Wert des hierdurch von der Beschwerdeführerin letztlich erstrebten wirtschaftlichen Vorteils, durch die Aufhebung die Voraussetzungen für eine Rückerstattung der Sicherheitsleistung zu schaffen, mithin ebenfalls mit ... Euro. 92



Nach Verbindung ist der Beschwerdewert allerdings ausnahmsweise nicht zu addieren, da beiden Beschwerden dasselbe wirtschaftliche Interesse zugrunde liegt.

**D.** 94

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung nicht zugelassen, weil die hierfür in § 86 Abs. 2 EnWG normierten Voraussetzungen nicht vorliegen. Insbesondere kommt der Sache als hinsichtlich der streitentscheidenden Rechtsfrage reiner Einzelfallentscheidung keine grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG zu. 95

**Rechtsmittelbelehrung:** 96

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](http://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 S. 1, 80 S. 2 EnWG). 97