

Oberlandesgericht Düsseldorf, 3 Kart 114/17 (V)

Datum: 11.07.2018
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 3. Kartellsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 3 Kart 114/17 (V)
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2018:0711.3KART114.17V.00

Leitsätze: § 22 Abs. 4 S. 1, 2 Nr. 2, Abs. 6 EEG 2017

Bis zum Eintritt des 31.12.2018 nimmt § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 EEG diejenigen Anlagen von dem Ausschreibungserfordernis aus, die vor dem 01.01.2017 genehmigt und bereits in Betrieb genommen worden sind.

Genehmigte Anlagen, bei denen eine Inbetriebnahme vor dem 01.01.2019 theoretisch nicht auszuschließen ist, weil dieser Zeitpunkt noch nicht verstrichen ist, sind bis zum 31.12.2018 nicht von Ausschreibungen auszuschließen, wenn der Anlagenbetreiber die Anlage bereits nicht im Vertrauen auf den Fortbestand des gesetzlichen Förderregimes, sondern von vornherein mit einem nach dem 31.12.2018 liegenden Errichtungsdatum geplant hat und die Anlage so genehmigt worden ist.

Tenor: Die Bundesnetzagentur wird unter Aufhebung ihres Beschlusses vom 15.09.2017 (Az.: 605b, 8175-05-01/008) verpflichtet, das Gebot der Beschwerdeführerin aus der Ausschreibungsrunde für Biomasseanlagen vom 01.09.2017 (Gebotsmenge: ... kW, Gebotswert: ... Ct/kWh) zu bezuschlagen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen außergerichtlichen Aufwendungen der Beschwerdeführerin werden der Bundesnetzagentur auferlegt.

Der Beschwerdewert wird auf ... Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

<u>Gründe:</u>	1
<u>A.</u>	2
Die Beschwerdeführerin beabsichtigt, ein Biomasse-Heizkraftwerk (BHKW) in ... zu errichten.	3
Zunächst hatte sie ein BHKW mit einer Feuerungswärmeleistung von ... kW geplant. Am 22.09.2016 erteilte die zuständige Behörde eine Genehmigung nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz unter Bestimmung einer Realisierungsfrist von vier Jahren ab Bestandskraft des Bescheides. Anfang 2017 modifizierte die Beschwerdeführerin ihre Investitionsplanungen. Sie entschied sich, ein deutlich kleineres BHKW mit einer Feuerungswärmeleistung von ... kW und einer elektrisch installierten Leistung von ... kW zu errichten. Nach entsprechender Anzeige bestätigte die Genehmigungsbehörde die Änderung am 22.03.2017.	4
Am 11.08.2017 teilte die Beschwerdeführerin der Bundesnetzagentur mit, dass sie beabsichtige, das BHKW am 01.03.2019 in Betrieb zu nehmen. Zugleich ließ sie das BHKW im Anlagenregister registrieren.	5
Zum 01.09.2017 nahm die Beschwerdeführerin an der von der Bundesnetzagentur durchgeführten Ausschreibungsrunde für Biomasseanlagen teil. Sie gab dabei ein Gebot mit einem Gebotswert von ... Ct/kWh und einer Gebotsmenge von ... kW ab. Mit Schreiben vom 15.09.2017 teilte die Bundesnetzagentur mit, dass das Gebot nicht berücksichtigt worden sei, weil für Anlagen, die vor 2017 nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz genehmigt worden seien, in den Jahren 2017 und 2018 eine Teilnahme an Ausschreibungen im Hinblick auf § 22 Abs. 6 EEG 2017 unzulässig sei.	6
Die Ausschreibungsrunde vom 01.09.2017 war unterzeichnet. Bei einem Ausschreibungsvolumen von ca. 122 MW wurden Gebote mit einer Gebotsmenge von insgesamt rund 41 MW abgegeben. Es wurden Gebote mit einer Gebotsmenge von insgesamt rund 27,5 MW bezuschlagt.	7
Mit der Beschwerde begehrt die Beschwerdeführerin die Berücksichtigung ihres Gebots im Zuschlagsverfahren und die Erteilung eines Zuschlags. Sie macht geltend, dass ihr Gebot im Zuschlagsverfahren hätte berücksichtigt werden müssen.	8
Die Nichtberücksichtigung sei rechtsfehlerhaft, denn die dafür erforderlichen Voraussetzungen nach dem allein in Betracht kommenden § 22 Abs. 6 S. 1 EEG 2017 lägen nicht vor. Danach solle nur für solche Anlagen an den Ausschreibungen teilgenommen werden können, für die eine Ausschreibungspflicht bestehe, während für Anlagen, für die keine Ausschreibungspflicht bestehe, auch ein Recht zur Teilnahme an Ausschreibungen nicht gegeben sei. Grundsätzlich bestehe für alle Biomasseanlagen eine Ausschreibungspflicht nach § 22 Abs. 1, Abs. 4 S. 1 EEG 2017. Eine Ausnahme sehe allein die Übergangsbestimmung des § 22 Abs. 4 S. 2 EEG 2017 vor. Da die Voraussetzungen einer Ausnahme von der Ausschreibungspflicht nach § 22 Abs. 4 S. 2 EEG 2017 im Hinblick auf das	9

streitgegenständliche BHKW nicht erfüllt seien, bestehe eine Ausschreibungspflicht.

Soweit die Bundesnetzagentur zur Begründung ihrer ablehnenden Entscheidung darauf abstelle, dass für Anlagen, die vor dem 01.01.2017 nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz genehmigt worden seien, an den Ausschreibungsrunden in den Jahren 2017 und 2018 nicht teilgenommen werden dürfe, verkenne sie, dass eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht nur unter den kumulativen Voraussetzungen des Vorliegens einer Genehmigung vor dem 01.01.2017 und einer Inbetriebnahme vor dem 01.01.2019 bestehe. Diese Voraussetzung sei jedoch nicht erfüllt, da ihre Anlage vor dem 01.01.2019 nicht in Betrieb genommen werde. 10

Selbst wenn die Bundesnetzagentur die Voraussetzungen der Ausschreibungspflicht auf der Grundlage des beim Anlagenregister genannten voraussichtlichen Datums der Inbetriebnahme ermittelt haben sollte, hätte sie das Gebot zum Zuschlagsverfahren zulassen müssen. Als voraussichtliches Datum sei der von der Genehmigung nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz gedeckte Termin 01.03.2019 genannt worden. Auf die Frage, ob die Anlage in ihrer konkreten Gestalt schon vor dem 01.01.2017 nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz genehmigt worden sei, komme es demnach nicht an. Daran ändere auch § 22 Abs. 6 S. 1 EEG 2017 nichts. Da für das BHKW keine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht bestehe, sei es allein den ausschreibungspflichtigen Anlagen zuzuordnen. 11

Unabhängig davon hätte die Sichtweise der Bundesnetzagentur nicht nachvollziehbare praktische Härten zur Folge. Ausschreibungsrunden für Biomasseanlagen fänden nur einmal im Jahr zum 1. September statt und an den Ausschreibungen könne nur dann mit Erfolg teilgenommen werden, wenn die Anlage zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung noch nicht in Betrieb genommen worden sei. Nach dem Verständnis der Bundesnetzagentur könnte sie, die Beschwerdeführerin, ihre voraussichtlich zum 01.03.2019 fertig errichtete Anlage mindestens sechs Monate lang, nämlich bis zur nächsten möglichen Ausschreibungsrunde am 01.09.2019, nicht in Betrieb nehmen, um den Förderanspruch nach dem EEG nicht zu gefährden. 12

Wäre das Gebot im Zuschlagsverfahren berücksichtigt worden, wäre es auch bezuschlagt worden. Das Gebot sei zulässig und die Ausschreibungsrunde unterzeichnet gewesen, so dass das Gebot sich unterhalb der Zuschlagsgrenze befunden habe. 13

Die Beschwerdeführerin beantragt, 14

die Bundesnetzagentur unter Aufhebung ihres Bescheides vom 15.09.2017 (605b, 8175-05-01/008) zu verpflichten, das Gebot der Beschwerdeführerin aus der Ausschreibungsrunde für Biomasseanlagen vom 01.09.2017 (Gebotsmenge: ... kW, Gebotswert: ... Ct/kWh) zu bezuschlagen. 15

Die Bundesnetzagentur beantragt, 16

die Beschwerde zurückzuweisen. 17

Sie verteidigt den angegriffenen Beschluss. Die Beschwerdeführerin verkenne 18
den Sinn und Zweck der Übergangsregelung des § 22 Abs. 4 EEG. Zwar
nehme § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 EEG Anlagen, die vor dem 01.01.2019 in Betrieb
gegangen seien, in Bezug. Die Schlussfolgerung der Beschwerdeführerin,
ihre noch nicht in Betrieb gegangene Anlage könne an Ausschreibungen
teilnehmen, sei dennoch unrichtig. Ein derartiges Normverständnis hätte zur
Folge, dass alle vor dem 01.01.2017 genehmigten und noch nicht errichteten
Anlagen aus der Übergangsregelung herausfielen und damit ihren gesetzlich
bestimmten Zahlungsanspruch verlören. Dies sei ersichtlich nicht die Absicht
des Gesetzgebers gewesen.

Der Wortlaut der Vorschrift könne daher nur so ausgelegt werden, dass als 19
eine der Voraussetzungen der Übergangsregelung die Inbetriebnahme der
Anlage vor dem 01.01.2019 gefordert werde. Dies entspreche auch dem
gesetzgeberischen Willen, wie er aus den Erläuterungen zu der nahezu
identischen Regelung für Windenergieanlagen in § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2a EEG
erkennbar werde. Daraus ergebe sich, dass der Gesetzgeber
Windenergieanlagen an Land eine Übergangsregelung zugestehe, wenn sie
bestimmte Voraussetzungen wie die Meldung zum Register und die
Inbetriebnahme der Anlage vor dem 01.01.2019 erfüllten. Anderenfalls ergebe
die Übergangsregelung keinen Sinn, da sie für Anlagen, die zwar vor dem
01.01.2017 genehmigt, aber bisher noch nicht errichtet worden seien, keinen
Bestandsschutz bieten könne. Dass dies nicht dem gesetzgeberischen Willen
entsprechen könne, gelte insbesondere vor dem Hintergrund, dass der mit
dem EEG 2017 vorgenommene Systemwechsel von der gesetzlichen
Bestimmung des Zahlungsanspruchs auf die Bestimmung der Ausschreibung
nur mit einer adäquaten, vertrauensschutzbietenden Übergangsregelung für
Altfälle verfassungskonform sei. Umgekehrt lasse sich der
Gesetzesbegründung klar entnehmen, dass Anlagen, die vor dem 01.01.2017
eine Genehmigung erhalten hätten, nicht vor 2019 an Ausschreibungen
teilnehmen könnten.

Diese Folgerungen ließen sich auf die Situation der Biomasseanlagen 20
übertragen. Der diesen Anlagen gewährte Bestandsschutz sei einfacher zu
erreichen, da keine Meldung an ein Register erfolgen müsse. Darüber hinaus
eröffne der Gesetzgeber diesen Anlagen jedoch nicht die Möglichkeit, auf die
Zahlung nach der alten Regelung zu verzichten. Daran zeige sich der
gesetzgeberische Wille, die unter die Übergangsregelung fallenden
Biomasseanlagen nicht vor 2019 an Ausschreibungen teilnehmen zu lassen.
Die Vorschrift des § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 EEG könne somit nur dahingehend
verstanden werden, dass es Voraussetzung des gewährten Bestandsschutzes
sei, dass die Anlage bis spätestens 2018 in Betrieb genommen werde.
Dadurch werde ein Gleichlauf mit den Regelungen für Windenergieanlagen
an Land erreicht.

Diese Auslegung werde auch bestätigt durch die Regelungen zu Anlagen, die 21
mit Kraft-Wärme-Koppelung arbeiteten. Auch hier sei auf ein
Ausschreibungsverfahren umgestellt und eine Übergangsregelung getroffen
worden, die als Voraussetzung für die Inanspruchnahme der
Übergangsregelung vorsehe, dass die Anlage bis Ende 2018 in Betrieb
genommen worden sei.

Eine Betrachtung der Regelungen betreffend die von einem Systemwechsel hin zu einem Ausschreibungsregime betroffenen Anlagen ergebe, dass in den Übergangsregelungen einheitlich eine Genehmigungserteilung vor dem 01.01.2017 sowie eine Inbetriebnahme der Anlage vor dem 01.01.2019 gefordert würden. Dies sei bei den Biomasseanlagen folglich gleich anzuwenden. Der Beschwerdeführerin komme nicht das Recht zu, sich der Übergangsregelung zu entziehen. Die Möglichkeit, auf die gesetzlich bestimmte Vergütung zu verzichten, sei für Biomasseanlagen im Gegensatz zu der Regelung für Windenergieanlagen an Land in § 22 Abs. 4 EEG gerade nicht vorgesehen. 22

Für die Beschwerdeführerin habe somit nicht die Möglichkeit bestanden, implizit durch die Gebotsabgabe auf ihren gesetzlich bestimmten Zahlungsanspruch zu verzichten und so eine der Voraussetzungen für die Teilnahme an der Ausschreibung zu schaffen. Der Gesetzgeber habe mit der Ausschlussregelung des § 22 Abs. 6 EEG gerade die Auswahl zwischen zwei Vergütungsmodellen und die daraus folgende Möglichkeit, sich für das günstigere zu entscheiden, verhindern wollen. 23

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang der Bundesnetzagentur sowie das Sitzungsprotokoll Bezug genommen 24

B. 25

Die zulässige Beschwerde ist aus den mit den Beteiligten in der mündlichen Verhandlung erörterten Gründen begründet. 26

Die auf die Erteilung des Zuschlags gerichtete Verpflichtungsbeschwerde ist der statthafte Rechtsbehelf (§ 83a Abs. 1 S. 1 EEG). 27

Die Bundesnetzagentur hat das Gebot der Beschwerdeführerin aus der Ausschreibungsrunde für Biomasseanlagen vom 01.09.2017 rechtsfehlerhaft ausgeschlossen. Da das Gebot bei Berücksichtigung bezuschlagt worden wäre, ist die Beschwerde begründet (§ 83a Abs. 1 S. 2 EEG). Demgemäß war die Bundesnetzagentur unter Aufhebung des angefochtenen Bescheids zur Erteilung des Zuschlags zu verpflichten. 28

I. Die Voraussetzungen für eine Nichtberücksichtigung des Gebots der Beschwerdeführerin im Zuschlagsverfahren lagen nicht vor. 29

1. Das EEG hat das Fördersystem für erneuerbare Energien umfassend von festen Vergütungssätzen auf Ausschreibungen umgestellt. Allerdings wird auch unter der Geltung des EEG 2017 das Förderniveau für sämtliche Anlagen nicht ausschließlich durch Ausschreibungen ermittelt (vgl. dazu und zum Folgenden: Hermeier, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 6, 4. Aufl. 2018, § 22 EEG, Rn. 1 ff.). Für bestimmte Altanlagen wird das Erfordernis vielmehr weiterhin unmittelbar durch das Gesetz bestimmt. Von den somit im EEG 2017 enthaltenen zwei Fördersystemen findet jeweils nur ein System Anwendung auf jede Anlage. Welches System für die einzelne 30

Anlage zur Bestimmung des Förderniveaus heranzuziehen ist, regelt § 22 EEG abschließend. Für Anlagen, die dem Ausschreibungsregime unterfallen, ist ein Zuschlag im Rahmen der Ausschreibung Voraussetzung des Förderanspruchs. Während bis zu dem durch das EEG 2017 vollzogenen Systemwechsel für jede Anlage, die die entsprechenden Voraussetzungen erfüllte, ein Förderanspruch bestand, ist die Anspruchsberechtigung für Neuanlagen nunmehr mengenmäßig durch die jeweiligen Ausschreibungsvolumina beschränkt. Erhält der Anlagenbetreiber im Rahmen der Ausschreibung keinen Zuschlag, ist eine Förderung bis zur Erteilung eines Zuschlags zu einem späteren Zeitpunkt ausgeschlossen.

Gemäß § 22 Abs. 1 EEG ermittelt die Bundesnetzagentur durch Ausschreibungen die Anspruchsberechtigten und den anzulegenden Wert für Strom aus Windenergieanlagen an Land, Solaranlagen, Biomasseanlagen und Windenergieanlagen auf See. In § 22 Abs. 2 bis 5 EEG wird für die einzelnen erneuerbaren Energieträger definiert, welche Anlagen der Ausschreibungspflicht unterfallen. Dabei wird für sämtliche Anlagen zunächst der Zuschlag zur Voraussetzung eines Förderanspruchs erhoben und sodann werden Bereichsausnahmen für jeden Energieträger definiert, die weiterhin dem parallel fortbestehenden System der gesetzlichen Ermittlung des Fördererniveaus unterfallen. 31

Die Bereichsausnahmen betreffen zum einen Anlagen, für die aufgrund ihrer Anlagengröße kein Bedürfnis besteht, sie einem wettbewerblichen Ausschreibungsverfahren zu unterwerfen, zum anderen Anlagen, die aufgrund ihres zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des EEG 2017 bereits erreichten Planungs- und Entwicklungsstandes Vertrauensschutz genießen sollen. Die Übergangsregelungen für die einzelnen Energieträger sind mit Blick auf die lange Vorlaufzeit für Planung, Genehmigung und Errichtung der Anlagen geschaffen worden. § 22 Abs. 6 EEG bestimmt schließlich, dass Anlagen, die dem Ausschreibungsregime nicht unterfallen, daran auch nicht teilnehmen dürfen. Für diese Anlagen ergibt sich das Förderniveau ausschließlich unmittelbar aus dem Gesetz. 32

2. Die in § 22 Abs. 4 S. 2 und 3 EEG genannten Voraussetzungen für eine Bereichsausnahme von der Ausschreibungspflicht liegen im Hinblick auf die streitgegenständliche Biomasseanlage nicht vor. 33

2.1. Danach sind parallel zu der Regelung für Windenergieanlagen an Land Biomasseanlagen, die vor dem 01.01.2019 in Betrieb genommen worden sind, aus dem Ausschreibungsregime ausgenommen, wenn sie nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftig sind oder für ihren Betrieb einer Zulassung nach einer anderen Bestimmung des Bundesrechts bedürfen und vor dem 01.01.2017 genehmigt oder zugelassen worden sind. Gelingt die Inbetriebnahme vor dem 01.01.2019 nicht, fallen auch bereits genehmigte und sich in der Projektierung befindliche Anlagen unter die Ausschreibungspflicht. Es handelt sich insoweit um ein Ausschlussdatum für den Anspruch auf Förderung in Höhe des gesetzlich zu ermittelnden Förderniveaus. Erfolgt vor dem 01.01.2019 keine Inbetriebnahme, entfällt der Bestandsschutz und die Anlage wird in das Ausschreibungssystem 34

übergeleitet, so dass ein Anspruch auf Förderung nur noch bei einem wirksamen Zuschlag in einer Ausschreibung besteht.

Der Argumentation der Bundesnetzagentur, dass der Beschwerdeführerin, deren Anlage unstreitig vor dem 01.01.2017 genehmigt worden ist, ein Anspruch aus der Übergangsregelung gem. §§ 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 2, 42 EEG zustehe, wenn sie ihre Anlage bis Ende 2018 in Betrieb nehme, so dass sie an der streitgegenständlichen Ausschreibung nicht teilnehmen können, vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Unumstritten ist, dass diejenigen Anlagen, die vor dem 01.01.2017 genehmigt und derzeit bereits in Betrieb sind, nicht unter das Ausschreibungsregime fallen, sondern nach der Übergangsregelung noch ein gesetzlich bestimmter Förderanspruch besteht. Nach der Auffassung der Bundesnetzagentur, wonach alle Anlagen, die vor dem 01.01.2017 eine Genehmigung erhalten hätten, nicht vor 2019 an Ausschreibungen teilnehmen könnten, kommt es bis zum 31.12.2018 nicht auf den tatsächlichen Realisierungsgrad des Projektes und die Frage an, ob der Betreiber die Anlage vor dem 01.10.2019 in Betrieb nehmen wird, sondern ausschließlich auf das Vorliegen einer vor dem 01.01.2017 erteilten Genehmigung. Danach könnten vor dem 01.01.2017 genehmigte Anlagen erst nach dem 31.12.2018 an Ausschreibungen teilnehmen, weil erst mit Ablauf des 31.12.2018 feststeht, dass sie die Voraussetzungen der in § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 EEG genannten Bereichsausnahme nicht erfüllen. Bis dato wären sie darauf zu verweisen, dass die Frist für eine potentielle Inbetriebnahme noch nicht verstrichen ist und die Voraussetzungen für einen gesetzlich bestimmten Förderanspruch noch eintreten könnten.

2.2. Dieses Verständnis entspricht indes nicht dem durch die Übergangsregelung verfolgten Ziel, Vertrauens- und Bestandsschutz für Altfälle zu schaffen. § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 EEG ist eine Schutzvorschrift für Anlagenbetreiber, die ihre Anlagen in der Erwartung geplant haben, einen gesetzlich bestimmten Förderanspruch zu haben und nicht an Ausschreibungen teilnehmen zu müssen. Im Hinblick auf die langen Vorlaufzeiten sollten Betreiber durch den Systemwechsel nicht überrascht werden, sondern sie sollten – wie ihrer Planung zugrunde gelegt – auf Basis des bisherigen Rechtsregimes in der nach § 42 EEG zu bestimmenden Höhe gefördert werden können (vgl. BT-Drs. 18/1304, S. 182). Genehmigte Anlagen, bei denen eine Inbetriebnahme vor dem 01.01.2019 noch in Betracht kommt ist, weil dieser Zeitpunkt noch nicht verstrichen ist, bis zum 31.12.2018 pauschal von Ausschreibungen auszuschließen, entspricht diesem Schutzzweck aber dann nicht, wenn – wie im Streitfall - der Anlagenbetreiber die Anlage bereits nicht im Vertrauen auf den Fortbestand des gesetzlichen Förderregimes, sondern von vornherein mit einem nach dem 31.12.2018 liegenden Errichtungsdatum geplant hat und die Anlage so genehmigt worden ist. Die Übergangsregelung will das der Investitionsentscheidung und -planung zugrunde liegende Vertrauen des Betreibers auf den Fortbestand des gesetzlichen Förderregimes schützen, nicht aber Anlagen aus dem Ausschreibungsregime verdrängen, für die ein Vertrauenstatbestand von vornherein nicht bestanden hat.

Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur kann nicht angenommen werden, dass die Beschwerdeführerin sich dem für sie geltenden

Förderregime entziehe, obwohl ihr eine diesbezügliche Verzichtsoption nicht zustehe. § 22 Abs. 6 S. 1 EEG schließt von der Ausschreibungspflicht ausgenommene Anlagen von einer freiwilligen oder optionalen Teilnahme an Ausschreibungen aus. Damit soll eine Auswahl zur Optimierung der Förderung verhindert werden (vgl. Hermeier, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 6, 4. Aufl. 2018, § 22 EEG, Rn. 34). Auch wenn sich die Teilnahme an der Ausschreibung im Vergleich zu der gesetzlich bestimmten Vergütung als wirtschaftlich attraktiver darstellt, liegt im Streitfall gerade keine Optimierung – etwa durch den Verzicht auf eine mögliche frühere Inbetriebnahme – vor. Durch die Gebotsabgabe hat die Beschwerdeführerin nicht auf den gesetzlich bestimmten Zahlungsanspruch verzichtet und damit erst eine der Voraussetzungen für die Teilnahme an der Ausschreibung geschaffen. Obwohl das Ausschlussdatum des 31.12.2018 noch nicht verstrichen ist, steht im Streitfall unstreitig schon ausweislich der genehmigten Planung und Registrierung im Anlagenregister fest, dass eine Inbetriebnahme erst nach dem 01.01.2019 erfolgen und ein Anspruch auf die gesetzlich bestimmte Förderung nicht entstehen wird.

Bis zum Eintritt des 31.12.2018 nimmt § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 EEG demnach 38
diejenigen Anlagen von dem Ausschreibungserfordernis aus, die vor dem 01.01.2017 genehmigt und bereits in Betrieb genommen worden sind. Ob für Anlagen, deren Betreiber nicht sicher sind, ob eine Inbetriebnahme vor dem 01.01.2019 noch gelingen kann, eine Teilnahme an Ausschreibungen möglich ist (so wohl Salje, EEG, 8. Aufl. 2018, § 22 Rn. 28 ff.) kann hier dahinstehen. Es ist jedenfalls kein dem Schutzzweck der Übergangsregelung entsprechender sachlicher Grund vorhanden, Gebote auch für solche Anlagen auszuschließen, bei denen feststeht, dass die Inbetriebnahme von vornherein geplant nach dem 31.12.2018 erfolgen wird und deren Betreiber darauf zu verweisen, dass sie die Voraussetzungen für den Anspruch auf die gesetzlich bestimmte Förderung noch erlangen können. In dieser Fallkonstellation besteht weder die Gefahr einer doppelten Förderung noch die Ausübung eines dem Betreiber nicht zustehenden Wahlrechts.

Der Beschwerdeführerin kann auch nicht vorgeworfen werden, dass sie sich 39
die Teilnahme an der Ausschreibung rechtsmissbräuchlich verschafft habe, indem sie die Anlage bewusst erst nach dem 01.01.2019 in Betrieb nehmen wolle. Es ist nicht ersichtlich und wird auch von der Bundesnetzagentur nicht vorgetragen, dass die Beschwerdeführerin im Hinblick auf den im Vergleich zu den gesetzlich bestimmten Zahlungsansprüchen günstigeren Gebotspreis die Realisierung des Projektes und damit die Inbetriebnahme der Anlage bewusst verzögere und dadurch ein faktisches Wahlrecht erlangt habe. Dass die Beschwerdeführerin eine mögliche Inbetriebnahme verzögert, um in den Genuss der günstigeren Gebotspreise zu kommen ist, im Übrigen auch angesichts des Umstandes, dass bereits in dem Genehmigungsbescheid nach Bundesimmissionsschutzgesetz vom 22.09.2016 eine Realisierungsfrist von vier Jahren bestimmt wurde, nicht anzunehmen.

Da im Streitfall somit davon auszugehen ist, dass die Beschwerdeführerin die 40
Anlage wie geplant erst im März 2019 in Betrieb nehmen wird und ein Förderanspruch demnach nur durch eine erfolgreiche Teilnahme an einer

Ausschreibung entstehen kann, liegen die Voraussetzungen des § 22 Abs. 6 S. 1 EEG für eine Nichtberücksichtigung ihres Gebots nicht vor.

Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur führt dieses Normverständnis auch nicht dazu, dass alle Anlagen die vor dem 01.01.2017 genehmigt und noch nicht errichtet worden sind, aus der Übergangsregelung fallen und ihren Anspruch auf die gesetzlich bestimmte Förderung verlieren. Vielmehr erlangen Betreiber von vor dem 01.01.2017 genehmigten und vor dem 01.01.2019 in Betrieb gehenden Anlagen einen solchen Anspruch mit der Inbetriebnahme. Anlagen, deren Inbetriebnahme bis zum 31.12.2018 erfolgen wird, unterfallen somit bis zu diesem Ausschlussdatum nicht dem Ausschreibungsregime. 41

II. Es ist unstrittig, dass bei einer Berücksichtigung des Gebots ein Zuschlag erfolgt wäre, denn die Ausschreibung war unterzeichnet. 42

C.

I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 1 EnWG. Es entspricht der Billigkeit, der unterlegenen Bundesnetzagentur die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen. 43

II. Den Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren setzt der Senat im Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung auf ... Euro fest. (§ 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO). Das mit der Beschwerde verfolgte wirtschaftliche Interesse der Beschwerdeführerin besteht darin, den im Vergleich zu der in § 42 EEG gesetzlich bestimmten Zahlung höheren Fördersatz nach dem Gebotspreis zu erzielen. 44

Die Bundesnetzagentur hat insoweit eine Ermittlung des Beschwerdewerts unter Außerachtlassung des Gewinnanteils angeregt. Dies hält der Senat – abweichend von anderen Streitkonstellationen – für sachgerecht, da das Rechtsschutzziel im Streitfall die begehrte Differenz zwischen den beiden Förderregimen ist. Auszugehen ist danach von der in Verfahren betreffend die Förderung von EEG-Anlagen nach der Rechtsprechung des Senats anzuwendenden Formel, wonach die Gebotshöhe, die Anlagengröße und die daraus folgende prognostizierbare Strommengenproduktion zu berücksichtigen sind. Bei einer angenommenen Volllast von 6.000 Stromstunden jährlich bei Biomasseanlagen, einer Anlagengröße von ... kW, einer Förderdauer von 20 Jahren und der Differenz zwischen dem Gebotspreis und dem nach § 42 EEG anzulegenden Wert ergibt sich folgende Berechnung: 45

(Differenz Gebotspreis und anzulegender Wert nach § 42 EEG in Euro/kWh) x produzierte Strommenge in kWh/a (Anlagengröße kWp x 6000 h/a Volllast) x 20 (Förderdauer in Jahren) 46

...

47

D.

48

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof zugelassen, weil die streitgegenständliche Frage grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG hat und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG erfordert. 49

Rechtsmittelbelehrung: 50

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Rechtsbeschwerde kann auch durch Übertragung eines elektronischen Dokuments an die elektronische Poststelle des Gerichts erhoben werden. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet sein. Es muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht werden. Die für die Übermittlung und Bearbeitung geeigneten technischen Rahmenbedingungen bestimmen sich nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) vom 24.11.2017 (BGBl. I, S. 3803). Über das Justizportal des Bundes und der Länder (www.justiz.de) können weitere Informationen über die Rechtsgrundlagen, Bearbeitungsvoraussetzungen und das Verfahren des elektronischen Rechtsverkehrs abgerufen werden. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 Satz 2, 80 Satz 2 EnWG). 51