

<b>Anmerkung zu:</b>	BGH Kartellsenat, Beschluss vom 12.11.2019 - EnVR 108/18
<b>Autor:</b>	Thorsten Kirch, RA
<b>Erscheinungsdatum:</b>	23.01.2020
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 53 EEG 2014, § 46 EEG 2014, § 57 VwVfG, § 62 VwVfG, § 22 EEG 2009 ... mehr
<b>Fundstelle:</b>	jurisPR-UmwR 1/2020 Anm. 2
<b>Herausgeber:</b>	Prof. Dr. Ferdinand Kuchler, RA Dr. Martin Spieler, RA
<b>Zitiervorschlag:</b>	Kirch, jurisPR-UmwR 1/2020 Anm. 2

---

## **Berufung auf Formmangel bei Verzicht auf gesetzlichen Vergütungsanspruch für den erzeugten Strom - Schriftformverzicht**

### **Leitsätze**

- 1. Eine nach § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. c EEG der Schriftform bedürftige Erklärung über den Verzicht auf den gesetzlich bestimmten Zahlungsanspruch muss grundsätzlich den Anforderungen des § 126 Abs. 1 BGB genügen.**
- 2. Ein Anlagenbetreiber, der eine solche Erklärung ausschließlich per Telefax übermittelt hat, verstößt gegen Treu und Glauben, wenn er sich erst nach erfolgloser Teilnahme an einer Ausschreibung auf den Formmangel beruft.**

### **A. Problemstellung**

Mit der zum 01.01.2017 in Kraft getretenen Änderung durch das EEG 2017 wurde das bis dahin geltende Fördersystem gesetzlich festgelegter Fördersätze für den Ausbau erneuerbarer Energien grundlegend reformiert. Seitdem erhalten überwiegend nur noch diejenigen Anlagenbetreiber eine Förderung nach dem EEG, die sich erfolgreich in einem von der BNetzA durchgeführten Ausschreibungsverfahren durchsetzen. Windenergieanlagen an Land sind nach § 22 Abs. 1 EEG 2017 grundsätzlich ausschreibungspflichtig. Ausgenommen von den Ausschreibungen sind gemäß § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 jedoch sogenannte Altanlagen. Diese sind jene Anlagen, bei denen die in § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. a bis c EEG 2017 genannten Bedingungen kumulativ vorliegen. Altanlagen in diesem Sinne sind demnach Anlagen, die vor dem 01.01.2019 in Betrieb genommen worden sind, sofern sie vor dem 01.01.2017 nach dem BImSchG genehmigt worden sind, diese Genehmigung vor dem 01.02.2017 an das Register mit allen nötigen Angaben gemeldet wurde und der Genehmigungsinhaber den Verzicht auf den gesetzlich bestimmten Anspruch auf Zahlung nicht vor dem 01.03.2017 gegenüber der Bundesnetzagentur (BNetzA) schriftlich erklärt hat.

### **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Die Beschwerdeführerin ist Inhaberin einer am 22.02.2016 erteilten und am 14.03.2016 an das Anlagenregister gemeldeten BImSchG-Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von fünf

Windenergieanlagen. Am 23.02.2017 übersandte sie der BNetzA per Telefax für jede der fünf Anlagen eine Erklärung über den Verzicht auf den gesetzlichen Anspruch auf Vergütung für den erzeugten Strom. Sie benutzte hierfür ein auf den Internetseiten der BNetzA bereitgestelltes Formblatt. Dieses enthielt unter anderem folgenden Hinweis: „Die Verzichtserklärung ist entweder an folgende Adresse zu senden: ... oder an folgende Nummer zu faxen: ....“

Mit Schreiben vom 27.03.2017 bestätigte die BNetzA der Beschwerdeführerin den Eingang der Erklärungen und teilte mit, diese habe wirksam auf den gesetzlichen Zahlungsanspruch nach § 19 EEG 2017 verzichtet. Mit Schreiben vom 28.03.2017 teilte die BNetzA dem zuständigen Netzbetreiber unter Hinweis auf die Erklärungen mit, für die Anlagen dürften keine Zahlungen nach § 53 Abs. 1 EEG 2017 gewährt werden; unberührt bleibe der Anspruch auf eine durch Ausschreibung ermittelte Zahlung.

Die Beschwerdeführerin nahm am 01.05 und am 01.08.2017 an Ausschreibungen teil, erhielt auf ihre Gebote aber keinen Zuschlag. Mit Schreiben vom 11.08.2017 machte sie geltend, die nur per Telefax übermittelten Verzichtserklärungen seien formunwirksam.

Bei einer weiteren Ausschreibung am 01.01.2017 erhielt die Beschwerdeführerin erneut keinen Zuschlag. Am 01.02.2018 erhielt sie einen Zuschlag zu einem Preis, der deutlich unterhalb der auf Basis von § 46 EEG 2017 ermittelten Vergütung lag.

Mit ihrer am 20.10.2017 eingereichten Beschwerde hat die Beschwerdeführerin sinngemäß beantragt, die BNetzA zum Widerruf der beiden Schreiben vom 27. und 28.03.2017 zu verpflichten.

Das Beschwerdegericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Beschwerdeführerin mit der Rechtsbeschwerde, die der BGH nun durch Beschl. v. 12.11.2019 zurückgewiesen hat. Der BGH hat die Entscheidung der Vorinstanz im Ergebnis bestätigt. Das Beschwerdegericht sei zu Recht davon ausgegangen, dass eine nach § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. c EEG 2017 der Schriftform bedürftige Erklärung über den Verzicht auf den gesetzlich bestimmten Zahlungsanspruch grundsätzlich den Anforderungen des § 126 Abs. 1 BGB genügen müsse. Der BGH begründet dies im Wesentlichen wie folgt:

Soweit es um Erklärungen in einem Verwaltungsverfahren gehe, seien zwar grundsätzlich die im Vergleich zu § 126 BGB in vielen Beziehungen großzügigeren Anforderungen maßgeblich, die die Rechtsprechung für schriftliche Erklärungen innerhalb eines Gerichtsverfahrens entwickelt habe. Danach sei eine Übermittlung per Telefax zur Wahrung der Schriftform jedenfalls dann ausreichend, wenn als Vorlage für den Versand ein unterschriebenes Original eingesetzt worden sei (vgl. nur GmS-OGB, Beschl. v. 05.04.2000 - GmS-OGB 1/98 - BGHZ 144, 160, 164). Auch bei Erklärungen materiell-rechtlichen Charakters sei § 126 Abs. 1 BGB nicht ohne weiteres entsprechend anwendbar. Für öffentlich-rechtliche Verträge, die gemäß § 57 VwVfG der Schriftform unterlägen, sei die Vorschrift kraft der generellen Verweisung auf die Bestimmungen des BGB in § 62 Satz 2 VwVfG zwar grundsätzlich heranzuziehen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 28.01.2010 - 9 B 46/09 - ZMR 2010, 571 Rn. 3). Für einseitige Erklärungen richteten sich die Formerfordernisse hingegen grundsätzlich nach dem Sinn und Zweck der jeweiligen Vorschrift. Für Erklärungen, die auf die Begründung, Änderung oder Beendigung eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses gerichtet seien, und für geschäftsähnliche Handlungen, die eine solche Rechtsfolge auslösten, würden die Anforderungen des § 126 BGB indes auch dann gelten, wenn das Schriftformerfordernis in einer verwaltungsrechtlichen Regelung enthalten sei.

Die in § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. c EEG 2017 vorgesehene Verzichtserklärung habe unmittelbare Auswirkungen auf das materiell-rechtliche Verhältnis zwischen dem Anlagen- und dem Netzbetreiber. Nach § 22 Abs. 2 Satz 1 EEG 2017 in der seit 01.02.2017 geltenden Fassung bestehe bei Windenergieanlagen an Land der in § 19 Abs. 1 EEG 2017 vorgesehene Anspruch auf Zahlung

einer Marktpremie oder einer Einspeisevergütung für den in der Anlage erzeugten Strom nur, solange und soweit ein von der BNetzA erteilter Zuschlag für die Anlage wirksam sei. Eine Ausnahme hiervon gelte gemäß § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 für Anlagen, die vor dem 01.01.2019 in Betrieb genommen und vor dem 01.01.2017 nach dem BlmschG genehmigt worden seien, sofern die Genehmigung vor dem 01.02.2017 mit allen erforderlichen Angaben an das Register gemeldet worden sei und der Genehmigungsinhaber nicht vor dem 01.03.2017 durch schriftliche Erklärung gegenüber der BNetzA auf den gesetzlich bestimmten Anspruch auf Zahlung verzichtet habe.

Mit der in § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. c EEG 2017 vorgesehenen Erklärung erhalte der Betreiber einer Anlage, die aufgrund der drei anderen in der Vorschrift genannten Kriterien an sich dem für ältere Anlagen geltenden Vergütungssystem unterfalle, die Befugnis, an einer nach dem neuem Recht vorgesehenen Ausschreibung teilzunehmen. Diese Rechtsfolge habe unmittelbare Auswirkungen auf die materiell-rechtliche Beziehung zwischen Anlagen- und Netzbetreiber, weil sich die Art und Weise ändere, in der die Vergütung zu ermitteln sei. Dies habe in der Regel Auswirkungen auf die sich daraus ergebende Höhe der Vergütung.

Der Umstand, dass die Erklärung gemäß § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. c EEG 2017 gegenüber der BNetzA abzugeben sei, führe nicht zu einer abweichenden Beurteilung. Der Senat habe bereits im Zusammenhang mit dem in § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b EEG normierten Erfordernis der rechtzeitigen Meldung zum Register entschieden, dass § 22 Abs. 2 Satz 2 EEG 2017 kein Verfahren regle, das für Windenergieanlagen an Land zu durchlaufen und an dessen Ende die Feststellung zu treffen wäre, ob eine Anlage in den Genuss der Übergangsvorschrift kommen könne. Vielmehr knüpfe die Vorschrift die materielle Frage, auf welche Windenergieanlagen an Land das Übergangsrecht anzuwenden sei, an die tatsächliche Vornahme bestimmter Handlungen (BGH, Beschl. v. 26.02.2019 - EnVR 24/18 „Registrierungserfordernis“).

Für das in § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. c EEG 2017 normierte Erfordernis gelte nichts anderes. Auch hier knüpfe das Gesetz die Beurteilung der Frage, unter welchen Voraussetzungen dem Anlagebetreiber ein Zahlungsanspruch zustehe, an die Vornahme einer Handlung, nämlich an eine Erklärung des Genehmigungsinhabers gegenüber der BNetzA. Diese Erklärung sei nicht Teil eines Verwaltungsverfahrens, sondern eine unabhängig von einem Verfahren abzugebende Äußerung, die eine Änderung der materiellen Rechtsverhältnisse zur Folge habe. Ob die Formerfordernisse des § 126 Abs. 1 BGB im Streitfall gewahrt seien, bedarf nach Auffassung des BGH jedoch keiner Entscheidung. Die Beschwerdeführerin sei jedenfalls nach Treu und Glauben gehindert, sich auf einen eventuellen Formmangel zu berufen. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH könne ein Formmangel allerdings nur ausnahmsweise wegen unzulässiger Rechtsausübung unbeachtlich sein.

Formvorschriften dürften im Interesse der Rechtssicherheit nicht aus bloßen Billigkeitserwägungen außer Acht gelassen werden. Ausnahmen seien deshalb nur zulässig, wenn es nach den Beziehungen der Parteien und den gesamten Umständen mit Treu und Glauben unvereinbar wäre, das Rechtsgeschäft am Formmangel scheitern zu lassen (vgl. nur BGH, Urt. v. 03.11.2016 - III ZR 286/15 - NJW-RR 2017, 596 Rn. 12).

Die Treuwidrigkeit eines solchen Verhaltens könne sich aber daraus ergeben, dass es sich als in besonders hohem Maße widersprüchlich erweise, etwa deshalb, weil der in Anspruch genommene Vorteil nicht oder allenfalls in begrenztem Umfang einer Rückabwicklung zugänglich sei (BGH, Urt. v. 03.11.2016 - III ZR 286/15 - NJW-RR 2017, 596 Rn. 13). Dies sei vorliegend der Fall. Die Beschwerdeführerin habe den aus der Verzichtserklärung resultierenden Vorteil bereits mit der Teilnahme an der Ausschreibung vom 01.05.2017 vollständig in Anspruch genommen.

Dabei sei nicht erst die Erteilung eines Zuschlags, sondern bereits die Teilnahme an einer Ausschreibung als relevanter Vorteil anzusehen. Ein Anlagenbetreiber könne zwar nicht ohne weiteres darauf vertrauen, dass ein von ihm abgegebenes Gebot den Zuschlag erhalte. Die Teilnahme an einer Ausschreibung eröffne ihm aber die Möglichkeit, einen höheren Erlös zu erzielen, als dies auf der Grundlage der gesetzlich geregelten Zahlungsansprüche nach § 19 Abs. 1 EEG möglich wäre. Für einen wirtschaftlich denkenden Betreiber bestehe nur dann Anlass, diesen Weg zu beschreiten, wenn hinreichende Aussicht auf ein günstiges Ergebnis bestehe. Diese Aussicht stelle bei der gebotenen ex-ante-Betrachtung einen Vorteil dar.

Ob sich der erhoffte Erfolg im weiteren Verlauf einstelle, sei demgegenüber unerheblich. Ob der gesetzlich geregelte Zahlungsanspruch nach § 19 Abs. 1 EEG oder die aufgrund einer Ausschreibung zu erzielende Vergütung wirtschaftlich günstiger sei, stehe naturgemäß erst nach Abschluss der Ausschreibung fest. Nach dem Gesetz dürfe ein Anlagenbetreiber mit der Ausübung des ihm insoweit eingeräumten Wahlrechts indes nicht zuwarten, bis er das Ergebnis der ersten Ausschreibung kenne. Vielmehr müsse er sich im Vorhinein für einen der beiden Wege entscheiden und sich an dieser Entscheidung auch dann festhalten lassen, wenn sie sich nachträglich als wirtschaftlich ungünstig erweise.

Vor diesem Hintergrund sei es in besonders hohem Maße widersprüchlich, wenn sich ein Anlagenbetreiber erst nach einer erfolglos verlaufenen Ausschreibung auf die fehlende Schriftform einer per Telefax übermittelten Verzichtserklärung berufe. Mit der Beteiligung an einer Ausschreibung bringe ein Anlagenbetreiber nicht nur zum Ausdruck, dass er die damit verbundene Chance einer höheren Vergütung wahrnehmen wolle. Er lasse vielmehr auch erkennen, dass er sich im Gegenzug endgültig gegen die gesetzlich geregelten Zahlungsansprüche nach § 19 Abs. 1 EEG 2017 entschieden habe. Dazu stehe es in grundlegendem Widerspruch, wenn der Anlagenbetreiber nach erfolglosem Verlauf der Ausschreibung zu den gesetzlichen Ansprüchen zurückkehren wolle.

Dies gelte nicht nur dann, wenn der Anlagenbetreiber den Formmangel bereits im Zeitpunkt seiner Teilnahme an der Ausschreibung kenne, sondern auch dann, wenn er von einer wirksamen Verzichtserklärung ausgehe und die abgegebene Erklärung erst nach erfolglosem Verlauf der Ausschreibung auf mögliche Formmängel überprüfe. In beiden Konstellationen gebe der Anlagenbetreiber zu erkennen, dass er von einer wirksamen Verzichtserklärung ausgehe, sich deshalb für berechtigt halte, an der Ausschreibung teilzunehmen, und das damit verbundene Risiko in Kauf nehme. Vor diesem Hintergrund sei es in hohem Maße widersprüchlich, wenn der Anlagenbetreiber versuche, das Risiko nachträglich auf die übrigen Beteiligten abzuwälzen, nachdem es sich zu seinen Lasten verwirklicht habe.

### **C. Auswirkungen für die Praxis**

Der BGH hat die Entscheidung der Vorinstanz (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.03.2018 - VI-3 Kart 68/17 (V)) jedenfalls im Ergebnis bestätigt. Da sich die Beschwerdeführerin nach dem Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB vorliegend jedenfalls nicht auf eine Nichteinhaltung der Schriftform berufen durfte, hat der BGH offengelassen, ob die Anforderungen des § 126 BGB im vorliegenden Fall tatsächlich erfüllt waren. Das OLG Düsseldorf hatte dies noch bejaht. Die Beschwerdeführerin habe die Originale unterschrieben und den Versand per Telefax veranlasst. Auf den Zugang der Originale habe die BNetzA durch den im Formblatt enthaltenen Hinweis verzichtet. Die Erklärung habe daher auch per Telefax abgegeben werden können.

### **D. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung**

Der Beschluss des BGH vom 12.11.2019 stellt neben dem Beschl. v. 26.02.2019 (EnVR 24/18 vgl. hierzu Kirch, jurisPR-UmwR 7/2019 Anm. 3) eine weitere Entscheidung des BGH zu den Ausnahmen für sog. Altanlagen von dem im EEG 2017 grundsätzlich verpflichtend vorgesehenen Aus-

schreibungsverfahren dar. Die Regelung soll insbesondere dem Vertrauensschutz von Anlagenbetreibern dienen, deren Projekte sich bei Einführung des Ausschreibungsverfahrens am 01.01.2017 bereits in Planung befanden. Die Regelung zum Verzicht auf den gesetzlichen Zahlungsanspruch ermöglicht es den betroffenen Anlagenbetreibern, Projekte die eigentlich unter die Vertrauensschutzregelung fallen würden, trotzdem unmittelbar in das Ausschreibungsverfahren zu überführen. Die Entscheidung des BGH erscheint auch vor diesem Hintergrund konsequent. Verzichtet der Anlagenbetreiber auf den gesetzlich bestimmten Zahlungsanspruch, besteht auch unter Vertrauensschutzgesichtspunkten kein besonderes Schutzbedürfnis für den Anlagenbetreiber mehr.

© juris GmbH