

Köln, 23. August 2018

Rechtsschutz Dritter in Ausschreibungsverfahren nach dem EEG 2017

Praxisgruppe Energierecht GÖRG

Mit der zum 01.01.2017 in Kraft getretenen Änderung durch das EEG 2017 wurde das bis dahin geltende Fördersystem gesetzlich festgelegter Fördersätze grundlegend geändert. Seitdem erhalten überwiegend nur noch diejenigen Anlagenbetreiber eine Förderung, die sich erfolgreich in einem von der BNetzA durchgeführten Auktionsverfahren durchsetzen. Die Anlagenbetreiber haben dazu in ihren Geboten die Höhe der Vergütung anzugeben, die sie für ihr Projekt begehren. Die BNetzA sortiert die Gebote nach Gebotswert und -menge und erteilt daraufhin den niedrigsten Geboten Zuschläge bis das jeweilige Ausschreibungsvolumen erreicht ist. Der Zuschlag stellt einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 Satz 1 VwVfG dar. Den im Rahmen der Ausschreibung unterlegenen Bieter steht Rechtsschutzmöglichkeit nach § 83a EEG 2017 zu.

Entscheidung des OLG Düsseldorf

Das OLG Düsseldorf hat am 22.01.2018 (VI-3 Kart 80/17 (V)) über die Beschwerde einer Bürgerenergiegesellschaft (BEG) i.S.d. § 3 Nr. 15 EEG 2017 entschieden. Diese hatte sich mit einem Gebot bei der zweiten Ausschreibungsrunde für Windenergie an Land zum 01.08.2017 beteiligt, wurde jedoch nicht bezuschlagt, weil sich die Zuschlagsgrenze bei 4,29 Ct/kWh befand und ihr Gebot höher lag.

Hiergegen hatte sie Verpflichtungsbeschwerde erhoben und zur Begründung vorgebracht, dass die der sog. „A-Gruppe“ zugeordneten BEG die gesetzlichen Anforderungen einer BEG gemäß § 3 Nr. 15 EEG 2017 nicht erfüllen, deren Gebote unzulässig seien und aus dem Zuschlagsverfahren hätten ausscheiden müssen.

Die Beschwerdeführerin beehrte die BNetzA zu verpflichten, ihr einen Zuschlag mit einer bestimmten Gebotsmenge und einem Gebotswert zu erteilen, der sich unter Wegfall aller bezuschlagten und nicht bezuschlagten Gebote der BEG der „A-Gruppe“ errechne. Zudem beantragte die Beschwerdeführerin, ihr die Verwaltungsakte zwecks Akteneinsicht zu überlassen und hilfsweise, ihr die Verwaltungsakte jedenfalls unge-

schwärtzt in dem Rahmen zu übersenden, dass (1.) die Anzahl und das Ranking der nicht bezuschlagten Gebote der BEG der „A-Gruppe“, die ohne öffentlich-rechtliche Genehmigung geboten haben, (2) die Gebotswerte aller BEG der „A-Gruppe“, die ohne öffentlich-rechtliche Genehmigung geboten haben und (3) die Zuschlagsgrenze, die sich ohne die Gebote der BEG der „A-Gruppe“ ohne öffentlich-rechtlich Genehmigung ergeben hätten, ersichtlich werden. Die BNetzA hatte der Beschwerdeführerin daraufhin lediglich die sie betreffenden Gebotsunterlagen vorgelegt und die Vorlage der Gebotsunterlagen anderer Bieter abgelehnt.

Das OLG hat die Beschwerde zurückgewiesen. Anspruchsgrundlage für das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin bilde § 85 Abs. 3 EEG 2017 i.V.m. § 84 Abs. 2 EnWG. Gemäß § 84 Abs. 2 Satz 1 EnWG ist Einsicht in die Vorakten, Beiakten, Gutachten und Auskünfte nur mit Zustimmung der Stellen zulässig, denen die Akten gehören oder die die Äußerung eingeholt haben. Nach § 84 Abs. 2 Satz 2 EnWG hat die Regulierungsbehörde die Zustimmung zur Einsicht in ihre Unterlagen zu versagen, soweit dies aus wichtigen Gründen, insbesondere zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen geboten ist.

Nach Ablehnung der Akteneinsicht in die Gebotsunterlagen durch die BNetzA könne das Beschwerdegericht gemäß § 84 Abs. 1 Satz 4 EnWG die Offenlegung von Tatsachen oder Beweismitteln, deren Geheimhaltung aus wichtigen Gründen, insbesondere zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, verlangt werde, nach Anhörung des von der Offenlegung Betroffenen durch Beschluss nur anordnen, soweit es für die Entscheidung auf diese Tatsachen oder Beweismittel ankomme, andere Möglichkeiten der Sachaufklärung nicht bestehen und nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalles die Bedeutung der Sache das Interesse des Betroffenen an der Geheimhaltung überwiege.

Das OLG entschied, dass ein Anspruch auf Offenlegung der Informationen gemäß § 84 EEG 2017 schon deshalb nicht bestehe, weil die begehrten Informationen nicht entscheidungserheblich seien.

Die vorliegend allein nach § 83a Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 statthafte Verpflichtungsbeschwerde sei gemäß § 83a Abs. 1 Satz 2 EEG 2017 begründet, soweit der Beschwerdeführer im Zuschlagsverfahren nach § 32 EEG 2017 ohne den Rechtsverstoß einen Zuschlag erhalten hätte. Die Beschwerdeführerin könne deshalb mit ihrer Verpflichtungsbeschwerde nur erfolgreich sein, wenn sie auch nachweise, dass der Zuschlag zu ihren Gunsten hätte erfolgen müssen.

Hierzu sei die Beschwerdeführerin jedoch auch ohne Kenntnis der Gebotsunterlagen der anderen Bieter in der Lage. Ohne die Berücksichtigung der 37 bezuschlagten Gebote der sog. „A-Bürgerenergiegesellschaften“ mit einer Gebotsmenge von insgesamt 660 MW wäre das Gebot der Beschwerdeführerin bezuschlagt worden. Die Beschwerdeführerin liege mit ihrem Gebotswert auf Rang 76 bei einer kumulierten Gebotsmenge von 1.125.490 MW. Bei Nichtberücksichtigung der kumulierten Gebotsmenge von 660 MW, die auf die den sog. „A-Bürgerenergiegesellschaften“ erteilten Zuschläge entfallen, läge ihr Angebot somit innerhalb des Ausschreibungsvolumens und hätte damit einen Zuschlag erhalten.

Für die Begründetheit des Verpflichtungsantrags sei es im Übrigen ausreichend, dass feststehe, dass der Zuschlag zu erteilen sei. Nicht erforderlich sei für die Begründetheit des Verpflichtungsantrags, dass bereits feststehe, in welcher bezifferten Höhe der Zuschlag zu erteilen sei. Der Wert, zu dem die BNetzA bei einer erfolgreichen Verpflichtungsklage der Beschwerdeführerin gemäß § 83a Abs. 1 Satz 3 EEG 2017 den Zuschlag nach formeller Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung zu erteilen hätte, sei für die BNetzA bestimmbar.

Da dies genüge, sei unerheblich, dass die Beschwerdeführerin mangels Akteneinsicht die exakte Zuschlagsgrenze, die sich bei Nichtberücksichtigung auch der nicht bezuschlagten Gebote der sog. „A-BEG“ ergeben würde, nicht kenne.

Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Bieter

Das OLG hat den Antrag auf Akteneinsicht bereits deshalb abgelehnt, weil die Gebotswerte der anderen Bieter für die Begründetheit der Verpflichtungsbeschwerde nicht entscheidungserheblich waren. Das Gericht musste daher keine Abwägung zwischen dem Informationsinteresse der Beschwerdeführerin und dem Geheimhaltungsinteresse der anderen Bieter vornehmen.

Die der BNetzA im Rahmen der Ausschreibungen übermittelten Gebotsunterlagen und die darin enthaltenen Informationen stellen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des jeweiligen Bieters dar. Nach ständiger Rechtsprechung sind dies alle auf ein Unternehmen bezogenen Tatsachen, Umstände und Vorgänge, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hat (BVerfG, Beschl. v. 14.03.2006 – 1 BvR 2087/03, NVwZ 2006, 1041, 1042). Die Höhe der dem Anlagenbetreiber zustehenden EEG-Vergütung stellt daher ein schutzwürdiges Betriebs- und Geschäftsgeheimnis des Anlagenbetreibers dar. Gleiches gilt für den Gebotswert, da sich aus diesem unter der Berücksichtigung des Standorts die EEG-Vergütung errechnen lässt. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen auch diejenigen Informationen unterfallen, die einen Rückschluss auf geschützte Betriebs- und Geschäftsgeschäftsgeheimnisse zulassen (BVerwG, Urt. v. 24.09.2009 – 7 C 2/09, NVwZ 2010, 189, 193). Daher sind auch die Windgutachten schützenswert, da sich aus ihnen die Windpotentiale des jeweiligen Standorts errechnen lassen. Auch diese Informationen bestimmen die wirtschaftlichen Verhältnisse des jeweiligen Windparks und sind somit als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse geschützt.

Auswirkungen für die Praxis

In der vorliegenden Entscheidung hat das OLG Düsseldorf betont, dass die Verpflichtungsbeschwerde gemäß § 84a Abs. 1 Satz 2 EEG 2017 begründet ist, wenn der Beschwerdeführer nachweist, dass er im Zuschlagsverfahren nach § 32 EEG 2017 ohne den Rechtsverstoß einen Zuschlag erhalten hätte. Nicht nachzuweisen ist im Rahmen der Beschwerde, in welcher Höhe der Zuschlag zu erteilen ist. Die Entscheidung des OLG stellt – soweit ersichtlich – die erste gerichtliche Entscheidung zur Frage des Rechtsschutzes Dritter bei Ausschreibungen nach dem EEG 2017 dar. Die weiteren Entwicklungen der Rechtsprechung bleiben abzuwarten.

Hinweis

Dieser Überblick dient ausschließlich der allgemeinen Information und kann konkreten Rechtsrat im einzelnen Fall nicht ersetzen. Sprechen Sie bei Fragen bitte Ihren gewohnten Ansprechpartner bei GÖRG bzw. den Autor an. Informationen zum Autor finden Sie auf unserer Homepage www.goerg.de.

Unsere Standorte

GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

BERLIN

Kantstraße 164, 10623 Berlin
Tel. +49 30 884503-0, Fax +49 30 882715-0

FRANKFURT AM MAIN

Ulmenstraße 30, 60325 Frankfurt am Main
Tel. +49 69 170000-17, Fax +49 69 170000-27

HAMBURG

Dammthorstraße 12, 20354 Hamburg
Tel. +49 40 500360-0, Fax +49 40 500360-99

KÖLN

Kennedyplatz 2, 50679 Köln
Tel. +49 221 33660-0, Fax +49 221 33660-80

MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 22, 80538 München
Tel. +49 89 3090667-0, Fax +49 89 3090667-90