

---

**Datum:** 18.01.2023  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 3. Kartellsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 3 Kart 24/22  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2023:0118.3KART24.22.00

---

**Leitsätze:**

Zuordnungsgegenstand der für Windenergieanlagen an Land erteilten Zuschläge sind alle Anlagen, auf die sich die in dem Gebot angegebene immissionsschutzrechtliche Genehmigung bezieht. Dies gilt auch nach Errichtung und Inbetriebnahme einer Anlage. Im Falle der Zerstörung einer bereits in Betrieb genommenen Anlage und deren Ersetzung durch einen Neubau gleichen Typs auf Grundlage einer auf die ursprüngliche Genehmigung bezogenen Änderungsgenehmigung verliert der Zuschlag deshalb nicht aus einem „sonstigen Grund“ i.S.d. § 35a Abs. 1 Nr. 4 EEG 2017 seine Wirksamkeit und ist nicht zu entwerten.

---

**Tenor:**

Der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 02.05.2022 (Az. ...) wird aufgehoben.

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

Der Beschwerdewert wird auf ... Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss wird nicht zugelassen.

---

**Gründe:**

- A. 2
- Die Beschwerdeführerin betreibt zwei Windenergieanlagen (im Folgenden auch: WEA) im Gebiet der Stadt .... Ihr wurden dazu mit Bescheiden des Kreises ... vom 12.08.2019 die Genehmigungen zur Errichtung und zum Betrieb der beiden WEA Nr. T4 und Nr. T5 des Typs ... mit einer Nennleistung von ... kW, einer Nabenhöhe von ... m, einem Rotordurchmesser von ... m und einer Gesamthöhe von ... m erteilt. Am 01.10.2019 erteilte die Bundesnetzagentur der Beschwerdeführerin auf ihr Gebot im Ausschreibungstermin für WEA an Land zum Gebotstermin 01.10.2019 einen Zuschlag im Umfang von ... kW mit einem Zuschlagswert von ... ct/kWh, der u.a. die hier streitgegenständliche WEA T4 (Aktenzeichen der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ... und Marktstammdatenregister-Nr. ...) umfasste. 3
- Die beiden WEA wurden am 11.03.2021 in Betrieb genommen. Am 29.09.2021 stürzte der Anlagenturm der streitgegenständlichen WEA ein, wodurch diese vollständig zerstört wurde. Zur Errichtung einer Ersatzanlage gleichen Typs beantragte die Beschwerdeführerin daraufhin eine immissionsschutzrechtliche Änderungsgenehmigung nach § 16 BImSchG, die ihr mit Bescheid des Kreises ... vom 09.02.2022 erteilt wurde und die anstelle der ursprünglich genehmigten Turmvariante ... nunmehr die Turmvariante ... erfasste. Die neu errichtete Anlage soll nach der Erklärung des Verfahrensbevollmächtigten der Beschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung in der 49. Kalenderwoche 2022 in Betrieb gehen. 4
- Mit dem hier angefochtenen Beschluss vom 02.05.2022 hat die Bundesnetzagentur nach Anhörung der Beschwerdeführerin den Zuschlag ... in einem Umfang vom ... teilweise entwertet. Die Entwertung hat sie auf § 35a Abs. 1 Nr. 4 EEG gestützt und ausgeführt, dass der Zuschlag durch die nach der Inbetriebnahme erfolgte Zerstörung der streitgegenständlichen WEA seine Wirksamkeit verloren habe. Zuschläge gelten für die genehmigten und im Gebot bezeichneten Anlagen, die von den Bietern durch die Angabe der Nummer des Marktstammdatenregisters bezeichnet würden. Die Bindungswirkung des Zuschlags sei nach der Gesetzesbegründung nicht auf sämtliche Anlagen bezogen, die aufgrund der Genehmigung errichtet würden oder werden könnten, sondern darauf, wie sie durch die EEG-Nummer im Marktstammdatenregister konkretisiert würden. Eine Übertragung auf eine andere Anlage sei ausgeschlossen. § 36f Abs. 2 EEG adressiere nur den Fall einer geänderten Genehmigung, nicht den einer geänderten Anlage. Der Anlagenbegriff des EEG sei vom Anlagenbegriff nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz zu trennen. 5
- Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sich der Ersatzneubau der WEA nach wie vor auf die ursprünglich erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung stützen und sie sich damit auf den Projektzuschlag berufen könne. Die Wiedererrichtung der WEA nach Havarie sei kein Sachverhalt, der die Annahme rechtfertige, der Zuschlag habe auf sonstige Weise seine Wirksamkeit verloren und müsse deshalb nach § 35a Abs. 1 Nr. 4 EEG entwertet werden. 6
- § 36f Abs. 2 Satz 1 EEG stelle keine Hürde für den Fortbestand des Zuschlags dar. Das Normverständnis der Bundesnetzagentur führe zu einem systemwidrigen Auseinanderfallen von immissionsschutzrechtlichem und EEG-rechtlichem Anlagenbegriff. Sowohl der Wortlaut von § 36f Abs. 2 EEG als auch die Gesetzesbegründung stellen auf das bezuschlagte „Projekt“ ab. Dies sei weiterhin nach dem maßgeblichen Gegenstand der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung die wiederaufzubauende WEA T4, die damit keine „andere Anlage“ i.S.d. § 36f Abs. 1 S. 2 EEG darstelle. Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung für diese WEA, an die – auch nach der Rechtsprechung des erkennenden 7

Senats – der Zuschlag gebunden sei, habe weiter Bestand. Dieser Umstand müsse auch im Rahmen der Entwertung von Zuschlägen relevant sein, alles andere wäre systemwidrig und willkürlich.

Der Austausch der Anlage nach Havarie sei immissionsschutzrechtlich keine Neuerrichtung der Anlage, wie aus der Regelung in § 16 Abs. 5 BImSchG folge, bedürfe also keiner Neugenehmigung nach § 4 BImSchG. Die geplante Änderung des Anlagenturms bedürfe lediglich einer Änderungsanzeige nach § 15 BImSchG bzw. könne – wie im Streitfall aufgrund der Abstimmung mit dem zuständigen Kreis ... – auch im Rahmen einer freiwillig beantragten Änderungsgenehmigung nach § 16 Abs. 4 BImSchG umgesetzt werden, die zu der weiterhin geltenden Ausgangsgenehmigung, die Gegenstand des Gebots und des Zuschlags gewesen sei, hinzutrete, ohne dass sich das bezuschlagte Projekt hierdurch ändere. 8

Die von der Bundesnetzagentur vertretene Ansicht, dass es auf die konkret errichtete Anlage, wie sie durch die EEG-Nummer des Marktstammdatenregisters konkretisiert werde, ankomme, sei mit der Gesetzesbegründung, nach der auf die Genehmigung abzustellen sei, nicht vereinbar. Es wäre vor dem Hintergrund der in der Gesetzesbegründung zitierten Absicht, „eine hohe Realisierungswahrscheinlichkeit“ sicherzustellen, geradezu absurd, dem Vorhabenträger das wirtschaftliche Risiko einer erneuten Ausschreibungsteilnahme ohne Gewissheit eines Zuschlags aufzubürden. Es bleibe unklar, worauf die Bundesnetzagentur ihre Ansicht stütze, wonach mit Inbetriebnahme die reale Anlage über ihre Marktstammdatenregisternummer konkretisiert werde. Die Identifizierungsgrundlage lasse sich nicht einfach nach Errichtung und Inbetriebnahme ändern, zumal die Identifizierung nicht Aufgabe des Marktstammdatenregisters sei. 9

Zuletzt würde es auch unter Berücksichtigung des § 242 BGB zu einer systematisch nicht nachvollziehbaren Ungleichbehandlung kommen, wenn der Zuschlag der Beschwerdeführerin entwertet würde, weil sie einen Ersatzneubau plane, während alle anderen Anlagen, die gleichfalls durch Konstruktionsfehler des Turms nicht betrieben und ausgetauscht würden, den Zuschlag behielten, weil bei diesen WEA der Rückbau und die Wiedererrichtung mit demselben Generator möglich sei. Zu berücksichtigen sei auch, dass der Förderzeitraum pausiere, während die WEA nicht in Betrieb sei. 10

Die Beschwerdeführerin beantragt, 11

die Entscheidung der Bundesnetzagentur vom 02.05.2022 (Az. ...), mit der die der Beschwerdeführerin erteilte Gebotsmenge in einem Umfang von ... Kilowatt gemäß § 35a Abs. 1 Nr. 4 EEG entwertet wurde, aufzuheben und die Bundesnetzagentur zu verpflichten, der Beschwerdeführerin den entwerteten Zuschlag für eine Gebotsmenge in einem Umfang von ... Kilowatt mit einem Zuschlagswert von ... ct/kWh wieder zu erteilen. 12

Die Bundesnetzagentur beantragt, 13

die Beschwerde zurückzuweisen. 14

Die Bundesnetzagentur ist der Ansicht, die Teilentwertung des Zuschlags sei rechtmäßig. Mit Zerstörung der Anlage könne diese keinen Strom mehr erzeugen, für den ein Zahlungsanspruch nach § 19 Abs. 1 EEG geltend gemacht werden könne. Dem stehe nicht entgegen, dass am gleichen Standort wieder eine WEA errichtet werden solle, da es sich unstreitig um eine neue Anlage, wenn auch gleichen Typs, handele. 15

16

Es komme nicht darauf an, dass für die neue WEA keine vollständig neue immissionsschutzrechtliche Genehmigung habe eingeholt werden müssen. Mit der Errichtung, Registrierung und Inbetriebnahme der bezuschlagten WEA sei diese derart konkretisiert, dass es für eine eindeutige Zuordnung der errichteten Anlage zu dem erteilten Zuschlag keiner immissionsschutzrechtlichen Genehmigung mehr bedürfe. Im Zeitpunkt der Gebotsabgabe müsse das Projekt zur Sicherstellung der hohen Realisierungswahrscheinlichkeit und zur Verhinderung der Abgabe spekulativer Gebote bereits hinreichend konkretisiert sein, was durch § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG sichergestellt werde. Mit Errichtung und Inbetriebnahme entfalle diese Anforderung jedoch, da die Anlage sodann über die Marktstammdatenregisternummer identifiziert werden könne. Aus dem geplanten Projekt sei eine reale Anlage geworden. Hieran anknüpfend finde auch § 36f Abs. 2 EEG keine Anwendung auf bereits realisierte bzw. errichtete Anlagen, wobei insoweit eine sprachliche Unterscheidung zwischen Anlage und Projekt unerheblich sei. Dass die in § 36f Abs. 2 EEG eingeräumte Möglichkeit, Genehmigungen für bezuschlagte Projekte nach Erteilung eines Zuschlags ohne dessen Verlust zu ändern, nur auf die Planungsphase bis zum Abschluss der Realisierung bezogen sei, zeige sich auch daran, dass § 36f EEG die Wahrscheinlichkeit dafür erhöhen solle, dass eine WEA errichtet werde. Mit der Realisierung der bezuschlagten Anlage bestehe kein Bedürfnis mehr, dem Bieter wie in der Planungsphase einen Anpassungsspielraum einzuräumen.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin liege dem EEG ein anlagenbezogenes Begriffsverständnis zugrunde. Es gehe um die konkrete Anlage, die durch die im Gebot angegebene Genehmigung lediglich im bereits aufgezeigten Umfang hinreichend konkretisiert werde. Darüber hinaus messe das EEG der Genehmigung keine weitere Bedeutung zu. Das anlagenbezogene Begriffsverständnis des EEG komme auch darin zum Ausdruck, dass die vom jeweiligen Bieter zu erbringende Sicherheitsleistung gemäß § 55 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG zurückzuerstatten sei, sobald die bezuschlagte Anlage errichtet und deren Inbetriebnahme im Marktstammdatenregister registriert worden sei. Insofern habe der Bieter mit der Errichtung der Anlage den für diese erteilten Zuschlag umgesetzt. 17

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang und das Protokoll der Senatssitzung Bezug genommen. 18

**B.** 19

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg. 20

1. Die fristgerecht eingelegte und begründete Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist sie als Anfechtungsbeschwerde gemäß § 75 Abs. 1 Satz 1 EnWG statthaft. Aus dem Vorbringen der Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift und -begründung folgt unmissverständlich, dass sie sich allein gegen die Teil-Entwertung des Zuschlags im Wege der Anfechtungsbeschwerde wendet. Soweit sie mit ihrem Antrag auch die Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur „Wiedererteilung des entwerteten Zuschlags“ begehrt hat, handelt es sich deshalb nicht um einen eigenständigen Verpflichtungsantrag. Vielmehr begehrt sie lediglich die Klarstellung der sich aus der Aufhebung der Teil-Entwertung entstehenden Rechtsfolge. 21

Die angefochtene Teil-Entwertung des Zuschlags stellt als Verwaltungsakt eine Entscheidung i.S.d. § 75 Abs. 1 Satz 1 EnWG dar. Der Zuschlagsentwertung kommt nach dem entsprechend der Auslegungsregel des § 133 BGB maßgeblichen erklärten Willen, wie ihn der Empfänger bei objektiver Würdigung verstehen konnte (vgl. BGH, Beschluss vom 22

11.12.2018 – EnVR 1/18, EnWZ 2019, 172, 173 Rn. 17 – Veröffentlichung von Daten; Beschluss vom 13.12.2016 – EnVR 34/15, RdE 2017, 187 Rn. 50 – Festlegung individueller Netzentgelten) der erforderliche Regelungscharakter zu. Hierfür spricht bereits die durch die Aufteilung in Tenor, Gründe und Rechtsbehelfsbelehrung gekennzeichnete äußere Form des angefochtenen Beschlusses. Die Entwertung des Zuschlags erfolgt zudem zum Zwecke der Dokumentation seines Wirksamkeitsverlusts i.S.d. § 43 VwVfG (BT-Drs. 18/8860, S. 208) und dient damit der rechtsverbindlichen Feststellung der Rechtslage, was für die Annahme einer Regelungswirkung ausreicht (hierzu i.E. Senatsbeschluss vom 27.04.2022 – VI-3 Kart 87/21 [V], BeckRS 2022, 10257 Rn. 26 ff. m.w.N.).

**2.** Die Beschwerde ist auch begründet. Der angefochtene Beschluss der Bundesnetzagentur vom 02.05.2022 ist rechtswidrig, da die gesetzlichen Voraussetzungen für die dort ausgesprochene Teil-Entwertung des Zuschlags ... in einem Umfang von ... kW nicht vorliegen. 23

Die Bundesnetzagentur hat die Teil-Entwertung auf § 35a Abs. 1 Nr. 4 EEG gestützt. Das Erneuerbare-Energien-Gesetz findet vorliegend in der am 31.12.2020 geltenden Fassung (im Folgenden: EEG 2017) Anwendung, wie aus § 100 Abs. 1 Satz 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) folgt. Danach entwertet die Bundesnetzagentur den Zuschlag, soweit dieser durch Zeitablauf oder auf sonstige Weise seine Wirksamkeit verliert. Ob der Zuschlag mit Blick auf die streitgegenständliche WEA teilweise „auf sonstige Weise“ seine Wirksamkeit verloren hat, bestimmt sich danach, wie man seinen Zuordnungsgegenstand definiert. Anders als die Bundesnetzagentur meint, bezieht sich der Zuschlag im Streitfall nicht allein auf die bereits errichtete und in Betrieb genommene WEA, die endgültig zerstört ist. Vielmehr erstreckt er sich auch auf den anstelle der endgültig zerstörten WEA errichteten Neubau, so dass der Zuordnungsgegenstand des Zuschlags nach wie vor existiert und der Zuschlag nicht mangels Zuordnungsgegenstands seine Wirksamkeit verloren hat. 24

**a)** Zuordnungsgegenstand der Zuschläge sind alle WEA, auf die sich die in dem Gebot angegebene immissionsschutzrechtliche Genehmigung bezieht. Dies gilt auch nach Errichtung und Inbetriebnahme der WEA. Die von der Bundesnetzagentur vertretene Ansicht, dass in der Planungsphase des Projekts die Zuordnung des Zuschlags über die immissionsschutzrechtliche Genehmigung erfolge und nach Errichtung und Inbetriebnahme über die errichtete Anlage, wie sie durch die Angabe ihrer Nummer im Marktstammdatenregister konkretisiert werde, findet weder im Gesetzeswortlaut noch in der Gesetzesbegründung einen Anhalt. Auch systematische und teleologische Überlegungen stützen ihre Ansicht nicht. 25

**aa)** Was Zuordnungsgegenstand eines Zuschlags ist, ist gesetzlich geregelt. 26

Nach § 36f Abs. 1 EEG 2017 sind Zuschläge den Windenergieanlagen an Land, auf die sich die in dem Gebot angegebene Genehmigung bezieht, verbindlich und dauerhaft zugeordnet (Satz 1). Sie dürfen nicht auf andere Anlagen oder andere Genehmigungen übertragen werden (Satz 2). Die im Gebot angegebene Genehmigung ist dabei die nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz, wie aus § 30 EEG 2017 folgt. Ergänzend bestimmt § 36f Abs. 2 EEG 2017, dass, wenn die Genehmigung nach der Erteilung des Zuschlags geändert wird, der Zuschlag auf die geänderte Genehmigung bezogen bleibt und sich der Umfang des Zuschlags dadurch nicht verändert. 27

Die Zuordnungsentscheidung, welche Anlagen vom Zuschlag erfasst sind und welchen Zuschnitt sie haben, bestimmt sich somit allein nach der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung, die im Gebot angegeben ist (Frenz in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Henning/Schomerus, EEG, 5. Aufl. 2018, § 36f Rn. 3, vgl. auch Senatsbeschluss vom 11.03.2020 – VI-3 Kart 772/19 [V], juris Rn. 21). Dass es sich bei der in § 36f EEG 2017 vorgenommenen Zuordnung ausweislich dessen Absatz 1 Satz 1 um eine „dauerhafte“ handelt, spricht gegen eine vom Gesetzgeber zeitlich bis zur Errichtung und Inbetriebnahme der WEA beschränkte Anwendung des § 36f EEG 2017. Es findet sich im Gesetzeswortlaut kein Anhalt dafür, dass sich die hiernach vorgenommene Zuordnung der Zuschläge zu den durch die im Gebot angegebene immissionsschutzrechtliche Genehmigung konkretisierten WEA infolge der Inbetriebnahme der konkreten Anlage inhaltlich verändern kann, indem sich der Zuordnungsgegenstand auf diese verengt.

**bb)** Auch der Gesetzesbegründung zu § 36f EEG 2017 lassen sich keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass der Gesetzgeber die vorgenommene Zuordnung nur für das Projektierungsstadium vornehmen wollte und sich der Zuordnungsgegenstand mit der Errichtung und Inbetriebnahme der Anlage verengt. Dort heißt es, dass entsprechend Absatz 1 die Zuschläge an die Windenergieanlagen gebunden sind, auf die sich die in dem Gebot angegebene Genehmigung bezieht, welche entsprechend § 36 Abs. 2 EEG im Register gemeldet wurde; eine Übertragung des Zuschlags auf andere Windenergieanlagen, die nicht durch die angegebene Genehmigung abgedeckt sind, ist ausgeschlossen (BT-Drs. 18/8860, S. 212). Auch hier werden die vom Zuschlag erfassten Windenergieanlagen ausschließlich und eindeutig durch die Reichweite der zum Register gemeldeten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung definiert. „Andere Anlagen“ i.S.d. § 36f Abs. 1 Satz 2 EEG 2017 sind deshalb nur solche, die nicht von dieser Genehmigung umfasst sind, ohne dass es auf ihre Vergegenständlichung in einer konkreten WEA ankäme. Die Argumentation der Bundesnetzagentur im angefochtenen Beschluss, dass sich nach der Gesetzesbegründung die Bindungswirkung eines Zuschlags auf alle Anlagen beziehe, „die im Gebot angegeben ... und die „im Register gemeldet“ ... wurden“, also insbesondere deren im Marktstammdatenregister vorgenommenen Konkretisierungen, ist bereits semantisch von der in Bezug genommenen Gesetzesbegründung nicht gedeckt.

**cc)** Für die bereits aus Gesetzeswortlaut und -begründung des § 36f EEG 2017 folgende dauerhafte Zuordnung des Zuschlags zu den von der im Gebot angegebenen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung erfassten Anlagen sprechen auch systematische Erwägungen. Denn auch in den weiteren Vorgaben des EEG 2017 findet sich kein Anhalt für eine zeitlich segmentierte Betrachtung bei der Bestimmung des Zuordnungsgegenstands eines Zuschlags.

**(1)** Den energieträgerspezifischen Regelungen zum Ausschreibungsverfahren liegt vielmehr ein einheitliches Verständnis dessen zugrunde, was Gegenstand des Gebots und in der Folge auch des Zuschlags ist: Gebot und Zuschlag sind jeweils projektbezogen, wobei das Projekt durch die immissionsschutzrechtliche Genehmigung definiert wird. Dies folgt aus der Gesetzesbegründung zu § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017, in der es heißt, dass nur Gebote für solche Projekte zugelassen werden, für die rechtzeitig eine Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz erteilt worden ist, wobei in einem Gebot auch z.B. zwei unmittelbar benachbarte Projekte mit unterschiedlichen Genehmigungen zusammengeführt werden können (BT-Drs. 18/8860, S. 209). Die Begrifflichkeit des Projektbezugs greift der Gesetzgeber in der Begründung der Regelung zum Ausschluss von Geboten (§ 36d EEG 2017, nunmehr § 36c EEG 2021) auf, nach der durch die Vorschrift der Bau „der bezuschlagten Projekte“ sichergestellt werden soll (BT-Drs. 18/8860, S. 211). In

vergleichbarer Weise verweist die Gesetzesbegründung der Vorgaben zum Erlöschen von Zuschlägen (§ 36e EEG 2017) darauf, dass die dort gewährte Realisierungsfrist deutlich über der durchschnittlichen Realisierungsfrist „von Projekten“ nach Erteilung der Genehmigung liegt (BT-Drs. a.a.O.). Auch in der Gesetzesbegründung zu § 36f EEG 2017 wird ausdrücklich auf den Projektbezug des Zuschlags des Bieters abgestellt, der für sein spezifisches Projekt eine Kalkulation durchgeführt und auf dieser Basis in Kenntnis des Umfangs der Anlagen sowie der genehmigungsrechtlichen Bedingungen ein Gebot abgegeben hat (BT-Drs. 18/8860, S. 212, zur Projektbezogenheit des Zuschlags insoweit auch Eckenroth/Kattwinkel in: BeckOK EEG, 12. Edition Stand 14.06.2022, § 36f EEG 2021 Rn. 1; Endell/Quentin in: Baumann/Gabler/Günther, EEG, 1. Aufl. 2019, § 36f Rn. 4).

Dafür, dass der Projektbegriff abhängig vom Realisierungsstadium unterschiedlich weit reichen sollte, finden sich in keiner der genannten Vorschriften oder ihrer Begründung Anhaltspunkte. Der Senat verkennt dabei nicht, dass einzelne Vorschriften schon nach ihrem inhaltlichen Regelungsgehalt den Zeitraum nach Errichtung und Inbetriebnahme einer Anlage nicht adressieren, weil sie z.B. nur das Ausschreibungs- bzw. Zuschlagsverfahren betreffen. Wie bereits vorstehend unter 2.a) ausgeführt, ist aber jedenfalls bezogen auf § 36f EEG 2017 nicht festzustellen, dass der Vorschrift eine zeitlich auf das Projektierungsstadium beschränkte Wirkung zukommen soll. 32

**(2)** Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber bei der Regelung der Entwertung von Zuschlägen ebenfalls maßgeblich „die den Geboten zugrundeliegenden Projekte“ in den Blick genommen hat. In der Gesetzesbegründung zu § 35a EEG 2017 heißt es, dass Zuschläge entwertet werden, soweit die den Geboten zugrundeliegenden Projekte nicht realisiert werden (BT-Drs. 18/8860, S. 208). Auch hier finden sich keinerlei Anhaltspunkte für eine Verengung des Zuordnungsgegenstands des Zuschlags in Folge der Errichtung und Inbetriebnahme einer konkreten Anlage, obwohl § 35a EEG 2017 eine Entwertung gerade nicht nur in solchen Fallgestaltungen vorsieht, in denen sich die geplanten Anlagen noch im Projektierungsstadium befinden, wie vom Senat bereits entschieden worden ist (Senatsbeschluss vom 30.06.2022 – VI-3 Kart 116/21 [V], juris Rn. 30 ff.). 33

So sieht § 35a Abs. 1 Nr. 3 EEG 2017 als eigenständige, neben den Entwertungsgrund der nicht fristgemäßen Realisierung der Anlage (§ 35a Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017) tretende Entwertungsgründe die der Rücknahme oder des Widerruf des Zuschlags nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vor, ohne dass diese inhaltlichen Einschränkungen unterlägen. Es sind indes eine Vielzahl von Fallgestaltungen denkbar, in denen die Bundesnetzagentur unabhängig vom tatsächlichen Realisierungsstand der Anlage zu einer Rücknahme oder einem Widerruf des Zuschlags berechtigt wäre, etwa infolge falscher Angaben des Bieters im Ausschreibungsverfahren (Boewe/Nuys in: BeckOK EEG, a.a.O., § 35a Rn. 9) oder infolge der nachträglich festgestellten Nichterfüllung einzelner Teilnahmevoraussetzungen (beispielsweise die Nichterfüllung der gesetzlichen Anforderungen an eine Bürgerenergiegesellschaft gemäß § 3 Nr. 15 EEG 2017, vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 11.02.2020 – EnVR 101/18, BeckRS 2020, 8744). Dass der Gesetzgeber von einem eigenständigen Anwendungsbereich dieses Entwertungsgrunds gegenüber dem der nicht fristgemäßen Realisierung der Anlage ausgeht, wird auch aus der Gesetzesbegründung zu § 55 EEG 2017 deutlich, in der es heißt, dass die Entwertung nach § 35a EEG 2017 alle Fälle erfasst, in denen die Anlage endgültig nicht mehr realisiert wird – sei es, weil die Realisierungspflicht verstrichen ist und deshalb der Zuschlag aufgehoben wurde, sei es, weil die Bundesnetzagentur den Zuschlag nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz aufgehoben hat (BT-Drs. 18/8860, S. 235, vgl. weiterführend Senatsbeschluss, a.a.O. Rn. 33). Dass im Falle des Erlöschens des Zuschlags auf sonstige Weise i.S.d. § 35a Abs. 1 Nr. 4 EEG 2017, 34

etwa infolge des Ablaufs der Förderdauer (Leutritz/Herms/Richter in: Maslaton, Windenergieanlagen, 2. Aufl. 2018, Kapitel 4 Rn. 285) oder gemäß § 37d Abs. 2 Nr. 1 EEG 2017 infolge der Nichtleistung der vollständigen Zweitsicherheit bei Solaranlagen innerhalb der Frist des § 37a Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 (Herms/Leutritz/Richter in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Henning/Schomerus, a.a.O., § 35a Rn. 13), die EEG-Anlage tatsächlich realisiert worden sein kann, spricht ebenfalls für einen über das Projektierungsstadium hinausgehenden Anwendungsbereich des § 35a EEG 2017.

**(3)** Für die von der Bundesnetzagentur vertretene Auffassung lässt sich systematisch im Übrigen nicht die Regelung in § 38b Abs. 2 EEG 2017 heranziehen, die eine Vorgabe zum anzunehmenden Zeitpunkt der Inbetriebnahme einer Solaranlage im Falle ihrer Ersetzung infolge eines technischen Defekts, einer Beschädigung oder eines Diebstahls enthält. Denn hierbei handelt es sich um eine energieträgerspezifische Sondervorschrift, mit der der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung tragen wollte, dass Module unter Umständen zu einem späteren Zeitpunkt ersetzt werden müssen (BT-Drs. 18/8860, S. 222). Da Dach- und Freiflächenanlagen in der Regel aus einer Vielzahl einzelner Module bestehen, ist es sachgerecht, bei einem Austausch einzelner Module nicht zu einer unterschiedlichen Förderdauer hinsichtlich der einzelnen Module zu kommen bzw. Klarheit über die Reichweite der Zahlungsberechtigung bei Austausch einzelner Module zu haben (Schulz in: BeckOK EEG, a.a.O., § 38a Rn. 9). Diese Erwägungen sind schon aus technischen Gründen nicht auf WEA übertragbar, so dass aus dem Fehlen einer korrespondierenden Regelung keine Rückschlüsse auf die streitige Frage des Zuordnungsgegenstands des Zuschlags gezogen werden können. 35

**dd)** Schließlich rechtfertigen auch Sinn und Zweck der einschlägigen gesetzlichen Regelungen keine Beschränkung des Zuordnungsgegenstands infolge der Errichtung und Inbetriebnahme der WEA auf die konkrete Anlage, sondern sprechen für das hier vertretene Verständnis einer dauerhaften Zuordnung des Zuschlags zu den von der im Gebot angegebenen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung erfassten Anlagen. 36

**(1)** Dies gilt zunächst mit Blick auf die von § 35f Abs. 1 EEG 2017 bezweckte hohe Realisierungswahrscheinlichkeit (BT-Drs. 18/8860, S. 212), der auch die in § 36 EEG 2017 aufgestellten energieträgerspezifischen Vorgaben für die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren sowie die Pönalisierungsvorschriften dienen (vgl. BT-Drs. 18/8860, S. 209 und 205). 37

Der Zielsetzung einer Realisierung der Anlage ist dabei nicht bereits deshalb erschöpfend Rechnung getragen, wenn eine oder mehrere konkrete WEA aufgrund des Zuschlags errichtet und in Betrieb genommen worden sind, wie die Bundesnetzagentur meint. Die von ihr vertretene Ansicht, dass ab der Inbetriebnahme einer konkreten Anlage kein Bedürfnis mehr bestehe, dem Bieter die in § 36f EEG 2017 eingeräumte Flexibilität zu gewähren, insbesondere ihm die Möglichkeit zu eröffnen, Genehmigungen für bezuschlagte Projekte nach Erteilung eines Zuschlags ohne dessen Verlust zu ändern, greift zu kurz. Denn die vom Gesetzgeber angestrebte Realisierung des bezuschlagten Projekts erschöpft sich nicht darin, dass überhaupt eine oder mehrere WEA aufgrund des Zuschlags errichtet und in Betrieb genommen werden, sondern erstreckt sich darüber hinausgehend auf den Betrieb solcher Anlagen im Förderzeitraum. Der Gesetzgeber erstrebt die Umsetzung von Geboten in konkrete Projekte (etwa BT-Drs. 18/8860, S. 205, zu § 31 EEG 2017). Wesentlicher Gegenstand des Gebots ist indes die Inanspruchnahme der EEG-Vergütung für den Förderzeitraum, weil das im EEG geregelte Ausschreibungsverfahren der Steuerung und damit der Einhaltung des Ausbaukorridors für erneuerbare Energien dient (BT-Drs. 18/18860, 38

S. 147; hierzu vertiefend Senatsbeschluss vom 30.06.2022 – VI-3 Kart 116/21 [V], juris Rn. 61).

So wird die erstrebte zuschlagsgemäße Realisierung einer WEA und die damit verbundene Erwartung der Einhaltung des Ausbaupfads im Streitfall nicht bereits dadurch vollständig erreicht, dass die WEA T4 einmal errichtet und – bis zu ihrer Zerstörung – wenige Monate in Betrieb gewesen ist. In diesem Fall kann der mit dem Zuschlag erwartete Beitrag zur Einhaltung des Ausbaupfads nicht mehr unmittelbar erreicht werden. 39

Zwar kann der Umstand der Zerstörung der Anlage bei der Ermittlung zukünftiger Ausschreibungsvolumina unter Umständen Berücksichtigung finden, da durch die Entwertung des Zuschlags gemäß § 35a Abs. 1 Nr. 4 EEG 2017 jedenfalls die Abweichung von der Erreichung der angestrebten Ausbauziele für die Bundesnetzagentur frühzeitig erkennbar wird (BT-Drs. 18/8860, S. 208). Nach dem EEG 2017 kann die Entwertung eines Zuschlags deshalb Grundlage für etwaige Korrekturen an den gesetzlich vorgesehenen Ausschreibungsvolumina sein, während im EEG 2021 eine solche Korrektur verbindlich vorgesehen ist, indem sich gemäß § 28 Abs. 5 EEG 2021 das Ausschreibungsvolumen eines Gebotstermins um die Gebotsmenge der Zuschläge erhöht, die nach dem 31.12.2020 erteilt und vor der Bekanntgabe des jeweiligen Gebotstermins nach § 35a EEG 2021 entwertet wurden. Die Entwertung führt danach zwischenzeitlich zu einer Rückführung der zu viel vom Ausbaupfad abgezogenen Gebotsmengen in das Ausschreibungsvolumen (hierzu bereits i.E. Senatsbeschluss, a.a.O. Rn. 63 f.). 40

Dies ändert aber nichts daran, dass es angesichts der erklärten gesetzgeberischen Zielsetzung, Gebote in konkrete Projekte umzusetzen, vorzugswürdig ist, wenn im Falle der Zerstörung der Anlage ein möglicher, ebenfalls zuschlagsgemäßer Ersatzneubau errichtet wird und damit die Anlagenleistung dem Ausbaupfad unmittelbar erhalten bleibt. Für diese Zielsetzung ist es unerheblich, ob vor Errichtung und Inbetriebnahme einer WEA eine Änderungsgenehmigung erteilt wird und sodann eine Anlage errichtet und in Betrieb genommen wird, auf die sich die Änderungsgenehmigung bezieht, oder ob bereits eine WEA errichtet und in Betrieb genommen worden ist, die der im Gebot angegebenen Genehmigung entspricht, und diese nach ihrer Zerstörung durch eine von der im Gebot angegebenen Genehmigung oder einer Änderungsgenehmigung erfassten Anlage ersetzt wird. In beiden Fällen wird in vergleichbarer Weise sichergestellt, dass der Ausbaupfad eingehalten wird, während seine – jedenfalls unmittelbare – Einhaltung durch die beanstandete Vorgehensweise der Bundesnetzagentur gefährdet wird. 41

**(2)** Dafür, dass der Gesetzgeber den Bietern in diesem Zusammenhang ein großes Maß an Flexibilität bei der zuschlagsgemäßen Realisierung von Zuschlägen einräumen wollte, lässt sich zudem die Neuregelung des § 36f Abs. 2 EEG durch das EEG 2021 anführen. Danach gilt nunmehr, dass, wenn die Genehmigung für das bezuschlagte Projekt nach der Erteilung des Zuschlags geändert oder neu erteilt wird, der Zuschlag auf die geänderte oder neu erteilte Genehmigung bezogen bleibt, wenn der Standort der Windenergieanlage um höchstens die doppelte Rotorblattlänge abweicht. Der Anwendungsbereich des § 36f Abs. 2 Satz 1 EEG 2021 ist hierdurch gegenüber der Fassung im EEG 2017 erweitert worden, die lediglich vorsah, dass der Zuschlag im Fall einer Änderung der Genehmigung nach der Erteilung des Zuschlags auf die geänderte Genehmigung bezogen bleibt, also nicht die Neugenehmigung umfasste. Ein einmal erhaltener Zuschlag soll nach Willen des Gesetzgebers bis zu seinem Fristablauf Bestand haben, was insbesondere dem Schutz von insolventen Bietern oder solchen, deren Genehmigung formell rechtswidrig ist, dient (BT-Drs. 19/23482, S. 112). 42

**(3)** Sonstige teleologische Erwägungen, die es rechtfertigen könnten, mit Abschluss des Projektierungsstadiums von einem auf die im Marktstammdatenregister registrierte konkrete Anlage verengten Zuordnungsgegenstand des Zuschlags auszugehen, sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Insbesondere lassen sich insoweit nicht Sinn und Zweck der Verordnung über das zentrale elektronische Verzeichnis energiewirtschaftlicher Daten (MaStRV) heranziehen. Als durch § 111e Abs. 1 Satz 1 EnWG vorgegebene Ziele des Aufbaus eines Marktstammdatenregisters nennt die Verordnungsbegründung die Vereinfachung von behördlichen und privatwirtschaftlichen Meldungen, die Reduzierung der Zahl der Register, in denen Akteure und Einheiten gemeldet werden müssen, und die Steigerung der Datenqualität und der Transparenz (Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (IIB2) vom 27.02.2017, Verordnung über die Registrierung energiewirtschaftlicher Daten, S. 33). Die dem Marktstammdatenregister nach Ansicht der Bundesnetzagentur zukommende Funktion findet hierin keinen Niederschlag. 43

**b)** Unter Berücksichtigung dieser Erwägungen zum Zuordnungsgegenstand des Zuschlags erstreckt sich der streitgegenständliche Zuschlag ... auch auf den Ersatzneubau der WEA T4. 44

Der Ersatzneubau ist unstreitig Gegenstand einer auf die in dem Gebot angegebene immissionsschutzrechtliche Genehmigung bezogenen Änderungsgenehmigung gemäß § 16 BImSchG des Kreises ... vom 09.02.2022. Nach § 36f Abs. 2 EEG 2017, der im Streitfall Anwendung findet, bleibt der Zuschlag damit auf die Genehmigung bezogen. Im Übrigen hat der Senat bereits entschieden, dass es bei § 36f Abs. 2 Satz 1 EEG 2017 allein auf die tatsächliche Genehmigungslage ankommt, d.h. darauf, ob durch die zuständige Genehmigungsbehörde eine immissionsschutzrechtliche Änderungsgenehmigung erteilt worden ist. Eine eigenständige, materiell-rechtliche Prüfungspflicht der Bundesnetzagentur im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der immissionsschutzrechtlichen Entscheidung der Genehmigungsbehörde besteht in diesem Rahmen ebenso wenig wie die Pflicht, anhand eines eigenständigen energiewirtschaftsrechtlichen Prüfungsmaßstabes zu beurteilen, ob eine Änderung der Genehmigung i.S.d. § 36f EEG 2017 vorliegt (Senatsbeschluss vom 11.03.2020 – VI-3 Kart 772/19 [V], juris Rn. 22 ff.). 45

**c)** Damit existiert nach wie vor eine zuschlagsgemäß errichtete und im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung unmittelbar vor ihrer – nach Neuerrichtung erneuten – Inbetriebnahme stehende WEA, so dass der Zuschlag nicht aus dem von der Bundesnetzagentur angenommenen „sonstigen Grund“ i.S.d. § 35a Abs. 1 Nr. 4 EEG 2017 seine Wirksamkeit verloren hat. 46

Nach alledem war die angefochtene Teil-Entwertung aufzuheben. Eines gesonderten Ausspruchs der sich hieraus unmittelbar ergebenden Rechtsfolge, dass der Zuschlag ... im Umfang seiner Entwertung von ... kW weiterhin Bestand hat, bedurfte es nicht. 47

**D.** 48

**I.** Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG. 49

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

Der Senat berechnet in ständiger Rechtsprechung (etwa Senatsbeschluss vom 16.11.2017 – VI-3 Kart 56/17 [V]; Senatsbeschluss vom 22.03.2018 – VI-3 Kart 68/17 [V], jeweils bei juris) den Streitwert in auf die Zuschlagserteilung im Ausschreibungsverfahren für Windenergieanlagen an Land gerichteten Beschwerden wie folgt: 51

*Gebotspreis (in Euro/kWh) x produzierte Strommenge in kWh/a (Anlagengröße kWp x 2.000 h/a Vollast) x 20 (Förderdauer in Jahren) x 0,05 (angenommener Gewinn).* 52

Diese Berechnung findet im Streitfall, bei dem es um die Entwertung eines bereits erteilten Zuschlags geht und keine Pönalzahlung im Raum steht, mit der Maßgabe Anwendung, dass lediglich eine Förderdauer von 19 Jahren anzusetzen ist, da der Förderzeitraum mit Inbetriebnahme am 11.03.2021 begann und die Förderung bis zur Entwertung des Zuschlags am 02.05.2022 von der Beschwerde nicht erfasst wird. Hiernach ergibt sich folgende Berechnung: 53

*... Euro/kWh x ... x 19 Jahre x 0,05 = ... Euro.* 54

#### **D.** 55

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 hat die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG. Dies wäre dann der Fall, wenn sie eine entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellt und deswegen das Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt (st. Rspr., etwa BGH, Beschluss vom 15.05.2012 – KVR 34/11, BeckRS 2021 16889; Beschluss vom 15.06.2016 – KVZ 1/16, BeckRS 2016, 20897). Die verfahrensgegenständliche Rechtsfrage ist bereits nicht klärungsbedürftig, da ihre richtige Beantwortung – wie aus den Ausführungen unter B. folgt – nicht zweifelhaft ist (vgl. BGH Beschluss vom 07.02.2006 – KVZ 40/05, BeckRS 2006, 02595 m.w.N.). Zudem ist nicht zu erwarten, dass sie sich in einer erheblichen Anzahl weiterer Fälle stellen wird. 56

#### **Rechtsmittelbelehrung:** 57

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 58

Oberlandesgericht Düsseldorf oder beim Bundesgerichtshof einzureichenden Schriftsatz binnen einem Monat zu begründen. Diese Frist beginnt mit der Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde und kann auf Antrag von dem Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts (Bundesgerichtshof) verlängert werden. Die Begründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Beschwerdeentscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Die Nichtzulassungsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§ 87 Abs. 4 Satz 1, § 80 Satz 2 EnWG).

---

