



## Oberlandesgericht Düsseldorf

### Beschluss

In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 04.07.2018 durch Richterin am Oberlandesgericht Frister, die Richterin am Oberlandesgericht Klein Reesink und die Richterin am Oberlandesgericht Pastohr

#### **b e s c h l o s s e n :**

Die Beschwerde gegen den Bescheid der Bundesnetzagentur vom 16.08.2017 Az. 605g, 8175-02-02/234, wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur trägt die Beschwerdeführerin.

Der Beschwerdewert wird auf ... EUR festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

## Gründe:

### I.

Die Beschwerdeführerin begehrt mit ihrer Verpflichtungsbeschwerde die Bezuschlagung ihres in der Ausschreibungsrunde für Windenergieanlagen an Land zum 01.08.2017 abgegebenen Gebots.

In der Ausschreibungsrunde für Windenergieanlagen an Land zum 01.08.2017 erteilte die Bundesnetzagentur von den 267 zugelassenen Geboten 67 Geboten mit einem Gebotsumfang von insgesamt 1.013 MW einen Zuschlag, wie im Einzelnen aus der auf der Internetseite der Bundesnetzagentur (bnetza.de) veröffentlichten Bekanntgabe der Zuschläge (Anlage K 2) ersichtlich ist. Zuschläge wurden für Gebotswerte zwischen 3,50 Ct/kWh und – als höchstem Zuschlagswert – 4,29 Ct/kWh erteilt. Dabei entfielen 37 Zuschläge mit einem Zuschlagsvolumen von 660 MW auf die im Beschwerdeantrag aufgeführten 37 Bürgerenergiegesellschaften, die ausweislich einer Pressemitteilung der Bundesnetzagentur vom 15.08.2017 (Anlage K 1) „zumindest organisatorisch einem einzigen Projektierer“ zuzuordnen sind (im Folgenden bezeichnet als „A-Bürgerenergiegesellschaften“). Zusätzlich gingen 5 Zuschläge mit 30 MW ohne Bürgerenergieprivileg an weitere Gesellschaften dieses Projektierers. Die „A-Bürgerenergiegesellschaften“ verfügen über dieselbe Komplementärin, die ... (im Folgenden: B). Sie wurden jeweils zunächst von der B als Komplementärin und einer natürlichen Person, die Mitarbeiter der A-Gruppe ist, als Gründungskommanditistin gegründet und so im jeweiligen Handelsregister eingetragen. Noch vor dem Ausschreibungstermin vom 01.08.2017 traten ihnen jeweils mindestens 9 weitere natürliche Personen als Kommanditisten mit einer Haftsumme von 100 Euro bei. Wegen der Einzelheiten wird auf die als Anlagenkonvolut K 3 vorgelegten Handelsregisterauszüge verwiesen.

Die Beschwerdeführerin ist eine Bürgerenergiegesellschaft i.S.d. § 3 Nr. 15 EEG 2017 und beteiligte sich ebenfalls an der zweiten Ausschreibungsrunde für Windenergieanlagen an Land zum 01.08.2017, und zwar mit einem Gebotswert von ... Ct/kWh bei einer Gebotsmenge von ... KW. Das Gebot wurde nicht bezuschlagt, weil es oberhalb der Zuschlagsgrenze von 4,29 Ct/KWh lag, wie die Bundesnetzagentur der Beschwer-

deführerin mit Bescheid vom 16.08.2017 (Az. 605g, 8175-02-02/234) mitteilte. Ausweislich der von der Bundesnetzagentur als Anlage BG 1 vorgelegten Niederschrift über den Zuschlag lag die Beschwerdeführerin auf Rang 76 bei einer kumulierten Gebotsmenge von 1.125.490 KW. Zwischenzeitlich erhielt die Beschwerdeführerin in der Ausschreibungsrunde zum 01.11.2017, an der sie sich mit einem Gebotswert von ... ct/kWh beteiligt hatte, einen Zuschlag, und zwar infolge der Ermittlung des Zuschlagswerts für Bürgerenergiegesellschaften im Einheitspreisverfahren zu dem höchsten Zuschlagswert von 3,82 ct/kWh.

Die Bundesnetzagentur hat im Rahmen des Beschwerdeverfahrens lediglich die die Beschwerdeführerin betreffenden Gebotsunterlagen vorgelegt und die Vorlage der Gebotsunterlagen anderer Bieter mit Schriftsatz vom 13.11.2017 abgelehnt. Durch Beschluss vom 22.01.2018 (Bl. 93 ff. GA) hat der Senat die Anträge der Beschwerdeführerin vom 14.09.2017 und 19.10.2017 auf über die bereits erteilte Akteneinsicht hinausgehende Akteneinsicht in die Gebotsunterlagen auch anderer Bieter zurückgewiesen. Zur Begründung hat der Senat im Wesentlichen ausgeführt, dass nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand die Tatsachen, deren Offenlegung sich die Beschwerdeführerin durch ihren Akteneinsichts Antrag erhoffe, nicht entscheidungserheblich seien. Soweit sie geltend gemacht habe, dass sie ohne Akteneinsicht die exakte Zuschlagsgrenze, die sich bei Nichtberücksichtigung der bezuschlagten und auch der nicht bezuschlagten Gebote aller sog. „A-Bürgerenergiegesellschaften“ ergeben würde, nicht kennen könne, sei dies unschädlich, da es der Begründetheit ihres Verpflichtungsbegehrens nicht entgegenstehe. Hierfür sei ausreichend, dass der Zuschlag zu erteilen wäre. Dies aber sei unstrittig und ergebe sich daraus, dass ihr eigenes Gebot auf Rang 76 bei einer kumulierten Gebotsmenge von 1.125.490 KW gelegen habe, mithin bei Nichtberücksichtigung der unstrittig auf die „A-Bürgerenergiegesellschaften“ entfallenden Zuschläge über kumuliert 660 MW innerhalb des Zuschlagsvolumens von 1.000 MW gelegen habe.

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass die Gebote der „A-Bürgerenergiegesellschaften“ als unzulässig aus dem Zuschlagsverfahren hätten ausgeschieden werden müssen. Dies ergebe sich bei Auswertung der als Anlagen K 7 – 12 vorgelegten Unterlagen, nämlich des Merkblatts zur Beteiligung an einer Bürgerenergiegesellschaft

gemäß EEG 2017, des Gesellschaftsvertrags, der Beitrittserklärungen und der Handelsregister-Vollmacht bezüglich der C sowie des Entwurfs eines Nutzungsvertrages der D Projektentwicklung GmbH & Co. KG als jeweils von den „A-Bürgerenergiegesellschaften“ beauftragter Projektträgerin (im Folgenden: D), die in dieser Form bei allen „A-Bürgerenergiegesellschaften“ Verwendung gefunden hätten. In der Folge hätte ihr ein Zuschlag erteilt werden müssen, da sie unstrittig vom Rang 1.145 MW auf 485 MW – gemessen in MW - bzw. von Rang 76 auf Rang 42 – gemessen an Zuschlägen – vorgerückt wäre und damit unter der Zuschlagsgrenze von 1.000 MW liege.

Auch im Rahmen der nach § 83a Abs. 1 S. 2 EEG 2017 zulässigen Verpflichtungsbeschwerde könne - inzident - die Zulässigkeit und Bezuschlagung von Geboten Dritter geprüft werden und zwar auch, ob die von den Dritten abgegebenen Eigenerklärungen inhaltlich zutreffend seien. In § 32 Abs. 1 EEG 2017 sei ausdrücklich geregelt, dass im Beschwerdeverfahren die Gebote Dritter zu überprüfen seien, nämlich auch im Hinblick auf die Zulässigkeit der Gebote nach den §§ 33 und 34 EnWG. Hierbei sei nicht nur zu prüfen, ob die Eigenerklärungen zur Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) und zum Vorliegen der Bürgerenergiegesellschaft den Formatvorgaben entsprechend ausgefüllt worden seien, sondern auch, ob die Eigenerklärungen inhaltlich richtig abgegeben worden seien. Materiell ergebe sich dies aus § 83a Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 32 Abs. 1 S. 4 i.V.m. § 33 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 36 Abs. 1 i.V.m. § 36g EEG 2017. Letztere Vorschrift stelle auf „Bürgerenergiegesellschaften“ ab und nicht etwa auf die durch Eigenerklärung nachgewiesenen Bürgerenergiegesellschaften. Zudem werde in der Gesetzesbegründung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass bei falschen Angaben in der Eigenerklärung die Bundesnetzagentur einen Zuschlag nach § 48 VwVfG zurücknehmen könne. Im Beschwerdeverfahren nach § 83a EEG 2017 könne kein anderer Maßstab gelten. Die Rücknahme des Zuschlags nach § 48 VwVfG sei nicht die einzige Möglichkeit der Bundesnetzagentur, auf falsche Angaben bei den Eigenerklärungen zu reagieren, diese seien auch nach § 34 Nr. 1 a) EEG 2017 beachtlich, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig falsch abgegeben seien. Systematisch eröffne zudem § 36g Abs. 4 EEG 2017 die Überprüfungsmöglichkeit der Eigenerklärungen. Auch würde es dem Regelungsziel des § 83a EEG 2017 nicht gerecht, wenn die Überprüfung der Gebote Dritter auf das richtige Ausfüllen der Eigenerklärungen reduziert würde. § 85 Abs. 3 EEG 2017 verweise auf den 8. Teil des EnWG und damit auch auf den in § 82 EnWG geregelten Untersuchungsgrundsatz. Im

Vergaberecht könne die inhaltliche Richtigkeit von Eigenerklärungen ebenfalls überprüft werden. Es komme nicht darauf an, ob die Bundesnetzagentur die falsche Eigenerklärung habe prüfen und erkennen müssen, also fehlerhaft gehandelt habe, sondern allein, ob objektiv eine rechtsfehlerhafte Ausschreibung vorliege.

Die Gebote der „A-Bürgerenergiegesellschaften“ seien zu Unrecht im Ausschreibungsverfahren entgegen §§ 33 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017 ohne BImSchG-Genehmigung zugelassen worden, da die „A-Bürgerenergiegesellschaften“ die Anforderungen an eine Bürgerenergiegesellschaft gemäß § 3 Nr. 15 EEG 2017 nicht erfüllten. Stimmberechtigte Mitglieder oder Anteilseigner im Sinne dieser Vorschrift seien, wie sich aus dem Wortlaut, aber auch der Gesetzesbegründung des § 3 Nr. 15 EEG 2017 und der Verfahrenssituation ergebe, Gesellschafter, die als solche zur Abstimmung berechtigt seien und die auch in allen Angelegenheiten der Gesellschaft entscheiden dürften, die notwendigerweise den Gesellschaftern zur Entscheidung zustünden. Hierzu zählten, um den qualitativen Anforderungen, die sich aus den gesetzlichen Regelungen bei der Publikums-KG ergäben, zu genügen, bei der GmbH & Co. KG jedenfalls die sog. „Grundlagengeschäfte“ und die „außergewöhnlichen Geschäfte“ im Sinne von §§ 164, 116 Abs. 2 HBG. Nach § 6 c) und e) der Gesellschaftsverträge, die der Anlage K 8 entsprächen, bestimme die Komplementärin aber allein über die aufzunehmenden Kommanditisten und die Beschaffung von Eigenkapital, wodurch wesentliche Grundlagengeschäfte, insbesondere betreffend den Bau und die Finanzierung der Windenergieanlagen, der Beschlussfassung der „stimmberechtigten“ Gesellschafter entzogen würden. Letztlich würden praktisch sämtliche außergewöhnlichen Geschäfte von der Komplementärin allein entschieden. Durch diese Regelungen werde jedenfalls der Sinn und Zweck der Sonderregelungen für Bürgerenergiegesellschaften hintergangen. Verschärft werde diese Situation noch dadurch, dass nach § 8 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags Gesellschafterbeschlüsse einstimmig gefasst würden und der jeweilige Gründungskommanditist Mitarbeiter der A-Gruppe sei. Gegen die A-Gruppe, die in den „A-Bürgerenergiegesellschaften“ jeweils durch Komplementärin und Gründungskommanditist vertreten sei, sei daher keine Willensbildung möglich. Vervollständigt werde das Bild dadurch, dass ein stiller Gesellschafter ohne Stimmrechte, aber mit sehr hohem Kapitalanteil beteiligt sei, wie sich aus Punkt IV-1 des Merkblatts zur Beteiligung an einer Bürgerenergiegesellschaft (Anlage K 6), das bei allen „A-Bürgerenergiegesellschaften“ Verwendung finde, ergebe. Im Ergebnis

würde dieser stille Gesellschafter – der überdies nach Punkt IV.2 des Merkblattes eine Gesellschaft der A-Gruppe sein könne – die Wertschöpfung aus der Region herausziehen und entgegen der bezweckten regionalen Förderung von kleineren Windkraftakteuren große Investorengruppen privilegieren.

Die „A-Bürgerenergiegesellschaften“ hätten ihr Gebot entgegen § 36g Abs. 1 S. 1 Nr. 3 c) EEG 2017 auch nicht mit der Zustimmung des jeweiligen Eigentümers der Fläche abgegeben, auf denen die Windkraftanlagen errichtet werden sollten. Dies ergebe sich aus dem als Anlage K 7 vorgelegten Merkblatt zur Beteiligung an einer Bürgerenergiegesellschaft, aus dem sich ersehen lasse, dass die Zustimmung des Flächeneigentümers nicht unbedingt mit Gebotsabgabe vorgelegen habe, wenn es dort u.a. heiße, dass „die Bürgerenergiegesellschaft mit der Firma UKA-Projektträger einen Projektträgervertrag über den *späteren* Erwerb der Standortrechte schließe“. Gestärkt werde dieses Ergebnis durch den als Anlage K 12 vorgelegten Entwurf des Nutzungsvertrags, den die D als Projektträgerin mit dem jeweiligen Flächeneigentümer abschließe. Dort sei in § 15 Abs. 3 nur vorgesehen, dass diese berechtigt sei, ihre Nutzungsrechte auf von ihr zu bestimmende Dritte zu übertragen. Eine Regelung, wonach dieser Dritte – mithin die jeweilige „A-Bürgerenergiegesellschaft“ – anstelle des Nutzers Gebote im Ausschreibungsverfahren abgeben dürfe, finde sich gerade nicht, vielmehr werde der Eintritt des Dritten erst wirksam, wenn dem Eigentümer die Übertragung schriftlich angezeigt worden sei.

Des Weiteren fehle es an einer Identität von Bieter und Anlagenbetreibern. Da die „A-Bürgerenergiegesellschaften“ kein Unternehmensrisiko trügen, sondern nur ein nicht stimmberechtigter, stiller Gesellschafter, seien sie nicht Anlagenbetreiber im Sinne des § 3 Nr. 2 EEG 2017, auf den es für die Anspruchsberechtigung im Sinne des § 22 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1 EEG 2017 gerade ankomme. Sofern es sich bei diesem um eine Gesellschaft der A-Gruppe handele (Ziff. IV.2 des als Anlage K 6 vorgelegten Merkblattes), so sei das gesamte unternehmerische Risiko auf die A-Gruppe ausgelagert, die auch Pächterin des Nutzungsvertrags sei.

Schließlich lägen unzulässige Preisabsprachen zwischen den „A-Bürgerenergiegesellschaften“ i.S.d. § 34 Nr. 1 b) EEG 2017 vor, da der „Grundsatz des Geheimwettbewerbs“ verletzt sei, der im Ausschreibungsverfahren nach dem EEG 2017 wegen der

gleichen Interessenlage und dem ähnlichen Wortlaut von § 34 Nr. 1 b) EEG 2017 und § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB in gleicher Weise gelte wie im Vergabeverfahren. Deshalb sei die Rechtsprechung zum Vergaberecht, nach der bei der Beteiligung konzernverbundener Unternehmen eine widerlegliche Vermutung dafür spreche, dass der Geheimwettbewerb zwischen konzernverbundenen Gesellschaften nicht gewahrt sei und die Gebote in Kenntnis des jeweils anderen Gebots abgegeben würden, ohne weiteres auf die „Absprachen über die Gebotswerte“ zu übertragen. Hier handele für alle „A-Bürgerenergiegesellschaften“ der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH, d.h. jeweils personenidentisch der Geschäftsführer der B. In einem derartigen massenhaften Fall der Preisabsprachen sei das der Bundesnetzagentur in § 34 Nr. 1 b) EEG 2017 eingeräumte Ermessen auf Null reduziert. Mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 20.08.2018 hat die Beschwerdeführerin vorgetragen, dass, wenn die Gebotswerte bei den „A-Bürgerenergiegesellschaften“ bei unterschiedlichen Windparks gleich hoch seien, notwendigerweise eine Absprache vorliegen müsse, weil ausgeschlossen sei, dass „zufällig“ stets derselbe Gebotswert gewählt worden sei. Bei unterschiedlichen Gebotswerten könne nur dann nicht von einer Absprache ausgegangen werden, wenn für jede einzelne „A-Bürgerenergiegesellschaft“ eine eigene Kalkulation mit jeweils unterschiedlichen Eigenkapitalrenditen entwickelt worden sei. Das Handeln nach einem einheitlichen Kalkulationsmodell aber ergebe sich - neben der Interviewäußerung des A-Chefs ... im als Anlage K 5 vorgelegten Interview - auch aus dem weiteren, ihr bislang nicht bekannten Inhalt der Ausschreibungsunterlagen, nämlich aus den Gebotswerten, P50-Werten der zugehörigen Windgutachten, Anzahl und Anlagentypen der Windkraftanlagen sowie deren Standorten. Sie beantragt deshalb, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen und ihr entsprechend Akteneinsicht zu gewähren.

Im Übrigen beantragt die Beschwerdeführerin,

den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 16.08.2017 mit dem Az. 605g, 8175-02-02/234 aufzuheben und die Bundesnetzagentur gleichzeitig zu verpflichten, ihr einen Zuschlag mit einer Gebotsmenge von ... KW und einem Gebotswert, der sich unter Wegfall aller bezuschlagten und nicht bezuschlagten Gebote der „Bürgerenergiegesellschaften“ der A-Gruppe, insbesondere der Gebote der

...

errechnet, mindestens in Höhe von ... Ct/kWh zu erteilen.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Bundesnetzagentur ist der Ansicht, sie sei nicht zu einer Überprüfung der Eigenerklärungen im Rahmen des Zuschlagsverfahrens verpflichtet gewesen. Das in § 32 Abs. 1 EEG vorgesehene Prüfprogramm erstreckte sich nicht auf § 36g EEG 2017, d.h. die Sonderregelungen für Bürgerenergiegesellschaften. Nach dem Willen des Gesetzgebers würde die Eigenerklärung, die gerade dem Zweck der zügigen Durchführung des Massenverfahrens diene, im Rahmen der Gebotsabgabe ausreichen und sei ihr in diesem Rahmen die Vermutung der Richtigkeit zuzugestehen. Für den Fall falscher Angaben bei den Eigenerklärungen sehe der Gesetzgeber lediglich die Rechtsfolge der Rücknahme des dann rechtswidrig erfolgten Zuschlags nach § 48 VwVfG, Pönalen nach § 55 EEG 2017 und den Ausschluss von zukünftigen Ausschreibungen vor, die erst nach Zuschlagserteilung griffen. Die in § 36g Abs. 4 EEG 2017 normierte Pflicht zur Vorlage von Nachweisen zielt demgemäß auf dieses Verfahren und nicht auf das Zuschlagsverfahren ab. Insoweit stehe ihr auch ein Aufgreifermessen zu, das nur dann zu einer Abfrage von Nachweisen führe, wenn konkrete Hinweise vorlägen, dass die Eigenerklärungen falsch abgegeben worden seien. Solche Hinweise habe es aber nicht gegeben und sie lägen auch jetzt nicht vor. Die Beschwerdeführerin verkenne auch, dass § 34 Nr. 1 a) EEG 2017 einen Ausschluss von Geboten in das Ermessen der Bundesnetzagentur stelle und er auch nur dann in Betracht komme, wenn Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit vorliege. Sie selbst aber gestehe zu, dass die „A-Bürgerenergiegesellschaften“ „formal“ zutreffend ausgestaltet seien, so dass eine solche Annahme fernliege. Der Hinweis der Beschwerdeführerin auf das Vergaberecht gehe fehl, da die von ihr zitierten vergaberechtlichen Entscheidungen über die Relevanz anderer Beweismittel als der Eigenerklärung nichts für die Frage hergeben würden, ob sie die abgegebenen Eigenerklärungen hätte überprüfen müssen.

Es bestünden auch keine Zweifel daran, dass es sich bei den „A-Bürgerenergiegesellschaften“ um Bürgerenergiegesellschaften i.S.d. § 3 Nr. 15 EEG 2017 handele. Die



Gesellschaftsverträge seien im Ausschreibungsverfahren ohnehin nicht vorzulegen, vielmehr reiche gemäß § 36g Abs. 1 S. 1 Nr. 3 a) EEG 2017 wiederum die Eigenerklärung aus, die vorliege. Es fehle in der Gesamtschau auch nicht an der Stimmberechtigung der Gesellschafter hinsichtlich der Grundlagengeschäfte. Was genau der Gesetzgeber unter dem Begriff „stimmberechtigt“ verstehe, ergebe sich weder aus Wortlaut noch Begründung des § 3 Nr. 15 EEG 2017. Auch die Regelungen im HGB enthielten keine klaren Vorgaben. Nach dem vorgelegten Gesellschaftsvertragsentwurf seien alle Kommanditisten stimmberechtigt, nur die Komplementärin sei vom Stimmrecht ausgeschlossen. Das Stimmrecht dieser Personen sei durch den Gesellschaftsvertragsentwurf auch nicht erheblich beschnitten. Die Geschäftsführung obliege der Komplementärin. Handlungen derselben, die nicht über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgingen, könnten auch nach den gesetzlichen Regelungen des HGB nicht durch die Kommanditisten widersprochen werden. Hierzu zähle aber die Erhöhung des Eigenkapitals bis zur Erreichung der für die Realisierung des Projekts notwendigen Höhe. Auch eine Erhöhung des Eigenkapitals durch Aufnahme stiller Gesellschafter berühre das Stimmrecht der Kommanditisten nicht, zumal ein Stimmrecht für stille Gesellschafter ausgeschlossen sei. In den Vorschriften liege auch keine Umgehung der gesetzlichen Regelungen zur Bürgerenergiegesellschaft. Da Gesellschafterbeschlüsse einstimmig zu treffen seien, könne jeder Kommanditist eine Beschlussfassung verhindern, nicht nur der Gründungskommanditist. Die Regelungen liefen auch dem Ziel des Gesetzgebers, die Akzeptanz von Windenergieanlagen in der betroffenen Bevölkerung zu stärken, nicht zuwider.

Es lägen auch keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, dass es an der Flächenberechtigung fehle. Bei dem von der Beschwerdeführerin vorgelegten Merkblatt handele es sich schon nicht um die diesbezügliche Vereinbarung, so dass sich hieraus für die zu beurteilenden Einzelfälle keine Erkenntnisse über die jeweilige Flächenberechtigung ergäben. Eine Regelung, wonach der Dritte, an den die Nutzungsrechte übertragen werden könnten, ein Gebot im Ausschreibungsverfahren abgeben dürfe, wäre in der vertraglichen Vereinbarung zwischen der D als Projektträgerin und dem Grundstückseigentümer nicht zu erwarten.

Die für die Ausschreibungen für Windenergieanlagen an Land relevanten §§ 28 ff., 36 ff. EEG 2017 forderten nicht, dass der Bieter zugleich auch der Anlagenbetreiber sein

müsse. Insbesondere gäbe es zum Zeitpunkt der Gebotsabgabe noch keine Anlage, die betrieben werden könne. Auch müssten Bürgerenergiegesellschaften keine Genehmigung nach dem BImSchG vorweisen. Zudem sei die zu erbringende Sicherheitsleistung nicht gleichzusetzen mit dem unternehmerischen Risiko.

Schließlich reiche der Umstand, dass die Bürgerenergiegesellschaften alle von der gleichen Komplementär-GmbH geführt würden, nicht für die Annahme aus, dass unzulässige Preisabsprachen vorlägen. Vielmehr seien – wie von der Beschwerdeführerin mit Nichtwissen bestritten wird - die Gebote dieser Bürgerenergiegesellschaften in unterschiedlicher Höhe abgegeben worden. Dies indiziere, dass die Wirtschaftlichkeit des einzelnen Projekts für die Gestaltung des Gebotspreises maßgeblich gewesen sei. Die Gesetzesbegründung knüpfe - anders als im Vergaberecht - im Hinblick auf die Beweislastverteilung daran an, ob ein begründeter Verdacht bestehe, dass der Bieter mit anderen Bietern Absprachen über die Höhe der Gebotswerte in der laufenden oder in einer vorangegangenen Ausschreibungsrunde getroffen habe.

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

## II.

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

### 1.

Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist sie als Verpflichtungsbeschwerde gemäß § 83a Abs. 1 S. 1 EEG 2017 statthaft. Danach sind gerichtliche Rechtsbehelfe, die sich unmittelbar gegen eine Ausschreibung oder unmittelbar gegen einen erteilten Zuschlag richten, nur mit dem Ziel zulässig, die Bundesnetzagentur zur Erteilung eines Zuschlags zu verpflichten.

### 2.

Die Beschwerde bleibt jedoch in der Sache ohne Erfolg.

Die Verpflichtungsbeschwerde ist nach § 83a Abs. 1 S. 2 EEG 2017 begründet, soweit der Beschwerdeführer im Zuschlagsverfahren nach § 32 EEG 2017 ohne den Rechtsverstoß einen Zuschlag erhalten hätte. Hierin kommt zum Ausdruck, dass eine Verpflichtungsbeschwerde nur dann erfolgreich sein kann, wenn ein materielles subjektives Recht der Beschwerdeführerin auf Erteilung der erstrebten Begünstigung besteht, was nach der Gesetzesbegründung allein dann angenommen werden kann, wenn ohne den Fehler ein Zuschlag hätte erteilt werden müssen (BT-Drs. 18/8860 S. 247 f.). Die Beschwerdeführerin kann deshalb mit ihrer Verpflichtungsbeschwerde nur erfolgreich sein, wenn sie nachweist, dass der Zuschlag zu ihren Gunsten hätte erfolgen müssen (Siegel in: Greb/Boewe, BeckOK EEG, 6. Edition, § 83a Rn. 4).

Zwar hätte die Beschwerdeführerin bei Ausschluss der streitgegenständlichen Gebote der „A-Bürgerenergiegesellschaften“ den Zuschlag erhalten, wie im Einzelnen in dem im Zwischenverfahren über die Akteneinsicht ergangenen Beschluss des Senats vom 22.01.2018 ausgeführt worden ist.

Die Zuschlagsentscheidungen zugunsten der „A-Bürgerenergiegesellschaften“ waren indes rechtmäßig. Gründe für einen Ausschluss der Gebote vom Zuschlagsverfahren bzw. für eine Rücknahme der Zuschlüsse nach § 48 VwVfG liegen nicht vor.

**a)**

Die Zuschlagsentscheidungen waren nicht deshalb objektiv rechtswidrig, weil die „A-Bürgerenergiegesellschaften“ nicht die Anforderungen an eine Bürgerenergiegesellschaft nach § 3 Nr. 15 EnWG erfüllen würden.

**aa)**

§ 36g EEG 2017 normiert die besonderen Ausschreibungsvoraussetzungen für Bürgerenergiegesellschaften. Nach § 36g Abs. 1 EEG 2017 können Bürgerenergiegesellschaften Gebote für bis zu sechs Windenergieanlagen an Land mit einer zu installierenden Leistung von insgesamt nicht mehr als 18 Megawatt abweichend von § 36 Abs. 1 bereits vor der Erteilung der Genehmigung nach dem BImSchG abgeben, wenn unter anderem (Nr. 3 a)) in dem Gebot durch Eigenerklärung nachgewiesen wird, dass die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Gebotsabgabe eine Bürgerenergiegesellschaft ist. Die

Eigenerklärung dient nach der Gesetzesbegründung dem Nachweis, dass die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Gebotsabgabe eine Bürgerenergiegesellschaft nach § 3 Nr. 15 EEG 2017 ist (BR-Drs 310/16, S. 251). Nach § 34 Abs. 1 a) EEG 2017 kann die Bundesnetzagentur Bieter und deren Gebote von dem Zuschlagsverfahren ausschließen, wenn der Bieter vorsätzlich oder grob fahrlässig falsche Nachweise in dieser oder einer vorangegangenen Ausschreibung abgegeben hat.

**bb)**

Für die Frage, ob einer Bieterin, die als Bürgerenergiegesellschaft mit einem Gebot am Zuschlagsverfahren teilgenommen hat, ohne die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Bürgerenergiegesellschaft nach § 3 Nr. 15 EEG 2017 zu erfüllen, ohne Rechtsverstoß ein Zuschlag erteilt worden ist, kommt es nicht darauf an, ob die Bundesnetzagentur im Zuschlagsverfahren zu einer Prüfung des Vorliegens dieser Voraussetzungen verpflichtet war, sondern allein darauf, ob die objektiven Voraussetzungen für eine Teilnahme am Zuschlagsverfahren vorlagen.

Zwar macht die Bundesnetzagentur zutreffend geltend, dass sie grundsätzlich nicht verpflichtet ist, die inhaltliche Richtigkeit aller vorgelegten Eigenerklärungen im Rahmen des Zuschlagsverfahrens aktiv zu überprüfen. Dies folgt daraus, dass der Gesetzgeber mit § 36g Abs. 1 S. 1 Nr. 3 EEG 2017, wonach der Nachweis der Voraussetzung des § 3 Nr. 15 EEG 2017 durch die Vorlage einer Eigenerklärung geführt werden soll, die Durchführbarkeit des Ausschreibungsverfahrens als Massengeschäft sicherstellen wollte. Grundsätzlich soll die Vorlage der Eigenklärung zur Erbringung der entsprechenden Nachweise ausreichen. Es liegt auf der Hand, dass es das Ausschreibungsverfahren deutlich erschweren, wenn nicht gar undurchführbar machen würde, wenn die Bundesnetzagentur gehalten wäre, das Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen für die erfolgreiche Teilnahme am Ausschreibungsverfahren hinsichtlich sämtlicher Teilnehmer zu prüfen. Allein im Falle der Voraussetzungen des § 3 Nr. 15 EEG 2017 würde dies eine Prüfung jedenfalls der jeweiligen Handelsregistrauszüge, Gesellschaftsverträge und ggfs. weiterer Unterlagen erforderlich machen. Hiervon soll die Bundesnetzagentur durch die Vorlage der Eigenerklärung gerade entbunden werden. Diese Annahme steht auch nicht im Widerspruch zu ihrer sich aus § 32 Abs. 1 S. 4 EEG 2017 ergebenden Verpflichtung zur Prüfung der Zulässigkeit der Gebote nach den §§ 33, 34 EEG 2017. Es liegt in der Natur der Sache, dass etwa die Richtigkeit

vorgelegter Nachweise nicht umfassend geprüft werden kann. So wird auch in der Gesetzesbegründung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Bundesnetzagentur nicht verpflichtet ist, alle Gebote vollumfänglich zu prüfen (BT-Drs. 18/8860 S. 206).

Indes haben die um den Zuschlag konkurrierenden Bieter einen Anspruch darauf, dass die Regeln des EEG 2017, die den Wettbewerb zwischen ihnen grundlegend prägen, eingehalten werden, so dass es im Streitfall allein auf die objektive Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung ankommt und nicht etwa darauf, ob der Zuschlag auf einem Behördenfehler, hier der Verletzung etwaiger Prüfungspflichten, beruht. Dies folgt daraus, dass sich der Beschwerdeführer, der einen eigenen Zuschlag unter Beanstandung des einem anderen Ausschreibungsteilnehmer erteilten Zuschlags begehrt, auf eine ihm verfassungsrechtlich vermittelte Rechtsposition stützen kann. Ähnlich wie im Vergaberecht vermittelt Art. 12 GG ein Recht auf gleiche Teilhabe am Wettbewerb (BVerfG NJW 2006, 3701 Rn. 60 f. m.w.N.), der durch den Staat vorliegend dadurch eröffnet wird, dass er mit seinem Zuschlag wettbewerbliche Vorteile an einzelne Stromproduzenten verteilt. Daneben vermittelt Art. 3 GG dem Teilnehmer an der Ausschreibung einen umfassenden Anspruch auf Gleichbehandlung, ebenso wie die europäische Rechtsprechung eine Verpflichtung zur allgemeinen Gleichbehandlung und Transparenz bei binnenmarktrelevanten Beschaffungsvorgängen anerkennt (vgl. zum Rechtsrahmen des Ausschreibungsverfahrens für Erneuerbare Energien ausführlich Huerkamp, Das neue „Fördervergaberecht“ bei Freiflächenanlagen, EnZW 2015, 195, 196 f. m.w.N.).

Diesen Ansprüchen würde nicht genügt, wenn ein Bieter im Rahmen der Verpflichtungsbeschwerde nach § 83a Abs. 1 EEG 2017 nicht erfolgreich geltend machen könnte, dass ein bezuschlagtes Gebot den gesetzlichen Anforderungen an ein zulässiges Gebot objektiv nicht genügt, nur weil der Bundesnetzagentur dies ohne ein Behördenverschulden unbekannt geblieben ist und sie den Zuschlag deshalb ohne eigenes Verschulden erteilt hat.

**cc)**

Entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur stellt eine unrichtige Eigenerklärung über das Vorliegen der in § 36g EEG 2017 aufgeführten besonderen Ausschreibungsbedingungen einen Ausschlussgrund bereits im Zuschlagsverfahren dar, so dass ein gleichwohl erteilter Zuschlag objektiv rechtswidrig ist.

Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes. Nach § 34 Nr. 1 a) EEG 2017 ist Voraussetzung für den Ausschluss unter anderem, dass der Bieter Gebote unter Vorlage falscher Nachweise *in dieser* oder einer vorangegangenen Ausschreibung abgegeben hat. Ein Ausschluss kann also bereits in der Ausschreibungsrunde erfolgen, in der die falsche Eigenerklärung abgegeben worden ist. Auch Sinn und Zweck des § 34 EEG 2017 sprechen dafür, derartige Gebote bereits im Ausschreibungsverfahren ausschließen zu können. Denn § 34 EEG 2017 ist auf die Sanktionierung bestimmter, missbilligter Verhaltensweisen gerichtet. Die Vorlage inhaltlich unzutreffender Nachweise aber stellt eine solche Verhaltensweise dar, so dass kein Grund ersichtlich ist, warum der Bundesnetzagentur nicht die Möglichkeit eröffnet werden sollte, ein solch mangelbehaftetes Gebot bereits im Ausschreibungsverfahren auszuschließen. Sonst müsste sie selbst dann, wenn sie zufällig Kenntnis von der inhaltlichen Unrichtigkeit eines Gebots erlangt hätte, gleichwohl einen Zuschlag erteilen, um diesen sodann nach § 48 VwVfG wieder zurückzunehmen.

Dass der Gesetzgeber eine inhaltlich unzutreffende Eigenerklärung nicht als Ausschlussgrund im Sinne des § 34 Nr. 1 a) EEG 2017 angesehen hat, ergibt sich entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur nicht aus der Gesetzesbegründung. Zwar heißt es dort zu § 36g EEG 2017: „Bei falschen Angaben in der Eigenerklärung kann die BNetzA nach § 48 VwVfG den Zuschlag zurücknehmen und die Pönalen nach § 55 werden fällig. Darüber hinaus droht der Ausschluss von künftigen Ausschreibungen“. Der Ausschluss von der gegenwärtigen Ausschreibung wird gerade nicht erwähnt. Indes ist nicht zwingend davon auszugehen, dass der Gesetzgeber damit den Ausschluss im laufenden Ausschreibungsverfahren selbst ausschließen wollte. Auch der Gesetzgeber geht ersichtlich davon aus, dass eine Zuschlagsentscheidung, die auf unrichtigen Eigenerklärungen beruht, rechtswidrig ist, wenn er ausführt, dass dieser nach § 48 VwVfG zurückgenommen werden kann. Dann aber liegt kein Grund dafür vor, diese nicht bereits im Zuschlagsverfahren ausschließen zu können.

Schließlich hat nach § 36g Abs. 4 EEG 2017 die Bürgerenergiegesellschaft der Bundesnetzagentur auf Verlangen geeignete Nachweise zur Überprüfung der Eigenerklärungen nach § 36g Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und Abs. 3 S. 4 Nr. 3 EEG 2017 vorzulegen. Dass die Bundesnetzagentur zur Überprüfung der inhaltlichen Richtigkeit gerade auch der im Gebotsverfahren vorgelegten Eigenerklärungen berechtigt ist, ohne dass dies in zeitlicher Hinsicht beschränkt wäre, spricht ebenfalls dafür, dass die Bundesnetzagentur zwar nicht die Verpflichtung, aber doch die Berechtigung hat, bereits im Gebotsverfahren die inhaltliche Richtigkeit von Eigenerklärungen zu überprüfen und im Fall ihrer Unrichtigkeit den Bieter auszuschließen.

**dd)**

Aus den von der Beschwerdeführerin vorgelegten Unterlagen lässt sich indes nicht der Schluss ziehen, dass die „A-Bürgerenergiegesellschaften“ keine Bürgerenergiegesellschaften i.S.d. § 3 Nr. 15 EEG 2017 seien und deshalb die diesbezüglich abgegebenen Eigenerklärungen jeweils falsch wären.

**(1)**

§ 3 Nr. 15 EEG 2017 definiert „Bürgerenergiegesellschaften“ als jede Gesellschaft, a) die aus mindestens zehn natürlichen Personen als stimmberechtigten Mitgliedern oder stimmberechtigten Anteilseignern besteht, b) bei der mindestens 51 Prozent der Stimmrechte bei natürlichen Personen liegen, die seit mindestens einem Jahr vor der Gebotsabgabe in der kreisfreien Stadt oder dem Landkreis, in der oder dem die geplante Windenergieanlage an Land errichtet werden soll, nach § 21 oder § 22 des Bundesmeldegesetzes mit ihrem Hauptwohnsitz gemeldet sind, und c) bei der kein Mitglied oder Anteilseigner der Gesellschaft mehr als 10 Prozent der Stimmrechte an der Gesellschaft hält, wobei es beim Zusammenschluss von mehreren juristischen Personen oder Personengesellschaften zu einer Gesellschaft ausreicht, wenn jedes der Mitglieder der Gesellschaft die Voraussetzungen nach den Buchstaben a) bis c) erfüllt.

**(2)**

Die unter b) und c) genannten Voraussetzungen liegen bei den „A-Bürgerenergiegesellschaften“ unstrittig vor. Eine Umgehung dieser Voraussetzungen macht auch die Beschwerdeführerin nicht geltend.

**(3)**

Auch die unter a) genannte Voraussetzung, wonach die Gesellschaft aus mindestens zehn natürlichen Personen als stimmberechtigten Mitgliedern oder stimmberechtigten Anteilseignern bestehen muss, liegt vor. Die Beschwerdeführerin macht zwar geltend, dass es an der „Stimmberechtigung“ der jeweils mindestens zehn natürlichen Personen als Kommanditisten fehle und verweist hierfür auf den als Anlage K 8 vorgelegten Gesellschaftsvertrag der C, der dem Gesellschaftsvertrag der übrigen „A-Bürgerenergiegesellschaften“ entspreche. Letzterem ist die Bundesnetzagentur nicht entgegengetreten. Dem vorgelegten Gesellschaftsvertrag lässt sich jedoch entnehmen, dass die Kommanditisten je 100,- EUR Kapitalanteil eine Stimme haben (§ 8 Nr. 12) und eine Übertragung von Stimmrechten ausgeschlossen ist (§ 8 Nr. 13). Die Kommanditisten verfügen demgemäß über ein Stimmrecht. Die ordentliche Gesellschafterversammlung beschließt unter anderem – einstimmig - die Feststellung des Jahresabschlusses, die Entlastung der Komplementär-GmbH, die Beschlussfassung über die Gewinnverteilung und über Entnahmen, die Feststellung von Wirtschafts-, Finanz- und Investitionsplänen, die Auflösung der Gesellschaft und die Änderung des Gesellschaftsvertrags (§ 8 Nr. 2 und 3). Wegen des Erfordernisses der Einstimmigkeit hat dabei zwar die A-Gruppe, soweit ihr der Gründungskommanditist zuzuordnen sein sollte, die Möglichkeit, eine Beschlussfassung zu verhindern. Gleiches gilt allerdings auch für jeden anderen Kommanditisten, so dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Beschlussfassung einseitig von der A-Gruppe dominiert würde.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin läuft das Stimmrecht der Kommanditisten auch nicht faktisch leer, weil die Komplementär-GmbH als Geschäftsführerin ohne gesonderte Zustimmung der Gesellschafterversammlung über die Höhe der in Ausschreibungsverfahren der Bundesnetzagentur nach dem EEG 2017 abzugebenden Gebote zu entscheiden hat und berechtigt ist, unter näher bestimmten Voraussetzungen bis zur Erreichung des für die Realisierung des geplanten Windparks maximal benötigten Eigenkapitals namens und im Auftrag aller Gesellschafter die Kommanditeinlagen von beigetretenen Kommanditisten auf deren eigenen Wunsch zu erhöhen oder Kommanditisten in die Gesellschaft aufzunehmen (§ 6 a) und c)).



Es kann dahinstehen, ob diese Regelungen den handelsrechtlichen Vorschriften zum Umfang der Geschäftsführungsbefugnis in §§ 164, 116 HGB entsprechen, wonach sich die Befugnis zur Geschäftsführung auf alle Handlungen erstreckt, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt, und wonach bezüglich darüber hinausgehender außergewöhnlicher Geschäfte ein Beschluss der Gesellschafter erforderlich ist bzw. ein Widerspruchsrecht derselben Gesellschafter besteht. Denn die diesbezüglichen gesetzlichen Regelungen sind dispositiv, d.h. es steht den Gesellschaftern frei, hiervon abweichend das Erfordernis von Gesellschafterbeschlüssen zu beschränken, insbesondere auch das Stimmrecht für außergewöhnliche Geschäfte ganz auszuschließen (Roth in: Baumbach/Hopt, HGB, 38. Aufl., § 116 Rn. 11, § 164 Rn 6, jeweils m.w.N.). Dafür, dass der Gesetzgeber die „Stimmberechtigung“ im Sinne der dispositiven gesetzlichen Regelungen des HGB verstanden haben wollte, finden sich im weder im Wortlaut noch in der Gesetzesbegründung Anhaltspunkte.

#### **(4)**

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin führen die genannten erweiterten Befugnisse der Komplementär-GmbH im Rahmen der Geschäftsführung auch nicht zu einer Aushöhlung des Stimmrechts der Gesellschafter, die im Widerspruch zum Regelungszweck des § 36g EEG 2017 stünde. Weder dem Wortlaut noch der Gesetzesbegründung des § 36g EEG 2017 lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber konkrete qualitative Anforderungen an das Stimmrecht des einzelnen Mitglieds bzw. Anteilseigners gestellt hätte. Insbesondere muss nicht gewährleistet sein, dass bestimmte Entscheidungen durch die Gesellschafter getroffen werden müssen. In der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/8860 S. 185) heißt es:

„Der Ausbau der Windenergie an Land ist in den vergangenen Jahren häufig auf das große Engagement von lokal verankerten Bürgerenergiegesellschaften zurückzuführen. Sie haben in der Vergangenheit häufig wesentlich dazu beigetragen, dass vor Ort die notwendige Akzeptanz für den Ausbau der Windenergie vorhanden war. Ohne diese Akzeptanz vor Ort ist der weitere Ausbau der Windenergie an Land und damit auch die Ausbauziele für erneuerbare Energien insgesamt gefährdet. Vor diesem Hintergrund sollen diese Akteure die Möglichkeit erhalten, unter erleichterten Bedingungen an der Ausschreibung für Windenergieanlagen an Land teilzunehmen. Diese Son-

derregelungen sollen nur auf die tatsächlich schutzbedürftigen lokal verankerten Bürgerenergiegesellschaften beschränkt werden, um negative Auswirkungen auf die Zielerreichung zu verhindern.“

Der Gesetzgeber knüpft mithin - wie auch ausdrücklich in der Begründung zu § 36g EEG 2017 (BT-Drs. 18/8860, S. 212) - maßgeblich auf die lokale Verankerung der Bürgerenergiegesellschaften und die dadurch bedingte erhöhte Akzeptanz der Windenergieanlagen an. Die lokale Verankerung aber wird bereits durch die gesetzlich normierten Voraussetzungen der Bürgerenergiegesellschaft sichergestellt, insbesondere die Vorgaben zur Ortsansässigkeit eines Teils der stimmberechtigten Mitglieder und die Regelungen zur Verteilung der Stimmrechte. Hierdurch ist insbesondere gewährleistet, dass jedenfalls ein Teil der Wertschöpfung in der Region verbleibt. Weitere, hiervon nicht umfasste Vorgaben bezüglich der inhaltlichen Ausgestaltung der Gesellschaftsverträge, insbesondere im Hinblick auf Entscheidungsbefugnisse, ergeben sich aus der allgemeinen gesetzgeberischen Vorgabe der lokalen Verankerung nicht.

**b)**

Die Zuschlagsentscheidungen zugunsten der „A-Bürgerenergiegesellschaften“ waren auch nicht deshalb objektiv rechtswidrig, weil diese jeweils nicht über die nach § 36g Abs. 1 Nr. 3 c) EEG 2017 erforderliche, ebenfalls durch Eigenerklärung nachzuweisende Flächenberechtigung verfügt hätten. Der Bieter hat hiernach durch Eigenerklärung nachzuweisen, dass die Gesellschaft Eigentümerin der Fläche ist auf die die Windenergieanlagen an Land errichtet werden sollen, oder das Gebot mit Zustimmung des Eigentümers dieser Fläche abgibt.

Die Beschwerdeführerin hat diesbezüglich auf das als Anlage K 7 vorgelegte Merkblatt zur Beteiligung an einer Bürgerenergiegesellschaft verwiesen, in dem heißt, dass „die Bürgerenergiegesellschaft mit der Firma UKA-Projekträger einen Projekträgervertrag über einen späteren Erwerb der Standortrechte schließe“. Ihre Schlussfolgerung, im Zeitpunkt der Gebotsabgabe habe keine Zustimmung des Eigentümers zur Flächenutzung vorgelegen, weil der als Anlage K 12 vorgelegte Entwurf eines Nutzungsvertrags zwischen der D und dem jeweiligen Flächeneigentümer keine Regelung enthalte,

nach der Dritte, auf die die Projektträgerin die Rechte aus dem Nutzungsvertrag übertragen könne, anstelle der Projektträgerin als Nutzungsberechtigte Gebote im Ausschreibungsverfahren abgeben dürften, ist nicht belastbar.

Nach § 15 Abs. 3 des vorgelegten Entwurfs eines Nutzungsvertrags ist der Nutzer berechtigt, seine Rechte und Pflichten aus dem Vertrag ganz oder teilweise auf von ihm zu bestimmende Dritte zu übertragen, wobei der Eintritt des Dritten an der Stelle des Nutzers wirksam wird, wenn dem Eigentümer die erfolgte Übertragung schriftlich angezeigt worden ist. Die D war mithin ohne Weiteres zur Übertragung der Nutzungsrechte an den jeweiligen Grundstücken auf die „A-Bürgerenergiegesellschaften“ berechtigt. Dafür, dass sie dies nicht vor Einreichung der Gebote im Ausschreibungsverfahren durch die „A-Bürgerenergiegesellschaften“ getan hätte und insbesondere die Anzeige gegenüber dem jeweiligen Eigentümer nicht vor Teilnahme am Ausschreibungsverfahren erfolgt wäre, liegen keine Anhaltspunkte vor. Soweit die Beschwerdeführerin aus der Regelung in dem als Anlage K 7 vorgelegten Merkblatt, wonach die „A-Bürgerenergiegesellschaften“ mit der Projektträgergesellschaft einen Projektträgervertrag über den späteren Erwerb der Standortrechte schließt, den Schluss zieht, dass dieser Zeitpunkt auch nach der Gebotsabgabe liegen könne, so begründet dies keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass der Erwerb der Standortrechte – entgegen den Eigenerklärungen der „A-Bürgerenergiegesellschaften“ in ihren jeweiligen Geboten – erst nach Gebotsabgabe erfolgt ist.

Es besteht deshalb kein Anlass für den Senat, im Wege der Amtsermittlung die zeitlichen Abläufe beim Erwerb der Flächenberechtigung eigenständig zu ermitteln. Zwar ermittelt das Beschwerdegericht den Sachverhalt grundsätzlich von Amts wegen (§ 82 Abs. 1 EnWG). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts findet die Pflicht des Gerichts zur Aufklärung des Sachverhalts aber ihre Grenze dort, wo das Klagevorbringen des Klägers keinen tatsächlichen Anlass zu weiterer Sachaufklärung bietet (BVerwG, Beschluss vom 19.03.1991, 9 B 56/91, NVwZ-RR 1991, 587, 588, beck-online). Es muss sich also aus dem Vortrag der Beteiligten oder sonstigen Umständen ein konkreter Anlass für gerichtliche Ermittlungen ergeben (Boos in Danner/Theobald, Energierecht, 96. EL, § 82 Rn. 7; Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl., § 82 Rn. 3). Ein solcher Anlass ist im Streitfall gerade nicht gegeben.

**c)**

Auch eine unzulässige Absprache über Gebotswerte, die nach § 34 Nr. 1 b) EEG 2017 einen fakultativen Ausschlussgrund für die Gebote eines Bieters darstellt, liegt nicht vor.

**aa)**

Nach § 34 Nr. 1 b) EEG 2017 kann die Bundesnetzagentur Bieter und deren Gebote von dem Zuschlagsverfahren ausschließen, wenn der Bieter mit anderen Bietern Absprachen über die Gebotswerte der in dieser oder einer vorangegangenen Ausschreibung abgegebenen Gebote getroffen hat.

**bb)**

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin reicht es für die Annahme, dass eine Absprache über die Gebotswerte erfolgt ist, nicht aus, dass sämtliche „A-Bürgerenergiegesellschaften“ über ein und dieselbe Komplementär-GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer, verfügen, so dass bei ihren geschäftsführenden Organen eine positive Kenntnis der Gebotswerte anderer „A-Bürgerenergiegesellschaften“ anzunehmen ist.

Der Begriff der Absprache, der in der Gesetzesbegründung nicht näher erläutert wird, setzt schon von der Wortbedeutung voraus, dass nicht nur eine Kenntnis der Gebote anderer Bieter besteht, sondern insoweit eine Abstimmung stattgefunden, d.h. die Gebote durch die Kenntnis inhaltlich beeinflusst worden sind mit dem Ziel, Zuschlagschancen zu erhöhen. Denn rechtlich missbilligt ist eine solche Verhaltensweise dann, wenn sie geeignet ist, das Ergebnis des Ausschreibungsverfahrens – auch zu Lasten anderer Mitbieter – zu verfälschen. So stellt in ähnlicher Weise die Rechtsprechung zu den gegen das Kartellverbot des Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB verstoßenden „abgestimmten Verhaltensweisen“ auf die durch Verständigung herbeigeführte Minderung wettbewerblicher Risiken ab (vgl. die Nachweise bei Zimmer in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Aufl., § 1 Rn. 92, beck-online).

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist der Begriff der Absprache im Sinne des § 34 Nr. 1 b) EEG 2017 nicht dem fakultativen Ausschlussgrund der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen oder Verhaltensweisen im Sinne des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB und der „wettbewerbsbeschränkenden Absprache“ in den besonderen vergaberechtlichen Tatbeständen nachgezeichnet. Der im Vergaberecht entwickelte Grundsatz des Geheimwettbewerbs beruht auf der Erwägung, dass ein echter Bieterwettbewerb nur möglich ist, wenn jeder Bieter die ausgeschriebenen Leistungen in Unkenntnis der Gebote seiner Mitbewerber anbietet (Opitz in: Beck'scher Vergaberechtskommentar Bd. 1, GWB, 3. Aufl., § 124 Rn. 61, beck-online). Im Vergaberecht besteht eine andere Ausgangssituation als im Ausschreibungsverfahren nach dem EEG 2017, als nur ein Bieter den Zuschlag erhalten kann und es daher von besonderer Bedeutung ist, den Wettbewerbsdruck zu erhalten. Der Wettbewerb unter den Bietern im Ausschreibungsverfahren nach dem EEG 2017 ist hingegen weniger stark ausgeprägt. Es handelt sich regelmäßig um ein Massenverfahren mit einer Vielzahl von Bietern, an dem jeder Energieproduzent, der erneuerbare Energien zahlungspflichtig an Netzbetreiber veräußern will, zwingend teilzunehmen hat und in der eine Vielzahl von Bietern, in einzelnen Ausschreibungsrunden wie zuletzt für Biomasseanlagen sogar alle Bieter, einen Zuschlag erhalten. Vor allem ergeben sich durch die Besonderheiten der Standorte der Energieanlagen für jeden einzelnen Bieter besondere Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkte, die unabhängig vom Bieterwettbewerb das abzugebende Gebot wesentlich mitprägen. Diese Besonderheiten gegenüber dem klassischen Vergabewettbewerb stehen einer Übertragung der strengen Grundsätze des Geheimwettbewerbs entgegen.

Davon geht auch ersichtlich der Gesetzgeber aus. In der Gesetzesbegründung heißt es zum Ausschlussgrund der unzulässigen Preisabsprachen lediglich, dass nach § 34 Nr. 1 a) EEG 2017 ein Ausschluss eines Bieters möglich sei, wenn der begründete Verdacht bestehe, dass der Bieter Absprachen über die Höhe der Gebotswerte in der laufenden oder in einer vorangegangenen Ausschreibungsrunde getroffen hat (BT-Drs. 18/8860, S. 207). Dafür, dass eine solche Absprache regelmäßig schon bei bloßer Kenntnis der Gebotshöhe in Folge einer Personenidentität der geschäftsführenden Organe vorliegen soll, finden sich keine Anhaltspunkte. Aus § 30 Abs. 3 EEG 2017 ergibt sich vielmehr, dass die Abgabe mehrere Gebote durch einen Bieter sogar erlaubt ist, was zwingend Kenntnis der einzelnen Gebotshöhen voraussetzt. Der Gesetzgeber will

gerade für professionelle Bieter die Möglichkeit schaffen, für mehrere Anlagen parallel Zuschläge zu erhalten (BT-Drs. 18/8860, S. 204). Der Gesetzgeber eröffnet damit die Möglichkeit, das Bieterisiko über mehrere Ausschreibungsrunden zu streuen und schafft damit weitere Anreize für Anlagenbetreiber, an den Ausschreibungsrunden teilzunehmen (Lülsdorf in: Danner/Theobald, a.a.O., § 30 EEG 2017, Rn. 31). Auch insoweit liegt eine Interessenlage der Bundesnetzagentur vor, die sich von der Interessenlage des Ausschreibenden im klassischen Vergabeverfahren unterscheidet: Zwar ist der Ausschreibende ebenfalls daran interessiert, ausreichend viele Gebote zu erhalten, um ein für ihn möglichst wirtschaftliches Gebot bezuschlagen zu können. Das Vergabeverfahren ist aber nicht grundsätzlich auf das Massengeschäft und damit die Förderung möglichst vieler Bewerbungen ausgerichtet.

### **cc)**

Soweit die Beschwerdeführerin erstmals nach Schluss der mündlichen Verhandlung mit Schriftsatz vom 20.08.2018 vorgetragen hat, dass sich eine Absprache aus dem konkreten Inhalt der von den „A-Bürgerenergiegesellschaften“ vorgelegten Gebote ergebe, so ist der darin liegende tatsächliche Vortrag nicht berücksichtigungsfähig. Ist die mündliche Verhandlung geschlossen, so sind weitere Ermittlungen des Gerichts und weiteres Vorbringen der Beteiligten, sofern diesen nicht eine Schriftsatzfrist gemäß § 173 S. 1 VwGO, § 283 ZPO eingeräumt war, nur zulässig und für das Gericht nur beachtlich, wenn vorher die mündliche Verhandlung gemäß § 104 Abs. 3 S. 2 VwGO durch das Gericht wiedereröffnet wird (W.-R. Schenke in: Kopp/Schenke, VwGO, 22. Aufl., § 104 Rn. 10). Die Entscheidung über die Wiedereröffnung ist dabei in das Ermessen des Gerichts gestellt.

Gründe für eine Wiederöffnung der mündlichen Verhandlung liegen indes nicht vor. Sie ergeben sich insbesondere nicht aus der Verpflichtung des Gerichts, den Sachverhalt umfassend aufzuklären (§ 82 Abs. 1 EnWG, § 86 Abs. 1 VwGO). Zwar ist zwingend wiederzueröffnen, wenn nachgereichte Schriftsätze und Unterlagen aufdecken, dass das Gericht den Sachverhalt bisher nicht ausreichend aufgeklärt hatte (sog. „verfrühter Verhandlungsschluß“, vgl. BVerwG, Urteil vom 01.03.1995, 8 C 36/92, NJW 1995, 2308, 2308, beck-online m.w.N.). Dies ist indes nicht der Fall.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts findet die Pflicht des Gerichts zur Aufklärung des Sachverhalts ihre Grenze dort, wo das Klagevorbringen keinen tatsächlichen Anlass zu weiterer Sachaufklärung bietet (BVerwG, Beschluss vom 19.03.1991, 9 B 56/91, a.a.O.). Jedenfalls sofern es sich – wie bei den Gebotsunterlagen anderer Bieter eines Ausschreibungsverfahrens – um Verwaltungsvorgänge handelt, die nur mittelbar für die streitgegenständliche negative Zuschlagsentscheidung bezüglich des Gebots der Beschwerdeführerin relevant sein können, bedarf es daher im Rahmen der Verpflichtungsklage nach § 83a Abs. 1 EEG 2017 konkreten Vortrags dazu, aus welchen Aktenbestandteilen sie sich welche entscheidungserheblichen Erkenntnisse erhofft. Denn Verwaltungsvorgänge müssen nur zur Verfügung stehen, soweit sie bedeutsam sein können (BVerfG, Beschluss vom 27.10.1999, 1 BvR 385/90, BeckRS 2000, 20101; BVerwG, Urteil vom 15.08.2003, 20 F 3/03, BeckRS 2003, 24367). Die anlasslose Beziehung und Überprüfung der bezuschlagten Gebote von Mitbewerbern kann hingegen gerade im Massenverfahren ersichtlich nicht Bestandteil der gerichtlichen Aufklärungspflicht sein.

Entsprechenden Vortrag hat die Beschwerdeführerin bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nicht gehalten. Sie hatte ihr Akteneinsichtsgesuch vom 09.10.2017 (Bl. 12 ff. GA) ausschließlich damit begründet, dass sie ohne vollständige Akteneinsicht unter anderem die nach § 32 Abs. 1 S. 4 EEG 2017 definierte Zuschlagsgrenze nicht ermitteln könne. Die von ihr behauptete Absprache hatte sie demgegenüber in der Beschwerdebegründung ausschließlich damit begründet, dass die Geschäftsführung der einzelnen „A-Bürgerenergiegesellschaften“ jeweils durch den Geschäftsführer der jeweiligen Komplementär-GmbH ... erfolge. Demgemäß hat der Senat das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin auch nur unter dem Gesichtspunkt der Einsichtnahme in die Gebotshöhe zum Zwecke der Ermittlung der sich bei Erfolg der Beschwerde ergebenden Zuschlagsgrenze geprüft und beschieden. Sofern die Beschwerdeführerin hierin eine verkürzte Würdigung ihres Vorbringens gesehen hätte, hätte sie bereits auf den Senatsbeschluss im Zwischenverfahren vom 22.01.2018 reagieren können. Gleichwohl hat sie in der Replik lediglich das Vorbringen der Bundesnetzagentur, dass unterschiedliche Gebotshöhen vorlägen, angesichts der fehlenden Akteneinsicht mit Nichtwissen bestritten. Dass sie erwarte, durch eine Akteneinsicht in die Gebote der „A-Bürgerenergiegesellschaften“ weitere Erkenntnisse zu gewinnen,

die im Zusammenhang mit der von ihr vorgetragene Absprache entscheidungsrelevant sein könnten, hat sie hingegen erstmalig mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 20.08.2018 vorgetragen.

Im Übrigen ist ihr Vortrag, dass sich aus dem Inhalt der Ausschreibungsunterlagen der „A-Bürgerenergiegesellschaften“ entnehmen lasse, dass diese jeweils dasselbe Kalkulationsmodell genutzt hätten, d.h. von derselben Eigenkapitalrendite ausgegangen seien, nicht geeignet, eine Absprache über die Gebotswerte i.S.d. § 34 Nr. 1 b) EEG 2017 zu belegen. Denn allein die bewusste Wahl derselben Kalkulationsgrundlagen führt nicht zwingend zu einer rechtlich missbilligten Beeinflussung der Gebotshöhen einzelner Bieter dahingehend, dass das Ergebnis des Ausschreibungsverfahrens zu Lasten anderer Teilnehmer verfälscht werden könnte.

**d)**

Schließlich waren die Gebote der „A-Bürgerenergiegesellschaften“ nicht deshalb auszuschließen, weil es an einer Identität von Bieter und Anlagenbetreiber gefehlt hätte.

Zwar ist eine solche Identität in den §§ 28 ff. EEG 2017, die die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren regeln, nicht ausdrücklich vorgeschrieben, die Anlage vorliegend noch nicht errichtet und müssen Bürgerenergiegesellschaften nach § 36g Abs. 1 S. 1 EEG 2017 abweichend von § 36 Abs. 1 EEG 2017 noch keine Genehmigung nach dem BImSchG vorweisen. Dafür, eine solche Identität bereits im Ausschreibungsverfahren zu verlangen, spricht allerdings, dass das Ausschreibungsverfahren, wie sich aus § 22 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 EEG 2017 ergibt, letztlich der Ermittlung des Zahlungsberechtigten nach § 19 Abs. 1 EEG 2017 dient und der Zahlungsberechtigte gerade der Anlagenbetreiber ist.

Die „A-Bürgerenergiegesellschaften“ sind im Falle der Inbetriebnahme der Anlage jeweils als Anlagenbetreiber anzusehen. Die Betreibereigenschaft bestimmt sich nicht allein danach, wer das wirtschaftliche Risiko trägt, sondern anhand verschiedener tatsächlicher und wirtschaftlicher Kriterien. Anlagenbetreiber ist diejenige Person, die die tatsächliche Sachherrschaft über die Anlage ausübt, ihre Arbeitsweise eigenverantwortlich bestimmt und sie auf eigene Rechnung nutzt, d.h. das wirtschaftliche Risiko trägt (zum Begriff des Anlagenbetreibers im KWKG BGH, Urteil vom 13.02.2008, VIII



ZR 280/05 Rn. 15, NVwZ 2008, 1154, beck-online; Schumacher in: BerlK-EnR, Band 6, 4. Aufl., § 3 EEG Rn. 29; Kindler in: BeckOK, a.a.O., § 3 Rn. 4 m.w.N.; vgl. auch Gesetzesbegründung zum EEG 2009, BT-Drs. 16/8148, 38). Das wirtschaftliche Risiko der Anlage aber trägt die jeweilige „A-Bürgerenergiegesellschaft“, und zwar unabhängig davon, wie in deren Innenverhältnis im Einzelfall das wirtschaftliche Risiko unter den einzelnen Kommanditisten und ggfs. einem stillen Gesellschafter aufgeteilt ist. Es kann dahinstehen, ob in dem vorliegend bislang nur theoretisch unter Hinweis auf die diesbezüglich durch den Gesellschaftsvertrag eröffnete Möglichkeit vorgetragenen Fall, dass das wirtschaftliche Risiko der Kommanditisten gegenüber einem stillen Gesellschafter aufgrund dessen Beteiligungshöhe gänzlich zu vernachlässigen wäre, allein dem stillen Gesellschafter das wirtschaftliche Risiko zuzuordnen wäre. Denn auch dann wäre bei der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung der tatsächlichen und wirtschaftlichen Kriterien gleichwohl nicht er Anlagenbetreiber, sondern die „A-Bürgerenergiegesellschaft“ selbst, da die Möglichkeit der Einflussnahme auf den Betriebsablauf und die tatsächliche Sachherrschaft mangels Stimmrecht des stillen Gesellschafters allein bei dieser verbliebe.

### III.

#### 1.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 2 EnWG. Da die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde keinen Erfolg hat, sind ihr die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Kosten der Bundesnetzagentur aufzuerlegen.

#### 2.

Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Der Streitwert für nach dem EEG 2017 förderfähige Windenergieanlagen an Land errechnet sich nach der Rechtsprechung des Senats (u.a. Beschluss vom 14.12.2017, VI-3 Kart 56/17 [V]) nach folgender Formel:

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).

Hiernach errechnet sich der Streitwert wie folgt:

...

Dass der Beschwerdeführerin im Verlauf des Beschwerdeverfahrens in der folgenden Ausschreibungsrunde ein Zuschlag zu einem niedrigeren Gebotswert erteilt worden ist, führt zu keiner anderen Streitwertbemessung. Wie vom Senat a.a.O. bereits ausgeführt, ändert ein späterer Zuschlag nichts an dem wirtschaftlichen Interesse bei Beschwerdeeinreichung, das auf Erteilung des Zuschlags im streitgegenständlichen Ausschreibungsverfahren gerichtet ist.

#### IV.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitentscheidenden Rechtsfragen grundsätzliche Bedeutung haben (§ 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG).

#### **Rechtsmittelbelehrung:**

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](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 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).

Frister

Klein Reesink

Pastohr