



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

EnVR 108/18

Verkündet am:
12. November 2019
Anderer
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Schriftformverzicht

EEG § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. c; BGB § 126 Abs. 1, § 242 Ca

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

BGH, Beschluss vom 12. November 2019 - EnVR 108/18 - OLG Düsseldorf

ECLI:DE:BGH:2019:121119BENV108.18.0

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. November 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richter Dr. Bacher, Dr. Schoppmeyer und Dr. Tolkmitt sowie die Richterin Dr. Linder

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 19. September 2018 wird zurückgewiesen.

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

Der Gegenstandswert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 1.083.300 Euro festgesetzt.

Gründe:

- 1 A. Die Beschwerdeführerin ist Inhaberin einer am 22. Februar 2016 erteilten und am 14. März 2016 an das Anlagenregister gemeldeten Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von fünf Windenergieanlagen.

- 2 Am 23. Februar 2017 übersandte ein Vertreter der Beschwerdeführerin der Bundesnetzagentur per Telefax für jede der fünf Anlagen eine Erklärung über den Verzicht auf den gesetzlichen Anspruch auf Vergütung für den erzeugten Strom. Er benutzte hierfür ein auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur bereitgestelltes Formblatt, das unter anderem folgenden Hinweis enthielt:

 "Die Verzichtserklärung ist entweder an folgende Adresse zu senden: ...
 oder an folgende Nummer zu faxen:"

- 3 Mit Schreiben vom 27. März 2017 bestätigte die Bundesnetzagentur der Beschwerdeführerin den Eingang der Erklärungen und teilte mit, sie habe wirksam auf den gesetzlichen Zahlungsanspruch nach § 19 EEG verzichtet. Mit Schreiben vom 28. März 2017 teilte die Bundesnetzagentur dem zuständigen Netzbetreiber unter Hinweis auf die Erklärungen mit, für die Anlagen dürften keine Zahlungen nach § 53 Abs. 1 EEG gewährt werden; unberührt bleibe der Anspruch auf eine durch Ausschreibung ermittelte Zahlung.

- 4 Die Beschwerdeführerin nahm am 1. Mai und am 1. August 2017 an Ausschreibungen teil, erhielt auf ihre Gebote aber keinen Zuschlag. Mit Schreiben vom 11. August 2017 machte sie nach Akteneinsicht geltend, die nur per Telefax übermittelten Verzichtserklärungen seien formunwirksam. Die Bundesnetzagentur trat dieser Auffassung mit Schreiben vom 27. September 2017 entgegen.

5 Bei einer weiteren Ausschreibung am 1. November 2017 erhielt die Be-
schwerdeführerin erneut keinen Zuschlag. Am 1. Februar 2018 erhielt sie einen
Zuschlag zu einem Preis, der deutlich unterhalb der auf Basis von § 46 EEG
ermittelten Vergütung liegt.

6 Mit ihrer am 20. Oktober 2017 eingereichten Beschwerde hat die Be-
schwerdeführerin sinngemäß beantragt, die Bundesnetzagentur zum Widerruf
der beiden Schreiben vom 27. und 28. März 2017 zu verpflichten.

7 Das Beschwerdegericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Dagegen
wendet sich die Beschwerdeführerin mit der vom Beschwerdegericht zugelas-
senen Rechtsbeschwerde, der die Bundesnetzagentur entgegentritt.

8 B. Das zulässige Rechtsmittel bleibt ohne Erfolg.

9 I. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung (RdE 2019, 77) im
Wesentlichen wie folgt begründet:

10 Die Beschwerde sei als allgemeine Leistungsbeschwerde zulässig. Das
Schreiben vom 28. März 2017 führe dazu, dass der Netzbetreiber nur aufgrund
eines Zuschlags Zahlungen an die Beschwerdeführerin erbringen werde.

11 Die Beschwerde sei aber nicht begründet. Die von der Beschwerdeführe-
rin abgegebenen Erklärungen bedürften zwar gemäß § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2
Buchst. c EEG der Schriftform des § 126 BGB. Die Bundesnetzagentur habe
auf den Zugang von Erklärungen in dieser Form aber wirksam verzichtet. Ein
vertraglicher Verzicht auf den Zugang einer formbedürftigen Erklärung sei - an-
ders als ein Verzicht auf die formgerechte Abgabe der Erklärung - zulässig.

12 Im Streitfall habe die Beschwerdeführerin die Erklärungen in der nach
§ 126 BGB vorgeschriebenen Form abgegeben, indem sie die Originale unter-

schrieben und den Versand per Telefax veranlasst habe. Auf den Zugang der Originale habe die Bundesnetzagentur durch den im Formblatt enthaltenen Hinweis, die Erklärung könne auch per Telefax versandt werden, ausdrücklich verzichtet. Die Beschwerdeführerin habe dieses Angebot angenommen, indem sie diesen Übermittlungsweg gewählt habe. Durch Teilnahme an den Ausschreibungsterminen habe sie diese Zustimmung jeweils bestätigt.

13 Ob ein Verzicht auf den Zugang des Originals auch bei Formvorschriften in Betracht komme, die vorrangig Warnfunktion hätten, könne dahingestellt bleiben. § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. c EEG komme vorrangig Beweisfunktion zu. Darüber hinaus diene das darin normierte Schriftformerfordernis der Rechtssicherheit. Die Bundesnetzagentur habe ein Interesse daran, dass die Grundlage für die Geltendmachung des Zahlungsanspruchs über den gesamten Anspruchszeitraum eindeutig feststehe und keiner Änderung unterworfen sei. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur schriftlichen Erteilung von Bürgschaftserklärungen sei auf den Streitfall nicht übertragbar, weil ein Bürge in stärkerem Maße schutzbedürftig sei. Ein Verzicht auf die gesetzliche Vergütung nach § 19 Abs. 1 EEG könne hingegen sogar günstig sein, je nachdem, welche Vergütung sich im Ausschreibungsverfahren ergebe. Ebenfalls nicht vergleichbar sei das Formerfordernis aus § 19 der Zulassungsverordnung für Vertragsärzte (Ärzte-ZV); der darin geregelte Verzicht auf die Zulassung sei für den Verzichtenden von existenzieller Bedeutung.

14 Die Beschwerdeführerin habe die von ihr abgegebene Zustimmung zum Verzicht auf den Zugang des Originals nicht wirksam angefochten. Es liege weder ein Erklärungs- noch ein Inhaltsirrtum vor, sondern allenfalls ein unbeachtlicher Motivirrtum.

15 II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand.

- 16 1. Zu Recht ist das Beschwerdegericht davon ausgegangen, dass eine nach § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. c EEG der Schriftform bedürftige Erklärung über den Verzicht auf den gesetzlich bestimmten Zahlungsanspruch grundsätzlich den Anforderungen des § 126 Abs. 1 BGB genügen muss.
- 17 a) Wenn eine verwaltungsrechtliche Vorschrift vorsieht, dass eine Erklärung der Schriftform bedarf, hat dies allerdings nicht ohne weiteres zur Folge, dass § 126 Abs. 1 BGB entsprechend heranzuziehen ist.
- 18 Soweit es sich um Erklärungen in einem Verwaltungsverfahren handelt, sind grundsätzlich die im Vergleich zu § 126 BGB in vielen Beziehungen großzügigeren Anforderungen maßgeblich, die sich in der Rechtsprechung für schriftliche Erklärungen innerhalb eines Gerichtsverfahrens entwickelt haben. Danach ist eine Übermittlung per Telefax zur Wahrung der Schriftform jedenfalls dann ausreichend, wenn als Vorlage für den Versand ein unterschriebenes Original eingesetzt wird (vgl. nur GmS-OGB, Beschluss vom 5. April 2000 - GmS-OGB 1/98, BGHZ 144, 160, 164).
- 19 Auch soweit es sich um Erklärungen materiellrechtlichen Charakters handelt, ist § 126 Abs. 1 BGB nicht ohne weiteres entsprechend anwendbar. Für öffentlich-rechtliche Verträge, die gemäß § 57 VwVfG der Schriftform unterliegen, ist die Vorschrift kraft der generellen Verweisung auf die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs in § 62 Satz 2 VwVfG zwar grundsätzlich heranzuziehen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 28. Januar 2010 - 9 B 46/09, ZMR 2010, 571 Rn. 3). Für einseitige Erklärungen richten sich die Formerfordernisse hingegen grundsätzlich nach dem Sinn und Zweck der jeweiligen Vorschrift. So hat das Bundesverwaltungsgericht die in § 69 Abs. 2 Satz 5 BPersVG vorgesehene Schriftform für eine Erklärung, mit der der Personalrat die Zustimmung zu einer vom Dienstherrn beabsichtigten Maßnahme verweigert, auch bei Übermittlung eines eingescannten Dokuments in Form einer PDF-Datei als Anhang zu einer E-Mail als gewahrt angesehen (BVerwG, Beschluss vom

15. Dezember 2016 - 5 P 9/15, BVerwGE 157, 117 Rn. 29 ff.). Für Erklärungen, die auf die Begründung, Änderung oder Beendigung eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses gerichtet sind, und für geschäftsähnliche Handlungen, die eine solche Rechtsfolge auslösen, gelten die Anforderungen des § 126 BGB indes auch dann, wenn das Schriftformerfordernis in einer verwaltungsrechtlichen Regelung enthalten ist. Letzteres hat das Bundesverwaltungsgericht etwa bejaht für das in § 9 Abs. 2 BPersVG vorgesehene Schriftformerfordernis für eine Erklärung, mit der ein dem Personalrat oder der Jugend- und Auszubildendenvertretung angehörender Auszubildender seine Weiterbeschäftigung nach Ende des Ausbildungsverhältnisses verlangt (BVerwG, Beschluss vom 18. August 2010 - 6 P 15/09, BVerwGE 137, 346 Rn. 24 ff.).

20 b) Im Streitfall hat das Beschwerdegericht die entsprechende Anwendbarkeit von § 126 Abs. 1 BGB danach zu Recht bejaht.

21 aa) Die in § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. c EEG vorgesehene Verzichtserklärung hat unmittelbare Auswirkungen auf das materiell-rechtliche Verhältnis zwischen dem Anlagen- und dem Netzbetreiber.

22 Nach § 22 Abs. 2 Satz 1 EEG in der seit 1. Januar 2017 geltenden Fassung besteht bei Windenergieanlagen an Land der in § 19 Abs. 1 EEG vorgesehene Anspruch auf Zahlung einer Marktprämie, einer Einspeisevergütung oder eines Mieterstromzuschlags für den in der Anlage erzeugten Strom nur, solange und soweit ein von der Bundesnetzagentur erteilter Zuschlag für die Anlage wirksam ist. Eine Ausnahme hiervon gilt gemäß § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2019 in Betrieb genommen und vor dem 1. Januar 2017 nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigt worden sind, sofern die Genehmigung vor dem 1. Februar 2017 mit allen erforderlichen Angaben an das Register gemeldet worden ist und der Genehmigungsinhaber nicht vor dem 1. März 2017 durch schriftliche Erklärung gegen-

über der Bundesnetzagentur auf den gesetzlich bestimmten Anspruch auf Zahlung verzichtet hat.

- 23 Mit der in § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. c EEG vorgesehenen Erklärung erhält der Betreiber einer Anlage, die aufgrund der drei anderen in der Vorschrift genannten Kriterien an sich dem für ältere Anlagen geltenden Vergütungssystem unterfällt, die Befugnis, an einer nach dem neuem Recht vorgesehenen Ausschreibung teilzunehmen. Diese Rechtsfolge hat unmittelbare Auswirkungen auf die materiell-rechtliche Beziehung zwischen Anlagen- und Netzbetreiber, weil sich die Art und Weise ändert, in der die Vergütung zu ermitteln ist, was in der Regel Auswirkungen auf die sich daraus ergebende Höhe der Vergütung hat.
- 24 bb) Der Umstand, dass die Erklärung gemäß § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. c EEG gegenüber der Bundesnetzagentur abzugeben ist, führt nicht zu einer abweichenden Beurteilung.
- 25 Wie der Senat nach Erlass der Beschwerdeentscheidung bereits im Zusammenhang mit dem in § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b EEG normierten Erfordernis der rechtzeitigen Meldung zum Register entschieden hat, regelt § 22 Abs. 2 Satz 2 EEG kein Verfahren, das für Windenergieanlagen an Land zu durchlaufen und an dessen Ende die Feststellung zu treffen wäre, ob eine Anlage in den Genuss der Übergangsvorschrift kommen kann. Vielmehr knüpft die Vorschrift die materielle Frage, auf welche Windenergieanlagen an Land das Übergangsrecht anzuwenden ist, an die tatsächliche Vornahme bestimmter Handlungen (BGH, Beschluss vom 26. Februar 2019 - EnVR 24/18, RdE 2019, 334 Rn. 15 - Registrierungserfordernis).
- 26 Für das in § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. c EEG normierte Erfordernis gilt nichts Anderes. Auch insoweit knüpft das Gesetz die Beurteilung der Frage, unter welchen Voraussetzungen dem Anlagebetreiber ein Zahlungsanspruch

zusteht, an die Vornahme einer Handlung, nämlich an eine Erklärung des Genehmigungsinhabers gegenüber der Bundesnetzagentur. Diese Erklärung ist nicht Teil eines Verwaltungsverfahrens, sondern eine unabhängig von einem Verfahren abzugebende Äußerung, die eine Änderung der materiellen Rechtsverhältnisse zur Folge hat.

27 2. Ob die Formerfordernisse des § 126 Abs. 1 BGB im Streitfall gewahrt sind, bedarf keiner Entscheidung. Die Beschwerdeführerin ist jedenfalls nach Treu und Glauben gehindert, sich auf einen eventuellen Formmangel zu berufen.

28 a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann ein Formmangel allerdings nur ausnahmsweise wegen unzulässiger Rechtsausübung unbeachtlich sein.

29 Formvorschriften dürfen im Interesse der Rechtssicherheit nicht aus bloßen Billigkeitserwägungen außer Acht gelassen werden. Ausnahmen sind deshalb nur zulässig, wenn es nach den Beziehungen der Parteien und den gesamten Umständen mit Treu und Glauben unvereinbar wäre, das Rechtsgeschäft am Formmangel scheitern zu lassen (vgl. nur BGH, Urteil vom 3. November 2016 - III ZR 286/15, NJW-RR 2017, 596 Rn. 12).

30 Ein solcher Ausnahmefall kann vorliegen, wenn eine Partei, die aus einem formnichtigen Vertrag Vorteile gezogen hat, sich unter Berufung auf den Formmangel ihrer Verpflichtung entziehen will. Dies gilt zwar in erster Linie, wenn sich die Inanspruchnahme von Vorteilen über einen längeren Zeitraum hinweg erstreckt (BGH, Urteil vom 28. Januar 1993 - IX ZR 259/91, BGHZ 121, 224, 233 f.) oder die begünstigte Partei in besonderem Maße das Vertrauen der anderen Seite in Anspruch genommen hat (BGH, Urteil vom 14. Juni 1996 - V ZR 85/95, NJW 1996, 2503, 2504). Die Treuwidrigkeit eines solchen Verhaltens kann sich aber auch daraus ergeben, dass es sich als in besonders hohem

Maße widersprüchlich erweist, etwa deshalb, weil der in Anspruch genommene Vorteil nicht oder allenfalls in begrenztem Umfang einer Rückabwicklung zugänglich ist (BGH Urteil vom 3. November 2016 - III ZR 286/15, NJW-RR 2017, 596 Tz. 13).

31 b) Eine den zuletzt genannten Voraussetzungen entsprechende Konstellation liegt im Streitfall vor.

32 aa) Die Beschwerdeführerin hat den aus der Verzichtserklärung resultierenden Vorteil bereits mit der Teilnahme an der Ausschreibung vom 1. Mai 2017 vollständig in Anspruch genommen.

33 (1) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerdeerwiderung ist nicht erst die Erteilung eines Zuschlags, sondern bereits die Teilnahme an einer Ausschreibung als relevanter Vorteil anzusehen.

34 Ein Anlagenbetreiber kann zwar nicht ohne weiteres darauf vertrauen, dass ein von ihm abgegebenes Gebot den Zuschlag erhält. Die Teilnahme an einer Ausschreibung eröffnet ihm aber die Möglichkeit, einen höheren Erlös zu erzielen, als dies auf der Grundlage der gesetzlich geregelten Zahlungsansprüche nach § 19 Abs. 1 EEG möglich wäre. Für einen wirtschaftlich denkenden Betreiber besteht nur dann Anlass, diesen Weg zu beschreiten, wenn hinreichende Aussicht auf ein günstiges Ergebnis besteht. Diese Aussicht stellt bei der gebotenen ex-ante-Betrachtung einen Vorteil dar.

35 (2) Ob sich der erhoffte Erfolg im weiteren Verlauf einstellt, ist demgegenüber unerheblich.

36 Ob der gesetzlich geregelte Zahlungsanspruch nach § 19 Abs. 1 EEG oder die aufgrund einer Ausschreibung zu erzielende Vergütung wirtschaftlich günstiger ist, steht naturgemäß erst nach Abschluss der Ausschreibung fest.

Nach dem Gesetz darf ein Anlagenbetreiber mit der Ausübung des ihm insoweit eingeräumten Wahlrechts indes nicht zuwarten, bis er das Ergebnis der ersten Ausschreibung kennt. Vielmehr muss er sich im Vorhinein für einen der beiden Wege entscheiden und sich an dieser Entscheidung auch dann festhalten lassen, wenn sie sich nachträglich als wirtschaftlich ungünstig erweist.

37 bb) Vor diesem Hintergrund erweist es sich als in besonders hohem Maße widersprüchlich, wenn sich ein Anlagenbetreiber erst nach einer erfolglos verlaufenen Ausschreibung auf die fehlende Schriftform einer per Telefax übermittelten Verzichtserklärung beruft.

38 (1) Mit der Beteiligung an einer Ausschreibung bringt ein Anlagenbetreiber nicht nur zum Ausdruck, dass er die damit verbundene Chance einer höheren Vergütung wahrnehmen will. Er lässt vielmehr auch erkennen, dass er sich im Gegenzug endgültig gegen die gesetzlich geregelten Zahlungsansprüche nach § 19 Abs. 1 EEG entschieden hat.

39 Dazu steht es in grundlegendem Widerspruch, wenn der Anlagenbetreiber nach erfolglosem Verlauf der Ausschreibung zu den gesetzlichen Ansprüchen zurückkehren will.

40 (2) Dies gilt nicht nur dann, wenn der Anlagenbetreiber den Formmangel bereits im Zeitpunkt seiner Teilnahme an der Ausschreibung kennt, sondern auch dann, wenn er von einer wirksamen Verzichtserklärung ausgeht und die abgegebene Erklärung erst nach erfolglosem Verlauf der Ausschreibung auf mögliche Formmängel überprüft.

41 In beiden Konstellationen gibt der Anlagenbetreiber zu erkennen, dass er von einer wirksamen Verzichtserklärung ausgeht, sich deshalb für berechtigt hält, an der Ausschreibung teilzunehmen, und das damit verbundene Risiko in Kauf nimmt. Vor diesem Hintergrund ist es in hohem Maße widersprüchlich,

wenn der Anlagenbetreiber versucht, das Risiko nachträglich auf die übrigen Beteiligten abzuwälzen, nachdem es sich zu seinen Lasten verwirklicht hat.

42 C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 2 EnWG, die Festsetzung des Gegenstandswerts auf § 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GKG und § 3 ZPO.

Meier-Beck

Bacher

Schoppmeyer

Tolkmitt

Linder

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 19.09.2018 - VI-3 Kart 113/17 [V] -