



## Oberlandesgericht Düsseldorf

### Beschluss

In dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

...

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

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen außergerichtlichen Aufwendungen der Bundesnetzagentur werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

Der Beschwerdewert wird auf ... Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

### Gründe:

A.

Die Beschwerdeführerin ist Inhaberin einer am 22.02.2016 erteilten und am 14.03.2016 an das Anlagenregister der Bundesnetzagentur gemeldeten Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von fünf Windenergieanlagen, die noch nicht vollständig erbaut sind. Sie plant, den von den Anlagen erzeugten Strom zu vermarkten.

Mit dem Erneuerbare-Energien-Gesetz in der Fassung vom 13.10.2016 (EEG) hat der Gesetzgeber die Förderung von Strom aus Anlagen der Erneuerbaren Energien zum 01.01.2017 auf ein Ausschreibungssystem umgestellt. Nach dieser Umstellung hängt die Förderung für Strom aus Erneuerbaren Energien gem. §§ 19 Abs. 1, 22 Abs. 1, 2 S. 1 EEG grundsätzlich von einem erfolgreichen Zuschlag im Ausschreibungsverfahren ab. Hiervon sind gemäß § 22 Abs. 2 S. 2 EEG solche Windenergieanlagen an Land ausgenommen, die vor dem 01.01.2019 in Betrieb genommen worden sind, wenn sie a) vor dem 01.01.2017 nach dem BImSchG genehmigt worden sind, b) die Genehmigung nach Buchstabe a) vor dem 01.02.2017 mit allen erforderlichen Angaben an das Register gemeldet worden ist und c) der Genehmigungsinhaber nicht vor dem 01.03.2017 durch schriftliche Erklärung gegenüber der Bundesnetzagentur unter Bezugnahme auf die Meldung nach Buchstabe b) auf den gesetzlich bestimmten Anspruch verzichtet hat. Die Betreiber dieser Anlagen haben für einen Übergangszeitraum die Möglichkeit, weiterhin ohne Ausschreibung eine der Höhe nach gesetzlich bestimmte Förderung gem. § 46 EEG zu erhalten. Wenn sie indes gemäß § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 c EEG auf den gesetzlich bestimmten Förderanspruch verzichten, sind sie berechtigt, mit ihrem Vorhaben an den Ausschreibungen teilzunehmen.

Ein seinerzeit zuständiger Vertreter der Beschwerdeführerin füllte für jede der fünf geplanten Windenergieanlagen ein auf der Internetseite der Bundesnetzagentur für die Zwecke des Verzichts gemäß § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 lit. c) eingestelltes Formblatt „Verzichtserklärung auf den gesetzlich bestimmten Anspruch auf Zahlung für Windenergieanlagen an Land“ aus, unterschrieb die fünf Formulare eigenhändig und übersandte sie am 23.02.2017 per Telefax an die Bundesnetzagentur (Anlage MWP 1). Das Formblatt enthält folgenden:

**„Hinweis:** Die Verzichtserklärung ist entweder an folgende Adresse zu senden:

*Bundesnetzagentur Referat 605 – Ausschreibungen Wind an Land*

*Tulpenfeld 4*

*53113 Bonn*

*oder an folgende Nummer zu faxen: 0228/14-8872“.*

Die Originalschreiben wurden der Bundesnetzagentur zu keinem Zeitpunkt übermittelt. Mit Schreiben vom 27.03.2017 (Anlage MWP 2) bestätigte die Bundesnetzagentur gegenüber der Beschwerdeführerin, dass diese für die fünf in ihren Anträgen genannten Windenergieanlagen wirksam auf den gesetzlichen Zahlungsanspruch nach § 19 EEG verzichtet habe. Mit Schreiben vom 28.03.2017 informierte die Bundesnetzagentur hierüber auch den Netzbetreiber A. und wies darauf hin, dass für die Anlagen der Beschwerdeführerin keine Zahlungen nach § 53 Abs. 1 EEG gewährt werden dürften, mit Ausnahme eines von der Bundesnetzagentur im Rahmen einer Ausschreibung erteilten Zuschlags.

Könnte die Beschwerdeführerin ihre Windenergieanlagen gemäß der Übergangsregelung noch bis zum 31.12.2018 in Betrieb nehmen, könnte sie auf Basis des § 46 EEG noch eine Vergütung von 6,96 ct/kWh erzielen. Dies würde bei einer prognostizierten Jahresproduktion der fünf Windenergieanlagen von ca. ... MWh zu einer Jahresvergütung von rund ... Euro führen. Die Beschwerdeführerin beteiligte sich an den Ausschreibungsterminen zum 01.05.2017, 01.08.2017 und 01.11.2017, erhielt jedoch mit ihren Geboten keinen Zuschlag, da die Preise infolge der erfolgreichen Beteiligung so genannter Bürgerenergiegesellschaften an den Ausschreibungen massiv gefallen waren. Zum Gebotstermin 01.02.2018 erhielt die Beschwerdeführerin einen Zuschlag zu einem Zuschlagswert von 4,49 ct/kWh.

Die Beschwerdeführerin meint, die in den Schreiben der Bundesnetzagentur vom 27.03.2017 bzw. 28.03.2017 geäußerte Rechtsauffassung sei falsch und verletzte sie in ihren Rechten. Auch wenn den Schreiben nicht die Qualität eines Verwaltungsaktes zukomme, entfalteten sie dennoch faktisch Regelungswirkung. Denn der zuständige Netzbetreiber fühle sich an das Schreiben gebunden und habe erklärt, er werde ohne einen Zuschlag Auszahlungen an die Beschwerdeführerin nicht vornehmen. Sie habe daher einen Anspruch darauf, dass die Bundesnetzagentur diese Schreiben korrigiere.

Die der Bundesnetzagentur am 23.02.2017 ausschließlich per Telefax übermittelten Verzichtserklärungen seien unwirksam, da sie nicht das Schriftformerfordernis gemäß § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 lit. c) EEG 2017 wahren. Bei dem Verzicht auf den Vergütungsanspruch handele es sich entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur nicht um einen Antrag in einem Verwaltungsverfahren, sondern um eine materiell-rechtliche Willens-

erklärung, die auf die unmittelbare Gestaltung eines gem. § 19 EEG begründeten, gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen dem Anlagen- und dem Netzbetreiber gerichtet sei. Auf dieses zivilrechtlich geprägte Schuldverhältnis fänden die Vorschriften des BGB und damit auch § 126 BGB ergänzende Anwendung. Als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung werde der Verzicht daher nicht wirksam, wenn er nur per Telefax zugehe, sondern müsse grundsätzlich in der Form zugehen, die für ihre Abgabe vorgesehen sei. Die Zugangsvorschrift des § 130 BGB sei bei formbedürftigen Willenserklärungen auch nur dann dispositiv, soweit dadurch der Formzweck nicht vereitelt werde. Da vorliegend bei einem Verzicht ein unmittelbar eintretender, unumkehrbarer Verlust eines Rechtsanspruchs drohe, sprächen vergleichbare in der Rechtsprechung entschiedene Fälle zum Bürgschaftsrecht, aber auch im HGB oder in § 19 ÄrzteZV dafür, dass vorliegend der Zugang nicht dispositiv sei. Auch in der juristischen Literatur sei allgemein anerkannt, dass in sämtlichen Fällen eines Schriftformerfordernisses mit zumindest auch Warnfunktion ein Verzicht auf das Schriftformerfordernis beim Zugang einer empfangsbedürftigen Willenserklärung nicht möglich sei. Der Zweck der Formvorschrift verlange, dass der Erklärende die Originalurkunde tatsächlich aus der Hand gebe, weshalb eine bloße Übermittlung per Telefax nicht ausreiche. Der Weggabe eines Originals komme nach allgemeinem Verständnis ein intensiverer Erklärungswille zu als der Übersendung einer Kopie. Der Hinweis auf dem Formblatt der Bundesnetzagentur, der Verzicht könne auch per Telefax erklärt werden, gebe die Rechtslage unrichtig wieder und sei daher unbeachtlich. Wenn die Bundesnetzagentur selbst die Ursache dafür schaffe, dass Verzichtserklärungen nicht wirksam werden würden, könne sie sich auch nicht dagegen verwahren, dass sich die Beschwerdeführerin nachträglich auf diese Unwirksamkeit berufe.

Da die Parteien vorliegend auch nicht die Absicht gehabt hätten, von einer gesetzlichen Formvorschrift abweichen zu wollen, sondern sich über mögliche Formerfordernisse vielmehr überhaupt keine Gedanken gemacht hätten, liege auch kein Verzicht auf das Schriftformerfordernis vor. Die Bundesnetzagentur nehme rechtsirrig an, dass eine Verzichtserklärung nicht anders zu behandeln sei als ein Antrag in einem Verwaltungsverfahren. Jedenfalls auf Seiten der Beschwerdeführerin habe es an jeglichem Erklärungs- und Rechtsfolgenbewusstsein gefehlt, dass durch die Übersendung der Faxkopie zugleich eine konkludente rechtsgeschäftliche Erklärung über den Verzicht auf das Erfordernis des Zugangs des Originals der Verzichtserklärung abgegeben

werde. Sie habe sich überhaupt keine Gedanken über die Einzelheiten der Formgestaltung gemacht. Dass sie die Formulare ausgefüllt und per Telefax an die Bundesnetzagentur übersendet habe, stelle daher weder eine konkludente Zustimmung zu einem Verzicht dar noch begründe die Übersendung einen Vertrauenstatbestand zugunsten der Bundesnetzagentur.

Die Teilnahme an den Ausschreibungen stelle auch keine Bestätigung der Verzichtserklärung dar, sondern ausschließlich eine notwendige Schadensminderungsmaßnahme. Sie habe nicht ohne weiteres davon ausgehen können, dass die Bundesnetzagentur die Geltendmachung der Unwirksamkeit der Verzichtserklärungen akzeptieren würde. Zum Schutz ihrer bereits aus Eigenmitteln getätigten Investitionen in Höhe von ca. ... Euro sei sie verpflichtet gewesen, die Inbetriebnahme der Anlagen bis zum 31.12.2018 sicherzustellen. Die hierfür erforderlichen Kreditmittel hätte sie nur durch einen gesicherten Vergütungsanspruch sicherstellen können. Dass sie ihren Antrag auf Gegenerklärung erst nach Teilnahme an dem Ausschreibungsverfahren gestellt habe, beruhe darauf, dass die rechtliche Überprüfung der Verzichtserklärungen erst zeitlich nach der Ausschreibungsrunde erfolgt sei.

Die Berufung auf die Formunwirksamkeit der Verzichtserklärung vom 23.02.2017 stelle auch keine unzulässige Rechtsausübung dar. Ein Formmangel könne generell nur ganz ausnahmsweise wegen unzulässiger Rechtsausübung unbeachtlich sein. Diese Voraussetzungen lägen nicht vor. Weder habe die Beschwerdeführerin aufgrund der Verzichtserklärungen Vorteile erlangt, noch wolle sie sich einer Verpflichtung entziehen. Die reine Möglichkeit der Teilnahme an den Ausschreibungen stelle keine gesicherte Aussicht auf die Erteilung eines Zuschlags und daher keinen rechtlichen oder wirtschaftlichen Vorteil dar. Sie stehe grundsätzlich jedem Inhaber einer Genehmigung zum Betrieb von Windenergieanlagen an Land offen, beruhe daher nicht kausal auf der Verzichtserklärung.

Das Schreiben vom 11.08.2017 stelle gleichzeitig auch eine Anfechtung der konkludenten Verzichtserklärung dar. Höchst vorsorglich würden die Verzichtserklärungen hiermit noch einmal ausdrücklich angefochten.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

die Bundesnetzagentur zu verpflichten, ihr an die Beschwerdeführerin gerichtetes Schreiben vom 27.03.2017 (Anlage MWP 2) und ihr an die A. in ...

gerichtetes Schreiben vom 28.03.2017 (Anlage MWP 3) dadurch aufzuheben bzw. zu widerrufen, dass sie sowohl gegenüber der Beschwerdeführerin als auch gegenüber der A.in ... schriftlich erklärt, dass die von der Beschwerdeführerin per Telefax am 23.02.2017 an die Bundesnetzagentur übermittelten Verzichtserklärungen gemäß § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 c) des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in der Fassung vom 22.12.2016 („EEG 2017“) in Bezug auf die Genehmigung nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz des Regierungspräsidiums ... vom 22.02.2016 (Aktenzeichen ...) unwirksam waren und daher für die von dieser Genehmigung umfassten Windenergieanlagen mit den Anlagenregisternummern ... nicht wirksam auf den gesetzlichen Zahlungsanspruch nach § 19 EEG verzichtet wurde, weshalb anders als in dem Schreiben der Bundesnetzagentur an die A.in ... vom 28.03.2017 (Anlage WMP 3) mitgeteilt, auch kein Fall des § 53a Abs. 1 EEG gegeben ist.

Die Bundesnetzagentur beantragt,  
die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Bundesnetzagentur trägt vor, die per Telefax abgegebenen Verzichtserklärungen wahren die Schriftform und seien wirksam geworden. § 126 BGB finde zwar auf öffentlich-rechtliche Verträge entsprechende Anwendung, jedoch nicht im übrigen Bereich des öffentlichen Rechts. § 10 VwVfG sehe die Nichtförmlichkeit des Verwaltungsverfahrens vor. Auch gemäß § 22 VwVfG könne ein Antrag wirksam per Telefax gestellt werden, soweit das Absendeschreiben unterzeichnet sei. Selbst im förmlichen Verwaltungsverfahren gemäß §§ 63 ff. VwVfG, in dem ein schriftlicher Antrag gefordert werde, reiche die Übersendung des unterschriebenen Antrags per Telefax aus. Dies gelte auch für die streitgegenständliche Verzichtserklärung. Da der Unterzeichner sich mit dem Inhalt und der Wirkung seiner Erklärung auseinandergesetzt habe, werde auch die von Schriftformerfordernissen ausgehende Warnfunktion nicht verletzt. Die Norm des § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 EEG 2017 habe eine Doppelnatur mit sowohl zivilrechtlichen als auch verwaltungsrechtlichen Wirkungen. Sie bilde ein gesetzliches Schuldverhältnis zum Netzbetreiber aus, begründe aber auch, welche Anlagen von der Teilnahme an der Ausschreibung auszuschließen seien. Bei der Verzichtserklärung

handele es sich daher auch um eine Erklärung in einem Verwaltungsverfahren, in dem eine vom Gesetz vorgegebene Erklärung per Telefax abgegeben werden könne.

Entgegen der Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin könne auch nicht in der Weggabe eines Originals ein intensiverer Erklärungswille gesehen werden als in der Übersendung einer Kopie. Wenn eine Verzichtserklärung, gleichgültig ob per Telefax oder im Original per Post, bewusst abgeschickt werde, sei die Erklärung abgegeben. Die von der Beschwerdeführerin zitierte Rechtsprechung zum Bürgschaftsrecht sei nicht einschlägig. Es handele sich bei der Verzichtserklärung, anders als bei einer Bürgschaftserklärung, um eine einseitige Willenserklärung. Zwar verzichte der Abgebende auf sein Recht, auch ohne Zuschlag einen Zahlungsanspruch für die Einspeisung seines Stroms zu erhalten, er erlange indes zugleich das Recht, an zukünftigen Ausschreibungen teilzunehmen. Dies könne für ihn wirtschaftlich vorteilhaft oder nachteilig sein. Er begeben sich hierdurch jedoch nicht in ein Haftungsrisiko wie bei einem Schuldbeitritt oder einer Bürgschaftserklärung. Im Fall der Bürgschaft stelle der Bundesgerichtshof im Übrigen auf den Wortlaut des § 766 S. 1 BGB ab, wonach die Bürgschaftserklärung schriftlich erteilt werden müsse.

Im Übrigen habe die Bundesnetzagentur durch den Hinweis auf dem Formular der Verzichtserklärung, dass eine Übermittlung auch per Telefax möglich sei, auf den Zugang der Originalerklärung verzichtet. Schriftform und Zugang seien voneinander zu trennen. Zugangsvorschriften seien dispositiv, so dass auf den Zugang einer an die Schriftform gebundenen Willenserklärung verzichtet werden könne. Entscheidender Aspekt für die Vorgabe der Schriftform sei in erster Linie die Beweisfunktion – Nachweis der Abgabe vor dem 01.03.2017 – gewesen, die indes durch das eingegangene Telefax erfüllt sei.

Auch wenn es hierauf nicht mehr ankomme, verstoße das Verhalten der Beschwerdeführerin gegen Treu und Glauben. Mit ihrer Gebotsabgabe habe die Beschwerdeführerin ihre Verzichtserklärungen bestätigt. Eine Teilnahme zu den Gebotsterminen 01.05.2017, 01.08.2017, 01.11.2017 und 01.02.2018 sei nur nach erklärtem Verzicht möglich gewesen. Die Ausnutzung dieses Vorteils stehe der Revidierung der Verzichtserklärung nach Treu und Glauben entgegen. Der Vortrag der Beschwerdeführerin, die erfolglose Teilnahme sei lediglich zur Schadensminderung erfolgt, stehe in Widerspruch zu dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin ihren Antrag auf Widerruf

der Erklärungen der Bundesnetzagentur erst mit Schreiben vom 11.08.2017 und damit nach der Gebotsabgabe erklärt habe.

Die Verzichtserklärung könne auch nicht wirksam angefochten werden. Die Beschwerdeführerin habe objektiv das erklärt, was sie subjektiv habe erklären wollen. Ein Motivirrtum sei unbeachtlich.

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

## **B.**

Die zulässige Beschwerde der Antragstellerin hat aus den mit den Parteien in der Senatssitzung erörterten Gründen keinen Erfolg.

**I.** Die Beschwerde ist als Leistungsbeschwerde zulässig, insbesondere statthaft.

**1.** Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung bzw. den Widerruf der von der Bundesnetzagentur in ihren Schreiben vom 27.03.2017 bzw. 28.03.2017 an die Beschwerdeführerin bzw. an den zuständigen Netzbetreiber, die A. abgegebenen Erklärungen, wonach die Beschwerdeführerin wirksam für ihre genehmigten fünf Windenergieanlagen auf den gesetzlichen Zahlungsanspruch nach § 19 EEG verzichtet habe und keine Zahlungen nach § 53 Abs. 1 EEG gewährt werden dürften.

Die Beschwerde der Betroffenen richtet sich nicht gegen ein Verwaltungshandeln, das als belastender Verwaltungsakt mit der Anfechtungsbeschwerde angegriffen werden kann. Auch die mit dem Antrag angestrebte Erklärung stellt als *actus contrarius* keinen Verwaltungsakt dar. Ein Verwaltungsakt liegt nur dann vor, wenn unmittelbar durch eine hoheitliche Maßnahme für den Betroffenen verbindlich Rechte, Pflichten oder ein Rechtsstatus geregelt werden (vgl. BGH, Kartellsenat, Beschluss v. 29.04.2008, KVR 28/07, Rn. 10, juris). Die für den Verwaltungsaktcharakter konstitutive Regelungswirkung ist dann zu bejahen, wenn die Maßnahme darauf abzielt, mit dem Anspruch unmittelbarer Verbindlichkeit und mit der Bestandskraft fähiger Wirkung unmittelbar subjektive Rechte oder Pflichten des Betroffenen zu begründen, aufzuheben, abzuändern oder verbindlich festzustellen. Abzugrenzen davon sind bloße unverbindliche Hinweise

oder sonstige Verlautbarungen, wobei der objektive Erklärungswert maßgeblich ist (vgl. Senat, Beschluss v. 23.09.2009, VI-3 Kart 25/08 (V), Rn. 32 f., juris; Schmitz in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Auflage, § 1 Rn. 144 ff.). Bei der auf dieser Grundlage vorzunehmenden Auslegung beinhalten die angegriffenen Schreiben der Bundesnetzagentur vom 27.03.2017 und 28.03.2017 eine verbindliche Regelung weder nach ihrer äußeren Form, der von der Bundesnetzagentur verfolgten Zielsetzung noch nach dem objektiven Sinngehalt der Schreiben. Schon die äußerlich gewählte Form der Schreiben, die weder als Anordnung bezeichnet noch mit einem Tenor versehen sind und keinerlei Rechtsbehelfsbelehrung enthalten, spricht gegen deren Qualifikation als Verwaltungsakt. Aber auch der objektive Inhalt der Schreiben lässt erkennen, dass die Bundesnetzagentur keine eigenständigen, inhaltlich neuen Anordnungen treffen wollte. Bei der Verzichtserklärung vom 23.02.2017 handelt es sich um eine einseitige Willenserklärung gem. § 22 Abs. 2 S. 2 lit. c). Mit Zugang dieses Schreibens bei der Bundesnetzagentur reduziert sich der gesetzlich bestimmte anzulegende Wert des Zahlungsanspruchs gem. § 19 Abs. 1 EEG auf null, ohne dass es weiterer Regelungen der Bundesnetzagentur bedarf. Die Bestätigung der Bundesnetzagentur vom 27.03.2017 an die Beschwerdeführerin begründet weder eine Reduktion des Zahlungsanspruchs, noch stellt sie diese verbindlich fest, sondern weist auf die bestehende Rechtslage hin, gestaltet sie indes inhaltlich nicht.

Auch das Schreiben vom 28.03.2017 an die A. verfolgt allein den Zweck, diese als den Netzbetreiber, an dessen Netz die Anlage angeschlossen werden soll, gem. § 53a Abs. 2 EnWG über den Verzicht zu unterrichten, um zu verhindern, dass der Netzbetreiber Zahlungen an den Anlagenbetreiber auf Grundlage eines Anspruchs leistet, auf den dieser verzichtet hat. Dabei gibt das Gesetz weder eine bestimmte Form noch eine bestimmte Frist vor (Thorbecke/Greb in: Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 6, 4. Auflage, § 53a EEG Rn. 17, 18). Derartigen Hinweisen auf die Sach- und Rechtslage fehlt die für einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 Satz 1 VwVfG NW erforderliche Regelungswirkung (vgl. BVerwG, Beschluss v. 19.06.2000, 1 DB 13/00, Rn. 24, juris). Sie sind daher nicht im Wege der Anfechtungsbeschwerde anfechtbar und ihr Widerruf kann als *actus contrarius* auch nicht im Wege der Verpflichtungsbeschwerde, sondern nur im Wege der allgemeinen Leistungsbeschwerde begehrt werden.

**2.** Die allgemeine Leistungsbeschwerde ist im Energiewirtschaftsgesetz nicht geregelt. Es ist jedoch anerkannt, dass Anfechtungs- und Verpflichtungsbeschwerden nicht in allen Fällen allein ausreichen, um den nach Art. 19 Abs. 4 GG gebotenen lückenlosen

Rechtsschutz zu gewährleisten, in denen der Betroffene in seinen Rechten verletzt ist. Ist ein kartellverwaltungsrechtlicher Anspruch gegenüber der Behörde durchzusetzen, der - wie der Folgen- oder Störungsbeseitigungsanspruch - nicht auf Erlass einer Entscheidung mit Verwaltungsaktqualität gerichtet ist, so ist, ebenso wie im Kartellverwaltungsverfahren, die allgemeine Leistungsbeschwerde statthaft (BGH, Beschluss v. 19.06.2007, KVZ 35/06, Rn. 4, juris; Roesen/Johanns in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 3. Auflage, § 75 Rn. 49; BGH Beschluss v. 18.02.1992, KVR 4/91, Rn. 7, juris; Senat, Beschluss v. 02.11.2006, VI-3 Kart 285/06 (V), Rn. 24, 25, juris; Karsten Schmidt in Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Auflage 2014, § 63 GWB, Rn 9, beck-online).

Eine allgemeine Leistungsbeschwerde ist aber nur zulässig, wenn im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass der Beschwerdeführer in seinen Rechten verletzt ist (Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Auflage 2014, § 63 Rn. 9, beck-online). So liegt der Fall hier. Faktisch wirkt sich das Schreiben der Bundesnetzagentur an den Netzbetreiber vom 28.03.2018 wie eine Untersagung aus. Denn die Bundesnetzagentur gibt der A. in dem Schreiben vor, dass den dort im Einzelnen aufgezählten fünf Windenergieanlagen keine Zahlungen nach § 53a EEG gewährt werden dürften. Die Netzbetreiberin wird sich daher so lange daran gehindert sehen, Zahlungen ohne Erteilung eines Zuschlags an die Beschwerdeführerin zu leisten, bis die Bundesnetzagentur ihre Erklärung zurücknimmt oder durch eine gegenteilige Erklärung ersetzt.

Für die Zubilligung der Leistungsbeschwerde besteht zudem nur dann eine Notwendigkeit, wenn nur durch sie ein lückenloser Rechtsschutz gewährleistet werden könnte. Dies ist zu bejahen, wenn das begehrte Verwaltungshandeln – wie etwa im Falle der Geltendmachung eines Anspruchs, mit dem die Folgen eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes beseitigt werden sollen – in unmittelbarem Zusammenhang mit einer Entscheidung steht, die im Wege der Anfechtungsbeschwerde angefochten oder im Wege der Verpflichtungsbeschwerde herbeigeführt werden könnte (BGH, Beschluss v. 19.06.2007, KVZ 35/06, Rn. 4, juris). Nur in diesen Fällen soll die abdrängende Sonderzuweisung zu den Oberlandesgerichten zum Tragen kommen (Roesen Johannes in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1, 3. Auflage, § 75 Rn. 51). Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt. Die begehrte Widerrufserklärung soll den mit den Schreiben vom 27.03.2017 und 28.03.2017 gesetzten Anschein, die Beschwerdeführerin habe wirksam auf den gesetzlichen Zahlungsanspruch verzichtet,

beseitigen. Die Frage, ob ein wirksamer Verzicht erklärt worden ist, steht in unmittelbarem Zusammenhang mit einer möglichen Bezuschlagung von Geboten, die als Verwaltungsakte mit der Verpflichtungsbeschwerde auf Erteilung eines Zuschlags angefochten werden können.

## **II.** Die Beschwerde ist jedoch nicht begründet.

Der Bundesnetzagentur ist nicht aufzugeben, ihre Erklärungen gegenüber der Beschwerdeführerin und der A. schriftlich zu widerrufen bzw. aufzuheben.

**1.** Das EEG hat das Fördersystem für erneuerbare Energien umfassend von festen Vergütungssätzen auf Ausschreibungen umgestellt. Allerdings wird auch unter der Geltung des EEG 2017 das Förderniveau für sämtliche Anlagen nicht ausschließlich durch Ausschreibungen ermittelt (vgl. dazu und zum Folgenden: Hermeier in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 6, 4. Aufl. 2018, § 22 EEG, Rn. 1 ff.). Für bestimmte Altanlagen wird die Förderung vielmehr weiterhin unmittelbar durch das Gesetz bestimmt. Von den somit im EEG 2017 enthaltenen zwei Fördersystemen findet jeweils nur ein System Anwendung auf jede Anlage. Welches System für die einzelne Anlage zur Bestimmung des Förderniveaus heranzuziehen ist, regelt § 22 EEG abschließend. In § 22 Abs. 2 bis 5 EEG wird für die einzelnen erneuerbaren Energieträger definiert, welche Anlagen der Ausschreibungspflicht unterfallen. Dabei wird für sämtliche Anlagen zunächst der Zuschlag zur Voraussetzung eines Förderanspruchs erhoben und sodann werden Bereichsausnahmen für jeden Energieträger definiert, die weiterhin dem parallel fortbestehenden System der gesetzlichen Ermittlung des Förderniveaus unterfallen. Die Bereichsausnahmen betreffen zum einen Anlagen, für die aufgrund ihrer Anlagengröße kein Bedürfnis besteht, sie einem wettbewerblichen Ausschreibungsverfahren zu unterwerfen, zum anderen Anlagen, die aufgrund ihres zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des EEG 2017 bereits erreichten Planungs- und Entwicklungsstandes Vertrauensschutz genießen sollen. Die Übergangsregelungen für die einzelnen Energieträger sind mit Blick auf die lange Vorlaufzeit für Planung, Genehmigung und Errichtung der Anlagen geschaffen worden.

Windenergieanlagen an Land fallen grundsätzlich unter die allgemeine Ausschreibungspflicht. Gem. § 22 Abs. 2 EEG besteht ein Anspruch auf Zahlung für den in der Anlage erzeugten Strom nur, soweit und solange ein von der Bundesnetzagentur er-

teilter Zuschlag wirksam ist. Ausgenommen von der allgemeinen Ausschreibungspflicht sind gem. Abs. 2 S. 2 EEG unter anderem Anlagen, die vor dem 01.01.2019 in Betrieb genommen worden sind (§ 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 EEG 2017), wenn sie vor dem 01.01.2017 nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigt worden sind (lit. a)), die Genehmigung nach Buchstabe a) mit allen erforderlichen Angaben an das Register gemeldet worden ist (lit. b)) und der Genehmigungsinhaber nicht vor dem 01.02.2017 durch schriftliche Erklärung gegenüber der Bundesnetzagentur unter Bezugnahme auf die Meldung nach Buchstabe b) auf den gesetzlich bestimmten Anspruch auf Zahlung verzichtet hat.

**2.** Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin hat sie wirksam auf den gesetzlich bestimmten Zahlungsanspruch gem. § 22 Abs. 2 S. Nr. 2 lit. c) EnWG verzichtet.

Die von der Beschwerdeführerin am 23.02.2017 per Telefax an die Bundesnetzagentur übermittelte Verzichtserklärung wahrt zwar nicht die Schriftform des § 126 BGB. Die Parteien haben jedoch wirksam auf den Zugang der unterschriebenen Verzichtserklärungen im Original bei der Bundesnetzagentur verzichtet.

**a)** Eine öffentlich rechtliche Rechtsposition kann durch Verzicht des Rechtsinhabers entfallen. Der Verzicht bewirkt das Erlöschen des betroffenen Rechts als solches, er wirkt daher auch gegenüber dem Rechtsnachfolger. Eine ausdrückliche allgemeine Rechtsgrundlage für den Verzicht kennt das öffentliche Recht ebenso wenig wie das Privatrecht. Er ist gleichwohl als eigenständiges verwaltungsrechtliches Institut anerkannt. Wenn der Verzicht gesetzlich ausdrücklich zugelassen wird, hat dies daher in der Regel keine konstitutive Bedeutung. Zugleich können aber die Anforderungen näher festgelegt sein (Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Auflage 2018, § 53 Rn. 29-30, beck-online). Die Verzichtserklärung ist gegenüber der Behörde abzugeben, die für die betroffene Rechtsposition im Verhältnis zum erklärenden Bürger sachlich und örtlich zuständig ist. Als einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung wird sie entsprechend § 130 Abs. 1 S. 1 BGB in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie der Behörde zugeht (Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Auflage 2018, § 53 Rn. 33, 34, beck-online).

**b)** § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 lit. c) EEG 2017 ordnet ausdrücklich an, dass der Verzicht durch schriftliche Erklärung gegenüber der Bundesnetzagentur zu erfolgen hat. Das Schriftformerfordernis stellt damit eine gesetzliche Ausnahme von dem in § 10 S. 1 VwVfG enthaltenen Grundsatz der Nichtförmlichkeit des Verfahrens dar.

Weder aus § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 lit.c) EEG 2017, noch aus den Vorschriften des EEG 2017 und des EnWG oder der Gesetzesbegründung zu § 22 EEG 2017 ergibt sich indes, ob für die Frage des Schriftformerfordernisses ergänzend die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs und damit § 126 BGB anzuwenden sind, insbesondere ob der Zugang der Willenserklärung bei der Bundesnetzagentur per Telefax die Formvorschrift wahrt.

**aa)** Grundsätzlich ist anerkannt, dass § 126 Abs. 1 BGB zwar nach den Grundsätzen der Übernahme privatrechtlicher Regeln auch im öffentlichen Recht angewandt werden kann. Dies gilt aber nur für materiell-rechtliche Willenserklärungen, nicht für (Prozess-)Verfahrenshandlungen (Schmitz in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Auflage 2018, § 22 Rn. 31, beck-online).

So enthält § 22 VwVfG für das allgemeine Verwaltungsverfahren keine näheren Bestimmungen, in welcher Form ein Antrag einzureichen ist, so dass grundsätzlich auch eine mündliche oder schriftliche Antragstellung möglich ist, die auch per Telefax gestellt werden kann. Auch soweit Rechtsnormen des Fachrechts eine schriftliche Antragstellung fordern, reicht grundsätzlich eine Antragstellung durch Telefax aus, wenn der Antrag schriftlich abgefasst und mit einer eigenhändigen Unterschrift versehen ist (Ramsauer in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 18. Auflage, § 22 Rn. 52). So wie die Übermittlung fristwahrender Schriftsätze per Telefax in allen Gerichtszweigen uneingeschränkt zulässig ist, gilt dies auch für verfahrensrechtliche Anträge und sonstigen Schriftverkehr im VwVfG (Schmitz in: Stelkens/Bonk/Sachs, 9. Auflage 2018, VwVfG, § 22 Rn. 32, beck-online). Auch für die gem. § 64 VwVfG im förmlichen Verwaltungsverfahren schriftliche Antragstellung genügt die Antragstellung durch Telefax (Ramsauer in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 18. Auflage, § 22 Rn. 52, 52).

Für öffentlich-rechtliche Verträge, die gem. § 57 VwVfG schriftlich zu schließen sind, ordnet demgegenüber § 62 VwVfG an, dass, soweit sich aus den §§ 54-61 VwVfG nichts Abweichendes ergibt, die übrigen Vorschriften des VwVfG und ergänzend die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung finden. Für öffentlich-rechtliche Verträge ist daher anerkannt, dass die Regelung des § 126 BGB – zumindest ihrem Grundgedanken nach – entsprechend anwendbar ist (Wendtland in BeckOK BGB, § 126 Rn. 1-2, beck-online). Die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform in § 57 VwVfG verlangt daher, dass die Urkunde grundsätzlich von dem Aussteller eigenhändig am Ende der Urkunde durch Namensunterschrift oder durch notariell beglaubigtes

Handzeichen unterzeichnet wird. Das Faksimile einer Unterschrift, eine maschinenschriftliche Unterschrift, eine Unterschrift mittels Stempel oder eine sonstige mechanische Vervielfältigung der Unterschrift reichen nicht aus (Neumann/Siegel in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Auflage 2018, § 57 Rn. 17, beck-online; BeckOK BGB/Wendtland BGB § 126 Rn. 6, beck-online).

**bb)** Sinn und Zweck des in § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 lit. c) EEG geregelten Verzichts sprechen vorliegend dafür, für die Schriftform der Verzichtserklärung wie bei einem öffentlich rechtlichen Vertrag auf die Vorschrift des § 126 BGB abzustellen.

Der Verzicht ist Gegenstand einer energieverwaltungsrechtlichen Kontrolle, entfaltet aber auch zivilrechtliche Wirkungen zwischen Anlagenbetreiber und Netzbetreiber und hat insoweit eine Doppelnatur. Ihm kommt zunächst ein energieverwaltungsrechtlicher Regelungsgehalt zu. So ergibt sich aus § 22 Abs. 2 S. 2 EEG 2017, welche Anlagen dem Ausschreibungserfordernis nicht unterliegen. Nach § 22 Abs. 6 EEG 2017 gilt - so die Gesetzesbegründung - für die Anlagen nach Abs. 2 bis Abs. 5 die gesetzlich bestimmte Marktprämie oder Einspeisevergütung und sind diese Anlagen von der Teilnahme an der Ausschreibung ausgeschlossen, um die Auswahl des besten Förderregimes zu vermeiden (BT-Drs. 18/8860 S. 197). Dabei obliegt es der Bundesnetzagentur, im Rahmen des von ihr durchgeführten Ausschreibungsverfahrens festzustellen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 EEG 2017 vorliegen und das Vorhaben damit von der Ausschreibung auszuschließen ist. Darüber hinaus regelt § 22 Abs. 2 S. 2 EEG 2017 auch Ausnahmen vom Grundsatz, dass der zivilrechtliche Zahlungsanspruch vom Zuschlag im Ausschreibungsverfahren abhängig ist, und damit Fälle, in denen der anzulegende Wert noch gesetzlich gem. § 19 i.V.m. § 46 EEG 2017 festgelegt wird (BT-Drs. 18/8860, S. 197). Damit stellt der Verzicht auch ein Tatbestandsmerkmal dar, das den zivilrechtlichen Anspruch gegen den Netzbetreiber bestimmt und ein gesetzliches Schuldverhältnis begründet (Senat, Beschluss v. 22.03.2018, VI-3 Kart 68/17 (V), Rn. 33, 34, juris). Der Verzichtserklärung kommt daher auch eine materiell-rechtliche Wirkung zu, die privatrechtlichen Regeln unterliegen kann.

Der gesetzliche Vertreter der Beschwerdeführerin hat das auf der Internetpräsenz zur Verfügung gestellte Formular für die fünf streitgegenständlichen Windenergieanlagen

fünf Mal ausgefüllt, sich damit mit ihrem Inhalt auseinandergesetzt und sie entsprechend des in § 126 BGB geregelten Schriftformerfordernisses anschließend fünf Mal unterschrieben.

**c)** Als empfangsbedürftige Willenserklärung muss der Verzicht der Bundesnetzagentur jedoch grundsätzlich auch in der Form zugehen, die für ihre Abgabe vorgeschrieben ist (Palandt-Ellenberger, 75. Auflage BGB, § 130 Rn. 10). Empfangsbedürftige Willenserklärungen, die der Schriftform bedürfen, werden daher nur wirksam, wenn die formgerecht errichtete Erklärung dem Erklärungsempfänger zugeht, eine Übermittlung durch Telefax genügt nicht (Palandt-Ellenberger, 75. Auflage 2016, § 126 Rn. 12; BGHZ 121, 224; NJW 1997, 3169).

Die Beschwerdeführerin hat die fünf Verzichtserklärungen nur per Telefax und nicht im Original an die Bundesnetzagentur übermittelt. Ein Zugang der Verzichtserklärungen im Original war indes deshalb nicht erforderlich, weil die Parteien hierauf wirksam verzichtet haben.

Das gesetzliche Erfordernis formgerechter Abgabe von Willenserklärungen, das heißt insbesondere auch der Entäußerung des Schriftstücks durch den Erklärenden, ist nicht abdingbar. Wohl aber können die Beteiligten grundsätzlich die gesetzlichen Zugangsvorschriften rechtsgeschäftlich abbedingen (BGH, Urteil v. 07.06.1995, VIII ZR 125/94, Rn. 13, juris; Hertel in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2017, § 126, Rn. 165, juris; Palandt-Ellenberger, 75. Auflage 2016, § 126 Rn. 12; Arnold in: Erman, BGB, 15. Auflage 2017, § 130 BGB, Rn. 19, beck-online). Vereinbart werden kann grundsätzlich auch eine besondere Zugangsform (Einsele in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2015, § 130 Rn. 12, beck-online).

Vorliegend haben die Parteien von einer Übersendung der Originalerklärung per Post abgesehen und vereinbart, dass eine per Telefax an die Bundesnetzagentur übermittelte Verzichtserklärung den Zugang wahren soll. Die Bundesnetzagentur hat mit ihrem Hinweis auf dem Formular, dass die Verzichtserklärung entweder an die dort genannte Anschrift per Post versendet oder an die angegebene Nummer per Fax übermittelt werden könne, ausdrücklich erklärt, dass sie auf den Zugang der Erklärung im Original verzichte. Diese Absicht hat sie später auch noch einmal dadurch konkludent bestätigt, dass sie die Beschwerdeführerin nicht von den Ausschreibungen ausgeschlossen hat, was aber erforderlich gewesen wäre, wäre sie von einem unwirksamen Verzicht ausgegangen. Die Beschwerdeführerin hat sich - auch unter Berücksichtigung strenger

Anforderungen an einen konkludenten Verzicht - dieser angebotenen Formerleichterung angeschlossen, indem sie die fünf Verzichtserklärungen ausschließlich per Telefax an die Beschwerdeführerin übermittelt hat. Mit den Teilnahmen an den Ausschreibungen zu den Gebotsterminen 01.05.2017, 01.08.2017, 01.11.2017 und 01.02.2018 hat sie weitere vier Male konkludent bestätigt, dass die per Telefax übersendeten Verzichtserklärung wirksam sein sollten. Denn nur aufgrund des formwirksamen Verzichts durfte sie überhaupt vor dem 01.01.2019 an den Ausschreibungsverfahren teilnehmen und konnte mit ihrem Gebot zum Gebotstermin 01.02.2018 bezuschlagt werden.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist daher vorliegend auch die bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen erforderliche Abgabe bewirkt. Hierzu muss bei schriftlichen Willenserklärungen unter Abwesenden in der Regel deren Absendung bzw. Übergabe an den Erklärungsboten erfolgt sein. Die Abgabe elektronischer Willenserklärungen ist im Zeitpunkt der Eingabe des Sendebefehls zu sehen, durch die Willenserklärung mit dem Willen des Erklärenden an den Empfänger gelangt (Einsele in: Münchener Kommentar BGB, 7. Auflage, § 130 Rn. 13, beck-online). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Der vertretungsberechtigte Geschäftsführer hat die Willenserklärung bewusst und gewollt an die Bundesnetzagentur gefaxt.

Die teilweise in der Literatur und auch von der Beschwerdeführerin vertretene Ansicht, die Vereinbarung von Zugangserleichterungen sei problematisch bei Formvorschriften, die vorrangig Warnfunktion haben, soweit die Parteien nicht bloße Zugangserleichterungen, sondern auch Formerleichterungen hinsichtlich der Abgabe einer Willenserklärung vereinbart haben (Einsele in Münchener Kommentar BGB, 7. Auflage, § 126 Rn. 20, beck-online), steht der Wirksamkeit des Zugangs der Verzichtserklärungen per Telefax nicht entgegen. Denn der Formvorschrift des § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 lit. c) EEG kommt vorrangig keine Warnfunktion, sondern Beweisfunktion zu. In § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 lit. c) EEG hat der Gesetzgeber einen Stichtag vorgegeben, bis zu dem der Verzicht erfolgt sein muss, wenn der Anlagenbetreiber an den Zuschlagsverfahren teilnehmen möchte. Dabei obliegt es der Bundesnetzagentur im Rahmen des von ihr durchgeführten Ausschreibungsverfahrens erstmals zum 01.05.2017 festzustellen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 EEG vorliegen und das Vorhaben von der Ausschreibung auszuschließen ist. In Masseverfahren wie den Zuschlagsverfahren muss es der Bundesnetzagentur möglich sein, diese Voraussetzungen mit einem organisatorisch vertretbaren Aufwand zu prüfen. Die Schriftform der Verzichtserklärung dient daher vorrangig als Nachweis für die Bundesnetzagentur,

dass innerhalb der vorgegebenen Frist eine Verzichtserklärung abgegeben worden ist und die Anlage berechtigt ist, am Zuschlagsverfahren teilzunehmen. Darüber hinaus dient das Schriftformerfordernis der Rechtssicherheit. Die Bundesnetzagentur hat ein Interesse daran, dass die Grundlage für die Geltendmachung des Zahlungsanspruchs über den gesamten Anspruchszeitraum eindeutig feststeht und keiner Änderung unterworfen sein soll (Thorbecke/Greb in Säcker, Energiewirtschaftsrecht, Band 6, 4. Auflage, § 53a EEG, Rn. 12). Dies ist im Übrigen auch für die konkrete Mengensteuerung erforderlich. Nur so kann die korrekte Menge von Anlagen bei der Berechnung der Ausschreibungsmenge für das Jahr 2017 berücksichtigt werden (vgl. BT-Drs. 18/18832, S. 200). Auch aus diesem Grund sieht § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 lit. c) EEG vor, dass der Verzicht vor dem 01.03.2017 erklärt werden muss.

Die Rechtsprechung des BGH zu der schriftlichen Erteilung von Bürgschaftserklärungen ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin bereits deshalb nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar, weil das Schutzbedürfnis des Erklärenden nicht vergleichbar ist. Während der Bürge mit der Bürgschaftserklärung eine eigene Haftung für die Schuld eines Dritten eingeht, verzichtet die Beschwerdeführerin mit dem Verzicht gem. § 22 Abs. 2 S. 2 lit. c) EEG 2017 zwar auf den gesetzlich berechneten Zahlungsanspruch, erhält dafür aber die Möglichkeit, an den Zuschlagsverfahren teilzunehmen. Diese kann, je nach Zuschlagswert, für ihn wirtschaftlich sogar günstiger sein als der gesetzliche Förderanspruch aus § 19 iVm § 46 EEG. Auch ist die Situation, in der Bürgschaftserklärungen abgegeben werden, eine andere. Der Bürge steht häufig mit dem Dritten, der für den Erhalt eines Kredits auf die Sicherheit angewiesen ist, in persönlichen oder wirtschaftlichen Beziehungen und fühlt sich unter Druck, weil die kreditgebende Bank die Sicherheit für die Kreditvergabe einfordert. Der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin hat - nach Abwägung der wirtschaftlichen Vor- und Nachteile eines Zuschlagsverfahren und eines gesetzlich bestimmten Zahlungsanspruchs - die Verzichtserklärung unbeeinflusst durch Dritte von der Website der Bundesnetzagentur herunter geladen und diese, nachdem er eine entsprechende kaufmännische Entscheidung getroffen hat, insgesamt fünf Mal ausgefüllt, unterschrieben und an die Bundesnetzagentur per Telefax übersendet. Bei dieser Sachlage scheint es nicht wahrscheinlich, dass der Vertreter der Beschwerdeführerin die rechtliche Verbindlichkeit seiner Erklärung nicht erkannt oder er übereilt gehandelt hätte. Eine mit Bürgschaftsverträgen vergleichbare Warnfunktion kommt dem Schriftformerfordernis in § 22 Abs. 2 S. 2 lit. c) EEG daher nicht zu. Aus diesem Grund vermag auch der Hinweis

der Beschwerdeführerin auf § 19 Ärzte-ZV und das Urteil des LSG Hamburg vom 20.05.2015, L 5 KA 50/13 nicht zu überzeugen. Dem Verzicht auf eine kassenärztliche Zulassung kommt eine für den Verzichtenden existenzielle Bedeutung zu, da die Zulassung für seine berufliche Ausübung entscheidend ist. Dies rechtfertigt es, eine Schriftform gem. § 126 BGB für die Verzichtserklärung zu verlangen und deren Warnfunktion hervorzuheben. Die Frage des Verzichts gem. § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 lit. c) EEG hat demgegenüber keine für den Verzichtenden vergleichbar weitreichenden Konsequenzen, da ihm immer die Möglichkeit bleibt, im Rahmen der mehrmals jährlich stattfindenden Ausschreibungen einen Zuschlag zu erhalten.

**b)** Ob das Berufen auf die Formunwirksamkeit der Verzichtserklärungen wegen widersprüchlichen Verhaltens gegen Treu und Glauben verstößt und damit unzulässig ist, muss nicht mehr entschieden werden.

**2.** Eine Anfechtung wegen Irrtums scheidet aus, da die Beschwerdeführerin weder einem Irrtum in der äußeren (technischen) Erklärungshandlung (Erklärungsirrtum, § 119 Abs. 1, 2. Alt. BGB) noch einer Fehlvorstellung über den objektiven, rechtlich wirksamen Inhalt ihrer Erklärung (Inhaltsirrtum, § 119 Abs. 1, 1. Alt. BGB) unterlag. Es liegt daher allenfalls ein unbeachtlicher Motivirrtum vorliegt, der nicht zur Anfechtung berechtigt.

### C.

**I.** Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 1 EnWG. Es entspricht der Billigkeit, der unterlegenen Beschwerdeführerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

**II.** Den Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren setzt der Senat im Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung auf ... Euro fest (§ 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO).

Nach der Rechtsprechung des Senats (u.a. Beschluss vom 16.11.2017, VI-3 Kart 56/17 [V]) errechnet sich der Streitwert für förderfähige Windenergieanlagen an Land im Ausgangspunkt nach folgender Formel:

Gebotspreis (in EUR/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).

Im Streitfall war anstelle des Faktors „Gebotswert“ die Differenz zwischen dem Zahlungsanspruch nach dem alten Vergütungsregime und dem gewichteten Mittelwert der

Zuschläge aus der aktuellen Ausschreibungsrunde anzusetzen. Somit errechnet sich folgender Streitwert:

...

#### D.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof zugelassen, weil die streitgegenständliche Frage grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG hat und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG erfordert.

#### 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

Zugleich für die wegen Urlaubs an der Unterschriftsleistung verhinderte Richterin am OLG Pastohr

Klein Reesink