



- Beschlusskammer 6 -

**Beschluss**

Az: BK6-17-146

In dem Wiedereinsetzungsverfahren

der Windpark Nuscheler GmbH & Co. KG, vertreten durch die Windpark Nuscheler  
Verwaltungsgesellschaft mbH, Bahnhofstr. 11, 06198 Salzatal, diese wiederum  
vertreten durch ihren Geschäftsführer Johann Nuscheler, ebenda,

**- Antragstellerin -**

Verfahrensbevollmächtigte: Engemann und Partner Rechtsanwälte mbB,  
Kastanienweg 9, 59555 Lippstadt

wegen: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1  
Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)

hat die Beschlusskammer 6 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommu-  
nikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn, gesetzlich vertreten durch  
ihren Präsidenten Jochen Homann,

durch den Vorsitzenden Christian Mielke,  
den Beisitzer Andreas Foxel  
und den Beisitzer Jens Lück

am 31.07.2017 beschlossen:

Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bezüglich der  
Frist gemäß § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 b) EEG wird abgelehnt.

## Gründe

### I.

Die Antragstellerin begehrt Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 VwVfG bezüglich der Registrierung ihrer Windenergieanlagen im Anlagenregister nach § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 b) EEG. Nach § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 b) EEG müssen Anlagenbetreiber, welche die Genehmigung ihrer Anlage vor dem 01.02.2017 an das Anlagenregister gemeldet haben, zur Ermittlung der Marktprämie nicht am Ausschreibungsverfahren teilnehmen. Der anzulegende Wert ergibt sich für diese vielmehr nach dem bisherigen Vergütungssystem aus dem Gesetz.

1. Die Antragstellerin betreibt drei Windenergieanlagen, namentlich Senvion 3.2 122 MSH 1 (im Folgenden MSH 1), Gemarkung Freist, Flur 2 Flurstück 20/10, Senvion 3.2 122 SK1 (im Folgenden SK1), Gemarkung Beesenstedt, Flur 2, Flurstück 6/5, sowie Senvion 3.2 M122 SK2 (im Folgenden SK2), Gemarkung Beesenstedt, Flur 2, Flurstück 7/5.

Am 02.05.2016 wurde für die Windenergieanlage MSH 1 eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung erteilt. Die Genehmigung der Windenergieanlagen SK1 und SK2 erfolgte am 29.11.2016.

Am 21.03.2017 erhielt die Antragstellerin bei einem Telefonat mit einem Mitarbeiter der [REDACTED] die Information, dass die Anlagen im Anlagenregister gemeldet sein müssten. Daraufhin veranlasste die Antragstellerin die Registrierung im Anlagenregister gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 AnlRegV für die Anlage SK1 noch am selben Tag (21.03.2017) und für MSH 1 sowie SK2 am Folgetag (22.03.2017).

Am 06.04.2017 wurde die Anlage MSH 1 in Betrieb genommen.

Am 26.06.2017 erhielt die Antragstellerin seitens des Anschlussnetzbetreibers, der Mitnetz Strom GmbH, telefonisch den Hinweis, dass die Genehmigung beim Anlagenregister zu spät angemeldet worden sei. Deshalb könne die gesetzliche Förderung nach dem EEG, also die Marktprämie, nicht gezahlt werden.

2. Mit Schriftsatz vom 04.07.2017, bei der Bundesnetzagentur per Fax eingegangen am 04.07.2017, hat die Antragstellerin einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 VwVfG gestellt.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, Wiedereinsetzung könne grundsätzlich auch bei materiellen Fristen beantragt werden, es sei denn, aus dem jeweiligen materiellen Gesetz ergebe sich Gegenteiliges.

Der Gesetzgeber habe für den Anlagenbetreiber bewusst mehrere Möglichkeiten geschaffen, am Ausschreibungsverfahren teilzunehmen. Zum einen könne mit der Inbetriebnahme bis 2019 abgewartet werden. Zum anderen sei es möglich, die Anlagengenehmigung erst nach dem 31.01.2017 beim Anlagenregister zu melden. Zuletzt könne bis zum 28.02.2017 hinsichtlich der gesetzlichen Förderung gegenüber der Bundesnetzagentur ein Verzicht erklärt werden. Es gehe daher bei der Regelung des § 22 Abs. 2 EEG 2017 letztendlich nur um eine verfahrensmäßige Ausgestaltung der Förderung. Eine Förderung komme danach entweder in gesetzlicher Höhe oder in der im Wege des Ausschreibungsverfahrens ermittelten Höhe in Betracht. Es bestehe außerdem die Möglichkeit, dass die durch Ausschreibung ermittelte Förderhöhe höher sein könne als die gesetzliche. Bereits dieser Umstand spreche dagegen, bei der Frist des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 b) EEG 2017 grundsätzlich Wiedereinsetzung zu verwehren.

Des Weiteren treffe die Antragstellerin bezüglich der versäumten Frist kein Verschulden. Grundsätzlich sei von einem verfahrensrechtlichen Verschuldensbegriff auszugehen. Daher müsse die für einen gewissenhaften Verfahrensbeteiligten nach objektiven Maßstäben gebotene Sorgfalt eingehalten werden. Nach den Umständen des Falles müsse die Einhaltung der Frist zumutbar sein. Dabei seien die Anforderungen nicht zu überspannen. Es liege insbesondere kein Verschulden vor, wenn die Frist unklar sei oder das Verschulden auf eine Veranlassung der Behörde zurückzuführen sei. Diese Voraussetzungen seien gegeben, da die gesetzlichen Fristen seitens des Gesetzgebers unklar strukturiert worden seien. Die Frist des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 b) EEG 2017 sei zwar für sich genommen klar formuliert. Jedoch habe die Vorgängerregelung des § 102 Nr. 3 EEG 2014, die ebenfalls Vertrauensschutzregelungen für den Übergang von der gesetzlichen Vergütung zum Ausschreibungsverfahren enthalten habe, den Übergang stets an den Zeitpunkt des Vorliegens der Anlagengenehmigung geknüpft. Dass die Neuregelung nun kumulativ an Genehmigung und Registrierung der Anlage im Anlagenregister anknüpfe, sei für betroffene Anlagenbetreiber zum einen überraschend. Zum anderen sei der Grund für diese Novellierung seitens des Gesetzgebers nicht ersichtlich. Darüber hinaus sei der Geschäftsführer der Antragstellerin kein Jurist. Die versteckte Änderung in § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 b) EEG müsse sich daher insbesondere auch für einen juristischen Laien nicht aufdrängen. Dass er von der Änderung des Gesetzes innerhalb des Monats Januar 2017 keine Kenntnis erlangt habe, sei ihm als Geschäftsführer nicht vorzuwerfen.

Die Antragstellerin beantragt

gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 VwVfG i.V.m. § 22 EEG 2017 die Meldung zum Anlagenregister für alle drei BImSchG-Genehmigungen der Senvion 3.2 M122 rückwirkend zum 31.01.2017 im Anlagenregister einzutragen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Verfahrensakte Bezug genommen.

## II.

1. Der Wiedereinsetzungsantrag ist als unzulässig abzulehnen, da die Bundesnetzagentur für die Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag hinsichtlich der Frist nach § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 b) EEG nicht zuständig ist. Denn sie hat nicht gemäß § 32 Abs. 3 VwVfG über die versäumte Handlung zu befinden.

Es handelt sich bei § 19 i.V.m. § 22 EEG um zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen. Die in § 22 Abs. 2 Nr. 2 EEG genannten Ausschlussfristen werden nicht von der Bundesnetzagentur überwacht. Die Nichteinhaltung dieser Fristen stellt auch keine Ordnungswidrigkeit dar, sodass an die Einhaltung bzw. Nichteinhaltung der Frist keinerlei behördliche Entscheidungen geknüpft sind. Die in § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG genannten Fristen sind vielmehr Tatbestandsmerkmale eines zivilrechtlichen Zahlungsanspruchs (Marktprämie) gegen den Netzbetreiber.

Dessen ungeachtet ist eine Wiedereinsetzung auch nach § 32 Abs. 5 VwVfG ausgeschlossen. Die in § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG genannten Fristen sind rein materielle Ausschlussfristen. Bei materiellen Ausschlussfristen kommt eine Wiedereinsetzung grundsätzlich nicht in Betracht, § 32 Abs. 5 VwVfG.<sup>1</sup> Dies ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG sowie aus der Gesetzesbegründung. Denn hierbei handelt es sich um eine Vorschrift, die den Übergang vom gesetzlichen Vergütungssystem hin zum Ausschreibungsverfahren für die Ermittlung der Marktprämie regelt. Die Übergangsrufen dienen laut Gesetzesbegründung der Planungssicherheit für Investoren sowie der Ermöglichung einer kontinuierlichen Entwicklung beim Ausbau der Windenergie an Land.<sup>2</sup> Demnach handelt es sich um feste Stichtage für den Systemwechsel. Die Möglichkeit der Wiedereinsetzung, die vom Vorliegen eines Verschuldens abhängig ist, und die dadurch entstehende Unsicherheit hinsichtlich des Zeitpunktes des Systemwechsels würden dem Gesetzeszweck gerade widersprechen.

---

<sup>1</sup> Vgl. *Kopp/Ramsauer*, 17. Aufl. 2016, § 31, Rn. 9, § 32, Rn. 6.

<sup>2</sup> BT-Drucksache 18/8860, S. 197.

Eine Ausnahme hiervon kommt weder aufgrund staatlichen Fehlverhaltens noch aufgrund höherer Gewalt oder nach den Grundsätzen von Treu und Glauben in Betracht.<sup>3</sup> Denn die Einführung von zusätzlichen Fristen – hier des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 b) EEG – stellt entgegen der Ansicht der Antragstellerin kein staatliches Fehlverhalten dar. Vielmehr handelt es sich hierbei um übliches gesetzgeberisches Vorgehen<sup>4</sup>. Darüber hinaus wird der Stand jedes Gesetzgebungsverfahrens laufend im Internet veröffentlicht und kann daher frühzeitig vor Erlass der gesetzlichen Regelung verfolgt werden, sodass die Betroffenen hiervon nicht überrascht werden.

Höhere Gewalt ist ebenfalls nicht gegeben. Hierunter ist ein Ereignis zu verstehen, das unter den gegebenen Umständen auch durch die größte, nach den Umständen des konkreten Falls vernünftigerweise von dem Betroffenen unter Anlegung subjektiver Maßstäbe zu erwartenden und zumutbaren Sorgfalt nicht abgewendet werden konnte. Höhere Gewalt ist daher nur bei Naturereignissen oder unabwendbaren Zufällen zu bejahen.<sup>5</sup> Das Versäumnis der Kenntnisnahme von einer gesetzlichen Änderung stellt keinen unabwendbaren Zufall dar. Dies gilt insbesondere für die Änderung gesetzlicher Regelungen, die die Vergütung der EEG-Anlage der Antragstellerin betreffen und damit zu den grundlegenden und existenziellen Regelungen im Rahmen ihres Tätigkeitsbereichs gehören.<sup>6</sup> Aus demselben Grund ist der Ausschluss der Wiedereinsetzungsmöglichkeit hinsichtlich § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 b) EEG auch mit dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbar. Denn die Antragstellerin war nicht außerstande, sich auf die Ausschlussfrist einzurichten bzw. diese einzuhalten.<sup>7</sup> Mangelnde Rechtskenntnis geht insbesondere in Anbetracht dessen, dass es sich um grundlegende, den Tätigkeitsbereich der Antragstellerin betreffende gesetzliche Regelungen handelt, zu ihren eigenen Lasten.<sup>8</sup>

Darüber hinaus wäre der Antrag auch dann abzulehnen, wenn eine Wiedereinsetzung für die Frist des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 b) EEG in Betracht käme. Denn die Antragstellerin war nicht gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 VwVfG ohne Verschulden verhindert, die gesetzliche Frist des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 b) EEG einzuhalten. Verschulden in diesem Sinne liegt dann vor, wenn der Betroffene diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen hat, die für einen gewissenhaften, seine Rechte und Pflichten sachgemäß wahrenen Verfahrensbeteiligten geboten ist und ihm nach den gesamten Umständen zuzumuten

---

<sup>3</sup> Vgl. *Kopp/Ramsauer*, 17. Aufl. 2016, § 31, Rn. 13.

<sup>4</sup> BGH, Urt. vom 05.07.2017, - Az.: VIII ZR 147/16 -, Rn. 70, 71, 80.

<sup>5</sup> BVerwG, Urt. vom 23.04.1985 - Az.: 9 C 7/85 - m.w.N.

<sup>6</sup> BGH, Urt. vom 05.07.2017 - Az.: VIII ZR 147/16 -.

<sup>7</sup> Vgl. OVG Koblenz, Beschl. vom 20.10.1988 - Az.: 2 B 26/88 -.

<sup>8</sup> Vgl. OVG Koblenz, Beschl. vom 20.10.1988 - Az.: 2 B 26/88 -; BVerwG, Beschl. vom 27.11.1995 - Az.: 7 B 290/95 -.

war.<sup>9</sup> Das Verschulden des Vertreters ist dem Vertretenen gemäß § 32 Abs. 1 Satz 2 VwVfG zuzurechnen. Nach diesen Grundsätzen ist ein Verschulden des Geschäftsführers der Antragstellerin gegeben, welches der Antragstellerin gemäß § 32 Abs. 1 Satz 2 VwVfG zuzurechnen ist. Denn der Anlagenbetreiber ist selbst für die Erfüllung seiner Meldepflichten verantwortlich. Ihm obliegt es, sich über die geltende Rechtslage und die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Förderung nach dem EEG zu informieren. Insbesondere besteht diesbezüglich keine Aufklärungspflicht seitens des Netzbetreibers gegenüber dem Anlagenbetreiber.<sup>10</sup> Dies ist dem Anlagenbetreiber auch zumutbar. Denn von einem Anlagenbetreiber kann erwartet werden, sich auch als juristischer Laie mit den fachspezifischen gesetzlichen Anforderungen für seinen Betrieb und insbesondere mit den für den Anlagenbetrieb elementaren Vergütungsbedingungen vertraut zu machen oder sich erforderlichenfalls fachlichen Rat einzuholen. Hierzu gehört die rechtzeitige Kenntnisnahme von Änderungen der für den Anlagenbetreiber maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften, auch wenn diese Änderungen der Öffentlichkeit vor ihrer Bekanntgabe nicht vollumfänglich bekannt waren.

---

<sup>9</sup> *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 17. Aufl. 2016, § 32, Rn. 20.

<sup>10</sup> BGH, Urt. vom 05.07.2017 - Az.: VIII ZR 147/16 -, Rn. 70, 71, 82.

## **Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen diesen Beschluss kann binnen einer Frist von einem Monat ab Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist schriftlich bei der Bundesnetzagentur (Hausanschrift: Tulpenfeld 4, 53113 Bonn) einzureichen. Es genügt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf (Hausanschrift: Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf) eingeht.

Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt einen Monat. Sie beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten.

Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung (§ 76 Abs. 1 EnWG).

Christian Mielke  
Vorsitzender

Andreas Fixel  
Beisitzer

Jens Lück  
Beisitzer