

**Würzburger Berichte zum
Umweltenergierecht**

Rechtsschutz

**im Ausschreibungsverfahren nach der
Freiflächenausschreibungsverordnung**

*Untergesetzliche Festlegungen und
verfassungsrechtliche Vorgaben*

Hintergrundpapier

erstellt von

Katharina Merkel, LL.M. (Aberdeen)

Entstanden im Rahmen des Vorhabens:

Optimierung der Wege zur Integration
erneuerbarer Energien (OPTWIEE)

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

12

17.04.2015

Zitiervorschlag: *Katharina Merkel*, Rechtsschutz im Ausschreibungsverfahren nach der Freiflächenausschreibungsverordnung, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 12 vom 17.04.2015.

Stiftung Umweltenergierecht

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Telefon +49 931 79 40 77-0

Telefax +49 931 79 40 77-29

E-Mail merkel@stiftung-umweltenergierecht.de

kahl@stiftung-umweltenergierecht.de

Internet www.stiftung-umweltenergierecht.de

Vorstand: Thorsten Müller und Fabian Pause, LL.M. Eur.

Stiftungsrat: Prof. Dr. Helmuth Schulze-Fielitz und Prof. Dr. Franz Reimer

Spendenkonto: Sparkasse Mainfranken Würzburg

IBAN DE16790500000046743183, BIC BYLADEM1SWU790

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
B. Der Rechtsschutz gegen Entscheidungen der BNetzA	2
I. Der Rechtsschutz nach § 85 Abs. 4 EEG 2014 i.V.m. § 75 EnWG	2
1. Beschwerdegericht, § 75 Abs. 4 EnWG analog	2
2. Zulässigkeit der Beschwerde, § 75 Abs. 1-3 EnWG analog	3
3. Vorbild Kartellrecht	4
II. Der Rechtsschutz nach § 39 FFAV	5
1. Zulässigkeit von Verpflichtungsbeschwerden	5
2. Unzulässigkeit der Drittanfechtungsbeschwerde	6
C. Vereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 4 GG	6
I. Schutzbereich	7
II. Beeinträchtigung	8
III. Rechtfertigung	8
IV. Was bedeutet dies für den Ausschluss der Drittanfechtung in der FFAV?	9
D. Zusammenfassung	11

A. Einleitung

Die Gewährung einer finanziellen Förderung für Strom aus PV-Freiflächenanlagen wird seit Anfang 2015 nach der Freiflächenausschreibungsverordnung (FFAV)¹ ausgeschrieben. Interessenten können sich in insgesamt drei Ausschreibungsrunden pro Kalenderjahr um die Teilnahme an dem Fördermodell bewerben. Die Förderung ist entsprechend des in § 3 Nr. 3 EEG 2014 vorgesehenen Ausbaupfades mengenmäßig auf einen Zubau von Freiflächenanlagen in Höhe von durchschnittlich 400 MW im Jahr begrenzt. Entsprechend schreibt die Bundesnetzagentur (BNetzA) in den ersten beiden Ausschreibungsrunden im April und August 2015 ein Fördervolumen von je 150 MW und in der dritten Runde im Dezember 2015 von 200 MW aus. Durch die Kontingentierung soll ein Verdrängungswettbewerb entstehen, der eine Senkung der Förderkosten herbeiführt.

Wie in anderen Fällen der Zuteilung mengenmäßig begrenzter Kapazitäten² kann auch bei der Förderung von Strom aus Freiflächenanlagen ein Interesse erfolgloser Konkurrenten entstehen, gegen die Begünstigung eines Mitbewerbers vorzugehen bzw. selbst in den Genuss einer finanziellen Förderung zu gelangen. Das Mittel der Wahl ist in derlei Fällen regelmäßig der Drittwiderspruch bzw. die Drittanfechtungsklage mit dem Begehren, selbst an die Stelle des erfolgreichen Bieters zu treten. Die FFAV schränkt die Ausübung dieses möglichen Rechtsschutzbegehrens unterlegener Wettbewerber allerdings ein : § 39 FFAV, der sich mit dem Rechtsschutz beschäftigt, erklärt lediglich gerichtliche Rechtsbehelfe, die darauf gerichtet sind, die BNetzA zur Erteilung eines Zuschlags zu verpflichten, für zulässig.³ Die Anfechtung eines Zuschlags durch Dritte ist hingegen ausgeschlossen.

Im Folgenden wird zunächst der übliche Rechtsschutz gegen Entscheidungen der BNetzA nach dem EEG 2014 dargestellt, gefolgt von einer Erläuterung der nach § 39 FFAV vorgesehenen Rechtsschutzmöglichkeiten. Im Anschluss wird der Frage nachgegangen, ob der durch § 39 FFAV gewährte Rechtsschutz mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar ist.

¹ Verordnung zur Ausschreibung der finanziellen Förderung für Freiflächenanlagen (Freiflächenausschreibungsverordnung – FFAV) vom 6. Februar 2015 (BGBl. I S. 108).

² Bspw. Standplätze auf Messen und Märkten, Telekommunikationsfrequenzen, Beamtenernennung.

³ Die Frage, welche Rechtsschutzmöglichkeiten gegen andere (vorgelagerte) Entscheidungen der BNetzA jeweils während einer Ausschreibungsrunde bestehen, soll hier nicht vertieft werden. Mögliche Anknüpfungspunkte hierfür ergeben sich aus diversen Verfahrensschritten, wie etwa dem Ausschluss vom Zuschlagsverfahren nach den §§ 10, 11 FFAV und der Zuschlagserteilung nach § 12 Abs. 1, 2, 13 FFAV oder Festlegungen, wie etwa der Veränderung des Ausschreibungsvolumens nach § 4 FFAV, der Vorgabe eines Höchstwerts nach § 8 FFAV oder dem Erlass von Festlegungen nach § 35 FFAV.

B. Der Rechtsschutz gegen Entscheidungen der BNetzA

I. Der Rechtsschutz nach § 85 Abs. 4 EEG 2014 i.V.m. § 75 EnWG

Gemäß § 85 Abs. 4 EEG 2014 sind die Bestimmungen des Teils 8 des EnWG entsprechend auf die Wahrnehmung der Aufgaben der BNetzA nach EEG und den auf Grund des EEG ergangenen Rechtsverordnungen anwendbar. Die Verordnungsermächtigung zum Erlass der FFAV findet sich in § 88 EEG 2014. Die Verfahrensvorschriften des EnWG sind folglich analog auch auf das Ausschreibungsverfahren der BNetzA nach der FFAV anzuwenden⁴.

Von der Verweisung umfasst sind sowohl das behördliche Verfahren vor der BNetzA nach §§ 65 – 74 EnWG als auch das Beschwerdeverfahren nach §§ 75 – 88 EnWG, sowie die gemeinsamen Bestimmungen für behördliches und gerichtliches Verfahren⁵.

1. Beschwerdegericht, § 75 Abs. 4 EnWG analog

Die §§ 75 - 88 EnWG normieren eigene prozessrechtliche Regelungen für den Rechtsschutz gegen regulierungsbehördliche Entscheidungen⁶. Adressaten einer Entscheidung der BNetzA können nach § 75 EnWG analog Beschwerde beim örtlich zuständigen Oberlandesgericht (OLG) einlegen⁷, um diese auf ihre Recht- und Zweckmäßigkeit überprüfen zu lassen⁸. § 75 Abs. 4 EnWG enthält insofern eine sog. abdrängende Sonderzuweisung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten von den Verwaltungsgerichten zu den OLG⁹. Für Beschwerden gegen Entscheidungen der BNetzA ist der nach Geschäftsverteilungsplan zuständige Kartellsenat beim OLG Düsseldorf ausschließlich zuständig¹⁰. Die Beschwerde ist binnen Monatsfrist bei der Regulierungsbehörde einzulegen, § 78 Abs. 1 EnWG analog, und hat nach § 76 Abs. 1 EnWG analog keine aufschiebende Wirkung. Entscheidungen des OLG in der Hauptsache ergehen nach § 83 EnWG durch Beschluss, gegen den nach §§ 86 - 88 EnWG Rechtsbeschwerde beim BGH eingelegt werden kann¹¹.

⁴ Salje, EEG 2014 – Kommentar, 7. Aufl. 2015, § 85 Rn. 32.

⁵ Salje, EEG 2014 – Kommentar, 7. Aufl. 2015, § 85 Rn. 33.

⁶ Huber, in: Kment (Hrsg.), EnWG – Kommentar, 2015, § 75 Rn. 1.

⁷ Salje, EEG 2014 – Kommentar, 7. Aufl. 2015, § 85 Rn. 39.

⁸ Müller, in: Altröck/Oschmann/Theobald, EEG Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 61 Rn. 66.

⁹ Huber, in: Kment (Hrsg.), EnWG – Kommentar, 2015, § 75 Rn. 1 unter Verweis auf BR-Drs. 343/1/11, 24. Kritisch unter Verweis auf einen Systembruch Müller, in: Altröck/Oschmann/Theobald, EEG Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 61 Rn. 65 m.w.N.

¹⁰ Huber, in: Kment (Hrsg.), EnWG – Kommentar, 2015, § 75 Rn. 17; Sommerfeldt/Findeisen, in: Reshöft/Schäfermeier (Hrsg.), EEG Kommentar, 4. Aufl. 2014, § 61 Rn. 70; Müller, in: Altröck/Oschmann/Theobald, EEG Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 61 Rn. 67.

¹¹ Sommerfeldt/Findeisen, in: Reshöft/Schäfermeier (Hrsg.), EEG Kommentar, 4. Aufl. 2014, § 61 Rn. 67, 73.

Das Beschwerdeverfahren soll Verwaltungsrechtsschutz gewährleisten und besitzt eine doppelte Zielsetzung: Zum einen verfolgt es den Schutz der objektiven Richtigkeit des Verwaltungshandelns, zum anderen gewährt es individuellen Rechtsschutz¹². Die Zuweisung an die OLG zielt auf eine Beschleunigung des Verfahrens ab¹³.

2. Zulässigkeit der Beschwerde, § 75 Abs. 1-3 EnWG analog

Die Beschwerde kann sich gegen eine Entscheidung der BNetzA als Regulierungsbehörde (Anfechtungsbeschwerde nach § 75 Abs. 1 EnWG) oder auf Erlass einer beantragten Entscheidung (Verpflichtungsbeschwerde nach § 75 Abs. 3 EnWG) richten¹⁴. Daneben sind die Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde (nach § 83 Abs. 2 Satz 2 EnWG) sowie die allgemeine Leistungsbeschwerde (als ungeschriebene, aber höchstrichterlich anerkannte Beschwerdeart zur Ergänzung des ansonsten unvollständigen Regulationssystems¹⁵) statthaft¹⁶. Schließlich kommt in Ausnahmefällen eine vorbeugende Unterlassungsbeschwerde in Betracht, falls ein Abwarten irreparabel oder schwer auszugleichende Nachteile hervorriefe¹⁷.

Beschwerdegegenstand ist eine „Entscheidung“ der Regulierungsbehörde. Hierunter fallen alle Maßnahmen, in denen das Gesetz selbst von Entscheidungen spricht, sowie alle Handlungen der Regulierungsbehörde in Form eines Verwaltungsakts, einschließlich Allgemeinverfügungen und Genehmigungen¹⁸. Unverbindliche, von der Regelungswirkung des Verwaltungsakts nicht erfasste Hinweise sind vom Rechtsschutz nicht erfasst¹⁹.

Beschwerdebefugt ist nach § 75 Abs. 2 EnWG jeder am Verfahren Beteiligte²⁰. Das EnWG stellt auf die formale Beteiligtenstellung nach § 66 Abs. 2 ab, der Geltendmachung einer Rechtsverletzung bedarf es insoweit nicht²¹. Zu den „geborenen“ Verfahrensbeteiligten zählen Antragsteller und Unternehmen, gegen die sich die Entscheidung der BNetzA richtet oder die unmittelbar durch eine das Verfahren abschließende Entscheidung belastet werden können²². Unter „gekorenen“ Verfahrensbeteiligten sind Dritte zu verstehen, deren Interessen durch die jeweilige Entscheidung berührt werden und die die Regulierungsbehörde auf ihren Antrag zum

¹² *Huber*, in: Kment (Hrsg.), EnWG – Kommentar, 2015, § 75 Rn. 1; *Hanebeck*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG Kommentar, 3. Aufl. 2015, Vorbemerkung zu § 75 Rn. 1.

¹³ *Huber*, in: Kment (Hrsg.), EnWG – Kommentar, 2015, § 75 Rn. 3 unter Verweis auf BT-Drs. 15/3917, 71.

¹⁴ *Sommerfeldt/Findeisen*, in: Reshöft/Schäfermeier (Hrsg.), EEG Kommentar, 4. Aufl. 2014, § 61 Rn. 68.

¹⁵ *BGH*, Urteil vom 19.6.2007, Az. KV 35/06 = IR 2007, 206; *OLG Düsseldorf*, RdE 2010, 35, 37 f.

¹⁶ *Huber*, in: Kment (Hrsg.), EnWG – Kommentar, 2015, § 75 Rn. 7 f.; *Hanebeck*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG Kommentar, 3. Aufl. 2015, § 75 Rn. 1, 2.

¹⁷ *Huber*, in: Kment (Hrsg.), EnWG – Kommentar, 2015, § 75 Rn. 10; *OLG Düsseldorf*, RdE 2010, 35, 38.

¹⁸ *Huber*, in: Kment (Hrsg.), EnWG – Kommentar, 2015, § 75 Rn. 12; *Hanebeck*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG Kommentar, 3. Aufl. 2015, § 75 Rn. 3

¹⁹ *OLG Düsseldorf*, RdE 2010, 35, 36 f.

²⁰ *Huber*, in: Kment (Hrsg.), EnWG – Kommentar, 2015, § 75 Rn. 13.

²¹ *Sommerfeldt/Findeisen*, in: Reshöft/Schäfermeier (Hrsg.), EEG Kommentar, 4. Aufl. 2014, § 61 Rn. 69.

²² *Huber*, in: Kment (Hrsg.), EnWG – Kommentar, 2015, § 75 Rn. 13; *OLG Düsseldorf*, RdE 2010, 35, 38.

Verfahren beigeladen hat²³. Im Rahmen einer Verpflichtungsbeschwerde ist beschwerdebefugt, wer erfolglos einen Antrag bei der BNetzA stellte²⁴. Im Gegensatz zur Anfechtungsbeschwerde, bei der die bloße Verfahrensbeteiligung für die Beschwerdebefugnis ausreichend ist, muss der Beschwerdeführer darüber hinaus gemäß § 75 Abs. 3 Satz 1 EnWG zumindest die Möglichkeit eines Anspruchs auf die begehrte Entscheidung darlegen²⁵.

Ein Rechtsschutzbedürfnis besteht nur im Falle einer Beschwer durch die jeweilige Entscheidung. Eine formelle Beschwer liegt vor, sobald die Entscheidung hinter dem gestellten Antrag zurückbleibt²⁶. Eine materielle Beschwer ist zu bejahen, solange aus der angefochtenen Entscheidung ein wirtschaftlicher Nachteil bzw. eine Beeinträchtigung wirtschaftlicher Interessen hervorgeht²⁷.

3. Vorbild Kartellrecht

Der Verwaltungsrechtsschutz nach §§ 75 ff. EnWG orientiert sich am Rechtsschutzsystem des GWB²⁸. Da die Vorschriften zum energiewirtschaftlichen Rechtsschutzverfahren die Regelungen des GWB nahezu wortgleich übernehmen, kann sowohl die Rechtsprechung als auch die Literatur zu den §§ 66 ff. GWB entsprechend herangezogen werden²⁹. Für das Kartellrecht ist anerkannt, dass neben der Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde weitergehende Beschwerdearten notwendig sind, um den durch Art. 19 Abs. 4 GG garantierten lückenlosen Rechtsschutz zu gewährleisten³⁰. Der Beschwerdeführer müsse im Hinblick auf jede von Art. 19 Abs. 4 GG erfasste Rechtsverletzung Rechtsschutz erlangen können, also nicht nur gegen den Erlass oder die Unterlassung von Entscheidungen³¹. Dementsprechend ist im Kartellrecht auch die allgemeine Leistungsbeschwerde anerkannt³², und wurde als vierte Beschwerdeart in den energiewirtschaftlichen Rechtsschutz integriert.

²³ Huber, in: Kment (Hrsg.), EnWG – Kommentar, 2015, § 75 Rn. 13; OLG Düsseldorf, RdE 2010, 35, 38. Zur Ausdehnung des Kreises der Beschwerdebefugten Hanebeck, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG Kommentar, 3. Aufl. 2015, § 75 Rn. 5.

²⁴ Hanebeck, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG Kommentar, 3. Aufl. 2015, § 75 Rn. 9.

²⁵ Sommerfeldt/Findeisen, in: Reshöft/Schäfermeier (Hrsg.), EEG Kommentar, 4. Aufl. 2014, § 61 Rn. 69; Hanebeck, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG Kommentar, 3. Aufl. 2015, § 75 Rn. 10.

²⁶ Huber, in: Kment (Hrsg.), EnWG – Kommentar, 2015, § 75 Rn. 14.

²⁷ Huber, in: Kment (Hrsg.), EnWG – Kommentar, 2015, § 75 Rn. 14; Hanebeck, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG Kommentar, 3. Aufl. 2015, § 75 Rn. 7.

²⁸ Hanebeck, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG (3. Aufl., 2015), Einführung zu § 75 Rn. 1.

²⁹ Huber, in: Kment (Hrsg.), EnWG – Kommentar, 2015, § 75 Rn. 1.

³⁰ Hanebeck, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG Kommentar, 3. Aufl. 2015, § 75 Rn. 1 unter Verweis auf BGHZ 117, 209 und w.N.

³¹ Hanebeck, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG (3. Aufl., 2015), § 75 Rn. 1 unter Hinweis auf BGHZ 117, 209, 211.

³² Hanebeck, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG (3. Aufl., 2015), § 75 Rn. 2 unter Verweis auf BGH, IR 2007, 206 und OLG Düsseldorf, RdE 2010, 35, 37 f.

II. Der Rechtsschutz nach § 39 FFAV

1. Zulässigkeit von Verpflichtungsbeschwerden

§ 39 Abs. 1 Satz 1 FFAV erklärt gerichtliche Rechtsbehelfe, die auf eine Verpflichtung der BNetzA zur Zuschlagserteilung gerichtet sind, für zulässig. Während die Begründung des FFAV-Entwurfs noch von der Erhebung einer Verpflichtungsklage³³ sprach, verweist die Verordnungsbegründung nun auf den Beschwerdeweg.

In den Fällen, in denen Bieter

- nach §§ 10 oder 11 FFAV vom Zuschlagsverfahren ausgeschlossen wurden, oder
- keinen Zuschlag nach § 13 FFAV erhalten haben,

können diese die Entscheidung der BNetzA gemäß § 85 Abs. 4 EEG 2014 i.V.m. § 75 EnWG vor dem OLG angreifen³⁴. Ist der Rechtsbehelf erfolgreich, ist das OLG jedoch nicht befugt, die Zuschläge anderer Bieter aufzuheben, sondern verpflichtet die BNetzA zur Erteilung eines entsprechenden Zuschlags an den Beschwerdeführer³⁵. So bleibt die Rechtsposition erfolgreicher Bieter auch im Falle der gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruchs auf Zuschlag durch einen Mitbewerber unangreifbar. Ist der Rechtsbehelf erfolgreich, sodass die BNetzA den Zuschlag erteilen muss, erhöht sich anschließend gemäß § 39 Abs. 1 Satz 2 FFAV das Ausschreibungsvolumen im Umfang der gerichtlich erstrittenen Zuschläge³⁶, sodass sich in der Folge das Volumen der nächsten Ausschreibungsrunde entsprechend verringert, § 4 Abs. 2 Nr. 2 FFAV. Ausweislich § 39 Abs. 2 Satz 1 FFAV haben sowohl die Zuschlagserteilung als auch die Ausstellung einer Förderberechtigung unabhängig von der Einlegung eines Rechtsbehelfs durch einen Mitbewerber Bestand.

Die Durchführung eines behördlichen Widerspruchsverfahrens gegen Maßnahmen und Entscheidungen der BNetzA, das dem gerichtlichen Verfahren vorgelagert wäre, war bereits im FFAV-Entwurf³⁷ nicht vorgesehen³⁸ und wurde auch nachträglich nicht aufgenommen.

³³ Entwurfsbegründung, S. 74.

³⁴ Bundesregierung, FFAV (Stand vom 28.01.2015) – nicht amtliche Lesefassung (siehe Artikel 1), abrufbar unter https://www.clearingstelle-eeg.de/files/FFAVEinfuehrungsV_150128_1.pdf (abgerufen am 20.02.2015), S. 94.

³⁵ Bundesregierung, FFAV (Stand vom 28.01.2015) – nicht amtliche Lesefassung (siehe Artikel 1), abrufbar unter https://www.clearingstelle-eeg.de/files/FFAVEinfuehrungsV_150128_1.pdf (abgerufen am 20.02.2015), S. 94.

³⁶ Bundesregierung, FFAV (Stand vom 28.01.2015) – nicht amtliche Lesefassung (siehe Artikel 1), abrufbar unter https://www.clearingstelle-eeg.de/files/FFAVEinfuehrungsV_150128_1.pdf (abgerufen am 20.02.2015), S. 94.

³⁷ BMWi, Entwurf vom 31.10.2014.

³⁸ § 22 des Entwurfs, siehe zum Entwurf auch Scholtka et al., ER aktuell, ER 01/15, 24 ff.

2. Unzulässigkeit der Drittanfechtungsbeschwerde

§ 39 Abs. 2 Satz 2 FFAV schließt Konkurrentenklagen im klassischen Sinne aus, sodass Konkurrenten keine Möglichkeit haben, die Zuschlagsentscheidung zugunsten anderer Anbieter oder die Ausstellung einer Förderberechtigung anzufechten³⁹. Die Regelung dient dem Ziel, erfolgreichen Bietern, die einen Zuschlag nach § 12 FFAV erhalten haben, Rechtssicherheit zu gewähren⁴⁰. Eine auf die Zulassung zum Zuschlagsverfahren gerichtete Klage ist nicht zulässig, der ausgeschlossene Konkurrent vermag lediglich auf Erteilung eines Zuschlags an sich selbst zu klagen⁴¹.

C. Vereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 4 GG

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwieweit der Ausschluss der Drittanfechtung mit der verfassungsrechtlich verankerten Garantie effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG, die den Rechtsschutz gegenüber der Exekutive sichert⁴², vereinbar ist.

Die Bundesregierung ging ausweislich der Begründung zu § 39 FFAV davon aus, dass die Eröffnung der Beschwerdemöglichkeit nach § 39 Abs. 1 Satz 1 FFAV zur Erzwingung einer Zuschlagserteilung einen den Maßstäben des Art. 19 Abs. 4 GG entsprechenden Rechtsschutz gewährleistet, ohne dass für die übrigen Bieter rechtliche Risiken entstünden⁴³. Durch die Möglichkeit der gerichtlichen Anordnung eines Zuschlags sei der klagende Konkurrent auch nicht durch die Erteilung eines Zuschlags an einen anderen Bieter beschwert, sodass es ihm bereits am Rechtsschutzbedürfnis zur Geltendmachung der Aufhebung von Zuschlägen an Dritte fehle⁴⁴.

³⁹ Bundesregierung, FFAV (Stand vom 28.01.2015) – nicht amtliche Lesefassung (siehe Artikel 1), abrufbar unter https://www.clearingstelle-eeg.de/files/FFAVEinfuehrungsV_150128_1.pdf (abgerufen am 20.02.2015), S. 94.

⁴⁰ Bundesregierung, FFAV (Stand vom 28.01.2015) – nicht amtliche Lesefassung (siehe Artikel 1), abrufbar unter https://www.clearingstelle-eeg.de/files/FFAVEinfuehrungsV_150128_1.pdf (abgerufen am 20.02.2015), S. 94.

⁴¹ Bundesregierung, FFAV (Stand vom 28.01.2015) – nicht amtliche Lesefassung (siehe Artikel 1), abrufbar unter https://www.clearingstelle-eeg.de/files/FFAVEinfuehrungsV_150128_1.pdf (abgerufen am 20.02.2015), S. 94.

⁴² Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 19 Rn. 34.

⁴³ Bundesregierung, FFAV (Stand vom 28.01.2015) – nicht amtliche Lesefassung (siehe Artikel 1), abrufbar unter https://www.clearingstelle-eeg.de/files/FFAVEinfuehrungsV_150128_1.pdf (abgerufen am 20.02.2015), S. 94.

⁴⁴ Bundesregierung, FFAV (Stand vom 28.01.2015) – nicht amtliche Lesefassung (siehe Artikel 1), abrufbar unter https://www.clearingstelle-eeg.de/files/FFAVEinfuehrungsV_150128_1.pdf (abgerufen am 20.02.2015), S. 94.

Diesbezüglich wurde mittlerweile die Frage aufgeworfen, ob ein solcher Ausschluss der Drittanfechtung verfassungsrechtlich überhaupt zulässig ist⁴⁵, oder ob die Gestaltung des Rechtsschutzes für Konkurrenten zu sehr von Erwägungen zum Schutz der erfolgreichen Bieter vor rechtlichen Risiken für den Bestand erhaltener Zuschläge geleitet wurde⁴⁶.

I. Schutzbereich

Der Schutzbereich des Art. 19 Abs. 4 GG ist nur eröffnet, wenn ein Grundrechtsträger durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt sein kann⁴⁷. Die Möglichkeit der Rechtsverletzung setzt voraus, dass die einschlägigen Normen dem Betroffenen ein subjektives Recht des öffentlichen Rechts einräumen; die Verletzung bloßer rechtlich nicht geschützter Interessen ist insofern nicht ausreichend⁴⁸.

In Bezug auf Drittbetroffene kommt in der Regel nur die Schutzfunktion der Grundrechte zum Tragen, die dem Gesetzgeber allerdings weite Spielräume belässt⁴⁹. Wird durch einfaches Recht etwa der Drittschutz in Fällen einer Grundrechtsbeeinträchtigung ausgeschlossen, indem bspw. Drittschutz nur in bestimmten Fällen vorgesehen wird, kann dies eine zulässige Grundrechtsbeeinträchtigung darstellen⁵⁰.

Damit die Rechtsschutzgarantie greift, muss das Handeln der öffentlichen Gewalt auch in den Schutzbereich des Rechts derart eingreifen, dass die Möglichkeit der rechtlichen Betroffenheit des Klägers besteht⁵¹. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass Drittbetroffene in subjektiven Rechten nur verletzt sein können, wenn die jeweilige Norm ihrem Schutz dient⁵².

⁴⁵ Florian Huerkamp, Ausschreibungen für PV-Anlagen: Ende der „Planwirtschaft“ beim Strom?, abrufbar unter <http://green.wiwo.de/ausschreibungen-fuer-pv-anlagen-ende-der-planwirtschaft-beim-strom/> (abgerufen am 31.03.2015). Dort heißt es: „Außerdem soll der einmal erteilte Zuschlag nicht durch Rechtsbehelfe eines Konkurrenten angegriffen werden können, um ‚Rechtssicherheit für die Bieter‘ zu schaffen. Ist solch ein pauschaler Ausschluss aber verfassungsrechtlich überhaupt zulässig? Weshalb ist für den Subventionsempfänger ein Sonderregime notwendig? Immerhin muss auch der erfolgreiche Bieter bei einem milliardenschweren Staatsauftrag damit rechnen, dass ihm sein Erfolg durch einen Konkurrenten gerichtlich streitig gemacht wird.“ Unkritisch sehen dies insoweit Walter Frenz, PV-Freiflächenanlagen nach dem EEG 2014, NuR 2014, 768, 770 sowie Christian Kahle/Mascha Menny, Das Ausschreibungsmodell des EEG 2014, et 2014, Heft 12, 18, 21.

⁴⁶ Vgl. Bundesregierung, FFAV (Stand vom 28.01.2015) – nicht amtliche Lesefassung (siehe Artikel 1), abrufbar unter https://www.clearingstelle-eeg.de/files/FFAVEinfuehrungsV_150128_1.pdf (abgerufen am 20.02.2015), S. 94: „Damit ist ein ausreichender Rechtsschutz nach Artikel 19 Abs. 4 GG gewährleistet, ohne dass für die übrigen Bieter rechtliche Risiken entstehen.“

⁴⁷ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 19 Rn. 35.

⁴⁸ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 19 Rn. 36.

⁴⁹ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 19 Rn. 39.

⁵⁰ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 19 Rn. 39.

⁵¹ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 19 Rn. 41.

⁵² Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 19 Rn. 41.

II. Beeinträchtigung

Art. 19 Abs. 4 GG wird beeinträchtigt, wenn der Rechtsweg i.S.d. Weges zu staatlichen Gerichten nicht eröffnet wird⁵³. Eine Beeinträchtigung der Rechtsweggarantie liegt vor, wenn entweder der Zugang zu den Gerichten ausgeschlossen oder in unzumutbarer, nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigter Weise erschwert wird⁵⁴, oder die Effektivität des Rechtsschutzes nicht gewährleistet ist, weil keine tatsächlich wirksame Kontrolle durch die Gerichte stattfindet⁵⁵. Die Ausgestaltung des Zugangs zu den Gerichten sowie der wirksamen Kontrolle durch die Gerichte obliegt zwar dem Gesetzgeber⁵⁶, die konkrete Ausgestaltung muss aber dem Schutzzweck des Art. 19 Abs. 4 GG genügen⁵⁷.

III. Rechtfertigung

Einschränkungen des Grundrechts sind u.a. durch kollidierendes Verfassungsrecht, insbesondere zum Schutz der Grundrechte Dritter, möglich⁵⁸. Auch hat der Gesetzgeber den Spielraum zu entscheiden, ob und in welchem Umfang er im einfachen (oder untergesetzlichen) Recht subjektive Rechte einräumen will. Dies gilt auch für die Ausgestaltung der subjektiven Rechte, sodass grundsätzlich ein breites Spektrum an Begrenzungsmöglichkeiten eröffnet ist⁵⁹.

Einschränkungen und Ausgestaltungen der Rechtsschutzgarantie müssen allerdings den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren⁶⁰. In diesem Zusammenhang können insbesondere die mit dem Rechtsschutz verbundenen Zeitnachteile Bedeutung entfalten, auch und gerade bei einer Konkurrentenklage.⁶¹ In einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts spielte dieser Begründungsstrang eine tragende Rolle bei der Frage, ob ein Insolvenzverwalter gerichtlich gegen die Bestellung eines Kollegen vorgehen kann.⁶² Das Insolvenzrecht schließt positive Konkurrentenklagen nichtberücksichtigter Bewerber nämlich aus⁶³. Es wird lediglich durch eine angemessene Gestaltung des Verfahrens sichergestellt, dass jeder Bewerber die Chance hat, zum Insolvenzverwalter bestellt zu werden.⁶⁴ Diese Einschränkung des Rechtsschutzes wird vom Gesetzgeber mit dem Umstand begründet, dass das Insolvenzverfahren in erster Linie den Interessen der Gläubiger und Schuldner diene⁶⁵. Eine erfolgreiche Anfechtung

⁵³ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 19 Rn. 49.

⁵⁴ BVerfGE 40, 272, 274 f.; 60, 253, 269; 69, 381, 385.

⁵⁵ BVerfGE 93, 1, 13; 112, 185, 207; 113, 297, 310; 117, 244, 268.

⁵⁶ BVerfGE 100, 313, 364; 101, 106, 123; 118, 168, 207.

⁵⁷ BVerfGE 133, 1.

⁵⁸ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 19 Rn. 53, BVerfGE 116, 1, 18.

⁵⁹ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 19 Rn. 53.

⁶⁰ BVerfGE 101, 106, 124 f.; 116, 1, 19.

⁶¹ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 19 Rn. 54.

⁶² BVerfGE 116, 1, 19 ff.

⁶³ Vgl. § 6 Abs. 1 InsO.

⁶⁴ Ergänzend besteht die Möglichkeit zur Erhebung einer Feststellungs- bzw. Amtshaftungsklage.

⁶⁵ Bickenbach, Grundfälle zu Art. 19 IV GG, JuS 2007, 910, 914.

einer Bestellung des Insolvenzverwalters seitens eines nicht zum Zuge gekommenen Kollegen würde hier zu einer Verzögerung des Insolvenzverfahrens führen und die Befriedigung der Gläubiger gefährden.⁶⁶ Den durch Art. 14 Abs. 1 GG (Eigentum) geschützten Rechten und Interessen der Verfahrensbeteiligten könne nur durch einen Ausschluss der Konkurrentenklage genügt werden⁶⁷. Das Bundesverfassungsgericht stütze diese Sicht:

„So wären im Fall einer durch die Anfechtung des Prätendenten bewirkten Entlassung des zunächst bestellten Insolvenzverwalters mit einer nachfolgenden erneuten Auswahlentscheidung des Insolvenzrichters und anschließenden erneuten Anfechtungsmöglichkeiten schwerwiegende Verzögerungen verbunden, die mit der bereits geschilderten Eilbedürftigkeit des Insolvenzverfahrens nicht zu vereinbaren sind. [...] Im vorliegenden Fall kann dem auf Art. 14 Abs. 1 GG gestützten Interesse der Gläubiger nur dadurch Rechnung getragen werden, dass der Rechtsschutz zugunsten der Bewerber um das Insolvenzverwalteramt unter Ausschluss einer Möglichkeit zur Drittanfechtung der Bestellung [...] gewährt wird. Andere Wege zur Vermeidung der geschilderten, den Verfahrenszweck vereitelnden Nachteile sind nicht eröffnet. Diese Lösung erscheint auch angemessen, weil nach dem vom Gesetzgeber mit Blick auf die Gewährleistung des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 GG) verfolgten Ziel des Insolvenzverfahrens den Interessen der Gläubiger und des Schuldners Vorrang gegenüber den Interessen der Prätendenten [...] zukommt.“⁶⁸

Es zeigt sich also, dass im Falle von sonst hinzunehmenden Verzögerungen und Rechtsunsicherheiten die Möglichkeit einer Drittanfechtung sehr wohl verfassungskonform ausgeschlossen werden kann, wenn der Gesetzgeber in seiner Abwägungsentscheidung zu dem Schluss kommt, dass der Bestand einer einmal getroffenen Entscheidung schwerer wiegt als das Rechtsschutzinteresse eines unterlegenen Dritten. Dies gilt umso mehr, wenn das schützenswerte Individualinteresse des Begünstigten noch durch ein Gemeinwohlinteresse verstärkt wird.

IV. Was bedeutet dies für den Ausschluss der Drittanfechtung in der FFAV?

Doch was bedeutet dies nun für den Ausschluss der Drittanfechtung in der FFAV? Zunächst ist festzuhalten, dass ein jeder Bieter grundsätzlich ein subjektives Recht auf eine rechtsfehlerfreie Auswahlentscheidung über einen Förderanspruch hat. Kommt er in der Ausschreibungsrunde, in der er mitgeboten hat, nicht zum Zuge, kann er dies gerichtlich überprüfen lassen, wie dies in § 39 Abs. 1 FFAV vorgesehen ist. Bedarf es aber zusätzlich noch einer Möglichkeit, auch die Förderentscheidung zugunsten eines erfolgreichen Mitbewerbers anzugreifen? Nein, und das aus zwei Gründen:

⁶⁶ Bickenbach, Grundfälle zu Art. 19 IV GG, JuS 2007, 910, 914.

⁶⁷ Bickenbach, Grundfälle zu Art. 19 IV GG, JuS 2007, 910, 914.

⁶⁸ BVerfGE 116, 1, 19 f., 21 f..

Erstens würde bei einer Drittanfechtungsmöglichkeit die Realisierung der in der jeweiligen Ausschreibungsrunde mit einer Förderung bezuschlagten Leistung beeinträchtigt, indem die Investitionssicherheit für den Zubau entfielen. Zwar mag die Eilbedürftigkeit des Vollzugs der Auswahlentscheidung hier weniger stark ausgeprägt sein als im oben beschriebenen Fall der Bestellung eines Insolvenzverwalters. Allerdings würden mögliche Drittanfechtungsklagen den Zeit- und Realisierungsplänen für die Projekte die Investitionsgrundlage entziehen und damit die bei Ausschreibungen ohnehin als sensibel geltende Realisierungsrate der bezuschlagten Projekte verschlechtern. Dies dürfte wiederum Folgewirkungen auf das in der jeweils nächsten Ausschreibungsrunde offerierte Volumen und die Stetigkeit des mit dem gesetzlichen Ausbaupfad verfolgten Zielkorridors haben. Daher darf der Ordnungsgeber das Interesse des Einzelnen an dem Bestand der ihn begünstigenden Förderentscheidung und das Interesse der Allgemeinheit an einem stetigen tatsächlichen Zubau der ausgeschriebenen Leistung schwerer gewichten als das Interesse eines unterlegenen Dritten, die Förderentscheidung seines Konkurrenten anzufechten. Nicht zuletzt würde sich auch rein praktisch die Frage stellen, welchen konkreten Zuschlag ein unterlegener Dritter anfechten sollte. Den, mit dem höchsten Preis im Falle einer Vergabe nach pay-as-bid oder alle im Falle von uniform pricing? Oder den, von dem der Dritte zu wissen glaubt, dass er rechtsfehlerhaft zustande kam?

Zweitens hat der Ordnungsgeber in der FFAV eine elegante Lösung gefunden, um das Rechtsschutzbegehren unterlegener Bieter gleichwohl sicherzustellen. Denn trotz des Knappheitswettbewerbs in einer Ausschreibungsrunde setzt eine nachträgliche Aufnahme eines unrechtmäßig nicht zum Zuge gekommenen Bieters in die Förderung nicht die Beseitigung der Förderung eines anderen voraus. So ordnet § 39 Abs. 1 S. 2 FFAV an, dass das Leistungsvolumen durch einen erst im Rechtsschutzverfahren einrückenden Bieter in der jeweiligen Ausschreibungsrunde nachträglich aufgestockt wird. Das Ausschreibungsdesign setzt hier also gerade nicht voraus, dass ein Einrücken in die Förderung erst dann möglich ist, wenn vorher Platz geschaffen wurde, indem ein anderer die Förderzusage wieder verliert. Dieses Herangehen unterscheidet sich grundlegend von den klassischen Fällen einer Drittanfechtung etwa bei der Besetzung einer Beamtenstelle, der Zuteilung eines Marktstandes oder der Vergabe eines öffentlichen Auftrags. Denn hier bedingt eine streng gedeckelte Kontingentierung des Ausschreibungsgegenstandes regelmäßig das Erfordernis, über eine Drittanfechtung erst Platz zu schaffen bzw. diesen freizuhalten. In der FFAV hingegen, wird das Volumen einer Ausschreibungsrunde nachträglich einfach aufgestockt und erst in der folgenden Runde wieder abgezogen. Solange der absolute Ausbaudeckel von 52 GW für Strom aus solarer Strahlungsenergie nach § 31 Abs. 6 EEG 2014 nicht erreicht ist, erfordert diese Flexibilität in der Bewirtschaftung der ausgeschriebenen Menge keine Drittanfechtung, um dem Rechtsschutzbegehren eines unrechtmäßig unterlegenen Bieters Rechnung zu tragen. Im Gegenteil, auf diese Weise dürfte das Rechtsschutzbegehren für eine Drittanfechtung sogar entfallen.

Im Ganzen lässt sich also festhalten, dass der Ausschluss der Drittanfechtung in § 39 Abs. 2 FFAV mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar ist.

D. Zusammenfassung

Bieter, die im Zuge einer Ausschreibung nach der FFAV nicht zum Zuge gekommen sind, können diese Entscheidung der BNetzA mit einer Beschwerde beim OLG Düsseldorf anfechten. Ein behördliches Widerspruchsverfahren findet vorher nicht statt.

Ist der Rechtsbehelf erfolgreich, verpflichtet das OLG die BNetzA zur Erteilung eines entsprechenden Zuschlags an den Beschwerdeführer, sodass sich anschließend das Ausschreibungsvolumen im Umfang der gerichtlich erstrittenen Zuschläge erhöht. In der Folge verringert sich dann aber das Volumen der nächsten Ausschreibungsrunde entsprechend.

Hingegen kann ein unterlegener Bieter die Zuschlagsentscheidung zugunsten eines erfolgreichen Konkurrenten nicht anfechten. Die Erteilung eines Zuschlags oder die Ausstellung einer Förderberechtigung haben demnach unabhängig von Rechtsschutzverfahren Dritter Bestand.

Dieser Ausschluss der Drittanfechtung ist mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar: Zum einen würden Drittanfechtungen die Investitionssicherheit der erfolgreichen Bieter und damit die Stetigkeit des planmäßigen Zubaus neuer Erzeugungsleistung gefährden, sodass das Interesse an einer Drittanfechtung hier zurücktreten kann. Zum anderen wird Bietern, die erfolgreich gegen die Nichterteilung eines Zuschlages Beschwerde führen, in der FFAV durch die flexible Bewirtschaftung des Volumens der Ausschreibungsrunden die Möglichkeit eingeräumt, nachholend an der Ausschreibungsrunde teilzunehmen, sodass für eine Drittanfechtung auch kein Rechtsschutzbedürfnis besteht.