

---

**Datum:** 22.03.2018  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 3. Kartellsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** VI-3 Kart 68/17 (V)  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2018:0322.VI3KART68.17V.00

---

**Leitsätze:**

§ 32 Abs. 5 VwVfG, § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2b EEG 2017

Ein an die Bundesnetzagentur gerichteter Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bezogen auf die in § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2b EEG 2017 geregelte Registrierungsfrist für Windenergieanlagen an Land ist zulässig. Die Bundesnetzagentur ist zur Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag zuständig, da die dort geregelte Frist nicht ausschließlich zivilrechtliche Wirkungen zwischen Anlagen- und Netzbetreiber zeitigt, sondern gleichzeitig Gegenstand einer energieverwaltungsrechtlichen Kontrolle durch die Bundesnetzagentur ist. Es handelt sich hierbei um eine behördliche Verfahrensfrist ohne materiell-rechtliche Ausschlusswirkung, so dass die Wiedereinsetzung nicht nach § 32 Abs. 5 VwVfG ausgeschlossen ist.

---

**Tenor:**

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 31.01.2017, Az. BK6-17-144, wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die außergerichtlichen Aufwendungen der Bundesnetzagentur.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf ... EUR festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

---

## Gründe:

1

### I.

2

Die Antragstellerin ist eine Zweckgesellschaft ohne eigenes Personal, die ausschließlich zur Errichtung und zum Betrieb eines drei Windenergieanlagen umfassenden Vorhabens in ..., gegründet wurde. Komplementärin ist die A, deren Geschäftsführer B ist. Dieser ist auch Prokurist der einzigen Kommanditistin und Dienstleisterin der Antragstellerin für die Betreuung der Umsetzung der BImSchG-Genehmigung, der D. Diese hatte den Kommanditanteil am 23.06.2016 von der C aufschiebend bedingt auf die am 29.11.2016 erfolgte Eintragung in das Handelsregister erworben. Der C hatte nach dem mit der ursprünglichen Betreiberin des Vorhabens, der Firma E, geschlossenen Projektentwicklungsvertrag zuvor unter anderem die Vorbereitung und Begleitung des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens sowie die Beschaffung aller sonstigen erforderlichen Genehmigungen oblegen.

3

Das Vorhaben befindet sich derzeit in der Bauphase. Die erforderliche Genehmigung nach dem BImSchG datiert auf den 27.08.2015. Die Anmeldung zur Registrierung der Anlagengenehmigung im Anlagenregister gemäß § 4 Abs. 1 AnlRegV erfolgte am 20.04.2017.

4

Der Zeitpunkt der Registrierung der Anmeldung ist für die Antragstellerin vorliegend unter zwei Gesichtspunkten relevant: Zum einen müssen nach § 4 Abs. 1 S. 1 AnlRegV Inhaber von Genehmigungen und Zulassungen, die nach dem 28.02.2015 für genehmigungsbedürftige Anlagen erteilt worden sind, diese spätestens drei Wochen nach ihrer Bekanntgabe beim Anlagenregister registrieren lassen. Zum anderen hängt nach Umstellung der Förderung der Erneuerbaren Energien auf ein Ausschreibungssystem die Förderung für Strom aus Erneuerbaren Energien grundsätzlich von einem erfolgreichen Zuschlag im Ausschreibungsverfahren ab (§ 19 Abs. 1, § 22 Abs. 1 S. 1 EEG 2017). Hiervon sind nach § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 des am 18.10.2016 im Bundesgesetzblatt veröffentlichten EEG 2017 solche Windenergieanlagen an Land ausgenommen, die vor dem 01.09.2019 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 auf Zahlung verzichtet hat. § 102 Nr. 3 EEG 2014 als Vorgängervorschrift hatte als Voraussetzung für den Anspruch auf gesetzliche Vergütung nur die Genehmigung der Anlage nach dem BImSchG vor dem 01.01.2017 vorgesehen.

5

Mit Schriftsatz vom 25.04.2017, eingegangen bei der Bundesnetzagentur am 26.04.2017, hat die Antragstellerin einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 32 Abs. 1 S. 1 VwVfG bezüglich der Frist gemäß § 4 Abs. 1 S. 1 AnlRegV sowie bezüglich der Frist gemäß § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2b EEG 2017 gestellt. Diesen hat sie mit Schriftsatz vom 01.06.2017 um einen Antrag auf Nachsichtgewährung erweitert. Zur Begründung hat sie unter Vorlage eidesstattlicher Versicherungen ihres Geschäftsführers und des Geschäftsführers der D geltend gemacht, dass sie unverschuldet die Registrierungsfrist nicht habe einhalten können. Nach Übernahme der Projekterrichtung durch die D habe diese von der C auf Nachfrage vom 22.06.2016 die Information erhalten, dass die Registrierung im Anlagenregister noch nicht erfolgt sei, aber veranlasst werde. Am 23.12.2016 habe der für das Führen einer Erledigungsliste zuständige Mitarbeiter der D versehentlich bestätigt, dass

6

die Meldung der Genehmigung erfolgt sei. Dass es insoweit zu einem individuellen, völlig außergewöhnlichen Versäumnis dieses Mitarbeiters gekommen sei, sei ihr nicht zuzurechnen.

Vorsorglich hat die Antragstellerin zwischenzeitlich an der Ausschreibungsrunde zum Stichtag 01.11.2017 teilgenommen und ausweislich der Mitteilung der Bundesnetzagentur vom 22.11.2017 (Az. 605i, WIN17-3-132, Anlage MWP 13, Bl. 116 f. GA) einen Zuschlag für eine Gebotsmenge von 7.425 KW mit einem anzulegenden Gebotswert in Höhe von 3,8 ct/KWh erhalten.

Die 6. Beschlusskammer der Bundesnetzagentur hat am 31.07.2017 die Anträge der Antragstellerin abgelehnt (Az. BK6-17-144). Zur Begründung hat sie im Wesentlichen ausgeführt, dass der Wiedereinsetzungsantrag hinsichtlich der Frist nach § 4 Abs. 1 S. 1 AnlRegV zwar zulässig sei, da sie die für die Entscheidung über die nachzuholende Handlung zuständige Behörde sei, die das Anlagenregister nach § 6 EEG 2017 i.V.m. § 1 S. 1 AnlRegV führe und auch für die Überwachung der Registrierungsfrist nach § 4 Abs. 1 S. 1 AnlRegV zuständig sei. Der Antrag sei jedoch unbegründet, da eine Einsetzung in die Frist gemäß § 32 Abs. 3 VwVfG wegen Ablaufs der Jahresfrist ausgeschlossen und der Antrag auf Wiedereinsetzung vor Ablauf der Jahresfrist auch nicht aufgrund höherer Gewalt unmöglich gewesen sei. Der Wiedereinsetzungsantrag bezüglich der Frist gemäß § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2b EEG 2017 sei als unzulässig abzulehnen, da die Bundesnetzagentur zur Entscheidung hierüber nicht zuständig sei. Es handele sich bei § 19 i.V.m. § 22 EEG 2017 um zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen. Die in § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 EEG 2017 genannten Ausschlussfristen würden nicht von der Bundesnetzagentur überwacht, sondern seien vielmehr Tatbestandsmerkmale eines zivilrechtlichen Zahlungsanspruchs (Marktpremie) gegen den Netzbetreiber. Die Nichteinhaltung dieser Fristen stelle auch keine Ordnungswidrigkeit dar, so dass an die Einhaltung oder Nichteinhaltung der Frist keinerlei behördliche Entscheidungen geknüpft seien. Dessen ungeachtet sei eine Wiedereinsetzung auch nach § 32 Abs. 5 VwVfG ausgeschlossen, da § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 EEG 2017 eine materielle Ausschlussfrist sei. Es handele sich um feste Stichtage für einen Systemwechsel. Die Möglichkeit der Wiedereinsetzung und die dadurch entstehende Unsicherheit hinsichtlich des Zeitpunkts des Systemwechsels würden dem Gesetzeszweck gerade widersprechen. Eine Ausnahme hiervon komme weder aufgrund höherer Gewalt noch nach den Grundsätzen von Treu und Glauben in Betracht. Höhere Gewalt liege nicht vor. Die Ausschlusswirkung der Frist sei auch mit dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbar. Da die Antragstellerin spätestens ab dem 22.06.2016 von der fehlenden Registrierung Kenntnis gehabt hätte, wäre es ihr möglich gewesen, diese bis zum 01.02.2017 nachzuholen.

Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit ihrer am 09.08.2017 eingelegten und am 04.09.2017 begründeten Beschwerde.

Sie trägt in tatsächlicher Hinsicht vor, dass sie zur Umsetzung des Vorhabens trotz des niedrigen Ausschreibungsergebnisses nur infolge umfangreicher Zugeständnisse einzelner Projektpartner in der Lage sei, die nur bei Erfolglosigkeit des Wiedereinsetzungsantrags in Kraft träten und einen Teil des dann entstehenden Schadens kompensieren könnten. Gleichzeitig stehe dem eine um 50 % erhöhte Eigenkapitalanforderung der finanzierenden Bank gegenüber, was, wenn es dabei bliebe, insgesamt dazu führe, dass das Vorhaben nur mit einer negativen Rendite umzusetzen wäre und über 20 Jahre einen Verlust von ... EUR verursachen würde. Der Schaden bei Rückabwicklung der bereits erfolgten Baumaßnahmen und Stornierung der bestehenden Verträge wäre hingegen deutlich höher. Bei Inbetriebnahme auf Basis der Übergangsregelung des § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 EEG 2017

könne sie eine Vergütung von 7,31 ct/KWh erzielen.

Der langjährige und zuverlässige Mitarbeiter der D Herr F habe die anlässlich der Due-Diligence-Projektprüfung bei Übernahme des Kommanditanteils erstellte Erledigungsliste in seinem Zuständigkeitsbereich geführt. Die C habe auf die am 22.06.2016 gestellte Aufforderung zur Vorlage der Registrierung der Genehmigung bei der Bundesnetzagentur mit „noch nicht erfolgt, wird veranlasst“ geantwortet (Anlage MWP 2), die Registrierung aber gleichwohl nicht vorgenommen. Nach Erwerb des Kommanditanteils im Spätsommer 2016 habe die Mitarbeiterin der D Frau H den dortigen Projektmanager G auf die Eintragsfrist des § 22 Abs. 2 S. 2 EEG 2017 aufmerksam gemacht, der die Meldung veranlassen wollte (Anlage MWP 3). Hierzu sei es aber nicht gekommen, weil Herr F mitgeteilt habe, dass die Genehmigung schon gemeldet sei (Anlage MWP 3), vermutlich, weil in der von ihm geführten Erledigungsliste (auszugsweise vorgelegt als Anlage MWP 4) die Registrierung als erledigt markiert gewesen sei. Erst am 12.04.2017 habe sie, die Antragstellerin, festgestellt, dass die Registrierung nicht erfolgt sei und habe diese am 20.04.2017 veranlasst (Anlage MWP 5). Herr F sei seit über fünf Jahren für die D im Bereich Finanzen/Rechnungswesen tätig und insbesondere mit Projektprüfungen betraut. Er werde durch den Bereichsleiter B angeleitet und überwacht und arbeite ansonsten zuverlässig und fehlerfrei. Insbesondere gebe es strikte Anweisungen zur Führung der sog. Erledigungslisten einer Due-Diligence-Projektprüfung und zur größtmöglichen Sorgfalt bei der Nachverfolgung der Erledigung in der Bearbeitung offener Posten. Die Antragstellerin verweist auf die als Anlage MWP 6-8 vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen der Herren I (Geschäftsführer der D), B und F.

11

In der mündlichen Verhandlung vom 14.02.2017 hat die Antragstellerin ihren Vortrag dahingehend ergänzt, dass bei der D die Anweisung zur Kontrolle derartiger Fristen im Vier-Augen-Prinzip bestehe. Vorliegend hätte die Registrierung durch Herrn G erfolgen müssen und die Kontrolle durch Herrn F. Die Registrierung sei dann ausschließlich wegen der Nachricht von Herrn F, die Anlage sei bereits gemeldet, unterblieben. Im Übrigen sei mit der Kontrolle solcher Fristen und der hausinternen Kommunikation derselben Frau H beschäftigt gewesen, die als Rechtsanwaltsfachangestellte ausgebildet sei und regelmäßig Fortbildungen zu gesetzlichen Neuerungen im Bereich erneuerbarer Energien besucht habe. Dies sei auch im Sommer 2016 erfolgt. Im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 15.03.2018 hat sie vorgetragen, dass die Anweisung zur Markierung offener Posten als „erledigt“ durch Herrn F ausschließlich nach Inaugenscheinnahme eines Nachweises zu erfolgen hatte, was sich bei lebensnaher Betrachtung aus der Anweisung „größtmöglicher Sorgfalt“ ergebe. Genauso hätten auch die Anweisungen bei der D gelautet.

12

Die Antragstellerin ist der Ansicht, dass die Beschwerde begründet sei. Ihr sei die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in die Frist des § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2b EEG 2017 gemäß § 32 Abs. 1 S. 1 VwVfG zu gewähren.

13

Der Wiedereinsetzungsantrag sei zulässig. Die Bundesnetzagentur habe gemäß § 32 Abs. 4 VwVfG über die versäumte Handlung zu befinden. Denn die Meldung zum Anlageregister betreffe eine der Bundesnetzagentur durch § 6 EEG 2017 zugewiesene Verwaltungsaufgabe, nämlich die Führung und Überwachung des Anlagenregisters. Insoweit habe sie über die Richtigkeit und Vollständigkeit des Registers zu befinden. Auch verlange § 85 Abs. 1 Nr. 3b EEG 2017 ein Einschreiten der Bundesnetzagentur, wenn ein Netzbetreiber unzutreffend von der Einhaltung der streitgegenständlichen Frist ausgehe, d.h. diese habe auch konkret über die Einhaltung der Frist zu wachen, die damit nicht allein zivilrechtlicher Natur sei. Gleichzeitig habe sie die Frist des § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2b EEG 2017 deshalb zu überwachen, weil Gebote der Adressaten der Ausnahmegesetzgebung im Ausschreibungsverfahren nach § 22

14

Abs. 6 S. 1 EEG 2017 auszuschließen seien. Sie sei deshalb als Sachwalterin der Registrierung nach der AnlRegV und des gesamten Ausschreibungsverfahrens zuständig für den Antrag auf Wiedereinsetzung. Die Sichtweise der Bundesnetzagentur führe zu einer systematisch nicht überzeugenden Differenzierung zwischen den Fristen nach der AnlRegV und dem EEG 2017. Aus den als Anlagen MWP 9 und 10 vorgelegten Schreiben der Bundesnetzagentur ergebe sich, dass diese die Einhaltung der Voraussetzungen des § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2c EEG 2017 behördlich überwache.

Die Wiedereinsetzung sei auch nicht nach § 32 Abs. 5 EnWG unzulässig. Weder in der Systematik des EEG 2017 noch im Wortlaut des § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2b EEG 2017 oder in dessen Sinn und Zweck gebe es Anhaltspunkte für einen Willen des Gesetzgebers, dass ein verspäteter Antragsteller materiell-rechtlich endgültig seine Anspruchsberechtigung verlieren solle. Der Gesetzgeber habe an anderer Stelle im EEG vielfach ausdrücklich „materielle Ausschlussfristen“ normiert. Dass die Übergangsregelung nach der Gesetzesbegründung gerade dazu diene, Investoren Sicherheit zu geben und so eine kontinuierliche Entwicklung beim Ausbau der Windenergie an Land zu ermöglichen, spreche für die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung. Gleiches gelte dafür, dass Investoren die Möglichkeit haben sollten, sich auf die durch das EEG 2017 eingeführte Mengensteuerung über das Ausschreibungsvolumen einzustellen. Der Gesetzgeber habe nicht ohne Grund bezüglich Altvorhaben wie dem ihrigen Übergangsregelungen vorgesehen, um den Vertrauensschutz für auf Basis der alten Rechtslage projektierte Vorhaben zu gewährleisten, die eine andere Kostenstruktur und eine andere Anlagentechnik aufwiesen. Der vom Gesetzgeber vorgesehene Systemwechsel stehe auch nicht der Einzelfallgerechtigkeit bezogen auf ein Vorhaben von 8 MW/Jahr bei derzeitigem Stand der Windenergieanlagen von 2.800 MW/Jahr entgegen. Für die Funktionsfähigkeit des sog. „atmenden Deckels“ komme es – anders als in der von der Bundesnetzagentur zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu Photovoltaikanlagen - auch nicht auf die Meldung zum Anlagenregister, sondern nur die Inbetriebnahme an (§ 46a Abs. 1 S. 1, S. 2 EEG 2017).

15

Der Wiedereinsetzungsantrag sei auch begründet. Ein Verschulden der D sei ihr schon nicht zuzurechnen, da sie sich dieses Unternehmens als Dienstleisterin bedient habe, ohne dass sie insoweit ein eigenes Verschulden, insbesondere ein Auswahlverschulden, treffe. Hiervon abgesehen wäre er auch begründet, wenn man sie und die D als ihre einzige Kommanditistin und Dienstleisterin für die Umsetzung des Windpark-Vorhabens bei wertender Betrachtung als ein Unternehmen betrachte. Die Frist des § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2b EEG 2017 habe es erst ab dem 18.10.2016 gegeben, dem Datum der Verkündung im Gesetzblatt. Auf die Verzögerung bei der Meldung gemäß § 4 Abs. 1 AnlRegV käme es insoweit nicht an, da diese eben nicht den Verlust des „Übergangsanlagen-Status“ gemäß § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 EEG 2017 zur Folge habe. Sie habe also bei Erwerb der Kommanditanteile noch nicht um die gravierenden Folgen einer verzögerten Meldung zum Anlagenregister wissen können. Bei dem Fehler von Herrn F handele es sich um ein Verschulden eines Angestellten ohne Organfunktion, das ihr nicht zuzurechnen sei. Anhaltspunkte für ein Auswahl- oder Organisationsverschulden lägen angesichts der Zuverlässigkeit des Herr F im Übrigen und den diesem erteilten Instruktionen nicht vor. Insbesondere dürften nach der Rechtsprechung auch bedeutende Aufgaben zur Fristwahrung auf Hilfspersonen delegiert werden. Es wäre ihr unzumutbar, ihr für diese Tätigkeit die Verwendung von Hilfspersonen zu untersagen.

16

Vorsorglich sei ihr Nachsicht zu gewähren, da die Rechtsfolge der Fristversäumnis eine unbillige Härte darstelle, sie unverschuldet in diese Situation geraten sei und höherwertige Rechtsgüter durch die Nachsichtsgewährung nicht beeinträchtigt würden. Die unbillige Härte ergebe sich daraus, dass sie ihr konkretes Windenergievorhaben auf Basis der BImSchG-

17

Genehmigung aus 2015 nur zu den Konditionen der Übergangsregelung des § 22 Abs. 2 S. 2 EEG 2017 durchführen könne. Dass bei einer völligen Umplanung der hier maßgebliche Schwachwind-Standort zu keinem auskömmlichen Zuschlag kommen könne, stünde in keiner Relation zum Versäumnis der Antragstellerin, ohne dass der Allgemeinheit aus der verspäteten Registrierung ein Schaden entstanden sei. Die Unverhältnismäßigkeit zeigten auch die in § 52 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Abs. 3 EEG 2017 vorgesehenen, deutlich milderen Sanktionen.

Die Antragstellerin beantragt, 18

die Bundesnetzagentur gemäß § 83 Abs. 4 EnWG zu verpflichten, ihr im Verfahren zum Aktenzeichen BK6-17-144 die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 32 Abs. 1 S. 1 VwVfG jedenfalls in die Frist des § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2b EEG 2017 zu gewähren. 19

Die Bundesnetzagentur beantragt, 20

die Beschwerde zurückzuweisen. 21

Die Bundesnetzagentur trägt vor, eine Wiedereinsetzung in die Frist des § 22 EEG 2017 sei nicht möglich, da der Wiedereinsetzungsantrag unzulässig, aber auch unbegründet sei. 22

Ihr komme keine Kompetenz zur Wiedereinsetzung in die Frist zu. Die Überprüfung der Erfüllung der zivilrechtlichen Tatbestandsmerkmale des § 22 Abs. 2 EEG 2017 liege in der Verantwortung des zuständigen Netzbetreibers und nicht ihrer, wie sich auch aus § 85 Abs. 1 Nr. 3b EEG 2017 ergebe. Streitigkeiten über das Vorliegen der Zahlungsvoraussetzungen seien zivilrechtlicher Natur und von den dafür zuständigen ordentlichen Gerichten zu entscheiden. Die ihr gesetzlich zugewiesene Aufgabe, die Rechtzeitigkeit der Registrierung nach § 4 Abs. 1 S. 1 AnlRegV zu überwachen, wirke sich allenfalls indirekt auf die Tatbestandsmerkmale des § 22 Abs. 2 EEG 2017 aus. Der Verweis der Antragstellerin auf von ihr erteilte Auskünfte betreffend das Tatbestandsmerkmal des § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2c EEG 2017 verfange nicht, da dies der ihr nach § 53a Abs. 2 EEG 2017 obliegenden Aufgabe zur Unterrichtung des Netzbetreibers entspringe, die es bezüglich § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2b EEG 2017 nicht gebe. Außerdem umfasse die Unterrichtung keine eigene Entscheidung. § 22 Abs. 6 EEG 2017 begründe ebenfalls keine grundsätzliche Kompetenz zum Eingreifen in das zivilrechtliche Rechtsverhältnis zwischen Anlagen- und Netzbetreiber. Da die rechtliche Einordnung der Frist maßgeblich sei, bestehe kein Widerspruch dazu, dass sie eine Wiedereinsetzung in die Frist nach § 4 AnlRegV bewilligen könne. 23

§ 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2b EEG 2017 enthalte auch abschließende Vorgaben des Gesetzgebers zur Übergangsregelung in Form von Stichtagsregelungen, denen eine Wiedereinsetzungsmöglichkeit widersprechen würde. Gerade die Zusammenschau der in § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 EEG 2017 konkret vorgegebenen Stichtage zeige, dass der Gesetzgeber einen klaren Schnitt im Sinne des beabsichtigten Systemwechsels machen und ein Nebeneinander beider Fördermöglichkeiten für Projektierer ausschließen wollte. Die Relevanz der Meldepflicht auch für den Zahlungsanspruch von Windenergieanlagen an Land ergebe sich aus den Ausführungen im Beschluss des BGH vom 05.07.2017 (VIII ZR 147/16). Der Gesetzgeber habe im EEG 2017 den Bestandsschutz in zulässiger Weise weiter konkretisiert. Ein „Fadenriss“ in der Entwicklung beim Ausbau der Windenergie an Land sei nicht zu befürchten. Die Antragstellerin könne das Projekt angesichts des bezuschlagten Angebots gleichwohl realisieren. Soweit im EEG an anderer Stelle Fristen ausdrücklich als Ausschlussfristen bezeichnet seien, so handele es sich hierbei jeweils um Regelungen des 24

Verwaltungsverfahrenrechts, bei denen eine Anwendung des § 32 Abs. 1 S. 1 VwVfG grundsätzlich nahe liege. Die streitgegenständliche Regelung betreffe hingegen materielle Anspruchsvoraussetzungen.

Jedenfalls sei der Wiedereinsetzungsantrag mangels fehlenden Verschuldens unbegründet. Spätestens am 18.10.2016 sei der Antragstellerin die Relevanz der Registrierung für den Anspruch auf Vergütung bekannt gewesen und ein etwaiges Hindernis zur Einhaltung der streitgegenständlichen Frist weggefallen. Es liege sowohl ein Verschulden der Antragstellerin selbst als auch ihrer Kommanditistin und Dienstleisterin vor, das ihr nach § 32 Abs. 1 S. 2 VwVfG zuzurechnen sei. Insbesondere seien beide verpflichtet gewesen, die Nachholung der bereits über einen langen Zeitraum versäumten Registrierung zumindest zu überwachen. Auf die bloße Zusicherung der C, die Registrierung würde nachgeholt werden, hätte man sich nicht verlassen dürfen. Die Anforderungen an die einfachen Tätigkeiten der Registrierung bzw. deren Überwachung seien auch nicht unzumutbar. 25

Auch eine Nachsichtgewährung scheidet mangels Vorliegens einer unbilligen Härte aus. Die Versäumung der streitgegenständlichen Frist führe ersichtlich nicht zu einem Totalverlust, da sich die Antragstellerin – wie geschehen – an der Ausschreibung beteiligen könne. Auch habe sie nicht unverschuldet gehandelt. Schließlich könnten ihr gegen ihren vormaligen Dienstleister Regressansprüche zustehen. 26

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang der Bundesnetzagentur und das Protokoll der Senatssitzung Bezug genommen. 27

## II.

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet. 28

1. Eine Wiedereinsetzung in die Frist des § 4 Abs. 1 S. 1 AnlRegV macht die Antragstellerin selbst mit ihrer Beschwerdebeurteilung nicht mehr geltend. Eine solche scheidet auch, wie im angefochtenen Beschluss im Einzelnen ausgeführt, nach § 32 Abs. 3 VwVfG aus. 29

2. Der mit der Beschwerde noch weiterverfolgte Wiedereinsetzungsantrag bezüglich der Frist gemäß § 22 Abs. 2 S. Nr. 2b EEG 2017 ist entgegen der von der Bundesnetzagentur im angefochtenen Beschluss vertretenen Ansicht zulässig. 30

a) Die Bundesnetzagentur ist für die Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag zuständig. 31

Über den Antrag auf Wiedereinsetzung entscheidet nach § 32 Abs. 4 VwVfG die Behörde, die über die versäumte Handlung zu befinden hat. Dies ist in aller Regel die Behörde, die das Verwaltungsverfahren betreibt, also für die Entscheidung in der Hauptsache zuständig ist (Kallerhoff/Stamm in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl., § 32 Rn. 43; Pautsch in: Pautsch/Hoffmann, VwVfG, 1. Aufl., § 32 Rn. 40). 32

Die Führung des Anlagenregisters, zu dem die Meldung der Genehmigung der Anlagen erfolgt, auf die § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2b EEG 2017 Bezug nimmt, obliegt nach § 6 EEG 2017 der Bundesnetzagentur, da es sich um Daten handelt, die erforderlich sind, um die Bestimmungen zu den im Teil 3 vorgesehenen Zahlungen anzuwenden (§ 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 33

EEG 2017). Damit ist sie für die Registrierung als versäumte Handlung zuständig.

Die Bundesnetzagentur hat auch über die Registrierung „zu befinden“, da die streitgegenständliche Frist nicht ausschließlich zivilrechtliche Wirkungen zwischen Anlagen- und Netzbetreibern zeitigt, sondern gleichzeitig Gegenstand einer energieverwaltungsrechtlichen Kontrolle durch die Bundesnetzagentur ist und insoweit eine Doppelnatur hat.

34

aa) § 22 Abs. 2 S. 2 EEG 2017 regelt Ausnahmen von dem Grundsatz, dass der Zahlungsanspruch vom Zuschlag im Ausschreibungsverfahren abhängig ist, und damit die Fälle, in denen der anzulegende Wert noch gesetzlich festgelegt wird (Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/8860, S. 197). Damit stellt die Ausschlussfrist des § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2b EEG 2017 zunächst ein Tatbestandsmerkmal dar, das den zivilrechtlichen Zahlungsanspruch gegen den Netzbetreiber bestimmt. Streitigkeiten über das Vorliegen der Zahlungsvoraussetzungen aber sind grundsätzlich zivilrechtlicher Natur und von den dafür zuständigen ordentlichen Gerichten zu entscheiden.

35

bb) Indes erschöpft sich die streitgegenständliche Ausschlussfrist nicht in dieser Funktion, sondern hat einen darüberhinausgehenden, energieverwaltungsrechtlichen Regelungsgehalt, der in den Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur fällt. So ergibt sich über den rein zivilrechtlichen Regelungsgehalt hinausgehend aus § 22 Abs. 2 S. 2 EEG, 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.

36

cc) Gleichzeitig obliegt der Bundesnetzagentur auch eine Kontrolle der Höhe der sich aus §§ 19, 22 EnWG ergebenden zivilrechtlichen Zahlungsansprüche des Anlagenbetreibers gegen den Netzbetreiber. Dies ergibt sich aus § 85 Abs. 1 Nr. 3b EEG 2017, wonach sie unter anderem die Aufgabe hat zu überwachen, dass nur die Zahlungen nach den §§ 19 bis 55a EEG 2017 geleistet werden und hierbei die Saldierung nach § 57 Abs. 4 EEG 2017 berücksichtigt worden ist. Hintergrund der Überwachungskompetenz des Belastungsausgleichsverfahrens auch bezüglich der ersten Stufe, d.h. der nach dem EEG an die Anlagenbetreiber zu zahlenden Vergütungen, war, dass der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung zum EEG 2012 die bisherige Konzeption der zivilrechtlichen Kontrolle zunehmend als nicht mehr ausreichend angesehen hat (BT-Drs. 17/6071, S. 90). Hieraus ergibt sich eine grundsätzliche Kompetenz der Bundesnetzagentur, in das an für sich zivilrechtlich ausgestaltete Rechtsverhältnis zwischen Anlagen- und Netzbetreiber einzugreifen: Das installierte „public enforcement“ ist damit eine Parallelkontrolle zum „private enforcement“ (zur Vorgängervorschrift des § 61 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 1a EEG 2012 Mengerling in: Berliner Kommentar, Energierecht, 3. Aufl., § 61 EEG Rn. 28). Dass diese Kompetenz nur dann greift, wenn der Netzbetreiber höhere als die nach den §§ 19 – 55a EEG 2017 geschuldeten Zahlungen leistet, ist insoweit unerheblich und folgt allein aus dem Schutzzweck der Norm, die dem Schutz der Energieversorgungsunternehmen und damit mittelbar dem Schutz des Letztverbrauchers vor überhöhten Kosten dient (Stenzel in: BeckOK EEG, 6. Edition, § 85 Rn. 17).

37

38

dd) Dass die streitgegenständliche Frist – jedenfalls auch - der Verfahrensherrschaft der Bundesnetzagentur unterliegt, die damit über die versäumte Handlung „zu befinden“ hat, ergibt sich – anders als die Antragstellerin meint – hingegen nicht auch daraus, dass die Überwachung der Registrierungsfrist nach § 4 Abs. 1 S. 1 AnlRegV der Bundesnetzagentur obliegt. Die Nichteinhaltung dieser Frist stellt eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 86 Abs. 1 Nr. 4d, Abs. 3 Nr. 1 EEG i.V.m. § 15 Abs. 1 AnlRegV dar, die von der Bundesnetzagentur geahndet wird. Die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur für eine Wiedereinsetzung in diese Frist ist daher gegeben. Dabei knüpft die Frist nach § 4 Abs. 1 S. 1 AnlRegV zwar an denselben tatsächlichen Vorgang an wie die streitgegenständliche Frist, nämlich die Registrierung der Genehmigung nach dem BlmschG. Die Wiedereinsetzung erfolgt aber nicht bezogen auf eine tatsächliche Handlung, sondern auf eine bestimmte, gesetzliche Frist, so dass unterschiedliche gesetzliche Frist, die an dieselbe Handlung anknüpfen, insoweit auch unterschiedlich behandelt werden können.

Ob die Bundesnetzagentur durch die als Anlagen MWP 9 und 10 vorgelegten Schreiben neben ihrer Mitteilungspflicht nach § 53a Abs. 2 EEG auch die Wirksamkeit der abgegebenen Verzichtserklärungen nach 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2c EEG 2017 rechtsverbindlich feststellen wollte, kann im Übrigen dahinstehen. Denn selbst wenn man dies annehmen und hieraus den Schluss ziehen wollte, dass sich die Bundesnetzagentur als allgemein zur verwaltungsbehördlichen Überprüfung der Voraussetzungen des § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 EEG 2017 berufen ansähe, ergäbe sich noch nicht, dass eine solche Zuständigkeit tatsächlich bestünde. 39

b) Die Wiedereinsetzung ist entgegen der von der Bundesnetzagentur vertretenen Auffassung auch nicht nach § 32 Abs. 5 VwVfG ausgeschlossen. 40

aa) Nach § 32 Abs. 5 VwVfG ist die Wiedereinsetzung auch bei Vorliegen der Voraussetzungen der Abs. 1–3 unzulässig, wenn sich aus einer Rechtsvorschrift ergibt, dass sie ausgeschlossen ist, was insbesondere bei materiell-rechtlichen Ausschlussfristen der Fall ist. 41

Unter materiell-rechtlichen Ausschlussfristen versteht man vom materiellen Recht gesetzte Fristen, deren Nichteinhaltung den Verlust einer materiell-rechtlichen Rechtsposition zur Folge hat und die für Behörden und Beteiligte gleichermaßen verbindlich sind und nicht zur Disposition der Verwaltung oder der Gerichte stehen. Nach Ablauf einer solchen Frist kann der Anspruch nicht mehr geltend gemacht werden, sofern das einschlägige Recht keine Ausnahme vorsieht (vgl. BVerwG Urteil vom 22.01.2015, 10 C 12.14, BeckRS 2015, 45526, beck-online; BVerwG, Urteil vom 22.10.1993, 6 C 10/92, Rn. 16 bei juris, jeweils m.w.N.). Anders als bei den sonstigen, vom Gesetz bestimmten oder von der Behörde gesetzten - eigentlichen - Fristen, die dem Verfahrensbeteiligten für die Vornahme der Verfahrenshandlung regulär zur Verfügung stehen und die folglich grundsätzlich verlängert werden können und für die die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand besteht, ist folglich bei den gesetzlich als solche bestimmten oder entsprechend zu deutenden Ausschluss- oder Präklusionsvorschriften als sog. uneigentlichen Fristen gemäß § 32 Abs. 5 VwVfG eine Fristverlängerung und eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ausgeschlossen (Senat, Beschluss vom 15.07.2015, 3 Kart 79/14, BeckRS 2015, 121259, beck-online, m.w.N.). 42

bb) Die streitgegenständliche Frist ist als behördliche Verfahrensfrist ohne materiell-rechtliche Ausschlusswirkung zu qualifizieren. 43

- (1) Ob eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist vorliegt, bestimmt sich nach dem jeweiligen Fachrecht. Dabei muss die Rechtsfolge nicht ausdrücklich im Gesetzeswortlaut zum Ausdruck kommen; es reicht auch aus, wenn sich aus dem Sinn und Zweck der Regelung ergibt, dass ein verspäteter Antragsteller materiell-rechtlich seine Anspruchsberechtigung verlieren soll (BVerwG, Urteil vom 22.01.2015, 10 C 12.14, BeckRS 2015, 45526, beck-online; OVG Münster, Urteil vom 27.02.2003, 16 A 5570/00, NVwZ-RR 2004, 38, 40, zitiert nach juris). Hierbei ist insbesondere zu fragen, welchem Zweck die Frist dient und wie der Gesetzgeber das öffentliche Interesse an der Einhaltung der Frist und das widerstreitende Interesse des Einzelnen an ihrer nachträglichen Wiedereröffnung bewertet (Kallerhoff/Stamm in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 32 Rn. 6, § 31 Rn. 8 m.w.N.). Der Ausschluss der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand muss deshalb entweder ausdrücklich oder in ähnlich eindeutiger Weise aus der Rechtsvorschrift oder dem Regelungszusammenhang hervorgehen (OVG Münster, Urteil vom 30.11.1990, 5 A 2561/88, NVwZ 1992, 183, zitiert nach juris; Ritgen in: Knack/Henneke, VwVfG, 9. Aufl., § 32 Rn. 47).
- (2) Dem Wortlaut des § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2b) EEG lässt sich nicht entnehmen, dass ein verspäteter Antragsteller materiell-rechtlich endgültig seine Anspruchsberechtigung verlieren soll. Insbesondere ist die Frist nicht, wie an anderer Stelle im EEG 2017, als „materielle Ausschlussfrist“ bezeichnet. 45
- (3) Auch aus Sinn und Zweck des EEG 2017 lässt sich ein solcher Schluss nicht hinreichend sicher ziehen. 46
- (3.1) Zunächst lässt sich die Annahme, dass der Gesetzgeber § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2b EEG 2017 als materiell-rechtliche Ausschlussfrist ausgestalten wollte, nicht darauf stützen, dass er in der Gesetzesbegründung ausgeführt hat, die Übergangsregelung für Betreiber von Windenergieanlagen an Land nach § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 EEG 2017 diene dazu, Investoren Sicherheit zu geben und so eine kontinuierliche Entwicklung beim Ausbau der Windenergie an Land zu ermöglichen (BT-Drs. 18/8860, S. 197). Das vom Gesetzgeber anerkannte Schutzbedürfnis der Investoren in sog. Übergangsanlagen knüpft an den in Nr. 1a festgelegten Zeitpunkt des Erhalts der Genehmigung nach dem BImSchG für eine Windenergieanlage an Land an und nicht an den Zeitpunkt der Registrierung nach Nr. 1b, da nur ersterer den Zeitpunkt der Investitionsentscheidung maßgeblich widerspiegelt. Dies spricht dafür, auch solche Investoren als schutzbedürftig anzusehen, die ihre Windanlage an Land innerhalb der Frist des § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2a EEG 2017 haben genehmigen lassen und lediglich den Registrierungszeitpunkt unverschuldet versäumt haben. 47
- (3.2) Es kann auch nicht festgestellt werden, dass die Unsicherheiten im Hinblick auf den Zeitpunkt der Registrierung, die durch eine Einordnung des § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2b EEG 2017 als verfahrensrechtliche Frist und die dadurch bedingte Zulässigkeit der Wiedereinsetzung geschaffen werden, den vom Gesetzgeber mit dem EEG 2017 eingeführten Systemwechsel von der gesetzlichen Vergütung zur durch Ausschreibung ermittelten Vergütung grundsätzlich in Frage stellen würde. Der Gesetzgeber verweist zwar in der Gesetzesbegründung darauf, dass die Verzichtsfrist des § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2c EEG 2017, innerhalb derer der Genehmigungsinhaber auf den gesetzlich bestimmten Anspruch auf Zahlung verzichten kann, für die Mengensteuerung erforderlich sei, da nur so die korrekte Menge von Anlagen in der Übergangsregelung bei der Berechnung der Ausschreibungsmenge für das Jahr 2017 berücksichtigt werden könne (BT-Drs. 18/8860, S. 198). Diese Überlegung gilt naturgemäß auch für die Registrierung der Genehmigung an sich, da diese für die Ermittlung der korrekten Menge von Anlagen in der Übergangsregelung ebenso erforderlich ist. Indes würde eine im Hinblick auf erfolgreiche 48

Wiedereinsetzungsgesuche zu erhöhende Menge von Anlagen in der Übergangsregelung ersichtlich nicht dazu führen, dass eine belastbare Mengenermittlung nicht möglich wäre. Der Gesetzgeber hat bereits im Gesetzesentwurf zum EEG 2017 (seinerzeit noch bezeichnet als EEG 2016) vom 21.06.2016 die Ausschreibungsmengen für die Jahre 2017 und 2018 auf 2.800 MW brutto und ab 2020 auf 2.900 MW brutto festgelegt. Dies entspricht auch der endgültigen Gesetzesfassung. Die Ausschreibungsvolumina, wie sie zum Zwecke der Mengensteuerungsfunktion in § 28 EEG 2017 festgelegt sind, sollten dabei so bemessen sein, dass der Ausbaukorridor eingehalten wird (BT-Drs. 18/8860, S. 2). Um dieser Mengensteuerungsfunktion zu genügen, ist für den Gesetzgeber allerdings, wie das Gesetzgebungsverfahren zeigt, eine möglichst hohe Datenqualität bezüglich der in die Übergangsregelung fallenden Mengen gerade nicht entscheidend. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass sich eine durch die Zulassung von Wiedereinsetzungsgesuchen ergebende, verhältnismäßig geringe Mengenänderung bei den „Übergangsanlagen“ in relevanter Weise auf die Zielsetzung der Einhaltung des Ausbaukorridors auswirken könnte.

(3.3) Der Verweis der Bundesnetzagentur auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 05.07.2017 (VIII ZR 147/16, BeckRS 2017, 118741, beck-online) führt zu keinem anderen Ergebnis. Dort hat der Bundesgerichtshof zwar unter Rn. 29 die Bedeutung der Sanktionierung einer fehlenden Registrierung einer Photovoltaik-Anlage nach § 6 EEG 2014 hervorgehoben. Er hat zu § 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EEG 2014, wonach bei fehlender Registrierung der Wert der Förderung sich „auf Null verringere“, ausgeführt, dass nach der Gesetzesbegründung der Gesetzgeber diese stärker als nach der bisherigen Rechtslage ausgestaltete Sanktionierung einer fehlenden Registrierung der Anlage für notwendig erachte, damit umfassend und zeitnah sämtliche Anlagen, die eine Förderung in Anspruch nehmen, im Anlagenregister erfasst werden und so eine hohe Datenqualität erreicht wird (BT-Drs. 18/1304, 129 f.). Diese Erwägungen des Gesetzgebers seien vor dem Hintergrund zu sehen, dass § 23 Abs. 4 Nr. 3, § 31 EEG 2014 für den aus Solarenergie erzeugten Strom eine an dem Umfang des sog. Zubaus bei Photovoltaikanlagen ausgerichtete monatliche Absenkung (zubauabhängige Degression) der Förderung vorsehe und die gegenüber der Bundesnetzagentur erfolgten Meldungen und Angaben der Anlagenbetreiber für die Ermittlung des Zubaus von entscheidender Bedeutung seien. Diese Ausgangslage ist allerdings mit der bei Windenergieanlagen an Land nicht vergleichbar. Denn hier besteht gerade ein – sich wechselseitig ausschließendes – Nebeneinander von gesetzlicher Vergütung und Vergütung nach Ausschreibung je nachdem, ob die Voraussetzungen des § 22 Abs. 2-5 EEG 2017 vorliegen oder nicht. Die in § 46a EEG 2017 geregelte Degression für den gesetzlich anzulegenden Wert fungiert dabei als sog. „atmender Deckel“. Einen solchen stellt auch das Ausschreibungsverfahren mit begrenzten Ausschreibungsvolumina selbst dar. Der Registrierung der Windenergieanlage an Land kommt mithin im Hinblick auf den sog. „atmenden Deckel“ nicht dieselbe Bedeutung zu wie der Registrierung einer Photovoltaikanlage im Anwendungsbereich des EEG 2014, da sie nicht den Zubau und damit die Absenkung der Förderhöhe unmittelbar bestimmt, sondern lediglich festlegt, welchem für sich gesehen mit einem sog. „atmenden Deckel“ versehenen Vergütungsregime die Anlage unterliegt.

(3.4) Des Weiteren entsteht kein vom Gesetzgeber unerwünschtes Nebeneinander der beiden Fördermöglichkeiten für Projektierer, wenn man eine Wiedereinsetzung in die Frist des § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2b EEG 2017 zuließe, da mit der Wiedereinsetzung gleichzeitig die Voraussetzungen für eine Teilnahme am Ausschreibungsverfahren nach § 22 Abs. 6 EEG 2017 entfallen.

(4) Dagegen, dass er die streitgegenständliche Frist als materiell-rechtliche Ausschlussfrist angesehen hat, spricht schließlich, dass der Gesetzgeber an anderer Stelle im EEG 2017 materiell-rechtliche Ausschlussfristen ausdrücklich als solche gekennzeichnet hat. So finden sich etwa in §§ 36g Abs. 3 S. 2, 37a S. 2 Nr. 2, 37d Abs. 2 Nr. 2, 66 Abs. 1 Nr. 1 und an verschiedener Stelle in § 103 EEG 2017 ausdrücklich als solche bezeichnete „materielle Ausschlussfristen“. Auch in zwischenzeitlich nicht mehr in Kraft stehenden, vergleichbaren Regelungen hat der Gesetzgeber materielle Ausschlussfristen als solche gekennzeichnet und dies in der Gesetzesbegründung näher gerechtfertigt, so z.B. bei der in § 16 Abs. 4 S. 1 EEG 2004 geregelten Frist für die Stellung des Antrags auf Strommengenbegrenzung (vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 10.12.2013, 8 C 25/12, BeckRS 2014, 48853, beck-online) oder bei der Antragsfrist auf Ausstellung der Förderberechtigung nach § 20 Abs. 2 FFAV. Die Bundesnetzagentur kann hiergegen auch nicht erfolgreich einwenden, dass es sich bei den ausdrücklich als materielle Ausschlussfrist bezeichneten Fristen um verfahrensrechtliche Fristen handle und bei der hier streitgegenständlichen Frist um eine rein zivilrechtliche Regelung. Wie vorstehend aufgezeigt, hat die Fristsetzung neben einem zivilrechtlichen auch einen verwaltungsrechtlichen Regelungsgehalt.

3. Der Wiedereinsetzungsantrag ist auch form- und fristgerecht gestellt worden. 52

Nach der Feststellung des Fristversäumnisses, die von der Antragstellerin glaubhaft gemacht am 12.04.2017 erfolgte, stellte diese am 25.04.2017, Eingang bei der Bundesnetzagentur am 26.04.2017, den Wiedereinsetzungsantrag, mithin innerhalb der Frist gemäß § 32 Abs. 2 S. 1 VwVfG. Gleichzeitig erfolgte die Meldung zur Registrierung innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist gemäß § 32 Abs. 2 S. 3 VwVfG am 20.04.2017. 53

4. Der Wiedereinsetzungsantrag ist indes unbegründet. Eine Wiedereinsetzung ist nur zu gewähren, wenn jemand ohne Verschulden verhindert war, die gesetzliche Frist einzuhalten (§ 31 Abs. 1 S. 1 VwVfG). Voraussetzung für die Gewährung von Wiedereinsetzung ist ein schlüssiger Tatsachenvortrag des Säumigen, aus dem sich zweifelsfrei ergibt, dass ihn an der Fristversäumung kein Verschulden trifft (zur § 236 ZPO entsprechenden Parallelvorschrift des § 123 Abs 1 PatG BPatG, Beschluss vom 14.08.2003, 10 W (pat) 63/01, BeckRS 2011, 28370, beck-online). Es kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass das Fristversäumnis der Antragstellerin, die sich das Verhalten der D zurechnen lassen muss, unverschuldet war. 54

a) Verschuldet ist ein Fristversäumnis dann, wenn der Betroffene nicht die Sorgfalt walten lässt, die für einen gewissenhaften, seine Rechte und Pflichten sachgerecht wahrnehmenden Beteiligten geboten und ihm nach den gesamten Umständen zumutbar ist (BVerwG, Urteil vom 08.03.1983, 1 C 34/80, NJW 1983, 1923, zitiert nach juris). Hierbei wird das Maß der geschuldeten Sorgfalt nach objektiven Maßstäben festgelegt, wobei subjektive Aspekte hinzugezogen werden können (Pautsch in: Pautsch/Hofmann, a.a.O., § 32, Rn. 14 m.w.N.). Entscheidend bei der Festlegung des Maßstabs ist die im Verkehrskreis des Beteiligten vorherrschende Umsicht und Sorgfalt (BGH, Urteil vom 27.09.1990, III ZR 53/89, NVwZ 1991, 915, zitiert nach juris, Rn. 4). Verschuldensmaßstab sind Vorsatz und Fahrlässigkeit. 55

b) Die Antragstellerin hat vorliegend nicht schlüssig dargetan, dass die D den ihr im Hinblick auf die Überwachung der Meldung der streitgegenständlichen Anlagen zum Anlagenregister innerhalb der Frist des § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2b EnWG 2017 obliegenden Organisationspflichten genügt hätte. 56

aa) Es kann dabei dahinstehen, ob die Geschäftsführung der D die Überwachung der fristgemäßen Meldung der Anlagen und ggfs. deren fristgemäße Nachholung wegen der Bedeutung der Sache hätte selbst durchführen müssen oder ob sie dies in Anlehnung an die von der Antragstellerin zitierte Rechtsprechung, wonach etwa die Zahlung der Beschwerdegebühr nach § 6 Abs. 1 PatKostG (BPatG, Beschluss vom 30.03.2016, 9 W 5/15, BeckRS 2016, 09043, beck-online) oder die Fristberechnung für die Verlängerung der Zulassung eines Arzneimittels (VG Köln, Urteil vom 09.10.2002, 24 K 7095/01, BeckRS 2015, 55980, beck-online) auf Hilfspersonen delegiert werden können, ihren Mitarbeitern überlassen durfte. Denn auch wenn man von letzterem ausgeht, hat derjenige, der sich geschäftsmäßig Hilfskräften bedient, durch organisatorische Maßnahmen vor allem Fehlerquellen bei der Behandlung von Fristsachen in größtmöglichem Umfang auszuschließen (BVerwG, Beschluss vom 28.02.2008, 9 VR 2.08, BayVBI 2009, 349; OVG Münster, Beschluss vom 18.05.2010, 8 B 474/10, DVBI 2010, 990, jeweils zitiert nach juris; Kallerhoff/Stamm in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 32 Rn. 20 m.w.N.). Es kommt mithin ein die Wiedereinsetzung hinderndes eigenes Verschulden des Säumigen in Betracht, wenn bei der Auswahl, Unterweisung und Überwachung dieser Hilfspersonen oder bei der Büroorganisation nicht sorgfältig gehandelt worden ist (BPatG, Beschluss vom 14.08.2003, 10 W (pat) 63/01, BeckRS 2011, 28370, beck-online).

bb) Die insoweit bestehenden Sorgfaltsanforderungen an die D waren streng. 58

Spätestens mit dem 18.10.2016 als dem Zeitpunkt der Veröffentlichung des EEG 2017 im Bundesgesetzblatt musste die D als – wie aus der eidesstattlichen Versicherung des B vom 25.04.2017 (Anlage MWP 7) ersichtlich - mittelständisches Unternehmen aus der Branche der erneuerbaren Energien Kenntnis davon haben, dass die Meldung der Anlagen zum Anlagenregister Voraussetzung für einen gesetzlichen Zahlungsanspruch bezogen auf das streitgegenständliche Vorhaben war, mithin von überragend wichtiger Bedeutung für die hieraus zu erzielenden Einspeiseerlöse und – wie von der Antragstellerin selbst geltend gemacht – für die Wirtschaftlichkeit des gesamten Projektes. So beziffert die Antragstellerin die Differenz zwischen gesetzlicher und infolge Zuschlags bei der Ausschreibung zu erwartender Vergütung über die Gesamtlaufzeit auf einen zweistelligen Millionenbetrag. Kenntnis der Geschäftsführung der D von dieser Bedeutung war bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt auch ohne Weiteres vorauszusetzen, da die Förderung erneuerbarer Energien für ihren Geschäftsgegenstand maßgebliche Bedeutung hat. Dem als Anlage MWP 2 vorgelegten E-Mail-Wechsel aus Dezember 2016 lässt sich im Übrigen entnehmen, dass der zuständigen Projektmanagerin H die Bedeutung der Vorschrift bekannt war. 59

Hinzu kam, dass die D die Meldung der Anlagen zum Anlagenregister im Rahmen des Ankaufs des Kommanditanteils der C überlassen hatte, d.h. diese ihren unmittelbaren Einfluss- und Kontrollbereich verlassen hatte, und dass die D bereits im Zuge des Kaufs der Kommanditanteile von der C Kenntnis davon erlangt hatte, dass diese die Meldefrist des § 4 Abs. 1 AnlRegV versäumt hatte, also bereits ein ordnungswidriger Zustand vorlag. Es bestand deshalb in besonderem Maße Anlass zu einer sorgfältigen Überwachung der Meldung durch diese und ggfs. deren fristgemäßer Nachholung. Die Sorgfaltspflichten der D waren unter Berücksichtigung all dieser Umstände erhöht und mit den Sorgfaltspflichten vergleichbar, die die Rechtsprechung einem Rechtsanwalt im Rahmen der Fristwahrung auferlegt. 60

cc) Diesen Sorgfaltspflichten hat die D nicht genügt. In Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Organisationspflichten des Rechtsanwalts, 61

der die Eintragung von Fristen in den Fristenkalender seinem Büropersonal überlässt (vgl. BGH, Beschlüsse vom 13.10.2011, VII ZB 18/10, BeckRS 2011, 26717, beck-online; vom 05.02.2003, VIII ZB 115/02, BeckRS 2003, 03232, beck-online), hätte die Geschäftsführung der D ihren gut ausgebildeten und sorgfältig überwachten Mitarbeitern eindeutige Anweisungen erteilen müssen, die geeignet sind, Fristversäumnisse möglichst zu vermeiden. Es ist aber nicht ersichtlich, dass solche konkreten Anweisungen erteilt worden sind, die die Fristeinhaltung möglichst sichergestellt hätten.

Solche konkreten Anweisungen lagen weder in der Anweisung an den Mitarbeiter Herrn F, die Erledigung in der Nachverfolgung offener Posten mit größtmöglicher Sorgfalt durchzuführen, noch in der Anweisung zur Durchführung und Kontrolle der Registrierung der Anlagen im Vier-Augen-Prinzip, wie sie von der Antragstellerin jeweils vorgetragen worden sind. 62

(1) Zunächst vermag es die D nicht zu entlasten, dass nach dem von der Antragstellerin durch die Vorlage eidesstattlicher Versicherungen glaubhaft gemachten Vortrag vor der Aufnahme von Tätigkeiten im Bereich der Due Diligence Herr F von seinem Bereichsleiter B und auch vom Geschäftsführer I eingehend auf die richtige und gewissenhafte Bearbeitung der Prüfungen hingewiesen wurde und insbesondere die Nachverfolgung der Erledigung in der Bearbeitung offener Posten mit größtmöglicher Sorgfalt zu erfolgen hatte. 63

Es kommt dabei nicht entscheidungserheblich darauf an, ob diese Hinweise konkludent oder ausdrücklich auch die Anweisung an Herrn F umfassten, offene Posten ausschließlich nach Inaugenscheinnahme eines Nachweises als „erledigt“ zu markieren. Allerdings ergibt sich - entgegen der von der Antragstellerin geäußerten Ansicht - die Pflicht zur Einsichtnahme in Belege hinsichtlich aller zur Nachprüfung stehender Erledigungspunkte nicht bereits konkludent aus der allgemeinen Anweisung zur Beachtung größtmöglicher Sorgfalt. Einer solchen hätte es etwa auch entsprechen können, dass Herr F die Erledigung im Einzelfall aufgrund Informationen verlässlicher Dritter, etwa des zuständigen Projektmanagers, vermerkt hätte. Soweit die Antragstellerin des Weiteren erstmals nach Schluss der mündlichen Verhandlung im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 15.03.2018 vorgetragen und durch Zeugnis der Herren I und F unter Beweis gestellt hat, dass Anweisungen bei der D zur Inaugenscheinnahme von Nachweisen bestanden hätten, so kann die Rechtzeitigkeit ihres diesbezüglichen Vorbringens und Beweisantritts dahinstehen. 64

Denn selbst wenn man davon ausginge, dass Herrn F eine ausdrückliche Anweisung zur Inaugenscheinnahme von Belegen vor Markierung offener Posten als „erledigt“ erteilt worden wäre, so wäre dies allein nicht geeignet, Fristversäumnisse möglichst zu vermeiden. 65

Die Erledigungsliste umfasste, wie sich den Anlagen MWP 2 und 4 entnehmen lässt, eine Vielzahl einzelner Punkte, hinsichtlich derer nur ein positiver oder negativer Erledigungsstand angezeigt war („erledigt“ oder „offen“), ohne dass nähere Angaben auf der Liste es ermöglichen würden, die insoweit durchgeführten Prüfungen nach Art und Zeitpunkt der eingesehenen Nachweise nachzuhalten. Selbst bei einer Pflicht zur Einsichtnahme in Belege durch Herrn F als für die Erledigungsliste verantwortlichen Sachbearbeiter bestand daher insbesondere die Gefahr, dass dieser versehentlich einen Punkt als erledigt markierte, ohne entsprechende Belege eingesehen zu haben. Angesichts der Vielzahl der abzuarbeitenden Punkte wäre ihm dies in der Folge nicht zwingend aufgefallen. Schon wegen dieser Gefahr war die Prüfung der Erledigung der Registrierung der Anlage, die für den wirtschaftlichen Erfolg des gesamten Projektes entscheidend war, lediglich nach den für alle Punkte der Erledigungsliste geltenden Maßstäben ersichtlich nicht ausreichend und würde den bereits 66

aufgezeigten erhöhten Sorgfaltspflichten der D nicht gerecht werden. Es bestand für die Geschäftsführung der D vielmehr Anlass, die erfolgreiche Registrierung der Anlagen durch ergänzende, konkrete Vorgaben an ihre Mitarbeiter sicherzustellen, die eine besonders gewissenhafte und zuverlässige Prüfung der Erledigung gerade dieses Punktes gewährleisten, wie etwa durch die Anweisung zu einer Prüfung der Registrierung im Vier-Augen-Prinzip. Hiervon geht auch die Antragstellerin selbst aus, wenn sie vorträgt, dass die D für besonders bedeutende Aspekte, zu denen auch die hiesige Registrierung zählte, ein Vier-Augen-Prinzip angeordnet hatte.

(2) Indes war das nach dem Vortrag der Antragstellerin in der Senatssitzung angeordnete Vier-Augen-Prinzip nicht geeignet, eine lückenlose Kontrolle der erfolgten Registrierung zu gewährleisten. 67

Die Antragstellerin hat diesbezüglich vorgetragen, dass die Registrierung der Anlagen durch Herrn G hätte erfolgen müssen und die Kontrolle - durch die Einsichtnahme in die Unterlagen - durch Herrn F. Das Vier-Augen-Prinzip findet mithin nur dann Anwendung, wenn die Meldung der Anlagen zum Register durch die D – Herrn G - selbst erfolgt, nicht aber bei einer Meldung durch die C, deren Durchführung von der D nur noch kontrolliert wird. Die C, der die Registrierung bis zum Kauf des Kommanditanteils durch die D obliegen hatte, hatte aber im Zuge der Verkaufsgespräche angekündigt, dass sie die bislang nicht vorgenommene Registrierung nachholen wolle. Die D hätte deshalb sicherstellen müssen, dass auch eine solche nachgeholt Registrierung durch die C in mindestens gleich zuverlässiger Weise kontrolliert wird wie die Registrierung der Anlagen durch sie selbst. Weil in diesem Fall die Registrierung in den Händen einer Dritten gelegen hätte, die die Registrierung unter Verletzung der Registrierungspflicht aus § 4 Abs. 1 S. 1 AnlRegV während ihrer Zuständigkeit versäumt hatte, bestand sogar Anlass zu noch größerer Sorgfalt bei der Kontrolle der erfolgten Registrierung als bei einer Registrierung durch eigene Mitarbeiter. Diese Sorgfaltspflicht hat die D allerdings verletzt, denn die Prüfung einer durch die C erfolgten Registrierung sollte gemäß den allgemeinen Anweisungen für die Führung der Erledigungsliste ausschließlich durch Herrn F erfolgen. Dass darüber hinausgehende, auf den konkreten Erledigungspunkt erteilte Anweisungen an Herrn F oder andere Mitarbeiter erteilt worden sind, die eine Kontrolle im Vier-Augen-Prinzip oder eine vergleichbar verlässliche Kontrolle gewährleisten hätten, hat die Antragstellerin aber nicht konkret geltend gemacht. 68

dd) Das Organisationsverschulden der D ist kausal für das Fristversäumnis, da davon auszugehen ist, dass bei Erteilung entsprechender Anweisungen an die zuständigen Mitarbeiter die fehlende Registrierung im Dezember 2016 und damit noch vor Ablauf der streitgegenständlichen Frist aufgefallen wäre und hätte fristgemäß nachgeholt werden können. Dass es auf Seiten einzelner Mitarbeiter, hier insbesondere des Herrn F beim Führen der Erledigungsliste, zu einem Fehler gekommen ist, steht der Ursächlichkeit der Pflichtverletzung der D für die Fristversäumung nicht entgegen. Die Versäumung der Frist beruht auch dann auf einem von der Partei zu vertretenden Umstand, wenn dieser nur in kumulativem Zusammenwirken mit einem weiteren, nicht von ihr verschuldeten Umstand die Nichteinhaltung der Frist verursacht hat (Wendtland in: BeckOK ZPO, 27. Ed., § 233 Rn. 13). Von etwas anderem wäre nur dann auszugehen, wenn das Verschulden der D hinter einem wesentlichen, ihr nicht zurechenbaren Verschulden des Hilfspersonals zurücktreten würde (Musielak/Voit-Grandel, a.a.O., § 233 Rn.5; Wendtland in: BeckOK a.a.O.). Dies ist hier schon deshalb nicht der Fall, weil die von der D nicht erfüllte Organisationspflicht gerade der Verhinderung der Versäumung der Meldungsfrist zum Anlagenregister durch den Ausschluss individueller Fehler einzelner Mitarbeiter diene. 69

c) Die Antragstellerin muss sich das Verschulden der D auch zurechnen lassen. 70

Da durch § 32 Abs. 1 S. 2 VwVfG die Rechtsprechung zu § 60 VwGO bewusst übernommen werden sollte, ist als Vertreter nicht nur der Vertreter nach §§ 16 ff. VwVfG gemeint, sondern allgemein jeder gesetzliche oder rechtsgeschäftlich bestellte Vertreter, also auch der Bevollmächtigte i. S. d. §§ 14, 15 VwVfG. Einen umfassenden Vertreterbegriff bei § 32 VwVfG anzunehmen, rechtfertigt sich aus den fristgebundenen Handlungen, zu denen auch die Vertreter nach §§ 16 ff. VwVfG befugt sein können und die für eine Wiedereinsetzung in Betracht kommen. Daher benutzt § 32 im Gegensatz zu §§ 41, 80 VwVfG anstelle von „Bevollmächtigter“ das Wort „Vertreter“. In der Regelung der Verschuldenszurechnung des Satzes 2, die in Form des § 85 Abs. 2 ZPO i. V. m. § 173 VwGO auch im Verwaltungsprozess besteht, spiegelt sich der allgemeine Grundsatz wider, dass jeder, der sich am Rechtsverkehr beteiligt, für die Personen einzustehen hat, die erkennbar sein Vertrauen genießen (zu alledem Kallerhoff/Stamm in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 32 Rn. 16 m.w.N.). 71

Nach dem eigenen Vorbringen der Antragstellerin hat sie keine Angestellten im Sinne eigenen Personals, sondern bedient sich für sämtliche Tätigkeiten, die nicht aus rechtlichen Gründen zwingend der Geschäftsführung vorbehalten sind, externer Dienstleister. Dies gilt insbesondere für sämtliche Aspekte der Projektentwicklung und -umsetzung des streitgegenständlichen Windparks. Als für die Betreuung der Projekterrichtung beauftragte Dienstleisterin war dabei die D eingesetzt. Diese ist damit im die Genehmigung betreffenden Verwaltungsverfahren umfassend Bevollmächtigte im Sinne des § 14 VwVfG, jedenfalls aber bei wertender Betrachtung wie eine solche zu behandeln, da sich die Antragstellerin insoweit umfassend in deren Hand begeben hat. 72

5. Eine Nachsichtgewährung wegen Vorliegens einer unbilligen Härte nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) scheidet schon deshalb aus, weil die Antragstellerin hinsichtlich der Fristversäumung ein ihr zurechenbares Verschulden trifft. 73

III. 74

1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 2 EnWG. Da die Beschwerde keinen Erfolg hat, hat die Antragstellerin die Gerichtskosten zu tragen und der Bundesnetzagentur die notwendigen Auslagen zu erstatten. 75

2. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. 76

Das wirtschaftliche Interesse der Antragstellerin beläuft sich vorliegend auf den Mehrgewinn, den sie dadurch erzielen kann, dass sie mit ihrem geplanten Windenergievorhaben an Land anstelle der ihr aufgrund des Zuschlags in der Ausschreibungsrunde zum Stichtag 01.11.2017 zustehenden Vergütung von 3,8 ct/KWh für eine Gebotsmenge von 7.425 kW die gesetzliche Vergütung von 7,31 ct/KWh erzielen kann. Folglich sind die Differenz zwischen der begehrten gesetzlichen Vergütung und der bezugschlagten Gebotshöhe von 3,51 ct/KWh, die Anlagengröße und die daraus folgende prognostizierbare Strommengenproduktion bei einer angenommenen Volllast von 2.000 Stromstunden jährlich, die Förderdauer von 20 Jahren sowie eine angenommene Gewinnmarge, die der Senat mit 5 % bemisst, zu berücksichtigen (vgl. die Rechtsprechung des Senats zum Streitwert der auf die Zuschlagserteilung im Ausschreibungsverfahren für Windenergieanlagen an Land gerichteten Beschwerde Beschluss vom 16.11.2017, VI-3 Kart 56/17 [V]). 77

Aus der sich hiernach ergebenden Berechnungsformel 78

Gebotspreis (in Euro/kWh) x produzierte Strommenge in kWh/a (Anlagengröße kWp x 2.000 h/a Vollast) x 20 (Förderdauer in Jahren) x 0,05 (angenommener Gewinn), 79

ergibt sich bei Anwendung im Streitfall folgende Berechnung: 80

... 81

**IV.** 82

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil jedenfalls die Frage der Zulässigkeit des Wiedereinsetzungsantrags in die Frist des § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2b EnWG 2017 grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG hat. 83

**Rechtsmittelbelehrung:** 84

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 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 S. 2, 80 S. 2 EnWG). 85