

2017/6

30. Mai 2017

Hinweis

Die Clearingstelle EEG gibt folgenden Hinweis zur Auslegung und Anwendung des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017¹:

- 1. Für die Rechtsfolge des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 kommt es allein auf das Ausstellungsdatum der Genehmigung nach § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. a EEG 2017 an, das vor dem 1. Januar 2017 liegen muss. Die Genehmigung muss der Genehmigungsinhaberin bzw. dem -inhaber nicht schon vor dem 1. Januar 2017 zugegangen oder bekanntgemacht worden sein (s. Abschnitt 3).**
- 2. Änderungen, die die Anlage im Sinne des EEG unverändert lassen, lassen den Vertrauensschutz nach § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 auch dann unberührt, wenn diese Änderungen nach dem 31. Dezember 2016 gem. § 16 Abs. 1 Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG)² genehmigt werden oder worden sind. Dies betrifft beispielsweise Änderungen, die allein den Anlagenbetrieb (wie im Falle von naturschutzfachlich auf-erlegten Stillstandszeiten) oder nicht zur Windenergieanlage (WEA) gehörende Infrastruktur innerhalb eines Windparks (wie im Falle von Netzanschlusseinrichtungen) betreffen (s. Abschnitt 4.1.2, Rn. 67 f.).**

¹Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes zur Änderung der Bestimmungen zur Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung und zur Eigenversorgung v. 22.12.2016 (BGBl. I S. 3106), nachfolgend bezeichnet als EEG 2017. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/eeeg2017/arbeitsausgabe>.

²Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz – BImSchG) v. 15.03.1974 in der Fassung v. 17.05.2013 (BGBl. I S. 1274), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 30.11.2016 (BGBl. I S. 2749).

3. Ferner führen Änderungen der Anlage nicht zum Wegfall des Vertrauensschutzes des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017, auch wenn hierfür eine Änderungsgenehmigung gem. § 16 Abs. 1 BImSchG einzuholen war oder eingeholt wurde, sofern es sich um branchenübliche Veränderungen handelt, die typischerweise im Laufe der Umsetzung eines Windenergieprojekts auftreten (s. Abschnitt 4). Dies gilt insbesondere für folgende Änderungen:
- (a) Errichtung eines Nachfolgetyps der ursprünglich genehmigten WEA, wenn der genehmigte Typ nicht mehr hergestellt wird,
 - (b) Errichtung eines Nachfolgetyps der ursprünglich genehmigten WEA, wenn der genehmigte Typ nicht mehr den technischen Anforderungen an WEA entspricht bzw. in absehbarer Zukunft nicht mehr entsprechen wird,
 - (c) Errichtung eines nach Höhe und Leistung vergleichbaren WEA-Typs auch eines anderen Herstellers, wenn der genehmigte Typ nicht mehr hergestellt wird,
 - (d) Errichtung eines nach Höhe und Leistung vergleichbaren WEA-Typs auch eines anderen Herstellers, wenn der genehmigte Typ nicht mehr den technischen Anforderungen an WEA entspricht bzw. in absehbarer Zukunft nicht mehr entsprechen wird,
 - (e) andere technische Änderungen an Rotorkreisfläche oder Nabenhöhe, soweit sie zwingend oder in absehbarer Zukunft geboten erscheinen,
 - (f) Leistungserhöhungen, die nicht mit physischen Änderungen an der genehmigten Anlage einhergehen, etwa bedingt durch eine Aktualisierung der Software der Anlagensteuerung,
 - (g) Änderungen der Planung zum Fundament der genehmigten WEA,
 - (h) geringfügige Veränderung des genehmigten Standorts, z. B. wegen veränderter Planung der Zuwegung.

4. Liegen Änderungen vor, die über das übliche Maß technischer Optimierungen hinausgehen, ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Änderungen so wesentlich sind, dass für die geänderte Anlage bei wertender Gesamtschau kein zu schützendes Vertrauen bestehen kann. Dies kann insbesondere bei Leistungsänderungen der Fall sein, die nicht aus einem der in Nr. 3 Buchst. (a)–(h) genannten Gründen vorgenommen werden, da Leistungsänderungen im Grundsatz als wesentliche Änderungen einzustufen sind (s. Abschnitt 4.1.1).
5. Berufen sich die Anlagenbetreiberinnen oder -betreiber auf die Regelung des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017, obwohl eine Änderungsgenehmigung nach § 16 BImSchG für ihre Anlage vorliegt, die nach dem 31. Dezember 2016 ergangen ist, müssen sie auf Verlangen die Tatsachen gegenüber dem Netzbetreiber darlegen, aus denen hervorgeht, dass hier keine wesentliche Änderung der „Anlage“ im Sinne des EEG vorliegt (s. Abschnitt 4.2).
6. Liegen nicht alle Voraussetzungen des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 vor oder ist eine Änderung so weitgehend, dass kein schützenswertes Vertrauen auf die Fortgeltung der Förderungsbedingungen entstehen konnte, ist für die Windenergieanlage ein Zuschlag in einer Ausschreibung zu erwirken, um eine Förderung nach dem EEG erhalten zu können, soweit nicht die Voraussetzungen des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 oder Nr. 3 EEG 2017 vorliegen (s. Abschnitt 4.3).

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung des Verfahrens	4
2	Herleitung	6
2.1	Wortlaut der Regelung	6
2.2	Systematischer Vergleich	8
2.2.1	EEG 2017	8
2.2.2	Anlagenregisterverordnung	13
2.3	Historischer Vergleich	14
2.4	Entstehung der Vorschrift	16
2.5	Sinn und Zweck der Vorschrift	18
3	Ausstellungsdatum der Genehmigung entscheidend	20
4	Vertrauensschutz kann trotz Änderungsgenehmigung erhalten bleiben	22
4.1	Wesentliche und unwesentliche Änderungen	22
4.1.1	Herleitung und Abgrenzung	22
4.1.2	Branchenübliche Änderungen	24
4.2	Darlegungspflicht	29
4.3	Folgen des Wegfalls des Vertrauensschutzes	29

1 Einleitung des Verfahrens

1 Die Clearingstelle EEG hat am 8. Februar 2017 durch den Vorsitzenden der Clearingstelle EEG Dr. Lovens sowie die Mitglieder der Clearingstelle EEG Dibbern und Dr. Winkler beschlossen, zu folgenden Fragen ein Hinweisverfahren einzuleiten:

1. Ist es notwendig, dass die Genehmigung nach § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. a EEG 2017 vor dem 1. Januar 2017 dem Genehmigungsinhaber zugegangen ist, oder kann die Rechtsfolge des § 22

Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 bereits dann eintreten, wenn die Genehmigung ein Datum vor dem 1. Januar 2017 trägt?

2. Führt das Vorliegen einer Änderungsgenehmigung nach § 16 Abs. 1 BImSchG, die nach dem 31. Dezember 2016 ausgestellt wurde, zu einem Wegfall der Rechtsfolge des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017?

- 2 Es handelt sich dabei um eine abstrakt-generelle Auslegungs- und Anwendungsfrage. Die Clearingstelle EEG hat sich auch aufgrund des außerordentlichen öffentlichen Interesses an der Klärung der Frage für das Hinweisverfahren entschieden, da dieses den zeitlichen Notwendigkeiten am besten entspricht.
- 3 Der Einleitung voraus ging die Beobachtung der Clearingstelle EEG, dass es für die Branche der Windenergie an Land wichtig ist, zur Auslegung von § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 weiterführende Hinweise zu erhalten.
- 4 Die von der Clearingstelle EEG nach pflichtgemäßem Ermessen ausgewählten, gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG (VerfO)³ akkreditierten Interessengruppen bzw. gemäß § 2 Abs. 4 Satz 2 VerfO registrierten öffentlichen Stellen haben gem. § 25b Abs. 2 VerfO bis zum 24. März 2017 Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme erhalten. Die Stellungnahmen des BDEW Bundesverbands der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. (BDEW) und des Bundesverbands WindEnergie e. V. (BWE)⁴ sind fristgemäß eingegangen und wurden bei der Beratung und Beschlussfassung berücksichtigt.
- 5 Die zur Stellungnahme an die betroffenen Verbände übersandte Entwurfsfassung dieses Hinweises sowie die Endfassung hat gemäß § 25b Abs. 1 i. V. m. § 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied Dibbern erstellt.⁵

³In der am Tage der Beschlussfassung geltenden Fassung, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/downloads>.

⁴Alle Stellungnahmen sind unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/hinwv/2017/6> abrufbar.

⁵Die Entwurfsfassung dieses Hinweises ist ebenfalls unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/hinwv/2017/6> abrufbar.

2 Herleitung

2.1 Wortlaut der Regelung

- 6 Gemäß § 22 Abs. 2 Satz 1 EEG 2017 besteht bei WEA der Anspruch auf die Marktprämie oder die Einspeisevergütung nach § 19 Abs. 1 EEG 2017 für den in der Anlage erzeugten Strom nur, solange und soweit ein von der Bundesnetzagentur erteilter Zuschlag für die Anlage wirksam ist. Von diesem Grundsatz macht § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 für WEA, deren Betreiberinnen und Betreiber für ihre Anlagen bis zum 31. Dezember 2016 eine Genehmigung nach dem BImSchG erhalten und diese rechtzeitig im Anlagenregister gemeldet haben (Übergangsanlagen), folgende Ausnahme:

„Von diesem Erfordernis sind folgende Windenergieanlagen an Land ausgenommen:

...

2. Anlagen, die vor dem 1. Januar 2019 in Betrieb genommen worden sind, wenn
 - a) sie vor dem 1. Januar 2017 nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigt worden sind,
 - b) die Genehmigung nach Buchstabe a vor dem 1. Februar 2017 mit allen erforderlichen Angaben an das Register gemeldet worden ist und
 - c) der Genehmigungsinhaber nicht vor dem 1. März 2017 durch schriftliche Erklärung gegenüber der Bundesnetzagentur unter Bezugnahme auf die Meldung nach Buchstabe b auf den gesetzlich bestimmten Anspruch auf Zahlung verzichtet hat, und
- ...“

- 7 Nach dem Wortlaut der Regelung ist nicht eindeutig, ob die Änderung einer bereits erteilten Genehmigung nach dem 31. Dezember 2016 dazu führt, dass der durch die Regelung gewährte Vertrauensschutz entfällt. Fraglich ist, ob die WEA, die nach der geänderten Genehmigung in Betrieb genommen wird, auch im Sinne des Gesetzes *diejenige* Anlage ist, die „vor dem 1. Januar 2017 nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigt worden“ war oder ob es sich bei der geänderten Anlage vielmehr

um eine von der vor dem 1. Januar 2017 genehmigten Anlage zu unterscheidende Anlage handelt.

- 8 Eine bloße Änderungsanzeige gem. § 15 BImSchG führt dem Wortlaut von § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 nach jedenfalls nicht zum Entfallen des Vertrauensschutzes, denn es liegt schon keine Genehmigung nach dem BImSchG vor,⁶ die die Identität von genehmigter und in Betrieb genommener Anlage in Frage stellen könnte.
- 9 Dafür, dass eine geänderte Genehmigung den Vertrauensschutz entfallen lässt, spricht der Wortlaut der Vorschrift, da die WEA, die nach der geänderten Genehmigung in Betrieb genommen wird, ggf. eben nicht *diejenige* Anlage ist, die „vor dem 1. Januar 2017 nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigt worden“ war.
- 10 Dafür, dass auch eine geänderte Genehmigung den von § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 gewährten Vertrauensschutz nicht in jedem Fall entfallen lässt, spricht zum einen der Umstand, dass es nach Kenntnis der Clearingstelle EEG in der Praxis üblich ist, kleinere Nachbesserungen an der Planung „laufend“ durchzuführen. Daneben gibt es in den Bundesländern z. T. sehr unterschiedliche Maßstäbe, für welche Änderungen eine Änderungsgenehmigung gem. § 16 BImSchG einzuholen ist und für welche Änderungen eine Änderungsanzeige nach § 15 BImSchG ausreicht.⁷ Würde jede Änderungsgenehmigung zum Wegfall des Vertrauensschutzes führen, würden auf Grund der unterschiedlichen Handhabung der Genehmigungspraxis in den Bundesländern materiell gleiche Sachverhalte durch das EEG 2017 verschieden behandelt. Zum anderen spricht für den Fortbestand des Vertrauensschutzes, dass schon fraglich ist, ob die durch eine Änderungsgenehmigung geänderte Erlaubnis eine andere Genehmigung als die Ursprungsgenehmigung darstellt, da die Änderungsgenehmigung lediglich zu der früher erteilten Genehmigung hinzutritt und zusammen mit dieser einen einheitlichen Genehmigungstatbestand bildet.⁸ So auch das *BVerwG*:

„Prüfungsgegenstand im Änderungsgenehmigungsverfahren nach § 16 BImSchG sind zunächst die unmittelbar zu ändernden Anlagenteile und Verfahrensschritte. Soweit sich die Änderung auf die Bestandsanlage aus-

⁶Schon das Schweigen der zuständigen Behörde auf die Änderungsanzeige hin („fiktive Freistellung“) führt zur Rechtmäßigkeit des Vorhabens, vgl. *Jarass*, Bundes-Immissionsschutzgesetz, 9. Aufl. 2012, § 15 Rn. 29 ff. u. § 16 Rn. 18.

⁷Vgl. Stellungnahme des Bundesrats v. 17.06.2016, BR-Drs. 310/16 (B), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2017/wrfassung/material>, S. 12.

⁸*Jarass*, Bundes-Immissionsschutzgesetz, 9. Aufl. 2012, § 16 Rn. 65.

wirkt, erstreckt sich die Prüfung außerdem auf die hiervon betroffenen Anlagenteile und Verfahrensschritte ... Dagegen ist die Gesamtanlage nicht Gegenstand der Prüfung ...“⁹

- 11 Der Wortlaut der Vorschrift ist jedenfalls der Auslegung zugänglich, weil darin der Anlagenbegriff des EEG in einem immissionsschutzrechtlichen Zusammenhang verwendet wird. Wenn in § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 der Begriff „Anlage“ verwendet wird, so ist zwar davon auszugehen, dass hiermit die in § 3 Nr. 1 EEG 2017 gesetzlich definierte EEG-Anlage gemeint ist. „Genehmigungsbedürftig“ ist aber stets die Anlage im Sinne des Fachrechts. So ist nach Anhang 1 Nr. 1.6.1 der 4. BImSchV¹⁰ ein Windpark mit 20 oder mehr WEA eine Anlage im Sinne des Immissionsschutzrechts, während es sich nach dem EEG 2017 um 20 oder mehr einzelne Anlagen handelt.¹¹

2.2 Systematischer Vergleich

2.2.1 EEG 2017

- 12 Der systematische Vergleich deutet darauf hin, dass der Begriff der „Genehmigung“ im Rahmen des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 eher weit, zumindest aber nicht restriktiv, aufzufassen ist. Zum einen ist zu berücksichtigen, dass eine Änderungsgenehmigung zu einer früher erteilten Genehmigung hinzutritt und zusammen mit dieser einen einheitlichen Genehmigungstatbestand bildet (s. o. Rn. 10). Schon dies spricht für ein weites Verständnis der Vorschrift, um den Vertrauensschutz zu gewährleisten. Zum anderen hat der Gesetzgeber Regelungen zum Umgang mit geänderten Genehmigungen nach dem BImSchG gerade nur dann vorgesehen, wenn er besondere Regelungen treffen wollte, die den von der Rechtsordnung vorgegebenen Umfang des Vertrauensschutzes übersteigen.
- 13 So hat der Gesetzgeber für WEA, deren Betreiberinnen und Betreiber an Ausschreibungen teilnehmen, in § 36f Abs. 2 EEG 2017 ausdrücklich eine Regelung dazu ge-

⁹BVerwG, Urt. v. 24.10.2013 – 7 C 36.11, abrufbar unter <http://bverwg.de/entscheidungen/pdf/241013U7C36.11.0.pdf>, Rn. 38, abgerufen am 14.02.2017. Auslassungen nicht im Original.

¹⁰Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen v. 02.05.2013 (BGBl. I S. 973, 3756), zuletzt geändert durch Artikel 1 der Verordnung v. 09.01.2017 (BGBl. I S. 42), nachfolgend bezeichnet als 4. BImSchV.

¹¹Vgl. *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 30.04.2015 – 2014/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2014/27>, Rn. 48 ff.

schaffen, welche Auswirkungen es hat, wenn eine Genehmigung nach der Zuschlagserteilung noch geändert wird. § 36f EEG 2017 lautet:

„§ 36f Änderungen nach Erteilung des Zuschlags für Windenergieanlagen an Land

- (1) ¹Zuschläge sind den Windenergieanlagen an Land, auf die sich die in dem Gebot angegebene Genehmigung bezieht, verbindlich und dauerhaft zugeordnet. ²Sie dürfen nicht auf andere Anlagen oder andere Genehmigungen übertragen werden.
- (2) Wird die Genehmigung nach der Erteilung des Zuschlags geändert, bleibt der Zuschlag auf die geänderte Genehmigung bezogen. Der Umfang des Zuschlags verändert sich dadurch nicht.“¹²

14 Ebenso hat er in § 39e Abs. 2 EEG 2017 eine nahezu wortgleiche Regelung für bereits bezuschlagte Biomasseanlagen geschaffen. Eine entsprechende Regelung für Anlagen, deren anzulegender Wert gesetzlich bestimmt wird, fehlt hingegen im EEG 2017. Daher läge bei oberflächlicher Betrachtung der Schluss nahe, dass der Gesetzgeber erstens der Auffassung ist, dass sich durch die Änderung einer Genehmigung wesentliche Umstände der Förderfähigkeit von Anlagen i. S. d. § 3 Nr. 1 EEG 2017 ändern, denn anderenfalls hätte es der Vorschriften des § 36f und § 39e EEG 2017 nicht bedurft, und zweitens das Nichtvorsehen einer ähnlichen Regelung für die Übergangsanlagen gerade dazu führen soll, dass die Änderung einer bestehenden Genehmigung einer Übergangsanlage den Vertrauensschutz entfallen lässt, da sich wesentliche Umstände der Förderfähigkeit der Übergangsanlage geändert haben.

15 Diese Schlussfolgerungen erweisen sich aber bei näherer Betrachtung als zu weitgehend. Änderungen von Genehmigungen wurden im laufenden Gesetzgebungsverfahren durch den Vorschlag des Bundesrates¹³ in Bezug auf § 36f EEG-2017-RegE berücksichtigt und dies wie folgt begründet:

„Die Gewährung von Anpassungen der Genehmigung nach Erteilung des Zuschlags wäre von großer Wichtigkeit für die Realisierungswahrscheinlichkeit. Im Rahmen der detaillierten Bauplanung müssen oft Anpassungen vorgenommen werden (kleinräumige Standortverschiebung

¹²Satznummerierung nicht im Original.

¹³Stellungnahme des Bundesrats v. 17.06.2016, BR-Drs. 310/16 (B), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2017/wrfassung/material>, S. 11 f.

um wenige Meter, Fundamentänderungen u. ä.). Ein Wechsel des Anlagenherstellers kann bei Lieferschwierigkeiten die zeitnahe und fristgerechte Realisierung sichern. § 36f EEG 2016 erkennt diese Anpassungsnotwendigkeiten grundsätzlich an. Die Behördenpraxis in den Ländern ist unterschiedlich, so dass die genannten beispielhaften Tatbestände teilweise formal über Änderungsgenehmigungen oder aber über Neugenehmigungen abgewickelt werden. Die unterschiedliche Behördenpraxis resultiert aus divergierender obergerichtlicher Rechtsprechung und kann daher in der Praxis nicht angepasst werden. Bei der Beschränkung des Wortlauts auf ‚Änderungsgenehmigungen‘ käme es daher sowohl zu einer Ungleichbehandlung der Betreiber in verschiedenen Ländern als auch zu einer sinkenden Realisierungsquote.“¹⁴

- 16 In seinem Vorschlag wollte der Bundesrat also berücksichtigen, dass es in der Praxis der Realisierung von WEA oftmals notwendig wird, eine bestehende Planung noch einmal in Details zu verändern und sich dies – je nach Bundesland – ggf. genehmigen zu lassen. Um die Probleme des vorliegenden Verfahrens zu vermeiden, wollte der Bundesrat auf den Begriff des Projekts abstellen. Die Bundesregierung lehnte dieses Änderungsverlangen des Bundesrats jedoch mit der folgenden Begründung ab:

„In dem derzeitigen Konzept wird die Windenergieanlage durch die Genehmigung identifiziert. Dies bedeutet, dass der Zuschlag für die in der Genehmigung angegebenen Windenergieanlagen erteilt wird. Der Vorschlag des Bundesrates bedeutet, dass die Windenergieanlagen, für die der Zuschlag gelten soll, auf anderem Wege konkretisiert werden müssen. Andernfalls liefe das Verbot, den Zuschlag auf eine andere Windenergieanlage zu übertragen, ins Leere.

Eine Alternative wäre eine sehr genaue Ortsangabe. Der Zuschlag wäre dann an die Errichtung einer Windenergieanlage an diesem konkreten Standort gebunden. Dies ist im Rahmen des Konsultationsprozesses zur Einführung der Ausschreibung mit den betroffenen Interessengruppen diskutiert worden. Ergebnis war, dass eine Festlegung auf einen konkreten Standort bei erforderlichen Änderungen der Genehmigung zu un-

¹⁴Stellungnahme des Bundesrats v. 17.06.2016, BR-Drs. 310/16 (B), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2017/wrfassung/material>, S. 12.

flexibel wäre. Deshalb wurde die Genehmigung als Anknüpfungspunkt gewählt.“¹⁵

- 17 In ihrer Ablehnung des Vorschlags des Bundesrats räumte die Bundesregierung im Grundsatz ein, dass die befürchteten Probleme auftreten können, lehnte es aber ab, ersatzweise den Begriff des „Projekts“ heranzuziehen, da sie befürchtete, dass damit ein Leitgedanke des Ausschreibungsdesigns – die Zuordnung eines Zuschlags zu einer bestimmten WEA, ohne die Möglichkeit, diesen Zuschlag einer anderen WEA zuzuordnen – umgangen werden könnte. Dass als Alternative zum Begriff des „Projekts“ die Inbezugnahme des Standorts zur Zuordnung des Zuschlags diskutiert wurde, aber im Rahmen der Ausschreibungen für zu unflexibel angesehen wurde, spricht dafür, dass die ursprünglich vorgesehene Formulierung für flexibel genug gehalten wurde, die befürchteten Probleme sachgerecht lösen zu können.
- 18 Zwar ist dies für die vorliegende Frage nur von mittelbarer Bedeutung – in § 36f EEG 2017 werden gerade Anlagen adressiert, deren anzulegender Wert *nicht* gesetzlich bestimmt wird, – doch macht dies deutlich, dass eine restriktive Auffassung des Begriffs „Genehmigung“ grundsätzlich nicht zu sachgerechten und praxistauglichen Lösungen führen wird.
- 19 Die vorliegende Frage liegt jedoch sehr ähnlich. Auch hier will der Gesetzgeber nur diejenige Übergangsanlage nach den Regelungen des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 vom Erfordernis des Zuschlags befreien, die bereits vor dem 1. Januar 2017 genehmigt worden war, und keine andere. Dies lässt aber nicht den Schluss zu, dass bei Übergangsanlagen die Änderung einer Genehmigung zum Wegfall des Vertrauensschutzes führen müsse, da eine dem § 36f EEG 2017 ähnliche Regelung für Übergangsanlagen eben fehle. Denn nach § 36f EEG 2017 sollen auch umfangreichere Änderungen an der Anlage nicht dazu führen, dass der erteilte Zuschlag unwirksam wird, wie die Gesetzesbegründung zeigt:

„... Diese Regelung sichert eine hohe Realisierungswahrscheinlichkeit sowie ein effizientes Ausschreibungsverfahren ab, da aufgrund des projektbezogenen Zuschlags der Bieter für sein spezifisches Projekt eine Kalkulation durchführt und auf dieser Basis ein Gebot abgibt, wobei Umfang der Anlagen sowie genehmigungsrechtliche Bedingungen dem Bieter bekannt sind.

¹⁵Gegenäußerung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates v. 28.06.2016, BT-Drs. 18/8972, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/ee2017/urfassung/material>, S. 13.

Dabei ist eine Änderung der Genehmigung auch nach der Zuschlagerteilung ohne Verlust des Vergütungsanspruchs möglich. So regelt Absatz 2, dass sich der Zuschlag im Falle einer Änderung der Genehmigung nach Erteilung des Zuschlags auf die geänderte Genehmigung bezieht. Der Umfang des Zuschlags, also die installierte Leistung, für die der Zuschlag erteilt wurde, bleibt unverändert. Änderungen der Gesamtleistung in einem größeren Umfang liegen also in der Risikosphäre des Bieters. Sich gegebenenfalls daraus ergebene Pönalen sind durch § 55 Absatz 1 Nummer 1 EEG 2016 geregelt, der eine Flexibilität von bis zu 5 Prozent im Hinblick auf die bezuschlagte Gesamtleistung einräumt. Wird für denselben Standort eine neue Genehmigung erwirkt, gilt der Zuschlag nicht für diese neue Genehmigung, selbst wenn sämtliche Parameter identisch mit der ursprünglichen Genehmigung sind.¹⁶

- 20 Hiernach sind jegliche Änderungen für den Bestand des Zuschlags unschädlich, soweit sie durch eine Änderungsgenehmigung zugelassen sind; *allein* eine Neugenehmigung führt zu einem Wegfallen des Zuschlags. Auch Änderungen, die ggf. nicht mehr mit dem Gesetzeszweck im engeren Sinne übereinstimmen und daher pönalisiert sind, lassen den Zuschlag dem Grunde nach nicht wegfallen. Dies aber geht über das hinaus, was eine Vertrauensschutzregelung wie § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 leisten soll. Denn das ggf. auch aus verfassungsrechtlichen Gründen zu schützende Vertrauen umfasst regelmäßig nicht das Vertrauen darauf, auch völlig veränderte oder ganz neue Vorhaben nach den Grundsätzen des alten Rechts umsetzen zu können.¹⁷
- 21 Wenn aber § 36f EEG 2017 über das *hinausgeht*, was sich schon aus Gründen des Vertrauensschutzes aus der Rechtsordnung sowieso in Bezug auf den Fortbestand eines Zuschlags bei Änderung der Genehmigung ergibt, kann aus dem Fehlen einer ähnlichen Vorschrift für den Wegfall des Zuschlagserfordernisses für Übergangsanlagen nicht gefolgert werden, dass damit der Gesetzgeber den Wegfall des Vertrauensschutzes insgesamt beabsichtigt hat. Denn der Schutz des Vertrauens folgt schon aus den

¹⁶Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Ausschreibungen für Strom aus erneuerbaren Energien und zu weiteren Änderungen des Rechts der erneuerbaren Energien v. 20.06.2016, BT-Drs. 18/8832, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2017/urfassung/material>, S. 214.

¹⁷Vgl. Bundesjustizministerium, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl., BANz. Nr. 160a v. 22.08.2008, S. 122 ff., abrufbar unter http://www.bmjv.de/DE/Themen/Rechtssetzung/Buerokratie/abbau/HDR/HDR_node.html, abgerufen am 18.02.2017.

Grundsätzen der Rechtsordnung, während § 36f EEG 2017 notwendig ist, um darüber hinaus den Bestand des erteilten Zuschlags zu gewährleisten.

2.2.2 Anlagenregisterverordnung

- 22 Die Betrachtung der AnlRegV¹⁸ im systematischen Vergleich ist letztlich für die vorliegenden Fragen unergiebig, auch wenn der Gesetzgeber darin ausdrücklich geregelt hat, wie mit der Registrierung von Genehmigungen umzugehen ist.
- 23 Nach § 4 AnlRegV sind Genehmigungen oder Zulassungen, die nach dem 28. Februar 2015 für genehmigungsbedürftige Anlagen erteilt worden sind, spätestens drei Wochen nach ihrer Bekanntgabe registrieren zu lassen. Sind mehrere Genehmigungen oder Zulassungen erforderlich, beschränkt sich die Pflicht auf die Genehmigung oder Zulassung, mit der die baurechtliche Zulässigkeit der Anlage festgestellt wird. Welche Angaben im Einzelnen bei der Registrierung der Genehmigung oder Zulassung anzugeben sind, regelt § 4 Abs. 2 AnlRegV.
- 24 Eine ausdrückliche Vorschrift, wie mit der Änderung von Genehmigungen umzugehen ist, fehlt aber in der AnlRegV. In § 5 AnlRegV ist geregelt, wie mit Änderungen an bestehenden Anlagen zu verfahren ist. Dieser lautet:

„§ 5 Übermittlung von Änderungen

- (1) Anlagenbetreiber müssen innerhalb der Frist nach § 3 Absatz 3 jede Änderung der Angaben nach § 3 Absatz 2 mit Ausnahme der Angaben nach § 3 Absatz 2 Nummer 6, 7 und 15 übermitteln.
- (2) Zum Zweck der Registrierung einer Änderung der installierten Leistung oder der endgültigen Stilllegung der Anlage ist zusätzlich das Datum der Änderung der installierten Leistung oder der endgültigen Stilllegung zu übermitteln.
- (3) § 4 Absatz 1 ist entsprechend anzuwenden bei Änderungen der installierten Leistung, die einer Genehmigung nach § 16 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes oder der Planfeststellung nach § 45 Absatz 1 des Windenergie-auf-See-Gesetzes bedürfen.

¹⁸Verordnung über ein Register für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien und Grubengas (Anlagenregisterverordnung – AnlRegV) v. 01.08.2014 (BGBl. I S. 1320), zuletzt geändert durch Artikel 10 des Gesetzes v. 22.12.2016 (BGBl. I S. 3106).

(4) Die Bundesnetzagentur übermittelt die Registrierung der endgültigen Stilllegung einer Anlage an den nach § 3 Absatz 2 Nummer 15 benannten Netzbetreiber, soweit dies für die Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist.“

25 Jedenfalls bleibt hier zweifelhaft, ob sich § 5 Abs. 1 AnlRegV auch auf Änderungen an den Angaben erstreckt, die der registrierten Genehmigung zugrundeliegen, oder nur anzuwenden ist, wenn sich *nach der Errichtung* der Anlage die in § 5 Abs. 1 AnlRegV genannten Angaben tatsächlich ändern. § 5 Abs. 2 und 3 AnlRegV legen eine Beschränkung auf *errichtete* Anlagen nahe, da nur diese eine „installierte“ Leistung im Wortsinn aufweisen. Ob diese Vorschriften nun so oder anders anzuwenden sind, kann hier jedoch dahinstehen, denn jedenfalls wird deutlich, dass dem Gesetzgeber Änderungen an den Anlagen nicht fremd sind und auch der Umstand nicht, dass hierzu ggf. Genehmigungen erforderlich sind.

2.3 Historischer Vergleich

26 Der historische Vergleich liefert keine eindeutigen Antworten auf die Verfahrensfragen, doch deutet er darauf hin, dass nicht jede Änderung der Genehmigung den Vertrauensschutz entfallen lässt.

27 Eine der Regelung des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 vergleichbare Regelung gab es im EEG 2014¹⁹ in der Form des § 102 Nr. 3 EEG 2014:

„§ 102 Übergangsbestimmung zur Umstellung auf Ausschreibungen

Nachdem die finanzielle Förderung im Sinne des § 2 Absatz 5 auf Ausschreibungen umgestellt worden ist, besteht auch ohne eine im Rahmen einer Ausschreibung erhaltene Förderberechtigung ein Anspruch nach § 19 Absatz 1 für Anlagenbetreiber von

...

3. allen anderen Anlagen, die nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftig sind oder für ihren Betrieb einer Zulassung

¹⁹Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 15 des Gesetzes zur Digitalisierung der Energiewende v. 29.08.2016 (BGBl. I S. 2034), nachfolgend bezeichnet als EEG 2014. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2014/arbeitsausgabe>.

nach einer anderen Bestimmung des Bundesrechts bedürfen und vor dem 1. Januar 2017 genehmigt oder zugelassen und vor dem 1. Januar 2019 in Betrieb genommen worden sind; dies gilt nicht für die Betreiber von Freiflächenanlagen.“

- 28 Auch § 100 Abs. 3 EEG 2014 regelte inhaltlich etwas Ähnliches wie § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017:

„§ 100 Allgemeine Übergangsbestimmungen

...

- (3) Für Strom aus Anlagen, die nach dem 31. Juli 2014 und vor dem 1. Januar 2015 in Betrieb genommen worden sind, ist Absatz 1 anzuwenden, wenn die Anlagen nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftig sind oder für ihren Betrieb einer Zulassung nach einer anderen Bestimmung des Bundesrechts bedürfen und vor dem 23. Januar 2014 genehmigt oder zugelassen worden sind.

...“

- 29 Für § 102 Nr. 3 EEG 2014 hat die Clearingstelle EEG die Frage, ob sich Folgen aus der Änderung einer bestehenden Genehmigung ergaben – und wenn ja, welche –, im Rahmen eines Empfehlungsverfahrens²⁰ dahingehend beantwortet, dass im Falle einer „wesentlichen Änderung“ § 102 Nr. 3 EEG 2014 nur dann gelten sollte, wenn das veränderte Vorhaben ebenfalls vor dem 1. Januar 2017 zugelassen worden ist.²¹
- 30 Es sollte jedoch nicht jede „wesentliche Änderung“ der Genehmigung nach dem Stichtag ein Wegfallen des Vertrauensschutzes nach sich ziehen. Differenzierend wird ausgeführt, dass es mit Sinn und Zweck der Vertrauensschutzregelungen nicht zu vereinbaren wäre, wenn der Zubau weiterer Anlagen die Rechtsfolge der Übergangsbestimmungen in Bezug auf die Anlagen, die den Vertrauensschutzregelungen unterfallen, nur deswegen entfallen ließe, weil die Zulassung, an die der Vertrauensschutz

²⁰Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 30.04.2015 – 2014/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2014/27>.

²¹Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 30.04.2015 – 2014/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2014/27>, Leitsatz 8 und Abschnitt 3.2.7, Rn. 53 ff.

geknüpft ist, zu einem späteren Zeitpunkt um weitere, EEG-rechtlich eigenständige Anlagen erweitert wird.²²

- 31 Da dies aber ein Auslegungsergebnis zum EEG 2014 darstellt, kann es nicht schon aus sich heraus auf die vorliegende Frage übertragen werden, doch spricht es dafür, dass auch im EEG 2017 nicht jede Änderung der Genehmigung den Vertrauensschutz entfallen lassen soll.

2.4 Entstehung der Vorschrift

- 32 Die Entstehung der Vorschrift (Genese) deutet darauf hin, dass der Begriff der „Genehmigung“ im Rahmen des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 eher weit, zumindest aber nicht restriktiv, aufzufassen ist.
- 33 Die Vorschrift war in einer sehr ähnlichen Form bereits in § 22 Abs. 2 Nr. 5 des Referentenentwurfs zum EEG 2017²³ (EEG-2017-RefE) enthalten.²⁴ Die Entwurfsfassung lautete:

„(2) Folgende Anlagen sind von dem Erfordernis nach Absatz 1 Satz 2 ausgenommen:

...

5. bis zum 31. Dezember 2018 Windenergieanlagen an Land, wenn
- a) die Anlagen vor dem 1. Januar 2017 nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigt worden sind,
 - b) die Genehmigung nach Buchstabe a vor dem 1. Februar 2017 mit allen erforderlichen Angaben im Register gemeldet worden ist und
 - c) der Genehmigungsinhaber nicht vor dem 1. März 2017 durch schriftliche Erklärung gegenüber der Bundesnetzagentur unter

²² Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 30.04.2015 – 2014/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2014/27>, Rn. 55.

²³ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Ausschreibungen für Strom aus erneuerbaren Energien und zu weiteren Änderungen des Rechts der erneuerbaren Energien v. 14.04.2016, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeeg2017/urfassung/material>, nachfolgend als „EEG-2017-RefE“ bezeichnet.

²⁴ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Ausschreibungen für Strom aus erneuerbaren Energien und zu weiteren Änderungen des Rechts der erneuerbaren Energien v. 14.04.2016, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeeg2017/urfassung/material>, S. 22.

Bezugnahme auf die Meldung nach Buchstabe b auf den gesetzlich bestimmten Anspruch auf Zahlung verzichtet hat,

...²⁵

- 34 Im Wesentlichen blieb diese Vertrauensschutzvorschrift also vom ersten Entwurf des EEG 2017 an unverändert. Zur Begründung führte der Entwurf aus:

„Nummer 5 bestimmt, dass Windenergieanlagen an Land, die bis Ende 2016 eine Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) erhalten haben und diese bis 31. Januar 2017 im Register registriert haben, bis Ende 2018 nicht an Ausschreibungen teilnehmen können, es sei denn, sie verzichten auf das für diese Anlagen bestehende Recht, eine gesetzlich bestimmte Zahlung nach § 19 Absatz 1 in Verbindung mit § 46 EEG 2016 in Anspruch zu nehmen. Schon § 102 Nummer 2 EEG 2014 sah für diese Anlagen eine Übergangsregelung vor. Sie dient dazu, Investoren Sicherheit zu geben und so eine kontinuierliche Entwicklung beim Ausbau der Windenergie an Land zu ermöglichen.

Die Anforderungen sind additiv. Ab 2019 können also auch diese Anlagen an Ausschreibungen teilnehmen. Dasselbe gilt z. B. auch, wenn eine BImSchG-Genehmigung erst nach dem 31. Januar 2017 im Register registriert wird: Auch hier besteht kein gesetzlich bestimmter Anspruch auf Zahlung nach § 19 Absatz 1 EEG 2016. Stattdessen kann die Anlage an den Ausschreibungen teilnehmen. Buchstabe c ermöglicht es, auf das Recht auf einen gesetzlich bestimmten anzulegenden Wert zu verzichten. Dieser Verzicht muss vor dem 1. März 2017 gegenüber der BNetzA erklärt werden. Dies ist für die Mengensteuerung erforderlich. Nur so kann die korrekte Menge von Anlagen in der Übergangsregel bei der Berechnung der Ausschreibungsmenge für das Jahr 2017 berücksichtigt werden.“²⁶

²⁵ *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Ausschreibungen für Strom aus erneuerbaren Energien und zu weiteren Änderungen des Rechts der erneuerbaren Energien v. 14.04.2016, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2017/wrfassung/material>, S. 21 f.

²⁶ *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Ausschreibungen für Strom aus erneuerbaren Energien und zu weiteren Änderungen des Rechts der erneuerbaren Energien v. 14.04.2016, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2017/wrfassung/material>, S. 166. Anmerkung der Clearingstelle EEG: Im zweiten Satz des zitierten Texts ist offenbar „Nummer 3“ gemeint. Der genannte § 102 Nr. 2 EEG 2014 enthält eine Übergangsvorschrift für Geothermieanlagen.

35 Diese Begründung wurde (nahezu) wortgleich in die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung²⁷ (EEG-2017-RegE) übernommen.²⁸ Auch im weiteren Gesetzgebungsverfahren wurde an der Vorschrift nichts mehr geändert; der EEG-2017-RegE enthielt bereits die vom Bundestag schließlich verabschiedete Fassung von § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017.²⁹

2.5 Sinn und Zweck der Vorschrift

36 Sinn und Zweck der Vorschrift legen es nahe, den Ausdruck „die genehmigte Anlage“ weit zu verstehen und auszulegen. Andernfalls würde die Regelung faktisch leerlaufen und ihren Zweck nicht erfüllen. Denn im Laufe der Errichtung von WEA müssen oft notwendige Anpassungen vorgenommen werden, die eine Änderungs-genehmigung nach sich ziehen können.³⁰ Würde ausschließlich auf die Genehmigung abgestellt, ohne Änderungen zuzulassen, wäre die Norm in vielen Fällen nicht anwendbar und der damit verbundene Schutz von Investitionen,³¹ die im Vertrauen auf die Fortgeltung der gesetzlichen Bestimmungen getätigt wurden, würde nicht greifen.

37 Die Gesetzesbegründung führt zu § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 das Folgende aus:

„Nummer 2 bestimmt, dass Windenergieanlagen an Land, die bis Ende 2016 eine Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) erhalten haben und diese bis 31. Januar 2017 im Register registriert haben, bis Ende 2018 nicht an Ausschreibungen teilnehmen können, ... Schon § 102 Nummer 2 EEG 2014 sah für diese Anlagen

²⁷Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Ausschreibungen für Strom aus erneuerbaren Energien und zu weiteren Änderungen des Rechts der erneuerbaren Energien v. 20.06.2016, BT-Drs. 18/8832, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2017/urfassung/material>, nachfolgend als „EEG-2017-RegE“ bezeichnet.

²⁸Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Ausschreibungen für Strom aus erneuerbaren Energien und zu weiteren Änderungen des Rechts der erneuerbaren Energien v. 20.06.2016, BT-Drs. 18/8832, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2017/urfassung/material>, S. 199 f.

²⁹Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Ausschreibungen für Strom aus erneuerbaren Energien und zu weiteren Änderungen des Rechts der erneuerbaren Energien v. 20.06.2016, BT-Drs. 18/8832, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2017/urfassung/material>, S. 25 f.

³⁰Stellungnahme des Bundesrats v. 17.06.2016, BR-Drs. 310/16 (B), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2017/urfassung/material>, S. 12.

³¹Vgl. Rn. 34.

eine Übergangsregelung vor. Sie dient dazu, Investoren Sicherheit zu geben und so eine kontinuierliche Entwicklung beim Ausbau der Windenergie an Land zu ermöglichen.“³²

- 38 Zum einen ist die Vorschrift also als Fortführung von § 102 Nr. 3 EEG 2014 zu sehen, zum anderen dient sie dazu, „Investoren Sicherheit zu geben“ und so „eine kontinuierliche Entwicklung beim Ausbau der Windenergie an Land zu ermöglichen“.
- 39 Dies fügt sich nahtlos zusammen mit der Begründung zur Aufhebung von § 102 EEG 2014:

„Die Übergangsbestimmung des § 102 EEG 2014 wurde inhaltlich in § 22 EEG 2016 aufgegriffen und kann daher als eigenständige Regelung entfallen.“³³

- 40 Die Gesetzesbegründung zu § 102 EEG 2014, dem § 98 des Gesetzentwurfs³⁴ entsprach, lautete wiederum wie folgt:

„... Da die Regelung zur Ausschreibung der Förderhöhe erst in einem neuen Gesetzgebungsverfahren festgelegt wird, ist für die Investoren in Projekte mit langen Planungs- und Realisierungszeiträumen nicht kalkulierbar, ob sie einen Zuschlag im Rahmen der Ausschreibung und damit eine Förderung bekommen können. Um zu verhindern, dass es aufgrund dieser Planungs- und Investitionsunsicherheit zu einem Einbruch von Projektplanungen und damit des Zubaus insbesondere bei Erneuerbare-Energien-Projekten mit langen Planungszeiten (z. B. Windenergie an Land und Windenergie auf See) kommt, soll die Übergangsvorschrift des § 98 EEG 2014 den notwendigen Vertrauensschutz gewährleisten.“

³²Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Ausschreibungen für Strom aus erneuerbaren Energien und zu weiteren Änderungen des Rechts der erneuerbaren Energien v. 20.06.2016, BT-Drs. 18/8832, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2017/urfassung/material>, S. 199; vgl. auch Anmerkung in Fußnote 26.

³³Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Ausschreibungen für Strom aus erneuerbaren Energien und zu weiteren Änderungen des Rechts der erneuerbaren Energien v. 20.06.2016, BT-Drs. 18/8832, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2017/urfassung/material>, S. 264.

³⁴Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 05.05.2014, BT-Drs. 18/1304, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2014/urfassung/material>.

Nach § 98 EEG 2014 erhalten die Betreiber von Anlagen, die nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftig sind oder für ihren Betrieb einer Zulassung nach einer anderen Bestimmung des Bundesrechts bedürfen und vor dem 1. Januar 2017 genehmigt oder zugelassen worden sind, Vertrauensschutz und können auch ohne Zuschlagserteilung im Rahmen der Ausschreibung noch bis Ende 2018 in Betrieb genommen werden und nach diesem Gesetz eine Förderung in der Form einer Marktprämie nach den §§ 32 ff. EEG 2014 erhalten.“³⁵

- 41 Da die Zweckbestimmungen von § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 und § 102 Nr. 3 EEG 2014 der Sache nach identisch sind, sind die Erwägungen der Clearingstelle EEG in der Empfehlung 2014/27 zu § 102 Nr. 3 EEG 2014³⁶ auch dem Grunde nach auf § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 übertragbar, was sich aus dem historischen Vergleich allein nicht ableiten lässt (vgl. Rn. 31).

3 Ausstellungsdatum der Genehmigung entscheidend

- 42 Hieraus folgt, dass die erste Verfahrensfrage ebenso zu beantworten ist, wie es in Bezug auf § 102 Nr. 3 EEG 2014 bereits der Fall war: Es kommt für die Rechtsfolge des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 allein auf das Datum der Ausstellung der Genehmigung an.³⁷ Nicht erforderlich ist, dass die Genehmigung vor dem Stichtag zugegangen oder bestandskräftig geworden ist.³⁸
- 43 Zwar ließe sich die systematische Betrachtung der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätze des VwVfG³⁹ dafür anführen, dass es auf den Zugang der Genehmigung beim Adressaten ankommt. Hierfür sprechen insbesondere die Grundsätze zur Bekanntgabe gemäß § 41 Abs. 1 Satz 1 VwVfG, wonach ein Verwaltungsakt dem

³⁵Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts v. 05.05.2014, BT-Drs. 18/1304, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/eeeg2014/wrfassung/material>, S. 182.

³⁶Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 30.04.2015 – 2014/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/empfv/2014/27>.

³⁷Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 30.04.2015 – 2014/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/empfv/2014/27>, Rn. 26 ff.

³⁸A.A. BDEW, Stellungnahme v. 23.03.2017, S. 2.

³⁹Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) v. 25.05.1976 in der Fassung v. 23.01.2003 (BGBl. I S. 102), zuletzt geändert durch Artikel 20 des Gesetzes v. 18.07.2016 (BGBl. I S. 1679).

betroffenen Adressaten bekannt zu geben ist; erst hierdurch erlangt er die materiell geschützten Rechtspositionen der erteilten Genehmigung.⁴⁰ Auch werden durch die Bekanntgabe die Rechtsbehelfsfristen in Gang gesetzt.⁴¹

- 44 Doch auf das Entstehen materieller Rechtspositionen oder den Beginn von Rechtsbehelfsfristen kommt es zur Beantwortung der ersten Verfahrensfrage nicht an. Das Datum 1. Januar 2017 ist vielmehr allein eine Stichtagsregelung, die bereits vorab Planungssicherheit verschaffen soll. Hierfür ist es unerheblich, wenn bereits vor dem 1. Januar 2017 behördenintern fertige Genehmigungen den Anlagenbetreiberinnen und -betreibern erst nach dem 31. Dezember 2016 zugehen.⁴²
- 45 Auch auf die Unanfechtbarkeit der Genehmigung kann es nach den Grundsätzen des VwVfG nicht ankommen, da die Genehmigung bereits vor Eintreten der Unanfechtbarkeit Behörden und Gerichte bindet (sog. materielle Bestandskraft). Denn die Behörde kann nach der Bekanntgabe der Genehmigung gegenüber dem Adressaten keine abweichende Entscheidung mehr treffen und den Zulassungsbescheid nur unter den Voraussetzungen der §§ 48, 49 VwVfG aufheben (sog. Abweichungs- und Aufhebungsverbot).⁴³
- 46 Auch aus der Gesetzesbegründung ergibt sich insoweit nichts Anderes.⁴⁴ Denn sie stellt nur dem Anschein nach auf den Zugang der Genehmigung ab. Die Gesetzesbegründung führt zu § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 das Folgende aus:

„Nummer 2 bestimmt, dass Windenergieanlagen an Land, die bis Ende 2016 eine Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) erhalten haben und diese bis 31. Januar 2017 im Register registriert haben, bis Ende 2018 nicht an Ausschreibungen teilnehmen können, ...“⁴⁵

- 47 Dieser Passus ist aber offensichtlich nicht mit juristischer Exaktheit formuliert. Dies wird schon daran deutlich, dass Windenergieanlagen niemals Adressaten irgendwel-

⁴⁰ Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 30.04.2015 – 2014/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2014/27>, Rn. 30.

⁴¹ Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 30.04.2015 – 2014/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2014/27>, Rn. 30.

⁴² Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 30.04.2015 – 2014/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2014/27>, Rn. 33 f.

⁴³ Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 30.04.2015 – 2014/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2014/27>, Rn. 31 f.

⁴⁴ So aber BDEW, Stellungnahme v. 23.03.2017, S. 2 f.

⁴⁵ Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Ausschreibungen für Strom aus erneuerbaren Energien und zu weiteren Änderungen des Rechts der erneuerbaren Energien v.

cher Genehmigungen sind, sondern stets deren Betreiberinnen und Betreiber. Dasselbe gilt für die Registrierung der Genehmigungen bei der BNetzA sowie überhaupt für die Teilnahme an Ausschreibungen. Daher würde die Begründung an dieser Stelle überstrapaziert, würde man aus dieser offenkundig alltagssprachlich abgefassten Passage ableiten wollen, dass der Gesetzgeber hier eine Präferenz für oder gegen das postulierte Zugangserfordernis mitteilen wollte.

- 48 Daneben bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber den Vertrauensschutz je nach Übertragungsweg der Zulassung unterschiedlich gewähren wollte. Denn wenn es auf den Zugang der Zulassung ankäme, könnte es im Einzelfall ausschließlich von dem durch die Behörde gewählten Übermittlungsweg (z. B. Telefax oder postalische Übermittlung) abhängen, ob ein bestimmter Sachverhalt der Vertrauensschutzregelung unterfällt. Dies wäre aber sachfremd und würde zu zufälligen Ergebnissen führen. Auf die Übermittlung der Zulassung haben die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber keinen Einfluss, so dass auch keine Mitnahmeeffekte eintreten können.⁴⁶

4 Vertrauensschutz kann trotz Änderungsgenehmigung erhalten bleiben

4.1 Wesentliche und unwesentliche Änderungen

4.1.1 Herleitung und Abgrenzung

- 49 Im Ausgangspunkt sind die Ergebnisse der Empfehlung 2014/27⁴⁷ auf die Auslegung von § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 und auch auf die 2. Verfahrensfrage zu übertragen. Da das Empfehlungsverfahren 2014/27 eine breitere Ausrichtung in Bezug auf die behandelten Energieträger wie auch auf die in Frage kommenden Zulassungen nach Bundesrecht aufwies als das vorliegende Hinweisverfahren, ist der Begriff der „wesentlichen Änderung des Projektes“ i. S. d. Empfehlung 2014/27⁴⁸ für WEA hier

20.06.2016, BT-Drs. 18/8832, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeeg2017/urfassung/material>, S. 199, Hervorhebungen nicht im Original.

⁴⁶Vgl. *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 30.04.2015 – 2014/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2014/27>, Rn. 36.

⁴⁷*Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 30.04.2015 – 2014/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2014/27>.

⁴⁸*Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 30.04.2015 – 2014/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2014/27>, Rn. 53.

jedoch zu konkretisieren und sind die besonderen Gegebenheiten bei der Umsetzung von Windenergieprojekten zu berücksichtigen. Dies ist insbesondere auch deshalb notwendig, da jede Änderungsgenehmigung nach § 16 BImSchG dessen Überschrift nach⁴⁹ eine „wesentliche Änderung“ im Sinne des BImSchG betrifft; im Sinne des BImSchG unwesentliche Änderungen sind gerade nicht nach § 16 BImSchG genehmigungsbedürftig. Die Frage, ob eine Änderung den Vertrauensschutz nach § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 entfallen oder unberührt lässt, ist jedoch nicht nach den Maßstäben des Immissionsschutzrechts, sondern nach denen des EEG zu entscheiden.

- 50 Insbesondere decken sich der Anlagenbegriff des EEG und des BImSchG nicht.⁵⁰ Schon aus diesem Grund kann nicht jede Änderung der Genehmigung zum Verlust des Vertrauensschutzes führen, denn eine – nach dem BImSchG genehmigungsbedürftige – Änderung an der Anlage im Sinne des BImSchG muss nicht in jedem Fall auch eine Änderung der Anlage im Sinne des EEG bedeuten. Wenn aber die Anlage im Sinne des EEG gar nicht geändert und mithin die ursprünglich genehmigte EEG-Anlage unverändert in Betrieb genommen wird, ist kein Grund erkennbar, aus dem der Vertrauensschutz entfallen sollte.⁵¹
- 51 So sind insbesondere Änderungen für den Vertrauensschutz des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 unschädlich, die Teile der immissionsschutzrechtlich genehmigten Anlage betreffen, die aber nicht Teile der „Anlage“ nach dem EEG sind.⁵²
- 52 Ebenfalls sind Änderungen am Betrieb der Anlage in der Regel für den Vertrauensschutz unerheblich, während diese für die immissionsschutzrechtliche Situation relevant sein können. Denn reine Betriebsmodifikationen ändern die „Anlage“ im Sinne des EEG nicht.⁵³
- 53 Aus demselben Grund sind Änderungsgenehmigungen jedoch nicht als von vornherein unschädlich für den Vertrauensschutz des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 einzustufen. Denn eine Änderung, die sich nach den Wertungen des BImSchG als bloße Modifikation einer bestehenden Planung darstellt, könnte nach dem EEG als völlige Neuausrichtung des „Projekts“ anzusehen sein. Für eine solche ist aber kein

⁴⁹§ 16 BImSchG ist überschrieben mit „Wesentliche Änderung genehmigungsbedürftiger Anlagen“.

⁵⁰Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 30.04.2015 – 2014/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2014/27>, Abschnitt 3.2.6, Rn. 48 ff.; vgl. auch § 3 Nr. 1 EEG 2017 und § 3 Abs. 5 BImSchG.

⁵¹So auch BDEW, Stellungnahme v. 23.03.2017, S. 4.

⁵²So auch BDEW, Stellungnahme v. 23.03.2017, S. 4.

⁵³So auch BDEW, Stellungnahme v. 23.03.2017, S. 5.

vertrauensbegründender Tatbestand gegeben, da hier das bestehende Projekt faktisch aufgegeben und ein anderes, neues begonnen würde.

- 54 Notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung dafür, dass der Vertrauensschutz gem. § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 wegfällt, ist demzufolge, dass eine Änderung der Anlage im Sinne des EEG vorliegt, die auch durch eine Änderungsgenehmigung nach § 16 BImSchG genehmigt wurde. Doch auch wenn eine Änderung der Anlage im Sinne des EEG vorliegt, die durch eine Änderungsgenehmigung nach § 16 BImSchG genehmigt wurde, entfällt nicht automatisch der Vertrauensschutz. Insbesondere in den Fällen des § 16 Abs. 4 BImSchG ist dies der Fall. § 16 Abs. 4 BImSchG lautet:

„Für nach § 15 Absatz 1 anzeigebedürftige Änderungen kann der Träger des Vorhabens eine Genehmigung beantragen. Diese ist im vereinfachten Verfahren zu erteilen; Absatz 3 und § 19 Absatz 3 gelten entsprechend.“

- 55 Nach dieser Regelung kann die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber eine Änderungsgenehmigung auch in Fällen erwirken, in denen immissionsschutzrechtlich eine Änderungsanzeige nach § 15 Abs. 1 BImSchG ausreichen würde, materiell also keine Genehmigung der Änderung nach dem BImSchG⁵⁴ *erforderlich* ist.⁵⁵ Wenn die Anlagenerrichterin bzw. der Anlagenerrichter, statt die Änderung bloß anzuzeigen, z. B. wegen der Konzentrationswirkung auch des vereinfachten Verfahrens (§ 19 Abs. 2 i. V. m. § 10 Abs. 5 BImSchG) die Verfahrensform der Genehmigung wählt, kann dies den Vertrauensschutz nicht entfallen lassen. Denn an dem Sachverhalt, für den der Vertrauensschutz gewährt werden soll, ändert sich dadurch nichts. Wählt der Anlagenerrichter aber die Form der Änderungsanzeige gem. § 15 BImSchG, liegt schon keine neue Genehmigung vor, die die Identität von genehmigter und in Betrieb genommener Anlage in Frage stellen könnte (vgl. Rn. 10).

4.1.2 Branchenübliche Änderungen

- 56 Der Sinn und Zweck von § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 bzw. § 102 Nr. 3 EEG 2014 besteht darin, „Investoren Sicherheit zu geben und so eine kontinuierliche Entwicklung beim Ausbau der Windenergie an Land zu ermöglichen“ (vgl. Rn. 37) bzw. „... zu verhindern, dass es ... zu einem Einbruch ... des Zubaus

⁵⁴Notwendige Genehmigungen nach dem Fachrecht entfallen hierdurch jedoch nicht, s. *Jarass*, Bundes-Immissionsschutzgesetz, 9. Aufl. 2012, § 15 Rn. 31.

⁵⁵*Jarass*, Bundes-Immissionsschutzgesetz, 9. Aufl. 2012, § 16 Rn. 22.

insbesondere bei Erneuerbare-Energien-Projekten mit langen Planungszeiten (z. B. Windenergie an Land und Windenergie auf See) kommt“ (vgl. Rn. 40). Da bei der Realisierung von Windenergieprojekten häufig mit Umplanungen zu rechnen ist,⁵⁶ sind die Anforderungen an die Identität zwischen „genehmigter“ und „in Betrieb genommener“ Anlage nicht zu überspannen, sollen die Ziele von § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 nicht gefährdet werden. Im Gegenteil ist aus der insoweit vergleichsweise weitreichenden Zweckbestimmung dieser Vorschriften zu folgern, dass die „branchenüblichen“ Veränderungen im Laufe des Realisierungsprozesses eines Windenergieprojekts gerade nicht dazu führen sollen, dass Projekte nicht mehr gemäß der eingeplanten Rahmenbedingungen, insbesondere unter Zugrundelegung eines gesetzlich festgelegten anzulegenden Werts, umgesetzt werden können.

57 „Branchenüblich“ und auch im Sinne der Empfehlung 2014/27 ohne Auswirkung auf den Vertrauensschutz⁵⁷ sind daher *jedenfalls* folgende Änderungen:

- a) Errichtung eines Nachfolgetyps der ursprünglich genehmigten WEA, wenn der genehmigte Typ nicht mehr hergestellt wird,
- b) Errichtung eines Nachfolgetyps der ursprünglich genehmigten WEA, wenn der genehmigte Typ nicht mehr den technischen Anforderungen an WEA entspricht bzw. in absehbarer Zukunft nicht mehr entsprechen wird,
- c) Errichtung eines nach Höhe und Leistung vergleichbaren⁵⁸ WEA-Typs auch eines anderen Herstellers, wenn der genehmigte Typ nicht mehr hergestellt wird,
- d) Errichtung eines nach Höhe und Leistung vergleichbaren⁵⁹ WEA-Typs auch eines anderen Herstellers, wenn der genehmigte Typ nicht mehr den technischen Anforderungen an WEA entspricht bzw. in absehbarer Zukunft nicht mehr entsprechen wird,
- e) andere technische Änderungen an der Rotorkreisfläche oder der Nabenhöhe, soweit sie zwingend oder in absehbarer Zukunft geboten erscheinen,

⁵⁶Stellungnahme des Bundesrats v. 17.06.2016, BR-Drs. 310/16 (B), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2017/wrfassung/material>, S. 12.

⁵⁷Vgl. Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 30.04.2015 – 2014/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2014/27>, Leitsatz 8 und Rn. 53.

⁵⁸Geringe Abweichungen z. B. im Bereich von Nabenhöhe und Leistung sind hier ggf. unvermeidlich.

⁵⁹Geringe Abweichungen z. B. im Bereich von Nabenhöhe und Leistung sind hier ggf. unvermeidlich.

- f) Leistungserhöhungen, die nicht mit physischen Änderungen an der genehmigten Anlage einhergehen, bedingt etwa durch eine Aktualisierung der Software der Anlagensteuerung,
- g) Änderungen der Planung zum Fundament der genehmigten WEA,
- h) geringfügige Veränderung des genehmigten Standorts, z. B. wegen veränderter Planung der Zuwegung.

58 **Leistungsänderungen:** Leistungsänderungen sind nach den hier dargelegten Maßstäben im Grundsatz als wesentliche Änderung einzustufen. Dies kann jedoch nicht in Fällen gelten, in denen die Alternative zur Leistungsänderung lediglich die Aufgabe des Vorhabens ist. Dies kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn ein genehmigter WEA-Typ zum Zeitpunkt der Umsetzung des Vorhabens nicht mehr verfügbar ist oder sich in der Zeit zwischen Einreichen der Planunterlagen zur Genehmigung und der Realisierung des Vorhabens technische Anforderungen – bspw. aus DIN- oder VDE-Normen – geändert haben, der Hersteller der WEA dies aber erst in einem Nachfolgemodell der genehmigten WEA berücksichtigt hat. Auch wenn das Inkrafttreten geänderter technischer Anforderungen bereits feststeht, sie sich in absehbarer Zukunft also ändern werden, wäre es unsinnig, die Anlagenbetreiberin bzw. -betreiber an der Inbetriebnahme einer Anlage festzuhalten, von der bereits bekannt ist, dass sie die kommenden Anforderungen nicht erfüllen wird.

59 Diese und ähnliche Umstände, die eine geringe Leistungsänderung nach sich ziehen, sind dem Netzbetreiber auf Verlangen gesondert darzulegen und glaubhaft zu machen.⁶⁰ Denn der Netzbetreiber kann diese Umstände i. d. R. nicht selbst beurteilen, ist aber durch § 57 Abs. 5 Satz 4 EEG 2017 verpflichtet, die Höhe der ausgezahlten Förderung auf Richtigkeit zu prüfen.

60 Des Weiteren sind Leistungsänderungen, die keine physischen Änderungen an der WEA erfordern, bedingt etwa durch eine geänderte Steuerungs-Software, ebenfalls nicht als wesentliche Änderungen im oben dargestellten Sinne (Rn. 49) zu sehen. Denn nichtmaterielle Änderungen können eine Anlage nicht zu einer „wesentlich“ anderen Anlage machen. Auch könnten solche Änderungen noch nach Jahren des Betriebs auftreten und mit z. B. aus Gründen der IT-Sicherheit zwingenden Software-Aktualisierungen einhergehen, so dass Anlagenbetreiberinnen und -betreiber sich über die gesamte Betriebszeit der WEA dem Risiko gegenübersehen, die Befreiung

⁶⁰So auch *BDEW*, Stellungnahme v. 23.03.2017, S. 4.

vom Zuschlagserfordernis zu verlieren. Dies aber wäre mit dem Zweck des Vertrauensschutzes unvereinbar. Hinsichtlich der Darlegung gegenüber dem Netzbetreiber gilt das bereits in Rn. 59 Dargestellte.

- 61 **Typänderungen:** Auch Änderungen des Typs oder des Herstellers der WEA können dann nicht als „wesentliche“ Änderung gelten, wenn die Alternative zum Typwechsel faktisch in der Aufgabe des Vorhabens oder der Stilllegung der Anlage bestünde. Denn ein solches Verständnis von § 22 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2017 würde eben nicht dazu führen, dass „Investoren Sicherheit“ erlangen und so „eine kontinuierliche Entwicklung beim Ausbau der Windenergie an Land“ ermöglicht wird (vgl. Rn. 37 f.). Auch hier gilt für die Gründe, aus denen der Typwechsel geboten erscheint, das oben zur Darlegung gegenüber dem Netzbetreiber Dargestellte (vgl. Rn. 58). Voraussetzung dafür, dass der Vertrauensschutz des § 22 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2017 durch den Wechsel nicht wegfällt, ist aber jedenfalls, dass eine den Typparametern⁶¹ nach *ähnliche* Anlage Gegenstand der Änderungsgenehmigung ist.
- 62 Auch bei Änderungen, die zwar nicht die Leistung, jedoch andere typprägende Merkmale⁶² der WEA berühren, sind die Gründe, die die Änderung geboten erscheinen lassen, gesondert darzulegen.⁶³ Hier gilt Rn. 58 entsprechend.
- 63 Änderungen, die jenseits von Änderungen der typprägenden Merkmale (vgl. Rn. 61) die Anlagen im branchenüblichen Umfang technisch optimieren, ändern die WEA in der Regel nicht „wesentlich“.⁶⁴ Liegen Änderungen vor, die über das übliche Maß technischer Optimierungen hinausgehen, ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Änderungen so wesentlich sind, dass bei wertender Gesamtschau für die geänderte Anlage kein Vertrauensschutz bestehen kann.
- 64 Ob die Änderung des Anlagentyps immer eine Änderungsgenehmigung notwendig macht, wie etwa das OVG Koblenz entschieden hat,⁶⁵ oder ob für die Änderung des Typs unter bestimmten Umständen auch eine Änderungsanzeige ausreicht, wie

⁶¹Leistung, Nabenhöhe und Rotorkreisfläche, vgl. Anlage 2 Nr. 3 EEG 2017. Eine Ähnlichkeit der Typenbezeichnung ist hingegen nicht zu fordern.

⁶²Namentlich die Nabenhöhe sowie die Rotorkreisfläche, s. Anlage 2 Nr. 3 EEG 2017.

⁶³So auch BDEW, Stellungnahme v. 23.03.2017, S. 3.

⁶⁴So – im Umkehrschluss – auch BDEW, Stellungnahme v. 23.03.2017, S. 4.

⁶⁵OVG Koblenz, Urt. v. 03.08.2016 – 8 A 10377/16.OVG, abrufbar unter http://www3.mjv.rlp.de/rechtspr/DisplayUrteil_neu.asp?rowguid={4A35FE94-75BF-49E9-822A-0E74A33CC5B1}, abgerufen am 10.02.2017, Revision derzeit anhängig.

der VGH München meint,⁶⁶ kann hier dahinstehen. Denn für die vorliegende Frage kommt es nicht darauf an, ob die Änderung im Wege einer Änderungsgenehmigung oder einer Änderungsanzeige der Genehmigungsbehörde bekanntgemacht wird, sondern darauf, ob die Anlage – so wie das EEG sie versteht – wesentlich oder im Sinne des EEG gerade nur unwesentlich geändert worden ist.

- 65 Bleibt die Änderung im Rahmen des Branchenüblichen, ist i. d. R. auch bei Vorliegen einer Änderungsgenehmigung von einer für die Regelung des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 unbeachtlichen Änderung auszugehen.
- 66 **Bauliche Änderungen:** Änderungen am Fundament der WEA sind in der Regel als unwesentlich anzusehen, weil das Fundament jedenfalls nicht zu den typprägenden Merkmalen von WEA zählt, denn diese sind in Anlage 2 Nr. 3 EEG 2017 abschließend aufgezählt. Dort ist das Fundament nicht erwähnt. Daher sind Änderungen hieran im Grundsatz auch nicht als „wesentliche“ Änderungen anzusehen.⁶⁷
- 67 Desgleichen sind Änderungen etwa an Transformatorstationen, Anschlussleitungen und Zuwegungen keine Änderungen an der „Anlage“ im Sinne des EEG; Änderungen hieran sind daher auch nicht als „wesentliche Änderungen“ anzusehen (vgl. Rn. 51).
- 68 **Änderung der Betriebsweise:** Änderungen, die allein den Anlagenbetrieb betreffen, wie bspw. im Falle von naturschutzfachlich auferlegten Stillstandszeiten, stellen ebenfalls keine „wesentlichen Änderungen“ dar, da auch diese Änderungen die „Anlage“ im Sinne des EEG nicht beeinflussen (vgl. Rn. 52). Weitere Beispiele hierfür sind etwa die Befuerung der WEA oder Änderungen an den Eisabwurf-Schutzmaßnahmen.
- 69 **Änderung des Standorts:** Ähnliches gilt für geringfügige Anpassungen des Standorts, z. B. im Zuge einer Optimierung der genauen räumlichen Verteilung der WEA eines Windparks. Auch eine solche Änderung ist in der Regel als unwesentlich einzustufen. Eine wesentliche Änderung läge jedoch vor, wenn sich durch die Änderung des genauen Standorts die Windverhältnisse in nennenswertem Umfang ändern und bpsw. eine neue Windertragsprognose angefertigt wird.

⁶⁶VGH München, Beschl. v. 11.08.2016 – 22 CS 16.1052, abrufbar unter <http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2016-N-50451>, abgerufen am 07.02.2017.

⁶⁷So im Ergebnis auch BDEW, Stellungnahme v. 23.03.2017, S. 5.

4.2 Darlegungspflicht

- 70 Berufen sich Anlagenbetreiberinnen oder -betreiber auf die Regelung des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017, obwohl eine nach dem 31. Dezember 2016 ergangene Änderungsgenehmigung nach § 16 BImSchG für ihre Anlage vorliegt, müssen sie auf das Bezweifeln durch den Netzbetreiber und dessen Verlangen hin die Tatsachen gegenüber dem Netzbetreiber darlegen, aus denen hervorgeht, dass hier im Sinne des EEG lediglich eine Änderung vorliegt, für die sie bzw. er auf die Fortgeltung der Förderungsbedingungen vertrauen darf.
- 71 Die Darlegungs- und Beweislast trifft nach den allgemeinen Regeln insoweit die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber, weil die vorgenannten Umstände eine für die Betreiberinnen und Betreiber günstige Rechtsfolge – die Anwendung der Vertrauensschutzregelung – nach sich ziehen.⁶⁸ Zur Darlegung können Betreiberinnen und Betreiber insbesondere auch geeignete Unterlagen und ggf. Bescheinigungen der Hersteller der ursprünglich genehmigten sowie der neuen Anlage heranziehen (vgl. auch Rn. 58 f. sowie Rn. 61 f.).

4.3 Folgen des Wegfalls des Vertrauensschutzes

- 72 Liegen nicht alle Voraussetzungen des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 vor oder ist bei objektiver Betrachtung eine Änderung so weitgehend, dass die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber nicht auf die Fortgeltung der Förderungsbedingungen vertrauen durfte, ist für die WEA ein Zuschlag in einer Ausschreibung zu erwirken, um eine Förderung nach dem EEG erhalten zu können, soweit nicht die Voraussetzungen des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 oder Nr. 3 EEG 2017 vorliegen.
- 73 Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von § 22 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. Satz 1 EEG 2017. Denn § 22 Abs. 2 Satz 1 EEG 2017 lautet:

„Bei Windenergieanlagen an Land besteht der Anspruch nach § 19 Absatz 1 für den in der Anlage erzeugten Strom nur, solange und soweit ein von der Bundesnetzagentur erteilter Zuschlag für die Anlage wirksam ist.“

⁶⁸So auch BDEW, Stellungnahme v. 23.03.2017, S. 3.

- 74 Hiervon sind dem Grunde nach alle WEA erfasst, die nach dem 31. Dezember 2016 in Betrieb genommen werden – lediglich die in § 22 Abs. 2 Satz 2 EEG 2017 definierten Fallgruppen sind hiervon ausgenommen. Liegen die Voraussetzungen in § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1–3 EEG 2017 nicht vor, besteht für die betreffende WEA folglich keine Ausnahme.
- 75 Etwas Anderes ergibt sich auch weder aus der systematischen Betrachtung (s. Abschnitt 2.2), dem Vergleich mit vorhergehenden ähnlichen Vorschriften (s. Abschnitt 2.3), der Entstehungsgeschichte der Vorschrift (s. Abschnitt 2.4) oder ihrem Sinn und Zweck (s. Abschnitt 2.5). Denn der Gesetzgeber beabsichtigte, die Förderung der Energieerzeugung aus erneuerbaren Energien grundsätzlich auf Ausschreibungen umzustellen,⁶⁹ lediglich in besonders begründeten Ausnahmefällen hat er hiervon abgesehen.⁷⁰
- 76 Liegen die Voraussetzungen des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 nicht vor, verbleibt daher lediglich Raum für die Teilnahme an Ausschreibungen, um eine finanzielle Förderung nach dem EEG für den eingespeisten Strom zu begründen.⁷¹ Jedenfalls ist aber § 36f Abs. 2 EEG 2017 nicht analog anwendbar,⁷² da es hier schon an einer Regelungslücke fehlt. Denn entweder ist die Anlage – ggf. mit den im Sinne dieses Hinweises vertrauensschutzwahrenden Änderungen – vor dem 1. Januar 2017 genehmigt worden; dann ist die WEA nach § 22 Abs. 2 Satz 2 vom Erfordernis der Ausschreibung ausgenommen. Oder die Voraussetzungen liegen nicht vor; dann regelt § 22 Abs. 2 Satz 1 EEG 2017 klar, dass der Anspruch nach § 19 Abs. 1 EEG 2017 für den in der Anlage erzeugten Strom nur besteht, solange und soweit ein von der BNetzA erteilter Zuschlag für die Anlage wirksam ist.
- 77 War die Anlage zu dem Zeitpunkt, zu dem abschließend festgestellt wurde, dass die Voraussetzungen von § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 nicht vorliegen, bereits in Betrieb genommen, stellt sich die Frage, ab welchem Zeitpunkt ggf. nach Erhalt eines Zuschlags der Anspruch auf die Zahlung der Marktprämie gegen den Netzbetreiber

⁶⁹Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Ausschreibungen für Strom aus erneuerbaren Energien und zu weiteren Änderungen des Rechts der erneuerbaren Energien v. 20.06.2016, BT-Drs. 18/8832, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2017/urfassung/material>, S. 1; ebenso BDEW, Stellungnahme v. 23.03.2017, S. 5.

⁷⁰Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Ausschreibungen für Strom aus erneuerbaren Energien und zu weiteren Änderungen des Rechts der erneuerbaren Energien v. 20.06.2016, BT-Drs. 18/8832, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2017/urfassung/material>, S. 2 ff.

⁷¹Die Vermarktung im Rahmen der Sonstigen Direktvermarktung gem. § 21a EEG 2017 bleibt unberührt.

⁷²So aber BWE, Stellungnahme v. 24.03.2017, S. 2.

besteht – denkbar sind hier z. B. rückwirkend ab Inbetriebnahme, ab abschließender Feststellung, dass die Vertrauensschutzregelung nicht anwendbar ist oder ab Erhalt des Zuschlags. Ebenso stellt sich die Frage, ob und wenn ja, welche rechtliche Folge es ggf. hat, wenn für den eingespeisten Strom bereits Vergütung nach der Vertrauensschutzregelung ausgezahlt worden war. Diese Fragen sind jedoch nicht im Rahmen des vorliegenden Hinweisverfahrens zu klären, ggf. wird die Clearingstelle EEG hierzu gesonderte Verfahren durchführen.

Beschluss

Der Hinweis wurde einstimmig angenommen.

Gemäß §§ 25c, 25 Nr. 1 VerfO ist das Verfahren mit Annahme des Hinweises beendet.

Dibbern

Dr. Lovens

Dr. Winkler