

2017/6

23. Februar 2017

Hinweis (*Entwurf*)

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, diese muss dem Genehmigungsinhaber nicht schon vor dem 1. Januar 2017 zugegangen oder bekanntgemacht worden sein (s. Abschnitt 2.6).
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 gemäß § 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 auferlegten Stillstandszeiten) oder nicht zur Windenergieanlage (WEA) gehörende Infrastruktur innerhalb eines Windparks (wie im Falle von Netzanschlusseinrichtungen) betreffen.
3. Weitere Änderungen der Anlage führen nicht zum Wegfall des Vertrauensschutzes des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017, auch wenn hierfür eine Änderungsgenehmigung gem. § 16 Abs. 1

¹Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 2 Absatz 10 des Gesetzes zur Neuregelung des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes v. 21.12.2015 (BGBl. I S. 2498), nachfolgend bezeichnet als EEG 2014. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2014/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 Artikel 1 des Gesetzes v. 30.11.2016 (BGBl. I S. 2749).

BImSchG einzuholen war oder eingeholt wurde, sofern es sich um branchenübliche Veränderungen handelt, die typischerweise im Laufe der Umsetzung eines Windenergieprojekts auftreten (s. Abschnitt 2.7). 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 Nabhöhe, 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.

Rat zur Praxis: Anlagenbetreiberinnen und -betreiber, die auf Grund von § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. c EEG 2017 eine schriftliche Erklärung gegenüber der Bundesnetzagentur über den Verzicht auf den gesetzlich bestimmten Anspruch auf Zahlung abgeben wollen, müssen sicherstellen, dass sie dies rechtzeitig bewerkstelligen, da es sich bei der Frist dem Wortlaut nach um eine *Ausschlussfrist* handelt. Die Bundesnetzagentur hat zur Abgabe der Erklärung ein Formular bereitgestellt und erwartet den *Zugang der Erklärung* postalisch oder per Fax *spätestens am 28. Februar 2017*.³

Zu beachten ist, dass auf den 27. Februar 2017 der sogenannte Rosenmontag und auf den 28. Februar 2017 der sogenannte Faschingsdienstag fällt. Traditionell sind an diesen Tagen die Erreichbarkeit und personelle Besetzung von Firmen, Behörden und anderen Institutionen im westlichen und südlichen Deutschland herabgesetzt. Da die Bundesnetzagentur in Bonn ansässig ist, dürfte dies auch für sie gelten.

Die Entscheidung, ob zur Übermittlung der Erklärung ein ggf. vorhandener Fristenbriefkasten genutzt wird oder ein anderes Mittel, obliegt der Anlagenbetreiberin bzw. dem -betreiber. Bei der Verwendung eines Faxgeräts ist zu beachten, dass u. U. eine Vielzahl von Genehmigungsinhaberinnen und -inhabern ihre Erklärungen fristwährend abgeben wollen, sodass es zu einer dauerhaften Belegung des Faxanschlusses kommen könnte. Dies ginge aber zu Lasten der bzw. des Erklärenden.⁴

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|-----|------------------------------------|---|
| 1 | Einleitung des Verfahrens | 4 |
| 2 | Herleitung | 5 |
| 2.1 | Wortlaut der Regelung | 5 |
| 2.2 | Systematischer Vergleich | 8 |

³Siehe https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/ErneuerbareEnergien/Ausschreibungen/Wind_Onshore/Wind_Onshore_node.html, abgerufen am 22.02.2017.

⁴So bei Übertragung der Rechtsgedanken aus BVerfG, Beschl. v. 20.01.2006 – 1 BvR 2683/05, abrufbar unter http://www.bverfg.de/e/rk20060120_1bvr268305.html, abgerufen am 09.02.2017.

| | | |
|-------|--|----|
| 2.2.1 | EEG 2017 | 8 |
| 2.2.2 | Anlagenregisterverordnung | 12 |
| 2.3 | Historischer Vergleich | 13 |
| 2.4 | Entstehung der Vorschrift | 15 |
| 2.5 | Sinn und Zweck der Vorschrift | 17 |
| 2.6 | Folgerungen für die 1. Verfahrensfrage | 20 |
| 2.7 | Folgerungen für die 2. Verfahrensfrage | 21 |

I 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)⁵ akkreditierten Interessengruppen bzw. gemäß § 2 Abs. 4 Satz 2 VerfO registrierten öffentlichen Stellen erhalten gem. § 25b Abs. 2 VerfO bis zum 24. März 2017 Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme.⁶
- 5 Diese Entwurfsfassung hat gemäß § 25b Abs. 1 i. V. m. § 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied Dibbern erstellt.⁷

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, 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

⁵In der am Tage der Beschlussfassung geltenden Fassung, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/downloads>.

⁶Die Stellungnahmen werden nach Abschluss des Verfahrens unter <https://www.clearingstelle-ee.de/hinwv/2017/6> zum Abruf zur Verfügung gestellt.

⁷Diese Entwurfsfassung wird unter <https://www.clearingstelle-ee.de/hinwv/2017/6> zum Abruf bereitgestellt.

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,⁸ 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 Nr. 2 EEG 2017 gewährten Vertrauensschutz nicht in jedem Fall entfallen lässt, spricht zum einen der Umstand, dass es zur 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.⁹ Würde jede Änderungsgenehmigung zum Wegfall des Vertrauensschutzes führen, würden auf

⁸Schon 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.

⁹Vgl. Stellungnahme des Bundesrats v. 17.06.2016, BR-Drs. 310/16 (B), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2017/urfassung/material>, S. 12.

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.¹⁰ 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 auswirkt, erstreckt sich die Prüfung außerdem auf die hiervon betroffenen Anlagenteile und Verfahrensschritte ... Dagegen ist die Gesamtanlage nicht Gegenstand der Prüfung ...“¹¹

- 11 Der Wortlaut der Vorschrift ist jedoch 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. BImSchV¹² ein Windpark mit 20 oder mehr Windkraftanlagen eine Anlage im Sinne des Immissionsschutzrechts, während es sich nach dem EEG 2017 um 20 oder mehr einzelne Anlagen handelt.¹³ Daher ist der Wortlaut von § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 auslegungsbedürftig.

¹⁰Jarass, Bundes-Immissionsschutzgesetz, 9. Aufl. 2012, § 16 Rn. 65.

¹¹*BVerwG*, Urt. v. 24.10.2013 – 7 C 36.11, abrufbar unter <http://bverwg.de/entscheidungen/pdf/241013U7C36.11.o.pdf>, Rn. 38, abgerufen am 14.02.2017. Auslassungen nicht im Original.

¹²Verordnung 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.

¹³Vgl. *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 30.04.2015 – 2014/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2014/27>, Rn. 48 ff.

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 Änderungs-genehmigung zu einer früher erteilten Genehmigung hinzutritt und zusammen mit dieser einen einheitlichen Genehmigungstatbestand bildet. Schon dies spricht für ein weites Verständnis der Vorschrift, um den Vertrauensschutz zu gewährleisten. Zum anderen hat der Gesetzgeber Regelungen zum Umgang mit geänderten Ge-nehmigungen 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 Ausschrei-bungen teilnehmen, in § 36f Abs. 2 EEG 2017 ausdrücklich eine Regelung dazu ge-schaffen, welche Auswirkungen es hat, wenn eine Genehmigung nach der Zuschlags-erteilung noch geändert wird. § 36f EEG 2017 lautet:

„§ 36f Änderungen nach Erteilung des Zuschlags für Windenergieanla-gen an Land

- (1) ¹Zuschläge sind den Windenergieanlagen an Land, auf die sich die in dem Gebot angegebene Genehmigung bezieht, verbindlich und dau-erhaft 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.“¹⁴

- 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 wesent-liche Umstände der Förderfähigkeit von Anlagen i. S. d. § 3 Nr. 1 EEG 2017 ändern,

¹⁴Satznummerierung nicht im Original.

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 Bundesrates¹⁵ 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 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.“¹⁶

- 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:

¹⁵Stellungnahme des Bundesrats v. 17.06.2016, BR-Drs. 310/16 (B), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeq.de/eeq2017/wrfassung/material>, S. 11 f.

¹⁶Stellungnahme des Bundesrats v. 17.06.2016, BR-Drs. 310/16 (B), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeq.de/eeq2017/wrfassung/material>, S. 12.

„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 unflexibel wäre. Deshalb wurde die Genehmigung als Anknüpfungspunkt gewählt.“¹⁷

- 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 – durchkreuzt 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 Nr. 2 EEG 2017 vom Erfordernis des Zuschlags befreien, die bereits vor dem 1. Januar 2017 genehmigt

¹⁷Gegenäußerung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates v. 28.06.2016, BT-Drs. 18/8972, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2017/urfassung/material>, S. 13.

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 umfangreiche 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.

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.“¹⁸

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 Nr. 2 EEG 2017

¹⁸Bundesregierung, 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-eeeg.de/eeeg2017/urfassung/material>, S. 214.

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.¹⁹

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

2.2.2 Anlagenregisterverordnung

- 22 Zwar hat der Gesetzgeber in der AnlRegV²⁰ ausdrücklich geregelt, wie mit der Registrierung von Genehmigungen umzugehen ist, doch bleibt deren Betrachtung im systematischen Vergleich letztlich für die vorliegenden Fragen unergiebig.
- 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:

¹⁹Vgl. *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.

²⁰Verordnung 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).

„§ 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.
- (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 2014²¹ 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 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.

...“

²¹Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 2 Absatz 10 des Gesetzes zur Neuregelung des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes v. 21.12.2015 (BGBl. I S. 2498), nachfolgend bezeichnet als EEG 2014. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeg2014/arbeitsausgabe>.

- 29 Für § 102 Nr. 3 EEG 2014 hat die Clearingstelle EEG die Frage, ob – und wenn welche – Folgen sich aus der Änderung einer bestehenden Genehmigung ergaben, im Rahmen eines Empfehlungsverfahrens²² 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.²³
- 30 Es sollte jedoch nicht jede Änderung der Genehmigung nach dem 1. Januar 2017 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 geknüpft ist, zu einem späteren Zeitpunkt um weitere, EEG-rechtlich eigenständige Anlagen erweitert wird.²⁴
- 31 Da dies aber ein Auslegungsergebnis zum EEG 2014 darstellt, kann dies nicht – zumindest nicht ohne Weiteres – auf die vorliegende Frage übertragen werden. Dennoch spricht es dafür, dass auch im EEG 2017 nicht jede Änderung der Genehmigung den Vertrauensschutz entfallen lässt.

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 2017²⁵ (EEG-2017-RefE) enthalten.²⁶ Die Entwurfsfassung lautete:

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

²³ Clearingstelle 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.

²⁴ Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 30.04.15 – 2014/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2014/27>, Rn. 55.

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/urfassung/material>, nachfolgend als „EEG-2017-RefE“ bezeichnet.

²⁶ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Ausschreibungen für Strom aus erneuerbaren Energien und zu weiteren Änderungen des Rechts

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

...²⁷

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

der erneuerbaren Energien v. 14.04.2016, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeeg2017/wfassung/material>, S. 22.

²⁷Bundesministerium 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/wfassung/material>, S. 21 f.

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.“²⁸

- 35 Diese Begründung wurde (nahezu) wortgleich in die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung²⁹ (EEG-2017-RegE) übernommen.³⁰ 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 2017.³¹

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

²⁸ *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/eeeg2017/urfassung/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.

²⁹ *Bundesregierung*, 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/eeeg2017/urfassung/material>, nachfolgend als „EEG-2017-RegE“ bezeichnet.

³⁰ *Bundesregierung*, 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/eeeg2017/urfassung/material>, S. 199 f.

³¹ *Bundesregierung*, 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/eeeg2017/urfassung/material>, S. 25 f.

müssen oft notwendige Anpassungen vorgenommen werden, die eine Änderungsge-
 nehmigung nach sich ziehen können.³². Würde ausschließlich auf die Genehmigung
 abgestellt, ohne Änderungen zuzulassen, wäre die Norm in vielen Fällen nicht an-
 wendbar und der damit verbundene Schutz von Investitionen,³³ 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 das Folgende aus:

„Nummer 2 bestimmt, dass Windenergieanlagen an Land, die bis En-
 de 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
 eine Übergangsregelung vor. Sie dient dazu, Investoren Sicherheit zu ge-
 ben und so eine kontinuierliche Entwicklung beim Ausbau der Wind-
 energie an Land zu ermöglichen.“³⁴

38 Zum einen ist die Vorschrift also als Fortführung von § 102 Nr. 3 EEG 2014 zu se-
 hen, zum anderen dient sie dazu, „Investoren Sicherheit zu geben“ und so „eine kon-
 tinuierliche 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.“³⁵

³²Stellungnahme des Bundesrats v. 17.06.2016, BR-Drs. 310/16 (B), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/eeeg2017/urfassung/material>, S. 12.

³³Vgl. Rn. 34.

³⁴Bundesregierung, 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-eeeg.de/eeeg2017/urfassung/material>, S. 199; vgl. auch Anmerkung in Fußnote 28.

³⁵Bundesregierung, 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-eeeg.de/eeeg2017/urfassung/material>, S. 264.

40 Die Gesetzesbegründung zu § 102 EEG 2014, dem § 98 des Gesetzentwurfs³⁶ 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.

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.“³⁷

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 2014³⁸ 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).

³⁶ *Bundesregierung*, 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-eeg.de/eeg2014/wrfassung/material>.

³⁷ *Bundesregierung*, 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-eeg.de/eeg2014/wrfassung/material>, S. 182.

³⁸ *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 30.04.2015 – 2014/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2014/27>.

2.6 Folgerungen für die 1. Verfahrensfrage

- 42 Hieraus folgt, dass die erste Verfahrensfrage ebenso zu beantworten ist, wie sie dies in Bezug auf § 102 Nr. 3 EEG 2014 bereits 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.³⁹ Nicht erforderlich ist, dass die Genehmigung vor dem Stichtag zugegangen oder bestandskräftig geworden ist.
- 43 Zwar ließe sich die systematische Betrachtung der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätze des VwVfG⁴⁰ 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 betroffenen Adressaten bekannt zu geben ist; erst hierdurch erlangt er die materiell geschützten Rechtspositionen der erteilten Genehmigung.⁴¹ Auch werden durch die Bekanntgabe die Rechtsbehelfsfristen in Gang gesetzt.⁴²
- 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.⁴³
- 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).⁴⁴

³⁹Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 30.04.2015 – 2014/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2014/27>, Abschnitt 3.2.3, Rn. 26 ff.

⁴⁰Verwaltungsverfahrensgesetz (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).

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

⁴²Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 30.04.2015 – 2014/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2014/27>, Rn. 30.

⁴³Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 30.04.2015 – 2014/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2014/27>, Rn. 33 f.

⁴⁴Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 30.04.2015 – 2014/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2014/27>, Rn. 31 f.

2.7 Folgerungen für die 2. Verfahrensfrage

- ⁴⁶ Im Ausgangspunkt sind die Ergebnisse der Empfehlung 2014/27 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 vorrangig baurechtlich genehmigungsbedürftige (Biogas-)Anlagen behandelt hat, ist im vorliegenden Hinweisverfahren der Begriff der „wesentlichen Änderung des Projektes“ i. S. d. Empfehlung 2014/27⁴⁵ für WEA zu konkretisieren und die besonderen Gegebenheiten bei der Umsetzung von Windprojekten zu berücksichtigen. Dies ist insbesondere auch deshalb notwendig, da jede Änderungsgenehmigung nach § 16 BImSchG dessen Überschrift nach⁴⁶ eine „wesentliche Änderung“ betrifft; im Sinne des BImSchG unwesentliche Änderungen sind gerade nicht nach § 16 BImSchG genehmigungsbedürftig. Für die Frage, ob eine Änderung den Vertrauensschutz nach § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 entfallen oder unberührt lässt, ist jedoch nicht eine immissionsschutzrechtliche, sondern eine EEG-rechtliche Bewertung maßgeblich.
- ⁴⁷ Jedoch decken sich der Anlagenbegriff des EEG und des BImSchG nicht.⁴⁷ 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 (vgl. Hinweis Nr. 2).
- ⁴⁸ 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 vertrauensbegründender Tatbestand gegeben, da hier das bestehende Projekt faktisch aufgegeben und ein anderes, neues begonnen würde.

⁴⁵ Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 30.04.2015 – 2014/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2014/27>, Rn. 53.

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

⁴⁷ Clearingstelle 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.

49 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.“

50 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 BImSchG⁴⁸ *erforderlich* ist.⁴⁹ 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 beseitigen. 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).

51 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 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

⁴⁸Notwendige Genehmigungen nach dem Fachrecht entfallen hierdurch jedoch nicht, s. *Jarass*, Bundes-Immissionsschutzgesetz, 9. Aufl. 2012, § 15 Rn. 31.

⁴⁹*Jarass*, Bundes-Immissionsschutzgesetz, 9. Aufl. 2012, § 16 Rn. 22.

ist,⁵⁰ 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.

52 „Branchenüblich“ und auch im Sinne der Empfehlung 2014/27 „unwesentlich“⁵¹ sind daher *jedenfalls* folgende Änderungen:

- Errichtung eines Nachfolgetyps der ursprünglich genehmigten WEA, wenn der genehmigte Typ nicht mehr hergestellt wird,
- 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,
- Errichtung eines nach Höhe und Leistung vergleichbaren⁵² WEA-Typs auch eines anderen Herstellers, wenn der genehmigte Typ nicht mehr hergestellt wird,
- Errichtung eines nach Höhe und Leistung vergleichbaren⁵³ 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,
- andere technische Änderungen an der Rotorkreisfläche oder der Nabenhöhe, soweit sie zwingend oder in absehbarer Zukunft geboten erscheinen,
- Leistungserhöhungen, die nicht mit physischen Änderungen an der genehmigten Anlage einhergehen, bedingt etwa durch eine Aktualisierung der Software der Anlagensteuerung,

⁵⁰Stellungnahme des Bundesrats v. 17.06.2016, BR-Drs. 310/16 (B), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeeg2017/wrfassung/material>, S. 12.

⁵¹Vgl. *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 30.04.2015 – 2014/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2014/27>, Rn. 53.

⁵²Geringe Abweichungen z. B. im Bereich von Nabenhöhe und Leistung sind hier ggf. unvermeidlich.

⁵³Geringe Abweichungen z. B. im Bereich von Nabenhöhe und Leistung sind hier ggf. unvermeidlich.

- Änderungen der Planung zum Fundament der genehmigten WEA,
- geringfügige Veränderung des genehmigten Standorts, z. B. wegen veränderter Planung der Zuwegung.

- 53 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 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.
- 54 Diese und ähnliche Umstände, die eine geringe Leistungsänderung nach sich ziehen, sind dem Netzbetreiber auf Verlangen gesondert darzulegen und glaubhaft zu machen. 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.
- 55 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. 46) 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 vom Zuschlagserfordernis zu verlieren. Dies aber wäre mit dem Zweck des Vertrauensschutzes unvereinbar. Hinsichtlich der Darlegung gegenüber dem Netzbetreiber gilt das bereits in Rn. 53 Gesagte.
- 56 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 bestehen würde. 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 Gesagte (vgl. Rn. 53). Voraussetzung dafür, dass der Vertrauensschutz des § 22 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2017 durch den Wechsel nicht wegfällt, ist aber jedenfalls, dass eine den Typparametern⁵⁴ nach *ähnliche* Anlage Gegenstand der Änderungsgenehmigung ist.

- 57 Auch bei Änderungen, die zwar nicht die Leistung, doch andere typprägende Merkmale⁵⁵ der WEA berühren, sind die Gründe, die die Änderung geboten erscheinen lassen, gesondert darzulegen. Hier gilt das oben (Rn. 53) Dargestellte entsprechend.
- 58 Änderungen am Fundament der WEA sind in der Regel als unwesentlich anzusehen, da hier schon zweifelhaft ist, inwieweit das Fundament überhaupt zur Anlage im Sinne des EEG zählt.⁵⁶ Jedenfalls aber zählt das Fundament nicht zu den typprägenden Merkmalen von WEA, 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.
- 59 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.
- 60 Änderungen, die jenseits von Leistungsänderungen die Anlagen im branchenüblichen Umfang technisch optimieren, ändern die WEA in der Regel nicht „wesentlich“. 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.

⁵⁴Vgl. Anlage 2 Nr. 3 EEG 2017.

⁵⁵Siehe Anlage 2 Nr. 3 EEG 2017.

⁵⁶Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2012/19>, Rn. 41, Fn. 48 und Rn. 181.

- 61 Ob die Änderung des Anlagentyps immer eine Änderungsgenehmigung notwendig macht, wie etwa das OVG Koblenz entschieden hat,⁵⁷ oder ob für die Änderung des Typs unter bestimmten Umständen auch eine Änderungsanzeige ausreicht, wie der VGH München meint,⁵⁸ 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.
- 62 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.

⁵⁷OVG Koblenz, Urt. v. 03.08.2016 – 8 A 10377/16.OVG, abrufbar unter http://www3.mju.rlp.de/rechtspr/DisplayUrteil_neu.asp?rowguid={4A35FE94-75BF-49E9-822A-0E74A33CC5B1}, abgerufen am 10.02.2017, Revision derzeit anhängig.

⁵⁸VGH 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.