

2014/27

30. April 2015

Empfehlung

Die Clearingstelle EEG empfiehlt, die Fragen des Empfehlungsverfahrens 2014/27

„Zulassung der Anlage nach Bundesrecht“

wie folgt zu beantworten:

1. Der Begriff „Bundesrecht“ bezeichnet alle Rechtsnormen, welche von einem Bundesorgan herrühren (z. B. von Bundestag und Bundesrat erlassene Gesetze – Bundesgesetze) oder aufgrund einer bundesrechtlichen Ermächtigung erlassen wurden (z. B. eine Verordnung auf Grundlage eines Bundesgesetzes) (s. Abschnitt 3.1).
2. Unter „Zulassungen“ sind *öffentlich-rechtliche* Zulassungen zu verstehen; Voraussetzungen, Inhalt, Bestandskraft, Rücknahme und Widerruf der Zulassungen richten sich nach dem jeweils anzuwendenden Fachrecht (s. Abschnitt 3.2.1).
3. Eine Zulassung, die *ausschließlich die Errichtung* der Anlage betrifft und keine Entscheidung auch über den Anlagenbetrieb beinhaltet, ist keine Zulassung „für den Betrieb“ der Anlage (s. Abschnitt 3.2.2).
4. Eine Anlage wurde „vor dem 23. Januar 2014“ bzw. „vor dem 1. Januar 2017“ zugelassen, wenn das Datum des Zulassungsbescheids vor diesem Stichtag liegt. Nicht erforderlich ist, dass die Zulassung vor diesem Stichtag zugegangen oder bestandskräftig geworden ist (s. Abschnitt 3.2.3).
5. Aufhebungen des Zulassungsbescheids nach §§ 48, 49 VwVfG oder nach Drittanfechtung lassen den Vertrauensschutz nach § 100 Abs. 3, § 102 Nr. 3 EEG 2014 nicht entfallen, es sei denn, die Anlagenbetreiberin oder der Anlagenbetreiber durfte nicht auf den Bestand des Bescheides vertrauen.

Das Vertrauen auf den Bestand der Zulassung ist bspw. nicht schutzwürdig, wenn der Bescheid bereits vor Inbetriebnahme der Anlage zurückgenommen oder durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung erwirkt wurde (s. Abschnitt 3.2.4). Wird ein Zulassungsbescheid aufgehoben und entfällt hierdurch der Vertrauensschutz nach § 100 Abs. 3, § 102 Nr. 3 EEG 2014, so ist dies von den Anlagenbetreiberinnen und -betreibern gemäß § 70 Satz 1 EEG 2014 dem Netzbetreiber mitzuteilen (s. Abschnitt 3.2.5).

6. „Anlage“ im Sinne von § 100 Abs. 3 und § 102 Nr. 3 EEG 2014 ist die in § 5 Nr. 1 Satz 1 EEG 2014 gesetzlich definierte Anlage. Davon zu unterscheiden ist die nach dem jeweiligen Fachrecht „zulassungspflichtige“ Anlage. Unterscheiden sich die beiden Anlagenbegriffe im konkreten Fall, so sind die Vertrauensschutzregelungen auch dann anwendbar, wenn die „EEG-Anlage“ zwar über die „zulassungspflichtige Anlage“ hinausgeht, jedoch ein Teil der „EEG-Anlage“ zulassungspflichtig ist und fristgerecht eine Zulassung erhalten hat. Die Übergangsbestimmungen der §§ 100 Abs. 3, 102 Nr. 3 EEG 2014 sind jedoch dann nicht mehr anwendbar, wenn sich die Zulassung(spflicht) lediglich auf Infrastruktureinrichtungen oder sonstige Komponenten bezieht, welche nicht Teil der EEG-Anlage sind (s. Abschnitt 3.2.6).
7. Anlagenerweiterungen, die unter den sog. weiten Anlagenbegriff fallen, sind von den Vertrauensschutzregelungen umfasst (s. Abschnitt 3.2.7, Rn. 51 f.).
8. Weicht die in Betrieb genommene Anlage von der zugelassenen Anlage wesentlich ab, so gelten die §§ 100 Abs. 3 und 102 Nr. 3 EEG 2014 nur dann, wenn das veränderte Vorhaben ebenfalls vor dem 23. Januar 2014 bzw. vor dem 1. Januar 2017 zugelassen worden ist (s. Abschnitt 3.2.7, Rn. 53 ff.).
9. Baugenehmigungen, Genehmigungen eines Flächennutzungsplans oder Bebauungsplans sowie vorhabenbezogene oder qualifizierte Bebauungspläne sind *keine* Zulassungen für den Anlagenbetrieb „nach Bundesrecht“. Ob es aus rechtspolitischen oder verfassungsrechtlichen Erwägungen geboten ist, auch baurechtlich genehmigten Vorhaben Vertrauensschutz zu

gewähren, ist von der Clearingstelle EEG nicht zu klären, weil der gesetzliche Auftrag der Clearingstelle EEG auf die Klärung von Anwendungsfragen des EEG begrenzt ist (s. Abschnitt 4.1).

10. **Wasserkraftanlagen, die über**

- (a) **eine Erlaubnis oder Bewilligung oder ein altes Wasserrecht zur Gewässerbenutzung nach §§ 8, 10 oder 20 WHG und eine wasserbauliche Erlaubnis nach § 36 WHG**
- (b) **oder einen Planfeststellungsbeschluss i. S. v. § 19 Abs. 1 oder § 68 WHG oder eine den Planfeststellungsbeschluss ersetzende Plangenehmigung**
- (c) **oder einen die Benutzung des Gewässers zulassenden bergrechtlichen Betriebsplan (§ 19 Abs. 2 WHG)**

verfügen, sind nach einer Bestimmung des Bundesrechts zugelassen (s. Abschnitt 4.2).

- 11. **Die Zulassung eines bergrechtlichen Betriebsplans ist eine Zulassung im Sinne des EEG 2014, wenn sie anlagenbezogen ist und den Anlagenbetreiber zur konkreten Durchführung der bergbaulichen Tätigkeiten berechtigt (s. Abschnitt 4.3).**
- 12. **Der Planfeststellungsbeschluss nach der SeeAnIV stellt eine für den Betrieb der Anlage erforderliche Zulassung nach Bundesrecht dar, da er sowohl die Errichtung als auch den Anlagenbetrieb genehmigt (s. Abschnitt 4.4).**
- 13. **Die Prüfung der Umweltverträglichkeit nach dem UVPG ist keine Zulassung nach Bundesrecht, denn die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) und die Strategische Umweltprüfung (SUP) sind unselbstständige Teile eines Genehmigungsverfahrens (s. Abschnitt 4.5).**
- 14. **In den Fällen, in denen das BNatSchG eine eigenständige Genehmigung erfordert, kann eine „Zulassung für den Anlagenbetrieb“ vorliegen, sofern die Genehmigung sich nicht nur auf die Errichtung bezieht und keine sonstigen, den Anlagenbetrieb umfassend regelnden Genehmigungen und Zulassungen für den Anlagenbetrieb erforderlich sind (s. Abschnitt 4.6).**

15. Die AnlRegV ist durch die Verordnung zur Einführung von Ausschreibungen der finanziellen Förderung für Freiflächenanlagen sowie zur Änderung weiterer Verordnungen zur Förderung der erneuerbaren Energien vom 6. Februar 2015 (BGBl. I 2015 S. 108) geändert worden.¹ Der Begriff „Zulassung nach einer Bestimmung des Bundesrechts“ wird in der AnlRegV nicht mehr verwendet. Diese Empfehlung erstreckt sich demnach – abweichend vom Eröffnungsbeschluss – nicht auf § 2 Nr. 2 und § 5 Abs. 3 AnlRegV in der ab dem 1. März 2015 geltenden Fassung.

¹Die geänderte AnlRegV ist zum 01.03.2015 in Kraft getreten.

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung des Verfahrens	6
2	Einführung	7
2.1	Problembeschreibung	7
2.2	Prüfungsmaßstab	8
3	Herleitung	9
3.1	„Nach Bundesrecht“	9
3.2	„Zulassung für den Betrieb der Anlage“	10
3.2.1	„Zulassung“	10
3.2.2	„für den Betrieb“	11
3.2.3	„vor dem 23. Januar 2014“ / „vor dem 1. Januar 2017“	13
3.2.4	Aufhebung des Zulassungsbescheids	20
3.2.5	Informationspflicht der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber bei Aufhebung der Zulassung	22
3.2.6	Anlagenbegriff	22
3.2.7	Änderung des Anlagenkonzepts	23
4	Einzelne Zulassungen	26
4.1	Baugenehmigung	26
4.2	Wasserrecht	28
4.3	Bergrecht	29
4.4	Seeanlagenrecht	32
4.5	UVPG	33
4.6	BNatSchG	33
4.7	Zusammenfassung für einzelne Erzeugungsarten	34
4.7.1	Wasserkraft	34
4.7.2	Grubengas	35

4.7.3	Biomasse	35
4.7.4	Geothermie	35
4.7.5	Windenergie an Land	36
4.7.6	Windenergie auf See	36
4.7.7	Solare Strahlungsenergie	37

I Einleitung des Verfahrens

I Die Clearingstelle EEG hat auf ihrer Sitzung am 20. November 2014 durch den Vorsitzenden der Clearingstelle EEG Dr. Lovens, die Mitglieder der Clearingstelle EEG Richter und Dr. Winkler sowie die Beisitzer der Clearingstelle EEG Grobrügge und Weißborn gem. § 23 Abs. 1 VerfO² die Einleitung eines Empfehlungsverfahrens zu folgenden Fragen beschlossen:

1. Unter welchen Voraussetzungen liegt für den Betrieb einer Anlage eine Zulassung nach einer Bestimmung des Bundesrechts im Sinne von § 100 Abs. 3 und § 102 Nr. 3 EEG 2014³ sowie § 2 Nr. 2 und § 5 Abs. 3 AnlRegV⁴ vor?
2. Insbesondere: Liegt eine Zulassung nach Bundesrecht auch
 - (a) bei einer Baugenehmigung,
 - (b) bei einer wasserrechtlichen Erlaubnis, Bewilligung oder Planfeststellung,
 - (c) bei einer Bergbauberechtigung oder einem bergrechtlichen Betriebsplan oder
 - (d) bei einer Planfeststellung nach dem Seeanlagenrecht vor?

²Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG in der am Tage der Sitzung geltenden Fassung, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/verfahrensordnung>.

³Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 22.12.2014 (BGBl. I S. 2406), nachfolgend bezeichnet als EEG 2014. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/eeeg2014/arbeitsausgabe>.

⁴Verordnung über ein Register für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien und Grubengas (Anlagenregisterverordnung – AnlRegV) v. 01.08.2014 (BGBl. I S. 1320), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/anlregv>.

- 2 Diese Empfehlung erstreckt sich – abweichend vom Eröffnungsbeschluss – nicht auf die AnlRegV in der ab dem 1. März 2015 geltenden Fassung.⁵
- 3 Die Beschlussvorlage für die vorliegende Empfehlung haben gemäß § 24 Abs. 5 VerfO die wissenschaftliche Mitarbeiterin Baera sowie die Mitglieder der Clearingstelle EEG Richter und Dr. Winkler erstellt.
- 4 Die bei der Clearingstelle EEG während der Stellungnahmefrist gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 VerfO akkreditierten Interessengruppen und die gemäß § 2 Abs. 4 Satz 3 VerfO registrierten öffentlichen Stellen haben bis zum 2. Februar 2015 (Posteingang), Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gem. § 24 Abs. 1 VerfO erhalten. Der Fachverband Biogas e. V., der Verband für Wärmelieferung (VfW), der BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V., das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi), der Bundesverband Regenerative Mobilität e. V. (BRM), die Arbeitsgemeinschaft Wasserkraftwerke Baden-Württemberg e. V. (AWK BW) und der Bundesverband Deutscher Wasserkraftwerke e. V. (BDW) haben ihre Stellungnahmen fristgemäß eingereicht.

2 Einführung

2.1 Problembeschreibung

- 5 Bei § 100 Abs. 3 und § 102 Nr. 3 EEG 2014 handelt es sich um Übergangsbestimmungen, die bei der zum 1. August 2014 in Kraft getretenen Novellierung des EEG eingeführt wurden. Sie regeln aus Gründen des Bestands- und Vertrauensschutzes, dass Anlagen, die vor einem bestimmten Zeitpunkt genehmigt oder zugelassen worden sind, nicht unter bestimmte Regelungen des EEG 2014 fallen (§ 100 Abs. 3 EEG 2014) bzw. weiterhin eine gesetzlich fixierte Förderung erhalten und nicht an Ausschreibungen zur finanziellen Förderung teilnehmen müssen (§ 102 Nr. 3 EEG 2014). Der Bestandsschutz nach diesen Vorschriften stellt u. a. darauf ab, dass die Anlagen über eine „Zulassung nach einer anderen Bestimmung des Bundesrechts“ verfügen müssen.
- 6 Was unter „einer Zulassung nach einer anderen Bestimmung des Bundesrechts“ zu verstehen ist, wird in der Praxis gegenwärtig uneinheitlich beantwortet. Zum einen

⁵Zu beachten ist, dass gemäß § 16 Abs. 4 der geänderten AnlRegV für Anlagen, die vor dem 01.03.2015 genehmigt worden sind, § 2 Nr. 2 und § 4 AnlRegV in der am 28.02.2015 geltenden Fassung weiter anzuwenden sind.

ist bereits unklar, welche Bestimmungen des Bundesrechts neben dem ausdrücklich genannten BImSchG⁶ i. V. m. der 4. BImSchV⁷ von den verfahrensgegenständlichen Normen erfasst werden. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass in den jeweiligen Genehmigungsverfahren – neben bundesrechtlichen – häufig auch landesrechtliche Regelungen zu prüfen sind (vgl. Abschnitt 4). Aufgrund dessen besteht in der Branche Unsicherheit darüber, wo der Schwerpunkt der Zulassungsbedürftigkeit und -fähigkeit liegen muss. Außerdem ist fraglich, ab welchem Zeitpunkt der Vertrauensschutz für den Zulassungsinhaber gilt (vgl. Abschnitt 3.2.3).

- 7 Diese Auslegungsprobleme führen zu Rechtsunsicherheiten bei Anlagenbetreiberinnen und -betreibern sowie Netzbetreibern über die Anwendung der maßgeblichen Vergütungsform und Vergütungssätze. Hiervon sind insbesondere baurechtlich genehmigungsbedürftige Biogasanlagen betroffen.

2.2 Prüfungsmaßstab

- 8 Die für diese Empfehlung maßgeblichen Vorschriften des EEG 2014 lauten wie folgt (Auslassungen nicht im Original):
- 9 § 100 Abs. 3 EEG 2014:

„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.“

- 10 § 102 Nr. 3 EEG 2014:

„Nachdem die finanzielle Förderung im Sinne des § 2 Absatz 5 auf Ausschreibungen umgestellt worden ist, besteht auch ohne eine im Rahmen

⁶Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz – BImSchG), neu gefasst durch die Bekanntmachung v. 17.05.2013 (BGBl. I S. 1274), zuletzt geändert durch Art. 1 des Zwölften Gesetzes zur Änderung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes v. 20.11.2014 (BGBl. I S. 1740), abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/bimSchg>.

⁷Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen v. 02.05.2013 (BGBl. I S. 973, 3756) – 4. BImSchV.

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.“

3 Herleitung

3.1 „Nach Bundesrecht“

11 Der Begriff „Bundesrecht“ bezeichnet alle Rechtsnormen, welche

- von einem Bundesorgan⁸, insbesondere von Bundestag und Bundesrat, oder
- von einer durch ein Bundesorgan per Bundesgesetz zum Verordnungserlass ermächtigten Stelle, z. B. von einem Bundesminister oder einer Bundesoberbehörde

erlassen wurden.

12 Unter das Bundesrecht fallen daher die für die Beantwortung der Fragen dieser Empfehlung besonders relevanten

- einfachen Bundesgesetze und
- Rechtsverordnungen, die auf einem Bundesgesetz beruhen (sofern nicht von einer Landesregierung erlassen⁹).

⁸Huber, in: Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 31 Rn. 10.

⁹Auch Landesregierungen können gem. § 80 Abs. 1 Satz 1 GG zum Verordnungserlass ermächtigt werden. Sofern sie diese Ermächtigung nutzen, stellen die von ihnen erlassenen Verordnungen Landesrecht dar. Dies gilt auch dann, wenn die Regelwerke auf einer bundesgesetzlichen Ermächtigung beruhen. Vgl. hierzu Remmert, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 72. EL 2014, Art. 80 Rn. 80.

- 13 Der Bund ist lediglich innerhalb seiner ausdrücklichen Gesetzgebungskompetenz befugt, Gesetze, Verordnungen und Satzungen zu erlassen. Welche Normsetzungsaufgaben dem Bund und welche den Ländern zuzuordnen sind, wird in Art. 70 ff. GG¹⁰ geregelt.¹¹ Diese Vorgaben richten sich vor allem an den parlamentarischen Gesetzgeber, also Bundestag und Bundesrat, aber auch – durch Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG vermittelt – an den Ordnungsgeber.
- 14 Ordnungsgeber können die Bundesregierung oder ein Bundesminister sein. Gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG können diese vom Bundesgesetzgeber zum Verordnungserlass ermächtigt werden. Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG regelt außerdem, unter welchen Voraussetzungen diese Ordnungskompetenz anderen staatlichen Organen übertragen werden darf. Hier kommen für die Bundesregierung die Bundesministerien (oberste Bundesbehörden) und für die Bundesministerien deren nachgeordnete Behörden, die jeweiligen Bundesoberbehörden, in Betracht.

3.2 „Zulassung für den Betrieb der Anlage“

3.2.1 „Zulassung“

- 15 Dem Wortlaut nach bedeutet „zulassen“ „etwas dulden, erlauben, gestatten“ oder auch „die amtliche Genehmigung geben, dass etwas für bestimmte Zwecke verwendet werden kann, dass etwas für jemanden zugänglich ist“.¹²
- 16 Der Oberbegriff „Zulassung“ erfasst demnach begrifflich amtliche Genehmigungen, Erlaubnisse, Gestattungen und Bewilligungen, nicht jedoch eine bloße Anzeige des Betriebs und die sich hieran anschließende behördliche Duldung. Zwar wirkt sich eine Duldung wie eine Zulassung aus. Dem Wortsinn nach unterscheidet sich aber die Zulassung von der Duldung, denn während erstere ein aktives Tun der Behörde bspw. durch den Erlass eines Bescheides erfordert, genügt für letztere bloßes Nichtstun. Zudem lässt sich den Vertrauensschutzregelungen entnehmen, dass ein

¹⁰Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100 – 1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 23.12.2014 (BGBl. I S. 2438), nachfolgend bezeichnet als GG.

¹¹Korioth, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 72. EL 2014, Art. 31 Rn. 16.

¹²Schlagwort „zulassen“, in: *Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften* (Hrsg.), Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache des 20. Jahrhunderts, abrufbar unter <http://www.dwds.de/?qu=zulassen>; zuletzt abgerufen am 12.01.2015; Abkürzungen abw. vom Original hier ausgeschrieben.

bloßes Dulden nicht ausreicht, denn die Duldung ist nicht auf einen bestimmten, vor dem 23. Januar 2014 bzw. 1. Januar 2017 liegenden Zeitpunkt datierbar.

- 17 Da mit Zulassungen i. S. d. verfahrensgegenständlichen Übergangsregelungen lediglich *öffentlich-rechtliche* Zulassungen¹³ gemeint sind, ergehen diese i. d. R. als behördliche Erlaubnisse bzw. verwaltungsrechtliche Genehmigungen.
- 18 Voraussetzungen, Inhalt, Bestandskraft, Rücknahme und Widerruf der behördlichen Erlaubnisse ergeben sich aus den die einzelnen Materien betreffenden Gesetzen (z. B. Wasser- oder Baugesetze, vgl. hierzu Abschnitt 4) sowie den allgemeinen Vorschriften über das Verwaltungsverfahren, insbesondere denjenigen über den Verwaltungsakt.¹⁴ Bei einer *öffentlich-rechtlichen* Zulassung handelt es sich i. d. R. um einen begünstigenden Verwaltungsakt¹⁵ i. S. d. § 35 Satz 1 VwVfG¹⁶. Sie kann außerdem als Planfeststellungsbeschluss oder Plangenehmigung ergehen; beides ebenfalls Verwaltungsakte.¹⁷
- 19 Diese Empfehlung behandelt allgemein, was unter dem Begriff „Zulassung“ zu verstehen ist. Nicht Gegenstand der weiteren Ausführungen ist die Frage, ob und in welchen konkreten Fällen Teilgenehmigungen, Vorbescheide oder Zulassungen des vorzeitigen Beginns als „Zulassungen“ i. S. d. verfahrensgegenständlichen Übergangsregelungen zu werten sind.¹⁸ Sofern dies im Einzelfall klärungsbedürftig ist, bietet die Clearingstelle EEG auf Wunsch der beteiligten Parteien eine individuelle Klärung an.¹⁹

3.2.2 „für den Betrieb“

- 20 Aus dem Wortlaut der Übergangsbestimmungen folgt, dass es sich um eine Zulassung „für den Betrieb“ der Anlage handeln muss. Eine Zulassung, die *ausschließlich*

¹³So auch *BMWi*, Stellungnahme S. 3, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2014/27>.

¹⁴*Creifelds*, Rechtswörterbuch, 19. Aufl. 2007, S. 367.

¹⁵Ein Verwaltungsakt ist begünstigend, wenn er dem Betroffenen gegenüber ein Recht oder rechtlich erheblichen Vorteil begründet bzw. bestätigt, vgl. § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG.

¹⁶Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 23.01.2003 (BGBl. I S. 102), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes v. 25.07.2013 (BGBl. I S. 2749), nachfolgend bezeichnet als VwVfG.

¹⁷*Neumann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz (Kommentar), 8. Aufl. 2014, § 74 Rn. 19.

¹⁸Dies ist stets anhand der für das Genehmigungsverfahren maßgeblichen Regelungen des jeweiligen Fachrechts zu beurteilen.

¹⁹Ein Überblick über die einzelfallbezogenen Verfahrensangebote der *Clearingstelle EEG* ist unter <https://www.clearingstelle-ee.de/ueberblick> abrufbar.

die Errichtung der Anlage betrifft und keine Entscheidung auch über den Anlagenbetrieb beinhaltet, genügt demnach nicht.²⁰

- 2.1 Zwar kann eine Anlage nicht betrieben werden, ohne zuvor errichtet worden zu sein. Eine Zulassung, die ausschließlich die Errichtung der Anlage betrifft, hat somit jedenfalls mittelbar auch einen Bezug zum Betrieb der Anlage. Der systematische Vergleich mit § 25 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 und § 51 Abs. 1 Buchstabe c) EEG 2014 zeigt aber, dass der Gesetzgeber die Begriffe „Errichtung“ und „Betrieb“ nicht gleichsetzt, sondern vielmehr bewusst zwischen Errichtung und Betrieb unterscheidet.
- 2.2 Insoweit ist beispielsweise eine im Rahmen einer Baugenehmigung erteilte Zustimmung zu oder eine straßenrechtliche Genehmigung der Errichtung einer Fotovoltaik-Freiflächenanlage (nachfolgend: PV-FFA) „längs der Bundesautobahnen in einer Entfernung bis zu 100 Metern“ nach § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 FStrG²¹ keine Zulassung „nach einer anderen Bestimmung des Bundesrechts“ i. S. d. verfahrensgegenständlichen Übergangsregelungen, da sie keine Betriebsgenehmigung darstellt.²² PV-FFA sind als bauliche Anlagen nach den Landesbauordnungen einiger Bundesländer unter bestimmten Voraussetzungen baugenehmigungspflichtig.²³ Gemäß § 9 Abs. 2 Satz 1 FStrG bedürfen diese Baugenehmigungen der Zustimmung der obersten Landesstraßenbaubehörde, wenn bauliche Anlagen längs von Bundesautobahnen in einer Entfernung bis zu 100 Metern, gemessen vom äußeren Rand der befestigten Fahrbahn, *errichtet, erheblich geändert*²⁴ oder *anders genutzt*²⁵ werden.²⁶ Die für den Gegenstand

²⁰Dem steht es nicht entgegen, wenn im Einzelfall nach der Errichtung eine gesonderte Betriebserlaubnis erforderlich ist, sofern vor dem 23.01.2014 eine Genehmigung erteilt worden ist, die sich auch auf den Betrieb der Anlage erstreckt.

²¹Bundesfernstraßengesetz v. 06.08.1953 (BGBl. I S. 903), zuletzt geändert durch Art. 7 des Gesetzes v. 31.05.2013 (BGBl. I S. 1388), nachfolgend bezeichnet als FStrG.

²²So auch BDEW, Stellungnahme S. 6, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2014/27>.

²³Vgl. http://www.sfv.de/artikel/genehmigung_von_pv-anlagen.htm, zuletzt abgerufen am 16. April 2015.

²⁴Unter einer erheblichen Änderung wird u. a. eine Umgestaltung des baulichen Zustandes verstanden, die den Grundriss oder das äußere Bild der Anlage verändert und – wie eine Aufstockung oder ein Anbau – nach außen deutlich sichtbar wird, sodass sie vergleichbar einer Errichtung, die Sicherheit oder Leichtigkeit des Verkehrs auf der Bundesfernstraße etwa durch Sichtbehinderung merklich zu beeinträchtigen vermag; vgl. *Grupp*, in: Marschall (Hrsg.), FStrG – Bundesfernstraßengesetz – Kommentar, 6. Aufl. 2012, § 9 Rn. 23.

²⁵Eine Nutzungsänderung liegt bspw. vor, wenn der Gebrauch der baulichen Anlage wechselt und sich dies nach außen auf die Straße und den dort fließenden Verkehr auswirkt (z. B. verstärkte Nutzung einer Zufahrt infolge der Umwandlung einer Scheune in eine Diskothek); vgl. *Grupp*, in: Marschall (Hrsg.), FStrG – Bundesfernstraßengesetz – Kommentar, 6. Aufl. 2012, § 9 Rn. 23.

²⁶Das Zustimmungs- und Genehmigungserfordernis nach § 9 Abs. 2 und Abs. 5 FStrG gilt jedoch nicht, wenn ein Bebauungsplan vorliegt, der die Voraussetzungen gem. § 9 Abs. 7 FStrG erfüllt.

dieses Empfehlungsverfahrens praktisch relevanten Varianten der *Errichtung* sowie der *erheblichen Änderung* sind keine Zulassungen für den Betrieb, denn sie genehmigen ausschließlich die Anlagenerrichtung und eine Umgestaltung des baulichen Zustands der Anlage z. B. durch Anlagenzubau.

- 23 Darüber hinaus ist das Zustimmungserfordernis kein Verwaltungsakt, sondern stellt lediglich ein Verwaltungsinternum dar, gegen das der Betroffene keinen unmittelbaren Rechtsschutz hat. Sofern die Zustimmung versagt wird, kann er nur gegen die jeweilige Genehmigung im Ganzen vorgehen.²⁷
- 24 Wenn PV-FFA baurechtlich genehmigungsfrei errichtet oder geändert²⁸ werden können²⁹ und damit eine eigenständige straßenrechtliche Genehmigung nach § 9 Abs. 5 FStrG erforderlich wird, so stellt diese ebenso keine Zulassung i. S. d. verfahrensgegenständlichen Übergangsvorschriften dar. Denn das straßenrechtliche Genehmigungsverfahren erstreckt sich ebenfalls nur auf die Errichtung bzw. erhebliche Änderung der genehmigungsfreien Freiflächenanlagen, nicht aber auf ihren Betrieb.³⁰
- 25 Ob in bestimmten Fällen eine Baugenehmigung eine Zulassung lediglich für die Errichtung der Anlage darstellt und nicht auch den „Betrieb“ der Anlage regelt, kann hingegen dahinstehen, da die Baugenehmigungen schon keine Zulassungen „nach Bundesrecht“ sind (vgl. hierzu Abschnitt 4.1).

3.2.3 „vor dem 23. Januar 2014“ / „vor dem 1. Januar 2017“

- 26 Eine Anlage ist „vor dem 23. Januar 2014“ bzw. „vor dem 1. Januar 2017“ zugelassen worden, wenn die Zulassung spätestens am 22. Januar 2014 bzw. am 31. Dezember 2016 durch die Behörde ausgestellt wurde. Entscheidend ist damit das Datum der

Bender, in: Müller/Schulz (Hrsg.), FStrG-Kommentar, 2. Aufl. 2013, § 9 Rn. 114 a: „Bei Fotovoltaik-Anlagen erhält der Bebauungsplan als „kleinflächiger“ Bauleitplan die Funktion der kleinräumigen und detaillierten Abstimmung der Träger öffentlicher Belange, die die Flächennutzungsplanung (vgl. § 5 Abs. 2 Nr. 2 lit. b BauGB) nicht leisten kann.“

²⁷ *Grupp*, in: Marschall (Hrsg.), FStrG – Bundesfernstraßengesetz – Kommentar, 6. Aufl. 2012, § 9 Rn. 36 f.

²⁸ Durch Anlagenzubau kann die Anlage baurechtlich genehmigungspflichtig werden, sofern sie hierdurch die in der jeweiligen Landesbauordnung vorgesehene Größe einer genehmigungsfreien Anlage überschreitet.

²⁹ Falls die Errichtung nach dem jeweiligen Landesrecht anzeigepflichtig ist, erfolgt die Zustimmung bereits nach § 9 Abs. 2 Satz 2 FStrG.

³⁰ So u. a. auch *Grupp*, in: Marschall (Hrsg.), FStrG – Bundesfernstraßengesetz – Kommentar, 6. Aufl. 2012, § 9 Rn. 39.

jeweiligen Zulassung. Nicht erforderlich ist, dass die Zulassung vor dem Stichtag zugegangen oder bestandskräftig geworden ist.

- 27 Dies ergibt sich nicht schon eindeutig aus dem Wortlaut von § 100 Abs. 3 und § 102 Nr. 3 EEG 2014, jedoch aus der systematischen und teleologischen Auslegung dieser Vorschriften.
- 28 Der *Wortlaut* der §§ 100 Abs. 3, 102 Nr. 3 EEG 2014 ist hinsichtlich der maßgeblichen Stichtage „vor dem 23. Januar 2014“ und „vor dem 1. Januar 2017“ insoweit eindeutig, dass nur solche Anlagen erfasst werden, die spätestens am 22. Januar 2014 oder am 31. Dezember 2016 zugelassen wurden. Anhand des Wortlauts „*zugelassen... worden sind*“ lässt sich jedoch nicht bestimmen, was vor dem jeweils maßgeblichen Stichtag erfolgt sein muss, damit die Rechtsfolgen der verfahrensgegenständlichen Übergangsregelungen ausgelöst werden. Als Anknüpfungspunkte kommen das – durch das Datum des Bescheides gekennzeichnete – verwaltungsinterne Ende des Zulassungsverfahrens (Ausstellung der Zulassung), der Zugang der Zulassung oder ihre Bestandskraft in Betracht.
- 29 Die *systematische* Gegenüberstellung von §§ 61 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2, 100 Abs. 2 Satz 4 und § 102 Nr. 2 EEG 2014 lässt mehrere Deutungen zu. Diese Normen mögen zwar in ihrer Regelungssystematik einheitlich gedacht sein, da der Gesetzgeber hierdurch ein einheitliches System für Anlagen in Planung schaffen wollte.³¹ Sie treffen aber sämtlich keine Aussagen darüber, ob als Anknüpfungspunkt das Datum des Zulassungsbescheids, dessen Zugang beim Adressaten oder dessen Bestandskraft relevant ist.
- 30 Die *systematische* Betrachtung der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätze des VwVfG ließe sich dafür anführen, dass es auf den Zugang der Zulassung beim Adressaten ankommt. Hierfür sprechen insbesondere die Grundsätze zur Bekanntgabe gemäß § 41 Abs. 1 Satz 1 VwVfG. Danach ist ein Verwaltungsakt dem betroffenen Adressaten bekannt zu geben. Er wird nur dann gegenüber dem Adressaten *äußerlich* wirksam, wenn er diesem gemäß § 43 Abs. 1 Satz 1 VwVfG individuell bekannt gegeben worden ist. Mit Eintritt der äußeren Wirksamkeit werden nicht nur die Rechtsbehelfsfristen in Gang gesetzt, sondern der Adressat erhält auch materiell eine geschützte Rechtsposition. Die individuelle Bekanntgabe der Zulassung erfolgt

³¹So auch *BMWi*, Stellungnahme S. 2, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2014/27>; *Wustlich*, NVwZ 2014, 1113 (1118 f.).

grundsätzlich mit ihrem Zugang beim richtigen Empfänger.³² Die Bekanntgabeform liegt im Ermessen der Behörde und richtet sich zudem nach der Form der Zulassung, die nach § 37 Abs. 2 VwVfG grundsätzlich formfrei ergehen kann.³³ Demnach können Zulassungen auch mündlich (z. B. telefonisch) oder per Telefax bekannt gegeben werden. Möglich ist auch die persönliche Aushändigung an den Adressaten. Ergeht die Zulassung schriftlich und ist keine förmliche Zustellung i. S. d. Verwaltungszustellungsgesetzes³⁴ vorgeschrieben, erfolgt die Übermittlung häufig per einfachem Brief. Nach diesem Maßstab würde die Anlage i. S. d. EEG 2014 erst ab Zugang des schriftlichen Zulassungsbescheides als zugelassen gelten, denn ab diesem Zeitpunkt entfalten die Regelungen aus der Zulassung materiell ihre Wirkung und der Zulassungsinhaber erhält einen Anspruch darauf, die Anlage zu betreiben.

31 Auf die formelle Bestandskraft – Unanfechtbarkeit – der Zulassung kann es hingegen nach den Grundsätzen des VwVfG nicht ankommen, da die Zulassung bereits vor Eintreten der formellen Bestandskraft bindet (sog. materielle Bestandskraft). Denn die Behörde kann, sofern die äußere Wirksamkeit (Bekanntgabe) eingetreten ist, keine abweichende Entscheidung mehr treffen und den Zulassungsbescheid nur unter den Voraussetzungen der §§ 48, 49 VwVfG aufheben³⁵ (sog. Abweichungs- und Aufhebungsverbot³⁶). Über die Bindungswirkung *inter partes* – d. h. zwischen der Behörde und dem Zulassungsinhaber – hinaus entfaltet die Zulassung als wirksamer Verwaltungsakt zudem eine sog. Tatbestandswirkung. Dies bedeutet, dass alle Behörden und Gerichte bei der rechtlichen Beurteilung eines Sachverhalts sowohl die Existenz der Zulassung als auch die in dieser Zulassung von der Behörde getroffene Sachverhaltsfeststellung und Regelung zugrunde legen müssen, ohne ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen.³⁷

32 Die systematische Stellung der verfahrensgegenständlichen Vorschriften als Übergangsregelungen des EEG 2014, ihre systematische Gegenüberstellung mit der AnlRegV, der Sinn und Zweck der Vorschriften sowie praktische Erwägungen zur

³²Die Bekanntgabe und Zustellung des Planfeststellungsbeschlusses erfolgt nach § 74 Abs. 4 und 5 VwVfG und ist Voraussetzung für die Wirksamkeit nach § 43 Abs. 1 VwVfG.

³³Zu beachten ist, dass das jeweilige Fachrecht eine bestimmte Form des Erlasses vorsehen kann.

³⁴Verwaltungszustellungsgesetz (VwZG) vom 12.08.2005 (BGBl. I S. 2354), zuletzt geändert durch Artikel 17 des Gesetzes vom 10.10.2013 (BGBl. I S. 3786).

³⁵Die Regelungen des VwVfG sind zu prüfen, sofern das jeweilige Fachrecht keine speziellen sowie abschließenden Regelungen zur Rücknahme und Widerruf vorsieht.

³⁶*Schemmer*, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Onlinekommentar VwVfG, Stand: 01.01.2015, § 43 Rn. 21 ff.

³⁷Ausgenommen hiervon ist das zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Zulassung berufene Gericht.

Nachweisbarkeit des Zugangs des Zulassungsbescheides sprechen jedoch gegen das Zugangserfordernis und somit für das Datum des Zulassungsbescheides als Anknüpfungspunkt.

- 33 Die §§ 100 Abs. 3, 102 Nr. 3 EEG 2014 sind Teil der Übergangsvorschriften des EEG 2014. Übergangsbestimmungen regeln bei Einführung neuer Normen, ob und inwiefern für noch nicht abgeschlossene oder auf Dauer angelegte Rechtsverhältnisse das neue Recht oder etwas Anderes gelten soll. Grund hierfür kann sein, dass aus verfassungsrechtlichen oder sonstigen Gründen ein sofortiger Übergang zum neuen Rechtszustand nicht möglich oder wünschenswert ist. Ein friktionsarmer Übergang soll dann durch Anpassungs- bzw. Übergangsvorschriften gewährleistet werden.³⁸ Die Übergangsbestimmung in § 100 Abs. 3 EEG 2014 knüpft mit dem Ereignis der Zulassung vor dem 23. Januar 2014 an einen Vorgang an, der während der parlamentarischen Beratung und Beschlussfassung bereits abgeschlossen war. Mit der Wahl dieses Datums wollte der Gesetzgeber verhindern, dass nach Bekanntwerden des Gesetzgebungsvorhabens neue Anlagen noch kurzfristig unter Geltung des EEG 2012 realisiert und damit die gesetzgeberischen Ziele des EEG 2014 unterlaufen werden können („Vorzieheffekte“). Lediglich bereits weit gediehene Vorhaben sollten Vertrauensschutz genießen. Dieses gesetzgeberische Ziel wird aber vollständig erreicht, wenn auch Anlagen unter die Übergangsbestimmung fallen, deren Bescheid zwar erst nach dem 22. Januar 2014 zugegangen sind, deren Bescheid aber vor dem 23. Januar 2014 behördenintern fertiggestellt worden ist. Denn die zeitliche „Lücke“ zwischen dem Datum des Bescheides und dessen Zugang bot keinerlei Möglichkeit, vom Gesetzgeber missbilligte Vorzieheffekte zu realisieren. Diese Überlegung lässt sich zwar nicht auf die Übergangsbestimmung in § 102 Nr. 3 EEG 2014 übertragen, weil das dort genannte Datum den betroffenen Anlagenbetreiberinnen und -betreibern bereits frühzeitig bekannt ist. Aus diesem Umstand folgt aber zugleich, dass Vorzieheffekte von vornherein nicht auftreten können; das Datum 1. Januar 2017 ist vielmehr allein eine Stichtagsregelung, die bereits vorab Planungssicherheit verschaffen soll. Auch hierfür ist es unerheblich, wenn bereits vor dem 1. Januar 2017 behördenintern fertige Zulassungen erst nach dem 31. Dezember 2016 den Anlagenbetreiberinnen und -betreibern zugehen.
- 34 Die systematische Gegenüberstellung mit der AnlRegV zeigt außerdem, dass dem Gesetz- bzw. Ordnungsgeber durchaus bewusst ist, dass bei einer Zulassung un-

³⁸Vgl. *Clearingstelle EEG*, Hinweis v. 10.09.2012–2012/10, Rn. 39f., abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/hinwv/2012/10>.

terschiedliche Zeitpunkte als Anknüpfungspunkte für ihre Erteilung und sich hieran anschließende weitere Rechtsfolgen in Betracht kommen. Die AnlRegV regelt die Errichtung und Ausgestaltung des Anlagenregisters gemäß § 6 EEG 2014 und dient der statistischen Erfassung aller Daten, die beispielsweise für die Überprüfung des Ausbaupfads gemäß § 3 EEG 2014, die Absenkung der Förderung nach den §§ 28, 29 und 31 EEG 2014 oder die Erleichterung des bundesweiten Ausgleichs notwendig sind. § 4 Abs. 1 AnlRegV sieht dabei u. a. eine Registrierungspflicht für Zulassungen von genehmigungsbedürftigen Anlagen i. S. d. § 2 Nr. 2 AnlRegV vor und knüpft diese an das *Datum der Bekanntgabe* (also den Zugang) der Zulassung (vgl. Rn. 30). § 4 Abs. 2 Nr. 2 AnlRegV stellt bei den zu übermittelnden Daten hingegen auf das *Datum des Zulassungsbescheides* ab. Das Bekanntgabedatum hat demnach lediglich „verfahrensrechtliche“ Relevanz, indem ab der Bekanntgabe die Frist zur Registrierung in Gang gesetzt wird. „Materiell“ berücksichtigt wird aber nur das Datum des Bescheides. Dies ist vor dem Regelungshintergrund von § 4 Abs. 1 AnlRegV auch schlüssig. Denn vom betroffenen Anlagenbetreiber kann die Übermittlung einer Zulassung erst verlangt werden, wenn sie ihm zugegangen ist und ihm damit tatsächlich vorliegt. Die Übermittlungspflicht bzw. -frist kann mithin frühestens zu diesem Zeitpunkt beginnen, auch wenn die Zulassung schon früher rechtlich existiert. Für die in den Übergangsvorschriften aus §§ 100 Abs. 3, 102 Nr. 3 EEG 2014 genannten Stichtage ist ein „verfahrensrechtliches“ Abstellen erst auf den Zugang der Zulassung aber nicht erforderlich, da die Frage, ob der jeweilige Stichtag eingehalten wurde, in aller Regel erst „nachträglich“ – z. B. bei Inbetriebnahme – abschließend geprüft werden muss und bis dahin auch der Zugang stattgefunden hat. Erst auf den (späteren) Zugang abzustellen, obgleich die Zulassung rechtlich bereits existiert, würde zudem anders als in § 4 Abs. 1 AnlRegV die Frist verkürzen. Der Gesetzgeber hat in den §§ 100 Abs. 3, 102 Nr. 3 EEG 2014 anders als in § 4 Abs. 1 AnlRegV auch nicht zwischen Datum und Zugang der Zulassung differenziert. Die systematische Betrachtung spricht daher dafür, dass es für die Übergangsvorschriften aus §§ 100 Abs. 3, 102 Nr. 3 EEG 2014 auf das *Datum* der Zulassung ankommt.

- 35 Die *Genese* und die *historische* Betrachtung der verfahrensgegenständlichen Regelungen sind hingegen unergiebig. Der *Genese* lässt sich lediglich entnehmen, dass diese Übergangsvorschriften getätigte Investitionen schützen sollen, die im Vertrauen auf den Fortbestand der gesetzlichen Vergütungsregelungen vorgenommen wurden und die durch die Gesetzesänderung nicht entwertet werden sollen.³⁹ Historisch be-

³⁹BT-Drs. 18/1304, S. 179 f. und S. 182; im Gesetzesentwurf noch § 96 Abs. 3 und § 98 EEG 2014.

trachtet enthielt das EEG 2012⁴⁰ zwar eine ähnliche Übergangsvorschrift. Denn § 66 Abs. 6 Nr. 3 EEG 2012 regelte, dass Betreiberinnen und -betreiber von Anlagen, die u. a. vor dem 1. Januar 2012 nach dem BImSchG genehmigt worden sind, eine Vergütung nach dem EEG 2009⁴¹ erhalten konnten. Doch traf auch diese Übergangsvorschrift keine Aussage zum maßgeblichen Anknüpfungspunkt.

- 36 Nach *Sinn und Zweck* der Übergangsvorschriften ist das Datum des Bescheides entscheidend. Der Gesetzgeber hat die Interessen derjenigen schützen wollen, die bei Bekanntgabe der geplanten Änderung des EEG bereits relevante Investitionen im Vertrauen auf das Fortbestehen der damaligen Regelungen getätigt hatten.⁴² Zu diesem Zweck und zur Vermeidung von etwaigen Ankündigungs- oder Mitnahmeeffekten hat er als Anknüpfungspunkt u. a. das Vorliegen einer Zulassung gewählt, da zum einen die Projektplanung zu diesem Zeitpunkt hinreichend weit fortgeschritten ist und zum anderen den Anlagenbetreiberinnen und -betreibern hierdurch eine hinreichend „geschützte“ Rechtsposition vermittelt wird. Es bestehen aber keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber die Schutzwürdigkeit je nach Übertragungsweg der Zulassung unterschiedlich beurteilen 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 (vgl. Rn. 30), ob der Stichtag eingehalten wird. Dieser würde damit darüber entscheiden, ob die verfahrensgegenständlichen Übergangsregelungen greifen und die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber folglich die (in der Regel) günstigere Förderung nach dem EEG 2012 in Anspruch nehmen können (§ 100 Abs. 3 EEG 2014) oder ob auch ohne Zuschlagserteilung eine gesetzlich fixierte Förderung des eingespeisten Stroms nach dem EEG 2014 erfolgt (§ 102 Nr. 3 EEG 2014). Die Gewährung des Vertrauensschutzes hieran zu knüpfen, wäre aber sachfremd und würde willkürlich zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Auf die Übermittlung der Zulassung

⁴⁰Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Art. 5 des dritten Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften v. 20.12.2012 (BGBl. I S. 2730), nachfolgend bezeichnet als EEG 2012. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/eeeg2012/arbeitsausgabe>.

⁴¹Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und damit zusammenhängender Vorschriften v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074 ff.), in der bis zum 31.12.2011 geltenden, zuletzt durch Art. 1 Nr. 33 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.07.2011 (BGBl. I S. 1634) geänderten Fassung, nachfolgend bezeichnet als EEG 2009. Arbeitsausgabe der Clearingstelle EEG abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeeg.de/eeeg2009/arbeitsausgabe>.

⁴²BT-Drs. 18/1304, S. 179 f. und S. 182; im Gesetzesentwurf noch § 96 Abs. 3 und § 98 EEG 2014.

haben die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber keinen Einfluss, so dass auch keine Mitnahmeeffekte eintreten können.⁴³ Außerdem war dem Zulassungsadressaten jedenfalls zum 23. Januar 2014 der maßgebliche Stichtag nicht bekannt.

- 37 Darüber hinaus sprechen auch praktische Erwägungen der Nachweisbarkeit dafür, auf das Datum und nicht den Zugang des Zulassungsbescheides abzustellen. Wird der Zeitpunkt des Zugangs bestritten, muss der tatsächliche Geschehensablauf unter Rückgriff auf die Beweiserhebungsregelungen geklärt werden. Hierzu gehören der Zeugenbeweis, Auskünfte zu den konkreten organisatorischen und betrieblichen Vorkehrungen bei der Übermittlung des hierfür eingeschalteten Unternehmens oder die Parteianhörung. Anscheinbeweise bei postalisch oder elektronisch übermittelten (z. B. per Telefax oder E-Mail) Zulassungen sind i. d. R. ausgeschlossen.⁴⁴ Damit wird eine Einzelfallprüfung notwendig, die in der Praxis mit erheblichen Nachweis-schwierigkeiten verbunden ist. Dies gilt insbesondere für Streitigkeiten, die den Zugang zum Stichtag „vor dem 23. Januar 2014“ betreffen, da dieser bereits in der Vergangenheit liegt.⁴⁵ Zur Vermeidung solcher Nachweisprobleme ist daher im Interesse der beteiligten Netzbetreiber sowie Anlagenbetreiberinnen und -betreiber auf das Datum des Bescheides abzustellen.
- 38 Hierfür spricht außerdem der Informationsaustausch zwischen Bundesnetzagentur und Netzbetreiber nach der AnlRegV. Gemäß § 12 Abs. 1 AnlRegV darf die Bundesnetzagentur dem Netzbetreiber Auskunft über die registrierte Zulassung samt den diese nach § 4 Abs. 2 AnlRegV betreffenden Daten erteilen. Diese Daten sind für die Aufgabenerfüllung des Netzbetreibers nach dem EEG erforderlich. Denn danach bestimmt sich, welche Vergütungsform und welcher Vergütungssatz bei der Berechnung der finanziellen Förderung vom Netzbetreiber zugrunde zu legen ist. Grundlage der Berechnung kann dabei lediglich das Datum des Zulassungsbescheides sein, denn nur dieses wird gemäß § 4 Abs. 2 Nr. 2 AnlRegV registriert.

⁴³So auch *Ruttloff*, in: Moench/Dannecker/Ruttloff (Hrsg.), Beiträge zum neuen EEG 2014, 2014, S. 204.

⁴⁴*Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Aufl. 2014, § 41 Rn. 129 f.

⁴⁵Bestehen Zweifel über den Zugang oder den Zeitpunkt des Zugangs des schriftlichen Verwaltungsakts bei postalischer oder elektronischer Übermittlung, hat die Behörde dies nach § 41 Abs. 2 Satz 3 2. HS. VwVfG nachzuweisen. Die Zugangsfiktion gemäß § 41 Abs. 2 Satz 1 VwVfG greift jedoch nicht zu Lasten des Empfängers. Diesem steht – soweit für ihn günstig – der Beweis offen, ihm sei der Verwaltungsakt schon früher zugegangen.

3.2.4 Aufhebung des Zulassungsbescheids

- 39 Mit individueller Bekanntgabe gegenüber dem Zulassungsadressaten entfaltet die Zulassung zwar ihre rechtliche Bindungswirkung. Sie kann jedoch bei Nichtigkeit entfallen⁴⁶ (vgl. Rn. 45) oder unter den Voraussetzungen der § 48 und § 49 VwVfG im Nachhinein zurückgenommen bzw. widerrufen werden (vgl. Rn. 31).
- 40 **Rücknahme** Ist eine Zulassung rechtswidrig und wird der Zulassungsbescheid deshalb von der zuständigen Behörde gemäß §§ 43 Abs. 2, 48 VwVfG rückwirkend (ex tunc) zurückgenommen⁴⁷, so können sich die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber dann auf den durch die Zulassung vermittelten Vertrauensschutz berufen, wenn sie auf den Fortbestand der Zulassung vertrauen durften und mit der Aufhebung des Bescheides nicht rechnen mussten. Denn die Zulassung der Anlage war am Stichtag wirksam und materiell bestandskräftig (vgl. Rn. 31).
- 41 Zur Wahrung der Rechtssicherheit kommt es bei der Beurteilung der Schutzwürdigkeit der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber auf den Zeitpunkt des Erlasses der Zulassung an. Denn die Rücknahme kann auch erst Jahre⁴⁸ nach dem Erlass erfolgen. Andernfalls müssten die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber die bis dahin „überschüssig“ gezahlte Förderung erstatten und ggf. bereits im Voraus etwaige Rücklagen für einen solchen Fall bilden. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber durch die verfahrensgegenständlichen Übergangsregelungen solche Rechtsunsicherheiten schaffen wollte. Vielmehr soll das Vertrauen in das Fortbestehen der Förderungsformen und -sätze des EEG 2012 (§ 100 Abs. 3 EEG 2014) bzw. des EEG 2014 (§ 102 Nr. 3 EEG 2014) bei denjenigen Anlagenbetreiberinnen und -betreibern geschützt werden, die bereits erhebliche finanzielle Dispositionen getroffen haben und deren Planung zum Stichtag bereits so weit fortgeschritten ist, dass eine Zulassung bereits ergangen ist, auf deren Fortbestand sie – jedenfalls zunächst – auch vertrauen durften. Etwas anderes gilt jedoch, wenn Anlagenbetreiberinnen und -betreiber ihre Anlage ohne gültige Zulassung betreiben, weil diese vor deren Inbetriebnahme zurückgenommen worden ist. Ihr – zunächst bestehendes – Vertrauen auf den Bestand der Zulassung ist dann nicht schutzwürdig, da sie bereits bei Inbetriebnahme der

⁴⁶Vgl. § 43 Abs. 3 sowie § 44 VwVfG zu den Nichtigkeitsgründen.

⁴⁷Bei einem Planfeststellungsbeschluss erfolgt die Aufhebung gemäß § 77 VwVfG.

⁴⁸Vgl. § 48 Abs. 4 VwVfG, wonach die Frist zur Rücknahme ein Jahr ab dem Zeitpunkt der (positiven) Kenntnisnahme durch die Behörde beträgt, es sei denn der Inhaber der Zulassung hat diese durch Täuschung, Drohung oder Bestechung erwirkt.

Anlage über keine wirksame Zulassung mehr verfügten und ihre Anlage dennoch wissentlich in Betrieb genommen haben.

- 42 Anlagenbetreiberinnen und -betreiber können sich auch dann nicht auf die zunächst eingetretene Bestandskraft der Zulassung berufen, wenn sie die Zulassung durch Täuschung, Drohung oder Bestechung erwirkt haben⁴⁹ oder aus anderen Gründen wissen mussten, dass der Zulassung die Aufhebung droht. In diesen Fällen greifen für die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber die Vertrauensschutzregelungen gemäß § 100 Abs. 3 bzw. § 102 Nr. 3 EEG 2014 nicht.
- 43 **Widerruf** Ist die Zulassung rechtmäßig und wird der Zulassungsbescheid daher von der zuständigen Behörde gemäß §§ 43 Abs. 2, 49 VwVfG für die Zukunft (ex nunc) widerrufen, so können sich die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber gleichfalls nur dann weiter auf ihren durch die Zulassung manifestierten Vertrauensschutz berufen, wenn sie auf den Bestand der Zulassung vertrauen durften. Dies ist beispielsweise nicht der Fall, wenn die Zulassung einen – rechtmäßigen – Widerrufsvorbehalt enthält oder Auflagen vorsieht, die der Inhaber der Zulassung nicht erfüllt, und sie deshalb widerrufen wird.⁵⁰ Denn der Zulassungsinhaber muss damit rechnen, dass der Bescheid unter den in ihm näher bezeichneten Voraussetzungen aufgehoben werden kann. Er kann demnach nicht uneingeschränkt auf den Bestand der Zulassung vertrauen.
- 44 **Drittanfechtung** Auch bei einer sog. Drittanfechtung⁵¹ kommt es darauf an, ob die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber – zunächst – darauf vertrauen durften, dass die Zulassung nicht aufgehoben wird. Musste bereits beim Erlass der Zulassung mit einer erfolgreichen Drittanfechtung gerechnet werden (etwa weil nachbarschützende Vorschriften bewusst missachtet worden sind), so ist für die Vertrauensschutzregelungen des EEG 2014 kein Raum. Dies gilt ebenso, wenn die Zulassung bereits vor Inbetriebnahme der Anlage aufgehoben worden ist und die Anlagenbetreiberinnen oder -betreiber ihre Anlage ohne gültige Zulassung betreiben (vgl. Rn. 41).

⁴⁹Vgl. § 48 Abs. 2 Satz 3 VwVfG.

⁵⁰Vgl. § 49 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 VwVfG mit weiteren Widerrufsgründen.

⁵¹Das zuständige Gericht hebt die Zulassung auf, wenn sie rechtswidrig ist und den Dritten in seinen Rechten verletzt.

45 **Nichtigkeit** Die Vertrauensschutzregelungen des EEG 2014 sind auch dann nicht anzuwenden, wenn die Zulassung nichtig ist (§ 44 VwVfG).⁵² Denn eine nichtige Zulassung entfaltet ihre gewollten Rechtswirkungen von vornherein (ex tunc) nicht (§ 43 Abs. 3 VwVfG).⁵³ Sie hat den Anlagenbetreiberinnen und -betreibern demnach nie eine geschützte Rechtsposition verliehen, so dass diese sich nicht auf den durch die Zulassung vermittelten Vertrauensschutz berufen können.

3.2.5 Informationspflicht der Anlagenbetreiberinnen und -betreiber bei Aufhebung der Zulassung

46 Anlagenbetreiberinnen und -betreiber sind nach § 70 Satz 1 EEG 2014 verpflichtet, dem Netzbetreiber die Aufhebung der Zulassung mitzuteilen, sofern hierdurch die Vertrauensschutzregelung nicht mehr anwendbar ist.⁵⁴ Vom Bestand der Zulassung hängt ab, ob die Anlagenbetreiberinnen und -betreiber weiterhin einen Anspruch auf eine Vergütung nach dem EEG 2012 oder ob sie eine Förderung nach dem EEG 2014 erhalten bzw. ob sie an Ausschreibungen zur finanziellen Förderung teilnehmen müssen (vgl. Abschnitt 2.1). Im Umkehrschluss ist danach die – beachtliche – Aufhebung einer Zulassung eine die Vergütung bzw. Förderung betreffende Angabe, die dem Netzbetreiber gemäß § 70 Satz 1 EEG 2014 mitzuteilen ist.

47 Zwar setzt § 71 EEG 2014 keine besondere Mitteilungsform voraus.⁵⁵ Zur Gewährleistung der Vollständigkeit der diesbezüglichen Informationspflichten und zum Nachweis der jeweiligen Aufhebungsgründe ist den Anlagenbetreiberinnen und -betreibern jedoch anzuraten, der Mitteilung eine Kopie des Aufhebungsbescheides beizufügen.

3.2.6 Anlagenbegriff

48 Der Begriff und der Umfang der „Anlage“ im Sinne des EEG 2014 (nachfolgend: EEG-Anlage) ist rechtlich und tatsächlich von der „Anlage“ im Sinne des jeweiligen

⁵²Nichtig sind bspw. Bescheide, die schriftlich oder elektronisch erlassen worden sind, die erlassende Behörde aber nicht erkennen lassen oder Bescheide, die nach einer Rechtsvorschrift nur durch die Aushändigung einer Urkunde erlassen werden können, dieser Form aber nicht genügen.

⁵³Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz (Kommentar)*, 8. Aufl. 2014, § 43 Rn. 222.

⁵⁴Hebt bspw. die Behörde den Zulassungsbescheid nur teilweise auf und betrifft die teilweise Aufhebung nicht die Zulassung des Anlagenbetriebs, so ist dies für die Berechnung der Förderung irrelevant; zur beachtlichen Aufhebung vgl. Rn. 40, Rn. 42, Rn. 43, Rn. 44 und Rn. 45.

⁵⁵Salje, EEG Kommentar, 7. Aufl. 2015, § 71 Rn. 4.

Genehmigungs- bzw. Zulassungsrechts (nachfolgend: zugelassene Anlage) zu unterscheiden. Wenn in § 100 Abs. 3 und in § 102 Nr. 3 EEG 2014 der Begriff „Anlage“ verwendet wird, so ist zwar davon auszugehen, dass hiermit die in § 5 Nr. 1 Satz 1 EEG 2014 gesetzlich definierte EEG-Anlage gemeint ist.⁵⁶ Genehmigungs- oder zulassungsbedürftig ist aber stets die Anlage im Sinne des Fachrechts. So ist nach Anhang 1 Nr. 1.6.1 der 4. BImSchV ein Windpark mit 20 oder mehr Windkraftanlagen *eine* Anlage im Sinne des Immissionsschutzrechts,⁵⁷ während es sich nach dem EEG 2014 um 20 oder mehr einzelne Anlagen handelt.

- 49 Die unterschiedlichen Anlagenbegriffe werfen keine Probleme auf, wenn die zugelassene Anlage „zufällig“ mit der EEG-Anlage identisch ist oder wenn die Genehmigung (Zulassung) zwar über die EEG-Anlage hinausgeht, diese aber vollständig umfasst. So beinhaltet bspw. die Genehmigung eines Windparks zugleich die Genehmigung für jedes einzelne Windrad und damit auch für die einzelne EEG-Anlage. Dass die Genehmigung darüber hinaus noch weitere, nicht zur Anlage im Sinne des EEG gehörende Komponenten umfasst (z. B. die Netzanschlusseinrichtungen), steht dem nicht entgegen.
- 50 Geht umgekehrt der Umfang der EEG-Anlage über den der zugelassenen Anlage hinaus, so sind die Vertrauensschutzregelungen jedenfalls dann anzuwenden, wenn der zulassungspflichtige Teil der EEG-Anlage fristgerecht eine Zulassung erhalten hat.⁵⁸ Die Übergangsbestimmungen der §§ 100 Abs. 3, 102 Nr. 3 EEG 2014 sind jedoch dann nicht mehr anwendbar, wenn sich die Zulassung(spflicht) lediglich auf Infrastruktureinrichtungen oder sonstige Komponenten bezieht, welche nicht Teil der EEG-Anlage sind.⁵⁹

3.2.7 Änderung des Anlagenkonzepts

- 51 **Anlagenerweiterung / Zubau** Die Vertrauensschutzregelungen gelten stets für die gesamte Anlage. Aus dem sog. weiten Anlagenbegriff⁶⁰ folgt, dass Anlagener-

⁵⁶BDW, Stellungnahme S. 1, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2014/27>.

⁵⁷Vgl. BVerwG, Urt. v. 21.02.2013 – 7 C 22.11, Rn. 20, abrufbar unter <http://www.bverwg.de/210213U7C22.11.0>, zuletzt abgerufen am 13.03.2015.

⁵⁸Beispielsweise wenn nur der Fermenter einer Biogasanlage fristgerecht immissionsschutzrechtlich genehmigt worden ist und für das BHKW keine BImSchG-Genehmigung erforderlich sein sollte.

⁵⁹Zur Abgrenzung s. *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, Abschnitt 3.2, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2012/19>.

⁶⁰BGH, Urt. v. 23.10.2013 – VIII ZR 262/12, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/rechtsprechung/2363>; s. a. *Clearingstelle EEG*, Empfehlung v. 02.07.2014 – 2012/19, Abschnitt 3.1, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2012/19>.

weiterungen rechtlich betrachtet Bestandteile der bestehenden Anlage sind, wenn die Erweiterung in (unmittelbarer) räumlicher Nähe erfolgt und ein funktional-betrieblicher Zusammenhang zwischen der bestehenden Anlage und den zugebauten Teilen besteht („Verklammerung“). Daraus folgt, dass auch die Erweiterung einer Anlage unter die Übergangsbestimmungen fällt, wenn die erweiterte Anlage von § 100 Abs. 3 oder § 102 Nr. 3 EEG 2014 erfasst ist.⁶¹ Folgender Beispielsfall soll dies veranschaulichen:

Eine Anlage zur Erzeugung von Strom aus fester Biomasse wird 2013 immissionsschutzrechtlich genehmigt und zwischen dem 1. August 2014 und dem 1. Januar 2015 EEG-rechtlich in Betrieb genommen. Die genehmigte und in Betrieb genommene Anlage verfügt über ein BHKW mit einer installierten Leistung von 750 kW_{el}. 2016 wird die Anlage um ein zweites BHKW (250 kW_{el}) erweitert, welches mit der vorhandenen Anlage durch gemeinsame Nutzung von für die Stromerzeugung erforderlichen Einrichtungen technisch „verklammert“ wird. Infolge des weiten Anlagenbegriffs sind gemäß § 100 Abs. 3 EEG 2014 die Regelungen des EEG 2012 mit den Maßgaben des § 100 Abs. 1 EEG 2014 auf die gesamte Anlage (1000 kW_{el}) anzuwenden. Gleiches gilt, wenn das ursprüngliche 750-kW-Modul durch ein leistungsstärkeres BHKW ersetzt wird, wenn keine vollständige Ersetzung vorliegt. Ob es für den Zubau bzw. Austausch einer (Änderungs-)Genehmigung bedarf oder nicht, ist aufgrund des weiten Anlagenbegriffs unerheblich, da der Zubau bzw. Austausch EEG-rechtlich nicht eigenständig ist und mangels Anlageneigenschaft gar nicht als Neuanlage unter das EEG 2014 fallen *kann*.⁶²

52 Fällt der Anlagenzubau jedoch nicht unter den „weiten“ Anlagenbegriff, so handelt es sich bei dem Zubau um eine rechtlich eigenständige Anlage. Für diese gilt dann das zum Zeitpunkt ihrer Inbetriebnahme anzuwendende EEG.

53 **Abweichungen von der genehmigten Anlage** § 100 Abs. 3 EEG 2014 setzt voraus, dass die Anlage, die zwischen dem 1. August und dem 31. Dezember 2014 in Betrieb genommen worden ist, auch diejenige Anlage ist, für die die Zulassung vor

⁶¹Ebenso im Ergebnis, wenn auch mit abweichender Begründung: *Fachverband Biogas*, Stellungnahme S. 4, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2014/27>.

⁶²Zu beachten ist jedoch die Vergütungsbeschränkung nach § 101 Abs. 1 EEG 2014 („Höchstbemesungsleistung“) bei der Erweiterung von bestehenden Biogasanlagen.

dem 23. Januar 2014 erteilt worden ist. Gleiches gilt bei § 102 Nr. 3 EEG 2014 für die vor dem 1. Januar 2017 in Betrieb genommene Anlage. Ist hingegen zwischen der Erteilung der Zulassung und der Inbetriebnahme der Anlage das Projekt wesentlich verändert worden, so ist das veränderte Vorhaben nach Sinn und Zweck der Übergangsvorschriften nicht mehr vom Vertrauensschutz umfasst, es sei denn, die Änderung ist *auch* vor dem 23. Januar 2014 zugelassen worden. Denn mit dem Stichtag 23. Januar 2014 sollen Vorzieheffekte verhindert und nur bereits weit gediehene Vorhaben in ihrer konkreten Form geschützt werden.⁶³ Dies gilt entsprechend für den Stichtag „1. Januar 2017“ bei § 102 Nr. 3 EEG 2014.

- 54 Ist beispielsweise eine Windkraftanlage mit einer Leistung von max. 2 MW im Jahr 2013 immissionsschutzrechtlich genehmigt worden und erhält die Anlagenbetreiberin nach dem 23. Januar 2014 eine Änderungsgenehmigung (§§ 15, 16 BImSchG), die zum Betrieb einer Windkraftanlage mit einer Leistung von 5 MW berechtigt, und wird das Windrad mit dieser Leistung errichtet, so sind die Voraussetzungen des § 100 Abs. 3 EEG 2014 nicht gegeben, selbst wenn das nunmehr neu genehmigte Windrad noch vor dem 1. Januar 2015 in Betrieb genommen worden ist. Maßgeblich ist insoweit der Umfang der BImSchG-Genehmigung: Lässt die vor dem Stichtag erteilte Genehmigung eine Anlage von 5 MW zu und errichtet ein Anlagenbetreiber auf der Grundlage dieser Genehmigung⁶⁴ eine solche Anlage, dann sind §§ 100 Abs. 3 EEG 2014, 102 Nr. 3 EEG 2014 auch dann anzuwenden, wenn ursprünglich eine kleinere Anlage geplant war.
- 55 Zu differenzieren ist in dem folgendem Fall: Ist 2013 ein Windpark mit 15 Windkraftanlagen zu je 2,5 MW immissionsschutzrechtlich genehmigt worden und wird nach dem 22. Januar 2014 durch eine Änderungsgenehmigung (§§ 15, 16 BImSchG) gestattet, weitere 5 Anlagen zu errichten und zu betreiben, so gilt – wenn der gesamte Windpark zwischen dem 1. August und dem 31. Dezember 2014 in Betrieb genommen wird – hinsichtlich der 15 ursprünglich genehmigten Windkraftanlagen die Vertrauensschutzregelung, hinsichtlich der nachträglich genehmigten 5 Anlagen jedoch nicht. Denn dann ist das vom Vertrauensschutz umfasste Vorhaben – 15 Windkraft-

⁶³BT-Drs. 18/1304, S. 201 (zum Inkrafttreten): „Damit sollen auch sogenannte Vorzieheffekte verhindert werden, d.h. nach Möglichkeit sollen nach Verabschiedung der Eckpunkte für die EEG-Novelle neu geplante Projekte und Projekte, die sich zu diesem Zeitpunkt noch in einem frühen Stadium der Planungen befanden, unter das neue Recht fallen. Um gleichzeitig das Vertrauen bei weit fortgeschrittenen Planungen zu schützen, sind Regeln zum Schutz dieses Vertrauens in den Übergangsregelungen vorgesehen (siehe oben).“ – Ähnlich die Begründung zu den Übergangsbestimmungen BT-Drs. 18/1304, S. 179 f. und 182.

⁶⁴Vgl. § 16 Abs. 5 BImSchG.

anlagen – realisiert worden. Es wäre mit Sinn und Zweck der Vertrauensschutzregelungen nicht zu vereinbaren, 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.

4 Einzelne Zulassungen

4.1 Baugenehmigung

- 56 Bei Baugenehmigungen, in denen die Zulässigkeit eines Vorhabens (auch) nach § 29 i. V. m. §§ 30 bis 37 BauGB⁶⁵ festgestellt wird, handelt es sich nicht um Zulassungen nach einer bundesrechtlichen Norm.⁶⁶ Zwar enthält das BauGB Anforderungen, die bei der Erteilung der Baugenehmigung zu beachten sind; insbesondere bei der baurechtlichen Genehmigung von Biogasanlagen im Außenbereich kommt es nicht zuletzt auf die bauplanungsrechtlichen Zulassungserfordernisse des § 36 BauGB an.⁶⁷ Die Baugenehmigung wird aber auf Grundlage und unter den weiteren bauordnungsrechtlichen Voraussetzungen der jeweiligen Landesbauordnung erteilt. Die bundesrechtlichen Normen der §§ 29 bis 38 BauGB sind mithin im Genehmigungsverfahren zu prüfen,⁶⁸ sie regeln aber nicht abschließend, ob ein Bauvorhaben genehmigungsfähig ist oder nicht.⁶⁹ Die Baugenehmigung selbst ergeht daher in diesen Fällen aufgrund von Landesrecht.⁷⁰

⁶⁵Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung v. 23.09.2004 (BGBl. I S. 2414), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 20.11.2014 (BGBl. I S. 1748), nachfolgend bezeichnet als BauGB.

⁶⁶Ebenso: VfW, Stellungnahme S. 3, BMWi, Stellungnahme S. 4, BDEW, Stellungnahme S. 4 ff.; im Ergebnis anderer Ansicht: Fachverband Biogas, Stellungnahme S. 2, 6 f., BRM, Stellungnahme S. 3, alle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2014/27>.

⁶⁷Hierzu Fachverband Biogas, Stellungnahme S. 2, 5 ff., abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2014/27>.

⁶⁸Vgl. § 64 Satz 1 Nr. 1 Musterbauordnung – MBO, Fassung November 2002, zuletzt geändert durch Beschluss der Bauministerkonferenz v. 21.09.2012, abrufbar unter <http://www.bauministerkonferenz.de/> → Öffentlicher Bereich → Mustervorschriften / Mustererlasse → Bauaufsicht / Bautechnik, zuletzt abgerufen am 13.03.2015.

⁶⁹Vgl. § 59 Abs. 1 MBO.

⁷⁰Ebenso BMWi, Stellungnahme, S. 4 f., abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2014/27>.

- 57 Es liegt bei einer Baugenehmigung auch dann keine bundesrechtliche Zulassung vor, wenn bestimmte Anlagen bundesweit einheitlich einer Baugenehmigung bedürfen.⁷¹ Zwar würde es in diesem Fall nicht dazu kommen, dass die Vertrauensschutzregelungen von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich anzuwenden sind.⁷² Es läge aber gleichwohl keine vom Gesetz verlangte Zulassung nach Bundesrecht vor. Zudem würde sich die Frage stellen, wie genau die bundesweite Einheitlichkeit der Genehmigungspflicht nachzuweisen wäre, da eine positive Feststellung der baurechtlichen Genehmigungspflicht für ein konkretes Vorhaben stets nur in dem jeweiligen Bundesland getroffen werden kann, für alle anderen Landesbauordnungen hingegen die Genehmigungspflicht nur hypothetisch geprüft werden könnte.
- 58 Die Genehmigung eines Flächennutzungsplanes oder eines Bebauungsplanes durch die höhere Verwaltungsbehörde (§§ 6 Abs. 1, 10 Abs. 2 BauGB) sind ebenfalls keine bundesrechtlichen Zulassungen für den Betrieb der Anlage. Denn die Bauleitplanung dient allein dazu, „die bauliche und sonstige Nutzung der Grundstücke in der Gemeinde ... vorzubereiten und zu leiten.“⁷³ Eine Zulassungsentscheidung für ein konkretes Vorhaben ist damit nicht verbunden.⁷⁴
- 59 Auch vorhabenbezogene oder qualifizierte Bebauungspläne (§§ 12, 30 Abs. 2 bzw. § 30 Abs. 1 BauGB) enthalten keine bundesrechtliche Zulassung für den Betrieb.⁷⁵ Zwar sehen einzelne Landesbauordnungen vor, dass unter weiteren Voraussetzungen Bauvorhaben keiner Genehmigung bedürfen, wenn sie sich im Geltungsbereich eines solchen Bebauungsplans befinden.⁷⁶ Daraus folgt indes nicht, dass damit die Zulassung durch den Bebauungsplan und damit ggf. mittelbar aufgrund der bundesrechtlichen Regelungen in §§ 12 und 30 BauGB erfolgt. Denn die landesrechtliche Genehmigungsfreistellung hat zum einen zur Folge, dass es gerade an einer anlagenbezogenen Zulassungsentscheidung fehlt; zum anderen fehlt es erst recht an einer bundesrechtlich geregelten Zulassung, wenn aufgrund von Landesrecht keine Zulassung zu erteilen ist. Andernfalls würden Vorhaben, die allein aufgrund von Landes-

⁷¹Vgl. *BMWi*, Stellungnahme, S. 5 f., abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2014/27>, wonach eine andere Auslegung „vertretbar“ sei.

⁷²Zu diesem Gesetzeszweck *VfW*, Stellungnahme S. 2 f., abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2014/27>.

⁷³§ 1 Abs. 1 BauGB, Auslassung nicht im Original.

⁷⁴Vgl. zur Rechtsnatur der Genehmigung des Bebauungsplans *Jäde*, in: *Jäde/Dirnberger/Weiß* (Hrsg.), *Baugesetzbuch Baunutzungsverordnung Kommentar*, 7. Aufl. 2013, § 10 Rn. 10.

⁷⁵Anderer Ansicht: *Fachverband Biogas*, Stellungnahme S. 6, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2014/27>.

⁷⁶Vgl. § 62 Abs. 2 Nr. 1 MBO.

recht zugelassen worden sind, schlechter gestellt, als Vorhaben, die landesrechtlich nicht einmal einer Zulassung bedürfen.

- 60 Ob es aus rechtspolitischen oder verfassungsrechtlichen Erwägungen geboten ist, auch baurechtlich genehmigten Vorhaben Vertrauensschutz zu gewähren,⁷⁷ ist von der Clearingstelle EEG nicht zu klären, weil der gesetzliche Auftrag der Clearingstelle EEG auf die Klärung von Anwendungsfragen des EEG begrenzt ist.

4.2 Wasserrecht

61 Wasserkraftanlagen, die über

1. eine Erlaubnis oder Bewilligung oder ein altes Wasserrecht zur Gewässerbenutzung nach §§ 8, 10 oder 20 WHG⁷⁸ und eine wasserbauliche Erlaubnis nach § 36 WHG
2. oder einen Planfeststellungsbeschluss i. S. v. § 19 Abs. 1 oder § 68 WHG oder eine den Planfeststellungsbeschluss ersetzende Plangenehmigung⁷⁹
3. oder einen die Benutzung des Gewässers zulassenden bergrechtlichen Betriebsplan (§ 19 Abs. 2 WHG)

verfügen, sind nach einer Bestimmung des Bundesrechts zugelassen. Denn es handelt sich beim WHG um ein Bundesgesetz, das sowohl die Zulassungspflicht als auch die wesentlichen Zulassungsvoraussetzungen für Wasserkraftanlagen regelt.⁸⁰ Dies ergibt sich bereits aus der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für das Wasserhaushaltsrecht in Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG; vom anlagenbezogenen Wasserhaushaltsrecht können die Bundesländer zudem gemäß Art. 72 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 GG nicht abweichen.

⁷⁷So *BRM*, Stellungnahme S. 2 f., *Fachverband Biogas*, Stellungnahme S. 7, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2014/27>.

⁷⁸Wasserhaushaltsgesetz v. 31.07.2009 (BGBl. I S. 2585), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes v. 15.11.2014 (BGBl. I S. 1724), nachfolgend bezeichnet als WHG, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/node/761>.

⁷⁹Vgl. *Czychowski/Reinhardt*, WHG Kommentar, 11. Aufl. 2014, § 19 Rn. 12.

⁸⁰Ebenso *BDW*, Stellungnahme S. 1 f.; *BDEW*, Stellungnahme S. 6 ff., *Fachverband Biogas*, Stellungnahme S. 7 f., *VfW*, Stellungnahme S. 4, *AWK BW*, Stellungnahme S. 1, alle abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2014/27>.

- 62 Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass § 36 Satz 3 WHG „im Übrigen“ landesrechtliche Regelungen zulässt. Denn dabei handelt es sich – auch wenn das wasserrechtliche Anlagenrecht de facto weiter eine „Domäne“ der Landeswassergesetze bleibt⁸¹ – um landesrechtliche Konkretisierungen und Ausformungen des bundesrechtlichen Regelungsregimes, die an der im GG vorgesehenen Kompetenzverteilung nichts ändern.
- 63 Nicht ausreichend ist, wenn vor dem 23. Januar 2014 lediglich die wasserrechtliche Benutzung zugelassen worden ist, es aber an einer wasserbaulichen Genehmigung fehlt. Denn die Erlaubnis, Bewilligung oder das alte Wasserrecht beziehen sich lediglich auf die Benutzung des *Gewässers*, sie gestatten jedoch für sich genommen weder die Errichtung noch den Betrieb einer das Gewässer nutzenden *Anlage*.⁸²
- 64 Zu beachten ist, dass § 100 Abs. 3 EEG 2014 nur für Neuanlagen, nicht aber für die Ertüchtigung bestehender Wasserkraftanlagen gilt.⁸³ Für Bestandsanlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, regelt § 100 Abs. 1 Nr. 7 EEG 2014, dass für die Inanspruchnahme einer Vergütung nach EEG 2012 die Ertüchtigung im Sinne von § 23 Abs. 2 EEG 2012 vor dem 1. August 2014 abgeschlossen worden sein muss.

4.3 Bergrecht

- 65 Grubengas-, Geothermie- und Wasserkraftanlagen, die über einen zugelassenen bergrechtlichen Betriebsplan (vgl. §§ 51 Abs. 1, 52 Abs. 1 BBergG⁸⁴, 19 Abs. 2 WHG⁸⁵) verfügen, sind i. S. v. §§ 100 Abs. 3, 102 Nr. 3 EEG 2014 nach einer Bestimmung des Bundesrechts für den Betrieb zugelassen.
- 66 Beim BBergG handelt es sich um Bundesrecht. Der Bund hat im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung gemäß Art. 72 Abs. 2 i. V. m. Art. 74 Abs. 1 Ziffer 11 GG von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht. Dem steht auch nicht die Zuständigkeitenregelung des § 142 BBergG entgegen. Sofern eine Landesbehörde

⁸¹So *Czychowski/Reinhardt*, WHG Kommentar, 11. Aufl. 2014, § 36 Rn. 2.

⁸²BDW, Stellungnahme S. 1 f., abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2014/27>. – Dem steht nicht entgegen, dass in der Praxis wasserrechtliche Zulassungen und wasserbauliche Genehmigungen gleichzeitig erteilt werden.

⁸³So auch *BMWi*, Stellungnahme S. 4, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2014/27>.

⁸⁴Bundesberggesetz v. 13.08.1980 (BGBl. I S. 1310), zuletzt geändert durch Art. 4 Abs. 71 des Gesetzes v. 07.08.2013 (BGBl. I S. 3154), nachfolgend bezeichnet als BBergG.

⁸⁵Vgl. hierzu Abschnitt 4.2.

die bergrechtlichen Vorschriften vollzieht, handelt es sich dabei um eine Verwaltung in eigenen Angelegenheiten.⁸⁶ Dies bedeutet lediglich, dass die Länder eigene Behörden und Einrichtungen mit dem entsprechenden Personal zur Verfügung stellen.

67 Das Aufsuchen und Gewinnen von bergfreien Bodenschätzen – wie Grubengas und Erdwärme⁸⁷ – setzt die Erteilung einer Bergbauberechtigung und die Genehmigung eines Betriebsplans voraus. Die **Bergbauberechtigung** erlaubt dem Inhaber exklusiv das Aufsuchen und Gewinnen für ein bestimmtes Konzessionsgebiet (näher Rn. 68 f.). Das **Betriebsplanverfahren** ist als Anlagenzulassungsverfahren ausgestaltet⁸⁸ und berechtigt zur konkreten Durchführung des Vorhabens, wobei zwischen Rahmenbetriebsplänen, Hauptbetriebsplänen (wie z. B. Aufsuchungsbetriebsplänen), Sonderbetriebsplänen und Abschlussbetriebsplänen zu unterscheiden ist (näher Rn. 70 f.).

68 „**Bergbauberechtigung**“ ist der Oberbegriff für

- die Erlaubnis zum Aufsuchen bergfreier Bodenschätze gemäß § 7 BBergG,
- die Bewilligung zur Gewinnung der Bodenschätze gemäß § 8 BBergG und
- das Bergwerkseigentum gemäß § 9 BBergG.

69 Zunächst ist die Aufsuchungserlaubnis zu beantragen. Sie berechtigt insbesondere zu geophysikalischen Untersuchungen des Erdkörpers, soweit damit Kenntnisse über den Bodenschatz erlangt werden, der Gegenstand der Aufsuchungsberechtigung ist.⁸⁹ Zur Informationsbeschaffung kann der Inhaber der Erlaubnis bspw. Oberflächenmessungen des Erdkörpers vornehmen. Die für den Abbau des bergfreien Bodenschatzes erforderliche Tiefenbohrung ist damit noch nicht erlaubt. Die Bewilligung gemäß § 8 BBergG gewährt das „ausschließliche“ Recht, bergfreie Bodenschätze zu gewinnen, das Eigentum daran zu erwerben oder bergrechtliche Betriebsanlagen und Betriebseinrichtungen zu errichten und zu betreiben. Das heißt, die Bewilligung enthält noch keine anlagenbezogene Zulassung, sondern lediglich die Zuweisung des Gewinnungsrechts an eine bestimmte Person. Gleiches gilt im Kern auch für das Bergwerkseigentum.

⁸⁶So auch BDEW, Stellungnahme S. 10, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/empfv/2014/27>.

⁸⁷Grubengas und Erdwärme sind bergfreie Bodenschätze gemäß § 3 Abs. 3 Satz 1 und Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 lit. b) BBergG.

⁸⁸Frenz, RdE 2015, 55, 58.

⁸⁹Wöhrheide, Die Bergbauberechtigungen nach dem Bundesberggesetz, 2014, S. 285.

- 70 Wenn von dem geplanten Abbauvorhaben bestimmte Umweltauswirkungen⁹⁰ ausgehen und aus diesem Grund eine Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich wird, ist von dem Inhaber der Bergbauberechtigung anschließend ein **obligatorischer Rahmenbetriebsplan** gemäß § 52 Abs. 2a BBergG zu erstellen.⁹¹ Er enthält allgemeine Angaben über das beabsichtigte Vorhaben, dessen technische Durchführung und den voraussichtlichen zeitlichen Ablauf. Der obligatorische Rahmenbetriebsplan wird in einem Planfeststellungsverfahren erteilt (§ 57a BBergG).⁹²
- 71 Anschließend ist ein regelmäßig auf zwei Jahre befristeter **(Haupt-)Betriebsplan** aufzustellen. Dieser muss von der zuständigen Bergbaubehörde genehmigt werden, wenn keine Versagungsgründe gemäß § 55 BBergG vorliegen. Für die Errichtung und Führung eines Betriebes ist gemäß § 52 Abs. 1 Satz 1 BBergG ein Betriebsplan notwendig. Der Betriebsplan muss detaillierte Angaben zur betrieblichen und technischen Durchführung der konkreten bergbaulichen Tätigkeit enthalten. In der Praxis wird dabei zwischen dem „Aufsuchungsbetriebsplan“⁹³ und dem „Gewinnungsbetriebsplan“⁹⁴ unterschieden, wobei das BBergG diese rechtlich gleichstellt (vgl. § 51 Abs. 1 BBergG).
- 72 Die Bergbauberechtigung stellt keine für den Betrieb der Anlage erforderliche Zulassung nach Bundesrecht dar.⁹⁵ Denn sie gewährt ihrem Inhaber nur ein abstraktes Nutzungsrecht am Erdkörper und ist keine Zulassung der *Anlage*. Die konkrete Ausübung dieses Nutzungsrechts steht unter dem Vorbehalt des Betriebsplanverfahrens.⁹⁶
- 73 Ein Betriebsplan ist hingegen immer dann eine Zulassung im Sinne der Übergangsbestimmungen, wenn der Betriebsplan den Betrieb der Anlage gestattet. Maßgeblich ist, ob der Betriebsplan die betrieblich-technische Basis für die konkrete bergbauliche

⁹⁰Ob es einer Umweltverträglichkeitsprüfung bedarf, ist anhand der Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung bergbaulicher Vorhaben, abrufbar unter <http://www.gesetze-im-internet.de/wvpbergbv/>, zuletzt abgerufen am 14.04.2015, zu entscheiden; vgl. z. B. § 1 Nr. 8 V-UVp Bergbau bei der Gewinnung von Erdwärme.

⁹¹Bei nicht UVP-pflichtigen Vorhaben ist der Rahmenbetriebsplan fakultativ, § 52 Abs. 2 Nr. 1 BBergG.

⁹²Das Planfeststellungsverfahren wird von der zuständigen Bergbaubehörde durchgeführt. Grundsätzlich sind keine weiteren Genehmigungen anderer Fachbehörden erforderlich (§ 52 Abs. 2a BBergG i. V. m. §§ 72 Abs. 1 Satz 1, 75 Abs. 1, Satz 1 HS. 2 VwVfG), so dass die zuständige Bergbehörde in einem Verfahren alle einschlägigen Genehmigungen, Erlaubnisse usw. selbst erteilt („Konzentrationswirkung“). Näher *Kloepfer*, Umweltrecht, 2. Aufl. 1998, § 10 Rn. 105.

⁹³Auch „Hauptbetriebsplan Aufsuchung“ genannt.

⁹⁴Auch „Hauptbetriebsplan Gewinnung“ genannt.

⁹⁵Andere Ansicht: *BRM*, Stellungnahme S. 4 und *VfW*, Stellungnahme S. 4, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfu/2014/27> – Beide Stellungnahmen führen aus, dass es sich

Tätigkeit und den Anlagenbetrieb im Einzelnen regelt. Dies ist in der Regel bei einem „Hauptbetriebsplan Aufsuchung“ oder einem „Hauptbetriebsplan Gewinnung“ der Fall. Der „Hauptbetriebsplan Aufsuchung“ stellt die erste wesentliche anlagenbezogene Genehmigung dar, die der Tiefenbohrung vorangeht.⁹⁷

- 74 Bei Geothermieanlagen ist zu beachten, dass § 102 Nr. 2 EEG 2014 eine spezielle Regelung für den Übergang zur verpflichtenden Ausschreibung trifft. Darin ist geregelt, dass ein Anspruch auf Förderung nach § 19 Abs. 1 EEG 2014 ohne Erteilung einer im Ausschreibungsverfahren erteilten Förderberechtigung noch für diejenigen Anlagenbetreiberinnen und -betreiber besteht, die vor dem 1. Januar 2017 erstmals über eine Zulassung zur Aufsuchung gemäß § 51 Abs. 1 BBergG (Betriebsplan) verfügen und deren Anlagen vor dem 1. Januar 2021 in Betrieb genommen worden sind.

4.4 Seeanlagenrecht

- 75 Der Planfeststellungsbeschluss nach der SeeAnlV⁹⁸, welcher für die Errichtung eines Offshore-Windparks innerhalb der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ) erforderlich ist, stellt eine für den Betrieb der Anlage erforderliche Zulassung nach Bundesrecht dar.
- 76 Denn durch die Planfeststellung⁹⁹ wird die Zulässigkeit des Vorhabens – und dabei sowohl die Errichtung als auch der Betrieb¹⁰⁰ der Windkraftanlagen – im Hinblick auf alle von ihm berührten öffentlichen Belange festgestellt. Daneben sind keine anderen behördlichen Entscheidungen mehr erforderlich.¹⁰¹

beim BBergG um Bundesrecht handelt. Auf die Frage, ob Bergbauberechtigungen den Betrieb einer EEG-Anlage zulassen, gehen die Stellungnahmen jedoch nicht näher ein.

⁹⁶ *Wöhrheide*, Die Bergbauberechtigungen nach dem Bundesberggesetz, 2014, S. 349.

⁹⁷ So auch Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie (9. Ausschuss), BT-Drs. 18/1891, S. 221 zu § 102 Nr. 2 EEG 2014.

⁹⁸ Seeanlagenverordnung v. 23.01.1997 (BGBl. I S. 57), zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung v. 29.08.2013 (BAnz. 2013 AT 30.08.2013 V1), nachfolgend bezeichnet als SeeAnlV, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/SeeAnlV>.

⁹⁹ Nicht Gegenstand dieser Empfehlung ist, ob vorläufige Teilentscheidungen oder Teilgenehmigungen Zulassungen i. S. d. der verfahrensgegenständlichen Vorschriften sind; vgl. hierzu Rn. 19.

¹⁰⁰ Vgl. § 2 Abs. 1 SeeAnlV.

¹⁰¹ *Lorenz/Zabel*, NordÖR 2012, 263 f.; *Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie*, „Planfeststellungsverfahren für Offshore Windparks nach SeeAnlV“, abrufbar unter <http://www.bsh.de/de/Meeresnutzung/Wirtschaft/Windparks/Gverfahren.jsp>, zuletzt abgerufen am 27.03.2015.

- 77 Die SeeAnIV zählt zum Bundesrecht, da sie auf Grundlage des bundesrechtlichen SeeAufgG¹⁰² ergangen ist (§ 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Buchstabe a), Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 i. V. m. § 1 Nr. 10 Buchstabe a) SeeAufgG).
- 78 Für Windenergieanlagen auf See trifft § 102 Nr. 1 EEG 2014 eine spezielle Regelung. Darin ist geregelt, dass ein Anspruch auf Förderung nach § 19 Abs. 1 EEG 2014 ohne Erteilung einer im Ausschreibungsverfahren erteilten Förderberechtigung noch für diejenigen Anlagenbetreiberinnen und -betreiber besteht, die vor dem 1. Januar 2017 eine unbedingte Kapazitätszuweisung nach § 17d Abs. 3 EnWG 2011 durch die BNetzA erhalten haben und deren Anlagen vor dem 1. Januar 2021 in Betrieb genommen worden sind. Diese Zuteilung erfolgt erst nach der Planfeststellung.¹⁰³ Eine bundesrechtliche Zulassung ist damit abweichend von § 102 Nr. 3 EEG 2014 nicht hinreichend.

4.5 UVPG

- 79 Keine Zulassung im Sinne der §§ 100 Abs. 3, 102 Nr. 3 EEG 2014 ist die Prüfung der Umweltverträglichkeit nach dem UVPG¹⁰⁴. Denn die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) und die Strategische Umweltprüfung (SUP) sind unselbstständige Teile eines Genehmigungsverfahrens (§ 2 Abs. 1 Satz 1 UVPG), die allein dazu dienen, die Umweltauswirkungen von bestimmten Vorhaben, Plänen oder Programmen zu *bewerten* (§§ 1 Nr. 1, 12, 14k Abs. 1 UVPG), nicht aber dazu, die Vorhaben *zuzulassen*.

4.6 BNatSchG

- 80 Das zum Bundesrecht zählende BNatSchG¹⁰⁵ sieht verschiedene Genehmigungen vor, bspw. beim Eingriff in Natur und Landschaft (§§ 14, 15 BNatSchG, sog. Eingriffsregelung).
- 81 Sofern ein mit der Errichtung und dem Betrieb der Anlage verbundener „Eingriff in Natur und Landschaft“ (§§ 14, 15 BNatSchG) einer Genehmigung oder Zulassung

¹⁰²Gesetz über die Aufgaben des Bundes auf dem Gebiet der Seeschifffahrt v. 24.05.1965 (BGBl. II S. 833), neugefasst durch Bek. v. 26.07.2002 (BGBl. I S. 2876), zuletzt geändert durch Gesetz v. 19.10.2013 (BGBl. I S. 3836), nachfolgend bezeichnet als SeeAufgG.

¹⁰³So VfW, Stellungnahme S. 4, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfu/2014/27>.

¹⁰⁴Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung in der Fassung der Bekanntmachung v. 24.02.2010 (BGBl. I S. 94), zuletzt geändert durch Art. 10 des Gesetzes v. 25.07.2013 (BGBl. I S. 2749), nachfolgend bezeichnet als UVPG.

¹⁰⁵Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz – BNatSchG) v. 29.07.2009 (BGBl. I S. 2542), zuletzt geändert durch Art. 4 Abs. 100 des Gesetzes v. 07.08.2013 (BGBl. I S. 3154).

nach einer anderen Rechtsvorschrift bedarf, wird die Eingriffsregelung im Rahmen dieses anderen Zulassungsverfahrens geprüft. Hingegen ist eine eigenständige Genehmigung und ein Genehmigungsverfahren bei der Naturschutzbehörde erforderlich, wenn der Eingriff keiner anderen behördlichen Zulassung oder Anzeige bedarf (§ 17 Abs. 3 BNatSchG, sog. „eigenständiges Zulassungsverfahren“¹⁰⁶).

- 82 In den Fällen, in denen das BNatSchG eine *selbstständige* Genehmigung erfordert, liegt eine „Zulassung für den Anlagenbetrieb“ im Sinne des EEG 2014 vor, wenn sich die Genehmigung nicht nur auf die Errichtung, sondern auch auf den Betrieb der Anlage bezieht (s. Abschnitt 3.2.2).

4.7 Zusammenfassung für einzelne Erzeugungsarten

4.7.1 Wasserkraft

- 83 Zulassungen i. S. d. verfahrensgegenständlichen Übergangsregelungen des EEG 2014 sind:

- Erlaubnisse oder Bewilligungen oder alte Wasserrechte zur Gewässerbenutzung nach §§ 8, 10 oder 20 WHG *in Verbindung mit* einer wasserbaulichen Erlaubnis nach § 36 WHG
- Planfeststellungsbeschlüsse i. S. v. § 19 Abs. 1 oder § 68 WHG
- bergrechtliche Betriebspläne nach § 19 Abs. 2 WHG.¹⁰⁷

- 84 **Keine** Zulassungen sind:

- Bergbauberechtigungen nach BBergG¹⁰⁸
- UVP und SUP nach UVPG¹⁰⁹
- Baugenehmigungen.¹¹⁰

¹⁰⁶Niedersächsischer Landesbetrieb für Wasserwirtschaft, Küsten- und Naturschutz – NLWKN, Die Eingriffsregelung nach dem neuen Bundesnaturschutzgesetz, abrufbar unter http://www.nlwkn.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation_id=8057&article_id=42496&psmand=26, zuletzt abgerufen am 14.04.2015.

¹⁰⁷Siehe Abschnitt 4.2, vgl. auch BDW, Stellungnahme S. 1, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2014/27>.

¹⁰⁸Vgl. Rn 68.

¹⁰⁹Vgl. Abschnitt 4.5.

¹¹⁰Vgl. Abschnitt 4.1.

4.7.2 Grubengas

85 Betriebspläne nach BBergG, die Anlagenbezug aufweisen, bspw. der „Hauptbetriebsplan Aufsuchung“ und der „Hauptbetriebsplan Gewinnung“ (§§ 51 Abs. 1, 52 Abs. 1 BBergG) sind Zulassungen i. S. d. verfahrensgegenständlichen Übergangsregelungen des EEG 2014.¹¹¹

86 **Keine** Zulassungen sind:

- Bergbauberechtigungen nach BBergG¹¹²
- Betriebspläne nach BBergG, die *keinen* Anlagenbezug aufweisen¹¹³
- UVP und SUP nach UVPG¹¹⁴
- Baugenehmigungen.¹¹⁵

4.7.3 Biomasse

87 **Keine** Zulassungen sind:

- UVP und SUP nach UVPG¹¹⁶
- Baugenehmigungen¹¹⁷
- vorhabenbezogene oder qualifizierte Bebauungspläne (§§ 12, 30 Abs. 2 bzw. 30 Abs. 1 BauGB).¹¹⁸

4.7.4 Geothermie

88 Zulassungen i. S. d. verfahrensgegenständlichen Übergangsregelungen des EEG 2014 sind:

¹¹¹Vgl. Rn. 65 ff.

¹¹²Vgl. Rn. 68.

¹¹³Vgl. Rn. 70.

¹¹⁴Vgl. Abschnitt 4.5.

¹¹⁵Vgl. Abschnitt 4.1.

¹¹⁶Vgl. Abschnitt 4.5.

¹¹⁷Vgl. Abschnitt 4.1.

¹¹⁸Vgl. Rn. 59.

- Erlaubnisse oder Bewilligungen oder alte Wasserrechte zur Gewässerbenutzung nach §§ 8, 10 oder 20 WHG *und* wasserbauliche Erlaubnisse nach § 36 WHG
- oder Planfeststellungsbeschlüsse i. S. v. § 19 Abs. 1 oder § 68 WHG oder den Planfeststellungsbeschluss ersetzende Plangenehmigungen
- oder Betriebspläne nach BBergG, die Anlagenbezug aufweisen, §§ 51 Abs. 1, 52 Abs. 1 BBergG, 19 Abs. 2 WHG.¹¹⁹

89 **Keine** Zulassungen sind:

- Bergbauberechtigungen nach BBergG¹²⁰
- Betriebspläne nach BBergG, die *keinen* Anlagenbezug aufweisen¹²¹
- UVP und SUP nach UVPG¹²²
- Baugenehmigungen.¹²³

4.7.5 Windenergie an Land

90 **Keine** Zulassungen sind:

- UVP und SUP nach UVPG¹²⁴
- Baugenehmigungen.¹²⁵

4.7.6 Windenergie auf See

91 Die Planfeststellung bzw. Plangenehmigung gemäß § 2 Abs. 1, 2 SeeAnlV i. V. m. §§ 72 bis 78 VwVfG ist eine Zulassung i. S. d. verfahrensgegenständlichen Übergangsregelungen des EEG 2014.¹²⁶

92 Hingegen **keine** Zulassungen sind die UVP und SUP nach UVPG.¹²⁷

¹¹⁹Vgl. Abschnitt 4.2 und Rn. 65.

¹²⁰Vgl. Rn. 68.

¹²¹Vgl. Rn. 70.

¹²²Vgl. Abschnitt 4.5.

¹²³Vgl. Abschnitt 4.1.

¹²⁴Vgl. Abschnitt 4.5.

¹²⁵Vgl. Abschnitt 4.1.

¹²⁶Vgl. Rn. 75.

4.7.7 Solare Strahlungsenergie

93 **Keine** Zulassungen sind:

- UVP und SUP nach UVPG¹²⁸
- Baugenehmigungen¹²⁹
- vorhabenbezogene oder qualifizierte Bebauungspläne (§§ 12, 30 Abs. 2 bzw. 30 Abs. 1 BauGB).¹³⁰

Beschluss

Die Empfehlung wurde mit einer Gegenstimme angenommen. Gemäß § 25 Nr. 1 VerFO ist das Verfahren mit Annahme der Empfehlung beendet.

Dr. Lovens

Richter

Dr. Winkler

Grobrügge

Weißborn

¹²⁷Vgl. Abschnitt 4.5; so auch BDEW, Stellungnahme S. 9, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfv/2014/27>.

¹²⁸Vgl. Abschnitt 4.5.

¹²⁹Vgl. Abschnitt 4.6.

¹³⁰Vgl. Rn. 59.