



# Ausschreibungen für Windenergieanlagen an Land

## Wissenswertes für Genehmigungsbehörden



# Ausschreibungen für Windenergieanlagen an Land

## Wissenswertes für Genehmigungsbehörden

Dr. Marike Endell | Jürgen Quentin

## Impressum

© FA Wind, April 2018  
(Stand: 28.06.2018)

### Herausgeber:

Fachagentur Windenergie an Land  
Fanny-Zobel-Straße 11 | 12435 Berlin

V.i.S.d.P.: Dr. Dirk Sudhaus

Die Fachagentur zur Förderung eines natur- und umweltverträglichen Ausbaus der Windenergie an Land e.V. ist ein gemeinnütziger Verein. Er ist eingetragen beim Amtsgericht Charlottenburg, VR 32573 B

### Autoren:

Dr. Marike Endell, Jürgen Quentin

### Zitiervorschlag:

Endell/Quentin, in: FA Wind, Ausschreibungen für Windenergieanlagen an Land – Wissenswertes für Genehmigungsbehörden, Berlin 2018

### Haftungsausschluss:

Die in dieser Broschüre enthaltenen Angaben und Informationen sind nach bestem Wissen erhoben, geprüft und zusammengestellt. Eine Haftung für unvollständige oder unrichtige Angaben, Informationen und Empfehlungen ist ausgeschlossen, sofern diese nicht grob fahrlässig oder vorsätzlich verbreitet wurden.

Gefördert durch:



Bundesministerium  
für Wirtschaft  
und Energie

aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages



# Inhalt

|  |    |
|--|----|
| Vorwort.....   | 3  |
| 1. Zielsetzung der Ausschreibung.....  | 4  |
| 2. Fördermöglichkeiten nach dem EEG 2017.....  | 4  |
| 2.1 Förderung nach erfolgreicher Teilnahme am Ausschreibungsverfahren.....   | 5  |
| 2.2 Förderung ohne Teilnahme am Ausschreibungsverfahren.....   | 5  |
| Fördermöglichkeiten nach dem EEG 2017 – das Wichtigste in Kürze.....   | 6  |
| 3. Grundzüge des Ausschreibungsverfahrens.....   | 6  |
| 3.1 Überblick über das reguläre Verfahren.....   | 6  |
| 3.1.1 Anforderungen an die Gebote.....   | 6  |
| 3.1.2 Immissionsschutzrechtliche Genehmigung bei regulärer Teilnahme.....  | 7  |
| 3.1.3 Verfahren der Zuschlagserteilung.....  | 8  |
| 3.1.4 Sonderregelungen im Netzausbaugebiet.....  | 9  |
| 3.1.5 Realisierungsfristen.....  | 10 |
| Überblick über das reguläre Verfahren – das Wichtigste in Kürze.....   | 10 |
| 3.2 Sonderregelungen für Bürgerenergiegesellschaften.....  | 11 |
| 3.2.1 Option im Jahr 2017: Gebote ohne immissionsschutzrechtliche Genehmigung und verlängerte Umsetzungsfristen..... | 12 |
| 3.2.2 Weitere Sonderregelungen bei Gebotsabgabe und Zuschlagserteilung.....  | 13 |
| 3.2.3 Beteiligung der Standortgemeinde und Haltefrist.....   | 14 |
| Sonderregelungen für Bürgerenergiegesellschaften – das Wichtigste in Kürze.....                                      | 14 |
| 4. Änderung der Genehmigung nach Zuschlagserteilung.....   | 14 |
| 4.1 Änderung einer bestehenden Genehmigung i.S.d. § 36f Abs. 2 EEG 2017.....   | 15 |
| 4.1.1 Divergierende Behördenpraxis und Rechtsprechung zu Änderungstatbeständen bei Windenergieanlagen.....           | 16 |
| 4.1.2 Eigenständiges, EEG-konformes Verständnis des Begriffs der »geänderten Genehmigung«? ..                        | 19 |
| Änderung einer bestehenden Genehmigung i.S.d. § 36f Abs. 2 EEG – das Wichtigste in Kürze.....                        | 19 |
| 4.2 Änderung der Genehmigung bei sogenannten Übergangsanlagen.....   | 20 |
| 4.2.1 Übergangsregelungen für vor 2017 genehmigte Anlagen.....   | 20 |
| 4.2.2 Hinweisbeschluss der Clearingstelle zu geänderten Übergangsanlagen.....  | 20 |
| Änderung der Genehmigung bei sogenannten Übergangsanlagen – das Wichtigste in Kürze.....                             | 21 |
| 5. Verlängerung der Realisierungsfrist für bezuschlagte Anlagen.....   | 22 |
| Verlängerung der Realisierungsfrist für bezuschlagte Anlagen – das Wichtigste in Kürze.....                          | 23 |
| 6. Informationspflichten der Genehmigungsbehörden.....   | 23 |
| Informationspflichten der Genehmigungsbehörden – das Wichtigste in Kürze.....  | 24 |

## Abbildungen

Abbildung 1: Geografischer Flächenzuschnitt des Netzausbaugebiets ..... 10

## Tabellen

Tabelle 1: Überblick über Gebotstermine, Leistungsvolumina und Meldefristen der Ausschreibungen in den Jahren 2018 bis 2020 ..... 8

Tabelle 2: Verlängerte Realisierungsfristen für im Jahr 2017 bezuschlagte Gebote von Bürgerenergiegesellschaften. .... 13

Tabelle 3: Rechtsprechungsübersicht zu Änderungsstatbeständen bei Windenergieanlagen ..... 17

## Vorwort

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,  
mit der am 1. Januar 2017 in Kraft getretenen Novellierung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG 2017)<sup>1</sup> ist der bislang gewährte Anspruch auf staatlich festgelegte Fördersätze abgeschafft worden. Stattdessen wird der Zahlungsanspruch auf die Marktprämie in wettbewerblichen Ausschreibungen ermittelt. Der in Erneuerbare-Energien-Anlagen erzeugte Strom wird grundsätzlich nur noch dann gefördert, wenn die Betreiber dieser Anlagen erfolgreich an einer Ausschreibung teilgenommen haben.

Auf die Genehmigungsbehörden wirkt sich dieser grundlegende Systemwechsel nicht unmittelbar aus. Gleichwohl ist die Arbeit der Behörden im Rahmen des Ausschreibungsmodells von ganz entscheidender Bedeutung, da die immissionsschutzrechtliche Genehmigung grundsätzliche Voraussetzung für die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren ist. Ohne eine entsprechende Genehmigung kann ein Projektierer im Regelfall nicht am Ausschreibungsverfahren teilnehmen und entsprechend auch keinen Zahlungsanspruch ersteigern.

Eine Ausnahme galt bislang für sogenannte Bürgerenergiegesellschaften. Um für diese das Zuschlagsrisiko nach einem langen und kostenintensiven Zulassungsverfahren zu schmälern, durften sie ohne eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung am Ausschreibungsverfahren teilnehmen. Im Falle eines Zuschlags müssen sie allerdings innerhalb von 54 Monaten eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung

vorweisen und die Windenergieanlage(n) in Betrieb setzen – andernfalls entfällt der Zuschlag und Strafzahlungen werden fällig. Auch hier sind die Projektierer also maßgeblich auf die Arbeit der Genehmigungsbehörden angewiesen. Für die ersten beiden Ausschreibungsrunden im Jahr 2018 ist diese Sonderregelung allerdings außer Kraft gesetzt; über eine weitere Aussetzung bis Mitte 2019 entscheidet der Bundestag in Kürze.

Zuletzt kommt auch den in der Praxis häufig vorkommenden Genehmigungsänderungen eine herausragende Bedeutung zu: Gehen die Änderungen über ein bestimmtes Maß hinaus, verliert der Projektierer seinen Zahlungsanspruch. Auch hier gilt es also, die Regelungen des EEG 2017 im Auge zu behalten.

Die Fachagentur Windenergie an Land möchte mit diesem Hintergrundpapier speziell Genehmigungsbehörden einen Einblick in das Ausschreibungsregime ermöglichen. Die Publikation soll dazu beitragen, das Verständnis der Behörden für das Ausschreibungsverfahren zu stärken und die Bedeutung ihrer Arbeit im Rahmen dieses Systems verdeutlichen. Bei Fragestellungen soll das vorliegende Papier außerdem als verständliches Nachschlagewerk dienen.

Unser besonderer Dank richtet sich an Frau Monika Agatz, die uns mit kompetentem Rat und sachdienlichen Hinweisen bei der Erstellung dieser Publikation unterstützt hat.

Ich wünsche Ihnen eine informative Lektüre!

Ihr



Dr. Dirk Sudhaus

Geschäftsführer  
der Fachagentur Windenergie an Land

<sup>1</sup> Gesetz zur Einführung von Ausschreibungen für Strom aus erneuerbaren Energien und weiteren Änderungen des

Rechts der erneuerbaren Energien vom 13. Oktober 2016 (BGBl. I S. 2258).

## 1. Zielsetzung der Ausschreibung

Durch die Einführung von Ausschreibungen will der Gesetzgeber in erster Linie mehr **Marktnähe** und **Wettbewerb** in das Fördersystem für erneuerbare Energien bringen. Der in Erneuerbare-Energien-Anlagen erzeugte Strom soll nur noch in der Höhe vergütet werden, die für einen wirtschaftlichen Betrieb erforderlich ist.<sup>2</sup>

Gleichzeitig soll das Ausschreibungsdesign sicherstellen, dass die im EEG 2017 festgelegten **Ausbauziele eingehalten** werden. Danach sollen bis zum Jahr 2025 40 bis 45 Prozent, bis zum Jahr 2035 55 bis 60 Prozent und bis zum Jahr 2050 mindestens 80 Prozent des nationalen Bruttostromverbrauchs aus erneuerbaren Energiequellen stammen. Während in den vergangenen Jahren die Ausbauziele weit überschritten wurden,<sup>3</sup> begrenzt das EEG 2017 den Ausbau durch das klar definierte Ausschreibungsvolumen: Pro Jahr werden maximal Anlagen mit einer Gesamtleistung von 2.800 Megawatt (MW) und ab 2020 höchstens 2.900 MW bezuschlagt. Weitere Anlagen können zwar errichtet werden, erhalten aber keine Förderung nach dem EEG.

Neben der Begrenzung des Zubaus will das EEG 2017 den **Ausbau und die Systemintegration** besser **synchronisieren**. Im Netz-

ausbaubereich, das weite Teile Norddeutschlands umfasst, ist das Zuschlagsvolumen begrenzt, bis die Übertragungsnetze für einen weiteren Zubau ertüchtigt bzw. ausgebaut worden sind.

Mit der Einführung von Ausschreibungen zur Ermittlung des Zahlungsanspruchs für Strom aus erneuerbaren Energien kommt die Bundesregierung nicht zuletzt **europäischen Vorgaben** nach. Die EU-Kommission hat in ihren Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen festgelegt, dass die Förderung der erneuerbaren Energien ab dem 1. Januar 2017 im Regelfall durch Ausschreibungen zu ermitteln ist.<sup>4</sup> Am 20. Dezember 2016 genehmigte die Kommission das novellierte EEG beihilferechtlich.

Ein weiterer Leitgedanke, der das Ausschreibungsdesign prägt, ist die **Akteursvielfalt**. Im Rahmen der Ausschreibungen sollen alle Akteure – und das gilt insbesondere auch für Bürgerenergiegesellschaften – eine Chance auf einen Zuschlag haben. Gerade kleine und mittlere Akteure haben bislang einen hohen Anteil der erneuerbaren Energien realisiert und viel zur Akzeptanz der Energiewende beigetragen. Außerdem seien kleine Akteure häufig besonders innovativ, so das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie.<sup>5</sup>

## 2. Fördermöglichkeiten nach dem EEG 2017

**Strom aus erneuerbaren Energien** wird nach dem EEG 2017 im Regelfall nur noch nach der **erfolgreichen Teilnahme am Ausschreibungsverfahren gefördert**. Neue Windenergieanlagen mit einer installierten Leistung von mehr als 750 Kilowatt (kW) müssen im Ausschreibungsverfahren einen Zuschlag ersteigern, um einen entsprechenden Zahlungsanspruch gegen den Netzbetreiber geltend machen zu können. Eine Ausnahme gilt lediglich für kleine Windenergieanlagen mit einer gerin-

geren Leistung als 750 kW, sogenannte Übergangsanlagen sowie Pilotwindenergieanlagen (siehe dazu Kap. 2.2).

Umgekehrt verpflichtet das EEG 2017 keinen Anlagenbetreiber, am Ausschreibungsregime teilzunehmen und die Förderung in Anspruch zu nehmen. Es steht jedem Betreiber frei, den in seinen Anlagen erzeugten Strom im Wege der »sonstigen Direktvermarktung« eigenständig an einen Dritten weiter zu veräußern, der ihn verbraucht oder vermarktet (§ 21a

<sup>2</sup> BMWi, Ausschreibungen für die Förderung von Erneuerbare-Energien-Anlagen – [Eckpunktepapier](#), Juli 2015, S. 2.

<sup>3</sup> Vgl. FA Wind, Analysen der Ausbausituation der Windenergie an Land in den Jahren 2014, 2015, 2016 und 2017 unter <http://www.fachagentur-windenergie.de/services-zu-baukarte.html>.

<sup>4</sup> Europäische Kommission, Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020, (2014/C 200/01), Abl. EU vom 28. Juni 2014, C 200/1, Rn. 126.

<sup>5</sup> BMWi, Ausschreibungen für die Förderung von Erneuerbare-Energien-Anlagen – [Eckpunktepapier](#), Juli 2015, S. 2.

EEG 2017). Genauso steht es dem Anlagenbetreiber frei, den Strom außerhalb des Aus-

schreibungsregimes unter Beachtung der Regelungen zur Eigenversorgung selbst zu verbrauchen.

## 2.1 Förderung nach erfolgreicher Teilnahme am Ausschreibungsverfahren

Nach dem EEG 2017 müssen alle Windenergieanlagen mit einer **installierten Leistung von mehr als 750 kW an der Ausschreibung teilnehmen**, um in den Genuss einer Förderung zu kommen. Die Förderung erfolgt im Wege der sogenannten geförderten Direktvermarktung. Dies bedeutet, dass der Anlagenbetreiber den erzeugten Strom selbst vermarktet oder ihn an einen Dritten verkauft, der ihn wiederum veräußert. Damit sind die Anlagenbetreiber grundsätzlich selbst für die Vermarktung ihres Stroms verantwortlich. Die eigentliche Förderung erschöpft sich in der Auszahlung der sogenannten Marktprämie, die den am Markt erzielten Verkaufserlös für Windstrom »aufstockt«.

Das Berechnungsverfahren für die Marktprämie ist in Anlage 1 zum EEG 2017 geregelt. Ausgangspunkt für die Bestimmung der Marktprämie ist der anzulegende Wert. Dieser wird im Rahmen der Ausschreibung wettbewerblich ermittelt und entspricht dem bezuschlagten Gebotswert. Dies bedeutet, dass grundsätzlich für jede Anlage ein individueller anzulegender Wert gilt, nämlich der Wert, den der Bieter geboten und für den er einen Zuschlag erhalten hat. Die Marktprämie wiederum entspricht der Differenz des anzulegenden Werts abzüglich dem tatsächlichen Monatsmittelwert für Strom aus Windenergieanlagen an Land für die Preiszone Deutschland am Spotmarkt der Strombörse.<sup>6</sup>

## 2.2 Förderung ohne Teilnahme am Ausschreibungsverfahren

**Ohne** eine Teilnahme am **Ausschreibungsverfahren** werden nach dem EEG 2017 **nur noch Kleinwindturbinen, Pilotwindenergieanlagen<sup>7</sup>** oder sogenannte »**Übergangsanlagen**«, also Windenergieanlagen, die bis Ende 2016 immissionsschutzrechtlich genehmigt und bis Ende 2018 in Betrieb genommen worden sind, gefördert (§ 22 Abs. 2 EEG 2017). Hintergrund der Regelung für Übergangsanlagen ist der Vertrauensschutz: Bereits lange geplante und noch vor Inkrafttreten des EEG 2017 genehmigte Projekte sollen noch nach den Konditionen gefördert werden, die zum Zeitpunkt der Projektentwicklung und -kalkulation galten.<sup>8</sup>

Auch die Stromerzeugung in diesen Anlagen wird über die Auszahlung einer Marktprämie gefördert. Anders als bei den Anlagen, die am Ausschreibungsverfahren teilgenommen haben, ergibt sich für diese Anlagen der **anzulegende Wert aus dem Gesetz** (vgl. §§ 46 bis 46b EEG 2017). Er knüpft an die nach dem

EEG 2014 geltenden Werte an, unterliegt allerdings einer starken Degression.

Die Förderung durch die Auszahlung der **Einspeisevergütung**, die bis zum EEG 2014 der Regelfall war, ist im EEG 2017 **nur noch in wenigen Einzelfällen** vorgesehen. Sie kann von Betreibern von sehr kleinen Anlagen mit einer installierten Leistung bis 100 kW beansprucht (§ 21 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017) oder als sogenannte Ausfallvergütung (§ 21 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2017) geltend gemacht werden. Die Ausfallvergütung beläuft sich auf 80 Prozent des anzulegenden Werts (§ 53 Satz 2 EEG 2017).

Im Fall der Einspeisevergütung vermarktet der Anlagenbetreiber den Strom nicht selbst, sondern stellt ihn dem Übertragungsnetzbetreiber zur Verfügung, der ihn wiederum an der Börse veräußert. Die gesetzlich festgelegte Einspeisevergütung erhält der Anlagenbetreiber unabhängig davon, welchen Preis der Übertragungsnetzbetreiber an der Großhandelsbörse für den Strom erzielt.

<sup>6</sup> Die Übertragungsnetzbetreiber veröffentlichen die monatlich berechneten Marktwerte für Strom aus Windenergieanlagen an Land unter: <https://www.netztransparenz.de/Erneuerbare-Energien-Gesetz/Marktpraemie/Marktwerte>

<sup>7</sup> Die Legaldefinition für »Pilotwindenergieanlagen an Land« findet sich in § 3 Nr. 37 EEG 2017.

<sup>8</sup> Begründung zu § 22 EEG 2017, BT-Drs. 18/8860, S. 197.



### Fördermöglichkeiten nach dem EEG 2017 – das Wichtigste in Kürze

Nach dem EEG 2017 müssen alle Windenergieanlagen mit einer installierten Leistung von mehr als 750 kW an der Ausschreibung teilnehmen, um eine Förderung zu erhalten.

Ohne eine Teilnahme am Ausschreibungsverfahren werden nur Windenergieanlagen mit einer installierten Leistung bis einschließlich 750 kW, Pilotwindenergieanlagen sowie sogenannte Übergangsanlagen gefördert. Bei den Übergangsanlagen handelt es sich um Windturbinen, die bis Ende 2016 immissionsschutzrechtlich genehmigt worden sind und bis Ende 2018 in Betrieb gehen.

## 3. Grundzüge des Ausschreibungsverfahrens

Das EEG 2017 definiert Ausschreibungen als »transparentes, diskriminierungsfreies und wettbewerbliches Verfahren zur Bestimmung des Anspruchsberechtigten und des anzulegenden Werts« für die Förderung des aus erneuerbaren Energiequellen erzeugten Stroms (§ 3 Nr. 4 EEG 2017). Obwohl sich der Gesetzgeber

für ein vergleichsweise einfaches Ausschreibungsdesign entschieden hat, sind die – unvermeidbaren – **Vorgaben umfassend und komplex**. Die Form- und Fristvorgaben müssen von den Bietern strikt beachtet werden, da deren Missachtung in vielen Fällen zum Ausschluss der Gebote führt (§ 33 Abs. 1 EEG 2017).

### 3.1 Überblick über das reguläre Verfahren

Das Ausschreibungsverfahren wird von der **Bundesnetzagentur durchgeführt** (§ 22 Abs. 1 EEG 2017). Das EEG 2017 sieht vor, dass jährlich eine bestimmte Menge zu installierender Windenergieleistung – in den Jahren 2017 bis 2019 jeweils 2.800 MW und ab 2020 jährlich 2.900 MW – ausgeschrieben werden. Pro Jahr finden drei bis vier Gebotstermine statt

(siehe Tabelle 1). Zudem werden in den Jahren 2018 bis 2020 gemeinsame Ausschreibungen für Windenergie- und Solaranlagen durchgeführt. Dafür ist ein Ausschreibungsvolumen von jährlich 400 MW vorgesehen. Die konkrete Ausgestaltung dieser Verfahren regelt die Verordnung zu den gemeinsamen Ausschreibungen (GemAV).<sup>9</sup>

#### 3.1.1 Anforderungen an die Gebote

Im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens bieten die (potenziellen) Betreiber den in der Windturbine zu erzeugenden Strom zu einem bestimmten Preis – dem Gebotswert – in Cent pro Kilowattstunde (ct/kWh) an.<sup>10</sup> In dem Gebot sind neben allgemeinen Kontaktdaten insbesondere der Energieträger, den die Anlage nutzen wird, die geplante Erzeugungsleistung

in Kilowatt (kW) sowie der konkrete Anlagenstandort anzugeben (§ 30 EEG 2017).

Gemäß § 36 EEG 2017 gelten für Gebote für Windenergieanlagen an Land zusätzliche Anforderungen. Voraussetzung für die Gebotsabgabe ist im Regelfall, dass für die Anlage eine **immissionsschutzrechtliche Genehmigung**

<sup>9</sup> Verordnung zu den gemeinsamen Ausschreibungen für Windenergieanlagen an Land und Solaranlagen ([GemAV](#)) vom 10. August 2017 (BGBl. I 2017, S. 3180).

<sup>10</sup> Aufgrund des sogenannten Referenzertragsmodells ist der Gebotswert stets für den Referenzstandort anzugeben. Das Referenzertragsmodell ist in § 36h EEG 2017 geregelt und soll dafür sorgen, dass die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen auch an windschwächeren Standorten wirtschaftlich ist und die Anlagen dadurch über das gesamte Bundesgebiet verteilt errichtet werden. § 36h EEG

2017 sieht vor, dass der anzulegende Wert, anhand dessen der Zahlungsanspruch berechnet wird, entsprechend der Güte eines Standorts – oder vereinfacht gesagt der Windhöffigkeit – anhand eines sogenannten Korrekturfaktors erhöht oder reduziert wird. Da für weniger windhöffige Standorte ein höherer Korrekturfaktor gilt, steigt für diese der anzulegende Wert. Entsprechend sinkt der anzulegende Wert an sehr windhöffigen Standorten, da für diese ein niedrigerer Korrekturfaktor anzusetzen ist.

erteilt worden ist (§ 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017), siehe dazu nachfolgend Kap. 3.1.2.

Mit dem Gebot ist außerdem eine **finanzielle Sicherheit** gegenüber der Bundesnetzagentur in Höhe von 30 Euro/kW angebotene Leistung zu hinterlegen (§ 36a EEG 2017). Mit der Si-

cherheit werden Strafzahlungen (Pönalen) abgesichert, die anfallen, wenn ein bezuschlagtes Projekt nicht oder nicht innerhalb der gesetzlich vorgegebenen Umsetzungsfristen verwirklicht wird.

### 3.1.2 Immissionsschutzrechtliche Genehmigung bei regulärer Teilnahme

Grundsätzlich dürfen nur solche Windenergieanlagen an der Ausschreibung teilnehmen, für die eine **immissionsschutzrechtliche Genehmigung vorliegt**. Der Gesetzgeber hat sich mit diesem Erfordernis bewusst für eine späte Ausschreibung entschieden: Liegt für eine Windenergieanlage bereits eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung vor, sind wesentliche Hindernisse für die Errichtung der Anlage ausgeräumt. Gleichzeitig hat der Betreiber einen langen und kostenintensiven Zulassungsprozess durchlaufen, sodass auch von einem starken Umsetzungswillen auszugehen ist. Das Vorliegen einer Genehmigung ist deshalb ein gewichtiges Indiz für eine hohe Realisierungswahrscheinlichkeit bezuschlagter Projekte.

Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung ist bei Gebotsabgabe anhand des Aktenzeichens nachzuweisen; außerdem sind die genehmigende Behörde und deren Anschrift in den Formularen anzugeben (§ 36a Abs. 1 Nr. 1 und 2 EEG 2017).

Die Genehmigung(en) muss/müssen für sämtliche Anlagen, die Gegenstand des Gebots sind, spätestens **drei Wochen vor dem Ausschreibungstermin erteilt** worden sein. Für die Einhaltung dieser Frist ist der **Zugang der Genehmigung** und nicht das Datum der Ausstellung des Bescheids **maßgeblich**. Die Genehmigung wird nach § 41 Abs. 1 Satz 1 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) erst wirksam, wenn sie dem Adressaten individuell bekannt gegeben worden ist. Vorher ist die Genehmigung rechtlich noch nicht existent. Hinzu kommt, dass ohne den Zugang der Genehmigung eine fristwahrende Registermeldung nach § 36 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2017 nicht möglich ist.

Keine Voraussetzung für die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren ist, dass die Genehmigung bereits in Bestandskraft erwachsen ist. Genauso wenig ist die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren ausgeschlossen, wenn ein Rechtsbehelf gegen die Genehmigung eingelegt worden ist.

Weitere Bedingung für die Teilnahme an der Ausschreibung ist, dass die Genehmigung spätestens drei Wochen vor dem Gebotstermin mit allen erforderlichen Angaben an das Marktstammdatenregister gemeldet worden ist (§ 36 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2017). Die dazu erforderlichen Angaben ergeben sich aus § 6 Marktstammdatenregisterverordnung (MaStRV).<sup>11</sup>

Sofern eine Genehmigung mehrere Anlagen umfasst, ist es möglich, das Gebot nur für einen Teil der Anlagen abzugeben. Genauso kann seit der 3. Ausschreibungsrunde im November 2017 für getrennt, d.h. unter unterschiedlichem Aktenzeichen genehmigte Anlagen ein gemeinsames Gebot abgegeben werden. Voraussetzung dafür ist lediglich, dass die Genehmigungen durch dieselbe Behörde erteilt worden sind.<sup>12</sup> Diese Regelung trägt der Genehmigungspraxis in einzelnen Bundesländern Rechnung, nach der nur einzelne Windenergieanlagen und nicht der gesamte Windpark immissionsschutzrechtlich genehmigt werden. Den Bietern soll durch die regional unterschiedliche Genehmigungspraxis kein Nachteil in der Ausschreibung entstehen.<sup>13</sup>

Nicht zwingend erforderlich ist, dass der Bieter auch Inhaber der Anlagengenehmigung(en) ist. Die Ausschreibung räumt die Möglichkeit ein, dass Dritte das Gebotsverfahren durchführen,

<sup>11</sup> Verordnung über das zentrale elektronische Verzeichnis energiewirtschaftlicher Daten (Marktstammdatenregisterverordnung – [MaStRV](#)) vom 10. April 2017 (BGBl. I S. 842).

<sup>12</sup> Eine entsprechende Änderung des § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017 erfolgte durch das Gesetz zur Förderung von Mieterstrom und zur Änderung weiterer Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2532).

<sup>13</sup> BT-Drs. 18/12355, S. 21.

soweit sie die Einwilligungen des Genehmigungsinhabers und des Flächeneigentümers darlegen können.

Tabelle 1: Überblick über Gebotstermine, Leistungsvolumina und Meldefristen der Ausschreibungen 2018 bis 2020.

| Gebotstermin<br>Ausschreibung | Ausschreibungs-<br>volumen | Meldefrist<br>Anlagengenehmigung |
|-------------------------------|----------------------------|----------------------------------|
| 1. Februar 2018               | 700 MW                     | 11. Januar 2018                  |
| 1. April 2018*                | 200 MW                     | 11. März 2018                    |
| 1. Mai 2018                   | 700 MW                     | 10. April 2018                   |
| 1. August 2018                | 700 MW                     | 11. Juli 2018                    |
| 1. Oktober 2018               | 700 MW                     | 10. September 2018               |
| 1. November 2018*             | 200 MW                     | 11. Oktober 2018                 |
| 1. Februar 2019               | 700 MW                     | 11. Januar 2019                  |
| 1. April 2019*                | 200 MW                     | 11. März 2019                    |
| 1. Mai 2019                   | 700 MW                     | 10. April 2019                   |
| 1. August 2019                | 700 MW                     | 11. Juli 2019                    |
| 1. Oktober 2019               | 700 MW                     | 10. September 2019               |
| 1. November 2019*             | 200 MW                     | 11. Oktober 2019                 |
| 1. Februar 2020               | 1.000 MW                   | 11. Januar 2020                  |
| 1. April 2020*                | 200 MW                     | 11. März 2020                    |
| 1. Juni 2020                  | 950 MW                     | 11. Mai 2020                     |
| 1. Oktober 2020               | 950 MW                     | 10. September 2020               |
| 1. November 2020*             | 200 MW                     | 11. Oktober 2020                 |

\*) Gemeinsame Ausschreibungen für Windenergie- und Solaranlagen

### 3.1.3 Verfahren der Zuschlagserteilung

Nach Ablauf der Gebotsfrist sortiert die Bundesnetzagentur alle form- und fristgerecht eingegangenen Gebote nach deren Wert in aufsteigender Reihenfolge. Bei einem identischen Wert werden die jeweiligen Gebote in aufsteigender Reihenfolge der Gebotsmenge, beginnend mit der niedrigsten Leistungsmenge, sortiert. Die Gebote mit den niedrigsten Werten werden bezuschlagt, bis das Ausschreibungsvolumen für die jeweilige Ausschreibungsrunde erreicht oder,

je nach Größe des letzten noch berücksichtigten Gebots, erstmals überschritten ist.

Die Zuschläge werden etwa zwei Wochen nach dem Gebotstermin auf der Internetseite der Bundesnetzagentur bekannt gegeben.<sup>14</sup> Die Zuschläge gelten eine Woche nach Veröffentlichung im Internet als bekanntgegeben (§ 35 Abs. 2 EEG 2017).

<sup>14</sup> Siehe die [Internetseite](#) der BNetzA mit den Ergebnissen aller beendeten Ausschreibungen Wind an Land.

Bezuschlagt wird im Regelfall nach dem Gebotswertverfahren (pay-as-bid). Es gilt also der Wert als bezuschlagt, der auch geboten wurde.

Ein erteilter Zuschlag ist an die genehmigte Anlagen(-leistung), die Gegenstand des Gebots ist, gebunden (§ 36f EEG 2017). Eine Übertragbarkeit von Zuschlägen auf andere Genehmigungen ist nicht möglich. Auch wenn der Zuschlag selbst nicht übertragen werden kann, ist

eine Veräußerung des bezuschlagten Projekts jederzeit möglich. In diesem Fall geht der Zuschlag auf den neuen Genehmigungsinhaber über.

Gebote, die keinen Zuschlag erhalten haben, können an der nächsten Ausschreibungsrunde erneut teilnehmen.

### 3.1.4 Sonderregelungen im Netzausbauggebiet

Besonderheiten bei der Ermittlung der Zuschläge gelten im sogenannten Netzausbauggebiet (§ 36c EEG 2017). Dieses umfasst die Bundesländer Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Schleswig-Holstein sowie 16 Landkreise und vier kreisfreie Städte im nördlichen Niedersachsen.<sup>15</sup> Innerhalb des Netzausbaugebiets dürfen jährlich höchstens 902 MW gebotene Leistung bezuschlagt werden. Ist dieses Volumen ausgeschöpft, werden Gebote für Anlagenstandorte innerhalb des Netzausbaugebiets nicht mehr berücksichtigt. Dies gilt auch dann, wenn der Gebotswert unterhalb dem für Standorte außerhalb des Gebiets liegt. Stattdessen erteilt die Bundesnetzagentur den jeweils nächstteueren

Geboten, die nicht in diesem Gebiet liegen, Zuschläge, bis das Ausschreibungsvolumen ausgeschöpft ist. Durch diese Begrenzung sollen der Ausbau der Stromnetze und der Windenergieanlagen besser synchronisiert werden.<sup>16</sup>

Trotz dieser Restriktion ist in den ersten drei Ausschreibungsrunden das Gros der Zuschläge auf Norddeutschland entfallen. Die geografische Verteilung der im Jahr 2017 bezuschlagten Windenergieanlagen konzentriert sich weitestens stärker auf den Norden als dies im bisherigen Jahrzehnt – ohne die Geltung des Ausschreibungsverfahrens – beim Zubau der Fall war.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> § 10 Verordnung zur Ausführung der Erneuerbare-Energien-Verordnung (Erneuerbare-Energien-Ausführungsverordnung – EEA-V).

<sup>16</sup> Begründung zu § 36c EEG 2017, BT-Drs. 18/8860, S. 210.

<sup>17</sup> Ausführlich dazu Quentin, in: FA Wind (Hrsg.), [Analyse der 3. Ausschreibung im Jahr 2017 für Windenergieanlagen an Land](#), Kap. 5 sowie Quentin, in: FA Wind (Hrsg.), [Regionale Verteilung bezuschlagter Windprojekte in den Ausschreibungen 2017 versus Ausbau der Windenergie seit 2010](#).

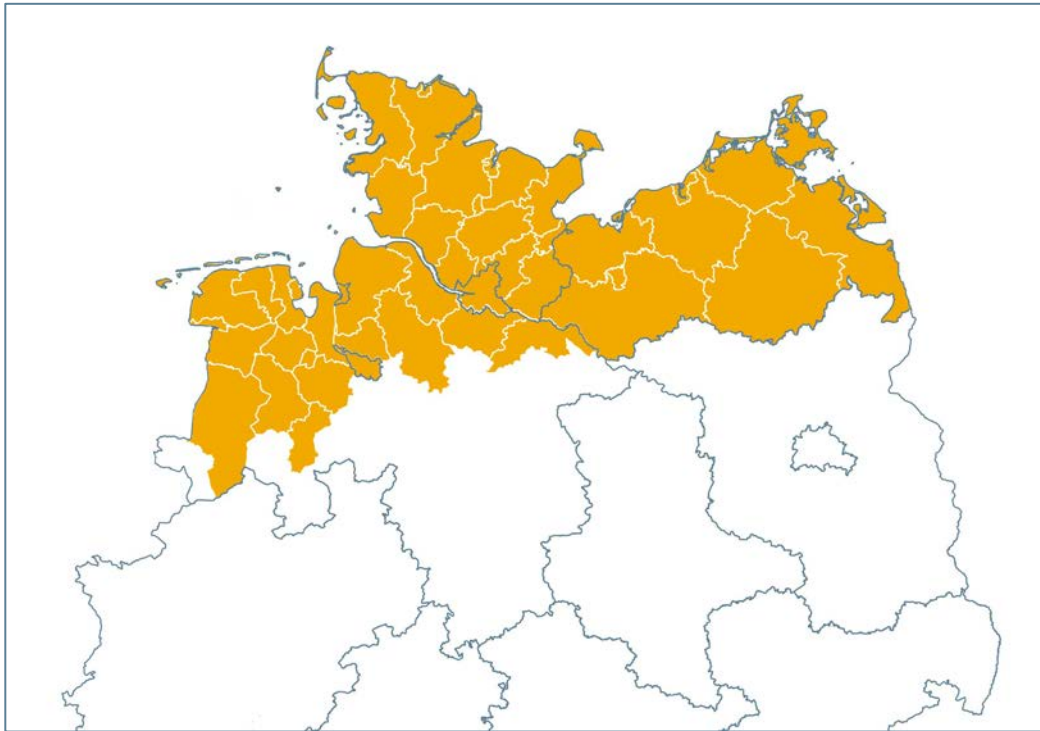


Abbildung 1: Geografischer Flächenzuschnitt des Netzausbaubereichs gemäß § 10 EEA; Karte: FA Wind auf Basis © GeoBasis-DE / BKG 2015 (Daten verändert)

### 3.1.5 Realisierungsfristen

Die Umsetzungsfrist für Windenergieanlagen an Land beträgt **ab der öffentlichen Bekanntgabe des Zuschlags 30 Monate**. Wird ein **Projekt nicht innerhalb dieser Frist in Betrieb genommen, erlischt die Förderzusage** (§ 36e Abs. 1 EEG 2017).

Wird eine Anlage nicht innerhalb von 24 Monaten in Betrieb genommen, fällt eine (einmalig zu zahlende) Pönale an. Bei einer Inbetriebnahme der Anlage im 25. oder 26. Monat nach Bekanntmachung des Zuschlags beträgt die Pönale 10 Euro/kW. Wird die Anlage im 27.

oder 28. Monat realisiert, steigt die Pönale auf 20 Euro/kW an. Bei einer Inbetriebnahme im 29. oder 30. Monat beläuft sich die Strafzahlung auf 30 Euro/kW.

Eine Verlängerung der Realisierungsfrist ist nur einmalig und unter besonderen Bedingungen möglich (siehe dazu unten Kap. 5). Insbesondere ist dafür die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit notwendig; andernfalls ist eine Verlängerung der Realisierungsfrist ausgeschlossen.

#### Überblick über das reguläre Verfahren – das Wichtigste in Kürze

Für die Teilnahme am regulären Ausschreibungsverfahren ist das Vorliegen einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zwingende Voraussetzung. Die Genehmigung muss spätestens drei Wochen vor dem Gebotstermin erteilt worden sein. Maßgeblich für die Einhaltung dieser Frist ist der Zugang des Bescheids, nicht das Datum der Ausstellung. Die Bestandskraft der Genehmigung ist keine Voraussetzung.

Bei mehreren gemeinsam genehmigten Anlagen ist es möglich, ein Gebot nur für einen Teil der Anlagen abzugeben. Genauso können einzeln genehmigte Anlagen in einem Gebot zusammengefasst werden, sofern die Genehmigungen von derselben Behörde erteilt worden sind.

### 3.2 Sonderregelungen für Bürgerenergiegesellschaften

Von den allgemeinen Regelungen sieht der Gesetzgeber **teilweise Abweichungen für Bürgerenergiegesellschaften** vor. Mit den Sonderregelungen will der Gesetzgeber kleinen, lokal verankerten Gesellschaften die Teilnahme

am langwierigen und risikobehafteten Ausschreibungsverfahren erleichtern und so zum Erhalt der Akteursvielfalt beitragen.

#### Hintergrundinformation: Definition Bürgerenergiegesellschaft

Eine Gesellschaft gilt nach § 3 Nr. 15 EEG 2017 als Bürgerenergiegesellschaft, wenn sie folgende Bedingungen erfüllt:

- a) die Gesellschaft muss aus mindestens 10 natürlichen Personen als stimmberechtigten Mitgliedern oder stimmberechtigten Anteilseignern bestehen,
- b) mindestens 51 Prozent der Stimmrechte müssen bei natürlichen Personen liegen, die seit mindestens einem Jahr vor der Gebotsabgabe in der kreisfreien Stadt oder dem Landkreis, in der oder dem die geplante Windenergieanlage errichtet werden soll, nach § 21 oder § 22 des Bundesmeldegesetzes mit ihrem Hauptwohnsitz gemeldet sind, und
- c) kein Mitglied oder Anteilseigner der Gesellschaft darf mehr als 10 Prozent der Stimmrechte an der Gesellschaft halten.

Das Gesetz sieht ausdrücklich vor, dass sich auch mehrere juristische Personen oder Personengesellschaften zu einer Bürgerenergiegesellschaft zusammenschließen dürfen. Die neue gegründete »Dachgesellschaft« muss nicht selbst alle Voraussetzungen einer Bürgerenergiegesellschaft erfüllen, solange sichergestellt ist, dass alle Mitglieder dieser Gesellschaft die Anforderungen nach Buchst. a bis c einhalten.<sup>18</sup> Dies bedeutet, dass eine »zusammengeschlossene« Bürgerenergiegesellschaft gegebenenfalls nur aus zwei juristischen Personen bestehen kann, sofern diese jeweils die Voraussetzungen nach § 3 Nr. 15 Buchst. a bis c EEG 2017 erfüllen.

An die gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung einer Bürgerenergiegesellschaft stellt das EEG 2017 keine besonderen Anforderungen. Aus dem Gesetz ergeben sich keine Einschränkungen für die Wahl der Gesellschaftsform.

<sup>18</sup> Begründung zu § 3 Nr. 15 EEG 2017, BT-Drs. 18/8860, S. 185.

### 3.2.1 Option im Jahr 2017: Gebote ohne immissionsschutzrechtliche Genehmigung und verlängerte Umsetzungsfristen

Ein zentrales Zugeständnis an Bürgerenergiegesellschaften i.S.d. § 3 Nr. 15 EEG 2017 war, dass diese auch **ohne den Nachweis einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung** am Ausschreibungsverfahren teilnehmen durften. Stattdessen genügte es, dem Gebot ein Gutachten über den erwarteten Stromertrag am geplanten Anlagenstandort beizufügen. Mit dieser Regelung wollte der Gesetzgeber lokal verankerte Bürgerenergiegruppierungen von dem langen und kostenintensiven Genehmigungsprozess bei ungewissem Ausgang des Ausschreibungsverfahrens und damit der Gefahr fehlgeschlagener Investitionen befreien.<sup>19</sup>

Diese **Regelung** ist wurde für die ersten zwei Ausschreibungsrunden im Jahr 2018 **ausgesetzt** (§ 104 Abs. 8 EEG 2017). Anfang Juni beschloss der Gesetzgeber die Aussetzung **bis Mitte 2020** zu verlängern.<sup>20</sup> Bürgerenergiegesellschaften dürfen folglich nur noch mit Geboten für immissionsschutzrechtlich genehmigte Projekte an der Ausschreibung teilnehmen.

Hintergrund dieser gesetzgeberischen Entscheidung ist, dass in den drei Ausschreibungsrunden im Jahr 2017 über 90 Prozent der Zuschläge an Bürgerenergiegesellschaften gingen. Insgesamt wurde ihnen 97 Prozent des ausgeschriebenen Leistungsvolumens zugeteilt. Unter den 730 bezuschlagten Windenergieanlagen der Ausschreibungen im Jahr 2017 verfügten zum Zeitpunkt der Gebotsabgabe lediglich 39 Anlagen über eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung.<sup>21</sup>

Mit diesen Ergebnissen ist die als Ausnahme vorgesehene Möglichkeit, ohne immissionsschutzrechtliche Genehmigung an der Ausschreibung teilnehmen zu können, zur Regel geworden. Damit laufen die maßgeblichen Erwägungen des Gesetzgebers – nämlich eine grundsätzlich hohe Realisierungswahrschein-

lichkeit aufgrund der bereits vorliegenden Genehmigung sowie eine punktuelle Begünstigung für besonders schutzwürdige Akteure – weitgehend ins Leere. Entsprechend problematisch ist das Ergebnis im Hinblick auf das Erreichen der Ausbauziele in den Jahren 2019 und 2020. Mangels immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen für die bezuschlagten Projekte ist damit zu rechnen, dass die Anlagen nicht – wie für den Regelfall vorgesehen – innerhalb von zwei Jahren, sondern erst in etwa vier Jahren errichtet werden. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, dass einige Genehmigungen aufgrund entgegenstehender Belange erst gar nicht erteilt werden können, sodass eine hohe Realisierungswahrscheinlichkeit keinesfalls sichergestellt ist.

Hat eine Bürgerenergiegesellschaft ohne immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die gebotene Anlage erfolgreich am Ausschreibungsverfahren teilgenommen, gilt für sie eine **verlängerte Realisierungsfrist**. Ab Bekanntgabe des Zuschlags bleiben der Bürgerenergiegesellschaft **48 Monate Zeit**, um das Genehmigungsverfahren zu durchlaufen und die Anlage(n) in Betrieb zu setzen. Danach fallen stufenweise Pönalen an; **nach einer Frist von 54 Monaten erlischt der Zuschlag und damit die Förderzusage**, siehe Tabelle 2.

Der den Bürgerenergiegesellschaften verbleibende **Zeitraum ist grundsätzlich realistisch bemessen**. Genehmigungsverfahren dauern häufig eineinhalb Jahre.<sup>22</sup> Ist eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen, kann von einer durchschnittlichen Dauer von rund zwei Jahren ausgegangen werden.<sup>23</sup> Nach Erhalt der Genehmigung erfolgt die Errichtung und Inbetriebnahme der Anlage in den meisten Fällen innerhalb eines Jahres.<sup>24</sup> **Befindet sich die Projektierung einer Anlage** allerdings noch **in ei-**

<sup>19</sup> Begründung zu § 36g EEG 2017, BT-Drs. 18/8860, S. 213.

<sup>20</sup> Vgl. Gesetzentwurf des Bundesrats vom 21. März 2018 (BT-Drs. 19/1320), geändert am 6. Juni 2018 durch Beschlussempfehlung des Wirtschaftsausschusses (BT-Drs. 19/2581); Verabschiedung am 8. Juni 2018 durch Bundestag und Bundesrat (BR-Drs. 255/18). Die Regelung trat am 29. Juni 2018 in Kraft (BGBl. I S. 862).

<sup>21</sup> Ausführlich dazu, Quentin, in: FA Wind (Hrsg.), [Analyse der 3. Ausschreibung im Jahr 2017 für Windenergieanlagen an Land](#).

<sup>22</sup> Pietrowicz/Quentin, in: FA Wind (Hrsg.), [Dauer und Kosten des Planungs- und Genehmigungsprozesses von Windenergieanlagen an Land](#), S. 51.

<sup>23</sup> Pietrowicz/Quentin (Fn. 22), S. 51.

<sup>24</sup> Pietrowicz/Quentin (Fn. 22), S. 53 sowie Quentin, in: FA Wind (Hrsg.), [Ausbau der Windenergie an Land im Herbst 2017](#), S. 7; im [Jahr 2016](#), S. 8; im [Jahr 2015](#), S. 8.



**nem sehr frühen Stadium**, indem beispielsweise die Flächennutzungsplanung noch nicht abgeschlossen ist oder die Artenschutzkartierung noch aussteht, erscheint **die Realisierungsfristen** vergleichsweise **knapp bemessen**. Um die Fristen auch in diesen Fällen einhalten zu können, sind Bürgerenergiegesellschaften auf ein zügiges Genehmigungsverfahren angewiesen.

Im Rahmen der Realisierungsfrist ist es unerheblich, welcher Zeitraum für die Genehmigung bzw. die Realisierung beansprucht wird; insoweit gibt es **keine** einzuhaltenden **»Meilensteine« innerhalb der 54 Monate**.

Auch im Hinblick auf die zu hinterlegende Sicherheit galten Sonderregelungen für Bürgerenergiegesellschaften: Nimmt eine Bürgerenergiegesellschaft ohne eine genehmigte Windenergieanlage am Ausschreibungsverfahren teil, war zunächst nur eine reduzierte Erstsicherheit in Höhe von 15 Euro/kW zu leisten. Erst nachdem der Gesellschaft die immissionsschutzrechtliche Genehmigung erteilt wird,

muss auch die Zweitsicherheit – ebenfalls in Höhe von 15 Euro/kW – hinterlegt werden. Die Regelung wurde dahingehend geändert, dass Bürgerenergiegesellschaften die Erstsicherheit nach wie vor mit der Gebotsabgabe leisten müssen. Die Zweitsicherheit ist nunmehr innerhalb von zwei Monaten nach Bekanntgabe des Zuschlags zu entrichten (§ 104 Abs. 8 EEG 2017).

Die Höhe der Pönale richtet sich nach den allgemeinen Regeln. Eine reduzierte Pönale in Höhe von 15 Euro/kW besteht nur für den Fall, dass eine Bürgerenergiegesellschaft – gegebenenfalls auch mangels der Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung – die Frist für die Zuschlagszuordnung verstreichen lässt (§ 55 Abs. 2 Satz 2 EEG 2017). Trotz reduzierter Pönale »bestraft« der Gesetzgeber also auch den Fall, dass eine bezuschlagte Anlage mangels immissionsschutzrechtlicher Genehmigung nicht errichtet wird.

Tabelle 2: Verlängerte Realisierungsfristen für im Jahr 2017 bezuschlagte Gebote von Bürgerenergiegesellschaften.

| Gebotstermin<br>Ausschreibung | Bekanntmachung<br>der Zuschläge <sup>25</sup> | Ablauf der (straffreien)<br>Realisierungsfrist | Verfall des<br>Zuschlags |
|-------------------------------|---|--|--------------------------|
| 1. Mai 2017                   | 26. Mai 2017                                  | 26. Mai 2021                                   | 26. November 2021        |
| 1. August 2017                | 22. August 2017                               | 22. August 2021                                | 22. Februar 2022         |
| 1. November 2017              | 29. November 2017                             | 29. November 2021                              | 29. Mai 2022             |

### 3.2.2 Weitere Sonderregelungen bei Gebotsabgabe und Zuschlagserteilung

Nimmt eine Bürgerenergiegesellschaft mit einer erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung am Ausschreibungsverfahren teil, gelten die regulären Anforderungen an das Vorliegen der Genehmigung. Gleiches gilt für die Realisierungsfrist und die Pönalen. Lediglich im Hinblick auf die Hinterlegung der Sicherheit kommt der Gesetzgeber den Bürgerenergiegesellschaften weiterhin entgegen und sieht ein gestuftes Erbringen der Sicherheitsleistung vor.

Das zweite zentrale Privileg für Bürgerenergiegesellschaften besteht hingegen nach wie vor:

Bürgerenergieprojekte erhalten statt des Gebotswerts den Wert des höchsten noch bezuschlagten Gebots (**Einheitspreisverfahren bzw. uniform pricing**). Im Falle eines Zuschlags gilt also für jedes Bürgerenergieprojekt, unabhängig vom tatsächlichen Gebotswert, der höchste bezuschlagte Gebotswert der jeweiligen Ausschreibungsrunde. Damit sollen bei kleinen Akteuren eher auftretende Unsicherheiten bei der Preiskalkulation ausgeglichen werden.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Siehe die Bekanntmachungen gemäß § 35 Abs. 2 EEG 2017 auf den [Webseiten](#) der BNetzA.

<sup>26</sup> Hohlstein, Ausschreibungen in der Windenergie, Berlin 2016, S. 30.



### 3.2.3 Beteiligung der Standortgemeinde und Haltefrist

Der Privilegierung von Bürgerenergiegesellschaften stellt der Gesetzgeber auch Verpflichtungen gegenüber: Für Bürgergesellschaften gelten bei Gebotsabgabe sowohl in zeitlicher Hinsicht als auch im Hinblick auf den Gebotsumfang klare Begrenzungen.<sup>27</sup>

Zunächst können Bürgerenergiegesellschaften maximal Gebote für bis zu sechs Windenergieanlagen mit einer zu installierenden Leistung von insgesamt nicht mehr als 18 MW abgeben. Damit will der Gesetzgeber die Privilegien auf kleinere Projekte begrenzen.

Darüber hinaus verpflichtet § 36g Abs. 3 Nr. 3 Buchst. b EEG 2017 Bürgerenergiegesellschaften, der Gemeinde, in der die geplanten Windenergieanlagen errichtet werden sollen, eine finanzielle Beteiligung an der Gesellschaft in

Höhe von 10 Prozent zum Kauf anzubieten. Statt der Gemeinde kann das Angebot auch einer Gesellschaft unterbreitet werden, an der die Gemeinde zu 100 Prozent beteiligt ist.

Zu beachten sind außerdem erhöhte Nachweispflichten über die Einhaltung der Voraussetzungen für eine Bürgerenergiegesellschaft nach § 3 Nr. 15 EEG 2017, die gegenüber der Bundesnetzagentur zu erbringen sind. Nur wenn die Gesellschaft die Voraussetzungen ununterbrochen von der Gebotsabgabe bis zum Ende des zweiten Jahres nach Inbetriebnahme der Anlage nachweist, gilt der Einheitspreis als Zuschlagswert über den gesamten Förderzeitraum (§ 36g Abs. 5 Satz 4 EEG 2017).

#### Sonderregelungen für Bürgerenergiegesellschaften – das Wichtigste in Kürze

In den ersten drei Ausschreibungsrunden im Jahr 2017 konnten Bürgerenergiegesellschaften, auch ohne dass eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung vorlag, am Ausschreibungsverfahren teilnehmen. Ist eine noch nicht genehmigte Anlage bezuschlagt worden, gilt eine verlängerte Realisierungsfrist von 48 Monaten. Innerhalb dieser Frist muss die Anlage genehmigt, errichtet und in Betrieb genommen werden. Wird die Anlage nicht innerhalb von 54 Monaten in Betrieb gesetzt, verfällt der Zuschlag. Zusätzlich wird eine Pönale i.H.v. 30 EUR/kW bezuschlagte Leistung fällig. Kann bezuschlagte Leistung mangels der Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nicht realisiert werden, ist eine reduzierte Strafzahlung in Höhe von 15 EUR/kW zu entrichten.

Diese Sonderregelung wurde 2018 für sämtliche Ausschreibungsrunden bis Mitte 2020 ausgesetzt. Es fallen also lediglich im Jahr 2017 bezuschlagte Projekte unter diese Ausnahme.

Das zweite zentrale Privileg für Bürgerenergiegesellschaften besteht darin, dass ihnen im Fall eines Zuschlags statt des gebotenen Werts der höchste noch bezuschlagte Gebotswert in der Ausschreibungsrunde zugesprochen wird (Einheitspreisverfahren bzw. uniform pricing). Dieses Privileg gilt unverändert fort.

## 4. Änderung der Genehmigung nach Zuschlagserteilung

Genehmigungen für Windenergieanlagen werden in der Praxis häufig geändert, um beispielsweise Anpassungen an die technische Entwicklung, notwendigen kleinräumigen Standortverschiebungen oder Änderungen am Fundament oder der Infrastruktur Rechnung zu tragen.<sup>28</sup>

Da sich im Ausschreibungsverfahren ein erteilter Zuschlag auf ein genehmigtes Windenergievorhaben bezieht, stellt sich die Frage, wie sich die Änderung einer Genehmigung auf den Fortbestand des Zuschlags und damit auch des Zahlungsanspruchs auswirkt.

<sup>27</sup> Vgl. dazu Endell/Quentin, in: FA Wind (Hrsg.), EEG 2017 – Ausschreibungsbedingte Neuerungen für Windenergieanlagen an Land, 2. aktualisierte Auflage, Berlin 2017, S. 31 ff.

<sup>28</sup> Vgl. Stellungnahme des Bundesrates vom 17. Juni 2016, BR-Drs. 310/16 (B).

Diese Frage hat der Gesetzgeber in § 36f Abs. 2 EEG 2017 mit einer expliziten Regelung beantwortet: **Wird die Genehmigung nach Erteilung des Zuschlags geändert, bleibt der Zuschlag** auf die geänderte Genehmigung bezogen **bestehen**. Der Umfang des Zuschlags verändert sich dadurch allerdings nicht. Dies bedeutet, dass der Anlagenbetreiber im Falle einer Leistungserhöhung nur für den ursprünglich bezuschlagten Leistungsumfang eine Förderung nach dem EEG erhält; Strom der mit der »überschießenden« Leistung erzeugt wird, muss ohne finanzielle Förderung vermarktet werden (§ 23c Nr. 1 EEG 2017) Wird weniger Leistung installiert, erlischt für den nicht realisierten Leistungsanteil der Zahlungsanspruch. Für die tatsächlich installierte Leistung besteht

weiterhin der Zuschlag in Höhe des Gebotswerts. Damit ist die Änderung einer Genehmigung also möglich, ohne dass dadurch der Zuschlag bzw. Zahlungsanspruch entfallen.

Im Falle einer **neuen Genehmigung** soll nach der Intention des Gesetzgebers der **Zahlungsanspruch** hingegen **entfallen**.<sup>29</sup>

Vor diesem Hintergrund ist es für den Anlagenbetreiber essenziell, ob eine bestimmte Änderung an der Anlage auf Grundlage einer geänderten Genehmigung i.S.d. § 36f Abs. 2 EEG 2017 möglich ist oder eine Neugenehmigung erfordert. Ist eine neue Genehmigung erforderlich, entfallen Zuschlag und Zahlungsanspruch wie dargestellt; zudem muss der Zuschlagshaber die komplette Pönale zahlen.

#### 4.1 Änderung einer bestehenden Genehmigung i.S.d. § 36f Abs. 2 EEG 2017

Das EEG definiert den Begriff »geänderte Genehmigung« i.S.d. § 36f Abs. 2 EEG 2017 nicht. Der Gesetzgeber scheint jedoch davon auszugehen, dass insoweit auf die **Kategorien des BImSchG zurückzugreifen** ist.

Das BImSchG sieht für Veränderungen an einer Anlage ein gestuftes Regime vor. Solange die Änderung nicht wesentlich ist und nur geringfügige Auswirkungen auf die Schutzgüter des Gesetzes hervorrufen kann, ist eine Anzeige nach § 15 BImSchG ausreichend. Werden durch die Änderung nachteilige Auswirkungen hervorgerufen, die für die Prüfung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG erheblich sein können (wesentliche Änderung), ist eine Änderungsgenehmigung nach § 16 BImSchG notwendig.<sup>30</sup> Eine Neugenehmigung ist hingegen erforderlich, sobald der Kernbestand der Anlage vollständig oder überwiegend verändert wird und sich dies auf den Charakter der Gesamtanlage auswirkt.<sup>31</sup>

Erfolgt eine **Änderungsanzeige nach § 15 BImSchG**, bleibt der Genehmigungsbescheid unberührt.<sup>32</sup> Insofern bleibt auch der Zuschlag nach § 36f Abs. 2 Satz 1 EEG 2017 unproblematisch bestehen. Da der Änderungsanzeige

bzw. der daraufhin ergehenden Freistellungserklärung von der Genehmigungspflicht durch die Behörde keine Konzentrationswirkung zukommt, können neben der Änderungsanzeige andere – etwa eine baurechtliche Genehmigung – erforderlich werden.<sup>33</sup> Indem Abs. 2 Satz 1 allein auf die immissionsschutzrechtliche Genehmigung abstellt, dürfte dies für den Bestand des Zuschlags unerheblich sein. Modifiziert eine baurechtliche Genehmigung die immissionsschutzrechtliche Genehmigung, könnte sich dies hingegen auch auf den Zuschlag auswirken.

Bereits der Wortlaut des §36f Abs. 2 EEG 2017 spricht dafür, dass auch im Fall einer **Änderungsgenehmigung nach § 16 BImSchG** der Zuschlag bestehen bleibt.<sup>34</sup> Indem Abs. 2 von der Änderung der Genehmigung spricht, wird deutlich, dass für den Erhalt des Zahlungsanspruchs die ursprüngliche Genehmigung jedenfalls noch bestehen muss, aber abgeändert werden darf. Wird eine Änderungsgenehmigung erteilt, tritt eine (neue) Änderungsgenehmigung zu der früher erteilten Genehmigung hinzu und bildet zusammen mit dieser einen einheitlichen Genehmigungstatbestand.<sup>35</sup> Sofern die Änderung eine reine Erweiterung der

<sup>29</sup> Begründung zu § 36f EEG 2017, BT-Drs. 18/8860, S. 212.

<sup>30</sup> Jarass, Bundes-Immissionsschutzgesetz, 12. Aufl. 2017, § 15 Rn 3.

<sup>31</sup> Jarass (Fn. 30), § 16 Rn 7.

<sup>32</sup> Jarass (Fn. 30), § 15 Rn 40.

<sup>33</sup> Jarass (Fn. 30), § 15 Rn 40a.

<sup>34</sup> So auch Operhalsky/Fechler, NVwZ 2017, 13, 16 f.

<sup>35</sup> Jarass (Fn. 30), § 16 Rn. 65; Reidt/Schiller, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 84. EL, § 16 Rn. 156.; OVG Münster, Beschluss vom 16. Mai 2013 – 8 A 2705/12.

bestehenden Anlage beinhaltet, wird die alte Genehmigung ausgeweitet. Soweit sich die Änderung auf Gegenstände der bestehenden Anlage bezieht, wird die bisherige Genehmigung in Reichweite der Änderungsgenehmigung ersetzt.<sup>36</sup> Damit ergeht mit der Änderungsgenehmigung zwar eine neue Genehmigung, diese knüpft aber an die ursprüngliche Genehmigung an und »ändert« diese.

Erfordern die geplanten Änderungen an einer bezuschlagten Windenergieanlage eine **neue Genehmigung, entfällt der Zuschlag** nach Vorstellung des Gesetzgebers. Dies soll selbst dann der Fall sein, wenn sämtliche Anlagenspezifika identisch mit denen der ursprünglichen Genehmigung sind.<sup>37</sup>

#### 4.1.1 Divergierende Behördenpraxis und Rechtsprechung zu Änderungstatbeständen bei Windenergieanlagen

Problematisch ist, dass für materiell vergleichbare Änderungstatbestände teilweise eine Änderungsanzeige, in der Regel eine Änderungsgenehmigung und in Einzelfällen sogar eine Neugenehmigung für erforderlich gehalten wird. **Vergleichbare Änderungstatbestände** können also **aufgrund** einer **divergierenden Verwaltungspraxis und Rechtsprechung weitreichende Folgen für den Bestand eines Zuschlags** haben.

Dies gilt beispielsweise für den in der Praxis häufig vorkommenden Wechsel eines **Anlagentyps**. Der lange Planungs- und Genehmigungsprozess oder die Preisentwicklung in der Ausschreibung können dazu führen, dass für die Realisierung der Anlage die Wahl eines moderneren Anlagentyps geboten ist. Denkbar ist aber auch, dass der zunächst geplante Anlagentyp vom Hersteller nicht mehr angeboten wird. Der überwiegende Teil der Rechtsprechung und die herrschende Meinung in der Literatur vertreten die Auffassung, dass auch der komplette Ersatz einer Anlage durch ein anderes Modell nicht zwingend eine Neuerrichtung darstellt.<sup>38</sup> Für die Frage, ob es sich (noch) um die Änderung des ursprünglich genehmigten Anlagentyps oder um eine Neuerrichtung handelt, soll vielmehr maßgeblich sein, in welchem Umfang der neue Anlagentyp vom alten abweicht. Sind die Anlagendaten im Hinblick auf

Leistung, Rotordurchmesser, Nabenhöhe und Gesamthöhe vergleichbar, wird dies als Änderung und nicht als Neugenehmigung bewertet.<sup>39</sup>

Sofern sichergestellt ist, dass durch die Änderung des Anlagentyps keine nachteiligen Auswirkungen i.S.d. § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG ersichtlich sind, reicht nach Auffassung des VGH München auch eine Änderungsanzeige aus.<sup>40</sup>

Das OVG Münster geht wiederum davon aus, dass bei einer Typenänderung stets eine Neugenehmigung erforderlich ist, da durch die Nichtrealisierung des bisherigen Anlagentyps auch dessen Bestandsschutz erloschen sei. Da bei einem Typwechsel kein Teil einer Windenergieanlage unverändert bleibe, sei in diesem Fall stets eine Neugenehmigung erforderlich.<sup>41</sup>

**Maßnahmen zur Instandsetzung, Reparatur und Unterhaltung**, durch die der genehmigte Zustand einer Anlage unverändert bleibt bzw. wieder hergestellt wird, stellen keine Änderung der Anlage dar. Kann ein Austausch von Teilen aufgrund qualitativer Abweichungen der neu eingesetzten Komponenten von den ursprünglich genehmigten Teilen nicht mehr als gleichartiger Austausch, der von der Genehmigung gedeckt ist, angesehen werden, ist je nach Auswirkungen auf die Schutzgüter des

<sup>36</sup> Jarass (Fn. 30), § 16 Rn 65.

<sup>37</sup> Begründung zu § 36f EEG 2017, BT-Drs. 18/8860, S. 212.

<sup>38</sup> Jarass (Fn. 30), § 16 Rn. 7; Reidt/Schiller, in: Landmann/Rohmer (Fn. 35), Rn. 32.

<sup>39</sup> OVG Lüneburg, Urteil vom 16. Februar 2017 – 12 LC 54/15; VG Frankfurt (Oder), Urteil vom 18. Januar 2017 – VG 5 K 1347/13; VG Würzburg, Urteil vom 20. Dezember 2016 – W 4 K 14.354; OVG Koblenz, Urteil vom 3. August 2016 – 8 A 10377/16.OVG; VGH München, Beschluss vom 8. Juni 2015 – 22 CS 15.686; VG Darmstadt, Beschluss

vom 17. Juni 2015 – 6 L 571/15.DA; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 21. November 2012 – OVG 11 S 38.12.

<sup>40</sup> VGH München, Beschluss vom 11. August 2016 – 22 CS 16.1052 u.a.; VGH München, Beschluss vom 15. Oktober 2012, 22 CS 12.2110 u.a.

<sup>41</sup> OVG Münster, Beschluss vom 25. Februar 2015 – 8 A 959/10; so auch VG Köln, Beschluss vom 19. Mai 2016 – 13 K 4121/14.

BlmSchG eine Anzeige nach § 15 BlmSchG oder eine Änderungsgenehmigung nach § 16 BlmSchG erforderlich.<sup>42</sup>

Auch bei **Standortverschiebungen** ist zu differenzieren: Im Fall einer kleinmaßstäblichen Standortverschiebung gehen die Gerichte davon aus, dass diese noch durch eine Änderungsgenehmigung nach § 16 BlmSchG gedeckt wird.<sup>43</sup> Der VGH München stellt bei einer Standortverschiebung darauf ab, ob die Auswirkungen auf die Schutzgüter offensichtlich gering sind und hält vor diesem Hintergrund in bestimmten Fällen eine Änderungsanzeige nach § 15 BlmSchG für möglich.<sup>44</sup> Bei größeren Standortverschiebungen, die gleichzeitig mit einem Überschreiten von Konzentrationszonen

einhergehen, geht insbesondere die ältere Rechtsprechung von Neuvorhaben aus.<sup>45</sup>

Unabhängig von Änderungen an der Anlage selbst oder am Standort ist eine weitere Fallkonstellation zu beachten: Wird die Genehmigung aufgrund einer fehlerhaften Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) aufgehoben, kann der Bescheid mit einer nachgeholt UVP für das identische Projekt erneut erteilt werden.<sup>46</sup> Jedenfalls für den Fall, dass der Begriff der »geänderten Genehmigung« i.S.d. § 36f Abs. 2 BlmSchG allein anhand der Kategorien des BlmSchG bestimmt wird, würde auch in dieser Konstellation der ersteigerte Zahlungsanspruch entfallen.

Tabelle 3: Rechtsprechungsübersicht zu Änderungstatbeständen bei Windenergieanlagen

| Materieller Änderungstatbestand  | Änderungsanzeige   | Änderungsgenehmigung   | Neugenehmigung  |
|--|--|--|---|
| <b>Änderung des Anlagentyps einschließlich einer Leistungserhöhung</b> | <p><b>VGH München, Beschluss vom 11. August 2016 – 22 CS 16.1052 u.a.</b><br/>Wechsel von Nordex N117 (2,4 MW, Gesamthöhe [GH] 199 Meter) zu Enercon E-115 (3,0 MW, GH 195 m)</p> <p><b>VGH München, Beschluss vom 15. Oktober 2012, 22 CS 12.2110 u.a.</b><br/>Wechsel von Enercon E-82 zum Nachfolgemodell Enercon E-82 E2</p> | <p><b>OVG Lüneburg, Urteil vom 16. Februar 2017 – 12 LC 54/15</b><br/>Wechsel von 11 Anlagen Enercon E-66/18.70 (1,8 MW) zu 10 Anlagen Enercon E-70 E4 (2,0 MW)</p> <p><b>VG Frankfurt (Oder), Urteil vom 18. Januar 2017 – VG 5 K 1347/13</b><br/>Wechsel von Enercon E-101 (3,0 MW, Rotordurchmesser [RD] 101 m, Nabenhöhe [NH] 135 m, GH 186 m) zu Vestas V112 (3,0 MW, RD 112 m, NH 140 m, GH 196 m)</p> <p><b>VG Würzburg, Urteil vom 20. Dezember 2016 – W 4 K 14.354</b><br/>Wechsel von Vestas V112 (3,0 MW, RD 112 m, NH 140 m, GH 196 m) zu Nordex N117 (2,4 MW, RD 117 m, NH 141 m, GH 199 m)</p> <p><b>OVG Koblenz, Urteil vom 3. August 2016 – 8 A 10377/16.OVG</b><br/>Wechsel von Enercon E-66/20.70 (2,0 MW, RD 70 m, NH 85 m) zu Enercon E-70 E4 (2,3 MW, RD 70 m, NH 85 m)</p> | <p><b>VG Köln, Beschluss vom 19. Mai 2016 – 13 K 4121/14</b><br/>Wechsel zu Anlagen mit anderer Typbezeichnung, höherer Nennleistung, größerem Rotordurchmesser und größerer Gesamthöhe</p> <p><b>OVG Münster, Beschluss vom 25. Februar 2015 – 8 A 959/10</b><br/>Wechsel von Enercon E-66 (1,8 MW, RD 70 m, NH 85 m) zu Enercon E-70 (2,0 MW, RD 70 m, NH 98 m)</p> |

<sup>42</sup> Agatz, [Windenergie-Handbuch](#), 14. Aufl. 2017, S. 16 f; OVG Lüneburg, Beschluss vom 19. Dezember 2016 – 12 ME 85/16.

<sup>43</sup> OVG Lüneburg, Urteil vom 16. Februar 2017 – 12 LC 54/15; VGH München, Beschluss vom 2. November 2016 – 22 CS 16.2048, 22 CS 16.2049; VG Darmstadt, Beschluss vom 17. Juni 2015 – 6 L 571/15.DA

<sup>44</sup> VGH München, Beschluss vom 2. November 2016 – 22 CS 16.2048, 22 CS 16.2049.

<sup>45</sup> Zur Bindungswirkung eines Bauvorbescheides bei einer Standortverschiebung OVG Lüneburg, Urteil vom 8. Mai 2012 – 12 LB 265/10.

<sup>46</sup> So im Fall VG Arnberg, Urteil vom 17. Oktober 2017 – 4 K 2130/16.

| Materieller Änderungstatbestand   | Änderungsanzeige | Änderungsgenehmigung   | Neugenehmigung   |
|---|------------------|--|--|
|   |                  | <p><b>VGH München, Beschluss vom 8. Juni 2015 – 22 CS 15.686</b><br/>                     Wechsel von Vestas V112 (3,0 MW, RD 112 m, NH 140 m) zu Nordex N117 (2,4 MW, RD 117 m, NH 141 m)</p> <p><b>VG Darmstadt, Beschluss vom 17. Juni 2015 – 6 L 571/15.DA</b><br/>                     Wechsel von Vestas V112 (3,0 MW, RD 112 m, NH 119 m) zu Vestas V126 (3,3 MW, RD 126 m, NH 137 m)</p> <p><b>OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 21. November 2012 – OVG 11 S 38.12</b><br/>                     Wechsel von Südwind S-77 (RD 77 m, NH 112 m) zu leistungsstärkerer Enercon E-82 (RD 82 m, NH 138 m) mit leichten Standortverschiebungen</p> |  |
| <p><b>Andere technische Änderungen an Rotorkreisfläche oder Nabenhöhe</b></p> |                  | <p><b>OVG Lüneburg, Beschluss vom 19. Dezember 2016 – 12 ME 85/16</b><br/>                     Anpassung der Kennzeichnung als Luftfahrthindernis, Änderung der Rotorblätter unter Verwendung des Schallschutzsystems mit sogenannten »Serrated Trailing Edges« unter Reduzierung der festgesetzten Schallleistungspegel für die Nachtstunden</p>  |  |
| <p><b>Standortverschiebung</b></p>  |                  | <p><b>OVG Lüneburg, Urteil vom 16 Februar 2017 – 12 LC 54/15</b><br/>                     Standortverschiebung für drei Anlagen um 35, 62 und 9 m</p> <p><b>VGH München, Beschluss vom 2. November 2016 – 22 CS 16.2048, 22 CS 16.2049</b><br/>                     Standortverschiebung um 10 m</p> <p><b>VG Darmstadt, Beschluss vom 17. Juni 2015 – 6 L 571/15.DA</b><br/>                     Standortverschiebung um 33 m</p> <p><b>OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 21. November 2012 – OVG 11 S 38.12</b><br/>                     leichte Standortverschiebungen</p>  | <p><b>OVG Lüneburg, Urteil vom 8. Mai 2012 – 12 LB 265/10</b><br/>                     Keine Bindungswirkung eines Bauvorbescheids bei einer Standortverschiebung um 20 bis 30 m bei zusätzlichem Überschreiten des Vorranggebiets</p> |

#### 4.1.2 Eigenständiges, EEG-konformes Verständnis des Begriffs der »geänderten Genehmigung«?

Aufgrund des unterschiedlichen Umgangs der Oberverwaltungsgerichte und der Genehmigungsbehörden mit materiell identischen Änderungsge-suchen führt ein isolierter Rückgriff auf das BImSchG zur Definition des Begriffs der »geänderten Genehmigung« in § 36f EEG 2017 zu einer erheblichen Ungleichbehandlung der Zuschlagsinhaber.

Dem Wortlaut des § 36f Abs. 2 EEG 2017 lässt sich nicht entnehmen, ob der Begriff der »geänderten Genehmigung« ausschließlich an die Kategorien des BImSchG anknüpft. Insoweit steht der Begriff der Auslegung offen.

Sofern der Gesetzgeber von einer Neufassung des § 36f Abs. 2 EEG 2017 absieht, die eine Gleichbehandlung aller Zuschlagsinhaber im Fall von Änderungen an den geplanten Anlagen gewährleistet, sollte zumindest ein eigenständiges, EEG-konformes Verständnis der Norm angestrebt werden.

Um eine einheitliche Behandlung von materiell vergleichbaren Änderungen an Windenergieanlagen zu erreichen, bietet sich das Heranziehen

eines am Sinn und Zweck des EEG ausgerichteten Begriffs der »geänderten Genehmigung« an. Danach sollte nicht nur dann eine geänderte Genehmigung vorliegen, wenn dies nach den Kategorien des BImSchG zu bejahen ist. Maßgeblich sollte stattdessen sein, ob zwischen der Ursprungsanlage und der geänderten Anlage noch eine derartige Identität besteht, dass von der gleichen Anlage i.S.d. EEG ausgegangen werden kann. Anhaltspunkte dafür könnten dem Hinweis 2017/6 der Clearingstelle EEG|KWKG (Clearingstelle)<sup>47</sup> entnommen werden.

Da eine **entsprechende Rechtsprechung oder** aber ein **Hinweis der Clearingstelle noch ausstehen**, ist gegenwärtig **die Entscheidung der Behörden und Gerichte**, ein bestimmtes Änderungsansinnen durch **eine Änderungsgenehmigung zuzulassen oder aber eine Neugenehmigung zu erlassen**, für das **Weiterbestehen des Zuschlags maßgeblich**.

#### Änderung einer bestehenden Genehmigung i.S.d. § 36f Abs. 2 EEG 2017 – das Wichtigste in Kürze

Genehmigungen für Windenergieanlagen werden in der Praxis häufig geändert. Erfolgt die Änderung der Genehmigung nach Erteilung des Zuschlags, bleibt der Zuschlag nach der Regelung des § 36f Abs. 2 EEG 2017 auf die geänderte Genehmigung bezogen bestehen. Im Falle einer neuen Genehmigung sollen nach der Intention des Gesetzgebers der Zuschlag und damit auch der Zahlungsanspruch hingegen entfallen.

Problematisch ist, dass aufgrund einer divergierenden Verwaltungspraxis und Rechtsprechung für vergleichbare Änderungstatbestände teilweise eine Änderungsanzeige für ausreichend erachtet wird, in der Regel eine Änderungsgenehmigung erforderlich ist und in Einzelfällen sogar eine Neugenehmigung gefordert wird. Dies hat zur Folge, dass bei ähnlichen Änderungen – etwa im Hinblick auf die Errichtung eines moderneren Anlagentyps – der Zuschlag und damit auch die Förderzusage entfallen, während sie in vergleichbaren Fällen bestehen bleibt. Dies hätte eine massive Ungleichbehandlung der bezuschlagten Bieter zur Folge.

Um eine derartige Ungleichbehandlung auszuschließen, wäre ein EEG-konformes Verständnis des Begriffs der »geänderten Genehmigung« wünschenswert. Ein derartiges Verständnis hat sich bislang aber weder in der Verwaltungspraxis noch in der Rechtsprechung herausgebildet.

<sup>47</sup> Clearingstelle EEG|KWKG, [Hinweis 2017/6](#) zur Auslegung und Anwendung des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 vom 30. Mai 2017.



## 4.2 Änderung der Genehmigung bei sogenannten Übergangsanlagen

Die Frage, wie sich bestimmte Änderungen auf den Fortbestand des Zahlungsanspruchs auswirken, stellt sich auch bei sogenannten Übergangsanlagen. Allerdings kann hier bereits auf

einen Hinweisbeschluss der Clearingstelle zurückgegriffen werden, welcher gute Anhaltspunkte für den Umgang mit der unklaren Rechtslage gibt.

### 4.2.1 Übergangsregelungen für vor 2017 genehmigte Anlagen

Windenergieanlagen, die vor dem 1. Januar 2017 genehmigt worden sind, können die Marktprämie auf Grundlage der gesetzlich geregelten anzulegenden Werte in Anspruch nehmen. Auf diese Regelung greifen zahlreiche Betreiber solcher Anlagen zurück, da die Kalkulation ihrer Projekte oft noch auf den bislang geltenden Fördersätzen beruht.<sup>48</sup> Entsprechend begründet auch der Gesetzgeber die in § 22 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2017 geregelte Ausnahme in erster Linie mit dem Vertrauensschutz. Damit die Ausnahme greift, muss die Übergangsanlage bis spätestens 31. Dezember 2018 in Betrieb genommen worden sein.

Damit die Anlage vor dem 1. Januar 2017 als genehmigt galt, musste der Behördenbescheid vor diesem Datum ausgestellt worden sein. Die Clearingstelle empfiehlt im Hinweisbeschluss 2017/6, allein auf das Ausstellungsdatum der Genehmigung abzustellen. Der Zugang der Genehmigung vor diesem Termin sei nicht erforderlich.<sup>49</sup> Die Bestandskraft der Genehmigung war zur Wahrung der Frist nicht erforderlich.

Um die staatlich festgelegte Förderung in Anspruch nehmen zu können, musste die immissionsschutzrechtlich genehmigte Anlage zudem bis spätestens 31. Januar 2017 mit allen erforderlichen Angaben an das Marktstammdatenregister der Bundesnetzagentur gemeldet worden sein.

Nach § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. c EEG 2017 stand es dem Anlagenbetreiber frei, auf den Anspruch des gesetzlich festgelegten anzulegenden Werts zu verzichten und stattdessen am Ausschreibungsverfahren teilzunehmen. Dieser Verzicht musste vor dem 1. März 2017 gegenüber der Bundesnetzagentur schriftlich erklärt werden. Anlagen mit Anspruch auf staatlich festgelegte Fördersätze bleiben von der Ausschreibung ausgeschlossen (§ 22 Abs. 6 EEG 2017), um zu verhindern, dass Betreiber zwischen verschiedenen Förderregimen wechseln und sich das für sie beste »herauspicken«.

### 4.2.2 Hinweisbeschluss der Clearingstelle zu geänderten Übergangsanlagen

Werden Änderungen an einer vor dem 1. Januar 2017 genehmigten Windenergieanlage vorgenommen, ist gesetzlich nicht geregelt, ob die Voraussetzung für den Anspruch auf die gesetzlichen Fördersätze weiter besteht. Insbesondere fehlt für diese Übergangsanlagen eine dem § 36f Abs. 2 EEG 2017 vergleichbare Regelung, die den Fortbestand der Genehmigung i.S.d. § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 auch im Falle einer Änderung an der Anlage vorsieht. Dieser Umstand hat in der Praxis für große Verunsicherung gesorgt.

Die Clearingstelle spricht sich in ihrem Hinweis 2017/6 dafür aus, dass Änderungen, welche

die Anlage i.S.d. EEG unverändert lassen, die Genehmigung i.S.d. § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 und damit auch den Förderanspruch nicht entfallen lassen – und zwar unabhängig davon, ob eine Änderungsanzeige nach § 15 BImSchG oder eine Änderungsgenehmigung nach § 16 BImSchG erforderlich ist.<sup>50</sup> Dies soll nach Auffassung der Clearingstelle zumindest für die folgenden Änderungen gelten:

- Errichtung eines Nachfolgetyps der ursprünglich genehmigten Windenergieanlage, wenn der genehmigte Typ nicht mehr hergestellt wird,

<sup>48</sup> Von der Option, auf den gesetzlichen Zahlungsanspruch freiwillig zu verzichten und stattdessen an der Ausschreibung teilzunehmen, wurde bis zum Stichtag 28. Februar 2017 nur für 475 MW Gebrauch gemacht. Rund 8.000

MW der vor 2017 genehmigten Windenergieleistung blieb in der Übergangssystematik des § 22 Abs. 2 EEG 2017.

<sup>49</sup> Clearingstelle (Fn. 47), Rn. 42 ff.

<sup>50</sup> Clearingstelle (Fn. 47), Rn. 42 ff.

- Errichtung eines Nachfolgetyps der ursprünglich genehmigten Windenergieanlage, wenn der genehmigte Typ nicht mehr den technischen Anforderungen an Windenergieanlagen entspricht bzw. in absehbarer Zukunft nicht mehr entsprechen wird,
- Errichtung eines nach Höhe und Leistung vergleichbaren Anlagentyps auch eines anderen Herstellers, wenn der genehmigte Typ nicht mehr hergestellt wird,
- Errichtung eines nach Höhe und Leistung vergleichbaren Anlagentyps auch eines anderen Herstellers, wenn der genehmigte Typ nicht mehr den technischen Anforderungen an Windenergieanlagen entspricht bzw. in absehbarer Zukunft nicht mehr entsprechen wird,
- andere technische Änderungen an Rotorkreisfläche oder Nabenhöhe, soweit sie zwingend oder in absehbarer Zukunft geboten erscheinen,
- Leistungserhöhungen, die nicht mit physischen Änderungen an der genehmigten Anlage einhergehen, etwa bedingt durch eine Aktualisierung der Software der Anlagensteuerung,
- Änderungen der Planung zum Fundament der genehmigten Windenergieanlagen,
- geringfügige Veränderung des genehmigten Standorts, z. B. wegen veränderter Planung der Zuwegung.

Ein Hinweis der Clearingstelle hat keine Rechtsverbindlichkeit. Dies bedeutet, dass Gerichte im Falle eines Rechtsstreits nicht an die Beschlüsse der Clearingstelle gebunden sind. Daher sind die Folgen einer Genehmigungsänderung für das Bestehen der Förderzusage – und dies gilt im Fall von Übergangsanlagen sogar für eine erteilte Änderungsgenehmigung i.S.d. § 16 Abs. 1 BImSchG – noch nicht abschließend geklärt.

Gleichwohl sprechen gewichtige Gründe für das Verständnis der Clearingstelle: Sinn und Zweck der Regelung des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 bestehen darin, »Investoren Sicherheit zu geben und so eine kontinuierliche Entwicklung beim Ausbau der Windenergie an Land zu ermöglichen«.<sup>51</sup> Dieser Zweck würde unterlaufen, wenn jede (wesentliche) Änderung i.S.d. BImSchG die Ursprungsgenehmigung entfallen ließe und damit zu einem Wegfall des Zahlungsanspruchs führen würde. Dies hätte zur Konsequenz, dass mit der geänderten Anlage ein Ausschreibungsverfahren erfolgreich zu durchlaufen wäre, um wieder einen Förderanspruch zu erlangen.

### Änderung der Genehmigung bei sogenannten Übergangsanlagen – das Wichtigste in Kürze

Anlagen, die vor dem 1. Januar 2017 immissionsschutzrechtlich genehmigt worden sind und vor dem 1. Januar 2019 in Betrieb genommen werden, können ohne die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren gefördert werden. Ergeht eine Änderungsgenehmigung zu der vor dem 1. Januar 2017 erteilten Genehmigung, ist mangels einer § 36f Abs. 2 EEG 2017 entsprechenden Vorschrift gesetzlich nicht geregelt, ob dadurch die ursprüngliche Genehmigung i.S.d. § 22 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b) EEG 2017 und damit auch der Zahlungsanspruch ohne Ausschreibungsteilnahme entfällt.

Die Clearingstelle spricht sich in ihrem Hinweis 2017/6 dafür aus, dass Änderungen, welche die Anlage i.S.d. EEG unverändert lassen, die Genehmigung und damit auch den Förderanspruch nicht entfallen lassen. Dies soll unabhängig davon gelten, ob eine Änderungsanzeige nach § 15 BImSchG oder eine Änderungsgenehmigung nach § 16 BImSchG erforderlich ist. Für die Auffassung der Clearingstelle sprechen gewichtige Argumente; eine rechtliche Bindung kommt dem Hinweis allerdings nicht zu.

<sup>51</sup> Begründung zu § 22 EEG 2017, BT-Drs. 18/8860, S. 197.



## 5. Verlängerung der Realisierungsfrist für bezuschlagte Anlagen

§ 36e Abs. 2 EEG 2017 sieht die Möglichkeit vor, die Realisierungsfrist für Windenergieanlagen, die im Rahmen der Ausschreibung eine Förderzusage erhalten haben, einmalig zu verlängern. Zuständig für die Erteilung dieser Fristverlängerung ist die Bundesnetzagentur.

Eine Verlängerung der Realisierungsfrist nach § 36 Abs. 2 EEG 2017 ist nur unter **engen Voraussetzungen** möglich: Zum einen muss entweder ein **Widerspruch** oder eine **Klage gegen die Genehmigung** nach Abgabe des Gebots eingelegt worden sein. Darüber hinaus muss die Genehmigung in **diesem Zusammenhang** für **sofort vollziehbar** erklärt worden sein. Mit diesen Voraussetzungen will der Gesetzgeber gewährleisten, dass die Realisierungsfrist nur dann verlängert wird, wenn eine Verzögerung durch einen wenig erfolgversprechenden Rechtsbehelf droht.<sup>52</sup>

Sowohl der Wortlaut der Norm als auch die Gesetzesbegründung sprechen dafür, dass die häufig schon vor der Drittanfechtung erfolgte Anordnung der sofortigen Vollziehung durch die Genehmigungsbehörde als Voraussetzung für eine Fristverlängerung nach § 36e Abs. 2 EEG 2017 nicht ausreicht. Stattdessen scheint der Gesetzgeber eine Anordnung der sofortigen Vollziehung »im Zusammenhang« mit dem Rechtsbehelf eines Dritten zu fordern.<sup>53</sup>

Fordert man die Anordnung der sofortigen Vollziehung im Zusammenhang mit dem Rechtsbehelf eines Dritten, hätte dies zur Folge, dass sämtliche Projekte, deren Genehmigungen bereits bei Erlass für sofort vollziehbar erklärt worden wären, von der Möglichkeit einer Fristverlängerung ausgeschlossen wären. Wird eine Genehmigung bereits bei Erlass für sofort vollziehbar erklärt, kann dies im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes nicht noch einmal ausgesprochen werden. Vor diesem Hintergrund

stellt sich die Frage, ob zumindest bei solchen Projekten, bei denen mit einem Rechtsbehelf Dritter zu rechnen ist, auf die Erklärung der sofortigen Vollziehbarkeit bei Erteilung der Genehmigung verzichtet werden sollte.

Liegen die Voraussetzungen für eine Fristverlängerung nach § 36e Abs. 2 EEG 2017 vor, muss die Bundesnetzagentur eine entsprechende Fristverlängerung genehmigen. Die Dauer der Fristverlängerung liegt im Ermessen der Behörde, soll aber höchstens für die Dauer der Gültigkeit der Genehmigung ausgesprochen werden.<sup>54</sup>

Der Zeitraum, in dem mit der Errichtung und dem Betrieb einer Windenergieanlagen begonnen werden muss, damit die Genehmigung nicht erlischt, ist häufig nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG befristet. In der Praxis beträgt diese Frist in der Regel drei Jahre. Eine Verlängerung ist jedoch nach § 18 Abs. 3 BImSchG möglich. Voraussetzung dafür ist ein »wichtiger Grund«, der vorliegt, wenn die Genehmigung angefochten wurde und daher von ihr kein Gebrauch gemacht werden kann.<sup>55</sup> Zumindest aus Sicht des Vorhabenträgers bietet es sich insofern an, vor einem Antrag auf Fristverlängerung nach § 36e Abs. 2 EEG 2017 gegebenenfalls zunächst die Gültigkeit immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zu verlängern. Dies gilt umso mehr, da nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Norm nur eine einmalige Verlängerung der Realisierungsfrist möglich ist.

Genehmigungsbehörden können der Tatsache, dass eine Anfechtung der Genehmigung ihre Umsetzung hemmt, auch unmittelbar dadurch Rechnung tragen, dass sie die Umsetzungsfrist nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG bereits von vornherein auf einen 3-Jahres-Zeitraum nach Bestandskraft der Genehmigung festlegen.

<sup>52</sup> Begründung zu § 36f EEG 2017, BT-Drs. 18/8860, S. 212.

<sup>53</sup> Begründung zu § 36e EEG 2017, BT-Drs. 18/8860, S. 212.

<sup>54</sup> Begründung zu § 36f EEG 2017, BT-Drs. 18/8860, S. 212.

<sup>55</sup> Jarass, (Fn. 30), § 18 Rn. 17.

## Verlängerung der Realisierungsfrist für bezuschlagte Anlagen – das Wichtigste in Kürze

Die Verlängerung der Umsetzungsfrist kann die Bundesnetzagentur auf Antrag des Zuschlaginhabers nach § 36e Abs. 2 EEG 2017 einmalig verlängern. Voraussetzung dafür ist, dass gegen die im bezuschlagten Gebot angegebene Genehmigung ein Rechtsbehelf eingelegt worden ist, und dass die sofortige Vollziehbarkeit der Genehmigung in diesem Zusammenhang angeordnet worden ist. Aufgrund dieser Voraussetzungen sollte zumindest erwogen werden, ob die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit bereits bei Erteilung der Genehmigung in allen Fällen sinnvoll ist, da sie einer späteren Fristverlängerung bei einem restriktiven Verständnis der Norm entgegenstehen könnte.

Da die Fristverlängerung höchstens für die Dauer der Gültigkeit der Genehmigung gewährt werden darf, sollte diese zunächst geprüft und gegebenenfalls verlängert werden. Aus Behördensicht bietet es sich unter Umständen an, die Umsetzungsfrist nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG bereits von vornherein auf einen 3-Jahres-Zeitraum nach Bestandskraft der Genehmigung festzulegen.

## 6. Informationspflichten der Genehmigungsbehörden

Die Bundesnetzagentur ist nach § 85b EEG 2017 befugt, bestimmte Informationen bei den Genehmigungsbehörden einzuholen. Diese Auskunftsansprüche betreffen in erster Linie die Angaben, die der Bieter zu der oder den im Gebot angegebenen immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen gemacht hat.

Im Einzelnen darf die Bundesnetzagentur Angaben darüber verlangen,

- ob und zu welchem Zeitpunkt unter dem Aktenzeichen eine Genehmigung erteilt worden ist und wer Genehmigungsinhaber ist,
- auf welchen Standort, welche Anlagenzahl und welche installierte Leistung sich die Genehmigung bezieht,
- welche Fristen nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG für den Beginn der Errichtung oder des Betriebs der Anlage gesetzt und ob diese nachträglich verlängert worden sind,
- ob die Genehmigung ganz oder teilweise bestandskräftig geworden ist oder ob gegen diese oder Teile der Genehmigung Rechtsbehelfe Dritter anhängig sind,
- ob und inwieweit hinsichtlich der jeweiligen Genehmigung durch die zuständige Behörde oder die zuständigen Gerichte die sofortige Vollziehung angeordnet worden ist und ob und inwieweit die zuständigen Gerichte eine Anordnung der sofortigen

Vollziehung bestätigt oder aufgehoben haben und

- wann die Genehmigung ausläuft<sup>56</sup> und die Anlage zurückgebaut werden muss.

Die Bieter müssen den Geboten im Ausschreibungsverfahren die immissionsschutzrechtliche Genehmigung nicht beifügen; die Richtigkeit der Angaben ist damit für die Bundesnetzagentur nicht ohne weiteres überprüfbar. Anhand der oben angeführten Auskunftsansprüche kann sie die Angaben eines Bieters jedoch durch die zuständige Genehmigungsbehörde bestätigen lassen.

Die genannten Informationen darf die Bundesnetzagentur nicht nur dann anfordern, wenn sie konkrete Anhaltspunkte dafür hat, dass ein Bieter mit seinem Gebot falsche Angaben gemacht hat. Sie kann Auskünfte auch anfordern, um durch stichprobenartige Kontrollen die Richtigkeit der Angaben der Bieter zu prüfen. Dies ist nach Auffassung des Gesetzgebers erforderlich, da andernfalls Falschangaben in einigen Fällen nicht auffallen würden.<sup>57</sup>

Stellt die Bundesnetzagentur eine Anfrage nach § 85b Abs. 1 EEG 2017, ist die Behörde zur Erteilung der Auskunft verpflichtet.

<sup>56</sup> Der Gesetzgeber hat hier scheinbar übersehen, dass immissionsschutzrechtliche Genehmigungen generell unbefristet erteilt werden bzw. eine Befristung dieser Genehmigungen nach § 12 BImSchG explizit unzulässig ist, so dass

es kein »Auslaufdatum« einer nach BImSchG erteilten Genehmigung gibt.

<sup>57</sup> Begründung zu § 85b EEG 2017, BT-Drs. 18/8860, S. 252 f.

### **Informationspflichten der Genehmigungsbehörden – das Wichtigste in Kürze**

Die Bundesnetzagentur darf von den Genehmigungsbehörden Auskünfte im Hinblick auf die Angaben, die ein Bieter zu der oder den im Gebot angegebenen immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen gemacht hat, einholen. Die einzelnen Auskunftsansprüche finden sich in § 85b EEG 2017.

**Fachagentur Windenergie an Land e.V.**

Fanny-Zobel-Straße 11 | 12435 Berlin  
T +49 30 64 494 60-60 | F +49 30 64 494 60-61  
post@fa-wind.de | www.fachagentur-windenergie.de