

Stellungnahme

zum Hinweisverfahren 2017/6 der Clearingstelle EEG

„Genehmigungen von Übergangs-
Windenergieanlagen im EEG 2017“

Berlin, 23. März 2017

Verfahrensfragen

1. Ist es notwendig, dass die Genehmigung nach § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. a EEG 2017 vor dem 1. Januar 2017 dem Genehmigungsinhaber zugegangen ist, oder kann die Rechtsfolge des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 bereits dann eintreten, wenn die Genehmigung ein Datum vor dem 1. Januar 2017 trägt?
2. Führt das Vorliegen einer Änderungsgenehmigung nach § 16 Abs. 1 BImSchG, die nach dem 31. Dezember 2016 ausgestellt wurde, zu einem Wegfall der Rechtsfolge des § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017?

Stellungnahme:

Der BDEW begrüßt die Durchführung des vorliegenden Verfahrens. Soweit in der nachfolgenden Stellungnahme auf einzelne Darstellungen im Hinweisentwurf nicht eingegangen wird, teilt der BDEW die entsprechenden Ausführungen der Clearingstelle EEG.

1. Verfahrensfrage 1:

Leitsatz 1 und Ausführungen unter Rdn. 42 ff. des Hinweisentwurfs

Hinsichtlich der Rechtsansicht der Clearingstelle EEG in Leitsatz 1, dass es für die Einhaltung der Frist „vor dem 1. Januar 2017 nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigt worden“ allein auf das Ausstellungsdatum der Genehmigung und nicht auf deren Zugang oder Bekanntmachung ankommt, verweist der BDEW auf die Ausführungen in seiner Stellungnahme zum Verfahren 2012/10¹.

Kam es in dem Verfahren noch darauf an, wann eine privatrechtliche Erklärung abgegeben worden ist, ist nun im vorliegenden Verfahren maßgeblich, wann überhaupt eine Genehmigung im Sinne des BImSchG vorliegt. Dies trifft nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen erst dann zu, wenn die Genehmigung dem Adressaten, d.h. dem Antragsteller, zugegangen ist. § 43 VwVfG regelt hinsichtlich der Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes, dass ohne dessen Bekanntgabe der Verwaltungsakt nicht existent ist:

„Ein Verwaltungsakt wird gegenüber demjenigen, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in dem er ihm bekannt gegeben wird.“

Der BDEW teilt daher die Rechtsansicht der Clearingstelle EEG nicht, dass es für die Fristeinhaltung auf das Ausstellungsdatum der Genehmigung ankommt.

Die Rechtsansicht des BDEW entspricht auch der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017. Wie in Rdn. 37 des Hinweisentwurfs wiedergegeben, spricht der Gesetzgeber dort davon, dass

¹ Link zur Verfahrensseite: <https://www.clearingstelle-eeg.de/hinww/2012/10>.

„Windenergieanlagen an Land, die bis Ende 2016 eine Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) erhalten haben und diese bis 31. Januar 2017 im Register registriert haben,....“.

Die Begriffe „erhalten haben“ sprechen für den Zugang der Genehmigung als maßgeblichen Zeitpunkt, aber nicht für das Datum der Ausstellung der Genehmigung.

Zu beachten ist außerdem, dass sich beim Anlagenbetreiber ein Vertrauensschutz erst ergeben kann, wenn die entsprechende Genehmigung ihm zugegangen ist. Erst dann ist sie ihm gegenüber wirksam geworden und erst dann ergibt sich für den Anlagenbetreiber eine ihn begünstigende immissionsschutzrechtliche Rechtslage. Eine Bindung der Frist an die Ausstellung der Genehmigung vernachlässigt daher, dass die Ausstellung selber keinen Vertrauensschutz begründen kann, zumindest nicht zu dem Zeitpunkt, an dem die Ausstellung erfolgt ist.

2. Verfahrensfrage 2:

Leitsatz 3 und Ausführungen unter Rdn. 46 ff. des Hinweistwurfs

Der BDEW hält den Leitsatz 3 Satz 1 sowie die diesbezüglichen Ausführungen in Rdn. 51 f. und 62 für zu weitgehend und nicht hinreichend genau genug. Die in der Praxis von den Begriffen „sofern es sich um branchenübliche Veränderungen handelt, die typischerweise im Laufe der Umsetzung eines Windenergieprojekts auftreten“ umfassten Fälle gehen teilweise weit über die unter Satz 2 a) bis h) des Leitsatzes bzw. die in Rdn. 52 dargestellten Fälle hinaus.

So wird man sich die Frage stellen, ob es branchenüblich ist, wenn Windenergieanlagen mit einer höheren Leistung nach Erlangen einer BImSchG-Genehmigung anstelle von Windenergieanlagen mit einer geringeren Leistung beschafft werden, wenn die Windenergieanlagen mit einer höheren Leistung sich nach Erhalt der Genehmigung als kostengünstiger als diejenigen mit einer geringeren Leistung erwiesen haben. Eine kaufmännische Optimierung innerhalb der immissionsschutzrechtlichen Grenzen ist nachvollziehbar und nicht per se unzulässig. Sie hätte aber hier zur Konsequenz, dass der Anlagenbetreiber seinen Vertrauensschutz hinsichtlich der Genehmigung, die zu den leistungsschwächeren Anlagen erging, verliert.

So fehlt in den Leitsätzen auch die in Rdn. 53 befindliche Aussage, dass Leistungsänderungen im Grundsatz als wesentliche Änderungen einzustufen sind, die den Vertrauensschutz entfallen lassen. Nur alleine aus den Ausführungen zu Leitsatz 3 lässt sich diese Aussage nicht entnehmen.

Hinsichtlich der Vorlage eines „Nachfolgetyps“ sollte bereits im Leitsatz 3 dem Anlagenbetreiber eine Darlegungs- und ggf. Beweislast aufgegeben werden. Für den Netzbetreiber ist die Nachfolge-Eigenschaft einer Windenergieanlage nicht ohne Weiteres erkennbar. Daher wäre anderenfalls zu befürchten, dass bei einer geänderten Planung wegen Errichtung von Windenergieanlagen mit jeweils höherer Leistung die nun zu errichtenden Anlagen vom Anlagenbetreiber als Nachfolgeanlagen zu den ursprünglich genehmigten bezeichnet werden, ohne dass dies zutrifft.

Dies greift auch die Problemstellung auf, was anzunehmen ist, wenn die Leistungserhöhung mit einem weiteren Element wie der anstehenden Verabschiedung technischer Richtlinien zusammentrifft, und fraglich ist, welcher Umstand den höheren Ausschlag für die Änderung des Konzeptes gegeben hat. Da Windenergieanlagen einen tendenziell längeren Errichtungszeitraum benötigen, als Biomasseanlagen, mag dieser Umstand bei Windenergieanlagen eher zutreffen. Die Bestellung einer leistungshöheren Biomasseanlage, die bereits einen höheren technischen Standard erfüllt, aber sicherlich noch vor Verabschiedung der neueren technischen Richtlinien in Betrieb geht, vermag dann kaum noch durch diese technische Optimierung begründet werden zu können. Es liegt dann nahe, dass die Hauptmotivation in der Bestellung einer leistungsstärkeren Anlage liegt. Insoweit ist die Darlegung der Motivationslage des Anlagenbetreibers, wie in Rdn. 54 des Hinweisentwurfs dargestellt, wesentliche Voraussetzung dafür, dass bei einer Leistungserhöhung noch ein Vertrauensschutz angenommen werden könnte.

Die Aussage in Rdn. 60, dass Änderungen, die jenseits von Leistungsänderungen die Anlagen im branchenüblichen Umfang technisch optimieren, die WEA in der Regel nicht „wesentlich“ ändern, sollte überprüft werden. Denkbar ist z.B. die Erhöhung der Nabenhöhe bei gleichbleibender Leistung des Generators in der Gondel einer Windenergieanlage. Eine solche Änderung mag aus Optimierungsgründen sinnvoll sein, z.B. nach Vorlage eines abschließenden Windgutachtens, und mag dann eine Änderungsgenehmigung nach sich ziehen. Allerdings würde in diesem Falle – wegen wesentlicher Veränderung der Anlage ohne Auswirkung auf deren installierte Leistung – der Vertrauensschutz des Anlagenbetreibers wegfallen. Gleiches würde gelten bei Wahl eines größeren Rotordurchmessers mit gleichem Generator in der Gondel.

Der BDEW regt außerdem den Gedanken an, dass Änderungen, die außerhalb des EEG-Anlagenbegriffs aber innerhalb des BImSchG-Anlagenbegriffs stattfinden, von sich aus nicht im Rahmen von § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 relevant sein können. Änderungen, die folglich im Rahmen der BImSchG-Genehmigung relevant sein würden, aber sich nur auf Peripherieeinrichtungen wie

- Trafostation,
- Anschlussleitung oder
- Zuwegung

erstrecken würden, können den Vertrauensschutz aus Sicht des EEG nicht erschüttern, weil sich dieser immer auf die EEG-Anlage richtet.

Schließlich empfiehlt der BDEW, die Darstellungen im Hinweisentwurf noch um

- das Spannungsverhältnis zwischen den Interessen des Gesetzgebers an der Hineinführung von EEG-Anlagen in die Ausschreibungspflicht und im Gegenzug dem Vertrauensschutz der Anlagenbetreiber, keiner Ausschreibungspflicht zu unterliegen, sowie
- Fälle, in denen die Anlage nach ihrer Inbetriebnahme verändert wird und hierfür eine erneute (Änderungs-) Genehmigung benötigt,

zu erweitern.

Ersteres ist insbesondere insoweit aus teleologischen Gesichtspunkten relevant, als es hilft, unerhebliche von erheblichen Änderungen abzugrenzen. Speziell kann angeführt werden, dass der Gesetzgeber durch Anknüpfung der Ausschreibungspflicht an eine Leistungsgrenze in § 22 Abs. 2, 3 und 4 EEG 2017 bereits vom Prinzip her feststellt, dass Leistungsänderungen im Zuge der weiteren Anlagenplanung nach Auffassung des Gesetzgebers eher gegen einen Vertrauensschutz sprechen, als dafür.

Letzteres sollte zumindest insoweit dargestellt werden, als dass die Veränderung und nachträgliche (Änderungs-) Genehmigung dann unproblematisch ist, wenn die ursprüngliche Genehmigung sowie die Inbetriebnahme der Anlage die Daten in § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 einhalten.

So ist in Ergänzung der vorstehenden Ausführungen zu Änderungen beim BImSchG-Anlagenbegriff, die jenseits des EEG-Anlagenbegriffs stattfinden, auch denkbar, dass Änderungen, die EEG-förderseitig nicht relevant sind, unter Berücksichtigung der Interessen des EEG-Gesetzgebers den Vertrauensschutz des Anlagenbetreibers auf die vorliegende BImSchG-Genehmigung nicht erschüttern können. Denkbar wären hier folgende Fälle, bei denen sich die Änderung noch innerhalb des EEG-Anlagenbegriffs abspielen würde, aber mglw. eine Änderungsgenehmigung erfordern würde:

- Änderung der Befeuerng der Windenergieanlage,
- Änderung des Frostschutzes bzw. des Schutzes vor Eisabwurf bei den Flügeln der Windenergieanlage und
- Änderungen bei der Gründung bzw. beim Fundament der Anlage².

² Hierbei ist zu beachten, dass umstritten ist, ob das Fundament einer Windenergieanlage zur Anlage dazu gehört, oder nicht.

Ansprechpartner:

Zum EEG:

Ass. iur. Christoph Weißenborn
Telefon: +49 30 300199-1514
christoph.weissenborn@bdew.de

Zum BImSchG und Verwaltungsrecht:

Ass. iur. Thorsten Fritsch
Telefon: +49 30 300199-1519
thorsten.fritsch@bdew.de