

2016/13

10. August 2016

## Votum

*Anonymisierte Fassung zur Veröffentlichung – in eckige Klammern gesetzte Informationen sind zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verfremdet.*

Leitsatz:

**Ein immissionsschutzrechtlicher Vorbescheid ist keine Genehmigung i. S. v. § 100 Abs. 3 EEG 2014<sup>1</sup>.**

In dem Votumsverfahren

1. [...]

– Anspruchstellerin –

2. [...]

– Anspruchsgegnerin –

erlässt die Clearingstelle EEG durch den Vorsitzenden Dr. Lovens, die rechtswissenschaftliche Koordinatorin Baera und das Mitglied Dr. Winkler auf der Grundlage der vorgelegten Unterlagen im schriftlichen Verfahren am 10. August 2016 einstimmig folgendes Votum:

**Auf den in den Windenergieanlagen der Anspruchstellerin in [...] erzeugten Strom finden auf Basis des am 15. Februar 2013 erteilten Vorbescheides gemäß § 100 Abs. 3 EEG 2014 die Regelungen des § 100 Abs. 1 EEG 2014 keine Anwendung.**

---

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

## I Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten darüber, ob die Voraussetzungen der Übergangsbestimmung in § 100 Abs. 3 EEG 2014 erfüllt sind. Insbesondere ist streitig, ob der Vorbescheid für die Errichtung der Windenergieanlagen der Anspruchstellerin eine Genehmigung im Sinne der Übergangsbestimmung ist und infolgedessen die Vergütungsvorschriften des EEG 2012<sup>2</sup> anzuwenden sind.
- 2 Die Anspruchstellerin betreibt in [...] insgesamt vier Windenergieanlagen (im Folgenden: WEA):
  - drei WEA des Typs E-101 mit einer installierten Leistung von jeweils 3 050 kW und
  - eine WEA des Typs E-82 mit einer installierten Leistung von 2 300 kW.
- 3 Am 14. September 2012 stellte die Anspruchstellerin für diese in Planung befindlichen WEA einen Antrag auf Erteilung eines Vorbescheides für die Errichtung und den Betrieb der WEA bei der zuständigen Behörde nach § 9 Abs. 1 Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG).<sup>3</sup> Dieser Antrag wurde am 27. November 2012 ergänzt. Die Stadt [...] als zuständige Untere Immissionsschutzbehörde leitete daraufhin das Vorbescheidsverfahren ein, an dem verschiedene Träger öffentlicher Belange beteiligt wurden. Wegen der Einzelheiten der Anhörung und Stellungnahmen wird auf die zur Akte gereichten Unterlagen verwiesen.
- 4 Die Stadt [...] erließ am 15. Februar 2013 einen Vorbescheid nach § 9 Abs. 1 BImSchG. Es wurde in Ziffer 1.1 des Vorbescheides festgestellt, dass die WEA zulässig seien. In Ziffer 1.2 des Vorbescheides heißt es (auszugsweise):

„Die Genehmigungsvoraussetzungen des § 6 Abs. 1 Nr. 1 und 2 i. V. m. § 5 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 3 BImSchG liegen vor bzw. können hergestellt werden.“

<sup>2</sup>Gesetz 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>.

<sup>3</sup>Bundes-Immissionsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 26.09.2002 (BGBl. I S. 3830), in der Fassung der Änderung durch Art. 2 des Gesetzes v. 27.06.2012 (BGBl. I S. 1421).

5 Ziffer 1.3 des Vorbescheides lautet:

„Dieser Vorbescheid umfasst die vorläufige positive Gesamtbeurteilung der Vorhaben. Im Hinblick auf die Genehmigungsvoraussetzungen gem. § 6 BImSchG, die nicht bereits Gegenstand dieses Bescheides sind, hat eine vorläufige Beurteilung ergeben, dass der Errichtung und dem Betrieb der Anlagen insgesamt keine von vornherein unüberwindlichen Hindernisse entgegenstehen.“

6 Ferner heißt es in der Begründung des Vorbescheides auf Seite 14 unter „Fazit“:

„Im Ergebnis der vorläufigen Gesamtbeurteilung ist davon auszugehen, dass gem. § 6 BImSchG... sichergestellt ist, dass die sich aus § 5 und der auf Grund des § 7 BImSchG erlassenen Rechtsverordnungen ergebenden Pflichten erfüllt werden, und andere öffentlich-rechtliche Vorschriften... der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen.“<sup>4</sup>

7 Die Nebenbestimmungen unter Ziffer III. des Vorbescheids sehen u. a. vor, dass im nachfolgenden Hauptverfahren sicherzustellen ist, dass die Anlagen über eine Abschaltautomatik zur Einhaltung der Richtwerte für Schattenwurf verfügen. Ferner heißt es in Ziffer III. 3, III. 4 und III. 5:

„Hinsichtlich möglicher Auswirkungen durch Schattenwurf ist im Hauptverfahren sicherzustellen, dass die beantragten Anlagen über eine Abschaltautomatik verfügen, mit deren Hilfe die Einhaltung der relevanten Richtwerte (max. 30 min/d und max. 8 h/a) gesichert ist.

Die von den Windkraftanlagen ausgehenden Gefahren auf schutzwürdige Objekte und Nutzungen im Umfeld des Vorhabens... sind im nachfolgenden Hauptverfahren gutachterlich zu untersuchen und die Risiken zu bewerten.

Diese Untersuchung und Risikobewertung ist standortbezogen... durchzuführen und hat insbesondere das Szenario „Trümmerwurf“ zu betrachten...

---

<sup>4</sup>Auslassungen nicht im Original.

Öffentliche Belange und weitere Details zum Arbeitsschutz, die nicht Gegenstand des vorliegenden Antrages waren, sind im nachfolgenden Genehmigungsverfahren abschließend abzuarbeiten und abschließend zu beurteilen.“<sup>5</sup>

8 In Ziffer IV. 2.1 unter „Zulässigkeit des Antrags“ heißt es:

„Die Antragstellerin hat ... ausgeführt, dass ein Vorbescheid beantragt werde, da die Detailplanung des aufwendigen Investitionsvorhabens Kenntnis darüber voraussetze, dass der Erteilung von Genehmigungen für die beantragten Standorte keine von vornherein unüberwindlichen Hindernisse entgegenstehen... Insoweit sei Planungssicherheit eine notwendige Voraussetzung für die folgende Investitionsentscheidung und die anschließende Detailplanung.

Ein berechtigtes Interesse der Antragstellerin ist damit gegeben, dass die Antragstellerin mit einem positiven Vorbescheid die notwendige Sicherheit für die zu tätigen Investitionen ... erlangt.“<sup>6</sup>

- 9 Wegen der weiteren Inhalte des Vorbescheids wird auf die Akte Bezug genommen.
- 10 Die Anspruchstellerin bestellte die vier WEA am 23. Dezember 2013 beim Hersteller.
- 11 Am 29. Januar 2014 gestattete die Stadt [...] den vorzeitigen Beginn gemäß § 8a BImSchG.
- 12 Basierend auf dem Vorbescheid vom 15. Februar 2013 erteilte die Stadt [...] am 3., 27. und 31. März 2014 drei Teilgenehmigungen für die Errichtung und den Betrieb der vier WEA der Anspruchstellerin nach § 8 BImSchG. Alle Teilgenehmigungen nehmen auf den Vorbescheid Bezug. Wegen des weiteren Inhalts der Teilgenehmigungen wird auf die Akte Bezug genommen.
- 13 Drei WEA wurden am 18. Dezember 2014, die vierte WEA wurde am 23. Dezember 2014 in Betrieb genommen. Der in den WEA erzeugte Strom wird in das Netz für die allgemeine Versorgung der Anspruchsgegnerin eingespeist.

<sup>5</sup>Auslassungen nicht im Original, Unterstreichung im Original.

<sup>6</sup>Auslassungen nicht im Original.

- 14 **Die Anspruchstellerin** meint, gemäß § 100 Abs. 3 EEG 2014 sei die Übergangsvorschrift in § 100 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2014 auf ihre WEA anzuwenden; maßgeblich seien daher die Vergütungsvorschriften des EEG 2012. Der am 15. Februar 2013 ergangene Vorbescheid sei eine bundesimmissionsschutzrechtliche Genehmigung im Sinne des § 100 Abs. 3 EEG 2014. Dieser Vorbescheid enthalte eine verbindliche Feststellung, an die die Behörde gebunden sei. In dem Vorbescheid seien die Genehmigungsvoraussetzungen für die Errichtung und den Betrieb umfassend geprüft und im Ergebnis eine positive Gesamtbeurteilung vorgenommen worden. Die erteilten Teilgenehmigungen bestätigten den erlassenen Vorbescheid und seien mit diesem kongruent. Das wesentliche Anlagenkonzept sei nach dem Stichtag 23. Januar 2014 nicht mehr geändert worden.
- 15 Nach Sinn und Zweck der Übergangsvorschrift genüge der erteilte Vorbescheid. Sinn und Zweck der Stichtagsregelung sei es, Ankündigungs- und Mitnahmeeffekte zu vermeiden. Da sich die Planung der WEA zum Zeitpunkt des gesetzlich geregelten Stichtages bereits in einem fortgeschrittenen Stadium befunden habe, sei ein Mitnahmeeffekt im konkreten Fall auszuschließen. Der Gesetzgeber habe 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. Hierzu beruft sich die Anspruchstellerin auf Rn. 36 der Empfehlung 2014/27<sup>7</sup> der Clearingstelle EEG. Die Anspruchstellerin genieße daher durch den Vorbescheid Vertrauensschutz, weil dieser Bescheid vor dem Stichtag ergangen sei und sie zu diesem Zeitpunkt bereits erhebliche Investitionen getätigt habe.
- 16 Der Vorbescheid enthalte eine Feststellung der Genehmigungsbehörde über die Genehmigungsvoraussetzungen und den Standort der geplanten Anlage. Von diesen Feststellungen dürfe die Behörde im späteren Genehmigungsverfahren nicht abweichen. Der Vorbescheid schaffe daher eine stabile schützenswerte Rechtsposition. Dies zeige sich auch darin, dass der Vorbescheid gemäß § 11 BImSchG Präklusionswirkung entfalte. Er diene dazu, das Investitionsrisiko des Antragstellers zu begrenzen.
- 17 Soweit im vorliegenden Fall der Vorbescheid mit einer Nebenbestimmung versehen gewesen sei, welche weitere Gutachten zur sicherheitsrelevanten Unbedenklichkeit der Anlagen zum Gegenstand hatten (s. Rn. 7), führe dies hier nicht zu einer anderen

<sup>7</sup>Clearingstelle EEG, Empfehlung v. 30.04.2015 – 2014/27, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-ee.de/empfo/2014/27>.

Beurteilung. Denn durch diese Gutachten sei lediglich standortspezifisch die bereits im Vorbescheid festgestellte sicherheitsrelevante Unbedenklichkeit bestätigt worden. Sie beruft sich hierzu auf eine zur Akte gereichte Stellungnahme der Stadt [...] vom 8. Juli 2016. Auch der Umstand, dass es sich – was insoweit unstrittig ist – um typengeprüfte WEA handelt, führe dazu, dass im Hauptverfahren gegenüber dem Vorbescheidsverfahren keine nennenswerte Prüfung sicherheitsrelevanter Umstände mehr nötig gewesen seien.

- 18 Die Anspruchstellerin beruft sich ferner auf § 35 Abs. 3 Nr. 2 KWKG 2016, wonach der Kaufentscheidung losgelöst von der genehmigungsrechtlichen Situation besondere Bedeutung zukomme.
- 19 Die Wortgruppe „für ihren Betrieb“ in § 100 Abs. 3 EEG 2014 beziehe sich nur auf die „Zulassung nach einer anderen Bestimmung des Bundesrechts“.
- 20 **Die Anspruchsgegnerin** ist der Auffassung, dass die Förderbestimmungen des EEG 2014 anzuwenden und die Voraussetzungen der Übergangsbestimmung des § 100 Abs. 3 EEG 2014 nicht erfüllt seien. Der Vorbescheid sei nicht als „Genehmigung“ im Sinne des § 100 Abs. 3 EEG 2014 zu werten, weil eine abschließende behördliche Entscheidung vor dem Stichtag erforderlich sei. Der Vorbescheid beziehe sich lediglich auf die vorläufige Beurteilung einzelner Genehmigungsvoraussetzungen, daher sei er nicht mit einer Genehmigung im Sinne von § 100 Abs. 3 EEG 2014 gleichzusetzen. Er entfalte eine Verbindung der Behörde hinsichtlich einzelner Teilfragen im Genehmigungsverfahren. Der Betrieb einer Anlage setze hingegen eine abschließende Entscheidung voraus unabhängig davon, ob ein gestuftes Genehmigungsverfahren oder ein Vollgenehmigungsverfahren gewählt werde. Die erforderliche abschließende Genehmigung für den Betrieb habe im konkreten Fall erst nach dem Stichtag vorgelegen. Dies zeige sich auch daran, dass es für die Errichtung und den Betrieb der WEA erforderlich gewesen sei, nach dem Vorbescheid die Teilgenehmigungen einzuholen.
- 21 Die Wortgruppe „für ihren Betrieb“ in § 100 Abs. 3 EEG 2014 beziehe sich auch auf die Genehmigung nach dem BImSchG. Auch vor diesem Hintergrund könne nur die Vollgenehmigung nach § 4 BImSchG als Genehmigung i. S. v. § 100 Abs. 3 EEG 2014 gelten, weil nur diese und nicht der Vorbescheid sowohl die Errichtung als auch den Betrieb der Anlage abschließend genehmige und ermögliche.
- 22 Der Sinn und Zweck der Übergangsbestimmung stünden im Einklang mit dieser Auffassung. Die Stichtagsregelung diene einerseits dazu, Mitnahmeeffekte zu vermei-

den, andererseits sei unter dem Gesichtspunkt der Investitionssicherheit eine Schutzbedürftigkeit des künftigen Anlagenbetreibers zu beachten. Diese sei hier fraglich, da bereits vor den Meseberger Beschlüssen vom 22. Januar 2014 öffentlich über Änderungen des EEG diskutiert worden sei, bspw. im Koalitionsvertrag vom 27. November 2013 oder bei der Einleitung des EU-Beihilfeverfahrens am 18. Dezember 2013.

- 23 Es begegne unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung Bedenken, wenn ein potentieller Anlagenbetreiber, der sich für ein gestuftes Genehmigungsverfahren entscheidet und daher für die Vollgenehmigung erforderliche, ggf. kostenintensive Planungsschritte erst nach Erlangung von Rechtssicherheit über kritische Genehmigungsvoraussetzungen tätigen muss, bei der Anwendung von § 100 Abs. 3 EEG 2014 gleich behandelt werde wie ein künftiger Anlagenbetreiber, der die immissionsschutzrechtliche Genehmigung „in einem Zug“ per Vollgenehmigung einhole. In beiden Fällen sei konsequenterweise die zuletzt erteilte immissionsschutzrechtliche Entscheidung entscheidend.
- 24 **Verfahren** Mit Beschluss vom 10. Mai 2016 hat die Clearingstelle EEG das Verfahren gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG (VerfO)<sup>8</sup> nach dem übereinstimmenden Antrag der Parteien angenommen. Die Clearingstelle EEG hat die grundsätzliche Bedeutung der Streitigkeit festgestellt (§ 26 Abs. 2 VerfO). Die Anspruchstellerin wünschte die Abgabe einer schriftlichen Stellungnahme durch den Bundesverband WindEnergie e. V., die Anspruchsgegnerin durch den BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. Die Stellungnahmen der Verbände sind unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/votv/2016/13> abrufbar.
- 25 Die durch die Clearingstelle EEG zu begutachtende Frage lautet:

Finden auf den in der Anlage der Anspruchstellerin erzeugten Strom auf Basis des am 15. Februar 2013 erteilten Vorbescheides gemäß § 100 Abs. 3 EEG 2014 die Regelungen des § 100 Abs. 1 EEG 2014 Anwendung?

<sup>8</sup>Verfahrensordnung der Clearingstelle EEG in der Fassung v. 04.08.2015, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/verfahrensordnung>.

## 2 Begründung

### 2.1 Verfahren

- 26 Die Besetzung der Clearingstelle EEG ergibt sich aus §§ 26 Abs. 1, 2 Abs. 3 VerfO. Das Verfahren wurde schriftlich durchgeführt, da alle Parteien und die Clearingstelle EEG dem zustimmten, §§ 28, 20 Abs. 2 VerfO. Das am Einleitungsbeschluss vom 10. Mai 2016 beteiligte Mitglied der Clearingstelle EEG Dr. Pippke hat zum 30. Juni 2016 die Clearingstelle EEG verlassen. An ihre Stelle in der Kammer trat die rechtswissenschaftliche Koordinatorin Baera. Die Beschlussvorlage haben gemäß §§ 28, 24 Abs. 5 VerfO das Mitglied der Clearingstelle EEG Dr. Winkler und die rechtswissenschaftliche Koordinatorin Baera erstellt.

### 2.2 Würdigung

- 27 Der immissionsschutzrechtliche Vorbescheid vom 15. Februar 2013 ist keine Genehmigung i. S. v. § 100 Abs. 3 EEG 2014. Dies ergibt sich aus der systematischen Auslegung des § 100 Abs. 3 EEG 2014 in Verbindung mit dem BImSchG (dazu Rn. 30 ff.), aus der Systematik des EEG selbst (dazu Rn. 41 f.) als auch aus dem vom Gesetzgeber mit § 100 Abs. 3 EEG 2014 beabsichtigten Regelungsziel (dazu Rn. 43 ff.).

- 28 § 100 Abs. 3 EEG 2014 lautet:

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

- 29 **Der Wortlaut** dieser Regelung lässt zwar erkennen, dass die Anlage nach dem BImSchG „genehmigt“ worden sein muss, aber es ergibt sich nicht zweifelsfrei, ob damit ausschließlich die Genehmigung nach § 4 BImSchG gemeint ist oder ob auch andere behördliche Entscheidungen wie bspw. die Teilgenehmigung (§ 8 BImSchG), die Zulassung vorzeitigen Beginns (§ 8a BImSchG) oder der Vorbescheid (§ 9 BImSchG) von der Regelung umfasst sind. Die Vorschrift bedarf daher der Auslegung.<sup>9</sup>

<sup>9</sup>Anderer Ansicht: *BDEW*, Stellungnahme v. 07.06.2016, S. 1.



- 30 **Die systematische Auslegung** führt zu dem Schluss, dass ein Vorbescheid i. S. v. § 9 BImSchG nicht von § 100 Abs. 3 EEG 2014 umfasst ist. Denn bei diesem handelt es sich nicht um eine Genehmigung im Sinne des BImSchG.<sup>10</sup>
- 31 § 100 Abs. 3 EEG 2014 bezieht sich unmittelbar darauf, dass eine Anlage „nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftig“ und vor dem Stichtag 23. Januar 2014 „genehmigt“ worden sein muss. Dies legt nahe, dass für die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Anlage „genehmigt“ worden ist, in systematischer Hinsicht auf die Begrifflichkeiten und das Verständnis des BImSchG zurückzugreifen ist.
- 32 Nach dem BImSchG unterscheidet sich der Vorbescheid gemäß § 9 BImSchG von der Genehmigung nach § 4 BImSchG; die Rechtsposition des Inhabers eines Vorbescheides ist nicht mit derjenigen eines Genehmigungsinhabers gleichzusetzen. Denn bei der (Voll-)Genehmigung gemäß § 4 BImSchG handelt es sich um eine materielle Genehmigung, welche die Errichtung und den Betrieb der Anlage gestattet. Dem Vorbescheid fehlt aber der gestattende Teil.<sup>11</sup> Er ist (lediglich) Ausschnitt des feststellenden Teils aus der (Voll-)Genehmigung.
- 33 Der Vorbescheid dient dem Zweck, bei komplexen und neuartigen Anlagen wichtige Vorfragen vorab verbindlich zu klären, um unnötige Detailplanungen zu vermeiden. Er nimmt mit verbindlicher Wirkung einen Ausschnitt aus dem feststellenden Teil einer etwaigen späteren Anlagengenehmigung vorweg.<sup>12</sup> Er ist Teil eines gestuften Anlagenzulassungsverfahrens. Im Unterschied zur Voll- bzw. Teilgenehmigung beinhaltet der Vorbescheid keine materielle Genehmigung und gestattet dem Antragsteller daher weder die Errichtung noch den Betrieb auch nur eines Teils der Anlage.<sup>13</sup>
- 34 Der Vorbescheid ist daher keine Genehmigung.<sup>14</sup> Ist ein Vorbescheid erlassen worden, ist noch eine (Voll-)Genehmigung zu erteilen, um die Errichtung und den Be-

<sup>10</sup>Ebenso *BDEW*, Stellungnahme v. 07.06.2016, S. 1; ähnlich im Ausgangspunkt, nicht aber im Ergebnis *BWE*, Stellungnahme v. 07.06.2016.

<sup>11</sup>*BVerwG*, Urt. v. 01.11.1985 – 7 C 74.82, zitiert nach juris.

<sup>12</sup>*BVerwG*, Urt. v. 30.06.2004 – 4 C 9.03, zitiert nach juris.

<sup>13</sup>So heißt es unter Ziffer 2.5 des vorliegenden Vorbescheides: „Dieser Vorbescheid berechtigt nicht zur Errichtung und / oder Betrieb der Windenergieanlagen (§ 23 Abs. 3 Nr. 2 der 9. Verordnung zur Durchführung des Bundesimmissionsschutzgesetzes . . .).“

<sup>14</sup>*Enders*, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, Stand: 38. Edition 2016, § 9 Vorbemerkung; *Feldhaus*, Bundes-Immissionsschutzgesetz, 2. Auflage 2014, § 9 Rn. 2; *Jarass*, BImSchG, 11. Auflage 2015, § 9 Rn. 1; *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: 78. Ergänzungslieferung Dezember 2015, § 9 Rn. 2; *Sittig*, in: Maslaton (Hrsg.), Windenergieanlagen Rechtshandbuch, 1. Aufl. 2015, S. 134 (Rn. 223).

trieb der Anlage zu gestatten.<sup>15</sup> Wenn für die Genehmigung geltende Vorschriften auch auf den Vorbescheid anwendbar sein sollen, wird dies ausdrücklich angeordnet (vgl. § 9 Abs. 3, § 10 Abs. 9, § 10 Abs. 10 BImSchG). Im Übrigen gelten die Genehmigungsvorschriften nicht.

- 35 Der Vorbescheid enthält allein eine verbindliche Feststellung, an die die Behörde im späteren Genehmigungsverfahren gebunden ist. Die Bindung ist, je nach Regelungsgegenstand, unterschiedlich weit. Die Behörde kann über mehrere Genehmigungsvoraussetzungen vorab entscheiden. Der Vorbescheid nimmt hinsichtlich der zur Entscheidung vorgelegten Einzelfragen die Entscheidung über das Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen vorweg. Insoweit muss eine abschließende Beurteilung dieser Fragen erfolgen. Die Vorbescheidung bezüglich des Standorts der Anlage ist in § 9 Abs. 1 Alt. 2 BImSchG besonders hervorgehoben; diese bezieht sich vorwiegend auf die planungsrechtliche Beurteilung.
- 36 Die Behörde darf jedoch nicht einen Vorbescheid über sämtliche Anforderungen i. S. d. § 6 BImSchG (sog. Gesamtvorbescheid) erlassen. Denn dies würde eine Vorwegnahme des feststellenden Teils der Vollgenehmigung bedeuten. Unzulässig ist auch, den Vorbescheid als sog. Grundsatzvorbescheid mit Blick auf eine vorläufige Gesamtbeurteilung, ob dem Vorhaben Bedenken grundsätzlicher Art entgegenstehen, zu beantragen.<sup>16</sup>
- 37 Zwar ist der Vorbescheid – wie die Teilgenehmigung i. S. d. § 8 BImSchG – von einer positiven vorläufigen Gesamtbeurteilung über die Genehmigungsfähigkeit der Gesamtanlage hinsichtlich Errichtung und Betrieb abhängig.<sup>17</sup> Insoweit gilt für § 9 BImSchG nichts anderes als für die positive vorläufige Gesamtbeurteilung des Teilgenehmigungsverfahrens.<sup>18</sup> Eine solche positive vorläufige Gesamtbeurteilung setzt eine hinreichende Wahrscheinlichkeit der Genehmigungsfähigkeit der Gesamtanlage voraus; bei der abschließenden Genehmigung des Gesamtvorhabens dürfen sich nur noch solche Probleme stellen, die der Antragsteller durch Modifikationen des Vorhabens oder ggf. die Genehmigungsbehörde durch Beifügung von Nebenbestimmungen bewältigen kann oder voraussichtlich bewältigen wird.

<sup>15</sup>Dietlein, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: 78. Ergänzungslieferung Dezember 2015, § 9 Rn. 3.

<sup>16</sup>Enders, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, Stand: 38. Edition 2016, § 9 Rn. 6.

<sup>17</sup>BVerwG, Urt. v. 19.12.1985 – 7 C 65.82, zitiert nach juris; OVG Lüneburg, Beschl. v. 22.05.2008 – MS 16/07, zitiert nach juris; VG Aachen, Urt. v. 30.04.2015 – 6 K 454/14, zitiert nach juris; Enders, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, Stand: 38. Edition 2016, § 9 Rn. 12; Jarass, BImSchG, 11. Auflage 2015, § 9 Rn. 8 f.

<sup>18</sup>Enders, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, Stand: 38. Edition 2016, § 8 Rn. 13.

- 38 Diese vorläufige positive Gesamtbeurteilung ist jedoch weder eine Genehmigung nach dem BImSchG noch sind Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Gesetzgeber des EEG 2014 an den Begriff der Genehmigung weniger strenge Anforderungen stellen und eine solche vorläufige positive Gesamtbeurteilung im Zuge der Vorbescheiderteilung einer Genehmigung i. S. v. § 100 Abs. 3 EEG 2014 gleichstellen wollte (s. dazu sogleich Rn. 41 f. und Rn. 43 ff.).
- 39 Soweit mit dem Vorbescheid einzelne Genehmigungsvoraussetzungen **abschließend** beurteilt wurden<sup>19</sup>, ist die Genehmigungsbehörde im späteren Genehmigungsverfahren daran gebunden. Die Behörde darf daher dann in ihren Wertungen und Entscheidungen nicht zu Lasten des Antragstellers vom Vorbescheid abweichen, soweit es eben um die abschließend beurteilten Genehmigungsvoraussetzungen bzw. den Anlagenstandort geht, und die Vorbescheidung nicht mit einschränkenden Nebenbestimmungen versehen wurde. Dies muss auch bei Änderung der Sach- und Rechtslage gelten; anderenfalls hätte der Verweis auf den Widerruf in § 9 Abs. 3 BImSchG keinen Sinn.
- 40 Aber auch diese Bindungswirkung hebt die Unterschiede zwischen Vorbescheid und Genehmigung nicht auf. Aus dem Verweis des § 9 Abs. 3 BImSchG lediglich auf §§ 6 und 21 BImSchG – und eben nicht auf § 4 BImSchG – kann zudem abgeleitet werden, dass der BImSchG-Vorbescheid keine Bau- bzw. Betriebsfreigabewirkung entfaltet.<sup>20</sup>
- 41 Auch ein systematischer Vergleich mit der Übergangs- und Vertrauensschutzregelung in § 102 Nr. 3 EEG 2014 führt zu einer engen Auslegung des Begriffes „immissionsschutzrechtlich genehmigt“. Danach besteht auch ohne eine im Rahmen einer Ausschreibung erhaltene Förderberechtigung ein Anspruch nach § 19 Abs. 1 EEG 2014 für die Betreiber von

„Anlagen, die nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftig sind oder für ihren Betrieb einer Zulassung nach einer anderen Bestimmung des Bundesrechts bedürfen und vor dem 1. Januar 2017 genehmigt oder zugelassen und vor dem 1. Januar 2019 in Betrieb genommen worden sind.“<sup>21</sup>

<sup>19</sup>OVG Koblenz, Urt. v. 29.01.2015 – 1 A 10676/14, zitiert nach juris.

<sup>20</sup>VG Sigmaringen, Beschl. v. 11.07.2014 – 8 K 2045/14, zitiert nach juris.

<sup>21</sup>§ 102 EEG 2014 wird zwar durch das EEG 2017 aufgehoben, die Regelung ist jedoch energieträgerspezifisch in § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 enthalten. Zusätzlich enthält § 36 Abs. 1 EEG 2017 die Voraussetzung, dass bei Windenergieanlagen an Land, für die Gebote abgegeben werden, die Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz drei Wochen vor

- 42 Bis auf die Fristen sind die Voraussetzungen dieser Übergangsbestimmung wörtlich identisch mit § 100 Abs. 3 EEG 2014. Dies legt nahe, bei beiden Vorschriften die gleichen Maßstäbe an die „Genehmigung“ anzulegen. Würden im Kontext von § 100 Abs. 3 EEG 2014 bereits Vorbescheide ausreichen, um von einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ausgehen zu können, so müsste dies bei § 102 Nr. 3 EEG 2014 ebenso gelten. Die damit verbundene Ausdehnung der Ausnahmeregelung in § 102 Nr. 3 EEG 2014 würde jedoch mit dem in § 2 Abs. 5 Satz 1 EEG 2014 enthaltenen Ziel des Gesetzgebers, die finanzielle Förderung für Strom aus erneuerbaren Energien bis 2017 auf Ausschreibungen umzustellen, kollidieren.<sup>22</sup> Die Ausnahmeregelung in § 102 Nr. 3 EEG 2014 ist daher im Zweifel eng auszulegen, was bei der systematischen Betrachtung auch zu einer engen Auslegung von § 100 Abs. 3 EEG 2014 führt.
- 43 **Die teleologische Auslegung** – also die Frage nach dem Regelungsziel – stützt diesen Befund.
- 44 Zwar ist § 100 Abs. 3 EEG 2014 einerseits eine Regelung zum Schutz des Vertrauens von bereits in Gang gesetzten Investitionen.<sup>23</sup> Dies spricht im vorliegenden Fall dafür, auch die Anlagen der Anspruchstellerin in den Genuss der Vertrauensschutzregelung kommen zu lassen, da das Projekt vor dem 23. Januar 2014 bereits fortgeschritten war.<sup>24</sup>
- 45 Dem aber steht entgegen, dass § 100 Abs. 3 EEG 2014 auch bezweckt, den Vertrauensschutz einzuschränken. In den Gesetzgebungsmaterialien heißt es dazu:

„Die Wahl des Stichtags greift vor allem in Positionen derjenigen Anlagenbetreiber ein, die bereits einen Antrag auf Genehmigung oder Zulassung gestellt haben, deren Anlagen aber nicht rechtzeitig zum 23. Januar [2014] genehmigt oder zugelassen waren. Gegenüber [dem] von der Reform des EEG verfolgten Zweck der Bezahlbarkeit und Akzeptanz der Energiewende für alle Stromverbraucher muss das Interesse dieser An-

dem Gebotstermin erteilt worden sein muss; eine ähnliche Regelung enthält § 39 Abs. 1 EEG 2017 für Biomasseanlagen.

<sup>22</sup>Dies gilt entsprechend für die künftige Rechtslage gemäß § 2 Abs. 3 EEG 2017.

<sup>23</sup>Siehe BT-Drs. 18/1304, S. 180: „Der Zweck dieser Einbeziehung ist die Gewährung von Investitionssicherheit, über den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes hinaus, für Anlagen, die bereits genehmigt oder zugelassen worden sind, bevor die Änderung des EEG konkret absehbar war.“

<sup>24</sup>So auch BWE, Stellungnahme v. 07.06.2016, S. 2.

lagenbetreiber an der Inanspruchnahme der bisherigen Vergütungsregelungen allerdings zurückstehen.“<sup>25</sup>

46 Der Gesetzgeber hatte mithin Fälle vor Augen, die dem hier zu entscheidenden ähnlich sind. Denn wenn bereits ein Antrag auf Genehmigung oder Zulassung gestellt worden ist, dann sind hiermit bereits Planungs- und Vorlaufkosten verbunden,<sup>26</sup> die nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Gesetzesmaterialien *nicht* vom Vertrauensschutz umfasst sein sollen. Dies legt nahe, dass § 100 Abs. 3 EEG 2014 im Zweifel eng ausgelegt werden soll und dass Härten im Einzelfall bei weiter vorangeschrittenen Vorhaben nach dem Willen des Gesetzgebers hinzunehmen sind, wenn die Genehmigung oder Zulassung am 23. Januar 2014 noch nicht erteilt worden ist. Der Wille des Gesetzgebers, § 100 Abs. 3 EEG 2014 nur auf eng begrenzte Fälle anzuwenden, zeigt sich auch an der relativ kurzen Frist, innerhalb derer die Anlagen in Betrieb genommen werden mussten, um unter die Übergangsbestimmung zu fallen. In der rechtswissenschaftlichen Literatur ist aufgrund der restriktiven Voraussetzungen des § 100 Abs. 3 EEG 2014 die Frage aufgeworfen worden, ob dies verfassungskonform sei.<sup>27</sup> Zur Klärung verfassungsrechtlicher Fragen ist die Clearingstelle EEG jedoch nicht berufen.

47 **Keine Analogie** Ob im Ausnahmefall § 100 Abs. 3 EEG 2014 analog auf einen Vorbescheid anwendbar ist, wenn dieser im konkreten Einzelfall de facto (und möglicherweise in genehmigungsrechtlich unzulässiger Weise) alle für die Errichtung und den Betrieb der Anlage notwendigen Regelungen getroffen hat, kann dahinstehen. Es könnte zwar in Betracht kommen, § 100 Abs. 3 EEG 2014 analog auf einen Vorbescheid anzuwenden, wenn im anschließenden Hauptverfahren durch die Genehmigungsbehörde keine selbständigen Entscheidungen und Regelungen zur Errichtung und zum Betrieb der Anlage mehr getroffen werden, weil diese materiell-rechtlich bereits vollständig im Vorbescheid enthalten sind.<sup>28</sup> So liegt der vorliegende Fall aber nicht, denn der hier zu begutachtende Vorbescheid nahm jedenfalls nicht alle behördlichen Entscheidungen dergestalt vorweg, dass das anschließende Genehmigungsver-

<sup>25</sup>BT-Drs. 18/1304, S. 180. – Anm. der Clearingstelle EEG: Im Original heißt es „23. Januar 2013“ und „der“. Dabei handelt es sich offenkundig um Redaktionsversehen.

<sup>26</sup>Vgl. *Loibl*, in: Altrock/Huber/Loibl/Walter, Übergangsbestimmungen im EEG 2014, 1. Aufl. 2015, Rn. 504.

<sup>27</sup>*Loibl*, in: Altrock/Huber/Loibl/Walter, Übergangsbestimmungen im EEG 2014, 1. Aufl. 2015, Rn. 504; *Scholz*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Sonderband zu Band 2 – EEG 2014, 3. Aufl. 2015, § 100 Rn. 81.

<sup>28</sup>Im diesem Sinne wohl auch *BDEW*, Stellungnahme v. 07.06.2016, S. 4 oben.

fahren nur noch eine reine Formalität ohne eigenständige materiell-rechtliche Prüfungen und Entscheidungen war. Dies betrifft insbesondere die dem Hauptverfahren vorbehaltene Prüfung der von den WEA ausgehenden Gefahren auf schutzwürdige Objekte und Nutzungen im Umfeld des Vorhabens, namentlich die Prüfung des Schattenwurfes und des Szenarios „Trümmerwurf“ (s. Rn. 7). Auch wenn die im Zuge des Hauptverfahrens eingeholten Gutachten im Ergebnis bestätigt haben, dass die dem Vorbescheid zugrundeliegenden Feststellungen zutreffend waren, so ändert dies nichts daran, dass eine abschließende Feststellung erst *nach* Erstellung dieses Gutachtens möglich war; andernfalls hätte es des Gutachtens nicht bedurft und die entsprechende Nebenbestimmung wäre rechtswidrig gewesen. Auch die zur Akte gereichte Stellungnahme der Stadt [ . . . ] lässt keine andere Bewertung erkennen. Diese bestätigt zwar, dass das vom Vorbescheid geforderte Gutachten letztlich keine vom Vorbescheid abweichende Bewertung nach sich zog, sie macht im Umkehrschluss aber auch deutlich, dass eine abweichende Bewertung im Hauptverfahren *möglich* gewesen wäre. Eine wesentliche Regelung der nach dem Vorbescheid ergehenden Genehmigung lag also gerade darin, diese Feststellung zu treffen und positiv zu bescheiden, dass die im Vorbescheidsverfahren noch ungeklärte Prüfung der von den WEA ausgehenden Gefahren für schutzwürdige Objekte und Nutzungen im Umfeld der Anlagen (s. Rn. 7) nunmehr positiv zugunsten der Anspruchstellerin zu entscheiden war.

- 48 Auch der Umstand, dass es sich hier um typengeprüfte Anlagen handelte und dass damit bestimmte sicherheitsrelevante Aspekte bereits mit der Typenprüfung abgehandelt worden sind, führt nicht zu einer anderen Beurteilung. Denn es ist in Deutschland und darüber hinaus allgemein üblich, nur typengeprüfte Anlagen zu verwenden,<sup>29</sup> so dass es für die Reichweite und die rechtliche Wirkung des immissionschutzrechtlichen Vorbescheides keine besonderen Auswirkungen hat, wenn Gegenstand des Vorbescheides eine typengeprüfte Anlage ist.

Baera

Dr. Lovens

Dr. Winkler

<sup>29</sup>Vgl. [http://www.wwindea.org/technology/cho1/de/1\\_5.html](http://www.wwindea.org/technology/cho1/de/1_5.html) (25.07.2016); *Gasch/Twele*, Windkraftanlagen – Grundlagen, Entwurf, Planung und Betrieb, 7. Aufl. 2011, S. 316 ff.