

VI-3 Kart 772/19 [V]



**Verkündet am: 11.03.2020**  
Fafinski, Justizbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin/Urkundsbe-  
amter der Geschäftsstelle

## **Oberlandesgericht Düsseldorf**

### **Beschluss**

In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 19.02.2020 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Frister und die Richterinnen am Oberlandesgericht Pastohr und Dr. Webler

#### **b e s c h l o s s e n :**

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen außergerichtlichen Aufwendungen der Bundesnetzagentur werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

Der Beschwerdewert wird auf ... Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

#### **Gründe:**

**A.**

Die Beschwerdeführerin begehrt mit ihrer Verpflichtungsbeschwerde die Bezuschlagung ihres in der Ausschreibungsrunde für Windenergieanlagen an Land am 01.05.2019 abgegebenen Gebots unter Aufhebung der den Zuschlag ablehnenden Entscheidung der Bundesnetzagentur vom 14.05.2019.

Am 07.03.2017 (Az. ..., Anlage K 1) erteilte der Hochsauerlandkreis der Beschwerdeführerin antragsgemäß einen bundesimmissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbescheid gemäß § 4 BImSchG, § 1 und Anl. 2, Nr. 1.6, 4. BImSchV für den Betrieb von 15 Windkraftenergieanlagen des Typs 1 (...) mit je ... MW Nennleistung, einer Nabenhöhe von ... m und einem Rotordurchmesser von ... m. Hierzu zählte auch die Windenergieanlage mit der Nr. ... (Gemarkung ..., Flur ..., Flurstück ...), die Gegenstand der begehrten Zuschlagsentscheidung ist. Ende 2017 bot der Anlagenhersteller, die E. GmbH, der Beschwerdeführerin die Lieferung eines neu entwickelten Anlagentyps 2 (...) mit ... MW Nennleistung, einer Nabenhöhe von ... m und einem Rotordurchmesser von ... m an. Daraufhin beantragte die Beschwerdeführerin am 29.01.2018, weiter ergänzt und vervollständigt am 13.11.2018, beim Hochsauerlandkreis, den ursprünglichen Genehmigungsbescheid vom 07.03.2017 unter anderem für die streitgegenständliche Windenergieanlage auf den geänderten Anlagentyp anzupassen. Der Hochsauerlandkreis kündigte an, diesbezüglich eine Änderungsgenehmigung gemäß §§ 6, 16 BImSchG erteilen zu wollen.

Im Gebotstermin für Windenergieanlagen an Land am 01.05.2018 gab die Beschwerdeführerin unter anderem für die hier streitgegenständliche Windenergieanlage unter Zugrundelegung der Nennleistung des geänderten Anlagentyps ein Gebot ab, das mit dem Gebotswert von ... ct/KWh und einer Gebotsmenge von ... MW bezuschlagt wurde (Az. WIN 18-2-096, Anlage K 3). Mit Genehmigungsbescheid vom 11.03.2019 (Az. ... , Anlage K 4) wurde der Beschwerdeführerin vom Hochsauerlandkreis die beantragte Änderungsgenehmigung gemäß §§ 6 und 16 BImSchG unter anderem für die streitgegenständliche Windenergieanlage erteilt.

Mit Schreiben vom 17.04.2019 (Anlage K 2) teilte die Anlagenherstellerin sodann mit, dass die Windenergieanlage des Typs 2 (...) nicht hergestellt werden würde. Daraufhin

entschied sich die Beschwerdeführerin, beim Anlagenhersteller den Windenergieanlagen-Typ 3 (...) mit einer Nennleistung von ... MW zu bestellen und bezüglich der immissionsschutzrechtlichen Errichtungs- und Betriebserlaubnis ein erneutes Verwaltungsverfahren beim Hochsauerlandkreis zu führen.

Im Gebotstermin für Windenergieanlagen an Land am 01.05.2019 gab die Beschwerdeführerin für die streitgegenständliche Windenergieanlage ein erneutes Gebot mit einer Gebotsmenge von ... kW und einem Gebotswert von ... ct/kWh ab, wobei dem Gebot der nunmehr lieferbaren Typ 3 (...) zugrunde lag. Den Gebotsunterlagen beigelegt war ein Begleitschreiben der Beschwerdeführerin, in dem sie unter Bezugnahme auf die Herstellererklärung vom 17.04.2019 (Anlage K 2) darlegte, warum ihrer Ansicht nach der ursprüngliche Zuschlag aus dem Gebotstermin am 01.05.2018 einer Bezuschlagung nicht entgegenstehe (Anlagenkonvolut K 5).

Mit Bescheid vom 14.05.2019 schloss die Bundesnetzagentur das Gebot für die Windenergieanlage Nr. ... vom Zuschlagsverfahren mit der Begründung aus, dass die im Gebot bezeichnete Anlage dem Zuschlag mit dem Aktenzeichen WIN18-2-096 entspreche. In beiden Geboten seien Anlagen mit unterschiedlichen Parametern angegeben, es handele sich jedoch um dieselbe Anlage nach dem EEG, wie aus § 36f Abs. 2 EEG folge. Der Gesetzgeber gehe davon aus, dass sich Genehmigungen ändern könnten, bestimme aber, dass der Zuschlag erhalten bleibe. Dies sei auch aus Gründen des Vertrauensschutzes zwingend so zu sehen. Aus dem Hinweis 2017/6 der Clearingstelle EEG/KWKG, auf den sich die Beschwerdeführerin berufe, folge nichts anderes.

Der Gebotstermin am 01.05.2019 war unterzeichnet, die Bandbreite der Gebotswerte der erfolgreichen Gebote lag zwischen 5,4 und 6,2 ct/kWh.

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass in der auf § 33 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 36d EEG 2017 gestützten Ablehnung des Zuschlags ein Rechtsverstoß der Bundesnetzagentur liege. Es komme im Rahmen des § 36f Abs. 2 S. 1 EEG 2017 nicht darauf an, ob die Genehmigungsbehörde tatsächlich eine immissionsschutzrechtliche Änderungsgenehmigung erteilt habe, sondern darauf, ob diese *zu Recht* erteilt worden sei

oder ob die Genehmigungsbehörde vielmehr verpflichtet gewesen wäre, eine Neugenehmigung zu erteilen. Diesbezüglich habe die Bundesnetzagentur eine eigene, originäre Prüfungskompetenz und sogar eine Prüfungspflicht. Diese folge aus einer Auslegung des § 36f Abs. 2 S. 1 EEG 2017. Dem Willen des Gesetzgebers, unterschiedliche Rechtsfolgen an den Erhalt einer Änderungsgenehmigung und den Erhalt einer Neugenehmigung zu knüpfen, könne nur bei einer korrekten juristischen Wertung des Sachverhalts Rechnung getragen werden. Dass die Clearingstelle EEG/KWKG in ihrem Hinweis 2017/6 den Netzbetreibern eine Prüfungskompetenz im Hinblick auf die Tatbestandsvoraussetzungen des ebenfalls das Vertrauen des Anlagenbetreibers schützenden § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 EEG 2017, insbesondere bezüglich des Vorliegens einer Übergangsanlage, zubillige, spreche für entsprechende Prüfungspflichten der Bundesnetzagentur. Zudem solle § 36f EEG 2017 eine hohe Realisierungswahrscheinlichkeit absichern, so dass die Bundesnetzagentur prüfen müsse, ob der von ihr ursprünglich erteilte Zuschlag noch realisiert werden könne. Dies sei nicht der Fall, weil er sich auf eine Windenergieanlage mit ... MW installierter Leistung als Gebotsmenge bezogen habe. Die Prüfkompetenz der Bundesnetzagentur dahingehend, ob eine Änderungs- oder Neugenehmigung nach dem BImSchG erforderlich sei, folge auch aus einer verfassungskonformen Auslegung des § 36f EEG 2017. Vertrauensschutz könne nur gewährleistet sein, wenn eine einheitliche Behörden- und Spruchpraxis bestehe, an der es fehle. Die Frage der Notwendigkeit einer Neugenehmigung sei daher nicht allein an den Maßstäben des Immissionsschutzrechts, sondern nach einheitlichen Maßstäben des EEG zu beurteilen. Die grundsätzliche Prüfungskompetenz der Bundesnetzagentur bezüglich immissionsschutzrechtlicher Behördenentscheidungen folge auch daraus, dass sie im Rahmen der Zuschlagsentscheidung prüfen müsse, ob eine wirksame, d.h. nicht bereits nach § 44 Abs. 1 VwVfG nichtige Genehmigung vorliege und auch im Rahmen einer Entscheidung über Rücknahme oder Widerruf inzidenter die Rechtmäßigkeit der Genehmigung zu prüfen sei. Nachforschungspflichten träfen die Bundesnetzagentur auch in Massenverfahren, etwa in § 33 Abs. 1 und Abs. 2 oder § 34 Nr. 1 und § 36g Abs. 4 EEG 2017.

Im Streitfall hätte die Umstellung des Anlagentyps wegen der Vergrößerung des Rotordurchmessers und der Nabenhöhe sowie der Leistungsdifferenz einer Neugenehmigung bedurft. Die Veränderung sei schon deshalb nicht „branchenüblich“, weil der ursprüngliche Anlagentyp niemals realisiert worden sei.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

den Beschluss vom 14.05.2019 der Bundesnetzagentur mit dem Aktenzeichen 605g, 8175-02-09/033 betreffend das zugrundeliegende Gebot mit der Gebotsnummer ... aufzuheben und die Bundesnetzagentur gleichzeitig zu verpflichten, ihr einen Zuschlag mit einer Gebotsmenge von ... kW und einem Gebotswert von ... ct/kWh zu erteilen.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Bundesnetzagentur ist der Ansicht, dass sie keine Kompetenz habe, den von der Genehmigungsbehörde erteilten Genehmigungsbescheid eigenständig zu prüfen und eine abweichende Entscheidung hierzu für die Zwecke des Ausschreibungsverfahrens zu treffen. Die Zuständigkeit für die immissionsschutzrechtliche Genehmigung sei eindeutig geregelt, der Wortlaut des § 36f EEG 2017 knüpfe an die vom Gesetzgeber vorgegebene Kompetenzverteilung an. Eine etwaige Rechtswidrigkeit der Änderungsgenehmigung müsse gerichtlich allein im Verhältnis zur Genehmigungsbehörde geklärt werden, was hier aber ohnehin nicht geschehen sei. Der Verweis der Beschwerdeführerin auf § 22 Abs. 2 S. 2 EEG 2017 erschließe sich nicht, da die Vorschrift allein das zivilrechtliche Verhältnis zwischen Anlagenbetreiber und auszahlungspflichtigem Netzbetreiber regle und auch keine weitergehende Ermittlungspflicht des Netzbetreibers im Hinblick auf die Voraussetzungen der Stichtagsregelung konstituiere. Zudem könne das Gebot mit der bezuschlagten Gebotsmenge nach wie vor realisiert werden. Nach der Gesetzesbegründung lägen Änderungen in der Gesamtleistung in einem größeren Umfang in der Risikosphäre des Bieters. Die Aufstellung eines Anlagentyps mit größerer Leistung unterfalle dem unternehmerischen Risiko des Bietenden. Im Streitfall hätte die Beschwerdeführerin, die beim ersten Zuschlag noch über keine Änderungsgenehmigung verfügt habe, in der ersten Ausschreibungsrunde die Nennleistung des ursprünglich geplanten Anlagentyps von ... MW ansetzen können, die sodann geänderte Nennleistung von ... MW wäre nicht einmal pönalisiert worden. Es sei auch nicht ersichtlich, wie eine Kompetenzzanmaßung durch die Bundesnetzagentur und den

erkennenden Senat zu einer Vereinheitlichung der oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zum BImSchG führen sollte.

Zudem stünde die gewünschte Überprüfung der Genehmigungsbescheide dem Ziel eines zeitnahen und rechtssicheren Zuschlags entgegen. Es handele sich bei den von ihr durchgeführten Ausschreibungen um Massenverfahren, weshalb sie nach der Rechtsprechung des Senats auch keine Nachforschungspflicht hinsichtlich einzelner Angaben von Bietern treffe. Umso weniger könne eine Überprüfung von immissionschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren verlangt werden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang und das Protokoll der Senatssitzung vom 19.02.2020 Bezug genommen.

## **B.**

Die zulässige Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg.

**I.** Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist sie als Verpflichtungsbeschwerde gemäß § 83a Abs. 1 S. 1 EEG 2017 statthaft. Danach sind gerichtliche Rechtsbehelfe, die sich unmittelbar gegen eine Ausschreibung oder unmittelbar gegen einen erteilten Zuschlag richten, nur mit dem Ziel zulässig, die Bundesnetzagentur zur Erteilung eines Zuschlags zu verpflichten. Dem hat die Beschwerdeführerin durch ihre Antragsfassung Rechnung getragen.

**II.** Die Beschwerde ist jedoch unbegründet. Die Bundesnetzagentur hat die Beschwerdeführerin zu Recht vom Zuschlagsverfahren ausgeschlossen. Ein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Erteilung des begehrten Zuschlags scheidet damit aus.

Nach § 33 Abs. 1 S. 1 EEG 2017 hat die Bundesnetzagentur Gebote dann vom Zuschlagsverfahren nach § 32 EEG 2017 auszuschließen, wenn die Voraussetzungen für eine Teilnahme an der Ausschreibung nach §§ 36, 36d EEG 2017 nicht erfüllt sind.

Auszuschließen sind nach § 36d EEG 2017 Gebote für Windenergieanlagen an Land, wenn die Bundesnetzagentur für eine in dem Gebot angegebene Anlage bereits einen Zuschlag erteilt hat, der zum Gebotstermin noch nicht entwertet worden ist. Dies ist der Fall.

**1.** Der Beschwerdeführerin war für die streitgegenständliche Windenergieanlage bereits im Gebotstermin für Windenergieanlagen an Land am 01.05.2018 ein Zuschlag mit einem Gebotswert von ... ct/KWh und einer Gebotsmenge von ... MW erteilt worden. Der Zuschlag ist, wie aus § 36f Abs. 1 EEG 2017 folgt, an die Windenergieanlage gebunden, auf die sich die in dem Gebot angegebene Genehmigung bezieht, die entsprechend § 36 Abs. 2 EEG 2017 im Register gemeldet wurde (BT-Drs. 18/8860, S. 212). Dies war beim Zuschlag vom 01.05.2018 die Genehmigung des Hochsauerlandkreises vom 07.03.2017 mit dem Az. ..., die sich auf den Typ 1 (...) mit einer Nennleistung von ... MW erstreckte. Darauf, dass die Beschwerdeführerin zwischenzeitlich bereits eine Umplanung auf den Typ 2 (...) mit einer Nennleistung von ... MW vorgenommen und dementsprechend die Gebotsmenge auf ... MW angepasst hat, kommt es insoweit nicht an, da der seinerzeit neu geplante Anlagentyp noch nicht Gegenstand der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung war. Dem Umstand, dass die bezuschlagte Gebotsmenge dem zwischenzeitlich geplanten Anlagentyp und nicht mehr dem bereits genehmigten Anlagentyp entsprach, trägt die Bundesnetzagentur nach ihrem Vorbringen in der mündlichen Verhandlung in ständiger Praxis dadurch Rechnung, dass sie Zuschläge auch für Nennleistungen erteilt, die von der des genehmigten Anlagentyps - in geringfügiger Höhe - abweichen, um dem Anlagenbetreiber die Möglichkeit, eine diesbezügliche Änderungsgenehmigung zu erwirken und von dieser auch Gebrauch zu machen, offenzuhalten.

**2.** Der Zuschlag im Gebotstermin für Windenergieanlagen an Land vom 01.05.2018 gilt fort, wie aus § 36f Abs. 2 S. 1 EEG 2017 folgt. Danach bleibt der Zuschlag auf die geänderte Genehmigung bezogen, wenn diese nach der Erteilung des Zuschlags geändert wird. Eine solche - bestandskräftige – immissionsschutzrechtliche Änderungsgenehmigung gemäß §§ 6, 16 BImSchG, nunmehr bezogen auf den Anlagentyp 2 (...) mit einer Nennleistung von ... MW, ist der Beschwerdeführerin vom Hochsauerlandkreis antragsgemäß am 11.03.2019 zum Az. ... erteilt worden.

Wie aus einer Auslegung des § 36f Abs. 2 S. 1 EEG 2017 folgt, kommt es entgegen der von der Beschwerdeführerin vertretenen Ansicht allein darauf an, ob die immissionsschutzrechtliche Änderungsgenehmigung durch die zuständige Genehmigungsbehörde tatsächlich erteilt worden ist und nicht etwa darauf, ob die Erteilung zu Recht erfolgt ist oder die Genehmigungsbehörde verpflichtet gewesen wäre, anstelle der Änderungsgenehmigung eine Neugenehmigung zu erteilen. Eine eigenständige, materiell-rechtliche Prüfungspflicht der Bundesnetzagentur im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der immissionsrechtlichen Entscheidung der Genehmigungsbehörde besteht ebenso wenig wie eine Pflicht, anhand eines eigenständigen energiewirtschaftsrechtlichen Prüfungsmaßstabes zu ermitteln, ob eine Änderung der Genehmigung i.S.d. § 36f EEG 2017 vorliegt.

**2.1.** Dafür, dass es allein auf die tatsächliche Erteilung der Änderungsgenehmigung durch die Genehmigungsbehörde ankommt, spricht zunächst der Wortlaut des § 36f Abs. 2 S. 1 EEG 2017. Die Vorschrift knüpft allein an die Änderung der Genehmigung und damit an die tatsächliche Sachlage an, nicht aber an die *Genehmigungsfähigkeit* der Änderungen. Zusätze, die darauf hinweisen, dass die Änderungsgenehmigung rechtmäßig ergangen sein muss, finden sich nicht.

**2.2.** Auch die Gesetzesbegründung spricht dafür, dass der Gesetzgeber an die tatsächliche immissionsschutzrechtliche Genehmigungslage anknüpfen wollte. So heißt es in der Gesetzesbegründung, dass, wenn für denselben Standort eine neue Genehmigung erwirkt wird, der Zuschlag nicht für diese neue Genehmigung gilt, selbst wenn sämtliche Parameter identisch mit der ursprünglichen Genehmigung sind (BT-Drs. 18/8860 S. 212). Der Gesetzgeber stellt mithin allein auf die Erwirkung der Genehmigung und nicht etwa darauf ab, ob eine solche neue Genehmigung zu erteilen ist.

Die Beschwerdeführerin kann dem auch nicht entgegenhalten, dass dem Willen des Gesetzgebers, unterschiedliche Rechtsfolgen an den Erhalt einer Änderungsgenehmigung und den Erhalt einer Neugenehmigung zu knüpfen, nur bei einer korrekten juristischen Wertung des Sachverhalts Rechnung getragen werden könne. Die korrekte juristische Wertung des Sachverhalts kann im Rahmen des behördlichen oder ggfs. auch gerichtlichen immissionsschutzrechtlichen Verfahrens erfolgen. So hätte es der

Beschwerdeführerin offen gestanden, im Hinblick auf die streitgegenständliche Windenergieanlage eine Neugenehmigung anstelle der Änderungsgenehmigung zu beantragen bzw. bei Verweigerung einer solchen Neugenehmigung die Entscheidung der Genehmigungsbehörde gerichtlich überprüfen zu lassen.

**2.3.** Das Abstellen auf die tatsächliche Genehmigungslage ohne diesbezüglicher eigener materiell-rechtlicher Prüfpflicht der Bundesnetzagentur steht des Weiteren systematisch im Einklang mit der Funktion, die der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung im Ausschreibungsverfahren für Windenergieanlagen an Land zukommt.

**2.3.1.** Im Ausschreibungsverfahren gibt der Bieter gemäß § 36 EEG 2017 ein Gebot für spezifische, von einer Genehmigung nach dem BImSchG erfasste Anlagen ab. Hintergrund der Regelung ist, dass Windenergieanlagen ab einer Gesamthöhe von 50 Metern einer Genehmigung gemäß § 4 BImSchG, § 1 und Anl. 2, Nr. 1.6, 4. BImSchV bedürfen. Aus § 36f Abs. 1 EEG 2017 folgt sodann, dass die Zuschläge den Windenergieanlagen an Land, auf die sich die in dem Gebot angegebene Genehmigung bezieht, verbindlich und dauerhaft zugeordnet sind und nicht auf andere Anlagen oder andere Genehmigungen übertragen werden dürfen.

§ 36 Abs. 1 EEG 2017, der die besonderen Anforderungen an Gebote nach § 30 EEG 2017 für Windenergieanlagen an Land normiert, stellt dabei ausschließlich auf die Erteilung der Genehmigung nach dem BImSchG und nicht etwa auf die Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens ab, wenn er in Nr. 1 vorsieht, dass die Genehmigungen nach dem BImSchG für alle Anlagen drei Wochen vor dem Gebotstermin und von derselben Genehmigungsbehörde erteilt worden sein müssen. Gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2017 müssen die entsprechenden Anlagen im Anlagenregister gemeldet worden sein. Dies ist durch die Angaben nach § 36 Abs. 2 EEG 2017 im Gebot verpflichtend zu dokumentieren. Dafür, dass es darauf ankäme, ob die nach dem BImSchG erteilte Genehmigung rechtmäßig ist, liegen keine Anhaltspunkte vor. Die im EEG 2017 vorgesehene Rechtsfolge im Fall einer Aufhebung der rechtswidrigen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung infolge einer Drittanfechtung, aufgrund derer das Projekt nicht realisiert wird, ist vielmehr, dass der bezuschlagte Bieter gemäß § 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EEG 2017 eine Pönale nach Entwertung des Zuschlags leisten muss (Baker in: BeckOK EEG, 9. Ed. 01.11.2019, EEG 2017, § 36 Rn. 3).

Diese Anknüpfung an das Vorliegen einer Genehmigung nach dem BImSchG, wie sie für die Zuschlagserteilung maßgeblich ist, wird konsequent fortgeführt, wenn es auch für die Beurteilung, ob ein bereits erteilter Zuschlag derselben Windenergieanlage zuzuordnen ist, weil diese nach Zuschlagserteilung nur einer Änderungs-, nicht aber einer Neugenehmigung unterlag, allein darauf ankommt, wie sich die tatsächliche Genehmigungslage darstellt.

**2.3.2.** Zudem liefe eine originäre Prüfungskompetenz der Bundesnetzagentur im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit des Handelns der Genehmigungsbehörde auch der gesetzlichen Kompetenzverteilung zuwider.

Zuständig für Genehmigungsbescheide nach dem BImSchG sind gemäß § 14 Abs. 1 LImSchG NRW als untere Immissionsschutzbehörde der Kreis bzw. die kreisfreie Stadt, hier der Hochsauerlandkreis. Eine Zuständigkeit der Bundesnetzagentur ist nicht vorgesehen. Es ist deshalb anzunehmen, dass der Gesetzgeber, wenn er der Bundesnetzagentur als hiernach nicht zuständiger Behörde eine Prüfkompentenz im Hinblick auf die Genehmigungsfähigkeit eines Änderungsantrags hätte einräumen wollen, dies angesichts der klaren Zuständigkeitsverteilung auch ausdrücklich normiert hätte. Dies ist aber gerade nicht geschehen.

**2.4.** Die Bundesnetzagentur war auch nicht gehalten, die Frage, ob eine Änderung der Genehmigung i.S.d. des § 36f Abs. 2 S. 1 EEG 2017 vorliegt, anhand eines eigenständigen energiewirtschaftsrechtlichen Prüfungsmaßstab zu prüfen.

Teilweise wird zwar vertreten, dass dem EEG 2017 eine projektbezogene und energiewirtschaftliche Betrachtung zugrunde liege und es deshalb erforderlich sei, den Begriff der „immissionsschutzrechtlichen“ Genehmigung im Rahmen von Sinn und Zweck des EEG 2017 eigenständig zu definieren (Operhalsky/Fechler: Der Genehmigungsbegriff im EEG 2017, NVwZ 2017, 13). Nach dieser Ansicht ist nicht hinreichend deutlich, inwieweit die Änderungsanzeige nach § 15 BImSchG und die Änderungsgenehmigung nach § 16 BImSchG die Förderung nach dem EEG 2017 beeinflussen. Es sei sowohl im Rahmen des § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 als auch im Rahmen des § 36f EEG 2017 unklar, wie der Begriff der Genehmigung bzw. der Änderung der Genehmigung

diesbezüglich genau zu definieren sei.

In dieselbe Richtung zielt der von den von den Verfahrensbeteiligten in Bezug genommene Hinweis 2017/6 der Clearingstelle EEG vom 30.05.2017 (abrufbar unter [www.clearingstelle-eeeg.de/hinwv/2017/6](http://www.clearingstelle-eeeg.de/hinwv/2017/6)) zu § 22 Abs. 2 S. 2 EEG 2017. Diese Vorschrift normiert eine Ausnahme von der Vorgabe des § 33 Abs. 2 S. 1 EEG 2017, dass bei Windenergieanlagen der Anspruch auf die Marktprämie oder die Einspeisevergütung nach § 19 Abs. 1 EEG 2017 für den in der Anlage erzeugten Strom nur besteht, solange und soweit ein von der Bundesnetzagentur erteilter Zuschlag für die Anlage wirksam ist. § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2017 bestimmt, dass Windenergieanlagen an Land vom Erfordernis eines erteilten Zuschlags im Ausschreibungsverfahren nach § 19 Abs. 1, § 22 Abs. 2 Satz 1 EEG 2017 ausgenommen sind, wenn sie vor dem 01.01.2019 in Betrieb genommen worden sind, vor dem 01.01.2017 nach dem BImSchG genehmigt worden sind und diese Genehmigung vor dem 01.02.2017 mit allen erforderlichen Angaben an das Register gemäß § 4 Abs. 1 AnlRegV gemeldet worden ist, und nicht der Genehmigungsinhaber vor dem 01.07.2017 schriftlich auf den gesetzlich bestimmten Anspruch auf Zahlung verzichtet hat. Die Vorschrift grenzt damit als Stichtagsregelung mit materiell-rechtlicher Ausschlusswirkung die Fälle, in denen der anzulegende Wert bei Windenergieanlagen an Land nach den Übergangsvorschriften festgelegt wird, von den Fällen ab, auf die das neue Recht anzuwenden ist (BGH, Beschluss vom 26.02.2019, EnVR 24/18, BeckRS 2019, 11186, Rn. 13, 15). Die Ausführungen im Hinweis der Clearingstelle EEG 2017 knüpfen daran an, dass nach dem Wortlaut der Regelung nicht eindeutig sei, ob die Änderung einer bereits erteilten Genehmigung nach dem 31.12.2016 dazu führe, dass der durch die Regelung gewährte Vertrauensschutz entfalle. Fraglich sei, ob die Windenergieanlage, die nach der geänderten Genehmigung in Betrieb genommen werde, auch im Sinne des Gesetzes diejenige Anlage sei, die „vor dem 01.01.2017 nach dem BImSchG genehmigt worden“ sei oder ob es sich bei der geänderten Anlage vielmehr um eine von der vor dem 01.01.2017 genehmigten Anlage zu unterscheidende Anlage handele. Die Clearingstelle EEG nimmt an, dass nicht jede Änderung der Genehmigung zum Verlust des Vertrauensschutzes führe, denn eine nach dem BImSchG genehmigungsbedürftige Änderung an der Anlage im Sinne des BImSchG müsse nicht in jedem Fall auch eine Änderung der Anlage im Sinne des EEG bedeuten. Es komme allein darauf an, ob die

Änderungen für den Vertrauensschutz erheblich seien, was bei Vorliegen einer Änderungsgenehmigung nach § 16 BImSchG im Einzelfall festzustellen sei.

Es kann dahinstehen, ob dieses Verständnis zutrifft. Denn in § 36f EEG 2017 finden sich – anders als in § 22 Abs. 2 S. 2 EEG 2017 – unter Hinzuziehung der Gesetzesbegründung klare Vorgaben des Gesetzgebers dazu, für welche Fälle der Zuschlag fortbestehen soll. Wie bereits dargestellt, knüpft der Gesetzeswortlaut an die Änderung der Genehmigung an und grenzt diese in der Gesetzesbegründung von der Erteilung einer Neugenehmigung ab, so dass der Gesetzgeber ersichtlich an die immissionsrechtlichen Begrifflichkeiten und damit an die immissionsschutzrechtliche Genehmigungslage anknüpft. Die genehmigungsbedürftige Änderung nach § 16 BImSchG und als deren Minus die nur anzeigepflichtige Änderung nach § 15 BImSchG fallen damit unter den Begriff der „geänderten Genehmigung“, nicht hingegen die Neugenehmigung nach § 4 BImSchG. Vergleichbare Vorgaben, wie mit nach dem Stichtagszeitpunkt erfolgten Änderungen an Windenergieanlagen umzugehen ist, die vor dem Stichtagszeitpunkt immissionsschutzrechtlich genehmigt worden sind, lassen sich weder dem Wortlaut noch der Verordnungsbegründung von § 19 Abs. 2 S. 2 EEG 2017 entnehmen, so dass insoweit ein anderer Auslegungsspielraum besteht als im Rahmen des § 36f EEG 2017.

**2.5.** Zudem wäre, worauf die Bundesnetzagentur zutreffend hinweist, eine Prüfungspflicht im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der Änderungsgenehmigung auch nicht mit der Natur des Ausschreibungsverfahrens als regulierungsbehördlichem Massenverfahren vereinbar.

**2.5.1.** Wie vom Senat bereits entschieden (etwa Beschluss vom 05.07.2018, VI-3 Kart 110/17 [V], Rn. 25, bei juris), obliegen der Bundesnetzagentur angesichts des Massencharakters des Ausschreibungsverfahrens keine umfangreichen, individuellen Prüfungs- und Befassungspflichten. Eine Pflicht der Bundesnetzagentur zur Auslegung des Gebotsinhalts im Rahmen der Auswertung der Gebote würde den Besonderheiten des Massenverfahrens ersichtlich nicht gerecht und dazu führen, dass die Ausschreibungsverfahren entgegen der Intention des Gesetzgebers verzögert und im Extremfall sogar undurchführbar würden. Eine Auslegung oder gar weitere Nachforschungen, etwa durch die Hinzuziehung weiterer Dokumente, sind der Bundesnetzagentur daher

in aller Regel nicht zumutbar. In diesem Sinne hat der Senat bereits entschieden, dass die Bundesnetzagentur nicht gehalten ist, Nachforschungen im Hinblick auf einen im Gebotsformular nicht angegebenen Firmensitz als Pflichtangabe nach § 30 Abs. 1 Nr. 1 a) EEG 2017 anzustellen (Senat a.a.O.). Auch ist es der Bundesnetzagentur mit einem angemessenen Prüfungsumfang weder möglich noch zumutbar, hinsichtlich eines Zahlungseingangs der Erstsicherheit nach § 7 FFAV zu jeder Überweisung Nachforschungen anzustellen oder weitere Dokumente heranzuziehen oder durch Addition mehrerer Erstsicherheiten mathematisch korrekte Rückschlüsse auf die Zuordnung eines Zahlungseingangs zu ziehen (Beschluss vom 06.12.2017, VI-3 Kart 129/16 [V]).

Diese im Hinblick auf den Gebotsinhalt aufgestellten Erwägungen lassen sich auf die Prüfung der Genehmigungsfähigkeit eines Änderungsantrags übertragen. Es liegt auf der Hand, dass die Bundesnetzagentur, wenn sie im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens inzidenter die Rechtmäßigkeit bereits erteilter immissionsschutzrechtlicher Änderungs- oder Neugenehmigungen von Windenergieanlagen prüfen müsste, nicht in der Lage wäre, in einem den Bietern zumutbaren zeitlichen Rahmen Zuschlagsentscheidungen zu treffen. Immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren sind, wie sowohl ihre Dauer als auch der Umfang der Behördenentscheidungen zeigen, umfangreich. Dies gilt in besonderem Maße, wenn die Prüfung immissionsschutzrechtlicher Vorschriften durch die hiermit sonst nicht betraute Bundesnetzagentur als fachfremde Behörde erfolgen würde.

**2.6.** Das Abstellen auf die tatsächliche immissionsschutzrechtliche Genehmigungslage ist auch nicht aus anderen Gründen mit Sinn und Zweck des § 36f EEG 2017 unvereinbar.

**2.6.1.** Die Beschwerdeführerin macht ohne Erfolg geltend, dass einem Abstellen auf die tatsächliche Genehmigungslage die vom Gesetzgeber gewollte hohe Realisierungswahrscheinlichkeit von bezuschlagten Projekten (BT-Drs. 18/8832, 214) entgegenstehe. Vielmehr ist der Zuschlag im Streitfall ohne Weiteres realisierbar, wenn auch mit der bezuschlagten Gebotsmenge von nur ... MW. Es stand der Beschwerdeführerin frei, bei der zuständigen Genehmigungsbehörde eine Änderungsgenehmigung zu beantragen, die sich auf den nunmehr zu realisierenden Typ 3 (...) bezieht, was sie nach ihrem Vortrag im Verhandlungstermin zwischenzeitlich auch erfolgreich getan

hat. Auf diese Windenergieanlage würde sich dann der am 01.05.2018 erteilte Zuschlag beziehen. Dies entspricht dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, da Änderungen der Gesamtleistungen gerade in die Risikosphäre des Bieters fallen sollen (BT-Drs. 18/8860 S. 212).

**2.6.2.** Schließlich ist eine originäre Prüfungskompetenz der Bundesnetzagentur hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Genehmigungsentscheidung im Rahmen des § 36f EEG 2017 auch nicht deshalb geboten, weil Vertrauensschutzgesichtspunkte eine einheitliche Behörden- und Spruchpraxis erforderten. Sofern die verwaltungsbehördliche und gerichtliche Spruchpraxis bei der Abgrenzung von Änderungs- oder Neugenehmigungsbedürftigkeit von Windenergieanlagen an Land infolge von Typenänderungen nach dem BImSchG uneinheitlich sein sollte, obliegt es der obergerichtlichen Rechtsprechung der für immissionsschutzrechtlichen Fragen zuständigen Gerichte, solche Fragen zu klären.

**2.7.** Nach alledem kommt es nicht darauf an, ob der Hochsauerlandkreis als für die Genehmigungen nach dem BImSchG zuständige Behörde den erforderlichen Austausch des Windenergieanlagen-Typs 1 (...) durch den Typ 2 (...) zutreffend mit einer Änderungsgenehmigung adressiert hat oder ob dieser zu einer Neugenehmigung hätte führen müssen.

Dies gilt auch für die nach dem Vorbringen der Beschwerdeführerin im Verhandlungstermin zwischenzeitlich erteilte weitere Änderungsgenehmigung, diesmal bezogen auf den Anlagentyp 3 (...) mit einer Nennleistung wiederum von ... MW. Diese weitere Änderungsgenehmigung ist zudem erst deutlich nach dem Gebotstermin für Windenergieanlagen an Land am 01.05.2019 erteilt worden und bereits deshalb für die Rechtmäßigkeit der Entscheidung der Bundesnetzagentur, das Gebot der Beschwerdeführerin auszuschließen, unerheblich.

**III.** Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 2 EnWG. Da die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde keinen Erfolg hat, sind ihr die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Kosten der Bundesnetzagentur aufzuerlegen.

**IV.** Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO und folgt im Einvernehmen mit den Verfahrensbeteiligten der Formel, nach der der Senat in ständiger Rechtsprechung (etwa Beschluss vom 16.11.2017, VI-3 Kart 56/17 [V]; Beschluss vom 22.03.2018, VI-3 Kart 68/17 [V], jeweils bei juris) den Streitwert in auf die Zuschlagserteilung im Ausschreibungsverfahren für Windenergieanlagen an Land gerichteten Beschwerden berechnet:

Gebotspreis (in Euro/kWh) x produzierte Strommenge in kWh/a (Anlagengröße kWp x 2.000 h/a Volllast) x 20 (Förderdauer in Jahren) x 0,05 (angenommener Gewinn).

Hieraus ergibt sich im Streitfall folgende Berechnung:

...

**V.** Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitentscheidenden Rechtsfragen grundsätzliche Bedeutung haben (§ 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG).

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Rechtsbeschwerde kann auch durch Übertragung eines elektronischen Dokuments an die elektronische Poststelle des Gerichts erhoben werden. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet sein. Es muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht werden. Die für die Übermittlung und Bearbeitung geeigneten technischen Rahmenbedingungen bestimmen sich nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) vom 24.11.2017 (BGBl. I, S. 3803). Über das Justizportal des Bundes und der

Länder ([www.justiz.de](http://www.justiz.de)) können weitere Informationen über die Rechtsgrundlagen, Bearbeitungsvoraussetzungen und das Verfahren des elektronischen Rechtsverkehrs abgerufen werden. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 Satz 2, 80 Satz 2 EnWG).

Frister

Pastohr

Dr. Webler