



Ausschreibungsverfahren, immissionsschutzrechtliche Genehmigung,  
Änderungsgenehmigung, Zuschlag, § 36f Abs. 2 EEG 2017, Vertrauensschutz  
**OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. März 2020 – 3 Kart 772/19**

**Bei § 36f Abs. 2 Satz 1 EEG 2017 kommt es allein auf die tatsächliche Genehmigungslage an, d.h. darauf, ob durch die zuständige Genehmigungsbehörde eine immissionsschutzrechtliche Änderungsgenehmigung erteilt worden ist. Eine eigenständige, materiell-rechtliche Prüfungspflicht der Bundesnetzagentur im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der immissionsrechtlichen Entscheidung der Genehmigungsbehörde besteht in diesem Rahmen ebenso wenig wie eine Pflicht, anhand eines eigenständigen energiewirtschaftsrechtlichen Prüfungsmaßstabes zu beurteilen, ob eine Änderung der Genehmigung i.S.d. § 36f EEG 2017 vorliegt. (amtlicher Leitsatz)**

### Hintergrund der Entscheidung

Die Beschwerdeführerin, ein Unternehmen der Windenergiebranche, erhielt im März 2017 die Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb der hier streitigen Windenergieanlage. Die Genehmigung bezog sich zunächst auf den Anlagentyp 1. Nachdem der Anlagenhersteller der Beschwerdeführerin anstelle des Anlagentyps 1 den neuen Anlagentyp 2 angeboten hatte, beantragte diese Anfang 2018 eine entsprechende Änderung des Genehmigungsbescheids. Vor Erlass der geänderten Genehmigung erhielt die Beschwerdeführerin im Ausschreibungsverfahren von Mai 2018 einen Zuschlag für den Anlagentyp 1.

Im April 2019 teilte die Anlagenherstellerin der Beschwerdeführerin mit, dass Anlagentyp 2 nicht mehr verfügbar sei und bot ihr stattdessen Anlagentyp 3 an. Antragsgemäß erließ die Zulassungsbehörde eine entsprechende Änderungsgenehmigung. Damit nahm die Beschwerdeführerin im Mai 2019 erneut am Ausschreibungsverfahren teil.

Das Gebot zum Anlagentyp 3 schloss die Bundesnetzagentur vom Zuschlagsverfahren aus, da die im Gebot bezeichnete Anlage dem bereits bezuschlagten Anlagentyp 1 entspreche. Im Fall einer geänderten Genehmigung bleibe der Zuschlag nach § 36f Abs. 2 Satz 1 EEG für diese bestehen.

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass der Ausschluss ihres Gebots zu Unrecht erfolgt sei. Es komme im Rahmen des § 36f Abs. 2 Satz 1 EEG 2017 nicht darauf an, ob die Genehmigungsbehörde tatsächlich eine Änderungsgenehmigung erteilt habe, sondern darauf, ob diese zu Recht erteilt worden sei oder ob eine Neugenehmigung hätte erteilt werden müssen. Dies habe die Bundesnetzagentur anhand eines eigenen energiewirtschaftlichen Maßstabes zu ermitteln.

### Inhalt der Entscheidung

Das OLG Düsseldorf bestätigte in seinem Beschluss die von der Bundesnetzagentur vertretene Auffassung und wies die Beschwerde zurück.

Die Bundesnetzagentur sei dazu verpflichtet, Gebote vom Zuschlagsverfahren auszuschließen, wenn für eine in dem Gebot angegebene Anlage bereits einen Zuschlag erteilt worden sei, der zum Gebotstermin noch nicht entwertet worden ist. Dies sei vorliegend der Fall.

Ein Zuschlag sei nach § 36f Abs. 1 EEG 2017 an die Windenergieanlage gebunden, auf die sich die in dem Gebot angegebene Genehmigung beziehe. Dies sei beim Zuschlag aus Mai 2018 die sich auf den Anlagentyp 1 bezogene Genehmigung gewesen. Nach § 36f Abs. 2 Satz 1 EEG 2017 bleibe der Zuschlag auch im Fall einer Änderung der ursprünglichen Genehmigung bestehen. Allein für den Fall, dass eine Neugenehmigung erteilt werde, solle der Zuschlag entfallen. Vorliegend sei aber keine Neugenehmigung erteilt worden.

Bei der Auslegung des § 36f Abs. 2 Satz 1 EEG 2017 komme es allein darauf an, ob die Zulassungsbehörde eine Änderungs- oder eine Neugenehmigung erteilt habe. Unerheblich sei, ob die Entscheidung materiell-rechtlich richtig sei. Eine solche Prüfpflicht sei weder mit der Kompetenzverteilung zwischen Genehmigungsbehörde und Bundesnetzagentur noch mit der Natur des Ausschreibungsverfahrens als regulierungsbehördlichem Massenverfahren vereinbar. (Rn. 34, 40) Zudem lasse § 36f Abs. 2 Satz 1 EEG 2017 keinen Raum für einen eigenständigen energiewirtschaftsrechtlichen Maßstab für den Begriff einer geänderten Genehmigung i.S.d. § 36f Abs. 2 Satz 1 EEG 2017. (Rn. 36 – 39)

## Fazit

In der vorliegenden Entscheidung befasst sich das OLG Düsseldorf erstmals mit der Auslegung des § 36f Abs. 2 Satz 1 EEG und gibt damit wichtige Hinweise für das Verständnis der Norm. Die Vorschrift regelt das weitere Bestehen eines Zuschlags im Fall einer geänderten Genehmigung. Da aufgrund der hohen Dynamik in der technischen Entwicklung Änderungen des Anlagentyps häufig vorkommen, kommt der Vorschrift in der Praxis durchaus Bedeutung zu.

Das OLG Düsseldorf hat nun entschieden, dass der BNetzA im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens keine Prüfpflicht obliegt, ob die Genehmigungsbehörde im Fall einer Typenänderung zurecht eine Änderungsgenehmigung oder eine Neugenehmigung erlassen hat. Das Weiterbestehen eines Zuschlags soll streng formal von der Entscheidung der Genehmigungsbehörde im Hinblick auf den Erlass einer Änderungsgenehmigung oder einer Neugenehmigung abhängen.

Dies ist auf den ersten Blick nachvollziehbar. Bei diesem Verständnis bleibt allerdings außer Acht, dass die Oberverwaltungsgerichte die Frage, ob die Änderung eines Anlagentyps eine Änderungsgenehmigung oder eine Neugenehmigung erfordert, unterschiedlich beantworten.<sup>1</sup> Dies wiederum zieht eine Ungleichbehandlung im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens nach sich. Bei einem materiell gleichen Änderungstatbestand – einer Typenänderung – hängt das weitere Bestehen oder aber das Entfallen des Zuschlags von der Rechtsauffassung des jeweiligen Oberverwaltungsgerichts ab. Mit dem Grundgedanken des bundeseinheitlich geregelten Ausschreibungsverfahrens ist das nicht vereinbar. Eine Gleichbehandlung könnte hier nur über ein eigenständiges energiewirtschaftliches Verständnis des Begriffs der „geänderten Genehmigung“ i.S.d. § 36f Abs. 2 Satz 1 EEG erreicht werden.<sup>2</sup> Diesem Ansatz gegenüber hat sich das OLG Düsseldorf nun aber sehr zurückhaltend geäußert.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter:

[http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2020/3\\_Kart\\_772\\_19\\_Beschluss\\_20200311.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2020/3_Kart_772_19_Beschluss_20200311.html)

---

<sup>1</sup> Im Fall einer Typenänderung für eine Änderungsgenehmigung OVG Koblenz, Urt. v. 3.8.2016 – 8 A 10377/16, [Rn. 55](#); OVG Weimar, Urt. v. 1.6.2011 – 1 EO 69/11, Rn. 45; für eine Änderungsanzeige VGH München, Beschl. v. 11.8.2016 – 22 CS 16.1052, [Rn. 38 ff.](#); für eine Neugenehmigung OVG Münster, Urt. v. 25.2.2015 – 8 A 959/10, [Rn. 113](#); VG Köln 19.5.2016 – 13 K 4121/14, [Rn. 60](#).

<sup>2</sup> In diese Richtung Operhalsky/Fechler, NVwZ 2017, 13 (17); Endell/Quentin in: Baumann/Gabler/Günther, EEG Handkommentar, § 36f Rn. 16.