

## Info-Service 3/2015

### „Wer bietet weniger?“ – die Freiflächenausschreibungsverordnung

Am 12. Februar 2015 tritt die „Verordnung zur Ausschreibung der finanziellen Förderung für Freiflächenanlagen“ (Freiflächenausschreibungsverordnung – FFAV) in Kraft. Diese Verordnung leitet einen Paradigmenwechsel bei der finanziellen Förderung erneuerbarer Energien ein – weg von der gesetzlich festgelegten Einspeisevergütung und hin zu einer wettbewerblichen Ermittlung der Höhe der finanziellen Förderung durch Ausschreibungen. Sie dient dazu, mit „Pilot-Ausschreibungen“ für Strom aus Photovoltaik-Freiflächenanlagen Erfahrungen zu sammeln. Ziel ist, bis spätestens 2017 die finanzielle Förderung aller erneuerbarer Energien auf Ausschreibungen umzustellen. Die Bekanntgabe der ersten Ausschreibungsrunde steht bereits für Februar 2015 an.

Während im Zusammenhang mit der Verabschiedung dieser Verordnung im Bundeskabinett am 28. Januar 2015 zumeist politische Fragen, wie insbesondere die Erhaltung der Akteursvielfalt und das Erfordernis von Sonderregelungen für die Bürgerenergie, diskutiert worden sind, sollen hier – nach einer kurzen Darstellung des Verfahrensablaufs – einzelne rechtliche Fragen zumindest angerissen werden.

#### I. **Wie läuft eine Ausschreibung ab?**

Die Ausschreibungen wurden so gestaltet, dass zunächst eine Knappheitssituation und damit eine Wettbewerbskonstellation für die Bieter hergestellt werden. Die Bundesnetzagentur (BNetzA) als zuständige Behörde wird die finanzielle Förderung von Strom aus Freiflächenanlagen mit einem Ausschreibungsvolumen von 500 MW in 2015, 400 MW in 2016 und 300 MW in 2017 ausschreiben. Dies erfolgt jährlich zu drei Gebotsterminen, nämlich jeweils dem 1. April, dem 1. August und dem 1. Dezember, wobei der erste Gebotstermin auf den 15. April 2015 festgelegt worden ist. Neun bis sechs Wochen vor dem jeweiligen Gebotstermin macht die BNetzA die Ausschreibung auf ihrer Internetseite bekannt. So ergibt sich die erste Bekanntmachung bereits für Mitte Februar 2015!

Die Bieter in einer Ausschreibungsrunde müssen mehrere Voraussetzungen für ihre Teilnahme an den Ausschreibungen erfüllen. Unter anderem muss ein Gebot einen Umfang von einer installierten Leistung von mindestens 100 kW und höchstens 10 MW haben. Dabei ist Abgabe mehrerer Gebote nach der FFAV ausdrücklich zulässig. Die Teilnehmer an der Ausschreibung bieten sodann verdeckt einen anzulegenden Wert für die

gleitende Marktprämie, also eine bestimmte Förderhöhe für den von ihnen in der Freiflächenanlage erzeugten Strom, an.

Für die Zuschlagerteilung ist allein die Höhe des angebotenen „anzulegenden Wertes“ entscheidend – und keine anderen Kriterien wie etwa Systemdienlichkeit oder geographische Verteilung der Anlagen. Kurz gesagt gewinnt das Gebot mit der geringsten Fördersumme. Im Einzelnen wird der Zuschlag nach folgendem Verfahren erteilt: Zunächst wird ein Höchstwert für jede Ausschreibungsrunde vorgegeben. Dieser Höchstwert orientiert sich an der Förderhöhe für große Dach-Fotovoltaikanlagen, also an dem anzulegenden Wert für Anlagen auf Gebäuden mit einer installierten Leistung bis einschließlich 1 MW. Ein Mindestpreis wird hingegen nicht festgelegt. Wenn die Summe der Gebotsmengen aller zuzulassenden Gebote das Ausschreibungsvolumen nicht überschreitet, muss die BNetzA allen zuzulassenden Geboten den Zuschlag erteilen. Ansonsten werden die Gebote sortiert, beginnend mit dem Gebot mit dem niedrigsten Gebotswert. Die BNetzA erteilt dann auf diese Gebote Zuschläge, bis das Ausschreibungsvolumen erreicht ist. Der Zuschlagswert wird grundsätzlich nach dem Einheitspreisverfahren ermittelt („uniform-pricing“-Verfahren). Dabei wird jedem erfolgreichen Gebot die Förderhöhe des höchsten erfolgreichen Gebots zugeteilt. Abweichend davon wird in den ersten beiden Ausschreibungsrunden der Zuschlagswert nach dem Gebotspreisverfahren („pay as bid“-Verfahren) bestimmt. Dies bedeutet, dass bei der Erteilung eines Zuschlags jedem erfolgreichen Gebot exakt die gebotene Förderhöhe zugewiesen wird, also „jeder bekommt, was er geboten hat“. Die BNetzA muss die Entscheidung über die Zuschläge schließlich öffentlich bekannt geben.

In den europäischen „Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 (Environmental Protection and Energy Aid Guidelines – EEAG), die die „Blaupause“ für die Ausschreibungen zur Förderung erneuerbarer Energien enthalten, ist schließlich die Möglichkeit von „de-minimis-Regeln“ für Kleinanlagen vorgesehen: So können bei Anlagen mit einer installierten Stromkapazität von weniger als 1 MW Beihilfen ohne Ausschreibung gewährt werden. Von dieser Möglichkeit einer Ausnahme macht die FFAV indes keinen Gebrauch. Hier hätten sich eventuell Sonderregelungen für die Bürgerenergie angeboten.

**Öffentliches Energierecht**

Vergabe- und sonstiges öffentliches Wirtschaftsrecht

## **II. Welche rechtlichen Besonderheiten ergeben sich?**

### **1. Verbindlichkeit der Projektrealisierung durch Sicherheiten und Strafzahlungen**

Die Ausschreibungen wurden so gestaltet, dass strategisches Bieterverhalten verhindert wird und sich nur Bieter beteiligen, die tatsächlich konkrete Projekte realisieren und sich daran auch verbindlich festhalten lassen.

Zu diesem Zweck sind Strafzahlungen der Bieter an die Übertragungsnetzbetreiber (ÜNB) vorgesehen, wenn sie ihre Vorhaben nicht realisieren. Diese nachträglich zu leistenden Strafzahlungen sind vorab durch zwei Sicherheiten zu gewährleisten: Zunächst muss der Bieter für sein Gebot bei der BNetzA bis zum Gebotstermin eine so genannte „Erstsicherheit“ leisten. Damit soll die Strafzahlung, die die Bieter an die ÜNB zu leisten haben, wenn ein Zuschlag erloschen ist, gesichert werden. Die Höhe der Erstsicherheit bestimmt sich aus der Gebotsmenge multipliziert mit vier Euro pro Kilowatt. Hat ein Bieter sodann einen Zuschlag erhalten, so muss er weiterhin eine „Zweitsicherheit“ leisten. Damit soll die Strafzahlung, die die Bieter an die ÜNB zu leisten haben, wenn mehr als 5 % der Gebotsmenge eines bezuschlagten Gebots entwertet worden ist, gesichert werden. Die Höhe der Zweitsicherheit bestimmt sich aus der Gebotsmenge multipliziert mit 50 € pro Kilowatt. „Entwertet“ wird ein Zuschlag, wenn er zurückgegeben, zurückgenommen worden oder erloschen ist. Dies ist etwa der Fall, wenn ein Bieter eine Förderberechtigung, für die er einen Zuschlag erhalten hat, nicht innerhalb von 24 Monaten einem realen Projekt zuordnet.

Schließlich darf mit den erteilten Zuschlägen nicht gehandelt werden. Die rechtsgeschäftliche Übertragung einer Freiflächenanlage einschließlich ihres Förderanspruchs bleibt davon grundsätzlich zwar unberührt. Eine solche Übertragung darf jedoch nur nach der Ausstellung einer Förderberechtigung für die Freiflächenanlage erfolgen. Im Vergleich zum bisherigen Fördersystem wird also die Übertragung einer Freiflächenanlage beschränkt.

### **2. Welcher Zusammenhang besteht zwischen Förderung und Baurecht?**

Der Anspruch auf Förderung nach dem EEG 2014 und die Festlegung der Höhe für die Förderung nach der FFAV sind auf mehrfache Weise mit den öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen für die Genehmigung der Anlage und damit dem Baurecht verwoben:

So muss zunächst bei Abgabe eines Gebots zumindest ein Aufstellungs- oder Änderungsbeschluss für einen Bebauungsplan, der zumindest auch mit dem Zweck der Errichtung einer Freiflächenanlage beschlossen worden ist, vorliegen. Alternativ ist auch ein Offenlegungsbeschluss oder ein beschlossener Bebauungsplan möglich. Der Grad der Konkretisierung des Bebauungsplans ist zudem für die eben unter Ziffer 1. erörterten Sicherheiten von Bedeutung: Liegt für die Anlage bereits ein Offenlegungsbeschluss eines Bebauungsplans oder gar ein beschlossener Bebauungsplan vor, so verringert sich die Höhe der Erst- und Zweitsicherheit um die Hälfte.

Ausgestellt werden darf die Förderberechtigung nur, wenn die Freiflächenanlagen im Bereich eines beschlossenen Bebauungsplans errichtet worden ist, der zumindest auch mit dem Zweck aufgestellt oder geändert worden ist, eine Freiflächenanlagen zu errichten. Wenn also zum Zeitpunkt der Gebotsabgabe lediglich ein Änderungsbeschluss oder Umlegungsbeschluss vorlag, dann aber der Bebauungsplan später nicht beschlossen wird, trägt der Bieter ein Risiko. Der Bieter kann zwar den Zuschlag zurückgeben, aber nur gegen eine Strafzahlung an den ÜNB.

Von der sog. „Flächenkulisse“ her muss die Freiflächenanlage zudem auf einer bereits versiegelten Fläche, auf einer Konversionsfläche oder auf Seitenrandstreifen längs von Autobahnen und Schienenwegen liegen. Ab 2016 kommen auch Flächen der Bundesanstalt für Immobilienaufgaben oder Ackerflächen in Betracht, die in einem in der Verordnung ausgewiesenen „benachteiligten Gebiet“ liegen, in denen Landwirtschaft nur unter erschwerten Bedingungen möglich ist.

### **3. Rechtsschutz**

Wie sich aus verschiedenen Stellen der Verordnung ergibt und die Verordnungsbegründung explizit hervorhebt, stellt die Zuteilungsentscheidung einen Verwaltungsakt dar. Daher ist Rechtsschutz gegen Entscheidungen der BNetzA, insbesondere gegen eine Ablehnung der Zuschlagserteilung, vor einem Verwaltungsgericht nachzusuchen, auch wenn die Verordnung dies nicht eigens regelt. Ein Widerspruchsverfahren gegen die Entscheidungen der BNetzA ist hingegen in der FFAV nicht vorgesehen. Schließlich kommt mit der Zuschlagerteilung kein zivilrechtlicher Vertrag wie bei Vergabeverfahren nach den Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zustande.

**Öffentliches Energierecht**

Vergabe- und sonstiges öffentliches Wirtschaftsrecht

Bemerkenswert ist jedoch, dass die Verordnung die Art des Rechtsschutzes regelt: Ein unterlegener Bieter kann nicht die Zuschlagsentscheidung für konkurrierende und bereits bezuschlagte Bieter anfechten. Hierdurch wird ein hohes Maß an Rechtssicherheit für die Bieter, die einen Zuschlag erhalten haben, geschaffen. Trotz Ausschluss dieser – im Vergaberecht klassischen – Konkurrentenklage bleibt die Möglichkeit einer Verpflichtungsklage bestehen: Gerichtliche Rechtsbehelfe mit dem Ziel der Verpflichtung der BNetzA zur Erteilung eines Zuschlags sind also zulässig. Die Verordnung regelt keine weiteren Voraussetzungen für solch eine Verpflichtungsklage.

Die Zulässigkeit einer solchen Verpflichtungsklage verwundert zunächst, da das Ausschreibungsvolumen in einer Ausschreibungsrunde grundsätzlich begrenzt ist. Jedoch soll dieses Ausschreibungsvolumen entsprechend der gerichtlich mittels Verpflichtungsklage erstrittenen Zuschläge erhöht werden. Um das jährliche Ziel des Zubaus von Fotovoltaik-Freiflächenanlagen nicht zu überschreiten, kann die BNetzA sodann das Ausschreibungsvolumen in den nächsten Runden reduzieren, wenn aufgrund von erfolgreichen Verpflichtungsklagen das angepeilte Ausschreibungsvolumen in einer Runde überschritten worden ist.

Dr. Markus Ehrmann  
[ehrmann@kk-rae.de](mailto:ehrmann@kk-rae.de)