

Info-Service 4/2016

EEG-Novelle 2016 – Umstellung der Förderung auf Ausschreibungen

Zum 1. August 2014 ist das EEG 2014 in Kraft getreten. In der schnellen Taktung der Novellierungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) Anfang März 2016 bereits den Entwurf eines EEG 2016 vorlegt. Mit dieser Novelle soll bis 2017 ein Paradigmenwechsel bei der finanziellen Förderung erneuerbarer Energien vollzogen werden – weg von der gesetzlich festgelegten Einspeisevergütung und hin zu einer wettbewerblichen Ermittlung der Höhe der finanziellen Förderung durch Ausschreibungen. Damit wird eine Vorgabe der europäischen „Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020“ umgesetzt. Ausschreibungen waren bereits im EEG 2014 angelegt und sind im Bereich von großen Photovoltaikanlagen durch „Pilot-Ausschreibungen“ auf der Grundlage der sog. „Freiflächenausschreibungsverordnung“ (FFAV) seit Februar 2015 erprobt worden. Während politisch noch viele Fragen diskutiert werden, sollen hier die Grundzüge des Gesetzesentwurfs vorgestellt und erste rechtliche Fragen zumindest angerissen werden.

I. Leitgedanken der Novelle

Die EEG Novelle 2016 wird von drei Leitgedanken getragen:

- Der weitere Ausbau der Erneuerbarer Energien soll im Rahmen von **Ausbaukorridoren** erfolgen, die weder über- noch unterschritten wird. Dies soll zum einen Planungssicherheit für alle Beteiligten gewährleisten und zum anderen den Ausbau der erneuerbarer Energien mit dem Netzausbau synchronisieren.
- Weiterhin soll der weitere Ausbau erneuerbarer Energien **kosteneffizient** gestaltet werden. Dazu soll der Wettbewerb durch Ausschreibungen beitragen.
- Schließlich soll die **Akteursvielfalt** erhalten bleiben.

II. Ausgeschriebene Technologien

Nicht alle Technologien zur Erzeugung erneuerbarer Energien sollen zukünftig ausgeschrieben werden, vielmehr werden zwei Auswahlkriterien eingeführt:

- Grundsätzlich soll die Förderung von Windenergie an Land, Windenergie auf See und von großen Photovoltaikanlagen ausgeschrieben werden. Keine Ausschreibung erfolgt (zunächst) bei Biomasse sowie bei Wasserkraft und Geothermie.

- Vom Umfang her ausgenommen von den Ausschreibungen sind Anlagen mit einer installierten Leistung < 1 MW. Für diese Anlagen unterhalb der Bagatellgrenze soll die Förderhöhe weiter gesetzlich bestimmt werden.

Damit werden 80 % des jährlichen Zubaus von Erneuerbare-Energien-Anlagen erfasst.

III. Ausschreibungsdesign

1. Gemeinsamkeiten

Die Ausschreibung erfolgt nicht technologieneutral, sondern für jede der drei ausgeschriebenen Technologien (Photovoltaik, Windenergie an Land und Windenergie auf See) soll jeweils ein eigenes Ausschreibungsdesign festgelegt werden. Gemeinsam sind diesen jedoch unter anderem folgende Punkte:

- Zuständige Behörde für die Durchführung der Ausschreibungen ist die Bundesnetzagentur (BNetzA).
- Ausgeschrieben wird die gleitende Marktprämie. Dabei wird auf den sog. „anzulegenden Wert“ geboten. Dieser Wert ist die Summe aus dem Marktwert, den der Strom an der Börse erzielt, und der Marktprämie. Zuschlagsentscheidend ist allein dieser Wert.
- Der Zuschlag erfolgt auf das niedrigste Gebot und ist grundsätzlich projektbezogen.

2. Ausschreibungsdesign für Photovoltaik

Das Ausschreibungsdesign für Photovoltaik (PV) orientiert sich eng an dem in der FFAV vorgesehenen System (vgl. dazu unseren Infoservice 3/ 2015).

3. Ausschreibungsdesign für Windenergie an Land

Für Ausschreibungen für Windenergie an Land gelten folgende Besonderheiten:

- Für alle Anlagen, für die ein Gebot abgegeben wird, muss eine Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) erteilt worden sein (sog. „späte Ausschreibung“).
- Um den bundesweiten Zubau von Windenergieanlagen zu sichern, eine Vergleichbarkeit der unterschiedlich windhöffigen Standorte zu erreichen und Wett-

bewerbsverzerrungen zu vermeiden, wird auf der Grundlage eines einstufigen „Referenzertragsmodells“ geboten.

4. Ausschreibungsdesign für Windenergie auf See

Die Ausschreibung für Windenergie-Anlagen auf See, die ab 2025 in Betrieb genommen werden, soll auf der Grundlage eines eigenen „Windenergie-auf-See-Gesetzes“ im Rahmen eines „zentralen Modells“ erfolgen. Danach sollen alle Rechtsmaterien für die Windenergie auf See (Raumordnung, Flächenplanung, Anlagengenehmigung, EEG-Förderung und Netzanbindung) zusammengeführt und insbesondere miteinander verzahnt werden:

- Das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie (BSH) und die BNetzA legen gemeinsam in einem Flächennutzungsplan Flächen fest, auf denen künftig Windparks auf See errichtet werden sollen.
- Die Ausschreibung beinhaltet sodann die Errichtung eines Windparks auf dieser staatlich voruntersuchten Fläche. Nur wer einen Zuschlag dafür erhält, darf auf dieser Fläche Windenergieanlagen errichten, erhält den Anspruch auf die Marktprämie und darf die Netz-Anbindungskapazität nutzen.

5. Fragen des Rechtsschutzes

Mit der Zuschlagerteilung kommt kein zivilrechtlicher Vertrag nach den Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wie bei Vergabeverfahren zustande. Vielmehr stellt der von der BNetzA erteilte Zuschlag einen Verwaltungsakt dar, wie sich aus verschiedenen Stellen des Gesetzes und der Gesetzesbegründung ergibt. Gleichwohl ist Rechtsschutz nicht vor den Verwaltungsgerichten nachzusuchen. Vielmehr ist gegen Entscheidungen der BNetzA die Beschwerde beim OLG Düsseldorf zulässig (§ 85 Abs. 3 EEG 2016 i.V.m. §§ 75 ff EnWG).

Bemerkenswert ist, dass das EEG 2016 – wie bereits die FFAV - 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 sind indes gerichtliche Rechtsbehelfe mit dem Ziel, die BNetzA zur Erteilung eines Zuschlags zu verpflichten, zulässig.

Öffentliches Energierecht

Vergabe- und sonstiges öffentliches Wirtschaftsrecht

IV. Akteursvielfalt

Die Regelungen für Ausschreibungen würden zum Teil regional verankerte Bürgerenergiegesellschaften benachteiligen. Zu ihrem Schutz sollen Sonderregelungen geschaffen werden. Insbesondere bei der Windenergie an Land führt die „späte Ausschreibung“, also das Erfordernis des Vorliegens einer BImSchG-Genehmigung zu einem hohen Zuschlagsrisiko: Die Bieter müssen Entwicklungskosten aufwenden in der Unsicherheit, ob sie tatsächlich den Zuschlag erhalten. Für lokal verankerte Bürgerenergiegesellschaften wird diese materielle Schwelle abgesenkt: Sie können bereits vor Erteilung der BImSchG-Genehmigung in einer Ausschreibung mitbieten, wenn diverse Voraussetzungen, die sicherstellen sollen, dass nur ernsthafte Gebote abgegeben werden, erfüllt sind.

V. Europaweite Ausschreibungen

Nach den Vorgaben der Europäischen Kommission müssen die Ausschreibungen in einem Umfang von 5 % der jährlich neu installierten Leistung ab 2017 europaweit geöffnet werden. Dazu arbeitet die Bundesregierung derzeit die „Europäische Freiflächenausschreibungsverordnung“, die die Pilotöffnung für PV-Freiflächenanlagen regelt. Diese Verordnung soll im zweiten Quartal 2016 in Kraft treten.

VI. Weiteres Verfahren

Vom Zeitplan her soll - nach der üblichen Länder- und Verbändeanhörung - das Bundeskabinett den Gesetzesentwurf des EEG 2016 noch im März 2016 verabschieden. Auf dieser Grundlage ist geplant, bis zum Sommer 2016 das Gesetzgebungsverfahren abzuschließen. Die aufgrund der beihilferechtlichen Problematik erforderliche Genehmigung durch die Europäische Kommission soll im Herbst 2016 erfolgen. Nach Inkrafttreten des Gesetzes sollen schließlich Anfang 2017 die Ausschreibungsrunden beginnen. Ob angesichts der politischen Diskussionen, die sich jetzt bereits insbesondere hinsichtlich der Ausbaukorridore abzeichnen, dieser ambitionierte Zeitplan einzuhalten ist, bleibt abzuwarten.

Dr. Markus Ehrmann
ehrmann@kk-rae.de