

## Ausschreibungen im EEG 2017

### Ein Überblick über das Verfahren bei Windenergieanlagen an Land vor dem Hintergrund der ersten Ausschreibungsrunde am 1. Mai 2017

– von Rechtsanwalt Dr. Julian Faasch, Düsseldorf –\*

Bundestag und Bundesrat haben am 8. Juli 2016 eine grundlegende Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (»EEG 2017«) beschlossen. Zentraler Bestandteil des EEG 2017 ist die Umstellung des Fördersystems auf Ausschreibungen. Seit dem 1. Januar 2017 ist das Förderregime der erneuerbaren Energien – die gegenwärtig das größte Volumen bei der Stromerzeugung in Deutschland ausmachen – für Windenergie (auf See und an Land), solare Strahlungsenergie und Energie aus Biomasse wettbewerblich ausgestaltet.

Die bevorstehende erste Ausschreibungsrunde für Windenergieanlagen an Land am 1. Mai nimmt der Verfasser zum Anlass, das umfangreiche Regelwerk am Beispiel der Windenergieanlagen an Land zu durchleuchten, das Verfahren potentiellen Bietern näher zu bringen und sie letztlich mit den neuen Herausforderungen vertraut zu machen.<sup>1</sup>

#### A. Hintergrundinformationen zum Ausschreibungsverfahren

Der gesetzliche Anspruch auf eine EEG-Förderung wird nunmehr – wie eingangs erläutert – in einem Ausschreibungsverfahren geregelt, das künftig darüber entscheidet, ob einem Anlagenbetreiber ein Anspruch auf eine Förderung zusteht. Durchgeführt wird das Ausschreibungsverfahren von der Bundesnetzagentur (»BNetzA«).

Es gilt insbesondere für Windenergieanlagen an Land der Grundsatz: Wer die Produktion von Strom unter Inanspruchnahme der geringsten staatlichen Förderung anbietet, hat die Chance, den Zuschlag für eine EEG-Förderung zu erhalten. Geboten wird auf den »anzulegenden Wert« in ct/kWh und damit auf die Förderhöhe im Rahmen des Marktprämienmodells. Die niedrigsten Gebote erhalten zuerst den Zuschlag, bis das Ausschreibungsvolumen erreicht ist. Bei Geboten gleicher Höhe erhält die Anlage mit der geringeren Leistung wiederum zuerst den Zuschlag. Sollten Gebotswert und Anlagenleistung identisch sein, entscheidet das Los.

#### I. Ausnahmen

Grundsätzlich wird die Höhe der Zahlungen für alle ab dem 1. Januar 2017 neu in Betrieb genommenen Windenergieanlagen an Land mit einer installierten Leistung von mehr als 750 Kilowatt (»kW«) durch Ausschreibungen ermittelt. Ausgenommen hiervon sind zum einen Anlagen, die vor dem 1. Januar 2017 eine Genehmigung nach dem Bundesimmissionschutzgesetz (»BImSchG«) erhalten haben und bis zum 31. Dezember 2018 in Betrieb genommen werden, zum anderen Pilotwindenergieanlagen.

\* Dr. Julian Faasch ist als Rechtsanwalt in Düsseldorf zugelassen. Er ist ferner Syndikusrechtsanwalt bei der EversheimStuible Treiberater GmbH, einer Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft mit dem Tätigkeitsschwerpunkt auf dem Gebiet der Prüfung und Beratung von Kommunen und deren Wirtschaftsbetrieben.

<sup>1</sup> Die vorliegende Ausarbeitung knüpft an die Beiträge von Prof. Dr. Jochen Mohr in *VersorgW* 2016, 165 (Heft 6), DokNr. 16003854 sowie von Rechtsanwalt Dr. Jan Dinter in *VersorgW* 2016, 229 (Heft 8), DokNr. 16003918 zum Referentenentwurf des novellierten EEG an.

#### 1. Anlagen, die vor dem 1. Januar 2017 nach dem BImSchG genehmigt worden sind

Anlagen, die vor dem 1. Januar 2017 nach dem BImSchG genehmigt worden sind, können (noch) eine gesetzlich bestimmte Förderung erhalten, sofern sie tatsächlich bis zum 31. Dezember 2018 in Betrieb genommen werden. Die Genehmigung hätte in diesem Fall bis zum 31. Januar 2017 dem Anlagenregister der BNetzA gemeldet werden müssen.

Gleichwohl besteht auch für die »Übergangsanlagen« die Möglichkeit, sich an den Ausschreibungen zu beteiligen. Hierfür wäre es zwingend notwendig gewesen, der BNetzA gegenüber bis zum 28. Februar 2017 zu erklären, unwiderruflich auf den gesetzlich bestimmten Anspruch auf Zahlung zu verzichten.

#### 2. Pilotwindenergieanlagen

Eine weitere Ausnahme besteht für Prototypen von Windanlagen (so genannte »Pilotwindenergieanlagen«). Pilotwindenergieanlagen sind definiert als die ersten zwei an das Anlagenregister gemeldeten Windenergieanlagen eines Typs, die nachweislich wesentliche technische Weiterentwicklungen oder Neuerungen aufweisen und einer Prüfung sowie Zertifizierung bedürfen und jeweils eine installierte Leistung von 6 MW nicht überschreiten.<sup>2</sup> Die Vergütung für diese Anlagen ist gesetzlich geregelt. Pilotwindenergieanlagen an Land haben damit auch ohne Zuschlag aus dem Ausschreibungsverfahren einen Zahlungsanspruch nach dem EEG 2017. Insgesamt werden solche Anlagen mit einer installierten Leistung von 125 Megawatt (»MW«) pro Jahr gefördert. Sofern die neu installierte Leistung von Pilotwindenergieanlagen an Land in einem Jahr diesen Wert überschreiten sollte, kann der Anspruch erst im darauffolgenden Jahr geltend gemacht werden. Die BNetzA veröffentlicht hierzu eine Liste

<sup>2</sup> Daneben stuft das EEG 2017 auch solche Anlagen als Pilotwindenergieanlagen ein, die vorwiegend zu Zwecken der Forschung und Entwicklung erichtet werden und mit denen eine wesentliche, weit über den Stand der Technik hinausgehende Innovation erprobt wird.

mit den im Anlagenregister verzeichneten Pilotwindenergieanlagen nebst Leistung.

## II. Ausschreibungsvolumen und Gebotstermine bis 2020

Für Windenergie an Land ist im EEG 2017 ein jährlicher Zubau von 2.800 MW in den Jahren 2017 bis 2019 und 2.900 MW ab dem Jahr 2020 vorgesehen.

Im Jahr 2017 findet der erste Gebotstermin am 1. Mai 2017 mit einem Ausschreibungsvolumen von 800 MW, der zweite Gebotstermin am 1. August 2017 und dritte Gebotstermin am 1. November 2017 jeweils mit einem Ausschreibungsvolumen von 1000 MW statt. In den Jahren 2018 und 2019 wird es vier Gebotstermine mit einem Ausschreibungsvolumen von jeweils 700 MW geben. Ab dem Jahr 2020 sollen schließlich an drei Gebotsterminen einmal 1000 MW und zweimal 950 MW ausgeschrieben werden.

Der guten Ordnung halber sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass das EEG 2017 Anpassungsregelungen für das Ausschreibungsvolumen ab 2018 vorsieht und die genannten Volumina unter Vorbehalt etwaiger Anpassungen stehen.<sup>3</sup> Besondere Voraussetzungen bestehen nach § 36 c EEG 2017 für das so genannte »Netzausbaug Gebiet«, welches nunmehr mittels Rechtsverordnung festgelegt ist. Im Wesentlichen sind von dem Netzausbaug Gebiet gemäß der Erneuerbare-Energien-Ausführungsverordnung (»EEAV«) die norddeutschen Bundesländer umfasst.<sup>4</sup> Der Hintergrund dieser Regelung ist, dass in dem betreffenden Gebiet voraussichtlich in den nächsten Jahren aufgrund fehlender Netzkapazitäten die Stromerzeugung aus Windenergieanlagen in erheblichem Umfang reduziert werden muss.<sup>5</sup> Nach § 36 c Abs. 4 EEG 2017 dürfen im zukünftigen Netzausbaug Gebiet jeweils maximal 58 % der Kapazität der dort im Jahresdurchschnitt in den Jahren 2013 bis 2015 zugebauten Windenergieanlagen an Land in den Ausschreibungsverfahren bezuschlagt werden. In § 11 EEAV wird dementsprechend eine Obergrenze festgeschrieben, die 902 MW zu installierender Leistung pro Kalenderjahr nicht überschreiten darf. Gemäß § 12 EEAV wird die Obergrenze gleichmäßig auf die Gebotstermine eines jeden Kalenderjahres verteilt. Zum 1. Mai 2017 ergibt sich eine Obergrenze von 258 MW.<sup>6</sup> Wird in einer einzelnen Ausschreibung die demnach zuschlagsfähige Leistung im Netzausbaug Gebiet nicht erreicht, wird diese Differenz gleichmäßig als zusätzliche Quote im Netzausbaug Gebiet auf die für das Kalenderjahr verbleibenden Gebotstermine verteilt.

<sup>3</sup> So verringert sich das Ausschreibungsvolumen um die Summe der installierten Leistung von Anlagen, die in einer grenzüberschreitenden Ausschreibung einen Zuschlag erhalten haben, sowie von Anlagen, die in einer gemeinsamen Ausschreibung mit Solaranlagen einen Zuschlag erhalten haben. Weiterhin wird vom Ausschreibungsvolumen die installierte Leistung der im Vorjahr erstmals vergüteten Pilotwindenergieanlagen an Land abgezogen. Im Gegenzug erhöht sich das Ausschreibungsvolumen im Folgejahr um den Fehlbetrag des Vorjahres, falls in einem Kalenderjahr keine Zuschläge für das volle Ausschreibungsvolumen erteilt werden konnten.

<sup>4</sup> Das Netzausbaug Gebiet umfasst gemäß § 10 EEAV im Land Schleswig-Holstein die Kreise Dithmarschen, Herzogtum Lauenburg, Nordfriesland, Ostholstein, Pinneberg, Plön, Rendsburg-Eckernförde, Schleswig-Flensburg, Segeberg, Steinburg und Stormarn sowie die kreisfreien Städte Flensburg, Kiel, Lübeck und Neumünster, im Land Niedersachsen die Landkreise Cuxhaven, Harburg, Lüneburg, Osterholz, Rotenburg (Wümme), Stade, Ammerland, Aurich, Cloppenburg, Emsland, Friesland, Leer, Oldenburg, Vechta, Wesermarsch und Wittmund sowie die kreisfreien Städte Delmenhorst, Emden, Oldenburg und Wilhelmshaven, im Land Mecklenburg-Vorpommern die Landkreise Mecklenburgische Seenplatte, Rostock, Vorpommern-Rügen, Nordwestmecklenburg, Vorpommern-Greifswald, Ludwigslust-Parchim sowie die kreisfreien Städte Rostock und Schwerin sowie die Länder Bremen und Hamburg.

<sup>5</sup> BT-Drs. 18/8860, S. 210.

<sup>6</sup> Weitergehende Informationen stellt die BNetzA unter [https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen\\_Institutionen/ErneuerbareEnergien/Ausschreibungen/Wind\\_Onshore/Gebotstermin\\_01\\_05\\_2017/Gebotstermin\\_01\\_05\\_17\\_node.html](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/ErneuerbareEnergien/Ausschreibungen/Wind_Onshore/Gebotstermin_01_05_2017/Gebotstermin_01_05_17_node.html) zur Verfügung.

## B. Überblick zum Ablauf des Ausschreibungsverfahrens am 1. Mai 2017

Vor dem Hintergrund der bevorstehenden ersten Ausschreibungsrunde für Windenergieanlagen an Land am 1. Mai 2017 soll dem potentiellen Bieter ein kurzer Überblick über den Ablauf des Ausschreibungsverfahrens verschafft werden.<sup>7</sup>

### 1. Teilnahmevoraussetzungen

Eine Teilnahme an den Ausschreibungen ist nur dann möglich, wenn die betreffenden Windenergieanlagen an Land mindestens drei Wochen vor Abgabe des jeweiligen Gebotes nach dem BImSchG genehmigt und als genehmigt mit den erforderlichen Daten an das Anlagenregister gemeldet worden sind. § 36 Abs. 2 und Abs. 3 EEG 2017 statuieren weitere Bedingungen, die darüber hinaus einzuhalten sind.<sup>8</sup>

### 2. Gebotstermin, Sicherheit und Gebotswert

Die Ausschreibungen beginnen jeweils mit der Bekanntmachung durch die Bundesnetzagentur. Frühestens acht und spätestens fünf Wochen vor dem jeweiligen Gebotstermin macht die Bundesnetzagentur weitere Einzelheiten nach den Vorgaben des § 29 Abs. 1 S. 2 EEG 2017 auf ihrer Internetseite bekannt. Dieser Pflicht ist die BNetzA am 8. März 2017 nachgekommen, indem sie die Einzelheiten zum Gebotstermin am 1. Mai 2017 bekanntgegeben hat.<sup>9</sup>

Bis zum Ablauf des Gebotstermins am 1. Mai 2017 können Gebote abgegeben werden. Da der Gebotstermin auf einen gesetzlichen Feiertag fällt, verschiebt sich das Fristende auf den nächsten Werktag. Dies wird Dienstag, der 2. Mai 2017, sein. Bis zu diesem Zeitpunkt besteht auch die Möglichkeit, ein Gebot wieder zurückzunehmen. Nach Ablauf des Gebotstermins sind die Bieter an ihre Gebote gebunden, solange ihnen von der Bundesnetzagentur nicht mitgeteilt worden ist, dass ihr Gebot keinen Zuschlag erhalten hat.

Die Bundesnetzagentur hat für die Gebotsabgabe zu diesem Termin die erforderlichen Unterlagen und Formatvorgaben nach § 30a Abs. 1 EEG 2017 verbindlich vorgegeben.<sup>10</sup> Gebote, die nicht diesen Formatvorgaben entsprechen, werden laut BNetzA vom Zuschlagsverfahren ausgeschlossen. Die benötigten Formulare sind aus dem Internetportal der BNetzA herunterzuladen und den dort genannten Anforderungen entsprechend auszufüllen und einzureichen.<sup>11</sup> Dabei ist insbesondere darauf zu achten, dass das ausgefüllte Gebotsformular in einem separaten verschlossenen Umschlag den anderen Unterlagen beigefügt wird.

Die Bieter einer Ausschreibungsrunde müssen vor Ablauf der Gebotsfrist bei der BNetzA eine Sicherheit in Höhe von EUR 30 pro kW ihrer zu installierenden Leistung stellen. Zugelassen ist die Bürgschaft auf erstes Anfordern durch ein Kreditinstitut oder einen Kreditversicherer sowie die Hinterlegung des Geldbetrags. Konzernbürgschaften sind nicht zugelassen. Die Sicherheiten sollen gewährleisten, dass mögliche Strafzahlungen wegen einer nicht erfolgten oder nicht recht-

<sup>7</sup> Im EEG 2017 finden sich die allgemeinen Vorgaben zum Ablauf des Ausschreibungsverfahrens in den §§ 28 – 35a EEG 2017. Die §§ 36 – 36i EEG 2017 regeln die Besonderheiten für Ausschreibungen für Windenergieanlagen an Land.

<sup>8</sup> Vgl. hierzu auch Dinter, *VersorgW* 2016, 229, 232.

<sup>9</sup> Vgl. [https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen\\_Institutionen/ErneuerbareEnergien/Ausschreibungen/Wind\\_Onshore/Gebotstermin\\_01\\_05\\_2017/Gebotstermin\\_01\\_05\\_17\\_node.html](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/ErneuerbareEnergien/Ausschreibungen/Wind_Onshore/Gebotstermin_01_05_2017/Gebotstermin_01_05_17_node.html).

<sup>10</sup> Eine Checkliste ist unter [https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen\\_Institutionen/ErneuerbareEnergien/Ausschreibungen/Wind\\_Onshore/Gebotstermin\\_01\\_05\\_2017/Checkliste\\_Gebotsabgabe/ChecklisteGebotsabgabe\\_node.html](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/ErneuerbareEnergien/Ausschreibungen/Wind_Onshore/Gebotstermin_01_05_2017/Checkliste_Gebotsabgabe/ChecklisteGebotsabgabe_node.html) zu finden.

<sup>11</sup> Vgl. [https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen\\_Institutionen/ErneuerbareEnergien/Ausschreibungen/Wind\\_Onshore/Gebotstermin\\_01\\_05\\_2017/Gebotstermin\\_01\\_05\\_17\\_node.html](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/ErneuerbareEnergien/Ausschreibungen/Wind_Onshore/Gebotstermin_01_05_2017/Gebotstermin_01_05_17_node.html).

zeitigen Realisierung des betreffenden Projektes von den Übertragungsnetzbetreibern durchgesetzt werden können. Daneben ist gegenüber der BNetzA eine Gebühr in Höhe von EUR 522 pro Gebot zu entrichten.

Wie eingangs erläutert, wird auf den (für die Ermittlung der Marktprämie relevanten) anzulegenden Wert für eine Vergütungsdauer von 20 Jahren ab Inbetriebnahme geboten. Dabei gilt der ermittelte Wert über die gesamte Vergütungsdauer von 20 Jahren. Die bisherige Zweiteilung in eine Anfangs- und Grundvergütung entfällt.<sup>12</sup>

Die Gebote sollen nach § 36 b Abs. 1 EEG 2017 dabei im Jahr 2017 bezogen auf den sogenannten »Referenzstandort« nicht mehr als 7 Cent/kWh betragen. »Referenzstandort« meint einen optimalen, also einen 100 %-Standort, der eine Höhe von 100 m und eine Windgeschwindigkeit von 6,45 m/s aufweist. Die Zunahme der Windgeschwindigkeit bei steigender Anlagenhöhe wird anhand des sogenannten Potenzgesetzes (Hellmannindex 0,25) definiert. Der für die Anlage gewünschte anzulegende Wert ist vor Gebotsabgabe mit den vorgegebenen Korrekturfaktoren nach § 36 h Abs. 1 EEG 2017 i.V.m. der Anlage 2 zum EEG 2017 auf einen 100 %-Standort umzurechnen. Mit diesem Model verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, eine höchstmögliche Vergleichbarkeit der Gebote zu erreichen.<sup>13</sup>

### 3. Realisierungsfrist und Verfall des Zuschlags

Werden die Anlagen eines bezuschlagten Bieters nicht innerhalb von 24 Monaten nach Bekanntgabe des Zuschlags in Betrieb genommen, drohen Strafzahlungen und letztlich der Verfall des Zuschlags. Bei Inbetriebnahme nach dem Ende des 24. Monats nach dem Zuschlag werden EUR 10 pro kW noch nicht in Betrieb genommener Kapazität als Pönale fällig. Nach Ende des 26. Monats werden EUR 20 pro kW und nach Ende des 28. Monats EUR 30 pro kW veranschlagt. Die maximale Höhe der Pönale entspricht den Sicherheitsleistungen im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens.

Der Zuschlag verfällt 30 Monate nach seiner öffentlichen Bekanntgabe, soweit die Anlagen nicht bis zu diesem Zeitpunkt in Betrieb genommen wurden. Diese Verfallsfrist wird auf Antrag einmalig durch die BNetzA verlängert, wenn nach Abgabe des Gebots ein Rechtsbehelf eines Dritten rechtshängig wurde. Voraussetzung ist in diesem Fall, dass die sofortige Vollziehbarkeit der Genehmigung angeordnet wurde. Der 20-jährige Förderzeitraum beginnt aber auch im Falle einer Fristverlängerung spätestens 30 Monate nach Bekanntgabe des Zuschlags, auch wenn die Inbetriebnahme erst später erfolgt.

### III. Sonderregelungen für Bürgerwindparks

Mit dem Ziel der Wahrung der Akteursvielfalt hat der Gesetzgeber in § 36 g EEG 2017 besondere Ausschreibungsbestimmungen für Bürgerenergiegesellschaften statuiert. Durch die Vorschrift erhalten lokal verankerte Bürgerenergiegesell-

schaften die Möglichkeit, unter erleichterten Bedingungen an der Ausschreibung für Windenergieanlagen an Land teilzunehmen.<sup>14</sup>

Bürgerenergiegesellschaften können sich mit Windparks mit bis zu 6 Anlagen und maximal 18 MW Leistung auch dann an den Ausschreibungen beteiligen, wenn noch keine Genehmigung nach dem BImSchG für den Windpark erteilt wurde. Damit die Bürgerenergiegesellschaft ausreichend Zeit für die Durchführung des Genehmigungsverfahrens hat, verlängert sich die Realisierungsfrist um 24 Monate. Im Gegenzug muss die Flächensicherung nachgewiesen und ein Windgutachten vorgelegt werden. Die Sicherheitsleistung reduziert sich zunächst um die Hälfte auf 15 EUR pro Kilowatt. Die Sicherheitsleistung muss dann allerdings aufgestockt werden, sobald die Genehmigung nach dem BImSchG für den Windpark erteilt wurde. Zudem sind weitere Erleichterungen vorgesehen, so bezüglich der Bindung des Zuschlags an den Standort. Für Bürgerenergiegesellschaften gilt das sogenannte Einheitspreisverfahren, d.h. im Fall eines Zuschlags erhalten sie den höchsten noch bezuschlagten Gebotswert (statt ihres eigenen, ggf. niedrigeren Gebotswerts).

Um eine Verzerrung der Ausschreibung zu verhindern, sind die besonderen Ausschreibungsbestimmungen für Bürgerenergiegesellschaften an strenge Voraussetzungen geknüpft. Die Bürgerenergiegesellschaft muss mindestens zehn natürliche Personen als stimmberechtigte Mitglieder bzw. Anteilseigner umfassen. Mindestens 51 % der Stimmrechte müssen bei natürlichen Personen liegen, die mehr als ein Jahr vor Ort wohnen. Dabei darf kein Mitglied bzw. Anteilseigner mehr als 10 % der Stimmrechte halten. Außerdem muss die Bürgerenergiegesellschaft der Gemeinde, in der die geplante Windenergieanlage errichtet werden soll, nach Zuschlagserteilung eine finanzielle Beteiligung in Höhe von 10 % anbieten.

### C. Bestandsaufnahme und Fazit

Die im EEG 2017 enthaltenen Regelungen zum Ausschreibungsverfahren haben die Anforderungen an die Teilnahme an Ausschreibungen nunmehr hinreichend konkretisiert. Spätestens jetzt sollten sich potentielle Bieter mit dem neuen Regelwerk vertraut machen.

Vor der Angebotsabgabe sollten potentielle Bieter sorgfältig abwägen, ob und in welchem Umfang und zu welchem Termin sie an einer Ausschreibung teilnehmen möchten bzw. können. Besonderes Augenmerk ist zunächst auf die komplexen rechtlichen Vorgaben zu legen. Sind die rechtlichen Voraussetzungen einmal gemeistert, dürfte erfahrungsgemäß die Kalkulation der Gebote großen Herausforderungen begegnen. Insbesondere dann, wenn es bis dato an entsprechender Erfahrungen mangelt. Sind die Gebote für den potentiellen Bieter nicht kostendeckend und sollten Finanzierungsschwierigkeiten das Projekt bereits in der Realisierungsphase zum Erliegen bringen, sind hohe Pönalen zu befürchten.

<sup>12</sup> BT-Drs. 18/8860, S. 214.

<sup>13</sup> BT-Drs. 18/8860, S. 214.

<sup>14</sup> BT-Drs. 18/8860, S. 212.