

Rechtsanwalt Dr. Stefan Geiger, Hamburg*

Paradigmenwechsel bei der Förderung von Windenergieanlagen an Land

Die Regelungen zur Onshore-Windenergie im EEG 2017 im Überblick

I. Einleitung

Das EEG 2017¹ führt zu einer grundlegenden Änderung des Förderregimes der erneuerbaren Energien. Die staatlich festgelegten Vergütungssätze werden abgeschafft und die Förderhöhe zukünftig in wettbewerblichen Ausschreibungen ermittelt. Betreiber von Windenergieanlagen an Land erhalten damit nur noch eine EEG-Förderung, wenn die Bundesnetzagentur für die Anlagen im Rahmen von Ausschreibungsverfahren einen Zuschlag erteilt hat. Den Zuschlag erhält, wer die Kilowattstunde Strom zum niedrigsten Preis anbietet. Vor dem Hintergrund dieses Paradigmenwechsels werden im Folgenden die Übergangsregelungen für die Windenergie an Land sowie die zentralen Neuerungen des rechtlichen Rahmens für Projektentwicklungen, Investitionen und Finanzierungen analysiert und bewertet.

II. Zielsetzung des EEG 2017

Die Einführung von technologiespezifischen Ausschreibungen, die schon in § 102 Nr. 3 EEG 2014² angekündigt wurde und der Umsetzung der europäischen Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014–2020 dient³, soll eine wettbewerbliche Bestimmung der Marktprämie gewährleisten. Die Novellierung des EEG zielt darauf, den Ausbau der erneuerbaren Energien stetig und kosteneffizient fortzusetzen und eine hohe Akzeptanz sicherzustellen.⁴ Um die Kosten gering zu halten, wird der Ausbau der erneuerbaren Energien begrenzt. § 28 Abs. 1 EEG 2017 sieht für den Ausbau der Windenergie an Land für die Jahre 2017, 2018 und 2019 ein jährliches Ausschreibungsvolumen in Höhe von 2.800 MW, ab dem Jahr 2020 ein Ausschreibungsvolumen von 2.900 MW zu installierender Leistung vor.

III. Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht

Bei Windenergieanlagen an Land sind Pilotwindenergieanlagen⁵ und Anlagen mit einer installierten Leistung bis 750 kW von der Ausschreibungspflicht ausgenommen. Gleiches gilt für Übergangsanlagen im Sinne von § 22 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2017, deren Voraussetzungen im Folgenden im Einzelnen dargestellt und geprüft werden.

1. Voraussetzungen der Übergangsanlagen

Zu den Übergangsanlagen zählen nach § 22 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2017 solche Windenergieanlagen an Land, die vor dem 1.1.2017 immissionsschutzrechtlich genehmigt und vor dem 1.1.2019 in Betrieb genommen werden. Weitere Voraussetzung für die Befreiung von der Ausschreibungspflicht ist die Meldung der Genehmigung bis zum 1.1.2017 mit allen erforderlichen Angaben zum Anlagenregister bei der Bundesnetzagentur. Außerdem dürfen die Betreiber von Übergangsanlagen nicht von der Möglichkeit Gebrauch gemacht haben, bis zum 1.3.2017 durch eine schriftliche Erklärung gegenüber der Bundesnetzagentur auf die feste Einspeiseförderung zu verzichten und freiwillig an dem Ausschreibungsverfahren teilzunehmen.

Für laufende Projektentwicklungen ist die Ausnahme von der Ausschreibungspflicht zugunsten von Übergangsanlagen von herausragender Bedeutung. Umso bedauerlicher ist es, dass die Reichweite dieser Regelung interpretationsbedürftig ist und zu Rechtsunsicherheiten führt.

a) Vorbescheid

Aufgrund der Rechtsnatur des Vorbescheids und des Wortlauts des § 22 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2017 ist festzustellen, dass allein ein

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt und Partner im Hamburger Büro von GSK Stockmann + Kollegen und als Fachanwalt für Verwaltungsrecht auf die Begleitung von Energie- und Infrastrukturvorhaben spezialisiert.

1 „Gesetz zur Einführung von Ausschreibungen für Strom aus erneuerbaren Energien und zu weiteren Änderungen des Rechts der erneuerbaren Energien“ vom 13.10.2016, BGBl. 2016 I, 2258.

2 „Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts“ vom 21.7.2014, BGBl. 2014 I, 1218.

3 Mitteilung der Europäischen Kommission, ABI. EU Nr. C 200 vom 28.6.2014, S. 1.

4 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/8832, S. 173.

5 Vgl. zu Pilotwindenergieanlagen an Land § 3 Nr. 37 EEG 2017.

vor dem 1. 1. 2017 erteilter Vorbescheid nicht zur Einordnung als Übergangsanlage führt und folglich auch keine Befreiung von der Ausschreibungspflicht begründet.⁶

Mit einem Vorbescheid gemäß § 9 BImSchG kann auf Antrag über einzelne Genehmigungsvoraussetzungen sowie über den Standort der Anlage entschieden werden, sofern die Auswirkungen der geplanten Anlage ausreichend beurteilt werden können und ein berechtigtes Interesse an der Erteilung des Vorbescheides besteht. Dabei stellt der Vorbescheid selbst keine – auch keine teilweise – Genehmigung dar.⁷ Er besitzt ausschließlich einen feststellenden und gerade keinen gestattenden Charakter. Deswegen berechtigt der Vorbescheid auch nicht zur teilweisen Ausführung des Vorhabens.⁸

Der Vorbescheid nimmt trotz der erforderlichen positiven vorläufigen Gesamtbeurteilung⁹ weder die abschließende Entscheidung über die Gestattung des Vorhabens vorweg noch beseitigt er das in § 4 BImSchG normierte präventive Errichtungs- und Betriebsverbot mit Erlaubnisvorbehalt.¹⁰

b) Teilgenehmigung

Für die Frage, ob Teilgenehmigungen im Sinne von § 8 BImSchG eine Freistellung von der Ausschreibungspflicht begründen können, ist nach dem Regelungsinhalt der Teilgenehmigung zu differenzieren.

Die Teilgenehmigung unterscheidet sich von der Vollgenehmigung durch ihren beschränkten Inhalt.¹¹ Im Übrigen ist sie eine echte Genehmigung mit materiellem Erlaubnischarakter.¹² Soweit die Teilgenehmigung für einzelne Anlagen eines Windparks die Errichtung und den Betrieb dieser Anlagen abschließend gestattet, ist der Anwendungsbereich des § 22 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2017 für diese Anlagen eröffnet. Wird hingegen nicht über einzelne Anlagen abschließend entschieden, sondern werden lediglich einzelne Stufen der Errichtung (z. B. Bauaushub oder Fundamente) genehmigt, führt dies nicht zur Freistellung von der Ausschreibungspflicht. Denn in diesem Fall fehlt es an der Gestattungswirkung für die Errichtung und den Betrieb der Windenergieanlage und es liegt keine umsetzungsfähige Genehmigung vor.

c) Änderungen des genehmigten Vorhabens

Nach Erteilung der Genehmigung ergibt sich häufig ein Bedürfnis, die der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zugrunde liegende Planung anzupassen. Die Bandbreite solcher Änderungen kann von der Anpassung einzelner Naturschutz- oder Immissionsschutzaufgaben, zum Beispiel zu Abschaltzeiten oder Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen, bis zur Änderung des Anlagentyps oder des Anlagenstandorts reichen. Fraglich ist, welche Konsequenzen solche Änderungen für die Einordnung als Übergangsanlage und die Befreiung von der Ausschreibungspflicht haben.

Nach § 22 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2017 gilt die Befreiung von der Ausschreibungspflicht für Anlagen, die vor dem 1. 1. 2019 in Betrieb genommen worden sind, wenn sie vor dem 1. 1. 2017 nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigt worden sind. Ausgangspunkt der Überlegungen ist danach die bis zum 1. 1. 2019 konkret in Betrieb genommene Anlage. Für sie ist zu untersuchen, ob sie vor dem 1. 1. 2017 immissionsschutzrechtlich genehmigt worden ist.

aa) Systematik des Immissionsschutzrechts

Das Bundes-Immissionsschutzgesetz sieht in den §§ 15 und 16 BImSchG ein gestuftes Regime für Veränderungen von genehmigungsbedürftigen Anlagen vor.

Nach § 15 Abs. 1 BImSchG ist die Änderung der Lage, der Beschaffenheit oder des Betriebs einer genehmigungsbedürftigen Anlage der zuständigen Behörde mindestens einen Monat, bevor mit der Änderung begonnen werden soll, schriftlich anzuzeigen, wenn sich die Änderung auf in § 1 BImSchG genannte Schutzgüter auswirken kann. Demgegenüber bedarf nach § 16 Abs. 1 BImSchG die Änderung der Lage, der Beschaffenheit oder des Betriebs einer genehmigungsbedürftigen Anlage der Genehmigung, wenn durch die Änderung nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden können und diese für die Prüfung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG erheblich sein können (wesentliche Änderung).

„Unbedeutende Änderungen“, die unter der Schwelle des § 15 BImSchG liegen und keine Auswirkungen auf Schutzgüter des § 1 BImSchG haben, sind damit anzeigefrei. Handelt es sich hingegen um eine „bedeutsame Änderung“, die sich auf die Schutzgüter des § 1 BImSchG auswirken kann, ist diese gemäß § 15 Abs. 1 BImSchG anzuzeigen. Sofern die Änderung der Lage, der Beschaffenheit oder des Betriebs der Anlage möglicherweise nachteilige (und nicht ganz geringfügige) Auswirkungen im Bereich des § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG mit sich bringt, handelt es sich um eine „wesentliche Änderung“, die gemäß § 16 Abs. 1 BImSchG genehmigungspflichtig ist.

6 Vgl. zur Übergangsregelung des § 100 Abs. 3 EEG 2014: Clearingstelle EEG, Votum vom 10. 8. 2016 – 2016/13, S. 8 ff.

7 Feldhaus, Kommentar zum BImSchG, 2. Aufl. (2014), § 9 BImSchG, Rdnr. 2; Jarass, Kommentar zum BImSchG, 11. Aufl. (2015), § 9 BImSchG, Rdnr. 1; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand: 5/2016, § 9 BImSchG, Rdnr. 2.

8 OVG Lüneburg, Beschl. v. 29. 9. 1986 – 7 D 2/86, NVwZ 1987, 342f.; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. (2010), § 45 Rdnr. 58.

9 Vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 13. 2. 1997 – 7 C 47/95, NVwZ 1996, 208 ff.; Jarass (o. Fußn. 7), § 9 BImSchG, Rdnr. 8.

10 Dietlein, in: Landmann/Rohmer (o. Fußn. 7), § 9 BImSchG, Rdnr. 10 ff.

11 Dietlein, in: Landmann/Rohmer (o. Fußn. 7), § 9 BImSchG, Rdnr. 17 ff.

12 Jarass (o. Fußn. 7), § 8 BImSchG, Rdnr. 24.

bb) Änderungen im Sinne von § 15 BImSchG

Legt man das gestufte Regime des Immissionsschutzrechts zugrunde, wird mit Blick auf § 22 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2017 deutlich, dass Änderungen im Sinne von § 15 Abs. 1 BImSchG keine Auswirkungen auf die Einordnung als Übergangsanlage haben. Sowohl bei unbedeutenden nicht anzeigepflichtigen als auch bei bedeutsamen anzeigepflichtigen Änderungen wird die Anlage auf Grundlage der ursprünglich erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung errichtet und in Betrieb genommen. Einer Änderungsgenehmigung bedarf es in diesen Fällen nicht. Insoweit lässt sich überzeugend argumentieren, dass Windenergieanlagen auch bei unwesentlichen Änderungen unterhalb der Schwelle des § 16 BImSchG die Voraussetzungen des § 22 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2017 erfüllen. Damit wird die schwierige und häufig auch umstrittene Abgrenzung der Anwendungsbereiche der Änderungsanzeige im Sinne von § 15 Abs. 1 BImSchG zur Änderungsgenehmigung nach § 16 Abs. 1 BImSchG zukünftig eine noch größere Rolle spielen.

cc) Wesentliche Änderungen im Sinne von § 16 BImSchG

Klärungsbedürftig ist hingegen die Frage, wie es sich auswirkt, wenn bei einer vor dem 1. 1. 2017 genehmigten Windenergieanlage eine wesentliche Änderung im Sinne von § 16 Abs. 1 BImSchG erfolgen soll und nach dem 1. 1. 2017 eine Änderungsgenehmigung erteilt wird.

(1) Wortlaut

Der Wortlaut des § 22 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2017 gibt auf diese Frage keine zwingende Antwort, da sowohl eine weite als auch eine restriktive Auslegung von der Formulierung gedeckt sind.

Mit dem zitierten Wortlaut ist es durchaus vereinbar, die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für die Windenergieanlagen vor dem 1. 1. 2017 ausreichen zu lassen und spätere Änderungen jedenfalls insoweit für unbeachtlich zu halten, als diese lediglich eine Änderung und keine Neuplanung vorsehen. Dabei kann auf die immissionsschutzrechtliche Abgrenzung zwischen Änderung und Neuerrichtung zurückgegriffen werden.¹³ Eine Neuerrichtung liegt danach vor, wenn durch die Änderung der Charakter der Anlage verändert wird¹⁴, die Änderungen also derart prägend sind, dass die gesamte Anlage als eine neue Anlage qualifiziert werden muss. Dies soll etwa der Fall sein, wenn eine genehmigte Anlage an einer ganz anderen Stelle neu aufgebaut wird.¹⁵

Allerdings lässt sich aufgrund des Wortlauts auch eine restriktive Interpretation begründen. Windenergieanlagen wären danach nur dann von der Ausschreibungspflicht befreit, wenn die konkret in Betrieb genommene Anlage vor dem 1. 1. 2017 abschließend und in jedem Detail genehmigt wurde. Änderungen bei der Errichtung und dem Betrieb der Anlage würden dann stets dazu führen, dass der Anwendungsbereich des § 22 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2017 nicht eröffnet wäre.

(2) Systematischer Zusammenhang zu § 16 BImSchG

Die systematische Zusammenhang zu § 16 BImSchG spricht dafür, dass für eine Freistellung von der Ausschreibungspflicht bis zum 1. 1. 2017 eine finale Genehmigung vorliegen muss.

Änderungsgenehmigungen sind Genehmigung im Sinne der §§ 4 und 6 BImSchG, die die Errichtung und den Betrieb der Anlage einschließlich ihrer Nebeneinrichtungen als Sachgenehmigung gestatten.¹⁶ Sie tritt als selbständiger Verwaltungsakt zu der fortbestehenden Ursprungsgenehmigung hinzu und bildet mit dieser einen einheitlichen Genehmigungstatbestand.¹⁷ Die Änderungsgenehmigung ist also eine „parallele“¹⁸ Genehmigung zur Vorgenehmigung. Der Vorhabenträger ist dabei nicht verpflichtet, die Änderungsgenehmigung auszunutzen und kann weiterhin an der Ausgangsgenehmigung festhalten.¹⁹

Änderungsgenehmigungen werden damit – jedenfalls soweit von ihnen Gebrauch gemacht wird – Grundlage für die Errichtung und Inbetriebnahme der Windenergieanlagen. Wenn § 22 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2017 verlangt, dass die in Betrieb genommene Windenergieanlage vor dem 1. 1. 2017 genehmigt sein muss, spricht der einheitliche Genehmigungstatbestand von Ausgangs- und Änderungsgenehmigung dafür, dass die Genehmigungen zeitlich nicht aufgesplittet werden können. Folgerichtig wäre der Zeitpunkt der zuletzt erteilten Änderungsgenehmigung ausschlaggebend, da erst mit dieser Genehmigung der Genehmigungstatbestand vollständig vorliegt.

(3) Systematischer Zusammenhang zu § 36 f EEG 2017

Bei der systematischen Auslegung des § 22 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2017 ist auch § 36 f EEG 2017 zu berücksichtigen. Nach dieser Regelung sind Zuschläge den Windenergieanlagen an Land, auf die sich die in dem Gebot angegebene Genehmigung bezieht, verbindlich und dauerhaft zugeordnet. Wird die Genehmigung nach Erteilung des Zuschlags geändert, bleibt der Zuschlag nach § 36 Abs. 2 EEG 2017 auf die geänderte Genehmigung

¹³ Vgl. dazu OVG Münster, Urt. v. 25. 2. 2015 – 8 A 959/10, DVBl. 2015, 993.

¹⁴ VGH München, Urt. v. 23. 11. 2006 – 22 BV 06.2223, NVwZ-RR 2007, 382; Reidt/Schiller, in: Landmann/Rohmer (o. Fußn. 7), § 16 BImSchG, Rdnr. 32 ff.

¹⁵ Jarass (o. Fußn. 7), § 16 BImSchG, Rdnr. 6 f.

¹⁶ Reidt/Schiller, in: Landmann/Rohmer (o. Fußn. 7), § 16 BImSchG, Rdnr. 160; Jarass (o. Fußn. 7), § 16 BImSchG, Rdnr. 65.

¹⁷ VGH München, Urt. v. 13. 5. 2005 – 2 A 96.40091, NVwZ-RR 2006, 456; Beschl. v. 26. 9. 1996 – 22 CE 96.2688, NVwZ-RR 1997, 167; Jarass (o. Fußn. 7), § 16 BImSchG, Rdnr. 65; Reidt/Schiller, in: Landmann/Rohmer (o. Fußn. 7), § 16 BImSchG, Rdnr. 160.

¹⁸ Hansmann, DVBl. 1997, 1423 [1426].

¹⁹ Reidt/Schiller, in: Landmann/Rohmer (o. Fußn. 7), § 16 BImSchG, Rdnr. 161.

bezogen. Der Umfang des Zuschlags verändert sich dadurch nicht. Damit wird ausdrücklich geregelt, dass etwaige Änderungsgenehmigungen keine Auswirkungen auf die Zuordnung der Zuschläge und damit auf die EEG-Förderung haben.

Es bietet sich an, diesen Gedanken auch bei der Übergangsvorschrift des § 22 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2017 heranzuziehen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass diese Regelung nur für Windenergieanlagen gilt, die unter die Ausschreibungspflicht fallen; für die Übergangsanlagen im Sinne von § 22 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2017 findet sie keine unmittelbare Anwendung. Gleichwohl verdeutlicht diese Norm, dass eine Änderung der Genehmigung nach Zuschlagserteilung ohne Verlust des Vergütungsanspruchs möglich sein soll.²⁰ Der Umfang des Zuschlags, also die installierte Leistung, für die der Zuschlag erteilt wurde, bleibt unverändert.²¹ Damit begründet die Regelung jedenfalls insoweit eine Flexibilität bei der EEG-Förderung, als mit der Änderung keine Kapazitätserweiterung verbunden ist.

(4) Sinn und Zweck

Fragt man auf Grundlage der Gesetzeshistorie nach dem Sinn und Zweck des § 22 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2017, sprechen überzeugende Argumente dafür, auch Windenergieanlagen mit einer nach dem 1. 1. 2017 erteilten Änderungsgenehmigung von der Ausschreibungspflicht freizustellen.

§ 22 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2017 dient dazu, Investoren vor dem Hintergrund der langen Planungs- und Genehmigungsverfahren und der damit verbundenen erheblichen Investitionen Sicherheit zu geben. So soll eine kontinuierliche Entwicklung beim Ausbau der Windenergie an Land ermöglicht werden.²² Deshalb hat der Gesetzgeber schon im Jahr 2014 durch § 102 Nr. 3 EEG 2014 angekündigt, dass Fördersystem der erneuerbaren Energien auf Ausschreibungen umzustellen und zugleich Anlagen von der Ausschreibungspflicht auszunehmen, die nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz „vor dem 1. 1. 2017 genehmigt sind.“

Das Ziel der Investitionssicherheit spricht dafür, die Regelung weit zu fassen und auch solche Windprojekte von der Ausschreibungspflicht freizustellen, für die vor dem 1. 1. 2017 eine Ausgangsgenehmigung und nach dem 1. 1. eine Änderungsgenehmigung erteilt wird. Es kommt bei der Projektentwicklung von Onshore-Windparks regelmäßig vor, dass bereits genehmigte Projekte nach der Genehmigungserteilung angepasst werden müssen. Solche Änderungen stets mit dem Verlust der Befreiung von der Ausschreibungspflicht zu sanktionieren, konterkariert das Ziel der Investitionssicherheit. Hinzukommt, dass die bloße Änderung bereits genehmigter Windenergieanlagen auch keine negativen Auswirkungen auf die Ziele der Ausschreibungen hat. Die Begrenzung des Zubaus und der Kosten der erneuerbaren Energien wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass auch solche Anlagen von der Ausschreibungspflicht ausgenommen werden, die nach einer Genehmigungserteilung bis zum 31. 12. 2016 noch einmal geändert werden.

Nach dem Sinn und Zweck von § 22 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2017 ist folglich eine Befreiung von der Ausschreibungspflicht auch dann anzunehmen, wenn zu einer vor dem 1. 1. 2017 erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung eine nach dem 1. 1. 2017 erteilte Änderungsgenehmigung hinzutritt. Dies gilt jedenfalls für alle Fälle, in denen bis zum 31. 12. 2016 eine umsetzbare BImSchG-Genehmigung erteilt wird und durch die spätere Änderung die Kapazität der Windenergieanlagen nicht erhöht wird.

(5) Zwischenergebnis

Nach dem Wortlaut des § 22 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2017 kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Erteilung einer Änderungsgenehmigung nach dem 1. 1. 2017 eine Freistellung von der Ausschreibungspflicht ausschließt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Ausgangsgenehmigung und die Änderungsgenehmigung einen einheitlichen Genehmigungstatbestand darstellen und die Genehmigung für das geänderte Vorhaben erst vollständig erteilt ist, wenn die letzte Änderungsgenehmigung vorliegt.

Dieses Ergebnis widerspricht allerdings dem Sinn und Zweck des § 22 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2017, der Planungs- und Investitionssicherheit schaffen soll. Bei Projektentwicklungen werden durchaus regelmäßig Änderungsgenehmigungen nötig. Für diese Fälle stets eine Ausschreibungspflicht anzunehmen, würde der beabsichtigten Investitionssicherheit zuwiderlaufen und den gewünschten kontinuierlichen Ausbau der Windenergie gefährden.

dd) Änderung des Anlagentyps

Von besonderer Relevanz ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob eine Freistellung von der Ausschreibungspflicht nach § 22 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2017 auch möglich ist, wenn der Anlagentyp geändert wird. Dagegen spricht, dass die konkret in Betrieb genommene Windenergieanlage des geänderten Anlagentyps nicht Gegenstand der Ausgangsgenehmigung ist. Nach dem Sinn und Zweck von § 22 Abs. 2 EEG 2017 könnte man hingegen vorbringen, dass Änderungen ohne Kapazitätserweiterung keine Relevanz für die Freistellung von der Ausschreibungspflicht haben.

Stellt man bei der Frage der Freistellung von der Ausschreibungspflicht auf die Erforderlichkeit einer Änderungsgenehmigung ab, bietet eine Entscheidung des Bayerischen Verwaltungs-

20 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/8832, S. 256.

21 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/8832, S. 256.

22 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/8832, S. 238.

gerichtshofs vom 11.8.2016²³ bei einer geplanten Änderung des Anlagentyps einen neuen Argumentationsansatz. Bislang wurde weitgehend die Auffassung vertreten, dass erhebliche nachteilige Auswirkungen zu besorgen seien, wenn nicht nur einzelne Anlagenteile, sondern eine gänzlich andere Anlage errichtet werden solle.²⁴ Folgerichtig wird von den Genehmigungsbehörden bei einer Änderung des Anlagentyps regelmäßig eine Änderungsgenehmigung im Sinne von § 16 BImSchG für notwendig gehalten. Der Bayerische VGH hat dieser pauschalen Betrachtung allerdings widersprochen und entschieden, dass nicht ohne weiteres von der Änderung des Anlagentyps auf das Vorliegen einer wesentlichen Änderung geschlossen werden kann.

„Die Antragstellerin hat nachvollziehbar dargelegt, dass keine von der Typenänderung bei den geplanten Windkraftanlagen ausgehenden nachteiligen Auswirkungen im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 1 BImSchG zu erwarten sind. [...]

Zwar können geänderte technische Daten des neu geplanten Anlagentyps isoliert betrachtet den Eindruck hervorrufen, dass sich hieraus nachteilige Auswirkungen ergeben können, die für die Prüfung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG erheblich sein können. Dies gilt hier insbesondere angesichts der erhöhten Nennleistung dieses Anlagentyps, die z. B. ein Indiz für einen möglicherweise erhöhten Schalleistungspegel dieses Windkraftanlagentyps hätte sein können. Allerdings sind bei der Prüfung des Genehmigungserfordernisses einer Anlagenänderung nach § 16 Abs. 1 Satz 1 und 2 BImSchG auch weitere Erkenntnisse über die Auswirkungen eines bestimmten Anlagentyps zu berücksichtigen. Hier ist aufgrund des vorliegenden Kenntnisstands davon auszugehen, dass durch die Typänderung keine Schallimmissionen hervorgerufen werden, die sich nicht im Rahmen des nach den Genehmigungsbescheiden vom 17. 11. 2014 zulässigen Maßes halten würden. Demnach liegt jedenfalls gemäß § 16 Abs. 1 Satz 2 BImSchG keine genehmigungsbedürftige wesentliche Änderung vor.“²⁵

Folgt man dieser Auffassung, lässt sich überzeugend begründen, dass im Einzelfall auch bei einer Änderung des Anlagentyps eine Freistellung von der Ausschreibungspflicht möglich ist. Mangels Änderungsgenehmigung kommt als Bezugspunkt nur der Zeitpunkt der Ausgangsgenehmigung für die Prüfung des Stichtags 1. 1. 2017 in Betracht. Dabei ist allerdings zuzugestehen, dass die Rechtsprechung zu dieser Frage keineswegs eindeutig ist. So stellte das OVG Münster im Jahr 2015 fest, dass die Errichtung eines anderen, leistungsoptimierten Anlagentyps nicht durch eine Änderungsgenehmigung gedeckt und deshalb eine Neugenehmigung erforderlich sei.²⁶

Die Ergebnisse der zitierten Entscheidungen könnten nicht unterschiedlicher sein: Während der Bayerische VGH die Änderung des Anlagentyps letztlich als bedeutsame, aber lediglich anzeigepflichtige Änderung bewertet, hält das OVG Münster aufgrund der weitreichenden Änderung eine Neugenehmigung für erforderlich. Es bietet sich daher an, bei Streitigkeiten über die Einordnung als Übergangsanlage auf die Entscheidung des Bayerischen VGH hinzuweisen. Wegen des erheblichen Risikos,

dass durch eine Änderung des Anlagentyps die Einordnung als Übergangsanlage und damit die Freistellung von der Ausschreibungspflicht entfallen könnte, sollte davon möglichst abgesehen werden.

ee) Ergebnis

Bei Änderungen von Onshore-Projektentwicklungen nach dem 1. 1. 2017, die als Übergangsanlagen im Sinne von § 22 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2017 unter das Förderregime des EEG 2014 fallen sollen, ist Vorsicht geboten. Änderungen, die unter der Schwelle einer wesentlichen Änderung im Sinne von § 16 BImSchG liegen, haben auf die Einordnung als Übergangsanlage keine Auswirkungen. Diese Anlagen werden mangels Änderungsgenehmigung ausschließlich auf Grundlage der erteilten BImSchG-Genehmigung errichtet und betrieben.

Wie sich hingegen Änderungsgenehmigungen auf § 22 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2017 auswirken, ist anhand des Gesetzestextes nicht eindeutig zu beantworten. Der beabsichtigte Investitionsschutz und das Ziel eines kontinuierlichen Ausbaus der Windenergie an Land sprechen dafür, Änderungen solange für unbeachtlich zu halten, wie die Kapazität der Anlagen nicht erhöht und somit die Zielsetzung der Ausschreibungen nicht unterlaufen wird. Soweit also Änderungsgenehmigungen für Abschaltzeiten, natur- und artenschutzrechtliche Auflagen oder Nebenanlagen erteilt werden, schließen diese Änderungsgenehmigungen die Befreiung von der Ausschreibungspflicht nicht aus.

Die Änderung des Anlagentyps betrifft letztlich die Identität der Anlage und wurde bislang überwiegend als wesentliche und damit änderungsgenehmigungspflichtige Änderung bewertet; teilweise wurde sogar eine Neugenehmigung gefordert. Ob sich die Auffassung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes durchsetzt, wonach bei einer Typenänderung im Einzelfall auch eine bloße Änderungsanzeige ausreichen kann, bleibt abzuwarten. Folgt man dieser Auffassung, wäre konsequenterweise auch eine Änderung des Anlagentyps ohne Verlust der Freistellung von der Ausschreibungspflicht möglich.

2. Förderung der Übergangsanlagen

Für die Übergangsanlagen gilt das Fördersystem des EEG 2014 und damit das zweistufige Referenzertragsmodell mit einer Grundvergütung in Höhe von 4,66 Cent/kWh und einer er-

23 VGH München, Beschl. v. 11. 8. 2016 – 22 CS 16.1052, REE 2016, 179.

24 VG Würzburg, Beschl. v. 3. 5. 2016 – W 4 S 16.382 [unveröffentlicht]; vgl. dazu auch OVG Münster, Ur. v. 25. 2. 2015 – 8 A 959/10, DVBl. 2015, 993.

25 VGH München, Beschl. v. 11. 8. 2016 – 22 CS 16.1052, REE 2016, 179.

26 OVG Münster, Ur. v. 25. 2. 2015 – 8 A 959/10, DVBl. 2015, 993.

höhten Anfangsvergütung in Höhe von 8,38 Cent/kWh fort. Zum jeweils ersten Tag der Monate März, April, Mai, Juni, Juli und August 2017 sind feste monatliche Degressionssschritte in Höhe von jeweils 1,05% vorgesehen. Auf die im Gesetzgebungsverfahren diskutierte Einmaldegression in Höhe von 5% zum 1.6.2016 wurde verzichtet.

Ab dem 1.10.2017 verringert sich die EEG-Förderung der Übergangsanlagen quartalsweise um regelmäßig 0,4%, wobei die konkrete Degressionshöhe vom Bruttozubau im Bezugszeitraum abhängt („atmender Deckel“). Die Absenkung erhöht sich, wenn der Bruttozubau im Bezugszeitraum den Wert von 2.500 MW überschreitet. Bei einer Überschreitung um mehr als 1.000 MW beträgt die Degression zukünftig 2,4%. Der atmende Deckel kann aber auch zu einer geringeren Absenkung des anzulegenden Wertes führen. Unterschreitet der Bruttozubau den Wert von 2.400 MW um bis zu 200 MW, reduziert sich die Degression auf 0,3%, bei einer Unterschreitung von mehr als 200 MW verringert sich die Degression auf 0,2% und bei einer Unterschreitung um mehr als 400 MW entfällt die Degression. Sollte der Bruttozubau um 600 MW unter dem Wert von 2.400 MW bleiben, erhöht sich der anzulegende Wert um 0,2%, bei einer Unterschreitung um mehr als 800 MW ist eine Erhöhung um 0,4% vorgesehen.

Aufgrund des erwarteten starken Zubaus werden Verzögerungen zwischen März und Oktober 2017 für Windenergieprojekte erhebliche finanzielle Konsequenzen haben. Addiert man die fünf monatlichen Degressionssschritte in Höhe von 1,05% mit der maximal möglichen Degression zum 1.10.2017, droht eine Einbuße der EEG-Förderung in Höhe von 7,9%. Im Interesse einer belastbaren Bewertung der Realisierungschancen empfiehlt es sich daher, Bauzeitenpläne, vereinbarte Lieferzeiträume der Windenergieanlagen, Genehmigungsinhalte und etwaige Drittanfechtungen gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigungen detailliert zu prüfen.

3. Überprüfung und Anpassung des Referenzertrags

Nach § 46 Abs. 3 EEG 2017 wird der Standortertrag zehn Jahre nach Inbetriebnahme einer Anlage, spätestens aber ein Jahr vor dem Ende der verlängerten Anfangsvergütung überprüft und die Laufzeit der verlängerten Anfangsvergütung angepasst. Nach § 46 Abs. 3 Satz 2 EEG 2017 in Verbindung mit § 36 h Abs. 2 Satz 2 bis 4 EEG 2017 müssen in dem überprüften Zeitraum zu viel oder zu wenig geleistete Zahlungen erstattet werden. Die Ansprüche des Netzbetreibers auf Rückzahlung werden mit 1 Prozentpunkt über dem Euribor (Zwölfmonatsgeld) verzinst.

Für Windparkbetreiber ist vor diesem Hintergrund eine regelmäßige Überprüfung der Laufzeit der Anfangsvergütung von großer Bedeutung. Investoren und finanzierende Banken sollten diesen Aspekt zudem in ihrer Projektprüfung berücksichtigen und entsprechende Absicherungen in Kauf- bzw. Darlehensverträge aufnehmen.

IV. Ausschreibungsverfahren

Für Anlagen, die nach dem 1.1.2017 in Betrieb genommen werden und nicht nach § 22 Abs. 2 EEG 2017 von der Ausschreibungspflicht freigestellt sind, besteht zukünftig nur ein Förderanspruch, wenn die Bundesnetzagentur für die Anlagen im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens einen Zuschlag erteilt hat. Der Förderzeitraum beträgt dabei nach § 25 Satz 1 EEG 2017 zwanzig Jahre ab dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme.

Das Ausschreibungsdesign enthält zahlreiche Elemente, die seit April 2015 in den Pilotausschreibungen für Photovoltaik-Freiflächenanlagen getestet wurden. Im Folgenden wird der Ablauf des Verfahrens skizziert und dabei diejenigen Regelungen analysiert, die für Projektentwicklungen, Transaktionen und Finanzierungen besondere Risiken begründen.

1. Gebotstermine und Ausschreibungsvolumen

Beim ersten Gebotstermin für Windenergieanlagen am 1.5.2017 werden 800 MW zu installierende Leistung ausgeschrieben. Am 1.8.2017 und 1.11.2017 folgen zwei weitere Ausschreibungsrunden mit jeweils 1.000 MW Ausschreibungsvolumen. In den Jahren 2018 und 2019 sind Gebotstermine zum jeweils ersten Tag der Monate Februar, Mai, August und Oktober mit jeweils 700 MW zu installierender Leistung vorgesehen. Ab dem Jahr 2020 beträgt das Ausschreibungsvolumen am 1.2. 1.000 MW und am 1.6. und 1.10. jeweils 950 MW zu installierende Leistung. Die Bundesnetzagentur macht die Ausschreibungen gemäß § 29 EEG 2017 spätestens fünf Wochen vor dem jeweiligen Gebotstermin auf ihrer Internetseite bekannt.

Die genannten Ausschreibungsvolumina sind nach § 28 Abs. 1 a EEG 2017 nicht statisch. Das Ausschreibungsvolumen verringert sich um die installierte Leistung von Anlagen, die in einer grenzüberschreitenden Ausschreibung einen Zuschlag erhalten haben, aber im Inland errichtet werden. Außerdem werden auch Windenergieanlagen an Land eingerechnet, die in einer gemeinsamen Ausschreibung mit Solaranlagen nach § 39 i EEG 2017 einen Zuschlag erhalten. Schließlich werden im Vorjahr erstmals vergütete Pilotwindenergieanlagen vom Ausschreibungsvolumen abgezogen. Sofern die Ausschreibungsvolumina nicht vollständig bezuschlagt werden konnten, erhöht sich das Ausschreibungsvolumen um die entsprechende Leistung.

Durch die Begrenzung des Ausschreibungsvolumens und den Preiswettbewerb ist zukünftig nicht mehr sicher, ob und wann ein Projekt einen Zuschlag erhält. Projektentwickler müssen deshalb neben den üblichen Projektentwicklungsrisiken einkalkulieren, dass sich der angestrebte anzulegende Wert im Rahmen der Ausschreibung nicht realisieren lässt. Für kleinere Entwickler kann sich deshalb das Eingehen von Partnerschaften anbieten, um das mit den Ausschreibungsverfahren verbundene Risiko zu diversifizieren. Für Investoren und Sponsoren empfiehlt es sich in diesen Fällen, eine detaillierte Projektprüfung durchzuführen, um die Risiken zu minimieren.

2. Teilnahmevoraussetzung und Sicherheiten

Dem Ausschreibungsdesign liegt die „späte Ausschreibung“ zugrunde. Teilnehmen können nach § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017 alle Anlagen, für die eine Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz vorliegt. Zudem müssen die Anlagen drei Wochen vor dem Gebotstermin an das Anlagenregister als genehmigt gemeldet sein. Die Bieter müssen bei den Geboten die formalen Anforderungen des § 30 EEG 2017 beachten. Wie schon bei der Photovoltaik-Freiflächenausschreibung ist es zulässig, in einer Ausschreibung mehrere Gebote für unterschiedliche Anlagen abzugeben, sofern diese nummeriert sind und eindeutig gekennzeichnet ist, welche Nachweise zu welchem Gebot gehört.

Zusätzlich müssen die Bieter nach §§ 31, 36a EEG 2017 für ihre Gebote bis zum jeweiligen Gebotstermin eine Sicherheit in Höhe von 30,- EUR pro Kilowatt zu installierender Leistung stellen. Die Sicherheit soll die Ernsthaftigkeit der Gebote gewährleisten und damit die Realisierungswahrscheinlichkeit erhöhen.²⁷ Der Wert ist niedriger als bei Solaranlagen, da wegen der späten Ausschreibung von einer höheren Realisierungswahrscheinlichkeit ausgegangen wird. Die Sicherheit kann gegenüber der Bundesnetzagentur durch eine unwiderrufliche, unbedingte und unbefristete Bürgschaft auf erstes Anfordern geleistet werden. Darüber hinaus ist es möglich, den Geldbetrag auf ein Verwahrkonto der Bundesnetzagentur zu zahlen.²⁸

Die Gebote können nach § 30a Abs. 3 EEG 2017 bis zum Gebotstermin durch eine unbedingte, unbefristete und der Schriftform genügende Erklärung des Bieters zurückgenommen werden. In diesem Fall gibt die Bundesnetzagentur die Sicherheit nach § 55a EEG 2017 unverzüglich zurück. Erhält das Projekt im Rahmen der Ausschreibung keinen Zuschlag, wird die Sicherheit ebenfalls zurückgegeben.

Für Projektentwicklungen bedeuten die geforderten Sicherheiten eine zusätzliche wirtschaftliche Belastung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass finanzierende Banken vor der Zuschlagserteilung regelmäßig keine Projektfinanzierung gewähren. Größere Entwickler werden dieses Problem über Unternehmensfinanzierungen lösen können. Für kleinere Entwickler kann sich eine Zusammenarbeit mit Sponsoren anbieten.

3. Gebotswert und Zuschlag

Geboten wird auf den anzulegenden Wert für den Standort mit einem 100%-Gütefaktor auf Basis eines einstufigen Referenzertragsmodells. Das zweistufige Referenzertragsmodell mit einer Grundvergütung und einer erhöhten Anfangsvergütung gilt nur noch für die Übergangsanlagen.

Grundlage der Berechnung des anzulegenden Werts sind die Parameter „Zuschlagswert am Referenzstandort“ und „Gütefaktor“. Der Zuschlagswert beschreibt die Vergütungshöhe für eine Anlage an einem Standort, an dem der Gütefaktor 100% ist und

der im Rahmen der Ausschreibung bieterspezifisch bezuschlagt wurde. Der Gütefaktor ist insbesondere von der Windhöflichkeit des Anlagenstandorts abhängig. Um die Vergütungshöhe zu berechnen, wird der Zuschlagswert mit einem Korrekturfaktor multipliziert. Dafür sind Stützwerte in Dezimalschritten zwischen 70% und 150% festgelegt, zwischen benachbarten Stützwerten wird linear interpoliert. Ziel der Berechnung ist es, vergleichbare Wettbewerbsbedingungen in ganz Deutschland zu schaffen und so einen bundesweiten Zubau neuer Windenergieanlagen zu erreichen.²⁹

Für den Zuschlag ist allein der Preis maßgeblich. Die niedrigsten Gebote erhalten den Zuschlag bis das Ausschreibungsvolumen erreicht ist, wobei sich die Förderhöhe nach dem eigenen Gebot („pay as bid“) richtet. Die Bundesnetzagentur sortiert dafür nach § 32 Abs. 1 EEG 2017 die Gebote aufsteigend nach dem Gebotswert. Wenn die Gebotswerte von mehreren Geboten gleich sind, werden die Gebote nach der Gebotsmenge aufsteigend sortiert. Da bei gleichen Gebotswerten Gebote mit kleineren Gebotsmengen vorgehen, werden kleine und mittlere Bieter im Interesse der Akteursvielfalt begünstigt.³⁰

Um strategische Gebote auszuschließen, sieht § 36b EEG 2017 einen Höchstwert vor, den die Gebote nicht überschreiten dürfen. Er beträgt im Jahr 2017 für Strom aus Windenergieanlagen an Land für einen 100%-Standort 7 Cent/kWh. Dieser Wert soll in etwa der Vergütungsstruktur des Jahres 2015 entsprechen, also einem Höchstwert von 8,9 Cent an einem 82,5%-Standort.³¹ Der Höchstwert wird ab dem Jahr 2018 vor jeder Ausschreibungsrunde angepasst.

4. Überprüfung des Gütefaktors

Nach § 36h Abs. 2 EEG 2017 sind die anzulegenden Werte jeweils mit Wirkung ab Beginn des sechsten, elften und sechzehnten auf die Inbetriebnahme folgenden Jahres anhand des Standortertrags der Anlagen neu zu berechnen und in einem Gutachten zu bestätigen. Für die Ermittlung des Standortertrags werden entsprechend Anlage 2 Nr. 7 EEG 2017 die tatsächlich eingespeisten Strommengen mit den weiteren zu berücksichtigenden Mengen, die nicht eingespeist werden konnten bzw. wurden, obwohl entsprechende Windbedingungen vorherrschten, addiert. Wenn der neu berechnete Referenzertrag um mehr als 2% von dem Referenzertrag abweicht, der Grundlage für die Berechnung des anzulegenden Werts in dem entsprechenden Zeitraum war, ergeben sich Erstattungs- bzw. Rückzahlungsansprüche. Dabei werden Ansprüche des Netzbetreibers auf

27 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/8832, S. 247 f., 253.

28 Vgl. zu den Anforderungen an die Sicherheiten § 31 EEG 2017.

29 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/8832, S. 258 ff.

30 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/8832, S. 248 f.

31 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/8832, S. 253.

Rückzahlung mit 1 Prozentpunkt über dem Euribor (Zwölfmonatsgeld) verzinst, damit sich für den Betreiber aus einem falschen Gutachten keine wirtschaftlichen Vorteile ergeben.³²

Vor diesem Hintergrund sind der Gütefaktor und Referenzertrag zukünftig von besonderer Bedeutung. Es empfiehlt sich für Investoren und finanzierende Banken dringend, die Berechnungen im Rahmen der Projektprüfung zu überprüfen und die Risiken von Erstattungsansprüchen der Netzbetreiber in Kauf- bzw. Darlehensverträgen zu berücksichtigen.

5. Projektbezogenheit des Zuschlags

Nach § 36 f Abs. 1 Satz 1 EEG 2017 sind die Zuschläge den Windenergieanlagen, auf die sich die in dem Gebot angegebene Genehmigung bezieht, verbindlich und dauerhaft zugeordnet. Sie dürfen ausdrücklich nicht auf andere Anlagen oder andere Genehmigungen übertragen werden.

Der projektbezogene Zuschlag soll eine hohe Realisierungswahrscheinlichkeit und ein effizientes Ausschreibungsverfahren sichern, da die Bieter angehalten werden, für ein spezifisches Projekt eine Kalkulation durchzuführen und auf dieser Basis ein Gebot abzugeben.³³ Dabei ist eine Änderung der Genehmigung auch nach der Zuschlagerteilung ohne Verlust des Vergütungsanspruchs möglich. Der Umfang des Zuschlags, für die der Zuschlag erteilt wurde, bleibt dabei unverändert. Änderungen der Gesamtleistung in einem größeren Umfang liegen damit in der Risikosphäre des Bieters.³⁴ Wird für denselben Standort eine neue Genehmigung erwirkt, gilt der Zuschlag nicht für diese neue Genehmigung, selbst wenn sämtliche Parameter identisch mit der ursprünglichen Genehmigung sind.

Die Projektbezogenheit der Zuschläge ist von den Projektentwicklern unbedingt zu beachten. Investoren und finanzierende Banken werden die Zuordnung der Zuschläge und damit die Förderfähigkeit im Rahmen der Projektprüfung zu prüfen haben.

6. Realisierungsfrist

Nach § 36 e Abs. 1 EEG 2017 erlischt der Zuschlag 30 Monate nach der öffentlichen Bekanntgabe des Zuschlags, soweit die Anlagen nicht bis zu diesem Zeitpunkt in Betrieb genommen worden sind. Damit sieht das Gesetz eine Realisierungsfrist vor, die die Bundesnetzagentur nach § 36 a Abs. 2 Satz 1 EEG 2017 auf Antrag des Bieters einmalig verlängern kann, wenn gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung nach Abgabe des Gebots ein Rechtsbehelf Dritter rechtshängig geworden ist (Nr. 1) und die sofortige Vollziehbarkeit der Genehmigung durch die zuständige Behörde oder gerichtlich angeordnet worden ist (Nr. 2). Dabei soll die Verlängerung höchstens für die Dauer der Gültigkeit der Genehmigung ausgesprochen werden. Die Entscheidung, ob die Frist verlängert wird, ist eine gebundene Entscheidung, die Dauer der Verlängerung liegt hingegen im Ermessen der Bundesnetzagentur.

Der Gesetzgeber beabsichtigt, die Formulierung des § 36 e Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 („rechtshängig geworden“) noch vor dem 1. 1. 2017 zu ändern. Mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Bestimmungen zur Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung und zur Eigenversorgung (Stand: 18. 10. 2016) soll die Regelung dahingehend angepasst werden, dass auch außergerichtliche Rechtsbehelfe erfasst werden. soll. Der Gesetzesentwurf sieht daher einen Verzicht auf den Begriff der Rechtshängigkeit vor und lässt es ausreichen, dass ein Rechtsbehelf „eingelegt“ worden ist.

Die Möglichkeit der Verlängerung der Realisierungsfrist ist vor dem Hintergrund der steigenden Anzahl beklagter Windprojekte sinnvoll interessengerecht. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass die Verlängerung der Realisierungsfrist mit erheblichen wirtschaftlichen Einbußen für die Windprojekte verbunden ist. Nach § 36 i EEG 2017 beginnt nämlich abweichend von § 25 Satz 3 EEG 2017 der Zeitraum EEG-Förderung nicht mit der Inbetriebnahme der Anlage, sondern spätestens 30 Monate nach der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung. Das gilt nach § 36 i Satz 3 EEG 2017 ausdrücklich auch dann, wenn die Inbetriebnahme der Windenergieanlage aufgrund einer Fristverlängerung erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgt. Damit verkürzt sich die Dauer des Förderanspruchs um den Zeitraum der Verspätung. So soll der Druck erhöht werden, das Projekt rechtzeitig zu realisieren. Kann das Projekt nur mit starker Verspätung umgesetzt werden, ist es unter Umständen sinnvoller, den Zuschlag verfallen zu lassen und erneut in einer späteren Ausschreibung einen Zuschlag zu erwirken.³⁵

Die 30-monatige Realisierungsfrist begründet für Projektentwickler, Investoren und finanzierende Banken trotz der Verlängerungsmöglichkeit ein erhebliches Risiko. Selbst wenn die Voraussetzungen für eine Verlängerung der Frist vorliegen, bleiben erhebliche wirtschaftliche Einbußen, da sich die Dauer des Förderanspruchs um den Zeitraum der Verspätung verkürzt. Vor diesem Hintergrund sind die Prüfung der Realisierungschancen und die Absicherung der damit verbundenen Risiken in Kauf- und Darlehensverträgen von besonderer Bedeutung.

7. Pönalen

Schließlich sieht § 55 Abs. 1 EEG 2017 Pönalen vor, die die Ernsthaftigkeit und Verbindlichkeit der Gebote sicherstellen sollen. Sie geben dem Bieter einen erhöhten wirtschaftlichen Anreiz, die geplante Anlage zügig und in dem geplanten Umfang zu realisieren.³⁶

32 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/8832, S. 259.

33 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/8832, S. 256.

34 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/8832, S. 256.

35 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/8832, S. 280.

36 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/8832, S. 284.

§ 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG 2017 regelt den Fall, dass mehr als 5 % der bezuschlagten Gebote entwertet werden. Die Entwertung nach § 35a EEG 2017 erfasst alle Fälle, in denen die Anlage endgültig nicht mehr realisiert wird, sei es, weil die Realisierungsfrist verstrichen ist oder weil die Bundesnetzagentur den Zuschlag nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz aufgehoben hat. Die Bagatellgrenze von 5 % nicht realisierter Gebotsmenge ist vorgesehen, damit kleinere „Reste“ der bezuschlagten Gebotsmenge nicht zu einer Pönale führen.

Von besonderer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang die Pönalen nach § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EEG 2017. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass die Onshore-Windprojekte innerhalb von zwei Jahren nach dem Zuschlag realisiert werden. Liegen zwischen der öffentlichen Bekanntgabe des Zuschlags und der Inbetriebnahme mehr als zwei Jahre, müssen Bieter eine Strafe zahlen. Die Höhe der Pönale hängt dabei vom Monat der Inbetriebnahme ab: Bei einer Inbetriebnahme im 25. und 26. Monat nach der öffentlichen Bekanntgabe beträgt die Pönale 10,- EUR pro kW, im 27. und 28. Monat 20,- EUR pro kW und nach dem 29. Monat 30,- EUR pro kW. Wurde die Gebotsmenge zu diesen Zeitpunkten teilweise realisiert, reduziert sich die Strafe entsprechend.

Vor diesem Hintergrund ist die Prüfung der Realisierungschancen von besonderer Bedeutung. Investoren und finanzierende Banken werden zudem das mit der verspäteten Inbetriebnahme verbundene Risiko in den Kauf- bzw. Darlehensverträgen abbilden müssen.

8. Netzausbaubereich

Eine weitere Neuerung ist schließlich die Festlegung von Netzausbaubereichen im Sinne von § 36c EEG 2017 und die in diesen Gebieten geltenden besonderen Zuschlagsvoraussetzungen.

In Gebieten, in denen das Übertragungsnetz besonders stark belastet ist, soll der Zubau von Windenergieanlagen an Land begrenzt werden.³⁷ Dafür legt das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie auf Grundlage der aktuellen Systemanalyse (§ 3 Abs. 2 Reservekraftwerksverordnung) und der Prognose nach § 13 Abs. 1 EnWG Netzausbaubereiche fest. Die Netzausbaubereiche sollen räumlich zusammenhängende Flächen, höchstens aber 20% der Bundesfläche erfassen und netzgebietsscharf oder landkreisscharf festgelegt werden.³⁸

Für Netzausbaubereiche gilt in den Ausschreibungsverfahren vorübergehend eine Obergrenze von 58% der im Jahresdurchschnitt der Jahre 2013 bis 2015 in der Region des Netzausbaubereichs in Betrieb genommenen installierten Leistung. Die sich für ein Kalenderjahr ergebende Gebotsmenge für das Netzausbaubereich wird gleichmäßig auf die Ausschreibungen verteilt, die in dem Kalenderjahr bekannt gemacht werden. Wird die in einer Ausschreibung höchstens zugeschlagene Menge durch ein Gebot aus dem Netzausbaubereich erreicht oder überschritten, findet dieses Gebot keine Berücksichtigung. Die Bundesnetz-

agentur erteilt dann Zuschläge für die jeweils nächstteureren Gebote, die nicht in dem Netzausbaubereich liegen.

Der Entwurf der Verordnung zur Einrichtung und Ausgestaltung eines Netzausbaubereichs sieht für die Bundesländer Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Schleswig-Holstein sowie 16 Landkreise und vier kreisfreie Städte in Niedersachsen eine Obergrenze von 902 MW pro Kalenderjahr vor. Die Begrenzung erfolgt dabei im Verhältnis zum Bruttozubau; Kapazität, die im Betrachtungszeitraum stillgelegt wurde, bleibt daher unberücksichtigt.

Windprojekte in Netzausbaubereichen haben aufgrund der Obergrenze ein deutlich erhöhtes Risiko, keinen Zuschlag und damit auch keine EEG-Förderung zu erhalten. Dies ist bei der Standortauswahl zu berücksichtigen.

V. Zusammenfassung

Bei der Änderung von Onshore-Projektentwicklungen nach dem 1. 1. 2017, die als Übergangsanlagen unter das Förderregime des EEG 2014 fallen sollen, ist Vorsicht geboten. Änderungen, die unter der Schwelle einer wesentlichen Änderung im Sinne von § 16 BImSchG liegen, sind unkritisch und haben auf die Einordnung als Übergangsanlage keine Auswirkungen. Wie sich hingegen Änderungsgenehmigungen auf die Freistellung von der Ausschreibungspflicht auswirken, ist § 22 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2017 nicht eindeutig zu beantworten. Der beabsichtigte Investitionsschutz und das Ziel eines kontinuierlichen Ausbaus der Windenergie an Land sprechen dafür, Änderungen solange für unbeachtlich zu halten, wie die Kapazität der Anlagen nicht erhöht und somit die Zielsetzung der Ausschreibungen nicht unterlaufen wird.

Die Umstellung der EEG-Förderung auf wettbewerbliche Ausschreibungen stellt Projektentwickler, Investoren und finanzierende Banken vor zahlreiche Herausforderungen. Durch die Begrenzung des Ausschreibungsvolumens und den Preiswettbewerb ist zukünftig nicht mehr sicher, ob und wann ein Projekt einen Zuschlag erhält. Neben den üblichen Projektentwicklungsrisiken muss daher auch einkalkuliert werden, dass sich der angestrebte anzulegende Wert im Rahmen der Ausschreibung nicht realisieren lässt. Hinzu kommen zahlreiche Neuerungen wie das Stellen von Sicherheiten, die Projektbezogenheit des Zuschlags, die Überprüfung des Gütefaktors, die Realisierungsfrist von 30 Monaten sowie die Einführung von Pönalen und die Festlegung von Netzausbaubereichen, die zukünftig bei Windprojekten unbedingt zu beachten sind.

37 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/8832, S. 253.

38 Vgl. dazu den Entwurf einer Verordnung zur Einrichtung und Ausgestaltung eines Netzausbaubereichs vom 14. 11. 2016. Der Entwurf befindet sich aktuell in der Verbändeanhörung.