

**Würzburger Berichte zum
Umweltenergierecht**

**Anforderungen an den
Erhalt der Akteursvielfalt im EEG bei
der Umstellung auf
Ausschreibungen**

Diskussionspapier

erstellt von

Dr. Hartmut Kahl, LL.M. (Duke)/Dr. Markus Kahles/Thorsten Müller

Entstanden im Rahmen des Vorhabens:

Kompass EEG 2014^{plus}

9

18.08.2014

Zitiervorschlag: *Hartmut Kahl/Markus Kahles/Thorsten Müller*, Anforderungen an den Erhalt der Akteursvielfalt im EEG bei der Umstellung auf Ausschreibungen, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 9 vom 18.08.2014.

Stiftung Umweltenergierecht

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Telefon +49 931 79 40 77-0

Telefax +49 931 79 40 77-29

E-Mail kahl@stiftung-umweltenergierecht.de

kahles@stiftung-umweltenergierecht.de

mueller@stiftung-umweltenergierecht.de

Internet www.stiftung-umweltenergierecht.de

Vorstand: Thorsten Müller und Fabian Pause, LL.M. Eur. • Stiftungsrat: Prof. Dr. Helmuth

Schulze-Fielitz und Prof. Dr. Franz Reimer

Bankverbindung: Sparkasse Mainfranken Würzburg • Konto 46 74 31 83 • BLZ 790 500 00

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	- 1 -
B. Akteursvielfalt: Begriffsklärung und diskutierte Kriterien	- 2 -
I. Normgenese und Auslegung	- 3 -
II. Diskutierte Kriterien	- 5 -
C. Rechtliche Grenzen und Spielräume	- 5 -
I. Ausschöpfen der de-minimis-Grenzen der Beihilfeleitlinien	- 6 -
II. Sonderregeln innerhalb des Ausschreibungsdesigns.....	- 8 -
1. Die Grundfreiheiten als Grenze für herkunftsbezogene Privilegierungen	- 8 -
a) Bisherige EuGH-Rechtsprechung zur Rechtfertigung von Beschränkungen der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit.....	- 9 -
b) Erhöhung der Akzeptanz als Rechtfertigungsgrund?.....	- 10 -
c) Erhalt der Akteursvielfalt als Rechtfertigungsgrund?	- 11 -
d) Das Kriterium einer besonders partizipativen Rechtsform.....	- 11 -
e) KMU-Definition als (herkunfts-)neutrale Alternative?.....	- 11 -
2. Spielräume des Verordnungsgebers ernst nehmen	- 13 -
a) Teillose.....	- 14 -
b) Aufwendungsersatz für nicht bezuschlagte Gebote	- 14 -
(1) De-minimis-VO	- 16 -
(2) Beihilfen für KMU nach der AGVO	- 16 -
(3) EEAG	- 17 -
D. Zusammenfassende Thesen	- 18 -

A. Einführung

Mit dem zum 1. August 2014 in Kraft getretenen EEG 2014¹ hat der Gesetzgeber die ersten Weichen gestellt für die Einführung von Ausschreibungsmodellen zur Bestimmung der Förderhöhe für Strom aus erneuerbaren Energien sowie der Förder- und damit letztlich auch der Investitionsberechtigungen. So ist in den Grundsätzen des Gesetzes die politische Absicht verankert, dass spätestens 2017 die finanzielle Förderung und ihre Höhe durch Ausschreibungen ermittelt und zu diesem Zweck zunächst für Strom aus PV-Freiflächenanlagen Erfahrungen mit einer wettbewerblichen Ermittlung der Förderhöhe gesammelt werden sollen, § 2 Abs. 5 S. 1 und 2 EEG 2014².

Zugleich betont der Gesetzgeber in § 2 Abs. 5 S. 3 EEG 2014:

„Bei der Umstellung auf Ausschreibungen soll die Akteursvielfalt bei der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien erhalten bleiben.“

Der Erhalt der Akteursvielfalt bezieht sich demnach sowohl auf die umfassende Einführung von Ausschreibungen ab 2017 als auch auf den vorgeschalteten „PV-Piloten“ als erste Stufe der angestrebten Umstellung.

In einem Eckpunktepapier³ mit ersten Vorschlägen zur Ausgestaltung des „PV-Piloten“ hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) vorgeschlagen, die Akteursvielfalt durch zwei Maßnahmen zu adressieren: Zum einen soll *„ein einfaches, transparentes und gut verständliches Ausschreibungsdesign“* dafür sorgen, keine bürokratiebedingten Zugangshürden zu errichten. Zum anderen soll es die Wahlmöglichkeit geben, als Präqualifikationsvoraussetzung statt eines in Geld zu hinterlegenden bid-bonds einen beschlossenen Bebauungsplan oder eine Genehmigung und die vorläufige Anschlusszusage des Netzbetreibers vorzulegen⁴: *„Dabei wird angenommen, dass kleinere, weniger professionelle Akteure wie Bürgergesellschaften vor Ort über die notwendige Akzeptanz verfügen, um schnell einen Bebauungsplan zu erlangen“*, während *„[h]ohe finanzielle Qualifikationsanforderungen [...] von kleinen, finanziell schwach ausgestatteten Gesellschaften dagegen schwieriger zu erbringen“*

¹ Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG 2014) vom 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 22.07.2014 (BGBl. I S. 1218). Ein Überblick zum neuen EEG findet sich bei *Thorsten Müller/Hartmut Kahl/Frank Sailer*, Das neue EEG 2014, ER 2014, 139 ff.

² Siehe im Einzelnen *Markus Kahles*, Ausschreibungen als neues Instrument im EEG 2014, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 6 vom 16.07.2014.

³ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Eckpunkte für ein Ausschreibungsdesign für Photovoltaik-Freiflächenanlagen, abrufbar unter <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Energie/Erneuerbare-Energien/eeg-reform,did=645752.html> (abgerufen am 18.08.2014).

⁴ Denkbar wäre auch, gestaffelte bid-bonds je nach Anlagengröße vorzusehen und bei der Wahlmöglichkeit etwa auch schon einen städtebaulichen Vertrag als materielle Qualifikationsanforderung genügen zu lassen. Letzteres könnte die Vorplanungskosten zusätzlich senken.

seien, „da ihnen häufig die notwendige Bonität“ fehle. Ausgeschrieben werden sollen Förderberechtigungen für Freiflächenanlagen mit einer installierten Leistung von maximal 25 MW; eine Differenzierung nach Leistungsklassen soll nicht stattfinden. Offen ist noch, ob die Förderberechtigungen an das Projekt oder an eine Person gebunden bleiben sollen oder aber frei handelbar sind.

Das vorliegende Diskussionspapier möchte einen Beitrag dazu leisten, den Begriff der Akteursvielfalt zu konturieren und die rechtlichen Spielräume für mögliche Sonderregelungen zur Absicherung derselben aufzuzeigen. Konkret stellt sich die Frage, wie sich ein Ausschreibungsdesign definieren lässt, das dem Erhalt der Akteursvielfalt dient. Dazu ist zu bestimmen, welche Investoren und Projekte für die Erfüllung des politischen Auftrags der Wahrung der Akteursvielfalt adressiert werden müssen und welche allgemeinen oder spezifischen gesetzlichen Vorgaben und Rechtsfolgen im Rahmen der bestehenden rechtlichen Spielräume für diesen Adressatenkreis geschaffen werden können. Denn es könnte in der Tat – wie dies auch der Gesetzgeber antizipiert – eine Folge der Umstellung des Förderinstrumentes sein, dass sich die Akteursvielfalt nicht erhalten lässt, wenn man ein Ausschreibungsdesign forciert, das alle Akteure unabhängig von ihrem Profil und ihrer Größe eins zu eins den gleichen Regeln unterwirft. Demnach ist es essentiell, eine Definition dessen, was unter Akteursvielfalt zu verstehen ist, nicht isoliert zu sehen, sondern vor allem auf der Rechtsfolgen-seite Lösungen zu finden, die der Vielfalt der besonderen Charakteristika von Akteuren Rechnung trägt. Umgekehrt haben die für den Erhalt der Akteursvielfalt als förderlich geltend gewählten Definitionskriterien wiederum auch Einfluss auf die rechtliche Beurteilung der Rechtsfolgen.

B. Akteursvielfalt: Begriffsklärung und diskutierte Kriterien

Der in § 2 Abs. 5 S. 3 EEG 2014 verwendete Begriff der Akteursvielfalt findet sich nicht im Katalog der in § 5 EEG 2014 aufgelisteten Begriffsbestimmungen. Er wird auch sonst im gesamten Gesetz kein zweites Mal verwendet oder an anderer Stelle im übrigen Bundesrecht gebraucht. Man kann insoweit also von einem unbestimmten Rechtsbegriff sprechen, der – mangels Legaldefinition – erst noch zu interpretieren ist.

Zwar taucht der Begriff der Akteursvielfalt hier in seinem Normkontext als bloßer Programmsatz auf, der noch keine konkreten Rechtsfolgen nach sich zieht. Doch ist es nichtdes-trotz erforderlich, ihn stärker zu konturieren, da er in den Grundsätzen des Gesetzes verankert ist, die die Auslegung des Gesetzes und das Arbeitsprogramm des im EEG ermächtigten Verordnungsgebers zumindest vorprägen.

I. Normgenese und Auslegung

Im letzten Referentenentwurf aus dem BMWi zum EEG 2014 vom 31. März 2014 hieß es an entsprechender Stelle noch, dass „[b]ei der Umstellung auf Ausschreibungen [...] die hohe Bürgerbeteiligung bei der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien erhalten bleiben“ soll⁵. Im Zuge der Ressortabstimmung wurde die „hohe Bürgerbeteiligung“ dann durch die Formulierung der „Akteursvielfalt“ ersetzt. Dies legt zunächst den Schluss nahe, dass der Begriff „Akteursvielfalt“ und der in diesem Zusammenhang v.a. in der gesellschaftlichen Diskussion geprägte Begriff der „Bürgerenergie“ vom Gesetzgeber wohl nicht synonym verstanden werden.

Allerdings finden sich in der Gesetzesbegründung des EEG 2014 mehrfach Passagen, die explizit wieder Bezug auf sog. Bürgerenergieprojekte nehmen. So heißt es im Kabinettsbeschluss vom 8. April 2014, der bereits in § 2 Abs. 5 auf die Akteursvielfalt abstellt:

„Bei der Ausgestaltung des konkreten Ausschreibungsdesigns soll auch die bisher für den Erfolg der Energiewende wichtige Akteursvielfalt aufrecht erhalten werden, so dass z.B. die Belange von Energiegenossenschaften oder Bürgerprojekten angemessen im weiteren Verfahren berücksichtigt werden.“⁶

Mit Blick auf den „PV-Piloten“ heißt es, dass „z.B. zur Erhaltung der Akteursvielfalt ein Teilsegment des Marktes, z.B. Bürgersolarparks“ auch als Teillos ausgeschrieben werden könnten⁷.

Diese Einlassungen in der Gesetzesbegründung sprechen dafür, dass zur Aufrechterhaltung der Akteursvielfalt aus Sicht des Gesetzgebers vor allem Bürgerenergieprojekte erforderlich sind. Immerhin zieht sie der Gesetzgeber exklusiv zur Illustrierung der Akteursvielfalt heran.

Dennoch bleibt festzuhalten, dass Ausgangspunkt der Überlegungen die Akteursvielfalt und nicht die Bürgerenergie ist. Zudem gilt: Vielfalt bedeutet mehr als nur Vielzahl. Es geht also dem Wortlaut des Gesetzes folgend nicht vordergründig um eine möglichst hohe Quantität an Bietern – so wichtig dies für das Entstehen von wirklichen Knappheitspreisen auch sein mag –, sondern um eine pluralistisch zusammengesetzte Akteursstruktur.

Diese Pluralität der Akteursstruktur setzt dabei nicht ausschließlich kleine und lokale Projekte voraus, sondern gleichermaßen große lokale Akteure wie auch mittlere regional tätige

⁵ Vgl. § 2 Abs. 5 S. 3 des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts des BMWi, Stand: 31.03.2014.

⁶ Kabinettsbeschluss vom 08.04.2014 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts S. 161, abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Gesetz/entwurf-eines-gesetzes-zur-grundlegenden-reform-des-erneuerbare-energien-gesetzes-und-zur-aenderung-weiterer-bestimmungen-des-energiwirtschaftsrechts,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (abgerufen am: 18.08.2014).

⁷ Ebd., S. 257.

und große überregionale Anbieter sowie viele weitere Kombinationsmöglichkeiten. Neben der Größe und dem Grad der räumlichen Ausrichtung können zudem noch viele andere Merkmale wichtig werden, um Vielfalt zu messen. Die Rechtsform der Akteure dürfte dabei allerdings nur eine untergeordnete Rolle spielen, da Rechtsformen regelmäßig frei wählbar und damit austauschbar sind, kann aber ein relevanter Faktor sein, soweit sich etwa aus den Einflussmöglichkeiten der einzelnen Eigentümer und Beteiligten für das Handeln des Akteurs relevante Unterschiede ergeben. Akteursvielfalt oszilliert somit zwischen mehreren Polen. Denn eine Verengung des Begriffs nur auf ein bestimmtes Akteursprofil könnte in der Tendenz zu einer Homogenität führen, die dem Begriff der Vielfalt gerade entgegensteht.

Dies darf selbstverständlich nicht über die dem § 2 Abs. 5 S. 3 EEG 2014 zugrunde liegende und für den Gesetzgeber leitende Einsicht hinwegtäuschen, dass bei der Umstellung auf Ausschreibungen strukturell weit weniger Nachteile für große, institutionalisiert und überregional arbeitende Anbieter zu befürchten sind als für kleinere Projekte mit lokalem Charakter. Denn für letztere stellt die Umstellung auf Ausschreibungen die wesentlich größere Herausforderung dar⁸. Diese spezifische Situation hat der Gesetzgeber aufgegriffen, indem er gerade den Erhalt der Akteursvielfalt in die Grundsätze des EEG aufgenommen und Bürgerenergieprojekte beispielhaft zur Illustration seines Anliegens herangezogen hat. Dahinter steht der Tenor, dass man sich um die großen Anbieter als solches weniger Sorgen machen muss, während das weitere Schicksal der kleineren – wie im Einzelnen auch immer – in der neuen Ausschreibungswelt gesondert adressiert werden muss.

Wenn im Folgenden also von Ansätzen zum Erhalt der Akteursvielfalt die Rede ist, sind damit immer Maßnahmen gemeint, die der spezifischen Situation kleinerer Anbieter Rechnung tragen sollen. Damit ist keine Verengung des Begriffs Akteursvielfalt verbunden, sondern eine Fokussierung auf vielfaltsichernde Instrumente, die gerade für kleinere Anbieter erforderlich sind. Dabei wird nicht übersehen, dass aus besonderen Regelungen für kleinere Akteure Schwierigkeiten gerade für mittelgroße Akteure entstehen können, die einerseits von diesen Regelungen nicht mehr profitieren, andererseits aber gegenüber großen Akteuren Bieter Nachteile haben mögen. Der Ordnungsgeber im Rahmen des PV-Piloten und später der Gesetzgeber – will er weiterhin die Akteursvielfalt wahren – sind daher gehalten, die Wirkungen der Ausschreibung an sich und möglicher besonderer Regelungen zur Wahrung der Akteursvielfalt genau zu beobachten, zu evaluieren und ggf. nachzusteuern.

Dazu nur ein Beispiel: In diesem Rahmen wäre etwa zu klären, zu welchem Zeitpunkt in der Wertschöpfungskette die Akteursvielfalt sichergestellt werden soll. Schon während der Projektierung oder erst beim Betrieb der Anlagen? Genügt es etwa, wenn ein überregional tätiger und eher größerer Projektentwickler ein Einspeiseprojekt entwickelt und es anschließend an eine Bürgerenergiegenossenschaft verkauft? Sollen solche Modelle von Arbeitstei-

⁸ Siehe dazu *Heinrich Degenhart/Uwe Nestle*, Marktrealität von Bürgerenergie und mögliche Auswirkungen von regulatorischen Eingriffen, Lüneburg 2014, S. ix sowie *Thorsten Müller/Hartmut Kahl/Frank Sailer*, Das neue EEG 2014, ER 2014, 139, 141 f.

lung und Partizipation erhalten bleiben, dürfte jedenfalls viel dafür sprechen, die Förderberechtigung entsprechend übertragbar auszugestalten. An diesem Beispiel zeigt sich auch, dass Maßnahmen zum Erhalt der Akteursvielfalt nicht zwingend die Gestalt von Sonderregelungen annehmen müssen, sondern schon bei den allgemeinen und für alle geltenden Grundregeln des Ausschreibungsdesign mitgedacht werden müssen.

II. Diskutierte Kriterien

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass sich mögliche Kriterien, an denen sich Instrumente zum Erhalt der Akteursvielfalt festmachen lassen, bisher vornehmlich im Kontext der Bürgerenergie bewegen⁹. So werden als mögliche Kriterien

- die Größe eines Projektes,
- die lokale Verankerung der Investoren,
- das Maß an lokaler Wertschöpfung,
- die Eigentümerstruktur und Streuung der Stimmrechte und bisweilen auch
- die Wahl einer besonders partizipativen Rechtsform

diskutiert.

Modelle, die bei der Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien eine spezifische lokale Wertschöpfung fördern, gibt es bereits in einigen Ländern, etwa in Dänemark und in der kanadischen Provinz Ontario¹⁰. Allerdings sind Regelungen anderer – selbst europäischer – Länder als solche für die Rechtswissenschaft kein tauglicher Beurteilungsmaßstab. Sie ist keine empirische, sondern eine normative Disziplin, die ihre Erkenntnisquellen vornehmlich aus der für das jeweilige Jurisdiktionsgebiet geltenden Rechtsordnung und der dazu ergangenen Rechtsprechung bezieht. Nicht zuletzt können Regelungen anderer Länder vor Ort einer Rechtsunsicherheit unterliegen, die man nicht importieren sollte.

C. Rechtliche Grenzen und Spielräume

Bei der Schaffung von möglichen Sonderregeln zur Erhaltung der Akteursvielfalt ist daher darauf zu achten, dass die für die Schaffung des Ausschreibungsdesign relevanten rechtlichen Grenzen eingehalten werden, die zugleich den verbleibenden Spielraum markieren. Als solches sind die Vorgaben des Europarechts, insbesondere des Beihilfenrechts und der Grundfreiheiten, sowie der verfassungsrechtliche Rahmen zu beachten, der sich v.a. in der Einhaltung des gesetzgeberischen Mandats etwa an den Verordnungsgeber widerspiegelt.

⁹ Siehe etwa *trend:research/Leuphana Universität Lüneburg*, Definition und Marktanalyse von Bürgerenergie in Deutschland, Bremen/Lüneburg 2013, S. 28.

¹⁰ Siehe *David Jacobs et al.*, Ausschreibungsmodelle für Erneuerbare Energien in Deutschland – Ausgestaltungsoptionen für Akteursvielfalt, IASS-Policy Brief, im Erscheinen.

Dabei zeigt sich, dass hier zum einen bestehende de-minimis-Regeln im Tertiärrecht der EU-Kommission genutzt werden können (dazu unter I.) und zum anderen ein gewisser Spielraum besteht, für kleinere Anbieter in einem Ausschreibungsmodell spezifische Sonderregeln zu schaffen (dazu unter II.).

I. Ausschöpfen der de-minimis-Grenzen der Beihilfeleitlinien

Es ist kein Geheimnis, dass die angestrebte Umstellung auf Ausschreibungen in Deutschland dem Einfluss der EU-Kommission zugeschrieben wird. In der Tat verlangt die Kommission in ihren jüngst veröffentlichten Beihilfeleitlinien für den Energie- und Umweltbereich (EEAG)¹¹, dass Beihilfen für Strom aus erneuerbaren Energien ab Anfang 2017 grundsätzlich nur noch „im Rahmen einer Ausschreibung anhand eindeutiger, transparenter und diskriminierungsfreier Kriterien gewährt“ werden¹². In einer die Jahre 2015 und 2016 umfassenden Übergangsphase sollen Beihilfen für „mindestens 5 % der geplanten neuen Kapazitäten für die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen“ im Rahmen einer solchen Ausschreibung gewährt werden¹³. Weiter heißt es in den Leitlinien:

„Sofern an diesen Ausschreibungen alle Erzeuger, die Strom aus erneuerbaren Energiequellen erzeugen, zu diskriminierungsfreien Bedingungen teilnehmen können, wird die Kommission davon ausgehen, dass die Beihilfe angemessen ist und den Wettbewerb nicht in einem dem Binnenmarkt zuwiderlaufenden Maß verfälscht.“¹⁴

Für das Verständnis dieses verwaltungsinternen sog. Tertiärrechts der Kommission ist es wichtig zu wissen, dass sich dieses in seinem Geltungsanspruch nur auf diejenigen Förderinstrumente erstreckt, die tatsächlich den Tatbestand einer staatlichen Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllen. Für den Fördermechanismus des EEG geht die Kommission zwar seit jüngstem davon aus, dass es sich dabei um eine Beihilfe handelt¹⁵. Allerdings kann diese Annahme im Anschluss an die bekannte PreußenElektra-Entscheidung des EuGH¹⁶ keineswegs als gesichert gelten. Nach wie vor sprechen gute Gründe dafür, dass das EEG nicht dem Beihilfetatbestand unterfällt; jedenfalls besteht kein unausweichlicher Automatismus zur Anwendung der Leitlinien¹⁷. Diese Rechtsauffassung vertritt nach wie vor auch die Bundesre-

¹¹ Abkürzung gebräuchlich aus dem Englischen für: Environmental protection and energy aid guidelines.

¹² Europäische Kommission, Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020, ABl. v. 28.06.2014, C 200/1, Rn. 126.

¹³ Ebd.

¹⁴ Ebd.

¹⁵ Beschluss der Europäischen Kommission, KOM C (2013) v. 18.12.2013, 4424 final, ABl. v. 07.02.2014, Nr. C 37/73.

¹⁶ EuGH v. 13.03.2001, Rs. C-379/98 (PreussenElektra AG/Schleswig), Slg. 2001, I-2099.

¹⁷ Siehe *Helena Münchmeyer/Markus Kahles/Fabian Pause*, Erfordert das europäische Beihilferecht die Einführung von Ausschreibungsverfahren im EEG?, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 5 vom 16.07.2014.

gierung¹⁸. Wohl nicht zuletzt unter dem faktischen Handlungsdruck der Kommission, die bis zu einer erneuten gerichtlichen Klärung der Beihilfeeigenschaft des EEG zunächst am längeren Hebel sitzt, haben sich die Bundesregierung und die sie tragende Parlamentsmehrheit allerdings entschieden, sich dennoch an den Anforderungen der EEAG zu orientieren.

Sieht man den Geltungsanspruch der EEAG – aus welchen politischen oder rechtlichen Gründen auch immer – für das EEG als verbindlich an, verbleiben aber dennoch Handlungsmöglichkeiten, die einen Spielraum für die Erhaltung der Akteursvielfalt eröffnen. Dieser ergibt sich zum einen aus den nicht näher vorgegeben Ausgestaltungsmöglichkeiten für Ausschreibungen innerhalb des abgesteckten Rahmens „*diskriminierungsfreier Bedingungen*“ und zum anderen daraus, dass die Leitlinien ein Festhalten an administrativ festgelegten Förderhöhen ausnahmsweise gestatten.

So sehen die EEAG – neben der begrenzten Möglichkeit einer Nachweisführung, dass Ausschreibungen realiter nicht funktionieren¹⁹ – ausdrücklich auch de-minimis-Grenzen vor, unter denen keine Ausschreibung stattzufinden hat:

„Für Anlagen mit einer installierten Stromerzeugungskapazität von weniger als 1 MW und Demonstrationsvorhaben, ausgenommen Windkraftanlagen, für die als Grenzwert eine installierte Stromerzeugungskapazität von 6 MW oder 6 Erzeugungseinheiten gilt, können Beihilfen ohne Ausschreibung [...] gewährt werden.“²⁰

Ausweislich dieser de-minimis-Grenzen behalten die Mitgliedstaaten also den Spielraum, weiterhin mit administrativ festgelegten Förderhöhen für Strom aus erneuerbaren Energien zu arbeiten, wenn sie dies denn wollen. Projekte mit einer installierten Leistung von unter 1 MW (und Demonstrationsvorhaben) müssen demnach nicht in die Ausschreibungen einbezogen werden, wobei Windenergieprojekte, die unter 6 MW liegen oder nicht mehr als 6 Erzeugungseinheiten umfassen, entsprechend großzügiger vom Ausschreibungserfordernis ausgenommen werden. Freilich ist hier insbesondere für die Windenergie noch im Einzelnen zu klären, welche Projektgrößen konkret unter die de-minimis-Grenze fallen können und anhand welcher Kriterien die Abgrenzung bzw. Zusammenfassung von Erzeugungsanlagen erfolgen soll.

Wenn der Gesetzgeber aber in § 2 Abs. 5 S. 3 EEG 2014 davon ausgeht, dass die bisherige Akteursvielfalt nach der Umstellung auf Ausschreibungen nicht ohne weiteres aufrechterhalten werden kann, so liegt es durchaus nahe, kleinere Projekte in völliger Übereinstimmung mit den EEAG im Rahmen der eben genannten de-minimis-Grenzen von der Umstellung auf

¹⁸ Vgl. die vorsorglich erhobene Nichtigkeitsklage zum EuGH unter dem Aktenzeichen T-134/14.

¹⁹ Rn. 126: „[...] es sei denn, die Mitgliedstaaten weisen nach, (a) dass nur ein Vorhaben oder Standort oder nur eine sehr begrenzte Zahl von Vorhaben oder Standorten beihilfefähig wäre oder (b) dass eine Ausschreibung zu einem höheren Förderniveau führen würde (Verzicht auf Ausschreibung z. B. zur Vermeidung strategischen Bietverhaltens) oder (c) dass eine Ausschreibung dazu führen würde, dass nur wenige Vorhaben verwirklicht werden (Verzicht auf Ausschreibung zur Vermeidung der Unterbietung).“

²⁰ EEAG, Rn. 127.

Ausschreibungen auszunehmen. Denn § 2 Abs. 5 S. 3 EEG 2014 dürfte mit Blick auf die Formulierung „bei der Umstellung“ mitnichten so zu verstehen sein, dass die Akteursvielfalt etwa nur durch Maßnahmen innerhalb des neuen Ausschreibungsdesign zu erhalten ist.

Für den PV-Piloten würde dies freilich bedeuten, das EEG 2014 erneut ändern zu müssen. Denn nach Beginn der Ausschreibungen für PV-Freiflächenanlagen²¹ gibt es im EEG nach einer kurzen Übergangsphase für dieses Segment keinerlei Fördermöglichkeit mit administrativ festgelegten Preisen mehr, auch nicht für Anlagen unter 1 MW. In der Verordnungsermächtigung für den PV-Piloten in § 88 Abs. 1 EEG 2014 wiederum gibt es ebenfalls keine Möglichkeit, eine Förderung für Anlagen unter 1 MW mit administrativ festgelegten Preisen zu gestalten; dies würde eine Überschreitung der Verordnungsermächtigung bedeuten. Hier zeigt sich also, dass der Gesetzgeber den Spielraum der EEAG insoweit zunächst ungenutzt gelassen hat.

II. Sonderregeln innerhalb des Ausschreibungsdesigns

Gleichwohl lässt sich fragen, welche Optionen zur Erhaltung der Akteursvielfalt es innerhalb eines neuen Ausschreibungsdesigns geben kann. Insbesondere durch die Vorgaben des europäischen Rechtsrahmens ergeben sich hier Restriktionen für eine Bevorzugung von Akteuren, die an örtlich gebundene Kriterien anknüpft. Andererseits eröffnet die Verordnungsermächtigung für den „PV-Piloten“ auch explizit auf die Akteursvielfalt zugeschnittene Möglichkeiten, die vom Ordnungsgeber ausgeschöpft werden bzw. nicht ohne weiteres ungenutzt bleiben sollten.

1. Die Grundfreiheiten als Grenze für herkunftsbezogene Privilegierungen

Maßnahmen zur Sicherstellung der Akteursvielfalt werden heute ausgehend vom Partizipationsradius schon bestehender Bürgerenergieprojekte häufig mit dem Erfordernis einer Einbindung lokaler Akteure assoziiert. Und in der Tat mag es gute Gründe für die Annahme geben, dass lokale Akteure häufig auch kleine Akteure sind, die im Rahmen der erforderlichen Profilvielfalt verschiedenster Akteure eine relevante und empirisch wichtige Gruppe darstellen. Allerdings ist das Erfordernis einer lokalen Verankerung, also der Rekurs auf ortsgebundene Parameter, europarechtlich problematisch: Herkunfts- und ortsbezogene Vorteile, die einem gewissen Adressatenkreis vorbehalten sind, stellen zugleich auch eine Benachteiligung derjenigen Akteure in anderen Mitgliedsstaaten dar, denen diese Vorteile nicht offen stehen. Für derlei Ungleichbehandlungen braucht es – soll es sich nicht um eine unzulässige Diskriminierung handeln – einen Rechtfertigungsgrund. Vom Erfordernis der EEAG, dass Aus-

²¹ Vgl. § 55 Abs. 3 S. 1 EEG 2014: „Für Strom aus Freiflächenanlagen, die ab dem ersten Tag des siebten auf die erstmalige Bekanntmachung einer Ausschreibung nach Absatz 1 Satz 2 folgenden Kalendermonats in Betrieb genommen worden sind, verringert sich der anzulegende Wert nach § 51 Absatz 1 Nummer 2 und 3 auf null.“

schreibungen u. a. diskriminierungsfrei gestaltet sein müssen, einmal abgesehen, sind hier v.a. die europäischen Grundfreiheiten zu beachten.

a) Bisherige EuGH-Rechtsprechung zur Rechtfertigung von Beschränkungen der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit

Einschlägig sind hier insbesondere der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 Abs. 1 AEUV und der Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 63 Abs. 1 AEUV. Diese beiden Grundfreiheiten stehen in einem engen Zusammenhang. Eine Abgrenzung erfolgt in der Rechtsprechung des EuGH danach, ob Direktinvestitionen (dann Niederlassungsfreiheit) oder Portfolioinvestitionen (dann Kapitalverkehrsfreiheit) betroffen sind²². Im Falle von lokalen Bürgerbeteiligungen scheint die Niederlassungsfreiheit einschlägig zu sein, da ein potentieller Investor aus einem anderen Mitgliedstaat durch eine Form der zwar nichtverpflichtenden; aber mit Vorteilen versehenen Beteiligung lokaler Bürger an seiner Investitionsentscheidung gehindert oder diese jedenfalls erschwert werden könnte. Im Ergebnis sind die Anforderungen an die Rechtfertigung von solchen Einschränkungen der beiden Grundfreiheiten jedoch sehr ähnlich, da der EuGH jeweils fordert, dass eine entsprechende Maßnahme nur aus „*zwingenden Gründen des Allgemeinwohls*“ gerechtfertigt werden kann. Was der EuGH hierunter versteht, hat er in zahlreichen Urteilen konkretisiert. Zur Möglichkeit der Rechtfertigung einer mit Vorteilen gegenüber anderen Investitionen ausgestalteten Bürgerbeteiligung an Projekten zur Erzeugung erneuerbarer Energien im Rahmen der Niederlassungsfreiheit und/oder der Kapitalverkehrsfreiheit liegt bisher aber keine einschlägige Rechtsprechung der Luxemburger Richter vor.

Umso mehr stellt sich die Frage, welche potentiellen Rechtfertigungsgründe sich für eine vorgeschriebene Beteiligung lokaler Akteure ins Feld führen lassen. Zumeist wird insoweit die Verbesserung der lokalen Akzeptanz von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energie angeführt²³, da die lokale Bevölkerung damit auch materiell von der örtlichen Stromproduktion profitieren kann. In eine ähnliche Richtung argumentiert der aus dem Kontext der Raumordnung für Windenergieanlagen entstandene Begründungsstrang, durch die Teilhabe an der örtlichen Wertschöpfung erhielten die unmittelbaren Anwohner der Projekte eine Art Entschädigung für die damit verbundenen Nachteile wie Emissionen und andere Beeinträchtigungen²⁴. Jedenfalls mittelbar kann ein solches Partizipationsmodell dem verstärkten Ausbau von erneuerbaren Energien durch die Reduzierung von lokalem Widerstand in der Bevölkerung und somit auch dem Umwelt- und Klimaschutz sowie der Verbesserung der Ener-

²² Vgl. EuGH *Truck Center*, C-282/07, Slg. 2008, I-10767, Rn. 25.

²³ Vgl. *Jan Hildebrand/Irina Rau/Petra Schweizer-Ries*, Die Bedeutung dezentraler Beteiligungsprozesse für die Akzeptanz des Ausbaus erneuerbarer Energien. Eine umweltspsychologische Betrachtung. In: *Informationen zur Raumentwicklung* 2012 (9/10), S. 491-501.

²⁴ *Martin Kment*, Wirtschaftliche Teilhabe von Kommunen und Bürgern aus Mecklenburg-Vorpommern bei der Ausweisung von Flächen für die Windkraftnutzung, Rechtswissenschaftliches Gutachten im Auftrag der SPD-Landtagsfraktion Mecklenburg-Vorpommern, Augsburg Juli/August 2013, S. 59.

gieversorgungssicherheit dienen. Demnach stellt sich die Frage, ob diese Ziele in der Rechtsprechung des EuGH als zwingende Gründe des Allgemeinwohls anerkannt werden könnten.

Sogenannte „Einheimischenmodelle“ sind als grundfreiheitliches Problem bislang vor allem aus dem Planungsrecht im Hinblick auf die Reservierung von Grundstücken für Gemeindegewohrte bekannt. Dazu hat der EuGH im Jahr 2013 entschieden, dass aus Gründen des Erhalts der sozialen Struktur innerhalb einer Gemeinde die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit grundsätzlich gerechtfertigt sein kann²⁵. Dabei hat der EuGH jedoch eine Rechtfertigung nur angenommen, soweit die Maßnahme ausschließlich „*die am wenigsten begüterte einheimische Bevölkerung*“ bevorzuge. Der Geltendmachung weitergehender Gemeinwohlbelange im Sinne einer planerischen Steuerung stand der EuGH bislang zurückhaltend gegenüber²⁶.

Des Weiteren ist aus der EuGH-Rechtsprechung zur Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit die Problematik der sog. „Sonderaktien“ bekannt²⁷. Hier hat der EuGH als zwingenden Grund des Allgemeinwohls grundsätzlich auch die Versorgungssicherheit mit wichtigen Gütern, wie etwa die Energieversorgung, anerkannt²⁸. Allerdings sind diese Fälle etwas anders gelagert als die Fälle der Bürgerbeteiligung, da sich hier der Staat selbst mit Sonderrechten ausgestattete Anteile an strategisch wichtigen Energieunternehmen sicherte. Solche Sonderaktien werden bei Bürgerbeteiligungen an Projekten zur Erzeugung erneuerbarer Energien wohl regelmäßig nicht ausgegeben, vielmehr dürfte es sich um „normale“ Anteile handeln. Es bleibt jedoch die Erkenntnis, dass grundsätzlich auch die Energieversorgungssicherheit einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen kann. Der Umweltschutz ist in der Rechtsprechung des EuGH zur Beschränkung der Grundfreiheiten schließlich ebenfalls als zwingender Grund des Allgemeinwohls anerkannt, wenn auch primär im Rahmen von Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit²⁹. Hierzu zählt auch der Klimaschutz durch den Ausbau erneuerbarer Energien³⁰.

b) Erhöhung der Akzeptanz als Rechtfertigungsgrund?

Ob die mit einer gesetzlich vorgeschriebenen Bürgerbeteiligung verfolgte Verbesserung der lokalen Akzeptanz, verbunden mit mittelbaren Zielen, wie dem Umwelt- und Klimaschutz oder der Versorgungssicherheit, einen zwingenden Grund des Allgemeinwohls darstellen kann, erscheint somit nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH nicht schlechthin ausgeschlossen, hängt aber maßgeblich von der Ausgestaltung und dem seitens des Gesetzge-

²⁵ EuGH, EuZW 2013, 507 Rn. 50 ff.

²⁶ Vgl. Nachweise bei *Boas Kümper/Alexander Milstein, Vergesellschaftung des Windes?*, ZfBR 2013, 742, 750.

²⁷ Vgl. die Auflistung der relevantesten Fälle von *Jürgen Bröhmer*, in: *Christian Calliess/Matthias Ruffert, EUV/AEUV*, 4. Auflage, Art. 65 AEUV, Rn. 27 ff.

²⁸ EuGH Kommission/Frankreich, C-483/99, Slg. 2002, I-4781 (auch wenn in diesem Fall die konkrete Ausgestaltung des Sonderaktienrechts unzulässig war); EuGH Kommission/Belgien, C-503/99, Slg. 2002, I-4809, Rn. 48 ff.

²⁹ Vgl. EuGH, Slg. 1988, S. 4607 Rn. 9; EuGH *Aher Waggon*, Slg. 1998, I-4473 Rn. 20; EuGH *Radelberger*, Slg. 2004, I-11763 Rn. 75; EuGH, Slg. 2010, I-2055 Rn. 50.

³⁰ Vgl. EuGH *PreussenElektra*, C- C-379/98, Slg. 2001, I-2099.

bers verfolgten Zweck und dem getätigten Begründungsaufwand ab. Sollte sich etwa abzeichnen, dass es vor Ort gar keine nennenswerten Widerstände gegen den Ausbau der erneuerbaren Energien gibt, dass diese jedenfalls nicht flächendeckend anzutreffen sind oder dass umgekehrt selbst eine Form der wirtschaftlichen Beteiligung lokaler Akteure den Widerstand nicht wesentlich dämpfen würde, so wäre ein solcher Begründungsstrang nur schwerlich als Rechtfertigung belastbar und würde ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit nach sich ziehen, das sich wiederum weder akzeptanz- noch investitionsfördernd auswirken würde.

c) Erhalt der Akteursvielfalt als Rechtfertigungsgrund?

Ob das isolierte Ziel einer hohen Akteursvielfalt an sich geeignet ist, einen Rechtfertigungsgrund darzustellen, ist in der Rechtsprechung des EuGH bisher ebenfalls ungeklärt. Diese Frage stellt sich aber insbesondere deshalb, weil § 2 Abs. 5 S. 3 EEG 2014 den Erhalt der Akteursvielfalt in erster Linie als einen Eigenwert zu benennen scheint, der zunächst einmal keinen rein instrumentellen Charakter hat. Ein Modell, das allein die Akteursvielfalt an eine herkunftsbezogene Sonderregelung für lokale Akteure knüpft, dürfte es daher allerdings umso schwerer haben, als europarechtskonform zu gelten: Die Parameter „klein“ und „lokal“ mögen zwar bisweilen korrelieren, aber zwingend ist ihre Verbindung nicht. Am Maßstab der Grundfreiheiten gemessen, dürfte es daher immer einfacher und v.a. rechtssicherer sein, Regelungen zu schaffen, die allein auf die Akteursgröße abzielen und in einem herkunftsneutralen Gewand daherkommen.

d) Das Kriterium einer besonders partizipativen Rechtsform

Nimmt man kein lokal determiniertes Kriterium, sondern knüpft herkunftsneutral etwa allein an die Wahl einer als besonders partizipativ geltenden Rechtsform an, ist dies aus Sicht der Grundfreiheiten zwar weniger problematisch. Allerdings würde man dann immer noch vor der Herausforderung stehen, die darin zugleich liegende Benachteiligung anderer Rechtsformen begründen zu müssen. Zum einen ist hier die Bedingung in Rn. 126 der EEAG zu beachten, dass die Ausschreibungen anhand „diskriminierungsfreier Kriterien“ durchzuführen sind. Zum anderen könnte im Rahmen des allgemeinen Beihilfetatbestands des Art. 107 Abs. 1 AEUV das Problem auftauchen, die Vorteilsgewährung für bestimmte Rechtsformen rechtfertigen zu müssen. Da die Möglichkeiten in den Absätzen 2 und 3 des Art. 107 AEUV für eine Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt hier nicht von vornherein als einschlägig gelten können, müsste man auf ungeschriebene Rechtfertigungsgründe zurückgreifen. Als solche wären dann wiederum die eben schon für die Grundfreiheiten erörterten Argumentationsstränge zu erörtern, die insoweit eben eher nicht als rechtssicher gelten können.

e) KMU-Definition als (herkunfts-)neutrale Alternative?

Um den mit gewissen Rechtsunsicherheiten behafteten Weg einer Bevorzugung von lokalen Akteuren oder bestimmten Rechtsformen zu vermeiden, empfiehlt es sich aus europarecht-

licher Sicht, Sonderregeln zum Erhalt der Akteursvielfalt in einem Ausschreibungsdesign herkunfts- und rechtsformneutral zu halten und daher etwa auf die Unternehmensgröße bezogen auszurichten. Sonderregelungen für kleine und mittelständische Unternehmen (KMU) sind dem Europarecht jedenfalls nicht fremd. So definiert eine Empfehlung der Kommission KMU über die Zahl der Mitarbeiter und den Umsatz bzw. die Bilanzsumme³¹. Diese bereits etablierte Definition³² könnte jedenfalls als Ansatzpunkt für eine entsprechende Sonderregelung auch bei Ausschreibungen dienen.

Für die praxisgerechte Anwendung der Definition hat die EU-Kommission eine Mustererklärung erarbeitet, die von den Unternehmen selbst ausgefüllt und bei der ausschreibenden Stelle eingereicht werden könnte³³. Im Wesentlichen muss hier angegeben werden, ob es sich bei dem Antragsteller um ein eigenständiges Unternehmen, ein Partnerunternehmen oder ein verbundenes Unternehmen handelt. Je nachdem werden differenzierte Modalitäten für die Berechnung der Zahlenwerte angewendet, die den Umfang der Tätigkeit und Wirtschaftskraft der Unternehmen darstellen.

Die KMU-Definition enthält auch Ansätze, um eine Umgehung zu verhindern. So gilt z. B. ein Unternehmen mit drei Investoren, die jeweils einen Anteil von 20 % am Kapital oder an den Stimmrechten halten, nicht als eigenständig, sondern als mit einer Unternehmensgruppe verbunden, wenn die drei Investoren selbst – entweder direkt oder über eines bzw. mehrere Unternehmen – miteinander verbunden sind³⁴. Ferner sind bei der Berechnung der Daten eines Unternehmens auch die Beziehungen zwischen Unternehmen über natürliche Personen zu berücksichtigen³⁵.

Dennoch kann es notwendig erscheinen, Sanktionen für den Fall vorzusehen, dass Unternehmen den KMU-Status missbräuchlich in Anspruch nehmen. Neben der unter Umständen ohnehin gegebenen Betrugsstrafbarkeit nach § 267 StGB, könnte daher als unmittelbare Konsequenz etwa der Verlust des Vergütungsanspruchs vorgesehen werden. Daneben können bei missbräuchlichen Angaben zum KMU-Status ggf. auch die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Sanktionen der Rücknahme einer rechtswidrig erteilten Förderberechtigung als

³¹ KOM Empfehlung 2003/361/EG vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, Abl. L 124 vom 20.05.2003, S. 36. Vgl. hierzu auch den von der Kommission herausgegebene Leitfaden über die Anwendung der KMU-Definition, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/facts-figures-analysis/sme-definition/index_de.htm (abgerufen am 18.08.2014).

³² Vgl. in diesem Zusammenhang für die Versteigerung von Funkfrequenzen etwa auch § 61 Abs. 4 S. 1 TKG: „Im Falle der Versteigerung legt die Bundesnetzagentur vor der Durchführung des Vergabeverfahrens die Regeln für die Durchführung des Versteigerungsverfahrens im Einzelnen fest; diese müssen objektiv, nachvollziehbar und diskriminierungsfrei sein und die Belange kleiner und mittlerer Unternehmen berücksichtigen.“ (Hervorhebung durch die Autoren.).

³³ Mitteilung der Kommission 2003/C 118/03, Muster für eine Erklärung über die zur Einstufung als KMU erforderlichen Angaben, Abl. C 118 vom 20.5.2003, S. 5–15, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/facts-figures-analysis/sme-definition/index_de.htm (abgerufen am: 18.08.2014).

³⁴ Art. 3 der KMU-Definition im Anhang zur KOM Empfehlung 2003/361/EG.

³⁵ Vgl. KOM-Leitfaden über die Anwendung der KMU-Definition (Fn. 31), S. 50.

Verwaltungsakt nach § 48 VwVfG mit Wirkung für die Zukunft und die Vergangenheit drohen, auch nachdem dieser unanfechtbar geworden ist. Insbesondere kann sich das Unternehmen hier nicht auf Vertrauensschutz berufen, wenn es arglistig getäuscht oder unrichtige Angaben gemacht hat. Dies stellt bei einem 20-jährigen Vergütungstatbestand bereits an sich ein erhebliches Risiko dar. Zusätzlich könnten der ausschreibenden Stelle bestimmte Kontrollrechte, etwa in Form von Stichproben, eingeräumt werden.

2. Spielräume des Verordnungsgebers ernst nehmen

Wenn man ausgehend von den europarechtlichen Grenzen und Unsicherheiten einen herkunftsneutralen Ansatz für eher kleinere Bieter wählt, etwa durch ein Abstellen auf KMU, so bleibt dennoch die Frage bestehen, welche konkreten Rechtsfolgen sich an diesen Kreis von Akteuren richten sollen. Denn eine abstrakte Definition von Bietern allein kann noch keine materiellen Entscheidungen prägen. Jedenfalls für die schon heute vorliegenden gesetzlichen Vorgaben des „PV-Piloten“ liegen insoweit aber schon bestimmte Lösungsmöglichkeiten nahe – die von ihrem Ansatz her auch in einem Ausschreibungsdesign ab 2017 eine Rolle spielen könnten.

Diese beiden Möglichkeiten – nämlich die Reservierung von Teilmengen für kleinere Anlagen und/oder Aufwendungsersatz für frustrierte Vorplanungskosten – sind zwar in der Verordnungsermächtigung angelegt. Aber bedeutet dies auch, dass der Verordnungsgeber davon Gebrauch machen muss? Eigentlich dürfte diese Frage zu verneinen sein, denn eine Verordnungsermächtigung zeichnet nur den Rahmen, der – nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG verfassungsrechtlich zwingend – einzuhalten ist, der aber nicht notwendigerweise vollständig ausgeschöpft werden muss.

Für die Verordnungsermächtigung zum „PV-Piloten“ könnte dies aber anders sein, da der Gesetzgeber im Rahmen der von ihm aufgestellten „Grundsätze des Gesetzes“ in § 2 Abs. 5 S. 3 EEG 2014 den Erhalt der Akteursvielfalt ausdrücklich verankert hat. Zwar kann dieser Programmsatz in seiner normativen Bindung sicherlich nicht den Gesetzgeber selbst binden. Doch ist zumindest davon auszugehen, dass er bei Entscheidungen des untergesetzlichen Verordnungsgebers zu beachten ist. Jedenfalls kann man schwerlich argumentieren, dass der Erhalt der Akteursvielfalt als ein Grundsatz des Gesetzes unverbindlich wäre und die Rechtssetzungsentscheidungen des Verordnungsgebers nicht wenigstens vorprägen würde. Demnach spricht viel dafür, dass der Verordnungsgeber angehalten ist, diejenigen vom Gesetzgeber mit Blick auf die Erhaltung der Akteursvielfalt eingeführten und als Option schon vorgezeichneten Möglichkeiten der Verordnungsermächtigung des § 88 Abs. 1 EEG 2014 auch tatsächlich zu nutzen³⁶. Allerdings verbleibt dem Verordnungsgeber die Freiheit, einzelne oder mehrere der genannten Elemente nicht zu nutzen oder stattdessen auf Alternativen

³⁶ Vgl. Hartmut Maurer, Allgem. VerwR, 14. Auflage 2002, § 13, Rn. 15: „Eine Pflicht [zum Erlass einer Rechtsverordnung] besteht nur, wenn sie [...] sich aus dem Gesamtzusammenhang ergibt. Entsprechendes gilt für die inhaltliche Regelung, die allerdings schon durch die Ermächtigung weitgehend determiniert ist [...].“

auszuweichen, soweit und solange er auch auf diesem Weg dem Gesetzesgrundsatz des Erhalts der Akteursvielfalt gerecht wird.

a) Teillose

So sieht die Verordnungsermächtigung in § 88 Abs. 1 Nr. 1 b) EEG 2014 etwa vor, dass der Ordnungsgeber Regelungen „zur Aufteilung der jährlichen Ausschreibungsmenge in Teilmengen und zu der Bestimmung von Mindest- und Maximalgrößen von Teillosen“ treffen kann. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu:

„Hier könnte z.B. zur Erhaltung der Akteursvielfalt ein Teilsegment des Marktes, z.B. Bürgersolarparks, separat als Teillos ausgeschrieben werden und die Ausschreibungsmenge für dieses Teillos bestimmt werden.“³⁷

In der Tat dürfte es für kleinere Projekte unterhalb einer gewissen Größe schwierig sein, auf der Kostenseite erfolgreich gegen die Skaleneffekte größerer Projekte anzukommen. Sollte die Preisbildung – wie in den Eckpunkten des BMWi zum „PV-Piloten“ vorgesehen – nur innerhalb eines einheitlichen Größensegments von bis zu maximal 25 MW installierter Leistung stattfinden³⁸, hätten Anlagen mit einer deutlich kleineren Dimensionierung im unteren einstelligen MW-Bereich sicherlich kaum eine Chance, zum Zuge zu kommen.

Daher empfiehlt es sich, für dieses Segment kleinerer Anlagen Teilmengen zu reservieren und separat auszuschreiben. Die genauere Abgrenzung, ab welcher Anlagengröße Unterschiede in den Skaleneffekten nicht mehr die tragende Rolle spielen, ist energiewirtschaftlich zu ermitteln, sodass dazu hier keine Aussage getroffen werden kann. Bei der Frage, wie umfangreich diese reservierte Teilmenge in Bezug auf die jährlich insgesamt ausgeschriebene Menge sein sollte, ist sicherlich zu beachten, dass der Gesetzgeber in § 2 Abs. 5 S. 3 EEG 2014 davon spricht, dass die Akteursvielfalt „erhalten bleiben“ soll. Die Dimensionierung der für kleinere Anlagen reservierten Teilmenge müsste also konsequenterweise so erfolgen, dass das heute erreichte Niveau der Akteursvielfalt zumindest nicht absinkt. Dies dürfte zwar nicht erfordern, empirisch einen genauen Maßstab zu ermitteln und diesen ständig abzugleichen, aber in der Orientierung sollte die bei Inkrafttreten des EEG 2014 vorgefundene Akteursvielfalt jedenfalls als Richtschnur dienen.

b) Aufwendungsersatz für nicht bezuschlagte Gebote

Auch findet sich in § 88 Abs. 1 Nr. 6 EEG 2014 die Möglichkeit eines „Aufwendungsersatz[es] für die Erstellung von nicht bezuschlagten Geboten“. Zwar wird hierzu in der Gesetzesbegründung keine konkrete Verknüpfung mit der Akteursvielfalt hergestellt, allerdings heißt es

³⁷ BT-Drs. 18/1304, S. 259.

³⁸ Ursprünglich war in der Gesetzesbegründung beispielhaft auf eine Größengrenze von 10 MW verwiesen, vgl. BT-Drs. 18/1304, S. 260: „Nummer 2 ermächtigt den Ordnungsgeber, festzulegen, dass im Interesse der Akteursvielfalt keine Förderberechtigungen für eine zu installierende Leistung von z.B. 10 MW ausgeschrieben werden dürfen.“

dort, dass ein Aufwendungsersatz für nicht bezuschlagte Angebote „die Wettbewerbsintensität bei der Vergabe erhöhen“ könne.³⁹ Dies kann so verstanden werden, dass durch die Minimierung von Kostenrisiken bei der Vorplanung von Projekten die Eintrittsschwelle, an einer Ausschreibungsrunde teilzunehmen, abgesenkt wird, um ein möglichst großes Bieterfeld zu erreichen. Es ist naheliegend, hier v. a. an diejenigen kleineren Bieter zu denken, die aufgrund ihrer Eigentümerstruktur über kein sonderlich hohes Risikokapital verfügen und wegen der möglichen Frustration ihrer Planungskosten an einer Ausschreibungsrunde erst gar nicht teilnehmen würden.

Unabhängig von einer erforderlichen Kostenabschätzung, die an dieser Stelle wegen der rein juristischen Expertise dieses Diskussionspapiers nicht erfolgen kann, sind unter anderem folgende Varianten für die Finanzierung eines solchen Aufwendungsersatzes denkbar:

Zum einen in Form einer „privatrechtlichen Variante“ ohne Involvierung staatlicher Mittel. Hier könnte an eine Finanzierung durch die Teilnehmer an den Ausschreibungen selbst, etwa aus den einbehaltenen Pönalen erfolgreicher Bieter, die ihr Projekt trotz Zuschlag nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig realisieren, vgl. dazu § 88 Abs. 1 Nr. 7 EEG 2014, gedacht werden. Auch ein Fonds, der durch Zahlungen aller erfolgreichen Bieter gespeist wird, wäre denkbar. Schließlich kann, zumindest theoretisch, eine Finanzierung frustrierter Kosten über die EEG-Umlage⁴⁰ angedacht werden. Zum anderen steht als Option eine „öffentlich-rechtliche“ Finanzierungsvariante zur Verfügung, etwa durch eine direkte oder mittelbare staatliche Finanzierung über den Haushalt oder ein staatliches Kreditprogramm, etwa der KfW, das dann freilich außerhalb des EEG angesiedelt wäre.

Für eine der „privatrechtlichen“ Varianten spräche aus beihilferechtlicher Sicht, dass eine Ausgestaltung ohne Einbeziehung „staatlicher Mittel“ möglich erscheint und somit keine Beihilfe vorläge, die bei der Kommission notifiziert werden müsste⁴¹. Die genaue Abgrenzung rein privatrechtlicher Zahlungspflichten – und zwar nur zwischen privaten Rechtssubjekten geleisteten, aber aufgrund staatlichen Einflusses diesem zuzurechnende Zahlungen – ist umstritten. So nimmt die Kommission in ihrem Beihilfeverfahren zum EEG 2012 an, dass mit der EEG-Umlage Mittel umgelegt würden, die zumindest unter staatlicher Kontrolle stehen⁴². Obwohl die Bundesregierung anderer Ansicht und auch ihre Nichtigkeitsklage⁴³ gegen den Eröffnungsbeschluss der Kommission weiterhin beim EuGH anhängig ist, hat sie vorsorglich

³⁹ BT-Drs. 18/1304, S. 261.

⁴⁰ Beispielsweise könnten die erfolgreichen Bieter zur Zahlung eines Aufschlags verpflichtet werden, den sie dann nach Zuschlag über die Marktprämie zurück erhalten könnten.

⁴¹ Vgl. Nora Grabmayr/Achim Stehle/Fabian Pause/Thorsten Müller, Das Beihilfeverfahren der EU-Kommission zum Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012, Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 2 vom Februar 2014, S. 15 ff.

⁴² Beschluss der Europäischen Kommission, KOM C (2013) v. 18.12.2013, 4424 final, ABl. v. 7.2.2014, Nr. C 37/73.

⁴³ Beim EuGH anhängig unter dem Aktenzeichen T-134/14.

bereits das EEG 2014 als „Nicht-Beihilfe“ notifiziert⁴⁴. Bei der Finanzierung über die einbehaltenen Pönalen stellt sich zudem die Frage, ob die Höhe der frustrierten Aufwendungen und die Höhe der Strafzahlungen und/oder der einbehaltenen bid-bonds annähernd deckungsgleich sind und wie mit der zeitlichen Verzögerung zwischen dem Anfall der frustrierten Kosten und dem Anfallen der Pönalen umgegangen werden soll. Gegen die Finanzierung mittels der EEG-Umlage könnte schließlich sprechen, dass ein solcher Kostenpunkt im EEG-Ausgleichsmechanismus systemfremd wäre, da er nicht der Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien dient, sondern dem Ersatz von Planungskosten für Anlagen, die gerade nicht realisiert werden. Auf der anderen Seite stünde jedoch, dass es nunmehr mit § 2 Abs. 5 EEG 2014 ein ausdrückliches Ziel des EEG ist, die bisher durch das EEG geschaffene Akteursvielfalt zu erhalten.

Die „öffentlichen-rechtlichen“ Finanzierungsvarianten würden aufgrund des unmittelbaren oder mittelbaren Einsatzes staatlicher Mittel jedenfalls beihilferelevant sein. Damit stellt sich die Frage nach der Notifizierungspflicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV sowie der Vereinbarkeit dieser Beihilfen mit dem Binnenmarkt nach Art. 107 AEUV. Dieselbe Frage stellt sich auch für die „privatrechtlichen“ Finanzierungsvarianten, wenn man der Ansicht folgt, dass die dabei involvierten Mittel zumindest einer staatlichen Kontrolle unterliegen.

(1) De-minimis-VO

Nach Art. 3 Abs. 1 und 2 der De-minimis-VO der Kommission⁴⁵ sind solche Beihilfemaßnahmen von der Notifizierungspflicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV ausgenommen, deren Gesamtbetrag der einem einzigen Unternehmen gewährten Beihilfen in einem Zeitraum von drei Steuerjahren 200.000 Euro nicht übersteigen. Sofern also diese Schwelle bei der Rückerstattung frustrierter Kosten nicht überschritten wird und die übrigen Anforderungen der De-minimis-VO, insbesondere die Transparenzanforderungen nach Art. 4 De-minimis-VO, eingehalten sind, entfielen bereits die Notifizierungspflicht.

(2) Beihilfen für KMU nach der AGVO

Die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO)⁴⁶ sieht in Art. 41 AGVO vor, dass unter bestimmten Voraussetzungen Investitionsbeihilfen zur Förderung erneuerbarer Energien sind im Sinne des Artikels 107 Absatz 3 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar und von

⁴⁴ Siehe die Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 23.07.2014 IP/14/867 „Staatliche Beihilfen: EU-Kommission genehmigt Gesetz über erneuerbare Energien“, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-867_de.htm.); der Beschluss wird unter der Nummer SA.38632 (2014/N) im Beihilferegister veröffentlicht werden.

⁴⁵ VO (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18.12.2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, Abl. II L 352/1 vom 24.12.2013.

⁴⁶ VO (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17.06.2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Abl. II vom 26.06.2014, L 187/1.

der Anmeldepflicht des Artikels 108 Absatz 3 AEUV freigestellt sind. Nach Art. 41 Abs. 6 AGVO können Investitionsbeihilfen aber nur für neue Anlagen gewährt werden. Da hier aber nur der Ersatz von frustrierten Kosten und nicht der Bau einer neuen Anlage der Zweck der Beihilfe ist, ist Art. 41 AGVO nicht einschlägig.

Allerdings enthält die AGVO auch einen Abschnitt über Beihilfen für KMU in Art. 17 ff AGVO. So sind nach Art. 18 AGVO Beihilfen für KMU für die Inanspruchnahme von Beratungsdiensten nach Art. 107 Abs. 3 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar und von der Notifizierungspflicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV freigestellt, wenn die allgemeinen Anforderungen der AGVO eingehalten sind und die Beihilfenintensität 50% der beihilfefähigen Kosten nicht überschreitet. Beihilfefähig sind dabei die Kosten für Beratungsleistungen externer Berater, wobei es sich bei den betreffenden Dienstleistungen nicht um solche handeln darf, die fortlaufend oder in regelmäßigen Abständen in Anspruch genommen werden oder die zu den gewöhnlichen Betriebskosten des Unternehmens gehören, wie laufende Steuerberatung, regelmäßige Rechtsberatung oder Werbung. Die Schwelle nach Art. 4 Nr. 1 d) AGVO, die nicht überschritten werden darf, beträgt 2 Mio. Euro pro Unternehmen und Vorhaben.

Damit ist es denkbar, kleinen und mittleren potentiellen Anlagenbetreibern im Vorfeld einer Ausschreibung Hilfen zur Finanzierung technischer oder ökonomischer Machbarkeitsstudien oder Rechtsberatung zur Einhaltung und Erlangung der materiellen Präqualifikationsanforderungen (Beschluss über Aufstellung eines Bebauungsplans, vorläufige Netzanschlusszusage, etc.) zu leisten. Zudem kann daran gedacht werden, dass diese Hilfen im Falle einer erfolglosen Teilnahme an der Ausschreibung nicht zurückgezahlt werden müssen. Da es sich nicht um regelmäßige Beratungsleistungen handeln darf, stellt dies insbesondere für kleine und lokale Initiativen, die einmalig oder unregelmäßig in größeren Abständen eine Anlage planen, eine Möglichkeit zur Abmilderung des finanziellen Teilnahmerisikos an Ausschreibungen dar.

Eine Kumulierung dieser Beihilfen mit De-minimis Beihilfen für dieselben beihilfefähigen Kosten ist nach Art. 8 Abs. 5 AGVO möglich, wenn durch die Kumulierung die Beihilfemaximalkumula beträge der AGVO, in diesem Fall also 2 Mio. Euro, nicht überschritten werden.

(3) EEAG

Sollten die hier skizzierten Hilfen für KMU hingegen die Schwellenwerte der de-minimis-VO und der AGVO überschreiten, würde sich die Frage nach der Anwendbarkeit der EEAG stellen. So scheinen die Leitlinien der Kommission zunächst keine Anwendung auf den Ersatz frustrierter Planungskosten für kleine Akteure zu finden, da es sich nicht um Beihilfen zur Förderung erneuerbarer Energien handelt, sondern um Beihilfen zum Erhalt der Akteursvielfalt innerhalb der Erzeuger von erneuerbaren Energien. Denn der Erhalt einer vielfältigen Akteursstruktur folgt zum einen allgemeinen wirtschaftspolitischen Erwägungen als Beitrag von kleineren und mittleren Unternehmen zur gesamtwirtschaftlichen Entwicklung. Zum anderen wird zwar davon ausgegangen, dass eine Prägung der Energiewende durch kleine

und lokale Akteure zu einer Erhöhung der Akzeptanz der erneuerbaren Energien und damit mittelbar zur Förderung und Beschleunigung des Baus von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien durch Reduzierung des lokalen Widerstands beiträgt. Sollte diese Argumentationskette empirisch belastbar und entsprechend begründet sein, könnte der Ersatz frustrierter Planungskosten, sollte er beispielsweise über die EEG-Umlage finanziert werden, unter Beachtung der Anforderungen des Abschnitts 3.3. als Bestandteil des Gesamtfördersystems des EEG als mit dem Binnenmarkt vereinbare Beihilfe angesehen werden.

D. Zusammenfassende Thesen

Es besteht – wie vom Gesetzgeber in § 2 Abs. 5 S. 3 EEG 2014 antizipiert – die Gefahr, dass sich im Rahmen der Umstellung auf Ausschreibungen im EEG die Akteursvielfalt bei der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien nicht erhalten lässt, wenn man ein Ausschreibungsdesign forciert, dass alle Akteure unabhängig von ihrem Profil und ihrer Größe eins zu eins den gleichen Regeln unterwirft.

Der Gesetzgeber verwendet den Begriff „Akteursvielfalt“ und den in diesem Zusammenhang v. a. in der gesellschaftlichen Diskussion geprägten Begriff der „Bürgerenergie“ nicht synonym, allerdings zieht er Bürgerenergieprojekte in der Gesetzesbegründung zur Illustrierung seines Verständnisses von Akteursvielfalt heran. Daneben ist zu beachten, dass Vielfalt mehr bedeutet als nur Vielzahl: Dem Wortlaut des Gesetzes folgend geht es nicht vordergründig um eine möglichst hohe Quantität an Bietern, sondern eher um eine pluralistisch zusammengesetzte Akteursstruktur.

Diese Pluralität der Akteursstruktur setzt dabei nicht ausschließlich kleine und lokale Projekte voraus, sondern gleichermaßen große lokale Akteure wie auch mittlere regional tätige und große überregionale Anbieter etc. Neben der Größe und dem Grad der räumlichen Ausrichtung können noch viele andere Merkmale wichtig werden, um Vielfalt zu messen, etwa eine besonders partizipationsfreundliche Rechtsform. Akteursvielfalt oszilliert somit zwischen mehreren Polen. Eine Verengung des Begriffs nur auf ein bestimmtes Akteursprofil könnte in der Tendenz zu einer Homogenität führen, die dem Begriff der Vielfalt gerade entgegensteht.

Eine abstrakte Definition dessen, was unter Akteursvielfalt zu verstehen ist, darf nicht isoliert erfolgen. Es bedarf vielmehr auf der Rechtsfolgenseite konkreter Lösungen, die der Vielfalt der besonderen Charakteristika von Akteuren Rechnung tragen und den Erhalt dieser Vielfalt materiell auch tatsächlich sicherstellen. Die für den Erhalt der Akteursvielfalt als förderlich geltend gewählten Definitionskriterien haben dabei wiederum auch Einfluss auf die rechtliche Beurteilung der Rechtsfolgen. Zudem müssen Maßnahmen zum Erhalt der Akteursvielfalt nicht zwingend die Gestalt von Sonderregelungen annehmen, sondern schon bei den allgemeinen und für alle geltenden Grundregeln des Ausschreibungsdesign mitgedacht wer-

den. Der Ordnungsgeber im Rahmen des PV-Piloten und der Gesetzgeber sind gehalten, die Wirkungen der Ausschreibung an sich und möglicher besonderer Regelungen zur Wahrung der Akteursvielfalt genau zu beobachten, zu evaluieren und ggf. nachzusteuern.

Unabhängig von der Frage, ob die Beihilfeleitlinien der Europäischen Kommission für den Umwelt- und Energiebereich auf den Fördermechanismus des EEG überhaupt anwendbar sind, behalten die Mitgliedstaaten im Rahmen von de-minimis Grenzen den Spielraum, weiterhin mit administrativ festgelegten Förderhöhen für Strom aus erneuerbaren Energien zu arbeiten, wenn sie dies denn politisch wollen. So liegt es im Sinne des Erhalts der Akteursvielfalt durchaus nahe, kleinere Projekte im Rahmen der europarechtlichen de-minimis-Grenzen in Übereinstimmung mit den Beihilfeleitlinien von der Umstellung auf Ausschreibungen auszunehmen. Denn § 2 Abs. 5 S. 3 EEG 2014 dürfte mit Blick auf die Formulierung „bei der Umstellung“ mitnichten so zu verstehen sein, dass die Akteursvielfalt etwa nur durch Maßnahmen innerhalb des neuen Ausschreibungsdesign zu erhalten ist. Bei der Gestaltung des nationalen Rechtsrahmens für den PV-Piloten hat der deutsche Gesetzgeber die einschlägige de-minimis-Grenze der Beihilfeleitlinien bisher freilich gar nicht ausgeschöpft.

Privilegierungen für lokale Akteure oder bestimmte Rechtsformen bedürfen im europäischen Rechtsrahmen eines Rechtfertigungsgrundes um nicht als unzulässige Diskriminierung zu gelten. Ein Modell, das allein die Akteursvielfalt an eine herkunfts- oder rechtsformbezogene Sonderregelung knüpft, stellt den Gesetz- oder Ordnungsgeber vor besondere Herausforderungen, soll es als europarechtskonform gelten. Am europarechtlichen Maßstab gemessen, dürfte es daher immer einfacher und v. a. rechtssicherer sein, Regelungen zu schaffen, die allein auf die Akteursgröße abzielen und in einem herkunftsneutralen Gewand daherkommen. So könnte es sich etwa empfehlen, an die im Europarecht bereits etablierte Definition für kleine und mittelständische Unternehmen (KMU) der Europäischen Kommission anzuknüpfen.

Der Erhalt der Akteursvielfalt wurde vom Gesetzgeber ausdrücklich in den „*Grundsätzen des Gesetzes*“ in § 2 Abs. 5 S. 3 EEG 2014 verankert und ist bei Entscheidungen des untergesetzlichen Ordnungsgebers zu beachten. Demnach spricht viel dafür, dass der Ordnungsgeber für den „PV-Piloten“ angehalten ist, diejenigen Möglichkeiten der Verordnungsermächtigung des § 88 Abs. 1 EEG 2014, die vom Gesetzgeber mit Blick auf die Erhaltung der Akteursvielfalt ausdrücklich eingeführt wurden, zu nutzen oder auf wirkungsgleiche Alternativen auszuweichen.

So könnten für KMU im Rahmen des „PV-Piloten“ zur Erhaltung der Akteursvielfalt mindestens zwei Sonderregelungen geschaffen werden: Erstens eine Reservierung von Teilmengen mit eigener Preisbildung für kleinere Anlagen ohne nennenswerte Skaleneffekte und zweitens ein privat- oder öffentlich-rechtlich gegenfinanzierter Aufwendersatz für frustrierte Vorplanungskosten.