

Schriften zum
Umweltenergierecht

40

Marie Johanna Raben

Möglichkeiten zur verstärkten Berücksichtigung
von Umweltschutzaspekten im
Ausschreibungssystem des EEG und WindSeeG



Nomos

Schriften zum Umweltenergierecht

herausgegeben von
Prof. Dr. Helmuth Schulze-Fielitz
Prof. Dr. Thorsten Müller
Prof. Dr. Sabine Schlacke

in Zusammenarbeit mit der
Stiftung Umweltenergierecht

Band 40

Marie Johanna Raben

Möglichkeiten zur verstärkten Berücksichtigung
von Umweltschutzaspekten im
Ausschreibungssystem des EEG und WindSeeG



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 2023

ISBN 978-3-7560-1245-9 (Print)

ISBN 978-3-7489-1786-1 (ePDF)

1. Auflage 2024

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2024. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern, meinem Mann und meinem Sohn

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist in den Jahren von 2017 bis 2022 entstanden und zwischen 2018 und 2021 durch die Albrecht Mendelssohn Bartholdy Graduate School of Law gefördert worden. Sie berücksichtigt den Gesetzgebungs- und Forschungsstand bis Januar 2022.

Das Energierecht ist eine schnelllebigere Rechtsmaterie. Technische Neuerungen und veränderte politische Mehrheiten, aber auch der Kriegsausbruch in der Ukraine kurz nach Fertigstellung dieser Arbeit, haben zwischenzeitlich zu einer ganzen Reihe von Änderungen geführt. Insbesondere ist das EEG novelliert worden, sodass inzwischen bereits das EEG 2023¹ vorliegt. Dieses zielt insgesamt darauf ab, den Ausbau der Stromgewinnung aus erneuerbaren Energien noch schneller voranzutreiben und nennt dafür nicht allein mehr nur wie bisher den Klimaschutz als Grund, sondern stellt den Ausbau der Erneuerbaren außerdem ausdrücklich in den Dienst der öffentlichen Sicherheit. In der Folge wurde der Ausbaupfad erheblich angehoben auf das Ziel einer Abdeckung von nunmehr 80 % des gesamten bundesdeutschen Strombedarfs durch Erneuerbare bis zum Jahr 2030. Zudem wurde ein (wenn auch zeitlich begrenzter) Vorrang für den Ausbau der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen eingeführt, der zu einer stärkeren Durchsetzungsfähigkeit von Energiegewinnungsprojekten im Rahmen von Schutzgüterabwägungen führt.² Weitere Anreize bestehen in der Erhöhung der Vergütung für Strom aus PV-Anlagen auf Dächern und Strom aus Windenergieanlagen an windschwachen Standorten. Um den Ausbau von Windenergie an Land voranzutreiben, sieht zudem das neu erlassene Windenergieflächenbedarfsgesetz erstmals verbindliche Flächen-

1 Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066), das zuletzt durch Artikel 13 des Gesetzes vom 22. Dezember 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 405) geändert worden ist (EEG 2023).

2 § 2 EEG 2023: „Die Errichtung und der Betrieb von Anlagen sowie den dazugehörigen Nebenanlagen liegen im überragenden öffentlichen Interesse und dienen der öffentlichen Sicherheit. Bis die Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausgasneutral ist, sollen die erneuerbaren Energien als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden. [...]“

ziele für die einzelnen Bundesländer vor.³ Wie zum Zeitpunkt der Fertigstellung dieser Arbeit bereits absehbar war, ist zudem die EEG-Umlage weggefallen, sodass sich der jeweilige Ausblick an den maßgeblichen Stellen als zutreffend erweist. Insbesondere unterfällt die Förderung des Ausbaus von Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen nun dem europäischen Beihilfenrecht. Die Europäische Kommission hat die Beihilfen des EEG 2023 nach Maßgabe der neuen „Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022“ (KUEBILL) genehmigt.

An den Grundvoraussetzungen für diese Arbeit hat sich durch die Neuerungen nichts verändert. Nach wie vor erhalten bestimmte Energieformen eine Förderung, deren Höhe durch Ausschreibungen festgelegt werden. Indes ist allerdings abzusehen, dass sich bestimmte Konflikte zwischen dem Umweltschutz und dem Ausbau der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen insbesondere durch die Vorrangklausel und den erhöhten Ausbaupfad noch verschärfen werden. Die Frage der Berücksichtigung von Umweltschutzaspekten im Ausschreibungsverfahren stellt sich daher eher stärker als zuvor. Auch wenn das EEG 2023 bereits ein Ende der Förderung und damit auch der Ausschreibungen festlegt, nämlich den endgültigen Kohleausstieg, bleibt die Förderebene weiterhin ein ergänzendes Mittel zum Ausgleich dieser Konflikte. Denn bei aller Anstrengung werden bis zum endgültigen Kohleausstieg wohl noch einige Jahre verstreichen, wenn nicht zwischenzeitlich eine andere Technologie zur Grundlastbereitstellung (wieder)eingeführt wird.

Abschließend möchte ich an dieser Stelle verschiedenen Personen meinen Dank für ihre Unterstützung ausdrücken. Diese Arbeit ist maßgeblich während einer Zeit entstanden, in der nichts mehr selbstverständlich war. Nicht der Gang ins Büro, nicht die Öffnungszeiten der Bibliothek und erst recht nicht der persönliche Austausch unter Forschenden.

Umso mehr gebührt meinem Erstbetreuer, Herrn Prof. Dr. Broemel, allergrößter Dank. Nicht nur hat er mich darin bestärkt, ein Dissertationsprojekt zu beginnen, mich während der ersten Zeit engmaschig betreut, mich bei der Stipendienbewerbung unterstützt und mir ermöglicht, für ihn als wissenschaftliche Mitarbeiterin zu arbeiten. Vor allem hat er mich mit wenigen, prägnanten Worten davon überzeugt, die Arbeit zu Ende zu führen, als mir dies mit Kleinkind und ohne Schlaf im häuslichen Lockdown schier unmöglich erschien.

3 Windenergieflächenbedarfsgesetz vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1353), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 26. Juli 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 202) geändert worden ist.

Auch meinem Zweitbetreuer, Herrn Prof. Dr. Appel, danke ich für seine Unterstützung im Rahmen der Stipendienbewerbung und für die vielen Anregungen, die ich vor allem während der Doktorandenkolloquien von ihm erhalten habe.

Dem dritten Mitglied der Prüfungskommission, Herrn Prof. Dr. Hatje, möchte ich schließlich für die versierte und routinierte Leitung der Disputation danken.

Dank gebührt zudem dem Direktorium der Albrecht Mendelssohn Bartholdy Graduate School of Law für die Aufnahme in das Stipendienprogramm und die damit verbundene finanzielle und ideelle Förderung. Insbesondere Herrn Prof. Dr. Trute und Herrn Prof. Dr. Kotzur danke ich in diesem Zusammenhang für ihr positives Aufnahmevotum.

Auch der Stiftung Umweltenergierecht, namentlich Herrn Prof. Dr. Thorsten Müller und Frau Dr. Daniela Fietze, möchte ich für die vielen Möglichkeiten des Austauschs im Rahmen des Förderprogramms der Stiftung danken. Für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Schriften zum Umweltenergierecht“ bedanke ich bei den Herausgebern.

Für so manchen inspirierenden Austausch möchte ich außerdem meinen Kolleginnen und Kollegen an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg danken, insbesondere Frau Dr. Sandra Plicht, Frau Dr. Simone Kuhlmann, Frau Dr. Julia Harten und Frau Kelly Dhru sowie Frau Dr. Katrin Kohoutek und Frau Dr. Stefanie Ramsauer und den vielen engagierten Mitgliedern des DokNetz und der Albrecht Mendelssohn Bartholdy Graduate School of Law. Dank gebührt außerdem Frau Heike Jansen, die während meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin mit sehr viel Herz und Verstand das Sekretariat leitete und mir in vielen Situationen eine große Hilfe war.

Schließlich danke ich meiner Familie. Meinem Onkel, der mir in so mancher energierechtlicher Frage die Perspektive des Soziologen und des praktisch denkenden Unternehmer aufzeigen konnte. Vor allem aber meinen Eltern und meinem Mann, die mich unermüdlich an jedem einzelnen Tag unterstützt haben und ohne die diese Arbeit nicht möglich gewesen wäre. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg im Januar 2024

Marie Johanna Raben

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	21
Einleitung	23
I. Methodik und Gang der Untersuchung	25
II. Ausblick	26
III. Grundlagen: Ausschreibungen nach dem EEG und WindSeeG	28
1. Charakteristische Grundzüge von Ausschreibungen	28
2. Ausschreibungen nach dem EEG	29
a. Anwendbarkeit des Ausschreibungsmodells	29
b. Zuständigkeit und Verfahren	30
c. Technologieneutrale Ausschreibungsverfahren	32
aa. Gemeinsame Ausschreibungen	32
bb. Innovationsausschreibungen	33
3. Ausschreibungen nach dem WindSeeG	34
a. Besonderheiten der Windstromerzeugung auf See	34
b. Die Flächenvoruntersuchung als Voraussetzung für Ausschreibungen	36
c. Ausschreibungsbesonderheiten	37
1. Kapitel - Umweltschutzproblematiken der erneuerbaren Energien	39
I. Umweltschutzprobleme der Stromerzeugung aus Wind, Sonne und Biomasse	40
1. Problematiken beim Anlagenbau	40
2. Problematiken beim Betrieb der Anlagen	42
a. Windenergie	42
b. Solarenergie	43
c. Biomasse	44
aa. Anlagenbezogene Problematiken	44
bb. Rohstoffproblematiken	44

II. Technische Lösungsansätze	47
1. Lösungsansätze für Probleme im Zusammenhang mit der Herstellung der Anlagen	47
2. Lösungsansätze für Probleme beim Aufbau von Anlagen	48
a. Effiziente Bauplanung	48
b. Flächengestaltung	49
3. Lösungsansätze für Probleme beim Betrieb von Anlagen	50
a. Windenergieanlagen	50
b. Solaranlagen	51
c. Biomasse	51
4. Lösungsansätze für Probleme nach Betriebsende	54
2. Kapitel - Lücken in der bestehenden rechtlichen Regulierung von Umweltproblematiken im Zusammenhang mit Stromgewinnung aus erneuerbaren Energiequellen	57
I. Erfassung von Umweltschutzproblematiken durch Berücksichtigungsmöglichkeiten im Ausschreibungssystem des EEG und WindSeeG sowie im flankierenden Fachrecht	58
1. Berücksichtigung von Umweltproblematiken durch spezifische Vorgaben auf Förderebene	58
a. Standortvorgaben für Solaranlagen	59
b. Einschränkungen zur Verwendung bestimmter Biomassearten	60
c. WindSeeG als Sonderform der Integration von Umweltschutzaspekten in Planungsprozess und Ausschreibungen	61
2. Berücksichtigung von Umweltproblematiken auf Förderebene über die Einbindung des Umweltfachrechts	63
3. Berücksichtigung von Umweltproblematiken der Stromgewinnung aus erneuerbaren Energiequellen im flankierenden Fachrecht jenseits des EEG	64
4. Keine Übertragung der Anforderungen des Fachrechts auf die Förderebene	65
5. Weiterreichende Berücksichtigungsmöglichkeiten im Rahmen einer weiten Auslegung des EEG	68
a. Teleologische Auslegung der Berücksichtigungsmöglichkeiten im Lichte des Gesetzeszwecks "Umweltschutz"	68

b. Heranziehung der Berücksichtigungsmöglichkeiten des Vergaberechts im Wege der systematischen Auslegung	70
aa. Sperrung im Spezialitätsverhältnis	70
bb. Vergaberechtsqualität der Ausschreibungen nach dem EEG	71
(1) Der Zubau von Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen als öffentlicher Auftrag nach § 103 GWB	71
(a) Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren zum Gegenstand haben	72
(b) Beschaffung von Leistungen, die die Ausführung von Bauleistungen zum Gegenstand haben	72
(c) Beschaffung von Leistungen, die die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben	76
(2) Der Zubau von Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen als Konzession nach § 105 GWB	79
(3) Zusammenfassung	80
cc. Gesetzesvorbehalt verbietet analoge Anwendung des Vergaberechts	80
dd. Zwischenergebnis	81
II. Mangelhaft erfasste Problematiken	81
1. Anlagenherstellung und Anlagenrecycling	81
2. Biomasseanbau	84
3. Innovationsanreize	86
III. Ergebnis	88
3. Kapitel - Über die bestehenden Regelungen hinausgehende Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltproblematiken im Ausschreibungssystem des EEG und WindSeeG	89
I. Das Vergaberecht als Referenzgebiet	89

II. Das Vergaberecht als Quelle von Regelungsmodellen für bestimmte Interessenkonflikte im Rahmen von Beschaffung und Verteilung	91
1. Die Funktion von Ausschreibungen im Zusammenhang mit Zielen und Zwecken des Vergaberechts einerseits und des EEG-Förderrechts andererseits	92
a. Ausgestaltung des vergaberechtlichen Ausschreibungssystems	93
aa. Regelungsebenen des Überschwellen-Vergaberechts	94
bb. Grundstruktur des Vergabeverfahrens	95
(1) Auswahl des Beschaffungsgegenstands	95
(2) Leistungsbeschreibung	96
(3) Eignungsprüfung	96
(4) Zuschlagsverfahren	98
b. Analyse von Zielen und Zwecken	99
aa. Basiszweck: Erfüllung staatlicher Aufgaben	99
bb. Chancengerechte Verteilung durch Herstellung und Gewährleistung wettbewerblicher Verhältnisse	101
cc. Schonung der finanziellen Ressourcen	103
dd. Europäische Integration	105
2. Zwischenergebnis	106
III. Das Vergaberecht als neuer Ansatz zur Integration von Umweltaspekten in Marktprozesse	106
1. Entwicklung	107
2. Umweltschutz im Vergaberecht	108
a. Generalklausel	108
b. Lebenszyklusanalyse	109
c. Bieterauswahl	111
d. Nachweisinstrumente	113
e. Innovationsförderung	116
3. Umweltschutz im Vergaberecht – Interessenkonstellationen und Funktion von Ausschreibungen	116
a. Internalisierung von Umweltaspekten in Marktprozesse durch Anpassung der Nachfragekriterien	118
aa. Natürliche Ressourcen als Allmendegüter	119
bb. Ausnutzung von Marktmacht zur Regulierung durch gezielte Nachfrage oder Schaffung von Wettbewerbsvorteilen	120

b.	Auflösung von spieltheoretischen Dilemmata	121
c.	Eindämmen von Informationsasymmetrien in puncto Umweltschutzmaßnahmen	122
d.	Zwischenergebnis	123
4.	Gleichlauf von Interessenkonstellationen im Bereich der Förderung von Stromproduktion aus erneuerbaren Energiequellen	124
a.	Grundvoraussetzungen	124
aa.	Grundsätzliche Interessen der Marktteilnehmer und ihre Beziehung zum Umweltschutz	124
bb.	Marktmacht des Staates	125
b.	Gefahr von Marktversagen und Möglichkeiten des Gegensteuerns durch Anpassung der Nachfrage	126
aa.	Anfälligkeit des Marktes für negative externe Effekte	126
bb.	Informationsasymmetrien	127
cc.	Zwischenergebnis	128
5.	Übernahmefähige Elemente	128
4.	Kapitel - Rechtsrahmen für eine erweiterte Regelung des Ausschreibungssystems nach EEG und WindSeeG	131
I.	Staatsaufgabe Umweltschutz: Ausreichendes Schutzniveau	131
1.	Umweltschutz als Staatsaufgabe?	132
a.	Allgemeine Staatstheorien	132
b.	Verfassungsrecht	134
aa.	Staatsziel Umweltschutz	135
bb.	Umweltbezug der Grundrechte	137
(1)	Umweltbezug der Abwehrgrundrechte	138
(2)	Umweltbezug der Schutzgrundrechte	139
c.	Europarecht	142
aa.	Querschnittsklausel	143
bb.	Pflichten nach Art. 191 AEUV	144
d.	Völkerrecht	145
aa.	Völkerrechtliche Verträge	146
bb.	Völkergewohnheitsrecht	148
cc.	Weiteres Völkerrecht	148
2.	Umweltrechtliche Grundsätze	149
a.	Vorsorgeprinzip	149
b.	Verursacherprinzip	150

c. Generationengerechtigkeit	151
d. Internationale Verantwortung	153
3. Zusammenfassung	154
4. Konkretisierung des Maßstabs für die Förderung von Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen	154
a. EEG und WindSeeG als Beitrag zum Klimaschutz	155
b. Das Verhältnis von Klimaschutz zu weiteren Umweltschutzanforderungen	157
aa. Ermittlung der verschiedenen Umweltschutzinteressen	157
bb. Interesse am Ausbau der Stromversorgung aus regenerativen Ressourcen zum Zweck des Klimaschutzes	158
cc. Interesse am Schutz weiterer natürlicher Schutzgüter im Rahmen des Ausbaus der erneuerbaren Energien	159
(1) Vorsorgegrundsatz	161
(2) Generationengerechtigkeit	162
(3) Verursacherprinzip	163
(a) Erhöhte Verantwortung des Staates durch eigenen Verursacherbeitrag	163
(b) Differenzierte Anreizsetzung gegenüber Stromproduzenten	164
(c) Verursachergerechte Kostenverteilung	167
(4) Internationale Interessen	168
dd. Interessenausgleich	169
5. Zwischenergebnis	171
II. Grenzen einer verstärkten Berücksichtigung von Umweltschutzaspekten auf Förderebene	172
1. Rechtsetzungskompetenzen	173
a. Kompetenzabgrenzung zu Naturschutzrecht	173
b. Kompetenzabgrenzung zum Recht der Agrarsubventionen	174
2. Materielle Anforderungen auf nationaler Ebene	174
a. Bedeutung des Gesetzesvorbehalts für das erforderliche Maß an Konkretisierung im Rahmen einer Neuregelung	175
aa. Regelungsbedürftigkeit in einem formellen Gesetz	175
bb. Notwendige Konkretisierung	178
(1) Verordnungen	179

(2) Ermessensspielraum	179
(3) Unbestimmter Rechtsbegriff	181
b. Daseinsvorsorge	183
aa. Sicherheit der Stromversorgung	184
bb. Auswirkungen auf andere Bereiche der Daseinsvorsorge	186
c. Grundrechte der Stromproduzenten	186
aa. Stabilitätsanforderungen an Förderbedingungen	188
(1) Anforderungen des allgemeinen Vertrauensschutzes an die Beständigkeit von Fördermodellen	189
(2) Anforderungen des Art. 14 Abs. 1 GG	191
(a) Mögliche Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG durch eine Änderung des Fördermodells	192
(aa) Eigentumsposition als notwendiger Anknüpfungspunkt	192
(bb) Eingriffsqualität einer Förderregelungsänderung	194
(i) Förderung nach EEG ist keine zwingende Voraussetzung für Stromproduktion	194
(ii) Zuschlag als Teil des Eigentumsrechts	195
(iii) Besonderer Vertrauensschutz für Übergangsregelungen	197
(b) Besonderheiten auf Rechtfertigungsebene	197
(3) Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 GG	199
(a) Sonderfall WindSeeG	199
(b) Mögliche Eingriffe in den Schutzbereich	200
(c) Mögliche Rechtfertigung von Eingriffen	201
bb. Art. 3 Abs. 1 GG: Gleichbehandlung der Stromproduzenten untereinander	202
(1) Die Konkretisierung des Willkürverbots im Vergaberecht als Vorbild für das Ausschreibungsförderrecht in EEG und WindSeeG	203

(2) Risiken und Chancen qualitativ geprägter Ausschreibungskriterien vor dem Hintergrund des Transparenzgebots	205
d. Grundrechte der EEG-Umlage-Zahler: Keine zu hohe Preisbelastung	208
aa. Art. 14 Abs. 1 GG	208
bb. Art. 12 Abs. 1 GG	211
cc. Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip	212
dd. Art. 2 Abs. 1 GG	213
ee. Ausblick auf relevante Änderungen durch einen Wegfall der EEG-Umlage	214
3. Materielle Anforderungen des Europarechts	215
a. Europäisches Energierecht	215
aa. Erneuerbare-Energien-Richtlinie	216
(1) Anforderungen an nationale Fördermodelle	216
(2) Öffnung der Fördermodelle	219
(3) Vertrauensschutz	219
bb. Governance-Verordnung	219
b. Europäisches Beihilfenrecht	220
aa. Anwendbarkeit des Beihilfenrechts	220
bb. Beihilfenrechtliche Anforderungen	221
(1) Formelle Voraussetzungen	221
(2) Materielle Voraussetzungen	222
c. Allgemeiner europäischer Gleichheitsgrundsatz und Diskriminierungsverbot	224
d. Zusammenfassung	224
III. Zusammenfassendes Ergebnis	225
5. Kapitel - Konkrete Regelungsvorschläge auf Basis der vergaberechtlichen Instrumente	227
I. Ansatz der Lebenszyklusanalyse	227
1. Möglicher Beitrag zum Umweltschutz	228
2. Rechtliche Herausforderungen	229

II. Berücksichtigung von Umweltschutzbelangen im konkreten Ausschreibungsverfahren	231
1. Eigene Ausschreibungen für besonders umweltfreundliche Produktionsweisen	232
a. Erweiterung der Innovationsausschreibungen	233
b. Ausschreibungen nach erfolgter Standortvorauswahl	234
2. Umweltschutz als Zuschlagskriterium	237
a. Ausreichende Konkretisierung der Kriterien und ihres Ranges	238
b. Standorteignung als Zuschlagskriterium	239
c. Anreizwirkung von umweltbezogenen Zuschlagskriterien als milderes Mittel im Vergleich zu zwingenden Vorgaben im Umweltfachrecht	241
3. Umweltschutz als Kriterium in der Bieterauswahl	241
III. Einführung geeigneter Nachweisinstrumente	245
1. Anforderungen von Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz	245
2. Rechtsstaatliches Bestimmtheitsgebot	246
IV. Erweiterung des Umweltschutzgedankens in der Generalklausel	248
Fazit	251
Literaturverzeichnis	255
Anhang	267
I. Zusammenfassung	267
II. Summary	270

Abkürzungsverzeichnis

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz
AWZ	Ausschließliche Wirtschaftszone
BauGB	Baugesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz
BNetzA	Bundesnetzagentur
BSH	Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
EEG	Erneuerbare-Energien-Gesetz
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FFH	Fauna-Flora-Habitat
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
i.V.m.	in Verbindung mit
KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch
KG	Kammergericht
KrwG	Kreislaufwirtschaftsgesetz
KUEBLL	Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz und Energiebeihilfen
LG	Landgericht
OLG	Oberlandesgericht
PflSchG	Pflanzenschutzgesetz
S.o.	Siehe oben
SRU	Sachverständigenrat für Umweltfragen

Abkürzungsverzeichnis

S.u.	Siehe unten
TA Lärm	Technische Anleitung Lärm
UmwRG	Umweltrechtsbehelfsgesetz
UVP	Umweltverträglichkeitsprüfung
UVPG	Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
Vgl.	Vergleiche
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
WindSeeG	Windenergie-auf-See-Gesetz
z.T.	zum Teil

Einleitung

Der Klimawandel gehört zu den bedeutendsten Themen unserer Zeit. Mit ihm untrennbar verbunden sind die Energiewende und der Ausbau der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen. Sowohl das Ergebnis der Bundestagswahl 2021 als auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Klimaschutzgesetz machen deutlich, dass ein massiver Anlagenzubau in diesem Bereich auf dem Weg in die Klimaneutralität unausweichlich ist. Denn nur auf diesem Wege können die notwendigen Klimaziele erreicht werden. Dieser Ausbau steht jedoch vor großen Herausforderungen, zu denen neben dem Netzausbau und mangelnder Akzeptanz ganz vorn an auch die Umweltverträglichkeit des Ausbaus gehört. So sehr diese Art der Energieerzeugung auf der einen Seite dazu beiträgt, den Ausstoß von Treibhausgasen zu verringern, so sehr verursachen Bau, Betrieb und Entsorgung der Anlagen auf der anderen Seite neue Umweltprobleme. Gleichzeitig befinden sich die natürlichen Ressourcen in vielerlei Hinsicht durch starke Vorbelastungen in einem überaus schlechten Zustand. Es wird darum in Zukunft noch mehr darauf ankommen, den Ausbau der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien so umweltverträglich wie möglich zu gestalten. Die vorliegende Arbeit will dazu einen Beitrag auf rechtlicher Ebene leisten.

Bisher war die Umweltverträglichkeit beim Zubau von Anlagen zur Stromerzeugung vor allem ein Thema des Umweltfachrechts und nur zu sehr kleinen Teilen des Förderrechts. Die Entwicklung der letzten Jahre zeigt jedoch, dass Umweltschutzaspekte immer mehr auch für Entscheidungen im Zusammenhang mit öffentlichen Ausgaben von Gewicht sind. Als zentrale Weichenstellung hierfür kann die Novelle des Vergaberechts im Jahr 2016 angesehen werden, die nach langer Diskussion in Wissenschaft und Praxis ausdrücklich die Zulässigkeit der Berücksichtigung von Umweltaspekten im Vergabeverfahren zuließ. Einen weiteren Meilenstein stellte die Entscheidung für einen „Green New Deal“ auf europäischer Ebene dar, der auf die Umgestaltung der wirtschaftlichen Strukturen der Union hin zu einer besseren Vereinbarkeit von Ökonomie und Ökologie

ausgelegt ist.⁴ Mit der Entscheidung, die Mittel aus dem Corona-Wiederaufbaufonds „NextGenerationEU“ im Rahmen eben dieses „Green New Deals“ zu verwenden, wurde diese Entscheidung noch verstärkt.⁵ Und auch die Diskussionen um erhöhte Umweltaforderungen für die Gewährung von Agrarsubventionen sowie um ein umweltbezogenes Konjunkturprogramm auf europäischer Ebene machen hier eine Änderung der Schwerpunktsetzung deutlich.⁶ Der Anlagenzubau im Bereich der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen ist trotz abnehmender Tendenz insgesamt noch immer von öffentlicher Förderung abhängig.⁷ Dabei wird seit dem Jahr 2017 die Förderhöhe für die produktionsstärksten Technologien der Stromerzeugung aus Wind, Sonne und Biomasse in Ausschreibungsverfahren bestimmt. Diese Umstellung auf eine grundsätzliche Bestimmung der Förderhöhe durch Ausschreibungen stellte einen Paradigmenwechsel der Förderpolitik dar. Zwar waren bereits im Jahr 2014 Ausschreibungsverfahren für Freiflächensolaranlagen eingeführt worden, im Grundsatz wurde die Förderhöhe jedoch bis dato staatlich festgelegt. Dieser Politikwechsel ging maßgeblich zurück auf das Drängen der Europäischen Kommission, die das bestehende Fördermodell für nicht vereinbar mit dem europäischen Beihilferecht hielt.⁸ Letztlich hielt diese Einschätzung der gerichtlichen Überprüfung zwar nicht stand, dennoch ist eine Abkehr vom Instrument der Ausschreibungen inzwischen nicht mehr vorstellbar.⁹ Nicht nur ist das

4 Europäische Kommission, Mitteilung COM(2019) 640 final vom 11.12.2019.

5 Europäische Kommission, Mitteilung COM(2020) 456 final vom 27.05.2020, S. 2; Europäische Kommission COM(2020) 442 final vom 27.05.2020, S. 3; kritisch insoweit *Ruffert NVwZ* 2020, 1777 (1777).

6 *Ott ZUR* 2020, 451 (455); *Köck ZUR* 2019, 67 (73–74); *Ekaradt/Wieding/Garske u.a. ZUR* 2018, 143 (152–153); *Bundesamt für Naturschutz*, Handlungserfordernisse zur Ausgestaltung des nationalen GAP-Strategieplans.

7 Einzig im Bereich der Windenergieanlagen auf See scheint sich hier eine andere Entwicklung abzuzeichnen. Hier werden regelmäßig 0-Cent-Gebote bezuschlagt: *Bundesnetzagentur*, Ergebnisse der Ausschreibungen für die voruntersuchten Flächen N-3.7, N-3.8 und O-1.3 Bekanntgabe der Zuschläge, https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Beschl.kammern/1_GZ/BK6-GZ/2021/BK6-21-006-007-008/bekanntgabe%20der%20zuschl%C3%A4ge.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (Stand: 24.11.2021). In diesem Fall dienen die Ausschreibungen nur noch der Flächenzuteilung.

8 Beschluss über die Beihilferegelung Deutschlands zur Förderung erneuerbaren Stroms und stromintensiver Unternehmen vom 25. November 2014, (EU) 2015/1585.

9 EuGH Urt. v. 28.3.2019 – C-405/16 P (EEG 2012); *Jana V. Nysten/Kahles EnWZ* 2019, 147.

Energierecht vor allem durch die Erneuerbare-Energien-Richtlinie¹⁰ inzwischen stark europarechtlich geprägt und enthält nunmehr nicht mehr allein im Beihilfenrecht das Erfordernis von Ausschreibungen. Darüber hinaus gewährleistet das Beibehalten des Ausschreibungssystems auch eine gewisse Stabilität für die Marktakteure.

In seiner europarechtlichen Prägung und infolgedessen stark wettbewerblichen Ausgestaltung weist das Ausschreibungssystem zur Ermittlung der Förderhöhe für Strom aus erneuerbaren Energiequellen mittels Ausschreibungen eine starke Parallele zum Vergaberecht auf. Es liegt daher die Fragestellung nahe, ob ein ähnlicher Ansatz wie der des novellierten Vergaberechts zur vermehrten Berücksichtigung von Umweltschutzaspekten nicht auch im Rahmen dieser Ausschreibungen, die sowohl das EEG¹¹ als auch das WindSeeG¹² vorsehen, möglich wäre. Dieser Frage widmet sich die vorliegende Arbeit.

I. Methodik und Gang der Untersuchung

Für einen einführenden Überblick werden dazu zunächst das Ausschreibungssystem des EEG und WindSeeG sowie die mit dem Ausbau einhergehenden Umweltproblematiken dargestellt. Dem schließt sich eine Klärung etwaiger Konkurrenzen einer verstärkten Berücksichtigung von Umweltaspekten auf Ebene der Ausbauförderung zum bestehenden Fachrecht an. Die vorliegende Arbeit zielt nicht darauf ab, zu erforschen, welche Regelungen des bestehenden Fachrechts auf Förderebene übernommen oder gar ersetzt werden können. Ihr Ansatz ist es vielmehr, die Frage aufzuwerfen, an welchen Stellen ergänzende Anforderungen durch die Preisregulierung vorgenommen werden können, die mit den bestehenden Anforderungen ein kohärentes System bilden. Es werden darum in einem ersten Schritt die Lücken der bisherigen Anforderungen aufgezeigt, um in einem weiteren Schritt zu untersuchen, inwiefern diese durch Regelungen auf Förderebene geschlossen werden könnten. Dabei dient das Vergaberecht für den zweiten

10 Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen.

11 Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066), das zuletzt durch Artikel 11 des Gesetzes vom 16. Juli 2021 (BGBl. I S. 3026) geändert worden ist.

12 Windenergie-auf-See-Gesetz vom 13. Oktober 2016 (BGBl. I S. 2258, 2310), das zuletzt durch Artikel 12a des Gesetzes vom 16. Juli 2021 (BGBl. I S. 3026) geändert worden ist.

Schritt als Referenzmaterie. Ziel ist es darum zunächst aufzuzeigen, dass die Ansätze, die das novellierte Vergaberecht enthält, sich grundsätzlich auch auf die Ausschreibungen zur Bestimmung der Förderhöhe für die Stromgewinnung aus Wind, Sonne und Biomasse übertragen lassen. Dazu werden das Vergaberecht und das Recht der Strompreisförderung durch Ausschreibungen auf einen strukturellen Gleichlauf in Bezug auf die ihnen zugrundeliegenden Ziele und Interessenkonstellationen untersucht. Darüber hinaus stellt die Arbeit im Überblick dar, welche Umweltschutzinstrumente das Vergaberecht nach seiner Novellierung enthält. In einem dritten Schritt geht es schließlich um die Herausarbeitung eines rechtlichen Rahmens für die Änderung der vom EEG und WindSeeG vorgesehenen Ausschreibungen. Dieser unterscheidet sich mitunter beträchtlich von dem Rahmen, der für das Vergaberecht gilt, weshalb eine Darstellung der rechtlichen Grenzen für die Änderung der Ausschreibungsparameter im Recht der Strompreisförderung für Strom aus Wind, Sonne und Biomasse notwendige Voraussetzung ist für die Beantwortung der Frage, welche Instrumente zur vermehrten Berücksichtigung von Umweltschutzaspekten des Vergaberechts gegebenenfalls übernommen werden könnten. Dabei gibt es zwei maßgebliche Entwicklungen, die hier berücksichtigt wurden. Auf der einen Seite ist dies der wiederkehrende grundlegende Umbau der deutschen Energieproduktion. Auf der anderen Seite steht das Erstarken des Themas Umweltschutz als Verfassungsgut, das seinen vorläufigen Höhepunkt im Urteil des BVerfG zum Klimaschutzgesetz gefunden hat, dessen Entwicklung damit aber sicher noch nicht am Ende steht. Die Arbeit schließt mit dem Vorschlag und der Einordnung konkreter Instrumente, die eine verstärkte Berücksichtigung von Umweltschutzaspekten in der Strompreisförderung ermöglichen würden.

II. Ausblick

Die finanzielle Förderung der Stromgewinnung aus erneuerbaren Energien ist ein Übergangsinstrument, mit dem Wettbewerbsnachteile dieser Technologien ausgeglichen werden sollen, die durch die Ausrichtung des gesamten Stromsektors an der zentralen Stromerzeugung entstanden sind. Insofern hat das behandelte Thema ein natürliches Verfallsdatum. Aktuelle Entwicklungen wie die Einführung einer CO₂-Bepreisung zeigen denn auch, dass die Angleichung der Wettbewerbsbedingungen auch auf ande-

rem Wege erfolgen kann. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass die zukünftige Wettbewerbspolitik im Bereich der Stromerzeugung sich auch weiterhin weg von der Förderung klimafreundlicher und hin zur Sanktionierung klimaschädlicher Technologien entwickeln wird. Dennoch lohnt sich die Auseinandersetzung mit der Frage nach einer verstärkten Berücksichtigung von Umweltschutzaspekten innerhalb des Fördersystems für Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen aus mehreren Gründen: Erstens ist davon auszugehen, dass das Fördersystem noch einige Jahre bestehen bleiben wird, und in diesem Rahmen noch bedeutende Summen in den Ausbau der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien fließen werden. Das im Jahr 2017 eingeführte Ausschreibungssystem wird damit ein bedeutendes Steuerungsinstrument für den Anlagenzubau bleiben. Es nicht für eine verstärkte Harmonisierung der verschiedenen Umweltschutzanforderungen zu nutzen, wäre insoweit eine vertane Chance. Darüber hinaus wird aber auch die allgemeine Frage, inwieweit Umweltschutz und sonstige Nachhaltigkeitsaspekte bei der Ausgabe öffentlicher Gelder eine Rolle spielen sollten, in Zukunft an Relevanz gewinnen. Insoweit wird der Ansatz, das Vergaberecht als Referenzgebiet für andere Bereiche von öffentlichen Investitionen heranzuziehen, an Aktualität nicht verlieren. Als erster Schritt in diese Richtung auf dem Gebiet der Nutzung erneuerbarer Energien ist die Verordnung zur Vergabe von sonstigen Energiegewinnungsbereichen in der ausschließlichen Wirtschaftszone (SoEnergieV)¹³ zu werten. Erstmals werden nach dieser Verordnung Flächen in der AWZ nicht mehr nur nach quantitativen Kriterien vergeben, sondern auch nach qualitativen, zu denen unter anderem die Energieeffizienz der einzelnen Umwandlungsprozesse sowie die Auswirkungen auf die Meeresumwelt gehören. Da der Erfolg im Flächenvergabeverfahren Voraussetzung für die Bieter ist, um sich in einem weiteren Schritt auf eine Förderung bewerben zu können, werden hier jedenfalls mittelbar auch Umweltschutzanforderungen mit einer öffentlichen Förderung verbunden. Auf dieser Grundlage lässt sich vermuten, dass der Gesetzgeber unter Umständen auch in Zukunft die Verknüpfung zwischen öffentlicher Förderung und Umweltschutzkriterien intensivieren wird.

Als weitere grundlegende Änderung für die Zukunft ist ein Wegfall der EEG-Umlage abzusehen. Für die Ausgangsfrage der Arbeit folgt daraus zwar keine grundsätzliche Neubewertung, denn ein Fördersystem für Strom aus erneuerbaren Energiequellen, das auf Ausschreibungen beruht,

13 Sonstige-Energiegewinnungsbereiche-Verordnung vom 21. September 2021 (BGBl. I S. 4328).