

Schriften zum Deutschen
und Europäischen Infrastrukturrecht

Band 24

**Die hoheitliche Verteilung knapper Güter
am Beispiel der Förderung
erneuerbarer Energien**

Ausschreibungen im EEG als Verteilungsverfahren

Von

Julia Herdy



Duncker & Humblot · Berlin

JULIA HERDY

Die hoheitliche Verteilung knapper Güter
am Beispiel der Förderung erneuerbarer Energien

Schriften zum Deutschen
und Europäischen Infrastrukturrecht

Herausgegeben von
Markus Ludwigs und Patrick Hilbert

Band 24

Die hoheitliche Verteilung knapper Güter am Beispiel der Förderung erneuerbarer Energien

Ausschreibungen im EEG als Verteilungsverfahren

Von

Julia Herdy



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Passau hat diese Arbeit
im Jahre 2022 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 2198-0632
ISBN 978-3-428-18882-6 (Print)
ISBN 978-3-428-58882-4 (E-Book)
Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde als Dissertation im Jahr 2021 an der Juristischen Fakultät der Universität Passau eingereicht. Sie entstand während meiner Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin, zunächst am HEUSSEN-Stiftungslehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht, Recht der erneuerbaren Energien und Medizinrecht an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht Wiesbaden, und sodann am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Medizinrecht an der Universität zu Kiel. Für die Drucklegung wurde sie auf den Stand des EEG 2023 aktualisiert.

Mein besonderer Dank richtet sich an meinen Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Urs Kramer, für die Betreuung, die wertvollen Anregungen und stete Unterstützung, beginnend mit dem Entschluss zum Verfassen der Arbeit bis schließlich zur Veröffentlichung. Des Weiteren danke ich Herrn Prof. Dr. Tristan Barcak für die sehr schnelle Erstellung seines Zweitgutachtens und seiner darin genannten, gewinnbringenden Aspekte. Herrn Prof. Dr. Tomas Kuhn danke ich für die sehr angenehme Leitung der Disputation.

Mein herzlicher Dank richtet sich außerdem an Herrn Prof. Dr. Sebastian Graf von Kielmansegg, an dessen Lehrstühlen in Wiesbaden und Kiel ich als „externe Doktorandin“ wertvolle Unterstützung bei der Themenfindung erhielt und stets die Möglichkeit zum Austausch hatte. Überaus gerne blicke ich auf die Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin zurück, die ich sowohl in fachlicher als auch zwischenmenschlicher Hinsicht als große Bereicherung empfunden habe.

Darüber hinaus danke ich meinen geschätzten ehemaligen und aktuellen Kolleginnen und Kollegen sowie meinem Freundeskreis, ganz besonders Franziska Kallfaß und Dr. Uwe Wusterhausen für die gewissenhafte Durchsicht meines Manuskripts und die konstruktiven Hinweise.

Mein größter Dank gilt meinen Eltern für ihre immerwährende und vorbehaltlose Unterstützung auf meinem beruflichen und privaten Lebensweg. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

München, im April 2023

Julia Herdy

Inhaltsübersicht

Einführung	27
§ 1 Ausgangsproblematik	27
§ 2 Gang der Untersuchung	30

1. Kapitel

Grundlagen zu den erneuerbaren Energien und zum Verteilungsverfahren	31
§ 3 Grundlagen zu den erneuerbaren Energien	31
§ 4 Rechtsgrundlagen und Erfahrungswerte für Ausschreibungen auf deutscher Ebene	49
§ 5 Verteilungsverfahren	75

2. Kapitel

Der Wandel der Förderung von Strom aus erneuerbaren Energien: Politische Ziele und rechtliche Grundlagen auf europäischer und deutscher Ebene	172
§ 6 Der Energiesektor auf europäischer Ebene	172
§ 7 Die bisherige Förderung auf deutscher Ebene	203
§ 8 Förderung und Vermarktung von Strom: Die gesetzliche Einspeisevergütung und die Anfänge der Marktprämie	209
§ 9 Zusammenfassung	228

3. Kapitel

Die Einführung von Ausschreibungen im deutschen Recht der erneuerbaren Energien	231
§ 10 Verfahrensprägende Grundsätze	231
§ 11 Verfahrensphasen der Ausschreibung	232
§ 12 Rechtsfolgen	308
§ 13 Erfahrungswerte aus den bisherigen Ausschreibungsrunden	321
§ 14 Europaweite Ausschreibungen	334
§ 15 Zusammenfassung	343
Schlussfolgerungen und Thesen	345

Literaturverzeichnis	347
Verzeichnis der Entscheidungen	372
Verzeichnis der Rechtstexte	377
Verzeichnis der sonstigen Materialien	384
Stichwortverzeichnis	387

Inhaltsverzeichnis

Einführung	27
§ 1 Ausgangsproblematik	27
§ 2 Gang der Untersuchung	30

1. Kapitel

Grundlagen zu den erneuerbaren Energien und zum Verteilungsverfahren	31
§ 3 Grundlagen zu den erneuerbaren Energien	31
A. Begriffsbestimmung der „erneuerbaren Energien“	31
I. Solare Strahlungsenergie	33
II. Windenergie an Land und auf See	34
III. Energie aus Biomasse	35
IV. Weitere Technologien	37
B. Zweck der Förderung von Strom aus erneuerbaren Energien	37
I. Klimawandel durch Treibhauseffekt	37
II. CO ₂ -Reduzierung durch Substitution	38
III. Bestrebungen auf internationaler Ebene	39
IV. Klimaschutzfremde Gründe	43
C. Modelle zur Förderung von Strom aus erneuerbaren Energien	44
I. Einspeisetarife und Prämienmodelle	46
II. Quotensysteme	47
III. Ausschreibungen	48
§ 4 Rechtsgrundlagen und Erfahrungswerte für Ausschreibungen auf deutscher Ebene	49
A. Das EEG 2014 und darauf gestützte Rechtsverordnungen	49
I. Das EEG 2014	49
II. Die Freiflächenausschreibungsverordnung	51
III. Die Verordnung zur grenzüberschreitenden Ausschreibung der Förderung für Strom aus erneuerbaren Energien (GEEV)	52
B. Das EEG 2017, das WindSeeG und darauf gestützte Rechtsverordnungen	52
I. Das EEG 2017	52
II. Das WindSeeG	54
III. Die Verordnung über gemeinsame Ausschreibungen (GemAV)	54
IV. Die Verordnung für Innovationsausschreibungen (InnAusV)	55
C. Das EEG 2021	55

D. Das EEG 2023	56
E. Die Gesetzesziele	56
I. Kosteneffizienz	56
1. Sicherstellung von Wettbewerb	57
2. Marktintegration	58
II. Akteursvielfalt	59
III. Einhaltung des Ausbaukorridors	60
IV. Weitere Motivationen zum Systemwechsel	62
1. Europarechtliche Gründe	62
2. Versorgungssicherheit und Netzstabilität	62
V. Spannungsverhältnisse und Konsistenz der verschiedenen Ziele	63
VI. Ziele als verfahrensprägende Entscheidungen des Gesetzgebers	64
F. Erfahrungswerte aus Ausschreibungen anderer Staaten für die deutsche Regelung	64
I. Großbritannien	65
II. Irland	66
III. Brasilien	67
IV. Südafrika	68
V. Italien	70
VI. Niederlande	71
VII. Erfahrungswerte für den Zielkanon des deutschen Gesetzgebers	72
1. Kosteneffizienz	73
2. Akteursvielfalt	73
3. Einhaltung der Ausbauziele	73
G. Zusammenfassung	74
§ 5 Verteilungsverfahren	75
A. Das klassische Verwaltungsverfahren und dessen konzeptionelle Schwächen ...	76
I. Grundstrukturen des klassischen Verwaltungsverfahrens	76
1. Schematische Grundzüge des Verwaltungsverfahrens nach dem VwVfG	76
2. Verwaltungsverfahrensrechtliche Normen außerhalb des VwVfG	78
3. Abstraktionsstufen des Verwaltungsverfahrensrechts	79
II. Neue Verfahrenstypen	80
B. Ansatz und erste geschichtliche Entwicklungen des Verteilungsverfahrens	81
I. Knappheit und Verteilung als Ausgangspunkte	81
1. Knappheitssituation	81
a) Absolute Knappheit, resultierend aus der Natur der Sache	82
b) Relative Knappheit, resultierend aus einer bewussten Verknappung	83
2. Verteilungssituation	84
II. Historie von Verteilungsverfahren	85

C. Referenzgebiete 86

 I. Staatliches Beschaffungswesen 87

 1. Vergaberecht 89

 a) Allgemeines 89

 aa) Definition „Vergaberecht“ 89

 bb) Geschichtliche Entwicklung 89

 cc) Unions- und verfassungsrechtlicher Rahmen 91

 dd) Kaskaden des Normenbestands 94

 b) Verteilungsgegenstand 95

 aa) Öffentliche Aufträge und Konzessionen 95

 bb) Schwellenwerte und weitere Einschränkungen des Anwendungsbereichs 95

 c) Verfahrensausgestaltung 97

 aa) Das Verfahren überspannende Grundsätze 97

 (1) Wettbewerb, Transparenz und Nichtdiskriminierung 97

 (2) Sonstige Grundsätze 98

 bb) Verfahrensarten und Verfahrensablauf 100

 d) Das Konzessionsvergaberecht nach den §§ 46 ff. EnWG 106

 2. Vergabe im Gesundheitsrecht 109

 a) Allgemeines und Verteilungsgegenstand 109

 b) Verfahrensausgestaltung 110

 II. Zugang zu hoheitlich bereitgestellten Gütern 112

 1. Vergabe von Studienplätzen 114

 a) Rechtlicher Rahmen 114

 b) Verteilungsgegenstand 116

 c) Verfahrensausgestaltung 117

 2. Zugang zu öffentlichen Einrichtungen 121

 a) Allgemeines 121

 b) Verteilungsgegenstand 122

 c) Verfahrensausgestaltung 123

 3. Zugang zu sonstiger Infrastruktur 127

 a) Konzessionierung des Taxiwesens 127

 b) Konzessionierung im Glücksspielrecht 129

 c) Zugang zur Eisenbahninfrastruktur 131

 d) Ausschreibungen zur Beschaffung von Regelernergie nach dem EnWG 134

 aa) Allgemeines 134

 bb) Ausschreibungsgegenstand 136

 cc) Verfahrensausgestaltung 136

D. Konzeption des Verteilungsverfahrens	138
I. Rechtsgrundlagen	139
1. Unionsrechtlicher Rahmen	139
2. Verfassungsrechtlicher Rahmen	140
3. Einfachgesetzliche Grundlagen des formellen oder materiellen Rechts	142
II. Wiederkehrende verfahrensprägende Grundsätze	143
1. Wettbewerb	143
2. Nichtdiskriminierung und Transparenz	144
3. Gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis	146
III. Verfahrensphasen	147
1. Ausschreibungsphase	147
a) Konzepterstellung	148
aa) Inhaltliche Kernelemente	149
bb) Handlungsform	150
cc) Zuständige Stelle	151
b) Bekanntmachung	151
2. Bewerbungsphase	152
3. Entscheidungsfindungsphase	152
a) Abstufung der Entscheidungsfindung	153
b) Entscheidungskriterien	153
aa) Formelle Kriterien	154
(1) Prioritätsprinzip und zeitliche Kriterien	156
(2) Rollierendes System	157
(3) Losentscheid	157
bb) Materielle Kriterien	158
(1) Leistungskriterien	159
(2) Versteigerung	160
(3) Alt- und Neubewerber-Privilegien	160
cc) Separate und kumulative Anwendung	162
dd) Entscheidungsspielräume bei der Entscheidungsfindung	164
4. Entscheidungsformungsphase	165
a) Handlungsformen	165
b) Rechtsschutz	166
c) Rechtsbeständigkeit von Zulassungen	169
E. Zusammenfassung	169

2. Kapitel

**Der Wandel der Förderung von Strom aus erneuerbaren Energien:
Politische Ziele und rechtliche Grundlagen auf europäischer
und deutscher Ebene**

		172
§ 6	Der Energiesektor auf europäischer Ebene	172
	A. Die Anfänge der Energiegemeinschaft	173
	B. Europarechtliche Rechtsgrundlagen und deren Umsetzung	174
	I. Normen des Primärrechts	174
	1. Binnenmarkt, Art. 114 AEUV	174
	a) Das Erste Binnenmarktpaket von 1996/1998	175
	b) Das Zweite Binnenmarktpaket	176
	c) Das Dritte Binnenmarktpaket	177
	d) Das Vierte Binnenmarktpaket	178
	2. Klima- und Umweltschutz, Art. 191–193 AEUV	179
	a) Allgemeines	179
	b) Europäisches Klimagesetz in Umsetzung des Europäischen Green Deals	179
	3. Energiepolitik, Art. 194 AEUV	180
	a) Die Strategie Europa 2020, Energie 2020 und der 2030-Rahmen	182
	b) Die Energieunion	183
	aa) Hintergründe und Historie	184
	bb) Energieversorgungssicherheit, Nachhaltigkeit, Wettbewerbsfähigkeit als Ziele	185
	cc) Inhaltliche Dimensionen	186
	(1) Energieversorgungssicherheit, Solidarität und Vertrauen	186
	(2) Ein vollständig integrierter Binnenmarkt	186
	(3) Energieeffizienz als Beitrag zur Senkung des Energiebedarfs	188
	(4) Verringerung der CO ₂ -Emissionen der Wirtschaft	188
	(5) Forschung, Innovation und Wettbewerbsfähigkeit	189
	dd) Bewertung	190
	II. Die Erneuerbare-Energien-Richtlinie als Teil des Sekundärrechts	191
	1. Die Vorgänger-Richtlinie 2009/28/EG	192
	2. Neuauflage der Erneuerbare-Energien-Richtlinie	194
	a) Allgemeines	194
	b) Kooperative Mechanismen	195
	aa) Statistischer Transfer, Art. 8 RL 2018/2001/EU	196
	bb) Gemeinsame Projekte, Art. 9–12 RL 2018/2001/EU	196
	cc) Gemeinsame Förderregelungen, Art. 13 RL 2018/2001/EU	197
	III. Klima-, Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien	197
	1. Anknüpfungspunkt an Art. 107 AEUV	198

2. Regelungen im Überblick	198
3. Rechtsnatur und Bindungswirkung der EEAG	200
4. Notwendigkeit der Umstellung auf Ausschreibungen?	200
C. Zusammenfassung	202
§ 7 Die bisherige Förderung auf deutscher Ebene	203
A. Die Anfänge der Förderung bis zum Stromeinspeisungsgesetz	203
B. Das EEG unter besonderer Berücksichtigung der Fördersätze und Zubauzahlen	205
I. Das EEG 2000	205
II. Das EEG 2004	206
III. Das EEG 2009	206
IV. Das EEG 2012	207
§ 8 Förderung und Vermarktung von Strom: Die gesetzliche Einspeisevergütung und die Anfänge der Marktprämie	209
A. Fördervoraussetzungen	209
B. Unterschiedliche Förderansprüche als Rechtsfolge	210
I. Die Förderung durch die Einspeisevergütung	210
1. Spezielle Voraussetzungen der Einspeisevergütung	211
2. Berechnung	213
3. Alternatives gesetzlich festgelegtes Fördersystem	214
II. Die Förderung durch die Marktprämie	214
1. Die Direktvermarktung als zentrale Voraussetzung	215
a) Bisherige Heranführung an den Markt: Geschichtliche Entwicklung der Direktvermarktung	215
b) Begriffsbestimmung „Direktvermarktung“	217
c) Zweck	217
d) Konsequenzen der Direktvermarktung	219
2. Die Marktprämie und ihre Berechnung	219
III. Das Referenzertragsmodell für Windenergieanlagen	220
IV. Förderdauer	222
C. Die Förderung im Gesamtgefüge – Die Ablösung des bundesweiten Ausgleichs durch das EnFG	222
I. Stufen des Ausgleichsmechanismus	223
II. Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht	225
§ 9 Zusammenfassung	228

3. Kapitel

Die Einführung von Ausschreibungen im deutschen Recht der erneuerbaren Energien

§ 10 Verfahrensprägende Grundsätze	231
--	-----

§ 11 Verfahrensphasen der Ausschreibung 232

 A. Ausschreibungsphase 233

 I. Konzepterstellung 233

 1. BNetzA als zuständige Behörde 234

 2. Ausschreibungsgegenstand 235

 3. Anwendungsbereich und Ausschreibungsvolumina 235

 a) Räumlicher Anwendungsbereich 236

 b) Sachlicher Anwendungsbereich 236

 aa) Anlagenbegriff 236

 bb) Erfasste Technologien 238

 (1) Investitionssicherheit und bewusste Verknappung durch Fest-
 setzung begrenzter Ausschreibungsvolumina 239

 (2) Solaranlagen 241

 (3) Biomasse und Biomethan 242

 (4) Windenergieanlagen an Land 243

 (5) Ausschreibungen innovativer Konzepte 244

 (6) Windenergieanlagen auf See 245

 (7) Sonderausschreibungen 246

 (8) Weitere Ausschreibungen: Gemeinsame Ausschreibungen
 nach der GemAV und Zusatzgebote 247

 cc) Negativer Anwendungsbereich für Ausschreibungen 247

 4. Festsetzung des Höchstwerts 249

 II. Bekanntmachung der Ausschreibungsrunden 251

 B. Bewerbungsphase: Das Gebotsverfahren 252

 I. Allgemeine Voraussetzungen 252

 1. Bieterbezogene Angaben 252

 2. Zweck hoher Präqualifikationskriterien: Sicherstellung der späteren
 Realisierung 253

 3. Verhältnis materieller und finanzieller Präqualifikationskriterien zuein-
 ander 255

 4. Gebotsbezogene Angaben 255

 a) Das Gebot – Begriffsbestimmung und Rechtsnatur 256

 b) Daten zu Energieträger, Gebotstermin, Standort und Übertragungs-
 netzbetreiber 257

 c) Gebotsmenge und die Folge der Mehrgüterauktion 258

 d) Sicherheiten 260

 e) Bezifferung des Gebotswerts 262

 5. Die einmalige und verdeckte Gebotsabgabe 262

 II. Besondere Voraussetzungen 263

 1. Präqualifikationskriterien für Solaranlagen des ersten Segments 263

 a) Allgemeines 264

b) Flächenkulisse bei Freiflächenanlagen	264
c) Vorzulegende Nachweise	267
2. Präqualifikationskriterien für Solaranlagen des zweiten Segments	269
3. Präqualifikationskriterien für Windenergieanlagen an Land	270
a) Allgemeines	270
b) Genehmigungsbegriff	272
c) Besondere Bestimmungen für Bürgerenergiegesellschaften	275
4. Präqualifikationskriterien für Windenergieanlagen auf See	277
5. Präqualifikationskriterien für Biomasse- und Biomethananlagen	278
6. Präqualifikationskriterien bei Ausschreibungen innovativer Konzepte	279
a) Innovationsausschreibungen	279
b) Gemeinsame Ausschreibungen nach der GemAV	279
C. Entscheidungsfindungsphase: Das Zuschlagsverfahren	280
I. Zuschlagsverfahren und Zuschlagswert	280
1. Angebotsöffnung, Ausschluss von Geboten, Ausschluss von Bietern und Vorbereitung des Zuschlagsverfahrens	280
2. Bezuschlagung und Zuschlagskriterien	282
3. Gebotspreis und Einheitspreis	284
4. Zuschlagslimitierung zur regionalen Steuerung oder Wahrung des Wettbewerbs	286
a) Regionale Steuerung durch Netzausbaugebiete und Südregion	286
aa) Die gesetzliche Regelung der Netzausbaugebiete	286
bb) Die Netzausbaugebiete als Ansatz für eine regionale Steuerung	289
cc) Zuschlagsverfahren für Windenergieanlagen an Land und Biomasseanlagen unter Einführung der Südregion	289
b) Zuschlagsverfahren für Biomasseanlagen bei unterzeichneter Ausschreibungsmenge	291
5. Verteilernetzkomponente	292
6. Alternative Auktionsmodelle und Zuschlagslimitierungen	293
a) Dynamische Auktionssysteme	293
b) Quotenbildung für unterschiedliche Akteursgruppen	294
c) Alternative Zuschlagskriterien	295
II. Nachrückverfahren	297
D. Entscheidungsformungsphase	297
I. Der Zuschlag – Begriffsbestimmung und Rechtsnatur	298
II. Bekanntgabe	300
III. Rechtsschutz	301
1. Statthafter Rechtsbehelf und Rechtsweg	301
2. Begründetheit der Verpflichtungsbeschwerde	302
3. Rechtsfolge bei erfolgreicher Beschwerde	304
IV. Handel mit Zuschlägen	305

E. Bewertung und Zusammenfassung	306
§ 12 Rechtsfolgen	308
A. Zuschlag und Zahlungsberechtigung	309
I. Der Zuschlag als tatbestandliche Fördervoraussetzung	309
II. Die Zahlungsberechtigung als tatbestandliche Fördervoraussetzung	309
1. Formelle Voraussetzungen	310
2. Materielle Voraussetzungen	311
3. Inhalt der Zahlungsberechtigung und Rechtsnatur	312
B. Form der Förderung	312
I. Gleitende und fixe Marktprämie	313
II. Realisierung und Realisierungsrate	314
III. Erlöschen, Rückgabe und Entwertung von Zuschlägen	314
IV. Sanktionierung	316
1. Strafzahlungen	316
2. Sonstige Sanktionierung	318
C. Besonderheiten der Berechnung	319
D. Dauer der Förderung	320
E. Zusätzliche Rechtsfolgen nach dem WindSeeG	321
§ 13 Erfahrungswerte aus den bisherigen Ausschreibungsrunden	321
A. Solaranlagen	322
I. Pilotphase in den Jahren 2015 und 2016	322
1. Durchführung	322
2. Erkenntnisse aus der Pilotphase 2015 und 2016	324
II. Ausschreibungen ab dem Jahr 2017	326
1. Durchführung	326
2. Erkenntnisse aus den Ausschreibungsrunden ab 2017	328
B. Biomasse	329
C. Windenergieanlagen an Land	329
D. Windenergieanlagen auf See	331
E. Gemeinsame Ausschreibungen nach der GemAV	332
F. Fazit	333
§ 14 Europaweite Ausschreibungen	334
A. Intention und Ziele der europaweiten Öffnung	334
B. Voraussetzungen	335
I. Völkerrechtliche Vereinbarung	335
II. Nachweis des physikalischen Stromimports	336
III. Prinzip der Gegenseitigkeit	337
1. Gegenseitig geöffnete Ausschreibungen	337
2. Gemeinsame Ausschreibung	337
C. Hemmnisse bei europaweiten Ausschreibungen	338

D. Erfahrungswerte aus der geöffneten Ausschreibung Deutschlands mit Dänemark	340
E. Fazit	342
§ 15 Zusammenfassung	343
Schlussfolgerungen und Thesen	345
Literaturverzeichnis	347
Verzeichnis der Entscheidungen	372
Verzeichnis der Rechtstexte	377
Verzeichnis der sonstigen Materialien	384
Stichwortverzeichnis	387

Abkürzungsverzeichnis

A. A./a. A.	andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
AbLaV	Verordnung zu abschaltbaren Lasten (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
a. F.	alte Fassung
Art.	Artikel
AusglMechV	Ausgleichsmechanismusverordnung (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
Az.	Aktenzeichen
BAnz.	Bundesanzeiger
BayGO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
BayGVBl.	Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt
BayHZV	Bayerische Hochschulzulassungsverordnung (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
BayKommHV- Doppik	Bayerische Kommunalhaushaltsverordnung-Doppik (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
BayRS	Bayerische Rechtsammlung (Sammlung des Bayerischen Landesrechts)
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BeamStG	Beamtenstatusgesetz (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
BEE	Bundesverband Erneuerbare Energie e. V.
Beschl.	Beschluss
BET	Büro für Energiewirtschaft und technische Planung GmbH
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BHO	Bundeshaushaltsordnung (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
BiomasseV	Biomasseverordnung (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
BlnGVBl.	Berliner Gesetz- und Verordnungsblatt
BMG	Bundesministerium für Gesundheit
BMU	Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BNetzA	Bundesnetzagentur
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts

BVMD	Bundesvertretung der Medizinstudierenden in Deutschland e. V.
BWE	Bundesverband WindEnergie
BWGBl.	Baden-Württembergisches Gesetzblatt
bzw.	beziehungsweise
CO ₂	Kohlendioxid
ct/kWh	Cent pro Kilowattstunde
ders.	derselbe
dies.	dieselben
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
EEAG	Environment and Energy Aid Guidelines (Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien, <i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
EEAV	Erneuerbare-Energien-Ausführungsverordnung (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
EEG	Erneuerbare-Energien-Gesetz (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
EEV	Erneuerbare-Energien-Verordnung (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
EEX	European Energy Exchange (Europäische Energiebörse)
EG	Europäische Gemeinschaft
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
endg.	endgültig
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
EnWZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
ER	EnergieRecht (Zeitschrift)
ERegG	Eisenbahnregulierungsgesetz (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof; Gerichtshof
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWERK	Zeitschrift des Instituts für Energie- und Wettbewerbsrecht in der kommunalen Wirtschaft e. V.
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f./ff.	folgende(r)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FFAV	Freiflächenausschreibungsverordnung (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen, abgeschlossen am 30. 10. 1947)
GBl.	Gesetzesblatt/Gesetzblatt
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GEEV	Verordnung zur grenzüberschreitenden Ausschreibung für Strom aus erneuerbaren Energien (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
GemAV	Verordnung zu den gemeinsamen Ausschreibungen für Windenergieanlagen an Land und Solaranlagen (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
GewArch	Gewerbearchiv (Zeitschrift)
GewO	Gewerbeordnung (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)

GG	Grundgesetz
GO SH	Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
GW	Gigawatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
GPA	Agreement on General Procurement (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
HGrG	Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
h. M.	herrschende Meinung
HRG	Hochschulrahmengesetz (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
HS	Halbsatz
Hrsg.	Herausgeber
IASS	Institute for Advanced Sustainability Studies
IEA	International Energy Agency
IISD	International Institute for Sustainable Development
ILM	International Legal Material
InnAusV	Innovationsausschreibungsverordnung (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
IPCC	Intergovernmental Panel on Climate Change
IR	Infrastrukturrecht (Zeitschrift)
i. S. d./i. S. v.	im Sinne der/des/von
i. V. m.	in Verbindung mit
IZES	Institut für ZukunftsEnergieSysteme
JoEL	Journal of Environmental Law
JORF	Journal officiel de la République française (Französisches Amtsblatt)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
Kfz	Kraftfahrzeug
KHG	Krankenhausfinanzierungsgesetz (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
KonzVgV	Konzessionsvergabeverordnung (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
KVBG	Kohleverstromungsbeendigungsgesetz (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
kW	Kilowatt
KWK	Kraft-Wärme-Kopplung
LG	Landgericht
lit.	litera (Buchstabe)
LSG	Landessozialgericht
MABUG	Gesetz zur Umsetzung des Mindestabstands nach dem Spielhal- lengesetz Berlin für Bestandsunternehmen (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
MaStRV	Marktstammdatenregisterverordnung (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
MMR	MultiMedia und Recht (Zeitschrift)
MW	Megawatt
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NetzResV	Netzreserveverordnung (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
n. F.	neue Fassung

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N&R	Netzwirtschaften & Recht (Zeitschrift)
NuR	Natur und Recht (Zeitschrift)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWVB1.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NZBAu	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
o. g.	oben genannte(r/n)
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PA	Paris-Abkommen
PBefG	Personenbeförderungsgesetz (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
PV	Photovoltaik
RdE	Recht der Energiewirtschaft (Zeitschrift)
REE	Recht der Erneuerbaren Energien (Zeitschrift)
REN21	Renewable Energy Policy Network for the 21st Century
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
SeeAnlG	Seeanlagengesetz (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
SeeAnlV	Verordnung über Anlagen seewärts der Begrenzung des deutschen Küstenmeeres (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
SektVO	Sektorenverordnung (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
SfH	Stiftung für Hochschulzulassung
SGB V	Sozialgesetzbuch Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz
sog.	sogenannte(r/s/n)
SpielhG Bln	Gesetz zur Regelung des Rechts der Spielhallen im Land Berlin (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
SRÜ	Seerechtsübereinkommen (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
StrEG	Gesetz über die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien in das öffentliche Netz (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
StromNZV	Stromnetzzugangsverordnung (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
StV	Staatsvertrag über die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für Hochschulzulassung (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
SWP	Stiftung Wissenschaft und Politik
UBA	Umweltbundesamt
UN	United Nations
UNFCCC	United Nations Framework Convention on Climate Change (Klimarahmenkonvention der Vereinten Nationen)
Urt.	Urteil
v.	vom
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg (Zeitschrift)
VDEW	Verband der Elektrizitätswirtschaft e. V.

VergabeVO	Vergabeverordnung der Stiftung für Hochschulzulassung (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VgV	Vergabeverordnung (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
VK	Vergabekammer
VKU	Verband kommunaler Unternehmen e. V.
VO	Verordnung
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
VSVgV	Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VW	Versorgungswirtschaft (Zeitschrift)
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
WindSeeG	Gesetz zur Entwicklung und Förderung der Windenergie auf See (<i>siehe auch</i> Verzeichnis der Rechtstexte)
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung (Zeitschrift)
WUR	Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht (Zeitschrift)
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z. B.	zum Beispiel
ZEuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZNER	Zeitschrift für neues Energierecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZVS	Zentralstelle für die Vergabe von Studienplätzen

Einführung

§ 1 Ausgangsproblematik

„Das Interesse an einer Stromversorgung ist heute so allgemein wie das Interesse am täglichen Brot. Die Befriedigung eines solchen Interesses ist eine Gemeinwohlaufgabe“, hat das Bundesverfassungsgericht im Kohlepennig-Beschluss aus dem Jahr 1994 festgestellt.¹ Diese Aussage spiegelt das Gewicht von Energie als einer überragend wichtigen Grundlage für eine moderne Gesellschaft sowie als Wettbewerbs- und Standortfaktor für die Wirtschaft wider.²

Einen starken Bedeutungszuwachs hat der Aspekt der nachhaltigen Energieversorgung bereits in den letzten Jahrzehnten erfahren. So kommen als Primärenergieträger zunehmend erneuerbare Energien zum Einsatz, deren Förderung politisch stark forciert wurde und die seit der Einführung einer finanziellen Förderung durch das Stromeinspeisungsgesetz im Jahr 1990 einem entsprechend häufigen gesetzlichen Wandel unterlag. Seit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes und dem nachfolgenden EEG in seinen zahlreichen Versionen³ besteht das grundlegende gesetzgeberische Ziel in der Erhöhung des Anteils erneuerbarer Energien an der Erzeugung von Strom.⁴

Sollte anfangs der Ausbau erneuerbarer Energien durch eine gesetzlich festgelegte Förderung vorangetrieben werden, die eine hohe Planungs- und Investitionssicherheit garantierte, gingen mit dieser Art der Förderung zwischenzeitlich hohe Kosten einher, deren weiterer Anstieg eingedämmt werden sollte.⁵ Erste Maßnahmen, die die Abkehr von der gesetzlich festgelegten Förderung einleiteten, lagen in

¹ BVerfGE 91, 186 (206); ähnlich *Schmidt-Preuß*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR IV, 2006, § 93 Rn. 1, der in der Stromversorgung eine „Gemeinwohlaufgabe par excellence“ sieht; zur pluralistischen Unternehmensstruktur in der Energiewirtschaft weiter: *Schmidt-Preuß*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR IV, 2006, § 93 Rn. 26 f.

² *Graf/Sauer*, in: Schmitt/Heck (Hrsg.), Handbuch Energie, 1990, S. 61 (63 f.).

³ EEG 2000, 2004, 2009, 2012, 2014, 2017, 2021 und nunmehr 2023; die vollständigen Bezeichnungen und Angaben zu sämtlichen in dieser Arbeit zitierten Normen sind dem Abkürzungsverzeichnis sowie dem Verzeichnis der Rechtstexte zu entnehmen.

⁴ Die beiden anderen energierelevanten Bereiche Wärme und Verkehr sind nicht Gegenstand der folgenden Untersuchung. Auch Aspekte der Energieeffizienz sollen hier außen vor bleiben.

⁵ Im Jahr 2017 wurde ein Stand von 1,5 Mio. Photovoltaik-Anlagen und über 25.000 Windenergieanlagen erreicht; zu Zeiten zentraler fossil-nuklearer Erzeugung betrug die Anzahl der Anlagen lediglich etwa 700; siehe *BNetzA*, Digitale Transformation in den Netzsektoren, 2017, S. 25.

der Heranführung der erneuerbaren Energien an den Markt mit einer damit verbundenen Einbeziehung in den Wettbewerb.⁶ Auch wenn die erneuerbaren Energien am Markt mittel- bis langfristig ohne Förderung bestehen sollen, lassen die Preise des Großhandelsmarktes in den nächsten Jahren allerdings weit überwiegend noch keine Refinanzierung der Vollkosten erwarten. Für den weiteren Übergang ist daher eine Förderung notwendig.⁷

Nach den Pilotausschreibungen für Photovoltaikanlagen im Rahmen des EEG 2014 fand mit der Einführung von Ausschreibungen im EEG 2017⁸ und der Fortführung im EEG 2021 sowie im EEG 2023 eine grundsätzliche Umstellung von einer gesetzlichen Festlegung hin zu einer wettbewerblichen Ermittlung der Förderung erneuerbarer Energien statt. Sie stellt die bedeutendste und grundlegendste Änderung des EEG seit seiner Einführung dar. Zur Eindämmung der Kosten geht mit den Ausschreibungen einher, dass nicht mehr jeder Antragsteller⁹ bei Erfüllung der Voraussetzungen eine Förderberechtigung erhält, sondern eine mengenmäßige Begrenzung auf einen genau bezifferten Umfang des Ausbaus erneuerbarer Energien abzielt. Hieraus leitet sich ab, dass nur noch eine begrenzte Anzahl von Förderberechtigungen erteilt wird, deren Anzahl von der sog. installierten Leistung der Anlage abhängt. Je leistungsstärker, oder vereinfacht, größer eine Anlage ist, desto weniger Förderberechtigungen werden ausgegeben, da dann wenige Anlagen ausreichen, um die Ausbauziele zu erreichen. Diese Begrenzung der Förderberechtigungen führt zu einer Knappheitssituation, die den Staat – gewolltermaßen – zwingt, eine Auswahl unter den Antragstellern vorzunehmen. Demnach wird die Durchführung eines entsprechenden Verfahrens erforderlich, das § 3 Nr. 4 EEG – der Begriffsbestimmung der Ausschreibungen – definiert als

„ein transparentes, diskriminierungsfreies und wettbewerbliches Verfahren zur Bestimmung des Anspruchsberechtigten und des anzulegenden Werts“.¹⁰

Das Gesetz bestimmt mit dieser Legaldefinition in knapper Form Kriterien, die durch das im Weiteren auszugestaltende Verfahren erfüllt werden müssen. Auch

⁶ Kritisch *Pritzsche*, EnWZ 2015, 97 (98).

⁷ BT-Drucks. 18/1304, S. 109; *BET*, Ausgestaltungsmöglichkeiten der künftigen Förderung von Erneuerbare-Energien-Anlagen, 2017, S. 6; *Frenz*, RdE 2016, 433; *Kreuter-Kirchhof*, NVwZ 2014, 770 (774); die Zuschlagserteilung für Windenergieanlagen auf See im Jahr 2017 zu einem Fördersatz von 0,0 ct/kWh zeigt jedoch, dass erste Technologien zum Teil keiner Förderung mehr bedürfen; ausführlich dazu siehe S. 332.

⁸ Soweit im Rahmen der folgenden Untersuchung das EEG in einer bestimmten Fassung gemeint ist, wird dies durch Angabe der Jahreszahl der zugrundeliegenden Gesetzesnovelle gekennzeichnet (EEG 2000, 2004, 2009, 2012, 2014, 2017, 2021 oder 2023). Soweit das EEG ohne Angabe einer Jahreszahl zitiert wird, ist das EEG 2023 gemeint.

⁹ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im gesamten Text ausschließlich die männliche Form verwendet, die weibliche Form ist jedoch gleichermaßen gemeint.

¹⁰ Ähnlich, aber etwas klarer definierte ursprünglich § 5 Nr. 3 EEG 2014 eine Ausschreibung als „objektives, transparentes, diskriminierungsfreies und wettbewerbliches Verfahren zur Bestimmung der Höhe der finanziellen Förderung“.

wenn ein derartiges Verfahren im EEG neu war, so sind diese Kriterien aus zum Teil völlig anderen Rechtsbereichen bekannt, in denen die öffentliche Hand ebenfalls eine Ausschreibung bzw. Verteilung im Rahmen eines besonders gestalteten Verfahrens durchführt. Dennoch sah sich der Gesetz- und Verordnungsgeber mit jeweils strukturell anders gelagerten Herausforderungen bei der Ausgestaltung des jeweiligen Regelungsregimes konfrontiert. Hier wie dort mussten nicht nur Voraussetzungen, vergleichbar mit Tatbestandsvoraussetzungen, bestimmt werden, die generell für die Herbeiführung der Rechtsfolge erfüllt sein müssen, sondern es musste darüber hinaus ein Verfahren konzipiert werden, an dessen Ende nur ein bestimmter Kreis von Anspruchstellern ausgewählt wird bzw. werden kann.

Dies soll zum Anlass genommen werden, aus anderen Rechtsbereichen, in denen die öffentliche Hand knappe Güter unter bestimmten Kriterien an einen oder mehrere Bewerber vergibt, Strukturen herauszuarbeiten, in die sich auch die Ausschreibungen zur Ermittlung der Förderung erneuerbarer Energien einordnen lassen. Denn auch die in den verschiedenen Gesetzen und Verordnungen des Rechts der erneuerbaren Energien normierten Ausschreibungen lassen ein komplexes Verfahren erkennen, das nicht den typischen Strukturen des Verwaltungsverfahrensrechts entspricht, sich dafür jedoch mit anderen besonders gestalteten Verfahren vergleichen lässt. Anhand des – aus anderen Rechtsbereichen – zu entwickelnden sog. Verteilungsverfahrens als spezieller Verfahrensart kann das spezifische Fachrecht der erneuerbaren Energien aus einer allgemeinen Perspektive betrachtet werden.¹¹

Diese strukturelle Aufarbeitung hat auf das Fachrecht auf der einen Seite ein systematisch-ordnendes Interesse sowie eine rationalisierende und disziplinierende Einwirkung. Das Verwaltungsverfahrensrecht auf der anderen Seite erfährt für das spezielle Verteilungsverfahren eine dahingehende Fortentwicklung, dass in bestimmten Konstellationen ein ausdifferenzierteres Verfahren zur Anwendung kommen muss.¹² Durch die Einordnung in bereits erarbeitete Strukturen des Verteilungsverfahrens können Defizite im Verfahren erkannt und alternative Ausgestaltungsmöglichkeiten aufgezeigt werden. So soll der Legislative und Administrative die Möglichkeit eröffnet werden, die Verfahren fortzuentwickeln oder die erarbeiteten Strukturen in geordneter Weise auf neue oder andere Verteilungsverfahren zu übertragen oder diese bewusst zu erstellen und zu steuern. Geht man davon aus, dass sich der Wandel von der Leistungs- zur Ausschreibungsverwaltung fortsetzt, so kann dieses Ausschreibungsverfahren nach dem EEG Vorbild bei der Gestaltung weiterer Ausschreibungssysteme sein. Entsprechende Bausteine zur Konzeptionierung von weiteren Verteilungsverfahren sollen dafür geliefert werden.

¹¹ Vgl. *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 2, 531.

¹² *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 16.