

### Ökostromförderung unter der RED II

IG Windkraft hat Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati Rechtsanwälte GmbH („CHSH“ oder „wir“) beauftragt, die Reichweite der in Art 4 der Neufassung der Erneuerbare-Energien-RL<sup>1</sup> (auch Renewable Energy Directive – im Folgenden „RED II“) niedergelegten Pflicht zur Ausschreibung zu prüfen und mögliche Argumente dafür aufzuzeigen, dass für die Vergabe der Fördermittel für Windkraft nicht zwingend eine Ausschreibung vorzusehen ist.

Zusammengefasst kommen wir zu folgendem Ergebnis:

- Die RED II geht grundsätzlich von der Prämisse aus, dass die Förderung von Erneuerbare Energie -Projekten über ein Ausschreibungsverfahren erfolgt.
- Die RED II kennt Ausnahmen für Klein- und Demonstrationsanlagen.
- Die Art 4 RED II kann uE auch so gelesen werden, dass andere Mechanismen der Fördervergabe zulässig sind, solange die Vorgaben der RED II bzgl. Transparenz, Nicht-Diskriminierung etc. gewährleistet sind und sichergestellt ist, dass die mit der Förderung verbundene Beihilfe auf das notwendige Mindestmaß beschränkt ist.
- Ferner ließe sich für den Fall, dass eine Ausschreibung nicht zu einem effizienten Ergebnis führen würde (etwa weil im Sinne einer regionalen Diversifizierung nur wenige Förderwerber in Betracht kommen), vertreten, dass keine Ausschreibungspflicht besteht, sondern die Förderhöhe auf andere Weise – etwa durch ein Administrativverfahren – festgestellt werden kann.

Dazu im Einzelnen:

#### I. Normtext

##### Article 4

##### Support schemes for energy from renewable sources

1. In order to reach or exceed the Union target set in Article 3(1), and each Member State's contribution to that target set at a national level for the deployment of renewable energy, Member States may apply support schemes.
2. Support schemes for electricity from renewable sources shall provide incentives for the integration of electricity from renewable sources in the electricity market in a market-based and market-responsive way, while avoiding unnecessary distortions of electricity markets as well as taking into account possible system integration costs and grid stability.

---

<sup>1</sup> Vom Europäischen Parlament und Rat beschlossen, aber zum Zeitpunkt der Erstellung dieses Memorandums noch nicht im Amtsblatt kundgemacht.

3. Support schemes for electricity from renewable sources shall be designed so as to maximise the integration of electricity from renewable sources in the electricity market and to ensure that renewable energy producers are responding to market price signals and maximise their market revenues.

To that end, with regard to direct price support schemes, support shall be granted in the form of a market premium, which could be, inter alia, sliding or fixed.

Member States may exempt small-scale installations and demonstration projects from this paragraph, without prejudice to the applicable Union law on the internal market for electricity.

4. Member States shall ensure that support for electricity from renewable sources is granted in an open, transparent, competitive, non-discriminatory and cost-effective manner.

Member States may exempt small-scale installations and demonstration projects from tendering procedures.

5. Member States may also consider establishing mechanisms to ensure the regional diversification in the deployment of renewable electricity, in particular to ensure cost-efficient system integration.

Member States may limit tendering procedures to specific technologies where opening support schemes to all producers of electricity from renewable sources would lead to a suboptimal result, in view of:

- a) the long-term potential of a particular technology;
- b) the need to achieve diversification;
- c) grid integration costs;
- d) network constraints and grid stability;
- e) for biomass, the need to avoid distortions of raw materials markets.

6. Where support for electricity from renewable sources is granted by means of a tendering procedure, Member States shall, in order to ensure a high project realisation rate:

- a) establish and publish non-discriminatory and transparent criteria to qualify for the tendering procedure and set clear dates and rules for delivery of the project;
- b) publish information about previous tendering procedures, including project realisation rates.

7. In order to increase the generation of energy from renewable sources in the outermost regions and small islands, Member States may adapt financial support schemes for projects located in those regions in order to take into account the production costs associated with their specific conditions of isolation and external dependence.

8. By 31 December 2021 and every three years thereafter, the Commission shall report to the European Parliament and to the Council on the performance of support for electricity from renewable sources granted by means of tendering procedures in the Union, analysing, in particular the ability of tendering procedures to:

- a) achieve cost-reduction;
- b) achieve technological improvement;
- c) achieve high realisation rates;
- d) provide non-discriminatory participation of small actors and, where applicable, local authorities;
- e) limit environmental impact;
- f) ensure local acceptability;
- g) ensure security of supply and grid integration.

9. This Article shall apply without prejudice to Articles 107 and 108 TFEU.

## II. Rechtliche Analyse

- a. Art 4 RED II<sup>2</sup> regelt die finanzielle Unterstützung der Produktion erneuerbarer Energien. Die Mitgliedstaaten dürfen demnach Beihilfen gewähren, um die in Art 3 iVm Anhang I RED II vorgegebenen Ziele hinsichtlich des Anteils erneuerbarer Energien zu erfüllen (oder auch zu überfüllen).
- b. Vorgeschrieben wird, dass die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass die Beihilfen in einer offenen, transparenten, wettbewerblichen, nicht-diskriminierenden und kosteneffektiven Weise vergeben werden. Mithin verpflichtet **Art 4 RED II** die Mitgliedstaaten nicht (zumindest nicht explizit) dazu, die Förderungen ausschließlich über Ausschreibungen zu vergeben.
- c. Dass nach der Intention des Unionsgesetzgebers die Vergabe von Förderungen in erster Linie im Wege von **Ausschreibungen** erfolgen soll, ergibt sich aber implizit aus der Ausnahme kleinkapazitärer Erzeugungsanlagen und Demonstrationsprojekte von der Ausschreibungspflicht.
- d. Auch ErwG 19 der RED II nennt das Ausschreibungsverfahren als ein taugliches Mittel, den Beihilfeneinsatz auf das zur Zielerreichung notwendige Maß zu reduzieren. Nach dem Wortlaut des ErwG 19 können grundsätzlich auch andere „markt-basierte Mechanismen“ in Betracht kommen, um die Angemessenheit der Beihilfe zu gewährleisten. Welche das sein können, spezifiziert der ErwG 19 jedoch nicht.
- e. Art 4 RED II nennt zwei Kategorien von EE-Projekten, für welche die Förderungsvergabe mittels Ausschreibungsverfahren *per se* **nicht verpflichtend** ist, nämlich Erzeugungsanlagen mit geringerer Kapazität und Demonstrationsprojekte. ErwG 16 der RED II referenziert hinsichtlich der Kleinanlagen auf die EEAG, sodass Windkraftanlagen unter 6 MW bzw 6 Erzeugungseinheiten nicht ausschreibungspflichtig sind.<sup>3</sup>
- f. Unseres Erachtens sprechen gute Gründe dafür, dass diese Aufzählung nicht abschließend ist, mithin auch weitere Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht zulässig sind und zwar dann, wenn die Ausschreibung nicht dazu führen würde, dass ein marktwirtschaftlich effizientes Ergebnis (vereinfacht gesagt eine „überhöhte“ Förderhöhe) erreicht wird.
- g. In ihrem Bedeutungsgehalt nicht eindeutig ist ferner die Ermächtigung in Art 4 Abs 4 UAbs 3 RED II, dass die Mitgliedstaaten Mechanismen zur **regionalen Diversifi-**

---

<sup>2</sup> Kompilierte Fassung vom 5.11.2018 auf Basis der Trilog-Einigung, A8-0392/2017; Version wurde uns zur Verfügung gestellt von IG Windkraft.

<sup>3</sup> Unklar ist, ob in dem Bereich zwischen 3 und 6 MW bzw Erzeugungseinheiten die Vorgaben der Rz 124 iVm 125 und Rz 131 EEAG anwendbar sein sollen (so die EEAG).

**zierung** der Erzeugung von EE – insbesondere zur kosteneffizienten Systemintegration – berücksichtigen können; uE kann daraus jedenfalls geschlossen werden, dass die regional gleichmäßige Verteilung der Erzeugungsanlagen bei den Ausschreibungen Berücksichtigung finden kann.

- h. Führt die regionale Diversifizierung dazu, dass nur ein Vorhaben oder Standort oder nur eine sehr begrenzte Zahl an Vorhaben oder Standorten in Betracht kommen (und mithin „beihilfefähig“ sind), ließe sich uE unter Umständen (und nach Maßgabe des Einzelfalles) argumentieren, dass eine Ausschreibung nicht zu einem effizienten Ergebnis führen würde (vgl ErwG 19 und sinngemäß den Ausnahmegrund a) der Rz 126 UAbs 2 EEAG) und eine Festlegung der Beihilfenhöhe etwa im Rahmen eines Administrativverfahrens – auch wenn es sich nicht um ein Kleinvorhaben oder Demonstrationsprojekt handelt – zulässig ist.
- i. Im Ergebnis ist Art 4 RED II uE vom Gedanken getragen, dass Beihilfen für EE-Erzeugungsanlagen künftig **im Wege einer Ausschreibung vergeben werden sollen**, so es sich nicht um Kleinanlagen oder Demonstrationsprozesse handelt. Allerdings ist die Ausschreibungspflicht nicht explizit normiert und ergibt sich aus ErwG 19 zum einen, dass auch die Heranziehung eines **anderen marktbasierten Mechanismus** zulässig ist, solange sichergestellt ist, dass die Beihilfe auf das notwendige Mindestmaß reduziert ist (wobei allerdings offen ist, welche alternativen marktbasierten Mechanismen das sein könnten), und zum anderen, dass eine **andere Allokationsform zulässig** ist, wenn die Ausschreibung nicht zu einem effizienten Ergebnis führen würde.

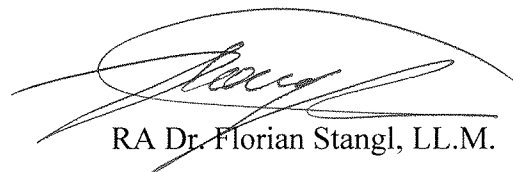
\*\*\*

CHSH Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati Rechtsanwälte GmbH



RA MMag. Dr. Stefan Huber, LL.M.

(Partner)



RA Dr. Florian Stangl, LL.M.

(Rechtsanwalt)