

# Ausschreibungsverfahren für die zentral voruntersuchten Flächen nach den §§ 50 ff. WindSeeG 2023

## STELLUNGNAHME ZU DEN GEPLANTEN FORMULAREN

(Veröffentlicht am 02.12.2022, Bundesnetzagentur, BK6-22-368)

Verfasser der Stellungnahme: \_\_\_\_\_

Kontakt: \_\_\_\_\_

Adresse: \_\_\_\_\_

Datum:

21.12.2022

### I. Einführung

Wir planen daher, in Kooperation mit einem Energieversorgungsunternehmen an den Ausschreibungen nach dem Windenergie-auf-See-Gesetz teilzunehmen. Zu diesem Zweck soll eine gemeinsame Kooperationsgesellschaft gegründet werden. Bezüglich eines Teils des erzeugten Stroms soll ein PPA mit einer Tochtergesellschaft abgeschlossen werden.

Wir bedanken uns für die Möglichkeit, im Rahmen des Konsultationsverfahrens Stellung zu den am 2.12.2022 veröffentlichten Formularen im Ausschreibungsverfahren nach den §§ 50 ff. WindSeeG 2023 nehmen zu können.

## II. Gebotsformular „Gebot für die Fläche N-Y.Y“

### 1. Angaben zum Bieter

#### a. Allgemeine Angaben sowie Angaben bei rechtsfähigen Personengesellschaften oder juristischen Personen

Im Gebotsformular „Gebot für die Fläche N-Y.Y“ ist unter „1. Angaben zum Bieter a) Allgemeine Angaben zum Bieter“ sowie „b) Angaben bei rechtsfähigen Personengesellschaften oder juristischen Personen“ (gleiches gilt auch für das Gebotsformular „Beiderseitige Erklärung zum Umfang zukünftiger Energieliefermengen“ unter „1. Angaben zum Bieter“) vorgesehen, dass lediglich eine rechtsfähige Personengesellschaft oder juristische Person angegeben werden kann.

Daran schließen sich folgende Fragen an:

Heißt das, dass Bietergemeinschaften grundsätzlich von dem Ausschreibungsverfahren ausgeschlossen sind?

Soweit aus Gründen der Gleichbehandlung und Diskriminierungsfreiheit Bietergemeinschaften zugelassen sind, so stellt sich im Anschluss die Frage, welche Anforderungen in diesem Fall an eine solche im Hinblick auf das Ausschreibungsverfahren gestellt werden.

#### b. Eigenerklärung gemäß § 30 Abs. 2a EEG

Der Verweis in § 51 Abs. 1 Nr. 1 WindSeeG 2023 auf § 30 Abs. 2a EEG geht derzeit ins Leere, weil weder § 30 EEG 2021 noch § 30 EEG 2023 einen Abs. 2a enthalten.

Daher stellt sich die Frage, welche Rechtsgrundlage für die Eigenerklärung herangezogen werden soll.

### 2. Projektbeschreibung

#### a. Beitrag zur Dekarbonisierung

Nach § 53 Abs. 1 Nr. 2 WindSeeG 2023 ist ein Kriterium im Ausschreibungsverfahren der Beitrag zur Dekarbonisierung des Ausbaus der Windenergie auf See. Gemäß § 53 Abs. 3 S. 1 WindSeeG 2023 wird dieses Kriterium anhand des Verhältnisses des Einsatzes von ungefördertem Strom aus erneuerbaren Energien gemäß § 2 Nr. 18 Energiefinanzierungsgesetz (EnFG) i.V.m. § 3 Nr. 21 EEG zum Gesamtstrombedarf (und des Einsatzes von Grünem Wasserstoff nach § 3 Nr. 27a EEG zum nicht durch Strom gedeckten Gesamtenergiebedarf) des Herstellungsprozesses für die Windenergieanlagen auf See bewertet.

Hierzu haben wir einige Fragen:

- (1) Die zentral voruntersuchten Flächen werden 2023 ausgeschrieben, der Windpark wird jedoch voraussichtlich erst in 2028 gebaut. Die Bieter werden durch die starke finanzielle Gebotskomponente (60% der Punkte) gezwungen, mit der ökonomisch besten, in 2028 verfügbaren Turbinentechnologie ihr Angebot zu kalkulieren. Diese sind jedoch heute noch nicht verfügbar, da sie in den Entwicklungsabteilungen der Turbinenhersteller erst noch fertig entwickelt werden müssen. Wie sollen die Hersteller im Jahr 2023 eine Erklärung über den Anteil des ungeförderten EE-Stroms und dessen Gesamtstrombedarf zu einer Komponente abgeben, die im Jahr 2023 noch nicht entwickelt und daher noch nicht verfügbar ist?
- (2) Der Herstellungsprozess ist auf S. 3 des o. g. Gebotsformulars als Herstellung aller Komponenten der Windenergieanlagen auf See definiert. Die Komponenten werden in Klammern aufgeführt. Ist es richtig, dass die Aufzählung der Komponenten der

Windenergieanlagen auf See auf S. 3 des o. g. Gebotsformulars abschließend ist? Im Weiteren sollen Komponenten, die nicht zu den Hauptkomponenten gehören, nicht berücksichtigt werden. Was ist mit Komponenten, die Teil einer Hauptkomponente sind (z. B. Schrauben)? Ist es zutreffend, dass diese nicht zum „Herstellungsprozess“ im Sinne des WindSeeG 2023 zählen?

- (3) Wie wird „ungeförderter Strom aus erneuerbaren Energien“ berücksichtigt, der außerhalb der Europäischen Union erzeugt wird und für den keine Herkunftsnachweise im Sinne des Art. 19 der Richtlinie (EU) 2018/2001, ABl. L 328/82 ausgestellt werden?
- (4) Welche Anforderungen werden an die Erklärung des potentiellen Herstellers gestellt? Wenn dieser teilweise ungeförderter Grünstrom und teilweise Graustrom verwendet, stellt sich die Frage, wie eine Zuordnung auf die relevante Komponente der Windenergieanlage erfolgen soll? Wie soll der Bieter nach § 53 Abs. 3 S. 8 WindSeeG 2023 i. V. m. § 32 Nr. 1 lit. e EnFG nachweisen, dass der Hersteller z. B. die Herkunftsnachweise entsprechend entwerfen lassen hat? Dies ist außerhalb der Sphäre des Bieters.

#### **b. Umfang der Lieferung**

Zum Umfang der Lieferung siehe unter III. Gebotsformular „Beiderseitige Erklärung zum Umfang zukünftiger Energieliefermengen“.

#### **c. Eingesetzte Gründungstechnologie**

Nach § 53 Abs. 1 Nr. 4 WindSeeG 2023 ist die mit der eingesetzten Gründungstechnologie verbundene Schallbelastung und Versiegelung des Meeresbodens Auswahlkriterium im Verfahren. Nach § 53 Abs. 5 S. 2 WindSeeG 2023 erhält das Gebot die maximale Punktzahl von 10 Bewertungspunkten, das bezogen auf die Gesamtanzahl der Anlagen den höchsten Anteil von Anlagen enthält, die weder durch den Einsatz von Impulsrammung noch von Schwergewichtsrundungen gegründet werden.

Seit 2021 wird ein schallärmeres Verfahren eingesetzt, das die senkrecht gerichteten Schwingungen nutzt, um die Fundamente in den Boden einzubringen. Die Anwendung dieser innovativen Vibrationsrammtechnik (sog. Vibro Pile Driving) ermöglicht eine deutlich schnellere und für die Gründungsstruktur schonendere Einbringung bei wesentlich reduzierter Schallentwicklung.

Es ist das Ziel von , dieses Verfahren, soweit am Markt verfügbar, zum Schutz der Meerestiere einzusetzen. Es handelt sich jedoch um eine recht neue Technologie, die noch nicht umfassend erprobt wurde. Es besteht daher die Möglichkeit, dass aufgrund der Bodenbeschaffenheit in einer Tiefe von über 40 Metern das Fundament mittels Vibro Pile Driving nicht in den Boden eingebracht werden kann.

Nach § 15 Abs. 1 S. 1 WindSeeG 2023 i.V.m. § 30a Abs. 4 EEG 2023 sind die Bieter an ihre Gebote gebunden.

Es stellt sich jedoch die Frage, wie damit umgegangen wird, wenn der Bieter nach bestem Wissen in seinem Angebot dargelegt hat, die innovative Vibrationsrammtechnik einsetzen zu wollen, es sich jedoch im Rahmen der Umsetzung herausstellt, dass diese, etwa aufgrund der Bodenbeschaffenheit, rein tatsächlich nicht eingesetzt werden kann.

#### **d. Beitrag zur Fachkräftesicherung**

Kriterium ist nach § 53 Abs. 1 Nr. 5 WindSeeG 2023 der Beitrag zur Fachkräftesicherung. Nach § 53 Abs. 6 S. 1 WindSeeG 2023 wird dieser anhand des Verhältnisses der Auszubildenden zu den sozialversicherungspflichtig Beschäftigten zum Zeitpunkt der Gebotsabgabe bewertet. Nach § 53 Abs. 6 S. 7 und 8 WindSeeG 2023 soll der Nachweis über

die Vorlage eines anonymisierten Ausbildungsvertrages, eines anonymisierten Arbeitsvertrages oder in vergleichbar rechtssichere Weise nachgewiesen werden. Nach § 53 Abs. 6 S. 5 WindSeeG 2023 werden dabei auch Unternehmen berücksichtigt, die für den Bieter die Errichtung und Wartung der Windenergieanlagen auf See übernehmen sollen.

Hieran knüpfen sich die folgenden Fragen an:

- (1) Wie sollen diese Nachweise geführt werden, wenn das Unternehmen seinen Sitz im Ausland hat und es keinen Berufsausbildungsvertrag im Sinne des § 10 des Berufsbildungsgesetzes gibt? Was meint „in vergleichbar rechtssichere Weise“?
- (2) Wie soll der Bieter an Ausbildungs- und Arbeitsverträge von Auszubildenden und Arbeitnehmern eines Unternehmens gelangen, das er lediglich mit der Errichtung und/oder Wartung des Windparks beauftragt hat?

#### **e. Zustimmung zur Nutzung von Unterlagen nach § 91 Abs. 1 WindSeeG 2023**

Bei der Zustimmung zur Nutzung von Unterlagen stellt sich die folgende Frage:

Wie wird sichergestellt, dass keine Unterlagen an einen neuen Vorhabenträger weitergegeben werden, die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des Bieters enthalten?

#### **f. Anlagen**

Es wurde weder ein Formular „Vollmacht“ noch ein Formular „Bürgschaft“ im Rahmen des Konsultationsverfahrens veröffentlicht.

Wann werden diese Formulare nachgereicht? Insbesondere im Hinblick auf das Formular „Bürgschaft“ könnten sich eine Reihe von Fragen ergeben.

### **III. Gebotsformular „Beiderseitige Erklärung zum Umfang zukünftiger Energieliefermengen“**

Wir möchten gerne unsere Auffassung zu den Anforderungen der §§ 53 Abs. 1 Nr. 3, 51 Abs. 3 Nr. 2 WindSeeG 2023 für zentral voruntersuchte Flächen darlegen. Demnach muss die Projektbeschreibung nachvollziehbare und belegbare Angaben zu dem „Umfang der Lieferung von auf der ausgeschriebenen Fläche erzeugter Energie, der durch eine oder mehrere beidseitige unterzeichnete Erklärungen mit einem *anderen Unternehmen*, künftig einen Liefervertrag abzuschließen, nachgewiesen wird“ enthalten.

In dem Gebotsformular muss unter 2. erklärt werden, dass der Bieter und das zu beliefernde Unternehmen nicht verbundene Unternehmen im Sinne des § 15 AktG sind.

Unseres Erachtens stellt jedoch auch eine Tochtergesellschaft, unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der Kooperationsgesellschaft, ein „anderes Unternehmen“ im Sinne der §§ 53 Abs. 1 Nr. 3, 51 Abs. 3 Nr. 2 WindSeeG 2023 dar.

Die von Ihnen vorgenommene einschränkende Auslegung ergibt sich weder aus dem Wortlaut der Norm noch aus teleologischen Erwägungen.

Hierzu im Einzelnen:

#### **a. Wortlaut des § 51 Abs. 3 Nr. 2 WindSeeG 2023**

Nach dem Wortlaut des § 51 Abs. 3 Nr. 2 WindSeeG 2023 ist es ausreichend, wenn der Stromliefervertrag mit einem anderen Unternehmen abgeschlossen wird.

Unter dem Begriff des „Unternehmens“ wird im deutschen Recht regelmäßig eine rechtlich selbständige Einheit mit eigener Rechtspersönlichkeit verstanden (vgl. § 14 BGB). Das WindSeeG 2023 enthält auch keine hiervon abweichende Definition.

Vielmehr wird im Energierecht in der Regel auf die jeweilige rechtliche Einheit abgestellt. So stellt z. B. das BAFA in seinem „Merkblatt für stromkostenintensive Unternehmen 2022“ vom 10.05.2022 auf ein Unternehmen als kleinste rechtlich selbständige Einheit ab, so dass bei Konzernen immer die einzelne Konzerngesellschaft betrachtet wird. Auch das EEG 2021 definiert ein Unternehmen in § 3 Nr. 47 EEG 2021 als einen Rechtsträger, der einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb unter Beteiligung am allgemein wirtschaftlichen Verkehr nachhaltig mit eigener Gewinnerzielungsabsicht betreibt.

Eine Konzernbetrachtung wird im Energierecht allenfalls im Rahmen des sog. vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens nach § 3 Nr. 38 EnWG angestellt. Hintergrund dieser Regelung ist jedoch, dass aufgrund einer durch ein Netz entstehenden faktischen Monopolstellung Tätigkeitsbereiche in der Energieversorgung voneinander entflochten werden müssen. Hierauf kommt es jedoch vorliegend nicht an. Im Übrigen wird dann auch der Begriff des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens verwendet.

Der Wortlaut der Norm stellt allein auf ein „anderes Unternehmen“ ab. Ein anderes Unternehmen ist schlicht, eine andere juristische Person, ohne dass an diese einschränkende Voraussetzungen geknüpft werden. Aus diesem Grund erfüllt unseres Erachtens auch der Abschluss eines PPAs zwischen einer Kooperationsgesellschaft als Bieter und einer X-Tochtergesellschaft die Anforderung des §§ 53 Abs. 1 Nr. 3, 51 Abs. 3 Nr. 2 WindSeeG 2023.

#### **b. Einschränkung durch die Bundesnetzagentur**

Die Bundesnetzagentur schränkt nunmehr in ihrem Gebotsformular den Wortlaut des § 51 Abs. 3 Nr. 2 WindSeeG 2023 dahingehend ein, dass verbundene Unternehmen nach § 15 AktG keine „anderen Unternehmen“ im Sinne der Vorschrift sind.

Für eine solche restriktive Auslegung gibt es jedoch keine Grundlage. Der Bericht des Ausschusses für Klimaschutz und Energie (BT-Drs. 20/2657, S. 10), wonach „konzerninterne Stromgeschäfte“ nicht ausreichen, bezieht sich nur auf § 17 Abs. 1 Nr. 5 WindSeeG 2023. Eine entsprechende Einschränkung erhält der Bericht für §§ 53 Abs. 1 Nr. 3, 51 Abs. 3 Nr. 2 WindSeeG 2023 nicht.

Im Übrigen sind die Gründe, aus denen der Ausschuss für Klimaschutz und Energie die Auffassung vertritt, konzerninterne Stromgeschäfte würden den Anforderungen des § 17 Abs. 1 Nr. 5 WindSeeG 2023 nicht genügen, nicht ersichtlich. Zumal das gesetzgeberische Ziel, der Industrie die Strommengen aus den nicht zentral voruntersuchten Flächen zur Verfügung zu stellen, ja erreicht wird. Daher ist auch nicht erkennbar, warum diese Einschränkung analog auf §§ 53 Abs. 1 Nr. 3, 51 Abs. 3 Nr. 2 WindSeeG 2023 Anwendung finden sollte.

Im Ergebnis führt die restriktive Auslegung der §§ 53 Abs. 1 Nr. 3, 51 Abs. 3 Nr. 2 WindSeeG 2023 dazu, dass bei diesem Kriterium nur dann die volle Punktzahl erzielt werden kann, wenn 100 % der auf der ausgeschriebenen Fläche erzeugten Energie im Rahmen einer Kooperation an ein drittes Unternehmen verkauft wird. Würde sich das Industrieunternehmen daher nicht finanziell und gesellschaftsrechtlich beteiligen, so könnten bis zu 100 % des Ausschreibungsvolumens an dieses verkauft werden.

Mit Blick auf das übergeordnete Ausbauziel der erneuerbaren Energien, nämlich der Steigerung des Ausbaus von Offshore-Stromerzeugung, ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund Marktakteure, die sich an der Finanzierung eines Windparks beteiligen wollen, Wettbewerbsnachteile im Ausschreibungsverfahren erleiden sollten.

### c. Zwischenergebnis

Nach dem Wortlaut des §§ 53 Abs. 1 Nr. 3, 51 Abs. 3 Nr. 2 WindSeeG 2023 ist der Abschluss eines PPAs mit einem anderen Unternehmen, gemeint als andere juristische Person, ausreichend. Soweit der Gesetzgeber eine Einschränkung dahingehend gewollt hätte, dass PPAs mit verbundenen Unternehmen im Rahmen dieses Auswahlkriteriums nicht berücksichtigt werden sollen, hätte er dies regeln können und nicht den Begriff des „anderen Unternehmens“ wählen müssen.

Daher ist eine Anpassung des Gebotsformulars zwingend erforderlich, so dass dieses die Vorgaben aus dem WindSeeG 2023 widerspiegelt.

Der Satz unter „2. Angaben zum zu beliefernden Unternehmen“

„Die beiden Unternehmen erklären zugleich, **nicht verbundene Unternehmen** im Sinne des § 15 Aktiengesetz zu sein.“

ist daher zu streichen.