

Stellungnahme der Stiftung OFFSHORE WINDENERGIE

zum Entwurf des BMWi für eine Verordnung zur Vergabe von sonstigen Energiegewinnungsbereichen in der ausschließlichen Wirtschaftszone

Am 11.08.2021 hat das BMWi den Entwurf für eine „Verordnung zur Vergabe von sonstigen Energiegewinnungsbereichen“ in der ausschließlichen Wirtschaftszone (im Folgenden von uns SonstEGBV-E abgekürzt) übersandt und Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 25.08.2021 eingeräumt. Von dieser Möglichkeit machen wir gerne Gebrauch.

Grundsätzliche Anmerkungen

Die Verordnung basiert auf § 71 Abs. 1 Nr. 5 WindSeeG. Sie ermöglicht die Vergabe der Antragsberechtigung für sog. „sonstige Energiegewinnungsbereiche“ (§ 3 Nr. 8 iVm § 67a WindSeeG). Da der 2020 fortgeschriebene Flächenentwicklungsplan des BSH sowohl in der Nord- als auch in der Ostsee erste sonstige Energiegewinnungsbereiche bereits festgelegt hat, ist dieses Instrument erforderlich, um deren Nutzung zu gewährleisten; andernfalls liefen diese Festlegungen leer. Wir begrüßen daher, dass das BMWi diesen Entwurf vorgelegt hat. Erfreulich ist auch, dass bereits in 2022 die erste Ausschreibung durchgeführt werden soll.

Die Kriterien der Zuschlagserteilung sind anspruchsvoll und beziehen sich auf sehr vielseitige Gesichtspunkte. Wir möchten daher darauf hinweisen, dass die im Allgemeinen Teil der Verordnungsbegründung genannte Aufwands- und Personalkostenschätzung deutlich hinter dem Erforderlichen zurückbleiben dürfte; vielmehr ist davon auszugehen, dass in den zur Verfügung stehenden Monaten ein Projektteam von zehn bis zwölf hochqualifizierten Personen in Vollzeit eingesetzt wird.

Des Weiteren halten wir es für sinnvoll, die Darstellung des Transportkonzepts an Land in den Anforderungskatalog aufzunehmen und begrüßen daher § 8 Abs. 2 Nr. 3 SonstEGBV-E. Es gibt allerdings insoweit einige Punkte, die in der Verordnung noch geschärft bzw. an anderer Stelle noch bearbeitet werden müssten:

- Inwieweit fließt das Transportkonzept in die Bewertung ein? Das Konzept als solches scheint nicht Gegenstand der Bewertung zu sein (vgl. den Kriterienkatalog des § 9 SonstEGBV-E). Geht es um eine Plausibilitätsprüfung? Wie ist vorzugehen, wenn ein Konzept nicht plausibel ist? Die Höhe der Sicherheitsleistung bietet hier sicherlich einiges Potential, solche Fälle zu vermeiden, aber geregelt werden sollte ein solcher Fall u.E. dennoch.

- Die Verordnung differenziert nach „Transport bis zum Übergabepunkt“ und „Transport“; dabei ist nicht durchgehend klar, wann genau welcher Transport (also bis wohin) gemeint ist. Wir regen an, im Verordnungstext immer dann von „Transport bis zum Übergabepunkt“ zu sprechen, wenn dies gemeint ist, und dies nicht der Begründung oder der Herleitung über Paragraphenkettens zu überlassen. So ergibt sich zwar aus § 9 Abs. 6 SonstEGBV-E, dass in § 8 Abs. 2 Nr. 7 der Transport bis zum Übergabepunkt gemeint sein dürfte; auch die Begründung von § 8 Abs. 7 führt dies an. In § 9 Abs. 4 und Abs. 5 Nr. 3 hingegen scheint der Transport bis an Land gemeint zu sein. Ausdrücklich wiederum findet sich der Transport bis an Land in § 14 Abs. 1 Nr. 3 SonstEGBV-E. Hier sollte konsistent formuliert werden.
- Soweit es darum geht, auf See Wasserstoff zu erzeugen – und dies wird vermutlich der Hauptanwendungsfall werden – ist der Transport des Wasserstoffs per Schiff wirtschaftlich jedenfalls derzeit eher unattraktiv. Es muss daher rechtlich möglich sein, andere Transportkonzepte zu realisieren und sonstige Energiegewinnungsbereiche mit Rohrleitungen an Land anzuschließen. **Für den bereits festgelegten sonstigen Energiegewinnungsbereich in der Nordsee SEN-1 ist das nicht der Fall; der Flächenentwicklungsplan untersagt ein solches Konzept (Ziff. 7.3 FEP 2020 iVm § 5 Abs. 2a WindSeeG). Vor Beginn der Ausschreibung nach dieser Verordnung muss der FEP entsprechend fortgeschrieben werden.** Andernfalls ist in der Nordsee im Bereich SEN-1 keine wirtschaftliche Lösung für die Wasserstoffherzeugung auf See ersichtlich.
- Insgesamt sind die Vergabe der Antragsberechtigung für die sonstigen Energiegewinnungsbereiche und die Rolle des Transportkonzepts an Land noch nicht überzeugend verzahnt – oder nicht hinreichend getrennt, je nachdem, was gewollt ist. Die derzeitigen Regelungsvorschläge lassen keine klare Linie erkennen. Wofür sind die Bieter verantwortlich, was liegt in ihrer Risikosphäre? Hier sollte noch nachgeschärft werden.

Im Einzelnen

§ 2 Nr. 1 Teilbereiche

Rein vorsorglich weisen wir darauf hin, dass bei der Aufteilung eines SE-Bereichs in Teilbereiche die Wirtschaftlichkeit nicht verloren gehen darf. Der bereits festgelegte Bereich SEN-1 beispielsweise würde – jedenfalls für die Wasserstoffherzeugung auf See – keine Aufteilung vertragen.

§ 2 Nr. 2 Übergabepunkt

Es ist sinnvoll, den Einspeisepunkt in die Leitung als Übergabepunkt für einen Energieträger, der per Leitung transportiert werden soll, zu definieren. Dies entspricht der rechtlichen Situation, dass eine Leitung eine andere Anlage ist und einem eigenen Zulassungsregime unterliegt. Wir begrüßen diese Regelung.

Unklar ist allerdings die Formulierung der 2. Alternative. Zum einen bezeichnet „vom Küstenmeer an Land transportiert“ keinen Ort, sondern ein Konzept. Erst aus der Begründung ergibt sich, dass der Übergabepunkt die Kaikante des „Verladehafens“ sei. Dabei stellt sich dann aber die Frage, ob von einem „Hafen“ mit „Kaikante“ auf See ausgegangen wird, oder ob dies den Hafen an Land bezeichnet, denn normalerweise ist „Verladehafen“ der Hafen, an dem das Transportgut auf das Schiff *verladen* und nicht *entladen* wird. Außerdem ist unklar, weshalb der Energieträger „vom Küstenmeer“ an Land transportiert wird, obwohl die sonstigen Energiegewinnungsbereiche sich jetzt und auch zukünftig vornehmlich in der AWZ finden dürften. **U.E. ist hier redaktionelle Nacharbeit erforderlich.**

Für eine diskriminierungsfreie Vergleichbarkeit der Gebote könnte eine örtliche Vergleichbarkeit der Übergabepunkte sowohl für leitungs- als auch für schiffsgebundenen Transport sinnvoll sein.

§ 3 Ausschreibungsgegenstand

Die Vorschrift ist weitgehend redundant zu § 1 SonstEGBV-E und trifft keine Aussage zum Ausschreibungsgegenstand. Sie könnte insoweit geschärft werden.

§ 5 S. 3 Neuausschreibung bei unwirksam gewordener Antragsberechtigung

Wir begrüßen, dass bereits in 2022 die erste Ausschreibung der Antragsberechtigungen für sonstige Energiegewinnungsbereiche erfolgen soll. Auch der Ansatz, sehr zeitnah nach Fortschreibung oder Änderung des Flächenentwicklungsplans neu festgelegte sonstige Energiegewinnungsbereiche auszuschreiben, ist jedenfalls zunächst zielführend.

Allerdings gehen wir davon aus, dass perspektivisch in weit größerem Umfang solche Bereiche festgelegt werden. Durch die zeitlich fixierte Pflicht zur Ausschreibung schon in der Verordnung wird das BSH mithin in einen stetigen Fort- und Ausschreibungswechsel gezwungen, der gegebenenfalls nicht das effizienteste Vorgehen darstellt. Zu gegebener Zeit sollte daher ähnlich wie bei der Ausschreibung von Flächen die Festlegung der sonstigen Energiegewinnungsbereiche im Flächenentwicklungsplan mit einem Ausschreibungsdatum verbunden werden, so dass der Fortschreibungsaufwand entfällt.

§ 6 Bekanntmachung

Die Erstellung des Gebots in sechs Monaten ist durchaus ehrgeizig. Da der Zeitrahmen abgepuffert wird durch die Möglichkeit vorbereitender Arbeiten nach Fortschreibung des FEP und gleichzeitig verpflichtend vorgesehener Ausschreibung (§ 5 SonstEGBV-E) überwiegt jedoch auch nach unserem Dafürhalten der Anspruch einer möglichst zügigen Nutzung.

§ 8 Abs. 1 Anforderungen an Gebote

Wir gehen davon aus, dass Abs. 1 S. 2 nur den Raum definiert, auf den die Bieter Gebote abgeben können, nicht aber die Anzahl der Gebote pro Bieter: Ein Bieter (dieselbe juristische Person) kann also auch für zwei oder mehr Teilbereiche Gebote abgeben. Trifft dieses Verständnis zu?

§ 8 Abs. 2, 3 Anforderungen an Gebote

Der Katalog der Anforderungen in den Abs. 2 und 3 ist anspruchsvoll. Wir halten dies prinzipiell für richtig, weil davon auszugehen ist, dass ein in diesem Sinne vollständiges Gebot für die Ernsthaftigkeit des Umsetzungswillens spricht. Da ansonsten die Eignung und Leistungsfähigkeit der Bieter etwa durch einen track-record nicht zu belegen ist, kann auf diese Weise die Realisierung von Projekten hinreichend abgesichert werden.

Allerdings wird eine Detaillierung und Bindung verlangt, die nicht einmal bei konventionellen Projekten zur Zeit der Gebotserstellung üblich ist. Bei Projekten, denen definitions- und anforderungsgemäß ein erhöhter Innovationsgehalt innewohnt, ist das Risiko, dass die Gebotsinhalte nicht bzw. nicht vollumfänglich eingehalten werden können, noch erhöht. Soweit die Projektbeschreibungen Spielräume formulieren, muss gewährleistet sein, dass dies nicht übermäßig negativ gewertet wird.

Dies gilt insbesondere angesichts der drastischen Konsequenz aus § 13 Abs. 1 S. 3 SonstEGBV-E. Zwar sieht § 13 Abs. 1 S. 3 SonstEGBV-E vor, dass nur „wesentliche“ Abweichungen zu einem ablehnenden Planfeststellungsbescheid führen dürfen. Bei einem Punktesystem ist aber *ohne* weitere verhältnismäßige Wertung, die eigentlich in diesem unbestimmten Begriff der Wesentlichkeit auf der Tatbestandsseite liegt, jeder nachträgliche „Punktabzug“ wesentlich, weil dann gegebenenfalls die Vergabe der Antragsberechtigung anders hätte erfolgen müssen. Dass dies für die Ablehnung des Planfeststellungsantrag nicht ausreicht, müsste an geeigneter Stelle klargestellt werden. So muss der Grund für die Abweichung eine Rolle spielen können, und letztlich maßgeblich sein muss, ob am Ende des Tages ein Aliud entstehen würde. In der Begründung klingt zwar an, dass es sich um derart grundlegende Abweichungen handeln muss, doch reicht dies für die Vermeidung von Konkurrentenklagen möglicherweise nicht aus.

Davon abgesehen sind nach unserem Dafürhalten einige der Anforderungen zum Zeitpunkt der Gebotserstellung kaum belastbar zu erfüllen. So kann beispielsweise eine Planung der Erstellung der Antragsunterlagen ohne Antragskonferenz/Scoping nur ins Blaue erstellt werden. Auch die Anzahl der Kleinstunternehmen und KMU kann sich bis zum Zeitpunkt des Kontrahierens noch grundlegend ändern. Ein Wartungskonzept ist eine typischerweise im Planfeststellungsverfahren vorzulegende Unterlage. **Auch das Transportkonzept dürfte typischerweise von der Realisierung oder Mitarbeit durch Dritte abhängen. Werden hier Konsortialverträge, Vorverträge, LOIs o.ä. verlangt?** Dies gilt sowohl für Rohrleitungen als auch für Spezialschiffe. Da das Konzept Gegenstand der Projektbeschreibung ist, muss es ja in irgendeiner Weise in der Verantwortung des Bieters verortet werden, damit kein Planungstorso entsteht. Hier fehlt es an Klarheit.

Zur nach Abs. 3 vorzulegenden Wirtschafts- und Finanzierungsplanung regen wir an, dass im Rahmen der Bekanntmachung ein **fiktiver Fixpreis für das Kilogramm Wasserstoff**

festgelegt wird. Er begründet keinerlei Ansprüche, stellt jedoch die Vergleichbarkeit der Gebote her. Dies sollte jedenfalls für die ersten Ausschreibungsrunden gelten.

§ 9 Abs. 4 **Zuschlagskriterien/TRL**

§ 9 SonstEGBV-E enthält Vorgaben zur Bewertung der Angaben aus der Projektbeschreibung.

Wir halten die Bewertungsvorgabe aus Abs. 4 bzgl. des Teilsystems Anlagendesign nicht für sinnvoll. Es ist erklärungsbedürftig, weshalb der niedrigere Reifegrad der Technologiekombination höher bewertet wird als der reifere. Die Begründung verhält sich hierzu nicht.

Unklar ist die Rolle des Transportkonzepts bei der Bewertung. Wird erwartet, dass zum Zeitpunkt der Gebotserstellung das Transportkonzept nicht nur rechtlich möglich ist, sondern dass es bereits ausgereift und seine Umsetzung (ggf. auf den Zuschlag bedingt) kontrahiert ist?

Die dem BSH in Abs. 8 eingeräumte Möglichkeit, Sachverständige hinzuzuziehen, ist sehr sachgerecht.

§ 13 **Rechtsfolgen etc.**

Wir haben oben (zu § 8 Abs. 2, 3) bereits dargelegt, dass wir die Voraussetzungen der Rechtsfolge des § 13 Abs. 1 S. 3 SonstEGBV-E für zu eng halten. Wenn Innovationen befördert werden sollen, muss für die Umsetzung Spielraum gegeben werden.

Die Regelung in Abs. 6 schlägt eine gelungene Brücke zu anderen Rechtsbereichen.

§ 14 **Realisierungsfristen**

Zu Abs. 1 Nr. 3: Ist der Finanzierungsnachweis für Infrastruktur zum Transport der erzeugten finalen Energieträger an Land auch dann vorzulegen, wenn diese Infrastruktur von einem Dritten errichtet wird? Wie wird die Zulassungsbedürftigkeit und auch Realisierung dieser Infrastruktur auf der Zeitschiene berücksichtigt? Bedarf es einer Anschlusszusage an diese Infrastruktur?

§ 15 **Sanktionen**

Es bedarf einer an § 61 WindSeeG angelehnten Regelung, unter welchen Umständen das BSH von Sanktionen absehen kann/muss/soll.

Es bedarf darüber hinaus einer an § 62 Abs. 2 WindSeeG angelehnte Regelung, unter welchen Voraussetzungen der Antragsberechtigte die Antragsberechtigung sanktionslos zurückgeben darf. Dies gerade auch angesichts des Umstands, dass es sich um neue Technologien, um neue Märkte und um nicht voruntersuchte Flächen handelt.

Des Weiteren sollte eine Regelung getroffen werden, inwieweit dem Antragsberechtigten Verzögerungen bei der Umsetzung des Transportkonzepts zur Last gelegt werden, wenn das Transportkonzept in der Hand Dritter liegt.

§ 16 Erstattung von Sicherheiten

Wenn die Frist nach § 14 Abs. 1 Nr. 5 SonstEGBV-E erreicht ist, sollte die hinterlegte Sicherheit zurückerstattet werden bis auf den Anteil, der ggf. noch nach § 15 Abs. 2 Nr. 5 SonstEGBV-E als Pönale zu leisten sein könnte.

25.08.2021

Dr. Ursula Prall

(Vorstandsvorsitzende der Stiftung OFFSHORE WINDENERGIE)

Ansprechpartner:

Andreas Mummert

Stiftung OFFSHORE WINDENERGIE

a.mummert@offshore-stiftung.de