

## Unverhältnismäßigkeit der Sicherheitsleistungen – unter §§ 42 ff. StromVKG-E

### A. Keine Aussage zur Mindesthöhe von Sicherheitsleistungen in den ausschreibungsrechtlichen Vorgaben der KUEBLL und CISAF

Die KUEBLL und CISAF sehen vor, dass die Ausschreibungen durch die Mitgliedsstaaten

*offen, klar, transparent und **diskriminierungsfrei** auszugestalten sind und auf **objektiven Kriterien** beruhen müssen [...].*

Das europäische Beihilfenrecht schreibt **keine Mindesthöhe** von Sicherheitsleistungen vor und belässt dem nationalen Gesetzgeber insofern einen Gestaltungsspielraum. Es gibt lediglich den äußeren Rahmen vor, innerhalb dessen der Gesetzgeber seine Regelungsentscheidungen zu treffen hat. Eine Verpflichtung, besonders hohe oder restriktive Sicherheitsleistungen vorzusehen, lässt sich daraus **nicht** ableiten.

### B. Unverhältnismäßigkeit der Sicherheitsleistungen unter §§ 42 ff. StromVKG-E

Die Sicherheitsleistung muss in ihrer Höhe und Art der Ausgestaltung verhältnismäßig sein und darf nicht zur faktischen Marktzugangshürde werden. Die Ausgestaltung des Fördermechanismus darf den potenziellen Beihilfeempfänger nicht in eine Situation versetzen, in der eine **wirtschaftlich sinnvolle Teilnahme faktisch oder systemisch ausgeschlossen wird** (Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV i.V.m. KUEBLL Rn. 20 ff.; CISAF Rn. 16 ff.). Die Anforderungen dürfen **nicht** zu **übermäßigen Verzerrungen** des Funktionierens der Elektrizitätsmärkte führen, (vgl. *Wende*, in: Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, 2. Aufl 2025, Art. 107 Rn. 2674).

Gemessen an diesem Maßstab begegnet die Ausgestaltung hinsichtlich Art und Höhe der Sicherheitsleistung **erheblichen Bedenken**.

#### 1. Unverhältnismäßige Höhe der Sicherheitsleistungen

Die Verpflichtung, unmittelbar nach Erteilung des Zuschlags, sowohl die Realisierungssicherheit in Höhe des 1,8 – fachen Gebotswertes (vgl. § 43 StromVKG-E i.V.m § 64 Abs. 2 StromVKG-E) als auch die Ausgleichszahlungssicherheit in Höhe des 1 – fachen Gebotswertes (vgl. § 44 Abs. 1 und 2 StromVKG-E i.V.m. § 80 StromVKG-E) zu stellen, führt zu einer Kumulierung des Sicherheitsvolumens, das eine wirtschaftliche Teilnahme an den

Ausschreibungen erheblich erschwert und im Einzelfall sogar gänzlich verhindern kann. Es müssen unmittelbar nach Erteilung des Zuschlags Sicherheiten in Summe in Höhe des 2,8 – fachen Gebotswertes gestellt werden. Dies entspricht rund 20 % der gesamten Kapazitätsvergütung über den Verpflichtungszeitraum von 15 Jahren.

a) Es ist nicht unüblich, dass

- Pönale-/ pauschalierte Schadensersatzverpflichtungen vorgesehen werden, um die Erfüllung von Verpflichtungen abzusichern, und
- die Erfüllung der Pönale-/ Schadensersatzverpflichtung durch die Stellung von Sicherheiten abgesichert wird.

Danach sind allerdings

- einerseits der Sicherungszweck von Pönale-/Schadensersatzverpflichtung und Sicherheit und
- andererseits die Leistungen der Beteiligten zu beachten.

(i) Im Bereich der Errichtung von technischen Großanlagen, Kraftwerken und Energieerzeugungsanlagen ist es üblich, dass der Unternehmer, der die Lieferung und Errichtung der Anlage übernimmt, zu Bau-/Errichtungsbeginn einer Vertragserfüllungsbürgschaft stellt. Solche Vertragserfüllungsbürgschaften bewegen sich üblicher Weise im Bereich von 10 % der vertraglich vereinbarten Vergütung.

Dabei ist allerdings zu beachten, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, vor Stellung der Vertragserfüllungsbürgschaft entsprechende Anzahlungen zu leisten, die mindestens der Höhe der Vertragserfüllungsbürgschaft entsprechen. Für den Unternehmer ist die Stellung der Vertragserfüllungsbürgschaft damit cash-neutral

Die Sachlage im Falle der § 42 ff. StromVKG-E unterscheidet sich von dieser Konstellation grundlegend. Zu dem Zeitpunkt, zu dem die Bieter die Realisierungssicherheit und die Ausgleichszahlungssicherheit stellen müssen, erhalten sie keinerlei Zahlung. Die erste Zahlung, die unter dem StromVKG-E geleistet wird, ist die Kapazitätsvergütung, die nach Errichtung und Inbetriebnahme und erfolgreicher Präqualifizierung am

Ende des Jahres, in dem diese Voraussetzungen erfüllt werden, gezahlt wird. Die Verpflichtung, eine Realisierungssicherheit und eine Ausgleichszahlungssicherheit unmittelbar nach Erteilung des Zuschlages zu stellen, ist damit grade nicht cash-neutral.

- (ii) Mit der Realisierungssicherheit wird das Ziel verfolgt, die Errichtung der Anlage unter dem StromVKG-E sicherzustellen. Dieses Ziel wird erfüllt, dadurch, dass die Anlage in Betrieb genommen und zur Präqualifizierung angemeldet wird.

Die Ausgleichszahlungssicherheit dient demgegenüber zu dem Zweck, in der **Betriebsphase** die Verfügbarkeit der Anlage und die technische Leistung (elektrische Nettleitung) sicherzustellen. Diese Zielsetzung wird erst relevant, nachdem die Anlage errichtet und in Betrieb genommen und sodann präqualifiziert worden ist.

Im Sinne dieser Zielsetzungen ist es weder erforderlich, noch sachgerecht, dass bereits unmittelbar nach Erteilung des Zuschlags

- sowohl eine Realisierungssicherheit
- als auch zeitgleich eine Ausgleichszahlungssicherheit

gestellt werden.

Da die Ausgleichszahlungssicherheit erst nach Errichtung und Inbetriebnahme der Anlage relevant wird, ist es im Sinne der Zielsetzung des StromVKG-E sachgerecht und ausreichend, dass diese Ausgleichszahlungssicherheit erst **nach Inbetriebnahme** und Präqualifizierung der Anlage **Zug-um-Zug** gegen Rückgabe der Realisierungssicherheit zu stellen ist.

Eine solche Struktur ist in Großanlagenbau-/Kraftwerksprojekten **allgemein üblich**. Die Verpflichtung zur Errichtung/Realisierung der Anlage/des Kraftwerks wird über Vertragserfüllungsbürgschaften gesichert, die zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme/Abnahme zurückzugeben sind. Zur Absicherung der Verpflichtungen nach Inbetriebnahme/Abnahme, insbesondere Gewährleistungsverpflichtungen, hat der Unternehmer sodann **nach Inbetriebnahme/Abnahme** eine Gewährleistungsbürgschaft zu stellen, allerdings nur Zug-um-Zug wegen **Rückgabe** der Vertragserfüllungsbürg-

schaft. Eine Konstellation, dass der Unternehmer zeitgleich und zu Beginn der Vertragserfüllung sowohl Vertragserfüllungsbürgschaft als Gewährleistungsbürgschaft parallel zu stellen hat, ist gänzlich unüblich.

- b) Die Anforderungen an Sicherheitsleistungen unter § 42 ff. StromVKG-E gehen deutlich über die Anforderungen hinaus, die unter dem EEG 2023 und anderen Regimen bekannt sind.
- (i) Sämtliche Regime sehen Pönalverpflichtungen und entsprechende Sicherheitsleistungen vor, die einen bestimmten Vertrag je Leistung, die im Ausschreibungsverfahren geboten wird, entspricht. Dies gilt etwa für
- § 31 Abs. 1 EEG 2023
  - § 10 Abs. 2 KWKAusV
  - § 18 WindSeeG
- (ii) In sämtlichen der vorgenannten Regime erhält der Bieter vor Errichtung und Inbetriebnahme der Anlage **keine** Vergütung, insbesondere keine Vergütung von Seiten des Netzbetreibers oder einer anderen staatlichen Stelle. Daher ist es sachgerecht, eine – moderate – Pönale- und Sicherungsverzichtung vorzusehen, die an die im Ausschreibungsverfahren gebotene und zu installierende Leistung anknüpft.

Die Konstellation unter § 42 ff. StromVKG-E unterscheidet sich davon **nicht**. Auch unter dem StromVKG-E erhält der Bieter zu dem Zeitpunkt, zu dem die Realisierungssicherheit und die Ausgleichszahlungssicherheit zu stellen sind, **keine** Vergütungen. Eine Kapazitätsvergütung wird erstmals gezahlt, nachdem die Anlage errichtet und in Betrieb genommen und präqualifiziert worden ist, mithin zu einem Zeitpunkt, zudem der Bieter die vollen Investitionskosten vorfinanziert hat.

## 2. Sachgerechte Ausgestaltung von Sicherheitsleistungen unter dem StromVKG

- a) Bemessung der Sicherheitsleistung auf der Grundlage der gebotenen und zu installierenden Leistung (kw/MW)

Es gibt keinen sachlichen Grund, die Besicherung unter dem Strom VKG anders zu gestalten als unter den bekannten Regimen unter dem EEG 2023, dem KWKAusV und

dem WindSeeG. Die Sicherheitsleistung sollte sich daher an einem bestimmten Betrag je gebotener und zu installierenden Leistung (kw/MW) orientieren.

b) Alternative

Sollte gleichwohl erwogen werden, die Sicherheitsleistung an den Gebotswert oder einem Vielfachen des Gebotswertes zu bemessen, ist zu beachten:

- (i) Zur Erreichung der Zielsetzung des StromVKG ist es weder erforderlich noch sachgerecht noch verhältnismäßig, dass bereits unmittelbar nach Erteilung des Zuschlags eine Ausgleichszahlungssicherheit gestellt werden muss. Die Stellung einer solchen Sicherheit wird in zeitlicher Hinsicht erst relevant, wenn die Kraftwerksanlage in Betrieb genommen und präqualifiziert worden ist. Eine Ausgleichszahlungssicherheit sollte daher erst zu stellen sein,
- nach erfolgreicher Inbetriebnahme und Präqualifizierung der Anlage und
  - Zug-um-Zug gegen **Rückgabe** der Realisierungssicherheit.
- (ii) Hinsichtlich der Höhe der Realisierungssicherheit ist zu beachten, dass ein Bieter anders als in großen vergleichbaren Anlagenbau-/ Kraftwerksbauprojekten vor Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft **keine** Vergütung oder sonstige Zahlung erhält mit der Folge, dass die Stellung einer Realisierungssicherheit sich in voller Höhe **cash-negativ** auswirkt. Vor diesem Hintergrund sollte eine Realisierungssicherheit deutlich unter der im Anlagen-/Kraftwerksbau üblichen Größenordnung im Bereich von 10 % bleiben und keinesfalls 5 % der über den Verpflichtungszeitraum zu erwartenden Kapazitätsvergütung überschreiten.