



Die Bereitstellung kommunaler Flächen für die Windenergienutzung



Die Bereitstellung kommunaler Flächen für die Windenergienutzung

Dr. Wolfram Krohn, Dr. Tobias Schneider (Dentons Europe LLP)
und Boris Strauch (Berwin Leighton Paisner (Germany) LLP)

大成 DENTONS

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages



Inhaltsverzeichnis

1. Einführung	4
2. Anwendbarkeit des Vergaberechts auf die Bereitstellung von Flächen zur Windenergienutzung	4
2.1 Abgrenzung Beschaffungsgeschäft (Bauftrag /-Konzession) – Vergabefreie Grundstücksveräußerung oder -überlassung	4
2.2 Abgrenzung Bauauftrag – Baukonzession	6
2.3 Schwellenwertprüfung: Schätzung des Projektwerts	6
2.4 Verfahrensgestaltung bei Anwendung des GWB-Vergaberechts	7
2.4.1 Verfahren bei der Vergabe von Bauaufträgen	7
2.4.1.1 Verfahrenswahl- und Gestaltung	7
2.4.1.2 Festlegung der Eignungsanforderungen	8
2.4.1.3 Leistungsbeschreibung	9
2.4.1.4 Zuschlagskriterien	9
2.4.2 Verfahren bei der Vergabe von Baukonzessionen	10
2.4.2.1 Verfahrenswahl- und Gestaltung	10
2.4.2.2 Festlegung der Eignungsanforderungen und Auswahlkriterien	10
2.4.2.3 Leistungsbeschreibung und Zuschlagskriterien	10
2.5 Verfahrensgestaltung bei Unterschwellenvergaben	11
3. Investorenauswahl im strukturierten Bieterverfahren bei vergaberechtsfreier Grundstücksveräußerung oder -überlassung	11
3.1 Erfordernis eines wettbewerblichen Auswahlverfahrens	11
3.2 Ausgestaltung des Auswahlverfahrens	12
4. Exkurs: Keine Verpflichtung der Kommune zur Bereitstellung ihrer Flächen	13
5. Rechtliche Konstruktion der Grundstücksüberlassung	13
5.1 Grundstücksverkauf	14
5.2 Erbbaurechtsbestellung	14
5.3 Miete / Pacht	14
5.3.1 Wesentliche Vertragsinhalte	14
5.3.2 Dingliche Absicherung	15
5.3.3 Weitere rechtliche Themenschwerpunkte	15
5.3.3.1 Schriftformerfordernis	15
5.3.3.2 Laufzeit, Recht zur außerordentlichen Kündigung	16
5.3.3.3 Rückbausicherheit	16
5.4 Flächenpooling	16
Impressum	18

1. Einführung

Kommunen haben die Möglichkeit, durch die Bereitstellung ihrer Flächen den Ausbau der Windenergie aus ökologischen Gründen zu fördern und wirtschaftlich von der steigenden Bedeutung regenerativer Energien zu profitieren. Für die erfolgreiche Abwicklung des Projekts ist entscheidend, dass die Kommunen ihre Handlungsmöglichkeiten und die rechtlichen Rahmenbedingungen kennen. Den Kommunen stehen verschiedene Gestaltungsoptionen zur Verfügung, die sich in erster Linie nach dem Grad der Einflussnahme der Kommune auf das Windenergieprojekt und der rechtlichen Konstruktion der Grundstücksüberlassung unterscheiden. In diesem Hintergrundpapier werden die aus kommunaler Sicht zentralen Frage- und Weichenstellungen beleuchtet.

2. Anwendbarkeit des Vergaberechts auf die Bereitstellung von Flächen zur Windenergienutzung

Bei unbefangener Betrachtung liegt es nicht unmittelbar auf der Hand, dass die Bereitstellung kommunaler Flächen für die Windenergienutzung überhaupt vergaberechtliche Fragen aufwirft. Das Vergaberecht regelt die Marktbeteiligung der öffentlichen Hand als Nachfrager von Lieferungen und Leistungen, d.h. Beschaffungsvorgänge der öffentlichen Hand. Demgegenüber erfasst das Vergaberecht keine Situationen, in denen die öffentliche Hand selbst als Anbieter tätig wird. Beschränken sich die Aktivitäten der öffentlichen Hand auf die Veräußerung einer Liegenschaft, tritt die öffentliche Hand als Anbieter auf.¹ Bloße Grundstücksveräußerungsgeschäfte unterfallen daher von vorneherein nicht dem Anwendungsbereich des Vergaberechts.² Entsprechendes gilt für eine zeitlich beschränkte Grundstücksüberlassung, etwa aufgrund eines Miet- oder Pachtvertrags.³ Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn mit der Veräußerung oder Überlassung zugleich ein Beschaffungsvorgang der Kommune verbunden ist. Ein vergaberechtsrelevanter Beschaffungsvorgang liegt daher dann vor, wenn die Bereitstellung der kommunalen Fläche mit der Vergabe eines öffentlichen (Bau-) Auftrags bzw. einer (Bau-) Konzession im Sinne des Vergaberechts nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) verbunden ist. Unterhalb der EU-Schwellenwerte regeln die haushaltsrechtlichen Bestimmungen, welche Regeln bei der Flächenbereitstellung einzuhalten sind.

2.1 Abgrenzung Beschaffungsgeschäft (Bauftrag /-Konzession) – Vergabefreie Grundstücksveräußerung oder -überlassung

Ein öffentlicher Bauauftrag ist nach § 103 Abs. 3 Satz 1 GWB – verkürzt gesagt – jeder Vertrag über die Ausführung von Bauleistungen oder eines Bauwerkes für den öffentlichen Auftraggeber. Die vom Auftragnehmer übernommenen Verpflichtungen müssen für den Auftraggeber einklagbar sein.⁴ Eine Baukonzession liegt vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber ein Unternehmen mit Bauleistungen beauftragt, die Gegenleistung dabei aber ausschließlich im Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung liegt (§ 105 Abs. 1 Nr. 1 GWB). Auch in diesem Fall ist entscheidend, dass der Auftraggeber ein eigenes Interesse an der Bauleistung verfolgt und der Vertragspartner vertraglich verpflichtet wird, die Leistungen zu erbringen. Ein klarer Fall eines Bauauftrags oder einer Baukonzession liegt dann vor, wenn die Kommune für die Errichtung der Windenergieanlagen selbst Bauleistungen wie z.B. Erdbewegungen oder Fundamentherstellungsarbeiten in Auftrag gibt oder im Vertrag verbindlich verlangt. Stellt die Kommune demgegenüber lediglich das Grundstück zur Verfügung, auf dem ein privater Bauherr eine Windenergieanlage errichten will, ohne von ihr einklagbare Vorgaben für die Errichtung der Windenergieanlage zu machen, liegt kein Bauauftrag bzw. keine Baukonzession, sondern eine vergabefreie Grundstücksveräußerung bzw. -überlassung vor.

Nach § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB liegt ein Bauauftrag oder ggf. eine Baukonzession aber auch dann vor, wenn die Bauleistung z.B. durch ein privates Unternehmen gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen erbracht wird, die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt und dieser einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat.

¹ *Gabriel* in: *Gabriel/Krohn/Neun*, Handbuch des Vergaberechts, § 74 Rn. 23.

² EuGH, Urteil v. 25.3.2010 – C-451/08 „Helmut Müller“, Rn. 41; BGH, Urteil v. 22.2.2008 – V ZR 56/07 Rn. 9; *Krohn*, ZfBR 2008, 27, 29.

³ BayObLG, Beschluss v. 27.2.2003 – Verg 1/03 (unter 4 a); VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 21.12.2000 – 1 VK 32/00 (unter 6.).

⁴ EuGH, Urteil v. 25.3.2010 – C-451/08 „Helmut Müller“, Rn. 62.

Von der Erbringung einer Bauleistung „gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen“ ist nach der Grundsatzentscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in der Rechtssache „Helmut Müller“⁵ dann auszugehen, wenn der öffentliche Auftraggeber „Maßnahmen ergriffen hat, um die Merkmale der Bauleistung zu definieren oder zumindest einen entscheidenden Einfluss auf die Konzeption auszuüben“. Bei Windenergieprojekten wird dies dann der Fall sein, wenn die Kommune im Zusammenhang mit der Grundstücksüberlassung detaillierte Vorgaben für die Spezifikationen der zu errichtenden Windenergieanlage macht. Die Bezeichnung oder zivilrechtliche Qualifizierung des Vertrags als „Mietvertrag“ ist für die Einordnung als öffentlicher Bauauftrag dann nicht entscheidend.⁶ Es ändert auch nichts an der Einstufung als öffentlicher Bauauftrag, dass der Auftragnehmer das Bauvorhaben ganz oder zum Teil mit eigenen Mitteln durchführt, solange der Auftragnehmer eine direkte oder indirekte rechtswirksame Verpflichtung zur Gewährleistung der Erbringung der Bauleistungen übernimmt.⁷

Von einem „unmittelbaren wirtschaftlichen Zugutekommen“ im Sinne des § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB ist dann auszugehen, wenn der öffentliche Auftraggeber aus der zukünftigen Nutzung oder Veräußerung des Bauwerks Vorteile zieht.⁸ Typische Anwendungsfälle sind Bauträgerverträge und PPP-Modelle in Gestalt von Miet- oder Leasingverträgen.⁹ Der EuGH hat fünf alternative Fallgruppen entwickelt, in denen ein „unmittelbares wirtschaftliches Zugutekommen“ vorliegt bzw. vorliegen kann:

1. Der öffentliche Auftraggeber soll Eigentum an dem Bauwerk erwerben.
2. Der öffentliche Auftraggeber soll über einen Rechtstitel verfügen, der ihm die Verfügbarkeit der Bauwerke sicherstellt.
3. Der öffentliche Auftraggeber erhält wirtschaftliche Vorteile aus der Nutzung des Bauwerks.
4. Der öffentliche Auftraggeber beteiligt sich finanziell an der Erstellung des Bauwerks.
5. Der öffentliche Auftraggeber übernimmt Risiken für den Fall des wirtschaftlichen Fehlschlags.

Bei Windenergieprojekten der öffentlichen Hand wird ein Bauauftrag daher bspw. auch dann vorliegen, wenn der öffentliche Auftraggeber die gemeindliche Fläche an den Investor verpachtet, der Investor sich in dem Pachtvertrag zur Errichtung der Windenergieanlage verpflichtet und die Kommune an den Erträgen aus dem Betrieb der auf dem gemeindlichen Grundstück zu errichtenden Windenergieanlage partizipiert.¹⁰ Instruktiv ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung des Oberlandesgerichts Bremen vom 13. März 2008¹¹, in der der Vergabesenat die Anwendung des Vergaberechts auf eine in die formale Rechtsform eines Pachtvertrags eingekleidete Baukonzession für die Errichtung eines Windparks herausarbeitet.

„Nach der Ausschreibung haben die Bieter nicht lediglich einen Pachtzins anzubieten. Vielmehr wird von ihnen – unter Vorgabe einer maximalen Gesamthöhe für die Anlagen – ein "Konzept zur Nutzung des Standortes" verlangt, welches alle für die Errichtung eines Windparks auf den angedienten Pachtgrundstücken erforderlichen Baumaßnahmen im Detail aufführen muss, d. h. die Anzahl der geplanten Windkraftanlagen, ihre (Einzel-) Standorte auf den Grundstücken, die technischen Details der zu errichtenden Anlagen (Typ, Leistung, Nabenhöhe, Schallleistungspegel) sowie die Konzeption des Netzanschlusses einschließlich der Angabe des Einspeisungspunktes. [...]

Vielmehr ordnet § 2 (2) ausdrücklich die Verpflichtung des Pächters an, "die Windkraftanlagen gemäß dem vorgelegten Nutzungskonzept" innerhalb eines Jahres ab Nutzung der Pachtsache zu erstellen und ab diesem Zeitpunkt in Betrieb zu nehmen. Damit enthält der Pachtvertrag die ausdrückliche Verpflichtung des Pächters, das von ihm in der Ausschreibung angebotene und von der Vergabestelle geprüfte Konzept zu realisieren, d. h. die in diesem Konzept vorgesehenen Baumaßnahmen durchzuführen. [...] Gegenstand der Ausschreibung ist damit die Planung und die Ausführung von Bauleistungen durch Dritte.“

⁵ EuGH, Urteil v. 25.3.2010 – C-451/08 „Helmut Müller“.

⁶ EuGH, Urteil v. 10.7.2014 – C-213/13 „Pizzarotti“ Rn. 40; EuGH, Urteil v. 29.10.2009 – C-536/07 „Kölner Messehallen“ Rn. 54.

⁷ Erwägungsgrund 9 RL 2014/24/EU.

⁸ Tomerius, ZfBR 2012, 332, 334.

⁹ Gabriel in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 4 Rn. 59; Eschenbruch in: Kulartz/Kus/Portz, GWB, § 99 Rn. 492.

¹⁰ Je nach der vertraglichen Gestaltung kann in derartigen Fällen auch eine Baukonzession vorliegen. Zur Abgrenzung unten Ziffer 2.2.

¹¹ OLG Bremen, Beschluss v. 13.3.2008 – Verg 5/07.

Es spricht viel dafür, dass der vom Hanseatischen Oberlandesgericht entschiedene Sachverhalt nach Maßgabe der späteren „Helmut Müller“-Entscheidung des EuGH unter die v.g. dritte Fallgruppe fallen würde. Die Kosten der Errichtung des Windparks betragen ein Vielfaches der Pachtzinsen. Erst durch die Verpflichtung des Bieters zur Errichtung des Windparks wurde die wirtschaftliche Grundlage für die Pachtzinszahlung geschaffen. Die Kommune hatte damit ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an der Errichtung des Windparks, die sie sich vertraglich zusichern ließen.¹²

Anders als die Aufstellung von Vorgaben für die bauliche Errichtung der Windenergieanlage führt die bloße Ausübung städtebaulicher Regelungszuständigkeiten nicht zu einem „unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse“ der Kommune.¹³ Bauplanungsrechtliche Entscheidungen der Kommune im Zusammenhang mit der Entwicklung einer Fläche für die Windenergienutzung führen für sich genommen daher noch nicht zum Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrags.¹⁴

2.2 Abgrenzung Bauauftrag – Baukonzession

Liegt ein Beschaffungsgeschäft und keine bloße Grundstücksveräußerung oder -überlassung vor, stellt sich die Frage, ob es sich um einen Bauauftrag oder eine Baukonzession handelt. Für die Vergabe einer Baukonzession oberhalb der EU-Schwellenwerte gelten andere Verfahrensregeln als für die Vergabe von Bauaufträgen.¹⁵

Nach § 105 Abs. 1 Nr. 1 GWB ist eine Baukonzession ein entgeltlicher Vertrag, mit dem ein öffentlicher Auftraggeber ein oder mehrere Unternehmen mit der Erbringung von Bauleistungen betraut, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht. In Abgrenzung zum Bauauftrag liegt eine Baukonzession gemäß § 105 Abs. 2 GWB dann vor, wenn das Betriebsrisiko für die Nutzung des Bauwerks auf den Konzessionsnehmer übergeht. Dies ist der Fall, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht gewährleistet ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können und der Konzessionsnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, sodass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht vernachlässigbar sind. Kennzeichnend für die Baukonzession ist damit die Übernahme des wirtschaftlichen Risikos bzw. eines nicht unerheblichen Teils des Risikos durch das Unternehmen.

Aus kommunaler Sicht dürfte im Regelfall eine Baukonzession vorzugswürdig sein. Der Kommune werden zwar häufig geeignete Grundstücke für die Errichtung von Windenergieanlagen zur Verfügung stehen; sie wird aber oftmals nicht daran interessiert sein, selbst die Kosten und Risiken der Errichtung und des Betrieb der Anlagen zu tragen. Über entsprechende vertragliche Vereinbarungen kann die Kommune gleichwohl erreichen, mit überschaubarem Aufwand an den wirtschaftlichen Chancen der Windenergienutzung zu partizipieren. Die Vergabe einer Baukonzession kann ein probates Mittel sein, um Investoren für ein Engagement auf der kommunalen Liegenschaft zu gewinnen und die wirtschaftlichen Chancen der Windenergienutzung zugleich der kommunalen Wertschöpfung zugänglich zu machen.

2.3 Schwellenwertprüfung: Schätzung des Projektwerts

Das anwendbare Vergaberegime ist von dem Projektwert abhängig. Bei Überschreiten des turnusmäßig alle zwei Jahre angepassten EU-Schwellenwerts gilt das GWB-Vergaberecht einschließlich der grundsätzlichen Pflicht zur EU-weiten Ausschreibung. Sowohl für die Vergabe von Bauaufträgen als auch für die Vergabe von Baukonzessionen gilt daher, dass der Auftraggeber vor Verfahrensbeginn den Wert des Auftrags bzw. der Konzession ermitteln muss. Nach dem Ergebnis der Schätzung bestimmt sich, ob ein europaweites Vergabeverfahren durchzuführen ist.

Der EU-Schwellenwert für Bauaufträge liegt seit dem 1. Januar 2016 bei € 5.225.000.¹⁶ Bei der Schätzung sind nach § 3 Abs. 6 Vergabeverordnung (VgV) neben dem Auftragswert der Bauaufträge der

¹² A.A. wohl *Hertwig*, NZBau 2011, 9, 14 nach dem aus der Vereinbarung eines Rücktrittsrecht für den Fall, dass ein Grundstück nicht in einer bestimmten Zeit bebaut wird, keine Bauverpflichtung abgeleitet werden kann.

¹³ EuGH, Urteil v. 25.3.2010 – C-451/08 „Helmut Müller“, Rn. 69.

¹⁴ *Krohn*, ZfBR 2008, 27, 32.

¹⁵ Während für Bauaufträge der 2. Abschnitt des 4. Teils des GWB i.V.m. der VgV und der VOB/A-EU zur Anwendung kommt, ist die Vergabe von Konzessionen (einschließlich der Baukonzession) im 3. Abschnitt, Unterabschnitt 3 des 4. Teils des GWB i.V.m. der KonzVgV geregelt.

¹⁶ Verordnung (EU) 2015/2170 v. 24.11.2015, EU-AbI. L 307/5.

geschätzte Gesamtwert aller Liefer- und Dienstleistungen zu berücksichtigen, die für die Ausführung der Bauleistungen erforderlich sind und vom öffentlichen Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden. Der Grundstückswert und die Kosten der öffentlichen Erschließung (soweit bei der Planung des Windenergieprojekts relevant) sind bei der Schätzung nicht zu berücksichtigen.¹⁷ Entsprechendes dürfte für Finanzierungskosten und Versicherungen gelten.¹⁸

Für Baukonzessionen gilt ebenfalls ein EU-Schwellenwert von € 5.225.000.¹⁹

§ 2 Konzessionsvergabeordnung (KonzVgV) enthält Vorgaben für die Schätzung des Vertragswerts. Ausgangspunkt ist danach der voraussichtliche Gesamtumsatz ohne Umsatzsteuer, den der Konzessionsnehmer während der Vertragsleistung als Gegenleistung erzielt. Bei der Ermittlung des voraussichtlichen Gesamtumsatzes sind nach den Umständen des Einzelfalls insbesondere folgende Aspekte zu berücksichtigen:

Checkliste – Zu berücksichtigende Aspekte bei der Schätzung des Schwellenwerts bei der Vergabe von Baukonzessionen

1. Einkünfte aus Gebühren und Entgelten sowie Vertragsstrafen, die von den Nutzern der Bauwerke oder Dienstleistungen gezahlt werden, soweit diese nicht im Auftrag des Konzessionsgebers erhoben werden,
2. Zahlungen des Konzessionsgebers oder jeder anderen Behörde an den Konzessionsnehmer oder weitere finanzielle Vorteile jedweder Art, einschließlich Gegenleistungen für die Erfüllung von Gemeinwohlverpflichtungen sowie staatliche Investitionsbeihilfen,
3. Wert von Zuschüssen oder sonstigen finanziellen Vorteilen jeglicher Art, die von Dritten (z.B. Subventionsgebern oder Sponsoren) für die Durchführung der Konzession gewährt werden,
4. Einkünfte aus dem Verkauf von Vermögensgegenständen, die Teil der Konzessionen sind,
5. Wert aller Lieferungen und Dienstleistungen, die der Konzessionsgeber für den Konzessionsinhaber bereitstellt, sofern sie für die Erbringung der Bau- oder Dienstleistungen erforderlich sind,
6. Prämien oder Zahlungen an Bewerber oder Bieter,
7. Wert aller Arten von Optionen und möglichen Vertragsverlängerungen.

2.4 Verfahrensgestaltung bei Anwendung des GWB-Vergaberechts

Bei Überschreiten der EU-Schwellenwerte bestimmen sich die anwendbaren Verfahrensregeln danach, ob der Vertrag als Bauauftrag oder als Baukonzession zu vergeben ist. Die Vergabe von Bauaufträgen richtet sich nach § 2 VgV i.V.m. mit Abschnitt 2 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A (VOB/A) 2016.²⁰ Soweit der Vertrag als Baukonzession strukturiert ist, richtet sich das Verfahren nach den Regeln der KonzVgV.

2.4.1 Verfahren bei der Vergabe von Bauaufträgen

2.4.1.1 Verfahrenswahl- und Gestaltung

Für die Vergabe von Bauaufträgen stehen der Kommune nach § 3a EU Abs. 1 VOB/A das Offene und das Nichtoffene Verfahren zur Verfügung. Der nach § 3 EG Abs. 2 VOB/A a.F. geltende Vorrang des Offenen Verfahrens ist im Zuge der Vergaberechtsmodernisierung 2016 entfallen. Das Verhandlungsverfahren mit oder ohne Teilnahmewettbewerb und der Wettbewerbliche Dialog sind auch weiterhin nur bei Vorliegen der jeweiligen besonderen Verfahrensvoraussetzungen zulässig.

2.4.1.1.1 Offenes / Nichtoffenes Verfahren

Die Vergabe eines Windenergieprojekts im Wege eines Offenen oder Nichtoffenen Verfahrens kommt vor allem dann in Betracht, wenn die Kommune bereits klare Vorstellungen über die Ausgestaltung des Windenergieprojekts hat und kein Bedarf für Verhandlungen mit den Bietern besteht. Denn Verhandlungen, insbesondere über Änderungen der Angebote oder Preise, sind im Offenen und im Nichtoffe-

¹⁷ VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 6.3.2013 – 1 VK 2/13 (unter II. 1).

¹⁸ Dietlein/Fandrey in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 7 Rn. 26.

¹⁹ Verordnung (EU) 2015/2172 v. 24.11.2015, EU-Abl. L 307/9.

²⁰ Sofern die Kommune die Windenergieanlage selbst betreibt, übt sie eine Sektorentätigkeit im Sinne der §§ 100 Abs. 1 Nr. 1, 102 Abs. 2 GWB aus. § 102 Abs. 7 Satz 1 GWB stellt klar, dass der Begriff der Einspeisung auch die Stromerzeugung umfasst. Die Vergabe von Bauaufträgen zur Errichtung der Windenergieanlage richtet sich dann nach der SektVO.

nen Verfahren nicht zulässig. Im Offenen Verfahren wird eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Jedes interessierte Unternehmen kann ein Angebot abgeben. Das Nichtoffene Verfahren ist demgegenüber zweistufig ausgestaltet. In der ersten Stufe wird eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert. Aus dem Kreis der eingegangenen Bewerbungen wählt der Auftraggeber dann diejenigen Unternehmen aus, die in der zweiten Stufe des Verfahrens zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.

2.4.1.1.2 Verhandlungsverfahren / Wettbewerblicher Dialog

Oftmals wird es aus Sicht der Kommune erforderlich sein, mit den Bietern die Projektdetails zu verhandeln bzw. zu erörtern. Diese Möglichkeit bieten das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb und der Wettbewerbliche Dialog. Bei beiden Verfahren handelt es sich um zweistufige Verfahren. Im Verhandlungsverfahren werden die ausgewählten Teilnehmer nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs zur Abgabe von Angeboten aufgefordert, über die die Kommune dann mit den jeweiligen Bietern verhandelt. Der Wettbewerbliche Dialog kommt insbesondere in Situationen in Betracht, in denen die Kommune ihre Bedürfnisse und Anforderungen an die zu beschaffende Leistung beschreiben kann, jedoch nicht abschließend festlegen kann oder möchte, wie ihre Bedürfnisse am besten erfüllt werden können. Nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs erörtert die Kommune mit den ausgewählten Unternehmen die Einzelheiten des Auftrags und die Angebote bzw. Lösungsvorschläge mit den Teilnehmern.

Das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb und der Wettbewerbliche Dialog sind bei der Vergabe von Bauleistungen unter den gleichen Voraussetzungen zulässig (§ 3 EU Abs. 4 VOB/A). Die Verfahren sind u.a. dann zulässig, wenn der Auftrag konzeptionelle oder innovative Lösungen umfasst (§ 3a EU Abs. 4 i.V.m. 2 Nr. 1 lit. b) VOB/A). Für den Baubereich nennt Erwägungsgrund 43 der Richtlinie 2014/24 EU als Beispiel u.a. „Bauleistungen, bei denen keine Normbauten errichtet werden“. Diese Voraussetzung kann bei Windenergieprojekten erfüllt sein, wenn es sich um eine technisch innovative Anlage handelt oder aus anderen Gründen keine Normbauten in Betracht kommen.

Vielfach werden das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb und der Wettbewerbliche Dialog auch deshalb zulässig sein, weil der Bauauftrag aufgrund der Komplexität der rechtlichen oder finanziellen Rahmenbedingungen nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden kann (§ 3a EU Abs. 4 i.V.m. 2 Nr. 1 lit. c) VOB/A). Da es sich sowohl bei dem Verhandlungsverfahren als auch beim Wettbewerblichen Dialog um vergaberechtliche Ausnahmeverfahren handelt, ist das Vorliegen der Anwendungsvoraussetzungen von der Kommune unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls zu prüfen. Die Gründe für die Verfahrenswahl sind im Vergabevermerk zu dokumentieren.

2.4.1.2 Festlegung der Eignungsanforderungen

Im Rahmen der Eignungsprüfung bewertet die Kommune die Fachkunde und Leistungsfähigkeit der Bewerber bzw. Bieter (§ 122 GWB). Eignungskriterien dürfen ausschließlich die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie technische und berufliche Leistungsfähigkeit betreffen. Sie müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen. Bewerber oder Bieter können sich zum Nachweis ihrer Eignung auf andere Unternehmen stützen (Eignungsleihe). In der Praxis hat sich bewährt, etwaige Mindestanforderungen an die Eignung nicht zu hoch anzusetzen, um den Wettbewerb nicht über Gebühr zu beschränken.

Checkliste – Beispiele für Anforderungen an die Eignung der Bieter

1. Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

- a) Umsatzerlöse des gesamten Unternehmens in den letzten drei Geschäftsjahren,
- b) Umsatzerlöse im Bereich Windenergie an Land in den letzten drei Geschäftsjahren

2. Technische Leistungsfähigkeit

- a) Erfahrungen mit der Planung, dem Bau und Betrieb von Windenergieanlagen
- b) Erfahrungen mit der Durchführung von Genehmigungsverfahren im Bereich Windenergie
- c) Angaben zu den technischen Mitarbeitern im Bereich Windenergie
- d) Angaben zu den kaufmännischen Mitarbeiter im Bereich Windenergie
- e) Referenzprojekte im Bereich Windenergie in den letzten drei Jahren

2.4.1.3 Leistungsbeschreibung

Für die Gestaltung der Leistungsbeschreibung bei der Vergabe eines Bauauftrags für eine Windenergieanlage gilt, dass die Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben ist, dass alle Unternehmen die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen (§ 7 EU Abs. 1 VOB/A). Ist die Kommune nicht selbst in der Lage, alle für die Preisermittlung relevanten Umstände zu ermitteln, muss sie gegebenenfalls externe Unterstützung hinzuziehen. Denkbar ist auch, eine funktionale Leistungsbeschreibung zu erstellen und die Erstellung des konkreten Lastenhefts bzw. Leistungsverzeichnisses in die Ausführungsphase zu verlagern.

Die Leistungsbeschreibung darf grundsätzlich keine produktspezifischen Anforderungen enthalten, d.h. es darf beispielsweise kein bestimmtes Fabrikat vorgegeben werden (§ 7 EU Abs. 2 VOB/A). Aus Sicht der Kommune kann es aus Gründen der lokalen Wirtschaftsförderung erstrebenswert sein, dass die Bauleistungen für die Errichtung der Windenergieanlage von ortsansässigen Firmen durchgeführt werden. Grundsätzlich führen Vorgaben eines Auftraggebers im Zusammenhang mit der Errichtung einer Niederlassung am Ort der Auftragsausführung zu einer Bevorzugung lokaler Bieter (bzw. jedenfalls denjenigen, die eine solche Niederlassung schon haben) und zu einer Diskriminierung auswärtiger Bieter. Derartige Vorgaben werden daher im Regelfall unzulässig sein.

2.4.1.4 Zuschlagskriterien

Anhand der Zuschlagskriterien bewertet die Kommune die Vor- und Nachteile der Angebote der Bieter. Bei der Festlegung der Kriterien kommt der Kommune ein weiter Ermessensspielraum zu. Allerdings müssen die Kriterien mit dem Auftragsgegenstand im Zusammenhang stehen. Hierfür genügt es, wenn sie sich in irgendeinem Lebenszyklusstadium auf diesen beziehen. Die Kriterien dürfen zudem nicht diskriminierend sein. Neben dem Preis oder den Kosten können auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden. Denkbare Zuschlagskriterien sind bspw.:

- Qualitative Aspekte
 - Konzept zur Projektplanung (Erschließung, Umsetzung sonstiger öffentlich-rechtlicher Anforderungen)
 - Konzept zur Berücksichtigung der Windsituation vor Ort
 - Konzept zur wirtschaftlich aussichtsreichsten Energienutzung
 - Umfang einer Verfügbarkeitsgarantie²¹
 - Konzept zur Rückbausicherung
- Umweltbezogene Aspekte
 - Konzept zum vorbeugenden Natur- und Artenschutz
 - Konzept zur Minimierung von Immissionen
 - Konzept zur Integration des Vorhabens in die Biodiversitätsstrategie des jeweiligen Bundeslandes oder lokaler oder regionaler umweltpolitischer Planungen
- Soziale Aspekte²²
 - Konzept zur Bürgerbeteiligung und -kommunikation
 - Konzepte zur Frauenförderung im Zusammenhang mit Betrieb und Wartung der Anlage
 - Konzepte zur Förderung von Behinderten im Zusammenhang mit Betrieb und Wartung der Anlage

Als Zuschlagskriterium wohl unzulässig wären:

- Schaffung von Arbeitsplätzen vor Ort, z.B. im Zusammenhang mit der Erbringung von Wartungsleistungen,
- Niederlassung vor Ort.
- Forderung, zur Wartung nur sozialversicherungspflichtiges Personal einzusetzen.

²¹ Zur vertraglichen Absicherung sollte ein Bonus-Malus-System zur Anwendung kommen. Hält der Bieter bspw. eine zugesagte Verfügbarkeit von 97% p.a. nicht ein, erhöht sich die vereinbarte Pauschalmiete. Übertrifft der Bieter seine Zusage, verringert sich der umsatzbezogene prozentuale Mietanteil.

²² Die hier angeführten Aspekte sind nur Beispiele und gehören nicht zwingend zur Best Practice.

2.4.2 Verfahren bei der Vergabe von Baukonzessionen

2.4.2.1 Verfahrenswahl- und Gestaltung

Bei der Vergabe des Windenergieprojekts als Baukonzession bestehen für die Kommunen deutlich größere Gestaltungsspielräume für die Abwicklung des Verfahrens als bei der Vergabe eines Bauauftrags. Die Kommune kann das Verfahren nach Maßgabe der KonzVgV frei ausgestalten. Die Kommune kann das Verfahren als ein- oder mehrstufiges Verfahren durchführen. Ebenso kann sie entscheiden, ob sie mit den Bietern Verhandlungen führen möchte. Soweit Verhandlungen vorgesehen sind, dürfen der Konzessionsgegenstand, die Mindestanforderungen an das Angebot und die Zuschlagskriterien während des Verfahrens nicht geändert werden (§ 12 Abs. 2 KonzVgV).

Die Sicherstellung von Gleichbehandlung und Transparenz erfolgt im Konzessionsvergabeverfahren durch die in § 13 KonzVgV normierten Verfahrensgarantien. Danach muss die Kommune den Bietern eine Beschreibung der Konzession, der Zuschlagskriterien, der Mindestanforderung und einen Organisations- und Zeitplan mitteilen. Die Auftragsvergabe erfolgt anhand festgelegter Zuschlagskriterien an geeignete Bieter, deren Angebot die festgelegten Mindestanforderungen erfüllt.

2.4.2.2 Festlegung der Eignungsanforderungen und Auswahlkriterien

Zur Ermittlung der Eignung der Bieter legt die Kommune Eignungskriterien fest. Wie auch bei der Bauauftragsvergabe müssen sich die Eignungskriterien in die Eignungskategorien „Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung“, „wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit“ und „technische und berufliche Leistungsfähigkeit“ einfügen. Die Eignungskriterien müssen nichtdiskriminierend sein, die Fähigkeit des Konzessionsnehmer zur Durchführung der Konzession in Anbetracht des Konzessionsgegenstands sicherstellen und den Wettbewerb gewährleisten (§ 25 Abs. 1 KonzVgV). Im Ergebnis werden ähnliche Eignungsanforderungen wie bei der Vergabe von Bauaufträgen zweckmäßig sein.²³

2.4.2.3 Leistungsbeschreibung und Zuschlagskriterien

Die Leistungsmerkmale müssen im Konzessionsvergabeverfahren durch technische und funktionelle Anforderungen in der Leistungsbeschreibung festgelegt werden (§ 15 KonzVgV). Die Leistungsbeschreibung muss allen Unternehmen gleichen Zugang zum Verfahren gewähren und darf die Öffnung des nationalen Marktes für Wettbewerb nicht ungerechtfertigt behindern. Die Leistungsbeschreibung darf daher grundsätzlich keine produktspezifischen Anforderungen enthalten (§ 15 Abs. 3 KonzVgV).

Bei den Vertragskonditionen ist zu berücksichtigen, dass die Laufzeit der Konzession beschränkt sein muss.²⁴ Sie darf nicht länger sein als der Zeitraum, innerhalb dessen der Konzessionsnehmer nach vernünftigem Ermessen die Investitionsaufwendungen für die Errichtung, die Erhaltung und den Betrieb des Bauwerks zuzüglich einer Rendite auf das investierte Kapital unter Berücksichtigung der zur Verwirklichung der Vertragsziele notwendigen Investitionen wieder erwirtschaften kann (§ 3 Abs. 2 KonzVgV).

Die Zuschlagskriterien müssen bei der Konzessionsvergabe objektiv sein und sicherstellen, dass ein „wirtschaftlicher Gesamtvorteil für den Konzessionsgeber“ ermittelt wird. Sie müssen in Zusammenhang mit dem Konzessionsgegenstand stehen und dürfen dem Konzessionsgeber keine uneingeschränkte Wahlfreiheit einräumen. Als Zuschlagskriterien sind aus kommunaler Sicht insbesondere Kriterien interessant, mit denen die Wertschöpfung für die Gemeinde bewertet werden kann. Denkbar ist beispielsweise die Bewertung der Höhe der angebotenen Mindestpacht, der Höhe der Beteiligung am Nettoenergieertrag, der Höhe der Vergütung von gemeindlichen Ausgleichsmaßnahmen oder eines Konzepts für die Beteiligungsmöglichkeit von Bürgern. Im Übrigen gilt das oben²⁵ gesagte.

Bei der Vergabe der Baukonzession sind zudem die kommunalhaushaltsrechtlichen Regelungen zu beachten. Diese schreiben in der Regel vor, dass Vermögensgegenstände zum „vollen Wert“ veräußert werden müssen.²⁶ Für die Überlassung der Nutzung eines Grundstücks der Gemeinde gilt dies nach den kommunalhaushaltsrechtlichen Regelungen in der Regel entsprechend. Der „volle Wert“ in diesem Sinne ist der Marktwert.²⁷ Da die Baukonzession die Überlassung des Grundstücks beinhaltet, muss die durch die Konzession erzielte Vergütung marktüblich sein. Auch diese Anforderung wird mit einem

²³ Vgl. dazu oben unter 2.4.1.2.

²⁴ Vgl. hierzu auch nachstehend unter 5.3.3.2 die Ausführungen zur Laufzeit von Mietverträgen über Windparkflächen.

²⁵ Siehe 2.4.1.3.

²⁶ Vgl. bspw. § 125 Abs. 1 NKomVG; § 79 Abs. 2 BbgKVerf; § 90 Abs. 3 Satz 2 GO NRW; § 109 Abs. 1 Satz 2 HGO.

²⁷ Vgl. von Lewinski/Burba, BHO, § 63 Rn. 14.

transparenten und wettbewerblichen Auswahlverfahren erfüllt, das auf die Auswahl des Angebots mit dem besten am Markt erzielbaren Preis ausgerichtet ist.

2.5 Verfahrensgestaltung bei Unterschwellenvergaben

Im Unterschwellenbereich richtet sich die Vergabe von Bauaufträgen- und Baukonzessionen durch Kommunen in der Regel nach dem 1. Abschnitt der VOB/A, die durch entsprechende Landesgesetzgebung für anwendbar erklärt wird.²⁸ Der grundsätzliche Verfahrensablauf bei Unterschwellenvergaben entspricht dabei demjenigen für Bauauftragsvergaben im Oberschwellenbereich.

3. Investorenauswahl im strukturierten Bieterverfahren bei vergaberechtsfreier Grundstücksveräußerung oder -überlassung

3.1 Erfordernis eines wettbewerblichen Auswahlverfahrens

Soweit das Windenergieprojekt als vergaberechtsfreie Grundstücksveräußerung oder -überlassung nicht dem Vergaberecht unterfällt, kann die öffentliche Hand ihren Vertragspartner gleichwohl nicht wie eine Privatperson frei auswählen. Dies ergibt sich zunächst aus den Anforderungen des Europarechts. Zwar enthält das Europarecht keine spezifischen Regelungen zu Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand. Insbesondere aus den europäischen Grundfreiheiten (insbesondere aus der Dienstleistungsfreiheit, d.h. dem Recht, in anderen Mitgliedstaaten der EU vorübergehend Dienstleistungen anzubieten und zu erbringen, aber weiter im Herkunftsland ansässig zu bleiben) folgt jedoch, dass die öffentliche Hand bei Rechtsgeschäften mit Relevanz für den europäischen Binnenmarkt Auswahlentscheidungen im Rahmen von transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren treffen muss.²⁹ Denn eine unzulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit kann schon dann vorliegen, wenn ein Grundstück „am Wettbewerb vorbei“ an ein Unternehmen veräußert wird.³⁰

Für die zeitlich befristete Überlassung gilt nichts anderes. Die öffentliche Hand muss daher berücksichtigen, dass jedenfalls Standortflächen für größere Windenergieprojekte durchaus auch grenzüberschreitend für Investoren aus dem europäischen Binnenmarkt interessant sein können (sog. „Binnenmarktrelevanz“). Die Auswahl des Investors muss in diesem Fall im Rahmen eines wettbewerblichen Auswahlverfahrens erfolgen.

Auch beihilfenrechtliche Risiken lauern und können ein wettbewerbliches Auswahlverfahren erforderlich machen. Durch den Erwerb eines kommunalen Grundstücks zu einem Preis unterhalb des Marktpreises könnte der private Investor begünstigt werden. Hierin kann eine verbotene Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) liegen. Auch nach den beihilfenrechtlichen Regelungen darf die Kommune das Grundstück daher nicht ohne Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens bzw. nicht ohne marktübliche Gegenleistung dem privaten Vertragspartner überlassen. Auch vergünstigte Grundstücksüberlassungen können beihilfenrechtlich relevant sein.³¹ Verstöße gegen die beihilfenrechtlichen Vorgaben können zur Nichtigkeit des jeweiligen Vertrags führen.³²

Die Europäische Kommission hat in der sog. „Grundstücksmitteilung“³³ einen Leitfaden zur Vermeidung beihilfenrechtlicher Risiken bei der Grundstücksveräußerung formuliert. Die Europäische Kommission skizziert dort zwei Vorgehensweisen zur Vermeidung einer unzulässigen staatlichen Beihilfe. Zum einen kann die öffentliche Hand den Verkauf durch ein „hinreichend publiziertes, allgemeines und bedingungsfreies Bietverfahren“ durchführen. Zum anderen kann die öffentliche Hand den Wert des Grundstücks durch einen unabhängigen Sachverständigen ermitteln lassen. Der ermittelte Marktwert ist dann als Verkaufspreis festzusetzen, wobei eine Abweichung von bis zu 5 % als marktkonform betrachtet wird. Auch wenn sich die Europäische Kommission in der „Grundstücksmitteilung“ nicht ausdrücklich mit Grundstücksüberlassungen befasst, sind die Erwägungen der Europäischen Kommission auf diese übertragbar.

²⁸ Überblick bei *Mertens* in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 78 Rn. 12.

²⁹ *Gabriel* in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts § 74 Rn. 24.

³⁰ *Hertwig*, NZBau 2011, 9, 10.

³¹ Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 5.12.2012, C(2012) 8761 final.

³² *Hertwig*, NZBau 2011, 9, 11.

³³ Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand vom 10.7.1997, Abl.-EU Nr. C 209/3.

Bei der Veräußerung und Überlassung von Grundstücken sind zudem die kommunalhaushaltsrechtlichen Regelungen zu beachten. Diese schreiben in der Regel vor, dass Vermögensgegenstände zum „vollen Wert“ veräußert werden müssen.³⁴ Für die Überlassung der Nutzung eines Grundstücks der Gemeinde gilt dies nach den kommunalhaushaltsrechtlichen Regelungen in der Regel entsprechend. Auch diese Anforderung kann mit einem transparenten und wettbewerblichen Auswahlverfahren erfüllt werden, das auf die Auswahl des Angebots mit dem besten am Markt erzielbaren Preis ausgerichtet ist.

3.2 Ausgestaltung des Auswahlverfahrens

Das Europarecht gibt kein bestimmtes förmliches Verfahren für die Abwicklung der Vertragspartnerauswahl vor.³⁵ Leitlinien für die Strukturierung des Verfahrens sind der Gleichbehandlungsgrundsatz, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und das Transparenzgebot.³⁶ Hinzu kommen die Anforderungen aus der „Grundstücksmitteilung“³⁷ der Europäischen Kommission. Um den Vorgaben des Europarechts gerecht zu werden, sollte bei der Ausgestaltung des wettbewerblichen Auswahlverfahrens insbesondere auf folgende Aspekte geachtet werden:

Zur Herstellung der notwendigen Transparenz und Publizität muss die Veräußerungsabsicht mittels Anzeigen in der überregionalen Presse, Immobilienanzeigern oder ähnlichen Publikationsorganen bekanntgemacht werden. Nach der „Grundstücksmitteilung“ der Europäischen Kommission soll das Veräußerungsangebot zudem durch europaweit und international tätige Makler verbreitet werden. Darüber hinaus bietet sich eine freiwillige Bekanntmachung des strukturierten Auswahlverfahrens im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union an. Die Bekanntmachung sollte den eindeutigen Hinweis enthalten, dass es sich nicht um ein Vergabeverfahren im Sinne der EU-Richtlinien bzw. des GWB-Vergaberechts handelt.

In die Bekanntmachung bzw. eine zugehörige Verfahrensunterlage ist eine hinreichend detaillierte Beschreibung der Liegenschaft aufzunehmen.³⁸ Die Beschreibung sollte so detailliert sein, dass die Interessenten genügend Angaben für eine Interessensbekundung und eine Vorstellung vom weiteren Verfahrensablauf haben.³⁹

Des Weiteren sollte die Bekanntmachung die Eignungsanforderungen sowie die diesbezüglich geforderten Nachweise enthalten. Um den Aufwand für die Prüfung der Teilnahmeanträge zu reduzieren, ist eine Vorauswahl der Verfahrensteilnehmer denkbar. In diesem Fall sind objektive und nichtdiskriminierende Auswahlkriterien festzulegen, mit denen aus den Unternehmen, die ihr Interesse bekundet haben, diejenigen Unternehmen ausgewählt werden, mit denen Verhandlungen geführt werden. Aus Transparenzgründen sind in diesem Fall auch die für Vorauswahl herangezogenen Auswahlkriterien mitzuteilen. Ebenfalls mitgeteilt werden sollte, wie viele Interessenten zu Verhandlungen aufgefordert werden sollen. Denkbar ist dabei auch die Angabe einer Marge (Bsp.: 3 bis 5 Teilnehmer).

Auch die Kriterien für die Wertung der Angebote sind bereits in der Bekanntmachung anzugeben. Aus beihilferechtlichen Gründen muss die Höhe des Kaufpreises das maßgebliche Zuschlagskriterium sein.⁴⁰ Die Heranziehung weiterer nicht monetärer Wertungskriterien ist möglich, jedoch darf ihr Gewicht im Vergleich zum Preiskriterium nicht hoch sein, um das Verfahren nicht beihilfenrechtlich angreifbar zu machen.⁴¹

Für den Eingang der Interessensbekundungen und der Angebote sind angemessene Fristen festzulegen. Die Dauer der Frist für die Interessensbekundung ist so zu bemessen, dass Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten eine Teilnahme ermöglicht wird.⁴² Es bietet sich an, die Fristen an den Regelfris-

³⁴ Vgl. bspw. § 125 Abs. 1 NKomVG; § 79 Abs. 2 BbgKVerf; § 90 Abs. 3 Satz 2 GO NRW; § 109 Abs. 1 Satz 2 HGO.

³⁵ *Prieß/Gabriel*, NZBau 2007, 617, 618.

³⁶ Vgl. EuGH, Urteil v. 13.10.2005 – C-4598/03 „Parking Brixen“ Rn. 49; Urteil v. 7.12.2000 – C-324/98 „Telaustria“ Rn. 60 u. 62.

³⁷ Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand vom 10.7.1997, Abl.-EU Nr. C 209/3.

³⁸ *Gabriel* in: *Gabriel/Krohn/Neun*, Handbuch des Vergaberechts, § 76 Rn. 5.

³⁹ *Prieß/Gabriel*, NZBau 2007, 617, 621.

⁴⁰ *Gabriel* in: *Gabriel/Krohn/Neun*, Handbuch des Vergaberechts, § 76 Rn. 13.

⁴¹ *Gabriel* in: *Gabriel/Krohn/Neun*, Handbuch des Vergaberechts, § 76 Rn. 13 u. 14.

⁴² Vgl. Mitt. „Unterschwelvenvergabe“ Nr. 2.2.1 a.e.: „Die Fristen für die Interessensbekundungen und für die Angebotsabgabe müssen so lang sein, dass Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten eine fundierte Einschätzung vornehmen und ein Angebot erstellen können.“

ten für das Nichtoffene Verfahren zu orientieren und die Frist für die Interessensbekundung und die Angebotsfrist auf jeweils 30 Tage festzulegen. Da außerhalb der Anwendung des EU-Vergaberechts jedoch keine strengen Fristvorgaben gelten, ist insbesondere hinsichtlich der Frist für die Interessensbekundung auch eine kürzere Frist von z.B. 2 Wochen denkbar.⁴³

Auf Basis der Interessensbekundungen ist die Eignung der Interessenten zu bewerten. Die Wertung erfolgt anhand der zuvor mitgeteilten Eignungsanforderungen. Die Wertungsentscheidungen sind sachlich zu begründen und in der Verfahrensakte zu dokumentieren.⁴⁴ Die ausgewählten Bewerber sind sodann zur Angebotsabgabe aufzufordern. Die Wertung der Angebote erfolgt anhand der in der Bekanntmachung bzw. der Verfahrensunterlage festgelegten Bewertungskriterien. Nach Abschluss der Wertung kann die Kommune den Zuschlag auf das Angebot des Bestbieters erteilen. Eine Pflicht zur Vorabinformation gegenüber den unterlegenen Bewerbern besteht nicht.⁴⁵

In der Praxis hat sich die Durchführung des strukturierten Bieterverfahrens in fünf Verfahrensschritten bewährt⁴⁶:

Checkliste: Ablauf des strukturierten Bieterverfahrens

1. Bekanntmachung mit Aufforderung zur Einreichung von Interessensbekundungen
2. Prüfung der Interessensbekundungen
3. Auswahl der Verhandlungspartner
4. Aufnahme von Verhandlungen mit den ausgewählten Bewerbern
5. Beendigung der Verhandlungen und Vertragsschluss

4. Exkurs: Keine Verpflichtung der Kommune zur Bereitstellung ihrer Flächen

Es ist nicht zulässig, dass die Kommunen unter Ausnutzung planungsrechtlicher Instrumente direkt oder indirekt „Verhinderungsplanung“ betreiben, um der Ansiedlung von Windenergieanlagen im Gemeindegebiet entgegenzuwirken.⁴⁷ Die Außenbereichsprivilegierung für Windenergieanlagen gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB darf nicht ausgehöhlt werden.⁴⁸

Aus hier maßgeblicher vergabe- und zivilrechtlicher Sicht lässt sich derzeit nicht erkennen, dass die Kommune einem Kontrahierungszwang dahingehend ausgesetzt wäre, gemeindeeigene Flächen für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen zur Verfügung zu stellen.

5. Rechtliche Konstruktion der Grundstücksüberlassung

Die Entscheidung über die zweckmäßige rechtliche Konstruktion für die Überlassung des Standorts ist eine zentrale Weichenstellung für den Projekterfolg. Dabei betreffen etliche Aspekte, die auf den ersten Blick vor allem Sache des Projektentwicklers zu sein scheinen, auch die Kommune, da sie vernünftiger Weise ebenfalls ein vitales Interesse an einer erfolgreichen Projektentwicklung und nicht etwa daran hat, auf ihrem Gemeindegebiet und im vorliegenden Fall noch dazu auf Flächen, die in ihrem Eigentum stehen, eine „Investitionsruine“ verwalten zu müssen.

Soweit Unternehmen der Privatwirtschaft Windparks zu entwickeln beabsichtigen, ist es üblich, dass die Überlassung auf der Grundlage schuldrechtlicher Verträge mit dinglicher Absicherung erfolgt, und selten, dass das Eigentum oder ein eigentumsähnliches Recht (Erbbaurecht) an den maßgeblichen Flächen übertragen wird. Die entsprechenden Vertragswerke wurden seit der Schaffung des gesetzlichen Rahmens für die Förderung der erneuerbaren Energien immer weiter verfeinert und auch in gewisser Hinsicht standardisiert.

⁴³ *Gabriel* in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 76 Rn. 8.

⁴⁴ *Gabriel* in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 76 Rn. 9.

⁴⁵ *Gabriel* in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 76 Rn. 19.

⁴⁶ *Prieß/Gabriel*, NZBau 2007, 617, 619.

⁴⁷ Vgl. BVerwG, Urteil v. 13.12.2012 – 4 CN 1/12, NvWZ 2013, 519.

⁴⁸ Zu wesentlichen Fragen der planerischen Standortsteuerung s. bereits das Hintergrundpapier der Fachagentur Windenergie an Land „Steuerung der Windenergie im Außenbereich durch Flächennutzungsplan im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB“ vom Februar 2015.

Die Grundstücke, deren Sicherung die erfolgreiche Realisierung eines Windparkprojekts bedarf, können grundsätzlich in drei Kategorien eingeteilt werden:

1. Standortgrundstücke – für die Windenergieanlagen und die Übergabestation sowie je nach Betriebskonzept und Planung ein Umspannwerk;
2. Infrastrukturgrundstücke – für (z) die Verlegung und Unterhaltung von Kabeln (innerhalb des Parks sowie zur externen Anbindung), (y) die Zuwegung, (x) notwendige Abstandsflächen/Rotorüberstreifflächen und (w) die Aufstellung von Kränen während der Bauzeit;
3. Kompensationsgrundstücke – für die Durchführung von etwa erforderlichen naturschutzrechtlichen Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen.

Aus Sicht eines Entwicklers ist es dabei entscheidend, dass es ihm gelingt, tatsächlich alle erforderlichen Flächen zu identifizieren und sich diese zu sichern, da die fehlende Sicherung auch nur einer Fläche ihn in eine faktische Zwangslage gegenüber dem Inhaber der tatsächlichen und rechtlichen Verfügungsbefugnis an einem „vergessenen“ Areal manövrieren kann.

5.1 Grundstücksverkauf

Wie vorstehend ausgeführt, sind Grundstückskaufverträge über Flächen für Windparks in der Praxis selten anzutreffen. Ein Grund hierfür dürfte die vergleichsweise hohe Kapitalbindung für die Investoren sein. Daneben fallen – gerade bei der Vielzahl benötigter Grundstücke – erhebliche Erwerbsnebenkosten an (v.a. Notarkosten, Grunderwerbsteuer). Infolge der Seltenheit besteht nach Erfahrung der Autoren kein identifizierbarer „Marktstandard“ bei der Gestaltung solcher Verträge. Auch außerhalb der Windenergiebranche ist der grundsätzliche Ausschluss der Sachmängelhaftung des Verkäufers üblich, von dem die Parteien dann je nach Verhandlungsergebnis spezifische Ausnahmen vereinbaren.

5.2 Erbbaurechtsbestellung

Für die Erbbaurechtsbestellung gelten die vorstehenden Ausführungen zu Grundstückskaufverträgen sinngemäß. Im gewerblichen Immobiliensektor sind derzeit erste Anzeichen einer Renaissance des Erbbaurechts als Mittel der Verschaffung dinglicher Verfügungsbefugnis über Liegenschaften zu beobachten, die möglicherweise mit der Preisentwicklung und dem Marktumfeld in der Immobilienwirtschaft zusammenhängen. Für die Windenergiebranche ist eine gesteigerte Relevanz von Erbbaurechtsverträgen aber nicht absehbar.

5.3 Miete / Pacht

In der weit überwiegenden Zahl der Fälle schließen Grundstückseigentümer und Projektierer Nutzungsverträge ab. Aufgrund der weitreichenden Verweisung in § 581 Abs. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)⁴⁹, wonach auf den Pachtvertrag mit Ausnahme des Landpachtvertrags⁵⁰ die Vorschriften über den Mietvertrag entsprechend anzuwenden sind, wenn sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt, bedarf es im Regelfall einer Abgrenzung zwischen den beiden Vertragstypen nicht.⁵¹

Die Verträge werden meist schon zu einem Zeitpunkt abgeschlossen, in dem noch nicht endgültig klar ist, ob – zumindest aber wie genau – das Vorhaben tatsächlich realisiert werden kann (z.B. weil die Errichtungsgenehmigungen für die Anlagen noch nicht vorliegen).

5.3.1 Wesentliche Vertragsinhalte

Das Gesetz verlangt in § 535 Abs. 1 BGB bzw. § 581 Abs. 1 BGB die Überlassung der Miet- bzw. Pachtsache durch den Vermieter/Verpächter gegen Zahlung eines Entgelts durch den Mieter/Pächter.

Damit sind die wesentlichen Vertragsinhalte, wie sie das Gesetz fordert,

1. die Parteien: mitunter kann die Identifizierung des „richtigen“ Vermieters/Verpächters, d.h. des zur Grundstücksüberlassung Berechtigten problembehaftet sein; denn der öffentliche Glaube des Grundbuchs gemäß § 892 BGB ist nur auf Geschäfte anwendbar, die dem Erwerb eines (dinglichen) Rechts an einem Grundstück dienen, und § 891 BGB ist eine Regelung zur Darlegungs- und Beweislast, die zudem nur in einem behördlichen oder gerichtlichen Verfahren gilt. Für die vorliegend inte-

⁴⁹ Hierzu ausführlich *Harke* in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 581 Rn. 21 ff.

⁵⁰ Darunter fällt die Zurverfügungstellung von Flächen für die Gewinnung von Windenergie nicht, BGHZ 180, 285, zit. nach Ebert, in: HK-BGB, 8. Aufl. 2014, BGB § 585 Rn. 2.

⁵¹ Beispiel für eine Qualifizierung als Pachtvertrag s.o. unter 2.1 zitierte Entscheidung des OLG Bremen.

ressierenden Fälle, in denen die Kommune Grundstückseigentümerin ist, können Schwierigkeiten beispielsweise bei Gemeindegebietsreformen oder im Falle von Verfahren der Bodenordnung auftreten.

2. die Überlassung eines – hinreichend bestimmten – Miet- bzw. Pachtgegenstandes zu einem bestimmten Zweck (für den der Miet- bzw. Pachtgegenstand auch grundsätzlich geeignet sein muss).
3. die Vereinbarung einer Miete bzw. eines Pachtzinses.

Im Hinblick auf die Preisabsprachen bei Nutzungsverträgen im Zusammenhang mit der Errichtung und dem Betrieb von Windenergieanlagen hat sich vorwiegend folgende Struktur im Markt herausgebildet:⁵² Bis zur Inbetriebnahme der Windenergieanlage wird in aller Regel eine jährliche „Standortsicherungsgebühr“ vereinbart. Bei Arealen, die dem Betreiber der Windenergieanlage während der Laufzeit der Nutzungsvereinbarung exklusiv zur Nutzung zur Verfügung stehen, beläuft sich die Vergütung in aller Regel auf einen bestimmten Prozentsatz des durch die Windenergieanlage erzielten Umsatzes bzw. der Förderzahlungen nach dem ⁵³Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG). Damit diese Vergütungsbestimmung (nach)vollziehbar ist, muss eine Verpflichtung des Betreibers der Windenergieanlage zur Vorlage entsprechender Abrechnungen an den Grundstückseigentümer vorgesehen werden. Für nicht exklusiv zur Nutzung überlassene Infrastrukturf lächen erfolgt üblicher Weise eine Einmalzahlung, deren Fälligkeit sich nach der Eintragung der dinglichen Sicherung im Grundbuch⁵⁴ richtet.

5.3.2 Dingliche Absicherung

Der Projektentwickler wird in der Regel darauf bestehen, dass die Kommune im Mietvertrag die Verpflichtung eingeht, an der dinglichen Sicherung des Nutzungsrechts durch Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit mitzuwirken. Andernfalls wird der Projektentwickler für das Vorhaben keine Fremdfinanzierung erlangen können. Auch was den Inhalt der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sowie der Sicherungsabrede angeht, spielt die Fremdfinanzierung eine Rolle. Die Dienstbarkeit sollte sich zur Erleichterung einer Bankfinanzierung am Muster des Verbandes deutscher Pfandbriefbanken (vdp) e. V. für Mieterdienstbarkeiten orientieren.⁵⁵ Der Dienstbarkeit dürfen keine wertmindernden oder ihrer Ausübung entgegenstehenden Rechte in Abteilung II und keine Rechte in Abteilung III des Grundbuchs vorgehen. Die Rechte aus der Dienstbarkeit müssen gemäß § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB Dritten zur Ausübung überlassen werden können. Üblicher Weise werden die Projektentwickler und ihre Finanzierungspartner auch darauf achten, dass die Dienstbarkeit abstrakt vom Bestehen des Nutzungsvertrages bleibt.⁵⁶

Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit hat auch Bedeutung für den Erhalt der rechtlichen Selbständigkeit der Windenergieanlage mit Blick auf §§ 94, 95, 946 BGB und damit u.a. der Möglichkeit des Projektentwicklers/Anlagenbetreibers zur Sicherungsübereignung der Anlage zu Finanzierungszwecken.

5.3.3 Weitere rechtliche Themenschwerpunkte

5.3.3.1 Schriftformerfordernis

Besonderes Augenmerk ist in der Praxis auf die Einhaltung des Schriftformerfordernisses gemäß § 550 BGB zu legen. Die Vorschrift ordnet Schriftform im Sinne von § 126 BGB für Mietverträge mit einer Festlaufzeit von mehr als einem Jahr an. Rechtsfolge eines Verstoßes gegen die Schriftform ist, dass er als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt, mit der Folge, dass er von beiden Parteien jederzeit unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfristen gekündigt werden kann. Damit steht die Planungssicherheit der Parteien auf dem Spiel. Die Rechtsprechung zu § 550 BGB füllt Regalmeter; die höchstgerichtliche Rechtsprechung hat zuletzt u.a. die Geltung so genannter Schriftformheilungsklauseln für Grundstückserwerber verneint⁵⁷.

⁵² Hierzu sowie zum Folgenden *Jenn*, ZfBR-Beil. 2012, 14, 19 f.

⁵³ Zur Preisfindung unter beihilfe- und haushaltsrechtlichen Gesichtspunkten schon oben unter 2.4.2.3.

⁵⁴ Hierzu sogleich unter 5.3.2.

⁵⁵ Vgl. hierzu Verband deutscher Pfandbriefbanken (vdp) e. V., *immobilienmanager* 2/2010, 22 f.

⁵⁶ Zur Abstraktheit von beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten als Regelfall, sofern die Parteien keine abweichende Abrede treffen oder sonst Besonderheiten im Einzelfall vorliegen, BGH, Urteil vom 22.1.1992 – VIII ZR 374/89, DNotZ 1992, 665 ff.

⁵⁷ BGH, Urteil vom 22.1.2014 – XII ZR 68/10, DNotZ 2014, 436.

Wesentliche Grundregeln für die Beachtung der mietvertraglichen Schriftform sind:

Checkliste: Kernelemente des mietrechtlichen Schriftformerfordernisses

1. Alle Vertragsparteien müssen in der Urkunde genannt werden und diese unterzeichnen; etwaige Vertretung muss hinreichend zum Ausdruck kommen
2. Einheit der Urkunde (physisch – vorzuziehen – oder durch eindeutige, zweifelsfreie Verweisung/Bezugnahme)
3. die wesentlichen Vertragsinhalte („Essentialia“), insbesondere seine Parteien, der Mietgegenstand und der Beginn des Mietverhältnisses, müssen in der Urkunde bestimmt oder zumindest bestimmbar angegeben werden
4. Vertragsänderungen, Wechsel der Vertragsparteien: Schriftformerfordernis gilt ebenfalls!
Bewährte Praxis: Bezugnahme der Nachtragsurkunde auf den ursprünglichen Vertrag einschließlich aller sonstigen Schriftstücke, aus denen sich die wesentlichen vertraglichen Vereinbarungen (s.o.) ergeben, und Aufnahme einer Bestimmung in den Nachtrag, es solle unter Einbeziehung der Nachträge bei den Regelungen des Ursprungsvertrages verbleiben⁵⁸.

5.3.3.2 Laufzeit, Recht zur außerordentlichen Kündigung

Die Laufzeit des Mietvertrages orientiert sich in aller Regel an der Dauer des Förderanspruchs gemäß EEG. § 22 Satz 1 EEG sieht einen Förderzeitraum von 20 Kalenderjahren zuzüglich des Inbetriebnahmejahres der Anlage vor. Diese Vorschrift ist im Zusammenspiel mit der mietrechtlichen Bestimmung des § 544 BGB zu betrachten, vor allem, wenn die Parteien von Anfang an auch ein Repowering (also der Ersetzung bestehender (Alt-)Anlagen durch leistungsstärkere) am Anlagenstandort für möglich und wünschenswert halten. Nach § 544 Satz 1 BGB kann ein Mietvertrag, der für eine längere Zeit als 30 Jahre geschlossen wurde, von jeder Vertragspartei nach Ablauf von 30 Jahren nach Überlassung der Mietsache außerordentlich mit der gesetzlichen Frist gekündigt werden. Eine Brücke kann hier die abstrakte beschränkte persönliche Dienstbarkeit⁵⁹ kombiniert mit entsprechenden Vertragsbestimmungen zum möglichen Repowering bauen.

5.3.3.3 Rückbausicherheit

Ein potentiell Konfliktthema bei Verhandlungen über Mietverträge für Windenergieprojekte ist häufig das Erfordernis einer Rückbausicherheit seitens der Grundstückseigentümer. Grundsätzlich ist die Position der Grundstückseigentümer verständlich, dass sie sich abgesichert wissen wollen für den Fall, dass das Projekt während der Laufzeit in die Krise gerät, oder jedenfalls für den Zeitpunkt des Endes des Lebenszyklus' der Anlage. Für die Projektentwickler stellt sich dann aber mitunter das Problem, dass auch die Anlagengenehmigung häufig mit einer Nebenbestimmung oder einem sonstigen Zusatz versehen ist, wonach eine Rückbausicherheit zu stellen ist.⁶⁰ Zwei Rückbausicherheiten zu stellen ist für den Projektentwickler häufig nicht machbar (z.B. wegen der Kosten und Eigenkapitalanforderungen im Hinblick auf Bankbürgschaften), sodass ein vertraglicher Konnex zwischen der Rückbausicherheit, die die Genehmigungsbehörde verlangt, und einer Sicherheit für den Grundstückseigentümer – der ja nicht ohne Weiteres Zugriff auf die Rückbausicherheit im Zusammenhang mit der öffentlich-rechtlichen Genehmigung hat – hilfreich erscheint. In den vorliegend betrachteten Fällen, in denen sowohl Grundstückseigentümer als auch Genehmigungsbehörde zur öffentlichen Hand gehören (wenn auch nicht unbedingt Identität zwischen den Trägern besteht), sollte eine solche Regelung für den Grundstückseigentümer noch weniger risikobehaftet erscheinen als für private Grundstückseigentümer.

5.4 Flächenpooling

Als Flächenpooling wird im Windenergiebereich die Zusammenarbeit mehrerer Grundstückseigentümer im Sinne einer Bündelung ihrer Interessen bei der Vermarktung ihrer Liegenschaften mit Blick auf den Ausbau der Windenergie in dem Gebiet bezeichnet, auf dem sich die Flächen der Beteiligten befin-

⁵⁸ U.a. BGH, Urteil vom 9.4.2008 – XII ZR 89/06, NJW 2008, 2181.

⁵⁹ S. oben 5.3.2.

⁶⁰ S. z.B. § 67 Abs. 3 S. 1 BbgBO, § 71 Abs. 3 S. 2 BauO LSA, § 35 Abs. 5 S. 34 BauGB sowie zum Verhältnis von vorletzter und letztgenannter Bestimmung BVerwG, Urteil vom 17.10.2012 – 4 C 5.11, LKV 2013, 122.

den.⁶¹ Dabei handelt es sich um ein im Kern gesellschaftsrechtliches Konstrukt. Ein Poolingvertrag ist ein privatrechtlicher Vertrag, woran sich auch nichts ändert, wenn die beteiligten Grundstückseigentümer juristische Personen des öffentlichen Rechts sind. Die vertraglichen Regelungen spiegeln in gewissem Umfang diejenigen der Nutzungsverträge wie vorstehend beschrieben (v. a. Bestimmung der gegenständlichen Flächen, Nutzungszweck, Laufzeit). Darüber hinaus sollten Regelungen zum Verhältnis der Poolbeteiligten untereinander getroffen werden.

Flächenpooling verursacht vor allem in der Anbahnungs- und Strukturierungsphase einen erhöhten Aufwand und bedarf des fortwährenden Interessenausgleichs unter den Beteiligten. Im Idealfall führt ein erfolgreiches Pooling im Ergebnis aber zu positiven wirtschaftlichen Effekten und einer Ertragssteigerung für die Beteiligten, weil eine größere Marktmacht im Pool die Aussicht auf bessere Preise mit sich bringt.

⁶¹ *Frey/Ohnmacht/Stahl*, NVwZ 2014, 1421. Eine andere (naturschutzrechtliche) Begriffsbestimmung liegt der Verordnung zur Durchführung von Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen in Maßnahmen- und Flächenpools in Brandenburg zugrunde, § 1 FPV Bbg.

Impressum

© FA Wind, Mai 2016

Herausgeber:

Fachagentur zur Förderung
eines natur- und umweltverträglichen Ausbaus
der Windenergie an Land e.V.

Fanny-Zobel-Straße 11
D-12435 Berlin

www.fachagentur-windenergie.de
post@fa-wind.de

V.i.S.d.P.: Axel Tscherniak

Text:

Dr. Wolfram Krohn, Dr. Tobias Schneider
(Dentons Europe LLP) und Boris Strauch
(Berwin Leighton Paisner (Germany) LLP)

Redaktion:

Dr. Marike Pietrowicz

Haftungsausschluss:

Die in diesem Hintergrundpapier enthaltenen Informationen, Hinweise und Empfehlungen sind nach bestem Wissen ausgesucht, zusammengestellt und ausgeführt. Dennoch wird keine Gewähr für die Aktualität, Richtigkeit und Vollständigkeit übernommen. Die Informationen, Hinweise und Empfehlungen dienen der allgemeinen Information und können eine Beratung im Einzelfall oder eine Rechtsberatung nicht ersetzen.

Fachagentur Windenergie an Land e.V.

Fanny-Zobel-Straße 11 | 12435 Berlin

T +49 30 64 494 60 - 60 | F +49 30 64 494 60 – 61

post@fa-wind.de | www.fachagentur-windenergie.de