



Rechtlicher Rahmen für die Umsetzung von Windparkprojekten mit einer Beteiligung von Kommunen

32. Windenergietage 2024

06.11.2024, Forum 6B, Partnerschaft für die Zukunft: Finanzierung, Recht
und Vermarktung von Windenergie

Rechtsanwalt Dr. Markus Behnisch

Übersicht

- I. Relevante Rechtsgebiete
- II. Vergaberecht
- III. Rechtliche Einstufung, Ausgestaltung Nutzungsvertrag
- IV. Grundzüge Ausgestaltung Betreibergesellschaft (BG)
- V. Kommunalwirtschaftsrecht
- VI. Fazit

I. Zu prüfende relevante Rechtsbereiche

- Direkte Beteiligung der Kommunen zwischen 25 - 75% Anteile
- Zwar „Vergabe“ aber meist nur über Interessenbekundungsverfahren, keine förmliche bzw. keine europaweite Ausschreibung
- Verschiedene Rechtsgebiete berührt, für rechtssichere Projektentwicklung und Realisierung zu prüfen
- Anpassung von Verträgen (Nutzungs-, Projektentwicklungsvertrag)
- Vergaberecht
- Beihilfenrecht
- Kommunalwirtschaftsrecht

II. Vergaberecht (1) – Grundlagen (1)

- Beteiligung der Kommunen an der PEG und/oder BG
- Rechtliche zu lösende Herausforderung: PEV/BG schließt Verträge wie PEV, Nutzungsvertrag, Werkliefervertrag, Kooperationsvertrag
- Entscheidende Frage: entsteht ein Vertragsverhältnis i.S. eines öffentlichen Auftrages gem. § 103 GWB, dann Ausschreibungspflicht
- Entgeltlicher Auftrag öffentlich-rechtlicher Körperschaft und privatem Unternehmen
- Projektsteuerung bzw. Abschluss PEV (Projektentwicklungsvertrag)
- Beauftragung Ausarbeitung Gutachten (ASB, B-Planunterlagen, etc.)
- Nutzungsverträge, Kooperationsvertrag

II. Vergaberecht (2) – Grundlagen (2)

- Öffentlicher Auftrag setzt konkret beschreibbare und durch die Kommune einklagbare Leistung und Gegenleistung von Auftraggeber (Kommune) oder Zahlungen unmittelbar durch Dritte (Konzession), d.h. mit dem Auftrag verbundene Rechte voraus
- Grundsätzlich unterfällt die Gründung einer PEG, an welcher die Kommune und ein Privater die Anteile halten, d. h. einer sog. gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft, nicht dem Vergaberecht
- Gründung einer Gesellschaft, d. h. einer PEG, kann mit der Übertragung von konkreten Aufgaben einhergehen, Gesamtkonstruktion kann als ein öffentlicher Auftrag anzusehen sein (sog. „eingekapselte“ Beschaffung, vgl. EuGH, „Deckmantel“ Gründung

II. Vergaberecht (3) – Grundlagen (3)

- Vorliegende Konstruktionen bisher nicht direkt entschieden
- Primär im Blick nachgelagerte an sich hoheitlich einzustufende Leistungen wie die Erbringung von Abfallbeseitigungsleistungen sowie Aufgaben der Wasserversorgung, Verhinderung Umgehung
- Abschluss Kooperationsvertrag, Nutzungsvertrag, PEV vergleichbar?
- Konkrete Ausgestaltung ausschlaggebend:
 - Kooperationsvertrag: im Kern gemeinsame Zusammenarbeit, Eckpunkte spätere Beteiligung
 - Keine (direkten) Zahlungspflichten

II. Vergaberecht (4) – Grundzüge Ausgestaltung Rechtsbeziehungen PEG (1)

- Eher unproblematisch kein öffentlicher Auftrag, wenn Beteiligung der Kommune noch nicht oder < 50% der Anteile (dann bereits keine besondere Staatsnähe)
- Zusätzlich gewerbliches Handeln der PEG?
 - Trotz EEG-Förderung aufgrund Direktvermarktungspflicht marktorientierte Tätigkeit, Gewinnerzielungsabsicht der Gesellschaft
 - Insolvenzrisiko, Einsatz von Risikokapital bis zum Vorliegen BImSchG-Genehmigung bzw. Baureifer Projektentwicklung, keine an sich bestehende Verwertungsmöglichkeit

II. Vergaberecht (5) – Grundzüge Ausgestaltung Rechtsbeziehungen PEG (2)

- Vergabe von Entwicklungsleistungen: Beauftragung üblicher Entwicklungsleistungen wie Unterlagen für Planungsverfahren bzw. Gutachten für Genehmigungsverfahren **nach Gründung** und an Dritte
- Abschluss eines Projektsteuerungs-/Projektentwicklungsvertrages zwischen Privatem Unternehmen und PEG
 - Eher unproblematisch bei Abschluss nach Gründung
 - Beteiligung von Kommune < 50% oder erst nach Übertragung Projektrechte auf BG
 - im Einzelfall konkret zu prüfen/vertraglich auszugestalten

III. Rechtliche Einstufung, Ausgestaltung Nutzungsvertrag (1)

- Abschluss von Nutzungsverträgen durch eine Kommune über in ihrem Eigentum stehende Grundstücke ist grundsätzlich kein ausschreibungspflichtiges Geschäft
- Entscheidend, dass die Kommune mit dem Abschluss eines Nutzungsvertrages keine Leistungsbeziehung im Sinne eines Beschaffungsauftrages wie z. B. eine Bauleistung begründet
 - Keine Realisierungsverpflichtung
 - Keine Vertragsstrafen bei Nichtrealisierung von WEA/Windpark
- Sicherstellung haushaltsrechtlicher/beihilfenrechtlicher Anforderungen

III. Rechtliche Einstufung, Ausgestaltung Nutzungsvertrag (2)

- Vermietung und die Verpachtung eines Grundstücks durch eine Kommune unter dem Marktwert wäre staatliche Beihilfe
- Als staatliche Beihilfen einzustufende Leistungen sind grundsätzlich verboten, soweit sie aufgrund einer wettbewerbsverzerrenden Wirkung den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigen.
- Deshalb sind gegen dieses Verbot verstoßende Verträge ohne eine entsprechende Genehmigung der Kommission unwirksam
- Durchführung förmliches Vergabeverfahren
- Einholen Sachverständigengutachten (Maßstab: Berücksichtigung geringerer Pachtzinsen für Kommunalprojekte)

IV. Grundzüge Ausgestaltung Betreibergesellschaft (BG)

- Abschluss verschiedenster Verträge nach Vorliegen Baureife
 - Werkliefervertrag WEA, nebst Wartungsvertrag
 - Betriebsführungsvertrag
 - Projektrechtekaufvertrag (vor allem Kaufpreis)
- Ohnehin eher unkritisch, wenn Beteiligung Kommunen < 50%
- Anteile mehr als 50%
 - Gewerbliche Tätigkeit? – vgl. oben (eher ja)
 - Im Kern marktbezogene Tätigkeit durch Beteiligung (vgl. oben)
 - Leistungen ggf. auch durch Dritte wie Eigentümer/Bürger erbracht

V. Kommunalwirtschaftsrecht – zulässige wirtschaftliche Betätigung von Kommunen

- Nicht einheitlich zu beurteilen, da jeweilige Ausgestaltung nach Bundesland
- Aktuell eher Tendenz zu erweitertem Betätigungsspielraum
 - Zulässige wirtschaftliche Betätigung
 - Meist gesonderte Befugnisse bei der Erzeugung von Strom, vor allem aus erneuerbaren Energien
 - Häufigster Diskussionspunkt: Zulässigkeit auch bei geplanter (überwiegender) Einspeisung in das öffentlich Netz, ggf. nur Einschränkung zur Versorgung öffentlicher Einrichtungen
 - Teilweise Annahme, dass dann keine örtliche Betätigung der Kommunen mehr vorliegt
 - Jeweils aktuelles Kommunalrecht, jeweilige Rechtsprechung

VI. Fazit

- Beteiligungsmodelle sind rechtlich und vertragsrechtlich komplex
- Allerdings bei entsprechender rechtlicher Betreuung lösbar
- Gute Chancen für die Realisierung von Projekte, wenn Grundstücke im Eigentum der Kommunen, da Mitgestaltung und höhere finanzielle Anreize
- In verschiedenen Projekten höhere Akzeptanz, Entwicklung von Standorten, bei den andernfalls keine WEA/Windparks entwickelt worden wären
- Meist Zeitgewinn, weil koordinierte Projektentwicklung und Realisierung
- Ggf. höherer Aufwand bei Abschluss der Verträge/Verhandlung mit Dritten



**Rechtsanwalt
Dr. Markus Behnisch**

Wir bedanken uns für Ihre Aufmerksamkeit.

Gaßner, Groth, Siederer & Coll.

Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

EnergieForum Berlin

Stralauer Platz 34

10243 Berlin

Tel. +49 (0) 30.726 10 26.0

Fax. +49 (0) 30.726 10 26.10

E-Mail: berlin@ggsc.de

Web: www.ggsc.de