



Heilshorn Mock Edelbluth Rechtsanwälte Partnerschaft mbB
Berliner Allee 2 79110 Freiburg

Gemeinde Münstertal
Herrn Riesterer
Wasen 47
79244 Münstertal

Per E-Mail: hriesterer@muenstertal.de

Freiburg, den 7. April 2022
Unser Az.: 64/22 DM31/dm

Prof. Dr. Torsten Heilshorn

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Dario Mock

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Markus Edelbluth

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Katalin Vollmann

Rechtsanwältin

Margarete Frick

Rechtsanwältin

Münstertal/Ökostrom Consulting Freiburg GmbH wegen Windkraft

Sehr geehrter Herr Riesterer,

Sie haben uns mit der rechtlichen Prüfung der Frage beauftragt, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen ein Pachtvertrag zur Verpachtung kommunaler Flächen, auf denen durch einen privaten Betreiber Windenergieanlagen errichtet werden sollen, ausgeschrieben werden muss.

Hierzu haben Sie uns den geplanten Gestattungsvertrag zwischen der Gemeinde Münstertal und der Bürge Energie Münstertal GmbH & Co. KG vorgelegt. Daneben sind wohl noch ergänzende Vorgaben zu einer Beteiligungsmöglichkeit für Münstertaler Bürger sowie zur Berücksichtigung regionaler Unternehmen vorgesehen.

Im Ergebnis ist der Pachtvertrag *nicht förmlich auszuschreiben*.

Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

1. Die Gemeinde Münstertal beabsichtigt, kommunale Flächen an einen Windkraftbetreiber zu verpachten. Auf den Flächen sollen Windenergieanlagen errichtet werden. Die Verpachtung soll durch Abschluss des im Entwurf vorliegenden Gestattungsvertrags erfolgen.
2. Eine Pflicht zur Ausschreibung des vorliegenden Gestattungsvertrags würde voraussetzen, dass es sich dabei um einen *öffentlichen Auftrag*

H|M|E

Heilshorn Mock Edelbluth

Rechtsanwälte Partnerschaft mbB
Berliner Allee 2
79110 Freiburg

Telefon 0761 88789830
Fax 0761 88789840
E-Mail kanzlei@hme-recht.de
Website www.hme-recht.de

Iban DE34 6806 3479 0021 6606 04
Bic GENODE61VOK
Bank Raiffeisenbank Kaiserstuhl eG

USt-ID DE329696431
Registergericht: Amtsgericht Freiburg
PR 700382 / Sitz: Freiburg

i.S.v. § 103 Abs. 1 GWB handelt, der nach § 97 Abs. 1 GWB in einem transparenten Verfahren zu vergeben ist. Öffentliche Aufträge sind gemäß § 103 Abs. 1 GWB entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben.

Bei einem Pachtvertrag, bei dem die Gemeinde als Verpächter auftritt, handelt es sich nicht um einen öffentlichen Auftrag im Sinne des GWB. Dies ergibt sich allerdings nicht bereits aus § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB, wonach die Vorgaben des GWB auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen über die Pacht von Grundstücken nicht anzuwenden sind. Diese Ausnahme gilt nur für die Anpachtung von Grundstücken durch die Gemeinde, nicht aber für den vorliegenden Fall der Verpachtung eines kommunalen Grundstücks. Die Verpachtung eines Grundstücks durch die Gemeinde stellt vielmehr deshalb keinen öffentlichen Auftrag dar, weil es sich nicht um einen *Beschaffungsvorgang* handelt.

OLG Bremen, Beschl. v. 13.3.2008 – Verg 5/07, juris Rn. 22.

Aus dem Umstand, dass ein Teil des nach dem Gestattungsvertrag vorgesehenen Entgelts (Pachtzins) sich nach dem jährlichen *Ertrag* der Windenergieanlagen bemisst, ergibt sich keine abweichende Bewertung. Die Ausgestaltung des Pachtzinses ändert nichts am fehlenden Beschaffungscharakter des Vertrags, die bloße Einnahme einer Gegenleistung in Geld stellt keinen vergaberechtliche Beschaffungsvorgang dar. Dies gilt unabhängig davon, auf welcher Grundlage das Gestattungsentgelt berechnet wird.

OLG Bremen, a.a.O.

3. Eine Ausschreibungspflicht kann sich allerdings dann ergeben, wenn ein Pachtvertrag über die Begründung des Pachtverhältnisses hinaus einen vergabepflichtigen Vertrag – vorliegend kommt allenfalls ein *Bauauftrag* in Betracht – beinhaltet. Nach § 103 Abs. 3 Nr. 2 GWB sind Bauaufträge Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauwerkes für einen öffentlichen Auftraggeber, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll. Nach § 103 Abs. 3 S. 2 GWB liegt ein Bauauftrag auch dann vor, wenn ein Dritter Bauleistungen gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen erbringt, die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt und dieser einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat.

Vorliegend beinhaltet der Gestattungsvertrag allerdings weder einen Bauauftrag nach § 103 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB, noch sind die Voraussetzungen des § 103 Abs. 3 S. 2 GWB erfüllt.

4. Das Vorliegen eines Bauauftrags setzt sowohl nach den nationalen Regelungen als auch nach den zugrunde liegenden europarechtlichen Vorgaben eine *Verpflichtung* zur Erbringung von Bauleistungen bzw. zur Errichtung eines Bauwerks voraus.

Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 Rn. 61; zum unionsrechtlichen Begriff EuGH, Urt. v. 25.03.2010 – C-451/08, Rn. 63 und 90: „Der Begriff „öffentliche Bauaufträge“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 erfordert, dass der Auftragnehmer direkt oder indirekt die

Verpflichtung zur Erbringung der Bauleistungen, die Gegenstand des Auftrags sind, übernimmt und dass es sich um eine nach den im nationalen Recht geregelten Modalitäten einklagbare Verpflichtung handelt.“ (Hervorhebungen durch den Unterzeichner).

Dies ist vorliegend nicht der Fall. Der Vertrag enthält *keine Verpflichtung* des Pächters bzw. Vorhabenträgers, die geplanten Windenergieanlagen zu errichten. Vielmehr wird dem Pächter die Errichtung der Anlagen lediglich gestattet, ohne dass damit eine einklagbare Bauverpflichtung verbunden wäre.

§ 1 Abs. 2 des Vertrags („Der Grundeigentümer gestattet dem Betreiber ...“) (Hervorhebungen durch den Unterzeichner).

Nach dem Vertrag ist zwar vorgesehen, dass der Pächter die Windenergieanlagen innerhalb eines bestimmten Zeitraums beantragt und nach Genehmigung auch errichtet. Für den Fall, dass die Anlagen nicht bzw. nicht innerhalb des vereinbarten Zeitraums errichtet werden, ist aber lediglich eine Möglichkeit zur *Kündigung* des Vertrags vorgesehen. Auf diesem Wege kann indes die Errichtung der geplanten Anlagen nicht durchgesetzt werden. Eine Bauverpflichtung als Voraussetzung eines Bauauftrags liegt damit nicht vor.

VK Darmstadt, Beschl. v. 05.03.2008 – 69d-VK06/2008, NZBau 2008, 339 (341).

5. Die Voraussetzungen des § 103 Abs. 3 S. 2 GWB sind ebenfalls nicht erfüllt. Danach liegt ein Bauauftrag auch dann vor, wenn ein Dritter Bauleistungen gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten *Erfordernissen* erbringt, die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt und dieser einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat. Die Bauleistung eines Dritten kommt dem öffentlichen Auftraggeber insbesondere dann zugute, wenn dieser *Eigentümer* der Bauleistung oder des Bauwerks wird, daneben aber etwa auch, wenn der Auftraggeber einen *wirtschaftlichen Vorteil* aus der Nutzung oder Veräußerung des Bauwerks zieht.

EuGH, Urt. v. 25.03.2010 – C-451/08, Rn. 49 ff.; VK BW, Beschl. v. 02.02.2015 – 1 VK 65/14, juris Rn. 28 f.

Nach dem vorliegenden Vertragsentwurf wird die Kommune nicht Eigentümerin der zu errichtenden Windenergieanlagen. Die Anlagen nebst den notwendigen weiteren Einrichtungen werden gemäß § 3 Abs. 2 des Vertragsentwurfs nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grundstück verbunden und sind damit gemäß § 95 Abs. 1 S. 1 BGB nicht Bestandteil des Grundstücks.

OLG Schleswig, Urt. v. 26.08.2005 – 14 U 9/05, juris Rn. 55 ff.; *Stresemann*, in: Münchener Kommentar, 9. Aufl. 2021, § 95 Rn. 18.

Zudem ist vorgesehen, dass nach Ende der Vertragslaufzeit ein Rückbau erfolgen muss. Damit wird die Gemeinde nicht Eigentümerin der Windenergieanlagen. Der umsatzabhängige Bestandteil des Pachtzinses stellt allerdings einen *wirtschaftlichen Vorteil* dar, der sich aus der Nutzung der zu errichtenden Anlage ergibt und der Gemeinde unmittelbar zufließen soll.

6. Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Bauleistung dem Auftraggeber aufgrund des umsatzabhängigen Pachtzinsanteils unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt, müsste die Gemeinde weiter einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung genommen haben, um die Voraussetzungen des § 103 Abs. 3 S. 2 GWB bejahen zu können. Dies ist im Ergebnis nicht der Fall.

Eine Anwendbarkeit des Vergaberechts kann sich etwa daraus ergeben, dass der Auftraggeber einen *Anforderungsrahmen* vorgibt, in dem die verschiedenen technischen und technologischen Merkmale eines geplanten Gebäudes sowie die spezifischen Bedürfnisse des Auftraggebers definiert sind.

Hierzu *Wegener/Pünder*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 Rn. 68 m.w.N.

In einer jüngeren Entscheidung hat der EuGH für eine Anwendung des Vergaberechts gefordert, dass ein künftiger Mieter entscheidenden Einfluss auf die *architektonische Struktur* des Gebäudes (Größe, Außenwände, tragende Wände, Gebäudestruktur) nimmt oder *spezifische Ausstattungsmerkmale* eines Gebäudes vorgibt, die über das hinausgehen, was ein Mieter typischer Weise bei einem vergleichbaren Gebäude verlangen kann. Anforderungen, die die Gebäudeeinteilung betreffen, können nur dann als Beleg eines entscheidenden Einflusses angesehen werden, wenn sie sich aufgrund ihrer Eigenart oder ihres Umfang abheben.

EuGH, Urt. v. 22.04.2021 – C-537/19.

In der Entscheidung des OLG Bremen zur Verpachtung von Grundstücken zur Errichtung von Windkraftanlagen war der Pächter vertraglich verpflichtet, ein *Nutzungskonzept* zu erstellen, welches alle für die Errichtung eines Windparks erforderlichen Baumaßnahmen im Detail aufführen musste. Weiter war der Pächter verpflichtet, die Anlage gemäß dem Nutzungskonzept zu errichten und in Betrieb zu nehmen. Dies war Grundlage für die Einschätzung des Gerichts, es liege eine in die formale Rechtsform eines Pachtvertrags eingekleidete öffentlicher Baukonzession vor.

OLG Bremen, Beschl. v. 13.3.2008 – Verg 5/07, juris Rn. 26.

Im vorliegenden Fall enthält der Vertragsentwurf keine Vorgaben für die Errichtung der Windenergieanlagen. Das Gesamtkonzept ist zwar mit dem Grundstückseigentümer vorab abzustimmen (§ 1 Abs. 4 des Vertrags). Konkrete Vorgabe zu Art und Umfang der Baumaßnahmen enthält der Vertrag aber ebenso wenig wie eine Bauverpflichtung. Die Pläne der geplanten Bebauung sind der Gemeinde schließlich erst nach Inbetriebnahme der genehmigten Pläne der Gemeinde vorzulegen (§ 1 Abs. 5 des Vertrags).

7. Anforderungen an die Verfahrensgestaltung können sich – auch wenn kein ausschreibungspflichtiger Vertrag vorliegt – dann ergeben, wenn der Vertrag *Binnenmarktrelevanz* aufweist.

Für *öffentliche Bauaufträge* ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass ausnahmsweise trotz Unterschreitung der für eine europaweite Ausschreibung maßgeblichen Schwellenwerte die unionsrechtlichen *Grundfreiheiten* zu berücksichtigen sein können. Dies ist dann der Fall, wenn ein Auftrag Binnenmarktrelevanz entfaltet.

EuG, Urt. v. 20.05.2010 – T-258/06, juris.

Binnenmarktrelevanz bedeutet, dass an dem zu erteilenden öffentlichen Auftrag ein *grenzüberschreitendes Interesse* besteht.

EuG, Urt. v. 20.05.2010 – T 258/06, juris Rn. 80.

Die Vorgaben für binnenmarktrelevante Bauaufträge unterhalb der Schwellenwerte sollen etwa auch auf *Grundstücksverkäufe* einer Kommune oder Verträge anzuwenden sein, die nicht dem Vergaberecht unterliegen. So hat etwa das OLG Düsseldorf zu einem Grundstückskaufvertrag der öffentlichen Hand ausgeführt:

„Neben einer Bindung an Art. 3 Abs. 1 GG [...] sind bei einer Binnenmarktrelevanz des Vorgangs auch die Grundfreiheiten zu berücksichtigen [...].“, OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.10.2010 – Verg 25/08, juris Rn. 15.

Die Binnenmarktrelevanz eines Auftrags ist jeweils im *Einzelfall* zu beurteilen. Dabei sind insbesondere relevant

- grenznahe Lage des Leistungsortes,
- geschätzter Auftragswert,
- Auftragsgegenstand und,
- Besonderheiten des betroffenen Sektors.

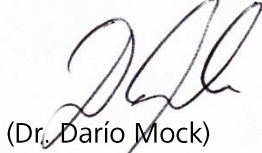
Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, 2006/C 179/02.

Vorliegend ist – unabhängig von der Frage, ob das Merkmal der Binnenmarktrelevanz auch bei Pachtverträgen Anwendung finden kann – auf der Grundlage der uns vorliegenden Informationen nicht von einem binnenmarktrelevanten Vorgang auszugehen, so dass sich insoweit keine besonderen Verfahrensanforderungen ergeben.

8. Ungeachtet der fehlenden Vergabepflicht kann die Gemeinde *freiwillig* ein Auswahlverfahren durchführen, das allerdings nicht den Vorgaben eines förmlichen Vergabeverfahrens entsprechen muss.

Sollten Sie weitere Fragen haben, stehe jederzeit gern zur Verfügung. Bei Bedarf können wir uns auch gerne noch einmal telefonisch austauschen.

Mit freundlichen Grüßen



(Dr. Dario Mock)
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht