

Erläuterungen zum Gestattungsvertrags-Muster **(Stand: Januar 2010)**

I. Zunehmende Bedeutung der Photovoltaik

Die Klimaveränderungen der letzten Jahrzehnte haben dazu geführt, dass die Gesellschaft die Notwendigkeit von Maßnahmen zur Vermeidung von CO₂-Emissionen erkannt hat. Die durch das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) vergütete Stromerzeugung durch erneuerbare Energien führte im Jahr 2008 bereits zu einer Emissionsvermeidung von ca. 53 Mio. Tonnen CO₂. Davon machte die Stromerzeugung durch Photovoltaik eine Ersparnis von rund 2,4 Mio. Tonnen CO₂-Emissionen aus.¹ Städte und Gemeinden können einen maßgeblichen Beitrag zum weiteren Ausbau der Solarenergie leisten, indem sie die Vielzahl ihrer Liegenschaften für den Betrieb von Photovoltaikanlagen (PV-Anlagen) nutzen. Dies können sie entweder in eigener Verantwortung realisieren (s. hierzu u. IV) oder geeignete Flächen privaten Investoren zur Verfügung stellen.

Für Kommunen, die sich für die Kooperation mit Anlagen-Betreibern entscheiden, hat der DStGB in Zusammenarbeit mit seinen Mitgliedsverbänden ein entsprechendes Vertragsmuster erarbeitet. Dieses Muster entbindet die kommunalen Vertragspartner nicht von der Prüfung und angemessenen Berücksichtigung aller im Einzelfall relevanten tatsächlichen und rechtlichen Umstände im Rahmen der individuellen Vertragsgestaltung. Es kann aber in Verbindung mit den vorliegenden Erläuterungen eine wertvolle Arbeitshilfe für die interne Meinungsbildung der Kommune und für die Verhandlungen mit potenziellen Vertragspartnern sein.

¹ BMU: Erneuerbare Energien – Zahlen und Fakten, Stand Juli 2009, S. 24.

II. Rechtsgrundlage: EEG

Für den Betrieb einer PV-Anlage stellt das Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien, in der geläufigen Kurzfassung Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) genannt, die Rechtsgrundlage dar. Es soll den Ausbau von Strom- und Wärmeerzeugung aus erneuerbaren Quellen und damit den Klimaschutz fördern und die Abhängigkeit von fossilen Energieträgern wie Erdöl, Erdgas oder Kohle verringern. Eine novellierte Fassung ist am 01. Januar 2009 in Kraft getreten.

Grundgedanke des Gesetzes ist, dass den Betreibern der zu fördernden Anlagen über einen bestimmten Zeitraum ein fester Vergütungssatz für den erzeugten Strom gewährt wird, der sich an den Erzeugungskosten der jeweiligen Erzeugungsart orientiert, um so einen wirtschaftlichen Betrieb der Anlagen zu ermöglichen (vgl. §§ 23 ff., § 33 EEG für PV-Anlagen). Der für neu installierte Anlagen festgelegte Satz sinkt jährlich um einen bestimmten Prozentsatz (Degression), um einen Anreiz für Kostensenkungen zu schaffen (vgl. § 20 EEG). Der zuständige Netzbetreiber ist aufgrund eines gesetzlichen Schuldverhältnisses zum Anschluss der Anlage und zur Zahlung der festgelegten Vergütung verpflichtet. Eines Vertrages mit dem Anlagenbetreiber bedarf es nicht (vgl. § 4 EEG).

Die Novelle 2009 hat das Ziel, den Anteil Erneuerbarer Energien bis zum Jahr 2020 auf einen Anteil zwischen 25% und 30% zu erhöhen. Sie behält die Grundstrukturen des EEG 2004 bei, enthält allerdings zahlreiche Detailänderungen. So müssen Betreiber Standort und Leistung ihrer Solaranlage an die Bundesnetzagentur melden. Auch der Anlagenbegriff wurde neu definiert. Mit der Neufassung der §§ 19 und 66 im EEG 2009 werden Anlagen, die in enger zeitlicher (innerhalb von 12 aufeinander folgenden Monaten) und lokaler Nähe (auf demselben Grundstück oder in unmittelbarer Nähe) in Betrieb genommen wurden, hinsichtlich der Vergütung wie eine einzige Anlage gewertet.

III. Funktionsweise von PV-Anlagen (vgl. § 1)

Eine Photovoltaikanlage, auch PV-Anlage (bzw. PVA) oder Solarstromanlage genannt, ist ein Kraftwerk, in dem mittels Solarzellen ein Teil der Sonnenstrahlung in elektrische Energie umgewandelt wird. Diese direkte Art der Energiewandlung bezeichnet man als Photovoltaik. Demgegenüber arbeiten andere Sonnenkraftwerke (z.

B. solarthermische Kraftwerke) über die Zwischenschritte Wärmeenergie und mechanische Energie.

Eine Photovoltaikanlage besteht aus mehreren Komponenten. Die aus Solarzellen aufgebauten Solarmodule empfangen und wandeln die Lichtenergie der Sonne in elektrische Energie in Form von Gleichstrom um. Die Solarzelle dient dabei als Wandler der Strahlungsenergie durch Ausnutzung des photovoltaischen Effektes. Aufgrund der geringen elektrischen Spannung einer einzelnen Solarzelle (ca. 0,5 Volt) werden mehrere Zellen zu Solarmodulen zusammengefasst. Ein oder mehrere solcher Module ergeben den Solargenerator. Die gewonnene elektrische Energie wird über Kabel dem restlichen System zugeführt. Sie kann dort entweder gespeichert (Inselanlage) oder aber in ein elektrisches Netz, zum Beispiel das öffentliche Stromnetz, eingespeist werden (Hybridanlage, netzgekoppelte Anlage).

IV. Alternativen zur Verpachtung, insbesondere Bürgerbeteiligungsmodelle

Der Fremdvergabe und der entsprechenden Vertragsgestaltung sollte die gründliche Prüfung vorausgehen, ob eine PV-Anlage auch in kommunaler Verantwortung betrieben werden kann. So lassen sich insbesondere die Risiken einer langen vertraglichen Bindung vermeiden. Zur Überwindung von Investitionshindernissen kommen neben verschiedenen Förderprogrammen auch Bürgerbeteiligungsmodelle in Betracht. Der Vorzug einer Finanzierung der PV-Anlage durch ein Bürgerbeteiligungsmodell besteht darin, dass z.B. die Akzeptanz sowie die Identifikation der Gemeindebürger mit dem Thema „Energie und neue Technologien“ verstärkt werden. Bürger-solarstromanlagen werden typischerweise in der Rechtsform einer KG, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, eines Vereins oder einer Genossenschaft betrieben. Bei der Auswahl der Vertragspartner sollte die Kommune stets die Frage des Insolvenzschutzes und der Entscheidungsfähigkeit der Vertragspartner im Blick haben.

Es ist jedoch vorab darauf hinzuweisen, dass auch kommerzielle Privatunternehmen, also „Betreiber“ i. S. d. Mustervertrags, Bürgerbeteiligungsmodelle anbieten. Solche Anbieter versuchen z. T. unter Berufung auf die von ihnen vertretenen „Bürgerinteressen“, gegenüber Städten und Gemeinden Vergünstigungen bis hin zur kostenlosen Überlassung von Dachflächen durchzusetzen.

1. Genossenschaftsmodell

Insbesondere die Gründung von Bürgergenossenschaften zur Nutzung erneuerbarer Energien hat in der letzten Zeit zugenommen. Eine Genossenschaft hat zum Ziel, zusammen mit der Gemeinde den Bürgern eine Beteiligungsmöglichkeit im Bereich der Nutzung der Photovoltaik zu bieten. Der Geschäftsanteil, mit dem sich das Mitglied an der Genossenschaft beteiligen kann, ist in der Höhe variabel. Es sollte aber ein zu zeichnender Mindestanteil festgelegt werden.² Die maximale Beteiligung wird vom Vorstand der Genossenschaft bestimmt und die Haftung des Mitglieds auf die Höhe der Geschäftsanteile beschränkt. Die Beteiligungshöhe sollte jeweils so gewählt werden, dass sich breite Bevölkerungsschichten angesprochen fühlen.

Zu den Spezifika einer eingetragenen Genossenschaft gehört es, dass diese ausschließlich der Förderung der Interessen ihrer Mitglieder verpflichtet ist. Des Weiteren sind ausschließlich die Mitglieder einer eG die Nutznießer der Leistungen des genossenschaftlichen Unternehmens. Die eG ist zudem eine demokratische Gesellschaftsform. Jedes Mitglied hat eine Stimme – unabhängig von der Höhe der Kapitalbeteiligung. Dies schützt vor der Dominanz Einzelner und sichert die Unabhängigkeit. Die eG ist ferner eine juristische Person, die mit Eintragung in das Genossenschaftsregister eine eigene Rechtspersönlichkeit erlangt. Zur Gründung sind bereits drei Personen ausreichend, so dass die eG grundsätzlich eine flexible und dadurch stabile Rechtsform ist. Ein- und Austritte von Mitgliedern sind problemlos ohne notarielle Mitwirkung oder Unternehmensbewertungen möglich. Mitglieder einer eG können natürliche und juristische Personen werden.

Dennoch ist zu beachten, dass es sich bei dem Beitritt zur Genossenschaft um eine unternehmerische Beteiligung handelt. Eine ungünstige Entwicklung kann bis zum Totalverlust der Geschäftsguthaben führen. Solche ungünstigen Entwicklungen können eintreten, wenn z. B. die Sonneneinstrahlung deutlich hinter den prognostizierten Werten zurückbleibt, versteckte Qualitätsmängel der Anlage zu erheblichen Ausfallzeiten führen, die tatsächliche Nutzungsdauer der PV-Anlage deutlich geringer ist, als nach den üblichen Annahmen vorhersehbar oder gesetzliche Rahmenbedingungen geändert werden und diese sich negativ auf die Rentabilität auswirken.

² z.B. „Sonnenstadt Jever eG“: 100 Geschäftsanteile zu je 10 €; „BürgerEnergiegenossenschaft Weingarten eG“, „BürgerEnergiegenossenschaft Region Wangen im Allgäu eG“, Baden-Württemberg: mindestens 1 Geschäftsanteil zu 100 €.

2. „Bürgerinnenkraftwerk“

Eine weitere Beteiligungsform stellt das „Bürgerinnenkraftwerk“ dar. Dies ist eine meist in der Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechtes (GbR) oder eines eingetragenen Vereins organisierte Vereinigung von Bürgern, die in ihrer Kommune eine PV-Gemeinschaftsanlage zur Erzeugung umweltfreundlichen Stromes betreiben. Ein Bürgerinnenkraftwerk besteht aus einzelnen PV-Anlagen privater Bürger, die technisch zu einer großen Anlage verbunden werden. Jeder der so genannten Teilnehmer erwirbt das Eigentum an seiner Anlage und wird steuerlich behandelt, als ob die Anlage auf seinem eigenen Dach errichtet wäre. Betreut und konzipiert wird die Durchführung vom Verein oder der GbR, die hinter dem Bürgerinnenkraftwerk steht. Die Vereinigung übernimmt Wartung, Versicherung, Überwachung und Abrechnung mit dem Energieversorger für die Teilnehmer, so dass diese ihre „Umweltinvestition“ fast wie eine übliche Kapitalanlage sehen können. Die Teilnehmer am Bürgerinnenkraftwerk finanzieren den Kaufpreis ihrer Anlage aus der auf 20 Jahre garantierten Einspeisevergütung für den Solarstrom.

3. Prospektpflicht bei Bürgerbeteiligungsmodellen

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass die Kommunen als Initiatoren von Bürgerbeteiligungen beim Betrieb von PV-Anlagen verpflichtet sind, einen Vermögensanlagen-Verkaufsprospekt zu erstellen und diesen bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) zu hinterlegen. Die tatbestandliche Voraussetzung der Prospektpflicht ist das öffentliche Angebot einer Vermögensanlage. Ein öffentliches Angebot in diesem Sinne liegt bereits vor, wenn Investitionen durch den Verkauf von Anteilen finanziert werden und die Kommune ihre Bürger über die Beteiligungsmöglichkeit informiert. Dies kann entweder durch Werbung auf der Homepage der Kommune, mittels Anzeigen in der Regionalpresse oder Flyern auf Informationsveranstaltungen geschehen.

Zu den prospektpflichtigen Vermögensanlagen gehört gemäß § 8f Abs. 1 S. 1 Wertpapier-Verkaufsprospektgesetz (VerkaufsprospektG) die Beteiligung an einem Unternehmen, wie z.B. an einer GbR. Kleinere Anlagen werden durch § 8f Abs. 2 Nr. 3 VerkaufsprospektG privilegiert, der eine Ausnahme von der Prospektpflicht vorsieht, wenn die Vermögensanlage nicht mehr als zwanzig Anteile umfasst oder der Ver-

kaufspreis der Anteile in einem Zeitraum von zwölf Monaten den Betrag von 100 000 Euro nicht übersteigt.

Bevor die Kommune eine Unternehmensbeteiligung öffentlich anbietet, muss sie somit einen Prospekt bei der BaFin hinterlegt und diese die Veröffentlichung des Prospekts gestattet haben. Dabei ist der Prüfungsumfang darauf beschränkt, ob der Prospekt die Angaben enthält, die nach § 8g VerkaufsprospektG in Verbindung mit der Vermögensanlagen-Verordnung erforderlich sind. Die dort vorgesehenen Mindestangaben haben das Ziel, die Verkaufsprospekte für die Anleger transparenter und vergleichbarer zu machen. Die Pflichtangaben beziehen sich insbesondere auf die Risiken der Vermögensanlage und dienen somit dem Anlegerschutz.

Die BaFin hält auf ihrer Homepage www.bafin.de („Unternehmen / Allgemeine Pflichten / Prospekte für Vermögensanlagen“) ein für Laien verfasstes Informationsangebot bereit, das neben allgemeinen Informationen auch Musterschreiben umfasst, die den Betroffenen die Korrespondenz mit der BaFin erleichtern

V. Nutzung eines gemeindlichen Vermögensgegenstandes (vgl. § 2)

Bei der Einräumung eines Nutzungsrechts an einer kommunalen Dachfläche für den Betrieb einer PV-Anlage ist zu beachten, dass es sich um die Überlassung der Nutzung eines gemeindeeigenen Vermögensgegenstandes handelt. Diese darf aufgrund der einschlägigen Bestimmungen der Gemeindeordnungen der Länder³ in der Regel nur zum vollen Wert erfolgen. Dies bedeutet, dass regelmäßig ein marktübliches Entgelt zu vereinbaren ist. Um dieses zu ermitteln, sollten zumindest mehrere Angebote eingeholt werden. Zu den vergaberechtlichen Vorgaben s. u. X.

Ausnahmsweise kann zwar von der Festlegung eines Nutzungsentgelts abgesehen werden, etwa wenn eine von der Gemeinde ansonsten zu erfüllende Aufgabe mit der Überlassung gefördert werden würde. Eine solche Ausnahme ist bei der Einräumung eines Nutzungsrechts an einer kommunalen Dachfläche jedoch nicht erkennbar, denn der Vertragspartner der Kommune erzielt aus der Einspeisevergütung Gewinne. Für den Fall, dass die Kommune die Dachfläche selbst zur Stromerzeugung zur

³ z.B. §§ 90 Abs. 4 GO NRW; 90 Abs. 2 GO Sachsen; 97 Abs. 2 GO Nds.; Art. 75 Abs. 2 S. 1 Bay. GO.

Einspeisung in das allgemeine Netz oder zur eigenen Stromversorgung nutzt und damit eine von ihr zu erfüllende Aufgabe fördert, fehlt es an der Voraussetzung der Überlassung an einen Dritten.

Es gibt verschiedene Modelle zur Bemessung des Entgelts, die die o. g. Kriterien erfüllen. Es kommt sowohl die Festlegung eines Prozentsatzes der dem Betreiber nach § 33 Abs. 1 EEG im Abrechnungszeitraum zustehende Einspeisevergütung in Frage als auch eine Bestimmung anhand eines Prozentsatzes des Jahresertrages der elektrischen Nennleistung der Anlage.

Es ist darauf hinzuweisen, dass zu den Regelungen zur Nutzungsüberlassung auch eine Bestimmung zur Verpflichtung des Betreibers zur Rechnungslegung gegenüber der Stadt/Gemeinde aufgenommen werden sollte. Andernfalls bleibt die Stadt/Gemeinde auf die gesetzlichen Auskunftsrechte verwiesen.

Die Alternative der ertragsunabhängigen Vergütung kommt in Betracht, da die tatsächliche Einspeisung dem Verantwortungsbereich und der Risikosphäre des Betreibers zuzurechnen ist. Die Parallele zur Vermietung von Gewerbeflächen bestätigt diese Wertung.

Zudem bieten einzelne Betreiber weitere Nebenleistungen wie z.B. die grundhafte Sanierung eines Daches an. Die Regelungen solcher Nebenleistungen sollten im einzelnen Fall individuell in den Vertrag aufgenommen werden. In solchen Fällen kann es möglich sein, dass die PV-Anlage zum Gebäudebestandteil wird. Bezüglich dieser Besonderheit ist der Vertrag dann umzugestalten.

VI. Absicherungen (vgl. § 5)

Die meisten PV-Anlagen werden durch Banken finanziert, die damit auf die Durchführung der Projekte maßgeblichen Einfluss haben. Zu ihrer Absicherung erwarten die Banken in der Regel, dass Grunddienstbarkeiten im Grundbuch eingetragen werden. Die Eintragung einer Dienstbarkeit dient dazu, das Eigentum des Betreibers oder der finanzierenden Bank an der PV-Anlage zu erhalten. Denn nach § 95 Abs. 1 S. 2 BGB wird nicht zum Bestandteil des Grundstücks, was in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück mit dem Grundstück verbunden worden ist. Eine be-

schränkte persönliche Dienstbarkeit stellt ein solches Recht dar. Zum anderen schützt die Dienstbarkeit den Anlagenbetreiber im Falle der Insolvenz des Grundstückseigentümers oder der Zwangsversteigerung des Grundstücks. Durch die beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann der Anlagenbetreiber erreichen, dass der Erwerb des Grundstücks im Zwangsversteigerungsverfahren für ihn ohne Auswirkungen bleibt. Die Banken verzichten zwar auf eine Absicherung, wenn das Grundstück im Eigentum der öffentlichen Hand steht und daher nicht mit einer Insolvenz oder Zwangsversteigerung zu rechnen ist. Sie erwarten jedoch für den Fall des Verkaufs der Immobilie an einen privaten Dritten aufgrund dessen Insolvenzrisikos die Eintragung einer Dienstbarkeit, da die nachträgliche Eintragung einer Dienstbarkeit schwierig sein kann. Zum anderen sind der Anlagenbetreiber und die finanzierende Bank umso besser abgesichert, je höherrangiger ihre Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist. Der Rang richtet sich in erster Linie nach dem Zeitpunkt der Eintragung.

Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass gem. § 4 des Mustervertrags der Betreiber der Eigentümer der PV-Anlage bleibt, was gegen ein Bedürfnis zur Absicherung des Eigentums durch eine Dienstbarkeit spricht. Werden gleichwohl Nutzungsrechte und Belastungen des Grundstücks eingeräumt, so können diese zu einer Wertminderung der Liegenschaften führen. Da die Finanzierung der Anlage der Risikosphäre des Betreibers zuzurechnen ist, ist dessen vertragliche Pflicht zum Ausgleich der Wertminderung interessengerecht.

VII. Laufzeiten und Amortisierung (vgl. §§ 6, 7)

Das EEG 2009 sieht in § 21 Abs. 2 vor, dass die festgesetzten Mindestvergütungen für neu in Betrieb genommene Anlagen jeweils für die Dauer von 20 Jahre ohne Berücksichtigung des Inbetriebnahmejahres zu zahlen sind. Die Laufzeit des Gestattungsvertrages wird daher in der Regel an diese Regelung angelehnt. Auch wenn zu bedenken ist, dass Städte und Gemeinden durch die lange Bindungsdauer die Möglichkeit verlieren, die Liegenschaft in den nächsten Jahrzehnten anderweitig zu verwerten und die Belastung des Grundstücks mit der Vereinbarung zu einer Wertminderung führt, kann durch die Einräumung eines außerordentlichen Kündigungsrechts für die Gemeinden zumindest teilweise ein Ausgleich geschaffen werden. So ist die Gemeinde berechtigt, den Gestattungsvertrag außerordentlich zu kündigen, wenn die

zuständigen Gremien im Rahmen einer Änderung des Flächennutzungsplanes und/oder der Aufstellung eines Bebauungsplanes eine andere Nutzung für den Bereich des Nutzungsobjektes beschließen, das Grundstück von der Gemeinde zu anderen Zwecken benötigt wird, die mit dem vereinbarten Nutzungszweck unvereinbar sind oder wenn übergeordnete öffentliche Belange, die beispielsweise eine Enteignung oder einen enteignungsgleichen Eingriff rechtfertigen würden (z.B. Bau von Straßen), den Abbau der Anlage erfordern. Das außerordentliche Kündigungsrecht ermöglicht den Städten und Gemeinden die Lösung von dem Gestattungsvertrag auch vor Ablauf der 20 Jahre und vermindert daher das Risiko einer Bindung über solch einen langen Zeitraum.

Die Amortisationszeit einer PV-Anlage hängt von verschiedenen Faktoren ab (Einstrahlung am Standort, verwendeten Technologie, Dacheigenschaften, Anlagengröße, steuerliche Aspekte). Regelmäßig hat sich eine photovoltaische Anlage jedoch nach zehn Jahren amortisiert. Eine fertig installierte und netzgekoppelte Photovoltaikanlage kostet derzeit (Inbetriebnahme 2008) bei großen Freiflächenanlagen ca. 3250 €/kWp Netto. Solch eine Anlage liefert in Süddeutschland nach dem aktuellen Stand der Technik einen Jahresertrag von ca. 850 bis 1200 kWh, in Abhängigkeit von Zellentyp, Ausrichtung, Dachneigung, Sonneneinstrahlung und Temperatur. Das Wetter bietet nicht jedes Jahr die gleichen Einstrahlungswerte. In Simulationsrechnungen geht man von den gemittelten Werten der letzten zehn Jahre für den jeweiligen Standort aus. Für alle bei Photovoltaikanlagen entstehenden Kosten (Module, Wechselrichter, Installation, Wartung, Versicherung) sind generell nur die Nettopreise (ohne Mehrwertsteuer) zu betrachten, da der Betreiber einer solchen Anlage vom Finanzamt als Unternehmer betrachtet wird. Auch die im EEG genannten Einspeisevergütungen sind Nettovergütungen. Der Stromnetzbetreiber zahlt also zusätzlich die Mehrwertsteuer (in Deutschland 2008: 19 %) aus und macht diese in der eigenen Steuererklärung steuermindernd als Vorsteuer geltend. Der Solaranlageeigentümer führt die erhaltene Mehrwertsteuer an das Finanzamt ab.

VIII. Außerordentliches Kündigungsrecht des Gestattungsnehmers (vgl. § 7)

Es wird ferner darauf hingewiesen, dass neben dem außerordentlichen Kündigungsrecht für die Gestattungsgeberin auch ein solches für den Gestattungsnehmer in den Vertrag aufgenommen werden kann, falls die Gestattungsgeberin bauliche Verände-

rungen am Gebäude oder Bepflanzungen auf dem Grundstück vornimmt oder sonstige Maßnahmen trifft, die zu einer nachhaltigen Leistungsminderung der PV-Anlage führen.

IX. Sicherheitsleistung (vgl. § 8)

Die angemessene Höhe der Sicherheitsleistung ist unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zu bestimmen. Bzgl. der Kosten für den Rückbau können etwa 10 % der Kosten für den Aufbau veranschlagt werden. Insbesondere bei langer Vertragslaufzeit ergibt sich eine gewisse Prognoseunsicherheit. Beim Einsatz von Dünnschichtmodulen können sich die Kosten etwa wegen Schadstoffen wie Cadmium deutlich erhöhen.

X. Ausschreibungspflicht

Schließlich spielt bei der Verpachtung von kommunalen Liegenschaften an potentielle Anbieter von PV-Anlagen durch Städte und Gemeinden auch das Vergaberecht eine wichtige Rolle. Aufgrund der aktuellen Entwicklungen in der Rechtsprechung für den Bereich der kommunalen Grundstücksveräußerungen und -verpachtungen sowie durch die Novellierung des § 99 GWB ist es daher mehr denn je maßgebend, welche konkreten Regelungen der beabsichtigte Gestattungsvertrag enthält. Nach der aktuellen Rechtsprechung ist jedenfalls immer dann von einer Anwendung des Vergaberechts und damit von einem wettbewerblichen Verfahren bei einer Veräußerung bzw. Verpachtung einer kommunalen Liegenschaft auszugehen, wenn die EU-Schwellenwerte überschritten werden und der Vertrag mit einer Bauverpflichtung bzw. weiteren konkreten Vorgaben der Kommune verbunden ist.

1. Aktuelle Entscheidungen in der Rechtsprechung

Das OLG Düsseldorf hat durch mehrere Entscheidungen⁴ die Veräußerung kommunaler Grundstücke bei gleichzeitiger Bauverpflichtung des Bieters als öffentlichen Bauauftrag bzw. Baukonzession qualifiziert und damit in diesen Fallgestaltungen die Anwendung des Vergaberechts für erforderlich gehalten. Für die Annahme einer Ausschreibungspflicht sind nach dem OLG Düsseldorf weder das Eigentum des Auftraggebers an dem errichteten Bauwerk, ein unmittelbar eigener Beschaffungsbedarf noch eine Entgeltzahlung des Auftraggebers an den Investor erforderlich. Primär ist

zu prüfen, ob im zugrunde liegenden Vertrag eine (Bau-)Verpflichtung zur Errichtung sowie zum Betrieb einer Photovoltaik-Anlage festgeschrieben wird.

Das OLG Bremen⁵ hat auf der Grundlage der Entscheidungen des OLG Düsseldorf die Ausschreibungspflicht uneingeschränkt auf kommunale Pachtverträge erweitert. Im entschiedenen Fall ging es um die Verpachtung eines kommunalen Grundstückes, bei der die Bieter zur Errichtung eines Windparks und zu dem Betrieb der zu errichtenden Windkraftanlagen für die nächsten 20 Jahre verpflichtet werden sollten. Mit Abgabe ihres Angebotes mussten die potentiellen Pächter ein detailliertes Nutzungskonzept vorlegen. Darüber hinaus enthielt der beabsichtigte Pachtvertrag die Verpflichtung des Pächters, die Windkraftanlage innerhalb eines Jahres dem Nutzungskonzept entsprechend zu erstellen und in Betrieb zu nehmen. Das OLG Bremen hält den ausgeschriebenen Vertrag in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf für eine ausschreibungspflichtige Baukonzession. Auch wenn die einfache Verpachtung eines Grundstückes durch die öffentliche Hand nicht dem Vergaberecht unterfällt, da sie dort lediglich als Anbieter einer eigenen Leistung auf dem Markt auftritt und keine fremden Leistungen nachfragt, stellt sich der Sachverhalt vorliegend anders dar. Den Bietern wurde die bauliche Umsetzung eines konkreten Nutzungskonzeptes innerhalb eines Jahres und der Betrieb des Windkraftparks für die Zeit von 20 Jahren verpflichtend vorgeschrieben. Damit sei die Planung und Ausführung von bestimmten Bauleistungen Gegenstand der Ausschreibung und nicht nur eine Nebenleistung zu einem Pachtvertrag.

2. Übertragung auf die Verpachtung von kommunalen Liegenschaften

Im Falle der Verpachtung von kommunalen Liegenschaften zum Betrieb von PV-Anlagen findet das Vergaberecht damit immer nur dann Anwendung, wenn der Gestattungsgeber neben einem Nutzungsentgelt auch die Einhaltung eines detaillierten Nutzungskonzeptes und die Inbetriebnahme der Anlage zu einem bestimmten Zeitpunkt fordert.

⁴ Beschluss vom 13.06.2007 (VergabeR 2007, 634); Beschluss vom 12.12.2007 (VergabeR 2008, 99 f.); Beschluss vom 06.02.2008 (VergabeR 2008, 229).

⁵ Beschluss vom 13.03.2008 (VergabeR 2008, 558 ff.).

a) Detailliertes Nutzungskonzept

Unter einem detaillierten Nutzungskonzept sind konkrete Angaben bezüglich der Errichtung und Gestaltung der Photovoltaik-Anlagen, der Anlagenanzahl, technische Kapazitäten und konkrete Anordnung der einzelnen Module zu verstehen.

b) Festgelegter Zeitpunkt für Installation

Als weiterer Hinweis für eine Ausschreibungspflicht müsste die Installation und Inbetriebnahme der Anlage auch zu einem bestimmten Zeitpunkt im Gestattungsvertrag festgelegt sein. Dies würde dann einer „faktischen Bauverpflichtung“ entsprechen, da die Errichtung der Anlage zur Voraussetzung für die Verpachtung der Dachfläche wird. Vor diesem Hintergrund sollte die Kommune Dachflächen zunächst ohne die Vorgabe eines konkreten Baubeginns verpachten. Es ist aber zu beachten, dass sich eine Bauverpflichtung auch über einen faktischen Zwang für den Gestattungsnehmer ergeben kann. Dies ist anzunehmen, wenn ein Gestattungsnehmer bei Nichterfüllung bestimmter Vorgaben, mit denen er zur Umsetzung eines Projektes angehalten werden soll, eine Vertragsstrafe oder Schadensersatz leisten muss.⁶ Nach Auffassung des OLG Düsseldorf⁷ kann sogar ein vereinbartes Rücktrittsrecht des Verkäufers für den Fall, dass der Käufer nicht innerhalb eines bestimmten Zeitraums mit dem Bau begonnen hat, zu einem faktischen Bauzwang führen und damit die Anwendbarkeit des Vergaberechts auslösen. Es ist jedoch hervorzuheben, dass mittelbar wirkende Bauverpflichtungen regelmäßig nicht ausreichen dürften, um die Anwendbarkeit des Vergaberechts zu begründen.⁸ Als Voraussetzung ist vielmehr eine ausdrückliche Bauverpflichtung zu fordern. Solange eine Kommune keinen einklagbaren Rechtsanspruch auf Realisierung einer bestimmten städtebaulichen Maßnahme hat und es nach dem Kaufvertrag ausschließlich in der Hand des Grundstückserwerbers liegt, im eigenen Interesse bestimmte Baumaßnahmen auf eigene Kosten durchzuführen, findet das Vergaberecht keine Anwendung.⁹ Die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts für den Fall, dass der Gestattungsnehmer nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt mit der Installation der Anlage begonnen hat, reicht also nicht aus, die Anwendbarkeit des Vergaberechts wegen Vorliegen einer Bauverpflichtung zu begründen.

⁶ Dürsterdiek in Ingenstau/Korbion, VOB/A, 17. Aufl. 2009, § 22 Rn. 9.

⁷ Beschluss vom 06.02.2008, NZBau 2008, 271.

⁸ Vgl. EU-Kommission, Presseerklärung v. 6.6.2008.

⁹ Dürsterdiek in Ingenstau/Korbion, VOB/A, 17. Aufl. 2009, § 22 Rn. 9.

c) Ergebnis

Nur für den Fall, dass ein beabsichtigter Vertrag sowohl Angaben zu einem Nutzungsentgelt enthält als auch die Einhaltung eines detaillierten Nutzungskonzepts und den Bau der Anlage bis zu einem bestimmten Zeitpunkt fordert, handelt es sich um eine ausschreibungspflichtige Baukonzession. Anders als beim Bauauftrag, bei dem der Auftraggeber an das beauftragte Unternehmen für die von diesem übernommene (Bau-) Leistung ein Entgelt zahlt, trägt bei einer Baukonzession der Konzessionär das wirtschaftliche Risiko für das Geschäft. Er refinanziert sich grundsätzlich als wirtschaftlicher Risikoträger für die von ihm getätigte Investition durch die Nutzung der Anlage oder des Bauwerks. Bei der Verpachtung von kommunalen Liegenschaften zum Betrieb von PV-Anlagen ist dies nur unter den erläuterten Voraussetzungen der Fall. Der Betreiber der PV-Anlage refinanziert sich durch die Einspeisevergütung des gewonnenen Stroms und zahlt an die Kommune für die Nutzung der Dachfläche ein Entgelt. Er ist alleiniger Risikoträger, da er die Anlage für den Fall, dass ein wirtschaftlicher Betrieb der PV-Anlagen nicht mehr gewährleistet ist, auf seine Kosten von der Dachfläche der Kommune entfernen muss. Solange der Gestattungsvertrag aber, wie der vorangestellte Mustervertrag, keine detaillierten Angaben bezüglich eines Nutzungskonzepts enthält und den Bau der Anlage nicht bis zu einem festgelegten Zeitpunkt fordert, ist regelmäßig nicht vom Erfordernis der Anwendung des Vergaberechts auszugehen.

3. Änderungen durch die GWB-Reform

Im Rahmen der GWB-Novelle ist seit dem 24.04.2009 eine neue 3. Alternative in den § 99 Abs. 3 GWB eingefügt worden. Danach ist eine Bauleistung durch Dritte, die dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt und gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen durchgeführt wird, ausschreibungspflichtig. Das Erstreben von lediglich mittelbaren Vorteilen, wie zum Beispiel die Steigerung der städtischen Attraktivität sowie Verfolgung städtebaulicher Ziele, kann jedoch nicht als ausreichend betrachtet werden, um dieses Kriterium zu begründen. Ein unmittelbarer Vorteil liegt nur dann vor, wenn sich eine Baumaßnahme direkt auf die wirtschaftlichen Verhältnisse einer Kommune auswirkt, zum Beispiel wenn eine Gemeinde selbst Räumlichkeiten in dem Objekt anmietet.¹⁰ Bei der Verpachtung von kommunalen Liegenschaften zum Betrieb von PV-Anlagen kann dies nur in Frage kommen,

¹⁰ Eschenbruch in Kulartz/Kus/Portz, GWB, 2. Auf. 2009, § 99 Rn. 193.

wenn eine Gemeinde den erzeugten Strom zur eigenen Energieversorgung verwendet. Dies dürfte jedoch bei der Verpachtung an einen fremden Anbieter nicht der Fall sein, da dieser sich über die Einspeisevergütung selbst refinanziert und zusätzlich Gewinne erzielen möchte. Die Steigerung der gemeindlichen Attraktivität durch ein Engagement im Bereich der Erneuerbaren Energien wird für sich nicht ausreichen, um einen unmittelbar der Gemeinde zugute kommenden Vorteil zu begründen. Soweit der Gestattungsvertrag – wie bereits erläutert – keine Angaben bezüglich eines detaillierten Nutzungskonzeptes enthält, handelt sich mithin auch nicht um eine Bauleistung gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen.

Eine besondere Beachtung sollte indes allen Fallkonstellationen geschenkt werden, in denen eine Gemeinde als Mitglied einer Bürgergenossenschaft und Anteilsinhaberin selbst direkte Nutznießerin erzielter Erträge ist. Unter der Voraussetzung, dass für die Installation der Anlage zudem ein detailliertes Nutzungskonzept gefordert wird, würde der Vertrag dann eine Bauleistung beinhalten, die der Kommune durch die erzielten Gewinne und den Anteil an der Einspeisevergütung unmittelbar zugute kommt. Im Fall der Eigenbeteiligung der Kommune bei gleichzeitiger Forderung eines Nutzungskonzeptes müsste ein Gestattungsvertrag daher aufgrund des § 99 Abs. 3 Alt. 3 GWB im Bereich oberhalb der EU-Schwellenwerte ausgeschrieben werden. In Frage kommen dürfte regelmäßig ein nichtoffenes Verfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb.

XI. Baurecht und Denkmalschutz

Abschließend müssen auch die Voraussetzungen des Bau- und Denkmalschutzrechts bei der Errichtung einer PV-Anlage beachtet werden. Zwar ist in den meisten Bundesländern für die Errichtung einer PV-Anlage an oder auf Gebäuden keine Baugenehmigung erforderlich.¹¹ In derartigen Baugenehmigungsfällen bietet es sich an, eine Bauanzeige zu stellen. Dann muss die Baugenehmigungsbehörde nachweisen, ob eine Genehmigungsfreiheit vorliegt oder nicht. Weicht die PV-Anlage in Form, Größe, Standort, Beschaffenheit von den baurechtlichen Normen ab, kann es sein, dass die Anlage genehmigt werden muss. Beispiele hierfür sind besonders große oder hohe Anlagen/Häuser, Fassadenanlagen, die aus der Gebäudehülle herausragen oder Überkopfanlagen. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass es in vielen Städten

¹¹ z. B. §§ 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO NW; 61 Abs. 1 Nr. 2b) SächsBauO; 50 Nr. 21 LBO BW;

und Gemeinden Satzungen gibt, die auch das Erscheinungsbild von baulichen Anlagen regeln.

Besonders zu beachten sind zudem die Belange des Denkmalschutzes. Ein Gebäude, das unter Denkmalschutz steht, darf nur mit Erlaubnis der zuständigen Denkmalschutzbehörde in seinem Erscheinungsbild verändert oder mit An- und Aufbauten versehen werden.¹² Diese ist zu erteilen, wenn Gründe des Denkmalschutzes nicht entgegenstehen oder ein überwiegendes öffentliches Interesse die Maßnahme verlangt. Neben dieser Fallkonstellation spielt vor allem auch der Umgebungsschutz anderer Denkmale bzw. ein durch eine Denkmalbereichssatzung vermittelter Denkmalschutz eine erhebliche Rolle für die Errichtung einer PV-Anlage. Erfordert eine erlaubnispflichtige Maßnahme nach anderen gesetzlichen Bestimmungen eine Planfeststellung, Genehmigung, Erlaubnis, Bewilligung, Zulassung oder Zustimmung, so haben die dafür zuständigen Behörden die Belange des Denkmalschutzes und der Denkmalpflege entsprechend diesem Gesetz zu berücksichtigen. Eine Abstimmung mit der unteren Denkmalschutzbehörde erfolgt daher in der Regel frühzeitig.

¹² Art. 63 Abs. 1 Nr. 2c) BayBauO.
z.B. §§ 9 DSchG NRW; 8 Abs. 1 DSchG BW; Art. 6 Abs. 1 Bay. DSchG;
7 Abs. 1 DSchG M-V.