

KURZGUTACHTEN:

DIREKTVERGABE VON FLÄCHEN DER BAYERISCHEN STAATSFORSTEN AN GEMEINDEN FÜR DIE UMSETZUNG VON WINDENERGIEPROJEKTEN

A. SACHVERHALT UND FRAGESTELLUNG

Die Bayerische Staatsforsten AöR („**BaySF**“) bewirtschaftet die Waldflächen des Freistaates Bayern. Bislang bietet die BaySF Flächen für die Errichtung von Windenergieanlagen („**WEA**“) im Rahmen von öffentlichen wettbewerblichen Auswahlverfahren am Markt an. An diesem Verfahren werden die Standortgemeinden, in deren Gebiet die potenziellen Windenergieflächen liegen, nur im Rahmen einer Abstimmung kommunaler Belange, die im Auswahlverfahren zu beachten sind, beteiligt. Die Standortgemeinden sind jedoch weder an der Auswahl der Flächen noch an der Auswahl der Projektierer aktiv beteiligt.

Genauso wenig ist die BaySF bereit, potenzielle Windenergieflächen vergabefrei direkt den Gemeinden zu überlassen, in deren Gebiet sie sich befinden („**Direktvergabe**“). Diese Vergabep Praxis erschwert es den Gemeinden in ihrem Gebiet Windenergieprojekte umzusetzen:

- Die Gemeinden stehen hinsichtlich der Flächen im eigenen Gemeindegebiet im **Wettbewerb zu anderen rein kommerziellen Windkraftprojektieren**. Dies beeinträchtigt die Verwirklichung kommunaler Belange. Denn Gemeinden wollen Windenergieprojekte in der Regel im Modell einer attraktiven und hohen Bürger-/Kommunalbeteiligung umsetzen und können daher i.d.R. nicht genauso hohe Pachtzahlungen anbieten wie rein kommerzielle Projektierer. Letztere erhalten daher i.d.R. den Vorzug und setzen das Projekt ohne bzw. nur mit geringer Bürger-/Kommunalbeteiligung um.
- Besonders nachteilig ist aktuelle Vergabep Praxis für Gemeinden mit potenziellen Windenergieflächen, die nicht nur im Eigentum der BaySF, sondern auch in Privat- oder Kommunaleigentum stehen. Indem die BaySF darauf bestehen, für ihre Flächen ein separates Auswahlverfahren durchzuführen, können die potenziellen Windenergieflächen nicht **zu einem „Projektgebiet“ zusammengefasst** und von der Standortgemeinde ein Projektierer für das gesamte Windenergie-Projektgebiet gesucht werden.

Eine vergabefreie Direktvergabe war lange Praxis der BaySF und Standortgemeinden. Die Standortgemeinden hatten ursprünglich über Umfang und Auswahl der Flächen diskutiert, bei Einigung Sicherungsverträge mit der BaySF (und ggf. anderen Eigentümern) abgeschlossen und dann selbst den Projektierer gesucht.¹

¹ Je nach Modell der Projektierung wird die Pacht dann entweder direkt von der Projektgesellschaft an die Grundstückseigentümer gezahlt, oder die Standortgemeinde schließt selbst Pachtverträge mit den Eigentümern ab. In letzterem Fall trägt dann die Gemeinde das wirtschaftliche Risiko der Unterverpachtung an die Projektgesellschaft.

Die direkte Beteiligung der Standortgemeinden und ihrer Bürger kann einerseits die Akzeptanz in der Bevölkerung verbessern. Durch eine Zusammenfassung aller für Windenergie geeigneten Flächen kann zudem eine effizientere Beplanung dieser Flächen mit WEA realisiert werden.

Vor diesem Hintergrund möchte die Fraktion von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Bayerischen Landtag wissen, ob die BaySF zu ihrer vorherigen Praxis der „Direktvergabe“ ihrer Flächen an die Standortgemeinden zurückkehren können. Insbesondere ist daher zu klären, ob eine mögliche marktbeherrschende Stellung dieser „Direktvergabe“ entgegensteht (dazu **C.I.**), unter welchen Konditionen eine solche „Direktvergabe“ durch die BaySF möglich ist (dazu **C.II.**) und ob die Gemeinden bei der Auswahl des Projektierers Vergabepflichten beachten müssen (dazu **C.III.**).

B. ERGEBNIS

Die „Direktvergabe“ von Flächen der BaySF an Standortgemeinden stellt eine wettbewerbsneutrale Handlung dar, die auch dann zulässig wäre, falls den BaySF eine marktbeherrschende Stellung hinsichtlich Windenergieflächen zukäme. Bei der Direktvergabe sind lediglich folgende Voraussetzungen zu beachten:

- Die Standortgemeinde darf die WEA nicht selbst betreiben und so in Wettbewerb zu Projektierern treten.
- Bei der Auswahl der Projektierer hat die Gemeinde ihrerseits das für sie geltende Wettbewerbs- und Vergaberecht zu beachten.

Ob die Gemeinde selbst die Auswahl der Projektierer in einem öffentlichen Vergabeverfahren durchführen muss, hängt jeweils von den Umständen des Einzelfalls ab, ist von der Frage der Möglichkeit der „Direktvergabe“ von Flächen der BaySF jedoch unabhängig.

C. ZULÄSSIGKEIT DER DIREKTVERGABE AN STANDORTGEMEINDEN

I. Keine Marktbeherrschende Stellung der BaySF

Wie bereits im Kurzgutachten vom 1.9.2023 ausgeführt, haben die BaySF keine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Windenergieflächen in Bayern.

Eine marktbeherrschende Stellung der BaySF ergibt sich nicht schon aus der Tatsache, dass sie etwa 30 % der Waldflächen in Bayern bewirtschaftet. Denn für die Errichtung von WEA kommen nicht nur Waldflächen, sondern auch sonstige Flächen mit günstiger Windlage in Betracht, die nur teilweise im Staatswald liegen. Für die Beurteilung des sachlich und räumlich relevanten Marktes kommt es auf die **funktionelle Austauschbarkeit der Flächen** aus Sicht der Projektierer bzw. interessierten Unternehmen an.² Insoweit sind Waldflächen und Freiflächen funktionell austauschbar. Im Gegenteil liegen bei Waldflächen meist Nachteile gegenüber Freiflächen vor. Einerseits bestehen im Wald naturschutzrechtliche Einschränkungen, wie etwa

² Vgl. Fezer/Büscher/Obergfell, Lauterkeitsrecht: UWG, Zweiter Teil Allgemeine Marktbehinderung (S 1) Rn. 106 f.

Bauzeitbeschränkungen oder erhöhte Auflagen für Ausgleichsvorhaben. Andererseits ergeben sich durch die Windrauhigkeit des Waldes Einbußen beim Ertrag von WEA.

Der Markt für Windenergieflächen ist auch **nicht auf regionale Teilmärkte begrenzt**, da Projektierer in der Praxis regelmäßig überregional tätig sind und daher auf dem gesamten Gebiet des Freistaats Bayern als Nachfrager auftreten.

Daher sind die BaySF grundsätzlich nicht verpflichtet, Flächen in einem wettbewerblichen Auswahlverfahren zu vergeben.

II. Übertragung der Flächen an Gemeinden auch bei Marktbeherrschung möglich

Selbst wenn man jedoch unterstellt, dass die BaySF hinsichtlich der Windenergieflächen eine marktbeherrschende Stellung hätte, so stünde diese einer „Direktvergabe“ der Flächen an Standortgemeinden nicht entgegen, solange die Gemeinden **nicht** selbst als Projektierer auf- und somit **in Wettbewerb mit anderen Projektierern** treten. Denn durch die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle nach § 19 GWB soll allein wettbewerbsschädliches Verhalten verhindert werden.³ Die „Direktvergabe“ an die Standortgemeinden ist jedoch aus Sicht des Wettbewerbs neutral. Dies gilt unabhängig von der Begründung der marktbeherrschenden Stellung der BaySF.

1. Marktbeherrschung wegen Eigentumsanteil an Waldflächen

Für den Fall, dass sich eine marktbeherrschende Stellung der BaySF aus ihrem Eigentumsanteil an den Waldflächen in Bayern ergeben sollte,⁴ führt die Direktvergabe an eine Standortgemeinde, die einzelne, kleinere Waldflächen dann zusammen mit anderen Flächen zu einem Windenergie-Projektgebiet bündelt und dieses an einen Projektierer verpachtet, dazu, dass sich eine etwaige Marktmacht der BaySF auf dem Markt für Waldflächen bzw. Windenergieflächen im Wald nicht auf die Auswahl des Projektierers oder die Vertragsbedingungen auswirkt. Denn die Auswahl des Projektierers (und somit eine mögliche Marktbeeinträchtigung) erfolgt nicht mehr durch die BaySF, sondern durch die Standortgemeinde.

Stellt man für den Marktvergleich auf Windenergieflächen im Wald ab, dann käme einer Standortgemeinde, die ein Windenergieflächenbündel aus Wald- und ggf. anderen Flächen bildet, keine marktbeherrschende Stellung zu. Denn gemessen an der Fläche der möglichen Windenergieprojekte in bayerischen Wäldern käme der Projektfläche der Standortgemeinde kein bedeutender Anteil zu.

2. Marktbeherrschung wegen regional begrenztem Markt für Windenergieflächen

Nimmt man dagegen eine marktbeherrschende Stellung der BaySF an, indem man den Markt analog der Rechtslage bei Strom- und Gasnetzkonzessionen streng **lokal** abgrenzt,⁵ dann käme der Standortgemeinde schon wegen der Bündelung der Flächen zu einem „Projektgebiet“, das einen Großteil der Windenergieflächen im Gemeindegebiet abdeckt, eine marktbeherrschende Stellung zu. In diesem Fall wäre die Gemeinde selbst verpflichtet, die Vergabe im Wettbewerb durchzuführen. Dann wäre es unerheblich, ob die BaySF

³ Vgl. LMRKM/Loewenheim, 4. Aufl. 2020, GWB § 19 Rn. 13.

⁴ So in der Tendenz Stellungnahme der Kanzlei GvW Graf von Westphalen vom 06.09.2022, Seiten 26-28.

⁵ So die Stellungnahme der Kanzlei GvW Graf von Westphalen vom 06.09.2022, Seiten 26-28.

ebenfalls eigene Flächen in das „Projektgebiet“ einbringt und hierzu Standortsicherungs- oder Pachtverträge mit der Gemeinde abschließt, denn die Vergabe in einem wettbewerblichen Verfahren würde sicherstellen, dass es zu keinem Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Gemeinde bzw. der BaySF kommt.

3. Marktneutralität der Direktvergabe an Gemeinden

In beiden Fällen führt die „Direktvergabe“ an die Kommunen nicht dazu, dass der freie Markt beeinträchtigt wird, solange die Kommune nicht selbst als Projektgesellschaft auftritt und somit mit privaten Projektierern in Wettbewerb tritt. Erfolgt die Auswahl des Projektierers durch die Gemeinde anstatt die BaySF, so hat diese Verlagerung regelmäßig keine potenziell wettbewerbsbeschränkende Wirkung.⁶ Die „Direktvergabe“ von BaySF an Standortgemeinde wäre wettbewerbsrechtlich neutral.

Einzige Voraussetzung der „Direktvergabe“ bei marktbeherrschender Stellung der BaySF wäre entsprechend, dass die BaySF im Standortsicherungs- oder Pachtvertrag mit der Standortgemeinde oder sonstigen Vereinbarungen sicherstellt, dass die Standortgemeinde nicht als Wettbewerber auf dem Markt auftritt. Letzteres wäre dann der Fall, wenn die Gemeinde die WEA selbst betreibt.

Zudem könnte die BaySF die Gemeinde verpflichten, bei der Suche und Auswahl des Projektierers ihrerseits alle einschlägigen Vorgaben des Wettbewerbsrechts zu beachten. Für den Fall, dass eine marktbeherrschende Stellung der BaySF und der Gemeinde bejaht werden sollte, würde diese Regelung sicherstellen, dass die „Direktvergabe“ dann marktneutral ist.

Verneint man die marktbeherrschende Stellung der BaySF, so wäre die „Direktvergabe“ auch ohne diese Einschränkungen möglich.

Die Frage, ob die Standortgemeinde dann selbst den Pachtvertrag über die Flächen in einem wettbewerblichen Verfahren vergeben muss, ist somit von der Direktvergabe der BaySF an die Gemeinde unabhängig.

III. (Keine) Pflicht zur Durchführung eines Vergabeverfahrens für die Gemeinden

Ob eine Vergabepflicht in einem öffentlichen Verfahren für die Gemeinde aufgrund ihrer **eigenen marktbeherrschenden Stellung** besteht, hängt wiederum vom Marktzuschnitt bzw. der Marktabgrenzung ab. Es ist jedenfalls mit guten Argumenten vertretbar, dass der Gemeinde – ebenso wie der BaySF – keine marktbeherrschende Stellung zukommt, da der Markt für Windenergieflächen in Bayern nicht lokal auf Gemeindegebiete oder regional auf Landkreise begrenzt ist.

Die Frage, ob die Gemeinde darüber hinaus zur Auswahl des Projektierers selbst ein Vergabeverfahren durchführen muss, hängt von der konkreten Gestaltung des Pachtvertrags ab.

Ein Grundstückspachtvertrag stellt zunächst **keine öffentliche Auftragsvergabe nach §§ 97 ff. GWB** dar, da es sich bei dem geplanten Kooperationsmodell nicht um einen öffentlichen Auftrag handelt. Die Gemeinde

⁶ Vgl dazu MüKoEuWettbR/Wolf, 4. Aufl. 2022, GWB § 19 Rn. 24.

beschafft keine Leistung, sondern bietet lediglich eine Leistung an. In diesen Konstellationen ist das Vergaberecht nicht anzuwenden.⁷

In der Regel handelt es sich bei einem bloßen Grundstückspachtvertrag ohne Bebauungspflicht auch nicht um eine **Konzession i.S.v. § 105 Abs. 1 Nr. 1 GWB**, da es mangels Einflusses auf die Konzeption der WEA an der Beschaffungsabsicht fehlt.⁸ Es handelt sich jedoch dann um eine vergabepflichtige Baukonzession, wenn die Gemeinde als Konzessionsgeberin zum Beispiel einen einklagbaren Rechtstitel erhält, der ihr die Verfügbarkeit der Bauwerke im Hinblick auf ihre öffentliche Zweckbestimmung sicherstellt. Dies ist dann der Fall, wenn der Konzessionsgeber Maßnahmen ergreift, die über die normale baurechtliche Prüfung des Vorhabens hinausgehen, und dadurch entscheidenden Einfluss auf die Konzeption des Vorhabens ausübt.⁹ Einen Einfluss in diesem Sinne übt die Gemeinde etwa dann aus, wenn der Kooperationsvertrag nicht nur regelt, dass die Projektgesellschaft das Grundstück zur Errichtung von WEA nutzen darf, sondern zudem die **einklagbare Verpflichtung** zu einer Bürgerbeteiligung enthält. Je nach Ausgestaltung des Pachtvertrags kann daher eine **Konzessionsvergabe nach § 151 GWB** durchzuführen sein. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die Gemeinde die Gestattung der Flächennutzung zur Errichtung von WEA an (einklagbare) Pflichten und Vorgaben knüpft, die der Projektierer etwa beim Bau der WEA oder bei Gründung der Betreibergesellschaft zu beachten hat.

München, den 12. Februar 2024

Dr. Max Peiffer

Rechtsanwalt

Anette Purucker

Rechtsanwältin

Hinweis:

Diese Untersuchung wurde ausschließlich für den eigenen Gebrauch unserer Mandantin und auf Grundlage des mit unserer Mandantin bestehenden Mandatsvertrags erstellt. Gegenüber Dritten übernehmen wir keine Verantwortung oder Haftung, es sei denn, der Dritte wurde durch schriftliche Vereinbarung in den Schutzbereich des Mandatsvertrags mit unserer Mandantin einbezogen oder wir haben mit diesem Dritten schriftlich etwas Abweichendes vereinbart.

Die vorstehenden Ausführungen und Einschätzungen geben die gewissenhaft gebildete Rechtsmeinung der Verfasser wieder. In denjenigen gesetzlich nicht eindeutig geregelten Rechtsfragen, die auch noch nicht durch die höchstgerichtliche Rechtsprechung entschieden worden sind, kann keine Haftung dafür übernommen werden, ob diese Fragen im Rahmen einer gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung letztlich anders beurteilt werden.

⁷ Vgl. OLG Bremen NZBau 2008, 336

⁸ Vgl. EuGH NZBau 2010, 321, Rn. 41; ebenso OLG Schleswig, Beschl. v. 16. September 2021 – 54 Verg 1/21 –, Rn. 111, juris.

⁹ Vgl. EuGH NZBau 2010, 321, Rn. 66 f.