

Unser Az.:1325/2023

Rechtliche Kurz-Stellungnahme

**zu den Möglichkeiten und Grenzen von Bürgerbeteiligungsmodellen
im Rahmen der zum Abschluss von Standortsicherungsverträgen durch-
geführten Auswahlverfahren**

**Erstellt im Auftrag der
Bayerische Staatsforsten AöR
Tillystraße 2, 93059 Regensburg**

vorgelegt von:

**Rechtsanwalt Dr. Dietrich Drömann, Fachanwalt für Vergaberecht
Rechtsanwalt Dr. Carsten Bittner, Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Rechtsanwalt Dr. Michael Kleiber, Fachanwalt für Vergaberecht**

A. Anlass

Zur Gewährung von Nutzungsrechten im Bayerischen Staatsforst für den Bau und den Betrieb von Windenergieanlagen (WEA) führt die Bayerische Staatsforsten AöR (BaySF) wettbewerbliche Auswahlverfahren durch. Mit dem Wettbewerbssieger wird ein sog. Standortsicherungsvertrag abgeschlossen, der diesem das ausschließliche Recht zur Entwicklung eines Standortes für den Bau und Betrieb von WEA einräumt.

Besonderes Anliegen der BaySF bei Ausgestaltung und Durchführung der Auswahlverfahren ist es, Akzeptanz für WEA in Staatsforstgebiet sowohl in den betroffenen Standortgemeinden auch in der lokalen Bevölkerung zu schaffen. Zu diesem Zweck stehen der Abschluss und Wirksamkeit der Standortsicherungsverträge stets unter dem Vorbehalt, dass die jeweilige Standortgemeinde ihre Zustimmung durch einen positiven Gemeinderatsbeschluss erteilt hat und diese Zustimmung nicht aufgrund eines erfolgreichen Bürgerentscheides gemäß Art. 18 a der Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern (BayGO) aufgehoben werden muss. In ihren ersten Auswahlverfahren, welche Flächen mit dem Potential großer Wald-Windpark-Anlagen mit rd. 40 WEA im Burghauser und Altöttinger Forst betrafen, hat die BaySF zudem nur Unternehmen zur Angebotswertung zugelassen, die bereit waren, die von den betroffenen Standortgemeinden vorab beschlossenen kommunalen Belange zu akzeptieren. Diese von den Kommunen eingebrachten Belange betrafen u. a. auch die Art und den Umfang von Bürgerbeteiligungsmodellen. Angebote von Bietern, welche die Erfüllung der kommunalen Belange nicht akzeptiert haben, waren nicht berücksichtigungsfähig und vom Verfahren auszuschließen.

Die BaySF ist im Begriff, ihre Erfahrungen aus den ersten Auswahlverfahren zu evaluieren. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass kommende Auswahlverfahren in der Regel kleinere Flächen mit dem Potential zur Realisierung von deutlich weniger WEA betreffen werden, gehen die Bestrebungen der BaySF dahin, bei der Verfahrensausgestaltung weitere Anreize zur finanziellen Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern an WEA-Betreiberesellschaften zu setzen. Bei den Überlegungen zur Weiterentwicklung der Auswahlverfahren stehen verschiedene Gestaltungsoptionen im Raum. Unter anderem wird die Vorgabe einer Mindestbeteiligung stimmberechtigter Bürgerinnen und Bürger der Standortgemeinden an einer künftig entstehenden Betreiberesellschaft erwogen, bemessen als Mindestquote am Stamm- bzw. Gesellschaftskapital einer zu gründenden Betreiberesellschaft. Die Überlegungen gehen im Weiteren dahin, Bietern Gelegenheit zu geben, von sich aus über diese Mindestquote hinauszugehen und dadurch in der Angebotswertung mit zusätzlichen Wertungspunkten „belohnt“ zu werden. Schließlich wird für künftige Auswahlverfahren auch erwogen, nicht nur eine zwingende Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern an zu gründenden Betreiberesellschaften vorzugeben, sondern auch der Standortgemeinden selbst. Im Rahmen der vorliegenden Stellungnahme ist zu prüfen, inwieweit rechtliche Spielräume zur Umsetzung der vorgenannten Gestaltungsoptionen bestehen.

B. Summary

Beteiligung von Standortgemeinden: Auf die von der BaySF durchgeführten Auswahlverfahren zum Abschluss von Standortsicherungsverträgen findet förmliches Vergaberecht grundsätzlich keine Anwendung, weil sich die BaySF bei bisheriger Ausgestaltung der Auswahlverfahren keine Leistung beschafft, weder unmittelbar noch mittelbar. Für den Fall, dass die Verfahrensbedingungen zwingend eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung von Standortgemeinden an der Betreibergesellschaft vorsähen, veränderte sich der Charakter der Auswahlverfahren in rechtlich nicht unerheblicher Weise. Denn dann würde mit der Gemeinde eine Einheit Anteilsrechte (entgeltlich) erwerben, welche zugleich die Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung mit Strom als kommunale Aufgabe im eigenen Wirkungskreis wahrnimmt. Damit könnte dem Erwerb der Beteiligung durch die Standortgemeinde für sich genommen Beschaffungscharakter zukommen. Eine solche Ausgestaltung wäre jedenfalls der begründeten Gefahr ausgesetzt, dass die Auswahlverfahren dem Anwendungsbereich des förmlichen Vergaberechts unterfielen.

Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern: Die BaySF können Auswahlverfahren zur Suche von Vertragspartnern für Standortsicherungsverträge in der Weise ausgestalten, dass sie den Verfahrensteilnehmern die Übertragung von Geschäftsanteilen an einer für die Durchführung der Verträge errichteten Betreiber- bzw. Projektgesellschaft auf Bürgerinnen und Bürger der betreffenden Standortgemeinde(n) in einem Umfang unterhalb einer gesellschaftsrechtlichen Sperrminorität zwingend vorgeben können, zum Beispiel in Gestalt der Vorgabe „*Veräußerung von 24,9 % der Geschäftsanteile an Bürgerinnen und Bürger der Standortgemeinde*“. Als Sach- bzw. Rechtfertigungsgrund für eine solche Vorgabe können sich die BaySF darauf berufen, dass in Bezug auf in Gemeindegebieten geplante *onshore*-Windenergievorhaben die für eine effektive Projektrealisierung notwendige Akzeptanz in der lokalen Bevölkerung zu schaffen bzw. zu erhöhen und abzusichern ist. Dieser Sach- bzw. Rechtfertigungsgrund trägt auch eine Prämierung von Angeboten, die über die geforderte Mindestvorgabe hinaus ein „Mehr an Bürgerbeteiligung“ ermöglichen, soweit die für ein „Mehr an Bürgerbeteiligung“ zusätzlich vergebene Wertungspunkte das Verhältnis zu anderen Wertungskriterien nicht einseitig zugunsten des Beteiligungskriteriums verzerren. Dadurch muss Wettbewerbsteilnehmern die Möglichkeit erhalten bleiben, eine geringere Bereitschaft zur Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern an Betreibergesellschaften durch entsprechende Angebotsgestaltung in anderen Wertungskriterien auszugleichen, etwa auch bei der Höhe der angebotenen Pacht.

Beteiligung von Bürgerenergiegesellschaften: Auch das von Bietern im Auswahlverfahren unterbreitete Angebot der Beteiligung einer Bürgerenergiegesellschaft in Anlehnung an die Legaldefinition des § 3 Nr. 15 EEG 2023 könnte – anstelle der unmittelbaren Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern – je nach Umfang mit „Bonuspunkten“ bei der Angebotswertung bewertet werden.

C.

Rechtliche Würdigung

Die soeben dargestellten zentralen Ergebnisse unserer Prüfung ergeben sich im Einzelnen aus den nachfolgenden Erwägungen.

I. Keine Anwendung förmlichen Vergaberechts

Die bislang von der BaySF durchgeführten Auswahlverfahren zum Abschluss von Standortsicherungsverträgen mit obsiegenden Bietern unterliegen nicht den Regelungen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen nach dem 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

1. Fehlendes Beschaffungselement in Person der BaySF steht Anwendung des förmlichen Kartellvergaberechts entgegen

Der Anwendung förmlichen Vergaberechts steht entgegen, dass sich die BaySF bei bisheriger Ausgestaltung der Auswahlverfahren keine Leistung beschafft, weder unmittelbar noch mittelbar. Der *Beschaffungsvorgang* ist aber konstitutive Voraussetzung für die Anwendung des Kartellvergaberechts

so spricht bereits die Legaldefinition des öffentlichen Auftrags in § 103 Abs. 1 GWB von „entgeltliche[n] Verträge[n] [...] über die Beschaffung von Leistungen“; Hervorhebung nur hier.

Aus der der BaySF nach Art. 3 Staatsforstengesetz im Kern zugewiesenen Aufgabe der Bewirtschaftung des Staatswaldes lässt sich nicht herleiten, dass die BaySF bereits aus ihrer anstaltsrechtlichen Konzeption und Aufgabe heraus zur Realisierung von WEA-Vorhaben auf von ihr bewirtschafteten Flächen öffentlich-rechtlich verpflichtet ist. Mangels entsprechender öffentlicher Aufgabe der BaySF stellt sich der Abschluss von Standortsicherungsverträgen, unter denen Private die Eignung vertragsgegenständlicher Standorte für die Errichtung und den Betrieb einer oder mehrerer WEA prüfen sowie deren öffentlich-rechtliche Genehmigung herbeiführen, nicht als Beschaffung der BaySF dar. Die bezuschlagten Betreiber handeln ausschließlich im eigenen wirtschaftlichen Interesse. Dass die BaySF Pachtentgelte erhebt, ist für diese Betrachtung unerheblich.

In der konkreten Konstellation der Auswahlverfahren lassen sich ferner nicht die Voraussetzungen feststellen, unter denen die vergaberechtliche Rechtsprechung eine sog. mittelbare Beschaffung bejahen würde. Zwar ist anerkannt, dass sich öffentliche Auftraggeber auch dann Leistungen in vergaberechtsrelevanter Weise beschaffen, wenn sie mit diesen Leistungen

die ihnen obliegende Pflicht zur Daseinsvorsorge für die Bevölkerung sicherstellen

vgl. OLG München, Beschluss vom 25. März 2011, Az.: Verg 4/11, juris Rn. 40 ff.; OLG München, Beschluss vom 19. Januar 2012, Az.: Verg 17/11, juris Rn. 32 ff.; VK Sachsen, Beschluss vom 2. September 2022, Az.: 1/SVK/015-22, juris Rn. 92.

Zwar dürfte die Sicherstellung der Stromversorgung aus erneuerbaren Energien nicht zuletzt eingedenk des in Art. 20a GG verfassungsrechtlich verankerten Ziels der Klimaneutralität und seiner einfachgesetzlichen Umsetzung, etwa durch Art. 2 Abs. 2 des Bayerischen Klimaschutzgesetzes, als Aufgabe der Daseinsvorsorge anzuerkennen sein. So geht auch das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass die Sicherung der Stromversorgung bei gleichzeitiger Wahrung des verfassungsrechtlichen Klimaschutzziels einen verstärkten Ausbau erneuerbarer Energien erfordert

vgl. BVerfG, Beschluss vom 23. März 2022, Az.: 1 BvR 1187/17, Rn. 107 f.

Jedoch ergibt die Überprüfung der gesetzlichen Zuständigkeitsregeln des Freistaates Bayern im Hinblick auf die Sicherstellung der Stromversorgung, dass diese Aufgabe nicht der BaySF auferlegt ist, sondern – vor allem auch – den Gemeinden obliegt. Die Verfassung des Freistaates Bayern (BV) weist die Sicherstellung der Stromversorgung als Teil der Daseinsvorsorge zum einem dem Land (Art. 152 Satz 2 BV), zum anderen den Gemeinden (Art. 83 BV) zu. Das Verhältnis der beiden Vorschriften bestimmt sich dergestalt, dass die Verantwortlichkeit für die generelle Versorgung und Gewährleistung der Stromversorgung das Land trifft, dass die Gemeinden aber dennoch innerhalb ihres eigenen Gebietes tätig werden dürfen und insoweit auch die Aufgabe der Daseinsvorsorge wahrnehmen

vgl. Wolff, in: Lindner/Möstl/Wolff (Hrsg.), Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Auflage 2017, Art. 83 Rn. 20 f., unter Hinweis auf Paptistella, in: Praxis der Kommunalverwaltung Bayern, Art. 83 BV.

Auch das zum 1. Januar 2023 in Kraft gesetzte Bayerische Klimaschutzgesetz (BayKlimaG) zielt zwar auf die klimaneutrale Bewirtschaftung staatlicher Grundstücke ab. Ihm lässt sich aber keine neue öffentliche Aufgabe der BaySF mit Blick auf die Gewährleistung einer Versorgung der Bevölkerung mit erneuerbaren Energien entnehmen. In der Sache bleibt die in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 BayKlimaG erwähnte Bewirtschaftung der staatlichen Waldflächen im Sinne der Ziele des BayKlimaG sehr allgemein und begründet erst

Recht keine konkrete Verpflichtung, staatliche Waldflächen speziell zur Errichtung von bspw. Windenergieanlagen zur Verfügung zu stellen. Die Bewirtschaftung der Waldflächen umfasst zu allererst die generelle Pflege des Waldbestandes im Sinne des Naturschutzes, nicht die (wirtschaftliche) Nutzung der Waldflächen etwa zur Energiegewinnung. Schlussendlich lässt die anstaltsrechtliche Verfasstheit der BaySF es als folgerichtig erscheinen, vor der „Bepackung“ der BaySF mit einer Aufgabe „Schaffung von WEA-Standorten in den bayerischen Staatsforsten“ einen bewussten Willensakt des Anstaltsträgers zu fordern, welcher gegenwärtig nicht ersichtlich ist. Ungeachtet dessen ist ein Erwerb von Anteilen an Betreibergesellschaften weder von Seiten der BaySF noch durch den Freistaat Bayern angedacht.

2. Kapitalmäßige Beteiligung der Standortgemeinde an Betreibergesellschaft kann zu vergaberechtsrelevanter Beschaffung führen

Sofern Standortgemeinden selbst an einer Betreibergesellschaft beteiligt werden sollten, verändert sich der Charakter der Auswahlverfahren in rechtlich nicht unerheblicher Weise. Das gilt auch dann, wenn die Standortgemeinde ihrerseits nur mittelbar an der Betreibergesellschaft beteiligt ist. Denn im Falle einer – auch nur mittelbaren – kapitalmäßigen Beteiligung der Standortgemeinde an der WEA-Betreibergesellschaft profitierte die Gemeinde nicht nur indirekt vom Abschluss des Standortsicherungsvertrags. Vielmehr würde sie sich die Lieferung von Geschäftsanteilen an einer Gesellschaft beschaffen, die in so engem sachlichen Zusammenhang mit der Erfüllung und Gewährleistung der kommunalen Aufgabe der Sicherstellung der Stromversorgung aus erneuerbaren Energien stünde, dass schwerlich überzeugend – und in der Folge auch nicht rechtssicher – argumentiert werden könnte, sie sei allein fiskalischen Einnahmeerzielungszwecken oder der Steigerung der Akzeptanz von WEA-Vorhaben geschuldet. Vielmehr könnte der Erwerb von Beteiligungsrechten berechtigterweise dahingehend verstanden werden, die Standortgemeinde wolle über ihre Beteiligung die daseinsvorsorgliche Aufgabe der Sicherstellung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien bewusst wahrnehmen, beispielsweise um eine Stromerzeugungsinfrastruktur zur Versorgung der lokalen Wirtschaft mit „grünem Strom“ entstehen zu lassen. Da auch der Erwerb von Geschäftsanteilen unter diesem Gesichtspunkt nicht ohne Weiteres vergabefrei möglich wäre, könnte die Gestaltung der Auswahlverfahren, bei der der Erwerb von Geschäftsanteilen zugunsten der Gemeinde als Mindestbedingung feststünde, im Lichte des Geltungsanspruchs der europäischen Vergaberichtlinien („*effet utile*“) als Umgehung des Vergaberechts betrachtet werden. Im Falle einer in den Verfahrensunterlagen als zwingend vorgegebenen Beteiligungsmöglichkeit der Gemeinde an der Betreibergesellschaft stünde nicht mehr der abstrakte Wille

der BaySF im Vordergrund, die Akzeptanz in der kommunalen Bevölkerung für ihr Windenergie-Vorhaben zu steigern. Stattdessen bekäme das Vorhaben eine Prägung dergestalt, dass es primär darum geht, ein kommunales Windenergie-Projekt für die Gemeinde umzusetzen.

Auch wenn die hier betrachtete Konstellation bislang nicht Gegenstand von gerichtlichen Entscheidungen gewesen ist, so ist in der vergaberechtlichen Spruchpraxis gleichwohl geklärt, dass es auf die Umgehung des Vergaberechts hinausliefe, könnte ein nicht an das Vergaberecht gebundener Auftraggeber (hier: BaySF mangels Beschaffungsbezugs der Standortsicherungsverträge) im Auftrag eines an das Vergaberecht gebundenen öffentlichen Auftraggebers (hier: kommunale Standortgemeinde) einen Auftrag (hier: entgeltlicher Erwerb von Geschäftsanteilen an einer Betreibergesellschaft, welche ihrerseits Strom zum kommunalen Verbrauch erzeugt) für diesen vergeben, ohne selbst den Bindungen des Vergaberechts zu unterliegen

vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. März 2010, Az. Verg 58/09, NZBau 2010, 649 (650); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. Juni 2008, Az. Verg 23/08, ZfBR 2009, 197 (200).

Kennzeichnend für diese Konstellation ist, dass ein Dritter für einen öffentlichen Auftraggeber einen Auftrag vergibt und dabei, unabhängig davon, ob er selbst öffentlicher Auftraggeber ist, dem Vergaberecht unterliegt. Die Konstellation erinnert insoweit an das Institut der Auftragsbeschaffung gemäß § 120 Abs. 4 GWB i. V. m. § 4 Abs. 3 VgV.

Im vorliegenden Falle ist eine solche Auftragsbeschaffung seitens der BaySF nicht gewollt. Denn Intention der BaySF ist es nicht, für die Gemeinden tätig zu werden. Sie handelt weder in deren Auftrag noch auf deren Rechnung. Allerdings mag der BaySF trotz dieser Intention ein Tätigwerden für die Gemeinden zugerechnet werden können. Denn anders als bei einer gemeinsamen Vergabe muss eine zentrale Beschaffungsstelle nicht immer einen eigenständigen Beschaffungswillen haben. Die zentrale Beschaffungsstelle führt die Beschaffung – wie die BaySF – ohne eigenen Beschaffungswillen aus und erfüllt diesen lediglich durch die Beschaffungshandlung für einen anderen öffentlichen Auftraggeber. Damit es in solchen Konstellationen nicht zur Umgehung des Vergaberechts kommt, muss der Beschaffende dann aber selbst das Vergaberecht anwenden.

Auch wenn man unter Inanspruchnahme dieser Maßgaben nicht so weit gehen wollte, das in dem Anteilserwerb liegende Beschaffungselement der

Standortgemeinde dem Abschluss des Standortsicherungsvertrages und damit der BaySF zuzurechnen, bleibt das Risiko, dass zumindest der in dem *Design* des Auswahlverfahrens angelegte bzw. eingekapselte Anteilserwerb durch die Standortgemeinde aufgrund eines Vergabeverstoßes vor einer möglicherweise angerufenen Vergabekammer unter Verweis auf § 135 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GWB für unwirksam erklärt würde (Unwirksamkeit von *de facto*-Vergaben). Eine solche isolierte Unwirksamkeit des in den Bedingungen zum Standortsicherungsvertrag angelegten Anteilserwerbs könnte wiederum nach dem Rechtsgedanken des § 139 BGB auf den gesamten Standortsicherungsvertrag „durchschlagen“, jedenfalls würde die Beteiligung der Gemeinde als wesentliche Grundlage für die Realisierung des Projekts entfallen.

Vor diesem Hintergrund können wir nicht empfehlen, die Auswahlverfahren unter der zwingenden Vorgabe durchzuführen, Standortgemeinden in gewissem Umfang an der durch den obsiegenden Bieter zu gründenden WEA-Betreibergesellschaft zu beteiligen. Eine solche Ausgestaltung wäre jedenfalls der begründeten Gefahr ausgesetzt, dass die Auswahlverfahren dem Anwendungsbereich des förmlichen Vergaberechts unterfielen.

II. Verfahrensrechtliche Maßgaben im Hinblick auf die Ausgestaltung von verschiedenen Bürgerbeteiligungsmodellen

Nach den einschlägigen kartellrechtlichen Maßstäben ist es nicht auszuschließen, dass die BaySF wegen ihres großen Flächenbestandes auf dem Markt für die Vergabe von WEA-Flächen in Bayern oder zumindest in Teilen Bayerns als marktbeherrschend anzusehen ist. Auf hiervon betroffenen Märkten unterläge die BaySF den kartellrechtlichen Vorschriften des § 19 GWB und des Art. 102 AEUV. Aus ihnen folgt das Verbot, die marktbeherrschende Stellung zu missbrauchen und andere Marktteilnehmer unbillig zu behindern oder zu diskriminieren

1. Bürgerbeteiligung als Mittel zur Akzeptanzsteigern von WEA-Vorhaben ist sachgerechtes Kriterium für Auswahlentscheidung

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes folgt aus dem kartellrechtlichen Missbrauchsverbot für marktbeherrschende Anbieter von Flächen, welche andere Unternehmen zur Erbringung ihrer Leistung benötigen, die Verpflichtung, die Flächenvergabe in einem diskriminierungsfreien Wettbewerb und einem transparentem Verfahren vorzunehmen

vgl. BGH, NVwZ-RR 2022, 26 Rn. 9 „Gasnetz Rösrath“; NVwZ 2014, 807 Rn. 17 ff „Stromnetz Berkenthin“; NJW

2007, 2184 „Schilderpräger – Bevorzugung einer Behindertenwerkstatt“; NJW-RR 2008, 634 „Schilderpräger“.

Hieraus folgt das Erfordernis, die Auswahl unter den Bietern anhand sachgerechter Kriterien zu treffen. Was sachgerecht ist, bestimmt sich hierbei nach den gesetzlichen Vorschriften, in deren Rahmen die Flächenvergabe stattfindet

vgl. BGH, NVwZ-RR 2022, 26 Rn. 9 „Gasnetz Rösrath“; NVwZ 2014, 807 Rn. 17 ff „Stromnetz Berkenthin“; NJW 2007; EnWZ 2021, 367 Rn. 20 „Gasnetz Berlin“.

Für den hier vorliegenden Fall der Vergabe von WEA-Flächen sind dies insbesondere das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) sowie das Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von WEA an Land (BGBl 2022 I 1353 – Windenergie-an-Land-Gesetz). Beiden Gesetzen gemein ist das Ziel eines zügigen Ausbaus der erneuerbaren Energien einschließlich der Windenergie an Land.

Ein wichtiger Faktor für den zügigen Ausbau der Windenergie ist die *Akzeptanz von Windenergieanlagen* durch die betroffenen Bürgerinnen und Bürger. Das EEG sieht daher verschiedene Formen vor, in denen Standortgemeinden sowie deren Bürgerinnen und Bürger von WEA in ihrem Gebiet profitieren können (§ 6, 22b EEG).

Nach ständiger ober- und höchstrichterlicher Rechtsprechung ist es marktbeherrschenden Anbietern von Flächen im Rahmen wettbewerblicher Auswahlverfahren zudem nicht verwehrt, sich bei der Auswahl mehrerer Bewerber unter Beachtung des Transparenzgebots neben rein wirtschaftlichen Erwägungen – d. h. hier insbesondere der Pachthöhe – auch von Gemeinwohlbelangen – zu denen ebenfalls die Steigerung der Akzeptanz für erneuerbare Energien gehört – leiten zu lassen

vgl. BGH NJW 2007, 2184 Rn. 15; NJW-RR 2008, 634 Rn. 13; OLG Nürnberg GRUR-RR 2010, 308 Nr. 3.

Vor diesem Hintergrund kommt der Umfang an Bürgerbeteiligung als Mittel zur Akzeptanzsteigerung von WEA-Vorhaben als sachgerechtes Kriterium für Auswahlentscheidung in Betracht.

2. Mindestbeteiligung von Bürgerinnen und Bürgern unterhalb der Sperrminorität (24,9 %)

Die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern der Standortgemeinden an den Betreibergesellschaften von WEA dient nach der Rechtsprechung des

Bundesverfassungsgerichtes erheblichen Gemeinwohlbelangen. Denn der beschleunigte Ausbau der Windenergie durch eine Verbesserung der Akzeptanz für neue Anlagen dient den legitimen Gemeinwohlzielen des Klimaschutzes (Art. 20a GG), dem Schutz der Grundrechte vor den nachteiligen Folgen des Klimawandels und der Sicherung der Stromversorgung

vgl. BVerfG, Beschluss vom 23. März 2022, Az.: 1 BvR 1187/17, Rn. 99 ff.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 23. März 2022 zum „Gesetz über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern“ (1 BvR 1187/17) festgestellt, dass jedenfalls die Pflicht zur Abgabe von Anteilen an der Betreibergesellschaft unterhalb der Grenze der Sperrminorität von Verfassung wegen zulässig ist.

Diese Erwägungen des Bundesverfassungsgerichtes rechtfertigen im Wege eines „Erst-recht-Schlusses“ die Vorgabe einer Mindestbeteiligung von Bürgerinnen und Bürgern der Standortgemeinden an Betreibergesellschaften in Höhe von bis zu 24,9 % im Rahmen der von der BaySF durchgeführten Auswahlverfahren auch aus kartellrechtlicher Sicht. Durch eine solche Vorgabe wird in den von der BaySF durchgeführten Auswahlverfahren – anders als durch das „Gesetz über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern“ – nicht in bereits erworbene Eigentums- oder sonstige Verwertungsrechte von Bieterunternehmen eingegriffen, sondern „lediglich“ in die Art und Weise der Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG) und die durch die Flächenvergabe vermittelten Erwerbschancen. Eine vorgegebene Mindestbeteiligung von 24,9 % liegt dabei unterhalb der Grenze der Sperrminorität von 25 % (plus eine Stimme; § 53 GmbHG) und sichert dem Betreiber das Recht, im Rahmen gesellschaftsrechtlicher und satzungsmäßiger Bestimmungen die Früchte seiner Projektierungs- und Entwicklungsarbeit überwiegend für sich selbst zu verwerten.

Aus den dargelegten Gründen halten wir die Vorgabe einer Mindestbeteiligung von Bürgerinnen und Bürgern der Standortgemeinden in Höhe von bis zu 24,9 % an der Betreibergesellschaft für rechtlich zulässig.

Darüberhinausgehende Mindestvorgaben dürften hingegen aus verfassungs- und kartellrechtlichen Gründen unzulässig sein. Denn eine solche Mindestvorgabe liefe auf die Vermittlung einer Sperrminorität zugunsten der erwerbsberechtigten Bürgerinnen und Bürger hinaus, wodurch diese das operative Geschäft der Betreibergesellschaft mitbestimmen und Gesellschafter-

entscheidungen blockieren könnten. Dies bedeutete letztlich einen ganz erheblichen Eingriff in die nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützte unternehmerische Gestaltungsfreiheit.

In kartellrechtlicher Hinsicht ist zudem zu berücksichtigen, dass mit einem Auswahlverfahren grundsätzlich zulässigerweise verfolgte Gemeinwohlbelange nicht mit einem Mittel verfolgt werden dürfen, das mit der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielrichtung des Kartellrechts nicht vereinbar ist, beispielsweise weil die Ausschreibungsbedingungen so angelegt sind, dass sie nicht für alle Interessenten erfüllbar sind und der Wettbewerb um die angebotenen Flächen dadurch faktisch ausgeschlossen wird

vgl. BGH NJW 2007, 2184 Rn. 16; NJW-RR 2008, 634 Rn. 14; OLG Nürnberg GRUR-RR 2010, S. 308, 309.

Hätten die Verfahrensbedingungen beispielsweise die Mindestvorgabe einer Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern in Höhe von 50 % der Anteile an der Betreibergesellschaft zum Gegenstand, hielten wir es aufgrund des damit verbundenen erheblichen Eingriffs in die unternehmerische Gestaltungsfreiheit für überwiegend wahrscheinlich, dass sich ein Großteil der potentiell an der Realisierung der WEA-Vorhaben interessierten Unternehmen nicht an den Auswahlverfahren beteiligen würde. Außerdem würden die Flächen nicht diskriminierungsfrei vergeben, weil für einen Anteil von 50% bereits feststünde, dass dieser an die Bürgerinnen und Bürger geht. Auf diese Weise drohte der kartellrechtlich gebotene Wettbewerb in rechtlich unzulässiger Weise „ausgehobelt“ zu werden. Dies wiederum böte verfahrensrechtliche Angriffsfläche gegen die Durchführung der Auswahlverfahren.

3. Bonuspunkte für weitergehende Beteiligungsmodalitäten im Rahmen der Angebotswertung

Die vorstehend dargestellten Maßstäbe finden auch Anwendung auf eine Verfahrensgestaltung, die auf der einen Seite eine Mindestbeteiligung von Bürgerinnen und Bürgern unterhalb der Sperrminorität vorsieht, auf der anderen Seite aber auch zusätzliche Wertungspunkte vergibt, wenn Bieter von sich aus Bürgerbeteiligungen anbieten, die über diese Mindestbeteiligung von Bürgerinnen und Bürger hinausgehen (z. B. in Höhe von 35 %).

Zwar stünde es den Bietern frei, ob und in welchem Umfang sie Unternehmensbeteiligungen oberhalb der Sperrminorität abzugeben bereit sind. Der Wettbewerb um Standortsicherungsverträge wäre allerdings faktisch ausgehebelt bzw. zumindest in rechtlich erheblicher Weise eingeschränkt, wenn Angebote von Bietern, welche eine über die Sperrminorität oder sogar über 50 % hinausgehende Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern an der Be-

treibergesellschaft vorsehen, bei der Angebotswertung so viele Punkte erhielten, dass Wettbewerbern ein Ausgleich ihres Platzierungsnachteils im Kriterium „Beteiligungshöhe“ durch positive Gestaltung anderer Wettbewerbsparameter, etwa die Höhe der Pacht oder eine besonders waldschonende Bauweise, faktisch verstellt wäre. Bei einer solchen Verfahrensgestaltung stünde nämlich ebenfalls fest, dass nur solche Bieter obsiegen können, welche Bürgerinnen und Bürgern den Mehrheitsbesitz an der Betreibergesellschaft einräumen. Das käme einem Ausschluss von Marktteilnehmern gleich, welche sich hinsichtlich der Abgabe von Anteilsrechten an Bürgerinnen und Bürger nicht in dieser Intensität binden, sondern eigene Entscheidungsspielräume wahren wollen. Die Verfahrensbedingungen des Auswahlverfahrens müssen aber auch solchen Marktteilnehmern den Zugang zu Standortsicherungsverträgen ermöglichen. Ansonsten besteht die Gefahr der Angreifbarkeit der Verfahren wegen einer sachlich nicht gerechtfertigten Einschränkung des Wettbewerbs und einer damit verbundenen Diskriminierung von Marktteilnehmern, deren Geschäftsmodell auf einer im wesentlichen eigenverantwortlichen Verwertung der von ihnen entwickelten Windenergievorhaben beruht.

Die Möglichkeit einer erfolgreichen Verfahrensteilnahme auch solcher Marktakteure ist durch eine sachgerechte Gestaltung der Auswahlkriterien zu erfüllen. Dazu ist sicherzustellen, dass die über 24,9 % hinausgehende Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern an den Betreibergesellschaften – gestaffelt nach der Höhe der angebotenen Beteiligung – die sich unter Zugrundelegung aller Zuschlagskriterien ergebende Platzierungsreihenfolge der bewerteten Angebote weder sachlich noch im Ausmaß *wesentlich* determiniert. Dies wäre dann nicht der Fall, wenn Bieter die Möglichkeit haben, die Attraktivität ihres Angebots und damit dessen Zuschlagschance auch dann zu erhalten, wenn sie im Vergleich zu anderen Angeboten eine geringere Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern an der Betreibergesellschaft der zu errichtenden WEA anbieten. Dies setzt voraus, dass nicht realisierte Wertungspunkte beim Wertungskriterium „Bürgerbeteiligung > 24,9 %“ durch „attraktivere“ Angebotsinhalte hinsichtlich anderer Wertungskriterien ausgeglichen werden können, etwa bei der Höhe der angebotenen Pacht oder der Umsetzung einer waldschonenden Bauweise. In diesem Fall blieben die angebotene Höhe der Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern, die Höhe der angebotenen Pacht sowie die Angebotsinhalte zu den übrigen Wettbewerbsparametern eines Auswahlverfahrens Gegenstand zweckmäßiger Priorisierungsentscheidungen der Bieter zu dem Zweck, durch einen ihnen geeignet erscheinenden „Mix“ an Angebotsinhalten ihre Zuschlagschance zu

optimieren, ohne dass Bieter sich dafür zwingend einer vollständigen Übertragung der Geschäftsanteile an einer Betreibergesellschaft an Bürgerinnen und Bürger verschreiben müssten.

Vor diesem Hintergrund erachteten wir ein Bewertungssystem für rechtlich nicht zu beanstanden, welches Bieter, die in ihren Angeboten über die Mindestanforderung einer Bürgerbeteiligungsquote von 24,9 % der Anteile an der Betreibergesellschaft hinausgehen, in einem angemessenen Umfang und gestaffelt nach der Höhe der Beteiligung mit zusätzlichen Wertungspunkten „belohnt“, beispielsweise indem diese Bieter je nach Ausgestaltung ihres Angebotes bis zu 16 Wertpunkte von insgesamt maximal 100 Punkten erreichen können. Ein Bewertungssystem, dem die Verteilung von Wertungspunkten nach dem Schema

*0 Punkte für die Mindestbeteiligung von 24,9 %,
6 Punkte bei einer Beteiligung von 25,0 % bis 50,0 %,
10 Punkte bei einer Beteiligung von 50,1 % bis 75,0 % und
16 Punkte bei einer Beteiligung von mehr als 75 %*

zugrunde liegt, dürfte das Gesamtwertungsergebnis nicht determinieren, insbesondere dann nicht, wenn Bieter durch das Angebot einer waldschonenden Bauweise beispielsweise bis zu 28 Punkte, im Bereich der Umsatzbeteiligung bis zu neun und für die angebotene Mindestpacht bis zu 27 Punkte erzielen können.

4. Beteiligung einer regionalen Bürgerenergiegesellschaft an Betreibergesellschaften

Das Ziel der Bürgerbeteiligung wird in der Praxis häufig umgesetzt durch sog. Bürgerenergiegesellschaften. Darunter sind energiewirtschaftliche Unternehmen zu verstehen, in denen Bürgerinnen und Bürger von standortnahen Gemeinden (Mit-)Eigentümer von Anlagen zur Gewinnung erneuerbarer Energie sind. Dieses Verständnis von einer Bürgerenergiegesellschaft findet sich z. B. in der Legaldefinition des § 3 Nr. 15 EEG 2023. Auch das von Bietern im Auswahlverfahren unterbreitete Angebot der Beteiligung von Bürgerenergiegesellschaften könnte – anstelle einer unmittelbaren Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern – zur Steigerung der Akzeptanz von WEA-Vorhaben beitragen und könnte je nach Umfang mit „Bonuspunkten“ bei der Angebotswertung bewertet werden (z. B. wiederum mit bis zu 16 Punkten nach dem soeben dargelegten Verteilungssystem).

Als Alternative zur Unterbreitung von Angeboten zur unmittelbaren Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern halten wir ein solches Bewertungsmodell ebenfalls für rechtlich nicht zu beanstanden, weil auch dieses Kriterium auf die Akzeptanzsteigerung abzielt und somit im Zusammenhang mit der

Vergabe von potentiellen WEA-Vorhabenflächen als sachliches Auswahlkriterium zu bewerten ist. Ferner ist es nach den soeben dargestellten Grundsätzen möglich, die Angebotswertung so auszugestalten, dass die Bieter nicht zu einer vollständigen bzw. sehr weitreichenden Übertragung der Geschäftsanteile an einer Betreibergesellschaft an Bürgerenergiegesellschaften gezwungen sind.

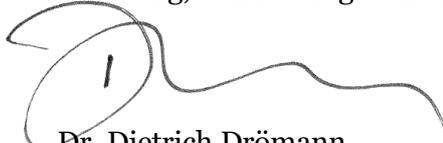
Damit die Bieter ein einheitliches Verständnis darüber haben, was im Rahmen des Auswahlverfahrens als Bürgerenergiegesellschaft zu qualifizieren ist, empfiehlt es sich, an im Markt bekannte gesetzliche Standards jedenfalls sinngemäß anzuknüpfen. Im hiesigen Kontext dürfte sich dafür die Legaldefinition des § 3 Nr. 15 EEG 2023 anbieten. Hintergrund dieser Legaldefinition ist, dass Bürgerenergiegesellschaften nach dem Anreizsystem des EEG bei der durch Ausschreibung zu ermittelnden Höhe der subventionierten Vergütung für den erzeugten Strom privilegiert werden (§ 22b i. V. m. § 22 Abs. 2 Satz 2 EEG 2023). Auch wenn es auf diese Privilegierung im Zusammenhang mit den Auswahlverfahren der BaySF nicht ankommt, vermittelt der durch § 3 Nr. 15 EEG 2023 gesetzte Rahmen vor allem wesentliche Charakteristika einer Bürgerenergiegesellschaft. Um auf diese Charakteristika bei der Angebotswertung zurückgreifen zu können und bei allen Bietern in den Auswahlverfahren der BaySF ein gleiches Verständnis über das Angebot der Beteiligung einer Bürgerenergiegesellschaft an der Betreibergesellschaft herzustellen, erachten wir es für empfehlenswert, wenn die Angebotsunterlagen zwar nicht starr, aber zumindest sinngemäß auf die Legaldefinition des § 3 Nr. 15 EEG 2023 verweisen, beispielsweise durch die Formulierung in den Verfahrensunterlagen

„Bürgerenergiegesellschaft in Anlehnung an § 3 Nr. 15 EEG 2023“.

Auf diese Weise wird transparent zum Ausdruck gebracht, dass zumindest die Beteiligung einer bestimmten Mindestanzahl standortnaher Bürgerinnen und Bürger Voraussetzung für die Bewertung einer Beteiligungsentität als Bürgerenergiegesellschaft im Sinne der Auswahlverfahren ist. Durch die lediglich sinngemäße Inbezugnahme ist die BaySF im Rahmen der Angebotswertung gleichwohl nicht streng und unmittelbar an jede Voraussetzung des § 3 Nr. 15 EEG 2023 gebunden, etwa nicht an die sich aus Buchstabe c) und d) des § 3 Nr. 15 EEG 2023 ergebene Begrenzung des Anteils einer Kommune auf maximal 10 % der Stimmrechte.

Hinzuweisen ist abschließend darauf, dass Bürgerenergiegesellschaften in Auswahlverfahren der BaySF nicht bloß auf die Rolle als „Beteiligungsvehikel“ beschränkt sein müssen. Stattdessen könnten sie sich auch selbst an Auswahlverfahren der BaySF beteiligen, unterlägen dann aber denselben Eignungs- und Bewertungskriterien wie andere Bieter auch.

Hamburg, den 28. August 2023

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized loop on the left and a long, wavy line extending to the right.

Dr. Dietrich Drömann
Rechtsanwalt