



Anlage 1

juwi

Absichtserklärung

zwischen

juwi Energieprojekte GmbH, Energie-Allee 1, 55286 Wörrstadt

nachfolgend „**jEP**“

und

STAWAG Energie GmbH, Lombardendstraße 12-22, 52070 Aachen

nachfolgend „**STAWAG**“

jEP und STAWAG nachfolgend gemeinsam „**Kooperationspartner**“

sowie

Gemeinde Roetgen, Hauptstraße 55, 52159 Roetgen, vertreten durch den Bürgermeister Herrn
Jorma Klauss

nachfolgend „**Gemeinde**“

alle nachfolgend gemeinsam „**Parteien**“ bzw. jeweils einzeln „**Partei**“ genannt

Vorwort:

jEP hat am 04.07.2013 eine Genehmigung nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz für die Errichtung und den Betrieb von sieben Windenergieanlagen vom Typ Vestas V 112 mit einer Nabenhöhe von 140m (einzeln oder gemeinsam „**WEA**“) im Bereich der durch die Stadt Aachen ausgewiesenen Windkraftkonzentrationszone Münsterwald („**WKZ Münsterwald**“) beantragt („**WEA-Planung Kooperationspartner**“). Die Genehmigung für die WEA wurde durch die Untere Immissionsschutzbehörde der Stadt Aachen am 23.11.2015 („**Genehmigungsbescheid**“) erteilt.

Mit Klageschrift vom 12.01.2016 hat die Gemeinde bei dem Verwaltungsgericht Aachen Klage (Aktenzeichen 6 K 42/16) gegen den Genehmigungsbescheid („**Klage**“) eingereicht, da in der Gemeinde Roetgen bislang keine Bereitschaft besteht, Windkraftanlagen in der angedachten Form zu errichten.



Die Gemeinde beabsichtigt südlich der WKZ Münsterwald eine weitere Windkraftkonzentrationszone („**WKZ Roetgen**“) auszuweisen. Die WEA-Planung Kooperationspartner sowie die WKZ Münsterwald und WKZ Roetgen sind in dem dieser Vereinbarung als **Anlage 1** beigefügten Lageplan ausgewiesen.

Die Parteien sind daran interessiert, die Situation im gegenseitigen Einvernehmen aufzulösen. Die im vorgenannten Sinn geführten Gespräche haben folgendes aufgezeigt: Die Gemeinde ist daran interessiert, dass unter anderem auch auf den im Lageplan gelb hinterlegten Grundstücksflächen der Gemeinde („**Gemeindeflächen**“) Windenergieanlagen errichtet und betrieben werden. Ein wirtschaftlicher Betrieb von Windenergieanlagen auf den Gemeindeflächen ist nur möglich, wenn die WEA der WEA-Planung Kooperationspartner mit Nummer 3 („**WEA 3**“) gedrosselt betrieben wird. Obgleich die Kooperationspartner der Klage wenig Aussicht auf Erfolg beimessen, haben sie aus zeitlicher Sicht Interesse daran, dass die Gemeinde die Klage zurücknimmt. Ferner haben die Kooperationspartner ein Interesse daran, dass die Gemeinde ihre Zustimmung zur Nutzung d. gemeindeeigenen Wege zur dauerhaften Erschließung der WEA im Wege des Abschlusses eines Gestattungsvertrags mit STAWAG oder einem von den Kooperationspartnern benannten Dritten erteilt. Die für die WEA benötigten Wege sind in **Anlage 1** blau markiert.

Die Gespräche haben aufgezeigt, dass die Kooperationspartner bereit sind, eine Änderungsanzeige betreffend den Betriebsmodus der WEA 3 anzustrengen. Dies soll aber nur dann erfolgen, wenn jEP die Genehmigungsplanung für die auf den Gemeindeflächen zu errichtenden Windenergieanlagen voranbringt und diese von jEP errichtet werden, wozu es des Abschlusses von Gestattungsverträgen zwischen der Gemeinde und STAWAG oder einem von den Kooperationspartnern benannten Dritten über die Gemeindeflächen bedarf.

Die Gemeinde beabsichtigt zudem Ihre Entscheidung für die Nutzung von Windenergie auf eigenen Flächen, insbesondere den Gemeindeflächen, demokratisch legitimieren zu lassen, beispielsweise über eine Zustimmung des Gemeinderats zu dieser Absichtserklärung und/oder durch einen Ratsbürgerentscheid.

Dies vorausgeschickt vereinbaren die Parteien was folgt:

1. jEP wird die Genehmigungsplanung zur Erlangung einer Genehmigung nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz für die auf den Gemeindeflächen zu errichtenden Windenergieanlagen bestmöglich und zügig voranbringen („**Genehmigungsplanung Roetgen**“). Hierbei stellen die Parteien klar, dass jEP „Herrin der Genehmigungsplanung“ ist und es allein jEP überlassen bleibt, über das Parklayout, die Anzahl der Windenergieanlagen sowie den Hersteller einschließlich des Typs der auf den Gemeindeflächen zu errichtenden Windenergieanlagen zu bestimmen. jEP beabsichtigt mindestens zwei WEA auf den Gemeindeflächen genehmigen zu lassen.
2. Die Kooperationspartner wollen mit der Gemeinde im Rahmen der Gutachtenerstellung für das BlmschG-Verfahren der Genehmigungsplanung Roetgen eine Einigung hinsichtlich des



Betriebsmodus für die WEA 3 erzielen, die einen wirtschaftlichen Betrieb der Windenergieanlagen der Genehmigungsplanung Roetgen ermöglichen soll.

3. Mit Erhalt einer BImSchG-Genehmigung und eines Zuschlags für eine EEG-Vergütung gemäß Ausschreibungsverfahren für Windenergieanlagen der Genehmigungsplanung Roetgen werden die Kooperationspartner eine Änderung der Genehmigung hinsichtlich des Betriebs der WEA 3 gemäß dem vereinbarten Betriebsmodus beantragen und hierfür entsprechende Erklärungen gegenüber der zuständigen Behörde abgeben. Die Kooperationspartner werden sicherstellen, im Falle des Verkaufs der WEA 3 den zukünftige Betreiber der WEA 3 entsprechend dieser Regelung zu verpflichten.
4. Mit Rückbau oder endgültiger Stilllegung einer oder aller genehmigten Windenergieanlagen der Genehmigungsplanung Roetgen sind die Kooperationspartner berechtigt, den Betriebsmodus der WEA 3 wieder so zu ändern, wie sie der Betriebsauflage der Genehmigung vor Abgabe der Änderungsanzeige gegenüber der Behörde gemäß Ziffer 3 entsprochen hat, und hierzu sämtliche erforderliche Erklärungen gegenüber der zuständigen Behörde abzugeben. Die Kooperationspartner sind ebenfalls dazu berechtigt, die zuvor genannte Änderung des Betriebsmodus durchzuführen, sofern nicht innerhalb von sechs Monaten nach Erhalt des Zuschlags für eine EEG-Vergütung mit dem Bau von Windenergieanlagen der Genehmigungsplanung Roetgen begonnen wurde, wobei juwi den Beginn des Baus nicht unbillig verzögern darf. Als Baubeginn ist dabei der Aushub der Fundamente anzusehen. Im Fall des Verkaufs der WEA 3 sind die Kooperationspartner berechtigt, dem zukünftigen Betreiber Rechte entsprechend dieser Regelung einzuräumen.
5. Diese Vereinbarung steht unter folgenden aufschiebenden Bedingungen, die allesamt kumulativ erfüllt sein müssen:
 - a) Die Gemeinde hat die Klage zurückgenommen; für den Eintritt dieser aufschiebenden Bedingung ist die Bestätigung der Erledigungserklärung des Verwaltungsgerichts Aachen maßgeblich;
 - b) Ausweisung der WKZ Roetgen durch die Gemeinde;
 - c) Unterzeichnung eines Gestattungsvertrags zwischen der Gemeinde und STAWAG bzw. einem von den Kooperationspartnern benannten Dritten, der die Nutzung der Gemeindeflächen (im Lageplan gelb markiert) zur Errichtung und zum Betrieb von Windenergieanlagen zum Gegenstand hat, den Rahmenbedingungen des dieses Vertrags als **Anlage 2** beigefügten Muster-Gestattungsvertrags im Wesentlichen entspricht und eine marktübliche Vergütung enthält;
 - d) Unterzeichnung eines Gestattungsvertrags zwischen der Gemeinde und STAWAG bzw. einem von den Kooperationspartnern benannten Dritten, der die zur Nutzung der gemeindeeigenen Wege zur dauerhaften Erschließung der WEA (im Lageplan blau markiert) zum Gegenstand hat, den Rahmenbedingungen des dieses Vertrags als Anlage 2 beigefügten Muster-Gestattungsvertrags im Wesentlichen entspricht und eine marktübliche Regelungen enthält, insbesondere hinsichtlich der Vergütung und Rücktritts- und Kündigungsrechte.



- e) Eine positive politische Beschlusslage durch die Gemeinde Roetgen zur Nutzung von Windenergie auf den Gemeindeflächen.
6. Die Parteien legen fest, dass sie die Verhandlungen über in Ziffer 5 lit. c) und d) bezeichnete Gestattungsverträge unverzüglich nach Unterzeichnung dieser Vereinbarung aufnehmen.
7. Mündliche Nebenabreden zu dieser Absichtserklärung bestehen nicht. Änderungen oder Ergänzungen dieser Absichtserklärung bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Dies gilt auch für die Änderung des Schriftformerfordernisses selbst.
8. Sollten einzelne Bestimmungen dieser Absichtserklärung ganz oder teilweise unwirksam oder undurchführbar oder nichtig sein oder werden, so wird dadurch die Wirksamkeit dieser Absichtserklärung im Übrigen nicht berührt. An die Stelle der ganz oder teilweise unwirksamen oder undurchführbaren oder nichtigen Bestimmung soll diejenige wirksame und durchführbare Regelung treten, deren Wirkungen der wirtschaftlichen Zielsetzung möglichst nahe kommen, die die Parteien mit der ganz oder teilweise unwirksamen bzw. undurchführbaren Bestimmung bzw. nichtigen Regelung verfolgt haben. Die vorstehenden Bestimmungen gelten entsprechend für den Fall, dass sich diese Absichtserklärung als lückenhaft erweist.
9. Ausschließlicher Gerichtsstand ist Mainz.

Auf diese Absichtserklärung findet ausschließlich das Recht der Bundesrepublik Deutschland unter ausdrücklichem Ausschluss des UN-Kaufrechts Anwendung.



Anlagen:

Anlage 1: Lageplan mit WKZ Münsterwald, WEA Planung Kooperationspartner und WKZ Roetgen

Anlage 2: Muster Gestattungsvertrag

Name: Bürgermeister Jorma Klauss

Für Gemeinde Roetgen

Ort, Datum:

Name:

Für juwi Energieprojekte GmbH

Ort, Datum:

Name:

Für juwi Energieprojekte GmbH

Ort, Datum:

Name:

Für STAWAG Energie GmbH

Ort, Datum:

WEA Juwi Planung

Potentialgebiet
(Gemeinde)

Zuwegungen Planung

Fläche 2

Münsterwald A3.0
WEA 01



1:10000
0 100 200 300 400
N
A

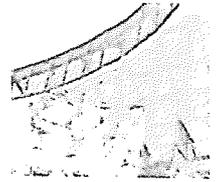
18.07.2016



juwi
juwi Energieprojekte GmbH
Flurbezugs-Nr. 1.53903 Münsterwald

Gemeinde Roetgen

Errichtung von Windkraftanlage im Grenzgebiet zu der Stadt Aachen



1 Sachverhalt

Die Stadt Aachen will in unmittelbarer Nähe zur Gemeinde Roetgen ein Grundstück verpachten, um auf diesem sieben Windkraftanlagen errichten zu lassen. Betreiber der Windkraftanlagen ist eine Kooperation bestehend aus der Stadtwerke Aachen AG (STAWAG) und der juwi AG (juwi).

Die Gemeinde Roetgen hat gegen die Genehmigung für die zu errichtenden Windkraftanlagen Klage erhoben. Die Gemeinde Roetgen erwägt, den Rechtsstreit zu beenden, selbst eine Konzentrationszone für Windenergieanlagen zu schaffen und durch die Verpachtung dieser Fläche an einen Betreiber Pachteinnahmen zu erzielen. Voraussetzung ist, dass in der Gemeinde Roetgen eine Mehrheit der Bevölkerung dem Vorgehen zustimmt.

Als Konzentrationszone kommt nur eine Fläche in Betracht, die sich in unmittelbarer Nachbarschaft zu dem von der Stadt Aachen verpachteten Grundstück befindet. Diese ist für zwei Windkraftanlagen geeignet.

Um tatsächlich zwei Windkraftanlagen auf der Fläche der Gemeinde Roetgen errichten zu dürfen, muss aus genehmigungsrechtlichen Gründen die Leistungsfähigkeit einer der sieben Aachener Windkraftanlagen beschränkt werden.

Die Stadt Aachen hat sich hierzu in ersten Gesprächen grundsätzlich bereit erklärt, allerdings nur unter der Bedingung, dass die Gemeinde Roetgen das Grundstück an das Konsortium STAWAG/juwi verpachtet, damit das Konsortium die beiden Windkraftanlagen errichten und betreiben kann. Das Konsortium STAWAG/juwi habe sich für diesen Fall ebenfalls bereit erklärt, die Leistungsfähigkeit einer der sieben Aachener Windkraftanlagen zu drosseln.

Sollte die Gemeinde Roetgen das Angebot der Stadt Aachen ablehnen, müsste sie die Anzahl der in der Gemeinde Roetgen zu errichtenden Windkraftanlagen reduzieren und könnten das Grundstück nur zu einer deutlich geringeren Pacht an einen privaten Betreiber verpachten.

Vor diesem Hintergrund stellt sich für die Gemeinde Roetgen folgende Frage:

2 Frage

Dürfte die Gemeinde Roetgen für den Fall, dass sie sich entscheidet, selbst eine Konzentrationszone für Windkraftanlagen zu schaffen, das Grundstück direkt an das Konsortium STAWAG/juwi verpachten?

3 Rechtslage

Für den Fall, dass sich die Gemeinde Roetgen entscheidet, selbst eine Konzentrationszone für Windkraftanlagen zu schaffen, darf die Gemeinde Roetgen das Grundstück direkt an das Konsortium STAWAG/juwi verpachten. Sie muss hierbei keinerlei vergaberechtliche Vorgaben beachten.

Insbesondere muss die Gemeinde Roetgen den Pachtvertrag nicht im Wege eines förmlichen Vergabeverfahrens vergeben. Der Auftrag unterfällt nicht den Vorschriften des GWB. Dem Pachtvertrag fehlt bereits der Beschaffungscharakter. Ein ausschreibungspflichtiger „Bauftrag/Baukonzession im Mietkleid“ ist nicht gegeben (3.1).

Aus diesem Grund muss die Gemeinde Roetgen auch keine Vorgaben des europäischen Primärrechts beachten (3.2).

Selbst wenn ein Gericht zu der Auffassung gelangen sollte, bei dem Pachtvertrag handele es sich um einen ausschreibungspflichtigen öffentlichen Auftrag, scheidet eine Vergabe im Wettbewerb aus. Denn die Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb wären gegeben. Das Konsortium STAWAG/juwi verfügt durch seinen Einfluss auf die Windkraftanlagen im Aachener Stadtgebiet über ein Ausschließlichkeitsrecht, das jeden Wettbewerb von vornherein ausscheiden lässt (3.3).

Im Einzelnen:

3.1 Kartellvergaberecht nicht anwendbar

Die Gemeinde Roetgen muss den Pachtvertrag nicht im Wege eines förmlichen Vergabeverfahrens nach den Vorgaben des Kartellvergaberechts im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vergeben. Dem Pachtvertrag fehlt bereits der Beschaffungscharakter (3.1.1).

Ein ausschreibungspflichtiger Bauauftrag/Baukonzession im Mietkleid ist nicht gegeben (3.1.2).

3.1.1 Pacht nicht ausschreibungspflichtig

Das europäische Vergaberecht findet nur Anwendung, wenn die öffentliche Hand als Nachfrager von Leistungen auftritt. Nicht jedoch, wenn die öffentliche Hand selbst Leistungen anbietet bzw. Wertgegenstände veräußert.

Der Europäische Gerichtshof hat bereits 2010 in einer Grundsatzentscheidung festgestellt, dass kommunale Immobiliengeschäfte grundsätzlich nicht der Ausschreibungspflicht unterliegen.

- Vgl. EuGH, Urteil vom 25.03.2010, C-451/08.

3.1.2 Kein Bauauftrag/Baukonzession im Mietkleid

Bei dem abzuschließenden Pachtvertrag handelt es sich auch nicht um einen sogenannten „Bauftrag/Baukonzession im Mietkleid“, weil der Betreiber auf dem zu verpachtenden Grundstück Windkraftanlagen errichten soll. Ein Bauauftrag liegt nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A-EU vom 07.01.2016 nur vor, wenn die zu errichtenden Windkraftanlagen der Gemeinde Roetgen unmittelbar wirtschaftlich zugutekommen. Die Norm lautet:

„Baufträge sind Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung einer dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommenden Bauleistung, die Dritte gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen erbringen, wobei der öffentliche Auftraggeber einen entscheidenden Einfluss auf die Art und die Planung des Vorhabens hat.“

Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Eine Leistung kommt dem Auftraggeber nach der Rechtsprechung des EuGH nur dann unmittelbar wirtschaftlich zugute, wenn er:

- Fallgruppe 1: Eigentum erwirbt;
- Fallgruppe 2: einen Rechtstitel zur Absicherung der Verfügbarkeit der Bauwerke für ihre öffentliche Zweckbestimmung erwirkt;
- Fallgruppe 3: wirtschaftliche Vorteile aus der zukünftigen Nutzung oder Veräußerung des Bauwerks erhält;
- Fallgruppe 4: sich finanziell beteiligt oder

- Fallgruppe 5: die Risiken des wirtschaftlichen Fehlschlags des Bauwerks zu tragen hat.
- EuGH, Urteil vom 25.03.2010, Rs. C- 451/08.

Keine der genannten Fallgruppen ist vorliegend erfüllt. In Betracht käme allenfalls Fallgruppe 3, wonach sich zu Lasten der Gemeinde Roetgen argumentieren ließe, die Gemeinde Roetgen erhalte durch die Verpachtung des Grundstücks einen wirtschaftlichen Vorteil. Im Ergebnis verfängt diese Argumentation jedoch nicht. Die zu erzielenden Pachteinahmen allein reichen nicht aus, um von einem wirtschaftlichen Vorteil auszugehen. Denn in diesem Fall wäre jede Verpachtung durch die öffentliche Hand – trotz fehlendem Beschaffungscharakter – ausschreibungspflichtig. Etwas anderes mag in Fällen gelten, in denen die öffentliche Hand mit der Verpachtung zugleich einen öffentlichen Zweck erfüllt. Solche Fälle sind jedoch nur schwer vorstellbar.

Eine „Baukonzession im Mietkleid“ liegt nach einer Entscheidung des OLG Bremen allenfalls dann vor, wenn der Pachtvertrag eine vertragliche Regelung enthält, wonach der Pächter ein Nutzungskonzept des Grundstücks vorlegen und sich vertraglich verpflichten muss, die Windkraftanlagen nach Maßgabe dieses Nutzungskonzeptes innerhalb eines bestimmten Zeitraumes zu erstellen und in Betrieb zu nehmen.

- Vgl. dazu OLG Bremen, Beschluss vom 13.03.2008, Verg 5/07.

Solche Vorgaben wird der zwischen der Gemeinde Roetgen und dem Konsortium STAWAG/juwi zu schließende Pachtvertrag nicht enthalten.

Die Gemeinde Roetgen erhält keinen Rechtstitel gegen das Konsortium, wonach dieses die Windkraftanlagen errichten und betreiben muss. Der Pachtvertrag verpflichtet das Konsortium lediglich, die vereinbarte Pacht an die Gemeinde Roetgen zu entrichten.

Im Übrigen hat der EuGH in oben genannter Grundsatzentscheidung klargestellt, dass die bloße Ausübung von städtebaulichen Regelungszuständigkeiten nicht ausreicht, um von einem unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse des Auftraggebers zu sprechen. Wörtlich führt der EuGH dazu aus:

„Folglich ist auf die erste und die zweite Frage zu antworten, dass der Begriff „öffentliche Bauaufträge“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 nicht voraussetzt, dass die Bauleistung, die Gegenstand des Auftrags ist, in einem gegenständlichen oder körperlich zu verstehenden Sinn für den öffentlichen Auftraggeber

beschafft wird, wenn sie diesem unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt. Die Ausübung von städtebaulichen Regelungszuständigkeiten durch den öffentlichen Auftraggeber genügt nicht, um diese letztgenannte Voraussetzung zu erfüllen.“

- EuGH, Urteil vom 25.03.2010, C-451/08.

So liegt es hier. Ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse der Gemeinde Roetgen scheidet damit aus.

3.2 Europäisches Primärrecht nicht anwendbar

Die Gemeinde Roetgen muss den Pachtvertrag auch nicht nach den Vorgaben des europäischen Primärrechts vergeben. Zwar gelten die sich aus dem Vertrag über die Arbeitsweise der europäischen Union (AEU-Vertrag – AEUV) ergebenden Prinzipien der Gleichbehandlung und Transparenz regelmäßig auch für die Vergabe öffentlicher Aufträge, die nicht oder lediglich teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen. So ergibt sich insbesondere aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz eine Transparenzpflicht,

„wonach der Auftraggeber zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen muss, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden.“

- Vgl. die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, Abl. EU vom 08.01.2006, Nr. C 179/02.

Diese Grundsätze sind jedoch nur anwendbar, wenn der in Frage stehende Auftrag Beschaffungscharakter hat. Nach dem Wortlaut der Kommissionsmitteilung muss es sich bei den betroffenen Sachverhalten stets um die Vergabe „öffentlicher Aufträge“ handeln. Im Vordergrund muss die Beschaffung von Lieferungen oder Leistungen stehen.

- Vgl. Regler, Mitteilung der Bayerischen Notarkammer, MittBayNot 6/2008, S. 477.

Wie bereits dargelegt, fehlt dem Abschluss des Pachtvertrages der Beschaffungscharakter. Das EU-Primärrecht findet daher von vorneherein keine Anwendung.

3.3 Hilfsweise: Ausschließlichkeitsrecht von STAWAG/juwi

Selbst wenn ein Gericht zu der Auffassung gelangen sollte, bei dem Pachtvertrag handele es sich um einen ausschreibungspflichtigen öffentlichen Auftrag, scheidet eine Vergabe im Wettbewerb aus. Denn die Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb wären gegeben. Das Konsortium STAWAG/juwi verfügt über ein Ausschließlichkeitsrecht, das jeden Wettbewerb von vornherein ausscheiden lässt.

Nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b) VgV ist ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb und ohne Bekanntmachung, mithin eine Vergabe ohne Wettbewerb, zulässig, wenn der Auftrag wegen des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden kann. Nach § 14 Abs. 6 VgV darf es außerdem keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung geben und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsparameter sein.

Die Voraussetzungen sind erfüllt, wenn der Auftraggeber seinen Beschaffungsbedarf nur mit dem Schutzrecht oder jedenfalls unter dessen Zuhilfenahme decken kann.

- Vgl. OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 30.08.2011, 11 Verg 3/11.

In diesen Fällen ist die Verknüpfung des Auftrags mit einem bestimmten Unternehmen eine rechtliche Notwendigkeit bzw. bildet das Ausschließlichkeitsrecht ein rechtliches Hindernis bei der Vergabe an ein anderes Unternehmen. Ausschließlichkeitsrechte von Unternehmen können auch in einer behördlichen Genehmigung oder langfristig bindenden Verträgen begründet sein.

- Vgl. OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 30.08.2011, 11 Verg 3/11.

Maßgeblich ist, dass das Recht seinem Inhaber eine Sonderstellung einräumt.

Die Voraussetzungen liegen in Bezug auf das Konsortium STAWAG/juwi vor. Das Konsortium STAWAG/juwi ist das einzige Unternehmen, das auf dem Grundstück der Gemeinde Roetgen zwei Windkraftanlagen unter Volllast betreiben darf. Denn dies ist nur möglich, wenn das Konsortium STAWAG/juwi selbst und die Stadt Aachen sich bereit erklären, die Leistung einer Windkraftanlage auf dem Grundstück der Stadt Aachen entsprechend zu drosseln. Jedes andere Unternehmen könnte nur eine Windkraftanlage unter Volllast betreiben. Denn kein anderes Unternehmen hat Einfluss auf den Betrieb der auf dem Grundstück der Stadt Aachen betriebenen Windkraftanlage.

Dies hat erheblichen Einfluss auf die Nutzungsmöglichkeiten des Grundstücks und damit auch auf die von der Gemeinde Roetgen zu erzielende Pacht.

Für die Gemeinde Roetgen kommt auch keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung in Betracht und der mangelnde Wettbewerb ist nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsparameter.

Zwar könnte die Gemeinde Roetgen die Vorgabe treffen, dass nur eine Windkraftanlage auf ihrem Grundstück betrieben werden darf. Sie würde hierdurch jedoch auf erhebliche Pachteinnahmen verzichten und damit nicht nur gegen das vergaberechtliche und haushaltsrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot, sondern auch gegen eine Vorgabe der Gemeindeordnung NRW (GO NRW) verstoßen. Nach § 90 Abs. 3 und 4 GO NRW darf eine Gemeinde Vermögen Gegenstände nur zu ihrem vollem Wert anderen zur Nutzung überlassen – mithin vermieten oder verpachten. Der volle Wert des hier in Rede stehenden Grundstücks kann bei Verpachtung aber nur dann erreicht werden, wenn der Pächter das Grundstück so umfassend nutzen kann wie möglich.

Aufgrund dieser sachlichen Gründe ist die Absicht der Gemeinde Roetgen, möglichst zwei Windkraftanlagen von dem Betreiber errichten zu lassen, durch das Leistungsbestimmungsrecht eines öffentlichen Auftraggebers gedeckt. Das OLG Düsseldorf fasst dies wie folgt zusammen:

„Die Festlegung des Beschaffungsgegenstandes ist der ausschließlichen Bestimmung durch den öffentlichen Auftraggeber unterworfen. Entschließt er sich zur Beschaffung, ist er frei in seiner Entscheidung, welchen Auftragsgegenstand er für erforderlich oder wünschenswert hält.“

- OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.02.2010, VII-Verg 42/09.

4 Ergebnis

Für den Fall, dass sich die Gemeinde Roetgen entscheidet, selbst eine Konzentrationszone für Windkraftanlagen zu schaffen, darf die Gemeinde Roetgen das Grundstück direkt an das Konsortium STAWAG/juwi verpachten. Sie muss hierbei keinerlei vergaberechtliche Vorgaben beachten.

Insbesondere muss die Gemeinde Roetgen den Pachtvertrag nicht im Wege eines förmlichen Vergabeverfahrens vergeben. Der Auftrag unterfällt nicht den Vorschriften des GWB. Dem Pachtvertrag fehlt bereits der Beschaffungscharakter.

Aus diesem Grund muss die Gemeinde Roetgen auch keine Vorgaben des europäischen Primärrechts beachten.

Selbst wenn ein Gericht zu der Auffassung gelangen sollte, bei dem Pachtvertrag handele es sich um einen ausschreibungspflichtigen öffentlichen Auftrag, scheidet eine Vergabe im Wettbewerb aus. Denn die Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb wären gegeben. Das Konsortium STAWAG/juwi verfügt über ein Ausschließlichkeitsrecht, das jeden Wettbewerb von vornherein ausscheiden lässt.

Düsseldorf, den 07. Juli 2016

gez. Dr. Ute Jasper

gez. Dr. Laurence Westen