

MEMO

vom 13.12.2022 in Sachen

Gemeinde Niedernhausen – Windkraft, Az. 22/000212

Bauplanerische Fragenstellungen sowie Möglichkeiten der kommunalen Zusammenarbeit und der Beteiligung der Bürger bei der Ansiedlung von Windkraft

Übersicht

| | |
|--|----------|
| A. Sachverhalt..... | 2 |
| B. Beurteilung im Einzelnen | 4 |
| I. Bauplanungsrechtliche Fragenstellungen | 5 |
| 1. Aktualisierung des Flächennutzungsplanes | 5 |
| 2. Aufstellung eines Bebauungsplans für die Entwicklung der Windparks | 6 |
| C. Zusammenfassung der Ergebnisse der Prüfung der Rechtsformenauswahl..... | 8 |
| I. Formen der kommunalen Zusammenarbeit | 9 |
| 1. Übersicht über die unterschiedlichen Handlungsformen und erste Eingrenzung | 9 |
| 1.1 Öffentlich-rechtliche Handlungsformen | 9 |
| 1.2 Privatrechtliche Handlungsformen..... | 10 |
| 2. Vergleich der Vor- und Nachteile der unterschiedlichen Handlungsformen | 11 |
| 3. Prüfung der Kriterien im Detail..... | 12 |
| 3.1 Handlungsmöglichkeiten im wirtschaftlichen Verkehr..... | 12 |
| 3.1.1 Fähigkeit zu selbstständigem Handeln | 12 |
| 3.1.2 Reaktionsgeschwindigkeit..... | 14 |
| 3.2 Kommunale Einflussnahme | 15 |
| 3.3 Gründungsaufwand | 16 |
| 3.3.1 Erforderliche Genehmigungen | 16 |

| | | |
|-------------|---|-----------|
| 3.3.2 | Zeitlicher Korridor | 17 |
| 3.3.3 | Kosten..... | 18 |
| 3.4 | Änderungen der Gesellschaft im laufenden Betrieb | 19 |
| 3.4.1 | Änderung der Tätigkeit | 19 |
| 3.4.2 | Änderungen im Gesellschafterbestand..... | 20 |
| 3.5 | Auflösung | 21 |
| 3.6 | Finanzierung / Kreditkonditionen | 21 |
| 3.7 | Personal | 23 |
| 3.8 | Haftungsbeschränkung | 24 |
| 4. | Vergleichsfazit: Genossenschaft v. GmbH & Co. KG..... | 25 |
| II. | Möglichkeiten der finanziellen Beteiligung der Bürger..... | 26 |
| III. | Vergaberechtliche Fragestellung | 27 |
| 1. | Markterkundungsverfahren | 28 |
| | Rechtscharakter der Markterkundung | 28 |
| 2. | Pflicht zur Durchführung von kartellrechtlichen Vergabeverfahren..... | 28 |
| IV. | Möglichkeiten einer direkten Belieferung mit eigenem Tarif | 32 |
| D. | Vorschlag..... | 34 |

A. Sachverhalt

Die Gemeinde Niedernhausen überlegt, mit Nachbargemeinden zu kooperieren, um einen oder mehrere Windparks zu entwickeln und zu betreiben. Weiter wird überlegt, auch die Bürger an der Entwicklung und dem Betrieb dieser Windparks finanziell zu beteiligen.

Die Gemeinde Niedernhausen hat daher W2K Rechtsanwälte gebeten, über bauplanungsrechtliche Grundlagen zu informieren wie auch Möglichkeiten zur Erreichung dieser Ziele aufzuzeigen. Dies umfasst zum einen die unterschiedlichen Gestaltungsformen der interkommunalen Zusammenarbeit, zum anderen die Möglichkeiten der Bürgerpartizipation.

Die Windkraft-Vorranggebiete (WK-VF) auf dem Gebiet der Gemeinde Niedernhausen sind im Eigentum der benachbarten Städte Eppstein und Idstein, der Gemeinde Niedernhausen und zu einem kleinen Anteil des Landes Hessen (HessenForst).

Von allen diesen Beteiligten liegen der Gemeinde Niedernhausen auf eine entsprechende gemeindliche Anfrage hin schriftliche Erklärungen vor, dass eine grundsätzliche Bereitschaft zur Kooperation bei der Entwicklung von Windkraftanlagen besteht.

Primär kommt die Entwicklung folgender WK-VGe in Niedernhausen in Frage:

| <i>Nr. des WK-VG</i> | <i>Eigentum</i> |
|----------------------|--|
| 2-359 | Stadt Eppstein, Gemeinde Niedernhausen |
| 2-384a | Stadt Idstein, Gemeinde Niedernhausen, Land Hessen |
| 2-385 | Gemeinde Niedernhausen |

Zu den bauplanungsrechtlichen Fragestellungen:

In Niedernhausen gibt es mehrere Windkraft-Vorranggebiete (WK-VG), die im Regionalplan Südhessen, Teilplan Erneuerbare Energien (TPEE), mittlerweile rechtskräftig festgesetzt sind: <https://rp-darmstadt.hessen.de/infrastruktur-und-wirtschaft/regionalplanung/regionalplan-suedhessen/1-aenderung-tpee-2019>

Wie ist das Verhältnis zwischen regionalplanerischen Vorgaben und Bauleitplanung in Bezug auf WK-VG?

Muss jetzt der Flächennutzungsplan der Gemeinde (der diese WK-VG derzeit nicht abbildet) entsprechend aktualisiert werden?

Windparks werden gemäß dem Verfahren, wie im BImSchG beschrieben, genehmigt. Ist es möglich und sinnvoll, für die Entwicklung von Windparks auch einen B-Plan aufzustellen? Welche wären die rechtlichen Unterschiede bei der Entwicklung und dem Betrieb von Windparks, wenn ein B-Plan aufgestellt bzw. nicht aufgestellt wird?

Zu den gesellschafts- vergabe- und energierechtlichen Fragenstellungen:

Die Kommunen mit Flächeneigentum in den WK-VG kooperieren in einer geeigneten Rechtsform, die dann einen Dritten mit dem Bau und dem Betrieb der Anlagen beauftragt. Zielsetzung

ist, dass sich diese kommunale Kooperation (ggf. unter Beteiligung ihrer Bürger) sich für die Flächen des Landes Hessen bewirbt.

Nachgefragt wurde eine vergleichende synoptische Darstellung der Rechtsformen, in der die beteiligten Kommunen kooperieren könnten, mit Vor- und Nachteilen sowie einer Empfehlung für eine Rechtsform. Dabei sind folgende Fragestellung zu beantworten:

Wie könnte eine Auswahl und die Beauftragung eines Windkraftunternehmens erfolgen, das die Anlagen projektiert, plant, baut und im Auftrag der interkommunalen Kooperation betreibt?
Wie wäre der zeitliche Abfolge der einzelnen Schritte?

Wie können Bürgerinnen und Bürger der beteiligten Kommunen im Rahmen der interkommunalen Kooperation am Betrieb und an der Rendite beteiligt werden?

Welche Möglichkeiten der finanziellen Beteiligung der Bürgerinnen und Bürger sind im Rahmen des bereits dargestellten Betreibermodells möglich?

Darstellung der Kooperations-/Rechtsformen (Kooperation mit einer bestehenden (Energie-)Genossenschaft, Gründung einer neuen eigenständigen Genossenschaft oder andere Rechtsform).

Welche Möglichkeiten gibt es, als Betreiber eines Windparks einen eigenen Stromtarif für welchen Personenkreis anzubieten?

B. Beurteilung im Einzelnen

Wir beantworten zunächst die bauplanungsrechtlichen Fragenstellungen und stellen danach zunächst die unterschiedlichen Formen der kommunalen Zusammenarbeit vor, bevor wir auf die Möglichkeiten der finanziellen Beteiligung der Bürger eingehen. Abschließend zeigen wir die vergaberechtlichen Vorgaben sowie die Thematik der direkten Belieferung auf.

I. Bauplanungsrechtliche Fragenstellungen

Darzulegen ist das Verhältnis zwischen regionalplanerischen Vorgaben und Bauleitplanung in Bezug auf WK-VG. Konkret wurde gefragt, ob der Flächennutzungsplan der Gemeinde (der diese WK-VG derzeit nicht abbildet) entsprechend aktualisiert werden muss.

1. Aktualisierung des Flächennutzungsplanes

Der Flächennutzungsplan der Gemeinde Niedernhausen muss überprüft und – sofern mit den windenergiebezogenen Vorgaben des Regionalplans nicht kompatibel – an diese angepasst werden.

Dies ergibt sich aus § 1 Abs. 4 BauGB. Danach sind Bauleitpläne (Flächennutzungspläne, aber auch Bebauungspläne, vgl. § 1 Abs. 2 BauGB) den Zielen der Raumordnung anzupassen.

Die Anpassungspflicht betrifft zunächst die Flächennutzungsplanung für die Teile des Gemeindegebiets, die regionalplanerisch als WK-VG ausgewiesen sind – soweit ersichtlich, sind auf der Gemarkung der Gemeinde Niedernhausen nur blaue WK-VG festgelegt. Bei den blauen WK-VG handelt es sich nach Satz 1 der Zielvorgabe Z3.3-2 des TPEE in der Fassung der 1. Änderung 2022 um Vorranggebiete i. S. d. § 7 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 ROG und damit um Ziele der Raumordnung i. S. d. § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG. An diese ist der Flächennutzungsplan folglich nach § 1 Abs. 4 BauGB anzupassen.

Darüber hinaus ist die Flächennutzungsplanung für die übrigen Teile des Gemeindegebiets an die im Regionalplan ausgewiesenen Ausschlussgebiete anzupassen. Die Sätze 1 und 2 der Zielvorgabe Z3.3-1 des TPEE regeln:

„In den in der Karte rot festgelegten Vorranggebieten zur Nutzung der Windenergie hat die Nutzung der Windenergie Vorrang vor entgegenstehenden Nutzungen. *Außerhalb der Vorranggebiete – mit Ausnahme der entsprechend Z3.3-2 festgelegten Vorranggebiete* [Anmerkung: dies sind die blauen Vorranggebiete, wie sie für Niedernhausen festgelegt sind] – *ist die Errichtung raumbedeutsamer Windenergieanlagen in der Regel ausgeschlossen.*“

Danach werden alle Flächen im Planungsraum (= Geltungsbereich des Regionalplans Südhessen) außerhalb der roten und blauen Vorranggebiete als sog. Ausschlussgebiete grundsätzlich für die Errichtung raumbedeutsamer Windenergieanlagen gesperrt [Anmerkung: der Unterschied zwischen roten und blauen Vorranggebieten besteht darin, dass bei den blauen Vorranggebieten Unsicherheiten bestehen, ob sich die Vorrangnutzung Windenergie aufgrund der Belange der Flugsicherung tatsächlich in jedem Fall durchsetzen kann, so dass hiervon – anders als bei den roten Vorranggebieten – wohl aus Gründen der Rechtssicherheit keine Ausschlusswirkung abhängig gemacht werden soll, vgl. S. 78 der Planbegründung unter b)]. Auch die Ausschlussgebiete sind Ziele der Raumordnung. Rechtstechnisch erfolgt die Vorrang-Ausschluss-Zielvorgabe in Z3.3-2 als Kombination von Vorrang- und Eignungsgebiet gem. § 7 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 ROG i. V. m. § 7 Abs. 3 S. 3 ROG i. V. m. § 7 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 ROG (vgl. S. 22 der Planbegründung, letzter Absatz).

Im Ergebnis ist daher festzuhalten:

Nach der regionalplanerischen Vorrang-Ausschluss-Zielvorgabe ist das gesamte Gemeindegebiet von Niedernhausen mit Ausnahme der blauen Vorranggebiete für die Errichtung raumbedeutsamer Windenergieanlagen gesperrt. Dieser regionalplanerischen Vorgabe ist bei der Flächennutzungsplanänderung nach § 1 Abs. 4 BauGB Rechnung zu tragen, soweit die bestehenden Darstellungen im Flächennutzungsplan hierzu im Widerspruch stehen.

2. Aufstellung eines Bebauungsplans für die Entwicklung der Windparks

Windparks werden gemäß dem Verfahren, wie im BImSchG beschrieben, genehmigt.

Ist es möglich und sinnvoll, für die Entwicklung von Windparks auch einen B-Plan aufzustellen? Welche wären die rechtlichen Unterschiede bei der Entwicklung und dem Betrieb von Windparks, wenn ein B-Plan aufgestellt bzw. nicht aufgestellt wird?

Wie unter 1) dargestellt, ist die regionalplanerische Vorrang-Ausschluss-Zielvorgabe zur Windenergiesteuerung wegen § 1 Abs. 4 BauGB auch für die Entwicklung von Windparks durch B-Plan zu beachten.

Für die Entwicklung von Windparks durch B-Plan in der Gemeinde Niedernhausen bedeutet dies:

- In regionalplanerisch festgelegten Ausschlussgebieten, d. h. in Flächen außerhalb der blauen Vorranggebiete, kann wegen § 1 Abs. 4 BauGB kein B-Plan zur Entwicklung eines Windparks aufgestellt werden. Im Rahmen der Vorhabenzulassung führt die Zielvorgabe gemäß § 35 Abs. 3 S. 2 bzw. S. 3 BauGB zur Unzulässigkeit des Windenergieanlagenvorhabens.
- In regionalplanerisch festgelegten (blauen) Vorranggebieten kann wegen § 1 Abs. 4 BauGB eine bebauungsplanerische Steuerung erfolgen, soweit diese die mit den regionalplanerischen Vorgaben vereinbar ist, insbesondere diese lediglich konkretisiert. Erfolgt eine Steuerung durch Bebauungsplan, richtet sich die im Rahmen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens (auch) zu prüfende bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Windenergievorhabens nach § 30 BauGB und damit nach den Festsetzungen des Bebauungsplans. Ohne Bebauungsplan bestimmt sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Windenergievorhabens nach § 35 BauGB, wobei Windenergieanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiert sind.

Die Vorteile einer Steuerung der Windenergienutzung durch B-Plan bestehen insbesondere darin, dass nach Einleitung der Planung durch den Aufstellungsbeschluss (vgl. § 2 Abs. 1 S. 2 BauGB) **eine Veränderungssperre** (vgl. § 14 BauGB) erlassen werden kann, um einem „Windhundrennen“ auf die windhöflichsten Flächen im Plangebiet vorzubeugen. Zudem können Fachbehörden, andere Träger öffentlicher Belange und insbesondere die Öffentlichkeit bereits im Planungsverfahren und nicht erst auf der nachgelagerten Ebene der **Vorhabengenehmigung einbezogen** werden. Dies kann zu einem Abbau von Vorbehalten gegen die Ansiedlung von Windenergieanlagen führen. Weiterhin erscheint es nicht ausgeschlossen, durch B-Plan konkrete Standorte für Windenergieanlagen vorzugeben und damit der Gefahr gegenseitiger Beeinflussung der Anlagen vorzubeugen. Dies betrifft vor allem den Fall, dass unterschiedliche Investoren Anlagen errichten möchten und nicht lediglich ein Investor mehrere Anlagen plant. Problematisch dagegen ist es, Höhenbegrenzungen von Windenergieanlagen durch B-Plan fest-

zusetzen. Zum einen sind dem Regionalplan keine Vorgaben zur Höhenbegrenzung von Windenergieanlagen zu entnehmen. Zudem wären nach den Vorgaben des Landesentwicklungsplans Hessen (LEP) auch diese nicht zulässig, vgl. Buchstabe h) des Ziels Z 5.3.3.2-4 der 3. LEP-Änderung).

Hinzuweisen ist abschließend darauf, dass am 01.02.2023 das Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land (sog. Wind-an-Land-Gesetz) in Kraft treten wird. Die darin vorgesehenen Erleichterungen für die Realisierung von Windenergieanlagen konnten hier noch nicht berücksichtigt werden und bedürfen ggf. einer vertieften weiteren Prüfung.

C. Zusammenfassung der Ergebnisse der Prüfung der Rechtsformenauswahl

Nach § 36g EEG genießen Bürgerenergiegesellschaften eine Privilegierung bei der Abgabe von Geboten für Windkraftanlagen. Typische Rechtsformen für Bürgerenergiegesellschaften sind in Deutschland die eingetragene Genossenschaft und die GmbH und die GmbH & Co. KG.

Um sich diesen Vorteil aus § 36g EEG zu erschließen, bietet es sich an, dass die Kommunen eine dieser Rechtsformen als Beteiligungslösung für ihre gemeinsam mit ihrer Bürgerschaft vorgesehenen Windkraftprojekte auswählen.

Ansonsten ist die Entscheidung danach zu treffen, welche Form der Beteiligung intendiert ist. Die Wahl der Rechtsform der Bürgerenergiegenossenschaft drängt sich auf, wenn man die Beteiligung einer größeren Anzahl von Bürgerinnen und Bürgern vorsieht. Die Energiegenossenschaft ist offen für eine Mehrzahl von Mitgliedern.

Bei einer GmbH & Co. KG sind lediglich für die Geschäftsführung und die Vertreter der Gesellschaft – also nur für eine beschränkte Anzahl von Personen – die Mitbestimmungsrechte gesichert, während die Kommanditisten kaum Mitsprache- und Mitbestimmungsrechte haben, sondern lediglich Kontroll- und Informationsrechte. In eine solche Gesellschaft lässt sich aber leichter der Projektpartner integrieren, der die Planung, den Bau und den Betrieb des Windparks verantwortet.

Die Umsetzung als Bürgergenossenschaft bei Integration von drei Kommunen ist komplexer.

Sie muss nach unserem Dafürhalten politisch gewünscht sein. In diesem Fall wird angeraten, vor der Gründung einer Energiegenossenschaft eine Vorgesellschaft (eine Genossenschaft ohne Eintragung ins Genossenschaftsregister) zu gründen

I. Formen der kommunalen Zusammenarbeit

1. Übersicht über die unterschiedlichen Handlungsformen und erste Eingrenzung

Bei der Bestimmung der geeigneten Rechtsform(en) für die interkommunale Zusammenarbeit zur Errichtung und zum Betrieb eines oder mehrerer Windparks ist zwischen den öffentlich-rechtlichen Handlungsformen und den privatrechtlichen Handlungsformen zu unterscheiden.

1.1 Öffentlich-rechtliche Handlungsformen

Die öffentlich-rechtlichen Möglichkeiten der Zusammenarbeit für hessische Gemeinden sind im Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit (KGG) geregelt. Nach § 2 Abs. 1 KGG können – soweit nicht durch Gesetz eine besondere ausschließliche Rechtsform für die Zusammenarbeit vorgeschrieben ist – zur gemeinsamen Wahrnehmung von Aufgaben folgende Rechtsformen gebildet werden:

- Zweckverbände (§§ 5 ff. KGG);
- gemeinsame kommunale Anstalten (§§ 29a ff. KGG).

Daneben können auch kommunale Arbeitsgemeinschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit gebildet werden (§§ 3 f. KGG) und öffentlich-rechtliche Vereinbarungen geschlossen werden (§§ 24 ff. KGG).

Aufgrund der beabsichtigten Zusammenarbeit mehrerer Kommunen scheidet bei den öffentlich-rechtlichen Handlungsformen von vornherein die Rechtsformen aus, die ihrer Natur nach nur von einer einzelnen Kommune getragen werden können. Dies sind der Regie- und der Eigenbetrieb.

1.2 Privatrechtliche Handlungsformen

Die Möglichkeit, auf öffentlich-rechtlicher Grundlage nach dem KGG zusammenzuarbeiten, schließt die Befugnis, sich bei der gemeinsamen Wahrnehmung von Aufgaben der Rechtsformen des Privatrechts zu bedienen, nicht aus, wie § 2 Abs. 2 KGG ausdrücklich klarstellt.

Als privatrechtliche Handlungsformen kommen insbesondere folgende Rechtsformen in Betracht:

- **GmbH** (§§ 1 ff. GmbHG);
- **GmbH & Co. KG** (§§ 161 ff. HGB i. V. m. §§ 1 ff. GmbHG);
- **eingetragene Genossenschaft** (§§ 1 ff. GenG)

Hingegen treten solche Gesellschaftsformen in den Hintergrund, für die das Kommunalrecht besondere Subsidiaritätsregeln aufstellt. Dies gilt in Hessen für die Aktiengesellschaft, die nach § 122 Abs. 3 HGO nur errichtet werden darf, wenn der öffentliche Zweck des Unternehmens nicht ebenso gut in einer anderen Rechtsform erfüllt werden kann. Der Sinn dieser Regelung liegt darin, die Entscheidung für eine Aktiengesellschaft zu erschweren, weil bei dieser Rechtsform besondere Hindernisse zur Realisierung der kommunalen Einwirkungsmöglichkeiten bestehen.¹ Das Kommunalrecht gibt des Weiteren gewisse Haftungsregeln vor, die bei der Wahl der Rechtsform beachtet werden müssen. So darf nach § 122 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGO eine Kommune eine Gesellschaft, die auf den Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens gerichtet ist, nur gründen oder sich daran beteiligen, wenn die Haftung der Gemeinde und ihre Einzahlungsverpflichtung auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt ist. Daraus folgt, dass bei der Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform nur Kapitalgesellschaften, die über entsprechende Haftungsbegrenzungsmöglichkeiten verfügen (GmbH, AG), in Betracht kommen. Hingegen ist es Gemeinden verboten, Gesellschafter einer GbR, einer OHG oder Komplementär einer KG zu werden, da ihre Haftung bei Wahl dieser Rechtsformen nicht

¹ Uechtritz, in: Hoppe/Uechtritz (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 2. Aufl. 2007, § 16 Rn. 13.

begrenzt werden könnte.² Ebenfalls ausscheiden dürften auch die generell ungeeigneten Gestaltungsformen wie der Verein oder die UG.

2. Vergleich der Vor- und Nachteile der unterschiedlichen Handlungsformen

Es sind daher die Rechtsformen gegenüberzustellen und mit Blick auf den angestrebten Zweck zu vergleichen. Es bietet sich folgender Kriterienkatalog an:

1. Handlungsmöglichkeiten im wirtschaftlichen Verkehr
 - 1.1 Fähigkeit zu selbstständigem Handeln
 - 1.2 Reaktionsgeschwindigkeit
2. Kommunale Einflussnahme
3. Gründungsaufwand
 - 3.1 Erforderliche Genehmigungen
 - 3.2 Zeitlicher Korridor
 - 3.3 Kosten
4. Änderung der Gesellschaft im laufenden Betrieb
 - 4.1 Änderung der Tätigkeit
 - 4.2 Änderungen im Gesellschafterbestand
5. Auflösung
6. Finanzierung / Kreditkonditionen
7. Personal
8. Haftungsbeschränkung

² Uechtritz, in: Hoppe/Uechtritz (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 2. Aufl. 2007, § 16 Rn. 14.

3. Prüfung der Kriterien im Detail

Die Grundentscheidung zwischen öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Handlungsform wird von dem Zielkonflikt getragen, einerseits dem Unternehmen durch Verselbstständigung die notwendigen wirtschaftlichen Handlungsspielräume zu eröffnen, andererseits das erforderliche Maß an kommunaler Einflussnahme und Kontrolle nicht abzugeben.³

Daneben spielen die Möglichkeiten der Kooperation und Einbeziehung öffentlicher und privater Partner eine gewichtige Rolle. Auch Haftungs- und Finanzierungsfragen sowie personalbezogene Kriterien sind zu bewerten und zu berücksichtigen.

3.1 Handlungsmöglichkeiten im wirtschaftlichen Verkehr

3.1.1 Fähigkeit zu selbstständigem Handeln

Die Eröffnung wirtschaftlicher Handlungsspielräume („Flexibilität“) hängt im großen Maße von der internen Organisationsstruktur ab. Dabei ist die pauschale Annahme, ein privatwirtschaftliches Unternehmen sei organisatorisch flexibler, insbesondere mit Blick auf die kommunale Anstalt verfehlt. Es kommt stets darauf an, wie weit die Unternehmensträger ihre rechtlichen Gestaltungsspielräume ausschöpfen. Wirtschaftliches Handeln setzt ein Organisationsgefüge voraus, das eine hinreichend klare Abgrenzung der Kompetenzen, also eine strikte Trennung zwischen Verantwortung und Kontrolle zulässt.⁴

- Dem **Zweckverband** haftet nicht ohne Grund der Makel starrer Strukturen und aufwendiger Entscheidungsprozesse an. Dieser beruht im Wesentlichen auf der Weisungsgebundenheit nach § 15 Abs. 4 Satz 1 GKZ, wonach die Mitglieder der Verbandsversammlung von den Weisungen ihrer entsendenden Körperschaft abhängen. Diese sind im Regelfall die Kommunen, die ihrerseits in ihren Gremien (Gemeinderat und Kreistag) zunächst die abstimmungsrelevanten Themen besprechen und verhandeln müssen,

³ Wurzel/Gaß, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der Kommunalen Unternehmen, 2. Aufl. 2010, Kap. J Rn. 3.

⁴ Wurzel/Gaß, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der Kommunalen Unternehmen, 2. Aufl. 2010, Kap. J Rn. 6.

um dann eine Entscheidung darüber herzustellen. Dieser mehrstufige Entscheidungsfindungsprozess wird üblicherweise als sehr hinderlich und im schnelllebigen Wirtschaftsverkehr als nachteilig empfunden. Eigene Entscheidungen der Zweckverbandsführung sind damit i.d.R. ausgeschlossen.

- Anders ist dies bei der **gemeinsamen kommunalen Anstalt** zu bewerten. Gemäß § 126a Abs. 2 Satz 1 HGO (i. V. m. § 29b Abs. 1 Satz 1 KGG) regeln die Kommunen die Rechtsverhältnisse der Anstalt durch die Anstaltssatzung. In der Art der Ausgestaltung sind die Kommunen frei. Das Gesetz macht nur vereinzelt Vorgaben. Im Unterschied zum Zweckverband ist eine Weisungsgebundenheit der Mitglieder des Verwaltungsrats nur beim Erlass von Satzungen vorgesehen, § 126a Abs. 6 Satz 6 HGO. Weitergehende Weisungsbefugnisse können gemäß § 126a Abs. 6 Satz 7 HGO in der Anstaltssatzung vorgesehen werden. Auch die interne Kompetenzverteilung zwischen Vorstand und Verwaltungsrat kann in der Anstaltssatzung weitgehend frei bestimmt werden. Von allen öffentlich-rechtlichen Organisationsformen ist der Gestaltungsspielraum der Kommunen in Bezug auf die Ausgestaltung der Organisation bei der kommunalen Anstalt daher am größten.⁵
- Bei der **GmbH** lassen die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen (anders als etwa bei der AG) einen sehr weitgehenden Gestaltungsspielraum zu. Die Kompetenzverteilung zwischen Geschäftsführer und Gesellschafterversammlung sind flexibel regelbar. Die **GmbH & Co. KG** hat des Weiteren den Vorteil, dass auch bei Aufnahme weiterer Gesellschafter (Kommanditisten) keine Geschäftsführungsbefugnisse abgegeben oder geteilt werden müssen.
- Die **eingetragene Genossenschaft** agiert ebenfalls selbständig.

⁵ Uechtritz, in: Hoppe/Uechtritz (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 2. Aufl. 2007, § 16 Rn. 27.

3.1.2 Reaktionsgeschwindigkeit

Auch die Geschwindigkeit, mit der Entscheidungen getroffen und Maßnahmen veranlasst werden können, ist im Wirtschaftsleben ein wesentlicher Faktor. Hier unterscheiden sich die untersuchten Rechtsformen deutlich:

- Beim **Zweckverband** hat die Weisungsgebundenheit der Mitglieder der Verbandsversammlung auch unmittelbare Auswirkungen auf die Geschwindigkeit der Entscheidungsfindung. Denn das Abstimmungsverhalten des einzelnen Mitglieds hängt in jedem Einzelfall von einer vorherigen Beratung und Beschlussfassung im entsendenden Gremium ab. Das bedeutet, dass bei einer (möglicherweise eilbedürftigen) Entscheidung der Verbandsversammlung zunächst in sämtlichen kommunalen Gremien der Mitgliedskommunen Beschlüsse über das Abstimmungsverhalten des jeweiligen Verbandsversammlungsmitglieds herbeigeführt werden müssen. Dies führt zu einer deutlichen Verzögerung der wirtschaftlichen Reaktionsgeschwindigkeit.
- Da bei der **gemeinsamen kommunalen Anstalt** viele wesentliche Entscheidungen – insbesondere des laufenden Geschäftsbetriebs – vom Vorstand in eigener Verantwortung getroffen werden, sind schnelle Reaktionen möglich. Doch auch bei Themen, über die der Verwaltungsrat zu entscheiden hat, ist eine schnelle Beschlussfassung möglich, da (soweit in der Satzung nicht anders geregelt) die Mitglieder des Verwaltungsrats nicht weisungsgebunden sind und daher auf keine Entscheidungen der Trägerkommunen warten müssen.
- Die Geschäftsführung einer **GmbH** oder **GmbH & Co. KG** agiert selbstständig und – soweit sie im Gesellschaftsvertrag dazu befugt ist – ohne zwingende Rücksprache mit der Gesellschafterversammlung. Eine schnelle Reaktionsgeschwindigkeit ist damit sichergestellt. Die Mitglieder der Gesellschafterversammlung sind ihrerseits nicht von Weisungen der Gesellschafterkommunen abhängig, so dass auch hier schnell Entscheidungen herbeigeführt werden können.
- Bei der **eingetragenen Genossenschaft** nach § 43 Abs. 2 GenG hat jedes Mitglied eine Stimme in der Generalversammlung. Es gilt demnach das Kopfstimmrecht, grundsätzlich unabhängig von der Kapitalbeteiligung. Es gibt keinen Geschäftsführer, weshalb die Reaktionsgeschwindigkeit im Unterschied zur GmbH oder GmbH & Co. KG im

Regelfall etwas schwerfälliger sein dürfte. Es ist stets mindestens eine Mehrheitsentscheidung herbeizuführen, wobei Mehrstimmrechte die Ausnahme sein sollen, siehe § 43 Abs. 3 Satz 2 GenG). Mehrstimmrechte sollen aber nur bestimmten Mitgliedern gewährt werden, insbesondere Mitgliedern, die den Geschäftsbetrieb besonders fördern (§ 43 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 GenG). Eine Abstufung nach Bedeutung ist durchaus möglich, etwa im Hinblick auf die die Grundstücke einbringenden Kommunen und deren Größe.

3.2 Kommunale Einflussnahme

Der soeben behandelten wirtschaftlichen Handlungsfähigkeit durch ein vergrößertes Maß an Verselbstständigung stehen der Erhalt und die Sicherung kommunaler Einwirkungsmöglichkeiten gegenüber. Die beiden Kriterien stehen in einem ambivalenten Verhältnis zueinander – ein „Mehr“ an Einwirkungs- und Steuerungsmöglichkeit bedeutet zugleich ein „Weniger“ an Autonomie und Eigenständigkeit der Unternehmensleitung.⁶

Es gilt das soeben Gesagte: während der **Zweckverband** durch seine weisungsgebundenen Verbandsversammlungsmitglieder in vergleichsweise hohem Maß der kommunalen Einflussnahme unterliegt, ist dies bei der **gemeinsamen kommunalen Anstalt** und den **Gesellschaften in Privatrechtsform** nicht zwangsläufig so – es hängt von der individuellen Ausgestaltung ab. Aus diesem Grund sind – was das Kriterium der kommunalen Einflussnahme angeht – die letztgenannten Formen dem Zweckverband jedenfalls nicht schlechter gestellt, da sofern gewünscht das gleiche Maß an kommunaler Kontrolle etabliert werden kann.

Bei dem geplanten Aufbau einer Windparkgesellschaft ist die Reichweite der Einflussnahme der (jeweiligen) Kommune im Einzelfall von Bedeutung und festzulegen. Es kann vorteilhaft sein, die Kontrollmöglichkeiten in verschiedene Einflusszonen zu unterteilen. Denkbare Kategorien wären:

- Ein mitbestimmungspflichtiger Kern, der nur von der Verbandsversammlung insgesamt mit entsprechender Mehrheit, in bestimmten Bereichen vielleicht sogar nur einstimmig, bestimmt werden kann;

⁶ Uechtritz, in: Hoppe/Uechtritz (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 2. Aufl. 2007, § 16 Rn. 38.

- Ein Bereich unternehmerischer Betriebsführung, der von der Geschäftsführung/dem Vorstand der Gesellschaft in Eigenverantwortung geführt werden kann und nur der (nachträglichen) Kontrolle durch die kommunalen Träger unterliegt;
- Ein gemeindebezogener „Zwischenbereich“, der – wenn durch konkrete Pläne eine Gemeinde im Besonderen betroffen ist – ein Mitbestimmungsrecht nur dieser betroffenen Gemeinde auslöst.

Sowohl die Anstaltssatzung als auch der Gesellschaftsvertrag einer GmbH (& Co. KG) lassen solch abgestufte Kompetenzverteilungen zu. Diese Rechtsformen sind daher im Zweifel vorzugswürdig vor dem starren Zuständigkeitsgefüge des Zweckverbands.

Bei der **eingetragenen Genossenschaft** sind Mehrstimmrechte in der Generalversammlung si an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, § 43 Abs. 3 GenG. Im Grundsatz gilt, dass ein Mitglied eine Stimme hat. Die Mehrstimmrechte können die Kommunen aufgrund der möglichen Beibringung von Grundstücken aber initiieren.

3.3 Gründungsaufwand

Die untersuchten Rechtsformen unterliegen teils völlig verschiedenen rechtlichen Rahmenbedingungen. Auch die rechtlichen Vorgaben für ihre jeweilige Gründung sind daher verschieden. Zu wertendes Kriterium ist daher der jeweils anfallende Aufwand für die Gründung der betreffenden Organisationsform, insbesondere welche etwaigen Genehmigungen einzuholen sind, die notwendige Dauer einer Gründung sowie die zu erwartenden Kosten.

3.3.1 Erforderliche Genehmigungen

- Nach § 10 Abs. 1 KGG bedarf die Satzung eines **Zweckverbands** der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Nach § 35 Abs. 2 Nr. 1 KGG ist Aufsichtsbehörde eines Zweckverbands, dem ausschließlich Gemeinden desselben Kreises angehören, der Landrat als Behörde der Landesverwaltung. Gehören dem Zweckverband Gemeinden mehrerer Landkreise oder Gemeinden an, die der Aufsicht des Regierungspräsidenten unterstehen, ist Aufsichtsbehörde für den Zweckverband der Regierungspräsident oder die von ihm bestimmte Behörde, § 35 Abs. 2 Nr. 2 KGG. Gemäß § 11 Satz 2 KGG entsteht der

Zweckverband am Tage nach der öffentlichen Bekanntmachung der Genehmigung und der Verbandssatzung, sofern in der Verbandssatzung kein späterer Zeitpunkt bestimmt ist.

- Nach § 29a Abs. 4 Satz 1 KGG bedarf die Satzung einer **gemeinsamen kommunalen Anstalt** der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. § 10 Abs. 1 Satz 1 KGG gilt entsprechend, so dass die gleichen Anforderungen wie beim Zweckverband gelten.
- Für die Beteiligung an einem Unternehmen in Privatrechtsform (**GmbH** und **GmbH & Co. KG**) ist keine Genehmigung der Aufsichtsbehörde erforderlich. Beschlüsse über die Errichtung eines Unternehmens in Privatrechtsform sind lediglich gemäß § 127a Abs. 1 HGO der Aufsichtsbehörde unter Nachweis der gesetzlichen Voraussetzungen anzuzeigen.

Für die **eingetragene Genossenschaft** ist keine Genehmigung für die Errichtung erforderlich. Jedoch bedarf die Errichtung einer Satzung, § 5 GenG. Diese wiederum bedarf der schriftlichen Form. Nach § 10 Absatz 1 GenG sind die Satzung sowie die Mitglieder des Vorstands in das Genossenschaftsregister bei dem Gericht einzutragen, in dessen Bezirk die Genossenschaft ihren Sitz hat. Dazu hat Vorstand die Genossenschaft bei dem Gericht zur Eintragung in das Genossenschaftsregister anzumelden, § 11a GenG. Das Gericht prüft die Anmeldung und lehnt sie bei nicht ordnungsgemäßer Errichtung ab.

3.3.2 Zeitlicher Korridor

- Aufgrund der Genehmigungspflicht der Zweckverbandssatzung kann ein **Zweckverband** seine Tätigkeit erst nach Erteilung der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde aufnehmen. Der Zweckverband ist zudem frühestens am Tage nach der öffentlichen Bekanntmachung der Genehmigung und der Verbandssatzung wirksam entstanden. Vorbereitende Geschäfte können zwar auch schon von einem Zweckverband in Gründung vorgenommen werden. In diesem Fall haften jedoch sämtliche Mitglieder nach den Regeln einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit ihrem vollen Vermögen. Kostenintensive Geschäfte sollten daher unbedingt erst vorgenommen werden, wenn der

Zweckverband wirksam entstanden ist. Dies kann – abhängig von der Genehmigungspraxis der zuständigen Rechtsaufsichtsbehörde – einige Zeit dauern.

- Auch für die **gemeinsame kommunale Anstalt** gilt, dass aufgrund der erforderlichen Genehmigung der Satzung und deren Veröffentlichung eine zeitliche Verzögerung bis zum Beginn der Geschäftstätigkeit zu erwarten ist.

Eine **GmbH** sowie eine **GmbH & Co. KG** bedürfen keiner Genehmigung, sind aber nach der notariellen Beurkundung der GmbH-Gründung im Handelsregister einzutragen. Erst durch die Eintragung sind sie wirksam entstanden. Geschäfte einer Vor-GmbH führen zu Haftungsrisiken für die Gesellschafter. Der Zeitaufwand für eine Eintragung ist – da es sich um einen rein formalen Akt handelt – deutlich geringer zu bemessen als eine möglicherweise mit Rückfragen verbundene Genehmigungsentscheidung der Aufsichtsbehörde.

Aufgrund der Satzungspflicht sowie der gerichtlichen Prüfung einer Eintragung in das Genossenschaftsregister ist der zeitliche Aufwand bei der **eingetragenen Genossenschaft** größer als bei Gründung einer GmbH oder GmbH & Co. KG.

3.3.3 Kosten

Für die Aufnahme der Geschäftstätigkeit eines **Zweckverbands** ist mit Ausnahme der Kosten für die Erstellung und Kommunikation der Verbandssatzung mit keinen weiteren Kosten zu rechnen.

- Das für den Zweckverband Gesagte gilt auch für die **gemeinsame kommunale Anstalt**.
- Die Gründung einer **GmbH** erfordert die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrags sowie weiterer Eintragungen. In der Regel wird auch der Beschluss der Gesellschafterversammlung über die Geschäftsführerbestellung notariell beurkundet. Hierfür fallen Notargebühren an. Ihre Höhe hängt von der Stammeinlage der GmbH ab, liegt aber üblicherweise im Rahmen von mehreren Hundert bis einigen Tausend Euro. Auch eine Handelsgesellschaft (**GmbH & Co. KG**) bedarf der notariellen Beurkundung.

- Bei der **eingetragenen Genossenschaft** sind es vor allem die Kosten der Satzungserstellung, die zu beachten sind. Ebenfalls die regelmäßig erfolgende Mitgliedschaft im Genossenschaftsverband.

3.4 Änderungen der Gesellschaft im laufenden Betrieb

3.4.1 Änderung der Tätigkeit

Es ist nicht ausgeschlossen, dass zum derzeit anvisierten Tätigkeitsumfang der Windparkgesellschaft zu einem späteren Zeitpunkt weitere Betätigungsfelder hinzukommen könnten. Der für eine solche Änderung erforderliche Aufwand bei den einzelnen Organisationsformen ist gegenüberzustellen:

- Beim **Zweckverband** bedarf die Änderung der Verbandsaufgaben der Genehmigung der Aufsichtsbehörde, § 21 Abs. 3 Satz 1 KGG.
- Die Änderung der Aufgabe der **gemeinsamen kommunalen Anstalt** bedarf der Zustimmung aller Träger, § 29b Abs. 6 Satz 2 KGG. Nach § 29a Abs. 4 Satz 3 KGG müssen Änderungen der Satzung einer gemeinsamen kommunalen Anstalt der Aufsichtsbehörde nur angezeigt werden. § 127a HGO gilt entsprechend.
- Die Änderung des Gesellschaftsvertrages einer **GmbH** oder einer **GmbH & Co. KG** bedarf der notariellen Beurkundung und der Eintragung in das Handelsregister. Dies ist mit erneuten Kosten verbunden, ist jedoch zeitlich rasch zu erreichen.
- Die eingetragene **Genossenschaft** ist in Bezug auf das Tätigkeitsgebiet nicht sehr flexibel. Das ergibt sich bereits aus dem Wesen einer Genossenschaft, § 1 GenG, wonach Zweck der Genossenschaft die Förderung der Mitglieder und nicht die Wertsteigerung der Beteiligung der Mitglieder an der Genossenschaft ist. Nach § 16 Abs. 1 GenG kann eine Änderung der Satzung oder die Fortsetzung einer auf bestimmte Zeit beschränkten Genossenschaft nur durch die Generalversammlung beschlossen werden. In § 16 Abs. 2 GenG wird ein Katalog von Satzungsänderungen aufgestellt, für die es einer Mehrheit bedarf, die mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen umfasst. Darunter u.a. auch eine Änderung des Gegenstandes (Nr. 1). D.h. hier bestehende vor allem inhaltliche und beteiligungsbedingte Hürden.

3.4.2 Änderungen im Gesellschafterbestand

Die Erweiterung der Mitglieder bzw. die Aufnahme weiterer Gesellschafter sowie das Ausscheiden von Mitgliedern bzw. Gesellschaftern ist in den unterschiedlichen Rechtsformen verschieden geregelt:

- Beim **Zweckverband** bedarf der Beitritt und das Ausscheiden von Verbandsmitgliedern der Genehmigung der Aufsichtsbehörde, § 21 Abs. 3 Satz 1 KGG. Die damit zusammenhängende Änderung der Verbandssatzung erfordert eine Mehrheit von zwei Dritteln der Verbandsversammlung.
- Veränderungen der Trägerschaft der **gemeinsamen kommunalen Anstalt** bedürfen der Zustimmung aller Träger, § 29b Abs. 6 Satz 2 KGG. Nach § 29a Abs. 4 Satz 3 KGG müssen Änderungen der Satzung einer gemeinsamen kommunalen Anstalt der Aufsichtsbehörde nur angezeigt werden. § 127a HGO gilt entsprechend.
- Die Aufnahme eines weiteren Gesellschafter bei der **GmbH** oder der **GmbH & Co. KG** bedarf der Zustimmung der Gesellschafterversammlung nach den im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Regeln sowie einer Eintragung im Handelsregister. Auch die Voraussetzungen und das Prozedere für einen Austritt eines Gesellschafter aus einer GmbH oder einer GmbH & Co. KG lassen sich im Gesellschaftsvertrag regeln. Üblicherweise führt der Austritt zu einem Anwachsen der Gesellschaftsanteile bei den verbliebenen Gesellschaftern und einem Abfindungsanspruch des Austretenden.
- Der Beitritt ist in der Regel bei einer **Genossenschaft** einfach gestaltbar. Mitglieder einer Genossenschaft erhalten beim Ausscheiden grundsätzlich nur den eingezahlten Geldbetrag zurück. Nach § 73 Abs. 2 Satz 3 GenG hat das ausscheidende Mitglied auf Rücklagen und sonstiges Vermögen der Genossenschaft grundsätzlich keinen Anspruch. Denn durch den Austritt eines Mitglieds soll die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einer Genossenschaft nicht verringert werden. Das verbleibende Kapital soll weiter der Förderung der Genossenschaftsmitglieder dienen.

3.5 Auflösung

Die Auflösung der Gesellschaft hängt ebenfalls von der gewählten Rechtsform ab:

- Die Auflösung eines **Zweckverbands** bedarf nach § 21 Abs. 1 Satz 1 KGG eine Entscheidung der Verbandsversammlung mit einer Mehrheit von mindestens zwei Dritteln der satzungsmäßigen Stimmzahlen der Verbandsmitglieder. Die Auflösung bedarf außerdem nach § 21 Abs. 3 Satz 1 KGG der Genehmigung der Aufsichtsbehörde.
- Nach § 29b Abs. 6 Satz 1 KGG entscheidet der Verwaltungsrat über die Auflösung der **gemeinsamen kommunalen Anstalt**. Die Auflösung bedarf der Zustimmung aller Träger, § 29b Abs. 6 Satz 2 KGG.
- Eine **GmbH** kann gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbH u.a. durch Gesellschafterbeschluss mit einer Mehrheit von $\frac{3}{4}$ (sofern im Gesellschaftsvertrag nicht anders geregelt) aufgelöst werden. Da der Beschluss keine Änderung des Gesellschaftsvertrags darstellt, sind zu seiner Wirksamkeit keine notarielle Beurkundung und keine Eintragung im Handelsregister notwendig. Nach § 65 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ist die Auflösung der Gesellschaft jedoch zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Gesellschaft ist anschließend – nach § 66 Abs. 1 GmbHG üblicherweise durch die Geschäftsführer – zu liquidieren.
- Bei der **Genossenschaft** besteht eine Nachschusspflicht der Mitglieder bei Insolvenz gemäß § 105 Abs. 1 GenG, soweit nicht durch Satzung ausgeschlossen. Die Nachschüsse sind nach § 105 Abs. 2 GenG nach Köpfen zu leisten, es sei denn, dass die Satzung ein anderes Beitragsverhältnis bestimmt, oder nach § 105 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 ausgeschlossen ist. Die Haftung der Genossen kann auf die Einlage beschränkt werden. Die Genossen der **eingetragenen Genossenschaft** haften dann nur mit ihrem gezeichneten Anteil.

3.6 Finanzierung / Kreditkonditionen

Die Aufnahme von Fremdkapital ist ein wesentliches Kriterium bei der Rechtsformwahl. Maßgeblich sind die Kreditbedingungen. Je höher die Kreditwürdigkeit des Kreditnehmers, desto

bessere Kreditbedingungen lassen sich erzielen. Eine uneingeschränkte Haftung von Kommunen führt daher zu besseren Kreditbedingungen als eine begrenzte Haftung.

- Auch einem **Zweckverband** wird jedoch die „Kommunalkreditfähigkeit“ zugesprochen, so dass unter Finanzierungsgesichtspunkten diese Organisationsform vorzugswürdig ist. Dasselbe gilt in Hessen für die **gemeinsame kommunale Anstalt**, für die die Trägergemeinde(n) gemäß § 126a Abs. 4 Satz 1 HGO unbeschränkt haftet/haften.⁷
- Die begrenzte Haftung der **privatwirtschaftlichen Rechtsformen** steht dem nach. Wie groß der Zinsunterschied tatsächlich ist, lässt sich aber nur im direkten Gespräch mit den kreditgewährenden Banken klären. Auch der Umfang der erforderlichen Nettokreditaufnahme spielt dabei eine wichtige Rolle. Als Möglichkeit, diese Zinsnachteile zumindest teilweise zu verringern, wird einerseits vorgeschlagen, dass die Kommunen hinsichtlich der Darlehensverbindlichkeiten eine Bürgschaft zugunsten der privatrechtlichen Gesellschaft stellen. In diesem Fall sind insbesondere die Vorgaben des Beihilferechts zu beachten. Des Weiteren wird vorgeschlagen, die Kommunen als Darlehensnehmer auftreten zu lassen. Die Kommunen würden die Darlehen in diesem Fall „an die Gesellschaft durchreichen“. Die Kommunen besäßen dann entsprechende (Rückzahlungs-)Forderungen gegenüber der Gesellschaft. Zins- und Tilgungsdienst würden von der Gesellschaft an die Kommunen geleistet, damit diese zur Zahlung ihrer fälligen Annuitäten an das Kreditinstitut in der Lage sind. Nachteil dieser Ausgestaltung wäre jedoch die unmittelbare Belastung der kommunalen Haushalte durch hohe Kreditaufnahmen.⁸ Für beide der genannten Möglichkeiten ist darauf hinzuweisen, dass – sollte eine solche in Betracht kommen – für den jeweiligen konkreten Fall eine eingehende Einzelfallprüfung, insbesondere hinsichtlich der beihilfenrechtlichen Auswirkungen, erforderlich wäre.
- Es gehört zu den Zielen einer **Genossenschaft**, die notwendigen Finanzmittel über die Genossen bereit zu stellen. Ansonsten gelten die Ausführungen zu den **privatwirtschaftlichen Rechtsformen**.

⁷ Anders als etwa in Baden-Württemberg, wo eine Haftung der Gemeinde für Verbindlichkeiten der selbstständigen Kommunalanstalt Dritten gegenüber ausdrücklich nicht besteht, § 102a Abs. 8 Satz 4 GemO BW.

⁸ Vgl. Hoppe/Nüßlein, Der Gemeindehaushalt 2009, Seite 112 (117, 119).

3.7 Personal

- Organe des **Zweckverbands** sind nach § 14 Abs. 1 KGG die Verbandsversammlung und der Verbandsvorstand. Gemäß § 15 Abs. 5 KGG werden der Verbandsvorsitzende und mindestens ein Stellvertreter von der Verbandsversammlung aus ihrer Mitte gewählt. § 17 Abs. 1 KGG stellt klar, dass die Mitglieder des Verbandsvorstands in der Regel ehrenamtlich tätig sind. Damit ist es nicht erforderlich, dass der Zweckverband über eigenes Personal verfügt. Die Verwaltung wird durch den ehrenamtlich bestellten Verbandsvorstand geführt.
- Organe der **gemeinsamen kommunalen Anstalt** sind gemäß § 29b Abs. 3 KGG der Verwaltungsrat und der aus seiner Mitte bestimmte Vorsitz.
- Nach § 6 Abs. 1 GmbHG muss eine **GmbH** über mindestens einen Geschäftsführer verfügen. Dieser kann jedoch ehrenamtlich bestellt sein – beispielsweise der Kämmerer einer Mitgliedskommune. Eine KG wird durch den Komplementär vertreten, so dass bei einer **GmbH & Co. KG** die Vertretungsregeln der GmbH entsprechend Anwendung finden. Es ist somit möglich, die Gesellschaft personenlos zu führen.
- Eine **Genossenschaft** hat keinen Geschäftsführer, sondern bedarf nach § 9 GenG eines aus den Mitgliedern zu bildenden Vorstands und, soweit sie mehr als 20 Mitglieder hat, auch eines Aufsichtsrats. Nach § 24 Abs. 2 GenG besteht der Vorstand aus zwei Personen und wird von der Generalversammlung gewählt und abberufen; bei Genossenschaften mit nicht mehr als 20 Mitgliedern kann die Satzung bestimmen, dass der Vorstand aus einer Person besteht. Nach § 24 Abs. 2 Satz 2 kann durch die Satzung eine höhere Personenzahl sowie eine andere Art der Bestellung und Abberufung bestimmt werden. Nach § 24 Abs. 3 GenG können die Mitglieder des Vorstands **besoldet oder unbesoldet** sein. Auch ist ihre Bestellung zu jeder Zeit widerruflich, unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen. Nach § 36 Abs. 1 GenG besteht der Aufsichtsrat, sofern nicht die Satzung eine höhere Zahl festsetzt, aus drei von der Generalversammlung zu wählenden Personen. Die zu einer Beschlussfassung erforderliche Zahl ist durch die Satzung zu bestimmen. Die Mitglieder des Aufsichtsrats dürfen keine nach dem Geschäftsergebnis bemessene Vergütung beziehen, § 36 Abs. 2 GenG.

Im Unterschied zu Rechtsformen des Privatrechts sind Zweckverband und gemeinsame kommunale Anstalt dienstherrenfähig. Sollte es darauf ankommen, wären sie daher in

der Lage, bestimmte Positionen – etwa des Verbandsdirektors bzw. Vorstands – mit einem Beamten zu besetzen.

3.8 Haftungsbefchränkung

Die Befchränkung der Haftung auf das Unternehmensvermögen spielt bei der Wahl der geeigneten Rechtsform eine wichtige Rolle. Um das unternehmerische Risiko nicht unmittelbar auf die Kommunalhaushalte durchschlagen zu lassen, ist eine Haftungsbefchränkung unabdingbar und – bei Wahl der Privatrechtsform – auch gesetzlich vorgeschrieben (§ 122 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGO).

- Die Haftung für Verbindlichkeiten eines **Zweckverbands** ist auf das Verbandsvermögen beschränkt. Ein Rückgriff auf die Haushalte der Verbandsmitglieder ist ausgeschlossen. Lediglich bei einer gescheiterten Verbandsgründung hat die Rechtsprechung eine gesamtschuldnerische Haftung der Gründungsmitgliedskommunen angenommen.⁹
- Anders als in anderen Bundesländern hat sich der hessische Landesgesetzgeber bei Ausgestaltung der **kommunalen Anstalt** für eine umfassende Gewährträgerschaft der Kommunen entschieden, § 126a Abs. 4 Satz 1 HGO.
- Die Befchränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen ist Wesensbestandteil der **GmbH**. Auch als Gesellschafter einer Verwaltungs-GmbH sowie als gleichzeitiger Kommanditist einer **GmbH & Co. KG** ist die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen der VerwaltungsGmbH sowie auf die Kommanditeinlage beschränkt.
- Grundsätzlich gilt, dass für die Verbindlichkeiten der **Genossenschaft** den Gläubigern gegenüber nur das Vermögen der Genossenschaft haftet, § 2 GenG. Anders als bei einer Kapitalgesellschaft ist die Haftung eines Mitglieds für Verbindlichkeiten der Genossenschaft möglich. Für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft haften die Mitglieder untereinander nach Maßgabe des Genossenschaftsgesetzes, § 23 Abs. 1 GenG. Wer eintritt, haftet auch für die vor seinem Eintritt eingegangenen Verbindlichkeiten, § 23 Abs. 2 GenG.

⁹ BGH, Urt. v. 18.12.2000 – II ZR 385/98 –, juris Rn. 31.

4. Vergleichsfazit: Genossenschaft v. GmbH & Co. KG

Für die Ermöglichung der Bürgerbeteiligung im Wege einer eG:

- Als Mitglieder werden sie stärker gefördert und eingebunden. Teilhabe und gesellschaftlicher Wert ist größer. Sie profitieren persönlich und
- haben mehr Einfluss auf die Geschäftstätigkeit (weil Mehrstimmenanteil in der Generalversammlung die Ausnahme)
- Möglichkeit auch für Kommunen, Mehrwert spezifisch für „ihr“ Gebiet und „ihre“ Bürger zu schaffen.

Gegen die Ermöglichung der Bürgerbeteiligung im Wege einer eG:

- Keine Beteiligung als stille Gesellschafter möglich. Sie sind Mitglieder, haben Mitgliederrechte aber eben auch weitergehende Pflichten
- Insgesamt existieren bei der eG komplexere Gestaltungsanforderungen als bei GmbH und Co. KG. Neben dem Satzungserfordernis sind oft langwierigere Entscheidungsstrukturen aufgrund des starken Einflusses der Generalversammlung zu erwarten.

Je ortsbezogener die Versorgung durch den Windpark sein soll, desto eher ist eine eG eine sinnvolle Alternative. Im Sinne einer Subsistenzversorgung mit Energie vor Ort. Stichwort Unabhängigkeit. Gleichzeitig ist damit die wirtschaftliche Entwicklung im Sinne einer Vergrößerung der Reichweite eher beschränkt. Denn die Genossenschaft dient **nur** der Förderung und Unterstützung der Genossenschaftsmitglieder. Wirtschaftliche Potenziale stehen nicht im Vordergrund.

Dieser mitgliederbezogene Zweck lässt sich bei Genossenschaft zwar durch die Satzung auch etwas flexibilisieren, das Entwicklungspotenzial und die Reaktion auf wirtschaftliche Änderungen und Notwendigkeiten dürften aber insgesamt begrenzter sein.

Als **Nucleus** ist eine Genossenschaft daher nur dann geeignet, wenn Wirkungsort- und Zweck des Windparks sehr eng an die Kommune als den Lebensort der Mitglieder beschränkt ist und bleiben soll. Wenn dagegen auch eine über die Mitgliederbezogenheit hinausgehende großräumigere und damit überregionale wirtschaftliche Reichweite angestrebt wird oder zumindest der Weg dorthin offen und flexibel sein soll, dürfte eher die GmbH und Co.-KG als gesellschaftsrechtlicher Nucleus für den Windpark geeignet sein. Denn auch hier können ja Genossenschaften Mitglieder werden, sie haben dann zwar im Grundsatz weniger starke Einflussmöglichkeiten (nicht: ein Mitglied, eine Stimme wie bei eG). Könnte aber die Ziele a) Bürgerbeteiligung bei b) gleichzeitig starkem kommunalem Einfluss und c) schnellere und flexiblere Realisierungsmöglichkeiten vermutlich besser verwirklichen. Der Aufbau einer Energiegenossenschaft ist in der Regel insgesamt aufwändig und teuer. Daher wird vor der Gründung einer Energiegenossenschaft meist eine Vorgesellschaft (etwa eine Genossenschaft ohne Eintragung ins Genossenschaftsregister) für die Planungsphase gegründet. In dieser Phase werden unter anderem Machbarkeitsstudien erstellt, interessierte und betroffene Verbraucher kontaktiert und vor allem Kapital aufgetrieben. Zur Sicherstellung der Wirtschaftlichkeit muss das Projekt durch einen regional zuständigen Genossenschaftsverband untersucht werden. Dabei wird unter anderem der aufzustellende Businessplan überprüft. Ist die Prüfung durch den Verband erfolgreich, kann die Zulassung eines Zusammenschlusses als Genossenschaft erfolgen. Die Vorgesellschaft kann dann in eine eingetragene Genossenschaft übergehen.

II. Möglichkeiten der finanziellen Beteiligung der Bürger

In der Praxis existieren verschiedene Modelle, um auch die Bürger vor Ort finanziell an der Entwicklung von Windenergie zu beteiligen:

- Nachrangdarlehen mit eigenkapitalähnlicher Haftungsfunktion (Bürger leistet Einlage, erhält diese nach vorher festgelegtem Zeitraum verzinst zurück, ansonsten keine Beteiligung; Bsp.: <https://www.enbw.com/unternehmen/presse/enbw-bietet-buergerbeteiligung-fuer-windparks-an.html>).

- Die Genossenschaft ist vor allem zweckbezogen. Bloße finanzielle Beteiligung widerspricht dem Wesen. Gleichwohl Abstufung der Mitgliederbedeutung in der Satzung möglich. Geprägt von Verantwortung füreinander.
- Finanziell und haftungsbezogen bietet die GmbH und Co KG mehr Spielraum: Kommanditist oder Komplementär. Stille Gesellschafter. Bei der eG gibt es nur Mitglieder.
- Bei Genossenschaften: Nur als Mitglieder, mit grundsätzlich paritätischen Stimmrechten. Spiegelung von „Anteilen“ nur bedingt möglich. Stille Beteiligungen nicht möglich, wegen Stimmrecht nach Kopfteilen.
- Wenn der Nukleus eine GmbH und Co KG ist, ist die Bürgerbeteiligung recht flexibel ausgestaltbar:
 - **Komplementär**
 - **Kommanditist**
 - **Also Einzelperson**
 - **Oder Teil einer anderen Gesellschaft, u.a. auch eG →**
- ➔ Entsprechend Gesellschaftsvertrag/konzept erarbeiten. GmbH kann die Anteile spiegeln. Es ist auch hier möglich, relativ starken Einfluss einer Genossenschaft sicherzustellen, wenn diese die entsprechenden Anteile hält. Gleichzeitig ist die Handlungsmacht der Kommunen sicherzustellen. Es kann also eine Art Mischform konzipiert werden, die besonderen Raum für Bürgergenossenschaften lässt.

III. Vergaberechtliche Fragestellung

Wie könnte eine Auswahl und die Beauftragung eines Windkraftunternehmens erfolgen, das die Anlagen projiziert, plant, baut und im Auftrag der interkommunalen Kooperation betreibt?

Wie wäre der zeitliche Abfolge der einzelnen Schritte?

1. Markterkundungsverfahren

Bei einer derart offenen Fragenstellung bietet sich das Markterkundungsverfahren nach § 28 VgV an.

Rechtscharakter der Markterkundung

Im Vergaberecht stellt § 28 Abs. 1 VgV seit seinem Inkrafttreten am 28.04.2016 nunmehr eindeutig klar, dass der öffentliche Auftraggeber vor der Einleitung eines Vergabeverfahrens Markterkundungen

- zur Vorbereitung der Auftragsvergabe und
- zur Unterrichtung der Unternehmen über seine Auftragsvergabepläne und -anforderungen

durchführen darf.

Dies ist nach Ansicht des Gesetzgebers auch in vielen Fällen sinnvoll (BT-Drs. 18/7318 vom 20.01.2016, S. 169). Unzulässig ist gemäß § 28 Abs. 2 VgV lediglich die Durchführung eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Markterkundung – eine Markterkundung muss klar als solche gekennzeichnet sein.

Inhaltlich wird eine Information über die Zielsetzungen der Kommune(n) erstellt und diese im Bundesanzeiger veröffentlicht. Zumeist enthält die Information eine unverbindliche Aufforderung zur Abgabe einer Interessenbekundung, die nicht den vergaberechtlichen Bestimmungen der VgV, KonzVgV oder der VOB/A unterliegt. Ziel dieser Anfrage ist weder eine Auftrags- oder Konzessionsvergabe, sondern lediglich eine Markterkundung.

2. Pflicht zur Durchführung von kartellrechtlichen Vergabeverfahren

Generell gilt, dass sobald mit Hilfe von finanziellen Mitteln der Kommune(n) Beschaffungsleistungen vorgenommen werden, diese nach den Regeln des Vergaberechts durchgeführt werden.

Dies gilt unabhängig von der Rechtsform, derer sich die Kommune bedient.

Die Investition in Windkraftanlagen erfordert kompetente Planung und sorgfältige Vorbereitung der Finanzierung. Die Planung von Windparks muss auf das erforderliche Genehmigungsverfahren nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz abgestellt werden. Für den konkreten Standort sind naturschutzfachliche und immissionsschutzrechtliche Voruntersuchungen erforderlich. Dies muss in einer Wirtschaftlichkeitsbetrachtung berücksichtigt sein. Dies sind in der Regel Dienstleistungen, die nach der VgV im Zuge eines Verhandlungsverfahrens nach § 17 VgV nach kartellrechtlichen Vorgaben auszuschreiben sind, da der Schwellenwert von 215.000 Euro netto wohl überschritten wird.

Im ersten Schritt sind sämtliche Maßnahmen zu vergeben, die für die Abgabe des Gebots nach § 36 EEG erforderlich sind. Im Rahmen der Markterkundung ist festzustellen, ob getrennte Vergaben oder ob eine einheitliche Vergabe inklusive Ausführungsplanung, Grundstücksüberlassung, Bau und Betriebsführung marktfähig ist. Bei einer einheitlichen Vergabe muss dann eine stufenweise Beauftragung unter dem Vorbehalt der erfolgreichen Gebotsabgabe stehen. Bei einer einheitlichen Vergabe wird regelmäßig der Schwerpunkt der Leistungen abgefragt, um festzustellen ob es sich um eine Dienstleistung mit dem Schwellenwert von 215.000 Euro netto, eine Bauleistung mit dem Schwellenwert von 5.1350.000 Euro oder um eine Baukonzession mit einem Schwellenwert von 5.230000 Euro zur Annahme einer (konzessions-) kartellrechtlichen Vergabe handelt. Bei der konzessionsrechtlichen Vergabe werden alle möglichen Entgelte zusammengerechnet, die über die Laufzeit der Konzession erwirtschaftet werden können. Bei der Vergabe des Windenergieprojekts als Baukonzession bestehen für die Kommunen deutlich größere Gestaltungsspielräume für die Abwicklung des Verfahrens als bei der Vergabe eines Bauauftrags. Die Kommune kann das Verfahren nach Maßgabe der KonzVgV frei ausgestalten. Die Kommune kann das Verfahren als ein- oder mehrstufiges Verfahren durchführen. Ebenso kann sie entscheiden, ob sie mit den Bietern Verhandlungen führen möchte. Soweit Verhandlungen vorgesehen sind, dürfen der Konzessionsgegenstand, die Mindestanforderungen an das Angebot und die Zuschlagskriterien während des Verfahrens nicht geändert werden (§ 12 Abs. 2 KonzVgV).

Bei der kommunalen Flächenbereitstellung für die Windenergie ist zu klären, ob schon dafür vergaberechtliche Vorschriften existieren, die von der Gemeinde zwingend einzuhalten sind. Miet- und/oder Pachtvertrag zudem zeitlich beschränkte Grundstücksüberlassungen unterfallen nicht dem Anwendungsbereich des Vergaberechts.

Die Vergabe von Grundstücken ist grundsätzlich kein Beschaffungs-, sondern ein Veräußerungsvorgang respektive ein Nutzungsüberlassungsvorgang und unterliegt daher nicht den Vorgaben des Kartellvergaberechts (siehe § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB). Jedoch können derartige Verträge Beschaffungselemente enthalten, die zum Vorliegen eines öffentlichen (Bau-) Auftrags oder einer (Bau-) Konzession führen (vgl. VK Südbayern, 14.07.2010 – Z3-3-3194-1-29-05/10 –, juris Rn. 76 ff.).

Von der Erbringung einer Bauleistung „gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen“ ist nach der Grundsatzentscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in der Rechtssache „Helmut Müller“ dann auszugehen, wenn der öffentliche Auftraggeber „Maßnahmen ergriffen hat, um die Merkmale der Bauleistung zu definieren oder zumindest einen entscheidenden Einfluss auf die Konzeption auszuüben“.

Bei Windenergieprojekten der öffentlichen Hand liegt ein Bauauftrag vor, wenn der öffentliche Auftraggeber die gemeindliche Fläche an den Investor (z.B. an eine Bürgerenergiegenossenschaft) verpachtet, diese sich in dem Pachtvertrag zur Errichtung der Windenergieanlage verpflichtet und die Kommune an den Erträgen aus dem Betrieb der auf dem gemeindlichen Grundstück zu errichtenden Windenergieanlage partizipiert. Ist die Gemeinde an der Bürgerenergiegenossenschaft selber beteiligt, muss die Gemeinde mangels Inhousegeschäft dafür sorgen, dass die notwendige personelle und organisatorische Trennung zwischen Vergabestelle und Bürgerenergiegenossenschaft abgesichert wird.

„Nach der Ausschreibung haben die Bieter nicht lediglich einen Pachtzins anzubieten. Vielmehr wird von ihnen – unter Vorgabe einer maximalen Gesamthöhe für die Anlagen – ein "Konzept zur Nutzung des Standortes" verlangt, welches alle für die Errichtung eines Windparks auf den angedienten Pachtgrundstücken erforderlichen Baumaßnahmen im Detail aufzuführen muss, d. h. die Anzahl der geplanten Windkraftanlagen, ihre (Einzel-) Standorte auf den Grundstücken, die technischen Details der zu errichtenden Anlagen (Typ, Leistung, Nabenhöhe, Schalleistungspegel) sowie die Konzeption des Netzanschlusses einschließlich der Angabe des Einspeisungspunktes. [...] Vielmehr wird ausdrücklich die Verpflichtung des Pächters angeordnet, "die Windkraftanlagen gemäß dem vorgelegten Nutzungskonzept" innerhalb eines Jahres ab Nutzung der Pachtsache zu erstellen und ab diesem Zeitpunkt in Be-

trieb zu nehmen. Damit enthält der Pachtvertrag die ausdrückliche Verpflichtung des Pächters, das von ihm in der Ausschreibung angebotene und von der Vergabestelle geprüfte Konzept zu realisieren, d. h. die in diesem Konzept vorgesehenen Baumaßnahmen durchzuführen. [...] Gegenstand der Ausschreibung ist damit die Planung und die Ausführung von Bauleistungen durch Dritte.“ (so OLG Bremen, Beschluss v. 13.3.2008 – Verg 5/07. Seite 6 von 19)

Bauplanungsrechtliche Entscheidungen der Kommune im Zusammenhang mit der Entwicklung einer Fläche für die Windenergienutzung führen für sich genommen noch nicht zum Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrages. Liegt ein Beschaffungsgeschäft und keine bloße Grundstücksveräußerung oder -überlassung vor, stellt sich die Frage, ob es sich um einen Bauauftrag oder eher um eine Baukonzession handelt. Für die Vergabe einer Baukonzession oberhalb der EU-Schwellenwerte gelten andere Verfahrensregeln, nämlich die KonzVgV, als für die Vergabe von Bauaufträgen (VOB/A EU)

Nach § 105 Abs. 1 Nr. 1 GWB ist eine Baukonzession ein entgeltlicher Vertrag, mit dem ein öffentlicher Auftraggeber ein oder mehrere Unternehmen mit der Erbringung von Bauleistungen betraut, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht. In Abgrenzung zum Bauauftrag liegt eine Baukonzession gemäß § 105 Abs. 2 GWB dann vor, wenn das Betriebsrisiko für die Nutzung des Bauwerks auf den Konzessionsnehmer übergeht. Dies ist der Fall, wenn der Konzessionsnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, sodass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht vernachlässigbar sind. Kennzeichnend für die Baukonzession ist damit die Übernahme des wirtschaftlichen Risikos. Die Gemeinde muss ihrerseits klären, ob sie lediglich geeignete Grundstücke für die Errichtung von Windenergieanlagen zur Verfügung stellt, oder selbst die Kosten und Risiken der Errichtung und des Betriebs der Anlagen zu tragen. Bei letzterem wird man regelmäßig von einem Bauauftrag ausgehen können. Soweit das Windenergieprojekt als vergaberechtsfreie Grundstücksveräußerung oder -überlassung nicht dem Vergaberecht unterfällt, kann die öffentliche Hand ihren Vertragspartner gleichwohl nicht wie eine Privatperson frei auswählen. Dies ergibt sich zunächst aus den Anforderungen des Europarechts. Zwar enthält das Europarecht keine spezifischen Regelungen zu Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand. Insbesondere aus den europäischen Grundfreiheiten (insbesondere aus der Dienstleistungsfreiheit, d.h. dem Recht,

in anderen Mitgliedstaaten der EU vorübergehend Dienstleistungen anzubieten und zu erbringen, aber weiter im Herkunftsland ansässig zu bleiben) folgt jedoch, dass die öffentliche Hand bei Rechtsgeschäften mit Relevanz für den europäischen Binnenmarkt Auswahlentscheidungen im Rahmen von transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren treffen muss.

Die öffentliche Hand muss daher berücksichtigen, dass jedenfalls Standortflächen für größere Windenergieprojekte durchaus auch grenzüberschreitend für Investoren aus dem europäischen Binnenmarkt interessant sein können (sog. „Binnenmarktrelevanz“). Die Auswahl des Investors muss in diesem Fall im Rahmen eines wettbewerblichen Auswahlverfahrens erfolgen. Auch beihilfenrechtliche Risiken lauern und können ein wettbewerbliches Auswahlverfahren erforderlich machen. Durch den Erwerb eines kommunalen Grundstücks zu einem Preis unterhalb des Marktpreises könnte z.B. eine Energiegenossenschaft begünstigt werden. Hierin kann eine verbotene Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) liegen. Bei der Veräußerung und Überlassung von Grundstücken sind die kommunalhaushaltsrechtlichen Regelungen zu beachten.

Im Zusammenhang der Suche nach einem Unternehmen, welches die Windkraftanlage plant, projiziert, baut und später betreibt, kann sich auch ein sog. Partnersuchverfahren anbieten. Dort gemeinsam mit den Beschaffungsmaßnahmen auch die Beteiligung an der GmbH & Co.KG vergeben.

Aufgrund der vielfältigen Überlegungen, die die Gemeinden hier im Vorfeld anstellen müssen, bietet sich das oben angeführte Markterkundungsverfahren, welches kein Vergabeverfahren ist, an, um eine Entscheidungsgrundlage zur vergaberechtlichen Vorgehensweise vorzubereiten.

IV. Möglichkeiten einer direkten Belieferung mit eigenem Tarif

Welche Möglichkeiten gibt es, als Betreiber eines Windparks einen eigenen Stromtarif für einen bestimmten Personenkreis anzubieten?

Aktuell besteht diese Möglichkeit faktisch nicht.

Die primäre Vergütungsform für Windenergie nach dem EEG 2021 ist die „geförderte Direktvermarktung“. Nach diesem Modell vermarktet der Anlagenbetreiber den Strom selbst und erhält zusätzlich zu dem am Markt erzielten Preis die sogenannte Marktprämie. Die zusätzliche Vergütung über die Marktprämie wird nur gewährt, wenn die Anlage fernsteuerbar ist und der Strom in einem Bilanz- oder Unterbilanzkreis bilanziert wird, in dem ausschließlich Strom aus der geförderten Direktvermarktung erfasst wird. Die Einspeisevergütung kann nur in eng umgrenzten Ausnahmen in Anspruch genommen werden.

Das EEG verpflichtet allerdings keinen Anlagenbetreiber, eine Förderung über die Auszahlung der Marktprämie oder der Einspeisevergütung in Anspruch zu nehmen. Vielmehr steht es jedem Betreiber frei, den in seinen Anlagen erzeugten Strom im Wege der „**sonstigen Direktvermarktung**“ eigenständig an Dritte weiterzugeben. Dieser Weg der sogenannten **Sonstigen Direktvermarktung** (§21a EEG 2021, vormals §20 Abs. 1 Num 2 EEG 2014, vormals §33b Num 3 EEG 2012) wird jedoch sehr selten begangen, da die finanziellen Unterschiede zur entgangenen EEG-Vergütung zu groß sind und EE-Anlagen in den meisten Fällen noch nicht ohne Bezuschussung betrieben werden können. Erst wenn die EE-Anlagen aus der Förderung fallen, ist diese Lösung ggf. von Interesse.

Im Unterschied zur Direktvermarktung im Marktprämienmodell bleibt bei der sonstigen Direktvermarktung die **Grünstromeigenschaft** des direktvermarkteten Stroms erhalten. Einzig manche Wasserkraftanlagen und Onshore-Windkraftanlagen optieren für diese Form der Direktvermarktung.

Bei der **regionalen Direktvermarktung** über das Marktprämienmodell wurde der eingespeiste Strom aus Erneuerbaren Energien nicht an der Strombörse gehandelt, **sondern an lokale Abnehmer vermarktet, die sich in räumlicher Nähe der EE-Anlage befanden**. Dieses Modell konnte sich wirtschaftlich nicht durchsetzen, nachdem die Stromsteuerbefreiung von EEG-geförderten Anlagen in der regionalen Direktvermarktung beendet wurde.

Die direkte Belieferung von Endkunden konnte sich trotz entsprechender Initiativen bislang nicht etablieren. Ende 2017 wurde hierfür eine Online-Plattform gegründet, die es Betreibern von Photovoltaik-, Windkraft- und Biomassenanlagen ermöglichen sollte und auch ermöglicht hatte, direkt, mit ausgewählten Endkunden Lieferverträge abzuschließen. Die Betreiber von

Windenergieanlagen und anderen erneuerbaren Kraftwerken präsentierten ihr Angebot mit einem persönlichen Profil auf der Online-Plattform. Interessierte Kunden konnten dann mit diesem Stromverkäufer einen Liefervertrag abschließen. Den Strompreis legte jeder Grünstromlieferant individuell fest. Ende 2021 hat der Betreiber dieser Plattform „enway“ allerdings Konkurs angemeldet. Die Versorgungsleistung für Stromkunden wurde eingestellt.

D. Vorschlag

An dieser Stelle kann kein eindeutiges Votum der Ausgestaltung der Bürgerenergiegesellschaft als Genossenschaft oder als GmbH ergehen. Meines Erachtens sollten die drei Kommunen im ersten Schritt eine Vorgesellschaft einrichten und auf einen Workshop mit Vertretern der Bürgerschaft unter Darlegung der oben angesprochenen Vor- und Nachteile ausloten, welche Lösung weiterverfolgt werden sollte.

gez. Alfred Bauer
Rechtsanwalt

gez. Dr. Christoph Mayer LL.M.
Rechtsanwalt

gez. Bastian Reuße LL.M.
Rechtsanwalt