



<p><b>Sitzungsvorlage</b></p> <p>zur Sitzung</p> <p><b>Gemeinderat</b></p>	<p>Nr. 2022/104</p> <p>am 24.10.2022</p>
--	--

Bürgermeister	öffentlich
---------------	------------

BETREFF:	
<b>Geplanter Windpark auf Markung der Gemeinde Starzach</b>	
<b>Hier: Abschluss eines Gestattungsvertrages</b>	
ANLAGEN:	
Anlage 1 (nö):	Gestattungsvertrag mit Anlagen, Stand 14.10.2022

Starzach, 14.10.2022	Thomas Noé Bürgermeister	
----------------------	-----------------------------	--

## SACHDARSTELLUNG:

Die Stadtwerke Tübingen GmbH (swt) hat der Gemeindeverwaltung einen Gestattungsvertrag zur Errichtung und zum Betrieb von Windenergieanlagen (Fundamentvertrag) vorgelegt, siehe Anlage 1.

Die swt beabsichtigt als Gestattungsnehmerin, auf dem Grundeigentum der Gemeinde Starzach Windenergieanlagen zu errichten und zu betreiben. Zu diesen Windenergieanlagen gehören die erforderlichen Nebeneinrichtungen, wie die Kranstell-, Lager- und Montageflächen, Wege mit Kurvenradien, die zum Anschluss der Windenergieanlagen an das öffentliche Netz und zu ihrem Betrieb erforderlichen zu- und abgehenden Leitungen, einschließlich Telekommunikations- und Datenfernübertragungsleitungen sowie Schalt-, Mess-, Filter- und Transformatoreinrichtungen als auch Drainage- und/oder Bewässerungssysteme. Darüber hinaus soll der Grundbesitz auch als Abstandsfläche und Rotorüberflugfläche sowie als Ausgleichsflächen genutzt werden.

Es handelt sich um die Flurstücke gemäß § 1 Abs.1 des Gestattungsvertrags. Hingewiesen wird an dieser Stelle, dass es sich hier noch um die alten Flurstücknummern handelt. Die neuen Flurstücknummern laut Flurneuordnung werden beim Originalvertrag dann eingetragen.

Das Vertragsverhältnis ist befristet und wird für die Dauer von insgesamt 20 vollen Kalenderjahren ab Inbetriebnahme der ersten Windenergieanlage geschlossen, zuzüglich des Restkalenderjahres der Inbetriebnahme der Windenergieanlage. Der Gestattungsnehmerin wird eine Option zur Verlängerung dieses Nutzungsvertrages von zweimal 5 Jahren eingeräumt.

Das jährliche **Betriebs-Entgelt**, welches ab dem Tag der Inbetriebnahme zu zahlen ist, ist gestaffelt in Abhängigkeit der tatsächlich festgestellten Windgeschwindigkeit in Nabenhöhe. Anhand der Tabelle (Anlage 4 zum Gestattungsvertrag) kann die Gemeinde mit einem **Mindestentgelt** rechnen und partizipiert über das **variable Entgelt** an den **jährlichen Einspeiseerlösen**, sofern das Mindestentgelt überschritten wird.

Der Vertrag selbst ist ein Standard-Vertrag und wurde nach Angaben der swt in vergleichbarer Form unter anderem schon mit dem ForstBW und der Stadt Tuttlingen abgeschlossen.

Seitens der Gemeindeverwaltung wurde geprüft, ob die Durchführung eines Vergabeverfahrens notwendig ist. Im Ergebnis können die kommunalen Forstgrundstücke ohne Beachtung vergaberechtlicher Vorgaben an die swt überlassen werden. Die vergabefreie Realisierung setzt voraus, dass die Gestattung keine Auflagen, insbesondere keine Bauverpflichtung, beinhaltet, welche einen öffentlichen Auftrag nach § 103 Abs. 1 GWB begründet.

Regelungsgegenstand des Vergaberechts ist gemäß § 103 Abs. 1 GWB die „Beschaffung“ von Leistungen, also der Einkauf von Liefer-, Dienst- und Bauleistungen. Gemäß Artikel 2 Abs. 5 der zugrundeliegenden Richtlinie 24/2014/EU sind öffentliche Aufträge „zwischen einem und mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einer oder mehreren öffentlichen Auftraggebern schriftlich geschlossene entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen“.

Das Vergaberecht findet keine Anwendung auf reine Grundstücksgeschäfte, soweit der Auftraggeber lediglich eine in seinem Eigentum stehende Immobilie oder Grundstück verwertet (, also veräußert oder zur Nutzung überlässt). Insoweit „beschafft“ sich der Auftraggeber nämlich keine Leistung. Derartige Grundstücksgeschäfte sind weder als öffentlicher Auftrag im Sinne der § 103 GWB noch als Konzession im Sinne des § 105 GWB einzuordnen.

Betrachtet man daher zunächst isoliert die Überlassung des Grundstücks von der Gemeinde an die swt, so handelt es sich um ein Grundstücksgeschäft. Die Gemeinde „beschafft“ sich hierdurch nichts, im Gegenteil sie überlässt dieses den swt zur Nutzung. Dies ist vergaberechtsfrei möglich.

Allerdings ist anerkannt, dass auch Grundstücksgeschäfte der öffentlichen Hand in bestimmten Konstellationen einen Bauauftrag i.S.v. § 103 GWB darstellen können. In diesem Fall unterfällt der gesamte Auftrag – einschließlich einer Grundstücksveräußerung oder -verpachtung, die bei materieller Betrachtung Bestandteil des Bauauftrags ist – dem Vergaberecht.

§ 103 Abs. 3 Satz 2 GWB bestimmt in diesem Sinne, dass ein Bauauftrag auch dann vorliegt, „wenn ein Dritter eine Bauleistung gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber [...] genannten Erfordernissen erbringt, die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt und dieser einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat.“

Sofern die Gemeinde den swt keine Vorgabe hinsichtlich der Nutzung bei der Veräußerung oder Vereinbarung eines Miet- oder Pachtverhältnisses macht, erbringen die swt bereits keine Bauleistung im Sinne des § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB. In diesem Fall kann das Grundstück vergaberechtsfrei verpachtet werden.

Die Annahme eines vergabepflichtigen Bauauftrags setzt nach der Rechtsprechung des EuGHs (Urt. v. 25.03.2010, Rs. C-451/08) sowie der nationalen Vergabenachprüfungsinstanzen voraus, dass die Bauleistung

- (1) gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen erbracht wird und der öffentliche Auftraggeber einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat und
- (2) dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt.
- (3) Darüber hinaus muss der öffentliche Auftraggeber einen einklagbaren Anspruch auf Erbringung der Bauleistung haben.

Sofern auf einen einklagbaren Anspruch der Gemeinde auf Errichtung der Windenergieanlagen verzichtet wird, ist im Einklang mit der vergaberechtlichen Rechtsprechung ein Bauauftrag abzulehnen.

#### **STELLUNGNAHME DER VERWALTUNG:**

Der Verwaltung wurde seitens swt zugesichert, dass das Vertragsangebot marktüblichen Konditionen entspricht und keine Unterschiede zwischen dem bereits endverhandelten Privatvertrag und dem Gemeindevertrag gemacht werden.

Die Verwaltung sieht, gegenüber der Durchführung eines Vergabeverfahrens, in der direkten Vergabe an die swt zahlreiche Vorteile:

- Keine Verfahrenskosten
- Kontrolle über Vertragspartner ggü. Vergabeverfahren
- Maximale regionale Wertschöpfung inklusive einbeziehen lokaler Energiegenossenschaften
- 100% kommunaler Vertragspartner
- Bestehende Zusammenarbeit im Bauleitverfahren des Solarparks „Vogtacker“, Ortsteil Sulzau

Seitens swt wurde darauf hingewiesen, dass der Abschluss des Gestattungsvertrags Voraussetzung für die zeitnahe Beauftragung der artenschutzrechtlichen Untersuchungen, auch im Bereich der kommunalen Flächen, ist.

#### **AUSWIRKUNGEN AUF DEN GEMEINDEHAUSHALT:**

Auswirkungen auf den Gemeindehaushalt sind noch nicht bekannt.

#### **BESCHLUSSVORSCHLAG:**

Der Gemeinderat stimmt dem Abschluss des Gestattungsvertrags wie in Anlage 1 (Stand 14.10.2022) beigefügt zu.