



**EWeRK**

***„Rechtliche Rahmenbedingungen für die Einräumung von Nutzungsrechten  
an kommunalen Dachflächen für die Installation und den Betrieb von  
Photovoltaik-Anlagen“***

**Autoren:**

Dr. Mirko Sauer (EWeRK)

Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski (EWeRK/Humboldt-Universität zu Berlin)

Hanno Jost Meyer (EWeRK)

Berlin, 11.05.2020



**EW@RK**

EWeRK - Institut für Energie- und Wettbewerbsrecht in der kommunalen Wirtschaft e.V. an der Humboldt-Universität zu Berlin

Postanschrift des Instituts

Unter den Linden 6  
10099 Berlin

Sitz des Instituts

Ziegelstraße 13 a  
10117 Berlin

Tel.: 030/2093-40740

Fax.: 030/2093-40731

[ewerk@rewi.hu-berlin.de](mailto:ewerk@rewi.hu-berlin.de)

[www.ewerk.hu-berlin.de](http://www.ewerk.hu-berlin.de)



# Inhaltsverzeichnis

Seite:

<b>A. Sachverhalt .....</b>	<b>6</b>
<b>B. Fragestellung.....</b>	<b>7</b>
<b>C. Wesentliche Ergebnisse .....</b>	<b>7</b>
<b>D. Rechtswissenschaftliche Stellungnahme.....</b>	<b>8</b>
<b>I. Anforderungen des Vergaberechts .....</b>	<b>8</b>
1. Keine Inhouse-Privilegien.....	10
2. Anwendbarkeit des Vergaberechts .....	11
a. Das Erfordernis der Beschaffung von Leistungen im Überblick.....	11
aa. Beschaffung durch „ <i>öffentliche Aufträge</i> “ .....	11
(1.) Öffentlicher Auftraggeber als Nachfrager .....	12
(2.) Kombinierte Verträge („eingekapselte Beschaffungsvorgänge“).....	13
bb. Beschaffung durch „ <i>Konzessionen</i> “ (Bau- oder Dienstleistungen).....	15
(1.) Beschaffung durch Baukonzessionen .....	16
(2.) Beschaffung durch Dienstleistungskonzessionen.....	16
(3.) Kombinierte Verträge („eingekapselte Beschaffungsvorgänge“).....	18
cc. Zusammenfassung (Beschaffung von Leistungen).....	19
b. Vergaberechtliche Einstufung der angestrebten Vereinbarung zur Dachflächennutzung.....	21
aa. Kein Lieferauftrag .....	21
(1.) Keine Lieferauftrag zur Beschaffung von PV-Anlagen (Bestandteilen) .....	21
(2.) Kein Lieferauftrag zur Strombeschaffung/-lieferung .....	22
(3.) Keine Lieferauftrag zur Beschaffung von Bestandteilen für die elektrischen Anlagen und Netzanschlüsse der Gebäude.....	22
bb. Kein Bauauftrag .....	23
(1.) Kein Bauauftrag zur Dachsanierung.....	24
(2.) Kein Bauauftrag zur Errichtung von PV-Anlagen.....	24
(3.) Kein Bauauftrag für Elektroinstallationen (z.B. zur Ertüchtigung der elektrischen Anlagen in den Gebäuden der Kommune sowie der Netzanschlüsse) .....	25
cc. Keine Baukonzession.....	25
dd. Kein Dienstleistungsauftrag.....	26
(1.) Kein Dienstleistungsauftrag zur Errichtung oder zum Betrieb von PV-Anlagen.....	26



(2.) Kein Dienstleistungsauftrag zum Betrieb und zur Wartung der elektrischen Anlagen in den Gebäuden .....	27
ee. Keine Dienstleistungskonzession .....	27
(1.) Keine Dienstleistungskonzession zur Vermarktung des PV-Stroms an Dritte.....	27
(2.) Keine Dienstleistungskonzession zum Betrieb von PV-Anlagen.....	28
3. Fazit .....	29
<b>II. Anforderungen des nationalen Kartellrechts.....</b>	<b>29</b>
1. Einführung in das Problem.....	29
2. Kommune als marktbeherrschendes Unternehmen .....	30
a. Kommune als Unternehmen.....	30
b. Marktbeherrschung.....	32
aa. Sachliche Marktabgrenzung .....	32
bb. Räumliche Marktabgrenzung.....	33
c. Fazit .....	35
3. Diskriminierungsverbot (§ 20 GWB) .....	35
a. Kleine und mittlere Unternehmen .....	35
b. Abhängigkeit.....	36
c. Fazit .....	39
<b>III. Beihilfenrechtliche Vorgaben.....</b>	<b>39</b>
1. Begriff der Beihilfe.....	39
a. Finanzierung aus staatlichen Mitteln .....	40
b. Unternehmen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV .....	40
c. Selektivität .....	40
d. Begünstigung durch Zurverfügungstellung der Dachflächen .....	41
2. Feststellung der Marktkonformität .....	41
a. Maßstab der Marktkonformität.....	41
b. Nachweiserbringung.....	42
3. Ausnahmen von den Vorgaben des Beihilfenregimes .....	43
a. Beihilfeleitlinien .....	43
b. De-minimis-Regel .....	43
<b>IV. Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots.....</b>	<b>44</b>
<b>V. Anforderungen des Verfassungsrechts (v.a. Art. 3 GG) .....</b>	<b>45</b>
1. Grundrechtsbindung einer Kommune bei rein erwerbswirtschaftlicher Betätigung.....	46
a. Diskussionstand.....	46
b. Stellungnahme.....	47



c. Zwischenergebnis zur Grundrechtsbindung .....	48
2. Konsequenzen aus der Bindung an das Willkürverbot und den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG .....	49
a. Diskussionsstand .....	49
b. Stellungnahme.....	51
3. Fazit .....	52



## A. Sachverhalt

- 1 Ungenutzte Dachflächen von Verwaltungsgebäuden oder sonstigen Liegenschaften von Städten und Gemeinden stellen ein großes Potenzial dar, die Stromproduktion aus erneuerbaren Energien – in Gestalt von Photovoltaik – auszubauen und damit einen wichtigen Beitrag für den Klimaschutz und das Gelingen der Energiewende zu leisten. Die Frage, ob und wie den Unternehmen entsprechende Dachnutzungsmöglichkeiten für die Installation und den Betrieb von Photovoltaikanlagen (PV-Anlagen) eingeräumt werden können und müssen, wird deshalb nahezu jede Stadt und Kommune beschäftigen.
- 2 Der vorliegenden Untersuchung wird das typische Szenario zugrunde gelegt, dass ein Unternehmen an eine Stadt/Kommune (i.F. Kommune) herantritt und um die Nutzung städtischer/kommunaler Dachflächen ersucht. Es wird im Folgenden unterstellt:
  - Das besagte Unternehmen befindet sich nicht im Alleinbesitz der Kommune.
  - Das Unternehmen erbringt seine Leistungen nicht nur für die Kommune, sondern auch im Wettbewerb gegenüber Dritten.
  - Das Unternehmen möchte lediglich PV-Anlagen auf Dachflächen installieren, diese betreiben und den erzeugten Strom (ggf. unter Ausschöpfung finanzieller EEG-Förderung) an Dritte oder an den Netzbetreiber veräußern.
    - Das Unternehmen strebt daher lediglich Nutzungsrechte an potentiellen Aufstellflächen auf Dächern (ggf. auch der elektrischen Hausverteilungsanlagen und Netzanschlüsse kommunaler Liegenschaften) an.
    - Für das Nutzungsrecht soll ein marktübliches Entgelt (Miet- oder Pachtzins, etc.) gezahlt werden.
  - Abseits der mit der reinen Dachflächennutzung einhergehenden wechselseitigen Pflichten soll die Kommune gegen das Unternehmen keinen Leistungsanspruch erwerben. Im Einzelnen:
    - Eine Pflicht des Unternehmens, PV-Anlagen zu errichten, zu betreiben und/oder mit dem erzeugten PV-Strom den betreffenden städtischen/ kommunalen Gebäudeeigentümer oder Dritte zu beliefern, soll gegenüber der Kommune als insoweit reine Vermieterin/Verpächterin (o.ä.) nicht begründet werden.
    - Im Rahmen der Nutzungsüberlassung soll sich das Unternehmen auch nicht zur Sanierung baufälliger Dächer verpflichten.
    - Es soll auch (ggf. vertraglich) verhindert werden, dass sich das Gebäude-eigentum der Kommune auch auf das Eigentum an den PV-Anlagen erstreckt. Das Unternehmen soll Eigentümer der PV-Anlagen sein (§ 95 BGB).

Mit Blick auf die angefragte Kommune wird unterstellt, dass

- Der Anteil an kommunalen Gebäuden ca. 8 % des Gesamtgebäudebestandes in der Kommune liegt.
- Von den kommunalen Gebäuden nur ca. 60 % für die Aufstellung von PV-Anlagen auf den Dachflächen geeignet ist.

## B. Fragestellung

*Ob und inwieweit muss vor der Einräumung von Nutzungsrechten an Dachflächen der Kommune für die Installation und den Betrieb von PV-Anlagen eine öffentliche Ausschreibung oder Ähnliches (z.B. Markterkundungsverfahren, etc.) durchgeführt werden? Insbesondere:*

3

- 1. Ob und inwieweit ist auf die Einräumung entsprechender Nutzungsrechte das Vergaberecht (GWB, VgV, KonzVgV, UVgO, etc.) anwendbar und was ergibt sich daraus?*
- 2. Ob und inwieweit ist auf die Einräumung entsprechender Nutzungsrechte das nationale Kartellrecht anwendbar und was ergibt sich daraus?*
- 3. Ergibt sich aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht für die Kommune die Pflicht, vor der Einräumung von Nutzungsrechten an ihren Dachflächen für die Installation und den Betrieb von PV-Anlagen ein öffentliches Verfahren durchzuführen?*

## C. Wesentliche Ergebnisse

1. Die hier untersuchte Vereinbarung über die Dachflächennutzung (ggf. samt elektrischer Anlage und Netzanschluss eines Gebäudes) zum Zweck der Errichtung und des Betriebs von PV-Anlagen enthält weder einen öffentlichen Auftrag, noch eine Bau- oder Dienstleistungskonzession. Auf den Abschluss des hier in Rede stehenden Vertrages ist weder das bundesrechtliche Vergaberecht (GWB, VgV, KonzVgV, UVgO) noch die landesrechtlichen Vergabevorschriften anwendbar. Vor Vertragsschluss muss daher auch kein vergaberechtliches öffentliches Verfahren durchgeführt werden.
2. Unter den geschilderten Bedingungen ist die Kommune auf dem sachlich-räumlichen Markt für Nutzungsrechte an PV-Anlagen-geeigneten Dachflächen nicht marktbeherrschend. Sie ist deshalb nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB auch nicht gezwungen, entsprechende Nutzungsrechte im Wege eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens (o.ä.) jedermann anzubieten. Die Einräumung entsprechender Nutzungsrechte an ein mit der Kommune ggf. konzernrechtlich verbundenes Unternehmen erfüllt auch nicht den Tatbestand des § 20 Abs. 1 GWB.
3. Soweit die Höhe des von dem nachfragenden Unternehmen zu leistenden Entgelts für das eingeräumte Nutzungsrecht durch ein fachgerechtes Wertgutachten hinsichtlich der Marktüblichkeit ermittelt wurde, ergibt sich weder aus dem europäischen Beihilfenrecht noch aus dem kommunalen Haushaltsrechts eine Pflicht, die Marktüblichkeit des Entgelts im Wege einer Ausschreibung der Nutzungsrechte zu ermitteln.
4. Es kann auch dahinstehen, ob die Kommune auch im Rahmen der erwerbswirtschaftlichen Vermarktung ihrer Dachflächen überhaupt an die Grundrechte (v.a. Art. 3 GG) gebunden ist; dafür ließ sich weder eine eindeutige Rechtsprechungs- noch Kommunalpraxis finden. Daraus ergäbe sich für die Kommune aber auch keine Pflicht, vor der Überlassung ihrer Dachflächen an ihr eigenes kommunales Unternehmen ein Bieterverfahren (o.ä.) durchzuführen.

4

7



## D. Stellungnahme

### I. Anforderungen des Vergaberechts

- 5 Soweit die von dem Unternehmen angestrebte Vereinbarung über Nutzungsrechte an den kommunalen Dachflächen für die Installation und den Betrieb von PV-Anlagen als „öffentlicher Auftrag“ oder als „Konzession“ dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unterfiele, wäre die Kommune als öffentlicher Auftrag- bzw. Konzessionsgeber grundsätzlich verpflichtet, vor Vertragsabschluss ein öffentliches Vergabeverfahren durchzuführen. Ohnedies könnte die Kommune hierüber keinen wirksamen Vertrag schließen.
- 6 Das Vergaberecht hat verschiedene Rechtsgrundlagen. In Abhängigkeit vom wirtschaftlichen Wert (Auftragswert des öffentlichen Auftrags<sup>1</sup> oder Vertragswert der Konzession<sup>2</sup>) ist das auf europäischen Richtlinien<sup>3</sup> beruhende bundesrechtliche Vergaberecht (§§ 97 ff. GWB samt Rechtsverordnungen, etc.) anwendbar.

EU-Schwellenwerte für 2020/2021<sup>4,5</sup>

- 5.350.000 Euro für Bauaufträge
- 5.350.000 Euro für Konzessionsvergaben
- 214.000 Euro für Dienst- und Lieferaufträge sonstiger öffentlicher Auftraggeber.

Zwischen der Vergabe von „öffentlichen Aufträgen“ (Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrag) und „Konzessionen“ (Bau- oder Dienstleistungskonzessionen) gibt es Verfahrensunterschiede. Für die Vergabe von „öffentlichen Aufträgen“ oberhalb der Schwellenwerte sind die §§ 115 ff. GWB i.V.m. VgV anwendbar. Für die Vergabe von Konzessionen gilt ein weniger strenges Vergaberegime (§§ 148 ff. GWB i.V.m. KonzVgV).<sup>6</sup>

Unterhalb der festgelegten EU-Schwellenwerte sind (zum Teil etwas weniger strenge) landesrechtliche Bestimmungen anwendbar.<sup>7</sup> Regelmäßig erklären die landesrechtlichen Vergabebestimmungen mit Blick auf Vergaben öffentlicher Aufträge unterhalb der

---

<sup>1</sup> Gesamtwert der vorgesehenen Leistungen ohne Umsatzsteuer, § 3 VgV.

<sup>2</sup> Voraussichtlichen Gesamtumsatz ohne Umsatzsteuer, den der Konzessionsnehmer während der Vertragslaufzeit als Gegenleistung erzielt, § 2 KonzVgV.

<sup>3</sup> RiLi 2014/23/EU (Konzessionsvergaberichtlinie); RiLi 2014/24/EU (Auftragsvergaberichtlinie); RiLi 2014/25/EU (Sektorenrichtlinie).

<sup>4</sup> Gemäß § 106 Abs. 2 GWB ergeben sich die Schwellenwerte aus den Vergaberichtlinien, die ihrerseits in delegierten Verordnungen (EU) 2019/1827, 2019/1828, 2019/1829 und 2019/1830 der Kommission vom 30.10.2019 geändert wurden und fortlaufend geändert werden.

<sup>5</sup> Zu beachten ist allerdings, dass es für die Berechnung des Schwellenwertes nur auf den Wert des Vertragsbestandteils ankommt, der als öffentlicher Auftrag anzusehen ist. Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 GWB, Rn. 35.

<sup>6</sup> Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 GWB, Rn. 48; vgl. Erwägungsgrund 2, 18 und 68 RL 2014/23/EU; Friton/Stein, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 105 GWB, Rn. 4.

<sup>7</sup> Hierzu Verwaltungsvorschriften zur Landshaushaltsordnung (VV-LHO) zu § 55 LHO.





Schwellenwerte die Unterschwellenvergabeverordnung (UVgO) für anwendbar<sup>8</sup>, die ihrerseits Verfahrensbedingungen für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträge trifft und keine nennenswerten Schwellenwerte kennt.<sup>9</sup> Für die Vergabe von Konzessionen, deren Wert bzw. Vertragswert die festgelegten EU-Schwellenwerte unterschreiten und mithin nicht im Anwendungsbereich der §§ 148 ff. GWB und KonzVgV liegen, werden in den meisten Bundesländern aber keine speziellen landesrechtlichen Bestimmungen getroffen.<sup>10</sup> Soweit eine solche Konzession unterhalb der festgelegten EU-Schwellenwerte überhaupt eine Binnenmarktrelevanz<sup>11</sup> besäße, wäre aber das europäische Primärrecht (v.a. die vom EuGH hierzu entwickelten Grundsätze<sup>12</sup>) zu beachten.<sup>13</sup>

Es mag zwischen diesen Rechtsgrundlagen zwar gewisse Unterschiede bei den konkreten Verfahrensbedingungen geben. Grundsätzlich aber dürfte ein vergaberechtsrelevanter Vertrag nicht einfach abgeschlossen, sondern müsste – nach den einen oder anderen vergaberechtlichen Verfahrensregeln – vergeben werden. Dies gilt aber freilich nur, soweit es sich bei der angestrebten Vereinbarung zur Dachflächennutzung um einen Auftrag oder eine Konzession im Anwendungsbereich des Vergaberechts handelt.

Es gibt aber auch Ausnahmen. Wäre die angestrebte Vereinbarung tatsächlich als öffentlicher Auftrag oder Konzession einzustufen, dürfte die Kommune von einem Vergabeverfahren beispielsweise dann absehen und den Vertrag direkt mit dem nachfragenden Unternehmen schließen, wenn es sich bei dieser Gesellschaft um ein sog. inhouse-fähiges Unternehmen i.S.d. § 108 GWB handelt.<sup>14</sup> Dieser Umstand markiert zugleich den **größtmöglichen Gestaltungsspielraum der Kommune**. Wenn es ihr selbst im Anwendungsbereich des Vergaberechts gestattet wäre, mit dem besagten Unternehmen Verträge zu schließen, ohne vergaberechtliche Anforderungen einhalten zu müssen, ist es auch irrelevant, ob die geplante Vereinbarung über die Dachflächennutzung als öffentlicher Auftrag oder Konzession i.S.d. Vergaberechts zu qualifizieren wäre. Die Kommune dürfte sich von diesem Unternehmen ohne Weiteres Leistungen beschaffen. Rein praktisch ist daher **zunächst die Frage zu stellen, ob das**

<sup>8</sup> z.B. VV-LHO zu § 55 LHO (Brandenburg); § 1 Abs. 2 ThürVgG (Thüringen); § 3 Abs. 1 NTVergG (Niedersachsen); § 2 Abs. 1 Nr. 3 VgG M-V (Meck.-Vorpommern); § 2a Abs. 1 Nr. 1 HmbVgG (Hamburg).

<sup>9</sup> Vgl. § 14 UVgO (bis 1.000 Euro können Leistungen (Liefer- und Dienstleistungen) ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens (im Wege eines Direktauftrages) beschafft werden).

<sup>10</sup> Ausdrücklich keine Anwendbarkeit auf Konzessionen z.B. § 2 Abs. 2 NTVergG (Niedersachsen); Eingeschränkte Anwendbarkeit v.a. Einhaltung von Tarifreueerklärungen und Mindestlöhnen bei der Vergabe von unterschwelligen Konzessionen: § 2a Abs. 2 HmbVgG (Hamburg); Bindung an die allgemeinen Grundsätze bei der unterschwelligen Konzessionsvergabe: § 3 Abs. 1 VgG M-V (Meck.-Vorpommern).

<sup>11</sup> Zum binnenmarktweiten Interesse: EuGH, Urt. v. 21.07.2005, Rs. C-231/03 (Coname).

<sup>12</sup> Vgl. v.a.: EuGH, Urt. v. 07.12.2000, Rs. C-324/98, Slg. 2000, S. I-10745 („Telaustria“), EuGH, Beschl. v. 30.05.2002, Rs. C-358/00 (Buchhändler-Vereinigung); EuGH, Urt. v. 21.07.2005, Rs. C-231/03 (Coname); EuGH, Urt. v. 13.10.2005, Rs. C-458/03 (Parking-Brixen); EuGH, Urt. v. 06.04.2006, Rs. C-410/04 (ANAV); EuGH, Urt. v. 18.07.2007, Rs. C-382/05 (Verträge über die Behandlung von Hausmüll).

<sup>13</sup> Friton/Stein, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 105 GWB, Rn. 4. Vgl. aber zur Frage, ob die primärrechtlichen Grundsätze des EuGH auch auf den Fall anwendbar sind, bei dem mangels Beschaffungsbezugs gar keine Dienstleistungskonzession, sondern lediglich ein Pachtvertrag vorliegt: verneinend KG Berlin, Urt. v. 22.01.2015, Az.: 2 U 14/14 Kart (Waldbühne), Rn. 24 ff.

<sup>14</sup> Die Ausnahme nach § 108 GWB gilt auch für die Vergabe öffentlicher Aufträge im unterschwelligen Bereich (§ 1 Abs. 2 UVgO; z.T. auch ausdrückliche Hinweise in den Landesvorschriften: z.B. § 1 Abs. 3 ThürVgG (Thüringen); § 3 Abs. 2 NTVergG (Niedersachsen); Ziff. 2.3. VV-LHO zu § 55 LHO (Brandenburg).



an der Dachflächennutzung interessierte Unternehmen die **Voraussetzungen des § 108 GWB erfüllt** (dazu Rdn. 10). Die vergaberechtliche Qualifizierung der geplanten Vereinbarung kann dann dahinstehen.

- 9 Wenn hingegen die Voraussetzung eines sog. Inhouse-Geschäftes nicht erfüllt werden könnten, muss praktisch auch die **Frage** beantwortet werden, **ob** die **angestrebte Vereinbarung** über die Gewährung von Nutzungsrechten an den städtischen Dachflächen für die Installation und den Betrieb von PV-Anlagen **als öffentlicher Auftrag oder Konzession** dem Vergaberecht unterfällt (Rdn. 13 ff. und Rdn. 39 ff.).

## 1. Keine Inhouse-Privilegien

- 10 Eingangs (Rdn. 2) wurde unterstellt, dass das in Rede stehende Unternehmen nicht im Alleinbesitz der Kommune steht. Soweit es sich um ein Unternehmen handelt, an dem direkte private Kapitalbeteiligung bestehen, wäre dies für die Annahme eines sog. inhouse-fähigen Unternehmen, an das die Kommune grundsätzlich auch unter Außerachtlassung des Vergaberechts öffentliche Aufträge oder Konzessionen vergeben dürfte. Bestehen an den fraglichen Unternehmen indes nur Kapitalbeteiligungen der öffentlichen Hand (auch unterschiedlicher juristischer Personen des öffentlichen Rechts) und eben keine direkte private Kapitalbeteiligung, können die Voraussetzungen des **§ 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB** erfüllt sein.
- 11 Selbst wenn aber an dem fraglichen Unternehmen keine („schädliche“) private Kapitalbeteiligung besteht, heißt dies noch nicht, dass die Kommune bei der Beauftragung oder Konzessionierung dieses Unternehmens, vom Vergaberecht befreit wäre. Als problematisch erweist sich in vielen Fällen das **Wesentlichkeitskriterium** nach **§ 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB**. Hiernach müssten mehr als 80 % der Tätigkeiten des Unternehmens der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen es von dem öffentlichen Auftraggeber (hier der Kommune) und ggf. von einer anderen juristischen Person, von denen es kontrolliert wird, betraut worden ist. Handelt es sich bei dem fraglichen Unternehmen z.B. um ein kommunales Versorgungsunternehmen, das in der Kommune und Region alle möglichen Kundengruppen mit Energie, Wasser, Wärme oder Dienstleistungen versorgt und überdies auch Geschäftskunden deutschlandweit mit Energie (etc.) beliefert, kann man nicht mehr von der Erfüllung des Wesentlichkeitskriteriums nach § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB ausgehen. Solche Unternehmen stehen im Wettbewerb und nehmen am gesamten Marktgeschehen teil. Dementsprechend muss auch in der Regel davon ausgegangen werden, dass solche Unternehmen die Grenze der zulässigen Fremdtätigkeit (20 %) überschreiten.
- 12 Muss vor diesem Hintergrund angenommen werden, dass zwischen der Kommune und dem Unternehmen **keine inhouse-fähige Leistungsbeschaffung** stattfinden kann, wäre das europäische und deutsche Vergaberecht (§§ 97 ff. GWB samt rangniederer Rechtsverordnung) anwendbar und zu beachten. Dies aber freilich nur, soweit die Kommune von dem Unternehmen überhaupt Leistungen in Gestalt eines öffentlichen Auftrages oder einer Konzession beschafft.

## 2. Anwendbarkeit des Vergaberechts

Im vorliegenden Zusammenhang ist die Frage zu erörtern, ob eine Kommune im Zusammenhang mit dem eingangs skizzierten Vertrag über die Dachflächennutzung (Rdn. 2) in einer vergaberechtlich relevanten Weise zugleich auch Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen von dem Unternehmen für sich selbst oder für Dritte beschafft. Diese Leistungen könnten z.B. in der Errichtung und dem Betrieb der PV-Anlagen oder in der Versorgung mit dem aus den PV-Anlagen erzeugten Strom liegen.

13

Im Folgenden wird zunächst herausgearbeitet, unter welchen Voraussetzungen im Allgemeinen von einer vergaberechtsrelevanten Beschaffung der öffentlichen Hand auszugehen ist. Im Anschluss erfolgt eine nähere Betrachtung, ob diese Voraussetzungen durch den eingangs skizzierten Vertrag erfüllt werden.

### a. Das Erfordernis der Beschaffung von Leistungen im Überblick

Der Anwendungsbereich des europäischen, deutschen und landesrechtlichen<sup>15</sup> Vergaberechts ist dann eröffnet, wenn ein öffentlicher Auftrag- bzw. Konzessionsgeber (z.B. eine Kommune) einen **Beschaffungsbedarf** auf dem Markt befriedigen will.<sup>16</sup> Es wird unterschieden zwischen den Beschaffungsarten **öffentlicher Auftrag** (Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsauftrag) und **Konzessionen** (Bau- oder Dienstleistungskonzession).

14

#### aa. Beschaffung durch „öffentliche Aufträge“ (Warenlieferung, Bau- oder Dienstleistungen)

Nach § 103 Abs. 1 GWB (§ 99 GWB a.F.) sind öffentliche Aufträge *„entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern [...] und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben.“*

15

Dass der öffentliche Auftraggeber eine Beschaffung verfolgen muss, wird also gesetzlich bereits durch den Begriff des öffentlichen Auftrags ausdrücklich klargestellt. Das Ziel der Beschaffung ist als Tatbestandsmerkmal normiert worden. Vor Geltung des § 103 GWB (und dessen Vorgängervorschrift des § 99 Abs. 1 a.F.) sollte die Definition des öffentlichen Auftrags aber schon funktional dahingehend einzuschränken gewesen sein, dass ein dem Vergaberecht unterworfenen Vertrag nur dann gegeben ist, wenn der Auftraggeber am Marktgeschehen teilnimmt, um seinen Bedarf an Wirtschaftsgütern zu decken.<sup>17</sup> Zu welchem genauen Zweck die Beschaffung erfolgt (ob sie unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient), ist

16

---

<sup>15</sup> Abgesehen von den unterschiedlichen Schwellenwerten ist der sachliche Anwendungsbereich der landesrechtlichen Bestimmungen dann eröffnet, wenn es sich um öffentliche Aufträge i.S.d. § 103 GWB handelt (vgl. u.a. § 1 Abs. 2 ThürVgG (Thüringen); § 2 Abs. 1 NTVergG (Niedersachsen); § 1 Abs. 1 HmbVgG (Hamburg)); Es gibt bezüglich des Erfordernisses des Beschaffungsbezugs also keine Unterschiede.

<sup>16</sup> Vgl. auch Lüttmann, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung des deutschen und europäischen Vergaberechts, 2018, S. 155 ff.

<sup>17</sup> Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 GWB, Rn. 32.

hingegen unerheblich.<sup>18</sup> Aber natürlich muss die Leistung der öffentlichen Hand irgendwie zugutekommen; ein spezifisches Interesse daran bestehen.

### (1.) Öffentlicher Auftraggeber als Nachfrager

- 17 Beim öffentlichen Auftrag ist es erforderlich, dass der öffentliche Auftraggeber auch Nachfrager der betreffenden Leistung (Warenlieferung, Bau- oder Dienstleistung) ist<sup>19</sup>; wobei es allerdings unerheblich ist, an wen der Auftragnehmer die Leistung in tatsächlicher Hinsicht erbringt bzw. zu erbringen hat.<sup>20</sup>
- 18 Wenn die öffentliche Hand als Anbieter von Waren, Bau- oder Dienstleistungen tätig wird, liegt kein öffentlicher Auftrag vor.<sup>21</sup> Die Erzielung von Einnahmen ist für sich genommen schließlich kein Beschaffungsvorgang. Es wird deshalb auch davon ausgegangen, dass es bei reinen **Verkaufsgeschäften** sowie bei dinglichen Belastungen und bei der bloßen Übertragung schuldrechtlicher Nutzungsrechte (z.B. durch **Vermietungs- oder Verpachtungsverträge**) am vergaberechtsrelevanten **Beschaffungselement fehlt**.<sup>22</sup> Von der Rechtsprechung wurden beispielsweise Fälle nicht als dem Vergaberecht unterfallend angesehen:
- Einräumung des Rechts, eine Großflächenwerbeanlage aufzustellen und zu bewirtschaften<sup>23</sup>
  - Einräumung des Rechts, eine Tiefgarage zu errichten und zu betreiben.<sup>24</sup>
  - Einräumung des Rechts (Verpachtung), einen kommunalen Veranstaltungsort wirtschaftlich zu nutzen.<sup>25</sup>
  - Einräumung eines exklusiven Bierlieferungsrechts einer Brauerei.<sup>26</sup>
  - Verkauf eines Grundstücks ohne Verpflichtung, dieses in bestimmte Weise zu nutzen.<sup>27</sup>

<sup>18</sup> Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 GWB, Rn. 32.

<sup>19</sup> Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 GWB, Rn. 34; In Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2014/24/EU heißt es: „*Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen*“.

<sup>20</sup> Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 GWB, Rn. 42 mit Verweis auf: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.09.2004, Az.: VII-Verg 44/04, Rn. 10; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.09.2004, Az.: VII-Verg 35/04, Rn. 20 (unter Verweis auf Palandt-Heinrichs, BGB, 61. Aufl., Einf. v. § 320 Rn. 5).

<sup>21</sup> Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 GWB, Rn. 34.

<sup>22</sup> Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 GWB, Rn. 34; Lüttmann, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung des deutschen und europäischen Vergaberechts, 2018, S. 199.

<sup>23</sup> BayObLG, Beschl. v. 04.02.2002, Az.: Verg 1/02, VergabeR 2002, 305 ff.; Zur vergaberechtsfreien Einräumung des Rechts, eine Tiefgarage zu errichten und zu betreiben, BayObLG, Beschl. v. 19.10.2000, Az.: Verg 9/00, NZBau 2002, 233.

<sup>24</sup> BayObLG, Beschl. v. 19.10.2000, Az.: Verg 9/00, NZBau 2002, 233.

<sup>25</sup> KG Berlin, Urt. v. 22.01.2015, Az.: 2 U 14/14 Kart („*Waldbühne*“); vgl. zu Verpachtungen auch: OLG Jena, Beschl. v. 07.10.2015, Az.: 2 Verg 3/15; BayObLG, Beschl. v. 04.02.2002, Az.: Verg 1/02, Rn. 7 ff.; BayObLG, Beschl. v. 27.02.2003, Az.: Verg 1/03, Rn. 15 ff.

<sup>26</sup> OLG München, Beschl. v. 19.01.2012, Az.: Verg 17/11 („*Bierliefervertrag*“).

<sup>27</sup> VK Darmstadt, Beschl. v. 05.03.2008, Az.: 69d-VK-06/2008.

## (2.) Kombinierte Verträge („eingekapselte Beschaffungsvorgänge“)

Wird allerdings ein Veräußerungs-, Vermietungs- oder Verpachtungsgeschäft zugleich mit der Vergabe von Beschaffungsaufträgen verbunden („**eingekapselter Beschaffungsvorgang**“)<sup>28</sup>, soll von der Anwendung des Vergaberechts nur abgesehen werden können, wenn die **zu beschaffende Leistung im Vertragszusammenhang** völlig untergeordnet und es daher ausgeschlossen ist, dass es auch ihretwegen zum Abschluss des Vertrags kam.<sup>29</sup> Das Vergaberecht ist bei diesen kombinierten Verträgen nicht erst dann anwendbar, wenn die zu beschaffende Leistung wesentlicher Zweck oder Hauptzweck der Vereinbarung ist.<sup>30</sup> Diese Grundsätze führen bisweilen zu erheblichen Abgrenzungsproblemen. Nicht selten werden Veräußerungsgeschäfte als Mittel zur Beschaffung eingesetzt (dazu sogleich).

Mit Blick auf das Merkmal der Beschaffungsabsicht wurde auch die **vergaberechtliche Relevanz von Grundstücksgeschäften** diskutiert. Dies betraf Fälle, bei denen solche Verträge über die **Veräußerung von kommunalen Grundstücken mit sog. städtebaulichen Verträgen** oder sonstigen baulichen Verpflichtungen (z.B. Errichtung öffentlich nutzbarer Gebäude, etc.) **verbunden** wurden.<sup>31</sup> Die dazu entwickelten Abgrenzungsgrundsätze können Aufschluss über die Frage liefern, ob der hier zu beurteilende Dachflächennutzungsvertrag (Rdn. 2) vergaberechtsrelevante Beschaffungsbezüge beinhaltet.

Im Folgenden soll daher die Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur in ihren Grundzügen herausgearbeitet werden.

Anfangs wurden solche Verträge wegen fehlender Beschaffungsabsicht als nicht ausschreibungspflichtig eingestuft.<sup>32</sup> Dem trat *OLG Düsseldorf* („**Ahlhorn**“) entgegen und bewertete den Grundstücksverkauf bei gleichzeitiger Bauverpflichtung als einen öffentlichen Auftrag (in Gestalt einer **Baukonzession**).<sup>33</sup> Für die Anwendbarkeit des Vergaberecht sei nicht

<sup>28</sup> Lüttmann, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung des deutschen und europäischen Vergaberechts, 2018, S. 202 ff.; Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 GWB, Rn. 35; v. Engelhardt/Kaeble in Müller-Wrede § 103 Rn. 8, 48 ff.; Eschenbruch in Kulartz/Kus/Portz/Prieß § 103 Rn. 47 ff.

<sup>29</sup> Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, Rn. 35 unter Verweis auf: BGH, Beschl. v. 01.02.2005, Az.: X ZB 27/04, VergabeR 2005, 328 (332); BayObLG, Beschl. v. 27.02.2003, Az.: Verg 1/03, VergabeR 2003, 329 (331 f.). Sa EuGH, Urt. v. 06.05.2010, Rs. C-145/08 und C-149/08, Rn. 55 („*Club Hotel Loutraki*“). Aus der Literatur: Classen, VergabeR 2016, 13 ff.; Drügemöller/Conrad, ZfBR 2008, 651 ff.; Hausmann in Pünder/Prieß, Vergaberecht im Umbruch, S. 67, 68; Möisinger, NZBau 2015, 545 ff.; Scharf/Dierkes, VergabeR 2011, 543 ff.; Tomerius ZfBR 2012, 332 ff.

<sup>30</sup> Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 GWB, Rn. 35 unter Verweis auf: BGH, Beschl. v. 01.02.2005, Az.: X ZB 27/04 („*Altpapierverwertung IF*“); BayObLG, Beschl. v. 27.02.2003, Az.: Verg 1/03 („*Entsorgungspark Freimann*“).

<sup>31</sup> Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 GWB, Rn. 36.

<sup>32</sup> Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 GWB, Rn. 36 unter Verweis auf: BayObLG, Beschl. v. 19.10.2000, Az.: Verg 9/00; VGH Kassel, Beschl. v. 20.12.2005, Az.: 3 TG 3035/05, ZfBR 2006, 806 (807); VÜA Niedersachsen, ZVgR 1998, 407.

<sup>33</sup> Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 GWB, Rn. 36 unter Verweis auf: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.06.2007, Az.: VII-Verg 2/07 („*Ahlhorn*“); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.12.2007, Az.: VII-Verg 30/07 („*Wuppertal-Vohwinkel*“); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 06.02.2008, Az.: VII-Verg 37/07 Oer-Erkenschwick; OLG Bremen, Beschl. v. 13.03.2008, Az.: Verg 5/07 („*Windpark*“); OLG Karlsruhe, Beschl. v. 13.06.2008, Az.: 15 Verg 3/08 („*Lebensmittelverbrauchermarkt*“); VK Münster, Beschl. v. 26.09.2007, Az.: VK





erforderlich, dass der öffentliche Auftraggeber einen eigenen Bedarf befriedigen wolle. Es genüge, wenn er mit dem Grundstücksverkauf **städtebauliche Interesse** verfolge.<sup>34</sup>

Davon ausgehend wurde angenommen, dass Grundstückskaufverträgen der öffentlichen Hand schon dann dem Vergaberecht unterfallen, wenn darin **über den reinen Grundstücksverkauf hinausgehende Vereinbarungen** zu städtebaulichen Aspekten (z.B. Pflicht des Käufers zur Durchführung bestimmter Baumaßnahmen) getroffen wurden.<sup>35</sup>

Der Gesetzgeber, der dezidiert anderer Rechtsauffassung als das *OLG Düsseldorf* war<sup>36</sup>, stellte demgegenüber schon kurz danach (im Jahr 2009) definitorisch klar, dass ein öffentlicher Auftrag auf die „*Beschaffung von Leistungen*“ gerichtet sein muss (§ 99 Abs. 1 GWB aF, jetzt § 103 Abs. 1; vgl. Rdn. 15). Überdies soll ein **Bauftrag** auch bei einer Ausführung durch Dritte nur dann anzunehmen sein, wenn die Bauleistung nicht nur „*gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber (...) genannten Erfordernissen*“ erfolgt, sondern diesem auch „*unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt*“ (§ 99 Abs. 3 aE aF; jetzt § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB).

Überdies hat der Gesetzgeber mit der ebenfalls im Jahr 2009 gefassten Definition einer Baukonzession Klarheit schaffen wollen (§ 99 Abs. 6 GWB a.F.); wobei letztlich intendiert war, dass Grundstückskaufgeschäfte entgegen der Rechtsprechung des *OLG Düsseldorf* nicht mehr als Baukonzessionen eingestuft werden sollten.<sup>37</sup> Dies sollte auch mit der Vergaberechtsnovelle fortgesetzt werden. Auf eine Vorlage des *OLG Düsseldorf* hin prüfte der EuGH die Europarechtskonformität dieser Regelungen (dazu EuGH, „*Helmut Müller*“, Rdn. 27 ff.). Ein **öffentlicher (Bau-)Auftrag** sei nur dann anzunehmen, wenn die vertraglich vereinbarte Leistung für den Auftraggeber von „*unmittelbarem wirtschaftlichem Interesse*“ sei.<sup>38</sup> Daran soll es bei der Erfüllung einer bloß öffentlichen Zweckbestimmung („*im allgemeinen Interesse liegendes öffentliches Ziel*“) fehlen, wenn – wie im dort streitigen Fall – die öffentliche Hand lediglich ihre städtebaulichen Regelungszuständigkeiten ausübt, um die Verwirklichung des allgemeinen Interesses an der städtebaulichen Entwicklung oder der Kohärenz eines kommunalen Ortsteils sicherzustellen.<sup>39</sup>

22 Ebenfalls diskutiert wird die vergaberechtliche Behandlung **sog. Sanierungs- und Entwicklungsvereinbarungen** nach den §§ 157 ff., 167 BauGB.<sup>40</sup> Hier soll zwar die Annahme eines öffentlichen Auftrages etwas näherliegen als bei städtebaulichen Verträgen, weil es sich

---

17/07; VK Düsseldorf, Beschl. v. 02.08.2007, Az.: VK 23/2007-B. Gegen die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf: VK Darmstadt, Beschl. v. 05.03.2008, Az.: 69 d VK 06/2008 („*Stadtallendorf*“).

<sup>34</sup> Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 GWB, Rn. 36.

<sup>35</sup> Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 GWB, Rn. 36 unter Verweis auf: Schröder/Rosenkötter NZBau 2007, 770; Ziekow DVBl 2008, 137 (145).

<sup>36</sup> Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 GWB, Rn. 37.

<sup>37</sup> Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 GWB, Rn. 37.

<sup>38</sup> Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 GWB, Rn. 36; EuGH, Urt. v. 25.03.2010, Rs. C-451/08, „*Helmut Müller*“, Rn. 49 ff. (dort zu den verschiedenen Fällen, bei denen ein solches „unmittelbares wirtschaftliches Interesse“ anzunehmen sei).

<sup>39</sup> Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 GWB, Rn. 36, EuGH, Urt. v. 25.03.2010, Rs. C-451/08, „*Helmut Müller*“, Rn. 55 ff.; Dem EuGH folgend: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.06.2010, Az.: VII-Verg 9/10; OLG München, Beschl. v. 27.09.2011, Az.: Verg 15/11.

<sup>40</sup> Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 GWB, Rn. 38.



regelmäßig um Leistungen handelt, deren Erbringung zumindest im unmittelbaren öffentlichen Interesse der Kommunen liegt.<sup>41</sup> Zu Recht wird allerdings darauf hingewiesen, dass zweifelhaft sei, ob dies allein genügt, um ein „unmittelbares wirtschaftliches Interesse“ der öffentlichen Auftraggeber (Rdn. 21) anzunehmen.<sup>42</sup>

### bb. Beschaffung durch „Konzessionen“ (Bau- oder Dienstleistungen)

Die angestrebte Vereinbarung über Nutzungsrechte an den städtischen Dachflächen für die Installation und den Betrieb von PV-Anlagen (vgl. Rdn. 2) wird vom Anwendungsbereich der §§ 148 ff. GWB i.V.m. KonzVgV erfasst, wenn diese Vereinbarung als Konzession i.S.d. § 105 Abs. 1 GWB (§ 1 KonzVgV) qualifiziert werden kann.

Anders als bei öffentlichen Aufträgen entsteht bei Konzessionen (regelmäßig) ein **Dreiecksverhältnis** zwischen den beschaffenden Konzessionsgeber, dem die Leistung erbringenden Konzessionsnehmer und den Nutzer der Leistung.<sup>43</sup> Typisiert und vereinfacht gesagt, kommerzialisiert der Konzessionsnehmer seine Leistungen gegenüber den Nutzern; erhält also im Wesentlichen von diesen Nutzern und nicht vom Konzessionsgeber ein Entgelt. Vom Konzessionsgeber wird dem Konzessionsnehmer lediglich das Recht zur Nutzung bzw. Verwertung seiner Leistungen gegenüber den Nutzern unter Übertragung des mit der Leistung verbundenen wirtschaftlichen Risikos eingeräumt.<sup>44</sup>

Ansonsten handelt es sich bei Konzessionen um Verträge, die grundsätzlich alle Merkmale eines Bau- oder Dienstleistungsvertrages aufweisen. Hierzu gehört auch, dass diese Verträge wechselseitige rechtsverbindliche und durch die öffentliche Hand einklagbare Verpflichtungen des Konzessionsnehmers enthalten müssen.<sup>45</sup> Nicht nur „öffentliche Aufträge“, sondern auch die Vergabe von Konzessionen stellt einen **Beschaffungsvorgang** dar.<sup>46</sup> Mit anderen Worten ist von einer Konzession im vergaberechtlichen Sinne ebenfalls nur dann auszugehen, wenn dem betreffenden Vertrag eine Beschaffung der öffentlichen Hand (Konzessionsgeber) innewohnt.<sup>47</sup> Dies ergibt sich inzwischen sogar ausdrücklich aus der RiLi 2014/23/EU, die dem § 105 GWB zugrunde liegt.<sup>48</sup>

<sup>41</sup> Wagner/Görs NVwZ 2007, 900 (902).

<sup>42</sup> Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 GWB, Rn. 36 unter Verweis auf: Wegener, Vorauf., GWB § 99 Rn. 39.

<sup>43</sup> Friton/Stein, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 105 GWB, Rn. 4.

<sup>44</sup> Zur Abgrenzung zwischen Konzession und öffentlichem Auftrag am Merkmal der Entgeltlichkeit: Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, Rn. 42; Friton/Stein, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 105 GWB, Rn. 14 ff.

<sup>45</sup> Lüttmann, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung des deutschen und europäischen Vergaberechts, 2018, S. 201 f.; Friton/Stein, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 105 GWB, Rn. 4 unter Verweis auf Erwägungsgrund 14 RiLi 2014/23/EU.

<sup>46</sup> Dicks, in Kulartz/Kus/Portz/Prieß § 105 Rn. 9; Bungenberg/Schelhaas in BeckOK VergabeR § 105 Rn. 17; Opitz NVwZ 2014, 753 (756); Goldbrunner VergabeR 3/2016, 365 (366); Braun in Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 105 Rn. 77; Mösingher NZBau 2015, 545; Krönke NVwZ 2016, 568 (574); OLG München, Beschl. v. 25.03.2011, Az.: Verg 4/11 („Breitbanderschließung“); KG Berlin, Urt. v. 22.01.2015, Az.: 2 U 14/14 („Waldbühne“).

<sup>47</sup> Friton/Stein, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 105 GWB, Rn. 18 ff. (m.w.N.).

<sup>48</sup> Erwägungsgrund 11: „Ziel solcher Verträge ist die Beschaffung von Bau- oder Dienstleistungen durch eine Konzession, wobei die Gegenleistung entweder in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks beziehungsweise



26 Ob ein **Beschaffungsvorgang** anzunehmen ist, ist aber nicht immer leicht zu bestimmen. **Abgrenzungsprobleme** ergeben sich besonders in den Fällen, in denen im fraglichen Vertrag ein vergaberechtlich irrelevantes Austauschverhältnis – wie z.B. eine Grundstücksveräußerung oder -vermietung – geregelt wurde. Von der Rechtsprechung und Literatur sind einige Grundsätze herausgearbeitet worden, die auch für den vorliegenden Fall aufschlussreich sind.

### (1.) Beschaffung durch Baukonzessionen

27 In der Entscheidung „*Helmut Mueller*“<sup>49</sup> (2010) hat sich der EuGH mit der Frage auseinandergesetzt, welche Qualität ein Beschaffungsvorgang haben muss, um ihn als Baukonzession qualifizieren zu können.<sup>50</sup> Die Leistung des Konzessionsnehmers müssen nicht die Form der Beschaffung eines gegenständlichen oder körperlichen Objekts für den Auftraggeber annehmen.<sup>51</sup> Entscheidend sei, dass der öffentliche Auftraggeber (Konzessionsgeber) **an der Leistung ein „unmittelbares wirtschaftliches Interesse“** hat<sup>52</sup>; was in der heutigen Definition des Bauauftrages (§ 103 Abs. 3 Satz 2 GWB) inzwischen ausdrücklich vorausgesetzt wird. Ebenso wie im Rahmen des öffentlichen Auftrags kann mit Blick auf den EuGH damit festgestellt werden, dass ein allgemeines öffentliches Interesse an den Leistungen offenbar nicht genügt (vgl. oben Rdn. 21). Das Erfordernis des „*unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses*“ soll zudem in Verbindung stehen mit der tatbestandlichen Voraussetzung, dass der Auftragnehmer bzw. Konzessionsnehmer eine einklagbare Verpflichtung eingehen muss, die Bauleistung zu erbringen.<sup>53</sup>

### (2.) Beschaffung durch Dienstleistungskonzessionen

28 Ähnlich eindeutige Feststellungen, wann von einem für Dienstleistungskonzessionen erforderlichen Beschaffungsvorgang auszugehen ist, hat der EuGH – soweit ersichtlich – bislang noch nicht getroffen.<sup>54</sup>

29 Zum Teil herrscht daher auch eine gewisse Unsicherheit darüber, ob und inwieweit die Entscheidung „*Helmut Müller*“ (s.o.) auch auf Dienstleistungskonzessionen anzuwenden und mithin neben einer **für den Konzessionsgeber einklagbaren Leistungsverpflichtung** des Konzessionsnehmers auch ein **unmittelbares wirtschaftliches Interesse** des Konzessionsgebers an der Dienstleistungserbringung bestehen muss.<sup>55</sup>

30

---

*Verwertung der Dienstleistungen [...] [...], doch steht den öffentlichen Auftraggebern oder Auftraggebern stets der Nutzen der betreffenden Bau- oder Dienstleistungen zu.“; vgl. auch Art. 1 Abs. 1 RiLi 2014/23/EU („...zur Beschaffung im Wege von Konzessionen...“).*

<sup>49</sup> EuGH, Urt. v. 25.03.2010, Rs. C-451/08 „*Helmut Müller*“.

<sup>50</sup> Zum Ganzen: Friton/Stein, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 105 GWB, Rn. 19.

<sup>51</sup> EuGH, Urt. v. 25.03.2010, Rs. C-451/08 „*Helmut Müller*“, Rn. 58.

<sup>52</sup> EuGH, a.a.O., Rn. 49. Veranschaulichung unter Fallgruppen: EuGH, a.a.O., Rn. 50 bis 52.

<sup>53</sup> Friton/Stein, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 105 GWB, Rn. 19 mit Verweis auf EuGH, a.a.O., Rn. 63.

<sup>54</sup> Friton/Stein, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 105 GWB, Rn. 20.

<sup>55</sup> Friton/Stein, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 105 GWB, Rn. 20 mit Verweis auf OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.03.2012, Az.: VII-Verg 37/11 („*Freizeitzentrum West IF*“).





Ein Teil der Rechtsprechung wendet die Anforderungen allerdings auch unreflektiert auf Dienstleistungskonzessionen an; ohne die Frage zu diskutieren, ob beide Vorgänge wirklich hinreichend vergleichbar sind.<sup>56</sup>

In der Literatur gibt es hingegen Stimmen, die eine vollständige Übertragung der geschilderten Rechtsprechungsgrundsätze wegen des unterschiedlichen Charakters von Bau- und Dienstleistungen ablehnen.<sup>57</sup> So sei die Anforderung des unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses des Konzessionsgebers vom EuGH in der Entscheidung „*Helmut Müller*“ aus der spezifischen Natur der Bauleistung hergeleitet worden.<sup>58</sup> Hiernach müsse die Bauleistung nicht in einem körperlichen oder gegenständlichen Sinne beschafft werden, dann aber zumindest dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommen<sup>59</sup>; was jedenfalls dann anzunehmen sei, wenn der Auftraggeber Eigentumsrechte an dem Bauwerk erlangt.<sup>60</sup> Diese Umstände sollen einer Übertragung auf Dienstleistungen bzw. Dienstleistungskonzessionen entgegenstehen. Außerdem soll der Gesetzgeber das Erfordernis eines unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses des Auftraggebers nur bei Bauaufträgen normiert und im Übrigen mit Bedacht darauf verzichtet haben (vgl. § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB).<sup>61</sup> Schließlich verlange der Erwägungsgrund 11 der RiLi 2014/23/EU auch kein unmittelbares wirtschaftliches Interesse, sondern spreche lediglich davon, dass dem Auftrag- bzw. Konzessionsgeber der „Nutzen“ der betreffenden Bau- oder Dienstleistung zustehe. Vor diesem Hintergrund soll für Dienstleistungskonzessionen gesondert entschieden werden müssen, wann ein Beschaffungsvorgang vorliegt.<sup>62</sup>

Schließlich wird in der Literatur auch die Ansicht vertreten, die Entscheidung „*Helmut Müller*“ sei gänzlich falsch, weil in der Fallkonstellation der Konzession an den Konzessionsgeber keine Leistung erfolge.<sup>63</sup> Bei dieser engen Sichtweise handelt es sich aber um eine vereinzelte Literaturstimme, der mehrheitlich nicht gefolgt wird. Es wird darauf verwiesen, dass es zutreffend sei, dass die Leistung dem typischen Dreiecksverhältnis bei Konzessionen entsprechend nicht für den Konzessionsgeber selbst erbracht werden muss, sondern auch an Dritte erfolgen kann.<sup>64</sup> Es erfolge immer auch eine (indirekte) Leistung an den

---

<sup>56</sup> Vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 8.6.2017 – 4 B 307/17; vgl. auch KG Berlin, Urt. v. 22.01.2015, Az.: 2 U 14/14 („*Waldbühne*“), Rn. 10 („*Dass ... in irgendeiner Weise im öffentlichen Interesse liegt, reicht dafür nicht aus.*“).

<sup>57</sup> Friton/Stein, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 105 GWB, Rn. 20 ff.; Zweifelnd auch: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.9.2012, Az.: VII-Verg 37/11 („*Freizeitzentrum West II*“); Donhauser/Höhlzimmer, VergabeR 2015, 509 (512 ff.); Leinemann/Leinemann/Kirch, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, Rn. 1973; a.A. (analoge Anwendung der vom EuGH entwickelten Kriterien): Dicks, in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 105 GWB, Rn. 17; Bungenberg/Schelhaas, in BeckOK, VergabeR § 105 GWB, Rn. 21.

<sup>58</sup> Friton/Stein, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 105 GWB, Rn. 21 unter Hinweis auf EuGH, a.a.O., „*Helmut Müller*“, Rn. 49.

<sup>59</sup> EuGH, a.a.O., „*Helmut Müller*“, Rn. 58.

<sup>60</sup> EuGH, a.a.O., „*Helmut Müller*“, Rn. 50.

<sup>61</sup> Friton/Stein, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 105 GWB, Rn. 21.

<sup>62</sup> Friton/Stein, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 105 GWB, Rn. 21.

<sup>63</sup> Opitz NVwZ 2014, 753 (757).

<sup>64</sup> Friton/Stein, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 105 GWB, Rn. 22 unter Hinweis auf Erwägungsgrund 16 der RiLi 2014/23/EU, wo von „*Erwerb durch den öffentlichen Auftraggeber oder der Auftraggeber für sich selbst oder für Endnutzer.*“

Konzessionsgeber.<sup>65</sup> Der Konzessionsnehmer verpflichte sich dem Konzessionsgeber gegenüber, die Dienstleistung anzubieten. Leiste der Konzessionsnehmer an Dritte, so erfüllt er auch seine Leistungsverpflichtung gegenüber dem Konzessionsgeber.

Allein entscheidend für das Vorliegen eines Beschaffungsvorgangs bei Dienstleistungskonzessionen soll vielmehr sein, **ob sich der Konzessionsnehmer gegenüber dem Konzessionsgeber einklagbar verpflichtet, die Dienstleistung auf dem Markt anzubieten.**<sup>66</sup> Nur dann sei in der Leistung an den Endnutzer auch eine Erfüllung der Leistungspflicht gegenüber dem Konzessionsgeber zu sehen, also eine Beschaffung durch den Konzessionsgeber. Das unmittelbare wirtschaftliche Interesse ist lediglich die Ausprägung dieser Leistungspflicht bei Baukonzessionen.

### (3.) Kombinierte Verträge („eingekapselte Beschaffungsvorgänge“)

- 33 Ebenso wie im Bereich der öffentlichen Aufträge (Rdn. 19 ff.) kann es auch bei der Beschaffung durch Dienstleistungskonzessionen zu einigen Abgrenzungsschwierigkeiten kommen. Dies insbesondere dann, wenn der in Rede stehende Vertrag, eine zunächst vergaberechtlich irrelevante Veräußerung von Vermögen der öffentlichen Hand betrifft (z.B. bei Grundstückskaufverträgen, Vermietungen, Verpachtungen, etc.), aber auch darüber hinaus gehende Leistungspflichten beinhaltet. Das Veräußerungsgeschäft könnte insoweit auch als Mittel zur Leistungsbeschaffung eingesetzt werden.
- 34 Wie **Erwägungsgrund 16** der RiLi 2014/23/EU klarstellt, kommt es auch in diesen Fällen für die Einordnung als Konzession auf den Beschaffungscharakter des Vertrages an.<sup>67</sup> Der besagte Erwägungsgrund beschreibt mit Blick auf die vertragliche Einräumung von Nutzungsrechten an öffentlichen Verkehrswegen – einem insoweit mit der Vermietung städtischer Dachflächen vergleichbaren Fall<sup>68</sup> – den bereits erwähnten Grundsatz, dass reine Veräußerungsvorgänge nicht dem Vergaberecht unterfallen. Soweit mit solchen Nutzungs-überlassungen (oder Veräußerungen) auch eine für die öffentliche Hand einklagbare Leistungspflicht des Vertragspartners (z.B. die Errichtung eines Bauwerkes oder Erbringung einer Dienstleistung gegenüber dritten Nutzern) verbunden ist, rechtfertigt dies die Annahme eines Beschaffungsbezuges und mithin die Annahme eines vergaberechtsrelevanten öffentlichen Auftrages bzw. einer solchen Konzession. Damit wird deutlich, weshalb in Erwägungsgrund 16 gewissermaßen eine beschaffungsrelevante „Rückausnahme“ beschrieben wird (*„sofern derartige Vereinbarungen weder eine Lieferverpflichtung auferlegen, noch den Erwerb von*

<sup>65</sup> Bungenberg/Schelhaas in BeckOK VergabeR, § 105 GWB, Rn. 22.

<sup>66</sup> Friton/Stein, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 105 GWB, Rn. 22 und Verweis auf Opitz NVwZ 2014, 753 (756 f.); Möisinger NZBau 2015, 545 (546); Siegel NVwZ 2016, 1672 (1673).

<sup>67</sup> Erwägungsgrund 16 RiLi 2014/23/EU: *„Außerdem sollten Vereinbarungen über die Gewährung von Wegerechten hinsichtlich der Nutzung öffentlicher Liegenschaften für die Bereitstellung oder den Betrieb fester Leitungen oder Netze, über die eine Dienstleistung für die Allgemeinheit erbracht werden soll, ebenfalls nicht als Konzessionen im Sinne dieser Richtlinie gelten, sofern derartige Vereinbarungen weder eine Lieferverpflichtung auferlegen, noch den Erwerb von Dienstleistungen durch den öffentlichen Auftraggeber oder den Auftraggeber für sich selbst oder für Endnutzer vorsehen.“*

<sup>68</sup> In den Flächenländern haben Wegenutzungsverträge auch eine bürgerlich-rechtliche Rechtsnatur. Die Gemeinden verwirklichen damit – neben der Einwerbung eines örtlichen Netzbetreibers – auch eine Kommerzialisierung ihres Privateigentums an den öffentlichen Verkehrswegen. Vgl. unten Rdn. 126.



Dienstleistungen durch den öffentlichen Auftraggeber oder den Auftraggeber für sich selbst oder für Endnutzer vorsehen“). Kurzum: Eine Veräußerung (von Wegennutzungsrechten), mit der Leistungspflichten verbunden sind, führt in der Gesamtbetrachtung zur Annahme eines Beschaffungsbezugs, mithin zur Annahme einer vergaberechts-relevanten Konzession. Diese Grundsätze lassen sich auf alle Veräußerungs- bzw. Nutzungsüberlassungsverträge übertragen.

Mit Blick auf **Miet- und Pachtverträge** hat der Richtlinienggeber in **Erwägungsgrund 15** noch weitere Klarstellungen getroffen:

35

*„Darüber hinaus sollten bestimmte Vereinbarungen, die das Recht eines Wirtschaftsteilnehmers regeln, öffentliche Bereiche oder Ressourcen wie z. B. Land oder öffentliche Liegenschaften öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich zu nutzen, insbesondere in See-, Binnen- oder Flughäfen, wobei der Staat oder der öffentliche Auftraggeber oder der Auftraggeber nur allgemeine Bedingungen für deren Nutzung festlegt, ohne bestimmte Bau- oder Dienstleistungen zu beschaffen, nicht als Konzessionen im Sinne dieser Richtlinie gelten. Dies betrifft in der Regel Pachtverträge über öffentliche Liegenschaften oder Land, die meist Klauseln enthalten, die die Besitzübernahme durch den Pächter, die vorgesehene Nutzung und die Pflichten von Pächter und Eigentümer hinsichtlich der Instandhaltung der Liegenschaft, die Dauer der Verpachtung und die Rückgabe des Besitzes an den Eigentümer, den Pachtzins sowie die vom Pächter zu zahlenden Nebenkosten regeln.“<sup>69</sup>*

Es wird abermals deutlich, dass Miet- und Pachtverträge nur dann als Konzessionen einzuordnen sind, wenn sie einen hinreichenden Beschaffungsbezug aufweisen. Es müssen also für die öffentliche Hand einklagbare Hauptleistungspflichten des Mieters bzw. Pächters vereinbart werden, die über die Pflicht zur Zahlung des Miet- oder Pachtzinses hinausgehen.<sup>70</sup> Zudem wird davon ausgegangen, dass – wie der Erwägungsgrund nahelege – keine Beschaffung vorliege, wenn in der betreffenden Nutzungsvereinbarung lediglich allgemeine Bedingungen für die Nutzung des Objekts geregelt werden.<sup>71</sup> Zum Teil wird daraus der Schluss gezogen, dass (gewöhnliche beschaffungsneutrale miet- oder pachtvertragliche) Instandhaltungspflichten des Nutzers bezüglich des Nutzungsobjektes für sich noch nicht genügen sollen, um von einem Beschaffungsvorgang im Sinne einer Konzession ausgehen zu müssen<sup>72</sup>; vgl. aber Rdn. 46 und 47.

### cc. Zusammenfassung (Beschaffung von Leistungen)

36

<sup>69</sup> Erwägungsgrund 15 RiLi 2014/23/EU.

<sup>70</sup> Friton/Stein, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 105 GWB, Rn. 26; Möisinger, NZBau 2015, 545; Opitz NVwZ 2014, S. 753, 757.

<sup>71</sup> Friton/Stein, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 105 GWB, Rn. 26 mit Verweis auch auf Opitz NVwZ 2014, S. 753; Classen VergabeR 2016, S. 13, 19; KG Berlin, Urt. v. 22.01.2015, Az.: 2 U 14/14 Kart („Waldbühne“).

<sup>72</sup> KG Berlin, Urt. v. 22.01.2015, Az.: 2 U 14/14 Kart („Waldbühne“), Rn. 20; vgl. auch OLG Schleswig, Beschl. v. 15.03.2013, Az.: 1 Verg 4/12 (willkommene Wiederherstellungspflicht städtischer Geh- und Radwege); siehe auch Wollenschläger, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 105 GWB, Rn. 48; Lüttmann, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung des deutschen und europäischen Vergaberechts, 2018, S. 204 f.

19

Von der Beschaffung durch einen **öffentlichen Auftrag** (Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsauftrag) ist auszugehen, wenn der **öffentliche Auftraggeber als Nachfrager von Warenlieferungen, Bau- oder Dienstleistungen** auftritt. Werden **Veräußerungs-, Vermietungs- oder Verpachtungsgeschäfte**, die für sich keinen vergaberechtsrelevanten Beschaffungsvorgang darstellen, mit solchen **beschaffungsrelevanten Leistungspflichten** des Vertragspartners **verbunden**, ergeben sich Abgrenzungsprobleme.

- 37 Für die Annahme eines **Baufauftrages** ist in diesem Zusammenhang vorauszusetzen, dass die öffentliche Hand als Vertragspartner des Veräußerungsgeschäftes (Mietvertrag, etc.) über die mit einem Veräußerungsvertrag (Mietvertrag, etc.) verbundenen wesensmäßigen Pflichten des Erwerbers hinausgehend auch einen gegen den Erwerber **einklagbaren Anspruch auf konkrete Bauleistungen** erwirbt, die **der öffentlichen Hand unmittelbar wirtschaftlich zugutekommen**. Wenn sie nicht schon Eigentum erwirbt, muss die öffentliche Hand an der besagten Bauleistung ein „unmittelbares wirtschaftliches Interesse“ haben. Dass die Leistung einem **im allgemeinen Interesse liegenden öffentlichen Ziel** dient, **genügt nicht**. Diese Beschaffungsabsicht (unmittelbares wirtschaftliches Interesse) des Auftraggebers ist auch im Zusammenhang mit Dienstleistungen (Dienstleistungsaufträgen) zu fordern.
- 38 Von einer Beschaffung durch **Konzessionen** (Bau- oder Dienstleistungskonzessionen) ist auszugehen, wenn sich der **öffentliche Konzessionsgeber gegen den** Konzessionsnehmer einen **einklagbaren Anspruch** darauf einräumen lässt, dass der Konzessionsnehmer Leistungen gegenüber Dritten erbringt und sich die Leistungen auch von diesen (Dritten) vergüten lässt.

Es ergeben sich hier ebenfalls Abgrenzungsprobleme zu **Veräußerungs-, Vermietungs- oder Verpachtungsgeschäften**, wenn diese mit solchen beschaffungsrelevanten Leistungspflichten verbunden werden. Ebenso wie bei der Einordnung öffentlicher Aufträge setzt die Annahme einer Konzession zunächst voraus, dass es sich um von der öffentlichen Hand einklagbare Leistungspflichten handeln muss, die über die mit den betreffenden Veräußerungsvertrag (Mietvertrag, etc.) wesensmäßig verbundenen Pflichten des Erwerbers hinausgehen. Ein nicht ganz eindeutiges Bild von Rechtsprechung und Literatur ergibt sich allerdings hinsichtlich der Frage, welche Qualität die Beschaffungsabsicht der öffentlichen Hand haben muss. Eine eher enge Sichtweise geht davon aus, dass eine vergaberechtsrelevante Konzession (wie bei öffentlichen Aufträgen) erst dann vorliegt, wenn die öffentliche Hand **ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse** an der Erbringung der fraglichen Bau- oder Dienstleistungen (gegenüber den Dritten) hat; die Leistung also der öffentlichen Hand wirtschaftlich zugutekommt. Der EuGH hat dies zumindest für Baukonzession gefordert. In der Literatur wird z.T. aber auch vertreten, dass dies auf die Beschaffung durch Dienstleistungskonzessionen nicht übertragbar sei. Es soll für die Annahme einer vergaberechtsrelevanten Dienstleistungskonzession genügen, wenn dem öffentlichen Konzessionsgeber der „**Nutzen**“ der betreffenden (beschafften) Dienstleistung zustehe. Dass ein bloß allgemeines öffentliches Interesse der öffentlichen Hand an der Leistungserbringung ausreicht, wird – soweit ersichtlich – aber nicht vertreten.

## b. Vergaberechtliche Einstufung der angestrebten Vereinbarung zur Dachflächennutzung

Soweit sich die Kommune von dem dachflächeninteressierten Unternehmen (wie ausführlich beschrieben) in vergaberechtlich relevanter Weise Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen für sich selbst oder für Dritte beschaffen würde, wäre das Vergaberecht prinzipiell anwendbar.

39

Soweit dies bei der Vereinbarung zwischen der Kommune und dem Unternehmen tatsächlich der Fall wäre, müssten die betreffenden Leistungen als öffentlicher Auftrag oder Konzession (je nachdem, welcher Auftrags- bzw. Vertragswert dabei erreicht wird<sup>73</sup>) entweder nach den Verfahrensanforderungen des bundesrechtlichen Vergaberechts oder des jeweiligen Landesrechtes vergeben werden.

Für die Vergabe von Konzessionen, deren Wert bzw. Vertragswert die festgelegten EU-Schwellenwerte (5.350.000 Euro) unterschreiten und mithin nicht im Anwendungsbereich der §§ 148 ff. GWB und KonzVgV liegen, werden in den meisten Bundesländern aber auch keine speziellen landesrechtlichen Vergabebestimmungen getroffen.<sup>74</sup>

### aa. Kein Lieferauftrag

Lieferaufträge sind gemäß § 103 Abs. 2 GWB Verträge zur **Beschaffung von Waren**, wobei der öffentlichen Auftraggeber die **tatsächliche Verfügungsgewalt über die Ware** erhalten muss.<sup>75</sup> Dies umfasst insbesondere Verträge, die Kauf oder Ratenkauf oder Leasing, Mietverhältnisses oder Verhältnisse mit oder ohne Kaufoption betreffen. Unter Waren sind alle Erzeugnisse zu verstehen, die einen Geldwert haben und daher Gegenstand eines Handelsgeschäfts sein können.<sup>76</sup> Elektrische Energie (Strom) wird ebenfalls i.d.S. als Ware eingestuft.<sup>77</sup> Demgemäß werden Stromversorgungs- bzw. Stromlieferverträge als Lieferaufträge behandelt.

40

#### (1.) Keine Lieferauftrag zur Beschaffung von PV-Anlagen (Bestandteilen)

Es wird angenommen, dass das an den Dachflächen interessierte Unternehmen beabsichtigt, die in Rede stehenden **PV-Anlagen** (deren einzelne Bestandteile und Module) für sich selbst auf eigene Rechnung einzukaufen, durch eigene Montage zu errichten und schließlich auch selbst auf eigene Kosten zu betreiben. Das Eigentum an den PV-Anlagen soll auch mit Hilfe des angestrebten Nutzungsrechts an den Dachflächen gemäß **§ 95 BGB** (als **Scheinbestandteil**) bei dem besagten Unternehmen verbleiben.<sup>78</sup> Durch das angestrebte Nutzungsrecht an den

41

<sup>73</sup> Dazu Rdn. 6.

<sup>74</sup> Soweit eine solche Konzession unterhalb der festgelegten EU-Schwellenwerte überhaupt eine Binnenmarktrelevanz besäße, wäre aber das europäische Primärrecht (v.a. die vom EuGH hierzu entwickelten Grundsätze) zu beachten. Vgl. Rdn. 6.

<sup>75</sup> Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 GWB, Rn. 56.

<sup>76</sup> Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 GWB, Rn. 58 (m.w.N.).

<sup>77</sup> Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 GWB, Rn. 58 unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 13.03.2001, Rs. C-379/98 „Preussen Elektra“.

<sup>78</sup> Die Einordnung einer auf dem Dach mithilfe von Dachhaken, Trag- und Profilschienen sowie Modulklemmen montierten PV-Anlage als wesentlicher Bestandteil des Gebäudes nach § 94 BGB (dann wäre der Gebäudeeigentümer (Kommune) zugleich auch Eigentümer der PV-Anlagen) wird schon mit Blick auf die





Dachflächen der Kommune wird dem Unternehmen ein Zugangsrecht und auch die tatsächliche Verfügungsgewalt über die PV-Anlagen eingeräumt. Die Kommune soll nach dem beschriebenen Vertrag auch nicht das „wirtschaftliche Eigentum“ an den PV-Anlagen i.S.d. § 39 Abs. 2 AO bzw. § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB erwerben.

Unter diesen Prämissen kann der eingangs beschriebenen Vereinbarung (vgl. Rdn. 2) keine vergaberechtsrelevante Beschaffung von Warenlieferungen durch die Kommune entnommen werden. Dieser Vereinbarung wohnt insoweit **kein Lieferauftrag** der Kommune **über die Beschaffung von PV-Anlagen** inne.

## (2.) Kein Lieferauftrag zur Strombeschaffung/-lieferung

- 42 Dasselbe Bild ergibt sich mit Blick auf den in den PV-Anlagen **erzeugten PV-Strom**. Diesen Strom wird das Unternehmen auf dem Markt anbieten. Eine für die Kommune einklagbare Pflicht des Unternehmens zur Stromerzeugung und -vermarktung wird zwischen den Parteien nicht vereinbart. In der angestrebten Vereinbarung über die Dachflächennutzung verpflichtet sich das dachflächeninteressierte Unternehmen auch nicht zur Belieferung der Kommune (kommunaler Liegenschaften) mit der in den betreffenden PV-Anlagen erzeugten elektrischen Energie. Der angestrebten Vereinbarung wohnt insoweit daher auch **kein Lieferauftrag** der Kommune **über die Beschaffung von Strom** (PV-Strom) inne.

## (3.) Keine Lieferauftrag zur Beschaffung von Bestandteilen für die elektrischen Anlagen und Netzanschlüsse der Gebäude

- 43 Der auf den Dachflächen erzeugte PV-Strom soll in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist werden. Soweit diese Einspeisung nicht nur bilanziell erfolgt (erfolgen soll), sondern auch physikalisch stattfindet, ist eine hinreichend leistungsfähige **elektrische Anlage**

---

tatsächliche Befestigungsstruktur regelmäßig zu verneinen sein; so dass das Unternehmen als Dachflächennutzungsberechtigter auch Eigentümer der Anlage bleibt. Allerdings ist die Einordnung im Einzelfall keineswegs ausgeschlossen, sollte die Montage auf den Dachbalken selbst stattfinden, oder die Module in die Ziegelabdeckung integriert werden. Selbst wenn man im Ergebnis zur Einordnung der PV-Anlage als wesentlicher Bestandteil i.S.d. § 94 Absatz 2 BGB kommen sollte, macht das Bürgerliche Gesetzbuch in § 95 Absatz 2 eine bedeutende Ausnahme. Sachen, die nur zu einem „*vorübergehenden Zweck*“ in ein Gebäude eingefügt sind, gehören nicht zu den Bestandteilen des Grundstücks. Sie gelten als sogenannte „Scheinbestandteile“ und können im Eigentum desjenigen, der die Anlage errichtet (also bspw. des Mieters) verbleiben. Für die Bestimmung, ob die Anlage nur zu einem vorübergehenden Zweck errichtet wird, ist der Wille des Einfügenden entscheidend. Bei Mietern, denen in der Regel nur ein zeitlich begrenztes Nutzungsrecht an dem vermietenden Dach zusteht, spricht eine gesetzliche Vermutungsregel dafür, dass die Verbindung nur „vorübergehend“ erfolgen soll. Lange war allerdings umstritten, ob diese Vermutungsregel auch gilt, wenn die Anlage ihre gesamte Lebensdauer auf dem Grundstück/Gebäude verbleiben soll. Zu dieser Frage hat der BGH (Urt. v. 07.04.2017, Az.: V ZR 52/16) Stellung genommen und entschieden, dass es sich auch dann um einen „vorübergehenden Zweck“ i.S.d. § 95 Absatz 1 S. 1 BGB handeln kann, wenn die Anlage (im konkreten Fall eine Windkraftanlage) ihre gesamte (wirtschaftliche) Lebensdauer auf dem Grundstück verbleiben soll. Entsprechendes gilt somit für die „vorübergehende Einfügung“ in ein Gebäude i.S.d. § 95 Absatz 2 BGB. Als problematische Fälle sind sodann nur noch die zu betrachten, in denen eine PV-Anlage in dergestalt in das Gebäude integriert wird, dass sie als „wesentlicher Bestandteil“ des Gebäude zu betrachten wäre(s.o.) und zusätzlich eine Vereinbarung geschlossen wird, in welcher dem Hauseigentümer die Überlassung (Eigentumsübertragung nach Ende der Nutzungszeit) oder ein Wahlrecht eingeräumt wird, ob er die Anlage im Anschluss behalten möchte.



(Hausverteilungsanlage) in den betreffenden Gebäuden einschließlich eines hinreichend leistungsfähigen **Netzanschlusses** erforderlich.

Ergibt sich in diesem Zusammenhang ein Bedarf zum Ausbau der bestehenden elektrischen Anlage/Hausverteilungsanlage und/oder des bestehenden Netzanschlusses oder muss ggf. ein neuer (zweiter) Netzanschluss errichtet werden, können sich möglicherweise auch Lieferbeziehungen zwischen der Kommune und dem Unternehmen ergeben. M.a.W. würde eine im angestrebten Nutzungsvertrag vereinbarte Pflicht des Unternehmens zur Ertüchtigung der bestehenden elektrischen Anlage im jeweiligen Gebäude und des vorhandenen Netzanschlusses oder zur Neuerrichtung eines weiteren Netzanschlusses (neben Bauleistungen) auch eine **Beschaffung** von Waren (z.B. von **Bestandteilen elektrischer Anlagen**) durch die Kommune darstellen und insofern Elemente eines vergaberechtsrelevanten Lieferauftrages enthalten; freilich vorausgesetzt die Kommune zahlt dafür ein Entgelt oder leistet einen geldwerten Vorteil (z.B. Mieterlass, etc.<sup>79</sup>). Dies ist eine Frage des Einzelfalls; ebenso wenig wie die Frage, ob dann möglicherweise doch ein Bauauftrag den Hauptgegenstand einer solchen vertraglichen Vereinbarung bilden würde und ob der Wert des etwaigen Auftrags die festgelegten Schwellenwerte erreicht. Für den vorliegenden Untersuchungsgegenstand wird unterstellt, dass diese Leistungen (u.a. Ertüchtigung der elektrischen Hausanlagen der fraglichen kommunalen Gebäude) vom Unternehmen nicht erbracht werden sollen. Dies schließt es ein, dass überhaupt nur kommunale Gebäude in Betracht gezogen werden, deren elektrische Anlage für den Betrieb der PV-Anlagen (ggf. unter Überschusseinspeisung ins Netz) hinreichend leistungsfähig sind,.

So wie sich der eingangs beschriebene Nutzungsvertrag darstellt (Rdn. 2), ist davon auszugehen, dass die Ertüchtigung der elektrischen Anlagen sowie Netzanschlüsse der kommunalen Liegenschaften sowie die Beschaffung der hierfür notwendigen technischen Bestandteile nicht zu den Pflichten des Unternehmens gehören soll. Vor diesem Hintergrund würde der besagten Vereinbarung insoweit auch kein Lieferauftrag der Kommune über die Beschaffung technischer Bestandteile für die Ertüchtigung der elektrischen Anlagen innewohnen.

## bb. Kein Bauauftrag

Baufträge sind gemäß § 103 Abs. 3 GWB Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung (1) von **Bauleistungen** oder (2) eines **Bauwerkes**.

44

Ein **Bauwerk i.S.d. § 103 Abs. 3 Nr. 2 GWB** muss das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten sein und soll eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen. Der Begriff „Bauwerk“ erfasst nicht nur Gebäude, sondern auch andere **bauliche Anlagen**, die mit

45

---

<sup>79</sup> Zum Entgeltbegriff: Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, Rn. 43; Nach dem hier zur Untersuchung stehenden Nutzungsvertrag (vgl. Rdn. 2) soll allerdings ein marktübliches Entgelt für die Nutzung der Dächer gezahlt werden. Dazu vgl. auch Rdn. 96 ff. (Beihilfenrecht) sowie Rdn. 111 (Wirtschaftlichkeitsgebot).

dem Erdboden verbunden sind oder auf dem Erdboden ruhen.<sup>80</sup> Bauliche Anlagen (Bauwerke) können z.B. auch Werbeanlagen, Fahrradabstellanlagen oder **PV-Anlagen** sein.<sup>81</sup>

Es darf allerdings bezweifelt werden, dass PV-Anlagen (sowie deren Unterkonstruktion), die auf Gebäudedächern – also insofern auf baulichen Anlagen (Bauwerken) – errichtet werden, ihrerseits auch als bauliche Anlagen („Bauwerke“ i.S.d. § 103 Abs. 3 Nr. 2 GWB einzustufen sind. Überdies ist vorauszusetzen, dass der öffentliche Auftraggeber zumindest auch die Verfügungsgewalt über die bauliche Anlage/das Bauwerk erlangt. Auch dies wäre im vorliegenden Zusammenhang nicht der Fall, weil nicht nur das Eigentum an den PV-Anlagen beim Unternehmen verbleiben, sondern dem Unternehmen auch die tatsächliche Verfügungsgewalt ermöglicht werden soll (vgl. Rdn. 41).

46 Unter **Bauleistungen** im Sinne des § 103 Abs. 3 GWB sind Leistungen zu verstehen, bei denen nicht die Errichtung eines Bauwerkes (dazu Nr. 2), sondern die **Arbeiten an einem Bauwerk** in Rede stehen. Welche Bauleistungen relevant sind, wird abschließend in Anhang II der RL 2014/24/EU sowie Anhang I der RL 2014/25/EU festgelegt. Soweit sich das Unternehmen gegenüber der Kommune zu solchen Tätigkeiten gegen Entgeltzahlung verpflichtet, könnte von einem Bauauftrag ausgegangen werden. Zu diesen Tätigkeiten gehören insbesondere:

- gewöhnliche Instandsetzungsarbeiten
- vorbereitende Baustellenarbeiten
- Dachdeckerei-, Abdichtungs- und Zimmerarbeiten
- Elektroinstallation

### (1.) Kein Bauauftrag zur Dachsanierung

47 Selbstverständlich müssten damit z.B. auch **Dachsanierungsarbeiten**, die in Praxis nicht selten den Nutzungspetenten bei der Einräumung von Dachnutzungsrechten für PV-Anlagen abverlangt werden, als Bauleistung einzustufen und dementsprechend als Bauauftrag zu vergeben sein.<sup>82</sup> In der hier zu untersuchenden Nutzungsvereinbarung (Rdn. 2) werden solche vergaberechtsrelevanten Leistungspflichten nicht geregelt.

### (2.) Kein Bauauftrag zur Errichtung von PV-Anlagen

48 Schon weil die PV-Anlagen nicht wesentliche Bestandteile der jeweiligen Gebäude werden, sondern als **Scheinbestandteile** im Eigentum des Unternehmens verbleiben sollen (Rdn. 2, vgl. auch Rdn. 41 Fn. 80) und die PV-Anlagen (samt Unterkonstruktion) ggf. auch abmontiert und

<sup>80</sup> Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 GWB, Rn. 63.

<sup>81</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.04.2014, Az.: VII-Verg 35/13, Rn. 21 (dort ging es allerdings um eine PV-Anlage, deren im Boden verankerte Unterkonstruktion zugleich als Abdichtung einer Deponie diente); VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 18.06.2014, Az.: 1 VK 21/14, Rn. 10.

<sup>82</sup> Dies mag mit Blick auf Instandhaltungsleistungen bzw. -pflichten, die sich für das dachflächeninteressierte Unternehmen bereits aus dem Miet- oder Pachtrecht ergeben und dessen Nutzungsrecht ausmachen, möglicherweise anders zu beurteilen sein. Vgl. auch KG Berlin, Urt. v. 22.01.2015, Az.: 2 U 14/14 („Waldbühne“), Rn. 20; Lüttmann, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung des deutschen und europäischen Vergaberechts, 2018, S. 204 f.; Erwägungsgrund 15 RiLi 2014/23/EU). Vgl. oben Rdn. 35.



an einem anderen Standort betrieben werden können, ist sehr zweifelhaft, ob die Errichtung der PV-Anlagen samt Unterkonstruktionen als „Bauleistung“ (Arbeit an einem Bauwerk/Gebäude der Kommune) einzustufen ist. Gegen diese Annahme spräche auch, wenn – wie allgemein üblich – die Errichtung der PV-Anlage (samt Unterkonstruktion) mit keinem nennenswerten Eingriff in die Substanz des Gebäudes (Bauwerks) verbunden wäre. Es ist auch nicht vorgesehen, dass sich das Unternehmen gegenüber der Kommune zur Errichtung der PV-Anlagen in einklagbarer Weise verpflichtet. Schließlich steht der Annahme, dass es sich bei der Errichtung der PV-Anlagen (samt Unterkonstruktionen) um einen Bauauftrag handelt, auch entgegen, dass das Unternehmen nach dem unter Rdn. 2 beschriebenen Vertrag **von der Kommune gar kein Entgelt** (auch nicht in Gestalt eines geldwerten Vorteils<sup>83</sup>) gewährt werden soll. Kurzum: Nach dem hier zu untersuchenden Vertragsverhältnis über die Dachflächennutzung stellt die Errichtung der PV-Anlagen für sich keine Bauleistungen dar, die sich die Kommune beschaffen würde. Dieser Vereinbarung würde insoweit kein Bauauftrag der Kommune über die Errichtung von PV-Anlagen innewohnen.

### **(3.) Kein Bauauftrag für Elektroinstallationen (z.B. zur Ertüchtigung der elektrischen Anlagen in den Gebäuden der Kommune sowie der Netzanschlüsse)**

Soweit die bestehenden elektrischen Anlagen (Hausverteilungsanlagen) in den betreffenden Gebäuden der Kommune sowie die entsprechenden Netzanschlüsse ertüchtigt oder ggf. neu installiert und eingebaut werden müssten (vgl. Rdn. 43), würden die hierfür erforderlichen Elektroinstallationsarbeiten bei entsprechender Nachfrage der Kommune als vergaberechtsrelevante Bauleistungen einzustufen sein und mithin als Bauauftrag vergeben werden müssen. Es läge im Anwendungsbereich des Vergaberechts, wenn die Kommune solche Bauleistungen nachfragen möchte und sich das Unternehmen in dem angestrebten Nutzungsvertrag zu solchen Leistungen verpflichtet. Ohnedies würde der Vereinbarung über die Nutzung der Dachflächen aber kein vergabepflichtiger Bauauftrag der Kommune innewohnen.

49

#### **cc. Keine Baukonzession**

Baukonzessionen sind gemäß § 105 Abs. 1 Nr. 1 GWB entgeltliche Verträge, mit denen ein Konzessionsgeber ein Unternehmen mit der Erbringung von Bauleistungen betraut; wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des Bauwerkes oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht.

50

Wie bereits erwähnt, darf schon bezweifelt werden, dass PV-Anlagen (sowie deren Unterkonstruktion), die auf Gebäudedächern errichtet werden, ihrerseits als bauliche Anlagen (Bauwerk) und die Errichtung derselben als Bauleistungen einzustufen sind (Rdn. 45 und Rdn. 48). Für die Annahme einer Baukonzession wäre im Übrigen aber auch erforderlich, dass das Unternehmen sich gegenüber der Kommune einklagbar vertraglich verpflichtet, eine Bauleistung zu erbringen, an der die Kommune ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse hat

51

---

<sup>83</sup> Zum Entgeltbegriff: Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, Rn. 43; Nach dem hier zu beurteilenden Nutzungsvertrag (Rdn. 2) soll allerdings ein marktübliches Entgelt für die Nutzung der Dächer gezahlt werden. Dazu vgl. auch Rdn. 96 ff. (Beihilfenrecht) sowie Rdn. 111 ff. (Wirtschaftlichkeitsgebot).

(Rdn. 27). Beides ist hier nicht erkennbar. In dem eingangs (Rdn. 2) beschriebenen Dachflächennutzungsvertrag soll keine (von der Kommune einklagbare) Pflicht des Unternehmens zur Errichtung und zum Betrieb von PV-Anlagen vereinbart werden. Schließlich ist dabei auch nicht erkennbar, dass die Kommune an der Errichtung der PV-Anlagen ein für die Annahme einer Baukonzession vorausgesetztes „unmittelbares wirtschaftliches Interesse“ oder auch nur einen „Nutzen“ hat, der über ein bloß allgemeines öffentliches Interesse am Klimaschutz und Ausbau erneuerbarer Energie hinausginge. Der beschriebenen Vereinbarung würde insoweit auch keine Baukonzession über die Errichtung von PV-Anlagen innewohnen.

#### dd. Kein Dienstleistungsauftrag

- 52 Nach § 103 Abs. 4 GWB gelten als Dienstleistungsaufträge Verträge über Leistungen, die nicht unter § 103 Abs. 2 und 3 GWB fallen; mithin also öffentliche Aufträge, die weder Warenlieferungen noch Bauleistungen zum Gegenstand haben. Was nicht als Bau- oder Lieferauftrag gilt, ist Dienstleistungsauftrag<sup>84</sup>; freilich soweit die übrigen Merkmale des Auftrags (z.B. Beschaffungsbezug) erfüllt sind. Unter den Beschaffungsarten kommt dem Dienstleistungsvertrag eine Auffangfunktion zu.<sup>85</sup> „Einen öffentlichen Auftrag, der weder Liefer- noch Bau- oder Dienstleistungsauftrag ist, gibt es nicht.“<sup>86</sup>

#### (1.) Kein Dienstleistungsauftrag zur Errichtung oder zum Betrieb von PV-Anlagen

- 53 Nach der hier vertretenen Ansicht erfüllt die Tätigkeit der Errichtung von PV-Anlagen auf Dachflächen in der vorliegenden konkreten Fallkonstellation (Rdn. 2) weder den Begriff des „Bauwerkes“ noch den der „Bauleistung“, so dass schon deshalb mit Blick auf die geplante Errichtung der PV-Anlagen (samt Unterkonstruktion) kein Bauauftrag i.S.d. § 103 Abs. 3 GWB vorliegen kann (vgl. Rdn. 45 und Rdn. 48). Ausgehend von der gesetzlich angeordneten Auffangfunktion des Dienstleistungsauftrages stellt sich nun allerdings (erneut) die Frage, ob die Leistung der Errichtung und des Betriebs von PV-Anlagen durch das Unternehmen in Wirklichkeit von der Kommune beschafft wird und als öffentlicher Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben werden müsste.
- 54 Gegen die Einstufung als Dienstleistungsauftrag spricht allerdings schon der Umstand, dass es nach dem hier zu untersuchenden Dachflächennutzungsvertrag (Rdn. 2) keine von der Kommune einklagbare Pflicht des Unternehmens geben soll, PV-Anlagen zu errichten und (z.B. als Contractor o.ä.) zu betreiben; weder für die Kommune noch für Dritte. Schon deshalb **fehlt** es hier an dem für die Anwendbarkeit des Vergaberechts erforderlichen Vorgang der **Leistungsbeschaffung** durch die öffentliche Hand (Kommune). Die Leistung der Errichtung der PV-Anlagen kommt der Kommune – schon in Ermangelung des Erwerbs von (zivilrechtlichem oder wirtschaftlichem) Eigentum oder tatsächlicher Sachherrschaft an den

---

<sup>84</sup> Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 GWB, Rn. 70.

<sup>85</sup> BGH, Beschl. v. 01.02.2005, Az.: X ZB 27/04.

<sup>86</sup> Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 GWB, Rn. 70.



Anlagen<sup>87</sup> – auch nicht unmittelbar wirtschaftlich zugute<sup>88</sup>. Dasselbe ergibt sich für die Anlagenbetrieb.

Dessen ungeachtet muss ein Dienstleistungsauftrag auch schon deshalb verneint werden, weil nach dem vorliegenden Dachflächennutzungsvertrag (Rdn. 2) von der Kommune an das Unternehmen **kein Entgelt** gezahlt wird; weder für die Errichtung noch für den Betrieb der PV-Anlagen. Dem Unternehmen soll durch die Kommune auch **kein geldwerter Vorteil** (z.B. durch Erlass eines marktüblichen für die Dachflächennutzung<sup>89</sup>) geleistet werden.

Vor diesem Hintergrund (und den geschilderten Prämissen) ist nicht davon auszugehen, dass der hier zu untersuchenden Vereinbarung ein Dienstleistungsauftrag der Kommune über die Errichtung und den Betrieb von PV-Anlagen innewohnt.

## **(2.) Kein Dienstleistungsauftrag zum Betrieb und zur Wartung der elektrischen Anlagen in den Gebäuden**

Mit der beschriebenen vertraglichen Einräumung von Dachnutzungsrechten werden auch keine einklagbaren Pflichten des Unternehmens im Zusammenhang mit der Wartung und dem Betrieb der elektrischen Anlagen in den Gebäuden der Kommune gegen Zahlung eines Entgelts (oder Leistung eines geldwerten Vorteils<sup>90</sup>) vereinbart. Der besagten Vereinbarung wohnt deshalb auch kein Dienstleistungsauftrag inne.

## **ee. Keine Dienstleistungskonzession**

Dienstleistungskonzessionen sind gemäß § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB entgeltliche Verträge, mit denen ein Konzessionsgeber ein Unternehmen mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen bestehen; wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht. Ebenso wie der Dienstleistungsauftrag (Rdn. 52) nimmt auch die Dienstleistungskonzession eine **Auffangfunktion** ein.

## **(1.) Keine Dienstleistungskonzession zur Vermarktung des PV-Stroms an Dritte**

Das **Vergaberecht kennt keine Lieferkonzessionen**, sondern nur Bau- oder Dienstleistungskonzessionen.<sup>91</sup> Ausgehend von der Auffangfunktion des vergaberechtlichen Typus der Dienstleistungskonzession (§ 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB) erscheint es aber erwägenswert, eine von der öffentlichen Hand einklagbare Vertragspflicht zur Warenlieferung an Dritte als eine Dienstleistungskonzession zu behandeln; zumal schließlich auch jede Warenlieferung (erst Recht bei der Belieferung mit Strom) tatsächlich in mehrfacher Hinsicht Dienstleistungs-

<sup>87</sup> Vgl. Rdn. 41 (dort auch Fn. 80).

<sup>88</sup> Liegt also nicht im unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse der Kommune.

<sup>89</sup> Zum Entgeltbegriff: Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, Rn. 43; Nach dem hier zu untersuchenden Nutzungsvertrag (Rdn. 2) soll allerdings ein marktübliches Entgelt für die Nutzung der Dächer gezahlt werden. Dazu vgl. auch Rdn. 96 ff. (Beihilfenrecht) sowie Rdn. 111 ff. (Wirtschaftlichkeitsgebot).

<sup>90</sup> Vgl. Fn. 90.

<sup>91</sup> Fritton/Stein, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 105 GWB, Rn. 9; Wollenschläger, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, Rn. 32 (mit Verweis auf OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.12.2007, Az.: VII-Verg 51/07, Rn. 38).

elemente enthält. Es stellt sich also die Frage, ob die Vermarktung bzw. Versorgung von Letztverbrauchern mit Strom aus den errichteten PV-Anlagen in Wirklichkeit durch die Kommune beschafft wird und als Dienstleistungskonzession ausgeschrieben werden müsste.

- 60 Ungeachtet der Frage, ob eine solche Leistung überhaupt Gegenstand einer vergaberechtlichen Konzession i.S.d. § 105 GWB sein kann, wären mit Blick auf die geschilderte Vereinbarung über die Dachflächenüberlassung (Rdn. 2) schon nicht Voraussetzungen einer beschaffungsrelevanten Konzession erfüllt. Darin unternimmt nämlich das Unternehmen keine von der Kommune einklagbare vertragliche Pflicht, mit dem in den fraglichen PV-Anlagen erzeugten Strom Dritte gegen Entgelt zu beliefern; was für sich schon aus dem Vergaberecht herausführt.<sup>92</sup> Dessen ungeachtet ist auch nicht erkennbar, dass die Kommune an dieser Drittbelieferung ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse oder einen Nutzen hätte, der über ein bloß allgemeines öffentliches Interesse am Klimaschutz und am Ausbau erneuerbarer Energien hinausginge. Auch dies wäre für die Annahme eines vergaberechtsrelevanten Beschaffungsverhaltens erforderlich. Vor diesem Hintergrund ist auch **nicht erkennbar**, dass der zu untersuchenden Vereinbarung eine **Dienstleistungskonzession** der Kommune über die **PV-Strombelieferung dritter Endnutzer** innewohnt.

## (2.) Keine Dienstleistungskonzession zum Betrieb von PV-Anlagen

- 61 In der geschilderten Nutzungsvereinbarung übernimmt das Unternehmen gegenüber der Kommune keine (einklagbare) vertragliche Pflicht, die PV-Anlagen für Dritte (z.B. zur Realisierung von Eigenversorgungskonzepten) operativ zu betreiben. Auch andere Dienstleistungen, die das Unternehmen Dritten anzubieten verpflichtet wäre, sollen in der Vereinbarung mit der Kommune nicht geregelt werden. Insoweit kann auch nicht angenommen werden, dass der zu untersuchenden Vereinbarung die Beschaffung von Dienstleistungen durch die Kommune im Wege einer Dienstleistungskonzession innewohnt.

---

<sup>92</sup> Es lässt sich mit Blick auf den angestrebten Vertrag **auch kein spezifischer (faktischer) Druck zum PV-Anlagebetrieb** feststellen, der die Annahme einer Beschaffung durch die Kommune u.U. rechtfertigen würde. (1) Daran würde auch der Umstand nichts ändern, wenn das **Nutzungsentgelt** aus dem durch die Nutzung des Daches zum PV-Anlagenbetrieb zu erzielenden **PV-Strom-Einnahmen** gezahlt wird. Allein dadurch würde der Verpächter (Kommune) nicht zum Nachfrager der Leistung (PV-Anlagenbetrieb bzw. PV-Stromlieferung), mit der der Pächter (Unternehmen) seinerseits seine Einnahmen erzielt (in anderem Kontext: vgl. OLG Bremen, Beschl. v. 13.03.2008, Az: Verg 5/07, Rn. 23 f). Das gilt auch bei Vereinbarung einer umsatzabhängigen Pacht (in anderem Kontext: vgl. BayObLG, Beschl. v. 04.02.2002, Az.: Verg 1/02). Dazu auch: KG Berlin, Urte. v. 22.01.2015, Az.: 2 U 14/14 Kart, Rn. 23; Lüttmann, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung des deutschen und europäischen Vergaberechts, 2018, S. 199; (2) Man wird grundsätzlich auch nicht deshalb zu einem beschaffungsrelevanten faktischen Druck zum PV-Anlagenbetrieb gelangen, wenn man der Kommune ein **Kündigungsrecht der Dachflächenüberlassung für den Fall** zugesteht, **dass das Unternehmen** die Dächer brach liegen lässt und **keine PV-Anlagen errichtet und betreibt**. Denn ein solches Rücktrittsrecht (so man es überhaupt annimmt) führt nicht dazu, dass die Kommune die Errichtung und den Betrieb von PV-Anlagen ihren Vorstellungen entsprechend durchsetzen kann (in anderem Kontext: VK Darmstadt, Beschl. v. 05.03.2008, Az.: 69d-VK-06/2008, Rn. 44, 72). Die Kommune würde keinen Erfüllungsanspruch erwerben und könnte damit durch die Dachflächenüberlassung keine Leistungserbringung sicherstellen. Vgl. auch Lüttmann, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung des deutschen und europäischen Vergaberechts, 2018, S. 261.



### 3. Fazit

Der Klimaschutz und insbesondere der Ausbau der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien gehört zweifelsohne zum allgemeinen öffentlichen Interesse, das sicher auch von den meisten Kommunen verfolgt und unterstützt (werden) wird. Öffentliche Interessen genügen allerdings nicht, um von einer dem Vergaberecht unterfallenden Leistungsbeschaffung der Kommunen auszugehen.

62

Die hier zu untersuchende Vereinbarung über die Dachflächennutzung (ggf. samt elektrischer Anlage und Netzanschluss des Gebäudes) zum Zweck der Errichtung und des Betriebs von PV-Anlagen (dazu Rdn. 2) enthält weder einen öffentlichen Auftrag, noch eine Bau- oder Dienstleistungskonzession. Auf den Abschluss des hier in Rede stehenden Vertrages ist weder das bundesrechtliche Vergaberecht (GWB, VgV, KonzVgV, UVgO) noch die landesrechtlichen Vergabevorschriften anwendbar. Vor Vertragsschluss muss daher auch kein vergaberechtliches öffentliches Verfahren durchgeführt werden.

## II. Anforderungen des nationalen Kartellrechts

### 1. Einführung in das Problem

Die nachfolgenden Überlegungen beschäftigen sich mit der Frage, ob bei der Einräumung von Nutzungsrechten an Dachflächen einer Kommune für die Installation und den Betrieb von PV-Anlagen aus kartellrechtlichen Gründen womöglich eine öffentliche Ausschreibung oder Ähnliches (z.B. ein Markterkundungsverfahren) durchgeführt werden muss. Die Frage stellt sich deshalb, weil Unternehmen, die marktbeherrschend sind, andere Unternehmen, die beispielsweise Nutzungsrechte an Dächern nachfragen, im Wettbewerb nicht unbillig und ohne Sachgrund behindern dürfen (§§ 18, 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB). Das gleiche gilt, wenn kleinere oder mittlere Unternehmen als Nachfrager von Nutzungsrechten an Dachflächen von dem Anbieter dieser Dachflächen wirtschaftlich abhängig sind, weil sie keine ausreichenden Möglichkeiten haben, auf andere Unternehmen auszuweichen (§ 20 Abs. 1 GWB).

63

Um Fragen dieser Art zu beantworten, ist es notwendig den Anteil an kommunaleigenen Gebäuden in der Kommune ansatzweise zu erfassen. Für die folgende Untersuchung wird unterstellt, dass

64

1. Der Anteil an kommunalen Gebäuden bei ca. 8 % des Gesamtgebäudebestandes in der Kommune liegt.
2. Von den kommunalen Gebäuden nur ca. 60 % für die Aufstellung von PV-Anlagen auf den Dachflächen geeignet ist. Umgekehrt bedeutet dies das ca. 40 % der kommunaleigenen Gebäude für PV-Anlagen nicht geeignet sind. In der hier untersuchten Konstellation verfügt die Kommune somit über etwa 4,8 % der Dachflächen, die sich für PV-Anlagen eignen könnten.

Diese Zahlen müssten bei einer Feinanalyse ermittelt werden. In der Regel wird sich dabei – wie in dem hier gewählten Beispiel – zeigen, dass der Anteil der Gebäude, an denen eine Kommune Nutzungsrechte vergeben könnte, klein ist. Im hier zu untersuchenden Beispiel sind 94 % der Dachflächen in der Kommune nicht im Eigentum derselben, sondern von

65

29



Privaten. Sie stehen also potenziellen Nachfragern nach Nutzflächen für PV-Anlagen im freien, unverfälschten Wettbewerb zur Verfügung.

- 66 Die folgenden kartellrechtlichen Überlegungen legen diese Zahlen zugrunde, weil davon ausgegangen werden kann, dass diese Angaben im „Großen und Ganzen“ die tatsächlichen Verhältnisse in den meisten Kommunen widerspiegeln.

## 2. Kommune als marktbeherrschendes Unternehmen

- 67 Das Kartellrecht verbietet einem Unternehmen, das marktbeherrschend ist, ein anderes Unternehmen im Wettbewerb unbillig zu behindern oder ohne Sachgrund anders zu behandeln als gleichartige Unternehmen (§ 18 Abs. 1, § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB). Andere Unternehmen, die möglicherweise im Wettbewerb behindert werden könnten, wären solche, die ebenfalls an der Einräumung von Nutzungsrechten an Dachflächen der Kommune für die Installation und den Betrieb von PV-Anlagen interessiert sein könnten. Sie würden im Falle eines festgestellten Missbrauchs möglicherweise auf Beseitigung und Unterlassung der Einräumung von Nutzungsrechten (§ 33 Abs. 1 GWB) und auf Schadensersatz (§ 33a Abs. 1 GWB) klagen können.
- 68 Voraussetzung für all diese Überlegungen ist, dass es sich bei einer Kommune mit Blick auf die Einräumung von Nutzungsrechten an Dachflächen für PV-Anlagen um ein **marktbeherrschendes Unternehmen** handelt (§ 18 Abs. 1 GWB). Der BGH geht mit Blick auf eine bestimmte Konstellation bei der Vermietung kommunaler Räumlichkeiten in ständiger Rechtsprechung davon aus, wenn er die Frage prüft, ob eine Gemeinde möglicherweise eine marktbeherrschende Stellung ausnutzt und private Wettbewerber womöglich unbillig behindert.<sup>93</sup>

### a. Kommune als Unternehmen

- 69 Das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung richtet sich nicht an die öffentliche Hand, sondern an **Unternehmen**.

In § 18 Abs.1 GWB heißt es:

*(1) Ein Unternehmen ist marktbeherrschend, soweit es als Anbieter [...] einer bestimmten Art von gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt*

- 1. ohne Wettbewerber ist,*
- 2. keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder*
- 3. eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat.“*

Hiervon ausgehend sind die §§ 18,19 GWB dann und nur dann auf die Kommune anwendbar, wenn diese als **Unternehmen** eingeordnet werden kann. Dabei gilt nach allgemeiner Meinung ein funktionaler, kartellrechtlich eigenständiger **Unternehmensbegriff**.

---

<sup>93</sup> Sog. Schilderprägerurteile: BGH, Urt. v. 08.04.2003, Az.: KZR 39/99; BGH, Urt. v. 24.09.2002, Az.: ZR 4/01; BGH, Urt. v. 03.07.2001, Az.: KZR 11/00; BGH, Urt. v. 28.09.1999, Az.: KZR 18/98; BGH, Urt. v. 14.07.1998, Az.: KRZ 1/97.



Die öffentliche Hand (z.B. Bund, Länder, Kreise, Gemeinden, sonstige öffentlich-rechtliche Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts) ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH als **Unternehmen** i.S.d. GWB zu qualifizieren, soweit sie sich als Anbieter oder Nachfrager von Leistungen am Wirtschaftsleben beteiligt.<sup>94</sup> Nach allgemeiner Meinung ist es erforderlich, aber auch auszeichnend, dass die öffentliche Hand (hier die Kommune) zu den von der Privatrechtsordnung bereitgestellten Mitteln greift und dadurch **am Wirtschaftsleben teilnimmt**.<sup>95</sup> Aus diesem Grunde heißt es im § 185 GWB auch, dass die Vorschriften über marktbeherrschende Unternehmen auch auf Unternehmen anzuwenden sind, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden. Das gilt nur dann nicht, wenn es um öffentlich-rechtliche Gebühren oder Beiträge geht (§ 185 Abs. 1 GWB).

Aus diesen Gründen geht der BGH seit langem davon aus, dass es keine Rolle spielt, ob sich die Organisation (hier: Kommune bei der Vergabe von Nutzungsrechten an Dächern) öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich betätigt.<sup>96</sup> Entscheidend ist, ob die öffentliche Hand (hier: Kommune) eine Tätigkeit ausübt, die **gleichwertig auch von privaten Unternehmen ausgeübt wird oder jedenfalls ausgeübt werden könnte**.<sup>97</sup>

Im vorliegenden Fall geht es um die Einräumung von Nutzungsrechten an Dachflächen von Gebäuden einer Kommune. Nutzungsrechte können z.B. in Form der Miete oder der Pacht oder auch sachenrechtlich (beschränkt persönliche Dienstbarkeit) eingeräumt werden. Die Einräumung solcher Nutzungsrechte kann gleichartig auch von **privaten Unternehmen** vorgenommen werden. Es handelt sich bei der Einräumung dieser Nutzungsrechte auch nicht etwa um eine **hoheitliche Tätigkeit**. Die Gemeinden sind auch nicht (hoheitlich) verpflichtet, an ihren Dachflächen Nutzungsrechte zum Aufbau von PV-Anlagen zur Verfügung zu stellen. Dies könnte sich in den nächsten Jahren möglicherweise dann ändern, wenn Bund und Länder vereinbaren würden, sämtliche Dachflächen in öffentlicher Hand, für die Nutzung von PV-Anlagen im Interesse des Gemeinwohls (Klimaschutz) zur Verfügung zu stellen. Ein solcher gesetzgeberischer Verpflichtungsakt könnte erforderlich werden, um die völkerrechtlichen Vereinbarungen zur CO<sub>2</sub>-Minderung aus dem Pariser und Madrider Abkommen zu erfüllen. Im Augenblick ist dies aber noch nicht der Fall. Jedenfalls muss bei dieser Frage um *Zurückhaltung* geworben und davon ausgegangen werden, dass eine Kommune beim Anbieten der Nutzungsrechte an Dachflächen zur Installation und zum Betrieb von PV-Anlagen wie ein

<sup>94</sup> BGH, Urt. v. 26.10.1961, Az.: KZR 1/61, GRUR 1962, 263, 268 (Gummistrümpfe); BGH, Beschl. v. 22.03.1976, Az.: GZS 2/75, NJW 1976, 1941, 1942 (Auto-Analyzer).

<sup>95</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.12.2004, Az.: VI (Kart) 1/04, WuW/E DE-R 1397, 1402 (ÖPNV Hannover).

<sup>96</sup> BGH, Urt. v. 26.10.1961, Az.: KZR 1/61, GRUR 1962, 263, 265, 268 (Gummistrümpfe); BGH, Beschl. v. 22.03.1976, Az.: GSZ 1/75, BGHZ 66, 229, 232 (Studentenversicherung); BGH, Beschl. v. 22.03.1976, Az.: GZS 2/75, NJW 1976, 1941, 1942ff. (Auto-Analyzer); GmS-OGB, Beschl. v. 29.10.1987, Az.: GmS-OGB 1/86, BGHZ 102, 280, 286 (Rollstühle); BGH, Urt. v. 07.03.1989, Az.: KZR 15/87, BGHZ 107, 273-281 (Lotterie-Bezirksstelle).

<sup>97</sup> Für die Abfallverwertung: OLG Düsseldorf, Urt. v. 09.11.1993, Az.: U (Kart) 2/93, WuW/E OLG 5213, 5218 (Gemischtwirtschaftliche Abfallverwertung); Für die Immobilienvermietung: OLG München, Beschl. v. 14.10.2005, Az.: W (K) 2385/05, WuW/E DE-R 1657 (Auditorium Maximum).



privates Unternehmen gleichartig am Wettbewerb um die Vermarktung von Nutzungsrechten an Dachflächen für PV-Strom teilnimmt.

- 73 Auch der BGH ging in anderen Vermietungsfällen (sog. *Schilderträgerurteilen*<sup>98</sup>) ebenfalls davon aus, dass die Gemeinde dabei unternehmerisch tätig wird. Hieran anknüpfend wird im Folgenden davon ausgegangen, dass eine Kommune bei der Einräumung von Nutzungsrechten an Dachflächen für die Installation und den Betrieb von PV-Anlagen als **Unternehmen i.S.d. GWB** tätig werden würde.

## b. Marktbeherrschung

- 74 Die auch im vorliegenden Zusammenhang letztlich entscheidende Frage ist allerdings, ob die Kommune als Anbieter der Nutzungsrechte an Dachflächen für die Installation und den Betrieb von PV-Anlagen marktbeherrschend ist. Dies würde voraussetzen, dass die Kommune bei der Einräumung entsprechender Nutzungsrechte ohne Wettbewerber wäre oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist, oder im Verhältnis zu anderen Wettbewerbern eine überragende Marktstellung hat (§ 18 Abs. 1 GWB). Entscheidend für die Beantwortung dieser Frage ist zunächst einmal die Abgrenzung des sachlichen und des räumlich relevanten Marktes.

### aa. Sachliche Marktabgrenzung

- 75 Für die Abgrenzung des **sachlich** relevanten Marktes kommt es darauf an, ob bestimmte gewerbliche Leistungen (hier: Nutzungsrechte an Dachflächen) unter sich austauschbar sind. Nach dem vom BGH entwickelten *Bedarfsmarktkonzept* geht es um die Frage, ob Erzeugnisse, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe stehen, dass der verständige Verbraucher sie als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet, miteinander vergleichbar und als gegenseitig austauschbar ansieht.<sup>99</sup>
- 76 Im vorliegenden Fall geht es um die Einräumung von Nutzungsrechten an Dachflächen für den Betrieb von PV-Anlagen. Die Frage lautet aus Sicht des Bedarfsmarktkonzeptes, ob die Nachfrager noch Nutzungsrechten an Dachflächen für PV-Anlagen auch andere Nutzungsflächen für PV-Anlagen nachfragen würden. Denkbar wären z.B. landwirtschaftliche oder forstwirtschaftliche Flächen, die sich für PV-Anlagen eignen. Ein Unternehmen, das sich mit der Installation von PV-Anlagen beschäftigt, wird mit großer Wahrscheinlichkeit nicht nur an Dachflächen, sondern ganz generell an Flächen interessiert sein, die sich für das Installieren einer PV-Anlage eignen. Diese Aussage gilt insbesondere deshalb, weil die Bundesrepublik Deutschland im Klimaschutzplan 2050 verbindlich festgelegt hat, bis zu diesem Jahr CO<sub>2</sub>-neutral im Sinne der Klimaschutzvereinbarung Paris/Madrid zu sein. Dies wiederum kann nur

---

<sup>98</sup> BGH, Urt. v. 08.04.2003, Az.: KZR 39/99; BGH, Urt. v. 24.09.2002, Az.: ZR 4/01; BGH, Urt. v. 03.07.2001, Az.: KZR 11/00; BGH, Urt. v. 28.09.1999, Az.: KZR 18/98; BGH, Urt. v. 14.07.1998, Az.: KRZ 1/97.

<sup>99</sup> So erstmals KG Berlin, Urt. v. 18.02.1969, Az.: Kart V 34/67, WuW/E OLG 995 (Handpreisauszeichner); KG, Beschl. v. 19.07.2000, Az.: Kart 49/99, WuW/E DE-R 628 (Stellenmarkt für Deutschland II); folgend BGH, Urt. v. 19.03.1996, Az.: KZR 1/95, WuW/E 3058, 3062 (Pay-TV-Durchleitung); BGH, Urt. v. 25.06.1985, Az.: KVR 3/84, WuW/E 2150, 2153 (Reinmetall/ WMF).



gelingen, wenn an die Stelle der dann stillgelegten fossilen Kraftwerke Anlagen treten, die CO<sub>2</sub>-freien Strom erzeugen. Dazu gehören PV-Anlagen.

Das bedeutet, die Nachfrage nach PV-Strom wird in den nächsten Monaten und Jahren sprunghaft zunehmen. Es wird infolgedessen nicht darauf ankommen, ob der Strom auf Dächern oder auf anderen Flächen produziert wird. Es wird auch nicht darauf ankommen, ob es sich um kommunale oder private Dächer oder andere Flächen handelt. Es wird auch gleichgültig sein, ob es für die Dachflächen womöglich (partiell und zeitweise) eine zusätzliche Förderung (z.B. durch das EEG oder andere Gesetze) gibt. Entscheidend wird sein, dass es sich bei PV-Strom um CO<sub>2</sub>-frei erzeugten Strom handelt. Anders formuliert: Es wird überhaupt keine Unterschiede zwischen Dach- oder ähnlichen Flächen geben. Diejenigen, die sich mit der Installation von PV-Anlagen professionell beschäftigen, werden Flächen jeder Art an jeder Stelle in der Bundesrepublik Deutschland nachfragen, die sich für die Installation und den Betrieb von PV-Anlagen eignen.

77

So gesehen wird hier davon ausgegangen, dass der sachliche Markt für das Installieren von PV-Anlagen all die Flächen umfasst, die sich für PV-Anlagen eignen. Es handelt sich dabei keinesfalls nur, um Dachflächen. Es handelt sich auf gar keinen Fall nur um Dachflächen in kommunaler Hand. Das bedeutet: Der sachliche Markt umfasst sämtliche Dachflächen, die sich für das Installieren von PV-Anlagen eignen und darüber hinaus um sämtliche Flächen landwirtschaftlicher oder forstwirtschaftlicher Art, die sich in gleicher Weise für das Installieren von PV-Anlagen eignen.

78

Vor allem wird die Nachfrage nach Nutzungsrechten dieser Art nicht durch die Zukunftstechniken bei PV-Modulen bestimmt sein. Derzeit werden, neben den bekannten klassischen PV-Modulen auch Dachziegel entwickelt, mit deren Hilfe PV-Strom geerntet werden kann (z.B. LogicSwiss). Für Unternehmen, die mit Hilfe von PV-Anlagen Strom ernten und vermarkten wollen, ist diese Art der Technik bei der Nachfrage nach Flächen absolut irrelevant. Die Vermarkter von PV-Anlagen suchen ganz allgemein nach Nutzungsrechten an geeigneten Flächen zur Installation von PV-Anlagen. Welche PV-Anlagentechnik sie dabei für die Nutzbarmachung der Flächen letztlich verwenden werden, ist eine zweitrangige Frage. Der sachliche Markt umfasst mit anderen Worten alle Flächen, an denen Nutzungsrechte für PV-Anlagen jeder Art eingeräumt werden könnten. Dachflächen von Kommunen sind somit nur ein kleiner Baustein innerhalb dieses Nachfragevolumens.

79

## bb. Räumliche Marktabgrenzung

Auch bei der **räumlichen** Marktabgrenzung geht es um die **funktionelle Austauschbarkeit aus Sicht des Nachfragers**.<sup>100</sup> Der räumlich relevante Markt erfasst dabei das Gebiet, in dem das betroffene Unternehmen (hier: die Kommune) wirksamem Wettbewerb von Konkurrenten ausgesetzt ist. Es geht um die Frage, ob sich die Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt (etwa einer Gemeinde) von benachbarten Gebieten (etwa Region oder Bundesrepublik Deutschland)

80

---

<sup>100</sup> Allgemeine Meinung: vgl. nur BGH, Beschl. v. 06.12.2011, Az.: KVR 95/10, WuW/E DE-R 3591, 3596 f. (Total/OMV).

deutlich unterscheidet, so dass man annehmen muss, dass die Wettbewerbsbedingungen auf dem räumlich abgegrenzten Markt gegenüber Nachbargebieten eigentümlich sind. Kleinere Gebiete als das Bundesgebiet sind räumlich also nur dann relevant, wenn der Wettbewerb über die Grenzen dieses Gebietes hinaus aus objektiven Gründen ausgeschlossen oder erheblich vermindert ist.

- 81 So kann sich die Konzentrierung auf ein kleineres Gebiet etwa aus den Vertriebswegen ergeben; zum Beispiel, weil Beton nur über eine kurze Transportdauer frisch bleibt.<sup>101</sup> Regionale Märkte sind häufig beim stationären Einzelhandel zu bilden. Dies einfach deshalb, weil die Verbraucher nicht bereit sind, ihre Nachfrage im gesamten Bundesgebiet zu befriedigen.<sup>102</sup> Bei der Vermietung von Gebäuden für KFZ-Schilderhersteller ist der BGH ebenfalls von einer engen räumlichen Marktabgrenzung ausgegangen. Dies deshalb, weil derjenige, der ein KFZ zulassen will, dies nur bei der KFZ-Zulassungsstelle tun kann. Der Schilderpräger, der direkt neben der Zulassungsstelle angesiedelt ist, wird folglich vom Nachfrager aufgesucht werden. Anbieter, die weiter entfernt Schilder prägen würden, hätte keine Marktchance.<sup>103</sup>
- 82 Im vorliegenden Fall geht es um Nutzungsrechte an Dachflächen einer Kommune für die Installation und den Betrieb von PV-Anlagen. Unternehmen, die sich mit der Installation und dem Betrieb von PV-Anlagen professionell beschäftigen, fragen Nutzungsrechte an Flächen bundesweit (womöglich sogar EU-weit) nach.
- 83 Es gibt keinerlei räumliche Grenzen für diejenigen, die nach Nutzungsrechten für Flächen zur Installation von PV-Anlagen nachfragen. Überall dort, wo Flächen verfügbar sind, werden die Unternehmen, die sich mit der Installation von PV-Anlagen beschäftigen, tätig werden. Die Beteiligung am Wettbewerb um Flächen dieser Art kennt folglich keine räumlichen Grenzen. Eine räumliche Begrenzung etwa auf das Stadt- bzw. Gemeindegebiet gibt es für diejenigen, die Nutzungsrechte an Dachflächen für PV-Anlagen nachfragen, auf keinen Fall.
- 84 Der Markt für die Nachfrager nach Nutzungsflächen für PV-Anlagen ist räumlich mit Sicherheit weiter als der Geltungsbereich des GWB (§ 185 Abs. 2 GWB: Bundesrepublik Deutschland). In § 18 Abs. 2 GWB ist geregelt, dass der räumlich relevante Markt weiter sein darf als der Geltungsbereich des Gesetzes; das heißt der Markt für Nutzungsrechte an Dächern für PV-Anlagen dürfte räumlich mindestens den deutschsprachigen Bereich Europas umfassen. Dazu gehören neben der BRD auch Österreich, Südtirol, Schweiz sowie Teile von Tschechien sowie den Benelux-Staaten.
- 85 Dies bedeutet, das Angebot der Kommune für Nutzungsrechte an Dachflächen zur Installation und zum Betrieb von PV-Anlagen macht, betrifft einen winzigen Ausschnitt des gesamten sachlich-räumlichen Marktes für vergleichbare Nutzungsrechte. Auf diesem, weit über die bundesrepublikanischen Grenzen hinausweisenden Markts ist das Angebot der vorliegenden

---

<sup>101</sup> BKartA, Beschl. v. 02.07.2001, Az.: B 1 – 101/01, WuW/E DE-V 465, 466 (Ready Mix).

<sup>102</sup> BKartA, Beschl. v. 30.06.2008, Az.: B 2 - 333/07, WuW/E DE-V 1607, 1612 (EDEKA/Tengelmann); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.09.2009, Az.: VI-Kart 1/08 (V), WuW/E DE-R 2798, 2803 (Bau- und Heimwerkermarkt), Dabei ging um einen Radius von 30 km oder 30 Autominuten.

<sup>103</sup> BGH, Urt. v. 08.04.2003, Az.: KZR 39/99 (Konkurrenzschutz für Schilderpräger); BGH, Urt. v. 24.09.2002, Az.: KZR 4/01 m.w.N. (Kommunaler Schilderprägebetrieb).



Beispiel-Kommune mit 4,8 % der Dachflächen (Rdn. 64) nicht einmal ein Nadelstich bezogen auf die Gesamtmenge aller Flächen die räumlich einzubeziehen sind.

Dabei spielt es letztlich überhaupt keine Rolle, ob man den sachlichen Markt auf Dachflächen, oder womöglich Dachflächen in kommunaler Hand, beschränkt. Denn selbst bei einer solchen Beschränkung des sachlichen Marktes würde die Kommune mit allen Anbietern kommunaler Dachflächen in dem jeweiligen Bundesland, der Bundesrepublik Deutschland, Österreich, Schweiz und anderen Teilen der EU konkurrieren.

Es liegt auf der Hand, dass die Kommune auf diesem räumlichen Markt, der den Nachfragern nach Nutzungsrechten zur Verfügung steht, keine auch nur nennenswerte Marktposition hat. Die wettbewerblichen Auswirkungen des Angebotes von der Kommune an Dachflächen sind auf diesem räumlichen Gesamtmarkt nicht zu spüren. Das Verhalten der Kommune dürfte also noch nicht einmal die Spürbarkeitsgrenze, die typischerweise bei 5% des Gesamtmarktes definiert ist, erreichen.<sup>104</sup>

### c. Fazit

Nach alledem ist festzuhalten, dass die hier untersuchte Kommune (Rdn. 64) auf dem sachlich-räumlichen Markt für Nutzungsrechte an Dächern für die Installation und den Betrieb von PV-Anlagen nicht marktbeherrschend ist. Sie ist für den Wettbewerb sogar unbedeutend. Dies bedeutet, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der §§ 18, 19 GWB auf diese Kommune **nicht** gegeben sind.

## 3. Diskriminierungsverbot (§ 20 GWB)

Ein kartellrechtlicher Missbrauch liegt auch in den Fällen vor, die in § 20 Abs. 1 GWB beschrieben sind. Voraussetzung wäre, dass kleine oder mittlere Unternehmen, die Nutzungsrechte an Dachflächen für PV-Anlagen nachfragen, von der der Kommune in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen (relative Marktmacht).

### a. Kleine und mittlere Unternehmen

Es geht also um kleine und mittlere Unternehmen, die in Ermangelung von Ausweichmöglichkeiten von der Kommune abhängig sein könnten. Das Gesetz definiert nicht den Begriff der kleinen und mittleren Unternehmen. Entscheidend sind insoweit Umsatzschwellen.<sup>105</sup> In der Kartellrechtspraxis wird regelmäßig an die Größenkriterien in § 35 GWB angeknüpft. Ein Unternehmen mit weniger als 10 bis 25 Mio. Euro Umsatz gilt als Kleinunternehmen (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 GWB). Der BGH stellt auf den Grad der unternehmensbedingten Abhängigkeit ab.<sup>106</sup> Fragen dieser Art müssen im vorliegenden Zusammenhang nicht vertieft werden. Denn letztlich bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür,

<sup>104</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 23.02.1988, Az.: KRB 4/87, WuW/ E 2469, 2470 (Brillenfassungen); BGH, Beschl. v. 13.01.1988, Az.: KVR 40/96, GRUR 1998, 739,743 (CarPartner).

<sup>105</sup> BKartA Berlin, Beschl. v. 26.02.1999, Az.: B 9 - 51100 - TV - 133/98, WuW/E DE-V 94, 95 (Metro HGE Einkaufs GmbH).

<sup>106</sup> BGH, Beschl. v. 19.01.1993, Az.: KVR 25/91, WuW/E 2875, 2878 f. (Herstellerleasing).



dass kleine und mittlere Unternehmen, die Nutzungsrechte an Dachflächen für PV-Anlagen nachfragen, von der hier untersuchten Kommune als eine Anbieterin von Nutzungsrechten an Dachflächen dieser Art abhängig sein könnten.

## b. Abhängigkeit

91 **Abhängigkeit** besteht nur dann, wenn ein Unternehmen (hier: Nachfrager nach Nutzungsrechten an Dachflächen) zur Erhaltung seiner Wettbewerbsfähigkeit auf ein anderes „marktstarkes“ Unternehmen (hier: Kommune) **angewiesen** ist. Angewiesen wäre das nachfragende Unternehmen dann, wenn es keine oder keine ausreichenden oder zumutbaren Alternativen gäbe, auf andere Anbieter von Dachflächen für PV-Anlagen im Wettbewerb auszuweichen.

92 **BGH vom 08.04.2003 (KZR 39/99)**

Ein solcher Fall lag dem Urteil des **BGH vom 08.04.2003 (KZR 39/99)** zugrunde. Es ging um eine Gemeinde, die neben ihrer Kfz-Zulassungsstelle an ein Unternehmen Räume vermietet hatte. Die Gemeinde räumte diesem Unternehmen ein **Exklusivrecht** (Vermietung) für die Herstellung und den Verkauf von Kfz-Kennzeichen ein. Der Vertrag wurde über 10 Jahre mit einer zweimaligen Verlängerungsoption für weitere 10 Jahre geschlossen.

Im Rechtsstreit ging es um die Frage, ob die Gemeinde berechtigt war, einen solchen Mietvertrag mit einem Exklusivrecht für die Schilderherstellung zugunsten eines einzigen Unternehmens zu schließen.

Der BGH verneinte diese Frage und stützte sich dabei auf § 20 Abs. 1 GWB in der damals geltenden Fassung. Die Überlegungen, die der BGH aus der Sicht der damals geltenden Fassung von § 20 Abs. 1 GWB anstellte, sind auch für den heutigen Wortlaut von § 20 Abs. 1 GWB relevant.

Der BGH fragte zunächst einmal, auf welchen Markt abzustellen sei. Seine Antwort: Es geht um Gewerbeflächen, die sich für einen Schilderpräger zur Anmietung eignen, weil er in unmittelbarer Nähe zur Kfz-Zulassungsstelle den Bedarf an amtlichen Kfz-Schildern abdecken könne. Auf diesem Markt – also innerhalb des Gebäudes, in dem die Kfz-Zulassungsstelle tätig ist – sei die Gemeinde **marktbeherrschend**. Denn nur sie konnte dort eine Kfz-Zulassungsstelle einrichten. Indem die Gemeinde Räume in unmittelbarer Nähe zur Zulassungsstelle an ein einziges Unternehmen vermietete, behandelte sie alle anderen (potenziellen) Nachfrager nach vergleichbaren in der Nähe gelegenen Räumen zur Herstellung von Kfz-Schildern **unbillig**. Wenn, wie in diesem Fall, nur eine begrenzte Zahl an Räumen in der Nähe der Kfz-Zulassungsstelle überhaupt in Betracht kommen, so ist der Vermieter (die Gemeinde) nicht nur verpflichtet, den aktuellen Bedarf im Wege der **Ausschreibung** zu ermitteln. Sie darf darüber hinaus den Marktzutritt für (potenzielle) Wettbewerber nicht für einen längeren Zeitraum als für **5 Jahre** blockieren. Er muss die Räumlichkeiten also in entsprechenden Abständen neu ausschreiben.

Aus der Perspektive des heute geltenden § 20 Abs. 1 GWB bedeutet dies, dass die Gemeinde, die ein einziges Unternehmen bevorzugt, im Umkehrschluss alle anderen (aktuellen und potenziellen) Nachfrager deshalb missbräuchlich behandelt, weil diese Unternehmen objektiv

keine Möglichkeit haben, auf andere Anbieter von Räumen auszuweichen. Denn es gibt keine anderen Anbieter von Gewerberäumen als die Gemeinde.

Heute würde dieser Fall über § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB genauso gelöst werden, wie es der BGH entschieden hat. Aber: Die Grundsätze, die der BGH im Jahre 2003 entwickelt hat, zeigen, dass in diesen Fällen zugleich der Tatbestand des § 20 Abs. 1 GWB erfüllt ist. Die Unternehmen, die nach Räumen zur Herstellung von Kfz-Schildern nachfragen würden, hätten keinerlei Möglichkeit dies zu tun, weil die Gemeinde einem einzigen Nachfrager das ausschließliche Mietrecht zur Herstellung solcher Schilder eingeräumt hätte. Es leuchtet ein, dass Fälle dieser Art gegen das geltende Kartellrecht verstoßen, denn sie führen dazu, dass eine Gemeinde bei ihrer hoheitlichen Tätigkeit einen einzigen Nachfrager begünstigt und damit zugleich alle anderen Nachfrager von demselben Markt ausschließt.

**BGH vom 24.09.2002 (KZR 4/01)**

93

Schon am 24.09.2002 hatte der BGH einen ähnlichen Fall zu entscheiden (KZR 4/01). Auch dort ging es um die Vermietung von Gewerbeflächen für Schilderträger. Die Gemeinde hatte den Raum unmittelbar neben der Kfz-Zulassungsstelle an ein Unternehmen vermietet, an dem sie selbst 100 % der Geschäftsanteile hielt. Auf diese Weise verschaffte sie sich gegenüber drei weiteren Unternehmen, die weiter entfernt angesiedelt waren, einen erheblichen Wettbewerbsvorteil.

Der BGH stellte zunächst einmal klar, dass eine Gemeinde als marktbeherrschende Vermieterin von Gewerbeflächen für Schilderträger ein ihr selbst gehörendes Tochterunternehmen ohne weiteres **bevorzugen** darf. Eine solche Bevorzugung sei für sich allein genommen **nicht unbillig**.<sup>107</sup> Das mit der Gemeinde konzernmäßig verbundene Unternehmen sei nämlich im Hinblick auf die bestehende wirtschaftliche Einheit nicht als mit anderen Nutzungspotenten gleichartiges Unternehmen anzusehen.<sup>108</sup> Auch einem marktbeherrschenden Vermieter von Gewerberäumen stehe es grundsätzlich frei, alle vorhandenen Räume zu vermieten oder aber einen oder mehrere Räume selbst zu nutzen, um dort ein eigenes Schilderprägergeschäft zu betreiben. Übertrage die Gemeinde dieses Geschäft einem Tochterunternehmen, so bleibe es ihr unbenommen, diesem Unternehmen günstigere Konditionen als den konzernfremden Mietern zu gewähren.<sup>109</sup>

Problematisch, so der BGH, sei jedoch, dass die Gemeinde nicht nur als marktbeherrschende Vermieterin von Räumen gehandelt habe. Vielmehr habe sich ihre überragende Stellung auf dem fraglichen Markt unmittelbar aus ihrer **öffentlichen Aufgabe** abgeleitet. Die öffentliche Hand, so der BGH, die sich privatwirtschaftlich betätige, dürfe sich bei der Wahrnehmung ihrer erwerbswirtschaftlichen Betätigung nicht dadurch einen unsachlichen Vorsprung vor ihren Mitbewerbern verschaffen, dass sie ihre hoheitlichen Befugnisse zur Durchsetzung ihrer privatwirtschaftlichen Interessen und zur Förderung ihres Wettbewerbs einsetze oder die

---

<sup>107</sup> BGH, Urt. v. 24.09.2002, Az.: KZR 4/01, Rn. 25.

<sup>108</sup> So schon BGH, Urt. v. 12.11.1991, Az.: KZR 2/90, WuW/E 2755, 2759 (Aktionsbeträge); Grave in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 95. Lieferung 01.2020, § 20 GWB, Rn. 87.

<sup>109</sup> BGH, Urt. v. 24.09.2002, Az.: KZR 4/01, Rn. 25.



privaten Mitbewerber mit Mitteln verdränge, die diesen nicht zugänglich seien; ihr dagegen, auf Grund ihrer öffentlich-rechtlichen Sonderstellung zur Verfügung stünden (etwa indem sie eine öffentlich-rechtliche Monopolstellung ausnutze).<sup>110</sup>

In jenem Fall war die gebündelte Nachfrage nach Kfz-Schildern allein darauf zurückzuführen, dass die Gemeinde in dem fraglichen Gebäude in Erfüllung **hoheitlicher Aufgaben** ihre Kfz-Zulassungsstelle betrieb. Es stelle (so der BGH) eine unzulässige Verquickung dieser Aufgabe mit einer erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit dar, wenn die Gemeinde ihre beherrschende Stellung zum Nachteil leistungsbereiter privater Wettbewerber in einer Weise ausnutze, um für sich selbst den größten wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Unbedenklich sei eine solche, private Anbieter verdrängende Erwerbstätigkeit nur dann, wenn es sich um eine bloße **Hilfstätigkeit** zur öffentlich-rechtlichen Aufgabe handele und die Versorgung der Bürger durch private Anbieter auf längere Sicht nicht zuverlässig gewährleistet erscheine.<sup>111</sup> Demgegenüber ist es (so der BGH) kartellrechtlich unbedenklich, wenn die Gemeinde Räume für das Prägen von Schildern in regelmäßigen Abständen ausschreibe und jenen Interessenten den Vorzug gäbe, die das Höchstgebot abgeben.<sup>112</sup>

94

### ***Keine Übertragbarkeit der BGH-Fälle***

All diese Fälle sind mit dem hier zu beurteilenden Sachverhalt aus **mehreren Gründen nicht vergleichbar**.

Zunächst einmal ist die vorliegend gewählte Kommune bei der Einräumung von Nutzungsrechten an Dachflächen für PV-Anlagen **nicht hoheitlich**, sondern rein *fiskalisch* bzw. erwerbswirtschaftlich tätig. Es gibt, wie oben bereits dargestellt, derzeit keine hoheitliche Verpflichtung für die öffentliche Hand, ihre Dachflächen einer Nutzung für PV-Anlagen zuzuführen.

Darüber hinaus ist diese Kommune als Anbieter von Nutzungsrechten an Dachflächen für PV-Anlagen nicht nur nicht marktbeherrschend, sondern für den Gesamtwettbewerb um Flächen, die sich für PV-Anlagen eignen, absolut unbedeutend.

Aus dieser Tatsache folgt zugleich, dass kein Nachfrager nach Flächen, die sich für PV-Anlagen eignen, von dieser Kommune **abhängig** sein kann. Da der Markt für Flächen, die sich für PV-Anlagen eignen, weit größer ist als das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland, können Unternehmen, die Flächen für PV-Anlagen nachfragen, auf eine Vielzahl von Anbietern in der jeweiligen Kommune, in der Region, in der Bundesrepublik Deutschland aber auch in Österreich, der Schweiz und anderen europäischen Mitgliedstaaten ausweichen. Der Markt für ein Angebot dieser Art ist groß. Der Zugang zu diesem Markt ist unbeschränkt.

Auch kleine und mittlere Unternehmen, die PV-Nutzflächen nachfragen, werden durch die Dachflächenvermietung/-verpachtung der hier beschriebenen Kommune an ein

---

<sup>110</sup> So bereits BGH, Urt. v. 19.06.1986, Az.: I ZR 54/84, GRUR 1987, 116, 118 (kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I); BGH, Urt. v. 26.03.1998, Az.: I ZR 222/95, GRUR 1999, 256, 257 (1000 DM Umwelt-Bonus); BGH, Urt. v. 09.07.2002, Az.: KZR 30/00 (Fernwärme für Börsen).

<sup>111</sup> BGH, Urt. v. 26.04.1974, Az.: I ZR 8/73, GRUR 1974, 733, 735 (Schilderverkauf).

<sup>112</sup> So BGH, Urt. v. 14.07.1998, Az.: KZR 1/97 (Schilderpräger im Landratsamt), Rn. 29.





Unternehmen, an dem die Kommune beteiligt ist (vgl. Rdn. 2), weder im Wettbewerb unbillig behindert noch vom Marktzugang in unsachgemäßer Weise ausgeschlossen. Der Grund dafür ist, dass eine Vielzahl von ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten bestehen, auf andere Anbieter von Flächen, die sich für PV-Anlagen, auszuweichen. Kein Unternehmen ist auf das Angebot der hier beschriebenen Kommune angewiesen.

Insoweit unterscheiden sich die Schilderträger-Fälle, die eben dargestellt wurden, grundlegend von dem hier zu beurteilenden Sachverhalt.

### c. Fazit

Die hier untersuchte Kommune (Rdn. 2) ist auf dem sachlich-räumlichen Markt für Nutzungsrechte an PV-Anlagen-geeigneten Dachflächen nicht marktbeherrschend, weshalb sie nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB auch nicht gezwungen ist, entsprechende Nutzungsrechte im Wege eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens (o.ä.) jedermann anzubieten. Die Einräumung entsprechender Nutzungsrechte an ein mit der hier untersuchten Kommune konzernrechtlich verbundenes Unternehmen (Rdn. 2) erfüllt auch nicht den Tatbestand des § 20 Abs. 1 GWB.

95

## III. Beihilfenrechtliche Vorgaben

Vorgaben für die Gewährung von Nutzungsrechten an den Dachflächen öffentlicher Verwaltungsgebäude und Liegenschaften können sich aus dem europäischen Beihilferecht ergeben. Die Zurverfügungstellung der Flächen an ein Unternehmen könnte eine beihilferechtlich relevante Begünstigung darstellen, die gemäß Art. 107 Abs. 1, 108 Abs. 3 AEUV zu notifizieren wäre. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist ein Vertrag, durch den eine Beihilfe ohne vorherige Anzeige und abschließende (positive) Kommissionsentscheidung gewährt wird, nichtig.<sup>113</sup> Handelt es sich hingegen nicht um eine staatliche Beihilfe, unterliegt die Nutzungsgewährung keinen dahingehenden Beschränkungen.

96

### 1. Begriff der Beihilfe

Der Beihilfebegriff des Art. 107 Abs. 1 AEUV setzt voraus, dass dem bzw. den Begünstigten infolge einer staatlichen Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel ein selektiver Vorteil gewährt wird, der geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und welcher den Wettbewerb verfälscht bzw. zu verfälschen droht.<sup>114</sup> Die Staatlichkeit der Mittel setzt voraus, dass Zuwendungen mittelbar oder unmittelbar aus dem

97

---

<sup>113</sup> BGH, Beschl. v. 13.09.2012, Az.: III ZB 3/12, Rn. 19; BGH, Urt. v. 20.1.2004, Az.: XI ZR 53/03; BGH, Urt. v. 24.10.2003, Az.: V ZR 48/03; BGH, Urt. v. 4.4.2003, Az.: V ZR 314/02; Eine Gesamtnichtigkeit des Vertrages ist allerdings nicht zwingend. Die Nichtigkeit kann sich u.U. auch nur auf den Teil des Vertrages beziehen, durch den eine Beihilfe gewährt wird (hier die Vereinbarung eines zu niedrigen Preises): vgl. BGH, Urt. v. 5.12.2012, Az.: I ZR 92/11, Rn. 33 ff.

<sup>114</sup> von Wallenberg/Schütte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (2019), Art. 107, Rn. 24 ff.; Cremer, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV (2016), Art. 107, Rn. 29 ff., 38 ff.



Staatshaushalt fließen.<sup>115</sup> Maßgeblich ist hierbei die Steuerbarkeit des Mittelflusses durch staatliche Stellen.<sup>116</sup>

#### **a. Finanzierung aus staatlichen Mitteln**

- 98 Eine mögliche Vorteilsgewährung hat aus staatlichen Mitteln zu erfolgen und müsste dabei dem Staat auch zurechenbar sein. Ungeachtet der Frage der Vorteilsgewährung – hierzu sogleich unter b. (Rdn. 100) – ist der Ausgangspunkt einer möglichen Begünstigung vorliegend der staatlichen Sphäre zuzuordnen: Soweit die Nutzungsüberlassung der in öffentlichem Eigentum stehenden Dachflächen an ein Unternehmen einen Vorteil begründet, wird dieser durch die öffentliche Hand gewährt. Der Umstand, dass die in Rede stehenden Dachflächen bislang keiner Nutzung unterliegen, steht dem nicht entgegen.
- 99 Die Nutzung dieser Flächen stellt einen wirtschaftlichen Wert dar und ist damit Bestandteil der Mittel der öffentlichen Hand. Die Gewährung des Zugangs zu öffentlichen Bereichen bzw. die Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte kann damit – in Abhängigkeit zu der hierfür gewährten Gegenleistung – einen Verzicht auf staatliche Mittel darstellen.<sup>117</sup> Eine Übertragung staatlicher Mittel ist immer dann gegeben, wenn Behörden für eine bestimmte Leistung (hier: Nutzungsgewährung) nicht den Preis erheben, der regelmäßig „im Rahmen ihres allgemeinen Systems für den Zugang zu öffentlichen Bereichen oder natürlichen Ressourcen oder für die Gewährung bestimmter besonderer oder ausschließlicher Rechte zu entrichten wäre.“<sup>118</sup> Ein dahingehender Vorteil des Begünstigten kann eine, dem Staat zurechenbare, Mittelgewährung darstellen.

#### **b. Unternehmen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV**

- 100 Das hier untersuchte Unternehmen der Kommune (vgl. Rdn. 2) bildet ein Unternehmen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV. Der Unternehmensbegriff des Beihilfenregimes erfasst jegliche wirtschaftliche Betätigung, ungeachtet ihrer Rechtsform oder Finanzierungsform.<sup>119</sup> Dem Unternehmensbegriff entzogen ist einzig eine wirtschaftliche Tätigkeit, die in Ausübung hoheitlicher Befugnisse erfolgt. Dies ist bei der erwerbswirtschaftlichen Betätigung des besagten Unternehmens der Kommune nicht der Fall.

#### **c. Selektivität**

- 101 Eine mögliche Begünstigung des Unternehmens durch die Nutzungsüberlassung der Dachflächen wäre auch zwingend selektiv im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV, da die vorliegend in Rede stehende Vorteilsgewährung ein bestimmtes Unternehmen betrifft.

---

<sup>115</sup> EuGH, Slg. 2001, I-2009, Tz. 58 ff. – PreussenElektra; Schmidt-Preuß, in: Säcker, Berl.Komm.EnR, Bd. 1, Teil 1 (2019), Einl. B, Rn. 135 f.; Lippert/Kindler, EnWZ 2017, S. 256 (257).

<sup>116</sup> Nettessheim, NJW 2014, S. 1847 (1850).

<sup>117</sup> Kommissionsbekanntmachung 2016/C 262/01 vom 19.07.2016, Rz. 53.

<sup>118</sup> Kommissionsbekanntmachung 2016/C 262/01 vom 19.07.2016, Rz. 55.

<sup>119</sup> Kommissionsbekanntmachung 2016/C 262/01 vom 19.07.2016, Rz. 7.





## d. Begünstigung durch Zurverfügungstellung der Dachflächen

Das Vorliegen einer Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV hängt somit davon ab, ob das fragliche Unternehmen durch die Zurverfügungstellung der Dachflächen begünstigt wird. Hierfür muss dem Unternehmen ein Vorteil, das heißt eine wirtschaftliche Vergünstigung gewährt sein, den ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen, also ohne Eingreifen des Staates, nicht erhalten könnte.<sup>120</sup> Dabei ist einerseits die finanzielle Situation des Unternehmens zu betrachten.<sup>121</sup> Der Beihilfenbegriff des Art. 107 AEUV setzt zudem einen Zusammenhang zwischen dem gewährten Vorteil des Begünstigten und einer korrespondierenden Mittelverringerung der öffentlichen Hand voraus.<sup>122</sup> Maßgeblich ist dabei der für die Nutzungsüberlassung der Dachflächen zu entrichtende Preis. Nur wenn dieser im konkreten Fall unterhalb des wirtschaftlichen Wertes der gewährten Nutzung liegt, verschafft die Nutzungsüberlassung dem Unternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil.<sup>123</sup> Umgekehrt ist die Annahme einer staatlichen Beihilfe ausgeschlossen, wenn für die Nutzungsüberlassung ein marktkonformer Preis erhoben wird.

102

## 2. Feststellung der Marktkonformität

Der Preis für die Zurverfügungstellung der Dachflächen hat folglich dem Marktpreis zu entsprechen.<sup>124</sup> Grundsätzlich darf der Staat als Wirtschaftsbeteiligter auftreten und hierbei wirtschaftliche Transaktionen vornehmen. Dahingehende Transaktionen unterfallen dann nicht dem Beihilferecht, wenn sie der Gegenseite keinen Vorteil gewähren, sondern zu normalen Marktbedingungen abgewickelt werden.<sup>125</sup>

103

### a. Maßstab der Marktkonformität

Das Vorliegen einer beihilferechtswidrigen Begünstigung bestimmt sich daher anhand des wirtschaftlichen Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung. Dabei ist das Verhalten öffentlicher Stellen mit dem Verhalten vergleichbarer privater Rechtsträger zu vergleichen. Vergleichsmaßstab bildet hierbei das Marktergebnis das unter normalen Wirtschaftsbedingungen erzielbar ist. Für die Veräußerung öffentlichen Eigentums haben die Unionsgerichte insoweit das Kriterium des privaten Verkäufers entwickelt, welches danach fragt, ob ein privater Verkäufer unter normalen Marktbedingungen denselben oder einen besseren Preis erzielt hätte.<sup>126</sup>

104

Ob also eine Transaktion den Marktbedingungen entspricht, ist ex ante im Wege einer umfassenden Bewertung der Transaktion auf das betreffende Unternehmen festzustellen.<sup>127</sup>

105

<sup>120</sup> EuGH, Urt. v. 11.07.1996, C-39/94 (SFEI u.a.), Rn. 60; EuGH, Urt. v. 29.04.1999, C-342/96 (Spanien/Kommission).

<sup>121</sup> EuGH, Urt. v. 02.07.1974, C-173/73 (Italien/Kommission), Rn. 13.

<sup>122</sup> EuGH, Urt. v. 19.03.2013, C-399/19 P und C-401/10 P (Bouygues).

<sup>123</sup> EuGH, Urt. v. 16.07.2015, C-39/14 (BVVG), Rn. 29.

<sup>124</sup> EuGH, Urt. v. 16.02.2010, C-239/09 (Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe), Rn. 35.

<sup>125</sup> EuGH, Urt. v. 11.07.1996, C-39/94 (SFEI u.a.), Rn. 60 f.

<sup>126</sup> EuGH, Urt. v. 28.02.2012, T-268/08 und T-281/08 (Land Burgenland und Österreich/Kommission).

<sup>127</sup> EuGH, Urt. v. 05.06.2012, C-124/10 (Kommission/EDF), Rn. 83 ff., 105; EuGH, Urt. v. 16.05.2002, C-482/99 (Frankreich/Kommission), Rn. 71 f.; EuG, Urt. v. 30.04.1998, T-16/96 (Cityflyer Exoress/Kommission), Rn. 76.



Hierbei obliegt es dem Mitgliedstaat, geltend zu machen, seine staatlichen Stellen hätten sich wie ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter verhalten und im Zweifelsfall nachweisen, dass die Entscheidung über die Durchführung der Transaktion auf Grundlage wirtschaftlicher Bewertungen getroffen wurde, die denen vergleichbar sind, die ein vernünftiger, marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsteilnehmer in vergleichbarer Lage vorgenommen hätte.<sup>128</sup> Der Umfang der vorzunehmenden ex-ante Bewertung richtet sich dabei nach der Komplexität der Transaktion sowie dem Wert der betroffenen Vermögenswerte bzw. Dienstleistungen.

## b. Nachweiserbringung

- 106 Der Nachweis der Marktkonformität kann dabei auf verschiedene Weise erbracht werden. Problemlos feststellbar ist die Angemessenheit bzw. Gleichwertigkeit der Gegenleistung überall dort, wo bereits ein transparenter Marktpreis für die fragliche Leistung existiert. Ist ein dahingehender Marktpreis nicht existent, bedarf es anderer Maßstäbe bzw. Verfahren zur Ermittlung einer marktkonformen Vergütung. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen empirisch feststellbarer Marktkonformität, etwa in Gestalt von Ausschreibungen<sup>129</sup> bzw. wenn Transaktionen zu gleichen Bedingungen von öffentlichen Stellen und privaten Wirtschaftsbeteiligten durchgeführt werden (sog. *Pari-passu*-Transaktionen).<sup>130</sup> Neben diesen empirischen Bewertungsmethoden sind aber auch andere Bewertungsmethoden anerkannt: Mitgliedstaaten können etwa ein sog. Benchmarking vornehmen, mit welchem Transaktionen mit ähnlichem Gegenstand und Vereinbarungen zwischen privaten Wirtschaftsbeteiligten in vergleichbarer Lage verglichen werden.<sup>131</sup> Insbesondere bei Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand lässt sich die Marktkonformität des Marktpreises anerkanntermaßen auf Grundlage von Gutachten unabhängiger Sachverständigen ermitteln.<sup>132</sup> Anerkannt sind dabei Wertgutachten von Sachverständigen, die auf objektiven Kriterien beruhen und nicht durch politische Erwägungen getragen sind.<sup>133</sup>
- 107 Die Wahl der Bewertungsmethode hängt dabei vom Gegenstand der staatlichen Maßnahme ab. Die Nutzungsüberlassung von Dachflächen stellt eine, der Grundstücksveräußerung vergleichbare Situation dar. Bei der Bewertung der Leistungsbeziehung innerhalb dieses privatrechtlich ausgestalteten Rechtsverhältnisses ist also jedenfalls die Einholung eines **Wertgutachtens** eines unabhängigen Sachverständigen erforderlich, aber auch **ausreichend**. Der Marktwert der Nutzungsüberlassung ist nach anerkannten Bewertungsstandards und Marktindikatoren zu ermitteln.<sup>134</sup> Zur konkreten Umsetzung hat die Kommission eine

---

<sup>128</sup> EuGH, Urt. v. 05.06.2012, C-124/10 P (Kommission/EDF), Rn. 82 ff.; EuGH, Urt. v. 24.10.2013, C-214/12 P, C-215/12 P und C-233/12 (Land Burgenland/Kommission), Rn. 61.

<sup>129</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 07.12.2000, C-324/98 (Telaustria), Rn. 62; EuGH, Urt. v. 03.12.2001, C-59/00 (Bent Moussten Vestergaard), Rn. 20.

<sup>130</sup> Vgl. EuG, Urt. v. 12.12.2000, T-296/97 (Alitalia/Kommission), Rn. 81.

<sup>131</sup> Kommissionsbekanntmachung 2016/C 262/01 vom 19.07.2016, Rz. 98 ff.

<sup>132</sup> Vgl. Kommission, ABl. 1997, C 209, S. 3 ff.

<sup>133</sup> Vgl. Kommission, Grundstücksermittlung, ABl. 1997 Nr. C 209/3, 2. Teil; Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht (2016), Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 79.

<sup>134</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 16.07.2015, C-39/14 (BVVG), Rn. 31.



Mitteilung betreffend Elemente staatlicher Beihilfen bei Verkäufen von Bauten und Grundstücken durch die öffentliche Hand veröffentlicht.<sup>135</sup>

### 3. Ausnahmen von den Vorgaben des Beihilfenregimes

Ungeachtet des Nachweises der Marktgerechtigkeit der Vergütung sind bestimmte Tatbestände von den Vorgaben des Beihilfenregimes befreit. Dies betrifft zunächst die Freistellungen ausweislich der Kommissionsleitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen. Daneben ist für bestimmte *de-minimis*-Beihilfen, die einen konkreten Höchstbetrag nicht überschreiten, der Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht anwendbar.

108

#### a. Beihilfeleitlinien

Nach den Beihilfeleitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen,<sup>136</sup> sind staatliche Beihilfen, die zur Förderung von Umwelt- und Energiezielen gewährt werden, vom Beihilfenregime des Art. 107 Abs. 1 AEUV ausgenommen. Erfasst sind hiervon etwa „*Beihilfen für erneuerbare Energien*“.<sup>137</sup> Gefördert werden darf damit „*Energie, die in Anlagen erzeugt wird, in denen ausschließlich erneuerbare Energien eingesetzt werden (...)*“.<sup>138</sup> Eine dahingehende Förderung kann auch in Gestalt der Nutzungsüberlassung der von den Anlagen beanspruchten Flächen gewährt werden. Anmeldepflichtig im Sinne des Art. 108 Abs. 3 AEUV sind aber wiederum Einzelbeihilfen, die als „*Betriebsbeihilfen [...] für Anlagen zur Erzeugung erneuerbaren Stroms an Standorten gewährt werden, deren Erzeugungskapazität für erneuerbaren Strom pro Standort 250 Megawatt („MW“) überschreitet*“.<sup>139</sup>

109

#### b. De-minimis-Regel

Sogenannte *de-minimis*-Beihilfen sind vom Beihilfenverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV ausgenommen, soweit von ihnen keine spürbaren Auswirkungen auf den Wettbewerb und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten ausgehen. Nach Art. 3 *de-minimis*-Verordnung VO (EU) Nr. 1407/2013 fallen Beihilfemaßnahmen, die sonst die Voraussetzungen des Art. 107 Abs. 1 AEUV unterfallen, nicht unter die Anmeldepflicht des Art. 108 Abs. 3 AEUV, wenn der Gesamtbetrag der Begünstigung in einem Zeitraum von drei Steuerjahren **200.000 EUR** nicht übersteigt.<sup>140</sup> Dieser Betrag bezieht sich freilich nicht auf das Gesamtvolumen der Transaktion, sondern beschränkt sich auf die gewährte Begünstigung. In diesen Fällen ist regelmäßig keine zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigung zu befürchten. An einer dahingehenden Handelsbeeinträchtigung fehlt es insbesondere auch dann, wenn Beihilfen an ein Unternehmen, das eine lokale Tätigkeit ausübt, gewährt werden.<sup>141</sup>

110

<sup>135</sup> Kommission, ABl. 1997, C 209, S. 3 ff.

<sup>136</sup> Kommission, Mitteilung 2014/ C 200/01.

<sup>137</sup> Kommission, Mitteilung 2014/ C 200/01, Ziff. 1.2. Rz. 18 e).

<sup>138</sup> Kommission, Mitteilung 2014/ C 200/01, Ziff. 1.3. Rz. 19 (11).

<sup>139</sup> Kommission, Mitteilung 2014/ C 200/01, Ziff. 2 Rz. 20 b).

<sup>140</sup> Vgl. LG Wuppertal, Urt. v. 21.07.2017 – 2 O 171/17, Rn. 72 ff.

<sup>141</sup> v. Wallenberg/Schütte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 107 AEUV, Rn. 76.

## IV. Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots

- 111 Bei der Veräußerung bzw. Vermietung sind Kommunen und sonstige öffentliche Träger auch durch die Gemeindeordnung (bzw. Kommunalverfassung) gebunden. Diese regelt nicht nur die Frage des „Ob“, sondern auch „wie“ Gemeinden am Wirtschaftsleben teilnehmen dürfen. Mit Blick auf die Betätigung im Wirtschaftsverkehr postulieren die Gemeindeordnungen der Bundesländer ein Wirtschaftlichkeitsgebot, durch welches die öffentliche Hand gebunden ist. Dies ist regelmäßig Ausdruck des Haushaltsgrundsatzes der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit.<sup>142</sup> Die Veräußerung von Vermögensgegenständen der Kommunen hat damit nach den Gemeindeordnungen in der Regel nur zu ihrem marktkonformen Wert – typischerweise dem Verkehrswert – zu erfolgen.<sup>143</sup>
- 112 In den Gemeindeordnungen wird typischerweise geregelt, dass Kommunen „Vermögensgegenstände, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben in absehbarer Zeit nicht benötigen, veräußern“ und Dritten zur Nutzung überlassen dürfen.<sup>144</sup> Die Veräußerung bzw. Nutzungsüberlassung darf dabei in der Regel „**nur zu ihrem vollen Wert**“ erfolgen.<sup>145</sup> Der „volle Wert“ wird in den Verwaltungsvorschriften zur Landeshaushaltsordnung (LHO) wie folgt definiert: „*Der volle Wert wird durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Gegenstands bei einer Veräußerung zu erzielen wäre; dabei sind alle Umstände, die den Preis beeinflussen, nicht jedoch ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse, zu berücksichtigen. Ist ein Marktpreis feststellbar, bedarf es keiner besonderen Wertermittlung.*“<sup>146</sup> Der volle Wert entspricht also dem Markt- bzw. Verkehrswert.<sup>147</sup> Gleiches gilt für die Nutzungsüberlassung.<sup>148</sup> Kommunale Vermögensgegenstände dürfen nicht unter Wert vermietet oder verpachtet werden.<sup>149</sup>
- 113 Mithin unterwirft das Kommunalverfassungsrecht die Veräußerung bzw. Nutzungsüberlassung öffentlicher Einrichtungen ähnlichen Voraussetzungen wie das europäische Beihilfenrecht. Auf vergleichbare Weise schreiben die Haushaltsvorschriften der meisten Mitgliedstaaten den Kommunen vor, dass die öffentliche Betätigung im Wirtschaftsverkehr marktkonform zu erfolgen hat.<sup>150</sup> Allerdings erlauben die Gemeindeordnungen (Kommunalverfassungen) der Bundesländer regelmäßig weitergehende Ausnahmen zugunsten öffentlicher und gemeinwohlbezogener Interessen. Erforderlich ist im Grundsatz aber auch hier der Nachweis einer Veräußerung bzw. Überlassung zu grundsätzlich marktgerechten Preisen. Da die Ermittlung eines marktgerechten Pachtzinses mangels Vergleichswerte vielfach Schwierigkeiten bereitet, empfehlen *Hansmann/Bertram* in diesen Fällen eine genaue Dokumentation der

<sup>142</sup> Vgl. nur § 72 GemO Sachsen; § 110 Nds. KommunalVerfG; § 92 HGO.

<sup>143</sup> Vgl. nur § 90 GemO Sachsen; § 125 Nds. KommunalVerfG; § 109 HGO.

<sup>144</sup> Z.B. § 90 GemO Brandenburg; § 90 Abs. 3 GemO NRW; § 125 Nds. KommunalVerfG; § 109 HGO.

<sup>145</sup> Fn. 148.

<sup>146</sup> VV-LHO zu § 63 LHO [Erwerb und Veräußerung von Vermögensgegenständen].

<sup>147</sup> Vgl. nur Hansmann/Bertram, in: Dietlein/Mehde, BeckOK Kommunalrecht Niedersachsen (2020), § 125 Rn. 3.

<sup>148</sup> Vgl. nur § 90 Abs. 4 GemO NRW; § 90 Abs. 2 GemO Sachsen; § 125 Abs. 2 Nds. KommunalVerfG.

<sup>149</sup> Vgl. nur Hansmann/Bertram, in: Dietlein/Mehde, BeckOK Kommunalrecht Niedersachsen (2020), § 125 Rn. 6.

<sup>150</sup> Vgl. Kommission, ABl. 1997, C 209, S. 3.



Preisbildung.<sup>151</sup> Hinreichend ist jedenfalls die beihilferechtlich erforderliche Einholung eines Wertgutachtens, auf dessen Grundlage die in Rede stehende Transaktion zu vollziehen ist. Die Gemeindeordnungen (Kommunalverfassungsrecht) stellen damit keine weitergehenden Voraussetzungen an die Überlassung öffentlicher Dachflächen an dritte Unternehmen.

## V. Anforderungen des Verfassungsrechts (v.a. des Gleichheitsgrundsatzes aus Art. 3 GG)

Die hier in Rede stehende Überlassung der städtischen Dachflächen<sup>152</sup> zum Zweck der Installation von PV-Anlagen gegen Zahlung eines Entgelts in Gestalt eines Miet-, Pachtzinses o.ä. (Rdn. 2) stellt eine **rein wirtschaftliche Betätigung der Kommune** dar.<sup>153</sup> Als wirtschaftliche Betätigung ist dabei jede Tätigkeit der Kommune am Markt zu begreifen, „die ebenso von einem Dritten mit Gewinnerzielungsabsicht erbracht werden könnte, wie insbesondere das Herstellen, Anbieten oder Verteilen von Gütern oder Dienstleistungen.“<sup>154</sup> Die Kommune bedient sich bei der Kommerzialisierung ihres Privateigentums an den Dachflächen der **Handlungsform des bürgerlichen Rechts**. Es werden bürgerlich-rechtliche Verträge (Miet-, Pachtverträge o.ä.) geschlossen. Die privatrechtliche Einräumung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit (§§ 1090 ff. BGB) liegt ebenfalls nahe.<sup>155</sup>

114

Hierbei stellt sich die Frage, ob die Kommune beim Abschluss dieser Verträge – obwohl sie in der Handlungsform des bürgerlichen Rechts aktiv wird – die Grundrechte (v.a. Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG)<sup>156</sup> privater Unternehmen zu berücksichtigen und deshalb gewisse Verfahrensanforderungen einzuhalten hat. Etwas deutlicher formuliert:

115

- *Ob und inwiefern muss die Kommune vor der privatrechtlichen Überlassung ihrer Dachflächen an ihr eigenes kommunales Unternehmen (vgl. Rdn. 2) auch die Grundrechte anderer (konkurrierender privater) Unternehmen berücksichtigen, die potentiell an der Nutzung ebenfalls interessiert sein könnten?*
- *Haben andere Interessenten einen einklagbaren Anspruch auf Durchführung und Beteiligung an einem Interessenbekundungs- bzw. Auswahlverfahrens (o.ä.)?*

---

<sup>151</sup> Hansmann/Bertram, in: Dietlein/Mehde, BeckOK Kommunalrecht Niedersachsen (2020), § 125 Rn. 6.

<sup>152</sup> Typischerweise werden auch die elektrischen Hausverteilungsanlagen und Netzanschlüsse städtischer Liegenschaften der Kommune mitgenutzt werden müssen. Aus Vereinfachungsgründen soll im Folgenden aber nur von der Nutzung der Dachflächen die Rede sein.

<sup>153</sup> Das Recht der Kommunen, sich wirtschaftlich zu betätigen, folgt bereits aus Art. 28 Abs. 2 GG; In den Gemeindeordnungen wird dieser Grundsatz konkretisiert (z.B. § 94a GemO Sachsen; § 107 GemO NRW; § 136 Nds. KommunalVerfG); vgl. LG Saarbrücken, Urt. v. 24.05.2017, Az.: 10 S 99/16, Rn. 46, OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.05.2001, Az.: 20 U 152/00, NVwZ 2002, S. 248.

<sup>154</sup> Vgl. nur: Klaß, in: Dietlein/Mehde, BeckOK Kommunalrecht Niedersachsen (2020), § 136 Rn. 18.

<sup>155</sup> Zur Absicherung der Nutzung durch eine Dienstbarkeit, vgl. Reymann, Photovoltaikdienstbarkeiten bei Anlagen auf fremden Grundstücken, DNotZ 2010, S. 84 ff.

<sup>156</sup> Denkbar ist die Geltung des Gleichheitsgebots aus Art. 3 Abs. 1 GG und der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG in seiner derivativ teilhaberechtlichen Ausprägung. Von vornherein allerdings gegen die Annahme, dass Art. 12 GG in solchen Konstellationen (Staat tritt als Anbieter/Marktteilnehmer auf) überhaupt verletzt sein könnte: Vgl. KG Berlin, Urt. v. 22.01.2015, Az.: 2 U 14/14 Kart („Waldbühne“), Rn. 40.



- *Ist ein Nutzungsvertrag zivilrechtlich wirksam, der ohne entsprechende Berücksichtigung der Interessen anderer Unternehmen geschlossen wurde?*

- 116 Zwar lässt sich eine eindeutige Rechtsprechungspraxis nicht finden, wonach eine Kommune schon allein wegen ihrer Grundrechtsbindung verpflichtet wäre, auch ihre erwerbswirtschaftliche Betätigung (wie z.B. die Gebäudevermietung) stets nur im Wege einer öffentlichen Verteilungshandlung (Interessenbekundungs-, Ausschreibungs-, Versteigerungs-, Losverfahren, o.ä.) auszuüben. Ebenso wenig lässt sich eine Kommunalpraxis feststellen, die erwerbswirtschaftliche Aktivitäten auch dann, wenn es hierfür keine (landes-)gesetzliche oder verordnungsrechtliche Pflicht gibt, allein wegen einer Grundrechtsbindung stets nur unter verfahrensmäßiger Einbeziehung sämtlicher potentieller Interessenten vornimmt.
- 117 Dass keine gefestigte Rechtsprechungs- und Behördenpraxis ersichtlich ist, bedeutet allerdings nicht, dass die Frage der möglichen Grundrechtsbindung der Kommune bei der kommerziellen Überlassung städtischer Dachflächen irrelevant ist und deshalb gänzlich außer Betracht bleiben kann. Dem Vorsichtsprinzip folgend ist diese Fragestellung in den Blick zu nehmen und wird daher im Folgenden behandelt.

## 1. Grundrechtsbindung einer Kommune bei rein erwerbswirtschaftlicher Betätigung

### a. Diskussionstand

- 118 Nach der neueren Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* (BVerfG) ist davon auszugehen, dass der Staat – wie hier bei der Kommune in Gestalt einer **Körperschaft des öffentlichen Rechts** – unabhängig von der Handlungsform und dem betroffenen Lebensbereich grundsätzlich immer **an die Grundrechte gebunden** ist.<sup>157</sup> Dies wird insbesondere **auch** dann angenommen, wenn der Staat (wie hier die Kommune) im Rahmen des Verwaltungsprivatrechts handelt oder sich **fiskalisch bzw. erwerbswirtschaftlich** betätigt. Dies bedeutet insbesondere, dass auch im Bereich fiskalischen und erwerbswirtschaftlichen Handelns eine Ungleichbehandlung am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG zu messen ist und durch Sachgründe gerechtfertigt sein muss.<sup>158</sup>
- 119 Ein etwas anders Bild liefert der Blick auf die Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs* (BGH). Dieser ging zwar schon sehr früh davon aus, dass Gemeinden auch bei rein fiskalischem

<sup>157</sup> BVerfG, Kammerbeschluss vom 19.07.2016 – 2 BvR 470/08, NJW 2016, 3153; BGH, Urt. v. 26.06.2015, Az.: V ZR 227/14, NJW 2015, 2892, jeweils m.w.N.; BVerfG, Urt. v. 22.02.2011, Az.: 1 BvR 699/06, NJW 2011, 1201; BVerfG, Beschl. v. 13.6.2006, Az.: 1 BvR 1160/03, NJW 2006, S. 3701, Rn. 64 (Vergaberecht); Herdegen, in: Maunz/Düring, Grundgesetz-Kommentar, 81. EL September 2017, GG, Art. 1 Abs. 3, Rn. 95; Maunz/Düring, a.a.O., GG, Art. 83 Rn. 105 f.

<sup>158</sup> BVerfG, Urt. v. 22.01.2011, Az.: 1 BvR 699/06, NJW 2011, 1201; BVerfG, Kammerbeschluss vom 19.07.2016, Az.: 2 BvR 470/08, NJW 2016, 3157; OVG Lüneburg, Beschl. v. 29.10.2018 – 10 ME 363/18, NVwZ 2019, S. 656.



Handeln an das Verbot willkürlichen Verhaltens (**Willkürverbot**<sup>159</sup>) gebunden sind<sup>160</sup>; was auch für das Handeln von öffentlich beherrschten Unternehmen in privater Rechtsform galt.<sup>161</sup> Eine konkrete Grundrechtsbindung wurde im Bereich des fiskalischen Handelns bzw. erwerbswirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand allerdings nicht angenommen.<sup>162</sup> Lediglich eine mittelbare Drittwirkung der Grundrechte über die Generalklauseln des Zivilrechts war allgemein anerkannt.<sup>163</sup> Daran hat sich bislang nichts geändert. Auch nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG hat der BGH – soweit ersichtlich – **noch nicht ausdrücklich entschieden** oder die Gelegenheit gehabt, zu entscheiden, **dass** die öffentliche Hand (samt ihren Unternehmen) auch bei **erwerbswirtschaftlichen Betätigungen konkret an Grundrechte gebunden** ist.<sup>164</sup>

Dies ist bei der **zivilgerichtlichen Instanzenrechtsprechung** etwas anders. In jüngeren Entscheidungen der Zivilgerichte haben die Grundsätze des BVerfG inzwischen Eingang ins Zivilrecht gefunden. Es wird davon ausgegangen, dass auch im Bereich rein fiskalischen bzw. erwerbswirtschaftlichen Handelns eine unmittelbare und umfassende Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand besteht, die natürlich auch unmittelbaren Einfluss auf die Anwendung des Zivilrechts und damit auf die Frage der Wirksamkeit von bürgerlich-rechtlichen Verträgen (wie z.B. Miet- oder Pachtverträgen über kommunales Eigentum) hat.<sup>165</sup>

120

## b. Stellungnahme

Die Annahme, dass Kommunen auch bei ihren fiskalischen bzw. erwerbswirtschaftlichen Betätigungen (z.B. bei der Vermietung städtischer Gebäude) an die Grundrechte gebunden sind

121

<sup>159</sup> Das Willkürverbot darf gewissermaßen als niedrigste Stufe einer öffentlich-rechtlichen Bindung privatrechtlichen Handelns des Staates angesehen werden. Vgl. BGH, Urt. v. 02.12.2003, Az.: XI ZR 397/02, NJW 2004, 1031, Rn. 12 f. (m.w.N.).

<sup>160</sup> BGH, Urt. v. 14.12.1976, Az.: VI ZR 251/76; BGH, Urt. v. 02.12.2003, Az.: XI ZR 397/02, Rn. 12 f. (m.w.N.); KG Berlin, Urt. v. 22.1.2015, Az.: 2 U 14/14 („Waldbühne“), Rn. 44.

<sup>161</sup> BGH, Urt. v. 02.12.2003, Az.: XI ZR 397/02, NJW 2004, 1031, Rn. 12 f. (m.w.N.).

<sup>162</sup> Von einer Grundrechtsbindung wurde bislang nur bei Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben (Verwaltungsprivatrecht) ausgegangen: vgl. BGH, Urt. v. 23.09.1969, Az.: VI ZR 19/68, Rn. 12 f. (Daseinsvorsorge); BGH, Urt. v. 26.10.1961, Az.: KZR 1/61, Rn. 11 sowie BGH, Urt. v. 10.12.1958, Az.: V ZR 70/57, Rn. 20 (Daseinsvorsorge); Bay. Oberstes LG, Rechtsentscheid in Mietsachen v. 16.12.1998, Az.: RE-Miet 3/98; KG Berlin, Urt. v. 22.01.2015, Az.: 2 U 14/14 („Waldbühne“), Rn. 44; offengelassen, ob Art. 3 GG als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB einen potentiellen Bewerber schützt (Vergabe öffentlicher Aufträge): KG Berlin, Urt. v. 28.06.2019, Az.: 9 U 55/18, Rn. 63 (m.w.Rspr.).

<sup>163</sup> BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, Az.: 1 BvR 3080/09, NJW 2018, S. 1667; Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG (2019), Art. 1 Abs. 3 Rn. 64 ff.

<sup>164</sup> Ausdrücklich offengelassen: BGH, Urt. v. 20.01.2006, Az.: V ZR 134/05, NJW 2006, S. 1054, Rn. 12; vgl. auch: BGH, Urt. v. 26.06.2015, Az.: V ZR 227/14, NJW 2015, 2892.

<sup>165</sup> z.B. OLG Frankfurt, Urt. v. 08.11.2018, Az.: 20 U 8/15 (Rn. 30: „Allerdings ist nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs davon auszugehen, dass eine grundsätzliche Bindung des Staates an die Grundrechte und das aus Art. 13 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 4 GG folgende Willkürverbot auch dann besteht, wenn ein Träger hoheitlicher Gewalt im Rahmen des Verwaltungsprivatrechts handelt oder fiskalisch tätig wird (vgl. BVerfG NJW 2016, 3153 und BGH NJW 2015, 2892, jeweils m.w.N.).“; Siehe auch: LG Saarbrücken, Urt. v. 24.05.2017, Az.: 10 S 99/16 (Rn. 46: „Aus der Grundrechtsbindung gem. Art. 3 GG ergibt sich ein Diskriminierungsverbot. Der Gleichbehandlungsgrundsatz, der die öffentliche Hand in ihrer Vertragsfreiheit einschränkt, kann im Grundsatz auch dazu führen, dass die Beendigung eines Vertrags erschwert oder unmöglich gemacht wird (Armbrüster in: Erman, BGB, 14. Aufl., Vorb. Rn. 24).“



und dies auch Einfluss auf die zivilrechtliche Wirksamkeit bürgerlich-rechtlicher Verträge haben kann, lässt sich nicht einfach mit dem Hinweis darauf abtun, dass es bislang keine BGH-Rechtsprechung zu dieser Fragestellung gibt. Es mag aus europarechtlicher Perspektive zwar durchaus ernstzunehmende Argumente geben, die gegen eine grundrechtlich induzierte Pflicht zur verfahrensmäßigen Ausübung erwerbswirtschaftlicher Tätigkeiten öffentlicher Unternehmen sprechen. Mit hinreichender Rechtssicherheit lässt sich eine prinzipielle Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand auch im Bereich erwerbswirtschaftlicher Betätigungen aber nicht verneinen.

- 122 Selbst wenn die öffentliche Hand (eine Kommune) bei der Kommerzialisierung ihres Privateigentums in der Handlungsform des Privatrechts agiert und bürgerlich-rechtliche Verträge schließt, heißt das nicht, dass sie dies in Ausübung von grundrechtlichen Freiheiten und der Möglichkeiten der Privatautonomie vornimmt. Weder die Kommune<sup>166</sup> noch ein von ihr beherrschtes Unternehmen<sup>167</sup> (vgl. Rdn. 2) sind Grundrechtsträger. Sie werden von eben diesen Grundrechten<sup>168</sup>, die eine freie Teilnahme am Wirtschaftsleben und im Wettbewerb gewährleisten und daher zur Abwehr gegen staatlich abverlangte Verhaltensbeschränkungen (z.B. Ausschreibungspflichten) in Stellung gebracht werden könnten, gar nicht geschützt. Es ist vielmehr umgekehrt. Die Kommunen sind (ebenso wie die von ihnen beherrschten Unternehmen) im Allgemeinen an die Grundrechte gebunden.<sup>169</sup> Weshalb diese im Allgemeinen bestehende öffentlich-rechtliche Bindung einer staatlichen Untergliederung (wie hier der Kommune) durch einen Wechsel ihrer Handlungsform entfallen und zu einem Zugewinn an Freiheitsrechten führen sollte, lässt sich auch nicht damit begründen, dass sich eine Kommune mit ihrer gewillkürten Handlungsform in eine Gleichstellung mit ihren privaten Vertragspartnern begeben will. Der Staat kann über seine Grundrechtsbindung nicht disponieren.

### c. Zwischenergebnis zur Grundrechtsbindung

- 123 Es ließ sich zwar keine gefestigte und flächendeckende Rechtsprechung finden, wonach eine Kommune bei der erwerbswirtschaftlichen Vermietung (Verpachtung, o.ä.) ihrer Gebäude an einzelne Unternehmen an die Grundrechte gebunden ist. Gleichwohl kann nicht mit hinreichender Rechtssicherheit ausgeschlossen werden, dass Zivilgerichte auch in diesen Fällen (außerhalb des Beschaffungswesens) eine Grundrechtsbindung der Kommunen annehmen könnten. Dem Vorsichtsprinzip entsprechend soll daher im Folgenden unterstellt werden, dass

---

<sup>166</sup> BVerfG, Beschl. v. 08.07.1982, Az.: 2 BvR 1187/80, NJW 1982, S. 2173; zuletzt: BVerwG, Urt. v. 12.12.2019, Az.: 8 C 8.19.

<sup>167</sup> BVerfG, Kammerbeschluss v. 16.05.1989, Az.: 1 BvR 705/88, NJW 1990, S. 1783 ff. (Hamburgische Electricitätswerke AG (HEW) mit 72 % Anteilsbesitz der Stadt Hamburg – keine Grundrechtsberechtigung (Art. 14 GG); BVerfG, Beschl. v. 18.05.2009, Az.: 1 BvR 1731/05, Stromnetzbetreiber, Energieversorgungsunternehmen RdE 2009, S. 252 ff. (Anteil der Stadt Frankfurt a.M. von über 75 %); a.A. Schmidt-Preuß, in: Säcker, Berl.Komm.EnR, Band 1, Teil 1, C. Rn. 209.

<sup>168</sup> z.B. der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG, der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG oder dem Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG.

<sup>169</sup> Zur Grundrechtsbindung im Allgemeinen und von öffentlich beherrschten (gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen): BVerfG, Urt. v. 22.2.2011, Az.: 1 BvR 699/06, Rn. 45 ff. (Fraport-Urteil); Herdegen, in: Maunz/Düring, Grundgesetz-Kommentar, 81. EL September 2017, GG, Art. 1 Abs. 3, Rn. 95; Maunz/Düring, a.a.O., GG, Art. 83 Rn. 105 f.



die hier untersuchte Kommune auch bei der entgeltlichen Überlassung ihrer Dachflächen neben dem allgemeinen Willkürverbot an die Grundrechte und damit an das Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG gebunden ist; vom Verbot willkürlichen Verhaltens (Willkürverbot) als niedrigste Stufe einer öffentlich-rechtlichen Bindung privatrechtlichen Handelns des Staates kann sich die Kommune ja ohnehin nicht entziehen.<sup>170</sup>

## 2. Konsequenzen aus der Bindung an das Willkürverbot und den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG

### a. Diskussionsstand

In der **Literatur** wird zum Teil davon ausgegangen, dass selbst die Veräußerung staatlichen Vermögens oder die Einräumung von Nutzungsrechten an diesen Gegenständen wegen der Geltung des Art. 3 Abs. 1 GG in einem irgendwie gearteten Verfahren erfolgen muss; unabhängig davon, dass das Vergaberecht hierauf keine Anwendung findet.<sup>171</sup>

124

Mit Blick auf die **Rechtsprechung** kann diese grundsätzliche Annahme nicht bestätigt werden. Gerichtsentscheidungen, die die vorliegende Fallkonstellation (erwerbswirtschaftliche Veräußerung/Nutzungsüberlassung – keine Beschaffung) betrafen und ebenfalls zu dem Erfordernis einer irgendwie gearteten verfahrensmäßigen Verteilungshandlung unter Einbeziehung sämtlicher potentieller Interessenten gelangten, sind nicht ersichtlich.

Zwar ist es in der zivilgerichtlichen Rechtsprechung keineswegs unüblich, dass aus der Bindung der öffentlichen Hand an den Gleichbehandlungsgrundsatz der Schluss gezogen wird, die Kommunen dürften bestimmte Unternehmen nicht unsachlich bevorzugen und seien daher wegen Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet, Verträge nur in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu vergeben. Dies betraf – soweit ersichtlich – bislang allerdings nur Fälle, bei denen offensichtlich ein **kommunales Beschaffungsverhalten im** Vordergrund der gerichtlichen Beurteilung stand.

125

Das **OLG Düsseldorf** (2008) hat beispielsweise in einem Fall, der mit dem Abschluss von bürgerlich-rechtlichen Verträgen über die entgeltliche Nutzung gemeindlicher Verkehrswege für die Verlegung von Energieversorgungsnetzen (§ 46 Abs. 2 EnWG) im Kern auch eine erwerbswirtschaftliche Betätigung der Gemeinden betraf<sup>172</sup>, insbesondere aus **Art. 3 Abs. 1**

126

<sup>170</sup> BGH, Urt. v. 2.12.2003, Az.: XI ZR 397/02, Rn. 12 f. (m.w.N.).

<sup>171</sup> Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 103 GWB Rn. 34: „*Dass Vermögensveräußerungen und Nutzungsüberlassungen haushaltsrechtlichen Vorgaben unterliegen, steht auf einem anderen Blatt. Die Vermarktung muss in einem ordnungsgemäßen Bieterverfahren erfolgen. Dies folgt etwa aus den unionsrechtlichen Beihilfe- und Diskriminierungsverboten sowie aus dem Gleichbehandlungsgebot in Art. 3 GG und der Verpflichtung zur sparsamen Haushaltsführung.*“ Die Autoren liefern dabei weder eine Begründung für die Grundrechtsbindung des fiskalisch bzw. erwerbswirtschaftlich handelnden Staates; kein förmliches Vertragsanbahnungsregime annehmend, wohl aber Ausschreibungen empfehlend: Dietlein, NZBau 2004, S. 472 ff.; ähnlich: Eggers/Malmendier, NJW 2003, S. 780; vgl. Möisinger, NZBau 2015, S. 545 zu KG Berlin, Urt. v. 22.01.2015, Az.: 2 U 14/14 Kart, NZBau 2015, S. 323.

<sup>172</sup> Strom- und Gaskonzessionsverträge i.S.d. § 46 Abs. 2 EnWG haben in den Flächenländern eine bürgerlich-rechtliche Rechtsnatur. Die Gemeinden verwirklichen damit – neben der Einwerbung eines örtlichen Netzbetreibers – auch eine Kommerzialisierung ihres Privateigentums an den öffentlichen Verkehrswegen. Daran,



**GG** eine Pflicht derselben abgeleitet, diese Wegerechtseinräumung (Vertragsabschluss) in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren vorzunehmen.<sup>173</sup> Zugegebenermaßen verzichtete das Gericht dabei aber darauf, die vermeintliche Grundrechtsbindung der Gemeinden weiter zu begründen. Es liegt auch insgesamt näher, dass das *OLG Düsseldorf* in diesem konkreten Fall von einer vergaberechtsähnlichen Konstellation (**Beschaffung von Netzbetreiberleistungen**<sup>174</sup>) ausging<sup>175</sup>, die den erwerbswirtschaftlichen Aspekt der entgeltlichen Einräumung von Wegenutzungsrechten in den Hintergrund treten ließ; zumal ja bei dieser Vertragsvergabe mit § 46 Abs. 2, 3 EnWG (§ 13 Abs. 2, 3 EnWG 1998) ohnehin gesetzliche Verfahrensvorgaben adressiert werden. Einen solchen Beschaffungsbezug gibt es im vorliegenden Fall nicht (vgl. Rdn. 39 ff.). Auch denkbar ist es, dass das Gericht die mit der Überlassung der gemeindlichen Verkehrswege einhergehende Einräumung einer zumindest faktisch-exklusiven Wirtschaftstätigkeit (Netzbetrieb) im Vordergrund sah und daher eine **staatliche Verteilung knapper Güter** beurteilen wollte.<sup>176</sup> Auch dies träfe aber auf die vorliegende Fallkonstellation nicht zu. Die hier untersuchte Kommune stellt schließlich nur einen Bruchteil der bestehenden Dachflächen in ihrem Gebiet zur Verfügung (Rdn. 2).

127 In einem anderen Fall, bei dem es um den Abschluss eines Vertrages über die unentgeltliche Überlassung kommunaler Flächen zur Errichtung von Freizeitanlagen ging, entschied das *OLG Düsseldorf* (2017) zwar, dass derartige Verträge wegen des Gleichbehandlungsgrundsatzes (**Art. 3 GG**) in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren vergeben werden müssten.<sup>177</sup> Das Gericht ließ sich in diesem Fall aber erkennbar davon leiten, dass die

---

dass die Gemeinden hierbei unternehmerisch handeln, besteht in der Rechtsprechung kein Zweifel mehr (vgl. BGH, Urt. v. 17.12.2013, Az.: KZR 66/12 („*Berkenthin*“), Rn. 19 ff.).

<sup>173</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.03.2008, Az.: VI-2 U (Kart) 8/07, Rn. 23: „*Sinn und Zweck der Regelung des § 13 Abs. 3 S. 1 EnWG a.F. (jetzt § 46 Abs. 3 EnWG n.F.) ist es, zumindest ansatzweise einen Wettbewerb beim Neuabschluss von Wegenutzungsverträgen zu ermöglichen [...]. Durch eine Bekanntmachung sollten Interessenten von der Möglichkeit des Abschlusses eines derartigen Vertrages Kenntnis erlangen und in Verhandlung mit der betreffenden Gemeinde treten können. Die Gemeinde war zwar nicht zu einer reglementierten Ausschreibung mit konkreten und nachvollziehbaren Wertungskriterien – etwa nach dem Vorbild des Vergaberechts – gezwungen. Nach S. 2 der Vorschrift musste sich die Gemeinde jedoch bei mehreren vorliegenden Angeboten mit ihnen befassen und ihre Entscheidung öffentlich begründen; insoweit trat jedenfalls eine Prüfungsäsur für die Gemeinde ein. Die Gemeinde konnte mithin konkurrierende Angebote nicht einfach ignorieren, sondern musste sich jedenfalls im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG mit ihnen befassen.*“ (kritisch mit Blick auf die Effektivität einer solchen Bindung: Britz, Die Örtliche Energieversorgung nach nationalem und europäischem Recht, S. 28).

<sup>174</sup> Zur Qualifizierung der Strom- und Gaskonzessionsverträge als Beschaffungsvorgang (Dienstleistungskonzessionen): vgl. Sauer, EWeRK 2017, S. 60 f.; ders., Das Recht der Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 205 ff.

<sup>175</sup> Dies wäre im vorliegenden Zusammenhang mangels Vereinbarung von Pflichten des dachflächeninteressierten Unternehmens zur Installation von PV-Anlagen, deren Betrieb oder zur Strombelieferung (vgl. Rdn. 2) nicht der Fall.

<sup>176</sup> Auch dies wäre im vorliegenden Zusammenhang nicht der Fall. Siehe Rdn. 2.

<sup>177</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.12.2017, Az.: I-27 U 25/17 („*Freizeitanlage*“), Rn. 41: „*I. Allerdings hätte es der Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens bedurft. Bei der Überlassung des Grundstücks handelt es sich um eine Dienstleistungskonzession, nämlich beschafft die Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin Dienstleistungen in Form von Freizeitmöglichkeiten für ihre Bürger und Besucher, wobei die Verwaltung und Instandhaltung der Anlage durch den Betreiber erfolgt, der in erheblichem Umfang das Betriebsrisiko trägt. Auch unterhalb der Schwellenwerte und unterhalb einer*



Überlassung des Grundstückes eine **Dienstleistungskonzession** darstellen soll. Es hatte also eine Konstellation vor Augen, in der sich die Gemeinde bestimmte Leistungen (Freizeitanlagen: u.a. Boulebahn, Minigolfanlage, Schach-/Mühlefeld, Waldkindergarten) beschafft und insofern „ausschreibungsverwaltend“ tätig wird; was für sich schon die Durchführung eines Verfahrens naheliegend erscheinen lässt. Dies ist vorliegend aber nicht der Fall. Mit der Überlassung der Dachflächen beschafft die Kommune keine Leistungen (vgl. Rdn. 39 ff.).

Insgesamt ist festzustellen, dass sich die Annahme, wonach Kommunen verpflichtet wären, auch bei der erwerbswirtschaftlichen Vermarktung ihres Eigentums stets vor Vertragsschluss mittels Durchführung bestimmter Verfahren<sup>178</sup> andere potentielle Interessenten zu beteiligen, nicht mit einschlägigen Gerichtsentscheidungen belegen lässt. Außerhalb der Fälle kommunaler Leistungsbeschaffung oder gemeindeseitiger Einräumung exklusiver Geschäftschancen<sup>179</sup>, die hier vorliegend allesamt nicht berührt werden, ist eine gefestigte Rechtsprechung, die aus der Bindung an das Gleichheitsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG) solche Vergabe- bzw. Verfahrenspflichten der Kommunen ableiten, nicht erkennbar. Im Gegenteil gibt es mit dem **Kammergericht Berlin** auch ein Gericht, das sich dezidiert dagegen ausspricht, aus Art. 3 GG eine generelle Ausschreibungspflicht abzuleiten.<sup>180</sup>

128

## b. Stellungnahme

Unterstellt man, dass die hier untersuchte Kommune auch bei der erwerbswirtschaftlichen Vermietung oder Verpachtung (etc.) an das Verbot willkürlichen Verhaltens und an den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebunden ist, hieße das zunächst erst einmal nur, dass diese Kommune für die Überlassung ihrer Dachflächen an ihr Unternehmen (Rdn. 2) einen sachlichen Grund vorweisen können müsste. Grundsätzlicher formuliert: Dass eine Kommune für die erwerbswirtschaftliche Vermarktung kommunalen Eigentums an ein ganz bestimmtes Unternehmen Sachgründe haben muss, bedeutet nicht, dass diese Sachgründe nur in der vorherigen Durchführung einer verfahrensmäßigen Beteiligung anderer potentieller Interessenten gewonnen werden können. Selbst wenn die Kommune bei erwerbswirtschaftlichen Veräußerungen an das Gleichheitsgebot gebunden ist, verdichtet sich die Notwendigkeit zur sachlichen Rechtfertigung nicht zu einer prinzipiellen Ausschreibungspflicht.

129

Dies mag anders zu beurteilen sein, wenn die Vermarktung eines knappen Gutes in Rede steht, auf deren Grundlage ein begünstigtes privates Unternehmen in tatsächlicher, rechtlicher und/oder ökonomischer Hinsicht (quasi-)ausschließliche Geschäftschancen aufbauen kann, von denen andere private Konkurrenten in Ermangelung der Möglichkeit zur Nutzung dieses

130

---

*Binnenmarktrelevanz erfordert der Gleichbehandlungsgrundsatz, Art. 3 GG, derartige Verträge in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu vergeben.“; vgl. hierzu: OVG Lüneburg, Beschl. v. 29.10.2018, Az.: 10 ME 363/18, NVwZ 2019, S. 656.*

<sup>178</sup> z.B. Interessenbekundungs-, Ausschreibungs-, Versteigerungs-, Losverfahren, o.ä.

<sup>179</sup> Vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 13.08.2003 – 15 B 1137/03, NVwZ 2003, S. 1520; zur Frage der europarechtlichen Bewertung solcher Fälle: vgl. KG Berlin, Urt. v. 22.01.2015, Az.: 2 U 14/14 („Waldbühne“), Rn. 24 ff

<sup>180</sup> KG Berlin, Urt. v. 22.01.2015, Az.: 2 U 14/14 („Waldbühne“), Rn. 46 ff. (Bei der exklusiven Verpachtung müssten lediglich sachfremde Motive unterbleiben).





knappen Gutes ferngehalten werden. Mit Blick auf die in der untersuchten Kommune insgesamt bestehende Verfügbarkeit geeigneter (auch privater) Dachflächen zur Installation von PV-Anlagen (Rdn. 2) kann davon aber hier nicht die Rede sein. Weitere Gründe, die zur Wahrung der Geschäfts- bzw. Marktzutrittschancen privater Unternehmen eine Ausschreibung unverzichtbar werden lassen, sind nicht erkennbar. Bei der Überlassung der Dachflächen steht kein gemeindeseitig einzuräumendes exklusives Recht zum PV-Anlagenbetrieb in Rede.

131 Schon weil die Überlassung nur eines Teils der stadteigenen Dachflächen für sich keine ausschließliche oder beherrschende Stellung auf dem Markt des Betriebs von PV-Anlagen vermittelt, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die hier beschriebene Kommune vor der Vermietung oder Verpachtung ihrer Dachflächen an ihr eigenes kommunales Unternehmen ein Bieterverfahren o.ä. durchführen muss, an dem andere potentielle private Interessenten zu beteiligen wären. Es genügen vielmehr Sachgründe, die für die Überlassung an ihr Unternehmen sprechen und diese Entscheidung von einem willkürlichen Verhalten unterscheiden.

132 Insbesondere folgende Sachgründe könnten im vorliegenden Zusammenhang die Überlassung der Dachflächen an das eigene Unternehmen (vgl. Rdn. 2) rechtfertigen:

- Das Unternehmen bietet mit Blick auf ihre Marktstellung, ihre wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit sowie die kommunale Unternehmensbeteiligung eine hohe Gewähr dafür, dass die Kommune das vereinbarte Nutzungsentgelt während der Vertragslaufzeit in voller Höhe realisieren wird.
- Das Unternehmen befindet sich im Mehrheitsbesitz der Kommune. Damit ist nicht nur ein stärkerer Einfluss der Kommune auf die ordnungsgemäße Dachflächennutzung beim Aufbau und Betrieb der PV-Anlagen gewährleistet. Der Kommune fließen auch die Unternehmensgewinne des Unternehmens zu, so dass sich die Dachflächenüberlassung an dieses Unternehmen in mehrfacher Hinsicht als wirtschaftlich erweist.

### 3. Fazit

Es kann dahinstehen, ob die Kommune auch im Rahmen der erwerbswirtschaftlichen Vermarktung ihrer Dachflächen überhaupt an die Grundrechte (v.a. Art. 3 GG) gebunden ist; dafür ließ sich weder eine eindeutige Rechtsprechungs- noch Kommunalpraxis finden. Daraus ergäbe sich für die Kommune aber auch keine Pflicht, vor der Überlassung ihrer Dachflächen an ihr eigenes kommunales Unternehmen ein Bieterverfahren (o.ä.) durchzuführen.