

AUTOREN KURZ GEFASST



Dr. Michael Terwiesche LL.M., (li.)  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht, und  
Rechtsanwalt Johannes Kupfer (re.) arbeiten  
für GTW Anwälte für Bau- und Immobilien-  
recht in Düsseldorf

Bei der Errichtung oder dem Erwerb von Windenergieanlagen stehen Kommunen oder ihre Energieversorger häufig vor der Problematik, dass bei der Ausschreibung die Grundsätze der Ausschreibungsreife und der produktneutralen Ausschreibung miteinander kollidieren. Insbesondere die Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) kann nämlich erst erteilt werden, wenn der genaue Anlagentyp feststeht. In diesen Fällen ist eine Ausnahme von der Soll-Vorschrift der Ausschreibungsreife denkbar. Sofern die Erteilung der BImSchG-Genehmigung allerdings rechtssicher prognostizierbar ist, sollte diese Information in das Formular der EU-Bekanntmachung ebenso aufgenommen werden, wie die immissionsschutzrechtlichen Anforderungen, deren Einhaltung die Erteilung der Genehmigung zur Folge hat.

# Windenergieanlagen und öffentliche Ausschreibungen

## Ein Teufelskreis zwischen Immissionsschutzrecht und Ausschreibungsreife?

Von Dr. Michael Terwiesche und Johannes Kupfer

*Dieser Beitrag beruht auf einem Gutachten, das die Autoren für ein Stadtwerkunternehmen für die Errichtung eines Windparks erstellt haben.*

Wenn Städte oder ihre Stadtwerke Windenergieanlagen erwerben oder errichten wollen, sind sie an das Vergaberecht gebunden. Einschlägig ist insbesondere die VOB/A (Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen). Gemäß § 2 Abs. 5 VOB/A-EG soll der Auftraggeber erst dann ausschreiben, wenn alle Vergabeunterlagen fertiggestellt sind und wenn innerhalb der angegebenen Fristen mit der Ausführung begonnen werden kann. An dieser Vorgabe ändert sich auch nichts, wenn nicht die VOB/A, sondern wegen einer Tätigkeit auf dem Gebiet der Energieversorgung die Sektorenverordnung (SektVO) einschlägig ist. Zwar findet sich im Text der SektVO keine Regelung, die dem § 2 Abs. 5 VOB/A-EG entspricht. Bei der Vergabereife handelt es sich allerdings um einen Umstand, der vom Auftraggeber in jedem Vergabeverfahren vor der Ausschreibung (Bekanntmachung) herzustellen ist, unabhängig davon, welchem Vergaberechtsregime das Verfahren unterliegt und ob die jeweilige Verfahrens-

ordnung dies ausdrücklich bestimmt.<sup>1</sup> Zur Vergabereife zählt neben einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung gemäß § 7 Abs. 1 VOB/A auch, dass die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für einen fristgemäßen Beginn der Ausführung vom Auftraggeber geschaffen worden sind. Darunter fallen zum Beispiel die erforderlichen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen, die vollziehbar sein müssen. Die Bieter dürfen darauf vertrauen, dass sie mit den ausgeschriebenen Leistungen innerhalb der in den Vergabeunterlagen angegebenen Fristen beginnen können.<sup>2</sup>

Diese Voraussetzungen für das Bestehen einer Vergabereife liegen beim Erwerb oder Betrieb von Windenergieanlagen erst zu einem späten Zeitpunkt vor. Solange die Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) nicht erteilt ist, ist für einen Bieter nicht abschätzbar, ob und wann er mit seinen Leistungen, nämlich der Lieferung und Errichtung der Anlage, beginnen kann.

1 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. November 2013 – VII Verg 20/13, VergabeR 2014, 198 (201). Zur Vergabereife bei einer (teil-)funktionalen Ausschreibung vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Dezember 2013 – VII Verg 22/13, VergabeR 2014, 401.

2 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. November 2013 – VII Verg 20/13, VergabeR 2014, 198 (201).



### Genehmigungspflicht bei Windenergieanlagen

Die Errichtung und der Betrieb einer Windenergieanlage sind nach dem BImSchG genehmigungsbedürftig, wenn die Gesamthöhe der Anlage – was regelmäßig der Fall ist – 50 Meter überschreitet.<sup>3</sup> Ob das förmliche Genehmigungsverfahren nach § 10 BImSchG (mit Öffentlichkeitsbeteiligung) oder

3 Vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Buchst. a) der 4. BImSchV i. V. m. Nr. 1.6 Anlage 1 zur 4. BImSchV.

## PRAXISTIPP

Wenn die Stadt/das Stadtwerkeunternehmen rechtssicher prognostizieren kann, dass die BImSchG-Genehmigung erteilt wird, sollte sie diese Prognose in das Formular der EU-Bekanntmachung unter Nr. VI.3 „Sonstige Informationen“ aufnehmen. Wir empfehlen zudem, in Nr. II.1.5 des Formulars der EU-Bekanntmachung die immissionschutzrechtlichen Anforderungen gemäß §§ 5; 6 BImSchG an die Windenergieanlage aufzunehmen, deren Einhaltung die Erteilung der BImSchG-Genehmigung zur Folge hat. Das ist ein Zeichen für die BImSchG-Behörde, die BImSchG-Genehmigung zu erteilen. Denn es wird nur eine Firma den Zuschlag erhalten, deren Windenergieanlage die Voraussetzungen für die Erteilung der BImSchG-Genehmigung erfüllt. Damit dürfte ausnahmsweise Ausschreibungsreife vorliegen.

das vereinfachte Genehmigungsverfahren nach § 19 BImSchG (ohne Öffentlichkeitsbeteiligung) Anwendung findet, richtet sich nach der Anzahl der zu errichtenden Windenergieanlagen. Bei 20 oder mehr Anlagen bedarf es des förmlichen Verfahrens.

Soll ein Antrag auf Erteilung einer immissionschutzrechtlichen Genehmigung bei der zuständigen BImSchG-Behörde eingereicht werden, stellt sich regelmäßig die Frage nach den Anforderungen an den Inhalt des Antrags. Diese ergeben sich aus § 10 Abs. 1 BImSchG in Verbindung mit der 9. BImSchV. Dies gilt unabhängig davon, welches der beiden oben genannten Genehmigungsverfahren Anwendung findet.<sup>4</sup> Der erforderliche Antragsinhalt ergibt sich aus § 3 der 9. BImSchV. Nach dessen Satz 1 Nr. 4 muss der Antrag Angaben über Art und Umfang der Anlage enthalten. Hierfür wird davon ausgegangen, dass an dieser Stelle noch keine detaillierte Anlagenbeschreibung erforderlich ist.<sup>5</sup> Gemäß § 4 Abs. 1

der 9. BImSchV sind dem Antrag jedoch auch die Unterlagen beizufügen, die zur Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen erforderlich sind. Nach § 4a Abs. 1 Nr. 1 der 9. BImSchV müssen diese Unterlagen unter anderem die erforderlichen Angaben über die Anlagenteile enthalten. Dabei wird gefordert, dass durch Pläne, Zeichnungen und Erläuterungen die Anlage beziehungsweise die einzelnen Anlagenteile (Gebäude, Maschinen, Gerätschaften) dargestellt werden.<sup>6</sup> Dies dürfte dem Antragsteller nur dann möglich sein, wenn er genau weiß, welchen Typ einer Windenergieanlage er errichten will.

Die in der 9. BImSchV aufgelisteten Unterlagen sind jedoch nicht abschließend (vgl. § 4 Abs. 1 S. 3 der 9. BImSchV: „insbesondere“).<sup>7</sup> Dies bedeutet, dass im Einzelfall weitere Unterlagen zur Prüfung der Genehmigungsfähigkeit erforderlich sein können.<sup>8</sup> Was im Einzelnen erforderlich im Sinne von § 4 Abs. 1 S. 1 der 9. BImSchV ist, richtet sich danach, was die Behörde mit Blick auf die von ihr zu treffende Entscheidung über den Antrag vertretbarer Weise für erforderlich halten darf. Sie hat insofern ausnahmsweise einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum<sup>9</sup>, der sich aus der Zielrichtung der Norm selbst erklärt, der Behörde die notwendigen Entscheidungsgrundlagen zu verschaffen.<sup>10</sup>

Dementsprechend fordern die Genehmigungsbehörden regelmäßig die Angabe des genauen Typs der Windenergieanlage sowie deren exakten Auswirkungen. Diese Kenntnis versetzt die Behörde in die Lage, die Genehmigungsfähigkeit im Sinne der §§ 4a Abs. 1; 20; 21 9. BImSchV genauestens zu prüfen. So müssen die Genehmigungsunterlagen gemäß § 4a Abs. 1 Nr. 1 9. BImSchV Angaben über Anlagenteile erhalten. Gemäß § 4a Abs. 2 Nr. 1 9. BImSchV ist zudem eine Prognose der zu erwartenden Immissionen erforderlich. Gemäß § 4d 9. BImSchV müssen die

Antragsunterlagen Angaben über Möglichkeiten zur Erreichung hoher energetischer Wirkungs- und Nutzungsgrade erhalten.

Die Behörde ist berechtigt, für den Antrag und die Unterlagen die Verwendung von Vordrucken zu verlangen, vgl. § 5 der 9. BImSchV. Entsprechend den obigen Ausführungen verlangen beispielsweise die Vordrucke aus Baden-Württemberg, Hessen und dem Saarland die Angabe des Anlagentyps. Auch im Windenergiehandbuch findet sich bei den Antragsunterlagen die Angabe „Anlagentyp“. Für die Benennung des Anlagentyps bei Antragstellung spricht zudem, dass der Antragsteller einen Nachweis über die Standsicherheit erbringen muss. Die Standsicherheit wird bei Windenergieanlagen anhand der Richtlinie für Windenergieanlagen – Einwirkungen und Standsicherheitsnachweise für Turm und Gründung – des Deutschen Instituts für Bautechnik berechnet. Nach deren Ziffer 3 zählen zu den bautechnischen Unterlagen: Technische Daten der Windenergieanlage mit insbesondere folgenden Angaben: 1. Modellbezeichnung, 2. Hersteller, 3. Konfiguration (Typenblatt). Ohne Kenntnis des Anlagentyps kann somit auch der erforderliche Nachweis der Standsicherheit nicht erbracht werden.

## Ohne Anlagentyp keine Genehmigung?

Daraus folgt der Teufelskreis: Ohne Kenntnis des Typs der Anlage liegt kein vollständiger, bescheidungsfähiger Antrag auf Erteilung einer BImSchG-Genehmigung vor. Ohne einen solchen Antrag darf die BImSchG-Behörde keine BImSchG-Genehmigung erteilen. Ohne diese Genehmigung existiert keine Vergabereife. Ohne Vergabereife darf die Stadt/das Stadtwerkeunternehmen nicht die Errichtung und den Betrieb eines Windparks ausschreiben. Ohne Ausschreibung kann der wirtschaftlich günstigste Verkäufer einer Windenergieanlage mit seinem Anlagentyp nicht ermittelt werden. Ohne Ermittlung des Anlagentyps kann die Stadt keinen Genehmigungsantrag einreichen. Der Teufelskreis ist geschlossen.

## Produktneutrale Ausschreibung

Erwogen werden könnte, bereits vor Erstellen der Leistungsbeschreibung eine BImSchG-Genehmigung für einen konkreten Anlagentypus zu beantragen und in

4 Vgl. § 19 Abs. 2 BImSchG, der § 10 Abs. 1 BImSchG auch im vereinfachten Genehmigungsverfahren für anwendbar erklärt.

5 *Katschelt/Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, Kommentar zum Umweltrecht, Band IV, Stand: September 2005, § 3 der 9. BImSchV Rn. 13.

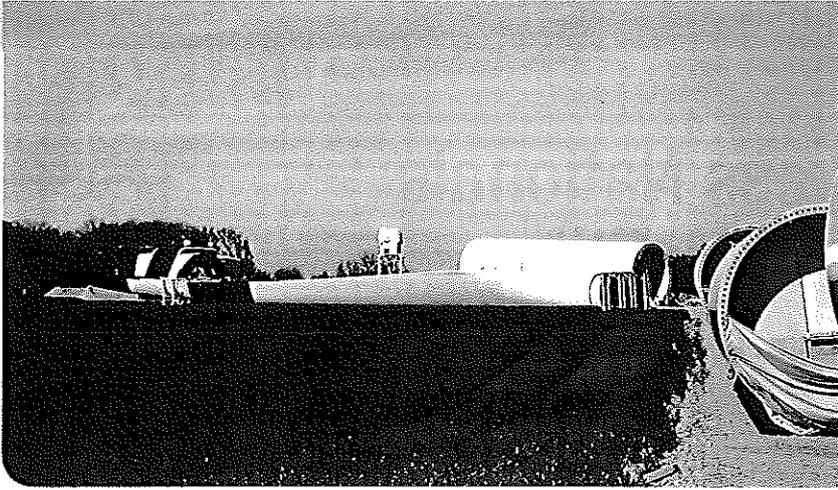
6 *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, Kommentar zum Umweltrecht, Band IV, Stand: August 2013, § 4a der 9. BImSchV Rn. 6.

7 Jarass, Kommentar zum BImSchG, 10. Auflage 2013, § 10 Rn. 30.

8 *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, Kommentar zum Umweltrecht, Band IV, Stand: August 2013, § 4a der 9. BImSchV Rn. 5.

9 OVG Lüneburg, Beschluss vom 18. Juli 2012 – 12 LA 114/11, BeckRS 2012, 53657 II. 1.

10 *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, Kommentar zum Umweltrecht, Band IV, Stand: August 2013, § 4 der 9. BImSchV Rn. 3.



dem darauffolgenden Vergabeverfahren konkret und allein diesen Anlagentypus auszuschreiben.

Damit verstößt der öffentliche Auftraggeber allerdings gegen den Wettbewerbsgrundsatz des § 97 Abs. 1 GWB. Außerdem ist dieses Vorgehen nicht mit dem Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung (§ 7 Abs. 11 SektVO) zu vereinbaren.

In Betracht käme allenfalls die Ausnahme der „Rechtfertigung durch den Auftragsgegenstand“. Die Ausnahmegründe der §§ 7 Abs. 8 VOB/A-EG; 8 Abs. 7 VOL/A-EG erkennen an, dass der öffentliche Auftraggeber bestimmte Typen eines bestimmten Ursprungs vorschreiben darf, wenn dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist. Selbst wenn sich eine diesbezügliche Regelung in der SektVO nicht findet, ist es auch unter der SektVO möglich, bestimmte Produkte oder Fabrikate auszuschreiben, wenn hierfür ein legitimes Interesse besteht.<sup>11</sup> Eine Rechtfertigung durch den Auftragsgegenstand kann in Betracht kommen, wenn auftrags- und sachbezogene Gründe zu der bestimmte Unternehmen oder Erzeugnisse bevorzugenden Leistungsbestimmung führen.

Zu beachten ist allerdings, dass Ausnahmetatbestände eng auszulegen sind. Die hier vorliegende Problemkonstellation betrifft keinen auftragspezifischen Einzelfall, sondern die Ausschreibung von Windenergieanlagen im Allgemeinen. Wollte man über diesen Ausnahmetatbestand den Grundsatz der Produktneutralität umgehen, würden diese Folgen für die gesamte Branche gelten. Es wäre sehr riskant, zu unterstellen beziehungsweise darauf zu spekulieren, dass die Vergabekammern und Vergabesenate das Gebot der produktneutralen Ausschreibung für das gesamte Beschaffungswesen von Windenergieanlagen ausblenden würden.

<sup>11</sup> Leinmann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 5. Aufl. 2011, Rn. 1421.

## Ausnahme vom Erfordernis der Ausschreibungsreife

Eine „Aufweichung“ der verwaltungsrechtlichen Anforderung bei der Beantragung einer BImSchG-Genehmigung ist nicht erfolgversprechend. Außerdem ist eine produktspezifische Ausschreibung wirtschaftlich fraglich sowie vergaberechtlich höchst riskant. Daher ist der Fokus darauf zu richten, ob eine Ausnahme vom Grundsatz der Ausschreibungsreife zugelassen werden kann.

§ 2 Abs. 5 VOB/A-EG stellt eine „Soll“-Vorschrift dar. Diese Vorschriften sind im Regelfall verbindlich, lassen aber in atypischen Sonderfällen Ausnahmen zu. Eine Ausschreibung ohne vollständig gesichertes Zulassungsrecht verstößt dann nicht gegen § 2 Abs. 5 VOB/A-EG, wenn der Auftraggeber bei Beginn der Ausschreibung keine ernsthaften Zweifel daran hat, dass die erforderliche Genehmigung bis zum vorgesehenen Leistungsbeginn (*vollziehbar*) vorliegen wird.<sup>12</sup>

Dass im Einzelfall vom Grundsatz der Ausschreibungsreife abgewichen werden kann, zeigt sich auch an § 3 Abs. 4 Nr. 3 VOB/A-EG. Dort heißt es, „*dass das Verhandlungsverfahren mit öffentlicher Vergabebekanntmachung zulässig ist, wenn im Ausnahmefall die Leistung nach Art und Umfang oder wegen der damit verbundenen Wagnisse nicht eindeutig und nicht so erschöpfend beschrieben werden kann, dass eine einwandfreie Preisermittlung zur Vereinbarung einer festen Vergütung möglich ist.*“ Kann eine Leistung nicht beschrieben werden, dürfte regelmäßig keine Ausschreibungsreife vorliegen. Wenn § 3 Abs. 4 Nr. 3 VOB/A-EG die Einleitung eines Vergabeverfahrens dennoch ausnahmsweise für zulässig erachtet, stellt dies eine Ausnahme vom Erfordernis der Ausschreibungsreife dar.

<sup>12</sup> Wagner-Cardenal/Scharf/Dierkes, NZBau 2012, 74 (76).

Schließlich ist zu beachten, dass die *technische Leistung* eindeutig und erschöpfend im Sinne von § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A-EG beschrieben werden kann. Ob für die BImSchG-Genehmigung Auflagen wahrscheinlich sind, die sich unmittelbar auf einen bestimmten Anlagenhersteller beziehen, ist eher unwahrscheinlich. Die BImSchG-Genehmigung ist keine personenbezogene Genehmigung wie die Gaststättenerlaubnis, sondern anlagebezogen. Die Erteilung der BImSchG-Genehmigung wird daher nicht an dem jeweiligen Anlagenhersteller scheitern. ■

## BIOENERGIEDÖRFER 2014 AUSGEZEICHNET

Im September wurden die Gewinner des Wettbewerbs „Bioenergiedörfer“ bekannt gegeben. Bundesweit hatten sich in diesem Jahr 27 Kommunen um eine der insgesamt drei Auszeichnungen beworben. Eine unabhängige Jury wählte Bechstedt in Thüringen, Lathen in Niedersachsen und Untermaßholderbach in Baden-Württemberg als Gewinner aus. Mit diesen drei Kommunen wurden besonders innovative Bioenergiedörfer ausgezeichnet, die die effiziente Nutzung von Bioenergie in hervorragender Weise mit regionaler Entwicklung verknüpfen, die Bevölkerung vor Ort in die Prozesse entscheidend einbinden und die Nutzung von Bioenergie aktiv in das Regionalmarketing integrieren. Damit sollen die Bioenergiedörfer 2014 Vorbildwirkung für die Entwicklung ländlicher Regionen und die regionale Nutzung von Biomasse entfalten. Die drei ausgewählten Orte erhalten jeweils ein Preisgeld in Höhe von 10 000 Euro für die Weiterentwicklung ihrer Bioenergiedorfprojekte.

Der bundesweite Wettbewerb „Bioenergiedörfer 2014“, der in diesem Jahr zum dritten Mal ausgerichtet wurde, richtet sich an Orte und Gemeinden im ländlichen Raum in Deutschland, die mindestens 50 Prozent ihres Strom- und Wärmebedarfs aus regional erzeugter Biomasse decken.