

<p><b>Gemeinde- und Städtebund Rheinland-Pfalz</b></p>	<p><b>Mittelrheinische Treuhand GmbH Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft</b></p>	<p><b>Landkreistag Rheinland-Pfalz</b></p>	
<p><b>Gemeinsames Modellprojekt „Projektierung kommunaler Energiegesellschaften“ Rheinland-Pfalz</b></p> <p>des Gemeinde- und Städtebundes Rheinland-Pfalz sowie des Landkreistages Rheinland-Pfalz Projektleitung: Mittelrheinische Treuhand GmbH</p> <p>Mitwirkung in einzelnen rechtlichen Fragestellungen: Kunz Rechtsanwälte</p> <p>gefördert durch das Ministerium für Wirtschaft, Klimaschutz, Energie und Landesplanung Rheinland-Pfalz</p>			
			<p><b>2012</b></p>
<p>Hohenzollernstraße 104-108, 56068 Koblenz</p>			

## Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung .....	4
I.	Vorbemerkung .....	4
II.	Ausgangssituation.....	4
III.	Zielsetzung.....	7
IV.	Wertschöpfung.....	7
1.	Planungsphase .....	8
2.	Errichtungsphase .....	8
3.	Betriebsphase .....	9
B.	Idealkonzept und Ausgangslage.....	10
I.	Gemeinde als Vorhabensträger .....	10
II.	Zusammenarbeitkonzept.....	10
III.	Derzeitige Konzepte.....	12
C.	Modellvorschlag .....	13
I.	Grundmodell - Übersicht.....	13
1.	Erster Schritt: Planungs-GmbH in Planungsphase .....	13
2.	Zweiter Schritt: Projektgesellschaften in Errichtungsphase .....	14
3.	Dritter Schritt: Besitz-/Betriebsgesellschaft in Betriebsphase .....	15
II.	Planungsgesellschaft-Planungsphase .....	15
1.	Gesellschaftsform GmbH.....	15
a)	Kommunalrechtliche Aspekte.....	15
b)	Gesellschaftsrechtliche Aspekte .....	19
2.	Gesellschafterstruktur der Planungs-GmbH .....	20
a)	Idealfall.....	20
b)	Ortsgemeinden.....	21
c)	Verbandsgemeinden .....	21
d)	Kreis .....	22
e)	Landesforsten Rheinland-Pfalz .....	23
f)	Privater Entwickler .....	25
aa)	Allgemeine Erwägungen.....	25
bb)	Vergaberechtliche Aspekte.....	26
g)	Netzbetreiber.....	31
h)	Keine große gemeinsame AöR .....	31
3.	Tätigkeit der Planungs-GmbH.....	32
a)	Allgemeines.....	32
b)	Reduzierung Planungsrisiko .....	33

4.	Finanzierung der Planungs-GmbH .....	34
a)	Finanzierung .....	34
b)	Haushaltsrechtliche Aspekte.....	34
c)	Beihilferechtliche Aspekte.....	36
5.	Steuerliche Aspekte.....	38
III.	Projektgesellschaften - Errichtungsphase.....	39
1.	Gesellschaftsform GmbH & Co. KG.....	39
a)	Kommunalrechtliche Aspekte.....	39
b)	Gesellschaftsrechtliche und sonstige Aspekte.....	40
2.	Gesellschafterstruktur der Projektgesellschaft.....	41
a)	Idealfall.....	41
b)	Komplementär.....	41
c)	Kommanditisten .....	42
d)	Zugriffsrechte auf Beteiligung an KG .....	44
3.	Tätigkeit der Projektgesellschaften .....	44
4.	Finanzierung der Projektgesellschaften.....	46
a)	Eigenfinanzierung .....	46
b)	Fremdfinanzierung.....	47
5.	Steuerliche Aspekte.....	48
a)	Betriebsaufspaltung .....	48
b)	Versteuerung Ausschüttungen.....	49
7.	Kauf von Windkraftanlagen privater Entwickler .....	49
IV.	Exkurs: Umsetzung des Übergangs von Planungsphase in Errichtungsphase .....	50
1.	Ziel .....	50
2.	Umwandlungsrechtliche und umwandlungssteuerrechtliche Gesichtspunkte .....	51
3.	Verkauf der Planungsleistungen .....	52
D.	Betriebsphase.....	53
I.	Besitzgesellschaft .....	53
II.	Verpachtung.....	54
III.	Betriebsgesellschaft.....	54
IV.	Ergebnis.....	55
E.	Fazit .....	56

ANHANG: Raumordnung, Bauplanungsrecht, Anlagengenehmigung .....	58
a) Die Standortsteuerung durch das Planungsrecht .....	58
b) Genehmigung von Windkraftanlagen und Planungsaspekte .....	60
aa) Anlagen bis einschließlich 50 m Höhe.....	60
bb) Anlagen über 50 m Höhe.....	60

## **A. Einleitung**

### **I. Vorbemerkung**

Der Landkreistag Rheinland-Pfalz sowie der Gemeinde- und Städtebund Rheinland-Pfalz haben mit Schreiben vom 20. Januar 2012 gegenüber dem Ministerium für Wirtschaft, Klimaschutz, Energie und Landesplanung einen Antrag auf Förderung eines gemeinsamen Modellprojektes „Projektierung kommunaler Energiegesellschaften“ unter Projektleitung der Mittelrheinischen Treuhand GmbH, Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft, Koblenz, gestellt.

Im Rahmen dieses Modellprojekts sollte musterhaft ein umfassendes Konzept für den Aufbau einer kommunalen Energiegesellschaft zur Erzeugung erneuerbarer Energien, insbesondere von Windenergie, erstellt werden. Die kommunalen Gebietskörperschaften aller Ebenen im Landkreis sollten in den Aufbau einer kommunalen Energieerzeugungsgesellschaft eingebunden sein.

Wirtschaftsministerin Eveline Lemke hat diesen Förderantrag mit Schreiben vom 21. März 2012 bewilligt. Die Förderung erfolgt dabei im Wege der Vollfinanzierung (100 %), d. h. für die antragstellenden und beteiligten kommunalen Spitzenverbände entstehen keine Kosten.

Zur Teilnahme am Projekt haben sich die Landkreise Bernkastel-Wittlich, Cochem-Zell sowie Trier-Saarburg und ihre jeweiligen Orts- und Verbandsgemeinden bereit erklärt.

In diesem Rahmen haben die Beteiligten das - unter Zugrundelegung des Förderantrages für das gemeinsame Modellprojekt vom 20. Januar 2012 - im Folgenden dargestellte gemeinsame Modellprojekt „Projektierung kommunaler Energiegesellschaften“ entwickelt.

### **II. Ausgangssituation**

Durch den Atomausstieg sowie dem in der Koalitionsvereinbarung von SPD und Bündnis 90 / Die Grünen auf Landesebene verankerten Ziel, bis zum Jahr 2030 den Strombedarf bilanziell zu 100 % aus Erneuerbaren Energien zu decken, hat die Stromerzeu-

gung mittels Erneuerbaren Energien erheblich an Bedeutung gewonnen<sup>1</sup>. Insbesondere die Windenergie ist ein zukunftssträchtiger Wirtschaftszweig. Sie befindet sich in Rheinland-Pfalz nicht zuletzt auch durch die derzeit laufende Teilfortschreibung des Landesentwicklungsprogramms (LEP IV)<sup>2</sup> in einer Phase wichtiger Weichenstellung. Um einen substantziellen Beitrag zur Stromerzeugung zu ermöglichen, sollen mindestens zwei Prozent der Fläche des Landes für die Windenergienutzung bereitgestellt werden<sup>3</sup>. Dies verlangt nach einem geordneten Ausbau, der durch die Regionalplanung und Bauleitplanung sicherzustellen ist<sup>4</sup>. Die Teilfortschreibung des LEP IV soll nach gegenwärtiger Voraussicht im Frühjahr 2013 abgeschlossen sein.

Im Zusammenhang mit der Förderung des Modellprojekts hat sich Wirtschaftsministerin Eveline Lemke wie folgt geäußert:

*„Rheinland-Pfalz will bis 2030 seinen Energiebedarf bilanziell aus Erneuerbaren Energien decken. Dazu braucht es Ideen und tragfähige Konzepte. Die Kommunen sind wichtige Partner der Energiewende. Ohne sie ist es nicht zu schaffen. Das Modellvorhaben soll Wege aufzeigen, wie sich Städte und Gemeinden über kommunale Energiegesellschaften am Umbau beteiligen können und wie sie hierbei Planungs- und Entwicklungserträge generieren können.“*

Aktuell sichern sich private Projektentwickler mögliche künftige Standortflächen. Dies geschieht durch den Abschluss von Pachtverträgen über die potenziellen Standortgrundstücke. Während vor einigen Jahren Pachtentgelte pro Windkraftanlage von 15.000 € gezahlt wurden, werden heute schon Summen von bis zu 80.000 € genannt. Der Abschluss des Pachtvertrages ist für den privaten Projektentwickler risikolos, da die Verträge oftmals eine Ausstiegsklausel beinhalten, wonach das Pachtentgelt nur dann zu zahlen ist, wenn die technische Anlage gebaut und betrieben wird.

Ökonomisch und ökologisch sinnvoll ist eine Konzentration der Windenergieanlagen in sog. Windparks. Aufgrund der von den privaten Projektentwicklern in Aussicht gestellten Pachtzahlungen haben allerdings auch kommunale Grundstückseigentümer (in aller Regel Ortsgemeinden) oft zunächst ein Interesse an der Ausweisung eigener Standorte,

---

<sup>1</sup> siehe hierzu „Road-Map zur Energiewende in Rheinland-Pfalz“ des Ministeriums für Wirtschaft, Klimaschutz, Energie und Landesplanung Rheinland-Pfalz.

<sup>2</sup> - Entwurf - Teilfortschreibung des Landesentwicklungsprogramms (LEP IV) Kap. 5.2.1 Erneuerbare Energien vom 25. September 2012 des Ministeriums für Wirtschaft, Klimaschutz, Energie und Landesplanung; <http://www.mwkel.rlp.de/Landesplanung/Programme-und-Verfahren/Landesentwicklungs-programm-LEP-IV/Teilfortschreibung-LEP-IV-Kap-5-2-1-Erneuerbare-Energien/>

<sup>3</sup> ebd., Grundsatz G 163 a.

<sup>4</sup> ebd., Grundsatz G 163; näher zur Standortsteuerung durch die Raumordnung und Bauleitplanung sowie den genehmigungsrechtlichen Erfordernissen für Errichtung und Betrieb von Windkraftanlagen s. unten im Anhang.

auch wenn die naturräumlichen Gegebenheiten einen Windpark an anderer Stelle in der Verbandsgemeinde oder im Kreis nahelegen.

Eine Ortsgemeinde, die über windhöfliche Standorte verfügt, hat zunächst kein originäres Interesse, die damit zu erzielenden Einnahmen zu teilen. Gleichwohl wäre, da nicht jede Stadt oder Gemeinde gleichermaßen über geeignete Flächen verfügt, jedoch „Nachbar“ entsprechender Anlagen werden kann, ein Vorteils-/Nachteilsausgleich von hohem Wert, auch um eine gleichlaufende Entwicklung in der Region zu gewährleisten. Ein flächendeckendes Modell, wie ein solcher Ausgleich zu bewerkstelligen ist, liegt nicht vor.

Die Windkraftbranche erzielt ihre Einnahmen in erster Linie durch den Verkauf des Stroms bzw. die Einspeisevergütung. Hieran sind die kommunalen Gebietskörperschaften nur gering oder gar nicht beteiligt. Die Pachtzahlungen stellen damit nur einen Bruchteil ihrer möglichen Einnahmen dar.

Um mögliche Wettbewerbsnachteile und Handlungseinschränkungen gerade auch auf dem Gebiet der Energieversorgung zu beseitigen, hat der Landesgesetzgeber bereits im Jahr 2009 die Gemeindeordnung (GemO) novelliert<sup>5</sup>. Er räumte Benachteiligungen gegenüber der Privatwirtschaft aus, die durch die Subsidiaritätsklausel des § 85 Abs. 1 Nr. 3 GemO und das Örtlichkeitsprinzip (§§ 2 Abs. 1 Satz 1, 85 Abs. 2 GemO) zu Lasten der Kommunen selbst in wichtigen Bereichen der Daseinsvorsorge bestanden hatten. Anders als zuvor setzt das Tätigwerden der Gemeinde u. a. in der Energieversorgung nicht mehr voraus, dass der betreffende öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Die Betätigung eines wirtschaftlichen Unternehmens der Gemeinde muss sich dabei nicht auf das eigene Gebiet beschränken, wenn die berechtigten Interessen aller hiervon unmittelbar betroffenen Gemeinden gewahrt sind.

Zur Umsetzung vorstehend genannter Intention fehlen oftmals den einzelnen kommunalen Gebietskörperschaften, insbesondere wenn sie keine eigenen Stadtwerke betreiben, die notwendige fachliche Kompetenz und / oder die erforderlichen finanziellen Ressourcen, um eigene Projekte zu entwickeln und zu finanzieren. Faktisch sind die Kommunen dadurch gehindert, an dem durch die staatlich garantierte Einspeisevergütung oder Direktvermarktung attraktiven und zukunftsfähigen Markt aktiv teilzunehmen. Das Ziel der lokalen Wertschöpfung („Aus der Region für die Region“) geht so teilweise verloren.

---

<sup>5</sup> Landesgesetz zur Änderung der Gemeindeordnung, des Zweckverbandsgesetzes und der Landkreisordnung vom 07. April 2009, GVBl. S 162, am 24. April 2009 in Kraft getreten; dazu *Dazert*, in: Kommunalverfassungsrecht Rheinland-Pfalz, Stand: 35. Lfg., August 2012, Anm. 3.5 f., 4 zu § 85 GemO.

### III. Zielsetzung

Im Rahmen des gemeinsamen Modellprojektes soll ein Weg aufgezeigt werden, wie insbesondere der kommunal getragene Ausbau der Windkraft ökonomisch und ökologisch sinnvoll vollzogen werden kann. Hierbei sind verschiedene gesellschaftsrechtliche, gemeindefinanzielle- als auch haushaltsrechtliche, vergabe- und beihilferechtliche, steuerrechtliche sowie planungsrechtliche Aspekte in die Konzeption eines sich über alle kommunalen Ebenen erstreckenden Energiewirtschaftsverbundes einzubeziehen.

Die Umsetzung der vorliegenden Projektierung soll neben dem kommunalen Engagement zur Sicherung einer umweltverträglichen Energieversorgung die Teilhabe kommunaler Gebietskörperschaften aller Ebenen (Ortsgemeinden, Verbandsgemeinden, Landkreise) an der lokalen Wertschöpfungskette (z. B. Einspeisevergütung/Direktvermarktung) im Bereich der Erneuerbaren Energien/Windenergie neben den Pachtentgelten und der Gewerbesteuer ermöglichen. Insbesondere sollen zusätzlich Planungs- und Entwicklungserträge aus den Anlagen generiert werden.

Im Weiteren wird ein Solidarpakt zwischen den Kommunen mit geeigneten Windenergiestandorten (windhöfliche Standorte) und den Kommunen mit sonstigen notwendigen Flächen im Rahmen der Planung von Windenergieanlagen angestrebt.

Schließlich ist auch das Land Rheinland-Pfalz unter Zugrundelegung der landespolitischen Ziele für die Erneuerbaren Energien gewillt, einen Beitrag zu leisten. Unter Einbindung von „Landesforsten Rheinland-Pfalz“ sollen Flächen im Staatswald für mögliche Standorte für Windenergieanlagen zur Verfügung gestellt werden. Weiterhin werden die hierauf entfallenden Pachteinahmen bis zu 30 % dem geplanten Energiewirtschaftsverbund überlassen<sup>6</sup>.

### IV. Wertschöpfung

Die Chancen, die in einer gemeinsamen kommunalen Energiegesellschaft, insbesondere im Bereich der Windenergie liegen, werden im Weiteren anhand der verschiedenen Phasen der Planung und Errichtung sowie dem Betrieb von Windenergieanlagen und den damit einhergehenden unterschiedlichen Wertschöpfungen dargestellt.

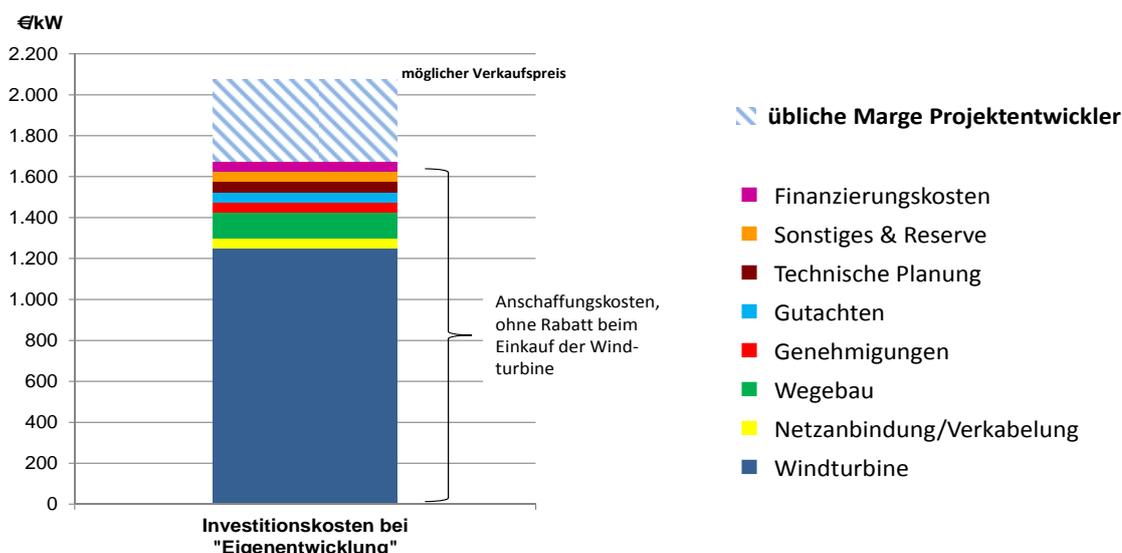
---

<sup>6</sup> Mitteilung des Ministeriums für Umwelt, Landwirtschaft, Ernährung, Weinbau und Forsten vom 09. Januar 2012 mit dem Titel „Land und Kommunen bauen Windkraft partnerschaftlich aus“.

## 1. Planungsphase

Die Planung ist im Hinblick auf eine effiziente Inanspruchnahme der Flächen die bedeutendste Phase der Realisierung von Windenergieanlagen. Die in dieser Phase zu generierenden Planungs- und Entwicklungserträge verdeutlicht die nachfolgende Grafik, welche die mögliche Marge des Windkraftanlagen-Projektentwicklers in Euro je installiertem Kilowatt aufzeigt.

Die Marge beträgt dabei ca. 400 € je installiertem Kilowatt.



Quelle: enervis, energy advisors GmbH, Berlin

Verkauft werden die Anlagen vom Projektentwickler nicht zu Herstellungskosten, sondern auf Basis der betriebswirtschaftlich abgeleiteten Ertragswerte. Die Differenz zwischen Ertragswert und Investitionskosten ist die Marge des Projektentwicklers, die hier ca. 20 % des möglichen Verkaufspreises ausmacht.

## 2. Errichtungsphase

Die Projektphase der Errichtung einer Windkraftanlage ist maßgebend von dem Erwerb einer modernen und leistungsstarken Anlage im Hinblick auf die energetisch optimale Nutzung der natürlichen Potenziale geprägt. Das deutsche Windenergieinstitut (DEWI) geht in Studien und Publikationen von Investitionen bei Anlagen einer Größenordnung von 2 MW zwischen 1.600 € bis 2.100 € pro Kilowatt aus.

In dieser Phase ist der Abschluss des Pachtvertrages, um darauf die entsprechende Windenergieanlage zu errichten, mitentscheidend. Die Pachteinnahmen fließen dabei, wie schon bisher, dem jeweiligen Grundstückseigentümer zu.

Zusätzlich können über die die Windkraftanlagen errichtenden Gesellschaften Gewerbesteuerereinnahmen generiert werden.

### **3. Betriebsphase**

In der Betriebsphase kommt der kaufmännischen und technischen Betreuung der Windenergieanlage eine wichtige Bedeutung zu. Insbesondere sind technische Ausfälle und Abweichungen von den geplanten Ertragswerten unter Zugrundelegung der festen Einspeisevergütungssätze zu vermeiden, da sie die Wirtschaftlichkeit der Anlagen beeinflussen.

In dieser Phase wird die Wertschöpfung durch die gesetzlich festgelegte Einspeisevergütung abgebildet. Zukünftig könnte sich sogar die Situation einstellen, dass durch den Verkauf des erzeugten Stroms Einnahmen über dem Niveau der Einspeisevergütung erzielt werden. Insbesondere sind durch die Änderungen im Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG 2012) die Formen der Direktvermarktung von Strom aus Anlagen, die ausschließlich erneuerbare Energien einsetzen, verbessert worden (siehe hierzu insbesondere § 33d Abs. 3, § 33f, § 33g EEG 2012). Somit wird künftig der Strom aus Windenergieanlagen wirtschaftlich einerseits über die feste EEG-Einspeisevergütung und andererseits im Wege der Direktvermarktung (nicht nur über die Strombörse, sondern etwa auch an Stadtwerke) verwertet.

Zusätzlich können durch eine etwaige Betriebsstätte des Betriebsführers vor Ort Gewerbesteuerereinnahmen erzielt werden.

## **B. Idealkonzept und Ausgangslage**

### **I. Gemeinde als Vorhabensträger**

Mit Blick auf die Novellierung der Gemeindeordnung im Jahr 2009<sup>7</sup> und die grundsätzliche Zuordnung der Energieversorgung als Aufgabe der Daseinsvorsorge auf die gemeindliche Ebene, d. h. außerhalb der verbandsfreien Gemeinden in die Verbandskompetenz der Ortsgemeinden, ist die Planung, die Errichtung und der Betrieb von Windkraftanlagen durch die Ortsgemeinde, wenn diese zudem auch Inhaberin der Standortflächen ist, der Idealfall.

Sofern eine Gemeinde wie vorstehend dargestellt sich wirtschaftlich im Bereich der Energieversorgung betätigt, muss diese Betätigung nach Art und Umfang allerdings in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf stehen (§ 85 Abs. 1 Nr. 2 GemO). Insbesondere die Finanzkraft der Gemeinde darf nicht überfordert werden<sup>8</sup>.

Der wirtschaftliche Betrieb von Windkraftanlagen (Errichtung von Windparks) erfordert einen sehr hohen Finanzierungsbedarf. Diesen Finanzierungsbedarf kann die Gemeinde in der Regel allein nicht schultern und das damit verbundene Risiko im Hinblick auf ihre Leistungsfähigkeit nicht allein tragen. Zusätzlich ist eine entsprechende Anzahl von Flächen zur Errichtung von Windkraftanlagen erforderlich, über die die Gemeinde in aller Regel nicht verfügt. Insgesamt lässt sich ein solches unternehmerisches Idealkonzept in der Praxis nur sehr schwer umsetzen.

### **II. Zusammenarbeitskonzept**

Der Umfang des technischen Aufwands zur Aufgabenwahrnehmung und die damit verbundene wirtschaftliche Dimension begründen aber nicht die Annahme, dass deshalb der Rahmen einer örtlichen Angelegenheit überschritten wäre; für die Zuordnung einer Aufgabe zum gemeindlichen Wirkungskreis ist dies nicht maßgeblich<sup>9</sup>. Im Rahmen der durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleisteten Organisationshoheit steht es den Gemeinden vielmehr offen, die ihrer Zuständigkeit unterliegenden Aufgaben als örtliche

---

<sup>7</sup> oben, A.II.

<sup>8</sup> vgl. *Dazert*, a.a.O., Anm. 3.4 zu § 85 GemO.

<sup>9</sup> BVerwGE 122, 350.

Gemeinschaft statt als einzelne Gemeinde auch gemeinsam in den zur Verfügung stehenden Formen kommunaler Zusammenarbeit zu erledigen (sog. Kooperationshoheit)<sup>10</sup>.

Die Verankerung der Aufgabe Energieversorgung im Wirkungskreis der Ortsgemeinde schließt deshalb eine Zusammenarbeit von mehreren Gemeinden nicht aus. Vielmehr ist eine Zusammenarbeit, auch unter Einbindung der Verbandsgemeinden und Kreise möglich, wenn nicht erforderlich.

In einem solchen Zusammenarbeitskonzept lassen sich die unterschiedlichen Risiken sinnvoll verteilen. Insbesondere wird im Rahmen der kommunalen Zusammenarbeit auch ermöglicht, dass sich die Beteiligten mit unterschiedlichen Ansätzen und Gewichtungen innerhalb einer gemeinsamen kommunalen Energiegesellschaft bewegen und so ihr kommunalwirtschaftliches Engagement in eine angemessene Relation zur Leistungsfähigkeit und dem örtlichen Bedarf in der einzelnen Kommune bringen.

Im Rahmen eines rein kommunalen Zusammenarbeitskonzepts ist jedoch zu bedenken, dass die optimal windenergetisch in der Zukunft nutzbaren Grundstücksflächen weitgehend über Vorverträge vergeben sind.

Private Entwickler (Planungsbüros, Hersteller und Betreiber) sind ständig auf der Suche nach neuen windgünstigen Flächen. Hierbei werden für die neuen Flächen, die zur Errichtung von Windkraftanlagen geeignet sind, von den Projektierern Vorverträge angeboten. Der Grundstückseigentümer verpflichtet sich, sein Grundstück nur diesem Projektierer als Standort für eine Windkraftanlage zu verpachten. Für den Fall, dass keine Windkraftanlage errichtet wird, erhält der Grundstückseigentümer keinen Pachtzins. Über die Vorvertragspraxis werden somit die geeigneten Flächen gesichtet, ggf. blockiert und dann selektiert.

Vor diesem Hintergrund ist es sinnvoll, die weitere kommunale Zusammenarbeit zur Errichtung von Windkraftanlagen unter Einbindung der die Vorverträge innehabenden Beteiligten weiter zu entwickeln.

---

<sup>10</sup> ebd.

### III. Derzeitige Konzepte

Derzeit werden von den Projektierern hohe Pachtzinszahlungen angeboten. Unter dem Blickwinkel der Risikofreudigkeit, ist somit eine langfristige Verpachtung an die Projektierer mit einem sehr geringen Risiko behaftet.

Die Verpachtung von kommunalen Grundstücksflächen zur Errichtung von Windkraftanlagen durch die jeweilige Gemeinde an diese privaten Akteure ist ein sicheres und praktikables Konzept, sofern an dem Standort das Baurecht für die Anlagen besteht oder erlangt wird. Zu bedenken ist jedoch, dass an den mit den verschiedenen Phasen der Planung und Errichtung sowie dem Betrieb von Windenergieanlagen einhergehenden unterschiedlichen Wertschöpfungen nur zu einem Teil partizipiert wird.

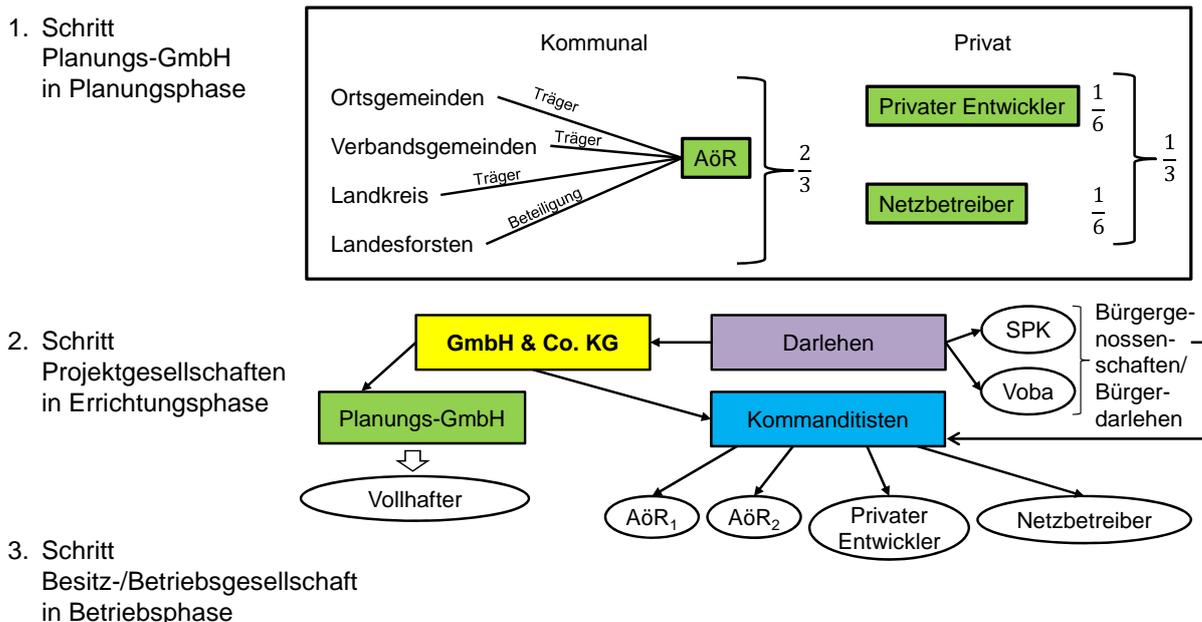
Weiterhin bieten die privaten Projektierer Beteiligungskonzepte für die kommunale Seite an. Den Gemeinden wird eine Beteiligung an einer Gesellschaft, die die Windkraftanlagen plant, errichtet und betreibt, eingeräumt.

Auch diese Beteiligungsmodelle von privater Seite können für die kommunale Seite ein Lösungsweg sein. Eine größtmögliche Wertschöpfung wird für die kommunale Seite aber nur dann sicherzustellen sein, wenn in einem Beteiligungskonzept die kommunale Seite selbst das Heft des Handelns in der Hand hat.

## C. Modellvorschlag

### I. Grundmodell - Übersicht

Für das im Folgenden zunächst graphisch dargestellte Grundmodell haben wir uns an den verschiedenen Projektphasen und den damit zusammenhängenden Teilbereichen der Wertschöpfungskette orientiert.



#### 1. Erster Schritt: Planungs-GmbH in Planungsphase

In einem ersten Schritt wird in der Planungsphase eine Planungs-GmbH ins Leben gerufen. Gesellschafter sollten die Ortsgemeinden, die Verbandsgemeinden, der Landkreis und evtl. Landesforsten in einer über eine Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR) gebündelten Form sein. Zusätzlich könnten Gesellschafter ein privater Entwickler sowie der Netzbetreiber sein. Die kommunale Seite hält über die AöR die Mehrheit der Anteile an der Planungs-GmbH. Die AöR dient dabei der Interessenbündelung (insbesondere Stimmbündelung in den Organen der GmbH gegen ein „Auseinanderdividieren“ der kommunalen Interessen unter Einflüssen von der privaten Seite), der erwähnten Einbindung der Landesforsten sowie ggf. der Vermittlung vorteilhafter Finanzierungen, auf die unten noch näher einzugehen ist. Die so zu erreichenden Vorteile können sich allerdings relativieren oder lassen sich zum Teil auch durch andere, weniger komplexe Gestaltungen ermöglichen. Das Modell kann deshalb, ohne dass die Intentionen des kommunalen Energiewirtschaftsverbandes deshalb in Frage gestellt werden müssten, auch Abwandlungen und Vereinfachungen erfahren.

Nach Gründung der Planungs-GmbH nimmt diese die notwendigen Planungsarbeiten für die spätere Errichtung der Windenergieanlagen auf. Die Sichtung und Absicherung von ausreichenden Flächen für die konkrete Planung wird dergestalt sichergestellt, dass alle Gesellschafter der Planungs-GmbH sich verpflichten, die in ihrem Eigentum befindlichen (oder an denen ein Nutzungsrecht besteht) und geeigneten Flächen für Windenergieanlagen sowie - in den Grenzen öffentlich-rechtlicher Bindung, etwa die Nutzung von Wirtschaftswegen betreffend - Zuwegungsflächen ausschließlich der Planungs-GmbH zur Verfügung zu stellen. Weiterhin werden von den Gesellschaftern Flächen für Ausgleichsmaßnahmen (Ausgleichsflächen) und Leitungstrassen der Planungs-GmbH zur Verfügung gestellt.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass den jegliche Flächen zur Verfügung stellenden Beteiligten ein Pachtzins für die Flächennutzung gezahlt wird. Dies bringt einen Vorteil im Vergleich zur derzeit gehandhabten Praxis, in der lediglich eine Pacht für Flächen gezahlt wird, auf denen Anlagen errichtet wurden. Insofern wird die Solidargemeinschaft der kommunalen Gebietskörperschaften gestärkt.

Im Rahmen der konkreten Planung durch die Planungs-GmbH empfiehlt sich die Einschaltung von auf die Entwicklung von Windenergieprojekten spezialisierten Unternehmen. Daher soll die Vergabe von notwendigen Planungsleistungen und Gutachten an den dafür spezialisierten Windkraftprojektierer (privaten Entwickler), der Gesellschafter der Planungs-GmbH sein kann, je nach Erfordernis erfolgen.

Für die Planungsphase wird von einem Zeitraum von derzeit zwei bis drei Jahren ausgegangen.

## **2. Zweiter Schritt: Projektgesellschaften in Errichtungsphase**

In der zweiten Phase erfolgt die konkrete Errichtung der nach der Planung zu realisierenden Windenergieanlagen. Zu diesem Zweck wird die Planungs-GmbH in eine oder mehrere Projektgesellschaften überführt. Für die jeweilige Projektgesellschaft ist die Rechtsform der GmbH & Co. KG vorgesehen.

Den Komplementär (Vollhafter) der Kommanditgesellschaft (jeweilige Projektgesellschaft) bildet die Planungs-GmbH. Diese führt somit grundsätzlich die Geschäfte und vertritt die jeweilige Projekt GmbH & Co. KG.

Als Kommanditisten (beschränkt Haftende) kommen - ggf. windparkbezogene - Anstalten des öffentlichen Rechts, aber auch einzelne kommunale Gebietskörperschaften, der private Entwickler sowie der Netzbetreiber in Betracht. Zusätzlich könnten über Banken oder autonom organisierte Bürgergenossenschaften Kommanditisten der jeweiligen Projektgesellschaft und damit Kapitalgeber werden.

### **3. Dritter Schritt: Besitz-/Betriebsgesellschaft in Betriebsphase**

In der Betriebsphase bleiben die Projektgesellschaften als Besitzgesellschaften der Windenergieanlagen bestehen. Auf dieser Stufe gibt es verschiedene Handlungsalternativen zur Sicherstellung der technischen und kaufmännischen Betreuung der Windenergieanlagen.

In der Betriebsphase kann die Besitzgesellschaft die technische und kaufmännische Betriebsführung der Windenergieanlagen selbst übernehmen oder die Anlagen komplett an einen privaten Dritten verpachten.

Im Weiteren kann die technische und kaufmännische Betriebsführung für die Windenergieanlagen an ein spezialisiertes Unternehmen durch die Besitzgesellschaft vergeben werden.

## **II. Planungsgesellschaft-Planungsphase**

### **1. Gesellschaftsform GmbH**

#### **a) Kommunalrechtliche Aspekte**

Der rechtliche Rahmen für die kommunalwirtschaftliche Betätigung im Bereich der Erneuerbaren Energien wird durch die Regelungen des 5. Kapitels (Gemeindewirtschaft), dort 3. Abschnitt (wirtschaftliche Betätigung und privatrechtliche Beteiligung der Gemeinde), der GemO vorgegeben. Dies gilt über § 57 Landkreisordnung (LKO) für die Landkreise entsprechend.

Die vorliegende Konzeption schlägt, wie oben erläutert, als Hauptvariante vor, dass eine gemeinsame kommunale Anstalt (§ 14a Abs. 1 Satz 1 Landesgesetz über die kommunale Zusammenarbeit - KommZG -) Gesellschafter der Planungs-GmbH werden soll. Für diese AöR gelten über § 14b Abs. 1 KomZG

i. V. m. § 86a GemO die Vorschriften der §§ 85 ff. GemO im Hinblick auf die wirtschaftliche Betätigung und privatrechtliche Beteiligung.

In diesem Zusammenhang können die folgenden Erwägungen entsprechend auf die kommunalrechtlichen Betätigungsvoraussetzungen zur Gründung der gemeinsamen kommunalen Anstalt übertragen werden. Nichts anderes gilt für Konstellationen, in denen auf die Zwischenschaltung einer gemeinsamen kommunalen Anstalt verzichtet wird und die kommunalen Gebietskörperschaften sich unmittelbar für gemeinsame Unternehmen in Privatrechtsform bzw. gemischtwirtschaftliche Unternehmen mit privaten Partnern (Institutionalisierte öffentlich-private Partnerschaften - IÖPP -) als Form der Zusammenarbeit entscheiden.

Nach § 85 Abs. 1 Nr. 1 GemO darf die Gemeinde wirtschaftliche Unternehmen nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt. Dabei muss die Betätigung auf Belange der örtlichen Gemeinschaft zurückzuführen sein. Ein öffentlicher Zweck liegt hiernach vor, wenn die Lieferungen und Leistungen des Unternehmens sachlich und räumlich grundsätzlich im gemeindlichen Wirkungskreis liegen und dazu dienen, Bedürfnisse der Gemeindeeinwohner zu befriedigen<sup>11</sup>.

Die Energieversorgung stellt einen öffentlichen Zweck in diesem Sinne dar. Diese Aussage wird insbesondere durch die gesetzgeberische Wertung in § 85 Abs. 1 Nr. 3 GemO - Wegfall der Subsidiaritätsklausel für die Bereiche der Energieversorgung, der Wasserversorgung und des öffentlichen Personennahverkehrs - unterstützt. Vorstehend genannte Regelung wurde, um mögliche Wettbewerbsnachteile und Handlungseinschränkungen zu Lasten der Kommunen gerade auf dem Gebiet der Energieversorgung zu beseitigen, durch Novellierung der Gemeindeordnung eingeführt<sup>12</sup>. Insbesondere wird in der Begründung zu der Novellierung der Gemeindeordnung im Jahr 2009 davon ausgegangen, dass die Energieversorgung zum Bereich der Daseinsvorsorge gehört<sup>13</sup>. Das entspricht der allgemeinen Auffassung, nach der diesem Bereich der Daseinsvorsorge auch bereits die vorliegend im Vordergrund stehende

---

<sup>11</sup> Dazert, a. a. O., Anm. 3.3.1 zu § 85 GemO m. w. Nw.

<sup>12</sup> vgl. hierzu Fußnote 7.

<sup>13</sup> vgl. hierzu Landtagsdrucksache 15/3032 vom 19. Januar 2009.

Energieerzeugung zuzuordnen ist<sup>14</sup>. Nach vorliegenden Äußerungen<sup>15</sup> teilen zudem die Kommunalaufsichtsbehörden die Prämisse, dass die Energieerzeugung auch losgelöst von einem eigenen lokalen oder regionalen Energieversorgungsunternehmen als gemeindliche Aufgabe übernommen werden kann.

Weiterhin hat die Gemeinde jedoch nach wie vor § 85 Abs. 1 Nr. 2 GemO zu beachten, so dass eine wirtschaftliche Betätigung im Bereich der Energieversorgung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf stehen muss. Das Vorliegen dieser Voraussetzung will die Gemeinde vor Aktivitäten bewahren, die ihre Verwaltungs- und Finanzkraft überfordern<sup>16</sup>. Die wirtschaftliche Tätigkeit muss dem also angepasst sein. Sie ist unzulässig, wenn absehbar ist, dass der Absatzmarkt für ein rentables oder mindestens kostendeckendes Unternehmen offensichtlich zu gering ist und die Unterhaltung des Unternehmens Zuschüsse erfordert, welche die Finanzkraft der Gemeinde im Vergleich zum verfolgten öffentlichen Zweck unverträglich belastet. Dies sowie das weitere Richtkriterium des Bedarfs im örtlichen Versorgungsgebiet sind im Einzelfall auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse und örtlichen Gegebenheiten sorgfältig zu prüfen und anhand von Analysen, Bewertungen und Prognosen zu ermitteln zu und zu dokumentieren. Der Gemeinderat hat hierbei einen Beurteilungsspielraum, durch den die kommunalaufsichtliche und verwaltungsgerichtliche Kontrolle darauf beschränkt ist, offenkundige Fehleinschätzungen, Ermittlungsdefizite oder Abwägungsfehler zu überprüfen<sup>17</sup>.

Ungeachtet des hiernach bestehenden Erfordernisses konkreter Einzelfallprüfungen dürfte erwartbar sein, dass den angeführten Maßstäben im Rahmen der hier vorgeschlagenen interkommunalen Kooperationen - jeweils bezogen auf die einzelne beteiligte Gebietskörperschaft sowie die gemeinsame kommunale Anstalt - Rechnung getragen werden kann.

Nach § 92 Abs. 1 GemO ist eine entsprechende Analyse über die wirtschaftliche Betätigung in einer Rechtsform des privaten Rechts zu erstellen und der Aufsichtsbehörde sechs Wochen vor der Entscheidung vorzulegen. Die Errich-

---

<sup>14</sup> vgl. *Dazert*, a. a. O.

<sup>15</sup> Schreiben der ADD vom 05. Januar 2012 und Schreiben des ISIM vom 21. Dezember 2011 und vom 06. August 2012 an die ADD Trier Schreiben des ISIM vom 13. September 2011 und vom 23. August 2012); wegen eines etwaigen Drittschutzes s. *Dazert*, a. a. O., Anm. 5.2.3.2, 5.3 zu § § 85 GemO.

<sup>16</sup> vgl. Fußnote 13.

<sup>17</sup> *Dazert*, a. a. O., Anm. 3.4 zu § 85 GemO.

tung einer gemeinsamen kommunalen Anstalt ist nach § 14a Abs. 3 KomZG der Aufsichtsbehörde anzuzeigen. § 92 GemO gilt entsprechend.

Auch diese Normen betonen das Erfordernis der Analyse für jeden konkreten Einzelfall. Allgemein lassen sich jedoch für die Tragbarkeit des angemessenen Verhältnisses im Rahmen der Betätigung der gemeinsamen kommunalen Anstalt (und der Gebietskörperschaften in der Anstalt) die folgenden Erwägungen anführen.

Im Falle der Beteiligung einer gemeinsamen kommunalen Anstalt als Mehrheitsgesellschafter an einer GmbH mit einem Stammkapital von 25.000 € dürfte formal die Leistungsfähigkeit, unabhängig von der Frage der Finanzierung der Planungs-GmbH, sichergestellt sein.

Als Mehrheitsgesellschafter der Planungs-GmbH ist eine gemeinsame kommunale Anstalt nach dem KomZG vorgesehen, deren Träger der Landkreis und die jeweiligen dem Landkreis angehörenden Ortsgemeinden und Verbandsgemeinden sein können. Über die Zusammenarbeit der jeweiligen kommunalen Gebietskörperschaften in der gemeinsamen kommunalen Anstalt ist eine Bündelung der Aufgabenwahrnehmung im Bereich der Energiewirtschaft sichergestellt, die zu einer wirtschaftlichen Aufgabenwahrnehmung führt. Insbesondere wird hierdurch eine angemessene Risiko- und Lastenverteilung erreicht, die den Gemeinden im Einklang mit ihrer jeweiligen finanziellen Leistungsfähigkeit ermöglicht, sich wirtschaftlich im Bereich der Erneuerbaren Energien zu betätigen. Zu den denkbaren Aufgabenbereichen der kommunalen Gebietskörperschaften wird in den Erläuterungen zu den einzelnen Gesellschaftern der Planungs-GmbH eingegangen.

Weiterhin wird durch die Zusammenarbeit in einer gemeinsamen kommunalen Anstalt Sachverstand aller Ebenen der beteiligten kommunalen Gebietskörperschaften gebündelt.

Schließlich kann durch eine eventuelle Einbindung eines privaten Entwicklers und des Netzbetreibers als Gesellschafter der Planungs-GmbH branchenspezifisches Wissen für die Gesellschaft generiert werden, welches zu einer Reduzierung der möglichen wirtschaftlichen Risiken führt und die Rentabilität des Vorhabens sicherstellt.

Weitergehende Aspekte zu dem vorstehend angesprochenen Themenkomplex der Wirtschaftlichkeit der Betätigung der Gemeinden im Rahmen der Planungs-GmbH lassen sich auch aus den Ausführungen zur Gesellschafterstruktur der Planungs-GmbH entnehmen.

Durch die Gründung einer gebietsübergreifenden gemeinsamen kommunalen Anstalt begehen dem Vorhaben auch keine Bedenken unter dem Gesichtspunkt des § 85 Abs. 2 GemO (wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets).

Letztlich ist noch § 87 GemO, der die Sicherung angemessener Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten zugunsten der Kommune fordert, zu beachten. Zunächst kommt aufgrund der Subsidiaritätsklausel des § 87 Abs. 2 GemO nur die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) in Betracht (Aktiengesellschaft hat in Rheinland-Pfalz praktisch keine Bedeutung). Im Weiteren sind nach § 87 GemO verschiedene Voraussetzungen (z. B. Einrichtung Aufsichtsrat, Beschlusszuständigkeit Gesellschafterversammlung) durch Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags sicherzustellen.

**b) *Gesellschaftsrechtliche Aspekte***

Größere Bedeutung kommt im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit des Unternehmens der Frage zu, ob die organisatorische Ausgestaltung der einzelnen Rechtsformen zwingend festgelegt ist, oder ob die Unternehmensstrukturen den individuellen Bedürfnissen und Aufgaben entsprechend ausgeformt werden können. Die Möglichkeiten einer effizienten und aufgabenorientierten Entscheidungsfindung hängen von der internen Organisation des Unternehmens ab. In diesem Zusammenhang bietet die Rechtsform der GmbH eine hohe Flexibilität der internen Organisation des Unternehmens. Die Bandbreite der im Gesellschaftsvertrag auszugestaltenden Zuständigkeiten der Gesellschafterversammlung und des Aufsichtsrats sowie des Geschäftsführers ist groß.

Dieser vorgenannte Gestaltungsspielraum gewährleistet auch eine schnellere und leichtere Einbindung eines Privaten Entwicklers und des Netzbetreibers, z. B. gegenüber der Einbindung Letztgenannter in eine AöR.

Für die Wahl der Rechtsform der GmbH spricht die Haftungsbegrenzung als auch die Möglichkeit einer besseren Fremdfinanzierung durch Kredite (Außenfinanzierung). Insbesondere ist die Kreditaufnahme formal einfacher durchzuführen, weil die private Rechtsform der GmbH nicht den allgemeinen Haushaltsrestriktionen unterliegt.

Zusätzlich ist mit Blick auf den Übergang von der Planungs- in die Errichtungsphase die GmbH die geeignete Rechtsformwahl, da angedacht ist, dass die Planungs-GmbH Komplementärin der jeweiligen Projektgesellschaft wird. Sie kann die Planungsleistungen miteinbringen.

Die Gründung einer GmbH lässt sich schnell umsetzen. Die Gesellschaft muss nur mit 25.000 € Stammkapital ausgestattet werden. Die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages und die Eintragung in das Handelsregister lassen sich zeitnah sicherstellen.

Im Weiteren unterliegt die Rechtsform der GmbH nicht der staatlichen Aufsicht. Bei der GmbH beschränkt sich die Aufsicht auf den Gründungs- und Beteiligungsvorgang und betrifft insoweit nicht die GmbH selbst, sondern den kommunalen Gesellschafter<sup>18</sup>.

Schließlich besteht unter vergaberechtlichen Aspekten nur bei einzelnen Vergaben unterhalb der vorgegebenen Schwellenwerte grundsätzlich bei der GmbH keine Ausschreibungspflicht (es sei denn Bindung über Gesellschaftsvertrag). Bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte besteht für die GmbH im vorliegenden Fall über § 98 Nr. 4 GWB eine Bindung an die vergaberechtlichen Bestimmungen.

## 2. Gesellschafterstruktur der Planungs-GmbH

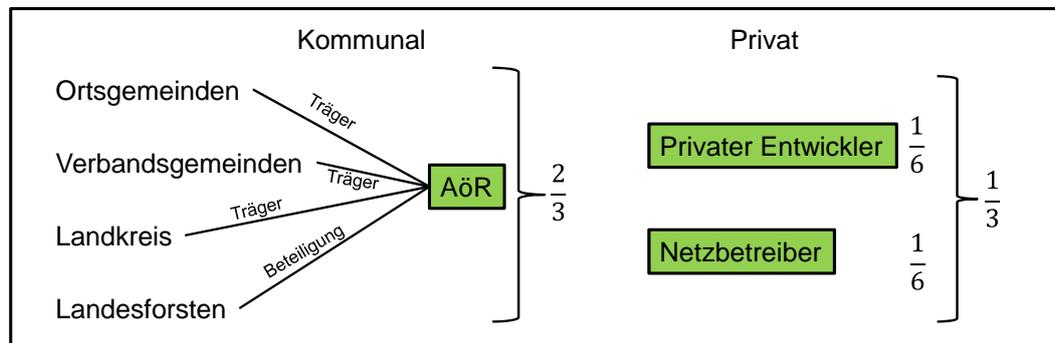
### a) *Idealfall*

Die Bündelung kommunaler Interessen wird dadurch erreicht, dass die Ortsgemeinden, die Verbandsgemeinden, Landkreise und evtl. Landesforsten sich zu einer gemeinsamen kommunalen Anstalt nach dem KomZG, die Gesellschafter der Planungs-GmbH wird, zusammenschließen. Diese gemeinsame kommunale Anstalt ist Mehrheitsgesellschafter der Planungs-GmbH. Der pri-

---

<sup>18</sup> vgl. hierzu C. II. Nr. 1a).

vate Entwickler und der Netzbetreiber sind Minderheitsgesellschafter. Dies stellt die folgende Übersicht noch einmal graphisch dar.



### b) **Ortsgemeinden**

Die jeweiligen Ortsgemeinden im Landkreis werden Träger der gemeinsamen kommunalen Anstalt, da die Aufgabe der Energieversorgung/Energiegewinnung grundsätzlich den Ortsgemeinden zuzuordnen ist<sup>19</sup>. Weiterhin stehen oftmals die potenziellen Standorte oder die Ausgleichsflächen sowie die notwendigen Zuwegungen zu den Anlagen im Gemeindeeigentum. Zusätzlich werden die Verteilnetze über oder an öffentlichen Wegen verlegt. Schließlich erfolgt der örtliche Stromverbrauch durch die Bürger und Gewerbebetriebe auf der untersten kommunalen Gebietskörperschaftsebene.

### c) **Verbandsgemeinden**

Die Verbandsgemeinden sind als weitere Träger der gemeinsamen kommunalen Anstalt mit Blick auf die Bedeutung vorgesehen, die sie für die Koordination der zur Realisierung der Windkraftanlagen beitragenden unterschiedlichen Nutzungen (Windparks, Ausgleichsflächen, Zuwegungen, Verteilnetz) und der verwaltungsmäßigen Organisation der kommunalwirtschaftlichen sowie finanziellen Voraussetzungen zugunsten der Ortsgemeinden haben.

Die Zulässigkeit einer Aufgabenwahrnehmung im Bereich der Energieversorgung durch Verbandsgemeinden ist von dem Ministerium des Innern, für Sport und Infrastruktur (ISIM) sowie der Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion Trier (ADD) als oberster bzw. oberer Kommunalaufsichtsbehörde bereits bejaht worden<sup>20</sup>. Hierfür lässt sich die Regelung in § 67 Abs. 7 GemO anführen. Die

<sup>19</sup> vgl. hierzu B. I.

<sup>20</sup> siehe hierzu Schreiben der ADD vom 05. Januar 2012 und Schreiben des ISIM vom 21. Dezember 2011 und vom 06. August 2012 an die ADD Trier.

Verbandsgemeinde soll danach Ortsgemeinden, die ihre Aufgaben nicht ausreichend erfüllen können, im Rahmen ihrer Leistungsfähigkeit unterstützen und zu einem wirtschaftlichen Ausgleich unter den Ortsgemeinden beitragen (Unterstützungs- und Ausgleichsfunktion der Verbandsgemeinde)<sup>21</sup>. Es ist anerkannt, dass die Unterstützungsfunktion etwa auch durch die Beteiligung der Verbandsgemeinde an einem Zweckverband, dem die originär gemeindliche Aufgabe übertragen wird, erfüllt werden kann<sup>22</sup>. Nach der Erweiterung der gesetzlichen Organisationsformen für die kommunale Zusammenarbeit um die gemeinsame kommunale Anstalt (§§ 14a f. KomZG) lässt sich das auf die vorliegende Konstruktion einer AöR übertragen.

**d) Kreis**

Der Landkreis ist ebenfalls als Träger der gemeinsamen kommunalen Anstalt vorgesehen. Die Zulässigkeit einer Aufgabenwahrnehmung im Bereich der Energieversorgung durch die Landkreise ist vom Ministerium des Innern, für Sport und Infrastruktur sowie der Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion Trier (ADD) bestätigt worden<sup>23</sup>. § 2 Abs. 5 LKO, der § 67 Abs. 7 GemO entspricht, weist den Landkreisen eine Unterstützungs- und Ausgleichsfunktion in Bezug auf die Verbands- und Ortsgemeinden in seinem Gebiet zu. Nach der Rechtsprechung besteht zudem die Möglichkeit von Überschneidungen der überörtlichen Selbstverwaltungsaufgaben im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 LKO mit dem Kreis der örtlichen Angelegenheiten, wenn nur - ausgehend von der gemeindlichen Allzuständigkeit - ein überörtlicher Bezug der Aufgabe vorliegt, der die Annahme einer Kreiszuständigkeit gegebenenfalls auch neben derjenigen der Gemeinde rechtfertigt<sup>24</sup>.

Als Akteure in den kommunalen Energiewirtschaftsverbänden können die Kreise zusätzlich etwa auch einen Beitrag zur Anschubfinanzierung der Planungs-GmbH, z. B. über die Sparkassen, vermitteln, wobei in diesem Zusammenhang eine Vermittlung einer Anschubfinanzierung über eine andere Bank nicht ausgeschlossen ist<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> dazu Klöckner, Kommunalverfassungsrecht Rheinland-Pfalz, a.a.O. (Fn. 5), Anm. 7 zu § 67.

<sup>22</sup> Klöckner, a. a. O., Anm. 7.2.

<sup>23</sup> vgl. zuletzt mit Schreiben des ISIM an die ADD vom 06. August 2012.

<sup>24</sup> OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 28.04.2001 – 2 A 11423/10 – , juris. Tz. 44.

<sup>25</sup> Sofern jedoch die Sparkassen, vermittelt über den jeweiligen Kreis, tätig werden, ist zu beachten, dass im Fall einer über 10 % liegenden Beteiligung des Kreises an der Planungs-GmbH die Forderungen der Sparkasse gegenüber der Gesellschaft im Insolvenzfall nachrangig behandelt werden (vgl. § 39 Abs. 1 Nr. 5 i. V. m. Abs. 5 Insolvenzordnung).

Die Beteiligung eines Kreises an der gemeinsamen kommunalen Anstalt wirkt sich allerdings auf die kommunalaufsichtliche Zuständigkeit aus. Die Errichtung einer Anstalt des öffentlichen Rechts ist nach § 92 Abs. 2 Nr. 5 GemO der Aufsichtsbehörde anzuzeigen. Das ist bei Anstaltserrichtungen durch kreisangehörige Gemeinden grundsätzlich die Kreisverwaltung (§ 118 Abs. 1 Satz 1 GemO, 14b Abs. 1 Satz 2, 5 Abs. 1 Nr. 1 KomZG). Sofern der Kreis selbst beteiligt ist, ist die ADD zuständig (§§ 14b Abs. 1 Satz 2, 5 Abs. 1 Nr. 2 KomZG).

**e) Landesforsten Rheinland-Pfalz**

Das Land Rheinland-Pfalz ist bereit, auch seinen Anteil an der Umsetzung der Energiewende beizutragen. In Umsetzung dieser Intention soll sich Landesforsten Rheinland-Pfalz an kommunalen Solidarpakten für Windkraftanlagen im Wald beteiligen. In einer Mitteilung vom 09. Januar 2012 äußert sich die Ministerin wie folgt<sup>26</sup>:

*„Damit stärken wir die Partnerschaft des Landes mit den Kommunen, um die Energiewende voranzutreiben und die Wertschöpfung im ländlichen Raum zu steigern.“*

Weiter wird in der o. g. Pressemitteilung ausgeführt, dass Landesforsten in Abstimmung mit dem Finanzministerium bereit sei, geeignete Standorte im Staatswald in kommunale Windparks einzubringen und bis zu 30 % seiner Pachteinahmen an die kommunale Solidargemeinschaft abzuführen.

Aber nicht nur, dass grundsätzlich Waldflächen die geeignetsten Standorte für Windenergieanlagen bilden können, spielt auch die Waldfläche eine große Rolle im Rahmen des Ausgleichsflächenmanagements. Denn notwendige Kompensationsmaßnahmen für Eingriffe können auch auf Waldflächen umgesetzt werden, z. B. durch Belassen von Altbäumen und Totholz. Das ganze wird unterstützt durch die Öffnung des Waldes für die Windenergie durch ein Schreiben des Ministeriums für Umwelt, Landwirtschaft, Ernährung, Weinbau und Forsten an die beiden Struktur- und Genehmigungsdirektionen des Landes sowie über den Entwurf der Teilfortschreibung des LEP IV<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> vgl. hierzu Fußnote 6.

<sup>27</sup> oben, Fußnote 2; nach dem Entwurf soll u. a. auch der folgende Grundsatz der Raumordnung (G 163 c) aufgestellt werden: „Landesweit sollen mindestens zwei Prozent der Waldfläche für die Nutzung durch Windenergie zur Verfügung gestellt werden“.

Zusätzlich hat das Ministerium für Umwelt, Landwirtschaft, Ernährung, Weinbau und Forsten mit Schreiben vom 13. Januar 2012 zum Thema „Windenergieanlagen auf Waldstandorten“ detaillierte Informationen und Verfahrenshinweise sowie Materialien (Vertragsmuster) an die Forstämter übermittelt.

Erwägt man, dass sich das Land über Landesforsten Rheinland-Pfalz an einer gemeinsamen kommunalen Anstalt im Sinne von § 14a KomZG beteiligen soll, ist eine Unterscheidung hinsichtlich der Beteiligungsmöglichkeiten vorzunehmen.

Eine Beteiligung des Landes an der Trägerschaft scheidet dabei am ausdrücklichen Wortlaut der Vorschrift des § 14a KomZG. Es heißt nämlich in § 14a Abs. 1 Satz 3 KomZG:

*„An einer gemeinsamen kommunalen Anstalt können sich weitere kommunale Gebietskörperschaften und Anstalten im Sinne des § 86a Abs. 1 der Gemeindeordnung als Träger beteiligen.“*

Diese subjektive Anstaltsfähigkeit („kommunal“) erfüllt das Land jedoch nicht.

Allerdings kommt eine Beteiligung des Landes über Landesforsten am Stammkapital der gemeinsamen kommunalen Anstalt in Betracht. Dies ergibt sich über § 14b Abs. 1 Satz 1 KomZG § 86a GemO. Die Regelung in § 86a Abs. 1 Satz 2 GemO, die mit Gesetz vom 28. September 2010 eingefügt worden ist, hat folgenden Wortlaut:<sup>28</sup>

*„Andere juristische Personen des öffentlichen Rechts, juristische Personen des Privatrechts und natürliche Personen können am Stammkapital der Anstalt mit bis zu 49 v. H. beteiligt werden.“*

In der Gesetzgebung zu vorstehend genannter Vorschrift<sup>29</sup> wird Folgendes ausgeführt:

---

<sup>28</sup> Artikel 2 des Ersten Landesgesetzes zur Kommunal- und Verwaltungsreform vom 28. September 2010, GVBl. S 272.  
<sup>29</sup> Landtagsdrucksache 15/4488.

*„Der neue § 86a Abs. 1 Satz 2 GemO eröffnet die Möglichkeit, dass sich andere juristische Personen des öffentlichen Rechts, juristische Personen des Privatrechts und natürliche Personen am Stammkapital der rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts in der Trägerschaft einer Gemeinde beteiligen. § 86a Abs. 1 Satz 2 GemO begrenzt allerdings diese Beteiligung auf 49 v. H. des Stammkapitals der Anstalt. ... Mit der Möglichkeit der Einbindung privater Investoren in eine rechtsfähige kommunale Anstalt des öffentlichen Rechts kann die Erledigung kommunaler Aufgaben wirtschaftlicher und nicht wirtschaftlicher Art weiter optimiert werden.“*

Die Beteiligungsmöglichkeit der angeführten „anderen“ Personen entspricht hiernach der „typischen stillen Beteiligung“ i. S. der §§ 230 ff. HGB<sup>30</sup>. Dabei wird eine Kapitaleinlage geleistet, mit der Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung der Anstalt nicht verbunden sind. Dem stillen Teilhaber werden keine unternehmerischen Rechte eingeräumt, die das Unternehmen an der eigenverantwortlichen Erfüllung seiner Aufgaben hindern könnten<sup>31</sup>. Dementsprechend wurden durch das o. a. Änderungsgesetz vom 28. September 2010 auch keine Regelungen über die Vertretung der „anderen“ Personen in den Organen der AöR geschaffen. Es bleibt danach auch für die gemeinsame kommunale Anstalt nach §§ 14a f. KomZG bei der ausschließlichen Vertretung der Anstaltsträger im Verwaltungsrat, die sich nach §§ 14b Abs. 3, 8 Abs. 1 und 2 KomZG richtet, sowie im Übrigen bei der Verweisung des § 14b Abs. 1 Satz 1 KomZG auf § 86b GemO.

Kommt es zur Beteiligung der Landesforsten oder eines sonstigen „Anderen“ an dem Stammkapital einer gemeinsamen kommunalen Anstalt, wäre an eine (klarstellende) Regelung zur Rechtsstellung des „stillen Teilhabers“ in der Anstaltssatzung zu denken.

#### **f) Privater Entwickler**

##### **aa) Allgemeine Erwägungen**

Die Einbindung eines auf Windenergieanlagen spezialisierten privaten Entwicklers erfolgt vor dem Hintergrund der nachstehenden Erwägungen.

---

<sup>30</sup> vgl. Schraml, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, D 136.

<sup>31</sup> ebd.

In vielen Fällen haben sich private Entwickler (Windkraftbranche) geeignete Standortflächen, auch im Wald, über entsprechende (Vor-)Verträge (Pachtvorverträge) gesichert. Über die Einbindung des privaten Entwicklers könnten somit Flächen für Windenergieerzeugungsanlagen wieder „zurückgewonnen“ werden. Ob sich hierauf der mit entsprechenden Flächen ausgestattete Private Entwickler einlässt, ist offen. Ein zusätzlicher Anreiz für den Privaten Entwickler dem Modell beizutreten, besteht darin, dass der Private Entwickler als Gesellschafter der Planungs-GmbH zusätzliche Flächen für Windenergieerzeugungsanlagen hinzugewinnt.

Im Weiteren soll der Private Entwickler aufgrund seines Know-hows (Unternehmen, welches auf die Entwicklung von Windenergieprojekten spezialisiert ist) sämtliche Planungsarbeiten der Planungs-GmbH durchführen.

Schließlich hat der Private Entwickler als Planer ein größeres Interesse an der Verwirklichung der Planung, wenn er an der Planungs-GmbH beteiligt ist und infolgedessen an deren Erfolg partizipiert.

#### **bb) Vergaberechtliche Aspekte**

Eine „Gesellschafterstellung“ muss grundsätzlich nur dann ausgeschrieben werden, wenn die Vergabe der Beteiligung nicht nur der Kapitalbeschaffung dient und sich dementsprechend nicht nur in einer Kapitaleinlage des künftigen privaten Gesellschafters erschöpft, sondern zugleich mit der Vergabe von Dienstleistungen oder anderen öffentlichen Aufträgen einhergeht. Bei Gründungen durch öffentliche Auftraggeber muss man sich also vergewissern, dass eine Kapitalübertragung in Wirklichkeit nicht als Deckmantel für die Übertragung von Aufträgen oder Konzessionen an einen privaten Partner dient<sup>32</sup>. Der Gründungsakt eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens bzw. der Verkauf von Anteilen eines zunächst rein öffentlichen Unternehmens an einen Privaten erhalten m.a.W. einen Beschaffungscharakter dadurch, dass gleichzeitig oder sonst in hinreichend engem Zusammenhang damit eine Auftragsvergabe an das betreffende Unternehmen erfolgt. Gründung und Anteilsveräußerung sind

---

<sup>32</sup> EuGH, Urt. v. 15.10.2009 - Rs. C-196/08 - „Acosef“; Urt. v. 22.12.2010 - Rs. C-215/09 - „Oulun kaupunki“; näher zum Ganzen etwa *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 3, S. 735 ff.

dann ausschreibungspflichtig.<sup>33</sup> Ist das daraus entstehende gemischtwirtschaftliche Gebilde seinerseits öffentlicher Auftraggeber, ist es in seiner Rolle als Vergabestelle ebenfalls dazu verpflichtet, die Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen einzuhalten, wenn es dem privaten Partner Aufgaben überträgt, die der öffentliche Auftraggeber vor Gründung des gemischtwirtschaftlichen Gebildes nicht ausgeschrieben hatte. Der private Partner darf aus seiner privilegierten Position in dem Wirtschaftsgebilde keinen Vorteil ziehen, indem er sich bestimmte Aufgaben ohne vorherigen Wettbewerb vorbehält<sup>34</sup>.

Zu diesen originär vergaberechtlichen Anforderungen kommt hinzu, dass öffentliche Stellen im Hinblick auf ihre weiteren rechtlichen Bindungen, insbesondere auch zur Vermeidung von Verstößen gegen das EU-rechtliche Beihilfeverbot, gehalten sind, bei Gesellschaftsgründungen und Anteilsveräußerungen wettbewerbliche Verfahren durchzuführen<sup>35</sup>.

Hinsichtlich der Einbindung des privaten Entwicklers in die Planung-GmbH ist dem Rechnung zu tragen.

Die gemeinsame kommunale Anstalt, von der im Modellfall die Gesellschaftsgründung ausgeht, unterliegt als öffentlicher Auftraggeber wie jede einzelne kommunale Gebietskörperschaft für sich den Bindungen des Vergaberechts.

Für den nach Maßgabe des Auftragswertes („EU-Schwellenwerte“<sup>36</sup>) eröffneten Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts, d.h. im nationalen Recht des vierten Teils (§§ 97 ff.) des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), ergibt sich dies aus § 98 Nr. 2 GWB. Danach zählen zu den öffentlichen Auftraggebern andere<sup>37</sup> juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn diese juristischen Personen eine „besondere Staatsgebundenheit“ dadurch aufweisen, dass (u. a.) Gebietskörper-

---

<sup>33</sup> Frenz, a. a. O., S. 750

<sup>34</sup> Europäische Kommission, Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endg., Tz. 64.

<sup>35</sup> Dazu hier nur die übergreifende Betrachtung bei *von Donat*, EuZW 2010, 812.

<sup>36</sup> Verordnung (EU) Nr. 1251/2011 der Kommission vom 30.11.2011, ABl. L 319, S. 43.

<sup>37</sup> d.h. andere als die bereits in § 98 Nr. 1 GWB angesprochenen Gebietskörperschaften und deren Sondervermögen.

schaften sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben.

Der besondere Gründungszweck, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, ist bei einer sich energiewirtschaftlich betätigenden kommunalen Anstalt regelmäßig zu bejahen<sup>38</sup>. So auch für die vorliegend konzipierte AöR. Die Staatsgebundenheit dieser AöR folgt aus der vorgesehenen Beteiligungsstruktur und Finanzierung, aber auch aus den vorzusehenden Leitungs- und Aufsichtsstrukturen.

Als sog. Sektorenauftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 4 GWB wird die gemeinsame kommunale Anstalt nach der vorliegenden Konzeption mit Blick auf die Rechtsprechung indes nicht zu qualifizieren sein. Diese Einstufung, an die sich bedeutsame Lockerungen der vergaberechtlichen Anforderungen knüpfen können, setzt ein Tätigsein des Auftraggebers auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs voraus<sup>39</sup>. Die obergerichtliche Rechtsprechung verlangt dabei, dass der Auftraggeber die Sektorentätigkeit bereits aktuell und unmittelbar selbst ausübt<sup>40</sup>. Im hier betrachteten Modell wird die AöR jedoch nur mittelbar über die verschiedenen vorgesehenen Beteiligungen zur Energieversorgung bzw. -erzeugung tätig werden.

Unterhalb der Schwellenwerte ist die Bindung der gemeinsamen kommunalen Anstalt an das Vergaberecht über die Verweisung des § 39 Eigenbetriebs- und Anstaltsverordnung (EigAnVO) auf § 31 (jetzt: § 22) Gemeindehaushaltsverordnung (GemHVO) angeordnet<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> zu den Einzelheiten etwa *Weber*, Kommunale Energieversorgungsunternehmen aus der Sicht des Vergaberechts, S. 93 ff.

<sup>39</sup> zur Zuordnung der Erzeugung erneuerbarer Energien nach den Verhältnissen auf dem Strommarkt in Deutschland zu den Sektorentätigkeiten s. Durchführungsbeschluss 2012/218/EU der Kommission vom 24.4.2012 zur Freistellung der Erzeugung und des Großhandels von Strom aus konventionellen Quellen in Deutschland von der Anwendung der (Sektoren-) Richtlinie 2004/17/EG, ABl. L 14 S. 21.

<sup>40</sup> OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 30.8.2011 - 11 Verg 3/11 -, juris Tz. 49; OLG Düsseldorf, Ur. v. 21.7.2010 - VII-Verg 19/10 -, juris Tz. 50; s. auch *Summa*, jurisPK-VergR, 3. Aufl., Rdnrn. 5 f. zu § 100b GWB; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: GWB, 4. Aufl. 2007, Rdnr. 167 zu § 98.

<sup>41</sup> vgl. *Oster*, in: Kommunalverfassungsrecht Rheinland-Pfalz, a. a. O. (Fußnote 5), Anm. 9 zu § 86a GemO.

Die Planungs-GmbH selbst wird für den Bereich ab den Schwellenwerten<sup>42</sup> ebenfalls als öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr. 2 GWB einzustufen sein. Hinsichtlich der „besonderen Staatsgebundenheit“ ist dies bei den vorgesehenen (Beteiligungs-) Strukturen wiederum eindeutig. Der Annahme einer im Allgemeininteresse liegenden Tätigkeit nicht gewerblicher Art könnten bei ihr aber durchaus Zweifel begegnen. Entscheidend dürfte neben dem Bezug ihrer Tätigkeit zu dem öffentlichen Zweck des Energiewirtschaftsverbundes<sup>43</sup> allerdings sein, dass die Planungs-GmbH durch die ihr zugedachte Funktion in dem Modellkonzept nicht oder jedenfalls nur eingeschränkt dem allgemeinen Wettbewerb ausgesetzt sein wird. Angebot und Nachfrage für ihre Leistungen werden durch die Steuerung innerhalb des Energiewirtschaftsverbundes zusammengeführt. Das spricht für eine durch die öffentliche Hand herbeigeführte marktbezogene Sonderstellung, die der „Gewerblichkeit“ im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB entgegensteht („keine nachfragebezogene Ausübung der Tätigkeit“)<sup>44</sup>. In der Frage einer Sektorentätigkeit ist für die Planungs-GmbH das Gleiche zu sagen wie für die AöR.

Da in dem vorliegenden Modell sämtliche Planungsleistungen durch den privaten Entwickler als Gesellschafter der Planungs-GmbH erbracht werden sollen, ist nach alledem eine Ausschreibung der Gesellschafterstellung in einem Vergabeverfahren nach den §§ 97 ff. GWB angezeigt. Nicht anders wäre es bei der alternativen Variante einer Gesellschaftsgründung unmittelbar durch die Gebietskörperschaften ohne Zwischenschaltung der gemeinsamen kommunalen Anstalt.

Eine Ausschreibung, die der vorgegebenen Situation (Vorverträge) Rechnung trägt, sollte vergaberechtliche Spielräume nutzen, um je nach der örtlichen Ausgangslage auch das Vorhandensein von Vorverträgen zu berücksichtigen. Hierbei sind die möglichen Auswirkungen auf die Gestaltung der Preise für die zu erbringenden Leistungen jedoch gründlich zu bedenken.

---

<sup>42</sup> für den Bereich darunter s. bereits oben C. II. Nr. 1b).

<sup>43</sup> zur Frage der Ableitung des "Allgemeinwohlinteresesses" bei kommunal beherrschten Unternehmen in Privatrechtsrechtsform aus der generellen Bindung kommunalwirtschaftlicher Betätigung an die Verfolgung öffentlicher Zwecke (oben, 1) a) s. *Weber*, a. a. O. (Fußnote 38), S. 98 f.

<sup>44</sup> vgl. *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. 2007, Rdnrn. 77 ff. zu § 98 m.w.Nw.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.4.2003 - Verg 67/02 - , NZBau 2003, 400, 402 f. m.w.Nw.

Um das Verfahren zu beschleunigen, ist angedacht, bei der Gründung der Planungs-GmbH für den noch in einem Ausschreibungsverfahren auszuwählenden privaten Gesellschafter einen „Platzhalter“ zu stellen.

Diese Aufgabenstellung kann konventionell dadurch erreicht werden, dass bereits bei der Gründung der Gesellschaft auch ein entsprechender Geschäftsanteil gebildet und von einem „Treuhänder“ oder einem anderen Gesellschafter übernommen wird, wobei gleichzeitig das unwiderrufliche Angebot der Veräußerung und Abtretung des betreffenden Geschäftsanteils gegenüber dem „Gewinner“ der Ausschreibung beurkundet wird.

Man kann aber auch die Gesellschaft zunächst nur unter Beteiligung der kommunalen Gesellschafter und des Netzbetreibers gründen und später in Umsetzung des Ergebnisses der Ausschreibung einen neuen Geschäftsanteil im Wege der Kapitalerhöhung bilden, den der „Gewinner“ der Ausschreibung übernimmt.

Bei der Treuhandlösung ist zu beachten, dass auch der Treuhänder spätestens bis zu Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister auf die von ihm treuhänderisch gehaltene Stammeinlage gemäß § 7 Abs. 2 GmbHG ein Viertel einzahlen muss. Diese Zahlung wird bei der Stammkapitalerhöhungs-Variante „nach hinten geschoben“.

Vor dem Einstieg in eine Vergabe der Gesellschafterstellung für die Planungs-GmbH sollten bereits weitere konzeptionelle Überlegungen für die Gewinnung von Partnern und die Beschaffung von Leistungen in den auf die Planungsphase folgenden Phasen (Errichtungsphase, Betriebsphase) angestellt worden sein. Denn es kann auch an komplexere, diese Phasen übergreifende Ausschreibungsmodelle für eine IÖPP gedacht werden. Die Wahl solcher Lösungen kann zur Bewältigung der im Phasenverlauf vorgesehenen Übertragungsvorgänge innerhalb des Modellverbunds<sup>45</sup> zum Teil unabweisbar sein. Dies erfordert jedoch eine frühzeitige Weichenstellung vor dem Hintergrund der Ausgangslage in dem jeweiligen Energiewirtschaftsverbund (Beteiligte, Anzahl potenzieller Projekte, Verzicht auf separate Gesellschaftsgründungen auf der einzelnen Stufe bzw. für das einzelne Projekt u. v. m), aber auch der Möglichkeiten und Grenzen

---

<sup>45</sup> unten, C. IV. sowie D.

vergaberechtlicher Gestaltung, die hier nicht im Detail abgehandelt werden können.

**g) Netzbetreiber**

Schließlich ist in der Gesellschafterstruktur der Planungs-GmbH der Netzbetreiber vorgesehen.

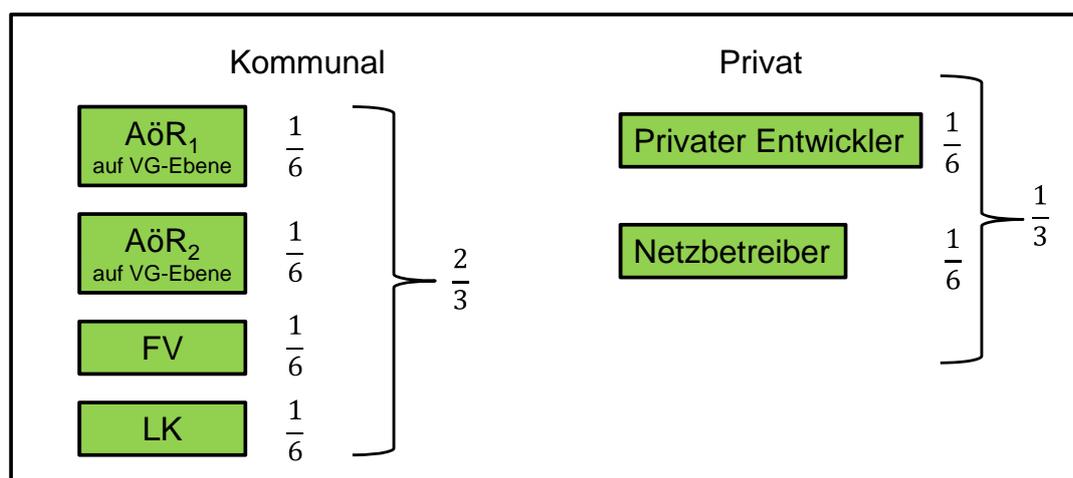
Seine Aufnahme als Gesellschafter basiert auf dem Hintergrund, Probleme bei dem Anschluss der Windenergieanlagen an das Energieversorgungsnetz zu vermeiden. Mithilfe des Netzbetreibers, der am Erfolg der Gesellschaft partizipiert, kann ein zügiger Anschluss (Einbindung) der Windkraftanlagen an das Versorgungsnetz sichergestellt werden.

Zusätzlich verfügt der Netzbetreiber über entsprechendes Know-how im Bereich des Netzanschlusses. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass für den jeweiligen Netzbetreiber eine Anschlusspflicht erst am Verknüpfungspunkt besteht (§ 5 Abs. 1 EEG, Geeignetheit Spannungsebene und Luftlinie Anlagenstandort). Die notwendigen Kosten des Anschlusses von Windenergieanlagen an den Verknüpfungspunkt trägt der Anlagenbetreiber (§ 13 Abs. 1 EEG).

Schließlich kann in Erwägung gezogen werden, dass der Netzbetreiber der Planungs-GmbH ein entsprechendes Gesellschafterdarlehen zur Verfügung stellt. Mit diesem Darlehen könnten die Planungsleistungen finanziert werden.

**h) Keine große gemeinsame AöR**

Sofern sich nicht wie oben dargestellt eine größtmögliche Bindung kommunaler Interessen in einer großen gemeinsamen AöR erreichen lässt, kann von der im Folgenden bildlich dargestellten Gesellschaftsstruktur der Planungs-GmbH ausgegangen werden.



In diesem Fall sind in Abwandlung mehrere AöR's auf Verbandsgemeindeebene Gesellschafter der Planungs-GmbH. Wie bereits erwähnt, kommen weitere Abwandlungen bis hin zur Gesellschaftsgründung ohne Zwischenschaltung einer AöR in Betracht.

### 3. Tätigkeit der Planungs-GmbH

#### a) Allgemeines

Die Planungs-GmbH erstellt die konkrete Planung auf den von den Gesellschaftern (im Wege eines Pachtvertrages) zur Verfügung gestellten und geeigneten Flächen für Windenergieanlagen. In diesem Zusammenhang gehen wir von dem Grundsatz aus, dass die schlichte Verpachtung eines Grundstücks durch die öffentliche Hand nicht dem Vergaberecht unterliegt. Die öffentliche Hand tritt hierbei lediglich als Anbieter einer eigenen Leistung auf<sup>46</sup>.

Die durch den privaten Entwickler zu erbringenden Planungsarbeiten umfassen insbesondere

- die Standortsicherung über Vorverträge (Vorrangflächen),
- Erstellung von Gutachten (Kosten-Nutzen-Analyse),
- Einholung von Genehmigungen (Immissionsschutzrecht, Umweltverträglichkeitsprüfung),
- Anbindung der Anlage an das vorhandene Stromnetz (Netzanschlusskonzept).

<sup>46</sup> vgl. Weyand, Vergaberecht 2012, § 100 GWB Rndr. 100/11.

**b) Reduzierung Planungsrisiko**

Die Tätigkeit der Planungs-GmbH ist maßgebend vom Planungsrisiko, also von der grundsätzlichen Realisierbarkeit von Windenergieanlagen auf den vorhandenen Flächen, geprägt.

Im Hinblick auf Genehmigungs- und Finanzierungsunsicherheiten erscheint eine Reduzierung des Planungsrisikos sinnvoll. Hierbei ist bereits eine Reduzierung des Planungsrisikos unter den folgenden aufgeführten Gesichtspunkten im vorstehend beschriebenen Projektkonstrukt angelegt.

Durch die größtmögliche Bündelung kommunaler Interessen in den verschiedenen in Frage kommenden Organisationsstrukturen wird ein erhöhtes Flächenpotential geschaffen, welches im Rahmen der Planung zur Verfügung steht.

Dabei wird eine Durchführung der Planungsaufgaben in Stufen sinnvoll sein. Der private Entwickler kann in einem ersten Schritt eine Analyse zu den in Betracht kommenden Flächen anstellen. In diesem Zusammenhang findet lediglich eine grobe Prüfung statt, bei der die genehmigungsrechtlich infrage kommenden Standorte im Hinblick auf eine generelle Umsetzung der Projekte analysiert werden (insbesondere Ertragskraft der Anlage). Im Falle einer positiven Beurteilung kann sich die Detailplanung anschließen.

In diesem Zusammenhang könnte mit Blick auf die durch den privaten Entwickler zu erbringenden Planungsleistungen anstelle von Einzelhonoraren eine feste Vergütung gekoppelt mit einem noch Erfolgshonorar (Errichtung der jeweiligen Anlage) vorgesehen werden. Das oder etwa der Abschluss eines Rahmenvertrages mit unterschiedlichen Preiskomponenten wäre mit zum Gegenstand der oa. Ausschreibung zu machen.

Schließlich wird der private Entwickler, der als Gesellschafter der Planungs-GmbH an deren Ertrag partizipiert, hinsichtlich der durchzuführenden Planungsleistungen (Dienstleistungen) auf eine effiziente Inanspruchnahme der vorhandenen Flächen achten.

#### 4. Finanzierung der Planungs-GmbH

##### a) *Finanzierung*

Grundsätzlich ist vorgesehen, die durch die Planungs-GmbH einzukaufenden Planungsleistungen über Kreditaufnahmen zu finanzieren. Die aufgenommenen Darlehen werden bei Verkauf der Planungsleistungen an die Projektgesellschaften durch den Veräußerungserlös abgelöst.

Dabei kann zunächst in Erwägung gezogen werden, dass der Netzbetreiber der Planungs-GmbH ein entsprechendes Gesellschafterdarlehen zur Verfügung stellt und damit die Planungsleistungen finanziert werden können.

Die Fremdfinanzierung der Planungs-GmbH durch Kredite hängt entscheidend von der Eigenkapitalausstattung dieser Gesellschaft ab. Im vorliegenden Fall soll die Planungs-GmbH mit einem geringen Eigenkapital ausgestattet werden. Somit ist für die Fremdfinanzierung der Planungs-GmbH am Markt die Finanzkraft ihrer Gesellschafter, also hier insbesondere der gemeinsamen kommunalen Anstalt, von entscheidender Bedeutung.

##### b) *Haushaltsrechtliche Aspekte*

Im Rahmen der Finanzierung der Planungs-GmbH ist zunächst nochmals darauf hinzuweisen, dass die Außenfinanzierung der Gesellschaft nicht den restriktiven Anforderungen des gemeindlichen Haushaltsrechts unterliegt.

Mit anderen Worten ausgedrückt bedeutet dies, dass die Planungs-GmbH für eine formale Kreditaufnahme nicht einer staatlichen Genehmigung bedarf. Wie bereits oben dargestellt, beschränkt sich die staatliche Aufsicht auf den Gründungs- und Beteiligungsvorgang hinsichtlich des kommunalen Gesellschafters.

Sofern die gemeinsame kommunale Anstalt eine formale Kreditaufnahme durchführt und anschließend ein Gesellschafterdarlehen an die Planungs-GmbH gewährt (Fremdfinanzierung), ist diese Kreditaufnahme grundsätzlich nicht genehmigungspflichtig. In diesem Zusammenhang ist aber zu beachten, dass die gemeinsame kommunale Anstalt der Staatsaufsicht nach dem 6. Kapitel der GemO (Rechtsaufsicht) unterliegt (§§ 14b Abs. 1, 5 KomZG i. V. m. § 86b Abs. 5 GemO i. V. m. § 117 f. GemO).

Für die gemeinsame kommunale Anstalt ist nach § 14b Abs. 1 KomZG i. V. m. § 86b Abs. 5 GemO die Regelung des § 93 Abs. 1 GemO anzuwenden. § 93 Abs. 1 GemO hat folgenden Wortlaut:

*„Die Gemeinde hat ihre Haushaltswirtschaft so zu planen und zu führen, dass die stetige Erfüllung ihrer Aufgaben gesichert ist. Dabei ist den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen.“*

Über § 86b Abs. 5 GemO gelten für die kommunale Anstalt zudem auch die in § 94 GemO normierten Grundsätze der Erzielung von Erträgen und Einzahlungen entsprechend.

Infolgedessen ist eine unkontrollierte Kreditaufnahme durch die gemeinsame kommunale Anstalt nicht möglich und würde ein Einschreiten der Rechtsaufsichtsbehörde (hier der Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion, weil Beteiligung von Landkreis) hervorrufen.

Im Weiteren haben die Kommunen als Gewährträger der gemeinsamen kommunalen Anstalt in der Anlage zu ihrem jeweiligen Haushaltsplan eine Übersicht über die Wirtschaftslage und die voraussichtliche Entwicklung der gemeinsamen kommunalen Anstalt des öffentlichen Rechts beizufügen (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 7c) Gemeindehaushaltsverordnung - GemHVO). Auch insoweit erfolgt eine indirekte Kontrolle der gemeinsamen kommunalen Anstalt über den Gewährträger Kommune durch die Aufsichtsbehörde.

Im vorliegenden Fall dürfte aber ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde nicht angezeigt sein. Im Ergebnis würde sich die Kreditaufnahme durch die gemeinsame kommunale Anstalt nur als Vorfinanzierung darstellen. Es handelt sich mithin um eine sogenannte rentierliche Verschuldung (Verkauf der Planungen an Projektgesellschaften).

Sofern angedacht ist, eine Bürgschaft seitens der gemeinsamen kommunalen Anstalt zu Gunsten der Planungs-GmbH und der damit einhergehenden Kreditaufnahme durch diese abzugeben, lassen sich die vorstehend aufgeführten kommunalrechtlichen Gesichtspunkte übertragen.

**c) Beihilferechtliche Aspekte**

Im Weiteren ist bei der Gewährung einer Bürgschaft oder eines Gesellschafterdarlehens durch die gemeinsame kommunale Anstalt zu beachten, dass solche Maßnahmen nur zu marktüblichen Konditionen (private investor test) vermittelt werden können<sup>47</sup>. Bei einem Abweichen von den marktüblichen Konditionen für eine Bürgschaft oder ein Darlehen (Zinskonditionen), drohen beihilferechtliche Probleme.

Grundlage ist das in Artikel 107 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) normierte Beihilfenverbot. Danach sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, verboten, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Die Probleme des Beihilferechts sind auch nicht unter allen Gesichtspunkten und gleichsam automatisch dadurch bewältigt, dass die Auswahl privater Partner in einem transparenten und diskriminierungsfreien Wettbewerb erfolgt<sup>48</sup>. Sie bedürfen insbesondere auch deshalb gründlicher Beachtung bei der Realisierung der kommunalen Energiewirtschaftsverbände, weil unter Verstoß gegen das unionsrechtliche Beihilfeverbot zustande gekommene Rechtsgeschäfte nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unwirksam sind<sup>49</sup>.

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass möglicherweise die Gewährung einer Kommunalbürgschaft oder die Ausreichung eines Gesellschafterdarlehens (AöR gibt Kommunalkreditkonditionen sozusagen an Gesellschaft weiter) sich beihilferechtskonform als „de minimis“-Beihilfe darstellen können. Maßgebend ist die Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 der Kommission vom 15. Dezember 2006, die von einem Beihilfewert von € 200.000,00 in drei Steuerjahren ausgeht. Diese Verordnung gilt noch bis zum 31. Dezember 2013.

Auch die Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf „de minimis“-Beihilfen an Unternehmen, die

---

<sup>47</sup> von Donat, a. a. O. (Fußnote 35), S. 815 f.

<sup>48</sup> vgl. von Donat, a. a. O.

<sup>49</sup> zuletzt etwa BGH, Beschl. v. 13.9.2012 - III ZB 3/12 - , MDR 2012, 1036.

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen (Art. 106 AEUV) gehört in diesen Regelungszusammenhang. Der Beihilfebetrag, den das begünstigte Unternehmen als Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erhält, darf über einen Zeitraum von drei Steuerjahren insgesamt €500.000,00 nicht übersteigen. Hierbei wären allerdings enge Voraussetzungen für die Anwendung der Verordnung 360/2012/EU - wie Betrauungsakt und Festlegung Parameter für Ausgleichszahlungen - zu beachten. Zudem knüpft die beihilferechtliche Privilegierung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gemäß § 106 Abs. 2 AEUV an die Grundvoraussetzung an, dass die uneingeschränkte Anwendung der europäischen Wettbewerbsregeln die Erfüllung der betreffenden Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindern würde.

Danach werden sich allenfalls nur geringe Spielräume für die Weitergabe marktunüblicher Kreditbedingungen bei Gesellschafterkrediten einer AöR erschließen lassen. Eigene Einlagen einer AöR im Rahmen der kommunalen Energiewirtschaftsverbände dürften jedoch einer anderen Beurteilung unterliegen.

Insgesamt muss hier bei der Frage der Beihilfen auch gesehen werden, dass sich im vorliegenden Zusammenhang gleich zwei Problemstränge kreuzen, mit denen eine wachsame Kontrolltätigkeit der EU-Kommission verbunden ist. Zum einen betrifft dies die EEG-Förderung als solche, wobei allerdings schon aus der europäischen Sicht angeführt wird, dass staatliche Beihilfen für die Förderung von erneuerbaren Energien im Interesse der EU liegen und zulässig sind<sup>50</sup>. Der zweite Gegenstand EU-rechtlicher Bedenken ist das Rechtsinstitut der AöR. Das beruht auf der in den meisten Bundesländern, wie eben auch in Rheinland-Pfalz, gesetzlich begründeten Gewährträgerhaftung<sup>51</sup>. Gerade diese verleiht aber der AöR im Hinblick auf die Finanzierungsbedingungen zu einem Großteil ihre Attraktivität. Entsprechende Rügen der EU-Kommission gegenüber der Bundesrepublik sollen aktuell vorliegen. Im Schrifttum löst dies durchaus skeptische Stellungnahmen aus. Ob die Gewährträgerhaftung des kommunalen Wirtschaftsrechts vor den europäischen Regelungen zu staatlichen Beihilfen bestehe werde, bleibe "abzuwarten"<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> s. nur F.A.Z. v. 29.11.2012: "Energiewende - EU-Kommission geht gegen Stromsubventionen vor".

<sup>51</sup> Schraml, a. a. O. (Fußnote 30), D 131 f.

<sup>52</sup> Schraml, a. a. O.; Danner/Theobald, in: dies., Energierecht, Stand: 74. Lfg. 2012, XII B 1, Rdnr. 79.

Gleichwohl ist die AöR eine den kommunalen Gebietskörperschaften zur Verfügung stehende gesetzliche Gestaltungsform. Die Diskussion über ihre Zukunft bedeutet noch nicht dass Umwälzungen bevorstünden, die ihren Einsatz unter Beachtung der Kredit- und Bürgschaftsgrenzen zu einem unkalkulierbaren Risiko machen würden.

## 5. Steuerliche Aspekte

Unter diesem Aspekt soll auf die steuerliche Behandlung der Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft (Planungs-GmbH) bei einer juristischen Person des öffentlichen Rechts (gemeinsame kommunale Anstalt) eingegangen werden.

Der Besitz und die Verwaltung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft ist grundsätzlich keine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des § 4 Körperschaftsteuergesetz (KStG), sondern grundsätzlich Vermögensverwaltung durch den öffentlichen Anteilseigner.

Die Beteiligung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts an einer Kapitalgesellschaft stellt erst dann einen Betrieb gewerblicher Art dar, wenn mit ihr tatsächlich ein entscheidender Einfluss auf die laufende Geschäftsführung des Unternehmens ausgeübt wird<sup>53</sup>.

Im gegebenen Fall ist von einer Vermögensverwaltung auf Seiten der gemeinsamen kommunalen Anstalt hinsichtlich ihrer Beteiligung an der Planungs-GmbH auszugehen.

Im Weiteren wird davon ausgegangen, dass die Beteiligung an der Planungs-GmbH auf Seiten der gemeinsamen kommunalen Anstalt nicht in einem Betrieb gewerblicher Art, sondern im Hoheitsbereich gehalten wird. Somit ist bei Ausschüttungen des Gewinns der Planungs-GmbH der kommunale Gesellschafter (AöR) bezüglich des Beteiligungsertrags beschränkt körperschaftsteuerpflichtig (§ 2 Nr. 2 KStG i. V. m. §§ 20 Abs. 1 Nr. 1, 43 Abs. 1 Nr. 1 EStG). Von der Planungs-GmbH wird bei Vorliegen der NV-Bescheinigung gemäß § 44a) Abs. 8 Nr. 2 EStG Kapitalertragsteuer in Höhe von 15 % zuzüglich 5,5 % Solidaritätszuschlag einbehalten und abgeführt (§ 43a) Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 44a) Abs. 8 EStG). Die Körper-

---

<sup>53</sup> vgl. Krämer in Dötsch/Jost/Pung/Witt, Kommentar zum KStG und EStG, § 4 Tz. 55.

schaftsteuerpflicht des kommunalen Gesellschafters ist mit dem Steuerabzug abgegolten.

### III. Projektgesellschaften - Errichtungsphase

#### 1. Gesellschaftsform GmbH & Co. KG

##### a) *Kommunalrechtliche Aspekte*

Hinsichtlich der Grundsätze für die kommunalwirtschaftliche Betätigung im Bereich der Erneuerbaren Energien wird auf die obigen Ausführungen Bezug genommen<sup>54</sup>.

Die angedachte Rechtsform der GmbH & Co. KG trägt dem nach § 87 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 GemO bestehenden Gebot der Haftungsbeschränkung Rechnung.

Unter haftungsrechtlichen Aspekten sind bei der Kommanditgesellschaft zwei Arten von Gesellschaftern zu unterscheiden (§ 161 Abs. 1 HGB). Einerseits gibt es die Kommanditisten, deren Haftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt ist. Andererseits ist der Komplementär einer Kommanditgesellschaft zu sehen, der unbeschränkt gegenüber den Gesellschaftsgläubigern haftet. Dem Gebot für die Kommunen, die Haftung auf einen bestimmten Betrag zu begrenzen, wird dadurch sichergestellt, dass der Komplementär eine GmbH ist.

Im vorliegenden Fall fungiert die Planungs-GmbH als Komplementärin der jeweiligen Projektgesellschaft (Kommanditgesellschaft).

Das weitere Kriterium des angemessenen Einflusses der Gemeinde in einem Überwachungsorgan (Aufsichtsrat, § 87 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GemO) lässt sich über eine entsprechende Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags der Kommanditgesellschaft sicherstellen.

Sofern Bedenken gegen die Rechtsform der GmbH & Co. KG wegen zu geringer Befugnisse eines Kommanditisten gegenüber dem beschränkt haftenden Komplementär im Hinblick auf die Einflussaufnahme im Unternehmen zur Verwirklichung des öffentlichen Zwecks geäußert werden, lassen sich diese im

---

<sup>54</sup> vgl. C. II. Nr. 1a).

vorliegenden Fall aufgrund der mehrheitlich kommunal beherrschten Planungs-GmbH ausräumen.

Im Übrigen wäre eine gesellschaftsvertragliche Bestimmung zulässig, nach der ein Kommanditist die Geschäfte der Kommanditgesellschaft im Innenverhältnis führen kann. Die organschaftliche Vertretung, d. h. im Außenverhältnis, kann aber nur der Komplementär wahrnehmen<sup>55</sup>.

Schließlich ist noch zu beachten, dass aufgrund der Gesellschafterstruktur mit der Planungs-GmbH als Komplementärin und der angedachten Anzahl der Kommanditisten in der jeweiligen Projektgesellschaft, letztendlich die Haftung auf mehreren Schultern verteilt ist.

**b) Gesellschaftsrechtliche und sonstige Aspekte**

Zunächst einmal stellt sich die Rechtsform der GmbH & Co. KG als geeignete Rechtsform für den Übergang von der Planungsphase des ersten Schritts zum zweiten Schritt der Errichtungsphase dar. Hierbei kann - wie vorstehend ausgeführt - die jeweilige Kommanditgesellschaft (Projektgesellschaft) durch die mehrheitlich kommunal beherrschte Planungs-GmbH gesteuert werden. Im Übrigen könnte die Planungs-GmbH auch am Kapital der jeweiligen Projekt-Kommanditgesellschaft beteiligt werden und somit als zusätzlicher Kapitalgeber fungieren.

Weiterhin lässt sich pauschal festhalten, dass die Kommanditisten und die Komplementärin (Planungs-GmbH) nur in Höhe ihrer jeweiligen Vermögens-einlage haften. Insoweit kann die kommunale Seite über die Höhe ihrer vermögensmäßigen Beteiligung an der jeweiligen Projektgesellschaft ihren „unternehmerischen Einsatz“ steuern.

Auch ist über die Rechtsform der GmbH & Co. KG eine flexible Kapitalbeschaffung in Form der Kommanditeinlagen möglich. Hierbei können für die jeweilige Projektgesellschaft, die einzelne oder mehrere Windenergieanlagen/ Windparks realisiert, andere Kommanditisten auftreten.

---

<sup>55</sup> vgl. Mussaeus in Hesselmann/Thillmann/Mueller-Thuns, Handbuch GmbH & Co. KG, § 4 Rdnr. 23.

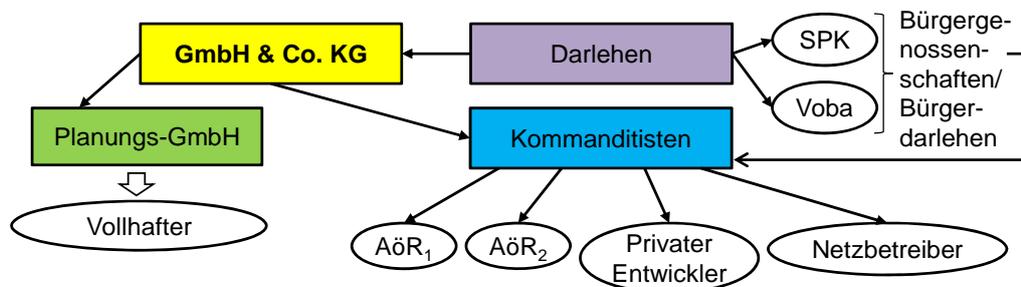
Weiterhin eignet sich die gesellschaftsrechtliche Stellung des Kommanditisten insbesondere für die Einbindung der Bürger in Form einer Beteiligung an der jeweiligen Projektgesellschaft über eine Bürgerenergiegenossenschaft.

Schließlich ergeben sich für die Gesellschaftsform der GmbH & Co. KG steuerliche Vorteile, die sich in der Abzugsfähigkeit der Darlehenszinsen auf Ebene der Gesellschafter der Kommanditgesellschaft darstellen.

## 2. Gesellschafterstruktur der Projektgesellschaft

### a) *Idealfall*

Die folgende Übersicht stellt graphisch die Gesellschafterstruktur mit einer Beteiligung aller am Wertschöpfungsprozess beteiligten Interessengruppen dar.



Wir gehen im Weiteren davon aus, dass nach Abschluss der Planungsphase sich die Windkraftanlagen an verschiedenen Standorten in Form von sogenannten Windparks konzentrieren werden. In diesem Zusammenhang ist eine Aufteilung auf verschiedene Projektgesellschaften zur Realisierung der Anlagen sinnvoll<sup>56</sup>.

### b) *Komplementär*

Für die jeweilige Projektgesellschaft gehen wir von der Gesellschaftsform der GmbH & Co. KG aus. Auch diese ist eine Kommanditgesellschaft (§ 161 Abs. 1 HGB) und damit Personengesellschaft. Ihre Besonderheit besteht darin, dass persönlich haftender Gesellschafter (Komplementär) nicht eine natürliche Person, sondern eine GmbH ist. Bei der Komplementär-GmbH handelt es sich um eine Kapitalgesellschaft, deren Haftung gegenüber den Gläubigern auf das Gesellschaftskapital beschränkt ist.

<sup>56</sup> wegen der Ausschreibung der Gesellschafterstellung für (weitere) Private, s. oben, C. II. Nr. 2f) bb).

Im vorliegenden Modellvorschlag übernimmt die Planungs-GmbH aus der Planungsphase bei jeder einzelnen Projektgesellschaft, die einen oder mehrere Windparks (Windenergieanlagen) realisiert, die Komplementär-Stellung. Damit besteht der Beitrag der Planungs-GmbH grundsätzlich in der

- Führung der Geschäfte,
- Vertretung und
- Übernahme der unbeschränkten Haftung

in der GmbH & Co. KG.

Die Planungs-GmbH als Komplementärin kann, muss aber nicht notwendig, eine Einlage in die Kommanditgesellschaft leisten. Erbringt die Planungs-GmbH eine Einlage, ist sie am Vermögen und Ertrag der Kommanditgesellschaft beteiligt.

Eine Einlage der Komplementärin in die Kommanditgesellschaft kann aus ihrem ganzen Vermögen oder Teilen ihres Vermögens bestehen. Dabei kann die Einlage in Geld oder als Sacheinlage erbracht werden. Die Komplementäreinlage wird in das Handelsregister eingetragen.

Da die Planungs-GmbH vor ihrem Eintritt in die jeweilige Projekt-Kommanditgesellschaft bereits einen eigenen Geschäftsbetrieb unterhalten hat, kann sie die jeweiligen Teile ihres Umlaufvermögens (Planungsleistungen als Vorratsvermögen) als Einlage auf die jeweilige Projektgesellschaft übertragen. Dabei findet eine objektive Bewertung der Sacheinlage (Planungsleistungen) statt.

### **c) Kommanditisten**

Die jeweilige Projekt-Kommanditgesellschaft muss neben dem Komplementär mindestens einen weiteren Gesellschafter haben, bei dem die Haftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft auf einen bestimmten Betrag begrenzt ist, den Kommanditisten. Mit anderen Worten ausgedrückt, die Kommanditisten haften nur mit ihrem in die Kommanditgesellschaft eingebrachten Vermögensteil.

Als Kommanditisten kommen neben natürlichen und juristischen Personen auch die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft sowie die Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Betracht.

Der Kommanditist ist am Gewinn und Verlust der Kommanditgesellschaft beteiligt. Berechnungsgrundlage sind der am Ende eines jeden Jahres zu erstellende Jahresabschluss und die Kapitalanteile der Gesellschafter.

Im vorliegenden Modell ist eine vielfältige Struktur der Kommanditisten der jeweiligen Projektgesellschaft vorstellbar. Diese stellen sich wie folgt dar:

- grundsätzlich die Beteiligten aus der Planungsphase, namentlich die gemeinsamen kommunalen Anstalten, der private Entwickler und/oder der Netzbetreiber sowie der Kreis,
- Gemeinden und weitere gemeinsame kommunale Anstalten z. B. auf Verbandsgemeindeebene, auf deren Gebiet die Windkraftanlagen entstehen,
- bereits bestehende kommunal geprägte juristische Personen des öffentlichen sowie des privaten Rechts (z. B. AöR, Zweckverband, Genossenschaften).

Um eine Akzeptanzsteigerung bei den ortsansässigen Bürgerinnen und Bürgern für die Windenergienutzung zu erreichen und Skepsis gegenüber den örtlichen Windkraftanlagen abzubauen, könnte eine sogenannte Bürgerenergiegenossenschaft gegründet werden. Diese Genossenschaft wird Kommanditist der jeweiligen Projektgesellschaft.

Eine Genossenschaft ist ein Verein mit nicht geschlossener, d. h. freier und wechselnder Mitgliederzahl. Der Zweck der Genossenschaft ist darauf gerichtet, den Erwerb und die Wirtschaft der Genossen (Mitglieder) zu fördern. Die Genossenschaft wird in das Genossenschaftsregister eingetragen.

Die Organe der Genossenschaft sind die Generalversammlung, der Aufsichtsrat und der Vorstand. Für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft haftet den Gläubigern nur das Vermögen der Gesellschaft.

Die Mitgliedschaft in einer Genossenschaft setzt die Teilnahme an der Gründung oder eine schriftliche Beitrittserklärung voraus. Die Mitgliedschaftsrechte umfassen auch das Geschäftsguthaben. Dies ist der Betrag, mit dem der Genosse beteiligt ist. Er umfasst die geleisteten Einlagen und nicht abgehobenen Gewinne abzüglich des Verlusts. Nach Ausscheiden des Genossen findet die Auseinandersetzung mit der Genossenschaft statt.

**d) Zugriffsrechte auf Beteiligung an KG**

Natürlich können an der jeweiligen Projekt-Kommanditgesellschaft die unterschiedlichsten Kommanditisten auftreten. In diesem Zusammenhang halten wir es für sinnvoll, den potentiell Beteiligten, die von den tatsächlichen Auswirkungen der Windkraftanlage betroffen sind, eine Vorrangbeteiligung als Kommanditist einzuräumen.

Dabei sollte zunächst eine Vorrangbeteiligung für die Standortgemeinden mit einem festen Prozentsatz als Kommanditist der Projektgesellschaft eingeräumt werden. Die Definition einer Standortgemeinde sollte in Form einer weiten Auslegung erfolgen. Vor diesem Hintergrund ist die Standortgemeinde nicht nur durch den reinen Standort der Windkraftanlage gekennzeichnet. Vielmehr fallen unter den Begriff der Standortgemeinde auch solche Gemeinden, die Ausgleichsflächen stellen, oder über deren Flächen die Zuwegung zu den Windkraftanlagen läuft.

Zur Bündelung der kommunalen Interessen ist es erstrebenswert, die Standortgemeinden und ggf. Verbandsgemeinde/Kreis in einer gemeinsamen kommunalen Anstalt zu bündeln. Diese tritt als ein Kommanditist der Projekt-Kommanditgesellschaft auf.

Darüber hinaus ist zur Akzeptanzsteigerung auf Bürgerebene ein festgelegter Anteil für die Beteiligung sogenannter Bürgerenergiegenossenschaften als Kommanditist der jeweiligen Projektgesellschaft vorzusehen. Ein weiterer wünschenswerter Nebeneffekt der Beteiligung der Bürger an der jeweiligen Projektgesellschaft wäre möglicherweise eine Direktvermarktung des in den Windkraftanlagen erzeugten Stroms vor Ort.

Schließlich ist ein fester Prozentsatz für die Beteiligung als Kommanditist für die restlichen „interessierten Geldgeber“ vorzuhalten. Dies sind namentlich die strategischen Partner, wie z. B. der private Entwickler oder der Netzbetreiber und ggf. Landesforsten Rheinland-Pfalz.

**3. Tätigkeit der Projektgesellschaften**

Die einzelnen Projektgesellschaften erwerben die entsprechende Planung (Genehmigungen und Rechte, z. B. über (Pacht-)Vorverträge gesicherte Flächen) für die

für sie in Betracht kommenden Windkraftanlagen von der Planungs-GmbH oder diese bringt Teilvermögen (Planungen) in die Gesellschaft ein.

In Umsetzung der jeweiligen Planung errichtet die Projektgesellschaft moderne und leistungsstarke Anlagen. Zum Erwerb der Windenergieanlagen wird in der Regel ein Liefervertrag geschlossen, auf den die Regelungen des Kaufrechts Anwendung finden. Dabei sollte insbesondere im Rahmen der vertraglichen Regelungen darauf geachtet werden, dass ein Probetrieb der Windkraftanlage durchgeführt wird und bei diesem Betrieb der Verkäufer die für die Anlage vereinbarten Leistungsdaten unter Beweis stellt. Dies und andere Vertragsinhalte werden bei der Gestaltung der Vergabeverfahren, auf welche Stufe auch immer diese angesiedelt werden<sup>57</sup>, in den Einzelheiten zu bestimmen sein.

Im Weiteren zahlt die GmbH & Co. KG auf Grundlage der von der Planungs-GmbH erworbenen (Pacht-)Vorverträge derjenigen Gemeinde bzw. dem Grundstückseigentümer, auf deren Flächen letztendlich die Windenergieanlage errichtet wird, einen Pachtzins für die Nutzung der Flächen.

Letztlich ist die GmbH & Co. KG unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Im Ausgangspunkt gilt hier entsprechend, was oben<sup>58</sup> zur Eigenschaft der Planungs-GmbH als öffentlicher Auftraggeber gesagt wurde. Allerdings weist die Tätigkeit der Projektgesellschaft(en) nun eine größere Nähe zur Sektorentätigkeit "Energieerzeugung" auf; "unmittelbar selbst" und "aktuell"<sup>59</sup> betreibt die GmbH & Co. KG an dieser Stelle die Energieerzeugung aber ebenfalls noch nicht.

Die Auftraggebereigenschaft bedingt in der Regel die Ausschreibung des Liefervertrages bzw. auch von Errichtungsverträgen für die Windenergieanlage in der Errichtungsphase. Sofern das Ausschreibungsverfahren der ersten Phase so ausgestaltet wird, dass der private Partner neben den Planungsleistungen auch die Windenergieanlage liefern soll, kann insoweit eine Ausschreibung auf Ebene der Projektgesellschaft unterbleiben. Denn dann ist über die Ausschreibung in der ersten Stufe ein Generalunternehmer im Wettbewerb ermittelt worden.

---

<sup>57</sup> oben, C. II. Nr. 2f) bb).

<sup>58</sup> ebd.

<sup>59</sup> OLG Frankfurt a.M., a. a. O. (Fußnote 39).

#### 4. Finanzierung der Projektgesellschaften

##### a) *Eigenfinanzierung*

Zunächst stellen die Kommanditisten über ihre Vermögenseinlage der jeweiligen Kommanditgesellschaft das für die Errichtung der Windkraftanlagen notwendige Eigenkapital zur Verfügung.

Sofern in diesem Zusammenhang die Gemeinden und gemeinsamen kommunalen Anstalten eine Kreditaufnahme durchführen, um damit ihre Vermögenseinlage erbringen zu können, unterliegen sie (wie oben ausgeführt) den allgemeinen Haushaltsrestriktionen. Im Rahmen der damit zusammenhängenden aufsichtsrechtlichen Genehmigungspraxis wird man von einer sogenannten rentierlichen Verschuldung ausgehen können.

Für eine Gemeinde, die möglichst geringe oder gar keine finanziellen Verpflichtungen im Hinblick auf eine Beteiligung an der Projektgesellschaft eingehen möchte, kann eine Teilkapitalisierung der Einnahmen aus dem Pachtzins in Erwägung gezogen werden. Dabei verwendet die Gemeinde einen Teil ihrer Pachteinnahmen zur Finanzierung der Kommanditeinlage (Beteiligung an Projektgesellschaft). Die damit verbundenen gemeinderechtlichen Voraussetzungen zur Verwaltung des Gemeindevermögens nach § 78 Abs. 2 GemO (ausreichende Sicherheit und angemessener Ertrag) dürften gegeben sein.

In diesem Zusammenhang ist ein weiterer Teilaspekt zur finanziellen Ausstattung einer Gemeinde zu beachten.

Als Anreiz für Gemeinden, auf ihrem Gebiet Standorte für Windkraftanlagen auszuweisen, hat der Gesetzgeber eine Sonderregelung zur Zerlegung der Gewerbesteuer geschaffen. Die Sonderregelung in § 29 Abs. 1 Nr. 2 Gewerbesteuergesetz (GewStG) sieht eine Zerlegung des Gewerbesteuermessbetrags zu  $\frac{3}{10}$  nach Arbeitslöhnen und zu  $\frac{7}{10}$  nach dem Verhältnis des Sachanlagevermögens vor.

Diese Sonderregelung könnte im Modellprojekt dergestalt umgesetzt werden, dass im Rahmen der Zerlegung der Gewerbesteuer 70 % auf die Standortgemeinde der Windkraftanlage entfällt. Dieser Teil der Gewerbesteuer bleibt unberührt von jeglicher solidarischer Verteilung. Die restlichen 30 % der Gewerbesteuer, die auf den Betriebssitz der jeweiligen Projektgesellschaft

entfallen, könnten in einen gemeinsamen Topf „wandern“. Dieser Betrag könnte gleichmäßig unter allen teilnehmenden Kommunen aufgeteilt werden. Aus der hausrechtlichen Perspektive der Standortgemeinde wäre dies eine freiwillige Leistung. Im vorliegenden Kontext dürfte sich diese rechtfertigen lassen.

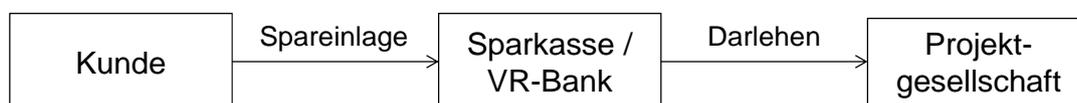
Schließlich ist wie bereits oben dargestellt, zur Eigenfinanzierung der jeweiligen Projektgesellschaft eine Einlage in Form von Teilvermögen der Planungs-GmbH denkbar.

### **b) Fremdfinanzierung**

In einem ersten Schritt kann sich die jeweilige Kommanditgesellschaft über Kredite der örtlichen Sparkassen oder Raiffeisen- und Volksbanken finanzieren. Sie unterliegt dabei für die formale Kreditaufnahme aufgrund ihrer privaten Rechtsform nicht den allgemeinen Haushaltsrestriktionen.

Sofern von kommunaler Seite eventuell Bürgschaften oder andere Sicherheitsleistungen zur Optimierung der Kreditaufnahme durch die Projektgesellschaft gestellt werden, sind einerseits die Bestimmungen der Gemeindeordnung und andererseits beihilferechtliche Regelungen zu beachten<sup>60</sup>.

Unter dem Blickwinkel der Einbindung einer Bürgerbeteiligung könnten die örtlichen Sparkassen oder Raiffeisen- und Volksbanken festverzinsliche Windenergie-Sparbriefe vergeben. Diese Windenergie-Sparbriefe könnten mit der Maßgabe einer Unterstützung von regionalen Windkraftprojekten mit einer Laufzeit von fünf bis zehn Jahren ausgegeben werden. Dies ist in dem folgenden Schaubild dargestellt:



Quelle: DKC

---

<sup>60</sup> vgl. oben, C. II. Nr. 4b), c).

Zusätzlich besteht die Möglichkeit zur Einbindung der Bürger und zur Finanzierung der Projektgesellschaft in der Aufnahme von Bürgerdarlehen. Dabei können unter Einschaltung eines Kreditinstitutes (der kommunalen Seite sind Bankgeschäfte nach § 85 Abs. 5 GemO verwehrt) Einlagen von Bürgern eingesammelt werden. Diese gebündelten Einlagen der Bürger gewährt dann das Kreditinstitut als Darlehen an die jeweilige Projektgesellschaft.

Schließlich bietet sich auch die Möglichkeit, die jeweilige Projektgesellschaft über eine Bürgerenergiegenossenschaft zu finanzieren. Voraussetzung ist, dass die Genossenschaft in diesem Fall nicht als Kommanditist an der Projekt-Kommanditgesellschaft beteiligt ist. Die Genossenschaft finanziert dabei die Projektgesellschaft über die eingezahlten Geschäftsguthaben der Mitglieder der Genossenschaft, in dem sie ein Darlehen der Projektgesellschaft zur Verfügung stellt.

## 5. Steuerliche Aspekte

### a) *Betriebsaufspaltung*

Zunächst wird noch einmal auf den Umstand eingegangen, dass die einzelnen Ortsgemeinden ihre Grundstücke zur Errichtung der Windkraftanlagen an die jeweilige Projekt-Kommanditgesellschaft verpachten. Die verpachtende Ortsgemeinde bezieht dabei grundsätzlich den Pachtzins im Rahmen einer Vermögensverwaltung steuerfrei.

Zu beachten ist jedoch in diesem Zusammenhang die Betriebsaufspaltung, die die Vermietung und Verpachtung, die ihrer Natur nach eigentlich nicht gewerblich ist, sondern zur Verwaltung des privaten Vermögens gehört, zum Gewerbebetrieb macht<sup>61</sup>.

Im vorliegenden Fall könnte die Betriebsaufspaltung in der personellen Verflechtung zwischen der jeweiligen Ortsgemeinde und der jeweiligen Kommanditgesellschaft gesehen werden. Die Folge wäre, die Ortsgemeinde begründet mit der Verpachtung einen BgA und bezieht damit gewerbliche Einkünfte.

Eine Betriebsaufspaltung wird aber nur dann angenommen, wenn Verpächter auf der einen und Pächter auf der anderen Seite dieselben Personen sind oder

---

<sup>61</sup> vgl. Sarrazin in Lenski/Steinberg, Gewerbesteuerrecht, § 2 Anm. 1070.

wenn wenigstens dieselbe Personengruppe auf beiden Seiten derart beherrschend ist, dass von einem einheitlichen Betätigungswillen gesprochen werden kann.

Im vorliegenden Fall sind diese Voraussetzungen jedoch nicht gegeben, da weder Verpächter (einzelne Ortsgemeinde) noch Pächter (Kommanditgesellschaft) dieselben Personen sind, noch dieselbe Personengruppe (jeweilige einzelne verpachtende Ortsgemeinde) auf beiden Seiten beherrschend ist.

#### **b) Versteuerung Ausschüttungen**

Für die Versteuerung der Ausschüttungen an die kommunalen Gesellschafter der jeweiligen Kommanditgesellschaft gilt Folgendes:

Nach Abzug der Gewerbesteuer auf Ebene der GmbH & Co. KG

- sind die Ausschüttungen an die gemeinsame kommunale Anstalt mit Körperschaftsteuer zuzüglich Solidaritätszuschlag mit 15,83 % und
- sind, sofern die gemeinsame kommunale Anstalt an ihre Gewährträger (Gemeinde) ausschüttet, diese Ausschüttungen mit Kapitalertragsteuer zuzüglich Solidaritätszuschlag mit 15,83 %

zu versteuern.

Sofern die gemeinsame kommunale Anstalt nicht an ihre Gewährträger ausschüttet, fällt auf Ebene der Gemeinden keine Kapitalertragsteuer zuzüglich Solidaritätszuschlag an.

### **7. Kauf von Windkraftanlagen privater Entwickler**

In diesem Teilaspekt des Modellprojekts wird auf den Erwerb von Windkraftanlagen, die durch private Entwickler errichtet worden sind, eingegangen.

Der Erwerb von mehreren Windkraftanlagen (Windparks unter dem Blickwinkel der Effektivität) kann durch eigens dafür gegründete Gesellschaften oder die bestehende Projektgesellschaft (GmbH & Co. KG) erfolgen. Hierfür bieten sich insbesondere die Rechtsformen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder der GmbH & Co. KG an.

Die die Windkraftanlagen erwerbende Gesellschaft kann ihre Finanzierung zunächst durch Aufnahme von Krediten sicherstellen. Im Weiteren können der

Gesellschaft über Sparkassen und Volks-/Raiffeisenbanken vermittelte Bürgerdarlehen zur Verfügung gestellt werden.

Sofern als Gesellschaftsform die GmbH & Co. KG gewählt wird, ist eine optimale Einbindung von Bürgerenergiegenossenschaften als Kommanditist im Rahmen der Finanzierung der Anlagen möglich.

Im Falle des Erwerbs einer modernen und leistungsstarken Anlage kann im Bereich der Wertschöpfungskette an der festen Einspeisevergütung nach EEG und der Direktvermarktung des Stroms partizipiert werden.

In diesem Zusammenhang bietet das Repowering einen weiteren Aspekt im Bereich von Windkraftanlagen.

Unter Repowering versteht man den Austausch mindestens zehn Jahre alter Windenergieanlagen durch neuere und leistungsstärkere Anlagen, die neben höherer Leistung vom Bau her höher (Nabenhöhe) und mit größeren Rotorblättern (Rotordurchmesser) ausgestattet sind (§ 30 EEG).

Wird ein Repowering an einer Windenergieanlage vorgenommen, erhöht sich die Anfangsvergütung für die Energie aus der Altanlage um 0,5 Cent pro Kilowattstunde<sup>62</sup>.

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen erscheint es erwägenswert, Windkraftanlagen zum Repowering zu erwerben.

## **IV. Exkurs: Umsetzung des Übergangs von Planungsphase in Errichtungsphase**

### **1. Ziel**

Planungs- und Entwicklungserträge resultieren daraus, dass private Projektentwickler bei Verkauf einer Windkraftanlage nicht nur die eigentlichen Anschaffungs- und Herstellungskosten für die Planung zugrunde legen<sup>63</sup>. Vielmehr werden die Pla-

---

<sup>62</sup> vgl. § 30 Abs. 1 EEG; zur Vertiefung: „Repowering von Windenergieanlagen- Kommunale Handlungsmöglichkeiten“ DStGB Dokumentation Nr. 94.

<sup>63</sup> vgl. oben A. IV. Nr. 1.

nungskosten mit einem Zuschlag versehen, der auf Basis der betriebswirtschaftlich abgeleiteten Ertragswerte gerechnet wird.

Diese Marge zwischen den eigentlichen Herstellungskosten für die Planung und Entwicklung, welche in der Planungs-GmbH vollzogen wird, und dem Gewinnzuschlag eines privaten Projektentwicklers gilt es als Planungsgewinn in die jeweilige Projektgesellschaft einzubringen.

Diese Planungs- und Entwicklungserträge können vorrangig in der Projektgesellschaft zusätzlich zur Tilgung der aufgenommenen Kredite für die Anlagenerrichtung verwendet werden.

## **2. Umwandlungsrechtliche und umwandlungssteuerrechtliche Gesichtspunkte**

Eine Umstrukturierung nach dem Umwandlungsgesetz ermöglicht grundsätzlich in Verbindung mit dem Umwandlungssteuergesetz eine steuerneutrale Übertragung von Vermögen. Das heißt, im Gegensatz zur Einzelrechtsübertragung, sind mögliche stille Reserven in dem übertragenen Vermögen nicht zu realisieren.

Als stille Reserven bezeichnet man die aus der Unternehmensbilanz nicht erkennbare Differenz zwischen dem Buchwert und einem über dem Buchwert liegenden Marktwert einzelner Wirtschaftsgüter des Unternehmens. Stille Reserven können sich im Laufe der Zeit in den Wirtschaftsgütern eines Unternehmens bilden, wenn die Werte der Wirtschaftsgüter steigen.

Im vorliegenden Fall könnte der Marktwert der Planungsleistungen über den Anschaffungs- und Herstellungskosten für die Planung und Entwicklung der Windkraftanlagen liegen.

Umwandlungsrechtlich würde grundsätzlich die Möglichkeit der Abspaltung eines Teilvermögens der Planungs-GmbH auf die jeweilige Projektgesellschaft bestehen.

Im Falle einer Teilübertragung von Vermögen wird jedoch umwandlungssteuerrechtlich für eine Buchwertübertragung verlangt, dass das übergehende Vermögen einen Teilbetrieb darstellt und bei der übertragenden Gesellschaft ein weiterer Teilbetrieb verbleibt.

Die EU-Fusionsrichtlinie definiert einen Teilbetrieb als die Gesamtheit der in einem Unternehmensteil einer Gesellschaft vorhandenen aktiven und passiven Wirtschaftsgüter, die in organisatorischer Hinsicht einen selbstständigen Betrieb, d. h. eine aus eigenen Mitteln funktionsfähige Einheit, darstellen. Ob ein Teilbetrieb vorliegt, ist somit keine Rechts-, sondern eine Tatsachenfrage, deren Beantwortung in der Praxis Schwierigkeiten aufwerfen kann.

Vorliegend wird man hinsichtlich der Teilplanungen, die auf die jeweilige Projektgesellschaft übertragen werden, nicht von einem Teilbetrieb ausgehen können. Zumal der BFH in seinem Urteil vom 25. November 2009 - XR23/09 - in einer einzelnen errichteten Windkraftanlage, obwohl ihr eine gewisse Selbstständigkeit nicht abzuspreehen war, einen Teilbetrieb nicht gesehen hat.

### **3. Verkauf der Planungsleistungen**

Vor dem Hintergrund der Vermeidung von steuerlichen Problembereichen, wie z. B. Aufdeckung stiller Reserven und einer verdeckten Gewinnausschüttung (Gesellschafter der Planungs-GmbH sind teilweise auch Gesellschafter der Projekt-Kommanditgesellschaft) soll die Planungs-GmbH Teile ihrer Planungsleistungen an die jeweilige Projektgesellschaft verkaufen.

Dabei verkauft die Planungs-GmbH die Planungsleistungen zu einem Preis, der die Anschaffungs- und Herstellungskosten mit einem geringen Gewinnzuschlag umfasst.

Wie bereits schon angesprochen, kann die GmbH Teile ihres Umlaufvermögens (Planungsleistungen) als Einlage in die jeweilige GmbH & Co. KG einbringen.

Diese Sacheinlage der Planungs-GmbH würde dann mit dem wirklichen Wert (wie vorstehend Anschaffungs- und Herstellungskosten und geringer Gewinnzuschlag) bewertet. Entsprechend diesem Wert und der durch die Kommanditisten eingebrachten Vermögensteile im Verhältnis zueinander, bestimmt sich der Gesellschaftsanteil der Planungs-GmbH an der Kommanditgesellschaft.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass sowohl die Vorgänge des Verkaufs der Planungsleistungen als auch die mögliche Einbringung als Sacheinlage (Teile der Planung) der Umsatzsteuer unterliegen.

## **D. Betriebsphase**

In diesem Abschnitt des Modellprojekts geht es um die Betriebsphase. Hier wird dargestellt, welche Aspekte zu beachten sind, um die Windenergieanlagen wirtschaftlich zu betreiben. Aus diesem Grund wird im weiteren Verlauf auf die verschiedenen Organisationsformen der Besitzgesellschaft, der Verpachtung und der Betriebsgesellschaft näher eingegangen.

### **I. Besitzgesellschaft**

Im Rahmen der Besitzgesellschaft wird sowohl die technische als auch die kaufmännische Betriebsführung der Windenergieanlagen von der Projektgesellschaft in Eigenregie übernommen.

Daraus folgt, dass qualifiziertes Personal vorgehalten werden muss, damit der reibungslose Betrieb der Windenergieanlagen gewährleistet ist. Die technische Betriebsführung beinhaltet unter anderem die Vermeidung von Ausfällen. Ebenso ist eine Abweichung von den Ertragswerten (Jahresstromertrag) zu verhindern.

Die technische Wartung der Anlagen ist ebenfalls ein Bestandteil der technischen Betriebsführung einer Windenergieanlage.

Unter die kaufmännische Betriebsführung fällt die gesamte Buchhaltung mit all ihren Aufgaben. Auch für diesen Aufgabenbereich muss qualifiziertes Personal vorhanden sein.

Dies führt dazu, dass höhere Kosten auf das Projekt zukommen, aber auch die vollen Erträge aus der Windenergieanlage geschöpft werden können.

Es ist also zusammenfassend abzuwiegen, ob man einen Stock an qualifiziertem Personal aufbauen und somit höhere Kosten, aber auch alle Erträge für sich beanspruchen, oder die technische und kaufmännische Betriebsführung an bereits am Markt etablierte Unternehmen vergeben möchte.

## **II. Verpachtung**

Im Fall der Verpachtung wird die Windenergieanlage durch die Projektgesellschaft an einen privaten Dritten (spezialisiertes Unternehmen) verpachtet. Dieser zahlt einen festen Pachtzins an die Projektgesellschaft.

Dies hat allerdings zur Folge, dass die Einnahmen durch die Energieerzeugung komplett an den Pächter gehen. Abweichend davon ist es aber auch möglich, im Pachtvertrag zu regeln, dass die Pacht an die Erträge aus der Erzeugung der Windenergie gekoppelt ist. Das Unternehmen ist für alle technischen, sowie kaufmännischen Angelegenheiten selbst verantwortlich. Investitionen in die Anlagen können nur in Abstimmung mit dem Verpächter erfolgen. Dies wird im Pachtvertrag geregelt.

Der große Vorteil der Verpachtung ist, dass man auf die Vorhaltung von qualifiziertem Personal verzichten kann und die Anlage optimal betrieben wird.

## **III. Betriebsgesellschaft**

Bei der Variante der Betriebsgesellschaft wird mit der technischen und kaufmännischen Betriebsführung ein spezialisiertes Unternehmen beauftragt.

Der Unterschied zu dem Modell der Verpachtung ist, dass man hier die Erträge aus der Energieerzeugung für sich beansprucht und lediglich dem ausführenden Unternehmen für seine Dienstleistungen ein Entgelt zahlt. Dies führt dazu, dass man je nach Verhandlungsgeschick einen großen Teil der Erträge für sich beanspruchen kann. Zusätzlich muss kein qualifiziertes Personal vorgehalten werden.

In diesem Fall ist es denkbar, dass der Betriebsführer (spezialisiertes Unternehmen) aus dem Bereich der Netzbetreiber oder aber auch der Stadtwerke kommt. Was vor allem im Falle einer vorherigen Zusammenarbeit in den vorhergehenden Phasen des Projekts dazu führt, dass ein Vertrauensverhältnis bereits aufgebaut ist.

In diesem Zusammenhang kann die Dienstleistung Betriebsführung im Wege des Ausschreibungsverfahrens auf der ersten Stufe (Gesellschaftersuche/Generalunternehmer) mit abgefragt werden.

Soweit eine Betriebsstätte des Betriebsführers vor Ort geschaffen wird, verbleibt hier auch die Gewerbesteuer. Sonst fließt sie an die Kommune, in der der Betriebsführer seinen Hauptsitz hat.

#### **IV. Ergebnis**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass jede dieser drei Varianten ihre Vor- und Nachteile hat.

Wenn man darauf bedacht ist, nichts aus der Hand zu geben und die „volle Kontrolle“ über die Windkraftanlagen behalten möchte, ist es sinnvoll, sich der ersten Lösung anzuschließen und die Besitzgesellschaft anzustreben. Hier vollzieht man sowohl die technische als auch die kaufmännische Betriebsführung in Eigenregie und kann somit die größtmögliche Wertschöpfung erreichen. Allerdings ist zu beachten, dass man qualifiziertes eigenes Personal vorhalten muss. Dieses ist zum Teil schwierig zu finden und kann mit erheblichen Kosten verbunden sein.

Sollte man sich mit einem festen Geldbetrag zufrieden geben, so ist das Modell der Verpachtung sehr gut geeignet. Der Verpächter erhält seinen jährlichen festen Pachtzins und hat ansonsten mit dem aufwendigen Betrieb der Anlage nichts mehr zu tun. Der Nachteil ist sicherlich, dass man einen großen Teil der Wertschöpfung aus der Windkraftanlage an ein anderes Unternehmen abgibt.

Eine Zwischenlösung zwischen dem ersten und zweiten Modell ist die Betriebsgesellschaft. Man gibt zwar die technische und auch die kaufmännische Betriebsführung an ein spezialisiertes Unternehmen weiter, erhält aber trotzdem die komplette Wertschöpfung für sich. Man zahlt dem beauftragten Unternehmen im Rahmen eines Dienstleistungsvertrages ein festgelegtes Entgelt.

## E. Fazit

Zusammenfassend ist im Folgenden der Modellvorschlag noch einmal graphisch dargestellt.

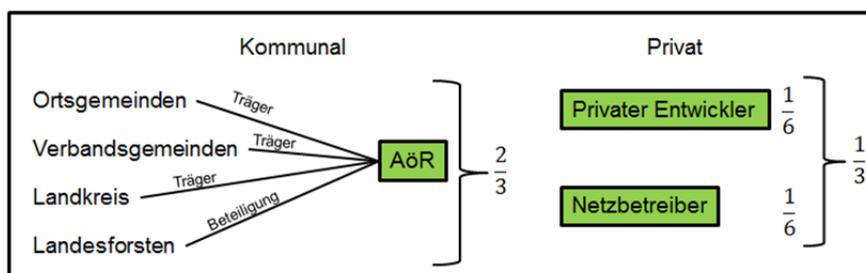
Dabei ist den Verfassern bewusst, dass mit dem Modellvorschlag nicht alle möglichen Fallkonstellationen abgedeckt werden können. Vielmehr versteht sich der Projektbericht als Konzeptentwurf vor dem Hintergrund einer weitreichenden Teilhabe der kommunalen Seite an der Wertschöpfungskette im Bereich der Windenergie.

Das Modell ist jedoch nur dann sinnvoll umsetzbar, wenn alle Ebenen kommunaler Gebietskörperschaftsgruppen sich bündeln und gemeinsam „an einem Strang ziehen“. Nur ein gemeinsames Auftreten der kommunalen Seite verschafft ihr die notwendige Stärke.

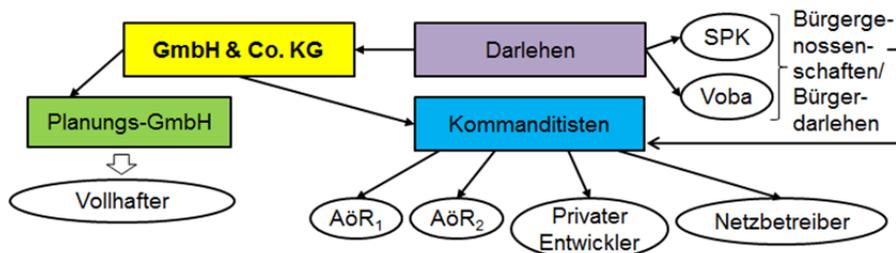
Dabei ist es aufgrund der tatsächlichen Situation erstrebenswert, die Inhaber von Vorverträgen über mögliche Windenergieflächen in das Modell miteinzubinden.

Schließlich bietet sich für die kommunale Seite in der Zusammenarbeit mit Landesforsten Rheinland-Pfalz eine zusätzliche Handlungsoption, um die bestehende Flächenproblematik (Vorverträge) zu entschärfen.

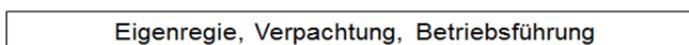
1. Schritt  
Planungs-GmbH  
in Planungsphase



2. Schritt  
Projektgesellschaften  
in Errichtungsphase



3. Schritt  
Besitz-/Betriebsgesellschaft  
in Betriebsphase



## Ihre Ansprechpartner

**Mittelrheinische Treuhand GmbH**  
**Wirtschaftsprüfungsgesellschaft - Steuerberatungsgesellschaft**  
**Hohenzollernstraße 104 - 108**  
**56068 Koblenz**

Dipl.-Volkswirt Klemens Bellefontaine  
Wirtschaftsprüfer und Steuerberater  
Telefon: 0261 / 303 12-72  
E-Mail: bellefontaine@m-treuhand.e

Dipl.-Math.oec. Dr. Harald Breitenbach  
Wirtschaftsprüfer  
Telefon: 0261 / 303 12-72  
E-Mail: breitenbach@m-treuhand.de

Rechtsanwalt Ralf Ehre  
Telefon: 0261 / 303 12-14  
E-Mail: ehre@m-treuhand.de

Dipl.-Volkswirt Dennis Fischer  
Telefon: 0261 / 303 12-69  
E-Mail: fischer@m-treuhand.de

**Kunz Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft**  
**Koblenz Mainz Bonn**  
**Mainzer Straße 108**  
**56068 Koblenz**

Dr. Andreas Dazert  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Telefon: 0261 / 30 13-26  
E-Mail: kanzlei@kunzrechtsanwaelte.de

Dr. Peter Spengler  
Rechtsanwalt  
Telefon: 06131 / 97 17 67-0  
E-Mail: kanzlei@kunzrechtsanwaelte.de

## **ANHANG: Raumordnung, Bauplanungsrecht, Anlagengenehmigung**

### **a) Die Standortsteuerung durch das Planungsrecht**

Die Standortsteuerung für Windkraftanlagen und Windparks erfolgt über die Raumordnungsplanung auf Landes-<sup>64</sup> und Regionalebene sowie die kommunale Bauleitplanung (Flächennutzungsplanung auf Verbandsgemeindeebene, ggf. Bebauungspläne der Ortsgemeinden und Städte für Sondergebiete). In Ermangelung bindender Ausweisungen und Ausschlüsse durch diese Planungen für einen einzelnen Standort bestimmt sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Windenergievorhaben nach § 35 BauGB. Gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB sind diese Vorhaben im Außenbereich privilegiert. Bei gesicherter Erschließung sind sie daher zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen.

Hier greifen die Planersatzvorschrift des § 35 BauGB und die Raumordnungs- sowie die Flächennutzungsplanung ineinander. Für raumbedeutsame Vorhaben, zu denen Windkraftanlagen der hier interessierenden Dimension bereits wegen ihrer Dominanz in der Landschaft zählen, bestimmt § 35 Abs. 3 Satz 2 HS 1 BauGB dass diese den Zielen der Raumordnung nicht widersprechen dürfen; gemäß dem daran anschließenden Halbsatz 2 stehen öffentliche Belange raumbedeutsamen Vorhaben, die nach Absatz 1 privilegiert sind, nicht entgegen, soweit die Belange bei der Darstellung dieser Vorhaben als Ziele der Raumordnung abgewogen worden sind. Öffentliche Belange stehen einem Vorhaben nach Absatz 1 Nr. 2 bis 6 in der Regel auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist.

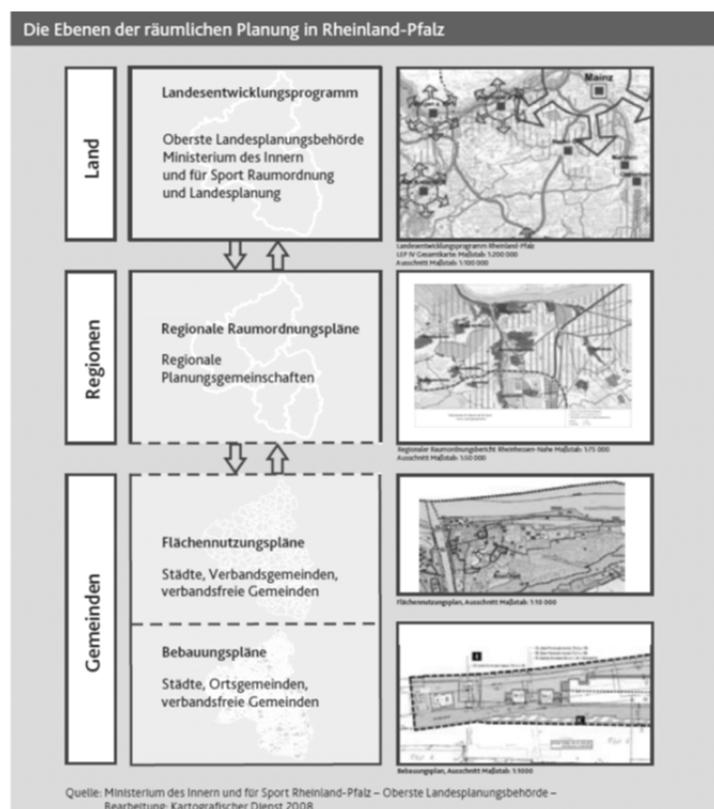
Hieraus folgt in Rheinland-Pfalz - und mit mehr oder weniger geringen Abweichungen in den anderen Bundesländern genauso - eine Standortsteuerung über ein Mehrebenengefüge der Ausweisung von Vorrang- und Ausschlussgebieten sowie "ausschlussfreien" Gebieten durch die landesweite und regionale Raumordnungsplanung sowie von Konzentrationszonen im kommunalen Flächennutzungsplan (die über § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB umgekehrt auf den übrigen Flächen einen Ausschluss bewirken). Voraussetzung der Ausschlusswirkung ist nach ständiger Rechtsprechung, dass dem jeweiligen Plan für seinen räumlichen Geltungsbereich ein schlüssiges gesamtträumliches Pla-

---

<sup>64</sup> zur derzeitigen Teilfortschreibung des LEP IV s. bereits im Hauptteil, A. II.

nungskonzept zugrunde liegt, das den Anforderungen des bauplanungsrechtlichen Abwägungsgebots unter Berücksichtigung der gesetzlichen Privilegierung der Windenergie Rechnung trägt; für ihre Nutzung muss "substanziell Raum" gewährt werden. Das bringt es allerdings mit sich, dass nicht notwendig im Gebiet einer jeden Orts- oder auch Verbandsgemeinde Standorte ausgewiesen werden müssen. Bloße Negativplanungen zur Verhinderung von Standorten sind unzulässig. Umgekehrt verbietet es sich, die eigene Flächennutzungsplanung sachfremd an dem Interesse auszurichten, Flächen im kommunalen Eigentum für die Windenergienutzung zu gewinnen. In der Bauleitplanung müssen städtebauliche Belange (s. insbes. § 2 Abs. 7 BauGB) bestimmend sein; öffentliche und private Belange sind gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen (§ 2 Abs. 8 BauGB).

Nachstehende Übersicht mag das Zusammenwirken der Planungsebenen näher veranschaulichen:



Quelle: <http://www.mwkel.rlp.de/File/Landesplanung,-Planen-fuer-Rheinland-Pfalz-Fit-fuer-die-neuen-Regionalplaene-pdf/>

Besondere Regelungen und Steuerungsmöglichkeiten bestehen nach § 249 Abs. 2 BauGB im Hinblick auf das Repowering. Grundsätzlich gelten für dieses

aber dieselben planungsrechtlichen Anforderungen wie bei der Errichtung von neuen Windkraftanlagen.

**b) Genehmigung von Windkraftanlagen und Planungsaspekte**

**aa) Anlagen bis einschließlich 50 m Höhe**

Für die Errichtung von Windkraftanlagen mit einer Höhe bis einschließlich 50 m ist nur ein Baugenehmigungsverfahren nach der Landesbauordnung Rheinland-Pfalz (LBauO) durchzuführen<sup>65</sup>.

Kleinstanlagen mit einer Höhe bis einschließlich 10 m bedürfen als verfahrensfreie Anlagen der technischen Gebäudeausrüstung regelmäßig keine eigenen Genehmigungen.

**bb) Anlagen über 50 m Höhe**

**(1) Immissionsschutzrechtliche Genehmigung**

Die Errichtung von Windkraftanlagen setzt bei allen Anlagen über 50 m Höhe eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung voraus. Dies ergibt sich aus § 1 i. V. m. Nr. 1.6 des Anhangs der 4. Verordnung zur Durchführung des Bundesimmissionsschutzgesetzes (Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen - 4. BImSchV).

Da Windkraftanlagen mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 m in Spalte 2 des Anhangs zur 4. BImSchV aufgeführt sind, ist grundsätzlich ein vereinfachtes Verfahren ohne Öffentlichkeitsbeteiligung und unter Einschluss der Beteiligung von Trägern öffentlicher Belange und weiterer Behörden nach § 19 des Gesetzes zum Schutz vor schädlichen Umweltwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundesimmissionsschutzgesetz-BImSchG) durchzuführen.

Ist im Rahmen der Genehmigung von Windkraftanlagen mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 m ein Verfahren mit Umweltverträglichkeitsprüfung nach dem Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG) durchzuführen, so kann dies nur in einem förmlichen Genehmigungsver-

---

<sup>65</sup> vgl. hierzu auch Hinweise des Ministeriums der Finanzen zur baurechtlichen Behandlung von Kleinwindkraftanlagen (bis 30 m Höhe) in bebauten Gebieten vom Juni 2012.

fahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 10 BImSchG erfolgen (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1c der 4. BImSchV).

Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz konzentriert die anderen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen, d. h. sie schließt andere die Anlage betreffende behördliche Entscheidungen, wie öffentlich-rechtliche Genehmigungen, Zulassungen, Erlaubnisse und Bewilligungen ein (§ 13 BImSchG). In diesem Zusammenhang werden insbesondere die Regelungen des Bauplanungsrechts (BauGB), des Bauordnungsrechts (Landesbauordnung), des Naturschutzrechts und des Luftverkehrsrechts sowie des Straßenrechts berücksichtigt und gewürdigt.

Gemäß § 10 Abs. 5 Satz 1 BImSchG muss die Genehmigungsbehörde (hier: Landkreis) die Stellungnahme der Bauaufsichtsbehörde zur bauplanungsrechtlichen und bauordnungsrechtlichen Zulässigkeit einholen.

Die Zulässigkeit von Windenergieanlagen nach bauplanungsrechtlichen Gesichtspunkten richtet sich, ausgehend von dem oben (a.) schon Aufgezeigten, nach dem Standort des geplanten Vorhabens. Hierbei wird das Gebiet der Gemeinde durch das Bauplanungsrecht in drei Bereiche unterteilt. Es handelt sich um den Außenbereich, den unbeplanten Innenbereich und den durch Bebauungspläne erfassten Bereich.

Sofern ein qualifizierter Bebauungsplan vorliegt, ist die Errichtung einer Windenergieanlage zulässig, wenn diese den Festsetzungen des qualifizierten Bebauungsplanes nicht widerspricht und die Erschließung gesichert ist. Insoweit ist aber alleine die Möglichkeit der Ausweisung eines Sondergebietes für die Windkraftnutzung gemäß § 11 Baunutzungsverordnung bedeutsam. Der unbeplante Innenbereich spielt hier praktisch keine Rolle. Von wesentlicher Bedeutung bleiben deshalb der Außenbereich und die oben erläuterte Standortsteuerung.

Im Rahmen der bauordnungsrechtlichen Anforderungen an eine Windenergieanlage prüft die zuständige Behörde (hier: Kreis) Aspekte wie z. B. Statik, Abstand und Eisabwurf sowie Brandschutz der angedachten Windenergieanlagen.

Innerhalb des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens sind auch die Planungsaspekte Schallimmissionen und Schattenwurf zu berücksichtigen.

Beim Betrieb von Windenergieanlagen erzeugen diese durch das Getriebe, den Generator sowie die Rotorblätter Betriebsgeräusche. Die Beurteilung dieser Betriebsgeräusche erfolgt nach der technischen Anleitung zum Schutz gegen Lärm (TA-Lärm). Somit ist im Rahmen einer Standortanalyse für jeden Windkraftanlantentyp in Abhängigkeit von den örtlichen Gegebenheiten grundsätzlich eine Schallimmissionsprognose durchzuführen. Um die in diesem Zusammenhang bestehenden Schallimmissionsgrenzwerte nicht zu überschreiten, sind bestimmte Mindestabstände der Anlagen zu den verschiedenen Gebietsnutzungen (Baunutzungsverordnung) einzuhalten. Zusätzlich kann es z. B. an sonnigen Tagen beim Betrieb von Windenergieanlagen durch die Drehung der Rotorblätter zu Schatteneffekten kommen, die möglicherweise bei zu geringen Abständen der Anlagen zur Wohnbebauung zu Belästigungen der Anwohner führen können. Daher sind im Rahmen der Planung auch die möglichen Schattenwurfzeiten zu berücksichtigen und ein Überschreiten der empfohlenen Richtwerte (30 Stunden/Jahr - Schattendauer) durch entsprechende Steuerung der Anlagen zu vermeiden.

## **(2) Umweltverträglichkeitsprüfung**

Bei bis zu zwei Windenergieanlagen ist das Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) nicht im Rahmen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens zu berücksichtigen. Für Windparks mit drei bis fünf Anlagen ist eine standortbezogene Vorprüfung und mit sechs bis neunzehn Anlagen eine allgemeine Vorprüfung erforderlich, ob wegen möglicher nachteiliger erheblicher Umweltauswirkungen eine Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich ist. Bei zwanzig und mehr Anlagen innerhalb eines Windparks ist immer eine Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich (vgl. § 3b, § 3c i. V. m. Anlage 1 Nr. 1.6 UVP). Schließlich kann auch aufgrund des Ergebnisses einer Vorprüfung eine Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich werden.

Bei einer standortbezogenen Vorprüfung des Einzelfalls ist darzulegen und zu begründen, ob die beantragten Windenergieanlagen erhebliche Umweltauswirkungen auf den konkreten Schutzzweck des betroffenen schützenswerten Gebiets haben können. Findet eine standortbezogene Vorprüfung des Einzelfalls für eine in einer Konzentrationszone eines Flächennutzungsplans geplanten Windparks statt, kann davon ausgegangen werden, dass erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen nicht zu erwarten sind, wenn sich nicht neue Gesichtspunkte ergeben, die bei der Ausweisung im Flächennutzungsplan noch nicht berücksichtigt werden konnten. Bei der allgemeinen Vorprüfung ist zu berücksichtigen, inwieweit der Prüfwert für Größe (sechzehn bis neunzehn Anlagen) erreicht oder überschritten wird<sup>66</sup>.

Ist eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen, werden hierin die Auswirkungen der Anlage auf die Landschaft, also der optische Eindruck, und der Einfluss auf die Tier- und Pflanzenwelt festgestellt. Hierzu wird zunächst eine Bestandsaufnahme der gefährdeten Schutzgüter vorgenommen. Danach wird die Anlage auf ihre umweltrelevanten Wirkfaktoren hin untersucht. Aus dieser Gegenüberstellung lassen sich die Auswirkungen ableiten.

Im Rahmen möglicher Eingriffe in Natur und Landschaft, die nach dem Bundesnaturschutzgesetz soweit möglich zu unterlassen und auszugleichen sind, wird auch geprüft, ob der Lebensraum einer zu schützenden Tierart beeinträchtigt wird. Eine weitere Standarduntersuchung bei Windenergieanlagen ist die vogelkundliche Kartierung, die das Vorkommen der Vogelarten in dem fraglichen Gebiet erfasst und bewertet. Zusätzlich werden die Auswirkungen auf das Landschafts- und Ortsbild bewertet.

---

<sup>66</sup> vgl. zum Vorstehenden das gemeinsame Rundschreiben verschiedener Fachressorts der Landesregierung zur Beurteilung der Zulässigkeit von Windenergieanlagen vom 30. Januar 2006, welches derzeit überarbeitet wird und mit dessen endgültiger Fassung voraussichtlich Ende des Jahres 2012 zu rechnen ist.

### **(3) Sonstiges öffentliches Recht**

Schließlich werden bei der Genehmigung einer Windenergieanlage die Vorschriften des sonstigen öffentlichen Rechts geprüft, wie etwa die folgenden:

- Straßenrecht, Wasserrecht - Anbaubeschränkungen,
- Luftverkehrsrecht - Kennzeichnung von Luftfahrthindernissen,
- Waldrecht - Rodungsgenehmigungen nach § 14 Landeswaldgesetz,
- Denkmalschutzrecht - Beeinträchtigung von Kulturdenkmälern,
- Richtfunk - elektromagnetische Störungen.

Einen Überblick über die Genehmigung für Windenergieanlagen gibt nachstehende bildliche Darstellung:

