

Die Nutzung kommunaler Dachflächen für PV-Anlagen

Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski*

I. Ausgangslage

PV-Strom, insbesondere im kommunalen Raum, ist knapp und wird dringend gebraucht. Umgekehrt gibt es eine Vielzahl ungenutzter Dachflächen auf Verwaltungsgebäuden und sonstigen Immobilien in Städten und Gemeinden. Die Frage lautet, könnten die Kommunen Unternehmen, die grünen Strom produzieren wollen, diese Flächen zur Miete oder Pacht von PV-Anlagen anbieten? Müssen die Kommunen dafür eine öffentliche Ausschreibung oder ein Markterkundungsverfahren durchführen? Diese Fragen sollen im Folgenden vertieft werden – eine präzise Beantwortung für jeden einzelnen Fall wird nicht möglich sein. Aber eine große Linie ist erkennbar: in vielen Fällen ist die Vermietung und Verpachtung von kommunalen Dachflächen an PV-Anlagen-Betreiber möglich. In der Regel muss vor Vertragsschluss kein vergaberechtliches Verfahren durchgeführt werden.

II. Anforderungen des Vergaberechts

Von der Beschaffung durch einen öffentlichen Auftrag ist auszugehen, wenn die Kommune als Nachfrager*in von Waren, Bau oder Dienstleistungen auftritt. Demgegenüber stellen Vermietungs- oder Verpachtungsgeschäfte—etwa an Dachflächen—für sich allein genommen keine vergaberechtliche relevante Beschaffungsvorgänge dar. Es handelt sich auch nicht um *Dienstleistungskonzessionen*, denn in Erwägungsgrund 15 Rili 2014/23/EU heißt es, dass Vereinbarungen, wie etwa das Recht öffentliche Liegenschaften (hier: Dachflächen) privatrechtlich zu nutzen, nicht als Konzessionen im Sinne dieser Richtlinie gelten. Dies betreffe in der Regel auch Pachtverträge über öffentliche Liegenschaften, die die Nutzung und Pflichten von Pächtern und Eigentümern insbesondere, den Pachtzins sowie die von Pächtern zu zahlenden Nebenkosten, regeln. Wichtig ist in diesen Fällen, dass keine Vermischung zwischen einem Beschaffungsvorgang einerseits und einem bloßen Marktangebot (Dachflächen für PV-Anlagen) vorgenommen wird. Würde demgegenüber die Kommune die PV-Anlagen oder Bestandteile dafür selbst beschaffen, so läge darin ein ausschreibungspflichtiger Beschaffungsvorgang.

Es geht in diesen Fällen auch nicht um die Belieferung der Kommunen mit grünem Strom. Selbstverständlich kann das Unternehmen, das auf dem Dach mit einer PV-Anlage grünen Strom erzeugt, diesen auch an die Kommune veräußern. Darin läge seitens der Kommune eine Beschaffung von Strom. Dieser Beschaffungsvorgang würde den Grundregeln der öffentlichen Ausschreibung unterfallen. Die bloße Vermietung und Verpachtung des Daches jedoch nicht. In der bloßen Vermietung und Verpachtung des Daches liegt auch kein Bauauftrag (§ 103 Abs. 3 GWB). Möglicherweise muss das Dach vor Aufbau der PV-Anlage saniert werden. Die

dafür nötigen Arbeiten müssten von der Kommune beschafft und deshalb ausgeschrieben werden. Wenn das an der Dachfläche interessierte Unternehmen im Rahmen des Miet- oder Pachtvertrages die Sanierung durchführt, so gelten möglicherweise andere Grundsätze—entscheidend ist der Einzelfall.¹

PV-Anlagen können auf einem Dach auf aber auch wieder abgebaut werden. Es handelt sich um rechtlich selbstständige Anlagen nach § 95 BGB an denen das Unternehmen, das die Anlage errichtet, Eigentum behält. In der Vermietung oder Verpachtung eines kommunalen Daches liegt auch keine Baukonzession (§ 105 Abs. 1 Nr. 1 GWB), weil die Kommune zwar ein Interesse an der Vermietung und Verpachtung der Dachflächen, aber nicht ein eigenes Interesse am Aufbau einer PV-Anlage hat. Die Kommune erwirbt auch keine einklagbare Pflicht gegen den Mieter/Pächter, PV-Anlagen zu errichten und z.B. als Contractor zu betreiben. Deshalb fehlt es auch am Dienstleistungsauftrag (§ 103 Abs. 4 GWB).

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass in aller Regel die Vermietung und Verpachtung von kommunalen Dachflächen zum Zweck der Errichtung und des Betriebs von PV-Anlagen weder einen öffentlichen Auftrag noch eine Bau- oder Dienstleistungskonzession enthält. Vor Vertragsschluss muss folglich kein vergaberechtliches Verfahren durchgeführt werden. Dies gilt als große Linie. Im Einzelfall kann dies anders sein, wenn die Vermietung und Verpachtung der kommunalen Dachflächen womöglich mit einem Beschaffungsvorgang oder einer Konzession verbunden werden sollte.

III. Kartellrecht

Das Kartellrecht richtet sich nicht an die öffentliche Hand, sondern an Unternehmen. Der BGH ist allerdings, in Übereinstimmung mit dem europäischen Recht, der Auffassung, dass eine Kommune, die ihrerseits am Wettbewerb teilnimmt, zu einem Unternehmen im funktionalen Sinne wird.² Wenn und soweit eine Kommune Dächer zur Vermietung oder Verpachtung anbietet, nimmt sie am öffentlichen Wettbewerb um die Vermietung oder Verpachtung teil, und wird somit zu einem Unternehmen im Sinne des Kartellrechts. Bei der Einräumung der Nutzungsrechte handelt es sich also nicht um eine kartellrechtsfreie hoheitliche Tätigkeit.

Die Frage lautet in diesen Fällen, ob die Kommune möglicherweise marktbeherrschend ist. Wenn das der Fall sein sollte, so dürfte sie andere Unternehmen, die Nutzungsrechte an Dächern nachfragen, im Wettbewerb nicht unbillig und

* Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski ist geschäftsführender Direktor des EWeRK.

1 KG vom 22.1.2015—2U14/14, Rn 20 *Waldbühne*.

2 BGH vom 8.4.2003—KZR 39/99; BGH vom 14.7.1998/KZR 1/97 *Schilderpräger Urteile*.

ohne Sachgrund behindern (§§ 18,19 Abs. 2 Nr. 1 GWB). Sie dürfte auch kleinere und mittlere Unternehmen, die Nutzungsrechte an Dachflächen nachfragen, nicht diskriminieren (§ 20 Abs. 1 GWB).

Die aus diesen Grundsätzen folgenden Fragen sind komplex. Es bedarf einer sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung. Das alles muss im Einzelfall vertieft werden. In aller Regel sind aber Kommunen auf dem sachlich-räumlichen Markt für Nutzungsrechte an Dächern für die Installationen und den Betrieb von PV-Anlagen deshalb nicht marktbeherrschend, weil die Kommunen innerhalb ihrer Gemeinden regelmäßig nur einen geringen Marktanteil an den Dachflächen halten. Selbst bei bundesweiter Betrachtung würde sich hieran kaum etwas ändern. Allerdings müssten Zahlen, Daten und Fakten im Einzelfall geprüft und untersucht werden. Aus den gleichen Gründen sind kleine und mittlere Unternehmen, die Dachflächen für PV-Anlagen nachfragen von den Kommunen auch nicht nach § 20 GWB **abhängig**. Der Markt für Dachflächen, auf den Nachfrager ausweichen könnten, besteht nicht nur in der Bundesrepublik Deutschland, sondern auch in der Schweiz, Österreich und vielen anderen europäischen Mitgliedstaaten. Die Unternehmen haben eine Vielzahl von ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten auf Anbieter von Flächen, die sich für PV-Anlagen eignen, auszuweichen. In der Regel sind Unternehmen nicht auf das Angebot der örtlichen Kommune angewiesen. Aus diesen Gründen dürften im Normalfall die Grundsätze die der BGH für Schilderpräger (KFZ-Zulassungsstellen) entwickelt hat, nicht anwendbar sein.³

Im Ergebnis dürfte das Kartellrecht für Kommunen, die Dachflächen für PV-Anlagen vermieten/verpachten wollen, keine Rolle spielen. Dies sollte allerdings im Einzelfall anhand von Zahlen, Daten und Fakten geprüft und verifiziert werden.

IV. Beihilferecht

Schließlich fragt es sich, ob die Zurverfügungstellung von Dachflächen an Unternehmen für PV-Anlagen eine beihilferechtlich relevante Begünstigung darstellen und nach Art. 107 Abs. 1 i.V.m. Art. 108 Abs. 3 AEUV zu notifizieren wäre. Voraussetzung wäre eine staatliche Maßnahme, die den Unternehmen einen selektiven Vorteil gegenüber anderen Unternehmen gewährt. Diese Maßnahme müsste geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und damit den Wettbewerb zu verfälschen. Die Staatlichkeit der Mittel setzt voraus, dass Zuwendung mittelbar oder unmittelbar aus dem Staatshaushalt fließt.⁴ Die entscheidende Frage wäre also, ob die nachfragenden Unternehmen durch das Zurverfügungstellen von Dachflächen begünstigt würden, also einen Vorteil erlangten, den sie unter normalen Marktbedingungen ohne Eingreifen des Staates nicht erhalten würden. Denkbar wäre dies, wenn für die Nutzungsüberlassung (Miete/Pacht) ein nicht marktkonformer Preis erhoben werden würde.

Folglich muss der Preis für die Vermietung/Verpachtung der Dachflächen dem Marktpreis entsprechen. Als anerkannte

Bewertungsmethode könnte das Wertgutachten eines unabhängigen Sachverständigen eingeholt werden.⁵ Zurückgegriffen werden sollte, auf die Mitteilung der Kommission betreffend staatliche Beihilfen bei Verkäufen von Bauten und Grundstücken durch die öffentliche Hand.⁶ Unter Umständen greift auch das de-minimis-Gebot, bei dem es um geringfügige, nicht spürbare Auswirkungen auf den Wettbewerb geht.⁷

V. Zusammenfassende Betrachtung

Kommunen können und dürfen Dachflächen, die sich für PV-Anlagen eignen, im Wettbewerb zu marktkonformen Preisen vermieten und verpachten. Das geht jedenfalls im Regelfall. Für jeden Einzelfall sollte noch einmal untersucht werden, ob das Vergaberecht, das Kartellrecht und das Europäische Beihilferecht im Wege steht. Grundsätzlich sollte sich eine Kommune beim Angebot von Dachflächen an das Verbot willkürlichen Verhaltens und an den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) halten. Eine Ausschreibungspflicht im Sinne des öffentlichen Vergaberechtes dürfte im Regelfall nicht bestehen. Es wäre aber sachgerecht, wenn die Kommune den Marktpreis im Rahmen eines öffentlichen Verfahrens ermitteln würde, das einem Bieterverfahren strukturell ähnlich ist. Mit Blick auf Unternehmen, die sich im Mehrheitsbesitz der Kommune befinden und PV-Anlagen errichten und betreiben, können Sonderregelungen gelten.

3 BGH vom 8.4.2003—KZR 39/99; BGH vom 24.9.2002/KZR 4/01.

4 EuGH SLG 2001—I.—2009 TZ 58ff.; PreuBenElektra.

5 Kommissionsbekanntmachung 2016/C 262/01 vom 19.7.2016 Rn 98ff.; EuGH vom 16.7.2015 C-39/14 Rn 31.

6 Kommission ABl. 1997, C 2009 S. 3ff.

7 Kommissionmitteilung 2014/C 200/01 Ziff.1.2 Rn 18; LG Wuppertal vom 21.7.2017—2 O 171/17 Rn 72.