

Juristische Anmerkungen zur Stellungnahme der b-now-Vertreter im Akteneinsichtsausschuss der Stadt Neu-Anspach zum Gestaltungsvertrag

Dazu Anmerkungen der b-now (in der Folge immer rot/kursiv)

Vorbemerkung: Alle Punkte kann man unter verschiedenen Gesichtspunkten betrachten und auch Risiken unterschiedlich einstufen - dies gilt für juristische Positionen wie für politische. b-now hat nie verschwiegen, dass man zum Gegenstand des fraglichen Vertrages eine grundsätzlich andere Position hat als der Bürgermeister und eine größere Gruppe seiner Unterstützer in Magistrat und Stadtverordneten-versammlung. Die allgemeine Euphorie und damit umfassende Zustimmung zum Projekt durch diese Gruppe hat b-now zum Anlass genommen, die Vorgänge kritisch zu hinterfragen und kommt an vielen Stellen konsequenterweise zu anderen Bewertungen als die Gruppe, die das Projekt initiiert hat und trägt.

Festlegung der Rangfolge im Interessenbekundungsverfahren

Behauptung 1: Die Stadt Neu-Anspach hat in 2012 ein übereiltes, risikobehaftetes Interessenbekundungsverfahren durchgeführt.

Gegendarstellung:

a) Vorab ist noch einmal auf den Charakter des Gestaltungsvertrages abzustellen: Es handelt sich lediglich um die Bereitstellung von Flächen, auf denen ein Betreiber Windenergieerzeugungsanlagen (WEA) aufstellen und betreiben kann. Dafür erhält die Stadt eine Pacht.

Es handelt sich nicht um eine Beschaffung im Sinne des Vergaberechts. Damit war die Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den europarechtlichen Vorschriften des Kartell-Vergaberechts nicht erforderlich und auch nicht möglich.

Es musste ein strukturiertes Bieterverfahren aus beihilferechtlichen und haushaltrechtlichen Gründen durchgeführt werden. Denn die Stadt darf Flächen nur zu einem Preis verkaufen oder vermieten, der nicht unter dem Marktpreis liegt. Dies würde sonst eine unzulässige Subventionierung eines Unternehmens darstellen.

Daher war die Durchführung eines Interessenbekundungsverfahrens völlig ausreichend.

b) Die Unterlagen, die seitens der Stadt für die Durchführung des Interessenbekundungsverfahrens den Interessenten zur Verfügung gestellt wurden, waren ausreichend. Im Zusammenhang mit dem beigefügten Formular für das Angebotsschreiben war deutlich, dass die Stadt die Auswahlentscheidung allein von der Höhe der Pacht abhängig machen würde.

Die Vorlage an die Stadtverordnetenversammlung XI/27/2013 erweckt einen anderen Eindruck:

„Aufgrund der Angebotshöhe, der fachlichen Referenzen usw. ... wird folgende Rangfolge der Bieter empfohlen ...“

Leider ist nicht aus den Unterlagen ersichtlich, welche Diskussionen auf Basis evtl. vorgegebener Kriterien konkret statt gefunden hatte.

Die Höhe der Pacht als alleiniges Auswahlkriterium ist vor dem Hintergrund der rechtlichen Veranlassung des Verfahrens zulässig und angemessen. Es ging nur um die Ermittlung eines Pachtpreises, der nicht unter den Marktgegebenheiten liegt. Die Marktgegebenheiten werden - so die Grundstückmitteilung der Europäischen Kommission - hinreichend durch einen Wettbewerb, wie es das Interessenbekundungsverfahren ist, ermittelt....

.....sofern dann der meistbietende oder einzige Bieter den Zuschlag erhält (s. auch unten, zu „Beteiligungsverhältnisse“).

Im Vertrag ist nicht mehr von „Pacht“ die Rede sondern von „Nutzungsentgelt“, das zudem an den „Nettostromerlös“ gebunden ist, also viel eher der Charakter einer Umsatzbeteiligung“ hat, als den einer Pacht. Anzumerken ist, dass juwi im Angebot ausdrücklich einen „Festpachtzins“ angeboten hat.

Entwaffnend ist an der Gegendarstellung das Bekenntnis, „.... dass die Stadt die Auswahlentscheidung allein von der Höhe der Pacht abhängig machen würde“. Wer bis jetzt noch geglaubt hatte, dass bei der Auswahl vielfältige Kriterien eingeflossen sind, hat es nun amtlich: es geht nur um Geld!

Behauptung 2: Bei der Auswahl der Bieter sei keine Risikobewertung durchgeführt worden, wesentliche Unterschiede in den Angeboten seien nicht hinterfragt worden. Es sei nur nach der Höhe der angebotenen Pacht entschieden worden.

Gegendarstellung: Die Ausschreibungsunterlagen des Interessenbekundungsverfahren haben als Auswahlkriterien im Zusammenhang mit dem Muster für das Angebotsschreiben klar erkennbar als einziges Auswahlkriterium den Pachtpreis kommuniziert.

Daher konnte konsequenterweise und richtigerweise bei der Auswahl auch nur nach der Höhe der angebotenen Pacht die Auswahl getroffen werden.

Die Bieter ergaben aufgrund ihrer Referenzen und ihrer Angaben zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit keinen Grund, deren Angebot auszuschließen.

Weitergehende Prüfungen wie z.B. die Plausibilitätskontrolle von Angaben zur angeblichen Unwirtschaftlichkeit von bestimmten Standorten waren nicht veranlasst. Denn es war nach den Ausschreibungsunterlagen die Angabe einer Festpacht gefordert. Insoweit liegt das Risiko der wirtschaftlichen Nutzung der Flächen beim Bieter.

Hier wird offen bestätigt, dass man es sich sehr einfach gemacht hat.

Von „Festpacht“ ist im Vertrag nicht mehr die Rede. Der klar definierte Begriff wurde ersetzt durch ein „Nutzungsentgelt“.

Die Stadt ist über das einseitige Kündigungsrecht des Gestaltungsnehmers bei Unwirtschaftlichkeit (§6 Abs. 5 c) sehr wohl am wirtschaftlichen Risiko beteiligt.

Am eigentlichen wirtschaftlichen Risiko (Verlust von Investitionen) des Windparks ist die Stadt nicht beteiligt. Aber sie kann Probleme mit der Abwicklung bekommen, wenn etwas

nicht planmäßig läuft und hat dann u.U. ungenügende Sicherungen und – nach Übertragung der Pächterstellung auf einen Dritten – ggf. einen zweifelhaften Vertragspartner.

Bedeutung der Beteiligung der Süwag

Behauptung 1: Die Stadtverordneten hätten im Vertrauen auf die Solvenz des Bietergemeinschaftspartners Süwag den Magistrat beauftragt, mit der Bietergemeinschaft einen Gestattungsvertrag abzuschließen. Daher stelle sich die Frage, wann dem Bürgermeister und dem Stadtverordnetenvorsteher bewusst gewesen sei, dass Süwag überhaupt nicht Vertragspartner wurde.

Gegendarstellung: Es ist nochmals darauf hinzuweisen, dass Süwag oder Juwi niemals Vertragspartner der Stadt geworden wären. Es war immer die Rede davon, dass eine „XY GmbH & Co. KG“ oder eine „Neu-Anspach Wind GmbH & Co. KG“ Vertragspartner des Gestattungsvertrags würde.

Der Vertrag sieht zudem in § 8 Abs. 5 Unterabsatz 2 ausdrücklich vor, dass die Gestattungsnehmerin – was üblich ist – eine Projektgesellschaft gründen werde. Dann würde ein theoretisch unbeschränkter Zugriff auf das Vermögen der Komplementär-GmbH ins Leere laufen.

Im Übrigen muss noch einmal deutlich gemacht werden, dass die finanziellen Risiken der Stadt aufgrund der im Vertrag vorhandenen Absicherungen begrenzt sind.

Dann hat die Stadtverordnetenversammlung dem Bürgermeister und dem Magistrat einen fehlerhaften Auftrag erteilt. Auftrag war jedoch klar, einer von beiden Partnern „getragenen Projektgesellschaft“ den Auftrag zu erteilen und nicht nur eine von juwi allein dominierten GmbH & Co KG. Zudem war im Auftrag genau festgelegt, wer zu beauftragen ist, wenn der erste ausgewählte Kandidat zurück tritt. Statt einer Bietergemeinschaft wurde eine Firma beauftragt, die nicht angeboten hatte.

Behauptung 2: Das Ergebnis der Beratung im Ältestenausschuss am 19.03.2014 sei gewesen, dass die Stadt an Stelle eines sicheren Vergabeverfahrens nur ein Interessenbekundungsverfahren durchgeführt habe und daher die Chancen für einen Ausstieg gering seien.

Gegendarstellung: Diese Darstellung ist verkürzt und daher unzutreffend. Richtig ist vielmehr, dass eine Änderung der Zusammensetzung der Mitglieder einer Bietergemeinschaft in einem Vergabeverfahren eine wesentliche Vertragsänderung darstellen würde, die auf der Grundlage der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und der seit dem 18.4.2016 geltenden gesetzlichen Grundlage im GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) bei Aufträgen im Anwendungsbereich des Kartell-Vergaberechts eine erneute Ausschreibung erforderlich machen würde.

Veranlassung für die Durchführung des Interessenbekundungsverfahrens war nicht etwa eine Verpflichtung aus dem Vergaberecht, sondern aus dem Beihilferecht und Haushaltsgesetz. Danach war es schlicht nur das Ziel des Interessenbekundungsverfahrens, einen Pachtpreis zu ermitteln, der nicht unter dem Marktpreis liegt und damit eben keine beihilferechtlich unzulässige Zuwendung an ein Unternehmen darstellt. Daher ist es im Rahmen eines solchen Verfahrens im Grunde bedeutungslos, ob der ermittelte Pachtpreis von einem Bieter, einer Bietergemeinschaft oder nur einem Teil der Bietergemeinschaft geschuldet wird.

Auch bei der beihilfe- und haushaltsrechtlichen „Veranlassung“ konnten – willkür- und diskriminierungsfrei sowie transparent gegenüber allen Teilnehmern – Auswahlkriterien neben dem Pacht Preis herangezogen werden. Inwieweit dies hier der Fall war, ist nicht nachvollziehbar. Wenn aber alleine der Preis entscheidend war, ist jedenfalls die o.a. Vorlage an die SVV irreführend. Zudem war es dann umso eher geboten, nach der Plausibilität der Prognosen des Bieters mit dem besten Pachtangebot zu fragen.

Im Übrigen hätte die Stadt nicht einfach zwischen einem Vergabeverfahren und einem Interessenbekundungsverfahren wählen können. Ein Vergabeverfahren wäre tatsächlich nur möglich gewesen, wenn die Stadt eine Beschaffung im Sinne des damaligen § 99 GWB beispielsweise Form eines Bauauftrags ausgeschrieben hätte.

Unabhängig davon hätten das Verfahren und die Auswahlkriterien stärker in Anlehnung an Kartellvergaberecht ausgestaltet werden können.

Die Bietergemeinschaft war auch gewählt worden, weil der bekannte und geschätzte lokale Versorger SÜWAG als Garant für einen „kundenfreundlichen Umgang“ mit dem Projekt eingeordnet wurde und das Vertrauen der Bürger genoss.

Teilnehmer des Interessenbekundungsverfahrens war eine GbR bestehend aus Süwag Erneuerbare Energien GmbH und Juwi Energieprojekte GmbH (lt. SVV-Vorlage). Anstelle dieses Teilnehmers erhielt ein Nichtteilnehmer den Zuschlag. Das ist auch bei dieser Verfahrensart, die jedenfalls Willkürfreiheit fordert, nicht korrekt.

Risikobewertung im Zuge des Interessenbekundungsverfahrens

Behauptung 1: Bei der Auswahl des Vertragspartners seien die finanziellen Risiken nicht beleuchtet worden. Es seien keine Vergleiche der Angebote hinsichtlich der Faktoren Windprognosen, etc. durchgeführt worden.

Gegendarstellung: Hier ist vorab nochmals aufgrund und Veranlassung des Interessenbekundungsverfahrens zu verweisen. Es geht um die Ermittlung eines marktkonformen Pacht preises, der den Vorwurf einer beihilferechtswidrigen Zuwendung an ein Unternehmen ausschließt.

Da eine Festpacht bzw. Mindestpacht ausdrücklich in den Unterlagen des Interessenbekundungsverfahrens als Entscheidungskriterium angegeben war, waren andere Analysen auch nicht erforderlich. Eine Ausrichtung an den Ergebnissen dieser Analysen wäre unter Umständen auch rechtswidrig gewesen. Denn den Bewerbern wurde ja klar zum Ausdruck gebracht, dass nach der Höhe des Pacht preises entschieden würde und nicht etwa nach anderen Faktoren. Dass die angebotenen Pacht preise eine Spanne von 22.000 € bis € 70.000 € aufwiesen, ist tatsächlich nicht derartig ungewöhnlich, dass man das Angebot der Bietergemeinschaft hätte grundsätzlich infrage stellen müssen. Gerade in einem sogenannten volatilen Markt sind solche großen Spannen keine Ausnahmen. Im Übrigen war die Nachfrage nach solchen Flächen zum damaligen Zeitpunkt auch sehr hoch.

Es wurde im Vertrag keine „Festpacht“ vereinbart.

Gerade in einem volatilen Markt auf der Preisseite muss man die Ursachen für Differenzen ergründen, da die Nivellierung bei etwa gleichem Kostenniveau der Anbieter in der Regel in den Nebenabreden und -leistungen erfolgt.

Behauptung 2: Es gäbe in dem Gestaltungsvertrag Klauseln, die bei Unwirtschaftlichkeit in letzter Konsequenz zu einer kompletten Kündigung des Vertrages durch den Gestaltungsnehmer mit entsprechenden finanziellen Folgen führen könnten (vergleiche § 6 Abs. 5 Buchst. a bis c.)

Gegendarstellung: Die Darstellung ist verkürzt und daher unzutreffend.

Die Regelungen des § 6 Abs. 5 sind sehr detailliert. Es werden die einzelnen Szenarien dargestellt, die die Gestaltungsnehmerin zu einer Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen. Dazu gehört auch der Umstand, dass die Unwirtschaftlichkeit des Betriebs des Windparks oder Teilen davon eintritt. Es gehört aber auch die Situation dazu, dass aufgrund verweigerter behördlicher Genehmigungen ein Betrieb grundsätzlich gar nicht möglich ist.

Im Übrigen sieht die Regelung auch vor, dass das Vorliegen dieser Voraussetzungen gegenüber der Stadt zu begründen ist.

Eine solche Regelung zur Kündigung aus wichtigem Grund bei Unwirtschaftlichkeit ist in einem Vertrag mit Vertragspartnern, die fair miteinander umgehen, durchaus nicht ungewöhnlich. Dies gilt insbesondere auch im Bereich der Nutzung von Flächen für Windenergieanlagen. Vergleichbare Regelungen finden sich in den Gestaltungsverträgen anderer Kommunen, die nicht mit den Beteiligten dieses Gestaltungsvertrages zu tun haben. Sogar das damals von der Hessen-Forst vorgegebene Muster für Gestaltungsverträge mit dem Land Hessen sieht in § 2 Abs. 4 ein an überhaupt keine Voraussetzungen gebundenes Recht zur Kündigung vor, "wenn die Anlage aufgegeben wird". *Hier berechtigt sogar eine rein willkürlich vom Betreiber entschiedene Aufgabe einer Anlage zur Kündigung innerhalb von 6 Monaten durch den Betreiber* Unter Berücksichtigung auch der Regelungen in § 6 des Gestaltungsvertrages Neu-Anspach zur Kündigung - beispielsweise auch durch die Stadt - ist die Behauptung einer zu Lasten der Stadt getroffenen Vereinbarung absolut unzutreffend.

Fakt ist am Ende, dass es ein einseitiges Kündigungsrecht des Gestaltungsnehmers bei Unwirtschaftlichkeit gibt. Der Stadt steht lediglich zu, eine Begründung zu erhalten.

Basis ist, ob der Windpark wirtschaftlich betrieben werden kann.

Grundlage für Kündigungen muss nicht unbedingt unfaires Verhalten einer Seite sein - das hat b-now nicht unterstellt - sondern wirtschaftliche Zwänge aus verschiedensten Gründen. Der Fall Prokon sollte hier zu denken geben.

Behauptung 3: Selbst negative finanzielle Regelung durch Änderung des EEG müssten von der Stadt getragen werden (§ 2 Abs. 9).

Gegendarstellung: Diese Darstellung ist unzutreffend. Die Regelung des § 2 Abs. 9 lautet wie folgt:

"Es besteht Einigkeit zwischen den Parteien, dass auch erhebliche Änderungen der Einspeisevergütung nach dem erneuerbare Energien Gesetz (EEG) die Geschäftsgrundlage dieses Vertrages nicht berühren, sofern die Windenergieanlagen weiterhin wirtschaftlich errichtet und betrieben werden können. § 6 des Vertrages bleibt unberührt."

Diese Regelung bedeutet im Kern genau das Gegenteil: Dass nämlich selbst erhebliche Verschlechterungen der Einspeisevergütung nicht die Grundlagen des Vertrages berühren und

deswegen auch nicht zu einer Kündigung berechtigen würden. Nur dann, wenn aufgrund der Verschlechterung der Einspeisevergütung ein wirtschaftlicher Betrieb grundsätzlich nicht mehr möglich ist, wäre eine Kündigung möglich. Davon kann die Gestaltungsnehmerin allerdings nur dann Gebrauch machen, wenn sie auch nachweisen kann, dass der Betrieb der Anlagen nicht mehr wirtschaftlich zu führen ist.

Im Übrigen haben Verschlechterungen der EEG-Einspeisevergütung auch außerhalb des Kündigungszenarios keine durchgreifende Wirkung auf die Wirtschaftlichkeit aus Sicht der Stadt. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass nach § 2 Abs. 1 des Gestattungsvertrages neben dem stromerlösabhängigen Nutzungsentgelt ein festes jährliches Mindestentgelt vereinbart ist.

Vor dem Hintergrund dieser Regelung würde die Stadt auch dann den Mindestsatz von 60.000 € bzw. 65.000 € pro WEA bekommen, auch aufgrund von Senkungen der EEG-Vergütungen die Erlöse aus der Einspeisung sinken würden. Die Stadt würde in keinem Fall weniger als Mindestsatz erhalten; sie würde in diesem Fall evtl. eben nicht das „Mehr“ an Erlösen erhalten, dass ihr im Falle hoher Erlöse zufließen würde.

„Nur dann, wenn aufgrund der Verschlechterung der Einspeisevergütung ein wirtschaftlicher Betrieb grundsätzlich nicht mehr möglich ist, wäre eine Kündigung möglich.“

Bei der Beurteilung dieser Thematik ist eben nicht nur die vermeintliche „Garantie“ für Zahlungen aus §2 zu berücksichtigen sondern auch der §6 „Kündigung“- insbesondere Abs 5 c) ... der Windenergiepark nicht wirtschaftlich betrieben werden kann, insbesondere aufgrund behördlicher, gesetzlicher oder gerichtlicher Auflagen oder Entscheidungen;

Behauptung 4: Es sei beispielsweise jegliche Mitwirkungsmöglichkeit der Stadt beim Verkauf des Windparks ausgeschlossen.

Gegendarstellung: Maßgebliche Regelung des Gestattungsvertrages ist dazu § 11 Abs. 1. Danach hat auch die Stadt das Recht, diesen Gestattungsvertrag mit all den sich hieraus ergebenden Rechten und Pflichten auf Dritte zu übertragen. Im Übrigen regelt der Vertrag, dass die Übertragung der jeweiligen anderen Vertragspartner schriftlich anzugeben ist.

Windparks sind allenthalben am Markt gehandelte „Produkte“ - mit Windanlagen verschandelter Wald eher weniger. Die Darstellung bestätigt die Feststellung der b-now - die Stadt hat zu akzeptieren und nicht mitzuwirken.

Ein Zustimmungsrecht hätte vorbehalten werden können, wenn auch nicht mit beliebigen Versagungsgründen.

Welche Vertragsentwürfe wurden diskutiert?

Behauptung 1: Es seien viele (im einzelnen aufgeführte) nachteilige Vertragsbestandteile durch das Anwaltsbüro Heussen nicht thematisiert worden.

Gegendarstellung: Dieser Behauptung ist schon in ihrem Ansatz unzutreffend. Sie unterstellt nämlich, dass die im Einzelnen aufgeführten Regelungen allesamt zu Lasten der Stadt ausformuliert sind. Das ist aber falsch; dazu im Einzelnen:

- *Verkehrssicherung und Unterhaltung der Wege zu Lasten der Stadt*

Die entsprechende Regelung in § 8 Abs. 3 sieht vor, dass die Gestaltungsnehmerin sehr wohl die Verkehrssicherung für Wege zu tragen hat, die sie ausschließlich benutzt. Wenn die Wege auch von anderen genutzt werden können, liegt die Verkehrssicherungspflicht bei dem sonst dafür Zuständigen, dann eben auch Stadt. Es ist keine Benachteiligung der Stadt für den Fall ersichtlich, dass sie die Verkehrssicherungspflicht für Wege trägt, die nicht ausschließlich von der Gestaltungsnehmerin, d.h. also von der Öffentlichkeit genutzt werden. Das gleiche gilt für die in § 8 Abs. 4 enthaltene Regelung zur Instandhaltung der Wege.

Man muss festhalten, dass Wege zu WKAs freizuhalten sind - also auch die Wege, die bisher nur als Forst- und Wanderwege erhalten wurden, müssen im Prinzip nach Bau der Anlagen wie normale Straßen gesichert werden - nicht ganz ohne zusätzlichen Aufwand und Kosten, besonders im Winter oder nach starken Regenfällen.

- *Abwälzungen der künftigen ertragsrelevanten EEG-Änderungen auf die Stadt*

Diese Behauptung ist falsch; siehe dazu oben zu c) Behauptung 3. Die Stadt hat Anspruch auf eine Mindestpacht.

Siehe unter „Ersatz durch Nutzungsentgelt statt Mindestpacht“ und Kündigungsrechte oben

- *Einseitige Kündigungsmöglichkeit der Wind GmbH bei Unwirtschaftlichkeit*

Diese Behauptung ist falsch; siehe dazu oben zu c) Behauptung 2. Diese Regelung ist ausgewogen und benachteiligt die Stadt nicht.

S.o. - die Behauptung ist ein worst-case-Fall aber nach Vertrag möglich und damit richtig

- *Zu geringe Rückbaubürgschaft*

Das ist keine rechtliche Frage, sondern eine wirtschaftliche.

Mit der Rückbaubürgschaft sollen die voraussichtlichen Kosten für den Abbau der Anlagen am Ende der Vertragsdauer abgesichert werden. Dazu gibt es keine verbindlichen Werte. Von daher ist die Behauptung, der Betrag von 100.000 EUR sei zu niedrig, ins Blaue hinein erhoben.

Diese Rückbauverpflichtung soll im Übrigen nach § 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB durch eine nach Landesrecht vorgesehene Baulast oder in sonstiger Weise sichergestellt werden. Daher kann die Genehmigungsbehörde vom Betreiber auch die Stellung einer Rückbaubürgschaft verlangen (vgl. Erlass des Hessischen Wirtschaftsministeriums und des Umweltministerium vom 17.10.2011, StAnz 2011, S. 1351). Sollte die Behörde der Meinung sein, dass 100.000 EUR pro WEA zu wenig sind, kann sie jederzeit eine höhere Bürgschaft verlangen.

Daher ist nicht ersichtlich, dass der Stadt ein Nachteil entstanden wäre.

Die Abschätzung geht nicht „ins Blaue“ sondern basiert auf Meinungen von anerkannten Fachleuten - der Betrag wurde ja bereits erhöht auf 140.000 Euro - jedoch noch nicht vertragswirksam schriftlich bestätigt.

- *Unzureichende Umweltversicherung über 1,0 Mio. EUR*

Auch dies ist eine bloße Behauptung. Zudem hat sich der Betreiber auch zum Abschluss einer Betriebshaftpflichtversicherung mit einer Haftungssumme über 5,0 Mio. EUR verpflichtet.

§8 Abs 5 des Vertrages weist die 1 Mio Euro aus. Dem Angebot lagen Nachweise der Juwi über 20 Mio. Euro Betriebshaftpflichtversicherung an, respektive 15 Mio Euro von SÜWAG

- *Verkauf der Anlagen an jeden beliebigen Betreiber ohne Einflussmöglichkeiten der Stadt*

Vorab wird ergänzend auf die Ausführungen oben zu c) Behauptung 4 verwiesen. Es muss noch einmal darauf verwiesen werden, dass es sich bei nüchternen und objektiver Betrachtung lediglich um einen Gestattungsvertrag für die Nutzung von Flächen im Wald zum Betrieb von Windenergieerzeugungsanlagen handelt.

Das ist juristisch richtig, geht aber völlig an der politischen Realität vorbei, wo die Frage der formalen Regelungen praktisch keine Rolle spielt und man der Stadt vorhalten kann, dass sie „auf Gemeindegelände etwas gestattet, was die Bürger und deren Vermögen in der Nachbarschaft nachhaltig beeinträchtigt“

- *unwiderrufliche Aufgabe des Verpächterpfandrechts*

Es ist unzutreffend, dass gegenüber der Gestattungnehmerin unwiderruflich auf die Ausübung des Verpächterpfandrechts verzichtet wurde. Bei genauer Betrachtung betrifft diese Regelung nur das Verhältnis gegenüber einer finanziierenden Bank.

Im Übrigen es vertraglich vereinbart, dass zur Absicherung der Finanzierung auch eine Dienstbarkeit eingetragen wird. Dies ist ein gängiges Sicherungssystem für die Bank im Zusammenhang mit der Finanzierung von Energieerzeugungsanlagen wie beispielsweise auch Blockheizkraftwerken. Ohne eine solche Absicherung ist eine Bank nicht bereit, die Anschaffung von Anlagen zu finanzieren, die Sache rechtlich betrachtet ansonsten im Eigentum des Grundstückseigentümers bleiben und damit dem Zugriff der Bank entzogen sind.

Das ist richtig - ändert aber nichts an den Fakten, denn ein Betreiber wird die Finanzierung mit einer Bank machen.

Behauptung 2: Die Vertragsprüfung sei nur rudimentär nachvollziehbar.

Gegendarstellung: Das ist unzutreffend. Die gegenseitig ausgetauschten Vertragsentwürfe und Überarbeitungen wurden durch elektronische Hinweise ausreichend kommentiert. Es fanden intensive mündliche Besprechungen und Telefonate zur Abstimmung statt.

Im Übrigen geht die Gesamtbetrachtung durchaus nicht zu Lasten der Stadt aus. Von B-Now werden die für Stadt positiven Regelungen vollständig ausgeblendet. Der Vertrag ist ausgewogen.

Leider konnten nur rudimentäre Belege und Notizen zu einer Diskussion gefunden werden.

Wären nicht einige wesentliche Regelungen vereinbart, die die positiven Teile (z.B. das hohe Nutzungsentgelt) nachhaltig relativieren (z.B. die einseitigen Kündigungsregelungen) würde sicher eine bessere Bewertung des Vertrages herauskommen.

Welche weiteren Vereinbarungen umfasst das Vertragswerk?

Behauptung: Es wird in diesem Zusammenhang kritisiert, dass es keinerlei Erklärungen der Mitglieder der Bietergemeinschaft gibt, dass dem abgeschlossenen Gestattungsvertrag das Angebot zugrunde gelegt wird.

Gegendarstellung: Der Vertrag enthält alle wesentlichen Grunddaten. Eine Bezugnahme auf das Angebot war deswegen nicht erforderlich.

Noch einmal: Es geht nicht um die hundertprozentige Umsetzung eines ausgeschriebenen Leistungsverzeichnisses wie in einem Vergabeverfahren, sondern nur darum, dass im Interessenbekundungsverfahren ein Preis ermittelt wurde für die Bereitstellung der Grundstücke, der nicht unter den Marktkonditionen liegt. Wie bereits ausgeführt wird dies nach dem Verständnis der Europäischen Kommission (vergleiche deren Grundstücksmitteilung) durch die Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens erreicht. Diesen Anforderungen entspricht das durchgeführte Interessenbekundungsverfahren in vollem Umfang.

Das mag formaljuristisch korrekt sein. Allein die Tatsache, dass die angebotene Teilung der erwarteten Gewerbesteuer nicht vertraglich vereinbart wurde, würde der Stadt eine prognostizierte Einnahme von knapp 1,9 Mio. Euro entziehen. Um dies zu regeln, wäre eine Vereinbarung mit der Stadt Wörrstadt zu schließen und zusätzlich mit juwi im Gestattungsvertrag um sicherzustellen, dass die Klausel auch bei Weiterveräußerung gültig bleibt.

Nach § 33 Abs. 2 GewStG besteht eine Regelungsmöglichkeit. Vorgaben der Stadtverordnetenversammlung

Behauptung: Die Ausführungen zu diesem Punkt basieren auf der Unterstellung, es seien nachteilige Vereinbarungen zulasten der Stadt abgeschlossen worden.

Gegendarstellung: Es wurde bereits mehrfach ausgeführt, dass die vertraglichen Vereinbarungen vor dem Hintergrund des gewollten Rechtsgeschäfts (Gestattung der Nutzung für WEA) nicht nachteilig für die Stadt sind.

Dies ist sicher formaljuristisch korrekt - entspricht aber in keiner Weise der Einschätzung weiter Teile der Bürger zu den Nachteilen der Nutzung der Grundstücke für WKAs.

Kenntnis von den Beteiligungsverhältnissen

Behauptung: Es mit dem Vertragsabschluss mit der Neu-Anspach Wind GmbH & Co. KG eine vom Stadtparlament nicht autorisierte Änderung der Vertragspartner vorgenommen.

Gegendarstellung: Vor dem Hintergrund, dass das Interessenbekundungsverfahren in allererster Linie der Ermittlung eines marktgerechten und daher beihilferechtskonformen Pachtpreises dient, bezieht sich die Beschlussfassung nicht in erster Linie auf die Identität des

Bieters, sondern auf die wesentliche wirtschaftliche Kennziffer des Vertrags und zwar die Höhe der Pacht.

Damit wird bestätigt, dass man der Identität des Vertragspartners nur eine untergeordnete Rolle zuordnet, obwohl man in der Werbung für das Projekt die beiden starken Partner der Bietergemeinschaft herausgestellt hat. Diese Interpretation der Beschlussfassung der Stadtverordneten dürfte rechtlich kaum haltbar sein, denn im Protokoll vom 20.2.2013 wird klar festgelegt, dass ein Vertrag mit der Bietergemeinschaft aus Juwi und Süwag zu schließen sei - von einer Abstellung auf den Pachtzeitraum oder andere Kennziffern ist nicht die Rede.

Zudem ist ausdrücklich vorgesehen, wie bei Wegfall der Bietergemeinschaft verfahren werden soll (s.o.), nämlich Bieter 2 den Zuzuschlag zu erteilen.

Wann wurde deutlich, dass die Neu-Anspach Wind GmbH & Co. KG nur eine 100%ige Tochter von „juwi“ ist?

Behauptung 1: Aufgrund des Umstands, dass der Vertrag allein mit der Neu-Anspach Wind GmbH & Co. KG abgeschlossen wurde, seien alle Angebotsklauseln der Bietergemeinschaft unwirksam geworden. Die Neu-Anspach Wind GmbH habe nie ein Angebot abgegeben, so dass keine Haftung abgeleitet werden könne.

Gegendarstellung: Wie bereits ausgeführt beinhaltet der Gestaltungsvertrag auch ohne Bezugnahme auf das Angebot sämtliche erforderlichen Eckdaten. Daher haftet die Neu-Anspach Wind GmbH & Co. KG auf der Grundlage der mit dem Gestaltungsvertrag übernommenen Verpflichtungen. Falsch ist daher der Eindruck, der durch diese Behauptung erweckt werden soll, dass die Neu-Anspach Wind GmbH & Co. KG nicht haften würde.

Formaljuristisch kann die Neu-Anspach Wind GmbH & Co KG für das gesamte Angebot nur haften, wenn sie dies schriftlich bestätigt.

Formulierungen im Vertrag und Werte weichen zum Teil erheblich vom Angebot ab - so kommt das Wort „Festpacht“ (s.o.) z.B. nicht vor, die Werte für Versicherungssummen weichen erheblich ab und die Regelung zur Teilung der Gewerbesteuer ist völlig entfallen

Behauptung 2: Das geringe Eigenkapital der Gesellschaft und bestehende Gewinnabführungsverträge ermöglichen es, die Erträge beliebig niedrig auszuweisen. Daraus erwachsen deutliche finanzielle Risiken als Konsequenz der im Vertragswerk an verschiedenen Stellen eingebauten Wirtschaftlichkeitsklauseln.

Gegendarstellung: Dieser Zusammenhang ist falsch. Das Risiko der nicht erfolgenden Zahlung von Pachtbeiträgen ist durch die gegebene Möglichkeit zur Kündigung aus wichtigem Grund beschränkt. Das Risiko von anderweitig angerichteten Schäden aufgrund des Betriebes ist durch die nachzuweisende Betriebshaftpflichtversicherung abgedeckt; das gleiche gilt für die abzuschließende Umweltversicherung. Daher kommt es auf die Finanzausstattung des Unternehmens nicht an. Die Rückbaubürgschaften sicherndes Risiko ab, dass sich die Gestaltungsnehmer aus der Finanzierung des Rückbaus ziehen will.

Die als "Wirtschaftlichkeitsklauseln" bezeichneten Regelungen im Vertrag beziehen sich auf den Kündigungsgrund, dass das Betreiben des Windparks, aber nicht des Unternehmens nicht mehr wirtschaftlich möglich ist.

Zu ergänzen ist, dass die Stadt nach §6 Abs. 4 ein Kündigungsrecht hat, wenn die Pachtzahlungen in Rückstand geraten um dann ggf. ohne Pfandrecht und mit schwacher Verhandlungsposition eine Lösung zu suchen.

Bei der Neu-Anspach Wind GmbH & Co KG kann das Unternehmen im Prinzip wirtschaftlich sein - trotzdem ist der Betrieb der Windräder unwirtschaftlich in Bezug auf das Kriterium für die Festlegung des Nutzungsentgeltes, das ausschließlich auf dem Netstromerlös beruht (§2 Abs. 1) - also z.B. Erlöse für Stillstände offensichtlich nicht einschließt.

Schriftwechsel zwischen Bietergemeinschaft und Stadt

Bezug zum Vertragsabschluss nicht ersichtlich.

Pflichtverletzungen von Magistratsmitgliedern

Behauptung 1: Bürgermeister und 1. Stadträtin hätten ohne Autorisierung einen Vertrag unterzeichnet, der „über Nacht“ in der Weise geändert wurde, dass weder juwi noch Süwag als Vertragspartner auftreten.

Gegendarstellung: Wie bereits zu g) ausgeführt, bezieht sich die Beschlussfassung nicht in erster Linie auf die Identität des Bieters, sondern auf die wesentliche wirtschaftliche Kennziffer des Vertrags und zwar die Höhe der Pacht.

Diese Interpretation der Beschlussfassung der Stadtverordneten dürfte rechtlich kaum haltbar sein, denn im Protokoll vom 20.2.2013 wird klar festgelegt, dass ein Vertrag mit der Bietergemeinschaft aus Juwi und Süwag zu schließen sei - von einer Abstellung auf den Pachtpreis oder andere Kennziffern ist nicht die Rede.

Die Aussage kann man als Bestätigung des Bürgermeisters verstehen, dass er sich der rechtlichen Unzulänglichkeit seines Handelns bei der Vertragsunterzeichnung vollkommen bewusst war - sich jedoch voll darauf verlassen hat, qua wirtschaftlicher Attraktivität des Vertrages entlastet zu werden.

Behauptung 2: Die Unterzeichner hätten Tragweite und Risiken des Vertrages zum Zeitpunkt der Unterschrift nicht überblickt. Als Beleg wird unter anderem die erneute rechtliche Prüfung von Möglichkeiten der Vertragskündigung nicht nur durch den Hessischen Städte- um Gemeindebund, sondern auch durch Heussen herangezogen.

Gegendarstellung: Die Vertragsunterzeichnung fand am 21.08.2013 statt. Der Ältestenausschuss ließ sich am 19.3.2014 durch das Anwaltsbüro Heussen über die Kündigungsmöglichkeiten informieren. Dass sich der Ältestenausschuss sowohl durch den HSGB als auch das Anwaltsbüro über die Möglichkeiten und Risiken eine Kündigung beraten ließ, spricht nicht zwingend dafür, dass die Vertragsunterzeichner Tragweite und Risiken des Vertrags zum Zeitpunkt der Unterschrift nicht überblickt hätten. Dies ist eher Beleg dafür, dass die zwischenzeitlich geäußerten Bedenken der Bürger ernst genommen wurden.

Im Übrigen spricht der Umstand, dass das Rechtsanwaltsbüro ebenso wie der HSGB auf Bedenken bei einer Kündigung verwiesen hat, für die objektive und unbefangene Beratung. Im Übrigen berät Rechtsanwalt Prof. Trautner bereits seit mehr als 20 Jahren die Gemeinde/Stadt Neu-Anspach.

Auch hier muss noch einmal darauf verwiesen werden, dass es nicht um eine millionenschwere Beschaffung im Rahmen eines Vergabeverfahrens ging, sondern schlicht um die Bereitstellung von Flächen für einen Betreiber von Windenergieanlagen.

Wenn man die Bedeutung und Auswirkungen des Vertrags auf die Position des Schlussatzes reduziert - mag die Ausführung darüber richtig sein. Der Bedeutung des Vorganges mit seinen ökologischen und ökonomischen Folgen wird sie in keiner Weise gerecht.

Die umfassende Nachfrage und Informationsbeschaffung war sicher weniger den vorgebrachten Bedenken der Bürger geschuldet als anderen Gründen. In diesem Sinne ist es durchaus nachvollziehbar, dass man sich fachliche Beratung geholt hat - was jedoch nicht verhindert, dass aus dem Gesamtzusammenhang der Eindruck entstehen konnte, dass die Risiken des Vertrages unterschätzt wurden. Nicht zuletzt die stetige Wiederholung, es handele sich „nur“ um einen Pachtvertrag gibt hierzu Anlass.